

# HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

## AUS DEM INHALT

### AUFSATZ

**Solveig Gasche**  
Rechtlicher Status der  
Staatsanwaltschaft

### STUDIUM

**Anna Schimke**  
Staatliche  
Pressefinanzierung

**Christian Kartheiser**  
Marktregulierung  
im Telekommuni-  
kationsrecht

**Friederike Driftmann**  
bona fides –  
Treu und Glauben  
im Völkerrecht

# White & Case & You

Die wichtigsten Märkte der Welt: Hier ist White & Case zu Hause, lokal tief verwurzelt und global vernetzt. Werden Sie Teil unseres Teams als Referendar (m/w), wissenschaftlicher Mitarbeiter (m/w) oder Praktikant (m/w). Sorgen Sie dafür, dass unsere Mandanten grenzenlos sicher agieren können – in Deutschland und weltweit.

**Entscheiden auch Sie sich jetzt für uns.**

Verena Szulczyk, Legal Recruitment

T +49 69 29994 1235

E [bewerbung@whitecase.com](mailto:bewerbung@whitecase.com)



# Inhaltsverzeichnis

## Aufsätze

Wiss. Mit. Solveig Gasche Die Staatsanwaltschaft – (Unklarer) Rechtlicher Status und tatsächliches Bild . . . . .	89
Stud. iur. Anna-Lia Tanduo Das Jurastudium in Italien . . . . .	97

## Klausuren

Stud. iur. Charlotte Wendland Klausur Vertragsrecht III. . . . .	98
Stud. iur. Lea Heick Klausur Polizeirecht . . . . .	103
Stud. iur. Philipp Lee Klausur Gesellschaftsrecht I. . . . .	108
Stud. iur. Philipp Lee Klausur Sachenrecht II . . . . .	112

## Hausarbeiten

Stud. iur. Friederike Driftmann Bona Fides – zur Entwicklungsgeschichte, Ausgestaltung und aktuellen Relevanz von „Treu und Glauben“ im Völkerrecht . . . . .	117
Stud. iur. Christian Kartheiser Themenarbeit Risikobeteiligungsmodelle in der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung . . . . .	126
Stud. iur. Anna Schimke Staatliche Pressefinanzierung . . . . .	138
Stud. iur. Claudia Sicken Hausarbeit Strafrecht Besonderer Teil: Straftaten gegen das Leben . . . . .	148

## Rechtsprechung

Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst KG vom 14.07.2015: Handeln in Untervollmacht . . . . .	163
Dr. Ulrike Lembke BVerfG vom 21.07.2015: Verfassungswidrigkeit des Betreuungsgeldgesetzes . . . . .	165
Dr. Ulrike Lembke VG Karlsruhe vom 26.08.2015: Verdeckte Ermittler/innen im Gefahrenabwehrrecht . . . . .	167

### Rezensionen

Mag. Phil. Andreas Raffener Tobias von Erdmann: Die Verfassung Württembergs von 1919 . . . . .	169
Entstehung und Entwicklung eines freien Volksstaates	

### Tagungsbericht

Stud. iur. Felix Engel Der Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot – An experience of a lifetime! . . . . .	170
--	-----

### Interview

Interview mit Maria Neumann Zwei Examina – Drei Kinder . . . . .	171
Impressum . . . . .	172

Solveig Gasche\*

## Die Staatsanwaltschaft – (Unklarer) Rechtlicher Status und tatsächliches Bild

*Die Staatsanwaltschaft stand im Juli 2015 im Fokus der öffentlichen Auseinandersetzung: Aus aktuellem Anlass sind die Fragen aufgeworfen worden, weshalb ein Generalbundesanwalt entlassen wird, nachdem er ein Gutachten in Auftrag gegeben hat, und ab wann ein Vertrauensverhältnis grundlegend gestört ist. Der folgende Beitrag verfolgt das Ziel, zur Versachlichung der Debatte beizutragen und den Stellenwert der Staatsanwaltschaft als einer Institution im Zwischenbereich von Exekutive und Judikative zu beleuchten.*

### I. Anlass

In der politischen Diskussion des Sommers 2015 wird ein Generalbundesanwalt a. D. zugleich als „Sündenbock“<sup>1</sup> und „Bauernopfer“<sup>2</sup> tituliert. In der Freien und Hansestadt Hamburg wird ein Generalstaatsanwalt nicht weniger pointiert als „Justizirrtum“ bezeichnet.<sup>3</sup> Der „Skandal“, der sich in den letzten Wochen um § 94 StGB und den inzwischen in den Ruhestand versetzten Generalbundesanwalt Range und den als „Poltergeist, Scharfmacher und Kontrollfreak“<sup>4</sup> karikierten Generalstaatsanwalt in Hamburg entfaltet hat, findet weit über den Kreis der Fachjuristen hinaus Aufmerksamkeit. Aus rechtlicher Perspektive fällt auf, dass sich die Presse in ihrer Berichterstattung größtenteils auf das Grundrecht der Pressefreiheit beruft, während die Aufgabe der Justiz, über die Einhaltung der Gesetze zu wachen, weitestgehend außer Acht gelassen wird. Die Staatsanwaltschaft ist nach § 152 II StPO verpflichtet, bei Vorliegen eines Anfangsverdachts zu ermitteln.

\* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Zivilrecht von Prof. Dr. Dr. h.c. Paschke an der Universität Hamburg.

1 So u. a. Simone Peters, ZDF Morgenmagazin am 05.08.2015, <http://www.zdf.de/ZDFmediathek/beitrag/video/2462650/Peter-Rangewar-nicht-mehr-zu-halten?bc=kua884718;kua446> (16.11.2015).

2 Neben vielen Zeitungen und Politikern auch Markus Beckedahl, Chefredakteur von Netzpolitik.org.

3 So in der Ausgabe vom 16.7.2015 im Kommentar von Gall „Lutz von Selle – Ein Justizirrtum“, s. a.: <http://www.abendblatt.de/meinung/article205478041/Lutz-von-Selle-ein-Justizirrtum.html> (16.11.2015); Aufklärend und objektiver hingegen die Berichterstattung in: Unter Anklage, ZEIT Hamburg vom 23.07.2015, S. 3.

4 Vgl. Unter Anklage, ZEIT Hamburg vom 23.07.2015, S. 3.

Im Folgenden wird zunächst die historische Entwicklung der Staatsanwaltschaft beleuchtet, sodann die rechtliche Einbindung der Staatsanwaltschaft erläutert und zum Abschluss ein Blick auf die Selbst- und Fremdwahrnehmung der Staatsanwaltschaft geworfen.

### II. Entstehung der Staatsanwaltschaft und deren rechtliche Stellung

Der Zeitpunkt der Entstehung der Staatsanwaltschaft in Deutschland wird häufig auf die Einführung der Staatsanwaltschaft in Preußen 1846 zurückgeführt.<sup>5</sup> Die Anfänge und somit ein Aufweichen des bis dahin praktizierten Inquisitionsprozesses sind allerdings eher im Gedankengut der französischen Revolution zu suchen, das durch den *ministère public* des in den links-rheinischen Gebieten<sup>6</sup> geltenden Code d’instruction criminelle vom 17.11.1808 Ausdruck fand.<sup>7</sup>

In den rechts-rheinischen Gebieten kam es im Zuge des Vormärzes mit Einführung einer öffentlichen Gerichtsverhandlung und eines mündlichen Beweisverfahrens, der Unabhängigkeit der Richter und einer Verbesserung der Rechte der Verteidigung zu grundlegenden strafverfahrensrechtlichen Reformen, die in den Strafprozessordnungen der Länder jeweils positivrechtlich fixiert wurden. So kam es zunächst in Baden 1832 zum „Gesetz für Pressedelikte“ und 1843 zum Erlass einer StPO.<sup>8</sup>

Einheitlich ist die Staatsanwaltschaft erst mit Inkraftsetzung von StPO und GVG am 27.01.1879 eingeführt worden.

5 Gesetz betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergericht und dem Criminalgericht zu Berlin führenden Untersuchungen vom 17.07.1846.

6 Nach 1813 weiterhin in den preußischen Rheingebieten, in Rheinbayern und Rheinhessen in Kraft.

7 Vgl. insb. Darstellung bei Mittermaier, Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung dargestellt und geprüft von Dr. C.J.A. Mittermaier (1856), Meister der Moderne, 1997, S. 146; Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 1995, S. 325 ff.

8 StPO in Württemberg 1843, 1845 in Sachsen und in Preußen 1846, in Bayern und Sachsen folgte die Einführung der Staatsanwaltschaft 1848.

## 1. „Kind der Revolution“ oder „trojanisches Pferd“?

In Deutschland galt die Einführung der Staatsanwaltschaft lange Zeit als Errungenschaft der Strafprozessreform des Vormärzes.<sup>9</sup> Als Beleg dafür wurde insbesondere auf das Promemoria von Savigny und Uhden von 1846 hingewiesen, nach dem „der Staatsanwalt als Wächter des Gesetzes befugt sein [soll], in dem Verfahren gegen den Angeklagten von Anfang an dahin zu wirken, daß überall dem Gesetz ein Genüge geschehe.“<sup>10</sup>

In jüngster Zeit hat sich die Stilisierung der Staatsanwaltschaft als „Kind der Revolution“<sup>11</sup> allerdings zum „trojanischen Pferd“<sup>12</sup> gewandelt. Denn Anlass für die Einführung der preußischen Staatsanwaltschaft seien nicht liberale Forderungen gewesen, sondern vielmehr die bürokratischen und zeitlichen Hürden, die der Inquisitionsprozess angesichts des Hochverratsverfahren gegen 250 Teilnehmer des Polenaufstandes stellte. Der Regierung sei es dabei nicht um ein rechtsstaatliches Verfahren gegangen, sondern vielmehr darum, durch die Staatsanwaltschaft ihren Einfluss auf das Gerichtsverfahren nach Einführung der richterlichen Unabhängigkeit zu wahren. Nach ihrer Einführung sei die Staatsanwaltschaft regelmäßig zur Erreichung politischer Ziele instrumentalisiert worden.<sup>13</sup> Dies erscheint angesichts der Affäre um den GBA a. D. *Range* schlüssig.

Trotz dieser verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten steht jedoch fest, dass die Einführung der Staatsanwaltschaft die Weichen für ein rechtsstaatliches Verfahren gestellt hat. Gerne belegen Staatsanwält\_innen diese vermeintliche Geburtsstunde als Beleg für ihre revolutionäre und liberale Einstellung.<sup>14</sup> Einerseits bemerkenswert, als die Staatsanwält\_innen so darauf bedacht sind, sich als zur dritten Gewalt zugehörig zu zählen. Andererseits unter Berücksichtigung der durchweg positiven Wahrnehmung des eigenen Berufsstandes nicht verwunderlich.

## 2. Gesetzliches Leitbild

Die Aufgaben der Staatsanwaltschaft lassen sich grob auf das Ermittlungsverfahren (dazu §§ 155 II, 160 II, 244 II StPO), die Anklageerhebung im Sinne des Akkusationsprinzips nach § 151 StPO, die Anklagevertretung in der

Hauptverhandlung (siehe § 170 I und §§ 213–295 StPO) und die Kontrolle des Strafvollzugs nach §§ 449 ff. StPO einteilen.

Bezeichnend ist, dass sich die umfassendste Beschreibung der Stellung der Staatsanwaltschaft in den Richtlinien zum Strafverfahren und Bußgeldverfahren (RiStBV)<sup>15</sup> findet, die qualitativ als interne Verwaltungsvorschriften einzuordnen sind. Die gesetzlichen Normierungen hingegen bestimmen Funktion und Stellung nicht eindeutig, was zu Widersprüchen und Problemen führt.<sup>16</sup> Die Interpretation oder konkrete Ausgestaltung wird seitens der Behörde, sprich Exekutive, und nicht mehr seitens der Legislative getroffen. Ein umfassendes Bild der Stellung und Aufgaben der Staatsanwaltschaft erschließt sich demnach nur im Kontext.

## 3. „Kavallerie der Justiz“

Deshalb zunächst ein Blick auf das allseits bekannte Vorurteil wie Standardbild der Staatsanwaltschaft als parteiische Behörde, die zu Lasten des Beschuldigten ermittelt und der jeweilige Staatsanwalt dabei noch einen persönlichen Karriereimpetus und gar Befriedigung bei Verhängung von Höchststrafen empfindet. Die Staatsanwaltschaft – die Kavallerie der Justiz! Dies bezieht sich auf eine Furcht einflößende, strenge, rücksichtslose und schneidige Staatsanwaltschaft zu wilhelminischen Zeiten.<sup>17</sup>

Ein militaristischer Vergleich mit der preußischen Reiterei fügt sich allzu harmonisch in die preußisch verwurzelte Staatsanwaltschaft ein, verfolgen wir das Bild einer „schnellbeweglichen Elitekampfruppe“ gegen den polnischen Arbeiteraufstand, die, einmal ausgedient, zu Aufklärung und Verfolgung umgeschult wurde.<sup>18</sup> Die lange juristische Ausbildung bewirkte dabei, dass sich nur eine hinreichend betuchte Schicht, meist verwurzelt in studentischen Corps, der Staatsanwaltschaft zuwendete. Eine staatsanwaltsfreundliche preußische Personalpolitik sorgte dann noch für eine dichte Besetzung hoher Richterämter mit Staatsanwälten.<sup>19</sup> Ob diese rein zufällig ausgesucht wurden oder es sich ausschließlich um Topjuristen oder überaus hörige Juristen handelte, sei dahin gestellt.<sup>20</sup>

<sup>9</sup> Schmidt, Strafrechtspflege, S. 329.

<sup>10</sup> Promemoria von von Savigny und Uhden vom 23.03.1846, zitiert nach Otto, Die Preußische Staatsanwaltschaft. Aus Anlass ihres 50jährigen Bestehens als historisch-kritische Studie nach amtlichen Quellen bearbeitet, 1899, S. 40.

<sup>11</sup> Günther, Staatsanwaltschaft - Kind der Revolution, 1973.

<sup>12</sup> Rüping, GA 1992, 147 (158).

<sup>13</sup> Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2011, S. 92 f.

<sup>14</sup> Häußler, in: FS Landau, 2001, S. 393 (394 ff.).

<sup>15</sup> Etwa Nr. 127, 128 RiStBV.

<sup>16</sup> Vgl. Wohlers, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft. Beitrag zu den rechtshistorischen und strukturellen Grundlagen des reformierten Strafverfahrens, 1994, S. 20, 39.

<sup>17</sup> Grosse, Amtsführung der Richter und Staatsanwälte aus der Sicht der Verfahrensbeteiligten in: Die Vorträge und Referate des Deutschen Richtertages 1987 in Hamburg, 1988, S. 67 (67).

<sup>18</sup> So schon Döhring, DRiZ 1958, 282 (287); Rüping, GA 1992, 157 (157 f.).

<sup>19</sup> Darstellung bei Agerius, Der Einfluß der Staatsanwaltschaft in der preußischen Justiz in: Preußische Jahrbücher 1895, Band 81, S. 1 (8).

<sup>20</sup> Negidius, Aulus Agerius und die preußische Staatsanwaltschaft, in: Preußische Jahrbücher 1896, Band 83, S. 97 (100), der von einer völ-

Dieser Staatsanwalt, der sich als Anwalt der Staatsgewalt versteht, heißt es nun, sei aber inzwischen längst ausgestorben. Staatsanwalt/anwältin heiße vielmehr, Anwalt/Anwältin der Bürgerinnen und Bürger zu sein, die im Staat leben und die der Staat zu beschützen hat. Nur vereinzelt würde der staatsanwaltschaftliche Strafverfolgungsanspruch noch überbetont.<sup>21</sup>

Demzufolge gäbe es heutzutage aber nur noch Staatsanwält\_innen à la Fritz Bauer, die sich als „Rechts“-Anwalt verstehen – Kämpfer für die Durchsetzung von Gerechtigkeit und Wahrheit. Ferner hieße das, wer heute noch von „schneidigen, karrierebewussten und verfolgungswütigen“<sup>22</sup> Staatsanwält\_innen spricht, hat zu viel John Grisham gelesen und dabei nicht gemerkt, dass wir in Kontinentaleuropa „Civil law“ anwenden und der Ausgang eines Verfahrens in der Regel nicht von der Dicke des Geldbeutels abhängt.

Mitnichten – lautet zumindest die Antwort seitens der Strafverteidigung, die die Staatsanwaltschaft mit dem Vorwurf konfrontiert, sie nehme entlastende Beweismittel nicht einmal zur Kenntnis, sondern überlasse die Kenntnisnahme von vornherein den Gerichten. Was damit erklärt wird, dass durch die Übernahme der polizeilichen Ermittlungen zunächst ein Loyalitätsdruck zu Gunsten gerade dieser polizeilichen Ermittlungen entstehe und dadurch dann Furcht, an der Arbeit der Kollegen Kritik üben zu müssen, welcher die Staatsanwält\_innen oft nicht gewachsen seien.<sup>23</sup>

In Reihen der Strafverteidigung werden junge Kollegen davor gewarnt, die Staatsanwaltschaft als Feindbild anzusehen – aber werden auch im selben Atemzuge desillusioniert über ebendiese existente Wahrnehmung der Staatsanwälte gegenüber Strafverteidigern.<sup>24</sup>

#### 4. „Herrin des Ermittlungsverfahrens“

Welch schwerer Vorwurf, die Staatsanwaltschaft nehme entlastende Beweise nicht zur Kenntnis, ist sie bekannter Weise die „Herrin des Ermittlungsverfahrens“<sup>25</sup>. Aber ist diese Bezeichnung noch gerechtfertigt? Oder wie steht es mit dem Bild vom Staatsanwalt als „Kopf ohne Hände“<sup>26</sup>?

Die Bezeichnung des „Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft“ ist mit dem ersten Justizmodernisierungsgesetz 2004 durch den der „Ermittlungsperson“ in § 152 GVG ersetzt worden – ganz im Sinne einer immer stärker durchgreifenden vorbeugenden Verbrechensbekämpfung, sprich Strafverfolgungsvorsorge.<sup>27</sup> Dies hatte zur Folge, dass inzwischen zumindest im Bereich der Massenkriminalität nach polizeilichem Selbstverständnis die Staatsanwält\_innen selbst als „volljuristische Hilfsbeamte“ zu bezeichnen sind, der richterliche Beschlüsse zu weitergehenden Ermittlungen einleitet.<sup>28</sup>

Auffällig ist, dass die Staatsanwaltschaft wie die Polizei dabei ganz natürlich von einer Zuordnung der Staatsanwaltschaft zur Justiz ausgeht.

Ein offener Diskurs über dieses Verhältnis findet seitens der Staatsanwaltschaft nicht statt. Die Perzeption bewegt sich vielmehr im Rahmen eines Optimismus ob der engen Zusammenarbeit und effizienten Ermittlungen und der Entwicklung hin zu einem soliden Grundvertrauen. Dass die Staatsanwaltschaft ein Interesse an einem guten Verhältnis hat, leuchtet im Sinne effizienter und effektiver Ermittlungen ein.<sup>29</sup> Eine wirklich rechtsstaatliche Ermittlung, die das geltende Verfahrensrecht beachtet, kann nur in Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft als kompetente Rechtsaufsicht stattfinden. Schließlich kommt ihr nach § 161 StPO der Auftrag zu, eine funktionierende Strafverfolgung zu garantieren.

Ein Blick auf die konstant ansteigende Zahl an Gesetzen und Verordnungen zeigt, dass das Hauptarbeitsfeld der Staatsanwaltschaft heute in Bereichen des Verwaltungsrechts oder Straßenverkehrsrechts liegt.<sup>30</sup>

Im Kontrast dazu steht eine allgemeine technische, personelle und informationelle Überlegenheit der Polizei. Unter sicherheitspolitischem Druck gewinnt Gefahrenabwehr zu Lasten aufwendiger und rechtlich schwieriger Ermittlungsarbeit immer größere Bedeutung.<sup>31</sup>

Nichts desto weniger liegt die Entscheidungskompetenz gem. § 161 StPO, § 152 GVG ausdrücklich bei der Staatsanwaltschaft, wie außerdem nach Nr. 3 I RiStBV die Beweisverwertungsgebote und – verbote zu beachten sind und nach Nr. 3 II RiStBV Eingriffe jederzeit möglich sind. Ihr kommt insbesondere die Aufgabe zu, die Ge-

lig unorganisierten und zufälligen Personalpolitik spricht; im Gegensatz dazu Krebs, Die Weisungsgebundenheit des Staatsanwalts, 2002, S. 36 ff.

21 Schaefer, in: FS Stöckel, S. 309.

22 Roxin, DRiZ 1969, 385 ff.

23 Kühne, Strafprozessrecht, 2003 S. 80; BGH NJW 1960, S. 253 (253); Keyl, Amtsführung der Richter und Staatsanwälte aus der Sicht der Verfahrensbeteiligten, in: Die Vorträge und Referate des Deutschen Richtertages 1987 in Hamburg, S. 75 (76 f.).

24 Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 2005, Rn. 185.

25 Vormbaum, Strafrechtsgeschichte, 2011, S. 96.

26 Roxin, DRiZ 1969, 385 (388).

27 81 % der Verfahren wurden 2011 von polizeilichen Behörden eingeleitet, auf die StA entfielen 15,4%; vgl. den Bericht „Rechtspflege 2011“, S. 21, 30, [https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/Querschnitt/BroschuereJustizBlick0100001099004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/Querschnitt/BroschuereJustizBlick0100001099004.pdf?__blob=publicationFile) (15.11.2015).

28 Jahn, in: Heghmanns/Scheffler, 2008, Rn. 39, S. 18 f.

29 Frank, DRiZ 2008, 126 ff.

30 Abgesehen von Organisierter und Wirtschaftskriminalität im Zuständigkeitsbereich des GBA.

31 Frank/Titz, ZRP 2008, 127 (128).

samtverantwortung für die Ermittlungen der Polizei zu übernehmen.<sup>32</sup>

Allerdings wird die Staatsanwaltschaft in 90 % der Fälle erst nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens eingeschaltet, als der Polizei nach § 163 StPO in Fällen kleiner bis mittlerer Kriminalität der „erste Zugriff“ zusteht. Bei Kapitalverbrechen hingegen soll die Staatsanwaltschaft von Anfang an beteiligt sein, ist dies jedoch derzeit nur bei etwa 60 %. Insofern weicht die tatsächliche Ausübung der Sachleitungsbefugnis erheblich von der verfahrensrechtlich vorgesehenen Rolle für die Staatsanwaltschaft ab. Insofern ist es nicht fernliegend von einer Überlebensangst der Staatsanwaltschaft gegenüber der Polizei auszugehen.<sup>33</sup>

Hinzu kommt, dass eine breit angelegte Ermittlungstätigkeit praktisch wegen der Anzahl der Verfahren nicht zu bewerkstelligen ist, als sie notwendigerweise in Handlungsunfähigkeit mündete. In der Regel ist die Erledigungsentscheidung der Staatsanwaltschaft von Interessen der am Ermittlungsverfahren Beteiligten beeinflusst, also insbesondere durch das polizeiliche Ermittlungsergebnis und das Interesse der Geschädigten an einer effektiven Strafverfolgung und Aufklärung. Nur in seltenen und bedeutenden Fällen ermittelt die Staatsanwaltschaft persönlich.<sup>34</sup>

Insofern heißt es sich vom Bild der Staatsanwaltschaft als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ zu verabschieden. Dabei liegt diese Veränderung des Rollenbildes vorwiegend im Personalmangel begründet, der sich aus einer unzureichenden Berechnung der Pensen nach dem Personalbedarfssystem (Pebsy) ergibt. Tatsächlich ist der justizielle Personalbedarf höher als der Personalbestand.<sup>35</sup> Dies äußert sich etwa darin, dass Strafkammern teilweise unterbesetzt agieren wie sich in den dadurch notwendigerweise häufenden Absprachen nach § 257c StPO und verkürzten Abschlüssen zeigt.<sup>36</sup> Absprachen sind insbesondere hinsichtlich der Schuldangemessenheit und des Gleichheitsgrundsatzes problematisch, wodurch sie in der Praxis als Abweichung des geltenden Strafprozessrechts zu werten sind. Orientierung bietet sodann eine individuelle, plausible und nicht etwa eine vom Legalitätsprinzip abgeleitete Lösung. Dies führt zu einem Glaubwürdigkeits- und Vertrauensver-

lust des Rechtssystems.<sup>37</sup> Davon, dass die Staatsanwaltschaft be- und entlastende Beweise selbst sammelt, ist mit Verlaub Abstand zu nehmen.

## 5. „Objektivste Behörde“

Gem. § 160 II StPO hat die Staatsanwaltschaft als unparteiische Instanz be- und entlastende Beweise zu berücksichtigen. Danach müsste die Staatsanwaltschaft eigentlich die „objektivste Behörde der Welt“ sein. Wer methodisch korrekt vorgeht, wird schnell auf die Erwidern des *Franz von Liszt* an den Urheber dieser Bezeichnung, den damaligen Generalstaatsanwalt am Berliner Landgericht *Isenbiel*, stoßen, der verlaublich: „Ich gebe eines zu: die Parteistellung der Staatsanwaltschaft ist durch unsere Prozeßordnung besonders verdunkelt worden. Durch die Aufstellung des Legalitätsprinzips, durch die den Staatsanwalt auferlegte Verpflichtung in gleicher Weise Entlastungs- wie Belastungsmomente zu prüfen, könnte ein bloßer Civiljurist - schön nicht - ein bloßer Civiljurist, zu der Annahme verleitet werden, als wäre die Staatsanwaltschaft nicht Partei, sondern die objektivste Behörde der Welt. Ein Blick in das Gesetz reicht aber aus, um diese Entgleisung als solche zu erkennen.“<sup>38</sup>

Ein Blick ins Gesetz offenbart zunächst den Status des Generalbundesanwalts als politischen Beamten gem. § 54 I Nr. 5 BBG, wonach dieser mit den allgemeinen Richtlinien der Regierung übereinzustimmen hat und ohne Begründung sofort in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden kann. Dies trifft erst seit 2010 nur noch auf den Generalbundesanwalt zu. Wie an GBA a. D. *Rangete* zu sehen ist, kann eine Versetzung in den Ruhestand mitunter sehr schnell gehen.

Aber auch auf Landesebene besteht weiterhin die Möglichkeit des externen und internen Weisungsrechts, also der Möglichkeit gem. §§ 146, 147 I – III GVG Weisungen seitens des Justizministers und seitens des nächsten vorgesetzten Beamten zu erteilen. Und das in Form von allgemeinen, man denke an die RiStBV, und konkreten Weisungen, die nicht schriftlich sondern auch beiläufig, auf dem Heimweg oder im Fahrstuhl, fallen können.

Da hilft das gern verwendete Argument, dass Weisungen in der Praxis so gut wie nicht vorkommen würden, nicht weiter. Aber es bietet vielleicht einen Zugang dazu, dass sich Staatsanwälte trotz ihrer gesetzlich normierten Abhängigkeit als „eigentlich unabhängig“<sup>39</sup> verstehen und eine Identifizierung mit der „objektivsten Behörde der Welt“ auch heute noch stattfindet.<sup>40</sup>

<sup>32</sup> *Jahn*, in: *Heghmanns/Scheffler*, 2008, S. 19, Rn. 40.

<sup>33</sup> *Schulz*, Die Teilung der erkennenden Gewalt, in: *Staatsanwaltschaft – europäische und amerikanische Geschichten*, 2005, S. 337.

<sup>34</sup> Zu Abweichungen vom polizeilichen Ermittlungsergebnis kommt es bspw. in Fällen Schweren Diebstahls in nur ca. 3 % der Fälle, in Fällen Schwerer Kriminalität in etwa 44 %, vgl. *Blankenburg u. a.*, Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1978, S. 304f.; *Pragst*, Auf Bewährung - Mein Jahr als Staatsanwalt, 2011, S. 45f.

<sup>35</sup> *Harms*, DRiZ 2008, 126 (131); *Combé*, Stellung und Objektivität der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, 2007, S. 50.

<sup>36</sup> Ausgenommen die Verfahren schwerer Kriminalität.

<sup>37</sup> Beschluss vom 03.03.2005, Großer Senat für Strafsachen, GSSt 1/04; *Frank*, DRiZ 2008, 126 (130).

<sup>38</sup> *Von Liszt*, Vortrag vor dem Berliner Anwaltsverein am 23.03.1901.

<sup>39</sup> *Günther*, DRiZ 2002, 57 (59); *Krebs*, Weisungsgebundenheit, S. 327.

<sup>40</sup> *Heghmanns*, Das Arbeitsgebiet des Staatsanwalts, 4. Aufl. 2010,



## 6. Exekutive oder Judikative?

Daraus mag die wie selbstverständlich erfolgende Einordnung der Staatsanwälte zur Justiz resultieren. Dabei ist diese so selbstverständlich gar nicht, ist die Staatsanwaltschaft nach der vorliegenden Gesetzeslage doch der Exekutive zuzuordnen, da Art. 92 GG die rechtsprechende Gewalt den Richtern vorbehält und die Staatsanwält\_innen zudem Weisungen des Justizministers nach § 146 GVG unterstellt sind. Das Zwischenergebnis lautet demnach: Ausgehend von der gesetzlichen Lage ist die Staatsanwaltschaft der Exekutive zuzurechnen, übernimmt aber Aufgaben der Rechtspflege.<sup>41</sup>

Trotzdem ist die Debatte um die Zugehörigkeit der Staatsanwält\_innen zur Justiz oder Exekutive seit den 50er Jahren bis heute immer wieder geführt worden.<sup>42</sup> So kam es im Zuge der Einführung des Deutschen Richtergesetzes zu intensiven Auseinandersetzungen, gefolgt von detaillierten Änderungsvorschlägen, die explizit die von allen Seiten zu vernehmende Forderung nach Gleichstellung der Staatsanwält\_innen zu den Richtern aufgriffen wie die Klarstellung ob der Zugehörigkeit zur Justiz. Diese Entwürfe sind unberücksichtigt geblieben. Vorlagen wie das Dresdener Plädoyer 2003 oder der Vorschlag des Deutschen Richterbundes für ein Zwei-Säulen-Modell 2007 zeigen, dass sich die Unzufriedenheit seitens der Staatsanwält\_innen nicht gelegt hat.

So fragt *Zachariä* schon 1846, „weshalb denn diesen Engeln in Menschengestalt, die nur Wahrheit und Recht suchen und wollen, und kein Haar breit von der Linie der Gerechtigkeit abweichen, nicht die ganze Strafrechtspflege überlassen werde und wozu denn überhaupt noch Richter und Vertheidiger nöthig seyen? [...] Vertreter der Rechtsinteressen der bürgerlichen Gesellschaft vor dem Richter mag man den Staatsanwalt nennen; mehr aber nicht! hiermit ist ihm eine eben so wichtige als würdige Stellung eingeräumt.“<sup>43</sup>

### a) Die Staatsanwaltschaft als Partei

Nach gesetzlicher Lage ist die Staatsanwaltschaft objektive Behörde und damit keine Partei. Allerdings ruft das Auftreten der Staatsanwält\_innen in der Hauptverhandlung als vermeintlich gegnerische Partei Bedenken hervor.

Als rechtsstaatliche Errungenschaft der Einführung der Staatsanwaltschaft ist insbesondere die damit verbundene Abkehr vom Inquisitionsprozess zu werten, spricht

der Einheit von Ankläger und Richter. Zum Ausdruck kommt dabei das Phänomen der „psychischen Doppelbelastung“, das die Unmöglichkeit beschreibt, gleichzeitig anzuklagen und objektiv zu richten.<sup>44</sup> Um eines fairen Verfahrens Willen ergibt sich gerade aus diesem Konflikt die Aufgabenteilung zwischen Rechtsanwaltschaft, Staatsanwaltschaft und Richterschaft. Die Ausgestaltung der staatsanwaltlichen Aufgaben nach § 160 II StPO reaktiviert jedoch genau diesen Widerspruch. So darf es nicht verwundern, dass *Zachariä* schon 1846 darauf hinweist, dass „der Staatsanwalt nothwendig auf dem Standpunkt der Parthei“ steht, als man „demjenigen, von welchem der Angriff ausgeht, nicht zugleich die Functionen der Vertheidigung übertragen“ könne.<sup>45</sup> Verwunderlich hingegen ist, dass die Gesetzeslage heute noch dieselbe ist und dementsprechend noch dieselbe Kritik geäußert wird.<sup>46</sup>

Untersuchungen haben ergeben, dass die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung als Partei auftritt. Dass es nicht zu Konflikten komme, sei darin begründet, dass Richter und Staatsanwält\_innen intern eine Rollenaufteilung vornähmen, wobei die Richter\_innen die milde und die Staatsanwält\_innen die harte Rolle übernehmen.<sup>47</sup>

Im Gegensatz dazu meint die Rechtsanwaltschaft, dass zwischen Richter\_innen und Staatsanwält\_innen keine Allianz bestehen könne, dies jedoch trotzdem seitens der Angeklagten so wahrgenommen werde.<sup>48</sup> Die Staatsanwält\_innen selbst gehen hingegen teilweise davon aus, als ein „allzu mächtiger Gegner“<sup>49</sup> zu erscheinen.

### b) Richter vor dem Richter

Vor diesem Hintergrund ist auf die beweglichen Zuständigkeiten hinzuweisen. Diese ermöglichen der Staatsanwaltschaft örtlich wie sachlich zwischen verschiedenen Gerichten zu wählen und auf die personelle Besetzung Einfluss zu nehmen. Diese Befugnisse sind etwa in den §§ 7 ff., §§ 2, 3 StPO, § 24 I Nr. 3, § 74a II GVG normiert, für Jugendschutzsachen siehe § 26 I S. 1, II GVG.

Schon 1877 existierte in § 75 II GVG eine Befugnis zum Antrag auf Überweisung, erst mit der Bundesratsverordnung vom 07.10.1915 folgte dann die gesetzliche Einführung und mit der Lex Emminger vom 04.01.1924 eine umfassende Erweiterung.<sup>50</sup> Bei Inkrafttreten der StPO

S. 8, Rn. 26; *Döhring*, DRiZ 1958, 282 (285); *Enderl*, DRiZ 2001, 130 (130).

<sup>41</sup> BVerfGE 9, 223 f.

<sup>42</sup> Vgl. *Rebehn*, DRiZ 2015, 286 f.

<sup>43</sup> *Zachariä*, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, 1846, S. 271 f.

<sup>44</sup> *Geppert*, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 1979, S. 47.

<sup>45</sup> *Zachariä*, Deutsches Strafverfahren, S. 272.

<sup>46</sup> *Combé*, Stellung und Objektivität der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, 2007, S. 48; *Kausch*, Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter?, 1980, S. 229.

<sup>47</sup> *Blankenburg u. a.*, Sozialkontrolle, 1978, S. 257 ff.

<sup>48</sup> *Keyl*, Amtsführung, 1987, S. 75 (78).

<sup>49</sup> *Döhring*, DRiZ 1958, 282 (287).

<sup>50</sup> RGBl 1915, S. 631 f., § 3 I Bundesratsverordnung und RGBl 1924, S. 15, VO über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege.

1877 hatte der Staatsanwalt zwei Möglichkeiten, ein Ermittlungsverfahren zu beenden, die Einstellung nach § 170 II StPO und die Anklage nach § 170 I StPO. Heute gibt es weitaus mehr Möglichkeiten ein Ermittlungsverfahren weiter zu führen. Zu Gunsten positiver Aufklärungsquoten ist die Staatsanwaltschaft geneigt, eine Einstellung einem Freispruch vorzuziehen. Überwiegend sieht die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung ab und stellt Verfahren ein.<sup>51</sup>

Sind die beweglichen Zuständigkeiten inzwischen zwar zeitlich erprobt, ändert dies nichts daran, dass seit ihrer Einführung Einwände bezüglich der Flexibilität und einem damit verbundenen Machtzuwachs für die Staatsanwaltschaft erhoben werden.<sup>52</sup> Heute dreht sich die Debatte insbesondere darum, inwiefern der „gesetzliche Richter“ nach Art. 101 I S. 2 GG noch gewährleistet ist.

Gerade die Rechtsanwaltschaft sieht sich benachteiligt. Die beweglichen Zuständigkeiten erhöhten das Missbrauchsrisiko, seien zudem unzureichend gerichtlich nachprüfbar und führten so zu einer verfassungsrechtlichen Schlechterstellung des Angeklagten. Die Staatsanwält\_innen mutierten zur „menschlichen Gefahrenquelle“<sup>53</sup>.

Problematisch ist außerdem, wie die Entscheidung der Staatsanwälte zu Stande kommt. Erhebungen zeigen, dass dabei individuelle Kriterien und Interessen verfolgt werden, die sich losgelöst vom Gesetzeswortlaut vermehrt an staatsanwaltlichem Gewohnheitsrecht orientieren.<sup>54</sup> Die Entscheidung, ob und wo angeklagt wird, unterliegt dem persönlichen Ermessen der Staatsanwält\_innen, sodass letztlich die Bezeichnung als „Richter vor dem Richter“<sup>55</sup> gerechtfertigt erscheint. In diesem Sinne werden auch die Kompetenzen, die den Staatsanwälten durch die beweglichen Zuständigkeiten zugesprochen werden, als Einführung einer staatsanwaltschaftlichen Sanktionsmöglichkeit gewertet. Dies ist aber verfassungsrechtlich nicht gewollt. Werden der Staatsanwaltschaft richterähnliche Kompetenzen zugesprochen, ist dies theoretisch ein Schritt zurück zum Inquisitionsprozess, wenn auch weit entfernt von einer Rückkehr zum mittelalterlichen Inquisitionsprozess.<sup>56</sup>

51 2009 sind ca. 62 % aller Verfahren eingestellt und 27 % angeklagt worden, wobei es erhebliche Abweichungen zwischen den Ländern gab, so wies Hamburg 2009 eine Einstellungsquote von 71 %, Bayern von 54 % auf, vgl. Justiz auf einen Blick, 2011, S. 10: [http://www.dgfpi.de/ftl\\_files/pdf/medien/2012-01-26\\_Justiz\\_auf\\_einen\\_Blick\\_Ausgabe-2011.pdf](http://www.dgfpi.de/ftl_files/pdf/medien/2012-01-26_Justiz_auf_einen_Blick_Ausgabe-2011.pdf) (16.11.2015).

52 Vormbaum, Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924, 1988, S. 163 ff. und S. 172 ff.; Naucke, KritV 1999, 336 (349).

53 Arnold, ZIS 2008, 92 (93).

54 Arnold, ZIS 2008, 92 (96 ff.).

55 Kausch, Ein Richter vor dem Richter?, 1980, vgl. allein den Titel.

56 Kausch, Ein Richter vor dem Richter?, 1980, S. 235 f.

Entgegen dieser Bedenken hat das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit der beweglichen Zuständigkeiten bestätigt. Zwar könne eine Missbrauchsgefahr nicht ausgeschlossen werden, allein die abstrakte Missbrauchsmöglichkeit führe jedoch nicht zur Verfassungswidrigkeit. Praktikabilitätsabwägungen und die gerichtliche Kontrollmöglichkeit nach § 209a StPO gewährleisten zudem eine grundrechtsgemäße und gleiche Anwendung der beweglichen Zuständigkeiten.<sup>57</sup>

### c) Weisungsgebundenheit

„Es ist nicht erforderlich, daß ein jeder Staatsanwalt einer konservativen Partei angehöre. Daß man aber nicht über seine Gesinnung hinwegsehen kann, das ergibt sich daraus, daß es wohl schwerlich wohlgethan sein möchte, einen Sozialdemokraten zum Staatsanwalt zu machen. Wer eine solche Stelle einnehmen will, der muß durchaus königstreu und vaterlandsliebend sein; er darf keiner Partei mit destruktiven Tendenzen, keiner Partei angehören, welche gewerbsmäßig der Regierung Opposition macht [...] Der Staatsanwalt muß ein thatkräftiger Mann sein. Furcht und Ängstlichkeit darf er nicht kennen, ebenso wenig unangebrachte Rücksichten.“<sup>58</sup>

Der Konflikt beginnt 1852, wenn es heißt, dass Staatsanwälte „in hervorragendem Maße als politische Beamte anzusehen sind. Abhängig von den Weisungen der Regierung haben sie deren Interessen, d. h. die Interessen der jeweiligen Herrschenden politischen Richtung wahrzunehmen.“<sup>59</sup> Sind die Staatsanwält\_innen inzwischen zwar keine politischen Beamten mehr, besteht das externe und interne Weisungsrecht sehr wohl noch weiterhin. Bis heute sind Forderungen nach einer unabhängigen Staatsanwaltschaft unter Abschaffung des Weisungsrechts zu vernehmen. Diese Forderungen stehen in Kontrast dazu, dass eine Abschaffung des Weisungsrechts von vielen Staatsanwälten im Sinne einer Garantie einer einheitlichen und somit gleichen Strafverfolgung als gar nicht wünschenswert angesehen wird.<sup>60</sup> Dabei gehen die Äußerungen gar soweit, eine Abschaffung des Weisungsrechts einer Abschaffung der Staatsanwaltschaft gleichzusetzen. Diesem unabhängigen Staatsanwalt wäre es sodann nicht mehr möglich, sich mit anderen Staatsanwälten abzusprechen und abzustimmen, was dazu führe, dass dieser unabhängige Staatsanwalt letztlich zum Richter würde. Dies sei die Rückkehr zum mittelalterlichen Inquisitor.<sup>61</sup>

57 BVerfGE 9, 223; 22, 254.

58 Otto, Preußische Staatsanwalt, 1899, S. 192.

59 § 87 Preußisches Gesetz bzgl. der Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten vom 21.07.1852.

60 Häußler, in: FS Landau, 2001, S. 393 (406); Wagner, JZ 1974, 212 (218); Döhring, DRiZ 1958, 282 (283).

61 Schulz, Teilung der Gewalt, 2005, S. 311 (334 f.); Günther, Kind der Revolution, 1973, S. 48 f.

Diese Argumentation verkennt allerdings, dass wesentliches Charakteristikum eines Inquisitionsprozesses die Einheit von Anklage und Richter sind. Die Einführung einer weisungsunabhängigen Staatsanwaltschaft bewirkt aber mitnichten die Abschaffung des Richteramtes. Eine Umfunktionierung der Staatsanwält\_innen zum Richter kann in Verbindung mit den beweglichen Zuständigkeiten bewirkt werden – dieser Prozess findet jedoch unabhängig davon statt, ob die Staatsanwält\_innen Weisungen erhalten oder nicht. Dies verändert nur den Urheber der Entscheidung des Richters vor dem Richter, nicht aber dessen Existenz an sich.

Zugang zur staatsanwaltschaftlichen Argumentation bietet die Lektüre staatsanwaltlicher Erfahrungsberichte. Ausgehend von einer grundlegenden Aufteilung in allgemeine und konkrete Weisungen ist weiterführend zwischen echten, sprich expliziten, und unechten, sprich impliziten, Weisungen zu differenzieren. Allgemeine Weisungen wie die RiStBV werden als wesentlich für die tägliche Arbeit wahrgenommen, echte Weisungen hingegen würden nicht erteilt.<sup>62</sup> Negativ fielen die Berichte bezüglich der Möglichkeiten von Berichtspflichten und weisender Gespräche aus, die belastender und bestimmender wahrgenommen wurden als etwa echte Weisungen.<sup>63</sup> Die Abhängigkeit der Staatsanwält\_innen kann zuweilen eine Erleichterung versprechen, stehen etwa persönliche Gründe einer Entscheidung im Wege. So dann gibt es immer die Möglichkeit der Devolution.

Allein eine Begründungspflicht von Weisungen bewirkt etwa schon das Wegfallen subtiler Weisungen und bedeutete eine psychische Erleichterung für Staatsanwält\_innen. Ob hingegen eine gänzliche Abschaffung des Weisungsrechts angezeigt ist, ist fraglich, als die weitgehend positive Wahrnehmung seitens der Staatsanwält\_innen ernst zu nehmen und in den Diskurs mit einzubeziehen ist. Sicherlich kann eine weisungsabhängige Staatsanwaltschaft eine gleiche Strafverfolgung garantieren. Dies schließt aber nicht aus, dass dies eine unabhängige Staatsanwaltschaft nicht ebenso vermag. Die Weisungsabhängigkeit bewirkt also nur, dass eine andere Instanz die Entscheidung trifft, wobei auch Minister an Recht und Gesetz im Sinne von Art. 20 III GG gebunden sind – ebenso wie die Staatsanwaltschaft. Maßgebliches Kriterium ist das Gesetz, eines externen Weisungsrechts bedarf es dafür nicht.

Dass dies funktionieren kann, zeigt die erfolgreiche Einführung einer unabhängigen Staatsanwaltschaft etwa in Litauen oder Italien.

<sup>62</sup> Pro Staatsanwalt/anwältin werden jährlich ca. 4,5 Weisungen erteilt, vgl. Krebs, Weisungsgebundenheit, 2002, S. 316.

<sup>63</sup> Krebs, Weisungsgebundenheit, 2002, S. 305; Schöndorf, Strafrecht auf Abwegen. Ein Staatsanwalt zieht Bilanz, 2001, S. 197 f.

### III. Zur gesellschaftlichen Wahrnehmung

„Es hat sich in der Praxis eingebürgert, dass die meisten Staatsanwälte ein Interesse daran haben, den Angeklagten ‚hineinzulegen‘. Sie machen damit Karriere. Lass den Staatsanwalt reden und denk dir deinen Teil.“<sup>64</sup>

#### 1. Im Wandel der Zeit

Ist schon im 19. Jahrhundert ein Generalverdacht des Strebertums gegen die Staatsanwaltschaft erhoben worden,<sup>65</sup> sieht sich die Staatsanwaltschaft auch heute noch in Korruptionsverfahren und der organisierten Wirtschaftskriminalität mit dem Vorwurf der Käuflichkeit und der engstirnigen Verfolgung des Karrierewegs konfrontiert. Im Zweifel ginge es der Staatsanwaltschaft nur um die eigene Macht und das eigene berufliche Fortkommen.<sup>66</sup> Solche Vorwürfe treffen sicherlich nur im Einzelfall zu und sind nicht verallgemeinerungsfähig. Von der Hand zu weisen ist es allerdings nicht, dass ein gewisser Ermittlerinstinkt und Ehrgeiz vorhanden sein muss – könnte die Masse an Verfahren sonst gar nicht bewerkstelligt werden.<sup>67</sup> Ein Vergleich staatsanwaltschaftlicher Anträge mit der letztlichen gerichtlichen Entscheidung hat ergeben, dass der staatsanwaltschaftliche Antrag je nach Deliktsform 32 % bis 57 % höher ist als das letztliche Urteil. Wird das Verfahren allerdings von Staatsanwält\_innen in eigener Sache geführt, ist die Diskrepanz zwischen Antragsstellung und gerichtlicher Entscheidung niedriger als in fremder Sache, die Verurteilungsquote im Ergebnis jedoch höher. Sind Staatsanwält\_innen von der Schuld eines Straftäters überzeugt, liegt es auf der Hand, dass eine Verurteilung in ihrem Sinne ist. Ein Freispruch kann hingegen, trotz zwingend zu unterstellenden rechtsstaatlich geleiteten Erwägungen, Zweifel in Richtung einer persönlichen Niederlage aufkommen lassen.<sup>68</sup>

Wurde im 19. Jahrhundert noch berichtet, dass es die Ankläger „nicht an Mitteln fehlen liessen, um Richter und Geschworne einzuschüchtern“<sup>69</sup>, gestaltet sich die Lage heute anders. Im 21. Jahrhundert zeichneten sich Staatsanwält\_innen, so die Selbsteinschätzung, im Gegenteil durch ein besonders ausgeprägtes Gespür für soziale Verantwortung und soziales Verständnis aus, das es bezüglich der §§ 153 StPO (Bagatellsachen), des Täter-Opfer-Ausgleichs, des Opferschutzes oder der Diversion im Jugendschutzverfahren (vgl. § 45 JGG) anzuwenden

<sup>64</sup> Tucholsky, Merkblatt für Geschworene 1929.

<sup>65</sup> Agerius, pr. Justiz, 1895, S. 1 (27).

<sup>66</sup> Roth u. a., Anklage unerwünscht - Korruption und Willkür in der deutschen Justiz, 2007, S. 7 f.

<sup>67</sup> Krebs, Weisungsgebundenheit, 2002, S. 327 ff.; Pragst, Jahr als St., 2011, S. 34, S. 44 ff.

<sup>68</sup> Pragst, Jahr als St., 2011, S. 199 ff.; Blankenburg u. a., Sozialkontrolle, 1978, S. 257 f.

<sup>69</sup> Mittermaier, Gesetzgebung, 1997, S. 146, Fn. 10.

gelte. Opfer von Gewalttaten würden bei der Staatsanwaltschaft immer echte Menschlichkeit und Verständnis vorfinden können.<sup>70</sup>

Diese Eigenschaften fügen sich nur allzu gut in das Bild der Staatsanwält\_innen als „Sozialingenieure“<sup>71</sup>. Insbesondere im Rahmen der oben erwähnten Möglichkeiten durch die beweglichen Zuständigkeiten kann dies in Jugendstrafsachen zutreffen. Ein anderes Beispiel ist etwa die Institutionalisierung einer Ansprechpartnerin bei der Berliner Staatsanwaltschaft für Opfer homophober Gewalt im August 2012. Auf Seiten der Staatsanwälte wird dieser Wandel des sozialen Verständnisses als äußerst positiv wahrgenommen. Nie seien Staatsanwälte so kritisch, aufgeschlossen und empfindsam gewesen wie heute. Aus einer schlichten Notwendigkeit wird den positiven Eigenschaften sodann auch Kreativität zugesprochen.<sup>72</sup>

Zunächst sei anzuführen die Kritikfähigkeit der Staatsanwält\_innen – denn die richterliche Entscheidung ist das letzte Wort, das den Staatsanwält\_innen die Möglichkeit zur Selbstkontrolle und zur Abwehr gegen Selbstüberschätzung an die Hand gibt. Auf diese Art und Weise würde von vornherein einem übersteigertem Individualismus Einhalt geboten.<sup>73</sup>

Darüber hinaus verstehen sich Staatsanwält\_innen als äußerst kommunikativ – gehört eine stete Zusammenarbeit mit Richtern, Polizeibeamten, Sachverständigen, Bewährungshelfern, Justizvollzugsbediensteten und Kollegen zum Berufsalltag. Für den Fall der Fälle wird trotzdem noch fürsorglich darauf hingewiesen, dass die jungen Kollegen zu Gunsten des Arbeitsklimas gegenüber Mitarbeitern nicht in die Vorgesetztenrolle und Befehlston verfallen sollten.<sup>74</sup>

## 2. Im Buchstabendezeranat

Ein letzter Blick sei dem Alltag der staatsanwaltlichen Tätigkeit gewidmet.

Staatsanwaltschaften sind intern in verschiedene Dezernate aufgeteilt. Je nach Größe der Staatsanwaltschaft bestehen für bestimmte Delikte Sonderdezernate.<sup>75</sup> Alle übrigen Delikte werden sogenannten Buchstabendezeranaten zugewiesen, die Zuordnung der Akten erfolgt so-

dann nach den Nachnamen der Beschuldigten. Diese Aufteilung in verschiedene Dezernate fördert die Effizienz der Sachbearbeitung und damit die Verbrechensaufklärung.

Der Alltag der Staatsanwält\_innen im Buchstabendezeranat ist vornehmlich gekennzeichnet durch eine Aktenflut, die von „offenen Verfahren“ begleitet werden, nicht zu vergessen der wöchentliche Sitzungsdienst. Die Aktenflut ist auf die oben schon angeführte personelle Überlastung zurückzuführen. Die „offenen Verfahren“ hingegen sind Ermittlungsakten, die noch keiner Abschlussverfügung zugeführt wurden und auf weitere Ermittlungsmaßnahmen hin geprüft werden müssen.

Hauptbereich der staatsanwaltschaftlichen Tätigkeit stellt demnach die Bearbeitung von Akten in Form von Anträgen, Anforderungen und Gesuchen dar.<sup>76</sup> Berichte über den staatsanwaltschaftlichen Berufsalltag klingen zu Weilen apokalyptisch, wenn etwa von „Justizzombies“ gesprochen wird, die gleich denken, gleich aussehen und gleich handeln, sprich eine „gleichförmig depressive, uniformierte Masse“ seien.<sup>77</sup>

## IV. Fazit

Die Staatsanwaltschaft ist folglich mit vielen Vorurteilen belegt. Bilder und Statusvorstellungen entstehen dort, wo Interesse geweckt wird und es zu Reibungen und Konflikten kommt. In den aktuell diskutierten Fällen ist eben diese Situation eingetreten: die Staatsanwaltschaft eckt an und lässt Kritik am tradierten Rollenverständnis entstehen. Kern der sich entwickelnden Konfliktlage ist, auch in der *netzpolitik.org* Affäre, eine unzureichende gesetzliche Normierung.

Einerseits offenbart sich dieses Defizit in der Diskrepanz der (verfahrens-)rechtlichen zur tatsächlichen Rolle der Staatsanwaltschaft. Andererseits gründet es maßgeblich in der auf das Jahr 1846 zurückgehenden gesetzlichen Konzeption der Staatsanwaltschaft als objektive Behörde, die zugleich anklagend und somit subjektiv wertend tätig ist. Die Zuordnung der Staatsanwaltschaft zur Rechtspflege und somit zur Exekutive ist inzwischen höchstrichterlich geklärt worden. Davon unbenommen verstehen sich Staatsanwälte selbst als zur Judikative gehörig. Geradezu symptomatisch ist dabei, dass diese Diskrepanz seit der Einführung der Staatsanwaltschaft besteht und seither als Problem wahrgenommen wird, ohne dass eine rechtliche Aufarbeitung erfolgt ist. Für das Bild in der Öffentlichkeit und auch das Selbstbild der Staatsanwaltschaft bleibt diese Diskrepanz nicht ohne Folgen. Sie dürfte auch die Ursache sein für den seit jeher

70 *Laserstein*, Wie verteidige ich mich im Strafverfahren. Ein lustigster Helfer in Strafsachen, 1953, S. 214.

71 *Günther*, Kind der Revolution, 1973, S. 42.

72 *Kintzi*, Staatsanwaltschaft – objektive Behörde und Anwalt des Staates, in: Die Vorträge und Referate des Deutschen Richtertages 1987 in Hamburg, 1988, S. 309 (330 f.); *Grosse*, Amtsführung, 1988, S. 67 (68).

73 *Heghmanns*, Arbeitsgebiet, 2010, Rn. 22.

74 *Heghmanns*, Arbeitsgebiet, 2010, Rn. 143 f.

75 Etwa in Berlin für Jugend, Wirtschaft, organisierte Kriminalität, Betäubungsmittel, politische motivierte Kriminalität oder Verkehrssachen.

76 *Grosse*, Amtsführung, 1988, S. 67 (70 ff.); *Pragst*, Jahr als St., 2011, S. 45 f.

77 *Schöndorf*, Strafrecht, 2001, S. 59 f.; vgl. *Pragst*, Jahr als St., S. 32 f.

bestehenden Konflikt des Verständnisses der Rolle und Aufgaben der Staatsanwaltschaft im Spannungsfeld von Justiz und Politik.

Eine Änderung auf nationaler Ebene ist nicht in Sicht. Möglicherweise kann jedoch über die Einrichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft im Sinne von Art. 86 AEUV eine Klärung der Rechtstellung herbeigeführt werden. Die europäische Kommission hat dem Rat der Europäischen Union schon einen Vorschlag zur Europäischen Staatsanwaltschaft zur Stellungnahme zukom-

men lassen.<sup>78</sup> Welche Auswirkungen eine etwaige Verordnung für die deutsche Rechtslage haben wird, bleibt insofern noch abzuwarten.<sup>79</sup> Auch wenn die gegenwärtigen Auseinandersetzungen aus aktuellem Anlass vor allem einen politischen Hintergrund haben mögen, ist es doch Aufgabe des Gesetzgebers unserer Zeit für eine klare Gesetzeslage zu sorgen.

<sup>78</sup> KOM (2013) 534 endg.

<sup>79</sup> Magnus, ZRP 2015, 181 ff.

Anna-Lia Tanduo\*

## Das Jurastudium in Italien

*In Deutschland kämpfen Jurastudierende in Klausuren vor allem mit der Zeit, in Italien hingegen kommen die meisten Studenten erst in ihrer Abschlussarbeit dazu, einen eigenen Gedanken zu Papier zu bringen. Der folgende Beitrag soll im Rahmen eines Erfahrungsberichts der Autorin einen kurzen Vergleich der beiden Prüfungssysteme bieten.*

Deutsche Jurastudierende sitzen in ihrem ersten Semester an der Universität in Vorlesungen und Arbeitsgruppen, später kommen auch Seminare dazu. In den Klausuren und Hausarbeiten soll dann möglichst viel von dem praktisch angewendet werden, was zuvor theoretisch gelernt wurde. Dieses theoretische Wissen wird im Laufe des Studiums immer umfassender und führt schließlich zum großen Staatsexamen, welches am Ende des Weges als die große Prüfung aller zuvor gelernten Einzelheiten auf die Studierenden wartet. In Deutschland könnte man sich darüber beschweren, dass im Studium zu wenig Praxisbezug hergestellt wird, dass zwar Fälle behandelt werden, aber die wirkliche Realität, die einen Praktiker erwartet, wenig erkennbar ist. Man könnte sich auch über den Druck beschweren, den so eine allumfassende Abschlussprüfung erzeugt, denn nichts von dem, was gelernt wird, sollte wieder vergessen werden. Es wird viel über Reformen und Verbesserungsmöglichkeiten des Jurastudiums gesprochen, auch die HRN haben sich in ihrem letzten Heft (01/2015) der Kritik am Jurastudium gewidmet. Oft wird über die eigene Unzufriedenheit jedoch auch der Blick nach außen vernachlässigt.

Schaut man zum Beispiel nach Italien zeigt sich ein sehr anderes Bild. In Bologna, einer der größten Universitäten des Landes, werden Jurastudierenden als Lehrveranstaltungen nur Vorlesungen angeboten. Sehr selten gibt es die Möglichkeit ein Seminar zu besuchen, meist sind

dies freiwillige Angebote der Professoren. Wer es bis in das fünfte Studienjahr schafft, kann eventuell von kleineren Kursen profitieren, denn dann ist jeder Jahrgang meist auf eine überschaubare Anzahl an Studierenden zusammengeschrumpft und es gibt eine größere Auswahl an Kursen zu speziellen rechtlichen Themen.

Wer diese Form des Lehrens nicht schätzt und eine Veranstaltung nicht besucht, verliert den Status als „Frequentante“, also als regelmäßiger Besucher der Vorlesung, und muss in der Regel ein bis zwei Bücher mehr für die Prüfung vorbereiten. Am Ende eines jeden Semesters werden keine Klausuren geschrieben, sondern die Studierenden gehen in mündliche Prüfungen. Dort wird dann in 15 bis 20 Minuten das Lehrbuchwissen abgefragt. Einmal bestanden, kann das Gelernte auch wieder vergessen werden, denn die Rechtsgebiete bauen zwar auch hier aufeinander auf, es ist aber eher unwahrscheinlich, dass in der nächsten Prüfung über den jeweiligen Lehrbuchstoff hinaus etwas abgefragt wird. Hausarbeiten hingegen werden in manchen Kursen fakultativ angeboten, sind aber eher die Ausnahme als die Regel.

Am Ende des fünftes Studienjahres steht dann eine schriftliche Abschlussarbeit, vom Zeitaufwand und vom Umfang her vergleichbar mit einer Masterarbeit. Nur haben die meisten der Studierenden zu diesem Zeitpunkt noch nie eine größere Arbeit in dieser Form geschrieben. Nach fünf Jahren Studium werden italienische Studierende somit in eine Situation versetzt, in der sich deutsche Studierende vor ihrer ersten Hausarbeit wie-

\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg und verbringt das akademische Jahr 2015/2016 an der Universität von Bologna.

derfinden. Grundsätzliche Fragen zum Schreiben einer wissenschaftlichen Arbeit gesellen sich zum Druck ein Ergebnis vorzuweisen, welches einem abgeschlossenen Jurastudium gerecht wird.

Dem deutschen Prüfungssystem scheint es auf den ersten Blick zwar an Praxisbezug zu mangeln, schaut man jedoch ins Ausland wird deutlicher, weshalb das Staatsexamen dort ein solches Ansehen genießt. In Deutschland haben Studierende in ihrem Studium wesentlich öfter die Möglichkeit selbstständig und selbstbestimmt zu arbeiten, sei es durch Hausarbeiten, oder aber auch nur durch den freiwilligen Besuch der Lehrveranstaltungen. Studierende in Deutschland können sich mehr oder weniger aussuchen, wie viel Zeit sie mit welchem Thema verbringen.

Die schriftlichen Prüfungen schulen zudem die juristische Ausdrucksweise und helfen dadurch auch, wissenschaftliche Texte besser zu verstehen. Denn erst die eigenständige Anwendung von Fachbegriffen sorgt doch für eine wirkliche Auseinandersetzung mit deren Inhalt. Bedenkt man zudem, dass gerade die klassischen juristischen Berufe eher schriftlich ausgeübt werden, stellt sich die Frage, ob das deutsche Prüfungssystem tatsächlich so praxisfern ist.

Die Kritik am deutschen Jurastudium oder auch am Aufbau der Prüfungen ist deshalb nicht unberechtigt und sie muss auch weiter stattfinden. Trotzdem kann ein Blick über die Grenzen nicht nur zeigen, was es von anderen zu lernen gibt, sondern auch was in den eigenen Universitäten wertvoll ist und was es daher beizubehalten gilt.

Charlotte Wendland\*

## Klausur Vertragsrecht III

*Die Klausur behandelt die Mängelgewährleistungsrechte im Kaufrecht, besonders die Voraussetzungen für die Nacherfüllung sowie den gesetzlichen und vertraglichen Ausschluss der Gewährleistungsrechte. In der Abwandlung werden darüber hinaus die Besonderheiten beim Handelskauf im Rahmen des § 377 HGB abgeprüft.*

### Sachverhalt

#### Ausgangsfall

Jura-Student Konrad (K) benötigt dringend ein Fahrzeug, um mit diesem seine Fahrten zu den Vorlesungen im Rechtshaus der Universität Hamburg zu erledigen. Um weiterhin bei seinen Kommilitonen einen guten Eindruck zu machen, möchte sich K ein standesgemäßes Fahrzeug zulegen. So schließt er am 06.07.2015 einen Vertrag über den Kauf eines gebrauchten BMW X5 mit Bastian (B), der einen Gebrauchtwagenhandel in Hamburg betreibt, zu einem Kaufpreis in Höhe von 10.000

Euro. Bei dem Fahrzeug handelt es sich um ein serienmäßiges Modell ohne besondere Ausstattungsmerkmale. Im Verkaufsformular, welches B immer für derartige Fahrzeugverkäufe benutzt, werden u. a. folgende Eintragungen gemacht:

*Laufleistung: 95.000 km; Unfallschäden: keine*

Außerdem findet sich folgende Klausel in der Vertragsurkunde, von der auch K nach Hinweis des B Kenntnis nimmt:

*§ 11 Haftungsausschluss*

*Das Fahrzeug wird gekauft wie gesehen.*

*Die Haftung des Verkäufers für Mängel ist ausgeschlossen.*

K und B unterschreiben beide den Kaufvertrag. Nachdem K den Kaufpreis in Höhe von 10.000 Euro bar gezahlt hat, übergibt B ihm den Wagen.

Am Nachmittag des Kauftages wird K jedoch stutzig, da der Wagen auffällig viele Verschleißerscheinungen aufweist. So sind die Sitze, Armaturen und Bedienelemente außergewöhnlich stark abgenutzt. Aus diesem Grund lässt B den Wagen sofort in der Werkstatt eines bekannten Kfz-Meisters, Manfred (M), überprüfen. Dabei stellt sich bei einer technischen Prüfung und Auslesung des

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Sommersemester 2015 am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hinrich Julius zu den Vorlesungen Sachenrecht I, Handelsrecht und Vertragsrecht III an der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Klausur wurde mit 16 Punkten (sehr gut) bewertet.

Bordcomputers heraus, dass der Kilometerstand in der Laufleistungsanzeige des Fahrzeugs offensichtlich manipuliert wurde. So müssen durch äußere Einflussnahme zwischen 100.000 und 200.000 km auf der Anzeige „zurückgedreht“ worden sein. Der Wagen hat somit eine tatsächliche Laufleistung zwischen 195.000 und 295.000 km. Eine solche Manipulation war für einen technisch nicht versierten Käufer, wie dem K, nicht ohne weiteres zu erkennen.

Als M dies dem K mitteilt, ist dieser außer sich. Er teilt dem B den Befund hinsichtlich der Laufleistung mit und sagt ihm, er könne sich seinen Wagen wieder abholen. K verlangt daraufhin die Lieferung eines vergleichbaren BMW X5 mit einer entsprechenden Laufleistung von B. B erwidert, er wisse überhaupt nichts von einer Manipulation des Fahrzeugs. Er verweist außerdem auf den Haftungsausschluss und verweigert die Nacherfüllung. K meint daraufhin, der B habe doch in der Verkaufsurkunde eine entsprechende Laufleistung angegeben, dann könne er sich nun nicht auf einen Haftungsausschluss berufen.

Tatsächlich hat B Kenntnis von der Manipulation der Laufleistungsanzeige gehabt. Er wollte mit einem geringen Kilometerstand einen entsprechend höheren Kaufpreis erzielen.

### Abwandlung

Was ändert sich an der Lösung, wenn es sich bei K anders als im Ausgangsfall ebenfalls um einen Gebrauchtwagenhändler handelt, der mit dem Kauf des gebrauchten BMW X5 sein eigenes Verkaufsangebot erweitern will? Individualvertraglich einigen sich K und B über den Verkauf des Wagens zu einem Kaufpreis in Höhe von 10.000 Euro, wobei ebenfalls die Laufleistung von 95.000 km festgehalten wird. Ein Haftungsausschluss wird nicht vereinbart. B hatte wiederum Kenntnis von der Manipulation der Laufleistungsanzeige.

Allerdings hat K den B nicht unverzüglich nach der Untersuchung durch M über die Manipulation des Kilometerstandes aufgeklärt, da er zunächst weitere Autokäufe abwickeln musste. Dies tat er erst zwei Wochen später.

K verlangt Nacherfüllung von B. B erwidert, als Kaufmann sei K verpflichtet gewesen, den Wagen unverzüglich zu untersuchen und etwaige Mängel unverzüglich zu rügen. Dies habe K nicht getan, weshalb B nicht haf- ten müsse.

### Bearbeitervermerk

Es ist bei der Bearbeitung davon auszugehen, dass ein Gebrauchtwagenhandel einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Ein vergleich-

bares Modell BMW X5 mit einer entsprechenden Laufleistung ist auf dem Gebrauchtwagenmarkt beschaffbar.

### Handelsgesetzbuch (Auszug)

#### § 1 Istkaufmann

(1) Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.

(2) Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.

#### § 343 Begriff der Handelsgeschäfte

(1) Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören.

(2) *(weggefallen)*

#### § 344 Vermutung für das Handelsgeschäft

(1) Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.

(2) Die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegenteil ergibt.

#### § 377 Untersuchungs- und Rügepflicht

(1) Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.

(2) Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.

(3) Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; anderenfalls gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.

(4) Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.

(5) Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen.

### Aufgabenstellung

1. Fallfrage (zum Ausgangsfall): Kann K von B Nacherfüllung verlangen?

2. Fallfrage (zur Abwandlung): Kann K von B Nacherfüllung verlangen?

## Gutachten

### 1. Fallfrage

#### A. Anspruch K gegen B auf Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB

K könnte gegen B einen Anspruch auf Nacherfüllung aus §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB<sup>1</sup> haben.

##### I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste wirksam entstanden sein. Hierfür müssten zunächst die Mängelgewährleistungsrechte des § 437 anwendbar sein.

##### 1. Voraussetzungen des § 437 Nr. 1

Für die Anwendung des § 437 Nr. 1 müsste ein wirksamer Kaufvertrag zwischen den Parteien bestehen, es müsste ein Mangel an der Kaufsache vorliegen und dieser müsste bereits bei Gefahrenübergang vorgelegen haben.

##### a) Kaufvertrag § 433

K und B haben am 06.07.2015 einen wirksamen Kaufvertrag über einen gebrauchten BMW X5 zum Preis von 10.000 € geschlossen. Ein Kaufvertrag ist gegeben.

##### b) Mangel § 434 f.

Es müsste ein Mangel bei Gefahrenübergang vorgelegen haben.

##### aa) Mangel iSd § 434

Ein Mangel ist jede nachteilige Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit. Die Soll-Beschaffenheit ist anhand der vertraglichen Vereinbarung bzw. an den Vorgaben des § 434 zu bestimmen. Die Parteien könnten vorliegend eine Beschaffenheitsvereinbarung iSd § 434 i 1 getroffen haben. Im Kaufvertrag ist bestimmt, dass das Auto im Zeitpunkt der Übergabe eine Laufleistung von 95.000 km gehabt hat. Die Parteien haben somit eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen. Tatsächlich hat der Wagen jedoch einen anderen Kilometerstand, der weitaus höher ist als der im Vertrag angegebene. Somit weicht die tatsächliche Beschaffenheit von der vereinbarten Beschaffenheit ab. Ein Mangel iSd § 434 I 1 liegt vor.

Zusätzlich kommt als weiterer Mangel die starke Abnutzung des Fahrzeugs in Betracht. Hierüber wurden jedoch keine Vereinbarungen getroffen. Es kommt demnach nur ein Mangel nach § 434 I 2 Nr. 2 in Betracht. Ein Mangel ist dann gegeben, wenn die Kaufsache sich nicht zur üblichen Verwendung eignet oder nicht die übliche Beschaffenheit einer vergleichbaren Sache vorweist. Es

handelt sich vorliegend um einen Gebrauchtwagen, normale Verschleißspuren sind demnach zu erwarten. Jedoch hat der Wagen laut Vereinbarung eine sehr kurze Laufzeit, sodass wenig Abnutzung zu erwarten war. Es liegt demnach auch ein Mangel nach § 434 I 2 Nr. 2 vor.

##### bb) Bei Gefahrübergang § 446 S. 1

Gemäß § 434 I 1 müsste der Mangel schon bei Gefahrübergang vorgelegen haben. In der Regel geht die Gefahr gemäß § 446 S.1 mit der Übergabe der Kaufsache über. Der manipulierte Tacho und die starken Gebrauchsspuren lagen schon bei der Übergabe vor. Dies kann K auch problemlos beweisen, indem er auf die Untersuchungen des M verweist. Es bedarf demnach keiner Prüfung der Beweisumkehr nach § 476. Ein Mangel bei Gefahrübergang ist mithin gegeben.

##### c) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 437 Nr. 1 sind erfüllt.

##### 2. Nacherfüllung

Für einen wirksamen Anspruch müssten außerdem die Voraussetzungen der Nacherfüllung gegeben sein. Dies ist die Ausübung des Wahlrechts des Käufers zwischen Nachbesserung § 439 I Alt.1 und Nachlieferung § 439 I Alt. 2. K wählt die Nachlieferung eines neuen BMW. Die Voraussetzungen der Nacherfüllung sind gegeben.

##### 3. Ausschluss der Nacherfüllung

Die Gewährleistung und somit auch die Nacherfüllung könnten jedoch ausgeschlossen sein.

##### a) Vertraglicher Ausschluss

Zunächst kommt ein vertraglicher Ausschluss durch AGB in Betracht. § 11 der AGB normiert einen Haftungsausschluss. Es muss eine AGB Kontrolle gemäß der §§ 305 ff. vorgenommen werden, um zu prüfen, ob die AGB wirksamer Vertragsbestandteil geworden sind.

##### aa) AGB Kontrolle §§ 305 ff.

##### (1) Anwendungsbereich § 310 I 1

Zunächst müsste der Anwendungsbereich für die §§ 305 ff. eröffnet sein. Bei Geschäften zwischen zwei Unternehmern kommt gemäß § 310 I 1 nur eine eingeschränkte AGB Kontrolle in Betracht. K könnte jedoch Verbraucher sein. Gemäß § 13 ist jede natürliche Person, die nicht überwiegend aus gewerblichen oder selbständigen beruflichen Zwecken handelt, Verbraucher. K ist Student und kauft das Auto für den privaten Gebrauch. Er ist Verbraucher iSd § 13. Es ist eine vollumfängliche AGB Kontrolle geboten.

##### (2) Vorliegen von AGB § 305 I

AGB sind einseitig gestellte, vorformulierte Vertragsbedingungen, die für eine Vielzahl von Verträgen verwendet werden. B benutzt das Vertragsformular immer für derartige Verträge. Er stellt es gegenüber dem K einsei-

<sup>1</sup> Alle nachfolgenden Paragraphen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB.



tig auf und hatte es bereits vorformuliert. Das Verkaufsf formular stellt Allgemeine Geschäftsbedingungen iSd § 305 I dar.

### (3) Wirksame Einbeziehung §§ 305 II, III, 305c

Die AGB müssten wirksam in den Vertrag einbezogen worden sein. Sie müssen gemäß § 305 II ausdrücklich ausgewiesen und von ihnen muss in zumutbarer Weise Kenntnis erlangt werden können, außerdem muss der Verbraucher den AGB zustimmen. Dies ist geschehen. Auch überraschende und mehrdeutige Klauseln gibt es nicht. Die AGB wurden einbezogen.

### (4) Vorrang der Individualabrede § 305b

Es dürfte keine abweichende Parteivereinbarung geben. Dies ist nicht der Fall.

### (5) Inhaltskontrolle §§ 307 ff.

Die Wirksamkeit des Inhalts der AGB ist an den Klauselverboten der §§ 308, 309 und der Genrealklausel des § 307 zu messen.

#### (a) Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeiten § 309

Der Inhalt der AGB dürfte nicht gegen eines der Verbote des § 309 verstoßen. Ein Verstoß gegen das Verbot des § 309 Nr. 8b könnte in Betracht kommen. § 309 Nr. 8b bezieht sich jedoch auf neu hergestellte Sachen. Der Kaufgegenstand ist jedoch gebraucht. § 309 ist nicht berührt.

#### (b) Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit § 308

Es kommt ein Verstoß gegen § 308 Nr. 7 in Frage. Dieser erklärt den Ausschluss von Schäden an Leben, Leib und Gesundheit für unwirksam. Der § 11 schließt jedoch nur die Haftung für Mängel, nicht für daraus eventuell entstehende Schäden aus. § 308 ist nicht einschlägig.

#### (c) Generalklausel § 307

Gemäß § 307 II Nr. 2 darf die Vereinbarung nicht die Erreichung des Vertragszwecks in Frage stellen. Auch ein wesentliches Abweichen von gesetzlichen Regeln iSd § 307 II Nr. 1 liegt nicht vor. Auch allgemein betrachtet liegt keine unangemessene Benachteiligung eines Vertragsteils vor. Die AGB verstoßen nicht gegen die Inhaltsbestimmungen der §§ 307 ff.

### (6) Zwischenergebnis

Die AGB sind wirksam.

#### bb) Berufung auf den Ausschluss

Es könnte jedoch sein, dass sich B nicht auf den Haftungsausschluss berufen kann.

#### (1) Kein Berufen nach § 444

Gemäß § 444 kann sich der Verkäufer nicht auf einen Mangelausschluss berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat oder soweit er eine Garantie übernommen hat. Arglistig handelt, wer den Mangel vorsätzlich

verschweigt. B weiß, dass der Tacho des Autos manipuliert war und hat dies sogar zu seinen Gunsten ausgenutzt. Er handelt arglistig. Ob die Vereinbarung über den Laufstand eine Garantie oder eine bloße Beschaffenheitsvereinbarung war ist unerheblich, da der Ausschluss bereits durch die Arglist unwirksam war. B kann sich demnach nicht auf § 11 AGB berufen.

### (2) Gewährleistung im Verbrauchsgüterkauf § 475 I 1

Außerdem könnte sich B nicht auf einen Ausschluss berufen, wenn ein Verbrauchsgüterkauf iSd § 474 vorliegt, da § 475 I 1 eine Abweichung von den Regeln des § 437 zum Nachteil des Verbrauchers für unwirksam erklärt. K ist ein Verbraucher § 13. B müsste Unternehmer im Sinne des § 14 sein. B handelt zu gewerblichen Zwecken, er ist Unternehmer. B und K schließen einen Vertrag über eine bewegliche Sache. § 475 I 1 ist anwendbar. B kann sich auf den Ausschluss nicht berufen. Auch die Formulierung „Gekauft wie gesehen“ ändert daran nichts. Der Versuch, die Beschaffenheit der Kaufsache mit all ihren Mängeln als vereinbart zu erklären, ist ein Umgehungsgeschäft iSd § 475 I 2. B kann sich auch nach dieser Regelung nicht auf den Ausschluss berufen.

#### cc) Zwischenergebnis

B kann sich nicht auf einen vertraglichen Ausschluss berufen.

#### b) Gesetzlicher Ausschluss

Die Gewährleistung könnte gesetzlich ausgeschlossen sein, wenn K den Mangel bei Vertragsschluss kannte, § 442 I 2. K hatte keine Kenntnis und die Manipulation war für ihn als Laie nicht erkennbar.

#### c) Zwischenergebnis

Die Gewährleistung ist nicht ausgeschlossen.

## 4. Zwischenergebnis

Der Anspruch ist wirksam entstanden.

## II. Anspruch erloschen

Der Anspruch auf Nacherfüllung könnte jedoch gemäß § 275 I untergegangen sein, weil die Nachlieferung bei einem Stückkauf unmöglich wäre. Es handelt sich bei dem Wagen um einen Gebrauchtwagen, sodass ein Stückkauf vorliegt. Ob eine Nachlieferung hier dennoch möglich ist, ist umstritten.

Eine Ansicht will dies verneinen, weil die Sache einzigartig ist und die Lieferung einer neuen, zwar vergleichbaren Sache immer zugleich ein aliud iSd § 434 III und somit auch ein Mangel sei.

Die Gegenansicht will eine Nachlieferung nicht ausschließen, sondern im Einzelfall auf den Parteiwillen

abstellen. Ist die Sache vertretbar und eine vergleichbare Sache ist zu erhalten, liegt es meist bei den Parteien daran, eine Nachlieferung dennoch möglich zu machen. Die zweite Ansicht scheint vorzugswürdig, weil nur sie flexible und interessengerechte Ergebnisse erlaubt. Eine Nachlieferung kommt also in Frage, wenn es einen ähnlichen Wagen auf dem Markt gibt.

Das Auto ist ein serienmäßiges Modell ohne besondere Ausstattungen und am Markt erhältlich. Die Nachlieferung ist möglich und nicht nach § 275 ausgeschlossen.

### III. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch ist durchsetzbar.

## B. Ergebnis

K hat einen Anspruch aus § 437 Nr. 1, § 439.

### 2. Fallfrage

#### A. Anspruch auf Nacherfüllung §§ 437 Nr. 1, 439 I

K könnte einen Anspruch auf Nacherfüllung gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 I haben.

#### I. Anspruch entstanden

##### 1. Voraussetzungen des § 437 Nr. 1

Die Voraussetzungen des § 437 Nr. 1 müssten gegeben sein.

##### a) Kaufvertrag § 433

Ein wirksamer Kaufvertrag wurde geschlossen.

##### b) Mangel iSd § 434

Es müsste ein Mangel vorliegen. Die hohe Laufleistung ist hier ein Mangel iSd § 434 I 1, da die Parteien auch hier die Laufleistung – vorliegend individualvertraglich – vereinbart haben. Der Mangel lag auch bei Gefahrübergang gemäß § 446 S. 1 bei Übergabe vor.

##### c) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 437 Nr. 1 sind erfüllt.

##### 2. Voraussetzungen des § 439 I

K hat sein Wahlrecht ausgeübt.

##### 3. Ausschluss der Gewährleistung

Die Gewährleistung dürfte nicht ausgeschlossen sein.

##### a) Vertraglicher Ausschluss

Ein vertraglicher Ausschluss wurde nicht vereinbart.

##### b) Gesetzlicher Ausschluss

Die Haftung könnte jedoch per Gesetz ausgeschlossen sein.

##### aa) Ausschluss nach § 377 HGB

Die Gewährleistung könnte ausgeschlossen sein, wenn die Ware im Sinne des § 377 HGB genehmigt wurde. Dies ist dann der Fall, wenn der Käufer eines beiderseitigen Handelsgeschäfts seiner Untersuchungs- und Rügeobliegenheit aus § 377 I HGB nicht nachkommt. Dafür müssten folgende Voraussetzungen erfüllt sein.

##### 1) Beiderseitiges Handelsgeschäft

§ 377 HGB kommt nur zur Anwendung, wenn für beide Parteien ein Handelsgeschäft vorliegt. Gemäß § 343 HGB sind Handelsgeschäfte alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören. K und B müssten zunächst Kaufleute sein. Gemäß § 1 HGB ist Kaufmann, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Gemäß § 1 II sind alle Gewerbebetriebe Handelsgewerbe, die nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb erfordern. Dies ist bei Gebrauchtwagenunternehmen regelmäßig gegeben. K und B sind somit Kaufleute im Sinne des HGB. Das Geschäft müsste weiterhin zum Handelsgewerbe gehören. Beide, sowohl B als auch K, handeln in ihrer Eigenschaft als Gebrauchtwagenhändler und zum Zwecke dieser Unternehmen. Außerdem wird die Betriebszugehörigkeit der Geschäfte bei Einzelkaufmännern gemäß § 344 HGB vermutet. Somit liegt ein beidseitiges Handelsgeschäft gem. § 343 I HGB vor.

##### 2) Ablieferung der Sache

Die Kaufsache muss so in den Machtbereich des K gelangt sein, dass Untersuchung möglich ist. Dies ist geschehen.

##### 3) Untersuchung

K hat durch M eine Untersuchung kurz nach der Ablieferung durchführen lassen und somit iSd § 377 I ordnungsgemäß untersucht.

##### 4) Rüge

K müsste den Mangel auch angezeigt haben. Dies muss er gegenüber B tun. Er zeigt den Mangel B zwei Wochen nach der Untersuchung an.

##### 5) Rechtzeitigkeit

Um die Genehmigungsfiktion des § 377 III HGB zu verhindern, müsste die Rüge auch rechtzeitig erfolgt sein. Bei verdeckten Mängeln muss die Rüge gemäß § 377 III HGB direkt, unverzüglich nach Entdeckung des Mangels erfolgen. Unverzüglich bedeutet gemäß § 122 I ohne schuldhaftes Zögern. K zeigt den Mangel erst zwei Wochen nach Kenntnis an, weil er anders beschäftigt war. Im Handelsverkehr ist aber gerade ein rascher Austausch wichtig und dem K als Kaufmann ist dies auch zumutbar. Die Rüge war mithin nicht rechtzeitig.

**6) Schutzwürdigkeit § 377 V HGB**

Der B müsste auch schutzwürdig sein. Gemäß § 377 V HGB kann er sich nicht auf die Genehmigung berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat. B wusste von dem geänderten Tachostand und hat K absichtlich nicht aufgeklärt. Mithin handelt er arglistig und kann sich somit nicht auf den Ausschluss nach § 377 III HGB berufen.

**bb) Zwischenergebnis**

Die Gewährleistung ist nicht ausgeschlossen.

**4. Zwischenergebnis**

Der Anspruch ist wirksam entstanden.

**II. Anspruch nicht erloschen und durchsetzbar**

Der Anspruch ist nicht erloschen und durchsetzbar.

**B. Ergebnis**

K hat einen Anspruch auf Nacherfüllung gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 I.

Lea Heick\*

**Klausur Polizeirecht**

*Die Klausur behandelt typische Probleme des besonderen Verwaltungsrechts (Polizeirecht) und ist in die Konstellation des vorläufigen Rechtsschutzes eingebettet. Der Korrektor/in hat angemerkt, dass die Bearbeiterin für 18 Punkte noch § 14 SOG als Ermächtigungsgrundlage und die Normen für die Fristberechnung hätte nennen müssen.*

**Sachverhalt**

Seit der Trennung von seiner Partnerin lebt der allein-erziehende Vater A mit seinen drei Kindern (2, 4 und 5 Jahre alt) in einer Wohnung in Hamburg Altona. Nachdem er mehrfach aufgrund von Erkrankungen seiner Kinder verspätet zur Arbeit erschienen war, kündigte seine Arbeitsgeberin seinen Arbeitsvertrag. Infolgedessen geriet A in finanzielle Schwierigkeiten. A schämte sich und wollte „keine staatliche Hilfe in Anspruch nehmen“. Nachdem er über mehrere Monate hinweg seine Miete nicht gezahlt hatte, kündigte der Vermieter V des A im Jahr 2014 den Mietvertrag mit A ordentlich zum 31.01.2015. A akzeptierte die Kündigung und begab sich umgehend auf Wohnungssuche, fand jedoch auf dem Hamburger Wohnungsmarkt ohne den Nachweis eines regelmäßigen Einkommens keine neue Wohnung für sich und seine Familie.

Als der Räumungstermin näher rückt, wird A klar, dass ihm und seinen Kindern Ende Januar die Obdachlosig-

keit droht. Rechtliche Möglichkeiten, gegen die Kündigung vorzugehen, hat A nicht mehr. Da der Wetterbericht für Februar einen Wintereinbruch mit starkem Schneefall prognostiziert, wendet er sich Anfang Januar 2015 an die zuständige Behörde der Freien und Hansestadt Hamburg und bittet um Hilfe. Dort erfährt er, dass erst in acht Wochen, wenn das Hamburger Winternotprogramm ende, ein Platz in einer Unterkunft für Obdachlose von hinreichender Größe frei werden würde. Auch eine anderweitige Unterbringung, etwa in einem Hotel oder einer freien Wohnung, sei derzeit – und dies entspricht der Wahrheit – nicht möglich. Die zuständige Behörde weist deshalb mit Bescheid von Ende Januar 2015 den A und seine Kinder für die Dauer von zwei Monaten, beginnend am 01.02.2015, in die bisher von ihm angemietete Wohnung ein. Der zuvor angehörte V wird hiermit zur Duldung der Unterbringung der Familie in seiner Wohnung verpflichtet. Der Bescheid wird von der Behörde für sofort vollziehbar erklärt; begründet wird dies mit der ansonsten drohenden Obdachlosigkeit der Familie und den sich darauf ergebenden witterungsbedingten gesundheitlichen Gefahren insbesondere für die Kinder.

V hat seine Wohnung zwar noch nicht weiter vermietet, möchte sie aber ab dem 01.02.2015 in Eigenarbeit sanieren, um sie sodann zu einem erhöhten Mietpreis erneut zu vermieten. Er legt noch am 29.01.2015 formgerecht Widerspruch bei der zuständigen Behörde ein und stellt am selben Tag einen entsprechenden formgerechten Antrag beim zuständigen Verwaltungsgericht. Er möchte, dass A und seine Kinder nicht länger als bis zum 31.01.2015 in seiner Wohnung leben. Dies müsse vom Gericht umgehend entschieden werden, anderenfalls

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Sommersemester 2015 zur Vorlesung „Polizei- und Ordnungsrecht“ von Prof. Dr. Dagmar Felix an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die – um Lernhinweise ergänzte – Bearbeitung der Autorin wurde mit „sehr gut“ bewertet.

entstünde V ein finanzieller Nachteil. Die zuständige Behörde erwidert, die Unterbringung in der Wohnung des V sei zum Schutze der Familie notwendig. Darüber hinaus habe man – was zutreffend ist – sämtliche andere Möglichkeiten für eine Unterbringung der Familie erfolglos geprüft, sodass nur noch eine Unterbringung in der Wohnung des V möglich sei.

### Bearbeitervermerk

Wie wird das Verwaltungsgericht entscheiden? Prüfen Sie – gegebenenfalls hilfsgutachterlich – die Erfolgsaussichten des Antrags des V.

### Hinweis

Gehen Sie bei der Bearbeitung des Falles davon aus, dass nach sozialrechtlichen Vorschriften lediglich ein Anspruch auf die Übernahme der Mietkosten besteht, aber nicht auf die tatsächliche Verschaffung einer Unterkunft.

### Gutachten

Der Antrag des V hat Aussicht auf Erfolg, wenn der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, das Gericht zuständig ist und der Antrag zulässig und begründet ist.

## A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs und Zuständigkeit des Gerichts

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein und das Gericht müsste zuständig sein. Im Eilrechtsschutz ist das der Fall, wenn der Verwaltungsrechtsweg in der Hauptsache eröffnet ist und das Gericht der Hauptsache in der Hauptsache zuständig ist.

### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 I VwGO. Die streitentscheidenden Normen sind die des SOG, sie berechtigen und verpflichten einen Hoheitsträger in seiner Funktion als Hoheitsträger, somit liegt eine öffentlich rechtliche Streitigkeit vor. Mangels formeller Verfassungsunmittelbarkeit ist sie auch nicht verfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Mithin ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

### II. Zuständigkeit des Gerichts

Das VG Hamburg ist gem. §§ 45, 52 Nr. 1 VwGO zuständig.

## III. Zwischenergebnis

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet und das Gericht ist zuständig.

## B. Zulässigkeit

Der Antrag müsste zulässig sein.

### I. Statthaftigkeit

Die Statthaftigkeit richtet sich nach dem klägerischen Begehren, § 88 VwGO.<sup>1</sup> Hier begehrt V eine „umgehende Entscheidung“, also vorläufigen Rechtsschutz. Statthaft hierfür sind §§ 80 V, 123 I VwGO. § 80 V VwGO ist vorrangig, was sich aus § 123 V VwGO ergibt. § 80 V VwGO ist statthaft, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage statthaft ist und die aufschiebende Wirkung entfällt (§ 80 II 1 VwGO).

#### 1. Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage gem. § 42 I 1 Alt. VwGO ist statthaft, wenn der Kläger die Aufhebung eines VA i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG begehrt. Der Bescheid über die Einweisung müsste einen solchen darstellen.

Er ist eine Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, einen Einzelfall betreffend und nach außen gerichtet. Fraglich ist, ob er eine Regelung ist. Eine solche liegt vor, wenn die Maßnahme auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Durch den Bescheid wird V zur Duldung der Unterbringung der Familie in seiner Wohnung verpflichtet. Eine konkludente Duldungsverfügung, mithin ein VA liegt vor. Damit ist in der Hauptsache die Anfechtungsklage statthaft.

#### 2. Keine aufschiebende Wirkung

Die aufschiebende Wirkung entfällt vorliegend nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO dadurch, dass die Behörde den Bescheid für sofort vollziehbar hält.

#### 3. Zwischenergebnis

Der Antrag nach § 80 V VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist statthaft.

### II. Antragsbefugnis

V müsste gem. § 42 II VwGO antragsbefugt, also in der Hauptsache klagebefugt sein. Dazu müsste er geltend machen, in seinen subjektiv öffentlichen Rechten verletzt zu sein und dies muss möglich erscheinen. Möglich ist hier eine Verletzung der Art. 13 I GG, jedenfalls

<sup>1</sup> § 122 I VwGO.

ist eine Verletzung in Art. 2 I GG möglich.<sup>2</sup> Somit ist V antragsbefugt.

### III. Form

Der Antrag wurde formgerecht gem. § 81 I 1 VwGO analog eingereicht.

### IV. Richtiger Antragsgegner

Antragsgegner ist gem. § 78 I analog VwGO die FHH.

### V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

V ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 VwGO<sup>3</sup> beteiligungsfähig und als nach bürgerlichem Recht Geschäftsfähiger gem. § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die FHH ist als juristische Person gem. § 61 Nr. 1 VwGO<sup>4</sup> beteiligungsfähig. Sie ist nicht als solche prozessfähig, kann sich aber gem. § 67 II VwGO vertreten lassen und ist insoweit prozessfähig.

### VI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

#### 1. Vorheriger Antrag bei der Behörde

Fraglich ist, ob ein vorheriger Antrag bei der Behörde auf Aussetzung der Vollziehung notwendig ist. Dieses Erfordernis gilt aber nur für die Fälle des § 80 II Nr. 1 VwGO (arg. e. § 80 VI 1 VwGO), welcher hier nicht vorliegt (s. o.). Ein vorheriger Antrag ist nicht notwendig.

#### 2. Vorherige Rechtsbehelfseinlegung in der Hauptsache

Fraglich ist, ob eine vorherige Rechtsbehelfseinlegung in der Hauptsache erforderlich ist. Die gilt jedenfalls nicht, wenn in der Hauptsache die Anfechtungsklage statthaft ist (§ 80 V 2 VwGO). Hier ist jedoch der Widerspruch statthaft. Die Frage, ob hier eine vorherige Rechtsbehelfseinlegung erforderlich ist, kann dahinstehen, da V vorher Widerspruch eingelegt hat.<sup>5</sup>

#### 3. Keine offensichtliche Unzulässigkeit der Hauptsache

Die Hauptsache dürfte nicht offensichtlich unzulässig sein, also nicht verfristet gem. § 70 I VwGO sein. Vorliegend ergeht der Bescheid Ende Januar 2015 und am 20.01.2015 legt V Widerspruch ein. Die Monatsfrist des § 70 I 1 VwGO wurde eingehalten, die Hauptsache ist nicht verfristet.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Weil V Adressat eines belastenden Verwaltungsakts ist.

<sup>3</sup> Alt. 1.

<sup>4</sup> Alt. 2.

<sup>5</sup> Das sind zwei getrennte Prüfungspunkte. Vorherige Klageerhebung wegen § 80 V 1 VwGO nicht nötig, vorherige Widerspruchseinlegung umstritten, hier aber zumindest erfolgt.

<sup>6</sup> Nennung der Normen zur Berechnung und Dauer der Frist.

## VII. Zwischenergebnis

Der Antrag ist zulässig.

## C. Begründetheit

Der Antrag nach § 80 V VwGO ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist und/oder wenn das Gericht nach einer eigenen, originären Interessenabwägung zu dem Schluss kommt, dass das Aussetzungsinteresse der Antragstellers das Vollziehungsinteresse des Antragsgegners überwiegt.

### I. Formelle Rechtmäßigkeit der sofortigen Vollziehungsanordnung

Die sofortige Vollziehungsanordnung müsste formell rechtmäßig sein.

#### 1. Zuständigkeit der Behörde

Zuständig für die sofortige Vollziehungsanordnung ist die Ausgangsbehörde. Hier handelt dieselbe Behörde. Sie ist somit zuständig.

#### 2. Verfahren

Das Verfahren müsste eingehalten worden sein. Fraglich ist, ob in Fällen des einstweiligen Rechtsschutzes eine Anhörung gem. § 28 I VwVfG notwendig ist. Diese Frage muss nicht entschieden werden, da V angehört wurde. Das Verfahren wurde eingehalten.

#### 3. Form

Die sofortige Vollziehungsanordnung müsste formgerecht ergehen. Gem. § 80 III 1 VwGO ist das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung schriftlich zu begründen. Die Begründung darf nicht floskelhaft sein, muss einzelfallbezogen sein. Die Behörde soll sich gerade ihres Ausnahmehandeln bewusst werden. Vorliegend begründet die Behörde die sofortige Vollziehung mit der ansonsten drohenden Obdachlosigkeit der Familie und den sich daraus ergebenden witterungsbedingten gesundheitlichen Gefahren. Diese Begründung bezieht sich auf den konkreten Sachverhalt und ist somit einzelfallbezogen. Eine ordnungsgemäße Begründung liegt somit vor. Die Form wurde eingehalten.

#### 4. Zwischenergebnis

Die sofortige Vollziehungsanordnung ist formell rechtmäßig.

## II. Interessenabwägung des Gerichts

Im Übrigen richtet sich die Begründetheit des Antrags danach, ob das Gericht nach einer eigenen, originären Interessenabwägung des Gerichts zu dem Schluss

kommt, dass das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das Vollzugsinteresse des Antraggegners überwiegt. Maßgeblich hierfür sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache. Wenn die Hauptsache Aussicht auf Erfolg hat, überwiegt i. d. R. das Aussetzungsinteresse.

### 1. Zulässigkeit des Widerspruchs

Aufgrund der Akzessorietät des einstweiligen Rechtsschutzes kann i. R. d. Zulässigkeit auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

### 2. Begründetheit des Widerspruchs

Der Widerspruch ist begründet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und der Widerspruchsführer dadurch in seinen subjektiv öffentlichen Rechten verletzt ist, § 114 I 1 VwGO analog.

#### a) Rechtmäßigkeit des VA

Der Verwaltungsakt müsste rechtmäßig sein.

##### aa) Ermächtigungsgrundlage

Aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes bedarf es einer Ermächtigungsgrundlage. Vorliegend kommen keine spezialgesetzlichen Ermächtigungstatbestände in Betracht.<sup>7</sup> Auch eine Standardbefugnisnorm aus §§ 11 ff. SOG kommt nicht in Betracht. Damit ist die Ermächtigungsgrundlage die Generalklausel des § 3 I SOG.

##### bb) Formelle Rechtmäßigkeit

Der Bescheid von Ende Januar müsste formell rechtmäßig sein.

#### (1) Zuständigkeit

Laut Sachverhaltsangaben handelte die zuständige Behörde.

#### (2) Verfahren

Es sind keine Verfahrensfehler ersichtlich, insbesondere die nach § 28 I 1 VwVfG erforderliche Anhörung ist erfolgt.

#### (3) Form

Die Form müsste eingehalten worden sein, §§ 39 I, 37 I, II VwVfG. Die Form wurde gem. § 37 II 1 VwVfG eingehalten. Fraglich ist, ob der Verwaltungsakt auch mit einer Begründung versehen wurde, § 39 I 1 VwVfG. Die Begründung bezieht sich lediglich auf die sofortige Vollziehungsanordnung. Mangels Angaben im Sachverhalt ist an dieser Stelle jedoch eine ordnungsgemäße Begründung zu unterstellen. Mithin wurde die Form eingehalten.

#### (4) Zwischenergebnis

Der Bescheid ist formell rechtmäßig.

<sup>7</sup> § 14 SOG erwähnen.

### cc) Materielle Rechtmäßigkeit

#### (1) Betroffenes Schutzgut

Ein Schutzgut i. S. d. § 3 I SOG müsste vorliegen. In Betracht kommt die öffentliche Sicherheit. Diese umfasst die Unverletzlichkeit der Rechtsvorschriften, den Schutz der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie den Schutz der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates.

Vorliegend ist kein (drohender) Verstoß gegen eine Rechtsnorm ersichtlich. Es könnten jedoch subjektive Rechte betroffen sein. Diese sind alle materiellen und immateriellen Positionen, vor allem Leben, Gesundheit, Ehre, Eigentum und Vermögen. Vorliegend droht der Familie des A die Obdachlosigkeit. Dadurch wäre die Gesundheit seiner Familie und ihm selbst, vor allem in Anbetracht der drohenden Schneefälle betroffen. Mithin sind subjektive Rechte betroffen und damit liegt mit der öffentlichen Sicherheit ein Schutzgut des § 3 I SOG vor.

#### (2) Gefahr oder Störung für das Schutzgut

Es müsste eine Gefahr oder Störung vorliegen. In Betracht kommt eine Gefahr. Erforderlich für § 3 I SOG ist das Vorliegen einer konkreten Gefahr. Eine konkrete Gefahr ist eine Sachlage, die bei ungehindertem Geschehensablauf in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung führt.

Maßgeblich ist eine Gefahrenprognose aus der Sicht eines besonnenen Beamten. Grundlage für die Prognose sind Fakten, Erfahrungen und technische oder wirtschaftliche Erkenntnisse. Je hochrangiger die betroffenen Schutzgüter sind, desto geringer sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit und an die drohende Schadensnähe zu stellen.

Vorliegend muss A am 31.01.2015 seine Wohnung verlassen. Der Wetterbericht prognostiziert für Februar einen Wintereinbruch mit starkem Schneefall. A könnte erst ab März einen Platz in der Obdachlosenunterkunft bekommen und eine anderweitige Unterbringung ist derzeit nicht möglich. A und seine Familie wären somit während der Schneefälle obdachlos. Vor allem in Anbetracht dessen, dass die Kinder des A noch sehr jung sind, ist es absehbar, dass die Kälte und die Schneefälle gesundheitliche Folgen mit sich ziehen. Weiterhin sagt der Wetterbericht die Schneefälle für den nächsten Monat voraus, die Zeit ist also absehbar.

Mithin liegt eine konkrete Gefahr i. S. d. § 3 I SOG vor.

#### (3) Störereigenschaft des Maßnahmeadressaten

V müsste eine Störereigenschaft i. S. d. §§ 8, 9 SOG haben. Er könnte Handlungsstörer i. S. d. § 8 I SOG sein. Hand-

lungsstörer ist, wer selbst die Gefahr unmittelbar verursacht, wer also selbst die Gefahrenschwelle überschreitet und das entscheidende Glied in der Ursachenkette ist.

Vorliegend kündigt V dem A den Mietvertrag. Fraglich ist, ob er damit die Gefahr selbst unmittelbar verursacht. Grundsätzlich kann, wer sich rechtmäßig verhält, nicht Handlungsstörer sein. Hier zahlt A dem V mehrere Monate nicht die Miete, weshalb es gerechtfertigt erscheint, dass V dem A die Wohnung kündigt.

Beachtlich ist auch, dass vielmehr ein Zusammenspiel aus der Obdachlosigkeit aufgrund der gekündigten Wohnung und der Witterungsbedingungen die Gefahr verursachen. Würde kein starker Schneefall bevorstehen, würde auch keine Gefahr bestehen. Das Verhalten des V führt somit nicht zwangsläufig zu einer Gefahr. Es ist mithin nicht gerechtfertigt, zu sagen, dass V das entscheidende Glied in der Ursachenkette ist. Er ist somit kein Handlungsstörer i. S. d. § 8 I SOG. Auch als Zustandsstörer kommt er nicht in Betracht, § 9 I SOG.

#### (4) Notstandsverantwortlichkeit

V könnte jedoch gem. § 10 I SOG notstandsverantwortlich sein. Dazu müssten folgende Voraussetzungen vorliegen.

##### (a) Keine Verantwortlichkeit nach §§ 8, 9 SOG

V dürfte nicht nach §§ 8, 9 SOG verantwortlich sein. Dass er dies nicht ist, wurde oben bereits geprüft.

##### (b) Unmittelbar bevorstehende Gefahr

Es müsste eine unmittelbar bevorstehende Gefahr bestehen. Diese ist gegeben, wenn es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung kommt.

Vorliegend beruht der Wetterbericht auf technischen Messungen, die sehr zuverlässig sind. Somit wird es im Falle der Obdachlosigkeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die öffentliche Sicherheit (s. o.) kommen. Eine unmittelbar bevorstehende Gefahr liegt vor.

##### (c) Gefahr nicht auf andere Weise abwehrbar

Die Gefahr dürfte auf andere Weise nicht abgewehrt werden können. Vorliegend ist in der Obdachlosenunterkunft erst ein Platz in acht Wochen, wenn die Schneefälle bereits vorbei sind, frei. Zudem ist eine anderweitige Unterbringung in einem freien Hotel oder einer anderen Wohnung nicht möglich. Somit kann die Gefahr auf andere Weise nicht abgewehrt werden.

##### (d) Zwischenergebnis

V ist Notstandsverantwortlicher gem. § 10 I SOG.

#### (5) Entschließungsermessen

Es dürften bezüglich des Entschließungsermessens keine Ermessensfehler vorhanden sein. Es sind keine Ermessensfehler ersichtlich.

#### (6) Störerauswahlermessen

Es dürften hinsichtlich des Störerauswahlermessens keine Ermessensfehler ersichtlich sein. Eine Ermessensüberschreitung kommt in Betracht, wenn die Maßnahme der Behörde nicht verhältnismäßig ist.

##### (a) Legitimer Zweck

Die Inanspruchnahme des V dient einem legitimen Zweck, der Gefahrenabwehr.

##### (b) Geeignetheit

Die Inanspruchnahme des V kann das Ziel der Gefahrenabwehr zumindest fördern und ist somit geeignet i. S. d. § 4 I 1 SOG.

##### (c) Erforderlichkeit

Es dürfte kein milderes Mittel als die Inanspruchnahme des V zur Gefahrenabwehr ersichtlich sein, das gleich geeignet ist. Mildere Mittel wären die Unterbringung in einem Hotel oder einer anderen Wohnung, dies ist jedoch nicht möglich. Es ist somit kein milderes Mittel ersichtlich, § 4 II 1 SOG.

##### (d) Angemessenheit

Die Maßnahme müsste angemessen sein. Sie dürfte für den Einzelnen oder die Allgemeinheit keinen Nachteil herbeiführen, der erkennbar außer Verhältnis zum beabsichtigten Erfolg steht, § 4 III SOG. Vorliegend ist V lediglich in Anspruch genommen worden, weil eine Gefahrenabwehr auf andere Weise nicht möglich war. Zu beachten ist die sog. Opfergrenze. Fraglich ist, ob die Gefahr nicht in die Sphäre der Allgemeinheit oder von Naturereignissen fällt.

Die Gefahr wird vorliegend erst durch den Eintritt der Schneefälle herbeigeführt. Dies liegt aber nicht in der Sphäre des V, auf die Witterung hat er keinen Einfluss. Somit fällt die Gefahr in die Sphäre von Naturereignissen. Allerdings ist auch zu beachten, dass das primäre Ziel eine schnelle und effektive Gefahrenabwehr ist. Eine Gefahrenabwehr ist vorliegend allein durch Inanspruchnahme des V möglich.

Weiterhin macht V, der seine Wohnung noch nicht weitervermietet hat, geltend, dass er sie ab dem 01.02.2015 in Eigenarbeit sanieren will, um sie zu einem erhöhten Mietpreis zu vermieten. Durch die Unterbringung der Familie in der Wohnung würde ihm ein finanzieller Nachteil entstehen.

Hier ist jedoch zu beachten, dass es für die Wohnung noch keine neuen Mieter gibt, die ab einem bestimmten Zeitpunkt in die Wohnung ziehen. Zudem saniert V die Wohnung in Eigenarbeit und hat niemanden damit beauftragt. Er kann also frei entscheiden, wann er die Sanierung vornimmt und ist an keinen Termin mit einem Unternehmen gebunden.

Es entsteht ihm zwar ein finanzieller Nachteil dadurch, dass er, während die Familie des A in der Wohnung ist, keine erhöhten Mietkosten einnehmen kann bzw. gar keine Mietkosten, da A in finanziellen Schwierigkeiten ist. Fraglich ist aber, ob der finanzielle Nachteil außer Verhältnis zum Erfolg steht.

Hier geht es um einen Vater mit drei kleinen Kindern, denen die Obdachlosigkeit droht. Gerade Kinder sind jedoch besonders vor Gefahren zu schützen. Sie haben nicht so ein starkes Immunsystem und die Kälte könnte auch nachhaltige Gesundheitsbeeinträchtigungen hervorrufen. Allerdings ist zu bedenken, dass die Familie in finanziellen Schwierigkeiten steckt, weil A sich dessen schämt und keine staatliche Hilfe in Anspruch nehmen will. Hätte A jedoch staatliche Hilfe in Anspruch genommen, hätte er nach sozialrechtlichen Vorschriften einen Anspruch auf die Übernahme der Mietkosten. Infolgedessen würde seiner Familie nicht die Obdachlosigkeit drohen. Insgesamt lässt sich sagen, dass dem V zwar finanzielle Nachteile drohen, aber eine Unterbringung zum Schutz der Familie in der konkreten Situation notwendig ist, zumal die Wohnung des V die einzig freie in der Umgebung ist und es sich bei Deutschland um einen Sozialstaat handelt (Art. 20 I, 28 I GG), der Hilfe bei Not und Armut gewährt.

Somit ist die Maßnahme angemessen.

**(e) Zwischenergebnis**

Die Maßnahme ist verhältnismäßig, mithin liegt hinsichtlich des Störerauswahlermessens kein Ermessensfehler vor.

**(7) Mittelauswahlermessens**

Hinsichtlich des Mittelauswahlermessens sind keine Fehler ersichtlich.

**(8) Zwischenergebnis**

Der Bescheid ist materiell rechtmäßig.

**dd) Zwischenergebnis**

Der Verwaltungsakt ist rechtmäßig.

**b) Zwischenergebnis**

Der Widerspruch ist nicht begründet.

**3. Zwischenergebnis**

Der Widerspruch hat keine Aussicht auf Erfolg. Somit kommt das Gericht zu dem Schluss, dass das Vollzugsinteresse überwiegt.

**III. Zwischenergebnis**

Der Antrag nach § 80 V VwGO ist zulässig, aber unbegründet.

**D. Ergebnis**

Der Antrag nach § 80 V VwGO hat keine Aussicht auf Erfolg.

Philipp Lee\*

**Klausur Gesellschaftsrecht I**

**Sachverhalt**

Kaufmann B betreibt einen Handel mit Gebrauchtwagen. Um einerseits sein Haftungsrisiko zu begrenzen und andererseits die Kontrolle über sein Unternehmen nicht zu verlieren, will er die Rechtsform wechseln. Er errichtet zunächst als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer die A-GmbH. Sodann schließt er im Namen der A-GmbH – in der Satzung ist bestimmt, dass B von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist – einen Gesellschaftsvertrag über die Gründung der A-GmbH & Co.

KG mit sich selbst als einzigem Kommanditisten. Seine Einlage in Höhe von 40.000 € erbringt er in bar. B stellt sodann den Antrag auf Eintragung der KG beim Handelsregister und betreibt seinen Gebrauchtwagenhandel fort, wobei er sich bereits der neuen Firmierung bedient

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Sommersemester 2015 am Lehrstuhl von Prof. Dr. Robert Koch zur Vorlesung Gesellschaftsrecht I an der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Klausur wurde mit 14 Punkten (gut) bewertet.

AUFSÄTZE  
KLAUSUREN  
HAUSARBEITEN  
RECHTSSPRECHUNG  
REZENSIONEN



Noch vor der Eintragung der KG in das Handelsregister verkauft B dem Rentner R namens der KG einen vier Jahre alten, in deren Eigentum stehenden BMW Z4 zum Preis von 40.000 € unter Ausschluss jeglicher Gewährleistungsrechte. Das Fahrzeug wird am selben Tag bezahlt und übergeben. Wenige Wochen später bleibt das Fahrzeug mit einem Motorschaden liegen. In der Werkstatt wird festgestellt, dass die Ursache ein Schmiermittelversagen am dritten Zylinder ist. R verlangt daraufhin von B den Austausch des Motors. Als B das unter Hinweis auf den Gewährleistungsausschluss ernsthaft und endgültig ablehnt, tritt R vom Kaufvertrag zurück und verlangt von der mittlerweile in das Handelsregister eingetragenen KG Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Fahrzeugs.

Die KG verfügt über kein Vermögen mehr, was u. a. daran liegt, dass die KG der Ehefrau des B ein zinsloses Darlehen in Höhe der Einlageleistung des B gewährt hat. Die A-GmbH verfügt ebenfalls über kein Vermögen. Deshalb nimmt R den B auf Zahlung in Anspruch.

Mit Erfolg?

*Hinweis:*

*Von dem Vorliegen eines Sachmangels i. S. v. § 434 I BGB, der erheblich i. S. v. § 323 V BGB ist und bei Gefahrübergang vorgelegen hat, ist auszugehen.*

### Abwandlung

Wie ist die Rechtslage, wenn

- B zusammen mit seinem Freund K mit dem Gebrauchtwagenhandel gerade begonnen hat,
- im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, dass nur K Kommanditist ist und sich mit einer Bareinlage in Höhe von 40.000 € an der B&K KG beteiligt
- K diese Einlage erbracht hat
- gegenüber R als KG aufgetreten ist und
- die KG noch nicht ins Handelsregister eingetragen ist.

### Gutachten

#### A. Ausgangsfall

##### I. R gegen B gemäß §§ 437 Nr. 2, 323, 346 I BGB, 124 I, 161 II, 171 I HGB

R könnte gegen B einen Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises in Höhe von 40.000 € gem. §§ 437 Nr. 2, 346 I BGB haben. Dau müsste eine solche Verbindlichkeit der KG bestehen, für die B haftet.

#### 1. Verbindlichkeit der KG

##### a) Entstehung

Die KG ist durch den Abschluss eines Gesellschaftervertrags zwischen der A-GmbH, vertreten gem. § 164 I BGB, § 35 I GmbHG, § 181 BGB durch den Geschäftsführer B und B entstanden. Der Gesellschaftszweck war gem. § 161 I HGB auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet, wobei einzelne Gesellschafter (B) nicht voll haften sollten. Die KG hat gem. §§ 161 II, 123 I HGB Außenwirkung erlangt, indem sie schon vor Eintragung die Geschäfte aufnahm. Hinweise für ein Kleingewerbe iSd § 2 HGB sind nicht gegeben, weshalb § 123 II HGB keine Anwendung findet.

Eine gem. §§ 161 II, 124 I HGB teilrechtsfähige KG wurde außenwirksam gegründet.

##### b) Anspruch R gegen KG

Ein Anspruch des R gegen die KG kann sich aus §§ 437 Nr. 2, 323, 346 I BGB ergeben.

Ein erforderlicher Kaufvertrag iSv § 433 BGB wurde zwischen R und der KG, gem. § 164 I BGB, §§ 161 II, 125 I HGB, § 35 I GmbHG, vertreten durch B, wirksam geschlossen.

Ein Sachmangel am Auto liegt vor.

Eine gem. § 323 I BGB grds. erforderliche Nachfrist wurde nicht gesetzt. Diese war allerdings gem. § 323 II Nr. 1 BGB entbehrlich, da B in Vertretung der A-GmbH in Vertretung der KG die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigerte.

R hat den Rücktritt gem. § 349 BGB erklärt.

Die Gewährleistungsrechte könnten jedoch vertraglich ausgeschlossen sein. Dies kann sich aus AGB-Recht oder Verbrauchsgüterkaufrecht ergeben, was sich gem. § 475 III BGB nicht gegenseitig ausschließt.

##### c) AGB-Kontrolle

Zu klären ist der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle, § 310 BGB.

Der sachliche Anwendungsbereich ist für Kaufverträge nicht gem. § 310 IV BGB ausgeschlossen.

R ist Verbraucher iSd § 13 BGB; die KG notwendig als Handelsgesellschaft Unternehmen iSd § 14 I, II BGB. Somit ist der persönliche Anwendungsbereich des § 310 III BGB eröffnet und es gelten die dortigen Bestimmungen.

AGB, die gem. §§ 310 III Nrn. 1, 2, 305 I 1 BGB bereits bei erstmaliger Verwendung gegenüber einem Verbraucher als für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen als vom Unternehmen gestellt gelten,

liegen mangels entgegenstehender Anhaltspunkte vor.

Diese vorformulierte Vertragsbedingung des allgemeinen Gewährleistungsausschlusses wurde ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen, § 305 II Nr. 1 BGB. Eine überraschende Klausel oder entgegenstehende Individualabrede gem. §§ 305c I oder 305b BGB liegen nicht vor.

Die Inhaltskontrolle findet gem. § 310 III BGB am Maßstab der §§ 307 ff. BGB statt.

In Betracht kommt ein Verstoß gegen § 309 Nr. 7 a) BGB. Danach dürfen Ersatzansprüche für Körperschäden durch fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzung nicht durch AGB ausgeschlossen werden. Der „Ausschluss jeglicher Gewährleistung“ umfasst auch die Ansprüche aus Körperschäden, die aus Mängeln resultieren. Auch wenn dies nicht ausdrücklich aus der Klausel hervorgeht, gehen diesbezüglich Unsicherheiten zu Lasten des Stellers, § 305c II BGB.

Eine geltungserhaltende Reduktion gibt es gem. § 306 II BGB nicht. Ein Gewährleistungsausschluss ist demnach unwirksam.

#### d) Verbrauchsgüterkauf

Der Anwendungsbereich für den Verbrauchsgüterkauf ist für R (§ 13 BGB) und die KG (§ 14 BGB) gem. § 474 I BGB eröffnet.

Aus den §§ 475 I, II BGB ergibt sich, dass ein genereller Gewährleistungsausschluss gegenüber einem Verbraucher unzulässig, bei gebrauchten Sachen – wie hier – eine Verkürzung der Verjährung auf max. ein Jahr die Grenze des Zulässigen bildet. Ein wie vorliegend vollständiger Gewährleistungsausschluss ist unwirksam.

Somit gibt es keinen Gewährleistungsausschluss, der wirksam ist.

Ein Anspruch des R gegen die KG besteht.

## 2. Haftung des B

B könnte als Kommanditist gem. § 171 I HGB in Höhe seiner Einlage haften. § 172 I HGB findet, da die Verbindlichkeit vor Handelsregistereintragung begründet wurde, keine Anwendung.

Die Höhe der Einlage des B beträgt 40.000 €. Allerdings wäre seine Haftung gem. § 171 I 2. HS. HGB ausgeschlossen, soweit B die Einlage geleistet hat. Ursprünglich hatte B 40.000 € eingezahlt. Allerdings hat die KG seiner Ehefrau (E) ein zinsloses Darlehen in derselben Höhe gewährt. Dies könnte eine Einlagenrückgewähr gem. § 172 IV 1 HGB darstellen. Insoweit würde die Haftung des B wieder aufliegen.

B und E stehen in einem persönlichen Näheverhältnis. Es ist nicht auszuschließen, dass E und B eine treuhänderische Abrede getroffen haben, nach der E das Geld nur behalten soll, um die Haftungsmasse der KG zu schmälern und das Geld zu „retten“. Für Gläubiger der KG wäre das undurchsichtig. § 172 IV 1 HGB dient aber gerade dem Gläubigerschutz. Diese sollen davor geschützt werden, dass Haftungsmasse offen oder verdeckt an den Kommanditisten zurückwandert. Die Vorschrift bringt zum Ausdruck, dass der Kommanditist zwar nur in Höhe der Einlage haftet, diese aber jedenfalls der KG als Einlage verbleiben muss, damit die Einlageleistung befreiend wirkt.

Allerdings spricht § 172 IV 1 HGB nur vom Kommanditisten selbst und nicht von nahen Angehörigen. Es gibt keine Rechtsvorschrift, nach der Verheiratete wie eine Person zu behandeln wären. Vielmehr kann auch ein sachlicher Grund für die Darlehensgewährung vorliegen. Zudem ergäben sich Abgrenzungsschwierigkeiten. Somit ist, solange nicht bewiesen ist, dass das Geld tatsächlich nur zum Schein an E als Darlehen gewährt wurde und tatsächlich an B ging, für die Anwendung kein Raum. Zudem handelt es sich um eine zwar unentgeltliche, aber doch Darlehensgewährung. Grds. besteht daher ein Rückzahlungsanspruch gem. § 488 I 2 BGB, auf den die Gläubiger zurückgreifen können.

Somit kommt B die Haftungsbefreiung gem. § 171 I 2. HS. HGB zu Gute.

## 3. Ergebnis

Ein Anspruch gegen B besteht nicht.

## II. R gegen B gem. §§ 437 Nr. 2, 346 I BGB, 176 I HGB

R könnte ein Anspruch gegen B aus §§ 437 Nr. 2, 346 I BGB i. V. m. § 176 I HGB zustehen.

### 1. Verbindlichkeit der KG

Eine Verbindlichkeit der KG besteht in Höhe von 40.000 €

### 2. Haftung des B

Die unbeschränkte Haftung des B könnte sich aus § 176 I 1 HGB ergeben.

Die KG hat bereits vor Eintragung ins Handelsregister das Auto an R verkauft und ist somit vor Eintragung geschäftstätig geworden.

B als Kommanditist hat diesem Geschäft „zugestimmt“ bzw. es als einzige natürliche Person der Gesellschaft selbst in Gang gesetzt.

Die Rückgewährverbindlichkeit wurde mit dem Kaufvertrag begründet und somit vor Eintragung ins Handelsregister.

Allerdings könnte man argumentieren, dem R sei die Kommanditistenstellung des B bekannt gewesen.

Die KG firmierte als GmbH & Co. KG. Der Zusatz des haftungsbeschränkten Komplementärs ist gem. § 19 II HGB vorgeschrieben. Aus dieser Firma könnte man folgern, dass einzig haftende Komplementärin eine haftungsbeschränkte GmbH ist. Die Gestaltung der GmbH & Co. KG dient gerade in aller Regel dazu, eine unbeschränkte Haftung auszuschließen. Demnach hätte dem R bewusst sein müssen, dass B nur Kommanditist sein kann und somit nicht persönlich unbeschränkt haftet.

In der Rechtswirklichkeit kommt es zudem nur selten vor, dass bei einer GmbH & Co. KG eine weitere natürliche Person Komplementärin ist. Es wäre aber unbillig, wenn § 176 I 1 HGB ein Vertrauen in einen Zustand der Haftungsverhältnisse schützen würde, der allgemein nur selten vorkommt und die Ausnahme bildet. Ein Vertrauen in eine Ausnahme ist nicht schützenswert.

Andererseits heißt es in § 176 I 1 HGB, dass positive Kenntnis von der Kommanditistenstellung gegeben sein muss. Dies darf nicht aufgeweicht werden in eine fahrlässige Unkenntnis. Es würde den Gesetzeswortlaut überdehnen. Zumal ist es nicht ausgeschlossen, dass eine weitere natürliche Person Komplementärin ist. Wie bspw. § 264a I Nr. 1 HGB zeigt, kann dies manchmal von Vorteil sein. Zudem will § 176 I 1 HGB die Gesellschafter dazu veranlassen, schnell eine Registereintragung zu beantragen, damit Rechtsklarheit geschaffen wird. Dieser Zweck wird konterkariert. Zudem hat es B selbst in der Hand, mit den Geschäften abzuwarten. Einem Rentner kann auch nicht unterstellt werden, er habe aus der Firma irgendwelche Rückschlüsse auf die Haftungsverhältnisse geschlossen.

Somit hat R die Kommanditistenstellung des B nicht gekannt. B haftet gem. § 176 I 1 HGB voll.

### 3. Ergebnis

Ein Anspruch gegen B besteht in Höhe von 40.000 €.

## B. Abwandlung

### I. R gegen B gem. §§ 124 I, 128 I HGB analog, 705 BGB

R könnte gegen B den oben geprüften Anspruch gem. § 437 Nr. 2 BGB haben.

### 1. Verbindlichkeit der GbR

Fraglich ist, welche Gesellschaftsform bei der B&K KG zu erblicken ist.

Ein Gesellschaftsvertrag zur gemeinsamen Zweckverfolgung wurde geschlossen.

Von der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags her scheint die Gesellschaft eine KG iSv § 161 I HGB zu sein, da K nur beschränkt haften soll und ein Handelsgewerbe betrieben werden soll.

Allerdings ist die Außenwirksamkeit problematisch.

Diese ist bei einer KG normalerweise gem. §§ 161 II, 123 I HGB mit Geschäftsaufnahme gegeben. Dies gilt jedoch nicht, wenn das Unternehmen der KG gem. § 123 II 2 HGB einen kaufmännisch eingerichteten Betrieb nicht benötigt, also ein Kleingewerbe betreibt.

B und K haben mit dem Geschäft gerade erst begonnen, weshalb kein großer Kundenstamm gegeben ist. Auch beschränkt sich der Betrieb auf Autohandel. Umsatzzahlen sind mangels Erfahrung unbekannt. Angestellte sind nicht vorhanden.

Es handelt sich demnach um ein Kleingewerbe. Somit führt die Geschäftsaufnahme (hier: Kaufvertrag mit R) nicht zur Außenwirksamkeit einer KG. Eine insoweit gem. § 123 I HGB konstitutive Eintragung ins HGB lag nicht vor.

Somit bestand zur Zeit des Vertragsschlusses lediglich eine GbR.

Für den Kaufvertragsschluss hätte diese GbR zwar gem. §§ 709, 714 BGB von B und K gemeinschaftlich vertreten werden müssen, jedoch hat die GbR durch ihre Firmierung als KG den Rechtsschein gesetzt, nach den Regeln der KG behandelt werden zu wollen. Danach war eine Vertretung allein durch B gem. §§ 161 II, 125 I HGB i. V. m. Rechtsscheingrundsätzen möglich.

Eine Verbindlichkeit der GbR, die gem. § 124 I HGB analog rechtsfähig ist, besteht.

### 2. Haftung des B

Als Gesellschafter haftet B gem. §§ 124 I, 128 I HGB analog.

### 3. Ergebnis

Ein Anspruch R gegen B besteht.

### II. R gegen K

Ein Anspruch könnte auch von R gegen K bestehen.

**1. Verbindlichkeit**

Eine Verbindlichkeit der GbR besteht.

**2. Haftung des K**

Fraglich ist, wie K haftet. Im Gesellschaftsvertrag war lediglich eine beschränkte Haftung bestimmt. Allerdings kennt die Rechtsform der GbR keine, wie auch immer geartete, Haftungsbeschränkung des Gesellschafters.

Es könnte bei Vertragsschluss im Namen der KG konkludent mit erklärt worden sein, dass K nur beschränkt haftet. Jedoch ist allein aus der Firma nicht erkennbar, wer nur beschränkt haften soll. Auch ist es grds. nicht möglich, einseitig die Haftung zu beschränken. Eine diesbezügliche Einigung mit R über eine beschränkte Haftung des K ist jedoch nicht ersichtlich.

Es könnte jedoch § 176 I 2 HGB analog anzuwenden sein. Die Gründung einer KG liegt nicht vor, weshalb eine direkte Anwendung ausscheidet. Allerdings würde bei einer KG die Nichteintragung der Kommanditistenstel-

lung im Handelsregister bei einem Kleingewerbe nicht schaden. Dann, so könnte man argumentieren, müsste dies erst recht gelten, wenn nur eine GbR vorliegt.

Jedoch fehlt bei einer GbR von vornherein die Unterscheidung zwischen Kleingewerbe und kaufmännischem Betrieb. Auch würde durch eine Zulassung der Analogie der Anreiz gesetzt, erst gar keine Handelsregister-Eintragung zu bewirken. Zum Schutze des Rechtsverkehrs ist vielmehr zu fordern, dass Gesellschafter, die Haftungsbeschränkungen etablieren möchten, diese ins Handelsregister eintragen lassen.

Somit scheidet eine analoge Anwendung aus.

Eine Haftung des K bestimmt sich wie diejenige eines normalen GbR-Gesellschafters gem. § 128 I HGB analog.

**3. Ergebnis**

Ein Anspruch R gegen K besteht in voller Höhe.

Philipp Lee\*

**Klausur Sachenrecht II**

*Die Klausur behandelt schwerpunktmäßig die Eigentumsübertragung in der Konstellation eines Bürgschaftsvertrags. Darüber hinaus wird ein gewährleistungspflichtiger Herausgabeanspruch abgeprüft, der auf einem Rücktrittsrecht beruht.*

**Sachverhalt**

Fuhrunternehmer K erwirbt vom Kfz-Händler V unter Eigentumsvorbehalt einen Lkw zum Preis von 100.000 €, zahlbar in zwei Raten zu jeweils 50.000 €. Die erste Rate wird bei Übergabe fällig. Die zweite Rate ein Jahr später. V verlangt von K zur Absicherung der zweiten Rate eine Sicherheit. K wendet sich daraufhin an den Spediteur F, für den er regelmäßig Möbeltransporte durchführt. F erklärt sich gegenüber K zur unentgeltlichen Übernahme der Bürgschaft für die zweite Rate bereit und schließt mit V formwirksam einen Vertrag über eine selbstschuldnerische Bürgschaft.

**Variante 1**

K bleibt die Zahlung der zweiten Rate schuldig. V nimmt daraufhin den F aus der Bürgschaft in Anspruch. F leistet Zahlung und nimmt anschließend K erfolglos in Re-

gress. F bittet Sie um Prüfung, ob er 1) zunächst von V die Übertragung des Eigentums am Lkw und sodann 2) von K Herausgabe des Lkw verlangen kann.

*Hinweis:* Bitte prüfen Sie den Herausgabeanspruch des F gegen K auch dann, wenn Sie einen Anspruch des F gegen V auf Übertragung des Eigentums abgelehnt haben, und unterstellen Sie insoweit, dass ein Übergang des Eigentums auf F erfolgt ist.

**Abwandlung zu Variante 1**

F schuldet dem K aus diversen Transporten noch Beförderungsentgelte in Höhe von 50.000 €.

*Hinweis:* Bitte unterstellen Sie bei der Bearbeitung, dass ein Übergang des Eigentums an F erfolgt ist und beschränken Ihre Prüfung auf den Herausgabeanspruch.

**Variante 2**

K bleibt die Zahlung der zweiten Rate schuldig, weil er meint, nach fruchtlosem Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung berechtigt zu sein, den Kaufpreis wegen erheblicher Mängel des Lkw um 50% zu mindern. V bestreitet

das Vorliegen von Mängeln im Zeitpunkt der Übergabe des Lkw und nimmt F aus der Bürgschaft in Anspruch. F bittet Sie um Prüfung, ob er

1. zur Zahlung verpflichtet ist und
2. im Falle der Zahlung Regress bei K nehmen kann.

*Hinweis:* Bitte unterstellen Sie bei der Bearbeitung, dass K die Minderung noch nicht erklärt hat, die Gewährleistungsrechte des K nicht nach § 377 HGB ausgeschlossen sind und eine Klärung der Mangelhaftigkeit erst in einem Prozess des V gegen F erfolgen würde.

### Abwandlung zu Variante 2

Wie fällt die Prüfung aus, wenn sich F gegenüber V zur Zahlung auf „erstes Anfordern“ verpflichtet hat?

## Gutachten

### A. Variante 1

Fraglich ist, ob F gegen V einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums hat.<sup>1</sup> Dies würde allerdings von vornherein ausscheiden, sofern F bereits durch die Zahlung automatisch Eigentümer geworden ist.

#### I. Eigentumsübertragung von V an F gem. §§ 774 I 1, 412, 401 I BGB

F könnte gem. §§ 774 I 1, 412, 401 I BGB qua Gesetz Eigentümer des Lkw geworden sein.

##### 1. Bürgschaftsvertrag

Ein formwirksamer Bürgschaftsvertrag i. S. v. § 765 I BGB wurde geschlossen.

##### 2. Bestehen der Hauptforderung

Es müsste gem. § 767 I 1 BGB eine Hauptforderung bestehen. Zwischen V und K wurde ein Kaufvertrag, § 433 BGB, geschlossen. Hieraus folgt ein Anspruch des V gegen K gem. § 433 II BGB auf Zahlung des Kaufpreises. F hat sich für die somit bestehende, zweite Kaufpreisrate verbürgt. Eine gesicherte Hauptforderung besteht.

##### 3. Befriedigung des Gläubigers

F zahlte auf seine Bürgschaftsschuld gegenüber V und befriedigte somit den Gläubiger der Hauptforderung.

##### 4. Rechtsfolge

Gemäß § 774 I 1 BGB ist somit die Hauptforderung (§ 433 II BGB) in Höhe von 50.000 € auf F übergegangen.

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Sommersemester 2015 zur Vorlesung Sachenrecht II von Prof. Dr. Robert Koch an der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg gestellt wurde.

Gemäß §§ 412, 401 I BGB würden auch bestehende akzessorische Sicherheiten, die die Forderung sichern, auf F übergehen. Zwischen V und K wurde ein Kauf unter Eigentumsvorbehalt vereinbart, d. h. unter Zugrundlegung der Auslegungsregel des § 449 I BGB hat sich V nur verpflichtet, das Eigentum am Lkw unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung zu übertragen (§§ 929 S. 1, 158 I BGB). Es ist davon auszugehen, dass die auch auf dinglicher Ebene so geschah. Der Eigentumsvorbehalt ist jedoch in der Aufzählung des § 401 I BGB nicht enthalten. Eine direkte Anwendung und eine direkte Übertragung des Sicherungseigentums qua Gesetz scheiden sonst aus. In Betracht kommt somit eine analoge Anwendung. Allerdings ist schon unter dem Gesichtspunkt der planwidrigen Regelungslücke zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber das Vorkommen der Sicherung des Kaufpreisanspruchs durch den Eigentumsvorbehalt gekannt hat, wie sich aus § 449 BGB schließen lässt. Zudem ist unter Berücksichtigung des Prinzips der Publizität des Sachenrechts und des Enumerationsprinzips problematisch, einen gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Fall einen Eigentumserwerbs per Analogie anzunehmen. Eine analoge Anwendung von § 401 I BGB scheidet somit aus. Somit ist F nicht Eigentümer des Lkw.

#### II. Anspruch F gegen V auf Übertragung des Eigentums aus dem Bürgschaftsvertrag

Ein Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Lkw könnte sich allerdings aus dem Bürgschaftsvertrag ergeben.

##### 1. Bürgschaftsvertrag, Hauptverbindlichkeit

Ein wirksamer Bürgschaftsvertrag und die gesicherte Forderung bestehen (s. o.).

##### 2. Befriedigung des Gläubigers

F leistete an V Zahlung und befriedigte so den Gläubiger.

##### 3. Auslegung des Vertrages

In Bezug darauf, was im Falle der Inanspruchnahme des F durch V mit dem Eigentum des V am Lkw geschehen soll, wurde keine ausdrückliche Abrede getroffen. Den Parteien war allerdings klar, dass F im Fall seiner Inanspruchnahme freilich auf die Schuld des K aus § 433 II BGB direkt zahlen würde, was dazu führen würde, dass durch Bedingungseintritt das Anwartschaftsrecht des K zum Vollrecht erstarkt. Vielmehr war klar, dass F auf seine eigene Verbindlichkeit gegenüber V aus §§ 765 I, 433 II BGB zahlen würde.

Sonst ist jedoch klar, dass V im Falle der Zahlung durch F weiterhin Eigentümer des Lkw bleiben würde, ohne dass V weiter ein Sicherungsinteresse hat. In Ermangelung einer ausdrücklichen Abrede zwischen V und F kommt

<sup>1</sup> An dieser Stelle hätte eine Norm angegeben werden sollen.

somit eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht. Dazu müsste eine planwidrige Regelungslücke vorliegen. Hinsichtlich der Regelungslücke ist bereits erläutert worden, dass keine Abrede darüber besteht, was im Falle der Zahlung durch F mit dem Eigentum des V geschehen sollte. Allerdings besteht ein erheblicher Klärungsbedarf bezüglich dieser Frage, da im Falle der Zahlung durch F es für den Regress bei K gerade darauf ankommt, wer Eigentümer des Lkw ist. Es ist somit davon auszugehen, dass die Regelungslücke planwidrig ist. Somit ist der Anwendungsbereich einer ergänzenden Vertragsauslegung eröffnet. Zu klären ist, was die Parteien redlicher Weise vereinbart hätten, wenn sie an den betreffenden Punkt gedacht hätten. Dabei ist unter Rückgriff auf die gesetzliche Wertung des § 401 I BGB zunächst festzustellen, dass eine Übertragung der Sicherheit in Form des Eigentumsvorbehalts an F vereinbart worden wäre. V hat letztlich durch die Zahlung des F erhalten, was er begehrte, nämlich den vollen Kaufpreis. Er hat kein weitergehendes Interesse daran, weiter Eigentümer des Lkw zu bleiben. F hingegen ist nun dem Regressrisiko gegen K ausgesetzt und hat ein schützenswertes Interesse daran, eine Sicherheit zu haben. Jedoch hat sich F nur für die Hälfte der Kaufpreisschuld verbürgt. Daher käme auch ein Anspruch auf Übertragung eines Miteigentumsanteils im Sinne von § 741 BGB in Betracht. Es spricht jedoch für eine Übertragungspflicht des vollen Eigentums, dass V jedes Sicherungsinteresse verloren hat. Zudem wäre im Falle eines Regresses und der Vermutung des Eigentumsvorbehalts sonst immer eine gemeinschaftliche Abstimmung zwischen V und F nötig. Auch ein eventuelles Rücktrittsrecht könnte gemäß § 351 BGB nur gemeinschaftlich ausgeübt werden. Dies wird dem Interesse der Parteien nicht gerecht. Somit ist ein vertraglicher Anspruch des F gegen V auf Übertragung des Eigentums gemäß §§ 929 S. 1, 931 BGB anzunehmen.<sup>2</sup>

#### 4. Ergebnis

Ein Eigentumsübertragungsanspruch besteht.

#### II. Herausgabeanspruch F gegen K gem. §§ 346 I, 323 I, 449 II BGB

F könnte gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Lkw gemäß §§ 346 I, 323 I, 449 II BGB haben, wenn ein Rücktrittsrecht besteht, F Inhaber des Rücktrittsrechts ist und F den Rücktritt erklärt hat.

##### 1. Rücktrittsrecht

In Ermangelung eines vertraglich zwischen V und K vereinbarten Rücktrittsrechts kommt nur ein gesetzliches in Betracht. Ein solches könnte sich aus § 323 I BGB ergeben. In einem Kaufvertrag verpflichtet sich die eine Partei zur Übergabe und Übereignung der Sa-

<sup>2</sup> Dies folgt aus einer ergänzenden Vertragsauslegung des Bürgschaftsvertrages.

che, um den Kaufpreis zu erhalten und vice versa. Die Hauptleistungspflichten stehen als im Gegenseitigkeitsverhältnis. Ein synallagmatischer Vertrag ist gegeben. K könnte eine Pflicht aus dem Kaufvertrag verletzt haben. In Betracht kommt die Nichtzahlung auf eine fällige und durchsetzbare Zahlungspflicht trotz Fristsetzung, wenn diese nicht gem. § 323 II BGB entbehrlich war. K hat auf den fälligen Zahlungsanspruch aus § 433 II nicht gezahlt. Eine Frist wurde nicht gesetzt. Es kommt jedoch der Fristsetzungsentbehrlichkeitstatbestand des § 323 II Nr. 1 BGB in Betracht. F nahm K erfolglos in Regress. Somit ist davon auszugehen, dass K die Zahlung endgültig verweigerte. Eine Fristsetzung war mithin entbehrlich. Ein Rücktrittsrecht ist entstanden.

##### 2. Übertragung des Rücktrittsrecht

Grundsätzlich ist ein Rücktrittsrecht als Gestaltungsrecht akzessorisch mit dem Vertrag verbunden. Es ist jedoch jedenfalls davon auszugehen, dass die oben dargestellte ergänzende Auslegung des Bürgschaftsvertrags ergibt, dass V dem F ebenfalls verpflichtet ist, die Gestaltungsrecht aus seinem Vertrag gem. §§ 413, 398 BGB zu übertragen. Anderenfalls wäre das Sicherungseigentum sinnlos, da es nicht verwertet werden könnte. Es ist somit davon auszugehen, dass mit der erfolgten Eigentumsübertragung an F konkludent in Erfüllung der Bürgschaftspflichten das Rücktrittsrecht gegen K abgetreten bzw. übertragen wurde. F ist daher Inhaber des Rücktrittsrechts.

##### 3. Ausübung des Rücktrittsrechts

Die Ausübung des Rücktrittsrechts erfolgt gemäß § 349 BGB durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil, hier K.

##### 4. Rechtsfolge

Gemäß §§ 348, 320 BGB sind die sich aus dem Rücktritt ergebenden Ansprüche Zug-um-Zug zu erfüllen. Somit hat K – die Ausübung des Rücktrittsrecht unterstellt – gegen Zahlung von 50.000 € Zug-um-Zug den Lkw an F herauszugeben.<sup>3</sup>

#### B. Abwandlung Variante 1

##### I. Anspruch F gegen K gem. §§ 346 I, 323 I, 449 II BGB

##### 1. Anspruchsentstehung

Bei der Entstehung des Rücktrittsrechts und der Rückgewähransprüche ergeben sich keine Unterschiede zum oben Gesagten.

<sup>3</sup> An dieser Stelle hätte noch ein Anspruch aus § 985 BGB geprüft werden können.

## 2. Durchsetzbarkeit

Hinsichtlich der rückwirkenden Unwirksamkeit bzw. der Durchsetzbarkeit bestehen jedoch Bedenken.

### a) § 352 BGB

Gem. § 352 BGB könnte die Ausübung des Rücktrittsrechts rückwirkend unwirksam sein, wenn der Schuldner K sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung gem. § 389 BGB befreien konnte. Die fälligen Beförderungsentgelte des K stellen gleichartigen Forderungen gegen F dar, die seit dem Übergang der Hauptverbindlichkeit auf F, §§ 774 I 1, 433 II BGB, jenem aufrechenbar gegenüberstehen. Sofern K sich hierauf unverzüglich (§ 121 I 1 BGB) beruft, wird somit der Rücktritt des F unwirksam.<sup>4</sup>

### b) §§ 348, 320 BGB

Weiterhin steht dem K gegen F die Einrede aus §§ 348, 320 BGB zu, d. h. er muss nur Zug-um-Zug gegen Zahlung von 50.000 € leisten. Diese, schon oben festgestellte Einrede, braucht aufgrund des synallagmatischen Verhältnisses nicht explizit erhoben zu werden.

### c) §§ 774 I 3, 273 I BGB

Weiterhin stehen dem K gem. § 774 I 3 BGB die Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zu F zu. Dazu zählt das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 I BGB hinsichtlich der fälligen Beförderungsentgelte, § 632 BGB, die aus einer bestehenden Geschäftsverbindung stammen und somit konnex mit dem Anspruch des F gegen K sind. Diese Einrede muss K allerdings erheben. Sofern er sie erhebt, müsste F zusätzlich 50.000 € an K leisten, um den Lkw zu bekommen.

## II. Ergebnis

Sofern K nichts weiter erklärt, besteht weiterhin der Anspruch des F auf Herausgabe des Lkw Zug-um-Zug gegen Zahlung von 50.000 €. <sup>5</sup> Sofern K die Aufrechenbarkeit gem. § 352 BGB geltend macht, besteht der Anspruch hingegen nicht. Sofern K sich auf die Einrede aus § 273 I BGB beruft, besteht der Herausgabeanspruch nur Zug-um-Zug in Höhe von 100.000 €.

## C. Variante 2

### I. Anspruch V gegen F aus §§ 765 I, 433 II BGB

#### 1. Bestehen des Bürgschaftsvertrags und der Hauptverbindlichkeit

Hinsichtlich des Bürgschaftsvertrags und der Hauptverbindlichkeit bestehen keine Unterschiede zu Variante 1.

<sup>4</sup> Hier geht es aber um einen Anspruch auf Herausgabe?! Zusammenhang? Das muss deutlich gemacht werden.

<sup>5</sup> Diese Schlussfolgerung hat zur Bedingung, dass der F den Rücktritt erklärt.

Sonst besteht ein Bürgschaftsvertrag bzgl. der Hauptforderung aus § 433 II in Höhe von 50.000 €.

### 2. Keine Erklärung der Minderung

Gemäß § 767 I 1 BGB ist für die Bürgenschuld der Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. K hat jedoch sein sich aus §§ 437 Nr. 2, 441 I BGB ergebendes Minderungsrecht nicht ausgeübt, was gemäß §§ 346 I, 441 IV 2 BGB den Untergang der Forderung in Höhe von 50.000 € bewirkt hätte. Somit besteht die Bürgenschuld in voller Höhe.<sup>6</sup>

### 3. § 768 I 1 BGB

Jedoch kann gem. § 768 I 1 der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Es ist zu klären, inwieweit aufgrund des Minderungsrecht des K diesem Einreden gegenüber V zustehen. In Betracht kommt die Einrede aus § 320 I BGB. V ist dem K gem. § 433 I 2 BGB verpflichtet, den Lkw frei von Mängeln zu liefern. Sollte dies nicht der Fall sein, so hätte K gegen V ein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 I BGB. V hat seine Leistung allerdings jedenfalls schon teilweise erbracht, weshalb § 320 I BGB einschlägig ist. Der Mangel ist nach den Angaben des K jedoch nicht geringfügig. Auch hat K bereits 50.000 € gezahlt, weshalb es unter Berücksichtigung der Wertung des § 641 III BGB auch nicht unbillig erscheint, die Hälfte der Kaufpreises zurückzubehalten. Somit kann K gegen V die Einrede aus § 320 I BGB in Höhe von 50.000 € entgegenhalten. Ebendiese Einrede steht gem. § 768 I 1 BGB auch F zu.

### 4. § 771 S. 1 BGB

F hat sich „rechtsschuldnerisch“ verbürgt, also auf die Einrede der Vorausklage gem. § 773 I 1 BGB verzichtet. Somit steht ihm diese nicht zu.

### 5. § 770 I BGB analog

Ferner könnte F eine Einrede aus § 770 I BGB analog zustehen. Zwar liegt keine Anfechtbarkeit des zu Grunde liegenden Kaufvertrags vor, weshalb eine direkte Anwendung ausscheidet. Jedoch scheint die Interessenlage der Parteien durchaus vergleichbar: Im Falle der Minderung hängt es von der Erklärung derselben ab, ob die Folgen der Minderung eintreten, also ob die Forderung in geminderter Höhe untergeht. Ebenso verhält es sich im Falle der Anfechtbarkeit, wo es auf die Erklärung der Anfechtung gem. § 143 I BGB ankommt, damit die Folge des Forderungsuntergang eintritt. In beiden Fällen ist der Bürge aufgrund des Gestaltungsrechts mit der Unsicherheit belastet, ob das Recht nun ausgeübt wird oder nicht. Der Hauptschuldner hingegen hat ohnehin damit zu rechnen, dass die Anfechtung oder Minderung erklärt wird und hätte dann keinen Grund, sich insoweit an den Bürgen zu halten. Allerdings ist in Fällen der Ausübung von Gestaltungsrechten wegen

<sup>6</sup> Die Bürgenschuld besteht nur, wenn diese berechtigt ist.

Mangelhaftigkeit der Kaufsache der Bürge bereits über §§ 768 I 1, 320 I BGB (s. o.) hinreichend geschützt. Somit liegt keine Regelungslücke vor. Eine analoge Anwendung von § 770 I BGB in diesen Fällen ist daher methodisch unzulässig und abzulehnen.<sup>7</sup>

### 5. Ergebnis

F kann gem. § 768 I 1, 320 BGB die Einrede des nicht-erfüllten Vertrags erheben und die Erfüllung der Bürgschaftsverbindlichkeit verweigern.

## II. Anspruch F gegen K aus §§ 433 II, 774 I 1 BGB

F könnte gegen K einen Regressanspruch gem. § 433 II, 774 I 1 BGB haben, wenn er an V leistet.

### 1. Anspruchsentstehung

Sofern F auf die bestehende Bürgschaftsschuld leistet, geht gem. §§ 774 I 1, 412 BGB die Forderung des V gegen K aus § 433 II BGB in Höhe von 50.000 € auf ihn über.

### 2. Durchsetzbarkeit

Diesem Anspruch kann K allerdings gem. §§ 412, 404 BGB die Einrede gegen V aus § 320 I BGB wegen der mangelhaften Leistung entgegenhalten.

### 3. Ergebnis

Sofern sich K hierauf beruft, ist der Anspruch aus §§ 433 II, 774 I 1 BGB nicht durchsetzbar.

## III. Anspruch F gegen K, §§ 662, 670 BGB

F könnte allerdings gegen K einen Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. §§ 662, 670 BGB haben.

### 1. Auftrag

K wandte sich an F, um diesen zu bitten, für ihn unentgeltlich eine Bürgschaft zu Gunsten des V einzugehen. F stimmte zu. Wegen der besonderen Tragweite und wirtschaftlichen Bedeutung dieses Geschäfts kommt ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis nicht in Betracht. Ein Auftragsvertrag, § 662 BGB, wurde geschlossen.

### 2. Aufwendungen

Aufwendungen sind freiwillige Vermögenseinbußen. F zahlte freiwillig 50.000 € an V. Dies tat er in Ausführung des Auftrags, nämlich der Eingehung und Abwicklung der Bürgschaft.

### 3. Erforderlichkeit

Gem. § 670 BGB müsste gegeben sein, dass F die Aufwendung für erforderlich halten dürfte. Hierbei gilt ein objektiv-subjektiver Maßstab. Aufgrund der Behauptung bzw. Mitteilung des K, der Lkw sei mangelhaft, hatte F Kenntnis davon, dass die Forderung des V möglicherweise unbegründet bzw. zunächst gem. § 329 I BGB nicht durchsetzbar war. Vor diesem Hintergrund hätte F bei Unklarheit zumindest nähere Erkundigungen darüber einholen müssen, ob der Mangel tatsächlich vorliegt, etwa indem er eine Besichtigung des Lkw macht oder einen Sachverständigen beauftragt. Indem F jedoch einfach zahlte, beraubte er K seiner Druckmittel gegen V. Er handelte insoweit erkennbar außerhalb des Interesses des K, der sich nun mit F auseinandersetzen muss.<sup>8</sup> F durfte somit die Zahlung nicht für erforderlich halten.

Ein Anspruch aus §§ 662, 670 BGB scheidet aus.

### 4. Ergebnis

Ein Anspruch aus §§ 662, 670 BGB scheidet aus.

## D. Abwandlung Variante 2

### I. Anspruch V gegen F aus §§ 765 I, 433 II BGB

#### 1. Anspruchsentstehung

Ein wirksamer Bürgschaftsvertrag und eine Hauptforderung bestehen.

#### 2. Durchsetzbarkeit

F hat sich zu einer Bürgschaft „auf erstes Anfordern“ verpflichtet. Eine Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB ergibt, dass dieser im Geschäftsverkehr häufig genutzte Terminus bedeutet, dass der Bürge aus alle Einreden grundsätzlich verzichtet. Dies bedeutet, dass der Bürgschaftsgläubiger nur behaupten muss, der Anspruch bestehe, und der Bürge hierauf sofort zahlen muss. Infolgedessen enthält eine solche Bürgschaft einen Verzicht auf die Einrede aus §§ 768 I 1, 771 S. 1, 770 I BGB. Somit kann vorliegend F nicht die möglicherweise bestehende Einrede des K gem. §§ 768 I 1, 320 I BGB geltend machen.

#### 3. § 242 BGB

Einzige Grenze einer solchen Bürgschaft wäre, dass die Anforderung des Gläubigers gegen § 242 BGB verstößt, weil die Forderung offensichtlich unbegründet und die Inanspruchnahme daher rechtmisbräuchlich ist. Vorliegend ist jedoch streitig, ob ein Mangel vorliegt. Es kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass der Anspruch des V in voller Höhe besteht. Der Einwand des § 242 BGB scheidet aus.

### II. Anspruch F gegen K aus § 433 II, 774 I 1 BGB

Hinsichtlich des Anspruchs gegen K aus §§ 433 II, 774 I 1 BGB ergeben sich keine Besonderheiten im Vergleich zum unter Punkt B Gesagten.

<sup>8</sup> Der F muss also eine Klage gegen sich in Kauf nehmen. Diese Tatsache hätte bei der Abwägung mit einfließen können.

<sup>7</sup> Diese Lösung ist vertretbar.



### III. Anspruch F gegen K aus §§ 662, 670 BGB

#### 1. Auftrag, Aufwendungen

Ein Auftragsverhältnis und Aufwendungen liegen vor.

#### 2. Erforderlichkeit

Bei einer Bürgschaft „auf erstes Auffordern“ muss der Bürge auf Aufforderung des Gläubigers sofort zahlen,

auch wenn der Bestand der Forderung strittig ist. Somit musste F zahlen und durfte dies somit auch für erforderlich halten. Wenn K den F zu einer solchen Bürgschaft beauftragt, dann muss K eben dieses Risiko der möglichen grundlosen Inanspruchnahme tragen.

#### 3. Ergebnis

Ein Anspruch des F gegen K i. H. v. 50.000 € besteht.

Friederike Driftmann\*

## Bona Fides – zur Entwicklungsgeschichte, Ausgestaltung und aktuellen Relevanz von „Treu und Glauben“ im Völkerrecht

*Die Verfasserin setzt sich mit der Geschichte und Entwicklung des Prinzips der bona fides im Völkerrecht auseinander. Auf Basis dieser Untersuchung erläutert sie in einem zweiten Schritt die aktuelle Relevanz des allgemeinen Rechtsgrundsatzes für das Völkerrecht.*

### I. Einführung

Im deutschen Recht wird der Grundsatz von Treu und Glauben metaphorisch mit dem Bild einer Eiche verglichen, die ihre Schatten auf die gesamte Rechtsordnung wirft.<sup>1</sup> § 242 BGB wird daher als „königlicher Paragraph“ bezeichnet.<sup>2</sup> Dieser Vergleich kann sinnbildlich auch für den völkerrechtlichen Grundsatz der *bona fides* stehen, der sich als Auslegungsformel und Verhaltensmaßstab etabliert hat und das gesamte materielle Völkerrecht prägt. Obwohl sie inzwischen in das geschriebene Völkerrecht aufgenommen wurde, beschränkt sich die Geltung der *bona fides* nach dem philosophischen und historischen Gehalt dabei keineswegs auf einzelne kodifizierte Normen.<sup>3</sup> Vielmehr dient der Grundsatz

von Treu und Glauben in Form eines „übergesetzlichen Rechtssatzes“ als Grundlage nationaler und internationaler Bestimmungen und ist nahezu allen Rechtsordnungen immanent.<sup>4</sup>

Gerade im fragmentarischen Völkerrecht erfüllen die allgemeinen Rechtsgrundsätze durch das Schließen von Rechtslücken eine besondere Funktion gerade dort, wo „der Rückzug auf die staatliche Souveränität nicht angemessen erschiene.“<sup>5</sup> Auf der anderen Seite wird das Prinzip der *bona fides* als zu durchlässig, doppeldeutig und unbestimmt kritisiert.<sup>6</sup>

Die Frage der aktuellen Relevanz der *bona fides* lässt sich nur durch eine Untersuchung ihrer Geschichte und Ausgestaltung nachvollziehen. Besonderes Augenmerk sollte dabei auf die Reziprozität des Grundsatzes gelegt werden. Neben einer historischen Herleitung ist daher auch die Frage der Terminologie zu stellen, die in der deutschen Sprache mit der Bezeichnung „Treu und Glauben“ besonders markant hervortritt. Schließlich bedarf ein Baum, dessen Schatten auf der gesamten Völkerrechtsordnung liegt, einer großen Baumkrone mit vielen Ästen. Der Umfang des Gutglaubensgrundsatzes kann daher nur in der Gesamtheit seiner abgeleiteten Grundsätze verstanden werden. Ausblickend sollte sich die Frage stellen, inwiefern der Grundsatz der *bona fides* Ausdruck einer geeinten Wertegemeinschaft ist und wie seine Rolle angesichts deren zunehmender Fragmentierung zu bestimmen ist.

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Examenshausrarbeit der Verfasserin aus dem Wintersemester 2014/2015 im von Prof. Dr. Markus Kotzur LL.M. (Duke) an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg veranstalteten Seminar „Allgemeine Rechtsgrundsätze im Völkerrecht“ im Schwerpunkt Europa- und Völkerrecht, die mit „gut“ bewertet wurde.

1 Ebke/Steinhauer, The Doctrine of good faith in German Contract Law, in: Beatson/Friedman (Hg.), Good Faith and Fault in Contract Law, 1997, S. 171, zitiert von Meyer-Rudel, Der Gedanke der Bona Fides: eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand des deutschen und italienischen Vertragsrechts, 2005, S. 6.

2 Meyer-Rudel, (Fn. 1), S. 5 m. w. N.

3 Kotzur, Good Faith (Bona fide), in Wolfrum (Hg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009, Rn. 1, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1412?rskey=V73guj&result=4&prd=EPIL> (17.11.2015).

4 Vgl. BGH NJW 1993, 259ff (263).

5 von Arnould, Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, S. 112 Rn. 269.

6 So beschreibt Kotzur, (Fn. 3), Rn. 1.

## II. Geschichte

### 1. Der Aristotelische Parameter und die bona fides im Römischen Recht?

Der Gute Glaube war bereits in der Antike ein Begriff und wurde neben *Isokrates* insbesondere von *Aristoteles* als Grundlage jeden menschlichen Umgangs beschrieben.<sup>7</sup> Die Idee der *bona fides* als *rechtliches* Grundprinzip entstammt hingegen dem Römischen Recht und hängt sehr eng mit der Etablierung des *ius gentium* zusammen, das mit der Expansion des römischen Außenhandels am Ende des Ersten Punischen Krieges in Verbindung steht.<sup>8</sup> Es gilt als Vorläufer des heutigen Völkerrechts.<sup>9</sup> Das *ius gentium* regelte Rechtsbeziehungen zwischen Römern und Nichtrömern sowie zwischen Nichtrömern mittels allgemein anerkannter Rechtssätze und Institute.<sup>10</sup> Durch das Anknüpfen an diese Rechtssätze wurde eine flexible Entwicklung des Rechts ermöglicht. Als Grund dieser Flexibilität galt auch der Rechtssatz *bona fides*, dessen Bedeutung sich zunächst im Prozessrecht und in der Folge in der Rezeption sozialer Wertungen wiederfand.<sup>11</sup> Durch Erneuerungen im *ius honorarium* wurde mit der *bonae fidei iudicia* das bestehende Recht um die Möglichkeit von auf *bona fides* gestützte Klagen ergänzt.<sup>12</sup> Während das ursprünglich von Formalismus geprägte römische Prozessrecht kein Ermessen der Prätores vorsah, nahmen diese nun die auf *bona fides* gestützten Klagen in ihre Edikte auf, was ihnen einen breiten Ermessensspielraum eröffnete.<sup>13</sup> So konnten die Prätores einen Verpflichtungsgrund auf Grundlage der *bona fides* benennen.<sup>14</sup> Vor allem im Besitzrecht war von Bedeutung, ob eine Person gutgläubig oder bösgläubig war. Auch bei Geschäften, die nicht dem *ius civile* unterworfen waren, galt die *bona fides*.<sup>15</sup> *Bona fides* entwickelte sich in den folgenden Jahrhunderten zu einer allgemeinen Geltungsgrundlage jeder Verbindlichkeit und diente zur Auslegung und Inhaltsergänzung.<sup>16</sup> *Fides* galt dabei als Treue zum eigenen Wort, die den Grundsatz zu einem Prinzip des gegenseitigen Vertrauens machte.<sup>17</sup> *Cicero* beschrieb die *bona fides* als Basis für Gerechtig-

keit und als Grundlage eines vertrauensvollen, ehrenhaften und gewissenhaften Handelns.<sup>18</sup> Mit dem Grundsatz der *bona fides* war es dem *ius gentium* möglich, sich den strukturellen Wandlungen des Rechtsverkehrs anzupassen, was zu einem entscheidenden Faktor für die Geltung und Tradierung des Römischen Rechts wurde.<sup>19</sup>

### 2. Vom Naturrecht zum universalen Vertragsrecht

Im ausgehenden Mittelalter wurden durch die Scholastik wichtige Grundlagen des Völkerrechts gelegt, die sich insbesondere mit der Suche nach dem Geltungsgrund des Völkerrechts beschäftigten. Die Naturrechtslehren der Scholastik sahen die Begründung des Völkerrechts in einer göttlichen oder von der Vernunft geprägten Ordnung, die den menschlichen Herrschaftssystemen ihre Grenzen setzt.<sup>20</sup> In einem Teil der Naturrechtslehre ist das Recht mit und in der Natur des menschlichen Seins vorgegeben und dabei Ausdruck der menschlichen Vernunft.<sup>21</sup> Dieses Vertrauen in die Vernunft der Menschen bedingte eine herausgehobene Stellung des Grundsatzes von Treu und Glauben.<sup>22</sup> Die Lehre von *Thomas Hobbes*, die darin wurzelte, dass das Recht nur durch eine überlegene Macht begründet werden könne, ging davon aus, dass in Ermangelung einer derartigen überlegenen Macht zwischen den Staaten das durch die Vernunft geprägte natürliche Gesetz gelte, sodass sie im Wege der Selbsterhaltung gezwungen seien, Bündnis- und Schiedsverträge abzuschließen.<sup>23</sup> Die eigene Vertragstreue des Staates bildet hiernach die Grundlage für das Vertrauen anderer Staaten und erweist sich somit als für die Selbsterhaltung unentbehrlich. Diese Reziprozität findet sich auch in *Immanuel Kants* Kategorischem Imperativ wieder.<sup>24</sup>

Obleich schon seit dem Altertum verschiedene Gelehrte einzelne völkerrechtliche Normen erkannt hatten, wurden ihre Darlegungen erstmals 1625 durch den Niederländer *Hugo Grotius* in seinem Werk „*De iure belli ac pacis*“ zusammengefasst.<sup>25</sup> Wie *Prufendorf* und *Hobbes* vertrat auch schon *Grotius* einen naturrechtlichen Ansatz.<sup>26</sup> In seinem Hauptwerk entwarf er ein völkerrechtliches Gesamtsystem und bezog sich dabei auf die aristotelischen Parameter, etwa *bona fides* als Grundlage menschlichen Umgangs.<sup>27</sup>

7 Vgl. *Kotzur*, (Fn. 3), Rn. 2.

8 Meyer, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtsradiation*, 1994, S. 50.

9 *Wieacker* in *Wolf* (Hg.), *Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike im weströmischen Reich und die oströmische Rechtswissenschaft bis zur justinianischen Gesetzgebung: ein Fragment*, Handbuch der Altertumswissenschaft, Abt. 10, Rechtsgeschichte des Altertums, Teil 3, Bd. 1, Römische Rechtsgeschichte, S. 444 f.

10 *Honsell*, *Römisches Recht*, 8. Aufl. 2015, S. 20; *Meyer Rudel*, (Fn. 1), S. 14.

11 Meyer, (Fn. 8), S. 51.

12 Vgl. *Beck*, zu den Grundprinzipien der *bona fides* im römischen Vertragsrecht, Festgabe für August Simonius, 1955, S. 9 ff.

13 Vgl. so noch *Söllner*, Einführung in die Römische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 1989, S. 77; *Meyer-Rudel* (Fn. 1), S. 17 f.

14 Meyer (Fn. 8), S. 52.

15 *Söllner* (Fn. 13), S. 74.

16 Meyer (Fn. 8), S. 53.

17 Meyer (Fn. 8), S. 52; *Wieacker* (Fn. 9), S. 505.

18 *Kotzur*, (Fn. 3), Rn. 2.

19 Vgl. *Meyer-Rudel* (Fn. 1), S. 20.

20 *von Arnould*, (Fn. 5), S. 2.

21 *Ipsen*, *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2014, S. 6.

22 vgl. *Kotzur* (Fn. 3), Rn. 2.

23 *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Auflage 1984, S. 14.

24 *Kant*, in *Brandt/Klemme* (Hg.) *Kritik der praktischen Vernunft*, 2003, S. 3.

25 *Verdross/Simma*, (Fn. 23), S. 8.

26 *Ipsen*, (Fn. 21), S. 6.

27 *Grotius*, *De Jure Belli ac Pacis libri Tres* Buch 3, Kapitel 25, Rn. 1, zitiert in *Kotzur*, (Fn. 3), Rn. 2.; Im Bezug auf den Ausdruck „völkerrechtliche Gesamtsystem“ *von Arnould* (Fn. 5), S. 9.

Die Neuordnung Europas durch den Westfälischen Frieden 1649 leitete die Epoche des klassischen Völkerrechts ein. Grundidee des Westfälischen Systems war die rechtliche Gleichheit souveräner Staaten, die seither einen Grundpfeiler der Staatengemeinschaft – zunächst freilich nur der alten Welt – bildet.<sup>28</sup> Eine ausdrückliche Bezugnahme auf den Grundsatz von Treu und Glauben erfolgte erstmals durch Art. 1 des Pyrenäenvertrages, der 1659 den seit 1635 andauernden Krieg zwischen Spanien und Frankreich beendete.<sup>29</sup> Diese Entwicklungen führten 1737 zu der Erkenntnis *Cornelius von Bynkershoeks*, dass das völkerrechtliche Vertragsrecht auf dem Grundsatz von Treu und Glauben aufgebaut ist.<sup>30</sup>

Das klassische Gegenstück zur Naturrechtslehre bildete sich mit dem Rechtspositivismus im 19. Jahrhundert heraus. Die Geltung des Rechts wurde dabei allein auf die Rechtssetzung durch den Staat zurückgeführt.<sup>31</sup> Für einen Teil der damaligen Lehre, der unter anderem von *Hans Kelsen* begründeten Wiener Schule, musste dagegen jede Norm von einer übergeordneten Norm abgeleitet werden. So sollte jedes Recht im Einklang mit einer Grundnorm stehen, die als soziologische Tatsache über jeder anderen Norm steht.<sup>32</sup> Als eine solche Grundnorm wurde das Prinzip *pacta sunt servanda* und damit ein Element der *bona fides* gesehen.<sup>33</sup>

Im Laufe der Zeit etablierte sich die Bezugnahme auf den Grundsatz von Treu und Glauben im Völkervertragsrecht. Dies ist insbesondere mit der Zunahme der völkerrechtlichen Vertragsschlüsse zu erklären.<sup>34</sup> So trug das Schiedsabkommen in Artikel 18 des 1. Haager Abkommens von 1899 über die friedliche Beilegung von Streitigkeiten die Verpflichtung in sich, sich dem Schiedsspruch nach Treu und Glauben zu unterwerfen. Diese Verpflichtung wurde von dem 1. Haager Abkommen von 1907 in Art. 37 übernommen.<sup>35</sup>

Der Schrecken des Ersten Weltkrieges rückte die Aufgabe der universalen Friedenssicherung in den Vordergrund und führte 1920 zur Gründung des Völkerbundes.<sup>36</sup> In Art. 13 der Satzung des Völkerbundes verpflichteten sich die Staaten, „den erlassenen Schiedsspruch nach Treu und Glauben auszuführen und gegen

kein Bundesmitglied, das sich dem Schiedsspruch fügt, zum Kriege zu schreiten. Im Falle der Nichtausführung des Spruches schlägt der Rat die Schritte vor, die ihm Wirkung verschaffen sollen.“<sup>37</sup>

Dagegen wirkt der Rückgriff auf die *bona fides* in Art. 2 Ziff. 2 der UN-Charta von 1949 um einiges genereller.<sup>38</sup> Dort verpflichten sich die Mitgliedsstaaten, alle Verpflichtungen nach Treu und Glauben zu erfüllen, die sie mit der Charta übernehmen.

### III. Ausgestaltung

#### 1. Bona fides als Garant für Gerechtigkeit?

Die Frage nach dem Wesen der Gerechtigkeit steht dabei am Anfang jeder rechtsphilosophischen Betrachtung.<sup>39</sup> Von *Ulpian* stammt der Versuch einer Definition, wonach Gerechtigkeit der Wille sei, jedem das Seine zu geben.<sup>40</sup> *Von der Heydte* beschrieb eben diesen Willen als den Sinn jeder Rechtsnorm.<sup>41</sup> Nach *Radbruch* ist das positive Recht die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Rechtsidee zu dienen, sodass der Rechtsbegriff an der Rechtsidee ausgerichtet ist.<sup>42</sup> Und diese Idee könne keine andere sein als Gerechtigkeit.<sup>43</sup> Als Amalgam dieser Formeln ergibt sich, dass das Recht auf dem Willen gründen muss, jedem das Seine zu geben, um einen Sinn zu haben. Insofern lässt sich bereits die gemeinrechtliche Sentenz „*Est autem jus a justitia, sicut a mate sua*“ anführen: Positives Recht kann ungerecht sein; es bleibt doch Recht, solange es den Sinn hat, gerecht zu sein.<sup>44</sup>

#### 2. Reziprozität der bona fides

In Vereinbarungen und Verträgen wird die oben beschriebene Definition vom Sinn des Rechts besonders klar. Das Vorhandensein des Willens, in dieser Beziehung dem Gegenüber das Seine zu geben, und damit durch die Erfüllung der Vertragspflichten der Regelungsnorm einen Sinn geben zu wollen, wird als ein Verhalten im Einklang mit der *bona fides* bezeichnet.<sup>45</sup> Beide Vertragsseiten vertrauen jeweils auf den vorhandenen Willen des anderen. Jedoch erwarten nicht nur die Vertragspartner untereinander ein Verhalten *bona fide*. Auch vom Rechtssetzenden und Rechtsprechenden wird ein Handeln in Treu und Glauben erwartet. So überrascht es nicht, dass der völkerrechtliche Gutgläubensgrundsatz nicht nur Verhaltenspflichten zwischen

<sup>28</sup> *von Arnould*, (Fn. 5), S. 9.

<sup>29</sup> Noch *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht Band 1, Teilband 3, 2. Auflage 2002, §171, S. 845 m. w. N.

<sup>30</sup> *Bynkershoek*, *Quaestionum juris publici libri duo*, Buch 2, Kapitel 5 zitiert bei *Verdross*, *Die Bona fides als Grundlage des Völkerrechts*, in *Konstantopoulos, Wehberg* (Hg.), *Festschrift für Rudolf Laun* zu seinem 70. Geburtstag, S. 29; auch zitiert in *Verdross, Simma* (Fn. 23), S. 46.

<sup>31</sup> Vgl. *von Arnould*, (Fn. 5), S. 2.

<sup>32</sup> Ebd. (Fn. 5), S. 3; noch *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Auflage 1934 M. Jestaedt (Hg.), 2008, 129 f.

<sup>33</sup> *Kelsen*, (Fn. 32), 129 f.

<sup>34</sup> *von Arnould*, (Fn. 5), S. 9.

<sup>35</sup> *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, (Fn. 29), S. 845.

<sup>36</sup> Vgl. *Ipsen*, (Fn. 21), S. 201.

<sup>37</sup> Art. 13 Völkerbundsatzung.

<sup>38</sup> *Kotzur*, (Fn. 3), S. 2.

<sup>39</sup> *von der Heydte*, *die Bona fides und die einzelne Rechtsnorm*, in der Österreichischen Zeitschrift für öffentliches Recht Heft 1961, S. 365–374 (367); *Sauer*, *Gerechtigkeit*, 1959, S. 3.; *del Vecchio*, übersetzt von Darmstaedter, *Die Gerechtigkeit*, 1950, S. 23f.

<sup>40</sup> Vgl. so noch *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, 5. Auflage, 1956, S. 124.

<sup>41</sup> *von der Heydte*, (Fn. 39), S. 367.

<sup>42</sup> Vgl. noch *Binder*, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, 1915, S. 60.

<sup>43</sup> So noch *Radbruch* (Fn. 40) S. 123

<sup>44</sup> *von der Heydte*, (Fn. 39), S. 368.

<sup>45</sup> *von der Heydte*, (Fn. 39), S. 368.

Staaten normiert, sondern sich außerdem an die Organe internationaler Organisationen richtet. Das Vertrauen des einen Rechtssubjekts steht folglich in Konnexität zum Vertrauen des anderen Rechtssubjekts.

Diese Beispiele zeigen auch, wie eng der Grundsatz der *bona fides* mit dem selbstständigen völkerrechtlichen Grundsatz der Reziprozität zusammenhängt, der eine ebenso wichtige Säule darstellt, auf die sich das Völkerrecht stützt.<sup>46</sup> Sowohl beim Zustandekommen als auch bei der Erfüllung von Völkervertragsrecht wirkt der Gedanke der Gegenseitigkeit als Erwartung positiver Gegenleistungen und das Bewusstsein der wechselseitigen Bedingtheit vertraglicher Leistungen.<sup>47</sup> Beide Grundsätze verbindet das aus dem Naturrecht und der Aufklärung stammende Vertrauen in die Vernunft der Rechtssubjekte, denn auch der Gegenseitigkeitsgedanke ist Ausdruck der völkerrechtlichen Selbsthilfe.

### 3. Terminologie

Um zum Kern der Ausgestaltung zu gelangen, erscheint zudem ein Blick auf die Terminologie des Grundsatzes angebracht. Die Tatsache, dass der Grundsatz *bona fides* eng mit dem Grundsatz der Reziprozität verwurzelt ist, lenkt den Blick auf die markant hervortretende deutsche Bezeichnung „Treu und Glauben“, die sowohl im deutschen Privatrecht als auch im Völkerrecht auftritt. Auch wenn sich die berechtigte Frage stellt, wie ausschlaggebend gerade der deutsche Terminus für die Relevanz der *bona fides* im Völkerrecht sein kann, so trägt er dennoch zur Untersuchung ihres Wesens bei.

Das lateinische Wort *fides* wird im Deutschen sowohl mit dem Wort Treue als auch mit dem Wort Glauben übersetzt.<sup>48</sup> Während mit *good faith* im common law, *bonne foi* im französischen Recht und *fuena fue* im spanischen Recht genaue sprachliche Übernahmen der römischen *bona fides* erfolgten, wurzelt der Grundsatz im deutschen Recht in zwei unterschiedlichen Termini. So ist im deutschen Recht eine kategorische Differenzierung zwischen den Begrifflichkeiten „Treu und Glauben“ und „guter Glaube“ geboten, da die Bezeichnungen in ihrem Bedeutungsschwerpunkt unterschiedlich sind.<sup>49</sup> Während die *bona fides* sich etwa bei der Ersitzung gem. § 937 BGB rein subjektiv auf den guten Glauben des Besitzenden bezieht, tritt sie in §§ 157, 242 BGB als obligationenrechtliche Norm objektiv hervor, die von jedem Einzelnen Ehrenhaftigkeit und Rücksicht einfordert.<sup>50</sup>

46 Verdross/Simma, (Fn. 23), S. 48.

47 Verdross/Simma, (Fn. 23), S. 49.

48 So noch Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen, 1950, S. 17.

49 Strätz, Treu und Glauben, Rechts- und staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, 1972, S. 36.

50 So bereits Bechmann zum gemeinrechtlichen Ursprung dieser Institute, Der Kauf nach gemeinem Recht, Teil 1, Geschichte des Kaufs im Römischen Recht, 1876, S. 617.

So hätte der „Gute Glaube“ im Sachenrecht nichts mit einem Treueverhalten oder einem Worthalten zu tun. Hier sei keine Gleichmäßigkeit der Gesinnung oder Beharrlichkeit des Willens erforderlich.<sup>51</sup>

Doch unabhängig davon, ob man *bona fides* mit „Guter Glaube“ oder mit „Treu und Glauben“ übersetzt: Das Rechtssubjekt wird einem Werteprinzip unterworfen, das die Vertrauensinteressen Dritter schützt.<sup>52</sup>

Der im deutschen Sachenrecht vorkommende „Gute Glaube“ stellt daher nur einen subjektiven Teilaspekt des Obligationenbegriffs „Treu und Glauben“ dar. Nach Bechmann stellt dieser inzwischen den Inbegriff der Anforderungen dar, welche an das ethische Verhalten des Einzelnen gestellt werden.<sup>53</sup> Insbesondere zwischen der *bona fides* und dem Begriff der *aequitas* sei zu unterscheiden, da Letztere auch außerhalb des Bereichs persönlichen Handelns Geltung beanspruche, während die *bona fides* unmittelbar an die Gesinnung und Handlung der Parteien anknüpfe.<sup>54</sup> Diese strenge Trennung zwischen Treu und Glauben und der Billigkeit ist jedoch umstritten. So wird von anderer Stelle die ausnahmslose Anlehnung von Treu und Glauben an ethische Gesetze und die Handlungsweise anständiger und redlicher Männer abgelehnt.<sup>55</sup> Vielmehr gelte der Grundsatz als Formel eines rechtlich sozialen Ideals, welches auf einer billigen und gerechten Interessensabwägung basiert.<sup>56</sup> Während das von Bechmann geschilderte Obligationenrecht eine „praktisch betätigte, ehrenwerte und ethisch normale Gesinnung“ einfordert und sich diese normale Gesinnung von einer Norm ableiten lassen muss, die an objektiven Maßstäben der Sittlichkeit ausgerichtet ist<sup>57</sup>, hat Treu und Glauben nach Eichler seinen Ursprung in dem subjektiven Interesse nach Gerechtigkeit.<sup>58</sup>

Das von Eichler dargestellte Interesse nach Gerechtigkeit äußert sich im Vertrauen oder im guten Glauben auf die Vertragstreue des anderen. Treu und Glauben stellen somit das Vertrauen und die darauf begründete Ehrlichkeit und Zuverlässigkeit dar,<sup>59</sup> wobei in der Treue

51 Bechmann, (Fn. 50), S. 617.

52 Behrends, Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht, in Mayer-Maly, Nörr, Wieacker, Laufs., Ogris, Heckel, Mikat, Nörr (Hg.), Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Bnd. 95, S. 190ff.

53 Bechmann, (Fn. 50), S. 628 zitiert in Eckl, Treu und Glauben im spanischen Vertragsrecht, 2007, S. 15.

54 Ebenda, S. 631ff.

55 Vgl. Eichler, (Fn. 48), S. 14.

56 Eichler, (Fn. 48), S. 14; vgl. bereits Stammler, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches in Einzeldarstellungen, V. Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897, S. 43.

57 Ebenda, S. 628ff.

58 Eichler, (Fn. 56) S. 14ff.

59 noch Danz, Die Grundsätze von Treu und Glauben und ihre Anwendung auf die Rechtsverhältnisse des Bankverkehrs, 1909, S. 9ff; E. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1897, S. 140.

die Grundlage des Glaubens zu sehen ist.<sup>60</sup> Der Glaube ist dagegen die Voraussetzung, zu trauen und sich auf die Erfüllung der vertraglichen Pflicht verlassen zu dürfen.<sup>61</sup> Treu und Glauben ist somit ein Grundsatz, der die Reziprozität im Namen trägt: Der Glaubende schenkt dem Treuen den Glauben, dass dieser wiederum seine vertraglichen Pflichten erfüllen wird. Dieser Interpretationsansatz wird unterstützt durch die historische Herleitung des deutschen Begriffs von Treu und Glauben. Es handelt sich hierbei um eine aus dem germanischen Recht stammende Paarformel.<sup>62</sup> „Treue“ war im germanischen Recht zunächst der Begriff, durch den man sich durch Gelöbnisse rechtlich binden konnte.<sup>63</sup>

Auch wenn eine vollumfängliche Interpretation der *bona fides* im Völkerrecht schier unmöglich ist und sich konkrete Verhaltenspflichten nicht abschließend benennen lassen, umfasst der Grundsatz in jedem Fall eine Verhaltensmaxime, nach der die Staaten vertragstreue zu handeln und sich gegenseitig in ihrer Vertragstreue zu vertrauen haben. Folglich stellt der *bona fides*-Grundsatz weit mehr dar, als eine erste begriffliche Analyse erkennen lässt. Der Ausdruck „Treu und Glauben“ erscheint somit vorzugswürdig.<sup>64</sup>

#### 4. Der allgemeine Rechtsgrundsatz: Lückenfüller und Auslegungsformel

Als eines der ältesten Grundprinzipien im Völkerrecht bildet die *bona fides* auch heute noch einen allgemeinen Rechtsgrundsatz von erheblicher Bedeutung. Rechtsgrundsätze komplettieren nach der Trias des Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut neben dem Völkervertragsrecht und dem Völkergewohnheitsrecht die völkerrechtlichen Rechtsquellen.<sup>65</sup> Unter allen Rechtsquellen sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze in ihrer Herleitung und ihrem konkreten normativen Gehalt jedoch am schwierigsten zu erfassen, wie ihre andauernde kontroverse Rezeption in der Völkerrechtslehre belegt. Entsprechend wurde Art. 38 Abs. 1 lit. c.) IGH-Statut teils als Meilenstein im Sinne des Naturrechtsgedankens begrüßt,<sup>66</sup> stieß ob

der fehlenden Trennschärfe allgemeiner Rechtsgrundsätze aber auch vielfach auf erhebliche Bedenken.<sup>67</sup> Besonders Unmut erregte der Begriff der „Kulturvölker“. So wurde der exklusive Charakter der Formulierung kritisiert, die den Gedanken einer weltweiten Wertegemeinschaft konterkariere und mit dem Grundsatz der souveränen Gleichheit kollidiere.<sup>68</sup> Dem Begriff der Kulturvölker kommt heute keine ausgrenzende oder eingrenzende Funktion mehr zu.<sup>69</sup> Auch wurde angezweifelt, ob allgemeine Rechtsgrundsätze überhaupt Rechtsquellen darstellen.<sup>70</sup> Vor allem trat dabei das Argument der Gefahr eines ideologischen Missbrauchs in den Vordergrund. So sprach die sowjetische Völkerrechtslehre den allgemeinen Rechtsgrundsätzen den Rang der Völkerrechtsquelle ab, um sich vor kapitalistischen Werten zu schützen.<sup>71</sup>

Gleichzeitig erwiesen sich die allgemeinen Rechtsgrundsätze jedoch als unersetzlich für die völkerrechtliche Praxis. Mit ihren abstrakten normativen Gehalten fungierten sie einerseits als Boden für eine dynamische Rechtsauslegung, zum anderen konnten sie in Ermangelung an konkreten Normen als wichtige Ergänzung für konkrete Fragen herangezogen werden.<sup>72</sup> Auch wenn die Kritik an der fehlenden Genauigkeit anhält, legitimieren sich die allgemeinen Rechtsgrundsätze in einer dezentralen und heterogenen Völkerrechtsstruktur damit nicht zuletzt durch ihren Nutzen für die Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft.<sup>73</sup>

Speziell der Gutgläubensgrundsatz schützt im Völkerrecht nicht nur das Vertrauen des Gegenübers bei Vertragsverhandlungen, sondern das Vertrauen jedes einzelnen Staates in die Rechtsordnung als solche.<sup>74</sup> Als rechtliches Instrument wird seine Relevanz jedoch genauso kontrovers diskutiert wie die Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze im Generellen. So lehnt der vom Positivismus geprägte Teil der Rechtslehre die Möglichkeit einer Begründung rechtlicher Verpflichtungen ab, die auf *bona fides* beruht und dabei über *pacta sunt servanda* hinausgeht.<sup>75</sup> Als bloß ethisches Prinzip

<sup>60</sup> bereits *Wendt*, Die *exceptio doli generalis* im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1906, Bd. 100, S. 4.

<sup>61</sup> *Eichler*, (Fn. 48), S. 15.

<sup>62</sup> *Meyer-Rudel*, (Fn. 1), S. 21; zu Paarformeln als Rechtsbegriffe *Dilcher*, Paarformeln in Rechtssprache des frühen Mittelalters, 1960, S. 18 ff.

<sup>63</sup> *Meyer-Rudel*, (Fn. 1), S. 22.

<sup>64</sup> Zum synonymen Gebrauch s. etwa *Meyer Rudel*, (Fn. 1), S. 22 ff m. w. N.

<sup>65</sup> *Ipsen*, (Fn. 21), S. 488 ff; *Verdross/Simma*, (Fn. 23), S. 390 ff; zu dem Begriff Rechtsquellen *Rentsch*, Konstitutionalisierung durch allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts? – Zur Rolle des völkerrechtlichen Gutgläubensgrundsatzes für die Integration einer internationalen Werteordnung in das Völkerrecht, S. 2, [http://www.academia.edu/5928678/Konstitutionalisierung\\_durch\\_allgemeine\\_Rechtsgrundsätze\\_des\\_Völkerrechts\\_Zur\\_Rolle\\_des\\_völkerrechtlichen\\_Gutgläubensgrundsatzes\\_für\\_die\\_Integration\\_einer\\_internationalen\\_Werteordnung\\_in\\_das\\_Völkerrecht](http://www.academia.edu/5928678/Konstitutionalisierung_durch_allgemeine_Rechtsgrundsätze_des_Völkerrechts_Zur_Rolle_des_völkerrechtlichen_Gutgläubensgrundsatzes_für_die_Integration_einer_internationalen_Werteordnung_in_das_Völkerrecht) (15.12.2015).

<sup>66</sup> *Lauterpracht*, First Report on the Law of Treaties, in *Yearbook of*

the international law commission, VOL 2, Bd. 4 1953, S. 90–159, (155).

<sup>67</sup> *Rentsch*, (Fn. 65) S. 8.

<sup>68</sup> *Rentsch*, (Fn. 65), S. 8; *G. Gaja*, General Principles of Law, in: *R. Wolfrum* (Hg.), *The Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2008, Rn. 2, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e1410?rskey=uL0aXL&result=1&prd=EPIL> (15.11.2015).

<sup>69</sup> Vgl. *Ipsen*, (Fn. 21), S. 489.

<sup>70</sup> Allgemein zur Rechtsquellen Diskussion vgl. *Ipsen*, (Fn. 21), S. 489; *B. Rentsch*, (Fn. 65), S. 10.

<sup>71</sup> *Tunkin*, *Völkerrechtstheorie*, 1972, S. 229 ff.

<sup>72</sup> Vgl. *Rentsch*, (Fn. 65), S. 10; *Kolb*, Principles as sources of international law, *Netherlands International Law Review* 2000, S. 1, 9.

<sup>73</sup> Vgl. *Kolb*, La bonne fois en droit international public, in *Revue Belge de Droit International*, 1998, S. 661, 668.

<sup>74</sup> Vgl. *Rentsch*, (Fn. 65), S. 21.

<sup>75</sup> *Kelsen*, *The Law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*, 1951, S. 51.

sei der Gutgläubensgrundsatz in der Rechtsanwendung ohne Bedeutung.<sup>76</sup>

Gegen eine derartige Sicht spricht die Tatsache, dass es dem Gutgläubensgrundsatz zweifelsohne gelingt, eine Brücke zwischen Werten und Rechtsquellenlehre zu schlagen und somit jene Rechtskultur aufrecht zu erhalten, aus der das Völkerrecht entsprungen ist.<sup>77</sup> So geht es etwa bei der Vertragsauslegung nicht allein um das „Ob“ einer völkerrechtlichen Verpflichtung, sondern auch um das „Wie“, das die Parteien zunächst zum zielorientierten Vertragsvollzug verpflichtet, darüber hinaus aber auch die grundsätzliche Loyalität unter den Vertragsparteien gewährleistet.<sup>78</sup>

### 5. Bona fides im geschriebenen Völkerrecht

Spätestens mit der Übernahme des allgemeinen Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben in das Völkervertragsrecht war die Relevanz der *bona fides* nicht mehr zu übersehen. Das bekannteste Beispiel stellt dabei die bereits angeführte Erwähnung in Art. 2 Abs. 2 UN-Charta dar<sup>79</sup>, die die Mitglieder der Vereinten Nationen dazu verpflichtet, ihre Aufgaben nach Treu und Glauben zu erfüllen. Der Manifestierung des Gutgläubensgrundsatzes in der Charta waren emotionale Stellungnahmen mehrerer Delegierter auf der Konferenz von San Francisco im Jahre 1945 vorangegangen, die von der internationalen Staatengemeinschaft ein ausdrückliches Bekenntnis zu einem Mindestmaß an Moral einforderten.<sup>80</sup> So war die Aufnahme der Gutgläubensklausel in die UN-Charta das Ergebnis erfolgreicher Ergänzungsanträge. Treu und Glauben würden fortan als Leitmotiv der internationalen Beziehungen gelten und eine formalistische Normenhörigkeit der Staaten gegenüber der Charta verhindern.<sup>81</sup> Die in Art. 2 Abs. 2 UN-Charta aufgeführte Finalität zwischen Treu und Glauben und die sich aus der Mitgliedschaft ergebenden Rechte und Vorteile markieren den sozialen Zweck der Klausel. Insbesondere die systematische Stellung hinter dem Gebot Souveräner Gleichheit in Art. 2 UN-Charta verleiht dem Treuegebot einen Schrankencharakter gegenüber exzessiv ausgeübten staatlichen Interessen.<sup>82</sup> Der Grundsatz dient hier als Ermahnung an die Signatarstaaten, dass sich ein Vertragswerk nicht Kraft seiner Bestimmungen vollzieht, sondern nur durch den Gemeinschaftswillen sei-

ner Unterzeichner umgesetzt werden kann.<sup>83</sup> Dieser Gemeinschaftswille ist insbesondere deswegen von so großer Bedeutung, weil eine Staatengemeinschaft nicht aufgrund einer auf Sanktionen aufbauenden Zwangsgewalt bestehen kann. Adressaten des Gutgläubensgebots sind zudem nicht allein Mitgliedstaaten, sondern nach Art. 24 UN-Charta auch die Organe der Vereinten Nationen.<sup>84</sup>

Derselbe Tenor findet sich in dem Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge.<sup>85</sup> Bereits der Präambel liegt die Annahme zugrunde, dass sich die Mitglieder der Konvention dahingehend verpflichten, „dass die Grundsätze der freien Zustimmung und von Treu und Glauben sowie der Rechtsgrundsatz *pacta sunt servanda* allgemein anerkannt sind“. Art. 18 WVRK begründet vorvertragliche Pflichten der Mitglieder bei Vertragsverhandlungen. So sind Staaten bereits vor Vertragsabschluss dazu verpflichtet, von vertragsgefährdendem Verhalten Abstand zu nehmen. Neben der ausdrücklichen Regelung des *pacta sunt servanda* Grundsatzes in Art. 26 WVRK legt Art. 31 WVRK die Grundlage für eine allgemeine Auslegungsregel nach Treu und Glauben. In ihr ist nicht allein eine Interpretationsformel, sondern auch ein Umgehungsverbot zu sehen, das dem Festhalten am wortwörtlichen Inhalt einer Vertragsbestimmung ohne Rücksicht auf Billigkeit entgegensteht.<sup>86</sup> Art. 31 WVRK zieht somit das Telos vertraglicher Normen dem Wortlaut vor und gebietet wie Art. 2 UN-Charta eine objektivierende Funktion des Gutgläubensgrundsatzes.

Eine Stärkung erfährt diese objektivierende Funktion durch die Präambel der Erklärung über völkerrechtliche Grundsätze für freundschaftliche Beziehungen und Zusammenarbeit zwischen den Staaten im Sinne der Charta der Vereinten Nationen.<sup>87</sup> Eine Bekräftigung erfährt der Gutgläubensgrundsatz ferner in Art. 300 des UN-Seerechtsübereinkommens von 1982.<sup>88</sup>

Unter den zahlreichen weiteren völkervertragsrechtlichen Normen sind insbesondere die Etablierung des Gutgläubensgrundsatzes im WTO-Recht<sup>89</sup> sowie das in Art. 4 Abs. 3 des Vertrages über die Europäische Union verankerte Prinzip der loyalen Zusammenarbeit im Recht der Europäischen Union zu nennen.

### 6. Bona fides und der IGH

Seiner beschriebenen Bedeutung entsprechend, ist der Gutgläubensgrundsatz freilich auch in der völkerrechtlich-

<sup>76</sup> Kelsen, (Fn. 75) S. 51.

<sup>77</sup> Vgl. Rentsch (Fn. 65) S. 23.

<sup>78</sup> Rentsch (Fn. 65) S. 22; Vgl. zum Beispiel, Permanent Court of International Justice (PCIJ), North Atlantic Coast Fisheries Case, (1910), in Reports of International Arbitral Awards XI, S. 167.

<sup>79</sup> Vgl. Dohna: Die Grundprinzipien des Völkerrechts über die freundschaftlichen Beziehungen u. die Zusammenarbeit zwischen den Staaten, S. 222 ff; Müller, Vertrauensschutz im Völkerrecht, 1971, S. 228.; Kotzur, (Fn. 3), Rn. 7ff.

<sup>80</sup> Vgl. Kotzur, (Fn. 3) Rn.7; Verdross/Simma, (Fn. 23), S. 48.

<sup>81</sup> Müller, (Fn. 79), S. 228.

<sup>82</sup> Müller, (Fn. 79), S. 233.

<sup>83</sup> So der Delegierte Alfaro in den Beratungen um die UN Charta, UNCIO, Commission 1, UNCIO Doc. 1123, 1/8 June 1945, S. 15.

<sup>84</sup> Kotzur, (Fn. 3), Rn. 7.

<sup>85</sup> auch Wiener Vertragskonvention genannt, im Folgenden WVRK.

<sup>86</sup> Müller, (Fn. 79), S. 127.

<sup>87</sup> auch Friendly Relations Declaration

<sup>88</sup> Art. 300 Seerechtsübereinkommen, zitiert in Verdross, Simma, (Fn. 23), S. 282.

<sup>89</sup> Vgl. Kotzur, (Fn. 3), Rn. 13.

chen Rechtsprechung ein wichtiges Prinzip. Dies schlägt sich bereits in der sorgfältigen Auswahl der zum Richteramt berufenden Personen wieder. Um etwa sicherzustellen, dass die Entscheidungen des IGH dem Grundsatz von Treu und Glauben genügen, schreibt Art. 2 IGH-Statut vor, dass die Mitglieder des Internationalen Gerichtshofs aufgrund ihres hohen sittlichen Ansehens auszuwählen sind.<sup>90</sup>

Zwar greift der Internationale Gerichtshof in seinen Entscheidungsbegründungen bisher nur zögerlich auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurück.<sup>91</sup> Dies ist jedoch vor allem auf die angeführte Kritik hinsichtlich des Begriffs der Kulturvölker zurückzuführen.<sup>92</sup> An Beispielen für einen derartigen Rückgriff besteht dennoch kein Mangel:

#### a.) Ältere Fälle (bis 1996)

Als erstes prägnantes Beispiel ist die Entscheidung im Korfu-Kanal-Fall aus dem Jahre 1949 zu nennen.<sup>93</sup> Britische Marineschiffe liefen hier in einem zum albanischen Küstengewässer gehörenden Teil des Korfu-Kanals auf Seeminen auf. Die Minenlegung konnte dabei nicht ohne das Wissen albanischer Behörden erfolgt sein. Der IGH entschied, dass Meeresanrainern die völkerrechtliche Pflicht zukommt, über bekannte Gefahren in ihrem Hoheitsgewässer zu informieren.<sup>94</sup> Diese Entscheidung wurde zudem aus einem dem Völkerrecht immanenten moralischen Grundsatz der Humanität gezogen.<sup>95</sup>

In der Entscheidung im Temple Preah Vihear-Fall von 1962 ging es um die Frage des Grenzverlaufes zwischen Thailand und Kambodscha.<sup>96</sup> Während Thailand seinen Gebietsanspruch auf einen völkerrechtlichen Vertrag stützte, der 1904 zwischen dem Königreich Siam und Frankreich geschlossen wurde, berief sich Kambodscha auf eine Karte französischer Experten aus dem Jahre 1907, wonach das Gebiet zu Kambodscha gehörte.<sup>97</sup> Der IGH entschied, dass für die Festlegung des Grenzverlaufes der Staatswille entscheidend sei und die Zustimmung zu einer Grenzlinie auch konkludent durch Schweigen erfolgen könne, wenn nach den Umständen keine andere Antwort zu erwarten ist.

Auch wenn keine konkludente Anerkennung vorliegt, könne ein Gebietsanspruch durch passives Verhalten zu einem späteren Zeitpunkt verwirkt werden.<sup>98</sup> Der Grenzvertrag zwischen Kambodscha und Thailand gelte kraft *acquiescence*, einer Konkretisierung des *bona fides*

Grundsatzes.<sup>99</sup> Der Gerichtshof hielt hier das Vertrauen in die Gültigkeit eines Vertrages im Sinne der Rechtssicherheit für schutzwürdig.<sup>100</sup> Neben dieser Erkenntnis wird die Bedeutung der *bona fides* in der Vertragsauslegung unterstrichen. Die Stabilität als typisches Vertragsziel ist seither ein Argument für ein Auslegungsergebnis.<sup>101</sup> Dem angestrebten Ziel des Vertrags wird somit bei der Abwägung zwischen dem schutzwürdigen Interesse und dem wirklichen Willen eine ausschlaggebende Rolle zuteil.<sup>102</sup>

Ebenfalls um Grenzfragen ging es im Nordsee-Festlandsockel-Fall aus dem Jahr 1969.<sup>103</sup> Streitobjekt war dabei die Abgrenzung der beieinanderliegenden Festlandsockel zwischen Deutschland und Dänemark sowie zwischen Deutschland und den Niederlanden. Art. 6 der Genfer Konvention über den Festlandsockel bestimmte hierfür die Anwendung des Äquidistanzprinzips, an das sich Deutschland nicht gebunden fühlte, da es nicht Partei der Konvention war.<sup>104</sup> Auch hier machte der IGH darauf aufmerksam, dass die Staaten nach dem Grundsatz der *bona fides* zu handeln haben.<sup>105</sup>

Eine weitere Erwähnung fand die *bona fides* in der Entscheidung des IGH zum Nukleartest-Fall aus dem Jahr 1974, in dem sich Australien und Neuseeland gegen die Atomtests von Frankreich wandten.<sup>106</sup> Der IGH entschied, dass grundsätzlich auch einseitige Erklärungen verbindlich sein könnten. Der Maßstab für die Bedeutung der Verbindlichkeit richte sich dabei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben.<sup>107</sup>

#### b.) Jüngere Fälle (ab 1996)

Im Nuklearwaffengutachten des IGH von 1996 wurde untersucht, ob aus Art. 5 des Vertrages zur Nichtverbreitung von Kernwaffen 1968 ein generelles Verbot zur Nutzung von Nuklearwaffen resultiert.<sup>108</sup> In diesem Zusammenhang wurde unter Nennung von Art. 6 des Vertrages zur Nichtverbreitung von Kernwaffen, der eine Vertragserfüllung *bona fide* vorschreibt, festgestellt, dass der allgemeine Rechtsgrundsatz der *bona fides* die allgemeinen Zielvorgaben des Vertrages um konkrete Verhaltensvorgaben ergänzt.<sup>109</sup> Staaten sind somit verpflichtet, konkrete Schritte zur Realisierung des vereinbarten Idealzustands anzustreben. Eine Vertragserfüllung im Einklang mit dem Gutglaubensgrundsatz stelle somit die Herbeiführung der nuklearen Abrüstung dar. Hier-

90 Vgl. Verdross (Fn. 30), S. 31.

91 Gaja, (Fn. 68), Rn. 2.

92 Rentsch, (Fn. 65) S. 8.

93 IGH vom 09.04.1949, ICJ Reports 1949, S. 4.

94 von Arnould, (Fn. 5), S. 562.

95 Verdross, Simma (Fn. 24), S. 48.

96 IGH vom 15.06.1962, ICJ Reports, 1962, S. 6.

97 Ipsen, (Fn. 21), S. 56.

98 von Arnould, (Fn. 5), S. 565.

99 Rentsch, (Fn. 65) S. 25; von Arnould, (Fn. 5), S. 565.

100 Vgl. Rentsch, (Fn. 65) S. 25.

101 Rentsch, (Fn. 65), S. 26.

102 Ebd., (Fn. 65) S. 26.

103 Urteil v. 20.02.1969, ICJ Reports 1969, S. 3.

104 von Arnould, (Fn. 5), S. 566.

105 Kotzur, (Fn. 3), Rn. 15.

106 IGH vom 20.12.1974, ICJ Reports 1974, S. 457.

107 Ipsen, (Fn. 22), S. 493, Verdross/Simma, (Fn. 24), S. 47.

108 Gutachten IGH vom 8.7.1996, ICJ Reports. 1996, S. 226.

109 Vgl. ICJ Reports 1996, S. 264.

in sei zwar kein Zwang zur sofortigen Abrüstung zu bestehen, Treu und Glauben stellen aber ein Antriebsmoment dar.<sup>110</sup>

Ein Beispiel dafür, dass der Gutgläubensgrundsatz zum zielgerichteten und dynamischen Vertragsvollzug anhält, ist die Entscheidung im Gabcikovo-Nagymaros-Fall von 1997.<sup>111</sup> Ungarn und die Slowakei stritten dort über ein vertraglich durch Ungarn und die Tschechoslowakei vereinbartes Staudammprojekt.<sup>112</sup> Während Ungarn 1989 die Arbeiten an dem Projekt einstellte, setzte die Slowakei die Arbeiten fort und leitete die Donau einseitig um. Ungarn erklärte sodann 1992 den Rücktritt vom Vertrag. Der IGH verwies in seinem Urteil auf das aus dem *bona fides* Grundsatz entstandene Prinzip *pacta sunt servanda*.<sup>113</sup> Der Schutz der Umwelt könne zwar ein wesentliches Interesse sein und Notstandsmaßnahmen rechtfertigen. So käme dem Umweltschutz aufgrund des erhöhten Umweltbewusstseins der Weltgemeinschaft eine wichtige Rolle bei der Vertragsauslegung zu, doch habe eine Lösung auf Basis ausdrücklicher Vertragsbestimmungen Vorrang, sodass die Parteien dazu verpflichtet seien, miteinander eine Anpassung an verbesserte Umweltstandards zu verhandeln.<sup>114</sup> Der IGH hob die Eigenschaft der *bona fides* hervor, Vertragsauslegung für sich verändernde gesellschaftliche Prioritäten zu sensibilisieren.

Die angeführten Beispiele zeigen, dass der Internationale Gerichtshof die Erfüllung völkerrechtlicher Pflichten unter dem Gesichtspunkt eines kooperativen Geistes der Rücksichtnahme und des gegenseitigen Vertrauens untersucht. Dabei betont der IGH die strenge Akzessorietät des Gutgläubensgrundsatzes und definiert *bona fides* als keine selbstständige Verpflichtungsquelle.<sup>115</sup>

## 7. Der Baum und seine Äste: Verwandte Grundsätze

Als Baum, der seinen Schatten auf die gesamte völkerrechtliche Rechtsordnung wirft, teilt sich die *bona fides* in viele Äste, die weitere Grundsätze darstellen. Neben dem bereits erwähnten Prinzip *pacta sunt servanda* ist hier insbesondere die Figur der *culpa in contrahendo* hervorzuheben.

### a.) *Culpa in contrahendo*

Während des Verfahrens, das auf den Abschluss eines Vertrages gerichtet ist, entsteht eine auf Treu und Glauben beruhende rechtliche Bindung zwischen den Beteiligten, aus der konkrete Verhaltensnormen abzuleiten

sind.<sup>116</sup> Diese Verpflichtungen werden durch die *culpa in contrahendo* definiert. Im Zusammenhang mit dieser Rechtsfigur wird die Frage diskutiert, inwiefern sich eine Pflicht zur Ratifizierung eines Vertrages seitens der Staaten aus diesem vorvertraglichen Schuldverhältnis ableiten lässt. Die Rechtslehre sieht etwa in einer willkürlichen Ablehnung der Ratifikation durch die Organe, mit deren Einverständnis zuvor die vorläufige Anwendung beschlossen wurde, zutreffend ein *venire contra factum proprium*, das im Widerspruch zum vorherigen Verhalten steht und die Vertrauensbasis erschüttert.<sup>117</sup> Die Vertragsparteien sind jedenfalls dazu verpflichtet, zwischen Unterzeichnung und der Ratifikation alles zu unterlassen, was die spätere Vertragserfüllung gefährdet oder unmöglich macht. Diese Pflicht ergibt sich mit Art. 18 WVRK auch aus dem Völkervertragsrecht.

### b.) Weitere verwandte Grundsätze

Wird ein subjektives Recht zu einem anderen als dem bestimmungsgemäßen Zweck ausgeübt, so liegt ein Rechtsmissbrauch vor.<sup>118</sup> Der Grundsatz des *Verbots des Rechtsmissbrauchs* wurde von StIGH und IGH anerkannt<sup>119</sup> und auch vom Sicherheitsrat bereits eingefordert, als er Ägypten 1951 dazu aufrief, die Durchfahrt von Handelsschiffen mit Waren für Israel durch den Suez-Kanal wieder zuzulassen.<sup>120</sup>

Das *Estoppel-Prinzip* fand insbesondere im Temple Preah Vihear-Fall Anwendung. Grundlage dieses Prinzips ist es, dass ein Staat an Erwartungen gebunden ist, die er durch sein Verhalten geweckt hat und auf die ein anderer Staat nach Treu und Glauben vertrauen durfte.<sup>121</sup>

Sollte ein Staat einen anderen Staat an der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen gehindert haben, so kann dieser Staat nach dem Grundsatz *venire contra factum proprium* von dem anderen keine Erfüllung dieser Pflichten verlangen.<sup>122</sup>

Es ist umstritten, wann einem Vertragspartner zugemutet werden kann, einen Vertrag nach Wegfall der Geschäftsgrundlage weiterhin zu erfüllen, sodass es sich bei dem Rechtsgrundsatz *omnis conventio intellegitur rebus sic stantibus* um einen problematischen Auflösungsgrund völkerrechtlicher Verträge handelt.<sup>123</sup> Während alte Rechtslehren den ursprünglichen Willen der Vertragsparteien bei Vertragsschluss für allein maßgeblich erklär-

<sup>110</sup> Rentsch, (Fn. 67) S. 28.

<sup>111</sup> IGH vom 25.09.1997, ICJ Reports 1997, S. 7.

<sup>112</sup> von Arnould, (Fn. 5), S. 274.

<sup>113</sup> Rentsch, (Fn. 65) S. 29.

<sup>114</sup> Ebd., S. 30.

<sup>115</sup> IGH, vom 20.12.1988, ICJ Reports 1988 S. 68.

<sup>116</sup> Bernhard, Völkerrechtliche Bindungen in den Vorstadien des Vertragsschlusses 1957, S. 652 ff.

<sup>117</sup> Bernhard, (Fn. 116), S. 652 ff.

<sup>118</sup> Dictionnaire de la terminologie du droit international, Paris 1960, S. 4.

<sup>119</sup> Vgl. IGH vom 18.12.1951, ICJ Reports 1951, S. 142; IGH vom 06.04.1955, ICJ Reports 1955, S. 37.

<sup>120</sup> Verdross/Simma, (Fn. 24), S. 281.

<sup>121</sup> Vgl. Müller, (Fn. 82), S. 9 ff.

<sup>122</sup> StIGH vom 26.07.1927, 1927, A. 9 S. 31.

<sup>123</sup> Verdross/Simma, (Fn. 23), S. 530.



ten<sup>124</sup>, vertritt die jüngere Völkerrechtslehre eine ergänzende Auslegung des Vertrages<sup>125</sup>. Diese objektivierende Sicht geht von der Frage aus, ob sich die Umstände derart verändert haben, dass die Erfüllung des Vertrages nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann.

#### IV. Aktuelle Relevanz des Gutgläubensgrundsatzes

Durch die Herleitung der Geschichte und der Ausgestaltung konnte die Bedeutung der *bona fides* schon näher herausgestellt werden. Die aktuelle Relevanz des Grundsatzes bemisst sich aber nicht zuletzt daran, welche Rolle er in einer sich verändernden Völkerrechtsordnung einnimmt. So bewegt sich das heutige Völkerrecht in einem Spannungsverhältnis zwischen universellen Ansprüchen und regionalen Differenzen.<sup>126</sup>

##### 1. Bona fides als Brücke zwischen Recht und Ethik

Wie insbesondere die historische Untersuchung der *bona fides* zeigt, lässt sich die Orientierung des Rechts an außerhalb des Rechts liegenden Idealen nicht widerlegen. Vielmehr zeigen die Ergebnisse, dass es zu keiner Zeit Recht gab, das seinerseits vollkommen unabhängig von Werteeinflüssen gesetzt wurde. Präzisiert wurde dies in der Suche nach einem Völkerrechtsgrund. Das naturrechtlich begründete Vertrauen eines Teils der Rechtslehre in die menschliche Vernunft sowie der rechtspositivistische Ansatz der Wiener Schule, in der alles Recht auf einer Grundnorm beruhen müsse, verdeutlichten, dass Recht nicht aus sich selbst bestehen kann, sondern aus außerhalb des Rechts stehenden Faktoren erwachsen muss. Eines dieser nicht zu normierenden, außerhalb des Rechts stehenden Elemente ist der Wunsch nach Vertrauen. Die angeführten Entscheidungen des IGH zeigen, dass die *bona fides* einen vorvertraglichen Vertrauensschutzbestand schaffen und als ein stabilisierendes Moment eine zwischenstaatliche Vertrauensbasis absichern kann, auf der eine weitere Entwicklung der internationalen Zusammenarbeit erst erfolgen kann.<sup>127</sup> Als Grundsatz ermahnt sie die Vertragsparteien hierbei jeweils zu einer Berücksichtigung rechtsexterner Wertefaktoren, womit sie als konzeptionelle Brücke zwischen Moral und Recht besteht.<sup>128</sup> Als eine solche Brücke orientieren sich auch Treu und Glauben als Rechtsgrundsatz nicht an einzelnen Rechtsnormen.<sup>129</sup> Wohl aber lehnen sie sich an außerhalb des Rechts liegende Maßstäbe an, die innerhalb einer absolut und objektiv anerkannten Werteordnung gesucht werden müssen.<sup>130</sup> Dies bedeutet

nach der Auffassung von der Heydtes, dass die Wahrung einer von allen Beteiligten anerkannten *bona fides* innerhalb der Völkerrechtsordnung zunächst ein bestimmtes Maß an gemeinsamen Wertevorstellungen voraussetzt.<sup>131</sup>

##### 2. Ausblick: bona fides im fragmentierenden Völkerrecht

In den Augen Hans Kelsens war die *bona fides* ein rechtlich irrelevantes, rein moralisches Institut, da es unmöglich sei, einen Vertrag *mala fide* zu erfüllen.<sup>132</sup> Doch diese Begründung erfasst nicht den Fall, dass Vertragspartner ihren Verpflichtungen *bona fide* nachkommen wollen, die hieraus erwachsenen Verhaltenspflichten jedoch jeweils unterschiedlich interpretieren. Die in der Rechtslehre laut gewordene Kritik der Klausel von Treu und Glauben kann somit weniger als Schwäche ihres rechtlichen Konzepts, wohl aber als Schwäche der Gemeinschaftsgesinnung, auf die sie verweist, betrachtet werden.<sup>133</sup> Als Indikator dieser Problematik erweist sich die zunehmende Fragmentierung der Völkerrechtsordnung. Wenn heute von Völkerrecht gesprochen wird, ist eine Weltrechtsordnung in weiter Ferne.<sup>134</sup> Vielmehr stehen regionale und nationale Interessen einer stärkeren Internationalisierung entgegen. Doch gerade dort, wo Regelungslücken auftreten, weil sich Staaten vertraglich nicht binden möchten, kommt dem lückenfüllenden Charakter der *bona fides* eine besondere Bedeutung zu.

Es ist allerdings in hohem Maße wahrscheinlich, dass mit dem Übergang von einer bi- hin zu einer multipolaren Weltordnung ein Wertepluralismus der internationalen Staatengemeinschaft einhergeht. Während der Wille zur *bona fides* aus Gründen der Selbsterhaltung der Staaten noch durchaus vorhanden ist, könnten die sich hieraus ergebenden Verhaltensnormen, etwa Informations- oder Loyalitätspflichten, durch die selbstständige Interpretation der verschiedenen Pole relativiert werden.

Obwohl der Grundsatz *pacta sunt servanda* auch dem islamischen Recht immanent ist, so erscheint es vorstellbar, dass Loyalitätspflichten zulasten säkular geprägter Staaten politisch gelenkt werden.<sup>135</sup> Denn gerade im islamischen Raum stehen Wertevorstellungen unter dem Einfluss von strengen religiösen Idealen. So bringen immer wieder Staaten mit islamisch geprägter Rechtsordnung in völkervertraglichen Verhandlungen auf Art. 19 WVRK gestützte Vorbehalte an, wenn diese Fragen des Menschenrechtsschutzes zum Gegenstand haben.<sup>136</sup>

124 Ebd. S. 372.

125 Ebd., S. 51.

126 Müller, (Fn. 79), S. 233.

127 Vgl. von Arnould, (Fn. 5), S. 18.

128 Mahmoudi, Islamic Approach to International Law, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, April 2011, Rn. 46, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1919> (30.11.2014).

129 von der Heydte, (Fn. 39), S. 372.

124 Grotius, De jure belli ac pacis, 1625, II S.16 ff.

125 Müller, (Fn. 82), S. 213.

126 von Arnould, (Fn. 5), S. 18.

127 Rentsch (Fn. 65), S. 31.

128 Ebd., S. 31.

129 von der Heydte (Fn. 39), S. 372.

130 von der Heydte, (Fn. 39), S. 372.

Dies wird von Seiten der Völkerrechtslehre dahingehend gedeutet, dass solche Staaten keine mit dem islamischen Recht unvereinbare Verpflichtungen übernehmen möchten.<sup>137</sup> Art. 19 WVRK benennt als auf den Grundsatz von Treu und Glauben basierende Schranke Kriterien, nach denen ein Vorbehalt als unzulässig gilt.<sup>138</sup> So ist ein Vorbehalt dann unzulässig, wenn er nach Art. 19 lit. c.) WVRK mit dem Ziel und Zweck des Vertrags unvereinbar ist. Unter Berufung dieser Norm bezeichneten westliche Staaten bereits einige Male die Vorbehalte islamisch geprägter Staaten als unzulässig.

Ist ein gewisses Maß an gemeinsamen Wertevorstellungen nicht gegeben, so gäbe jeder Staat nach der Theorie von der *Heydtes* aus seinem eigenen Wertedenken heraus den Rechtsnormen einen anderen Sinn mit der Folge, dass Staaten untereinander in der Deutung ihres Verhaltens schwer täten.<sup>139</sup> Die Vertragsparteien wären dann immer noch an den Vertragsinhalt gebunden, den aber jeder Staat anders, und zu seinen Gunsten, interpretieren würde.<sup>140</sup>

In dieser fragmentierten Werteordnung würden sich die Wertmaßstäbe der politisch stärkeren Staaten gegen die der weniger starken Staaten durchsetzen.<sup>141</sup> Die aktuel-

137 Ebd. Rn. 49.

138 Schütz, Die Ausnahmeklausel der nationalen Verteidigung im Verfahren vor dem Internationalen Gerichtshof: Eine „exceptio universalis?“, in Schreuer (Hg.), *Autorität und internationale Ordnung*, 1979, S. 189.

139 von der Heydte (Fn. 39), S. 372.

140 Ebd. S. 372.

141 Ebd. S. 372.

le Relevanz von Treu und Glauben hängt vom Bestand seiner Grundlage ab, welche durch zusehende Nationalisierung und Regionalisierung erheblich strapaziert wird. Als vorausschauend erweist sich daher die Übernahme des Grundsatzes in geschriebenes Völkerrecht, sowie dessen Konkretisierung durch das Richterrecht.

## V. Fazit

Die historisch gewachsene Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben erklärt seine jetzige Omnipräsens. Die tiefe Verwurzelung seines Stammes mit dem Grundsatz der Reziprozität, der wörtlich in der deutschen Paarformel von „Treu und Glauben“ verdeutlicht wird, seine reiche und verzweigte Baumkrone an abgeleiteten Grundsätzen und sein Schatten des Vertrauensschutzes machen aus der *bona fides* einen Baum, dessen Schatten auf die gesamte Rechtsordnung fällt. Während die *bona fides* als allgemeiner Rechtsgrundsatz einer eigenständigen Rechtsquelle zugeordnet wird, wurde sie schon früh in geschriebenes Völkerrecht aufgenommen. Art. 2 Abs. 2 UN-Charta kommt aufgrund des generellen Wortlautes eine besondere Rolle zu, da er den Grundsatz in seiner abstrakten Form übernimmt, ohne die Verhaltenspflichten weiter zu konkretisieren. Stelle man die Relevanz der *bona fides* als allgemeiner Rechtsgrundsatz also in Frage, so ist er dem Völkerrecht trotzdem in ähnlich abstrakter Form immanent. Wenn also von § 242 BGB als „königlichem Paragraphen“ die Rede ist, müsste im Völkerrecht Art. 2 Abs. 2 UN-Charta die Krone zugesprochen werden.

Christian Kartheiser\*

## Risikobeteiligungsmodelle in der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung

*Die Themenarbeit erörtert die Verwendung von Risikobeteiligungsmodellen in der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung und Bewertung ihres Innovations- und Missbrauchspotenzials in unterschiedlichen Regelungen der Marktregulierung, insbesondere unter Berücksichtigung des Verhältnisses der Telekommunikationsregulierung zum Kartellrecht.*

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Hausarbeit zum Thema Telekommunikationsrecht. Die Hausarbeit wurde gestellt von Jun.-Prof. Dr. Broemel. Die Arbeit wurde mit „gut“ bewertet.

1 Breitbandstrategie der Bundesregierung, S. 5, <http://www.bmwi.de/Dateien/BBA/PDF/breitbandstrategie-der-bundesregierung.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> (31.10.2015).

## A. Einleitung

Die im Jahr 2009 entwickelte Breitbandstrategie der Bundesregierung sah vor, bis 2014 75 % aller Haushalte mit besonders schnellen Breitbandanschlüssen (Übertragungsraten über 50 Mb/s in Empfangsrichtung) zu versorgen.<sup>1</sup> Um dies zu erreichen wurden im Rahmen TKG-Novelle 2012<sup>2</sup> unter anderem Vorschriften zu Risikobeteiligungsmodellen in die telekommunikationsrechtliche Marktregulierung an mehreren Stellen eingeführt.<sup>3</sup> Unternehmen

2 Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen vom 09.05.2012, BGBl. I S. 958.

3 Ausdrücklich in den §§ 15a II 1, 30 III 3 TKG.

sollten dadurch ermutigt werden, in modernste Netzstrukturen zu investieren und so Innovationen zu erzeugen.<sup>4</sup> Bis 2018 sollen derartig schnelle Breitbandanschlüsse sogar flächendeckend zur Verfügung stehen.<sup>5</sup>

Ende 2014 hatten allerdings nur 66,4% aller deutschen Haushalte Zugang zu besonders schnellen Breitbandanschlüssen mit Übertragungsraten von mind. 50 Mb/s.<sup>6</sup> Breitbandanschlüsse mit Übertragungsraten größer als 30 Mb/s, sogenannte Next Generation Access Networks<sup>7</sup> (nachfolgend: NGA) sind dagegen aktuell in ca. 81% aller deutschen Haushalte verfügbar. Dies stellt gegenüber dem Vorjahr eine Verbesserung um 6% dar. Im europäischen Vergleich steht Deutschland damit, obwohl es über dem EU-Durchschnitt von rund 68% liegt, allerdings nur an zwölfter Stelle.<sup>8</sup>

Das Ziel der Breitbandstrategie für 2014 wurde demnach nicht ganz erreicht, wobei der aktuelle Stand des Ausbaus von NGA in Deutschland insgesamt jedoch positiv zu bewerten ist. Es erscheint daher sinnvoll zu beleuchten, inwieweit Risikobeteiligungsmodelle tatsächlich einen Beitrag zur Investitions- und Innovationsförderung leisten, und inwieweit möglicherweise bestehende positive Effekte durch Missbrauchsgefahren konterkariert werden.

## B. Einordnung von Risikobeteiligungsmodellen

Um eine Analyse der Vorschriften des TKG in Bezug auf Innovationschancen und Missbrauchsrisiken im Rahmen von Risikobeteiligungsmodellen durchführen zu können, ist zunächst eine nähere Untersuchung des vielschichtigen Begriffs der Risikobeteiligungsmodelle durchzuführen. Gegenstand dieser Untersuchung sind Definition und Umfang der Modelle, sowie der rechtliche Rahmen, in dem sie ihre Wirkung entfalten.

### I. Definition und Umfang

Nach der Legaldefinition in § 15a II 1 TKG sind Risikobeteiligungsmodelle „Vereinbarungen zur Aufteilung des Investitionsrisikos zwischen Investoren untereinander und zwischen Investoren und Zugangsbegehrenden

<sup>4</sup> Siehe die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/5707, 57, 61.

<sup>5</sup> Digitale Agenda 2014–2017 der Bundesregierung, S. 4, [http://www.digitale-agenda.de/Content/DE/\\_Anlagen/2014/08/2014-08-20-digitale-agenda.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](http://www.digitale-agenda.de/Content/DE/_Anlagen/2014/08/2014-08-20-digitale-agenda.pdf?__blob=publicationFile&v=6) (31.10.2015).

<sup>6</sup> TÜV Rheinland im Auftrag des BMVI, Bericht zum Breitbandatlas Ende 2014, Teil 1 S. 4, [http://www.zukunft-breitband.de/SharedDocs/DE/Anlage/Digitales/bericht-zum-breitbandatlas-ende-2014-ergebnisse.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.zukunft-breitband.de/SharedDocs/DE/Anlage/Digitales/bericht-zum-breitbandatlas-ende-2014-ergebnisse.pdf?__blob=publicationFile) (31.10.2015).

<sup>7</sup> So die Definition der EU Kommission, [http://digital-agenda-data.eu/datasets/digital\\_agenda\\_scoreboard\\_key\\_indicators/indicators](http://digital-agenda-data.eu/datasets/digital_agenda_scoreboard_key_indicators/indicators) (31.10.2015).

<sup>8</sup> Digital Agenda Scoreboard der EU Kommission, <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/scoreboard/germany#1-connectivity> (31.10.2015).

bei Projekten zur Errichtung von Netzen der nächsten Generation“. Umfasst sind somit grundsätzlich gleichermaßen Risk-Sharing-Modelle und Kooperationen im engeren Sinne<sup>9</sup>, jedoch nur soweit diese im Rahmen von Projekten zur Errichtung von Netzen der nächsten Generation (auch: Next Generation Networks, NGN) vereinbart werden. Daher fokussieren sich alle folgenden Darstellungen nur auf Risk-Sharing-Modelle und Kooperationen, die sich auf die Errichtung von NGN beziehen.

### 1. Next Generation Networks

Der Gesetzesbegründung des TKG<sup>10</sup> zufolge sind unter dem dynamisch auszulegenden<sup>11</sup> Begriff der Next Generation Networks (nachfolgend: NGN) „vor allem auch Zugangsnetze der nächsten Generation“ (NGA) im Sinne der NGA-Empfehlung der Kommission<sup>12</sup> zu verstehen.<sup>13</sup>

Nach dieser sind NGA leitungsgebundene Zugangsnetze<sup>14</sup> zumindest teilweise auf Glasfaserbasis, die über höhere Bandbreiten als herkömmliche Netztechnologien verfügen. Zentrales Merkmal ist (bei NGA und NGN gleichermaßen) die deutlich erhöhte Bandbreite, nicht die zugrundeliegende Technik.<sup>15</sup> Diese Definition gilt grundsätzlich ebenso für NGN, nur mit dem Unterschied, dass der weitere Begriff der NGN nicht auf Zugang beschränkt ist und auch Mobilfunk umfassen kann.<sup>16</sup>

### 2. Risk-Sharing-Modelle

Risk-Sharing-Modelle sind Vereinbarungen, in denen sich ein Unternehmen, um Investitionen in NGN vornehmen zu können, verpflichtet, anderen Unternehmen, die sich am Investitionsrisiko möglichst früh beteiligen, Zugang zur neuen NGN-Infrastruktur zu vergünstigten Bedingungen zu gewähren, sobald sie errichtet ist. Insofern ist zu unterscheiden zwischen dem investierenden Unternehmen (Investor), den am Risiko teilhabenden und nicht teilhabenden Zugangspetenten (Beteiligte und Unbeteiligte). Die Beteiligung am Risiko kann dabei auf verschiedene Weisen erfolgen. Denkbar sind Vereinba-

<sup>9</sup> Vgl. *Kühling*, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 43: Der Begriff ist abzugrenzen von dem weiteren Begriff der Kooperationsvereinbarungen in § 2 III Nr. 4 TKG.

<sup>10</sup> BT-Drucks. 17/ 5707, 113 f.

<sup>11</sup> *Kühling*, Säcker TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 21.

<sup>12</sup> Empfehlung der Kommission über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA-Empfehlung), 2010/572/EU.

<sup>13</sup> NGA sind demnach ein Unterfall von NGN.

<sup>14</sup> Dazu *Kühling* u. a., Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 95, 99, 115 f.

<sup>15</sup> Gemeinhin wird die höhere Bandbreite von NGN hervorgehoben, siehe *Kirchner*, Beseitigung regulatorischer und wettbewerbsrechtlicher Hindernisse für den Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum, S. 5, [http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner\\_gutachten.pdf](http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner_gutachten.pdf) (31.10.2015); *Rofsnagel* u. a., Die TKG-Novelle 2012, K&R 2012, 244 (248); die EU Kommission tut dies ebenfalls, unterstellt aber, dass nur Glasfasernetze eine ausreichend hohe Bandbreite ermöglichen, NGA-Empfehlung, 2010/572/EU, Nr. 40.

<sup>16</sup> *Kühling*, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 21.

rungen, in denen sich die Beteiligten verpflichten, eine Vorabzahlung an den Investor zu tätigen (Vorabzahlungsmodelle), ein bestimmtes Kontingent abzunehmen (Kontingentmodelle) oder eine längere Vertragslaufzeit festzulegen (Langzeitverträge).<sup>17</sup>

### 3. Kooperationen

Weiterhin bezieht die Definition auch Kooperationen<sup>18</sup> mit ein. Diese sind als Gegenstück zu den Risk-Sharing-Modellen Vereinbarungen nur zwischen Investoren zur Aufteilung des Investitionsrisikos bei der Errichtung von NGN.<sup>19</sup> Umfasst sind damit beispielsweise Ko-Investitionsmodelle, in denen die Investoren gemeinsames Eigentum an der neu errichteten Infrastruktur erlangen können<sup>20</sup>, das sogenannte Infrastruktur-Sharing, welches die gemeinschaftliche Nutzung von Netzteilen umfasst<sup>21</sup> und Gebietsabsprachen, die eine gemeinsame Erschließung bestimmter Ausbaugebiete durch NGN-Infrastruktur vorsehen, wobei die Beteiligten sich gegenseitig vergünstigten Zugang zu den von ihnen aufgebauten NGN-Infrastrukturen gewähren, jedoch unter gleichzeitiger Verpflichtung, jeweiligen anderen Beteiligten in deren Gebieten keine Konkurrenz auf Infrastrukturebene zu machen.<sup>22</sup> Zu beachten ist jedoch insoweit, dass derartige Risikobeteiligungsmodelle, anders als Risk-Sharing-Modelle, überwiegend dem allg. Kartellrecht und damit dem Zuständigkeitsbereich des Bundeskartellamts (BKartA) unterfallen. Ihre Zulässigkeit richtet sich nach den §§ 1, 2 GWB, Art. 101 AEUV.<sup>23</sup> Im Rahmen des § 2 GWB sind allerdings insbesondere Zugangs- und Entgeltbedingungen von Kooperationsverträgen von Bedeutung, welche zum Teil der Regulierung durch die Bundesnetzagentur (BNetzA) unterfallen können.<sup>24</sup> Eine enge Zusammenarbeit der BNetzA und des BKartA ist insofern bereits unter praktischen<sup>25</sup>, wie auch unter rechtlichen<sup>26</sup> Gesichtspunkten geboten.

### 4. Risikoprämien

Schließlich ist eine Abgrenzung zwischen Risikobeteiligungsmodellen und Risikoprämien vorzunehmen. Eine Risikoprämie im hiesigen Sinne ist ein gleichmäßiger

<sup>17</sup> Kühling u. a., Künftige Regulierung moderner Breitbandinfrastrukturen, K&R 2010, Beihefter 1, 1 (12); Kirchner, S. 6f., [http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner\\_gutachten.pdf](http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner_gutachten.pdf) (31.10.2015).

<sup>18</sup> Die folgende Verwendung des Kooperationsbegriff bezeichnet ausschließlich Kooperationen i. e. S.

<sup>19</sup> Kühling, Beck'scher TKG Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 30 Rn. 51; Kirchner, S. 6ff., [http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner\\_gutachten.pdf](http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner_gutachten.pdf) (31.10.2015).

<sup>20</sup> BT-Drucks. 17/5707, 57.

<sup>21</sup> Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (20).

<sup>22</sup> Ebd., (20f.).

<sup>23</sup> Kirchner, S. 8ff.; Heun, Der Referententwurf zur TKG-Novelle 2011, CR 2011, 152 (156).

<sup>24</sup> Vgl. Kühling, Regulierungskonzepte nach § 15a TKG-E – ein neuer Baustein im Regulierungsverwaltungsrecht?, JZ 2012, 341 (344).

<sup>25</sup> Siehe dazu weiter Kühling in: Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 43.

<sup>26</sup> So sieht § 123 I TKG eine weitgehende Zusammenarbeit vor.

Entgeltaufschlag „pro Einheit“ für den Zugang zu einem NGN, dessen Höhe das spezifische Risiko des Investors bei Errichtung des NGN widerspiegelt.<sup>27</sup> Je höher das Investitionsrisiko, desto höher sind die Entgelte, die ein Investor für den Zugang verlangen kann. Der Unterschied zu Risikobeteiligungsmodellen besteht darin, dass die Aufteilung des Investitionsrisikos zum einen erst nach der Investition und der Errichtung des NGN eintritt, zum anderen wird die Risikoteilung in Form des Entgeltaufschlages den Zugangspetenten einseitig durch den Investor auferlegt.

## II. Rechtlicher Rahmen der Risikobeteiligungsmodelle

Auf europäischer Ebene ist der Rechtsrahmen der Risikobeteiligungsmodelle insbesondere durch die Artikel 8 V lit. a, d der Rahmenrichtlinie (RL 2002/21/EG) und 13 I 2 der Zugangsrichtlinie (RL 2002/19/EG) geprägt. Diese Vorschriften wurden im Rahmen der TK-Reviews 2009 aufgrund der Richtlinie „Bessere Regulierung“ (RL 2009/140/EG) durch die Artikel 1 Nr. 8 lit. h und 2 Nr. 9 neu eingefügt.

Diese europarechtlichen Vorgaben wurden im Rahmen der TKG-Novelle 2012 durch das „Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen“ in deutsches Recht umgesetzt. Die neue Regelung des Art. 8 V lit. a RRL schlug sich dabei nieder in den §§ 2 III Nr. 1, 15a II TKG. Art. 8 V lit. d RRL wurde in den §§ 2 III Nr. 4, 21 I 2 Nr. 3, 28 I 3 TKG umgesetzt. Dem Artikel 13 I 2 ZRL wurde durch die §§ 30 III 3, 32 III Nr. 3 TKG entsprochen.

Ergänzt werden die Regelungen des TKG durch die §§ 1, 2 GWB und durch Art. 101 AEUV, welche die allgemeine Zulässigkeit von Kooperationen, die auch explizit nach Art. 8 V lit. d RRL rechtlich ermöglicht werden sollen, betreffen.

## C. Innovation und Missbrauch im Zusammenhang mit Risikobeteiligungsmodellen

Im Folgenden sollen verschiedene Arten und Nebenerscheinungen von Risikobeteiligungsmodellen im rechtlichen Gefüge der Marktregulierung bezogen auf deren Innovations- und Missbrauchspotenzial bewertet werden.

### I. Allgemeines

Zunächst ist dazu der Innovationsbegriff näher zu erläutern, insbesondere hinsichtlich seines Bezuges zu Investi-

<sup>27</sup> Vgl. Kühling in: Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 25.

tionen. Sodann soll erörtert werden, welche spezifischen Investitionsrisiken beim Ausbau von NGN bestehen.

## 1. Der Innovationsbegriff und sein Verhältnis zu Investitionen

Das TKG verwendet den Innovationsbegriff insb. in den §§ 2 III Nr. 4 und 15a II 1. Dabei erscheint er stets in Verbindung mit dem Investitionsbegriff.<sup>28</sup> Zwischen beiden besteht insofern eine enge (systematische) Beziehung. Auch unter praktischen Gesichtspunkten stehen beide Begriffe in einem engen Verhältnis zueinander, da Investitionen fast immer die Voraussetzung von Innovation sind. Insbesondere bei der Errichtung von NGN, auf die beide Begriffe im Rahmen der telekommunikationsrechtlichen Vorschriften bezogen sind, ist die Investition in und der darauffolgende Ausbau der NGN die Voraussetzung für Innovation auf nachgelagerten Dienstmärkten, welche die von den NGN bereitgestellten größeren Bandbreiten benötigen, um angeboten werden zu können.<sup>29</sup> Die Innovation ist aber vielfach auch eine typische Folge der Investition in NGN-Infrastruktur<sup>30</sup>, da Verbraucher für den Anschluss an NGN höhere Entgelte entrichten müssen, was dazu führt, dass sie in Bezug auf die Dienste, die sie über die NGN-Infrastruktur nutzen, auch einen entsprechenden Mehrwert verlangen, was wiederum Diensteanbieter dazu zwingt, innovative Dienste zu entwickeln, die nur oder nur in optimaler Qualität über eine NGN-Infrastruktur genutzt werden können.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass die Begriffe Investition und Innovation im Rahmen von NGN zu einem gewissen Grad austauschbar sind, da Investitionen in NGN gleichermaßen Voraussetzung und Faktor für Innovationen sind. Daher sind Investitionsförderungen im Bereich der NGN regelmäßig zugleich innovationsfördernd.

## 2. Typische Investitionsrisiken hinsichtlich der Errichtung von NGN

Wie bereits erörtert<sup>31</sup> dienen Risikobeteiligungsmodelle dazu, Investitionsrisiken in Bezug auf den Ausbau von NGN zu teilen und dadurch zu vermindern, was eine Investitionsförderung (und somit regelmäßig auch eine Innovationsförderung) zur Folge hat. Ein Überblick über

die bestehenden Investitionsrisiken ist daher geboten, wobei eine Differenzierung zwischen Risiken regulatorischer und wirtschaftlicher Art vorzunehmen ist.<sup>32</sup>

Regulatorische Risiken sind Unsicherheiten, die die Regulierungsentscheidungen der BNetzA oder des BKartA betreffen. Die Gefahr für investierende Unternehmen liegt dabei darin, dass (unerwartete) Regulierungsentscheidungen oder Veränderungen der Regulierungspraxis erhebliche Folgen für getroffene Vereinbarungen beziehungsweise für die Wirtschaftlichkeit einer Investition haben können.<sup>33</sup>

Wirtschaftliche Risiken betreffen die Frage, ob die Investition einen angemessenen Wettbewerbsvorteil erzeugt, der das ihm zugrundeliegende (finanzielle) Risiko rechtfertigt. In diesem Zusammenhang besteht vor allem die Gefahr, dass, aufgrund unerwartet geringer Nachfrage für die über die neu errichtete Struktur angebotenen Leistungen, die Investitionskosten sich nicht (vollständig) amortisieren lassen, beziehungsweise nicht profitabel sind.<sup>34</sup> Auch kann es aufgrund der dynamischen Entwicklung der Telekommunikationstechnologie sein, dass kurz nach dem Aufbau der NGN-Infrastruktur bereits eine bessere Technologie entwickelt wurde.<sup>35</sup>

## II. Beachtung von NGN-spezifischen Investitionsrisiken, insb. im Rahmen von Risikoprämien

An mehreren Stellen im TKG<sup>36</sup> finden spezifische Investitionsrisiken der NGN-Errichtung bei der Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen Beachtung. Durch diese Regulierungsinstrumente und -vorgaben sollen sie weitestgehend verringert werden, damit Investitionen getätigt werden und Innovation stattfinden kann. Von Relevanz sind in diesem Zusammenhang die sogenannten Risikoprämien, die im Rahmen der §§ 30 III 3 und 32 III Nr. 3 TKG als Faktor der angemessenen Verzinsung des Kapitals bei Festlegung der Kosten der effizienten Leistungserbringung nach § 32 I TKG beachtet werden sollen.

Diese Beachtung von Investitionsrisiken, insbesondere im Rahmen von Risikoprämien, steht dabei in engem

<sup>28</sup> Auch anderenorts treten die Begriffe der Innovation und Investition meist im Gleichklang auf, so u. a. in der Breitbandstrategie der Bundesregierung, S. 18, <http://www.bmwi.de/Dateien/BBA/PDF/breitbandstrategie-der-bundesregierung.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> (31.10.2015); und in der Digitalen Agenda 2014–2017 der Bundesregierung, S. 9, [http://www.digitale-agenda.de/Content/DE/\\_Anlagen/2014/08/2014-08-20-digitale-agenda.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](http://www.digitale-agenda.de/Content/DE/_Anlagen/2014/08/2014-08-20-digitale-agenda.pdf?__blob=publicationFile&v=6) (31.10.2015).

<sup>29</sup> So empfiehlt beispielsweise der Streaming-Anbieter „Netflix“ eine Übertragungsrate von mindestens 25 Mb/s für Ultra-HD-Streaming, siehe: <https://help.netflix.com/de/node/306> (01.11.2015).

<sup>30</sup> Ähnlich auch Möschel, Investitionsförderung als Regulierungsziel, MMR 2010, 450 (452).

<sup>31</sup> S. o. B I 2 und 3, C I 1.

<sup>32</sup> Vgl. dazu Bender/Götz, Schnelles Internet und weiße Flecken?, Wirtschaftsdienst 2011, 42 (44).

<sup>33</sup> Die Bedeutung von Regulierungssicherheit bzw. Rechtssicherheit hervorhebend u. a. die Stellungnahme der Deutschen Telekom AG zum Konsultationsentwurf der BNetzA vom 13.05.2009, S. 27 f., [http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Breitband/NGA\\_NGN/NGA\\_Eckpunkte/DTAG220709pdf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/NGA_NGN/NGA_Eckpunkte/DTAG220709pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (01.11.2015); NGA-Empfehlung, 2010/572/EU, Nr. 1, sowie Erwägungsgründe 3 und 6.

<sup>34</sup> Vgl. Kühling u. a., Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 329.

<sup>35</sup> Fetzer, Anforderungen an die künftige Ausgestaltung der Telekommunikationsregulierung, WiVerw 2010, 145 (147).

<sup>36</sup> So die §§ 2 III Nr. 4, 21 I 2 Nr. 3, 30 III 3 und 32 III Nr. 3 TKG.

Zusammenhang mit Risikobeteiligungsmodellen und bedarf daher näherer Untersuchung. Der Zusammenhang ergibt sich zunächst in systematischer Hinsicht, da wesentliche Regelungen des TKG, insbesondere die §§ 2 III Nr. 4, 15a II 1, 30 III 3 und Art. 8 V lit. d der RRL, Investitionsrisiken und Risikobeteiligungsmodelle in gleicher Weise und an gleicher Stelle in die Regulierung mit einbeziehen. Weiter besteht der Zusammenhang in tatsächlicher Hinsicht, da Risikoprämien und Risikobeteiligungsmodelle dahingehend dieselbe Zielsetzung haben, dass sie Investitionen in NGN durch Risikoteilung zwischen dem Investor und den Zugangspetenten bewirken sollen, um letztendlich eine Investitionsförderung im Bereich der NGN zu bewirken.

### 1. Das Verhältnis der Risikobeachtung zu Innovation

Risikoreiche Investitionen werden im Wettbewerb von Unternehmen nur getätigt, wenn sie einen zusätzlichen Gewinn -eine Prämie- aus dem Wettbewerbsvorteil, welcher auf dem Gegenstand der Investition beruht, generieren können, da ansonsten aus wirtschaftlicher Sicht das Eingehen des Risikos nicht gerechtfertigt wäre.<sup>37</sup>

Solche Risikoprämien, welche für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Sinne der §§ 10, 11 TKG entweder von der Bundesnetzagentur in der Regel Kosten der effizienten Leistungserbringung nach § 32 I, III Nr. 3 TKG unter dem Gesichtspunkt der angemessenen Verzinsung genehmigt werden, oder von den Unternehmen selbst festgelegt und von der Bundesnetzagentur im Rahmen von ex-post-Regulierung nicht untersagt werden, dienen daher im Gegensatz zu Risk-Sharing-Modellen nicht nur dazu, Investitionsrisiken zu teilen, sondern vor allem auch dazu, überhaupt erst einen Anreiz für Investitionen zu schaffen.

Das Investitionsrisiko ist dabei nicht ausschließlich im Rahmen der Entgeltregulierung, sondern gemäß dem Regulierungsgrundsatz des § 2 III Nr. 4 TKG in sämtlichen Vorschriften der Marktregulierung, nach § 21 I 2 Nr. 3 TKG insbesondere auch in der Zugangsregulierung, zu beachten. Letzteres ist von erheblicher Bedeutung, da ansonsten investierende Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zwar das Risiko einer Fehlinvestition vollständig tragen müssten, aber nicht von wettbewerblichen Vorteilen einer erfolgreichen Investition profitieren könnten, schließlich würden die Wettbewerber insbesondere aufgrund von § 21 II, III TKG Zugangsrechte geltend machen, und somit ohne eigenes Risiko vollständig an den Vorteilen der neuen Infrastruktur teilhaben.<sup>38</sup> Dieser Zustand wäre als Umkehr des sogenannten First-

Mover-Advantage<sup>39</sup> der Prävalenz von Innovation und Investition im Telekommunikationssektor abträglich, da Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in Ermangelung einer Aussicht auf Wettbewerbsvorteile keine Investitionen tätigten, und Wettbewerber warteten, bis das marktmächtige Unternehmen investiert.<sup>40</sup>

Neben ihrer Wirkung als Investitionsanreiz verringern Risikoprämien zugleich das Investitionsrisiko, indem sie einen Teil davon auf die späteren Zugangspetenten der neuen Breitbandinfrastruktur, in Form von relativ zum Risiko der zugrundeliegenden Investition erhöhten (Vorleistungs-) Entgelten, gleichmäßig übertragen.<sup>41</sup>

Die aus dem aufgezeigten folgende innovationsfördernde Wirkung wird allerdings in mehrfacher Hinsicht wieder eingeschränkt. In dem Fall, dass andere Unternehmen Vorleistungsprodukte über die neue Breitbandinfrastruktur nicht in ausreichendem Maß nachfragen, insbesondere weil von Seite der Endnutzer für über die neue Infrastruktur erbrachte Dienste nur geringe Nachfrage besteht, kann das Unternehmen, welches die Investition getätigt hat, keine in Anbetracht des Risikos angemessene Verzinsung erzielen.<sup>42</sup> Auch würden Entgeltzuschläge in einer solchen Situation die tatsächliche Nachfrage zudem weiter verringern.

Problematisch ist insoweit, dass sich erst im Nachhinein<sup>43</sup> beurteilen lässt, ob Risikoprämien eine Risikoteilung durch Übertragung von Investitionskosten auf die Nachfrager der neuen Infrastruktur tatsächlich bewirken. Durch die so entstehende Unsicherheit wird sowohl die Anreizwirkung als auch die risikovermindernde Wirkung relativiert.<sup>44</sup> Beide werden dadurch beeinträchtigt, dass durch Risikoprämien Fehlinvestitionen nicht abgemildert werden, sondern nur erfolgreiche Investitionen einen größeren Vorteil gewähren, weswegen der Anreiz- beziehungsweise Risikoteilungseffekt nur für NGN-Investitionen in Gebieten mit ohnehin besonders geringem Nachfragerisiko bestehen bleibt.

Entsprechend ist die Beachtung von Investitionsrisiken nach den §§ 30 III 3 und 32 III Nr. 3 TKG durch die BNetzA hauptsächlich in urbanen Gebieten, in denen regelmäßig eine hohe Nachfrage für NGN besteht, geeignet, Innovation zu fördern.<sup>45</sup>

<sup>37</sup> Ähnlich Fetzer, WiVerw 2010, 145 (148).

<sup>38</sup> Dies wird oftmals als „Trittbrettfahren“ bezeichnet, so u. a. Kirchner, S. 6 f., [http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner\\_gutachten.pdf](http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner_gutachten.pdf) (01.11.2015).

<sup>39</sup> Zum Begriff: Neitzel/Hofmann, Spindler/ Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 21 Rn. 22.

<sup>40</sup> Möschel, MMR 2010, 450 (451).

<sup>41</sup> Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (11).

<sup>42</sup> Ebd.

<sup>43</sup> Vgl. Bender/Götz, Wirtschaftsdienst 2011, 42 (45).

<sup>44</sup> Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1, (12).

<sup>45</sup> Bender/Götz, Wirtschaftsdienst 2011, 42 (45); allg. kritisch Holz-nagel, Die TKG-Novelle 2010, K&R 2010, 761 (766).

Schließlich ist zu beachten, dass Risikoprämien nur dann optimal wirken, wenn ihre Höhe angemessen ist. Sind sie zu niedrig, so können sie Innovation nicht hinreichend fördern, sind sie hingegen überhöht, besteht die Gefahr, dass sie die Marktmacht des Investors unverhältnismäßig erhöhen und so Wettbewerb und Innovation insgesamt abschwächen.<sup>46</sup>

Die Festlegung der Höhe einer Risikoprämie durch die BNetzA muss aus diesem Grund besonders differenziert erfolgen. Dabei hat die BNetzA gemäß Art. 19 II Uabs. II 1 RRL den auf Art. 19 I RRL gestützten Vorgaben des Anhangs I Nr. 6 der NGA-Empfehlung weitestgehend Rechnung zu tragen.<sup>47</sup> Diese enthält detaillierte Vorgaben zu den bei der Berechnung der Prämienhöhe relevanten (Risiko-) Faktoren, wobei nach verschiedenen Glasfasertechnologien differenziert wird.

## 2. Das Verhältnis von Risikoprämien zu Missbrauch

Missbrauchsgefahren ergeben sich, wenn Risikoprämien unangemessen hoch ausfallen, oder wenn allgemein das Investitionsrisiko eines marktmächtigen Unternehmens im Rahmen der Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen zu starke Beachtung findet.

Zu hohe Risikoprämien können einerseits Preishöhenmissbrauch nach § 28 I 2 Nr. 1 TKG darstellen, wenn das Unternehmen die erhöhten Entgelte nur aufgrund seiner Marktmacht durchsetzen kann, oder zu Beeinträchtigungsmisbrauch nach § 28 I 2 Nr. 2, II Nr. 2 TKG in Form von Preis-Kosten-Scheren führen, indem die Gewinnmarge zwischen dem vom Investor für den Zugang zum neu errichteten NGN geforderten Entgelt und dem auf dem nachgelagerten Markt erzielbaren Gewinn auch für effiziente Wettbewerber unangemessen gering ist.

Andererseits können sie Innovation auf Diensteebene beeinträchtigen, indem aufgrund der (zu) hohen Preise weniger Anbieter die neue NGN-Infrastruktur optimal nutzen können, und es von daher ein weniger reichhaltiges Dienstangebot auf Endkundenebene gibt. Ein kleineres Angebot führt zu weniger dynamischem Wettbewerb, was wiederum den Innovationsprozess verlangsamt.<sup>48</sup> Eine solche Entwicklung widerspricht dem Ziel des § 30 III 1 TKG, welcher vorsieht, dass die BNetzA Entgelte derart reguliert, dass sie auch mittel- und langfristig möglichst vorteilhaft für Verbraucher sind.

<sup>46</sup> Vgl. NGA-Empfehlung, 2010/572/EU, Anhang I Nr. 6.

<sup>47</sup> Kühling, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 30 Rn. 49.

<sup>48</sup> Vgl. dazu die Innovationstheorie von Joseph A. Schumpeter, im Überblick dargestellt in: Rutkowski, Innovationsförderung im Telekommunikationsrecht zwischen Netzzugang und Regulierungsfreiheit, Diss., Univ. Hamburg 2009, S. 64.

Weiterhin besteht bei überhöhten Risikoprämien oder insbesondere auch bei zu starker Berücksichtigung der Investitionsrisiken des marktmächtigen Unternehmens durch die BNetzA im Rahmen der Zugangsregulierung die Gefahr, dass das Problem der Marktmachtübertragung auf benachbarte Märkte zugespitzt wird, vor allem, wenn die Berücksichtigung so weit geht, dass es dem Unternehmen möglich sein soll, zunächst seine Investition unabhängig vom Wettbewerb vollumfänglich zu amortisieren.<sup>49</sup> § 21 I 2 Nr. 3 TKG kann unter diesem Gesichtspunkt folglich nicht als Rechtfertigungsgrund für eine Zugangsverweigerung, sondern, wie sich bereits aus dem Wortlaut der Norm ergibt, als von der Bundesnetzagentur innerhalb ihres Ermessens zu beachtendes Berücksichtigungsgebot verstanden werden.<sup>50</sup>

Der Gefahr überhöhter Risikoprämien kann die Bundesnetzagentur allerdings mit den bestehenden telekommunikationsrechtlichen Instrumenten der Entgeltregulierung grundsätzlich effektiv entgegenzutreten, auch wenn es im Rahmen der ex-ante-Regulierung anspruchsvoll sein kann, eine angemessene Prämienhöhe unter Beachtung aller Aspekte des Anhangs I Nr. 6 der NGA-Empfehlung zu bestimmen.

## 3. Fazit

Insgesamt führt die angemessene Beachtung NGN-spezifischer Investitionsrisiken im Rahmen der Marktregulierung durch die BNetzA zu Investitionsanreizen und leichten Risikoverringerungen in urbanen Gebieten und ist daher zu begrüßen. Missbrauch kann die BNetzA durch Nutzung der Regulierungsinstrumente des TKG unterbinden, auch wenn dies sehr anspruchsvoll sein kann.

## III. Aufteilung von Investitionsrisiken durch Risk-Sharing-Modelle

Risk-Sharing-Modelle sind in der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung von hoher Relevanz. Sie sind generell als Regulierungsgrundsatz nach § 2 III Nr. 4 TKG bei Auferlegung jeglicher Regulierungsverpflichtungen zu beachten, sie sind wesentlicher Bestandteil von Regulierungskonzepten nach § 15a II 1 TKG, sie werden in der Entgeltregulierung nach § 30 III 3 TKG beachtet und gemäß § 28 I 3 TKG besteht die Vermutung, dass Entgeltdifferenzierungen die auf ihnen beruhen, regelmäßig keinen Diskriminierungsmisbrauch darstellen.

### 1. Das Verhältnis von Risk-Sharing-Modellen zu Innovation

Investitionen in NGN sind mit erheblichen Risiken verbunden.<sup>51</sup> Während Risikoprämien zwar überhaupt erst

<sup>49</sup> BVerwG vom 27.01.2010, 6 C 22.08, Rn. 22; Neumann/Thomashki, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 21 Rn. 89.

<sup>50</sup> Ebd.

<sup>51</sup> S. o., C I 2.

Anreize für Investitionen schaffen, tragen sie regelmäßig nur wenig zur Verringerung des Investitionsrisikos bei. Marktmächtige Unternehmen, die grundsätzlich eine Investition tätigen wollen, werden dies daher aufgrund des erheblichen Risikos möglicherweise unterlassen. Aufgabe von Risk-Sharing-Modellen ist es daher, die bestehenden Risiken soweit wie möglich durch Teilung zwischen Investor und Beteiligten zu verringern, damit Investitionen erfolgen und Innovation bedingen können.

Da diese Modelle Risiken aufteilen, ist ihre Wirkung in Gebieten mit höheren Investitionsrisiken, insb. in ländlichen Gebieten am größten.<sup>52</sup> Insofern bilden sie eine ideale Ergänzung zu Risikoprämien, die vor allem Investitionen in Gebieten mit geringeren Risiken fördern.<sup>53</sup>

Zudem bieten Risk-Sharing-Modelle den Beteiligten einen starken Anreiz, Dienste über die neu errichtete NGN-Infrastruktur mit dem Ziel größtmöglicher Auslastung zu vermarkten, was zu einer schnelleren Amortisierung führt und bald neue Investitionen ermöglicht.<sup>54</sup>

Unterstützt wird das innovationsfördernde Potenzial der Risk-Sharing-Modelle durch den Regulierungsgrundsatz des § 2 III Nr. 4 TKG, der eine weitergehende Relevanz von Risk-Sharing-Modellen in der gesamten telekommunikationsrechtlichen Regulierung zur Folge hat, sowie durch § 30 III 3 TKG, aufgrund dessen Risk-Sharing-Modelle weitestgehend in die Berechnung der angemessenen Verzinsung im Rahmen der Kosten der effizienten Leistungserbringung einzubeziehen sind. Durch diese Regelungen steigt die Attraktivität der Modelle weiter an, wodurch sich Marktteilnehmer in größerer Zahl und früher an risikoreichen Investitionen beteiligen. In Bezug auf die frühe Risikobeteiligung sind besonders die Vorabzahlungsmodelle insoweit positiv hervorzuheben, als dass sie nicht nur das Investitionsrisiko verringern, sondern zugleich auch für die nötige Liquidität zur Vornahme der Investition sorgen.<sup>55</sup>

Die einschränkende Vorgabe des § 2 III Nr. 4 TKG, dass die BNetzA bei „Kooperationsvereinbarungen zur Aufteilung des Investitionsrisikos“ die Wahrung des Wettbewerbs und des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes sicherzustellen hat, wird durch § 28 I 2 Nr. 2 und 3 umgesetzt, wobei für Risk-Sharing-Modelle allerdings nach § 28 I 3 TKG die Vermutung gilt, dass sie nicht diskriminierend wirken. Letztere Regelung ist entscheidend, ohne sie könnten an die Beteiligung an Risk-Sharing-Modellen keine finanziellen Vorteile geknüpft werden,

da ein solcher Vorteil zugleich eine Diskriminierung im Sinne des § 28 I 2 Nr. 3 TKG wäre. Zwar könnte diese Diskriminierung dennoch nach § 28 I 2 am Ende TKG gerechtfertigt sein, jedoch bestünde insoweit erhebliche (Regulierungs-)Unsicherheit. Dies hätte zur Folge, dass sich weniger Unternehmen an Investitionen in NGN über Risk-Sharing-Modelle beteiligten.

Der innovationsfördernden Wirkung der Risk-Sharing-Modelle stehen jedoch mehrere Probleme entgegen.

Das erste betrifft die Frage des Verhältnisses des übernommenen Risikos eines beteiligten Zugangspetenten zum Vorteil, der diesem deswegen vom investierenden Unternehmen eingeräumt wird. Wird dieses Verhältnis derart falsch berechnet, dass kleinere beteiligte Unternehmen ein größeres Risiko als andere Unternehmen aufnehmen müssen, um dieselben Vorteile zu erlangen, schmälert dies die Attraktivität von Risk-Sharing-Modellen für diese (kleineren) Unternehmen beträchtlich, was im Ergebnis weniger Beteiligung durch sie und somit weniger Investition in NGN zur Folge hat<sup>56</sup>. Bei Kontingent- und Vorabzahlungsmodellen besteht insoweit eine erhöhte Gefahr, dass es zwischen den Beteiligten zu solchen relativen Ungleichbehandlungen kommt. Diese liegt darin begründet, dass ein größeres Unternehmen bspw. im Rahmen eines Vorauszahlungsmodells eine absolut betrachtete große Summe (Z) entrichten kann, die für das Unternehmen aber dennoch nur ein geringes Eigenrisiko bedeutet, um einen Vorteil (Y) zu erlangen. Dem steht ein kleineres Unternehmen gegenüber, welches, um dieselbe Summe (Z) zu entrichten und damit denselben Vorteil (Y) zu erlangen, ein erhebliches Eigenrisiko eingehen muss. Entsprechendes gilt für die Kontingentgröße bei Kontingentmodellen. Dieser Problematik kann dadurch begegnet werden, dass bei Berechnung des Entgeltabschlags nicht die absolute Beteiligung der Zugangspetenten am Risiko des investierenden Unternehmens beachtet wird, sondern deren durch die Beteiligung verursachtes Eigenrisiko. Dadurch müsste das kleinere Unternehmen die gegenüber (Z) geringere Summe (X) bereitstellen, um denselben Vorteil (Y) wie das größere Unternehmen zu erhalten, solange das Eigenrisiko bei (X) dem Eigenrisiko des größeren Unternehmens bei (Z) entspricht.<sup>57</sup>

Im Rahmen von Langzeitverträgen besteht diese Problematik nur dann, wenn kleinere Unternehmen mit unsicheren Geschäftsaussichten durch langfristige Bindungen höhere Risiken eingehen.<sup>58</sup>

<sup>52</sup> Vgl. *Bender/Götz*, Wirtschaftsdienst 2011, 42 (45).

<sup>53</sup> S. o., C II 1.

<sup>54</sup> *Kirchner*, S. 7, [http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner\\_gutachten.pdf](http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner_gutachten.pdf) (02.11.2015).

<sup>55</sup> Monopolkommission: Sondergutachten 56, Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten, Nr. 213, [http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s56\\_volltext.pdf](http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s56_volltext.pdf) (02.11.2015).

<sup>56</sup> Vgl. *Kühling* u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (14).

<sup>57</sup> Eingehend *Kühling* u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (14); insofern ist die Ansicht der EU Kommission, nur auf das Risiko des Investors abzustellen, verfehlt. Dazu ebd. (16f.).

<sup>58</sup> NGA-Empfehlung, 2010/572/EU, Anhang I Nr. 7.



Ferner ist problematisch, dass die langfristige Bindung der Beteiligten diese davon abhalten kann, eine eigene NGN-Infrastruktur zu errichten. Entschärft werden kann dieses Problem dadurch, dass Unternehmen die Wahl zwischen verschiedenen langen Vertragslaufzeiten haben, sodass sie ihre Wahl im Einklang mit ihrer marktstrategischen Ausrichtung treffen können. Möchte ein Unternehmen zeitnah in eigene NGN-Infrastruktur investieren, kann es eine kürzere Vertragslaufzeit wählen.<sup>59</sup>

Schließlich ist gegen die ex-ante-Entgeltregulierung an sich einzuwenden, dass sie mit der Funktionsweise der Risk-Sharing-Modelle teilweise inkompatibel ist. Dies liegt daran, dass diese Modelle regelmäßig vor der Investition in NGN abgeschlossen werden, zu dem Zeitpunkt jedoch noch keine vollständigen Kostenunterlagen im Sinne des § 34 TKG und somit wegen § 31 III 1 TKG auch keine ex-ante-Entgeltgenehmigungen vorliegen.<sup>60</sup> Entsprechend kann keine verbindliche Einigung mit den beteiligungswilligen Unternehmen getroffen werden, es können lediglich die Berechnungsparameter festgelegt werden, aufgrund derer die spätere Entgeltberechnung unter Einbeziehung des übernommenen Risikos erfolgt, sobald eine Entgeltgenehmigung für das als Maßstab zugrundezulegende Entgelt für Unbeteiligte vorliegt.<sup>61</sup> Daher ist die ex-post-Regulierung grundsätzlich besser geeignet, um Risk-Sharing-Modelle zwischen Unternehmen zu ermöglichen.

## 2. Das Verhältnis von Risk-Sharing-Modellen zu Missbrauch

Missbräuchliches Marktverhalten kann im Rahmen von Risk-Sharing-Modellen insbesondere in Form des Diskriminierungsmissbrauchs gem. § 28 I 2 Nr. 3 TKG auftreten, wenn das Risiko des Investors anstelle des Eigenrisikos der Beteiligten für die Festlegung der Entgelte durch den Investor zugrundegelegt wird. Differenzierungen anhand der Eigenrisiken der Beteiligten werden dagegen regelmäßig unter die Rechtfertigungsvermutung des § 28 I 3 TKG fallen.<sup>62</sup>

Speziell im Bereich der Langzeitverträge besteht die Gefahr, dass marktmächtige Unternehmen ihren eigenen

Sparten auf nachgeordneten Märkten aufgrund von deren „Beteiligung“ im Rahmen eines Langzeitvertrags besonders niedrige Entgelte berechnen, was zu einer Marktabschottung führen kann.<sup>63</sup> Daher ist sicherzustellen, dass das durch die Laufzeit bedingte Eigenrisiko der jeweiligen Beteiligten ausschlaggebend für die Entgeltminderung ist. So kann verhindert werden, dass nachgeordnete Sparten eines marktmächtigen Unternehmens, die regelmäßig besonders lange Vertragslaufzeiten vereinbaren werden, von überproportionalen Entgeltabstrichen profitieren<sup>64</sup>, da ihr Eigenrisiko wegen ihrer Beziehung zum marktmächtigen Unternehmen regelmäßig trotz der langen Laufzeit gering sein wird.

Weiterhin besteht die Gefahr der Entstehung von Preis-Kosten-Scheren, wenn zu ihrer Feststellung ein falscher Maßstab angewendet wird, oder wenn den Risk-Sharing-Modellen von der Bundesnetzagentur im Rahmen der §§ 2 III Nr. 4, 30 III 3 TKG zu viel Gewicht beigemessen wird. Bezüglich des Maßstabs gilt es zu vermeiden, die Unternehmen, die aufgrund ihrer Beteiligung von geringeren Entgelten profitieren, oder die Unternehmer, die überhaupt nicht an einem Risk-Sharing-Modell beteiligt sind, als effiziente Unternehmer im Sinne des § 28 II Nr. 2 TKG anzusetzen. Bei Ersteren könnte es dazu kommen, dass fälschlicherweise von einer großen möglichen Verzinsungsmarge zwischen dem (verringerten) Vorleistungsentgelt und dem erzielbaren Endnutzerpreis ausgegangen wird, und dadurch tatsächlich für nicht am Risiko beteiligte Unternehmen, die höhere Entgelte entrichten müssen und daher eine geringere Verzinsung erreichen können, bestehende Preis-Kosten-Scheren übersehen werden<sup>65</sup>. Bei Zugrundelegung Letzterer als „effiziente Unternehmer“ kann es wegen der Pflicht des in der Regel beträchtlich marktmächtigen<sup>66</sup> Investors, die Gewinnmarge bei nicht am Risiko beteiligten Unternehmen so zu halten, dass keine Preis-Kosten-Schere vorliegt, dazu kommen, dass der Investor im Vergleich zu anderen am Risiko beteiligten Unternehmen die jeweiligen Endkundenprodukte nur zu schlechteren Preisen anbieten kann<sup>67</sup>. Als Maßstab ist daher als Mittelweg ein hypothetischer, effizienter Unternehmer anzusetzen, welcher eine Form der Risikobeteiligung gewählt hat, die zu den Marktgegebenheiten in einem angemessenen Verhältnis steht.<sup>68</sup>

59 Vgl. BNetzA: Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur, S. 48 f., [http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Breitband/NGA\\_NGN/NGA\\_Eckpunkte/NGA\\_Eckpunkte\\_Id16268pdf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/NGA_NGN/NGA_Eckpunkte/NGA_Eckpunkte_Id16268pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (02.11.2015).

60 Vgl. Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (18).

61 Eingehend dazu Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (18).

62 Vgl. BNetzA: Eckpunkte, S. 51, [http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Breitband/NGA\\_NGN/NGA\\_Eckpunkte/NGA\\_Eckpunkte\\_Id16268pdf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/NGA_NGN/NGA_Eckpunkte/NGA_Eckpunkte_Id16268pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (02.11.2015).

63 NGA-Empfehlung, 2010/572/EU, Anhang I Nr. 7.

64 Ebd.

65 Vgl. BNetzA Eckpunkte, S. 53, [http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Breitband/NGA\\_NGN/NGA\\_Eckpunkte/NGA\\_Eckpunkte\\_Id16268pdf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/NGA_NGN/NGA_Eckpunkte/NGA_Eckpunkte_Id16268pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (02.11.2015).

66 I. S. d. §§ 10, 11 TKG.

67 Vgl. BNetzA Eckpunkte, 53, [http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Breitband/NGA\\_NGN/NGA\\_Eckpunkte/NGA\\_Eckpunkte\\_Id16268pdf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/NGA_NGN/NGA_Eckpunkte/NGA_Eckpunkte_Id16268pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (02.11.2015).

68 Eingehend ebd.

Schließlich ist sicherzustellen, dass die Teilnahmevorteile an Risk-Sharing-Modellen nicht derart unverhältnismäßig groß sind, dass ein faktischer Beteiligungszwang, und entsprechend auch eine Sogwirkung zu dem ohnehin bereits marktmächtigen Investor entsteht.

### 3. Fazit

Insgesamt sind Risk-Sharing-Modelle insb. innerhalb der ex-post-Entgeltregulierung sehr gut geeignet, um Investitionsrisiken im Rahmen von NGN zu verringern und somit Innovation zu begünstigen. Ihnen wohnt jedoch auch eine erhebliche Missbrauchsgefahr inne, welche allerdings durch aufmerksame Regulierung, unter Beachtung der aufgezeigten Problemfelder, eingegrenzt werden kann.

## IV. Aufteilung von Investitionsrisiken durch Kooperationen

Kooperationsvereinbarungen zwischen Unternehmen sind, als Erscheinungsformen von Risikobeteiligungsmodellen, grundsätzlich sowohl von Regelungen des TKG als auch des GWB umspannt. So nehmen die §§ 2 III Nr. 4, 15a II 1 und 30 III 3 TKG auf sie Bezug.<sup>69</sup> In kartellrechtlicher Hinsicht wird die Zulässigkeit von Kooperationen insbesondere von den §§ 1, 2 GWB und Art. 101 AEUV geregelt, wobei diese annähernd inhaltsgleich sind und die folgende Darstellung sich daher nur auf die Normen des GWB bezieht.

### 1. Das Verhältnis von Kooperationen zu Innovation

Kooperationen sind ein wichtiges Gegenstück zu Risk-Sharing-Modellen, da sie die gleichermaßen bedeutende Ebene der Vereinbarungen zwischen Investoren in vergleichbarer Weise betreffen.

So dienen auch Kooperationen der Teilung von Investitionsrisiken zwischen den kooperierenden Investoren<sup>70</sup>, und fördern insofern Investition und Innovation auf ähnliche Weise wie Risk-Sharing-Vereinbarungen. Auch gleichen Kooperationen Risk-Sharing-Modellen insofern, als dass sie die stärkste Wirkung bei Investitionen in Gebieten mit erheblichem Investitionsrisiko zeigen.

Über Risk-Sharing-Modelle hinausgehend besteht bei Kooperationen der Vorteil, dass sie dazu beitragen können, ineffiziente Infrastrukturduplizierungen zu vermeiden.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> Näher zum Verhältnis des Begriffs der Risikobeteiligungsmodelle zu Kooperationen, insbesondere hinsichtlich der Anwendbarkeit des TKG, s. o. B I 3.

<sup>70</sup> Monopolkommission: Sondergutachten 56, Nr. 206, [http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s56\\_volltext.pdf](http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s56_volltext.pdf) (02.11.2015).

<sup>71</sup> Ebd.

Besonders vorteilhaft sind dabei Gebietsabsprachen<sup>72</sup>, da durch sie beteiligte Unternehmen Breitbandzugang in verschiedenen Gebieten zu günstigen Bedingungen erhalten können, ohne selbst in allen Gebieten eine eigene NGN-Infrastruktur aufbauen zu müssen.<sup>73</sup>

Eine Einschränkung erfährt die innovationsfördernde Wirkung dadurch, dass die Beurteilung einer Kooperation durch das BKartA hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit § 1 GWB nicht immer leicht abzuschätzen ist und daher Regulierungsunsicherheit erzeugt. Um dieser Unsicherheit entgegenzutreten<sup>74</sup>, hat das BKartA bereits am 19.01.2010 in Zusammenarbeit mit der Bundesnetzagentur ein Eckpunktepapier veröffentlicht, das wesentliche Fragen in Bezug auf die Zulässigkeit von Kooperationen beim Glasfaserausbau klärt.

### 2. Das Verhältnis von Kooperationen zu Missbrauch

Kooperationen, die regelmäßig zwischen Unternehmen mit nicht unerheblicher Marktmacht geschlossen werden, sind insoweit missbrauchsanfällig, als dass sie im Widerspruch zu § 1 GWB stehen können.

Es ist daher zu untersuchen, inwieweit und unter welchen Umständen Kooperationen unter das Verbot des § 1 GWB fallen, und, sollte dies der Fall sein, ob sie möglicherweise nach § 2 GWB freigestellt sind. Dabei soll im Folgenden auf Gebietsabsprachen eingegangen werden, da diese bedeutend größere rechtliche Probleme aufwerfen als andere Kooperationsformen.<sup>75</sup>

Zunächst ist unproblematisch festzustellen, dass Gebietsabsprachen in aller Regel „Vereinbarungen zwischen Unternehmen“ im Sinne des § 1 GWB sind.<sup>76</sup>

Weiter müssten die Absprachen wettbewerbsbeschränkende, das heißt eine die wettbewerbliche Handlungsfreiheit von Beteiligten oder unbeteiligten Dritten beeinträchtigende Wirkung haben, wobei eine weite Auslegung zugrunde zu legen ist.<sup>77</sup> Weil die an Gebietsabsprachen beteiligten Unternehmen sich dazu verpflichten, anderen Beteiligten in deren Gebieten keine Konkurrenz auf Infrastrukturebene zu machen, werden sie in ihrer wettbewerblichen Handlungsfreiheit auf die-

<sup>72</sup> S. o. B I 3.

<sup>73</sup> Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (23 f.).

<sup>74</sup> Vgl. BKartA: Beschluss vom 04.11.2014, B 7 – 46/13, Rn. 64.

<sup>75</sup> Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (21); Monopolkommission: Sondergutachten 56, N 206, [http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s56\\_volltext.pdf](http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s56_volltext.pdf) (02.11.2015).

<sup>76</sup> BKartA: Hinweise zur Wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland, Nr. 36 ff., [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/Wettbewerbsrechtliche%20Bewertung%20von%20Kooperationen%20beim%20Glasfaserausbau.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/Wettbewerbsrechtliche%20Bewertung%20von%20Kooperationen%20beim%20Glasfaserausbau.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (02.11.2015).

<sup>77</sup> Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (21).

ser Ebene eingeschränkt.<sup>78</sup> Auch liegt regelmäßig eine Beeinträchtigung auf der Diensteebene nachgelagerter Märkte vor, da die Gebietsabsprachen auch regelmäßig Vereinbarungen dahingehend enthalten, dass sich die Beteiligten in ihren Gebieten verpflichten, anderen Beteiligten vergünstigten Zugang zu ihrer NGN-Infrastruktur zu gewähren, wodurch einerseits die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der Beteiligten, andererseits die Wettbewerbschancen anderer Unternehmen ohne vergünstigte Zugangsbedingungen eingeschränkt werden.<sup>79</sup> Es wird also eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt. Auf ein Bezwecken kommt es daher ausweichlich des Wortlauts des § 1 GWB nicht an.

Schließlich muss die Wettbewerbsbeschränkung spürbar, also nicht nur geringfügig sein.<sup>80</sup> Dieses Kriterium wird durch die Bagatellbekanntmachung des BKartA<sup>81</sup> konkretisiert. So ist für die Beurteilung der Geringfügigkeit gemäß Nr. 6 der Bekanntmachung der Marktanteil der beteiligten Unternehmen nach den Nr. 8 ff. ausschlaggebend: Ist er nicht hoch genug, leitet das Bundeskartellamt das Verfahren nach § 1 GWB nicht ein. Dies gilt jedoch nicht, wenn Kernbeschränkungen nach den Nr. 13–15 betroffen sind. Im vorliegenden Fall können Gebietsabsprachen jedoch, wie bereits dargelegt, gegen Nr. 15 durch die gegebenenfalls mittelbare Produktionsbeschränkung von Dienstleistungen verstoßen. Von daher sind die Wettbewerbsbeschränkungen durch Gebietsabsprachen, auch von Unternehmen ohne große Marktanteile, regelmäßig als spürbar einzustufen.<sup>82</sup>

Aufgrund des Vorliegens der entsprechenden Tatbestandsmerkmale ist festzustellen, dass Gebietsabsprachen regelmäßig und unabhängig von der Marktmacht ihrer Beteiligten nach § 1 GWB verboten sind. Eine weitere Eingrenzung des Tatbestands bspw. durch die sogenannte Rule of Reason kommt nicht in Betracht.<sup>83</sup>

Dennoch können Gebietsabsprachen gemäß § 2 I GWB freigestellt sein. Dazu müsste die Gebietsabsprache zunächst Effizienzvorteile erzeugen, was sich aufgrund der investitionsfördernden Wirkung und des dadurch bedingten Fortschritts grundsätzlich bejahen lässt.<sup>84</sup> Auch

werden die Verbraucher an den Effizienzgewinnen beteiligt, indem sie durch die Möglichkeit, auf eine verbesserte Netzinfrastruktur bzw. verbesserte Dienste auf Grundlage der neuen Netzinfrastruktur zuzugreifen, von den investitionsbedingten technischen Verbesserungen profitieren.<sup>85</sup>

Problematisch erscheint allerdings die Frage, ob Gebietsabsprachen einen wesentlichen Teil des Wettbewerbs ausschalten. Dies wäre dann der Fall, wenn auf dem betreffenden Markt kein wirksamer Wettbewerb mehr bestünde, was wiederum davon abhängt, wie marktmächtig die an der Kooperation beteiligten Unternehmen sind. Unternehmen mit geringer Marktmacht werden daher regelmäßig nach § 2 I GWB freigestellte Gebietsabsprachen vornehmen können<sup>86</sup>, während marktmächtige Unternehmen beziehungsweise gerade Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (insbesondere die Deutsche Telekom AG) dies zwar grundsätzlich auch können, deren Vereinbarungen allerdings kritischer zu betrachten sind.<sup>87</sup> Dabei ist insbesondere zu erwägen, dass gerade marktmächtige Unternehmen zu den größten Investitionen in der Lage sind, und damit die größten Effizienzen erzeugen können. Überdies ist die von ihnen im Rahmen der Gebietsabsprachen geschaffene NGN-Infrastruktur gegebenenfalls Grundlage für einen Dienstewettbewerb neuartiger Produkte, die es ohne die Infrastruktur nicht geben könnte. Schließlich ist zu beachten, dass durch telekommunikationsrechtliche Zugangs- und Entgeltregulierung sichergestellt werden kann, dass Wettbewerb weiterhin besteht<sup>88</sup>, wobei natürlich auch freiwillige Open-Access-Angebote der Beteiligten diese Wirkung entfalten können.<sup>89</sup> Es ist insoweit darauf zu achten, dass bereits in den Kooperationsvereinbarungen sichergestellt wird, dass die Wettbewerbsbeschränkungen durch telekommunikationsrechtliche Regulierung ausgeglichen werden können.<sup>90</sup> Auch insoweit wird daher die Bedeutung der Zusammenarbeit der BNetzA und des BKartA deutlich.

Bewertung%20von%20Kooperationen%20beim%20Glasfaserausbau.pdf?\_\_blob=publicationFile&v=3 (02.11.2015).

<sup>85</sup> Vgl. Kirchner, S. 11, [http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner\\_gutachten.pdf](http://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Breitbandausbau/kirchner_gutachten.pdf) (02.11.2015); näher zur Gewinnbeteiligung der Verbraucher siehe BKartA: Hinweise zu Kooperationen, Nr. 77 ff., [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/Wettbewerbsrechtliche%20Bewertung%20von%20Kooperationen%20beim%20Glasfaserausbau.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/Wettbewerbsrechtliche%20Bewertung%20von%20Kooperationen%20beim%20Glasfaserausbau.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (02.11.2015).

<sup>86</sup> Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (24).

<sup>87</sup> Ebd.

<sup>88</sup> Ebd.

<sup>89</sup> Eingehend zu Open-Access-Angeboten, insb. von der Deutschen Telekom AG, siehe die Ausführungen zum 2. Eckpunkt in BNetzA Eckpunkte insbesondere S. 3, 17 f., 23 f., [http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Breitband/NGA\\_NGN/NGA\\_Eckpunkte/NGA\\_Eckpunkte\\_Id16268pdf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Breitband/NGA_NGN/NGA_Eckpunkte/NGA_Eckpunkte_Id16268pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (02.11.2015).

<sup>90</sup> Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (24).

<sup>78</sup> Vgl. ebd. (21f.); Monopolkommission: Sondergutachten 56, Nr. 206, [http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s56\\_volltext.pdf](http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s56_volltext.pdf) (02.11.2015).

<sup>79</sup> Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (22).

<sup>80</sup> Eingehend zum Kriterium der Spürbarkeit siehe *Bechtold* in: *Bechtold/Bosch, Kartellgesetz: GWB*, 7. Aufl. 2013, § 1 Rn. 41ff.

<sup>81</sup> BKartA: Bekanntmachung Nr.18/2007 über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung, [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Bekanntmachungen/Bekanntmachung%20-%20Bagatellbekanntmachung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Bekanntmachungen/Bekanntmachung%20-%20Bagatellbekanntmachung.pdf?__blob=publicationFile&v=6) (02.11.2015).

<sup>82</sup> Kühling u. a., K&R 2010, Beihefter 1, 1 (22).

<sup>83</sup> Dazu eingehend ebd. (22f.).

<sup>84</sup> Ebd. (23f.); näher zu möglichen Effizienzgewinnen siehe BKartA: Hinweise zu Kooperationen, Nr. 75 f., <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/Wettbewerbsrechtliche%20>

Schließlich muss die von der Gebietsabsprache ausgehende Wettbewerbsbeschränkung unerlässlich sein, um das Ziel der Investitions- beziehungsweise Innovationsförderung durch technischen Fortschritt in gleichem Maße zu erreichen. Entscheidend ist dabei die Frage, ob nur durch Gebietsabsprachen eine entsprechende Infrastruktur errichtet würde.<sup>91</sup> Dies lässt sich zwar nur im jeweiligen Einzelfall sicher feststellen, es erscheint aber aufgrund der stark investitionsfördernden Wirkung von Gebietsabsprachen und der regelmäßig hohen Investitionskraft der Beteiligten durchaus möglich, dass regelmäßig gleichwertige oder zumindest ausreichende Investitionen ohne derartige Absprachen nicht vorgenommen würden.

Im Ergebnis werden daher Gebietsabsprachen von Unternehmen mit wenig Marktmacht regelmäßig nach § 2 I GWB freigestellt sein. Gebietsabsprachen marktmächtiger Unternehmen können im Einzelfall auch freigestellt sein.

### 3. Fazit

Kooperationen stellen insgesamt eine weitere effektive Methode der Risikoverringering beziehungsweise Risikoteilung dar, die Investitionen zur Errichtung von NGN fördert. Die wesentlichen Missbrauchsgefahren können durch die Regelungen des allgemeinen Kartellrechts effektiv eingedämmt werden. Rechtsunsicherheit wird insofern durch das detaillierte Eckpunktepapier des Bundeskartellamts erheblich verringert.

## V. Regulierungskonzepte und Auskünfte in Bezug auf Risikobeteiligungsmodelle

Die Möglichkeit der Bundesnetzagentur Regulierungskonzepte bezüglich Risikobeteiligungsmodellen in Form von Verwaltungsvorschriften zu erlassen, ergibt sich aus § 15a II 1 TKG, welcher allerdings aufgrund der ohnehin bestehenden Möglichkeit von Behörden, Verwaltungsvorschriften zu erlassen, nur deklaratorische Wirkung hat.<sup>92</sup> Weiterhin hat die BNetzA nach § 15a IV TKG die Pflicht, in Bezug auf Fragen des Auf- und Ausbaus von NGN auf Antrag von Betreibern öffentliche Telekommunikationsnetze (§ 3 Nr. 16 TKG) Auskünfte bezüglich zu erwartender regulatorischer Rahmenbedingungen oder Maßnahmen zu erteilen.

<sup>91</sup> Vgl. BKartA: Hinweise zu Kooperationen, Nr. 81f., [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/Wettbewerbsrechtliche%20Bewertung%20von%20Kooperationen%20beim%20Glasfaserausbau.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/Wettbewerbsrechtliche%20Bewertung%20von%20Kooperationen%20beim%20Glasfaserausbau.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (02.11.2015).

<sup>92</sup> Kühling, JZ 2012, 341 (346).

## 1. Das Verhältnis von Regulierungskonzepten zu Innovation

Im Rahmen der Errichtung von NGN, bestehen erhebliche regulatorische Risiken<sup>93</sup>, die auch etwaige Unsicherheiten über die Zulässigkeit von Risikobeteiligungsmodellen umfassen. Durch diese Risiken wird die Bereitschaft von Unternehmen, derartige Modelle zu vereinbaren oder allg. in die Errichtung von NGN zu investieren, vermindert.<sup>94</sup>

Aus diesem Grund finden sich im TKG Vorschriften zur Verringerung dieses Regulierungsrisikos, die §§ 2 III Nr. 4, 15a II, IV und 30 III 3 TKG. Die §§ 2 III Nr. 4 und 30 III 3 TKG gewähren dabei eine allgemeinere Sicherheit, indem sie die Beachtung von Risikobeteiligungsmodellen innerhalb der Regulierung vorschreiben. Auch trägt eine einheitliche, konsistente Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur im Einklang mit dem Gebot des § 27 II 1 TKG zur Beseitigung von Unsicherheiten bei.<sup>95</sup>

§ 15a II TKG hingegen, dessen erklärtes Ziel nach Satz 1 die Förderung von Investitionen in NGN ist, geht darüber hinaus, indem er die Möglichkeit vorsieht, Regulierungskonzepte in Form von Verwaltungsvorschriften zu erlassen, die wesentliche regulatorische Anforderungen an Risikoprämien und Risikobeteiligungsmodelle enthalten. Dadurch steigt die Regulierungssicherheit in Bezug auf diese Instrumente. Der Regelungsumfang der Regulierungskonzepte erstreckt sich allerdings nur auf Unternehmen, die der Regulierung nach dem TKG unterfallen, da die Kompetenz der BNetzA nicht weiter sein kann, als der Anwendungsbereich des TKG.<sup>96</sup> In Bezug auf Kooperationen können nur entgeltregulatorische Aspekte geregelt werden, da sonstige Fragen in den Kompetenzbereich des BKartA fallen<sup>97</sup>, eine enge Zusammenarbeit von BNetzA und BKartA ist daher, wie in § 123 I 4 TKG vorgesehen, geboten.<sup>98</sup>

Die Auskunft nach § 15a IV TKG ist verbindlich, was sich insb. aus ihrer Funktion, Regulierungssicherheit zu schaffen, ergibt.<sup>99</sup> Dadurch erlangt sie erhebliche Bedeutung, da sie es Unternehmen im Vorfeld einer Investition in NGN erlaubt, ein bedeutendes Maß an Regulierungssicherheit zu erlangen, wobei sich in dieser Hinsicht gewisse Einschränkungen unter dem Gesichtspunkt des

<sup>93</sup> S. o. C I 2.

<sup>94</sup> Fetzer, Next Generation Regulierung für Next Generation Networks, MMR 2010, 515 (519); Nolte/König, Das Telekommunikationsrecht im Jahr 2010, N&R 2011, 122; Gersdorf in: Spindler/ Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 15a Rn. 1.

<sup>95</sup> Dazu Kühling, JZ 2012, 341.

<sup>96</sup> Kühling, JZ 2012, 341 (344).

<sup>97</sup> Vgl. dazu bereits oben, B I 3.

<sup>98</sup> Zur Bedeutung der Zusammenarbeit von BKartA und BNetzA s. o. B I 3.

<sup>99</sup> Schönau, Beck'scher TKG Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 15a Rn. 38, 42; Kühling, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 52.

prognostischen Charakters der Auskunft ergeben.<sup>100</sup> Insbesondere steht die Auskunft unter dem Vorbehalt sich verändernder Umstände.<sup>101</sup>

Der zentrale Vorteil von Regulierungskonzepten und Auskünften ist, dass sie das Problem, dass Unternehmen nur schwer Vereinbarungen auf Basis von Risk-Sharing-Modellen treffen können bevor eine ex-ante-Entgeltgenehmigung vorliegt, abschwächen, da die Unternehmen ein erhebliches Maß an Sicherheit über den Inhalt der erwarteten Genehmigung erlangen.<sup>102</sup>

Einschränkungen der dargelegten Regulierungssicherheit gewährenden und daher investitionsfördernden Wirkung des § 15a II, IV TKG ergeben sich nur in geringem Umfang.

Hauptsächlich kritisiert wurde an den Verwaltungsvorschriften mangelnde Einklagbarkeit beziehungsweise Außenwirkung und somit auch eine Ungeeignetheit zur Gewährung von Regulierungssicherheit.<sup>103</sup> Im vorliegenden Fall wirkt die in § 15a IV TKG normierte Auskunftspflicht insoweit allerdings bereits entschärfend<sup>104</sup>, weiterhin kommt den Verwaltungsvorschriften vermittelt über Art. 3 I GG eine mittelbare Außenwirkung zu<sup>105</sup>, die dieses Problem weiter relativiert.

Darüber hinaus unterliegt die Wirksamkeit der Regulierungskonzepte der Schwierigkeit, dass die BNetzA kaum in der Lage ist, eine theoretische Entwicklung und Einordnung verschiedenster Risikobeteiligungsmodelle im Vorfeld vorzunehmen, wie es von ihr aber nach § 15a II 2 Var. 1 TKG erwartet wird.<sup>106</sup> Stattdessen kann die BNetzA sinnvollerweise solche Modelle nur analysieren und klassifizieren, die Unternehmen selbst entwickelt und ihr beispielsweise im Rahmen der § 15a IV TKG vorgelegt haben.<sup>107</sup>

## 2. Das Verhältnis von Regulierungskonzepten zu Missbrauch

Regulierungskonzepte und verbindliche Auskünfte nach § 15a II 1, IV TKG können Missbrauch insoweit verhindern, als dass Unternehmen Gewissheit darüber erlangen, welche Vereinbarungen die BNetzA als missbräuchlich ansehen und folglich untersagen wird. Dies verhindert bereits im Vorfeld, dass derartige missbräuchliche Vereinbarungen überhaupt getroffen werden.

<sup>100</sup> Kühling, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 52.

<sup>101</sup> Schönau, Beck'scher TKG Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 15a Rn. 52.

<sup>102</sup> Zu diesem Problem bereits oben, C III 1 a. E.

<sup>103</sup> So u. a. *Kafka/König*, Referentenentwurf zur Novellierung des TKG - Erster Schritt in die richtige Richtung?, IR 2011, 7 (8).

<sup>104</sup> Kühling, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 37; *Scherer/Heinckel*, Die TKG-Novelle 2012, NVwZ 2012, 585 (588 f.).

<sup>105</sup> Kühling, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 40; *Kiparski*, TKG-Novelle 2011 - Der Regierungsentwurf, NR 2011, 114 (115).

<sup>106</sup> Vgl. *Körber*, TKG-Novelle 2011, MMR 2011, 215 (217).

<sup>107</sup> Kühling, Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 34.

## 3. Fazit

Im Ergebnis ist insbesondere die Auskunftspflicht nach § 15a IV TKG durchweg positiv zu bewerten. Durch sie können Investoren im Einzelfall ein hohes Maß an Regulierungssicherheit erreichen. Der Ansatz des § 15a II 1 TKG, der BNetzA den Erlass von Regulierungskonzepten nahelegen, ist zwar grundsätzlich gut, in praktischer Hinsicht werden sie aber regelmäßig keine ausreichende Regulierungssicherheit gewähren, aufgrund begrenzter Einklagbarkeit und mangelnder Konkretisierung zulässiger Risikobeteiligungsmodelle. Zudem besteht kein subjektives Recht auf ihren Erlass, sodass die Frage, ob § 15a II 1 TKG überhaupt eine Wirkung entfaltet, allein bei der Bundesnetzagentur liegt.

## D. Ergebnis

Abschließend ist festzustellen, dass Risikobeteiligungsmodelle das Ziel ihrer Einführung in die telekommunikationsrechtliche Marktregulierung, die Förderung von Investitionen in NGN, im Wesentlichen erfüllen.

Insbesondere ermutigen sie Unternehmen durch ihre risikoteilende und somit -verringende Wirkung, Investitionen in NGN vorzunehmen, welche zugleich Innovation gerade auf nachgelagerten Dienstmärkten erzeugen.

Diese Wirkungsweise der Risikobeteiligungsmodelle wird durch etwaige Missbrauchsgefahren oder sonstige praktische oder rechtliche Probleme zwar teilweise eingeschränkt, allerdings lässt sich diese Beeinträchtigung grundsätzlich durch effektive und differenzierte Regulierung unter enger Zusammenarbeit der BNetzA und des BKartA weitgehend reduzieren.

Schließlich ist hervorzuheben, dass die Risikobeteiligungsmodelle sinnvoll ergänzt werden durch Risikoprämien, die einen besonderen Investitionsanreiz in NGN setzen, und durch die zusätzliche von Regulierungskonzepten und Auskünften ausgehende Regulierungssicherheit, welche die Vereinbarung von Risikobeteiligungsmodellen zwischen Unternehmen von regulatorischen Risiken befreit und daher begünstigt.

Anna Schimke\*

## Staatliche Pressefinanzierung

### A. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Seit *Habermas* vor einigen Jahren in der Süddeutschen Zeitung die Frage aufgeworfen hat, ob angesichts des wachsenden ökonomischen Drucks auf die Presse eine rundfunkähnliche Pressefinanzierung zur Sicherung ihrer demokratischen Funktion denkbar wäre,<sup>1</sup> ist die Auseinandersetzung mit der Möglichkeit einer staatsfinanzierten Presse immer wieder Gegenstand von journalistischen Beiträgen.<sup>2</sup> Diese Beiträge sind Teil einer breiter angelegten Debatte um die Krise der Presse, die ihrerseits auf einen Wandel der Medienlandschaft insgesamt zurückgeführt wird.<sup>3</sup>

Die diesbezüglich relevanten Veränderungen der Medienlandschaft betreffen technische, soziale und wirtschaftliche Aspekte, die miteinander verwoben und ihrerseits eng verbunden sind mit der Digitalisierung und der Entwicklung des World Wide Webs auf der einen und damit nicht unmittelbar zusammenhängenden Entwicklungen im Bereich der wirtschaftlichen Umgebung der Presse auf der anderen Seite. Beide Aspekte sollen im Folgenden kurz erläutert werden, um auf dieser Grundlage den Gegenstandsbereich der Arbeit näher konturieren zu können.

### I. Wandel der Medienlandschaft

Die wichtigsten Folgen, die mit der Digitalisierung und der Entwicklung des World Wide Webs einhergehen, werden in der Regel ausgehend von dem Begriff ‚Konvergenz‘ diskutiert.<sup>4</sup> Inwieweit dieser vielschichtige, im Ausgangspunkt an die Austauschbarkeit tech-

nischer Übertragungswege anknüpfende Begriff<sup>5</sup> Phänomene erfasst, die die Medienlandschaft verändern, lässt sich am Beispiel der umstrittenen Tagesschau-App verdeutlichen:<sup>6</sup> Mit der durch die Digitalisierung bedingten Austauschbarkeit der Übertragungswege kann Rundfunk über jedwede Netze verbreitet werden (Konvergenz der Übertragungswege), wobei eine beliebige Kombination von Text- Bild- und Tondateien übertragbar und auf den multifunktionalen Endgeräten darstellbar ist (Konvergenz der Endgeräte). Dadurch kann das Rundfunkprogramm durch Informationselemente und Formate – wie die App – ergänzt werden, die sich weder dem klassischen Rundfunk noch der Presse zuordnen lassen, die aber mit den entsprechenden Angeboten der Presse inhaltlich konkurrieren können. Da die Aufmerksamkeit des Nutzers/der Nutzerin eines Endgeräts begrenzt ist, treten beide Angebote auf Ebene des Nutzungsverhaltens in Aufmerksamkeitskonkurrenz zueinander. Die Grenzen zwischen Rundfunk und Presse werden insoweit fließend.<sup>7</sup>

Insbesondere der Bereich der Aufmerksamkeitskonkurrenz ist dabei nicht auf die Bereiche Rundfunk und Presse beschränkt. Die Entwicklung neuer Medien<sup>8</sup> – v. a. Blogs und soziale Netzwerke – tragen ebenso dazu bei, dass die Aufmerksamkeit des (potenziellen) Publikums nicht mehr nur auf die klassischen Massenmedien bezogen ist, sondern auf eine Vielzahl von Angeboten. Aufmerksamkeit wird zu einem knappen Gut.<sup>9</sup>

In wirtschaftlicher Hinsicht lassen sich damit einhergehende, wenn auch nur sukzessiv erfolgende Veränderungen im Werbemarkt beobachten, der sich verstärkt auf Online-Angebote bezieht, was u. a. zu einem Sinken der Preise für Online-Werbung führt.<sup>10</sup> Insbesondere die Presse wird darüber hinaus in ihren finanziellen Grundlagen dadurch herausgefordert, dass sich im Netz kostenlose und effektive Märkte für Kleinanzeigen

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Examenshausarbeit der Verfasserin aus dem Sommersemester 2014 im von Prof. Dr. Wolfgang Schulz an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg veranstalteten Schwerpunkt „Information und Kommunikation“, die mit „gut“ bewertet wurde.

1 *Habermas*, Keine Demokratie kann sich das leisten, SZ 16.05.2014.

2 Kritisch *Prantl*, Haltung bewahren, SZ 8.6.2009; *Stephan Ruß-Mohl*, Selbstversuch mit Stoppuhr <http://www.sueddeutsche.de/medien/serie-wozu-noch-journalismus-selbstversuch-mitstoppuhr-1.958898> (12.08.14).

3 So etwa *Laabs*, Frühaufklärungssysteme für Zeitschriftenverlage – Entwicklung und organisatorische Gestaltung, in: *Sjurts, Insa* (Hrsg.), Strategische Optionen in der Medienkrise Print. Fernsehen. Neue Medien, München 2004, S. 15.

4 Vgl. etwa *Schoch*, Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?, JZ 2002, 798; *Hain*, Medienmarkt im Wandel: Technische Konvergenz und Anbieterkonkurrenz als Herausforderung an Verfassungsrecht und Regulierung, AfP 2012, 313; *Cole*, Die traditionellen Medien in der Krise: Bedeutungsverlust und rechtlicher Handlungsbedarf?, AfP 2009, 541.

5 *Beckert/Riehm*, Breitbandversorgung, Medienkonvergenz, Leitmedien, 2013, S. 43 ff.

6 Vgl. zu den angeführten Formen der Konvergenz *Schoch*, JZ 2002, 798 (799).

7 *Trute* in *Merten/Papier* (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte, § 104 Rn 16.

8 Mit dem Begriff ‚Medium‘ werden hier und im Folgenden Formen der Kommunikation bezeichnet. Vgl. zu den verschiedenen Verständnissen *Hasebrink u. a.*, Leitmedium Internet? Mögliche Auswirkungen des Aufstiegs des Internets zum Leitmedium für das deutsche Mediensystem, 2013, S. 25 f.

9 *Schoch*, JZ 2002, 798 (800).

10 *Hasebrink u. a.*, Leitmedium, 72.

entwickelt haben<sup>11</sup> und sich für das Online-Angebot von Zeitungen und Zeitschriften bisher keine kostendeckende Finanzierungsform etabliert hat.<sup>12</sup>

## II. Veränderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen

Diese Veränderungen werden begleitet durch die angesprochenen veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, die nicht unmittelbar mit der Digitalisierung zusammenhängen. Hierzu zählen die beiden unterschiedlichen Phänomene der Gratis- und Anzeigenblätter<sup>13</sup> auf der einen und der Übernahme bzw. der Gefahr der Übernahme von Verlagen durch global agierende Finanzinvestoren auf der anderen Seite.<sup>14</sup>

## III. Die Pressekrise und ihre Folgen – aus Sicht der Presse

Der beschriebene Wandel der Medienlandschaft wird insbesondere in dem Teil der Presse thematisch aufgenommen und kritisch reflektiert, der sich selbst als Leit- bzw. Qualitätsmedium wahrnimmt. Eine zentrale Frage innerhalb dieser Diskussion ist die nach der Finanzierbarkeit von Qualitätsjournalismus angesichts des – durch die beschriebenen Faktoren bedingten – wachsenden finanziellen Drucks.<sup>15</sup> Das Merkmal ‚Qualitätsjournalismus‘ wird dabei sowohl auf Online- als auch auf Offline-Angebote bezogen, wobei das Offline-Angebot in der Regel als Kerngeschäft wahrgenommen wird.<sup>16</sup> Befürchtet wird eine Ökonomisierung des Qualitätsjournalismus, die zum Abbau von Planstellen in Redaktionen, zur Unterbezahlung freier Redakteure, zu Lasten umfassender Recherchen sowie zur Anpassung von Medieninhalten an die Bedürfnisse der Werbeindustrie führen könnte.<sup>17</sup> *Habermas* bringt diese Sorge auf den Punkt, wenn er davon spricht, dass ökonomische Gesetzmäßigkeiten in die Poren der kulturellen und politischen Inhalte eindringen.<sup>18</sup> Die Bereitstellung dieser Inhalte wird als Voraussetzung für die Bildung von öffentlichen Meinungen angesehen, an der alle Bürger/

innen gleichberechtigt teilhaben können.<sup>19</sup> Die öffentliche Meinungsbildung wiederum gilt als konstitutiv für eine funktionierende Demokratie.<sup>20</sup> Da *Habermas* diese Funktion durch die Ökonomisierung des Qualitätsjournalismus bedroht sieht, schlägt er – wie oben angesprochen und kontraintuitiv zur historischen Entwicklung der Presse – vor, die Presse öffentlich zu finanzieren, indem sie in ein Rundfunkähnliches Regulierungsmodell eingebunden wird.<sup>21</sup>

## IV. Rechtswissenschaftliche Perspektivierung der Pressekrise

Dieser Impuls soll hier aufgenommen und unter der Fragestellung diskutiert werden, welche Möglichkeiten und Grenzen einer staatlichen Pressefinanzierung in rechtlicher Hinsicht bestehen. Dabei wird insbesondere herausgearbeitet werden, ob diese Finanzierungsmaßnahmen zum Zweck der Vielfaltsicherung angesichts der sich wandelnden Medienlandschaft gerechtfertigt wären. Die rechtliche Auseinandersetzung wird also, unter Beachtung völker- und europarechtlicher Vorgaben, im verfassungsrechtlichen Kontext verortet sein. Als Gegenstand der Pressefinanzierung sollen die Pressezeugnisse in den Blick genommen werden, die nach der journalistischen Selbstbeschreibung durch die Ökonomisierung in ihren Grundstrukturen bedroht sind, d. h. also die ‚Leitmedien‘. Die Auswahl ist v. a. dadurch begründet, dass die Debatte mit den Stichworten ‚öffentliche Meinungsbildung‘, ‚Presse und Demokratie‘ sowie ‚gleichberechtigte Teilhabe an öffentlicher Kommunikation‘ zentrale Bausteine der verfassungsrechtlichen Dogmatik zu Art. 5 I 2 GG aufgreift und als möglicherweise gefährdet diskutiert. Insofern drängt sich die Frage nach der rechtlichen Beurteilung der Veränderungen in gerade diesen Teilen der Medienlandschaft auf.

Die Begriffe Leit- bzw. Qualitätsmedium sind keine rechtlichen oder rechtswissenschaftlichen Begriffe. Sie gewinnen ihre Konturen aus der jeweiligen Fachperspektive, aus der heraus sie beschrieben werden.<sup>22</sup> In der Debatte laufen aber implizit Kriterien mit, anhand derer Leit- und Qualitätsmedien von anderen Medientypen abgegrenzt werden können. Sie decken sich weitgehend mit den Kriterien, anhand derer in der kommunikationswissenschaftlichen Literatur Leit- und Qualitätsmedien gekennzeichnet werden. Demnach kommen nur Qualitätsmedien als Leitmedien innerhalb der Presse als Massenmedium in Betracht, wobei die Einstufung als Qualitätsmedium von der Qualitäts- und Kompetenzbeschreibung nicht nur der Nutzer/innen, sondern gerade

11 *Hasebrink u. a.*, Leitmedium, 72.; *Bernau u. a.*, In eigener Sache, FAS 10.8.2014.

12 *Beckert/Riehm*, Medienkonvergenz, 116.

13 *Ladeur*, in: Paschke/Berlit/Meyer, Hamburger Kommentar für das gesamte Medienrecht, 2. Auflage, 2012, Abschn. 4, Rn 56 f.

14 *Habermas*, Keine Demokratie kann sich das leisten, SZ 16.05.2014.

15 *Schirrmacher*, Über die Zukunft von Zeitungen. Ein Gespräch mit Frank Schirrmacher und Horizont-Chef Jürgen Scharer, HORIZONT 8/2012, <http://verlag.faz.net/mediaportal/ueber-die-zukunft-von-zeitungen-ein-gespraech-mit-frank-schirrmacher-und-horizont-chef-juergen-scharer-11885036.html> (13.8.2014); *di Lorenzo*, Das Blatt wendet sich, DIE ZEIT 22.11.2012; *Seibt*, Wo die Demokratie lebt, SZ 17.11.2012.

16 Deutlich *Schirrmacher*, HORIZONT 2012; vgl. auch *Hasebrink u. a.*, Leitmedium, S 77.

17 Vgl. *Bernau u. a.*, In eigener Sache, FAS 10.8.2014, 17.

18 *Habermas*, Keine Demokratie kann sich das leisten, SZ 16.5.2007.

19 Ebd.

20 Ebd.

21 Ebd.

22 Im Einzelnen *Hasebrink u. a.*, Leitmedium, S. 17 ff.

derjenigen abhängt, die das Medium nicht nutzen.<sup>23</sup> Ein Qualitätsmedium wird dann zum Leitmedium, wenn es ein breites Themenspektrum (*Universalität*) bei gleichzeitiger *Aktualität* abdeckt, *periodisch* erscheint, durch eine unabhängige Redaktion verantwortet wird (*Autonomie*), einen inhaltlichen Schwerpunkt und eine *normative Positionierung* bezüglich politischer Themen sowie eine intermediale *Orientierungswirkung* aufweist.<sup>24</sup> Auf Grund dieser Kriterien können in Deutschland im Pressebereich v. a. die überregionalen Tages- und Wochenzeitungen als Leitmedien benannt werden.<sup>25</sup>

Die Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Finanzierung der so eingegrenzten Presseerzeugnisse wird sich entsprechend der journalistischen Selbstwahrnehmung gleichermaßen auf das Offline- und das Online-Angebot beziehen, wobei eine Offline-Ausgabe jedenfalls vorhanden sein muss. Der Begriff ‚Finanzierung‘ wird dabei weit verstanden im Sinne eines geldwerten Vorteils, der auf Grund einer staatlichen Tätigkeit eintritt.

Die Analyse gliedert sich in vier Hauptabschnitte: Nach einer Skizze möglicher Finanzierungsmaßnahmen, werden die rechtlichen Maßstäbe gebildet, anhand derer die Formen in einem weiteren Abschnitt beurteilt werden. Abschließend werden die so ermittelten verfassungsrechtlich zulässigen Finanzierungsformen auf ihre Konformität mit europarechtlichen Vorgaben hin befragt.

## B. Finanzierungsmaßnahmen

Dem Staat stehen eine Vielzahl direkter und indirekter Finanzierungsmaßnahmen zur Verfügung. Eine Systematisierung lässt sich der Literatur insoweit entnehmen, als zwei Wirtschaftsmodelle vorausgesetzt werden, an die je verschiedene Finanzierungsformen gekoppelt sind. Demnach lässt sich ein Marktmodell von einem gemeinwirtschaftlichen Modell unterscheiden.<sup>26</sup> Während im Marktmodell die Finanzierung grundsätzlich durch den ökonomischen Wettbewerb gesichert wird, liegt dem gemeinwirtschaftlichen Modell eine nicht gewinnorientierte Finanzierungsform zugrunde.<sup>27</sup> Derzeit ist die Presse nach dem Marktmodell organisiert, wohingegen im Rundfunkbereich eine Kombination der beiden Modelle vorliegt.<sup>28</sup>

23 Hasebrink u. a., Leitmedium, S. 21.

24 Hasebrink u. a., Leitmedium, S. 82.

25 Hasebrink u. a., Leitmedium, S. 22.

26 Hoffmann-Riem in Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Rn. 189 ff.

27 Hoffmann-Riem in Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Rn. 190, 215.

28 Hoffmann-Riem in Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Rn. 221.

Im Rahmen dieser Modelle werden eine Reihe von Finanzierungsformen diskutiert, die – mit je unterschiedlicher Ausrichtung – grundsätzlich sowohl im Markt- als auch im Kombinationsmodell zur Anwendung kommen könnten. Neben der Möglichkeit einer „Staatspresse“<sup>29</sup>, kann diesbezüglich zwischen der staatlichen Gewährung von Vorteilen und der Verbesserung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen durch den Staat unterschieden werden. Zu ersteren zählen etwa allgemeine und gezielte Finanzhilfen,<sup>30</sup> staatliche Druck- und Anzeigenaufträge,<sup>31</sup> die Subvention der Journalistenausbildung<sup>32</sup> sowie Steuererleichterungen.<sup>33</sup> Zu den günstigen Rahmenbedingungen zählen z. B. das Leistungsschutzrecht für Presseverleger<sup>34</sup> oder der Schutz vor Konkurrenz.<sup>35</sup>

## C. Beurteilungsmaßstäbe

Die verfassungsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Pressefinanzierung zum Zweck der Vielfaltssicherung werden durch die Vorgaben des Art. 5 I 2 GG abgesteckt.

### I. Gewährleistungsgehalt des Art. 5 I 2 GG

Dieser gewährleistet die Freiheit von Rundfunk, Presse und Film. Nach überkommener Ansicht werden die drei Teilfreiheiten unter Rückgriff auf ihren Verbreitungsmodus voneinander abgegrenzt.<sup>36</sup> Demnach bezieht sich der Begriff ‚Presse‘ auf alle an die Allgemeinheit gerichteten Inhalte, die körperlich verbreitet werden, wohingegen der Rundfunk auf die Verbreitung unter Nutzung von Telekommunikationsanlagen bezogen ist.<sup>37</sup> Dieser Abgrenzung folgend, fallen die Print-Versionen der Leitmedien unter die Presse-, die Online-Versionen unter die Rundfunkfreiheit. Um ein solches Auseinanderfallen funktional äquivalenter medialer Angebote zu verhindern, wird teilweise vorgeschlagen, eine funktionale Abgrenzung nach dem Erscheinungsbild vorzunehmen.<sup>38</sup> Eine genaue Zuordnung zu einer der in Art. 5 I 2 GG genannten Teilfreiheiten ist allerdings nur dann von

29 Bullinger in Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, § 163 Rn. 43.

30 Statt vieler: Schulze-Fielitz in: Dreier, GG, 3: Auflage 2013, Art. 5 Rn. 228 ff.

31 Wendt, Staatliche Maßnahmen zur Erhaltung der presserechtlichen Meinungsvielfalt, unveröffentlichte Studie, <http://wendt.jura.unisaarland.de/Prof.Dr.Wendt/Aufsätze/StaatlicheMassnahmenzurErhaltungderpresserechtlichenMeinungsvielfalt.htm> (14.8.2014), S. 14.

32 Ebd.

33 Ebd.

34 Vgl. den Überblick bei Pfeifer, Leistungsschutzrecht für Presseverleger – „Zombie im Paragrafen-Dschungel“ oder Retter in der Not?, GRUR-Prax 2013, 149.

35 Ladeur in Paschke/Berlit/Meyer, Hamburger Kommentar für das gesamte Medienrecht, 2. Auflage, 2012, Abschn. 4 Rn. 39.

36 Michael u. a., Grundrechte, 4. Auflage 2014, Rn. 222.

37 Hoffmann-Riem in Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Rn. 145.

38 Trute in Merten/Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte, § 104 Rn. 16.



Bedeutung, wenn mit der Zuordnung unterschiedliche Maßstäbe für staatliches Handeln im jeweiligen Freiheitsbereich einhergehen. Diesbezüglich lassen sich – trotz Unterschieden im Einzelnen – im Wesentlichen zwei Positionen unterscheiden: eine Position, die das Vorliegen unterschiedlicher Freiheitskonzeptionen bejaht<sup>39</sup> und eine Position, die davon ausgeht, dass Rundfunk- und Pressefreiheit gemeinsam in eine übergeordnete Medienfreiheit eingebettet sind und folglich im Grundsatz derselben Freiheitskonzeption folgen.<sup>40</sup> Die unterschiedlichen Positionen werden v. a. an zwei Stellen sichtbar: Zum einen bei der Frage, wie sich individuelle und überindividuelle Komponenten der Grundrechtsgewährleistung zueinander verhalten und zum anderen in der damit zusammenhängenden Frage der Schutzrichtung, die entweder nur auf den Staat oder auch auf Gefährdungen durch gesellschaftliche Kräfte bezogen sein kann.<sup>41</sup> Individuelle Momente der Grundrechtsgewährleistung sollen im Folgenden als subjektive, überindividuelle als objektive Komponente bezeichnet werden.<sup>42</sup>

### 1. Unterschiedliche Freiheitskonzepte

Sofern den Teilfreiheiten unterschiedliche Freiheitskonzepte unterlegt werden, wird davon ausgegangen, dass bei der Pressefreiheit die subjektive, bei der Rundfunkfreiheit die objektive Komponente im Vordergrund steht.<sup>43</sup> Dieses Verständnis fokussiert – unter Berufung auf die liberale Tradition der Grundrechte – auf die individuelle Freiheitsbetätigung und ihre potentielle Bedrohung durch den Staat. Folglich steht i. d. R. neben der subjektiven Komponente eine abwehrrechtliche Ausrichtung der Grundrechte im Zentrum der Argumentation.<sup>44</sup> Das Überwiegen der objektiven Komponente, die im Rahmen der Rundfunkfreiheit nach der Rechtsprechung des BVerfG mit einem Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber einhergeht, erscheint aus dieser Perspektive als dogmatischer Sonderfall und wird dementsprechend kritisiert und nur unter Vorbehalt akzeptiert.<sup>45</sup>

#### a. Pressefreiheit

Im Einzelnen wird die Betonung der subjektiven Seite bei der Pressefreiheit begründet mit der historischen Entwicklung des Grundrechts als klassisches liberales Freiheitsrecht.<sup>46</sup> Die damit einhergehende Betonung der individuellen Freiheit und die Fokussierung auf die Abwehr staatlicher Eingriffe gehen kongruent mit der Entwicklung im Realbereich der Norm, die durch eine privat verantwortete, marktwirtschaftliche Struktur gekennzeichnet ist.<sup>47</sup> Eine objektive Komponente wird nur insoweit anerkannt, als sie sich auf die so gewachsenen Strukturen bezieht.<sup>48</sup> So werden strukturelle Faktoren, die im Zusammenhang mit der Presstätigkeit stehen, in den Gewährleistungsbereich einbezogen.<sup>49</sup> Hierzu zählen etwa das Redaktionsgeheimnis oder die Informationsbeschaffung.<sup>50</sup> Unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des BVerfG wird betont, dass zu den geschützten Faktoren auch die privatwirtschaftliche Struktur der Presse zählt.<sup>51</sup> Dieser Einbezug objektiver Komponenten wird häufig unter dem Begriff des ‚Instituts der freien Presse‘ diskutiert.<sup>52</sup> Die objektiven Komponenten werden aber nur insoweit akzeptiert, als mit ihnen keine Belastungen für die individuelle Freiheitsausübung einhergehen.<sup>53</sup> Sie werden insgesamt vom Einzelnen aus gedacht und erscheinen insofern gegenüber seiner Freiheitsausübung immer nur als sekundär.<sup>54</sup> Dies wirkt sich auch bei der Einordnung des Verhältnisses von Pressefreiheit zum demokratischen Prozess aus, das häufig unter dem Stichwort der ‚öffentlichen Aufgabe‘ diskutiert wird.<sup>55</sup> Den Bezug der Pressefreiheit zum demokratischen Prozess hat das BVerfG in seiner *Spiegel*-Entscheidung herausgearbeitet.<sup>56</sup> Demnach trägt die Presse auf der einen Seite durch argumentative Auseinandersetzung mit Fragen von allgemeinem Interesse zur Bildung der öffentlichen Meinung bei.<sup>57</sup> Diese Fragen werden in der Entscheidung auf politische Themen bezogen, sind aber nicht auf diese begrenzt.<sup>58</sup> Auf der anderen Seite kann die Politik sich über die Presse ein Bild von der öffentlichen Meinung

39 So etwa *Bullinger* in Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, § 163 Rn 8 ff., 93 ff.; *Möllers*, Pressefreiheit im Internet, AfP 2008, 241; *Stark* in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Auflage 2010, Art. 5 Rn. 103, 112 f.

40 So etwa: *Hoffmann-Riem* in Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Rn. 138 ff.; *Cole*, AfP 2008, 541 (550); *Schulz*, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 1998, S. 46 f.; *Michael u. a.*, Grundrechte, 4. Auflage 2014, Rn. 221.

41 Zum Zusammenhang von Schutzrichtung und Komponenten der Grundrechtsgewährleistung vgl. *Schulz*, Chancengleichheit, 51.

42 *Schulz*, Chancengleichheit, 43 f.

43 Zusammenfassend *Ladeur/Gostomzyk*, Rundfunkfreiheit und Rechtsdogmatik – Zum Doppelcharakter des Art. 5 I 2 GG in der Rechtsprechung des BVerfG, JuS 2002, 1145.

44 *Bullinger* in Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, § 163 Rn 12.

45 *Bullinger* in Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, § 163 Rn. 118 ff.; *Degenhart* in Merten/Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte, § 106 Rn. 1; *Engel*, Privater Rundfunk vor der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1993, S. 25 ff.; *Stark* in Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Auflage, 2010, Art. 5 Rn. 103, 112 f.; *Engel*, Rundfunk in Freiheit, AfP 1994, 185 (187).

46 *Degenhart* in Bonner Kommentar zum GG, Stand 2006, Art. 5 Rn. 345 f.

47 *Trute* in Merten/Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte, § 104 Rn. 3.

48 *Degenhart* in Bonner Kommentar zum GG, Stand 2006, Art. 5 Rn. 347.

49 *Bethge* in Sachs GG, 6. Auflage 2011, Art. 5 Rn. 72.

50 *Degenhart* in Bonner Kommentar zum GG, Stand 2006, Art. 5 Rn. 347.

51 *Möllers*, AfP 2008, 241 (241 f., 245).

52 Statt vieler *Bethge* in Sachs GG, 6. Auflage 2011, Art. 5 Rn. 72.

53 *Degenhart* in Bonner Kommentar zum GG, Stand 2006, Art. 5 Rn. 347.

54 *Degenhart* in Bonner Kommentar zum GG, Stand 2006, Art. 5 Rn. 347.

55 Vgl. *Stark* in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Auflage, 2010, Art. 5 Rn. 74 ff.

56 BVerfGE 20, 162 (175); kritisch *Jarren*, Medien- und Öffentlichkeitswandel im modernen Staat. Anmerkungen zum Öffentlichkeitsverständnis des Bundesverfassungsgerichts, AfP 1994, 191.

57 BVerfGE 20, 162 (175).

58 *Hoffmann-Riem* in Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Rn. 148.

konstruieren und ihr Verhalten entsprechend ausrichten.<sup>59</sup> Diesem Demokratiebezug, der auf die Rolle der Massenmedien im gesellschaftlichen Selbstverständigungsprozess anspielt,<sup>60</sup> wird bei einer Perspektivierung der Pressefreiheit über ihre subjektive Komponente jeder normative Gehalt abgesprochen.<sup>61</sup>

Die Betonung der subjektiven Komponente wird teilweise unter Bezugnahme auf die Freiheitskonzeption des Art. 10 EMRK argumentativ abgesichert.<sup>62</sup> Demnach stehen in der Rechtsprechung des EGMR individuelle und abwehrrechtliche Momente der Freiheitsausübung so stark im Vordergrund, dass selbst die bundesverfassungsgerichtliche Konzeption der Rundfunkfreiheit mit den Vorgaben der EMRK nicht zu vereinbaren ist.<sup>63</sup>

### b. Rundfunkfreiheit

Die Rundfunkfreiheit wird in der Literatur im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerfG funktional auf die Zielwerte des Art. 5 I GG, die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung, einschließlich ihres Unterziels der Vielfaltsicherung, bezogen.<sup>64</sup> Diesen Zielwerten ist sie von vornherein verpflichtet. Insoweit spricht das Gericht auch von einer dienenden Freiheit.<sup>65</sup> Das BVerfG geht für den Rundfunk davon aus, dass sich die Zielwerte des Art. 5 I GG nicht dadurch verwirklichen lassen, dass auf gesellschaftliche Selbstregulierung vertraut wird. Vielmehr bedarf es dazu einer positiven Ordnung.<sup>66</sup> Der Gesetzgeber muss also regelnd tätig werden. Sofern er dies tut, unterliegen die entsprechenden Maßnahmen nicht der Schrankendogmatik des Art. 5 II GG. Vielmehr sind sie an eigenständigen Maßstäben zu messen.<sup>67</sup> Das Gericht begründet diese Ausgestaltungsdogmatik mit der Sondersituation des Rundfunks.<sup>68</sup> Diese ergibt sich nach neuerer Rechtsprechung aus der Wirkung des Rundfunks. Seine Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft beinhalten demnach einen besonders starken Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung, mit dem die Gefahr der sozialen Machtkonzentration einhergeht.<sup>69</sup> Dies muss der Gesetzgeber verhindern.<sup>70</sup>

59 BVerfGE 20, 162 (175).

60 Schulz u. a., Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation, 38 f.

61 Bethge in Sachs GG, 6. Auflage 2011, Art. 5 Rn. 67; ; Stark in Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Auflage, 2010, Art. 5 Rn. 74 f.

62 HbPresseR-Bullinger, LPG § 1 Rn. 28; Bär, Freiheit und Pluralität der Medien nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2008, S. 11; Hain, Medienmarkt im Wandel: Technische Konvergenz und Anbieterkonkurrenz als Herausforderung an Verfassungsrecht und Regulierung, AfP 2012, 313 (316).

63 Bär, Pluralität, S. 11.

64 Vgl. BVerfGE 57, 295 (320); zur Vielfalt als Unterziel vgl. Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten 2002, S. 44.

65 Vgl. BVerfGE 57, 295 (320).

66 Std. Rspr.: BVerfGE 57, 295 (320); BVerfGE 73, 118 (152); BVerfGE 87, 181 (198).

67 Ladeur u. a., JuS 2002, 1145 (1151 f.).

68 BVerfGE 12, 205 (261); BVerfGE 119, 181 (214).

69 BVerfGE 119, 181 (214 f., 217).

70 Ebd.

## 2. Einheitliches Freiheitskonzept

Der dargestellte Gegensatz in den Freiheitskonzeptionen ist jedoch keinesfalls zwingend. So wird angeführt, dass die Zusammenfassung mehrerer Teilfreiheiten in einer Norm und die Erstreckung des Gewährleistungsauftrags auf die drei Teilfreiheiten dafür sprechen, einen übergreifenden Schutz im Sinne einer Medienfreiheit anzunehmen.<sup>71</sup> Diese Freiheit wird insgesamt auf die Zielwerte des Art. 5 I GG verpflichtet, indem sie die Voraussetzungen schützt, die gegeben sein müssen, damit die Medien ihre Aufgabe im Kommunikationsprozess erfüllen können.<sup>72</sup> Auf diese Weise wird die Medienfreiheit funktional auf soziale Komponenten bezogen, die verfassungsrechtlich v. a. im Demokratieprinzip des Art. 20 I GG verankert sind.<sup>73</sup> Aus dieser Perspektive spiegelt die öffentliche Aufgabe der Presse ihre Einbindung in die Staatszielbestimmungen des Grundgesetzes wider.<sup>74</sup> Überindividuelle Momente der Grundrechtsgewährleistung sind also von vornherein Teil der Freiheit des Art. 5 I 2 GG. Innerhalb der so verstandenen Kommunikationsordnung entfaltet sich die individuelle Freiheit. Der funktionale Bezug der Medienfreiheit auf die Zielwerte des Art. 5 I GG beinhaltet folglich sowohl die subjektive als auch die objektive Komponente der Grundrechtsgewährleistung.<sup>75</sup> Dies hat u. a. zur Folge, dass die Medienfreiheit in ihrer Schutzrichtung kein reines Abwehrrecht gegen den Staat ist, sondern als „Rundumfreiheit“<sup>76</sup> auch gegen Machtkonzentrationen im gesellschaftlichen Bereich schützt.

Die Differenzierung nach verschiedenen Teilfreiheiten in Art. 5 I 2 GG wird vor dem Hintergrund einer übergeordneten Medienfreiheit nicht überflüssig. Weil sie sich nur auf Massenmedien bezieht, zeigt sie zum einen an, dass Art. 5 I 2 GG gegenüber Art. 5 I 1 GG ein Aliud darstellt.<sup>77</sup> Zum anderen ist damit angedeutet, dass die Kommunikationsordnung sich aus verschiedenen Medien zusammensetzt.<sup>78</sup> Insoweit muss die Medienordnung differenziert beobachtet werden. Entscheidend ist dabei nicht die Zuordnung zu den in Art. 5 I 2 GG genannten Begriffen, sondern die Frage, ob im beobachteten Teilausschnitt mit Blick auf das übergeordnete Ziel einer freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung ein Regulierungsbedarf besteht.<sup>79</sup> Dieser kann u. U. eine

71 Hoffmann-Riem in Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Rn. 138.

72 Hoffmann-Riem in Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Rn. 25.

73 Hoffmann-Riem in Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Rn. 4.

74 Hoffmann-Riem in Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Rn. 178.

75 Stammler, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution, 1971, S. 147; Hoffmann-Riem in Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Rn. 158.

76 Hoffmann-Riem, Kommunikations- und Medienfreiheit, in: Benda/Maierhofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, 1994, 191 Rn. 18; Dazu Rosen Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, 1988, S. 295 f.; Schulze-Fielitz in Dreier GG, Art. 5 Rn. 42.

77 Hoffmann-Riem in Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Rn. 142.

78 Schulze-Fielitz in Dreier GG, Art. 5 Rn. 39.

79 Hoffmann-Riem in Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Rn. 175.

Ausgestaltungspflicht des Gesetzgebers begründen, wie sie gegenwärtig für die Rundfunkfreiheit angenommen wird. Das heißt zugleich, dass die privatwirtschaftliche Organisation der Presse unter dem Vorbehalt steht, dass sie den Zielwerten des Art. 5 I GG dient. Sofern das nicht (mehr) der Fall ist, kann und ggf. muss der Gesetzgeber auch im Bereich der Presse ausgestaltungstätig werden.<sup>80</sup> Diese Grenze wird teilweise im Sinne eines Schutzes der vielfaltsichernden Eigenlogik der Presse vor Selbstgefährdung gedeutet.<sup>81</sup>

### 3. Art. 5 I 2 GG als Medienfreiheit

Für eine Unterordnung von Presse- und Rundfunkfreiheit unter eine übergeordnete Medienfreiheit spricht, dass auf diese Weise durch Konvergenzprozesse bedingte Abgrenzungsschwierigkeiten entschärft werden und das Grundrecht entwicklungsöffener interpretiert werden kann.<sup>82</sup> Unterschiede in der Entwicklung der Medien sowie in den Einzelheiten ihrer dogmatischen Behandlung lassen sich auch im Rahmen eines einheitlichen Grundkonzepts abbilden. Das setzt voraus, dass die Ausgestaltungsbedarfe medienpezifisch ermittelt werden und also auch die Zielvorgaben jeweils medien-spezifisch erfüllt werden müssen.<sup>83</sup>

Der funktionale Bezug der Pressefreiheit auf die Zielwerte des Art. 5 I GG steht dabei nicht im Widerspruch zum Verständnis der Grundrechte als liberale Freiheitsrechte. Diesen wurde schon bei ihrer Konzeption durchaus eine soziale Komponente zugewiesen.<sup>84</sup> Allerdings erschien es zu deren Sicherung ausreichend, Eingriffe des Staates in die Freiheit des Einzelnen abzuwehren.<sup>85</sup> Auch lässt sich dieses Verständnis mit der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung vereinbaren.<sup>86</sup> Beispielsweise nimmt das BVerfG in seiner *Blinkfüer*-Entscheidung eine deutliche Trennung zwischen publizistischem und wirtschaftlichem Wettbewerb vor und betont, dass die Pressefreiheit der „freien öffentlichen Meinung“<sup>87</sup> und nicht der Garantie wirtschaftlicher Interessen dient.<sup>88</sup> Die Verzahnung von wirtschaftlichem und publizistischem Wettbewerb steht – so kann diese Passage gedeutet werden – nach Ansicht des Gerichts unter dem Vorbehalt ihrer Funktionsfähigkeit für die Verwirklichung der Ziele des Art. 5 I GG.<sup>89</sup>

#### a. Verhältnis zu den Wertungen der EMRK

Es bleibt der Einwand bestehen, dass sich eine entsprechende Deutung der Pressefreiheit in Widerspruch zu den Wertungen der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR setzt. Das ist insofern von Bedeutung, als das Bundesverfassungsgericht die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR unter Bezugnahme auf die Völkerrechtsfreundlichkeit des GG als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte heranzieht.<sup>90</sup> Dabei besteht insoweit ein Rezeptionshemmnis, als der Verfassung im Kollisionsfall Vorrang eingeräumt wird.<sup>91</sup> Im Zuge der Auslegung verlangt das Gericht nicht, dass die menschenrechtlichen Vorgaben gleichsam ungefiltert in die deutsche Dogmatik übernommen werden.<sup>92</sup> Vielmehr müssen sie für den Kontext der deutschen Verfassung „umgedacht“<sup>93</sup> werden.

Art. 10 EMRK erwähnt die Freiheit von Presse und Rundfunk als Massenmedien zwar nicht ausdrücklich, jedoch ist anerkannt, dass von der dort genannten Meinungsfreiheit auch die Kommunikation mit Hilfe von Massenmedien umfasst ist.<sup>94</sup> Der EGMR hat wiederholt die Bedeutung der Massenmedien innerhalb des demokratischen Gemeinwesens hervorgehoben und in diesem Zuge ein Pluralismusgebot als Zielwert des Art. 10 EMRK benannt, das von den Mitgliedstaaten garantiert werden muss.<sup>95</sup> In der Literatur besteht überwiegend Einigkeit dahingehend, dass damit überindividuelle Momente im Kontext des Art. 10 EMRK rechtlich anerkannt werden.<sup>96</sup> Die dogmatische Einordnung dieser objektiven Komponente ist allerdings umstritten. Im Kern verläuft auch dieser Streit entlang der Frage nach dem Verhältnis von objektiven und subjektiven Gehalten des Art. 10 EMRK.<sup>97</sup> So wird dem Pluralismusgebot teilweise – jedenfalls im Bereich der Rundfunkfreiheit und unter Bezugnahme auf den Genehmigungsvorbehalt des Art. 10 I 3 EMRK – eine Ausgestaltungspflicht des Gesetzgebers entnommen, die mit derjenigen des Art. 5 I 2 GG vergleichbar ist.<sup>98</sup> Teilweise wird das Pluralismusgebot als legitimes Ziel im Rahmen des Art. 10 II EMRK anerkannt und darüber hinaus im Sinne einer die Individualrechte des Art. 10 I EMRK verstärkenden

<sup>80</sup> Ebd.; Schulz, Chancengleichheit, 54; Cole, AfP 2009, 541 (550).

<sup>81</sup> Trute in Merten/Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte, § 106 Rn. 9; Ladeur in Paschke/Berlit/Meyer, Hamburger Kommentar für das gesamte Medienrecht, 2. Auflage, 2012, Abschn. 4 Rn. 4.

<sup>82</sup> Dieses Argument wird auch in umgekehrte Richtung verwandt, vgl. Hain, AfP 2012, 313 (318).

<sup>83</sup> Hofmann-Riem in Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Rn. 175.

<sup>84</sup> Stammler, Presse, 200; Hofmann-Riem in Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Rn. 3f.

<sup>85</sup> Hofmann-Riem in Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Rn. 4.

<sup>86</sup> Hoffmann-Riem u. a., Rechtsfragen der Pressereform, 1977, S. 68 ff.

<sup>87</sup> BVerfGE 25, 256(268).

<sup>88</sup> Ebd.

<sup>89</sup> Hoffmann-Riem u. a., Rechtsfragen, S. 73.

<sup>90</sup> BVerfGE 111, 289 (317 ff.); Grabenwarter u. a., EMRK, 5. Auflage, 2012 18 ff.

<sup>91</sup> BVerfGE 111, 289 (319).

<sup>92</sup> BVerfGE 111, 289 (323 f.).

<sup>93</sup> BVerfGE 128 (326, 370).

<sup>94</sup> Schulz in Paschke/Berlit/Meyer, Hamburger Kommentar für das gesamte Medienrecht, 2. Auflage, 2012, Art. 10 Rn. 19.

<sup>95</sup> EGMR vom 24.11.1993 Rn. 38.

<sup>96</sup> Vgl. Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage, 2011 Art. 10 Rn. 9.

<sup>97</sup> Grote-Wenzel in Dörr/Grote/Marauhn EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Auflage, 2013, Art. 10 Rn. 21 ff, 24.

<sup>98</sup> Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht. Grundlagen – Elemente – Perspektiven, 1997, S. 277 f.; Hoffmann-Riem, Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, 1993, S. 186 ff.

Schutzpflicht interpretiert.<sup>99</sup> Die Rechtsprechung des EGMR blieb diesbezüglich mehrdeutig und wird von beiden Seiten in Anspruch genommen.<sup>100</sup>

Eine jüngere Entscheidung spricht eher dafür, dass der EGMR das Pluralismusgebot auch im Sinne eines staatlichen Ausgestaltungsauftrags versteht.<sup>101</sup> So stellt der EGMR fest, dass die Vertragsstaaten dazu verpflichtet sind, einen rechtlichen und administrativen Rahmen zu schaffen, um Pluralismus effektiv zu garantieren.<sup>102</sup> Allerdings bezieht sich diese Entscheidung nur auf den Rundfunk und begründet die positive Verpflichtung zur Ausgestaltung mit dessen besonderen Wirkungsweisen,<sup>103</sup> sodass sie nicht ohne weiteres auf die Pressefreiheit übertragen werden kann. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der EGMR sich mit Bezug auf pluralismussichernde Maßnahmen im Bereich der Presse bisher zurückhaltend gezeigt hat.<sup>104</sup>

Insgesamt werden die Differenzen zwischen den beiden Ansätzen aber dadurch eingeebnet, dass der EGMR, wenn er pluralismussichernde Maßnahmen am Maßstab des Art. 10 II EMRK misst, eine stark zurückgenommene Prüfung vornimmt<sup>105</sup> und den Gesetzgebern einen weiten Beurteilungsspielraum zugesteht.<sup>106</sup> Das führt im Ergebnis dazu, dass zwischen den Anforderungen der EMRK und denjenigen des GG selbst dann kein Konflikt entsteht, wenn Art. 10 EMRK kein Ausgestaltungsauftrag entnommen wird.<sup>107</sup> Somit bleibt festzuhalten, dass der EGMR Art. 10 EMRK funktional auf eine überindividuelle Komponente der Pluralismussicherung bezieht, die – unabhängig von ihrer eigenen dogmatischen Ausgestaltung – im Einklang mit der deutschen Ausgestaltungsdogmatik gedacht werden kann.

#### b. Abschließende Zuordnung

Nach dem Verständnis des Art. 5 I 2 GG im Sinne einer einheitlichen Medienfreiheit, können die Online-Versionen der Leitmedien der Rundfunk-, ihre Print-Versionen der Pressefreiheit zugeordnet werden. Da es sich bei den Online- und den Print-Versionen um aufeinander bezogene Angebote handelt, können sie zusammen als ein Teil der Medienordnung betrachtet werden.<sup>108</sup> Hierauf

bezogen stellt sich die Frage, ob und in welcher Weise der Gesetzgeber durch finanzielle Förderung den Folgen der ‚Pressekrise‘ entgegen wirken darf. Um dies beurteilen zu können, ist es zunächst erforderlich, die Befürchtungen der Presse rechtlich einzuordnen.

#### 4. Qualitätssicherung als Vielfaltsicherung

Nach der leitmedialen Selbstbeschreibung gerät v. a. die Qualität der Presse angesichts ihrer Finanzierungslage unter Druck. Das Merkmal der Qualität findet seinen rechtlichen Ort im Zielwert der Vielfaltsicherung. Der Vielfaltsbegriff gewinnt seine Konturen in Rechtsprechung und Literatur v. a. im Kontext der Rundfunkfreiheit.<sup>109</sup> Das BVerfG unterscheidet eine gegenständlich-thematische von einer inhaltlich-meinungsbezogenen Vielfalt.<sup>110</sup> Eine vergleichbare Differenzierung nimmt der EGMR vor.<sup>111</sup> Als problematisch wird angesehen, dass eine entsprechende Differenzierung voraussetzt, dass es eine bestimmbare Größe von Meinungen in der Gesellschaft gibt, deren Repräsentation in den Medien dementsprechend (potentiell) messbar ist.<sup>112</sup> Dies wird unter den Bedingungen einer in verschiedene Teilöffentlichkeiten ausdifferenzierten, pluralistischen Gesellschaft schon empirisch in Frage gestellt.<sup>113</sup> Unter anderem deshalb wird der Vielfaltsbegriff reformuliert als kommunikative Chancengleichheit, bei der der Zugang zum Prozess der öffentlichen Kommunikation im Mittelpunkt steht.<sup>114</sup>

Der befürchtete Qualitätsverlust berührt die so verstandene mediale Vielfalt insofern, als durch einen verminderten Recherchstandard oder die erhöhte Ausrichtung an den Bedürfnissen der Werbewirtschaft und der damit einhergehenden Tendenz zur Ausrichtung am Massengeschmack,<sup>115</sup> die Chancen verringert werden, dass Minderheiten oder differenziertere Positionen in der Presse repräsentiert werden. Da der befürchtete Qualitätsverlust vor allem mit der finanziellen Lage der Leitmedien begründet wird, könnte eine staatliche Förderung ihm entgegenwirken und damit nach verfassungsrechtlichen Wertungen der Vielfalt als Zielwert des Art. 5 I GG dienen. Vor dem Hintergrund des skizzier-

<sup>99</sup> Bär, Pluralität, 11 ff.

<sup>100</sup> Zentrale Entscheidungen sind EGMR vom 24.11.1993; EGMR vom 28.03.1990, vgl. zu den unterschiedlichen Interpretationen Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit, S. 112; Bär, Pluralität, S. 25.; Uwer, Medienkonzentration und Pluralismussicherung im Lichte des europäischen Menschenrechts der Pressefreiheit, 1998, S. 134 ff., 140.

<sup>101</sup> EGMR vom 07.06.2012.

<sup>102</sup> EGMR vom 07.06.2012 Rn. 134.

<sup>103</sup> EGMR vom 07.06.2012 Rn. 133 f.

<sup>104</sup> Grote-Wenzel in Dörr/Grote/Marauhn EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Auflage, 2013, Art. 10 Rn. 21.

<sup>105</sup> Vesting, Rundfunkrecht, 278.

<sup>106</sup> Std. Rspr.: EGMR vom 24.11.1993 Rn. 35.

<sup>107</sup> Vesting, Rundfunkrecht, 279.

<sup>108</sup> Trute in Merten/Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte,

§ 104 Rn. 16.

<sup>109</sup> Rudolph, Erhalt von Vielfalt im Pressewesen, 2009, S. 55; zur fehlenden Begriffsschärfe bei der Pressefreiheit vgl. Gehrhardt, „Pressevielfalt“ – ein oft gebrauchter, doch ungeklärter Begriff, AfP 1980, 200.

<sup>110</sup> BVerfGE 73, 118 (156); BVerfGE 83, 238 (296).

<sup>111</sup> EGMR vom 07.06.2012 Rn. 130: „diversity of [...] programme content“ und „variety of opinions“.

<sup>112</sup> Held, Online, 45.

<sup>113</sup> Vesting, Rundfunkrecht, 220, mit der Folgerung, den demokratiefunktionalen Bezug zugunsten eines kulturbezogenen Konzeptes fallen zu lassen.

<sup>114</sup> Schulz, Chancengleichheit, 180 f; Held, Online, 46.

<sup>115</sup> Range/Schweins, Klicks, Quoten, Reizwörter: Nachrichten-Sites im Internet. Wie das Web den Journalismus verändert, 2007, 17 ff.; 67 f.; differenzierter Rau, Betriebswirtschaft in die Redaktion oder: „Ökonomisiert euch, bevor ihr ökonomisiert werdet!“, in: Sjurts, Insa (Hrsg.), Strategische Optionen in der Medienkrise. Print. Fernsehen. Neue Medien, 2004, S. 32 ff.

ten Verständnisses des Art. 5 I 2 GG hat diese Einordnung in dogmatischer Hinsicht zur Folge, dass Finanzierungsmaßnahmen nicht als Eingriff in die, sondern als Ausgestaltung der Gewährleistungen des Art. 5 I 2 GG gewertet werden müssen.<sup>116</sup> Mit der Qualifizierung als Ausgestaltungsmaßnahmen gehen besondere rechtliche Anforderungen einher, die im Folgenden kurz dargestellt werden. Sie dienen als Beurteilungsmaßstab für die anschließend erfolgende Bewertung der oben vorgestellten Wirtschaftsmodelle und Finanzierungsformen.

## II. Rechtliche Anforderungen an Ausgestaltungsmaßnahmen

Ausgestaltungsmaßnahmen dienen der Verwirklichung der Ziele des Art. 5 I 2 GG.<sup>117</sup> Sie konkretisieren die abstrakten Zielvorgaben und stellen insofern selbst dann keinen Eingriff dar, wenn sie für einzelne durch Art. 5 I 2 GG geschützte Grundrechtsträger belastend wirken.<sup>118</sup> Daraus folgt zum einen, dass Maßnahmen, die die Zielvorgaben des Art. 5 I 2 GG ausgestalten, nicht mehr an Art. 12 GG und Art. 14 GG gemessen werden, da Art. 5 I GG insoweit das speziellere Grundrecht ist.<sup>119</sup> Zum anderen folgt daraus, dass ausgestaltende Maßnahmen für die Grundrechtsverwirklichung wesentlich sind und damit einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage bedürfen.<sup>120</sup> Indem sie die Zielvorgaben des Art. 5 I 2 GG zu verwirklichen suchen, sind Ausgestaltungsgesetze notwendigerweise auf den gesamten massenmedialen Kommunikationsprozess bezogen. Sie bewegen sich damit in einem Handlungsfeld, in dem die unterschiedlichen Interessen der am Kommunikationsprozess Beteiligten miteinander abgestimmt werden müssen, wobei gleichzeitig das gesellschaftliche Interesse an einer funktionierenden Kommunikationsordnung berücksichtigt werden muss.<sup>121</sup> Darüber hinaus sind die Gesamtentwicklung eines Medienbereichs schwer abzusehen und kurzfristige Wirkungen nicht verifizierbar.<sup>122</sup> Der Regelungsgegenstand des Gesetzgebers ist also durch Komplexität und Ungewissheit gekennzeichnet, weshalb ihm ein großer Einschätzungs- und Prognose-spielraum eingeräumt wird.<sup>123</sup>

Weil Ausgestaltungsgesetze dem optimierenden Ausgleich unterschiedlicher Interessen dienen, können sie nicht am Maßstab einer bipolar strukturierten Verhältnismäßigkeitsprüfung gemessen werden.<sup>124</sup> Das ist zu

beachten, wenn in Rechtsprechung und Literatur terminologisch auch bei Ausgestaltungsgesetzen an den Prüfungspunkten Eignung und Angemessenheit festgehalten wird. Die Prüfung der Eignung bezieht sich auf den vorzunehmenden Interessenausgleich, der insgesamt zu einer Förderung der Medienfreiheit führen muss.<sup>125</sup> Daraus folgt, dass sie einem gegenüber der bisherigen Lage mindestens gleichwertigen Zustand schaffen müssen.<sup>126</sup> Das Merkmal der Angemessenheit wird in der Rechtsprechung auf die Notwendigkeit bezogen, dass die von Art. 5 I GG geschützten Grundrechtspositionen in der Gesamtabwägung hinreichend beachtet werden müssen.<sup>127</sup>

Teilweise wurde in der Literatur angedacht, die Abgrenzung zwischen Ausgestaltung und Eingriff dort aufzugeben, wo die Ausgestaltung eine bestehende Rechtslage umgestaltet und dabei entstandene Rechtspositionen verkürzt.<sup>128</sup> In diesem Fall soll ein Eingriff vorliegen und eine bipolare Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen werden.<sup>129</sup> Dieser Vorschlag ist insofern irreführend, als er den Eingriffsbegriff wieder einführt, aber gleichzeitig die damit verbundene Folge der Anwendung des Art. 5 II GG ausschließt und damit gerade nicht die ‚normale‘ Eingriffsdogmatik greifen lässt. Darüber hinaus ist ungeklärt, wie sich diese Verhältnismäßigkeitsprüfung zum multipolaren Interessenausgleich verhält.<sup>130</sup> Eine stimmigere Lösung scheint daher darin zu liegen, bei der ohnehin erfolgenden Berücksichtigung der Rechtspositionen im Rahmen des Interessenausgleichs die entstandenen Positionen entsprechend stark zu gewichten und Nachteile ggf. durch Übergangsregeln aufzufangen.<sup>131</sup>

Für Maßnahmen staatlicher Pressefinanzierung ergeben sich daraus insgesamt folgende Beurteilungsmaßstäbe: Entsprechende Maßnahmen müssen auf einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage beruhen, sie müssen zur Vielfaltsicherung im Sinne des Art. 5 I GG geeignet sein und dabei die durch Art. 5 I GG geschützten Interessen angemessen berücksichtigen. Bereits aus dem Zielwert der Vielfaltsicherung folgt darüber hinaus, dass der Staat die Finanzierung nicht zur Verwirklichung eigener Kommunikationsinteressen einsetzen darf (Staatsfreiheit der Medien)<sup>132</sup> und sie insoweit an inhaltsneutralen Kriterien ausrichten muss.<sup>133</sup>

116 Schulze-Fielitz in Dreier GG, Art. 5 Rn. 22.

117 Ruck, Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schranken-gesetzen im Bereich der Rundfunkfreiheit, AöR 1992, 532 (549).

118 Rossen, Meinungsbildung, 305 ff.

119 Vesting, Rundfunkrecht, 234.

120 BVerfGE 57, 295 (321).

121 Hoffmann-Riem, Rundfunkordnung, 107.

122 Vesting, Rundfunkrecht, 235.

123 Ebd.; BVerfGE 119, 181 (214).

124 Schulz, Chancengleichheit, 55; Vesting, Rundfunkrecht, 235.

125 BVerfGE 97, 228 (267); BVerfGE 57, 295 (320 f.).

126 BVerfGE 74, 297 (334).

127 BVerfGE 97, 228 (267 f.); BVerfGE 97, 298 (314).

128 Hoffmann-Riem, Wirtschaftsrecht, 74; dies übernehmen Ruck, AöR 1992, 543 (551); Ladeur u. a., JuS 2002, 1145 (1152); a. A. Rossen, Meinungsbildung, 307.

129 Hoffmann-Riem, Wirtschaftsrecht, 74.

130 Zum Problem einer fehlenden Ausgestaltungsdogmatik Vesting, Rundfunkrecht, 235 f.

131 Insofern übereinstimmend mit Hoffmann-Riem, Wirtschaftsrecht, 74.

132 Vgl. Schulze-Fielitz in Dreier GG, Art. 5 Rn. 46.

133 BVerfGE 80, 124 (134).

## D. Bewertung der Finanzierungsmaßnahmen

Die eingangs skizzierten Finanzierungsmaßnahmen sollen den Leitmedien im dargestellten Sinn zugutekommen. Eine Differenzierung nach dem Status eines Presseprodukts als Leitmedium ist auch vor dem Hintergrund der Staatsfreiheit grundsätzlich zulässig, weil sie nicht an inhaltlichen, sondern an den eingangs dargestellten, überprüfbaren formalen Kriterien ansetzt. Da Wertungen bei der Zuordnung zu den genannten Kriterien, insbesondere beim Politikbezug, unvermeidbar sind, muss – etwa durch die Einrichtung einer unabhängigen Expertenkommission – sichergestellt werden, dass der Staat über die Auswahl der Medien keinen inhaltlichen Einfluss ausüben kann. Die Förderung wird erteilt, weil und solange ein Medium leitmedialen Charakter hat und damit für mediale Qualität einsteht. Sie muss daher einer regelmäßigen Evaluierung unterliegen.

### I. Wirtschaftsmodelle

Weil die Freiheit der Leitmedien nicht auf eine privatwirtschaftliche Struktur, sondern funktional auf die Ziele des Art. 5 I GG bezogen ist, ist ihre gemeinwirtschaftliche Organisation zum Zweck der Vielfaltsicherung prinzipiell möglich.<sup>134</sup> Gegenwärtig ist der leitmediale Qualitätsstandard in Deutschland trotz der skizzierten Herausforderungen noch relativ hoch.<sup>135</sup> Ein Modell, durch das die historisch gewachsene Marktstruktur ad hoc vollständig ersetzt wird, kann angesichts dessen die leitmediale Vielfalt nicht in gleichwertiger Weise gewährleisten. Hinzu kommt, dass die Kommunikationsinteressen der bestehenden Leitmedien in diesem Fall unangemessen beschränkt würden. Ein rein gemeinwirtschaftliches Modell ist daher zur Zeit sowohl ungeeignet als auch unangemessen. Dies entspricht den Wertungen des EGMR, der ein rein gemeinwirtschaftliches Rundfunkmodell in Österreich für nicht erforderlich hält.<sup>136</sup>

Demgegenüber bieten die Entwicklungen in der Medienlandschaft Anhaltspunkte dafür, über die Einführung eines Kombinationsmodells nachzudenken. So werden die beschriebenen Tendenzen der zunehmenden Ökonomisierung der Medien vom BVerfG, unter expliziter Betonung der Aktivitäten von Finanzinvestoren<sup>137</sup>, auch für den Bereich des privaten Rundfunks beobachtet, woraus das Gericht die Notwendigkeit vielfaltsichernder Vorkehrungen ableitet.<sup>138</sup> Zwar treten bei den Leit-

medien nicht die rundfunkspezifischen Wirkungen als Begründungsmomente hinzu. Jedoch haben auch sie als Massenmedien mit besonderem Qualitätsanspruch eine hohe Orientierungsfunktion und nehmen so eine besondere Stellung im Prozess der öffentlichen Meinungsbildung ein.<sup>139</sup> Wenn diese durch den ökonomischen Druck gefährdet wird, ist die Situation mit derjenigen des Rundfunks vergleichbar.<sup>140</sup> Eine gemeinwirtschaftliche Finanzierung zum Zweck des Aufbaus marktunabhängiger, Vielfaltsvorgaben verpflichteter Leitmedien könnte ökonomisch bedingte, vielfaltsbeschränkende Anpassungstendenzen u. U. abfangen. Sie müsste allerdings mit einem Organisationsmodell verbunden werden, das sowohl Staatsfreiheit als auch Vielfalt garantiert. Die gegenwärtigen Akteure könnten in ihren gewachsenen Strukturen weiterhin den Kommunikationsprozess beeinflussen, sodass ihre Interessen hinreichend berücksichtigt wären. Möglich wäre etwa eine allgemeine Haushaltsabgabe ‚Medien‘, an der u. U. auch die privaten Akteure partizipieren könnten. Dadurch und durch Kooperationen könnten entstehende Nachteile aufgefangen werden.

Allerdings kann ein entsprechendes Modell nicht auf gewachsene Strukturen aufbauen, sodass seine Funktionsfähigkeit fraglich ist. An die momentane Leistungsfähigkeit des derzeitigen Modells wird es daher (noch) nicht heranreichen. Weil das Kombinationsmodell gegenüber dem derzeitigen Stand keinen gleichwertigen Zustand schaffen könnte, ist es gegenwärtig zur Vielfaltsicherung ungeeignet. Sofern sich die vielfaltsbeschränkenden Tendenzen verstärken und die Leitmedien kein innovatives, vielfaltsförderndes Konzept entwickeln, stehen der Einführung eines Kombinationsmodells aber keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen.

### II. Finanzierungsformen

Mit Blick auf mögliche Finanzierungsformen scheidet wegen der Staatsfreiheit der Presse die Möglichkeit eines staatlich verantworteten Leitmediums von vornherein aus.

Innerhalb der übrigen Finanzierungsformen kann weiter unterschieden werden zwischen allgemeinen Maßnahmen, die die wirtschaftliche Gesamtsituation der Presse verbessern und solchen, die gezielt auf die Qualitätssicherung als Vielfaltsicherung abzielen.

#### 1. Allgemeine Maßnahmen

Staatliche Vorteile, die die Leitmedien allgemein fördern, haben zum einen das Problem, dass sie sich, wegen ihrer fehlenden Zweckbindung, zur Vielfaltsicherung nur ge-

<sup>134</sup> Cole, AfP 2009, 537 (550).

<sup>135</sup> Grimm, Wirtschaftskrise ist ‚Gefahr‘ für die Presse, Video-Interview, Mü./Jakob./FAZ.NET v. 12.05.2009, <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/video-interview-grimm-wirtschaftskriseist-gefahr-fuer-die-presse-1801475.html> (26.08.2014).

<sup>136</sup> EGMR vom 24.11.1993 Rn. 43.

<sup>137</sup> BVerfGE 119, 181 (215 ff.).

<sup>138</sup> Ebd.

<sup>139</sup> Hasebrink u. a., Leitmedium, 30 f.

<sup>140</sup> Cole, AfP 2009, 541 (550).

ring eignen. Hinzu kommt, dass die Vorteile langfristig als Basis in die Bilanzrechnung eingehen und insoweit nur kurzfristig positiv wirken.<sup>141</sup> Ob der Gesetzgeber diese Maßnahmen dennoch ergreifen will, liegt innerhalb seiner Einschätzungsprärogative. Mit Blick auf die Angemessenheit der Maßnahmen ist problematisch, dass die Mittel auch in Bereichen investiert werden können, die nicht zur leitmedialen Qualität beitragen – z. B. dort, wo die Leitmedien in Konkurrenz zu lokalen Zeitungen stehen. Diese Maßnahmen können daher zur Verzerrung des publizistischen Wettbewerbs zum Nachteil anderer Kommunikationsteilnehmer führen. Entsprechende Maßnahmen sind nur dann angemessen, wenn diese Effekte ausgeglichen werden. Das führt entweder zu der Notwendigkeit, die Mittel zweckgebunden oder nach allgemeineren Kriterien zu vergeben.

Bezüglich der Regelung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen hat der Gesetzgeber v. a. darauf zu achten, dass die Kommunikationsinteressen anderer durch die Privilegierung von Leitmedien nicht zu weit zurückgedrängt werden. Unproblematisch erscheint insoweit die Einführung des Leistungsschutzrechts für Presseverleger. Ein Schutz vor Konkurrenz kommt der Kommunikationsordnung insgesamt nur bedingt zugute, weil diese von der Entwicklung neuer Medien grundsätzlich profitiert.<sup>142</sup> Ein Konkurrenzschutz kommt aber mit Blick auf die Online-Aktivität des öffentlichen-rechtlichen Rundfunks in Betracht, dessen Entwicklungsgarantie in diesem Zuge mit der Entwicklung der Presse abgestimmt werden muss.<sup>143</sup>

## 2. Gezielte Maßnahmen

Als gezielte Form direkter Finanzierungen kommt eine Förderung in Betracht, die – im Sinne einer medialen Selbstregulierung – Qualitätssicherungsstrukturen unterstützt, die durch die Leitmedien selbst entwickelt werden.<sup>144</sup> Hierzu könnte ein presseinternes Verfahren zur Überprüfung der Einhaltung von Recherchestandards genauso gehören, wie ein Fonds, über den nach einem presseinternen Vergabeverfahren besonders aufwendige und dabei wirtschaftlich nicht rentable Recherchen gefördert werden. Diese Verfahren könnten durch eine externe Einrichtung überprüft werden,<sup>145</sup> wobei einseitige Einflussnahme durch staatliche oder gesellschaftliche Kräfte entsprechend der Vorgaben des Art. 5 I 2 GG verhindert werden müssten. Diese Einrichtung könnte, zur

Sicherung der Kommunikationsinteressen anderer, bei ihren Entscheidungen darauf verpflichtet werden, mögliche Wettbewerbsverzerrungen zu berücksichtigen und zu bewerten. Die Eignung dieser Maßnahmen zur Qualitätssicherung ist gegeben. Auch ist eine unangemessene Benachteiligung von Kommunikationsinteressen bei diesem Verfahren nicht ersichtlich.

Darüber hinaus wäre auch eine Förderung der Journalistenausbildung eine geeignete Maßnahme zur Vielfaltssicherung, die mit verfassungsrechtlichen Vorgaben im Einklang steht.

## E. Europäisches Primärrecht

Eine neben dem Verfassungsrecht bestehende Grenze möglicher Finanzierungsformen wird in der Literatur unter dem Gesichtspunkt europäischer Beihilferegulungen angesprochen.<sup>146</sup> So werden Subventionen ohne weitere Differenzierung als Beihilfe i. S. v. Art. 107 I AEUV eingestuft, die nicht gerechtfertigt werden können.<sup>147</sup> Die Einordnung als Beihilfe kann nach dieser Ansicht nicht durch die Erfüllung eines Auftrags durch die Presse ausgeschlossen werden, da die öffentliche Aufgabe der Presse hierfür zu abstrakt bleibt.<sup>148</sup>

Angesichts der verbreiteten Subventionspraxis innerhalb der Mitgliedstaaten und der bisherigen Untätigkeit der Kommission in dieser Hinsicht, wird von anderer Seite vermutet, dass die Kommission entsprechende Maßnahmen als ungeeignet ansieht, den grenzüberschreitenden Handel zu beeinträchtigen, sodass sie nicht unter den Beihilfiebegriff fallen.<sup>149</sup> Dagegen spricht, dass Art. 107 AEUV schon bei einer potentiellen Beeinträchtigung vom Vorliegen einer Beihilfe ausgeht und eine solche – insbesondere in Grenzregionen und bei internationalen Themen – auch im Pressebereich denkbar ist.

Das Problem entschärft sich aber bei differenzierter Betrachtung. So wird der öffentliche Auftrag der Presse nach hier vertretener Ansicht schon über die Zielvorgaben des Art. 5 I 2 GG zumindest teilweise konkretisiert. Im Kombinationsmodell könnte er vom Gesetzgeber weiter konkretisiert werden, für den Online-Bereich ggf. in Anlehnung an das aus dem Rundfunk bekannte 3-Stufen-Modell.<sup>150</sup> Sofern die verfassungsgemäßen Finanzierungsformen konkret auf den Zweck der Qualitätssicherung bezogen sind, können auch sie bei entsprechender

<sup>141</sup> Cole, AfP 2009, 541 (549).

<sup>142</sup> Neuberger, Internet, Journalismus und Öffentlichkeit, in: Ders./Nuernbergk, Christian/Rischke, Melanie (Hrsg.), Journalismus im Internet: Profession – Partizipation – Technisierung, 2009, S. 19 (41).

<sup>143</sup> Ladeur in Paschke/Berlit/Meyer, Hamburger Kommentar für das gesamte Medienrecht, 2. Auflage, 2012, Abschn. 4 Rn. 16 f.; Möllers, AfP 2008, 241.

<sup>144</sup> Ladeur, Rechtliche Möglichkeiten der Qualitätssicherung im Journalismus, Publizistik 2000, 442 (452).

<sup>145</sup> Ebd.

<sup>146</sup> Fink in Recht der elektronischen Medien, 2. Auflage, 2011, C, Rn. 36 f.

<sup>147</sup> Ebd.

<sup>148</sup> Ebd.

<sup>149</sup> Cole, AfP 2009, 541 (549).

<sup>150</sup> Kritisch Ladeur, Zur Verfassungswidrigkeit der Regelung des Drei-Stufen-Tests für Onlineangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nach § 11 f RStV, ZUM 2009, 906.

gesetzlicher Formulierung als Auftragserfüllung gewertet werden. In beiden Fällen müsste sichergestellt werden, dass auch die übrigen Altmark Trans-Kriterien<sup>151</sup> erfüllt werden. Damit können im Ergebnis nur allgemeinere Maßnahmen durch das europäische Beihilfenrecht ausgeschlossen werden, wobei auch hier – insbesondere bei Steuererleichterungen<sup>152</sup> – eine konkrete Einzelfallprüfung vorzunehmen ist.

## F. Gesamtbewertung

Vor dem Hintergrund der skizzierten verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben, stehen dem Gesetzgeber insgesamt verschiedene Möglichkeiten offen, dem befürchteten leitmedialen Qualitätsverlust entgegenzuwirken.

<sup>151</sup> EuGH vom 24.7.2003 Rn. 95.

<sup>152</sup> Kühlig in Streinz Beck'sche Kurzkommentare, Bd. 57: EUV/AEUV, 2. Auflage, 2012, Art. 107 Rn. 82 ff.

ken. Dabei erscheint eine gezielte Qualitätsförderung durch Unterstützung selbstregulierter Qualitätssicherungsverfahren als besonders geeignetes Mittel. Über die Einführung konkreter Maßnahmen entscheidet der Gesetzgeber im Rahmen seiner Einschätzungsprerogative. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt befinden sich die Leitmedien in einem Prozess der Selbstreflexion und Reorganisation, um sich den technologischen Veränderungen und der neuen ökonomischen Situation anzupassen.<sup>153</sup> Ein substantieller Qualitätsverlust, der eine Handlungspflicht des Gesetzgebers auslösen könnte, ist dabei nicht ersichtlich. Der Gesetzgeber kann, er muss in diesem Bereich aber nicht vielfaltsichernd tätig werden. Jedoch ist er gehalten, den Wandel der Medienlandschaft unter vielfaltsgefährdenden Gesichtspunkten weiter zu beobachten.

<sup>153</sup> Deutlich Bernau u. a., In eigener Sache, FAS 10.8.2014, (15).

Claudia Sicken\*

# Hausarbeit Strafrecht Besonderer Teil: Straftaten gegen das Leben

*Die Hausarbeit behandelt wesentliche Probleme aus dem allgemeinen und besonderen Teil des Strafrechts. Im 1. Tatkomplex ist u. a. eine fahrlässige Tötung zu prüfen und im Rahmen der objektiven Zurechenbarkeit zu problematisieren, ob ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang gegeben ist. Im 2. Tatkomplex bildet die Prüfung, ob neben einem Totschlag durch Unterlassen auch der Tatbestand des Mordes durch Unterlassen erfüllt ist, den Schwerpunkt. In diesem Zusammenhang ist das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht auszulegen. Daneben spielen der Tatbestand der Aussetzung und die Erfolgsqualifikation der Aussetzung eine Rolle. In der Abwandlung ist u. a. ein versuchter Totschlag durch Unterlassen zu prüfen. Dort ist insbesondere zu problematisieren, auf welchen Zeitpunkt es bzgl. des Unterlassens ankommt und ob ein beendeter oder unbeendeter Versuch vorliegt.*

## Sachverhalt

Der Lastzugfahrer L kehrt im Oktober 2013 nach einer langen Tagestour in einem Firmen-Lkw spät abends zum Standort der Firma nach Flensburg zurück. Wenige Kilometer vor Erreichen des Ziels nimmt L auf der linken Seite in ca. 500 Metern Entfernung ein Feuerwerk

wahr, das zum Abschluss eines Jahrmarkts veranstaltet wird. L ist vom Farbenrausch des Ereignisses so begeistert, dass er eine längere Zeit wie gebannt nach links schaut und die Fahrbahn aus dem Blick verliert. Deshalb bemerkt er nicht, dass der Lkw zunehmend nach rechts zieht, von der Fahrspur abkommt und bereits einen schmalen Grünstreifen befährt, der sich direkt neben der Fahrbahn befindet und diese von einem parallel verlaufenden Fahrrad- und Fußgängerweg trennt. Als L plötzlich seinen Fahrfehler bemerkt, ist es bereits zu spät. Der Lkw erfasst einen am linken Rand des Fahrradweges fahrenden Radler (R) und verletzt ihn schwer.

L hält an, steigt aus und erkennt den ernsten Zustand des R. Gleichwohl setzt er die Fahrt fort, um „Schereien mit der Polizei“ zu vermeiden. R verstirbt – wie von L vorhergesehen – in Folge der beim Unfall erlittenen Verletzungen. Eine dem R entnommene Blutprobe ergibt eine Blutalkoholkonzentration von 1,9 Promille. Im Strafprozess gegen L führt ein Sachverständiger aus,

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Hausarbeit, die im Sommersemester 2014 zur Vorlesung Strafrecht Besonderer Teil von Prof. Dr. iur. Wilhelm Degener an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung der Autorin wurde mit „gut“ benotet.



dass es höchstwahrscheinlich auch ohne den Fahrfehler des L zu einem tödlichen Unfall für R gekommen wäre. Hochgradig betrunkene Radler neigten beim Überholtwerden durch Kraftfahrzeuge zu der unvernünftigen Reaktion, ihr Fahrzeug in die Richtung der Geräuschquelle zu ziehen. Dieser Erfahrungssatz dränge im zu beurteilenden Sachverhalt zu der Annahme, dass es auch bei sorgfältigem Verhalten des L zu einer Kollision mit R gekommen wäre, nämlich auf der Fahrspur des L. Dies gelte insbesondere angesichts des geringen Abstandes zwischen Fahrbahn und Radweg.

Strafbarkeit des L? Von den Straftatbeständen des Besonderen Teils sind nur die im 16. Abschnitt des StGB geregelten Straftatbestände zu erörtern.

### Abwandlung

L hat sich nach Verursachung des Unfalls zunächst mit der Vorstellung entfernt, dass der verletzte Radler ohne medizinische Versorgung sicher sterben werde. Nachdem L fünf Minuten später in Flensburg eintrifft, plagen ihn die Gewissensbisse so stark, dass er sich zu einem Rettungsruf entschließt. Von einer Telefonsäule aus verständigt er einen Notarzt, anonym und mit den Worten: „Auf der B 199 liegt, 3–4 Kilometer südlich von Flensburg, ein verletzter Radler auf dem Radweg“. Als der Telefonist des ärztlichen Notdienstes nachfragen will, legt L auf. Ein Rettungsfahrzeug des Notdienstes entdeckt nach Abfahren der angegebenen Strecke den lebensgefährlich verletzten R und sorgt dafür, dass er in einem nahe gelegenen Krankenhaus gerettet wird.

Strafbarkeit des L? Von den Straftatbeständen des Besonderen Teils sind nur die im 16. Abschnitt des StGB geregelten Straftatbestände zu erörtern.

## Gutachten

### 1. Tatkomplex: Unfall und Tod des R

#### A. Strafbarkeit des L gem. § 212 I StGB

Der Unfall mit R erfolgte seitens des L weder wissentlich noch mit Wollen. Eine Strafbarkeit wegen Totschlags gem. § 212 I StGB kommt daher mangels Vorsatz nicht in Betracht.

#### B. Strafbarkeit des L gem. § 221 I Nr. 1 StGB

Auch eine Strafbarkeit des L wegen einer Aussetzung gem. § 221 I Nr. 1 StGB ist mangels Vorsatz abzulehnen.

### C. Strafbarkeit des L gem. § 222 StGB

L könnte sich gem. § 222 StGB der fahrlässigen Tötung strafbar gemacht haben, indem er infolge eines Fahrfehlers den am linken Rand des Fahrradweges fahrenden R mit dem Lkw erfasste und schwer verletzte.

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

Dazu müsste der Tatbestand des § 222 StGB in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt sein.

##### 1. Objektiver Tatbestand

Zu prüfen ist, ob der objektive Tatbestand vorliegt.

###### a) Taterfolg

R, ein anderer Mensch, ist tot. Der Taterfolg ist eingetreten.

###### b) Kausalität

Die Tathandlung des L müsste kausal für den Erfolgseintritt gewesen sein. Kausal ist jede Bedingung eines Erfolgs, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfele.<sup>1</sup> Alle Erfolgsbedingungen stehen dabei gleichwertig nebeneinander.<sup>2</sup> Wäre L nicht abgelenkt gewesen und von der Fahrbahn abgekommen, hätte er den R nicht erfasst und schwer verletzt. Ohne die schwere Verletzung wäre R nicht gestorben. Kausalität liegt mithin vor.

###### c) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung

Zu prüfen ist, ob L eine objektive Sorgfaltspflicht verletzt hat.<sup>3</sup> Hierzu müsste der tatbestandliche Erfolg objektiv voraussehbar gewesen sein und L in dieser Hinsicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen haben.<sup>4</sup>

###### aa) Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt

Zu prüfen ist, ob L die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Der Sorgfaltsmaßstab richtet sich allgemein danach, welches Verhalten von einem besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Situation und in der sozialen Position des Betroffenen aus einer ex ante Betrachtung erwartet werden kann.<sup>5</sup> Eine spezielle Regelung für den Straßenverkehr findet sich in § 1 StVO. Gem. § 1 I StVO gebietet die Teilnahme am Straßenverkehr ständige Vorsicht und gegenseitige Rücksicht. § 1 II StVO führt weiter aus, dass Ver-

<sup>1</sup> RGSt 1, 373; BGHSt 1, 332.

<sup>2</sup> Wessels u. a., Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl. 2013, § 6 II 1 Rn. 156.

<sup>3</sup> Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 15 Rn. 118; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 54 I 3, 564.

<sup>4</sup> Wessels u. a., Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 15 II 3 Rn. 667.

<sup>5</sup> Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 5 II Rn. 15.

kehrsteilnehmer sich so zu verhalten haben, dass kein Anderer geschädigt, gefährdet oder mehr, als nach den Umständen vermeidbar, behindert oder belästigt wird. L hätte den Lkw demnach jederzeit aufmerksam und konzentriert steuern und den Straßenverkehr verfolgen müssen. Insbesondere wird dies auch von L als Berufskraftfahrer erwartet. Stattdessen hat er sich von einem Feuerwerk ablenken und den Lkw auf den R unbewusst zusteuern lassen. L hat demnach die im Verkehr erforderliche Sorgfaltspflicht außer Acht gelassen.

#### bb) Voraussehbarkeit des Erfolgs

Der Todeserfolg müsste objektiv voraussehbar gewesen sein. Wer ein Fahrzeug nicht aufmerksam steuert, muss damit rechnen, dass es dadurch von der Fahrbahn abkommt und ggf. einen Menschen tödlich verletzt. Der Taterfolg war somit objektiv voraussehbar.

#### d) Objektive Zurechnung des Erfolgs

Die in haftungsrechtlicher Hinsicht weitgehende Kausalität wird durch das Kriterium der objektiven Zurechnung eingeschränkt.<sup>6</sup> Fraglich ist daher, ob der Todeserfolg dem L auch objektiv zurechenbar ist. Objektiv zurechenbar ist ein Erfolg dann, wenn durch menschliches Verhalten eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen wurde, die sich im tatbestandmäßigen Erfolg realisiert hat. Bei der Bewertung, ob sich eine rechtlich relevante Gefahr im Taterfolg realisiert hat, sind bestimmte Fallkonstellationen zu beachten.<sup>7</sup> Einschlägig könnten hier der Schutzzweckzusammenhang, das erlaubte Risiko, die eigenverantwortliche Selbstgefährdung und der Pflichtwidrigkeitszusammenhang sein.

#### aa) Schutzzweckzusammenhang

Die objektive Zurechenbarkeit könnte durch den Schutzzweck der Norm eingeschränkt sein. Fraglich ist, ob die Sorgfaltsnorm gerade den eingetretenen Erfolg verhindern sollte.<sup>8</sup> § 1 II StVO normiert ausdrücklich, dass Verkehrsteilnehmer sich so zu verhalten haben, dass kein Anderer geschädigt, gefährdet oder in in sonstiger Weise behindert oder belästigt wird. Schutzzweck des von L missachteten § 1 II StVO ist es also, dass die Rechtsgüter der anderen Verkehrsteilnehmer unversehrt bleiben. Auch das Rechtsgut Leben fällt in den Schutzbereich. Der Schutzzweckzusammenhang liegt somit vor.

#### bb) Erlaubtes Risiko

Zu prüfen ist, ob das unaufmerksame Fahren des L ein erlaubtes Risiko darstellt. Dies wäre der Fall, wenn das Verhalten des L vom allgemeinen Lebensrisiko gedeckt wäre oder es als sozialadäquat eingestuft werden könnte.<sup>9</sup>

Unstrittig ist, dass das Autofahren unter Einhaltung aller Verkehrsregeln ein erlaubtes Risiko darstellt.<sup>10</sup> Anders ist der Fall jedoch zu bewerten, wenn das erlaubte Risiko überschritten und dadurch eine Gefahr geschaffen wird, die sich im Taterfolg realisiert.<sup>11</sup> Gem. § 1 I StVO erfordert die Teilnahme am Straßenverkehr ständige Vorsicht und gegenseitige Rücksicht. Das unaufmerksame Fahren des L stellt somit kein erlaubtes Risiko dar.

#### cc) Eigenverantwortliche Selbstgefährdung

Die objektive Zurechenbarkeit wäre auch dann nicht gegeben, wenn das Opfer sich eigenverantwortlich selbst gefährdet hätte. R ist in betrunkenem Zustand mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,9 Promille am linken Rand des Fahrradweges gefahren. Hierdurch hat sich R grds. in eine Gefahrensituation begeben. Es ist allerdings nicht davon auszugehen, dass sich R bewusst und eigenverantwortlich auf den Verlust seines Lebens einlassen wollte.<sup>12</sup> Eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung liegt nicht vor.

#### dd) Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Darüber hinaus ist zu prüfen, ob sich gerade die durch die Pflichtwidrigkeit herbeigeführte Gefahr im Taterfolg realisiert hat. Der Täter soll nur dann für den Eintritt des Taterfolgs verantwortlich gemacht werden, wenn er diesen durch rechtmäßiges Alternativverhalten hätte verhindern können.<sup>13</sup> Problematisch ist die Feststellung eines Pflichtwidrigkeitszusammenhangs, wenn nicht sicher ist, ob das rechtmäßige Alternativverhalten den Eintritt des Erfolgs vermieden hätte.<sup>14</sup> Hier wäre es auch ohne den Fahrfehler des L höchstwahrscheinlich, jedoch nicht mit Sicherheit, zu einem tödlichen Unfall für R gekommen. Die Frage, ob ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang gegeben ist, kann unterschiedlich bewertet werden.

#### (1) Risikoerhöhung

Nach einer Ansicht besteht ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang, wenn das pflichtwidrige Verhalten des Täters zu einer Risikoerhöhung im Hinblick auf die Schädigung des Opfers geführt hat.<sup>15</sup> Eine Erfolgszurechnung entfällt nach dieser Ansicht nur dann, wenn der Taterfolg bei rechtmäßigem Alternativverhalten mit Sicherheit gleichfalls eingetreten wäre. Das unaufmerksame Steuern des Lkw durch L hat das Risiko erhöht, mit dem betrunkenen R zusammenzustoßen. Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang wäre nach dieser Ansicht gegeben.

<sup>6</sup> Freund, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2009, § 2 II Rn. 72.

<sup>7</sup> Wessels u. a., Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 6 III 1 Rn. 179.

<sup>8</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, § 11 B I 3 Rn. 75.

<sup>9</sup> Wessels u. a., Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 6 III 3 Rn. 183, 184.

<sup>10</sup> Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2006, § 11 B I 2 Rn. 66.

<sup>11</sup> Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2006, § 11 B I 2 Rn. 66.

<sup>12</sup> Wessels u. a., Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 6 III 4 Rn. 189.

<sup>13</sup> Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2013, § 52 V Rn. 26.

<sup>14</sup> Rengier, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2013, § 52 V Rn. 31.

<sup>15</sup> Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 84 ff.; Lackner/Kühl, in: ders., StGB, 28. Aufl. 2014, § 15 Rn. 44; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, § 55 II 2b, 585.

## (2) Vermeidbarkeit

Nach anderer Ansicht besteht kein Pflichtwidrigkeitszusammenhang, wenn der Taterfolg auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten des Handelnden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre.<sup>16</sup> Laut einem Sachverständigen wäre es höchstwahrscheinlich auch bei sorgfältigem Verhalten des L zu einer Kollision und einem tödlichen Unfall für R gekommen wäre, da hochgradig betrunkene Radler beim Überholtwerden durch Kraftfahrzeuge dazu neigten, ihr Fahrzeug in die Richtung der Geräuschquelle zu ziehen. Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang würde nach dieser Ansicht entfallen.

## (3) Streitentscheid

Da die oben dargestellten Ansätze hier zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ist ein Streitentscheid erforderlich. Das Abstellen auf eine Risikoerhöhung wird damit argumentiert, dass der Täter ein erlaubtes Risiko überschritten habe und somit ein verbotenes Risiko schaffe, dessen Folgen ihm zuzurechnen seien. Es bestehe kein Anlass, dem Täter dieses Risiko abzunehmen.<sup>17</sup> Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass entlastende Umstände zugunsten des Täters nicht in vollem Umfang berücksichtigt werden und dem im Strafrecht geltenden Grundsatz „in dubio pro reo“ somit unzureichend Rechnung getragen wird. Weiter spricht gegen diese Ansicht, dass das Fahrlässigkeitsdelikt ein Erfolgs- und kein Gefährdungsdelikt ist.<sup>18</sup> Bei einem Erfolgsdelikt kommt es entscheidend auf den eingetretenen Taterfolg, nicht auf eine Risikoerhöhung oder Gefährdung an. Vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerechter, der anderen Ansicht zu folgen, die entlastende Umstände miteinbezieht und die objektive Zurechnung danach beurteilt, ob der Taterfolg auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten des Handelnden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre. Da R auch bei rechtmäßigem Verhalten des L höchstwahrscheinlich tödlich verletzt worden wäre, ist der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zu verneinen.

## II. Ergebnis

Mangels Pflichtwidrigkeitszusammenhangs ist der Taterfolg dem L nicht objektiv zurechenbar. L hat sich nicht wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB strafbar gemacht.

<sup>16</sup> BGHSt 11, 1; Wessels u. a., Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 15 II 4 Rn. 676.

<sup>17</sup> Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2006, § 11 B I 3 Rn. 89.

<sup>18</sup> Rengier, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2013, § 52 V Rn. 35.

## D. Gesamtergebnis zum 1. Tatkomplex

L hat sich nicht gem. §§ 212 I, 221 I Nr. 1, 222 StGB strafbar gemacht.

### 2. Tatkomplex: Unterlassene Verständigung des Notarztes durch L und Verlassen des Unfallorts

#### A. Strafbarkeit des L gem. §§ 212 I, 13 I StGB

L könnte sich gem. §§ 212 I, 13 I StGB des Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht haben, indem er mit dem Lkw den am linken Rand des Fahrradweges fahrenden R erfasste und die Fahrt fortführte.

##### I. Tatbestandsmäßigkeit

Dazu müsste der Tatbestand der §§ 212 I, 13 I StGB vorliegen.

##### 1. Objektiver Tatbestand

Zu prüfen ist, ob der objektive Tatbestand erfüllt ist.

##### a) Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs

R, ein anderer Mensch, ist tot. Der tatbestandliche Erfolg ist eingetreten.

##### b) Unterlassen der erforderlichen Handlung

L müsste gem. § 13 I StGB die zur Erfolgsabwendung erforderliche Handlung unterlassen haben. Die Handlung müsste ihm auch objektiv möglich gewesen sein.<sup>19</sup> Um den Todeseintritt des schwer verletzten R zu verhindern, hätte L umgehend einen Notarzt verständigen müssen. Die Pflicht zur Hilfeleistung ergibt sich auch aus § 6 I Nr. 4a StVG i. V. m. § 34 I Nr. 4 StVO.

Nach dem Unfall ist L zunächst ausgestiegen und hat den ernststen Zustand des R festgestellt. Obwohl es ihm objektiv möglich gewesen wäre, medizinische Versorgung zu verständigen, hat er dies nicht getan und die Fahrt stattdessen fortgesetzt. Ein Unterlassen liegt mithin vor.

##### c) Hypothetische Kausalität

Das Unterlassen müsste kausal für den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs gewesen sein. Kausalität liegt vor, wenn die Vornahme der rechtlich erwarteten Handlung zu einer wesentlichen Abweichung vom Kausalverlauf geführt hätte. Ausreichend ist hierfür eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit.<sup>20</sup> Bei rechtzeitiger Verständigung eines Notarztes hätte R gerettet werden können. Die Vornahme der rechtlich erwarteten Handlung

<sup>19</sup> Wessels u. a., Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 16 II 2 Rn. 708.

<sup>20</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vor §§ 13 ff. Rn. 79.

hätte einen abweichenden Kausalverlauf herbeigeführt. Hypothetische Kausalität liegt somit vor.

#### d) Garantenstellung

§ 13 I StGB setzt für eine Strafbarkeit weiter voraus, dass L rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt. L müsste also eine Garantenstellung haben. Hier könnte eine Garantenstellung aus Ingerenz vorliegen.<sup>21</sup> Ingerenz bedeutet, dass jemand durch sein Handeln oder pflichtwidriges Unterlassen eine Gefahr für den Eintritt eines Schadens geschaffen hat. Die Schaffung der Gefahr verpflichtet die betreffende Person dazu, die drohenden Schäden abzuwenden.<sup>22</sup> Fraglich ist, ob für die Begründung einer Garantenstellung ein pflichtwidriges Vorverhalten erforderlich ist und ob dieses auch gegeben ist, wenn es an einem Pflichtwidrigkeitszusammenhang fehlt.

#### aa) Verursachungstheorie

Nach einer Ansicht genügt für die Begründung einer Garantenstellung aus Ingerenz die Verursachung einer Gefahr. Ein pflichtwidriges Vorverhalten des Täters muss nicht vorliegen.<sup>23</sup> L verursachte durch den Unfall schwere Verletzungen und versetzte den R dadurch in Lebensgefahr. Nach dieser Meinung hätte L gegenüber R eine Garantenstellung.

#### bb) Pflichtwidrigkeitstheorie

Für die Begründung einer Garantenstellung könnte über die bloße Verursachung einer Gefahr hinaus gefordert werden, dass das gefahrverursachende Verhalten pflichtwidrig war.<sup>24</sup> Das unaufmerksame Fahren des L und die infolge der Kollision verursachten schweren Verletzungen an R sind als pflichtwidriges Verhalten einzustufen. Fraglich ist aber, ob die Garantenstellung des L aufgrund des fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei der fahrlässigen Tat<sup>25</sup> möglicherweise entfällt.

Das Fehlen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs führt nur dazu, dass der Taterfolg dem Täter nicht zugerechnet werden kann. Sein pflichtwidriges Vorverhalten entfällt dadurch nicht. L war somit auch nach dieser Meinung Garant für R.

Da hier beide Ansichten zum gleichen Ergebnis führen, ist ein Streitentscheid entbehrlich. L hatte demnach eine Garantenstellung.

21 Grds. Ablehnung einer Garantenstellung aus Ingerenz durch Oehler, Konkurrenz von unechtem und echtem Unterlassungsdelikt, JuS 1961, 154; Welzel, Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1958, 494.

22 Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 13 Rn. 32.

23 Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2012, Rn. 959.

24 Heinrich, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2012, Rn. 960.

25 Vgl. 1. Tatkomplex B II.

#### e) Objektive Zurechnung des Erfolgs

Der Todeserfolg müsste L objektiv zurechenbar sein. Objektive Zurechenbarkeit liegt vor, wenn sich im Taterfolg die Gefahr realisiert, die der Täter durch die pflichtwidrige Unterlassung der erforderlichen Rettungshandlung geschaffen hat.<sup>26</sup>

#### aa) Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr

L müsste eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen haben. Dadurch dass L es unterließ, einen Notarzt zu verständigen, setzte er den R konkreter Lebensgefahr aus. L hat somit eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen.

#### bb) Realisierung der Gefahr im Taterfolg

Die Gefahr müsste sich im Taterfolg realisiert haben. R hätte gerettet werden können, wenn L rechtzeitig einen Notarzt verständigt hätte. Das Unterlassen dieser Handlung hat zum Tod des R geführt. Die geschaffene Gefahr hat sich mithin im Taterfolg realisiert.

#### cc) Zwischenergebnis

Der Tod des R ist L objektiv zurechenbar.

#### f) Entsprechensklausel

§ 13 I HS 2 StGB setzt für die Strafbarkeit weiter voraus, dass das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands durch ein Tun entspricht. Das Unterlassen muss also hinsichtlich seines Unrechtsgehalts der Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun nahezu gleichgestellt sein.<sup>27</sup> L hat den ersten Zustand des R erkannt, gleichwohl die Verständigung eines Notarztes unterlassen. Die unterlassenen Rettungsmaßnahmen in dieser für R lebensgefährlichen Situation entsprechen einer Tatbestandsverwirklichung durch aktive Tötungshandlung.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Zu prüfen ist, ob L gem. § 15 StGB vorsätzlich handelte. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestandsstände.<sup>28</sup> Weiß der Täter oder sieht er als sicher voraus, dass sein Handeln zur Verwirklichung des Tatbestands führt, so handelt er mit direktem Vorsatz. Sein Vorsatz erstreckt sich dann auf alles, was er sich als notwendige oder sichere Folge seines Verhaltens vorstellt, auch wenn er den Eintritt des Taterfolgs an sich innerlich ablehnt.<sup>29</sup> L hat den ersten Zustand des R erkannt und dessen Tod vorhergesehen. Die lebensgefährliche Situation des R war ihm somit bewusst. Trotz erkannter Lebensgefährlichkeit und des Bewusstseins, dem R in dieser Situation helfen zu müssen, unterließ L die Verständigung eines Notarztes und setzte die Fahrt fort. Das Unterlassen der

26 Rengier, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2013, § 49 Rn. 24.

27 Fischer, in: StGB und Nebengesetze, 59. Aufl. 2012, § 13 Rn. 46.

28 Wessels u. a., Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 7 I 1 Rn. 203.

29 Wessels u. a., Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 7 II 2 Rn. 213.

erforderlichen Rettungsmaßnahmen erfolgte somit mit direktem Vorsatz seitens L.

## II. Rechtswidrigkeit/Schuld

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. L handelte rechtswidrig. Schuldausschließungsgründe liegen nicht vor, sodass L auch schuldhaft handelte.

## III. Ergebnis

L hat sich gem. §§ 212, 13 I StGB des Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht.

## B. Strafbarkeit des L gem. §§ 211 II 3. Gruppe Alt. 2, 13 I StGB

L könnte sich gem. §§ 211 II 3. Gruppe Alt. 2, 13 I StGB des Mordes durch Unterlassen strafbar gemacht haben, indem er den R schwer verletzt am Unfallort liegen ließ und die Fahrt fortsetzte, um „Scherereien mit der Polizei“ zu vermeiden.

### I. Tatbestandsmäßigkeit

Dazu müsste der Tatbestand der §§ 211 II 3. Gruppe Alt. 2, 13 I StGB erfüllt sein.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand ist erfüllt.<sup>30</sup>

#### 2. Subjektiver Tatbestand

Zu prüfen ist, ob auch der subjektive Tatbestand vorliegt.

##### a) Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale

L handelte mit Tötungsvorsatz.<sup>31</sup>

##### b) Mordmerkmale der 3. Gruppe

Fraglich ist, ob L überdies die Absicht hatte, eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken. In Betracht kommt hier das Verdecken einer Straftat.

##### aa) Andere Straftat

Zu prüfen ist zunächst, ob die Bezugstat eine strafbare Handlung i. S. v. § 11 I Nr. 5 StGB darstellt.<sup>32</sup> Es kann sich um die Straftat des Täters oder die eines Dritten handeln.<sup>33</sup> Nicht ausreichend ist es, wenn nur eine Ordnungswidrigkeit vorliegt.<sup>34</sup> L setzte die Fahrt fort, statt

dem R zu helfen, um „Scherereien mit der Polizei“ zu vermeiden. Fraglich ist, was L mit dem Begriff „Scherereien“ genau meinte. Im allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet „Schererei“ Problem oder Unannehmlichkeit. L wollte demnach „Probleme“ mit der Polizei vermeiden, also einer Ahndung seines Verhaltens entgehen.

Als unrechtmäßiges Verhalten kommt zunächst ein Verstoß gegen § 1 II StVO in Betracht, der als Ordnungswidrigkeit gem. § 49 I Nr. 1 StVO geahndet wird. Wäre die Verdeckung dieser Ordnungswidrigkeit seine Absicht gewesen, entfielen eine Strafbarkeit nach § 211 StGB. Als weitere Bezugstaten kommen eine fahrlässige Körperverletzung gem. § 229 StGB bzw. mit Eintritt des Todes eine fahrlässige Tötung gem. § 222 StGB in Betracht. Wäre es L um die Verdeckung dieser Straftaten gegangen, könnte eine Strafbarkeit gem. § 211 StGB vorliegen. Die Tatsache, dass L zunächst ausgestiegen ist, den ernstesten Zustand des R feststellte und daraufhin die Fahrt fortsetzte, spricht dafür, dass L eine Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung vermeiden wollte. Die Bezugstat ist mithin eine Straftat.

##### bb) Verdeckungsabsicht

L müsste die Absicht gehabt haben, die fahrlässige Tötung zu verdecken. Mit Verdeckungsabsicht handelt, wer zielgerichtet entweder die Aufdeckung der Tat oder die Identifizierung des Täters verhindern will.<sup>35</sup> Ausreichend ist es, dass die Straftat in der Vorstellung des Täters besteht.<sup>36</sup> L ging es gerade darum, eine Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung zu vermeiden. Mangels objektiver Zurechenbarkeit<sup>37</sup> entfällt zwar eine Strafbarkeit gem. § 222 StGB, L selber rechnete jedoch mit einer Bestrafung, was für das Vorliegen einer Verdeckungsabsicht grds. ausreichend ist.

Vor dem Hintergrund, dass § 211 StGB grds. Tötungen besonders schwerwiegenden Ausmaßes bestrafen soll und die absolute Strafdrohung auf der Rechtsfolgenseite vorsieht, ergibt sich allerdings die Frage, ob an das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht weitere Anforderungen zu stellen sind.<sup>38</sup> Hierzu werden verschiedene Ansätze diskutiert.

##### (1) Planung im Voraus/Überlegung

Die Mordqualifikation der Verdeckungsabsicht könnte auf Fälle beschränkt werden, in denen der Täter im Voraus plante, die Tat ggf. durch eine Tötung zu verdecken.<sup>39</sup>

<sup>30</sup> Vgl. 2. Tatkomplex A I 1.

<sup>31</sup> Vgl. 2. Tatkomplex A I 2.

<sup>32</sup> Joecks, in: Studienkommentar StGB, 9. Aufl. 2010, § 211 Rn. 42.

<sup>33</sup> BGHSt 9, 180; Lackner/Kühl, in: ders., StGB, 28. Aufl. 2014, § 211 Rn. 12.

<sup>34</sup> BGHSt 28, 93; Mitsch, Grundfälle zu den Tötungsdelikten, JuS 1996, 213, 218.

<sup>35</sup> Neumann, in: Kindhäuser u. a., StGB, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 211 Rn. 99.

<sup>36</sup> Lackner/Kühl, in: ders., StGB, 28. Aufl. 2014, § 211 Rn. 12; Neumann, in: Kindhäuser u. a., StGB, 3. Aufl. 2010, § 211 Rn. 92.

<sup>37</sup> Vgl. 1. Tatkomplex B II.

<sup>38</sup> Neumann, in: Kindhäuser u. a., StGB, 3. Aufl. 2010, Vor § 211 Rn. 144; Heghmanns, Strafrecht für alle Semester Besonderer Teil, 2009, Rn. 107, 109, 111.

<sup>39</sup> Neumann, in: Kindhäuser u. a., StGB, 3. Aufl. 2010, § 211 Rn. 111;

Denkbar wäre auch, auf eine Überlegung des Täters abzustellen.<sup>40</sup> L hat weder den vorausgegangenen Unfall noch das daraus resultierende Verdeckungsverhalten im Voraus geplant. Auch eine Überlegung, d. h. ein längerer und ausgereifter Denkprozess zur Entschlussfassung sind bei L nicht ersichtlich. L entschloss sich vielmehr in der Situation kurzerhand, Rettungsmaßnahmen zu unterlassen und sich vom Unfallort zu entfernen, um „Scherereien“ mit der Polizei zu vermeiden. Eine Verdeckungsabsicht wäre demnach zu verneinen.

### (2) Erfordernis einer Zäsur zwischen Vortat und Verdeckungstötung

Für die Bejahung einer Verdeckungsabsicht könnte eine Zäsur zwischen der Vortat und der Verdeckungstötung notwendig sein. Geht die Vortat indessen unmittelbar, d. h. innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs, in die Verdeckungstötung über, soll eine Verdeckungsmodalität nach dieser Ansicht verneint werden.<sup>41</sup> Die Unterlassung der erforderlichen Rettungsmaßnahmen seitens L steht in engem zeitlichen Zusammenhang mit der vorhergehenden fahrlässigen Tötung. Eine zeitliche Zäsur fehlt hier, sodass eine Verdeckungsabsicht entfallen würde.

### (3) „Zudecken“ der Tat

Es könnte argumentiert werden, dass für das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht mehr erforderlich ist als das bloße Nichtaufdecken der Tat. Ein Verdecken würde dieser Ansicht zufolge nur vorliegen, wenn ein aktives „Zudecken“ der Tat gegeben ist, nicht dagegen, wenn der Täter dem Geschehen nur seinen Lauf lässt.<sup>42</sup> L unterließ die erforderlichen Rettungsmaßnahmen und entfernte sich vom Unfallort. Ein aktives Zudecken der Tat ist hier nicht gegeben. Die Verdeckungsabsicht wäre demnach zu verneinen.

### (4) Kausalität zwischen Verdeckungshandlung und Gefährdung des Opfers

Für die Bejahung einer Verdeckungsabsicht könnte gefordert werden, dass gerade das auf Verdeckung zielende Verhalten des Täters ein Risiko für das Leben des Opfers verursachte.<sup>43</sup> Das auf Verdeckung zielende Verhalten des L war hier in erster Linie seine Flucht. Die Flucht selbst schuf jedoch kein direktes Risiko für R. Das Risiko ergab sich vielmehr daraus, dass L es unterließ, einen Notarzt zu verständigen. Demnach stand die Flucht des L

nur in einem mittelbaren Kausalzusammenhang zu der Gefährdung bzw. dem Tod des Opfers, da sie dem L die Möglichkeit nahm, die zur Erfolgsabwendung erforderlichen Rettungsmaßnahmen vorzunehmen. Nach dieser Ansicht wäre das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht mangels Risikopotenzials der Verdeckungshandlung sowie fehlender Kausalität zwischen Verdeckungshandlung und Taterfolg abzulehnen.

### (5) Verdeckungsabsicht als Regelbeispiel eines niedrigen Beweggrundes

Eine Einschränkung der Verdeckungsabsicht könnte sich dadurch ergeben, dass man sie als Regelbeispiel eines niedrigen Beweggrundes aus § 211 II 1. Gruppe Var. 4 StGB einstuft.<sup>44</sup> Dadurch wären die Maßstäbe der sonstigen niedrigen Beweggründe anzulegen, d. h. die Beweggründe des Täters müssten nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich sein.<sup>45</sup> Die Niedrigkeit eines Beweggrundes beurteilt sich nach einer Gesamtbetrachtung der Tatumstände, der Persönlichkeit und Lebensverhältnisse des Täters. Sofern das Motiv des Täters nicht völlig außerhalb des menschlich Nachvollziehbaren liegt, ist eine Qualifizierung als „niedrig“ abzulehnen.<sup>46</sup> L hat R durch fahrlässiges Verhalten schwer verletzt und wollte eine Bestrafung durch die Strafverfolgungsbehörden vermeiden. Da L Berufskraftfahrer ist, hätte das Offenbarwerden seiner Täterschaft wohl auch Auswirkungen auf seinen Arbeitsplatz gehabt. Vor diesem Hintergrund entbehrt es nicht jeden nachvollziehbaren Grundes, dass L seine fahrlässig begangene Tat verdecken wollte. Eine Qualifizierung als niedriger Beweggrund wäre demnach nicht gegeben. Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht wäre dieser Ansicht zufolge zu verneinen.

### (6) Todeserfolg als Verdeckungsmittel

Für die Bejahung einer Verdeckungsabsicht könnte gefordert werden, dass der Todeserfolg gerade als Mittel der Verdeckung diene.<sup>47</sup> Dem Täter müsste es demnach auf den Tod des Opfers ankommen, um die Straftat zu verdecken. L hatte angesichts der stark eingeschränkten Zurechnungsfähigkeit des betrunkenen R sowie der rasch und unerwartet eingetretenen Unfallsituation keine Aufdeckung durch R zu befürchten. Verdeckungsmittel war demnach nicht dessen Tod, sondern die Flucht durch Wegfahren mit dem LKW. L kam es nicht gerade auf den Tod des R an. Nach dieser Ansicht wäre die Verdeckungsabsicht zu verneinen.

Saliger, Zum Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht, ZStW 109, 332.

<sup>40</sup> Weiß, Die Problematik der Verdeckungsabsicht im Mordtatbestand, Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften, Bd. 23, 1997, Teil III, 312.

<sup>41</sup> BGHSt 27, 346; Neumann, in: Kindhäuser u. a., StGB, 3. Aufl. 2010, § 211 Rn. 107; Saliger, ZStW 109, 303.

<sup>42</sup> BGHSt 7, 287, 290; Neumann, in: Kindhäuser u. a., StGB, 3. Aufl. 2010, § 211 Rn. 103.

<sup>43</sup> Neumann, in: Kindhäuser u. a., StGB, 3. Aufl. 2010, § 211 Rn. 104; Mitsch, JuS 1996, 218, 219; vgl. Joecks, in: StGB, 9. Aufl. 2010, § 211 Rn. 59.

<sup>44</sup> BGHSt 35, 126; Lackner/Kühl, in: ders., StGB, 28. Aufl. 2014, § 211 Rn. 13; Saliger, ZStW 109, 330.

<sup>45</sup> BGHSt 3, 132; Lackner/Kühl, in: ders., StGB, 28. Aufl. 2014, § 211 Rn. 5.

<sup>46</sup> Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil/I, 37. Aufl. 2013, § 2 III 1 Rn. 95.

<sup>47</sup> Joecks, in: StGB, 9. Aufl. 2010, § 211 Rn. 59; Saliger, ZStW 109, 318; BGHSt 7, 287.

### (7) Täterverhalten oder In-Gang-Setzen des Ursachenverlaufs als Verdeckungsmittel

Andererseits könnte es als ausreichend angesehen werden, dass das Täterverhalten dem Ziel der Verdeckung diene.<sup>48</sup> L unterließ die erforderlichen Rettungsmaßnahmen und ergriff stattdessen unverzüglich die Flucht, um nicht von der Polizei gefasst zu werden. Das Verletzen seiner Handlungspflicht und die an dessen Stelle tretende Flucht, dienten dem L zur Verdeckung der vorangegangenen Straftat. Hiernach wäre die Verdeckungsabsicht zu bejahen.

Es könnte auch genügen, dass der durch den Täter in Gang gesetzte Ursachenverlauf der Verdeckung dienlich war und zum Tod des Opfers führte.<sup>49</sup> Das Unterlassen der Rettungsmaßnahmen verschaffte dem L Zeit, unverzüglich den Unfallort zu verlassen und so das Risiko zu minimieren, von der Polizei gefasst zu werden. Der Verdeckung war der in Gang gesetzte Ursachenverlauf dienlich. Demnach wäre die Verdeckungsabsicht ebenfalls zu bejahen.

### (8) Besondere Verwerflichkeit

Bei der restriktiven Interpretation des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht kann nach einer Ansicht ein Rückgriff auf die Grundsätze der Lehre von der Typenkorrektur erfolgen.<sup>50</sup> Das Vorliegen einer Verdeckungsabsicht ist demnach unter dem Gesichtspunkt besonderer Verwerflichkeit zu bewerten.<sup>51</sup> Die Verwerflichkeit kann sich aus einem deutlichen Missverhältnis zwischen Mittel und Zweck ergeben.<sup>52</sup> Zu prüfen ist, ob vorliegend eine besondere Verwerflichkeit der Tat gegeben ist. Mittel ist hier die Inkaufnahme eines Menschenlebens und Zweck die Verdeckung der fahrlässigen Tötung. Dass L die lebensnotwendigen Rettungsmaßnahmen unterlässt und sich stattdessen mit dem Ziel der Verdeckung vom Unfallort entfernt, steht in einem Missverhältnis. Zwar ist der Täter nicht dazu verpflichtet, sich selbst zu belasten und an der eigenen Strafverfolgung mitzuwirken, was die Verwerflichkeit in Frage stellen könnte. Allerdings wird vom Täter nicht eine Selbstanzeige bei den Strafverfolgungsbehörden verlangt, sondern lediglich die Vornahme lebensrettender Maßnahmen.<sup>53</sup> L hätte demnach einen anonymen Anruf bei der Notrufzentrale absetzen können. Hierdurch wäre zwar das Risiko, als Täter identifiziert zu werden, erhöht worden, jedoch ist das Eingehen dieses Risikos als sozial adäquat und

zumutbar einzustufen.<sup>54</sup> L hat keinen Notarzt verständigt, sondern den schwer verletzten R hilflos an der Unfallstelle liegen gelassen. Ihm war es also wichtiger, sich selbst in Sicherheit zu bringen, als dem Opfer zu helfen. Hierin ist auch ein egoistisches Motiv zu sehen. In dem Verhalten des L ist folglich eine besondere Verwerflichkeit zu sehen. Unter dem Gesichtspunkt der besonderen Verwerflichkeit wäre die Verdeckungsabsicht demnach zu bejahen.

### (9) Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen

Die bei unechten Unterlassungsdelikten zu prüfende Entsprechensklausel des § 13 I HS 2 StGB könnte es in Frage stellen, ob das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands durch ein Tun entspricht.<sup>55</sup> Typische Fallkonstellationen eines Verdeckungsmords sind die Tötung eines Polizeibeamten, der den Täter auf frischer Tat ertappt hat oder die Tötung eines Opfers, Zeugen oder Mitwissers der Vortat, um deren Anzeige bei der Polizei zu verhindern.<sup>56</sup> In den typischen Fallkonstellationen des Verdeckungsmords handelt der Täter aktiv, um seine Straftat zu verdecken. Fraglich ist, ob das bloße Unterlassen auf gleicher Stufe steht. L hat hier lebensnotwendige Rettungsmaßnahmen unterlassen, um schnellstmöglich den Unfallort verlassen zu können und nicht als Täter identifiziert zu werden. Die Unterlassung und der daraus resultierende Taterfolg sind hinsichtlich ihres Unrechtsgehalts mit einem Verdeckungsmord durch aktives Tun vergleichbar. Folglich würde die Entsprechensklausel eine Bejahung des Mordtatbestands nahelegen.

### (10) Stellungnahme

Die diskutierten Ansätze zur Auslegung des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht kommen im vorliegenden Fall zu unterschiedlichen Ergebnissen. Nach den Kriterien (1)–(6) würde das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht verneint, nach den Ansätzen (7)–(9) würde es hingegen bejaht. Daher sind eine nähere Betrachtung der Ansichten sowie ein Streitentscheid erforderlich.

Die in (1) vertretene Restriktion auf Verdeckungstaten, die im Voraus geplant wurden oder in der gegebenen Situation mit Überlegung erfolgten, könnte in bestimmten Fallkonstellationen einen höheren Verwerflichkeitsgrad indizieren.<sup>57</sup> Nachteilig ist jedoch, dass durch die Restriktion viele Fallkonstellationen der Verdeckungsabsicht ausgeklammert werden. Oftmals sind die mit der Verdeckungsabsicht einhergehenden Tötungen, wie auch im vorliegenden Fall, ungeplant, was jedoch nicht den Grad ihrer Verwerflichkeit oder Gefährlichkeit mindert

<sup>48</sup> Joecks, in: StGB, 9. Aufl. 2010, § 211 Rn. 59.

<sup>49</sup> Joecks, in: StGB, 9. Aufl. 2010, § 211 Rn. 59.

<sup>50</sup> Neumann, in: Kindhäuser u. a., StGB, 3. Aufl. 2010, Vor § 211 Rn. 150; Weiß, Die Verdeckungsabsicht im Mordtatbestand, Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften, Bd. 23, 1997, Teil III, 309.

<sup>51</sup> Neumann, in: Kindhäuser u. a., StGB, 3. Aufl. 2010, Vor § 211 Rn. 147.

<sup>52</sup> Küper, Strafrecht Besonderer Teil, 6. Aufl. 2005, 338.

<sup>53</sup> Kaspar/Broichmann, Grundprobleme der Tötungsdelikte Teil 2, ZJS 4/2013, 352.

<sup>54</sup> Kaspar/Broichmann, ZJS 4/2013, 352.

<sup>55</sup> Mitsch, Jus 1996, 219.

<sup>56</sup> Saliger, ZStW 109, 119, 305.

<sup>57</sup> Weiß, Die Verdeckungsabsicht im Mordtatbestand, Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften, Bd. 23, 1997, Teil III, 311, 312.

oder gar ausschließt. Auch Ansatz (2) ist unter diesem Gesichtspunkt zu restriktiv, da hier sämtliche Fälle von „Augenblickstaten“ ausgenommen werden.<sup>58</sup> Die in (1) und (2) vorgeschlagenen Restriktionen vermögen daher nicht zu überzeugen.

Ansatz (3) verneint generell die Möglichkeit, das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht durch bloßes Unterlassen verwirklichen zu können und stützt sich darauf, dass der Begriff des Verdeckens ein aktives Tun erfordere und ein passives Nichtaufdecken regelmäßig nicht ausreiche. Auch dieser Auslegungsansatz ist zu restriktiv und widerspricht im Übrigen § 13 I StGB, der das Begehen durch ein Unterlassen ausdrücklich vorsieht.

Ansicht (4), die die Kausalität zwischen Verdeckungshandlung und Taterfolg in Frage stellt, ist im Grunde nachvollziehbar. Eine Verdeckungsabsicht soll nur bejaht werden, wenn tatsächlich ein enger Zusammenhang zwischen dem Verdeckungsverhalten und dem Taterfolg besteht. Folgt man hier jedoch den Grundsätzen der *conditio-sine-qua-non*-Formel, so ist jede Bedingung kausal, die nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass der Taterfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel. Auch wenn das Unterlassen der Rettungsmaßnahmen nicht die eigentliche Verdeckungshandlung darstellt, sondern nur mittelbare Folge der Flucht war, so kann hier dennoch von einer Kausalität gesprochen werden: Hätte L nicht die Flucht ergriffen, hätte er die lebenserhaltenden Rettungsmaßnahmen für R vornehmen und somit dessen Tod verhindern können. Ansicht (4) überzeugt aus diesem Grund nicht.

Die in (5) angeregte Einstufung der Verdeckungsabsicht als Regelbeispiel eines niedrigen Beweggrundes kann damit argumentiert werden, dass bei der Verdeckungs-tötung auch das Leben eines anderen Menschen instrumentalisiert und für eigene Zwecke missbraucht wird.<sup>59</sup> Problematisch ist diese Auslegung jedoch, da sie sich weder mit dem Wortlaut<sup>60</sup>, noch mit der Systematik des Gesetzes<sup>61</sup> vereinbaren lässt. Die Mordmerkmale sind bewusst in drei verschiedene Gruppen aufgeteilt, die separat zu prüfen sind. Die Verdeckungsabsicht würde anderenfalls ihren Status als eigenständiges Mordmerkmal verlieren.<sup>62</sup> Mithin ist dem unter (5) erläuterten Ansatz nicht zuzustimmen.

Ansatz (6) beschränkt das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht auf Fallkonstellationen, bei denen es dem Täter gerade auf den Tod des Opfers ankommt. Dies

würde eine erhöhte Verwerflichkeit der Tat begründen, erscheint jedoch zu weitgehend und würde die Grenzen des Wortlauts der Verdeckungsabsicht zu überschreiten. Auch ein billiges Inkaufnehmen des Todes kann einen gesteigerten Verwerflichkeitsgrad darstellen und sollte demnach nicht aus dem Begriff der Verdeckungsabsicht per se ausgeschlossen werden.

Die unter (1) – (6) angeregten Auslegungen der Verdeckungsabsicht nähern sich zwar dem Ziel der verfassungsrechtlich angezeigten Restriktion. Dennoch bieten diese Ansätze keine wirklich überzeugenden Lösungen an.

Vorzugswürdiger erscheinen hingegen die unter (7) – (9) diskutierten Ansätze.

Ansicht (7) lässt das Täterverhalten oder das In-Gang-Setzen des Ursachenverlaufs als Verdeckungsmittel genügen. Diese Auslegung des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht ist mit dem Wortlaut des § 211 II 3. Gruppe Alt. 2 StGB vereinbar. Vorzugswürdiger ist der Ansatz auch, da er nicht von vornherein Verdeckungs-tötungen ausschließt, bei denen der Täter den Tod des Opfers nur in Kauf nimmt. Die geringeren Anforderungen an das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht sind angesichts des absoluten Schutzzwecks des Rechtsguts Leben gerechtfertigt und soll potenzielle Täter davor zurückschrecken lassen, nur um der Verdeckung willen das Leben eines anderen Menschen zu gefährden.<sup>63</sup>

Für die Bewertung der Verdeckungsabsicht nach Verwerflichkeitsaspekten wie unter (8) dargelegt, spricht, dass das vor Neufassung des Gesetzes vom 04.09.1941 zur Abgrenzung von Mord und Totschlag maßgebliche Merkmal der Überlegung durch eine „Verwerflichkeitskaskadistik“ abgelöst wurde.<sup>64</sup> Maßgebliches Kriterium wurde somit die Verwerflichkeit, welche durch bestimmte Mordmerkmale konkretisiert werden sollte.<sup>65</sup> Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht ist also unter dem Wertungskriterium der Verwerflichkeit zu interpretieren. L hat hier sicher vorhergesehen, dass R sterben würde. In dieser für R lebensgefährlichen Situation ist es als verwerflich anzusehen, dass L jegliche Rettungsmaßnahmen unterließ und sich davon machte, um „Scherereien“ mit der Polizei zu vermeiden. Im Sinne des generalpräventiven Rechtsgüterschutzes darf die Verdeckungstendenz des Täters keinesfalls dazu verleiten, das Leben eines anderen Menschen zu opfern. Der Gesichtspunkt der besonderen Verwerflichkeit rechtfertigt vorliegend die Hochstufung einer normalen Tötungshandlung zum Mord.

<sup>58</sup> Brunhöber, Die Problematik einer ausweitenden Auslegung der Verdeckungsabsicht, HRRS 12/2011, 513.

<sup>59</sup> Neumann, in: Kindhäuser u. a., StGB, 3. Aufl. 2010, § 211 Rn. 97.

<sup>60</sup> Lackner/Kühl, in: ders., StGB, 28. Aufl. 2014, § 211 Rn. 13.

<sup>61</sup> Saliger, ZStW 109, 331.

<sup>62</sup> Saliger, ZStW 109, 330.

<sup>63</sup> Vgl. Weiß, Die Verdeckungsabsicht im Mordtatbestand, Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften, Bd. 23, 1997, Teil III, 199.

<sup>64</sup> Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vor §§ 211 ff. Rn. 4.

<sup>65</sup> Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vor §§ 211 ff. Rn. 4.



Da es sich hier um ein Unterlassungsdelikt handelt, ist die Entsprechensklausel des § 13 I HS 2 StGB zu beachten. Wie oben ausgeführt<sup>66</sup>, steht diese jedoch einer Bejahung des Mordes nicht entgegen. Insbesondere ist die hier vorliegende Unterlassungstat aufgrund ihrer besonderen Verwerflichkeit mit dem Unrechtsgehalt eines aktiven Verdeckungsmordes vergleichbar.

Abschließend sprechen die überzeugenderen Argumente der unter (7)–(9) diskutierten Ansätze für die Bejahung des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht. Eine Strafbarkeit des L aus § 211 II 3. Gruppe Alt. 2, 13 I StGB ist somit gegeben.

## II. Ergebnis

L hat sich des Mordes durch Unterlassen gem. §§ 211 II 3. Gruppe Alt. 2, 13 I StGB strafbar gemacht.

## C. Strafbarkeit des L gem. § 221 I Nr. 2 StGB

L könnte sich gem. § 221 I Nr. 2 StGB der Aussetzung strafbar gemacht haben, indem er den schwer verletzten R am Unfallort zurückließ und keine Hilfe verständigte.

### I. Tatbestandsmäßigkeit

Der Tatbestand des § 221 I Nr. 2 StGB müsste in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt sein.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Zu prüfen ist, ob der objektive Tatbestand vorliegt.

##### a) Tatobjekt

R ist als anderer Mensch ein taugliches Tatobjekt.

##### b) Tathandlung

L müsste den R in einer hilflosen Lage im Stich gelassen haben, obwohl er ihn in seiner Obhut hatte.

##### (aa) Hilflose Lage

Zu prüfen ist, ob R sich in einer hilflosen Lage befand. Eine hilflose Lage liegt vor, wenn das Opfer nicht (mehr) imstande ist, sich selbst gegen drohende Lebens- oder schwere Gesundheitsgefahren zu schützen.<sup>67</sup> Die hilflose Lage muss sich auf ein Verhalten des Täters zurückführen lassen.<sup>68</sup> R wurde durch das pflichtwidrige Verhalten des L und die daraus resultierende Kollision so schwer verletzt, dass er sich selbst nicht mehr helfen konnte. Eine hilflose Lage ist gegeben.

##### (bb) Obhutspflicht des L

L müsste gegenüber R eine Obhutspflicht gehabt haben. Eine Obhutspflicht entsteht in gleicher Weise wie eine Garantenstellung, insbesondere auch aus Ingerenz.<sup>69</sup> L hat R pflichtwidrig verletzt und wurde durch die Verletzungshandlung Garant. Eine Obhutspflicht des L liegt vor.

##### (cc) Im-Stich-Lassen

Trotz Obhutspflicht müsste L den R im Stich gelassen haben. Ein Im-Stich-Lassen ist gegeben, wenn der Obhutspflichtige sich seiner Obhutspflicht entzieht, obwohl er zur Beistandsleistung in der Lage gewesen wäre. Es kommt also auf das Unterlassen der möglichen und erforderlichen Hilfeleistung an.<sup>70</sup> L war es objektiv möglich, einen Notarzt zu verständigen oder sonstige Hilfe zu leisten. Stattdessen hat er die erforderliche Hilfeleistung unterlassen und den Unfallort verlassen. L ließ R somit im Stich.

##### c) Dadurch konkrete Gefahr

Infolge des Im-Stich-Lassens müsste R der Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung ausgesetzt gewesen sein. R wurde durch den Unfall schwer verletzt und schwebte in Lebensgefahr. Eine konkrete Gefahr infolge des Im-Stich-Lassens liegt mithin vor.

### 2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand erfordert, dass L hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale gem. § 15 StGB vorsätzlich handelte, d. h. er muss um die Umstände gewusst haben, die seine Obhutspflicht begründen und es muss ihm bewusst gewesen sein, dass durch das Im-Stich-Lassen für das Opfer eine konkrete Gefahr ausgelöst oder intensiviert werden kann.<sup>71</sup> L ließ R am Unfallort in dem Wissen zurück, dass dieser aufgrund der durch sein pflichtwidriges Verhalten herbeigeführten schweren Verletzungen sterben würde. L handelte daher vorsätzlich.

## II. Rechtswidrigkeit/Schuld

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. L handelte rechtswidrig. Mangels Vorliegen von Entschuldigungsgründen handelte L schuldhaft.

## III. Qualifikation

Zu prüfen ist, ob auch eine Erfolgsqualifikation erfüllt ist. In Frage kommen § 221 II Nr. 2 und § 221 III StGB.

<sup>66</sup> Vgl. 2. Tatkomplex B I 2 b) bb) (9).

<sup>67</sup> Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 221 Rn. 2.

<sup>68</sup> Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 221 Rn. 4a.

<sup>69</sup> Krey/Heinrich, Strafrecht BT/1, 13. Aufl. 2005, § 1 Rn. 135; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 221 Rn. 10.

<sup>70</sup> Wessels/Hettinger, Strafrecht BT/1, 37. Aufl. 2013, § 3 II 2 Rn. 202.

<sup>71</sup> Wessels/Hettinger, Strafrecht BT/1, 37. Aufl. 2013, § 3 II 3 Rn. 205.

**1. Qualifikation des § 221 II Nr. 2 StGB**

Gem. §§ 221 II Nr. 2, 18 StGB müsste L eine schwere Gesundheitsschädigung des R mindestens fahrlässig verursacht haben.

**a) Schwere Gesundheitsschädigung**

Zu prüfen ist, ob eine schwere Gesundheitsschädigung vorliegt. Schwere Gesundheitsschädigung meint in diesem Zusammenhang einen schwerwiegenden ernsthaften und langwierigen Krankheitszustand.<sup>72</sup> R ist schwer verletzt und schwebt in Lebensgefahr. Ein schwerwiegender und ernsthafter Krankheitszustand liegt mithin vor.

**b) Kausalität und Gefahrrealisierungszusammenhang**

Zwischen der Aussetzung des R und dem Eintritt des schwerwiegenden Krankheitszustands müsste ein Kausalitätsbezug und darüber hinaus ein spezifischer Gefahrrealisierungszusammenhang bestehen, d. h. in dem Erfolg der schweren Gesundheitsschädigung muss sich gerade eine dem Aussetzungstatbestand eigentümliche Gefahr realisiert haben.<sup>73</sup> Durch das Im-Stich-Lassen in hilfloser Lage intensiviert L den kritischen und schwerwiegenden Gesundheitszustand des R, insbesondere das Risiko, bleibende Schäden davonzutragen. Ein Kausalitätsbezug und ein spezifischer Gefahrrealisierungszusammenhang sind somit gegeben.

**c) Fahrlässigkeit hinsichtlich der Folge**

Die schwere Gesundheitsschädigung müsste durch L mindestens fahrlässig verursacht worden sein. L hat den schwer verletzten R in dem Wissen, dass dieser sicher sterben würde, am Unfallort liegen gelassen. Er handelte somit hinsichtlich der schweren Folge mehr als nur fahrlässig, nämlich mit direktem Vorsatz.

**d) Zwischenergebnis**

Die Voraussetzungen des Qualifikationstatbestands des § 221 II Nr. 2 StGB sind erfüllt. Eine schwere Gesundheitsschädigung wurde folglich durch L verursacht.

**2. Qualifikation des § 221 III StGB**

Fraglich ist, ob auch der Qualifikationstatbestand des § 221 III StGB erfüllt ist. Hierzu müsste L durch das Im-Stich-Lassen den Tod des R verursacht haben. Hinsichtlich des Eintritts der Todesfolge ist gem. § 18 StGB Fahrlässigkeit ausreichend. L ließ den R am Unfallort zurück in dem Wissen, dass dieser sicher sterben würde. Der Qualifikationstatbestand des § 221 III StGB ist mithin erfüllt.

**3. Zwischenergebnis**

Die Qualifikationstatbestände des § 221 II Nr. 2 und III StGB sind erfüllt.

<sup>72</sup> Rössner/Wenkel, in: Dölling u. a., *Gesamtes Strafrecht*, 2. Aufl. 2011, § 221 Rn. 8.

<sup>73</sup> Rössner/Wenkel, in: Dölling u. a., *Gesamtes Strafrecht*, 2. Aufl. 2011, § 221 Rn. 12.

**IV. Ergebnis**

L hat sich gem. § 221 I Nr. 2, II Nr. 2, III StGB strafbar gemacht.

**D. Gesamtergebnis zum 2. Tatkomplex**

L hat sich gem. §§ 211 II 3. Gruppe Alt. 2, 212 I, 13 I und 221 I Nr. 2, II Nr. 2, III StGB strafbar gemacht.

**E. Gesamtergebnis zum 1. und 2. Tatkomplex**

L hat sich gem. §§ 212 I, 13 I StGB des Totschlags durch Unterlassen, gem. §§ 211 II 3. Gruppe Alt. 2, 13 I StGB des Mordes durch Unterlassen und gem. § 221 I Nr. 2, II Nr. 2, III StGB der Aussetzung strafbar gemacht.

**F. Konkurrenzen**

Der vollendete Totschlag und die Aussetzung treten im Wege der Subsidiarität hinter dem vollendeten Mord zurück. L ist demnach gem. §§ 211 II 3. Gruppe Alt. 2, 13 I StGB strafbar.

**Abwandlung****A. Strafbarkeit des L gem. §§ 212 I, 22, 23 I, 13 I StGB**

L könnte sich wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen nach §§ 212 I, 13 I, 22 StGB strafbar gemacht haben, indem er sich nach Verursachung des Unfalls vom Unfallort entfernte.

**I. Vorprüfung**

R wird in einem nahe gelegenen Krankenhaus gerettet. Eine vollendete Tötung liegt somit nicht vor. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus §§ 212 I, 13 I, 22, 23 I, 12 I StGB.

**II. Tatbestandsmäßigkeit**

Zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen der §§ 212 I, 22, 23 I, 13 I StGB erfüllt sind.

**1. Tatentschluss**

L handelte gem. § 15 StGB vorsätzlich hinsichtlich des Erfolgseintritts und der Nichtvornahme der zur Erfolgs-

abwendung gebotenen Handlung trotz vorgestellter Garantstellung.<sup>74</sup>

## 2. Unmittelbares Ansetzen

L müsste unmittelbar zum Totschlag durch Unterlassen angesetzt haben. Fraglich ist, auf welchen Zeitpunkt bzgl. des Unterlassens abzustellen ist. Maßgebend könnte das Nichtergreifen der ersten oder der letzten Rettungsmöglichkeit sein.<sup>75</sup> Denkbar wäre es auch, eine unmittelbare Rechtsgutsgefährdung als maßgebenden Zeitpunkt anzusehen.<sup>76</sup>

### a) Nichtergreifen der ersten Rettungsmöglichkeit

Stellt man auf das Nichtergreifen der ersten Rettungsmöglichkeit ab<sup>77</sup>, so hätte L unmittelbar nach dem Unfall Rettungsmaßnahmen einleiten müssen. Da er dies unterlassen hat, wäre nach dieser Ansicht bereits im Zeitpunkt des Verstreichenlassens der ersten Rettungsmöglichkeit ein unmittelbares Ansetzen gegeben.

### b) Nichtergreifen der letzten Rettungsmöglichkeit

Ein unmittelbares Ansetzen könnte aber auch erst in dem Zeitpunkt vorliegen, in dem der Garant die nach seiner Vorstellung letzte Rettungsmöglichkeit nicht ergreift.<sup>78</sup> L hat den Rettungsruf fünf Minuten später abgesetzt, da ihn Gewissensbisse plagten. L ließ somit zwar die erste Rettungsmöglichkeit verstreichen, nicht jedoch die letzte Rettungsmöglichkeit. Nach dieser Ansicht hätte L noch nicht unmittelbar angesetzt.

### c) Unmittelbare Rechtsgutsgefährdung

Ferner könnte ein unmittelbares Ansetzen dann gegeben sein, wenn der Garant die Rettungshandlung verzögert oder den Geschehensablauf aus der Hand gibt und dadurch eine unmittelbare Gefahr für das Rechtsgut schafft.<sup>79</sup> Befindet sich das Opfer nach der Vorstellung des Garantens bereits in unmittelbarer Gefahr, sodass der Taterfolg naheliegend ist, muss der Garant die erste Rettungsmöglichkeit ergreifen, da ungewiss ist, ob eine weitere Rettungsmöglichkeit zu einem späteren Zeitpunkt überhaupt noch besteht.<sup>80</sup> L erkannte nach dem Unfall mit R dessen kritischen Gesundheitszustand und wusste, dass er ohne medizinische Versorgung sicher sterben würde. Angesichts des naheliegenden Todes des R hätte L eine sofortige Pflicht zum Handeln gehabt, die er jedoch nicht wahrnahm. Nach dieser Ansicht hätte L unmittelbar zum Unterlassen angesetzt.

### d) Streitentscheid

Da die dargestellten Ansichten hier zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ist ein Streitentscheid erforderlich.

Für die Ansicht der ersten Rettungsmöglichkeit spricht, dass der Garant möglichst schnell seiner Handlungspflicht nachkommen sollte, um die drohende Gefahr von dem Rechtsgut abzuwenden. Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass die Strafbarkeit zu einem sehr frühen Zeitpunkt begründet wird. Eine Straffreiheit wäre dann nur noch durch einen Rücktritt möglich, an den jedoch weitere Anforderungen wie kein Fehlschlag und Freiwilligkeit geknüpft sind, die der Garant möglicherweise nicht (mehr) erfüllen kann. Weiter spricht gegen diese Ansicht, dass ein strafrechtlich erhebliches Unterlassen unabhängig von dem Vorliegen einer Rechtsgutsgefährdung bejaht werden könnte.<sup>81</sup>

Die Ansicht der letzten Rettungsmöglichkeit könnte darauf gestützt werden, dass die Rechtsordnung lediglich die Abwendung des tatbestandlichen Erfolgs fordere. Dem Garant muss es demnach zugestanden werden, den Zeitpunkt des Ergreifens von Rettungshandlungen selbst zu bestimmen. Während bei der Ansicht der ersten Rettungsmöglichkeit kritisiert wird, dass bzgl. des unmittelbaren Ansetzens an einen zu frühen Zeitpunkt angeknüpft wird, ist hier die Kritik berechtigt, dass die Vornahme der letzten Rettungsmöglichkeit zu spät ansetzt. Die Wahrnehmung der letzten Rettungsmöglichkeit kann zwar den Taterfolg noch abwenden, unterbindet jedoch nicht die fortwährende Gefährdung des Rechtsguts. Ein wirksamer Rechtsgüterschutz wäre somit nicht gewährleistet.<sup>82</sup>

Aufgrund der genannten Mängel zu den Ansichten der ersten und der letzten Rettungsmöglichkeit erscheint es vorzugswürdiger, auf die unmittelbare Rechtsgutsgefährdung abzustellen. Sobald eine unmittelbare Rechtsgutsgefährdung vorliegt, soll der Garant verpflichtet sein, seiner Handlungspflicht nachzukommen und die Gefahr abzuwenden. Hierdurch ist ein wirksamer Rechtsgüterschutz sichergestellt. L hat es trotz unmittelbarer Lebensgefährdung des R unterlassen, unverzüglich Rettungsmaßnahmen einzuleiten und somit unmittelbar zum Totschlag durch Unterlassen angesetzt.

## III. Rechtswidrigkeit/Schuld

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. L handelte rechtswidrig. Mangels Vorliegen von Entschuldigungsgründen handelte L auch schuldhaft.

<sup>74</sup> Vgl. 2. Tatkomplex A I 2 (subjektiver Tatbestand).

<sup>75</sup> Wessels u. a., Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 16 V 1 Rn. 741; Heinrich, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2012, 752 ff.

<sup>76</sup> Heinrich, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2012, Rn. 755.

<sup>77</sup> Heinrich, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2012, Rn. 754.

<sup>78</sup> Heinrich, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2012, Rn. 753.

<sup>79</sup> Heinrich, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2012, Rn. 755.

<sup>80</sup> Wessels u. a., Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 16 V 1 Rn. 741.

<sup>81</sup> Heinrich, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2012, Rn. 754.

<sup>82</sup> Heinrich, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2012, Rn. 753.

## IV. Rücktritt

L könnte von der Tötung durch Unterlassen wirksam zurückgetreten sein.

### 1. Kein fehlgeschlagener Versuch

Ein wirksamer Rücktritt setzt zunächst voraus, dass kein fehlgeschlagener Versuch vorliegt. Dies wäre der Fall, wenn der Täter erkennt, dass er den Taterfolg nicht mehr durch Unterlassen oder aktives Tun herbeiführen kann.<sup>83</sup> L wusste, dass sein Untätigbleiben zum Tod des R führen würde. Der Taterfolg hätte also durch andauerndes Unterlassen des L noch herbeigeführt werden können. Ein fehlgeschlagener Versuch liegt daher nicht vor.

### 2. Beendeter/unbeendeter Versuch

Zu prüfen ist, ob ein beendeter oder unbeendeter Versuch vorliegt. Solange es nach der Vorstellung des Täters noch möglich ist, den Taterfolg durch Nachholung der erforderlichen Rettungshandlung abzuwenden, liegt ein unbeendeter Versuch vor.<sup>84</sup> L ging mit Ankunft in Flensburg davon aus, dass R noch gerettet werden könnte, wenn er einen Rettungsruf absetzt. Ein unbeendeter Versuch ist somit gegeben.

### 3. Rücktrittsverhalten

Da ein unbeendeter Versuch vorliegt, müsste L gem. § 24 I Alt. 1 StGB die weitere Ausführung der Tat aufgegeben haben. Bei einem Unterlassungsdelikt müsste er also die Unterlassung aufgeben und die erforderliche Rettungshandlung nachgeholt haben. L verständigte fünf Minuten nach Verlassen der Unfallstelle anonym einen Notarzt und teilte in dem Telefonat mit, dass auf der B 199 ca. 3–4 Kilometer südlich von Flensburg ein verletzter Radler auf dem Radweg liege. Danach legte er sofort auf, sodass Rückfragen seitens des Telefonisten des ärztlichen Notdienstes nicht beantwortet werden konnten. Fraglich ist, ob die vage Beschreibung des L während des Rettungsrufes für einen wirksamen Rücktritt ausreichend ist. Aufgrund der von L gemachten Angaben konnte ein Rettungsfahrzeug des Notdienstes nach Abfahren der Strecke den lebensgefährlich verletzten R entdecken und ihn in ein nahe gelegenes Krankenhaus bringen. Der nachgeholt Rettungsruf des L war also ausreichend.

### 4. Freiwilligkeit

L müsste freiwillig zurückgetreten sein. Freiwillig ist der Rücktritt, wenn der Täter nicht durch zwingende Hinderungsgründe veranlasst wird, sondern aufgrund einer autonomen Entscheidung handelt. Als Beweggründe hierzu kommen bspw. Gewissensbisse in Betracht.<sup>85</sup> L plagten die Gewissensbisse so stark, dass er sich zu ei-

nem Rettungsruf entschloss. Ein freiwilliger Rücktritt liegt somit vor.

## 5. Zwischenergebnis

L ist wirksam zurückgetreten.

## V. Ergebnis

L hat sich nicht wegen eines versuchten Totschlags gem. §§ 212 I, 13 I, 22 StGB strafbar gemacht.

## B. Strafbarkeit des L gem. §§ 211, 22, 23 I, 13 I StGB

Mangels versuchten Totschlags kann sich L nicht wegen versuchten Mordes gem. §§ 211, 22, 23 I, 13 I StGB strafbar gemacht haben.

## C. Strafbarkeit des L gem. §§ 221 I Nr. 2 StGB

L könnte sich der Aussetzung gem. § 221 I Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er den schwer verletzten R am Unfallort liegen ließ und sich vom Unfallort entfernte.

### I. Tatbestandsmäßigkeit

L handelte objektiv und subjektiv tatbestandsmäßig.<sup>86</sup>

### II. Rechtswidrigkeit/Schuld

Mangels Vorliegen von Rechtfertigungsgründen handelte L rechtswidrig. Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich, sodass L auch schuldhaft handelte.

### III. Qualifikation

Zu prüfen ist, ob auch eine Erfolgsqualifikation erfüllt ist. In Betracht kommen die Qualifikationstatbestände des § 221 II Nr. 2 und § 221 III StGB.

#### 1. Qualifikation des § 221 II Nr. 2 StGB

Gem. §§ 221 II Nr. 2, 18 StGB müsste L eine schwere Gesundheitsschädigung des R mindestens fahrlässig verursacht haben.

##### a) Schwere Gesundheitsschädigung

Eine schwere Gesundheitsschädigung liegt vor.<sup>87</sup>

<sup>83</sup> Wessels u. a., Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 16 V 2 Rn. 743.

<sup>84</sup> Wessels u. a., Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 16 V 2 Rn. 743.

<sup>85</sup> Wessels u. a., Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 14 V 8 Rn. 651.

<sup>86</sup> Vgl. 2. Tatkomplex C I 1 (objektiver Tatbestand) und 2 (subjektiver Tatbestand).

<sup>87</sup> Vgl. 2. Tatkomplex C IV 1 a (schwere Gesundheitsschädigung).

**b) Kausalität und Gefahrrealisierungszusammenhang**

Zwischen der Aussetzung des R und dem Eintritt des schwerwiegenden Krankheitszustands bestehen ein Kausalitätsbezug und ein spezifischer Gefahrrealisierungszusammenhang.<sup>88</sup>

**c) Fahrlässigkeit hinsichtlich der Folge**

L handelte hinsichtlich der schweren Folge mehr als nur fahrlässig. Die Mindestanforderung des fahrlässigen Verhaltens ist somit erfüllt.<sup>89</sup>

**d) Zwischenergebnis**

Die Voraussetzungen des Qualifikationstatbestands des § 221 II Nr. 2 StGB sind erfüllt. Eine schwere Gesundheitsschädigung wurde folglich durch L verursacht.

**2. Qualifikation des § 221 III StGB**

Fraglich ist, ob auch der Qualifikationstatbestand des § 221 III StGB erfüllt ist. Hierzu müsste L durch das Im-Stich-Lassen auch den Tod des R verursacht haben. Hinsichtlich des Eintritts der Todesfolge ist gem. § 18 StGB Fahrlässigkeit ausreichend. R wurde in einem nahe gelegenen Krankenhaus gerettet. Der Erfolg des § 221 III StGB ist nicht eingetreten, sodass der Qualifikationstatbestand des § 221 III StGB nicht erfüllt ist.

**IV. Rücktritt von der vollendeten Aussetzung**

Fraglich ist, ob der Rücktritt vom versuchten Mord durch Unterlassen auch eine Strafbarkeit wegen vollendeter Aussetzung entfallen lässt. Hierzu könnte man vertreten, dass § 24 StGB entnommen werden kann, dass der Täter im Falle des Rücktritts wegen der in dem Versuch liegenden Gefährdung nicht mehr bestraft werden soll.<sup>90</sup> Gegen diese Ansicht spricht jedoch die faktische Schlechterstellung eines Täters mit alleinigem Gefährdungsvorsatz im Vergleich zu einem Täter, der darüber hinausgehend sogar Todes- oder Mordvorsatz hatte.<sup>91</sup> Der Täter mit Todes- oder Mordvorsatz würde durch den Rücktritt vom versuchten Totschlag oder Mord straffrei hinsichtlich der Aussetzung, während ein Täter, der nur einen Gefährdungsvorsatz hatte, wegen einer Aussetzung bestraft werden würde. Vorzugswürdiger erscheint es daher, die Strafbarkeit wegen vollendeter Aussetzung nicht entfallen zu lassen. Die Rücktrittsmöglichkeit von der vollendeten Aussetzung ist im Ergebnis abzulehnen.

<sup>88</sup> Vgl. 2. Tatkomplex C IV 1 b (Kausalität und Gefahrrealisierungszusammenhang).

<sup>89</sup> Vgl. 2. Tatkomplex C IV 1 c (Fahrlässigkeit hinsichtlich der Folge).

<sup>90</sup> Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 24 Rn. 110.

<sup>91</sup> Reinbacher, in: Coester-Waltjen u. a., Zwischenprüfung: Zivilrecht Strafrecht, Öffentliches Recht, Grundlagenfächer, 2004, S. 30.

**V. Ergebnis**

L hat sich gem. § 221 I Nr. 2, II Nr. 2 StGB der Aussetzung mit schwerer Gesundheitsschädigung zu Lasten des R strafbar gemacht.

**D. Strafbarkeit des L gem. §§ 221 I, III, 22, 23 I StGB**

Da es an dem Erfolg des § 221 III StGB mangelt, ist zu prüfen, ob L sich gem. §§ 221 I, III, 22, 23 I StGB einer versuchten Aussetzung mit Todesfolge strafbar gemacht hat.

**I. Vorprüfung****1. Keine Vollendung**

R wird in einem nahe gelegenen Krankenhaus gerettet. Eine vollendete Aussetzung mit Todesfolge liegt somit nicht vor.

**2. Strafbarkeit des Versuchs**

Fraglich ist, ob die versuchte Aussetzung mit Todesfolge strafbar ist. Das in § 221 I StGB geregelte Grunddelikt ist gem. § 12 II StGB ein Vergehen, das mangels ausdrücklicher Bestimmung im Gesetz im Umkehrschluss der §§ 22, 23 I StGB im Versuch nicht strafbar ist. Die Erfolgsqualifikation des § 221 III StGB ist dagegen im Mindestmaß mit einer Freiheitsstrafe von drei Jahren bedroht und stellt damit gem. § 12 I StGB ein Verbrechen dar. Danach ist die Aussetzung mit Todesfolge im Versuch strafbar.<sup>92</sup>

**II. Tatbestandsmäßigkeit**

Zu prüfen ist, ob L Tatentschluss hinsichtlich des Grunddelikts und der Erfolgsqualifikation hatte und unmittelbar zur Aussetzung mit Todesfolge angesetzt hat.

**1. Tatentschluss**

L handelte hinsichtlich des Grunddelikts vorsätzlich.<sup>93</sup> Ihm war es auch bewusst, dass der Tod des R eintreten würde, wenn er ihn weiterhin im Stich lässt. Hinsichtlich der Erfolgsqualifikation, also dem Tod des R, handelte L demnach mit direktem Vorsatz.

**2. Unmittelbares Ansetzen**

L müsste unmittelbar zur Aussetzung mit Todesfolge angesetzt haben. L ließ den schwer verletzten und in Lebensgefahr schwebenden R am Unfallort zurück. Die To-

<sup>92</sup> Rössner/Wenkel, in: Dölling u. a., Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011, § 221 Rn. 14; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 18 Rn. 8.

<sup>93</sup> Vgl. 2. Tatkomplex C I 2 (subjektiver Tatbestand).

desfolge des R war somit naheliegend. Ein unmittelbares Ansetzen liegt vor.

### III. Rechtswidrigkeit/Schuld

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. L handelte somit rechtswidrig und schuldhaft.

### IV. Rücktritt

Zu prüfen ist, ob L von der versuchten Aussetzung mit Todesfolge wirksam zurückgetreten ist.

#### 1. Kein fehlgeschlagener Versuch

Ein fehlgeschlagener Versuch liegt nicht vor.<sup>94</sup>

#### 2. Beendeter/unbeendeter Versuch

Zu prüfen ist, ob ein beendeter oder unbeendeter Versuch vorliegt. Solange es nach der Vorstellung des Täters noch möglich ist, den Taterfolg abzuwenden, liegt ein unbeendeter Versuch vor.<sup>95</sup> L ging davon aus, dass R noch gerettet werden könnte, wenn er einen Rettungsruf absetzt. Ein unbeendeter Versuch ist somit gegeben.

#### 3. Rücktrittsverhalten

Da ein unbeendeter Versuch vorliegt, müsste L gem. § 24 I 1 Alt. 1 StGB die weitere Ausführung der Tat auf-

gegeben haben. L verständigte fünf Minuten nach Verlassen der Unfallstelle anonym einen Notarzt. Aufgrund seines Anrufs konnte ein Rettungsfahrzeug des Notdienstes den lebensgefährlich verletzten R entdecken und ihn in ein nahe gelegenes Krankenhaus bringen. Der Rettungsruf des L stellt ein geeignetes Rücktrittsverhalten dar.

#### 4. Freiwilligkeit

Ein freiwilliger Rücktritt liegt vor.<sup>96</sup>

#### 5. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen eines Rücktritts gem. § 24 StGB liegen vor, sodass L wirksam von der versuchten Aussetzung mit Todesfolge zurückgetreten ist.

### V. Ergebnis

L hat sich nicht der versuchten Aussetzung mit Todesfolge gem. §§ 221 III, 22, 23 I StGB strafbar gemacht.

## E. Gesamtergebnis zur Abwandlung

L hat sich gem. § 221 I Nr. 2, II Nr. 2 StGB der Aussetzung mit schwerer Gesundheitsschädigung zu Lasten des R strafbar gemacht.

<sup>94</sup> Vgl. Abwandlung A V 1.

<sup>95</sup> Wessels u. a., Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 16 V 2 Rn. 743.

<sup>96</sup> Vgl. Abwandlung A V 4.

Olaf Muthorst\*

## Handeln in Untervollmacht

**BGB § 164** Wer in Untervollmacht handelt, kann den Hauptbevollmächtigten oder unmittelbar den Geschäftsherrn vertreten.

**Handelt der Unterbevollmächtigte unmittelbar für den Geschäftsherrn und nicht bloß für den Hauptbevollmächtigten, kommt es für die Wirksamkeit der Stellvertretung auf das Bestehen der Hauptvollmacht bei Erteilung der Untervollmacht und auf das Bestehen der Untervollmacht bei Vornahme des Vertretergeschäfts an.**

KG, Beschluss vom 14.07.2015 – 1 W 688/15 u. a., juris

### Sachverhalt

E bewilligt und beantragt die Löschung einer auf seinem Grundstück lastenden Grundschuld der H.F.AG (H). Dazu legt er die von Frau G und Frau K, Mitarbeiterinnen der C-Bank AG (C), als „C.AG i.A. der H.F.AG“ abgegebene notarielle Löschungsbewilligung vom 29.8.2013 vor sowie eine notarielle Urkunde vom 28.11.2012, in der G und K von C Untervollmacht erhalten haben, „die Gläubigerin im Umfang der Hauptvollmacht umfassend zu vertreten.“ Der Notar bescheinigte in dieser Urkunde, die Hauptvollmacht, die der C zur Abgabe von Löschungsbewilligungen mit dem Zusatz „Unterbevollmächtigung ist zulässig“ am 31.1.2007 erteilt worden war, habe in notarieller Ausfertigung bei Beurkundung der Untervollmacht vorgelegen. Eine beglaubigte Abschrift der Hauptvollmacht war beigelegt. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung die Vorlage der Hauptvollmacht gefordert. Zu Recht?

### Problemaufriss

Der Erwerb eines Rechts, das sich auf ein Grundstück bezieht, setzt Einigung und Eintragung im Grundbuch voraus (§ 873 BGB). Im Unterschied dazu bedarf die Aufhebung eines Grundstücksrechts im Ausgangspunkt keiner Einigung, sondern es genügt die Erklärung des Berechtigten, dass er das Recht aufgibt. Unverändert erforderlich ist aber die Grundbucheintragung (Löschung; § 875 I 1 BGB). Ebenso wie es für einzelne Erwerbstatbestände Spezialregelungen gibt (z. B. Auflassung, § 925 BGB), kennt das Gesetz auch für die Aufhebung mitunter zusätzliche Voraussetzungen. Die Aufhebung eines Grundpfandrechts erfordert etwa die Zustimmung des Eigentümers (§§ 1183, 1192 BGB). Die Löschung im Grundbuch erfolgt grundsätzlich dann, wenn die ver-

fahrenrechtlichen Voraussetzungen der GBO vorliegen: ein Antrag (§ 13 GBO), eine Bewilligung (§ 19 GBO) in der gehörigen Form (§ 29 GBO), die Voreintragung des Betroffenen (§ 39 GBO).

Von diesen Voraussetzungen ist hier allein die Löschungsbewilligung zweifelhaft. Läge sie vor, würde sie zugleich die materiell-rechtliche Aufhebungserklärung enthalten.<sup>1</sup> Zweifelhaft ist die Löschungsbewilligung, weil sie nach § 19 GBO von demjenigen herrühren muss, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird. Von der Grundschuld Löschung unmittelbar betroffen ist der Gläubiger.<sup>2</sup> Außerdem ist die Mitbewilligung des Eigentümers erforderlich, wie § 27 I GBO klarstellt.<sup>3</sup> Die Eigentümerbewilligung liegt laut Sachverhalt vor, aber es wurde keine Löschungsbewilligung durch die Gläubigerin, die H, sondern nur durch G und K erteilt. Allerdings ist auch im Grundbuchverfahren Stellvertretung gemäß §§ 164 ff. BGB zulässig. Wird eine Erklärung im Namen des Vertretenen mit Vertretungsmacht abgegeben, so treffen die rechtlichen Wirkungen nicht den Erklärenden (G und K), sondern den Vertretenen (§ 164 I BGB). Auch die Voraussetzungen der Stellvertretung, insbesondere die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (Vollmacht), müssen aber gemäß § 29 GBO nachgewiesen werden. Der Nachweis muss die Erteilung und, wegen der Möglichkeit des Widerrufs (§ 168 S. 2 BGB), den Fortbestand der Vollmacht umfassen. Das gelingt im Hinblick auf § 172 BGB durch Vorlage einer dem Bevollmächtigten ausgehändigten Vollmachtsurkunde. Nach dieser Norm ist der Vertreter jedem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt, wenn ihm der Vollmachtgeber eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt hat und der Vertreter sie dem Dritten vorlegt. Bestand in Wahrheit keine Vertretungsmacht, bedeutet diese Regelung eine Rechtscheinsvollmacht.<sup>4</sup> Im Verfahren vor dem Grundbuchamt hat sie zur Folge, dass der Bevollmächtigte eine ihm erteilte Ausfertigung einer beurkundeten Vollmacht (öffentlichen Urkunde, vgl. § 415 I ZPO) oder eine Urschrift der in Unterschriftsbelegungsform erteilten Vollmacht (öffentlich beglaubigte Urkunde, vgl. § 129 I

<sup>1</sup> BGH MDR 2007, 296; NJW 2013, 1676 Rn. 16.

<sup>2</sup> Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, § 19 Rn. 101; KEHE/Munzig, GBR, 7. Aufl. 2015, § 19 GBO Rn. 57.

<sup>3</sup> Außer bei bloß berichtiger Löschung ist die Bewilligung durch den Eigentümer bereits gemäß § 19 GBO erforderlich, und zwar wegen seiner (mittelbaren) Betroffenheit von der Rechtsänderung, vgl. Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, § 19 Rn. 101, § 27 Rn. 72.

<sup>4</sup> Faust, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, § 26 Rn. 33.

\* Dr. iur., Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

BGB) benötigt.<sup>5</sup> Eine beglaubigte Abschrift genügt hingegen nicht.<sup>6</sup>

G und K haben zwar eine öffentliche Urkunde über die Vollmacht vorgelegt, die ihnen durch die C erteilt worden war, nicht aber von der der C erteilten Hauptvollmacht. Darin sieht das Grundbuchamt ein Eintragungshindernis. Es hat dem Antragsteller deshalb eine Frist gesetzt, das Eintragungshindernis zu beseitigen (Zwischenverfügung, § 18 I 1 GBO). Verstreicht die Frist ergebnislos, wird der Antrag zurückgewiesen (§ 18 I 2 GBO). Dass der Antrag nicht sofort zurückgewiesen wird, ist wichtig, weil dadurch dem gestellten Antrag spätere Eintragungsanträge trotz des Eintragungshindernisses nicht mehr in die Quere kommen können. Solche späteren Anträge darf das Grundbuchamt nur so erledigen, dass die beantragte Eintragung möglich bleibt (vgl. § 18 II GBO).<sup>7</sup>

Die entscheidende Frage ist daher, ob die von G und K vorgelegten Urkunden ausreichen, um eine Löschungsbewilligung gemäß § 19 GBO zu bejahen, oder ob dazu auch eine Ausfertigung (und nicht nur: eine beglaubigte Abschrift) der der C erteilten Hauptvollmacht vorgelegt werden muss.

### Zur Entscheidung

Das Kammergericht hält die vorgelegten Urkunden für ausreichend.

Weichenstellende Bedeutung hat dabei die Frage, in wessen Namen G und K die Löschung bewilligt haben. Dabei muss man sich vor Augen führen, dass Handeln in Untervollmacht an sich zweierlei bedeuten kann: Es kann bedeuten, dass eine Willenserklärung im Namen des Vertretenen statt vom Hauptbevollmächtigten vom Unterbevollmächtigten abgegeben wird. Der Unterbevollmächtigte ist also Bevollmächtigter des Geschäftsherrn (unmittelbare Untervertretung),<sup>8</sup> nur dass er seine Vertretungsmacht von der Befugnis des Hauptbevollmächtigten ableitet, im Namen des Geschäftsherrn für diesen Vertretungsmacht bestellen zu können. Es kann aber, zumindest nach Ansicht der Rechtsprechung,<sup>9</sup> auch bedeuten, dass der Unterbevollmächtigte den Hauptbevollmächtigten dabei vertritt, den Geschäftsherrn zu vertreten. Der Unterbevollmächtigte handelt in erster Linie für den Hauptbevollmächtigten und dabei nur mittelbar für den Geschäftsherrn (mittelbare Untervertretung).<sup>10</sup>

Diese Konstruktion wird in der Literatur überwiegend abgelehnt: Der Hauptbevollmächtigte könne andere zu Bevollmächtigten des Geschäftsherrn bestellen, sei aber nicht im Stande, für sich selbst Vertreter zu bestellen, die Rechtsfolgen für und gegen einen Dritten herbeiführen.<sup>11</sup>

Das Kammergericht musste auf diesen Streit nicht eingehen, denn nach seiner Auffassung haben G und K die Löschung für die H bewilligt (also in unmittelbarer Untervertretung). Die Löschungsbewilligung wurde von G und K als „C.AG i.A. der H.F.AG“ unterschrieben, und das lege es zwar nahe, von einem Handeln für die C auszugehen. Auch im Grundbuchverfahren seien Erklärungen aber der Auslegung zugänglich, und sie ergebe, dass die Löschungsbewilligung unmittelbar für die H abgegeben worden sei. Denn die G und K erteilte und der Löschungsbewilligung beigefügte Untervollmacht habe nur dazu bevollmächtigt, „die Gläubigerin ‚im Umfang der Hauptvollmacht‘ umfassend zu vertreten.“ Zur Vertretung der C wären G und K durch die Untervollmacht also gar nicht berechtigt gewesen. Dafür hätten G und K eine weitere von der C erteilte Vollmacht benötigt. Dass sie von einer solchen Vollmacht Gebrauch machen wollten, lasse sich daraus, dass sie als „C.AG i.A. der H.F.AG“ unterschrieben hätten, nicht schließen, und die Vorlage der zur Vertretung der Gläubigerin berechtigenden Untervollmacht spreche dagegen.<sup>12</sup>

In der Form des § 29 GBO war damit nachzuweisen, dass die C der G und K Untervollmacht für die H erteilt hatte, dass sie dabei mit Vertretungsmacht der H handelte und dass diese Untervollmacht im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Vertretererklärung (also der Löschungsbewilligung) noch bestand. Diesen Nachweis hat das Kammergericht als geführt angesehen.

Wirksam geworden ist die Vertretererklärung der G und K in dem Zeitpunkt, in dem sie dem E, zu dessen Gunsten sie erfolgte, ausgehändigt worden war.<sup>13</sup> Dabei war E auch die Untervollmachtsurkunde in einer Ausfertigung ausgehändigt worden. Damit lag der insoweit erforderliche Nachweis vor.<sup>14</sup> Für die Vertretungsmacht der C kam es auf den Bestand der Hauptvollmacht bei Vornahme des Vertretergeschäfts durch die C (also bei Erteilung der Untervollmacht an G und K) an. Insoweit lag dem Grundbuchamt mit der Untervollmachtsurkunde die Bescheinigung des Notars vor, die Hauptvollmacht,

<sup>5</sup> KEHE/Munzig, GBR, 7. Aufl. 2015, § 19 GBO Rn. 136.

<sup>6</sup> BGHZ 102, 60 (63).

<sup>7</sup> Näher Prütting, Sachenrecht, 35. Aufl. 2014, Rn. 286 ff.

<sup>8</sup> Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. 2011, Rn. 1447; Faust, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, § 28 Rn. 1; Schack, BGB – Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2013, Rn. 471.

<sup>9</sup> Vgl. RGZ 108, 405 (407); BGHZ 32, 250 (253 f.) = JuS 1961, 315 (Mertens).

<sup>10</sup> Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl.

2011, Rn. 1447; Faust, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, § 28 Rn. 1.

<sup>11</sup> Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1992, § 49,5; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2012, § 50 Rn. 37 f.; Staudinger/Schilken, BGB, 2009, § 167 Rn. 62.

<sup>12</sup> KG vom 14.07.2015 – 1 W 688/15 u. a., Rn. 9 ff.

<sup>13</sup> Vgl. KEHE/Munzig, GBR, 7. Aufl. 2015, § 19 GBO Rn. 102 ff.; für die Aufhebungserklärung ergibt sich Entsprechendes aus § 875 II, 2. Fall BGB.

<sup>14</sup> KG vom 14.07.2015 – 1 W 688/15 u. a., Rn. 5.



die der C am 31.1.2007 erteilt worden war, habe in notarieller Ausfertigung bei Erteilung der Untervollmacht vorgelegen. Eine beglaubigte Abschrift war beigelegt. Damit war wiederum in der erforderlichen Form nachgewiesen, dass die C bei Erteilung der Untervollmacht zur Vertretung der H befugt war.<sup>15</sup>

Da die von der C erteilte Untervollmacht keine Einschränkung enthielt, dass die Untervollmacht vom Fort-

bestand der Hauptvollmacht abhängig sei, kam es nur darauf an, dass die C wirksam Untervollmacht erteilt hatte, aber nicht darauf, ob die Hauptvollmacht noch bestand, als G und K von der Untervollmacht Gebrauch machten.<sup>16</sup> Diesen Nachweis hätten G und K nur durch Vorlage der Hauptvollmacht führen können, aber weil es auf den Fortbestand der Hauptvollmacht nicht ankam, durfte das Grundbuchamt die Vorlage der Hauptvollmacht nicht verlangen.

<sup>15</sup> KG vom 14.07.2015 – 1 W 688/15 u. a., Rn. 6 ff.; vgl. BGHZ 76, 76; KG DNotZ 1972, 615 (617); KEHE/Munzig, GBR, 7. Aufl. 2015, § 19 GBO Rn. 136; anders Wolf, Der Nachweis der Untervollmacht bei Notar und Grundbuchamt, MittBayNot 1996, 266 (270).

<sup>16</sup> Vgl. Staudinger/Schilken, BGB, 2009, § 174 Rn. 4; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, Einl E Rn. 106; Bous, Fortbestand und Rechtschein der Untervollmacht trotz Wegfalls der Hauptvollmacht, RNotZ 2004, 483 ff.

Ulrike Lembke\*

## Verfassungswidrigkeit des Betreuungsgeldgesetzes

**Art. 74 I Nr. 7 i. V. m. Art. 72 II GG** Zu den (hohen) Anforderungen an das Vorliegen der Erforderlichkeit bundesgesetzlicher Regelungen im Bereich der öffentlichen Fürsorge.

1. Eine bundesgesetzliche Regelung von Leistungen der öffentlichen Fürsorge ist nur dann zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet erforderlich, wenn diese Verhältnisse sich in den Ländern in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinanderentwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet.

2. Sind Regelungen bereits auf Grund der fehlenden Gesetzgebungskompetenz nichtig, bedarf es keiner Prüfung ihrer Vereinbarkeit mit Grundrechten.

BVerfG, Urteil vom 21.07.2015, Az. 1 BvF 2/13.

### Das angegriffene Gesetz

Gegenstand des von der Freien und Hansestadt Hamburg initiierten Normenkontrollantrages vor dem Bundesverfassungsgericht war Artikel 1 Nr. 3 Betreuungsgeldgesetzes vom 15.02.2013.<sup>1</sup> Mit diesem wurden §§ 4a–4d in das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) eingefügt. Danach sollten Eltern vom 15. bis zum 36. Lebensmonat ihres Kindes einkommensunabhängig ein monatliches Betreuungsgeld von 150 Euro beziehen können, wenn für das Kind weder eine öffentlich

geförderte Tageseinrichtung noch Kindertagespflege in Anspruch genommen wurde.

Das sog. Betreuungsgeld spiegelt eine Position im Streit um Kinderbetreuung in Deutschland. Mit dem Kinderförderungsgesetz vom 10.12.2008 wurde festgelegt, dass ab August 2013 Kinder vom ersten Lebensjahr an einen Anspruch auf (zunächst frühkindliche) Förderung in einer entsprechenden Einrichtung haben,<sup>2</sup> deren damit notwendiger Ausbau vom Bund erheblich finanziell gefördert wurde. Allerdings gab und gibt es in Deutschland hitzige Diskussionen über die Frage, ob insbesondere kleine Kinder besser von ihren Eltern (= Müttern<sup>3</sup>) oder (zumindest auch) in öffentlichen Einrichtungen betreut werden sollten. Insbesondere die CSU forderte, dass auch die Entscheidung, keine solchen Einrichtungen in Anspruch zu nehmen, finanziell anerkannt werden müsse.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Gesetz zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege vom 10.12.2008, BGBl. I, S. 2403. Das BVerfG vom 12.09.2013, Az. 5 C 35/12, entschied, dass bei Nichterfüllung des Rechtsanspruchs auf einen Kitaplatz die Eltern unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für einen privat organisierten Kitaplatz haben.

<sup>3</sup> Grundlegend *Badinter*, Mutterliebe, 1981; *Dies.*, Der Konflikt. Die Frau und die Mutter, 2010.

<sup>4</sup> Dies stellt nicht nur eine markante Abweichung zur Praxis in vielen europäischen Ländern (u. a. Frankreich und Finnland) dar, wenig überraschend ist auch, dass vergleichbare Forderungen für die finanzielle Anerkennung der Nicht-Inanspruchnahme anderer öffentlicher Einrichtungen wie Bibliotheken, Schwimmbäder oder Theater weder zuvor noch nachher erhoben wurden, dazu *Sacksofsky*, Stellungnahme zu BT-Drucksachen 17/9917, 17/9572, 17/9582, 17/9165 vom 11.09.2012, S. 3.

\* Habilitandin an der Universität Hamburg und wissenschaftliche Assistentin an der Universität Greifswald.

<sup>1</sup> Gesetz zur Einführung eines Betreuungsgeldes vom 15.02.2013, BGBl. I, S. 254.

## Fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Das BVerfG entschied, dass §§ 4a–4d BEEG wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz des Bundes verfassungswidrig und nichtig sind. Als möglicher Kompetenztitel kam nur Art. 74 I Nr. 7 GG (öffentliche Fürsorge) in Betracht. Auf mögliche Zweifel, ob es sich bei finanziellen Leistungen für die Nicht-Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen um öffentliche Fürsorge handeln kann, ging das BVerfG nicht ein. Das Gebiet der öffentlichen Fürsorge ist der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz zuzuordnen, weshalb die Kompetenz zur bundesgesetzlichen Regelung nach Art. 72 II GG nur besteht, wenn und soweit diese zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich ist.

Eine bundesgesetzliche Regelung ist nicht schon dann zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse erforderlich, wenn es um die allgemeine Verbesserung von Lebensverhältnissen geht.<sup>5</sup> Vielmehr müssen sich die Lebensverhältnisse in den Ländern in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinanderentwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnen<sup>6</sup> oder mangelhaftes Landesrecht zu einer besonderen Benachteiligung der Einwohner/innen eines Bundeslandes führen<sup>7</sup>. Nach Ansicht des BVerfG gewährt das sog. Betreuungsgeld nur allgemeine Vorteile; ein spezifischer föderaler Nachteil mit resultierenden Gefährdungen des bundesstaatlichen Sozialgefüges werde dadurch nicht ausgeglichen. Föderale Unterschiede durch Landesgelderziehungsgesetze (in Bayern, Sachsen und Thüringen) seien nicht erheblich genug, während die stärkere Förderung der öffentlichen statt privaten Kinderbetreuung keinen *spezifisch föderalen* Nachteil konstituieren könne. Eine Kompensationspflicht für die Nichtinanspruchnahme öffentlicher Kinderbetreuung bestehe nicht. Die weiterhin bestehenden Unterschiede in der öffentlichen Betreuungsquote zwischen alten und neuen Bundesländern würden durch die Einführung eines Betreuungsgeldes weder ausgeglichen noch überhaupt berührt.

Eine bundesgesetzliche Regelung ist zur Wahrung der Rechtseinheit erforderlich, wenn und soweit die mit ihr erzielbare Einheitlichkeit der rechtlichen Rahmenbedingungen Voraussetzung für die Vermeidung einer Rechtzersplitterung mit nicht hinnehmbaren Folgen ist.<sup>8</sup> Sie ist zur Wahrung der Wirtschaftseinheit erforderlich, wenn und soweit sie Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik ist,

5 BVerfGE 106, 62, 144.

6 BVerfGE 112, 226, 244; BVerfGE 111, 226, 253; BVerfGE 106, 62, 144.

7 BVerfGE 112, 226, 245.

8 BVerfGE 106, 62, 145.

also erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft verhindert oder behebt.<sup>9</sup> Dass entsprechende Gefährdungen drohten und durch die bundesgesetzliche Einführung eines Betreuungsgeldes verhindert werden könnten, vermochte das BVerfG nicht zu erkennen. Eine Parallele zum Kinderförderungsgesetz von 2008 und zum Elterngeld im BEEG lehnte das BVerfG ab, da die Erforderlichkeit bundesgesetzlicher Regelungen in beiden Fällen zutreffend primär auf Arbeitsmarkteffekte gestützt worden war, während das Betreuungsgeld weder die Beteiligung von Eltern am Erwerbsleben fördere, noch eine familienbedingte Unterbrechung der Erwerbstätigkeit finanzieren könne.

## Betreuungsgeld, Wahlfreiheit und Gleichberechtigung

Mit der Fokussierung auf die kompetenzrechtlichen Fragen hat das BVerfG die Möglichkeit ergriffen, in einem hoch ideologischen Streit eine vordergründig technisch-neutrale Entscheidung zu treffen. Allerdings sind Kompetenzfragen auch hoch politische Fragen. Bisher galt, dass der Bundesgesetzgeber im Bereich der Familienförderung weitgehend freie Hand hat,<sup>10</sup> was sich nicht zuletzt in 156 familien- und ehebezogenen Leistungen mit einem Finanzvolumen von 200 Mrd. Euro im Jahr 2010<sup>11</sup> äußerte. Kämen all diese Leistungen auf den nun sehr strengen kompetenzrechtlichen Prüfstand, würde die Familienpolitik an die Länder übergehen oder der Bund nur noch Maßnahmen einführen dürfen, welche irgendwie der Arbeitsmarktintegration<sup>12</sup> dienen?

Zweifellos gibt es einen Zusammenhang zwischen Kinderbetreuung, Erwerbstätigkeit von Frauen, *gender pay gap*<sup>13</sup> und männlichem Familienernährermodell<sup>14</sup> in Deutschland. So verständlich es ist, so schade ist zugleich auch, dass BVerfG nicht auf die möglichen Verletzungen von Art. 6 I GG und Art. 3 II 2 GG eingegangen ist. Es liegt ausgesprochen nahe, dass die Einführung eines sog. Betreuungsgeldes die Wahlfreiheit von Eltern nicht fördert, sondern beschränkt, da ein direkter Anreiz für ein ganz bestimmtes Verhalten gesetzt wird, dessen freie Wahl angesichts der rechtlichen<sup>15</sup> und tatsächlichen

9 BVerfGE 111, 226, 254; BVerfGE 106, 62, 146.

10 So *Lenze*, Das Ende der Familienförderung, so wie wir sie kennen, in: NVwZ 2015, S. 1658 (ebd.); allerdings besteht kein gesetzgeberischer Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Voraussetzungen von Art. 72 II GG, vgl. BVerfGE 106, 62, 135 f., m. w. N., und Art. 93 I Nr. 2a GG.

11 Bestandsaufnahme, abrufbar unter [www.bmfsfj.de](http://www.bmfsfj.de).

12 Lesenswert *Lent & Trumann*, Kritik des Staatsfeminismus. Oder: Kinder, Küche, Kapitalismus, 2015.

13 Der Verdienstabstand zwischen Frauen und Männern lag 2014 in Deutschland bei 22 %, siehe [www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/Dimension1/1\\_5\\_GenderPayGap.html](http://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/Dimension1/1_5_GenderPayGap.html).

14 Grundlegend *Berghahn & Wersig* (Hg.), Gesicherte Existenz? Gleichberechtigung und männliches Ernährermodell in Deutschland, 2013.

15 Es wäre erfreulich gewesen, hätte das BVerfG vom 07.05.2013, Az. 2 BvR 1981/06, 288/07, 909/06, das sog. Ehegattensplitting nicht

chen Rahmenbedingungen ohnehin mehr als zweifelhaft ist.<sup>16</sup> In der gesellschaftlichen Wirklichkeit sind es weit überwiegend Frauen, welche die Kinderbetreuung und damit verbundene nachteilige Konsequenzen in ihren Erwerbsbiographien, Einkommen, Aufstiegschancen und Renten auf sich nehmen. Der Gleichberechtigungsauftrag aus Art. 3 II 2 GG verlangt, für Frauen nachteilige überkommene Rollenverteilungen zwischen den Ge-

schlechtern zu überwinden – das hat das BVerfG längst entschieden.<sup>17</sup>

Nachtrag: Nach der Entscheidung des BVerfG war zunächst unklar, was mit den im Bundeshaushalt für das sog. Betreuungsgeld bereitgestellten Mitteln geschehen soll. Auf dem Bund-Länder-Treffen am 24.09.2015 wurde entschieden, dass diese Mittel nach Umsatzsteuerpunkten und Einwohner/innenzahl auf die Länder verteilt werden. Einige Bundesländer werden die Gelder zum Ausbau von Kinderbetreuungseinrichtungen und in der Bildungsarbeit verwenden. Der bayrische Ministerpräsident kündigte an, dass auf Grundlage dieser Mittel und unter Belastung des Landeshaushalts das Betreuungsgeld in Bayern weitergezahlt werde.

nur am Maßstab von Art. 3 I GG, sondern auf seine Vereinbarkeit mit Art. 3 II GG überprüft und für verfassungswidrig erklärt. Grundlegend *Wersig*, *Der lange Schatten der Hausfrauenehe. Zur Reformresistenz des Ehegattensplittings*, 2013.

<sup>16</sup> Zu widersprüchlichen Anreizsystemen auch *Fuchsloch*, *Die Vereinbarkeit von Familie und Beruf als Herausforderung für das Sozialrecht in Deutschland*, in: NZA-Beilage 2014, 59–64.

<sup>17</sup> BVerfGE 92, 91, 112; BVerfGE 85, 191, 207.

Ulrike Lembke\*

## Verdeckte Ermittler/innen im Gefahrenabwehrrecht

**§ 22 PolG BaWü** Zu den Voraussetzungen rechtmäßiger Datenerhebung durch Verdeckte Ermittler/innen auf Grundlage polizeirechtlicher Regelungen.

**1. Eine Einsatzanordnung für Verdeckte Ermittler/innen muss das Mittel der Datenerhebung bezeichnen, die Zielperson benennen oder zumindest umschreiben und die tatsächlichen Gründe für den Einsatz angeben. Die pauschale Behauptung der Gewaltbereitschaft einer bestimmten Szene genügt als Begründung nicht.**

**2. Im Interesse der Gewährung effektiven Rechtsschutzes muss in der Einsatzanordnung der Name des Verdeckten Ermittlers aufgeführt sein.**

**3. Eine fehlerhafte oder zu unbestimmte Einsatzanordnung führt zur Rechtswidrigkeit des Einsatzes insgesamt.**

**4. Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer Datenerhebung über Dritte ist jedenfalls, dass die Datenerhebung über eine Ziel- bzw. Kontakt-/Begleitperson rechtmäßig angeordnet wurde.**

*VG Karlsruhe, Urteile vom 26.08.2015, Az. 4 K 2107/11 bis 2113/11.*

\* Habilitandin an der Universität Hamburg und wissenschaftliche Assistentin an der Universität Greifswald.

### Sachverhalt

Im Jahr 2010 ordnete das Polizeipräsidium Mannheim die Datenerhebung über zwei Ziel- und zwei Kontaktpersonen durch einen Verdeckten Ermittler auf Grundlage von § 22 PolG BaWü an. Begründet wurde der Einsatz mit einem Anstieg der Fallzahlen im Bereich der politisch motivierten Kriminalität festzustellen gewesen, insbesondere im Bereich der linksmotivierten Straftaten. Bei einer Hausdurchsuchung im Zusammenhang mit Betäubungsmittelkriminalität seien in den Räumlichkeiten der „Anarchistischen Initiative Kraichgau/Odenwald“ (AIKO) sieben gebrauchsfertige Brandsätze (Molotow-Cocktails) sichergestellt worden. Seitdem habe die Polizei von einer konkreten, andauernden Gefahrenlage ausgehen müssen. Es liege auf der Hand, dass sich links-politisch motivierte Gefahren wegen einer intensiven szenentypischen Abschottung insbesondere gegenüber den Ermittlungsbehörden nicht mit einfachen Maßnahmen der Datenerhebung ergründen ließen, weshalb nur der Einsatz Verdeckter Ermittler/innen Erfolg versprechend gewesen sei.

Ein Verdeckter Ermittler nannte sich „Simon Brenner“ und schrieb sich für ein Studium in Heidelberg ein. Er nahm intensiven Kontakt zu linken Studierenden auf, beteiligte sich an politischen Aktionen und gemeinsa-

mer Freizeitgestaltung, wobei ihm auch der Mailverteiler einer kritischen Initiative in Heidelberg zugänglich gemacht wurde. Seine Einsatzanordnung wurde mehrfach verlängert. Im Dezember 2010 wurde er zufällig auf einer Party enttarnt.

### Entscheidung

Eine der Zielpersonen und sechs nicht in den Einsatzanordnungen genannte Personen, zu denen „Simon Brenner“ aber intensiven Kontakt hatte, erhoben Klage vor dem VG Karlsruhe, um die Rechtswidrigkeit der verdeckten Datenerhebungen feststellen lassen. Das Verfahren konnte zunächst nicht geführt werden, weil das Innenministerium eine Sperrerklärung erließ, so dass nur Bruchteile der einschlägigen Akten des Vorgangs von der beklagten Behörde vorgelegt wurden. Das BVerwG bestätigte zwar grundsätzlich das Geheimhaltungsbedürfnis aus Sicherheitsgründen, gab aber mehrere Aktenseiten frei, auf denen Namen von Ziel- und Kontaktpersonen sowie die Begründung des Einsatzes vermerkt waren.<sup>1</sup>

Das VG Karlsruhe entschied, dass die verdeckte Datenerhebung ein Rechtsverhältnis begründete, dessen Rechtswidrigkeit nach § 43 VwGO festgestellt werden könne. Das feststellungsinteresse ergebe sich aus dem tiefen Eingriff in Persönlichkeitsrecht und informationelle Selbstbestimmung sowie dem Gebot effektiven Rechtsschutzes. Anforderungen an Form und Inhalt der Einsatzanordnungen müssten angesichts der stets nur nachträglichen Möglichkeit des Rechtsschutzes besonders streng beachtet werden. Die Einsatzanordnungen ließen offen, wie viele Verdeckte Ermittler/innen tätig waren, ob es sich um Polizeibeamt/innen handelte und wer konkret eingesetzt war. Die daraus resultierende Unbestimmtheit der Einsatzanordnung führe zur Rechtswidrigkeit des Einsatzes insgesamt. Diese erstreckte sich auch auf unvermeidbar betroffene Dritte.

Der Einsatz sei überdies materiell rechtswidrig gewesen. Verdeckte Ermittlungen seien nach § 22 III PolG BaWü nur zur Abwehr einer konkreten Gefahr für wesentliche Rechtsgüter oder zur vorbeugenden Bekämpfung erheblicher Straftaten zulässig. Aus den dem Gericht vorgelegten Unterlagen ergäben sich keine Fakten für eine entsprechende Gefahr oder Straftat; die pauschale Behauptung der Gewaltbereitschaft einer Szene reiche hierfür nicht aus. Das gelte ebenso für Datenerhebungen über Dritte.

### Verdeckte Ermittlungen auf polizeirechtlicher Grundlage

Verdeckte Ermittlungen finden in rechtsstaatlichen Grauzonen statt. Dies haben neuere Erkenntnisse über

die V-Leute des Verfassungsschutzes im Umfeld des NSU-Terrors mit erschreckender Deutlichkeit gezeigt. Im Polizeirecht führt die fortschreitende Entgrenzung der Gefahrenabwehr in den Bereich der Straftatenverhütung und Strafverfolgungsvorsorge zum vermehrten Einsatz Verdeckter Ermittler/innen, wobei viele rechtliche Fragen ungeklärt sind. In Hamburg etwa präsentierten Behörden nach der Enttarnung einer Verdeckten Ermittlerin die neue Kategorie der Nicht offen ermittelnden Polizeibeamt/innen (NoeP), um den strengen Anforderungen von § 12 PolDVG an den Einsatz Verdeckter Ermittler/innen zu entgehen, obwohl unstreitig personenbezogene Daten erhoben worden waren.<sup>2</sup>

Das VG Karlsruhe hat in dankenswerter Klarheit und im Lichte des nur nachträglich möglichen Rechtsschutzes die Anforderungen an eine korrekte Einsatzanordnung<sup>3</sup> und die Darlegung der Voraussetzungen Verdeckter Ermittlungen festgelegt sowie den Schutz Dritter<sup>4</sup> gestärkt. Die Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage musste es allerdings nicht erörtern. Das BVerfG hat die Gesetzgebungskompetenz der Länder mit Blick auf die Verhütung von Straftaten bejaht,<sup>5</sup> bei der Strafverfolgungsvorsorge besteht allerdings eine konkurrierende Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers<sup>6</sup>. Ob die jeweiligen polizeirechtlichen Ermächtigungsgrundlagen verhältnismäßig in die informationelle Selbstbestimmung eingreifen sowie den Anforderungen aus Art. 13 VII GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) und dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 20 III GG entsprechen, wäre jeweils konkret zu prüfen und versteht sich nicht von selbst. Es ist auch eine gewisse Neigung von Polizeibehörden zu erkennen, in der Begründung solcher Einsätze die allgemeinen Anforderungen<sup>7</sup> an die Darlegung tatsächlicher Anhaltspunkte für abzuwehrende Gefahren und zu verhütende Straftaten zu verfehlen. Auch werden Betroffene nur selten über abgeschlossene Maßnahmen informiert, so dass gerichtliche Überprüfungen faktisch unmöglich werden. Schließlich scheint es nicht nur in Hamburg zu intimen Verhältnissen von Verdeckten Ermittler/innen mit Ziel- und Kontaktpersonen oder betroffenen Dritten gekommen zu sein. Wie solchem Verhalten vorgebeugt und die Betroffenen unabhängig von langwierigen und (angesichts von Sicherheitsdiskursen) problematischen Gerichtsverfahren entschädigt<sup>8</sup> werden können, ist noch nicht ansatzweise geklärt.

<sup>2</sup> Im November 2015 wurde Klage vor dem VG Hamburg erhoben.

<sup>3</sup> Dazu auch VG Freiburg (Breisgau) vom 06.07.2005, Az. 1 K 439/03.

<sup>4</sup> Vgl. *Shirvani*, Die Kontakt- und Begleitpersonen und die „Besonderen Mittel der Datenerhebung im Polizeirecht“, in: *VerwArch* 2010, S. 86–111.

<sup>5</sup> BVerfG vom 27.07.2005, Az. 1 BvR 668/04.

<sup>6</sup> BVerwG vom 25.01.2012, Az. 6 C 9/11; VGH BaWü vom 05.05.2014, Az. 1 S 815/13.

<sup>7</sup> Vgl. BVerfG vom 03.03.2004, Az. 1 BvF 3/92.

<sup>8</sup> In einem außergerichtlichen Vergleich zahlte die Metropolitan Police Entschädigungen an sieben betroffene Frauen, siehe [www.bbc.com/news/uk-34875197](http://www.bbc.com/news/uk-34875197).

<sup>1</sup> BVerwG vom 20.02.2014, Az. 20 F 3.13.

## Tobias von Erdmann: Die Verfassung Württembergs von 1919. Entstehung und Entwicklung eines freien Volksstaates

Von *Andreas Rafffeiner*\*

Tobias von Erdmann beschäftigt sich in seinem Werk über die Verfassung Württembergs, das 2013 als Dissertation in Münster vorgelegt wurde, mit einem so noch nie präsentierten rechtshistorischen Thema. Blicken wir zurück in die Geschichte: Als König Wilhelm II. 1918 abdankte, entstand der württembergische Volksstaat, dessen konstitutionelle Landesversammlung vom 12.1.1919 am 26.4.1919 eine provisorische Verfassung und am 25.9.1920 ihre revidierte Fassung verabschiedete. Zu Beginn der Arbeit umreißt der Autor die Darstellung der politischen Geschichte Württembergs in der Zeit von 1918 bis 1920. Zudem informiert der Verfasser den Leser mit einem weitgefassten Abriss über die Landesgeschichte Württembergs und spannt dabei den Bogen vom 11. Jahrhundert bis 1952. In ihr schildert er den „Umsturz“ in Württemberg und versucht insbesondere die Jahre 1918 und 1919 zu durchleuchten.

Der erste Hauptabschnitt beinhaltet die Wahlen zur verfassungsgebenden Landesversammlung vom 12.1.1919, der die provisorische Regierung am 23.1.1919 den durch einen Ausschuss und bearbeiteten Entwurf einer Verfassung vorlegte. Von Erdmann behandelt die Form der Staatsordnung in einem weiteren Kapitel und prüft dabei deren Inhalt und Aufbau. Bei letzterem blickt er auf Hoheitsgewalt, Grundrechte, Landtag, Staatsleitung und Behördenapparat, jedoch auch auf Legislative und Staatsgerichtshof. Interessant ist die Bezeichnung des Ministerpräsidenten, der – rein von der Dienstbezeichnung her – als Staatspräsident betitelt wurde. Sorgfältig untersucht werden die Grundrechte und die Vergesellschaftung der Wirtschaft, die als Rohbau durch folgende Gesetze zu veranschaulichen war. 1919 wurde die Weimarer Verfassung verabschiedet, worauf die Landesversammlung eine Verfassungsrevision vornahm. Auch wenn der Grundrechtsteil entfiel, blieben die wirtschaftsprogrammatischen Bestimmungen bestehen. Von Erdmann spannt den verfassungsrechtlichen Bogen auch bis 1933. Hierbei bezieht er auch die verfassungsmäßige Verankerung eines Referendums durch das Gesetz vom 19.9.1923 über Volksbegehren und Volksabstimmung, mit der die Verwaltungsreform, das Kirchengesetz von 1924 sowie das Beamten- und Fideikommissgesetz in seine Betrachtung ein.

Die „relativ problemlos(e)“ Ausschaltung der Verfassung durch den Nationalsozialismus durch das Ermächtigungsgesetz vom 20.6.1933 ist Gegenstand des Teilschnitts über die Konstitution von 1933 bis 1945. Darin weist der Autor nach, dass die Verfassung von 1919 besonders hinsichtlich der Staatsorganisation „materiell den Grundstein“ der Verfassungen der Länder Württemberg-Baden von 1946 und von Württemberg-Hohenzollern von 1947 bildete. In der Arbeit folgt sodann eine Darlegung der beiden Grundgesetze von 1919 und der Ausführungsgesetze. Der wissbegierige Leser sucht jedoch umsonst, inwieweit noch unveröffentlichte Materialien zu den Verfassungen von 1919 vorhanden sind, und die Antwort auf die Frage, wie der tatsächliche Forschungsstand aussieht, bleibt offen.

Dennoch ist Tobias von Erdmann ein gutes, überschaubares rechtsgeschichtliches Werk über die erste voll demokratische Verfassung Württembergs gelungen. Man könnte auch die ungleichen Ansichten der Regierung und der Parlamentarier anführen, aber der Autor des zu besprechenden Werkes hat kurz und knapp eine rechts-historische Lücke geschlossen. Fundamentale Gesetze aus der Weimarer Republik mit Bezug zu Württemberg hätten dem Werk sicher noch eine weitere regionalgeschichtliche Note verliehen. Trotzdem führt das Buch historische und juristische Ausführungen beeindruckend und intelligent zusammen.

\* Mag. Phil. der Geschichte und Doktorand an der Universität Innsbruck, Besprechung von Tobias von Erdmann, Landesverfassungsrecht, Baden-Baden: Nomos Verlag 2013, zugl. Univ. Diss., Münster 2013, 295 S. 77 €, ISBN: 978-3-8487-0401-9 (= Schriften zum Landesverfassungsrecht, Bd. 1)

## Der Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot – An experience of a lifetime!

Von Felix Engel\*

Wie gehe ich bei einem internationalen Kaufvertrag vor, der nicht in den Anwendungsbereich des Bürgerlichen Gesetzbuchs fällt? Wann ist der Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts eröffnet? Was ist ein Schiedsgericht und wann ist es zuständig? Wie vollstrecke ich ein ausländisches Urteil und welche Probleme können sich dabei ergeben?

Der Willem C. Vis Moot Court beschäftigt sich mit genau diesen äußerst praxisrelevanten Fragen, die im juristischen Studium gar nicht oder nur am Rande einiger Schwerpunkte behandelt werden. Der Willem C. Vis Moot Court ist ein internationaler juristischer Wettbewerb, an dem etwa 300 Universitäten weltweit teilnehmen. Die Wettbewerbssprache ist daher Englisch. Innerhalb eines Semesters wird eine etwa 60 Seiten lange Akte bearbeitet. Darin sind Dokumente wie Brief- und Emailverkehr der Parteien, Transportdokumente, Zeitungsausschnitte über die derzeitige politische Lage und Vertragsvereinbarungen enthalten. Für die Bearbeitung dieses komplexen Sachverhaltes tritt für jede teilnehmende Universität ein Team aus zumeist zwei bis acht Leuten an. Die Universität Hamburg wurde im letzten Durchgang 2014/15 vertreten von Christian Cords, Falko Schmidt, Felix Engel, Lennart Becker, Lisa Eilts und Svenja Langenhagen. Außerdem standen dem Team drei Coaches zur Seite, Antonia Sommerfeld, Sophia Schulz sowie Sophie Horst.

Gemeinsam erarbeitet das Team in der ersten Phase des Wettbewerbs zwei Schriftsätze; einen Kläger- und einen Beklagtschriftsatz. Für die Schriftsätze wird der sogenannte „CRAC“-Stil verwendet. Dieser unterscheidet sich von dem erlernten Gutachtenstil im Wesentlichen dadurch, dass der Obersatz eine Feststellung enthält. Nach Absendung des Klägerschriftsatzes erhält das Team den Klägerschriftsatz aus einer anderen Universität, dieses Jahr der National Law School of India. Hierauf wird sodann, aus Sicht des Beklagten, geantwortet. Eine Herausforderung für die Teams sind hierbei insbesondere die verschiedenen Rechtsvorstellungen, die aufeinandertreffen.

In der zweiten Phase des Wettbewerbs übt das Team sodann das Plädieren der unterschiedlichen Positionen. Das Plädoyer wird von zwei Teammitgliedern jedes Teams vor einem Schiedsgericht bestehend aus drei Schiedsrichtern vorgetragen. Die Übungsphase beinhaltet die Besuche sogenannter „Pre-Moots“. Dabei handelt es sich um Übungsveranstaltungen, bei denen die Teilnehmer auf Teams anderer Universitäten treffen und gegen diese zur Vorbereitung auf das Finale in Wien probeweise plädieren. Für diese Übungsverhandlungen hatte das Team auch dieses Jahr wieder das Privileg, in zahlreichen namenhaften Kanzleien empfangen zu werden. Andere Pre-Moots hingegen fanden im Ausland statt. So nahm das Team dieses Jahr an Pre-Moots in New York, Tiflis, Aarhus und dem Hamburger Hanse Pre-Moot teil.

Das Herz des Vis Moots ist der Wettbewerb, der in Wien stattfindet. Dort trifft jedes Team in der Gruppenphase auf Teilnehmer von vier anderen Universitäten. Nachdem in einem Verfahren nach Punkten die besten 64 der etwa 300 Teams ausgewählt werden, wird in einem K.O.-Verfahren das beste Team ermittelt. Zusätzlich werden noch Auszeichnungen für die besten Sprecher sowie die besten Schriftsätze verliehen.

Das Team der Universität Hamburg im Durchgang 2014/15 hat es unter die besten 32 Teams geschafft. Außerdem hat es vier Auszeichnungen bekommen: zwei für die Sprecher Lisa Eilts und Lennart Becker und für jeweils den Kläger- und den Beklagtschriftsatz. Damit ist die Universität Hamburg in diesem Jahr eines der Teams mit den meisten Auszeichnungen. Doch neben diesem Erfolg hatte das Team vor allem eine „experience of a lifetime“, die für jeden Studenten empfehlenswert ist.

Die Fallakte des nächsten Soldan Moot Courts wird Ende Juni 2015 veröffentlicht, die mündlichen Verhandlungen sind Anfang Oktober 2015 in Hannover. Teilnahmeberechtigt sind alle Semester. Über Anmeldungen, auch von einzelnen Studierenden, oder Fragen freut sich der Lehrstuhl von Prof. Dr. Hinrich Julius (dennis.rasch@uni-hamburg.de) sehr.

Interview mit Maria Neseemann

## Zwei Examina – Drei Kinder

*Maria Neseemann ist heute Rechtsreferentin im Bereich Personal und Recht in der Rechtsabteilung des Hamburger Standorts eines europaweit agierenden Logistikunternehmens. Mit uns erinnert sie sich an ihr Studium und erzählt, wie sie Beruf und Familie miteinander vereinbart.*

### Wo und wann haben Sie Jura studiert?

Ich habe von Wintersemester 1987/88 bis Juli 1993 in Göttingen studiert und im zehnten Semester mein erstes Staatsexamen abgelegt. Den Freischuss gab es damals noch nicht. Wer nicht bestand, konnte aber wie heute noch einmal schreiben.

### Haben Sie zur Examensvorbereitung ein kommerzielles Repetitorium besucht?

Ja, das war damals auch schon üblich.

### Wie empfanden Sie die Bewertung im Studium?

Ich war mit meinen Noten zufrieden und empfand die Bewertung nie als unfair. Ich denke, wenn man ständig unterdurchschnittliche Leistungen erbringt, muss man sich fragen, woran es liegen kann. Außerdem sagt die Examensnote letztlich nichts darüber aus, ob man in der Praxis ein guter Jurist ist.

### Was haben Sie nach dem ersten Staatsexamen gemacht? Wie lief die Bewerbung für das Referendariat ab?

Ich habe direkt im Anschluss am Landgericht Lüneburg mit dem Referendariat begonnen. Die Chancen, einen Referendariatsplatz zu bekommen, waren von Bundesland zu Bundesland sehr unterschiedlich. Insgesamt galt aber: Je besser die Examensnote, desto schneller bekam man einen Platz. In den Großstädten und besonders in Hamburg war die Konkurrenz groß. Mittlerweile ist es hier in Hamburg aber besser geworden. Einige meiner Kolleginnen haben auch mit durchschnittlicher Examensnote einen Referendariatsplatz in unmittelbarer Nähe gefunden.

### Wie fügte sich dann Ihre Familienplanung ein?

Ich habe nach dem Referendariat zunächst zwei Jahre mit zwei jeweils auf ein Jahr befristeten Verträgen in einem Unternehmen gearbeitet. Dort hat man mir auch einen Job in Aussicht gestellt. Zum Ablauf des zweiten Vertrages wurde ich schwanger. Es hätte sich so ergeben, dass ich bei Abschluss des neuen Arbeitsvertrages schon sichtbar schwanger gewesen wäre. Also habe ich gleich zu Anfang die Karten offen auf den Tisch gelegt und gefragt, ob sich an meinem Jobangebot etwas ändern

würde, wenn ich schwanger wäre. Das war dann die berühmte heiße Kartoffel. Den Job hab ich nicht gekriegt. Während der Schwangerschaft habe ich dann noch im Notariat meines Mannes als Notariatsvertreterin gearbeitet. Und dann habe ich die Kinder bekommen und dreizehn Jahre ausgesetzt.

### Haben Sie beim Examen schon gewusst, dass Sie bald Mutter werden und nicht mehr arbeiten würden?

Nein, definitiv nicht. Ich bin davon ausgegangen, ich würde Kinder bekommen und nebenbei weiter arbeiten.

### Wie hat sich Ihr Wiedereinstieg in das Berufsleben gestaltet?

Als meine Jüngste eingeschult wurde, habe ich wieder angefangen, mich zu bewerben, weil ich die Vormittage ja nun frei hatte. Ich war in ein paar Bewerbungsrunden für Stellen in der Verwaltung und hatte ein Bewerbungsgespräch in einem Unternehmen an der Alster. Wichtig waren mir geregelte Arbeitszeiten. Hätte ich als Anwältin regelmäßig bis in die Puppen arbeiten müssen, hätte ich das mit der Familie nicht hingekriegt. Durch einen Bekannten habe ich zunächst eine Weile als Rechtskundelehrerin an einem Gymnasium gearbeitet, bevor ich meinen jetzigen Job angetreten habe.

### Haben Sie sich besonders inhaltlich darauf vorbereiten müssen, nach dreizehn Jahren Pause wieder als Juristin zu arbeiten?

Nein, ich bin einfach hingegangen, hab angefangen und hatte von vornherein das Gefühl, ich kriege das in den Griff.

### Wie hat sich Ihr Familienleben geändert?

Naja, was ich vorher morgens gemacht habe, müssen nun am Nachmittag ein paar Hände mehr gemeinsam erledigen. Da muss mein Mann auch mal den Rasenmäher schwingen. Das funktioniert sehr gut.

### Haben Sie noch ein Schlusswort für Jurastudentinnen, die wie Sie erfolgreich Karriere mit Familie vereinbaren wollen?

Sehen Sie das Ganze nicht zu verbissen, sondern reagieren Sie flexibel auf Ihre jeweilige Lebenssituation. Zweifel Sie nicht, wenn ihre Pläne mal nicht eins zu eins aufgehen. Es kommt sowieso immer anders, als man denkt.

*Die Fragen stellte Charlotte Wendland*

---

## Impressum

### HRN – HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

ISSN 2191-6543

5. Jahrgang – Heft 2 – Januar 2016

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

Melanie Brillowski  
Annika Demuth  
Benjamin Dzatkowski  
Sophie Knebel  
Gina Kozianka  
Felix Hartmann (V.i.S.d.P.)  
Nathalie Olotu  
Maike Ostmeier  
Daniel Otto  
Ebru Sarikaya  
Anna-Lia Tanduo  
Jennifer Thiessen  
Florian Vogelsang  
Charlotte Wendland  
Fynn Wenglarczyk

E-Mail:  
[redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de](mailto:redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de)

#### Vertrieb, Anzeigen & PR

E-Mail:  
[vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de](mailto:vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de)  
[anzeigen@hamburger-rechtsnotizen.de](mailto:anzeigen@hamburger-rechtsnotizen.de)

Verantwortlich für Anzeigen:  
Prof. Dr. Felix Hartmann

#### Internet

Roland Broemel  
Niklas Vogt

#### Herausgeber

Hamburger Rechtsnotizen e. V.

Postanschrift:  
Fakultät für Rechtswissenschaft  
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg

Hamburger Rechtsnotizen e. V. ist im Vereinsregister des Amtsgerichts Hamburg unter der Registernummer VR 1030 eingetragen.

Einzelvertretungsberechtigt sind:

Erster Vorsitzender:  
Prof. Dr. Felix Hartmann  
Zweiter Vorsitzender:  
Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst

#### 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.







# **| Soldan** **Moot** **zur anwaltlichen Praxis**

Der Soldan Moot zur Anwaltlichen Berufspraxis (Soldan Moot) ist ein bundesweiter Moot Court Wettbewerb für Studierende deutscher Jurafakultäten. Er wird von der Hans-Soldan-Stiftung, der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), dem Deutschen Anwaltverein (DAV), und dem Deutschen Juristen-Fakultätentag (DJFT) veranstaltet.

Jede Fakultät kann mit mehreren Teams antreten, diese bestehen in der Regel aus vier Studierenden. Während der fiktive Fall in der Schriftsatzphase vom ganzen Team bearbeitet wird, übernehmen in der Regel zwei Studierende die Rolle der Klägervertreter und zwei der Beklagtenvertreter wenn es zur mündlichen Phase des Wettbewerbs kommt.



*Abb.: Beim Soldan Moot in Hannoverschlüpfen Studierende aus ganz Deutschland in die Rolle von Anwälten.*

**Ausgabe des Soldan Moot | Falles**  
**25. Juni 2016**

**Anmeldung zum Wettbewerb**  
**28. Juli 2016**

**Einreichen der Klageschrift**  
**04. August 2016, 24:00 Uhr**

**Einreichen der Beklagenschrift**  
**08. September 2016, 24:00 Uhr**

**Mündliche Verhandlungen in Hannover**  
**06. - 08.10.2016**

Jedem Team werden vier Plädoyers garantiert, zwei in Kläger- und zwei in Beklagtenposition, bei guten Leistungen winkt der Einzug in die Finalrunden. Die besten Schriftsätze und Plädoyers werden mit Preisen ausgezeichnet. Beim 3. Soldan Moot nahmen 19 Teams aus ganz Deutschland teil.

**Mehr Informationen auf [www.soldanmoot.de](http://www.soldanmoot.de)**  
**<https://www.facebook.com/SoldanMoot/>**

# HANSEATISCH JURISTISCH

HAMBURGER  
RECHTSNOTIZEN

WISSEN, WAS RECHT IST.

Preis: 4,50 € – ISSN 2191-6543