

IURRATIO

DIE ZEITSCHRIFT FÜR STUD. IUR. UND JUNGE JURISTEN



TITELTHEMA

„Die Betrugsbekämpfung auf europäischer Ebene durch OLAF“
Frank Michlik

“Was the US justified in invoking the principle of self-defence when it attacked
Afghanistan in 2001? Or did it set a dangerous precedent?”
Inga Thiemann

LEHRE & REFERENDARIAT

„Shoefiti und Strickeria – eine rechtliche Betrachtung“
Rolf Schmidt

„Einführung in das Völkerrecht“
Marco Athen und Anna-Katharina Kraemer

PRAXIS & KARRIERE

„Wahlstation in Australien: Sydney im Winter“
Nicolai Behr

„Wunderwaffe Prädikatsjurist?“
Thore Eggert

SPECIAL:

Online Innovation Ranking

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT:

Prof. Dr. Michael Kotulla
Prof. Dr. Heribert Prantl
Prof. Dr. Lena Rudowski
Prof. Dr. Martin Schwab

Mit Karteikarten

ISSN 1867-660X

AUSGABE 4/2011 | WWW.IURRATIO.DE

Exklusiv-Partner dieser Ausgabe:



DEUTSCHE JURISTEN POLICE

LATHAM & WATKINS ^{LLP}



Wir wünschen Ihnen frohe Festtage.

www.lw.com

ERSTSEMESTERAUSGABE- SONDER- AUSGABE FÜR STUDIENANFÄNGER IURRATIO – DIE ZEITSCHRIFT FÜR STUD. IUR. UND JUNGE JURISTEN

Im Oktober 2011 ist zum ersten Mal unsere Erstsemesterausgabe mit einer Auflage von 10.000 Exemplaren erschienen. Diese Ausgabe ist das erste Projekt des in diesem Jahr neu gegründeten Vereins „Iurratio – juristische Nachwuchsförderung e.V.“.



Standortleiterin Nina Grasse beim Verteilen der Erstsemesterausgabe in Bremen

Auch in den nächsten Jahren wird die Sonderausgabe den Studienanfängern als erste Orientierungshilfe zur Seite stehen und ihnen praktische Tipps und wichtige Informationen zum Studium der Rechtswissenschaften bieten.

Die Sonderausgabe ist an vielen rechtswissenschaftlichen Fakultäten erschienen und hat somit

viele der angehenden Juristen erreicht. Sollten Sie unsere Sonderausgabe jedoch verpasst haben oder an einer der Fa-



Vivien Eckhoff und Alexander Otto begrüßten die Erstsemester in Bremen persönlich.

kultäten studieren an denen wir leider nicht präsent waren, können Sie die Sonderausgabe auch auf unserer Homepage www.iurratio.de abrufen.

Bilder: Fachbereich 06 Rechtswissenschaft der Universität Bremen



2012: VIVIEN ECKHOFF NEUE CHEFREDAKTEURIN



Vivien Eckhoff

Zum Jahreswechsel verlässt Alexander Otto, der seit Kurzem als Staatsanwalt im Richterverhältnis auf Probe in Bochum tätig ist, die Chefredaktion. Er wechselt mit Beginn des Jahres 2012 in die Projektleitung und übergibt Vivien Eckhoff, mit der er seit 2008 das über 30-köpfige Redaktionsteam leitet, den Posten des Chefredakteurs.

Gemeinsam mit Hanna Furlkröger, die bereits seit Frühjahr 2011 in der Chefredaktion auf diese Aufgabe vorbereitet wurde, wird Vivien Eckhoff künftig die Chefredaktion von Iurratio – die Zeitschrift für stud.iur. und junge Juristen bilden.



TITELTHEMEN 2012

Iurratio möchte sich auch in den ersten beiden Ausgaben des neuen Jahres wieder mit interessanten und hochaktuellen Themen auseinandersetzen:

Geplant sind für die Ausgabe 1/2012:

„Gesellschaftsrecht im Großen und Kleinen“

und für die Ausgabe 2/2012:

„Steuerrecht“.

Haben Sie zu diesen Themen eine interessante Beitragsidee oder haben Sie Interesse einen Beitrag zu diesem Thema zu leisten, melden Sie sich gerne bis zu unserem **Redaktionsschluss am: 12.12.2011** unter: chefredaktion@iurratio.de.



„Espressomaschinen“: Examensklausur mit handelsrechtlichem Einschlag



Shoefiti und Strickeria – eine rechtliche Betrachtung



Betrugsbekämpfung auf europäischer Ebene durch OLAF

IMPRESSUM AUSGABE 4/2011

Herausgeber: Jens-Peter Thiemann (V.i.S.d.P.)
herausgeber@iurratio.de

Chefredaktion: Alexander Otto, Vivien Eckhoff (Stellvertreterin),
Hanna Furlkröger (2. Stellvertreterin)
chefredaktion@iurratio.de

Redaktion:
Ressort *Zivilrecht* (zivilrecht@iurratio.de) Ahmad Sayed, Diana Regehr, Christian Döpke
Ressort *Strafrecht* (strafrecht@iurratio.de) Vivien Eckhoff (vivien.eckhoff@iurratio.de),
Alexander Otto (alexander.otto@iurratio.de)
Ressort *Öffentliches Recht* (oerecht@iurratio.de) Georg Dietlein (Standortleiter Köln),
Malte Hakemann, Stefanie Löhner
Ressort *Fallbearbeitungen* (fallbearbeitung@iurratio.de) Hanna Furlkröger (Ltg.),
Tamina Preuß, Larissa Bechthold
Ressort *LawLifeStyle* (lawlifestyle@iurratio.de) Sandra Beuke (Ltg.)
Ressort *Praxis & Karriere* (praxis@iurratio.de) Jan-Christoph Stephan (Ltg., Standortleiter
Universität Konstanz), Thore Eggert
Ressort *Rechtsprechung* (rechtsprechung@iurratio.de)
Dirk Veldhoff (Ltg.), Kathrin Böckmann (stv. Ltg.), Alexander Otto, Maike Brinkert,
Vivien Eckhoff, Prof. Dr. Lena Rudkowski, Christine Dutzmann, Christopher Exner,
Patrick Droll, Prof. Dr. Rolf Schmidt

Unsere Ansprechpartner an den Standorten erreichen Sie unter unistadname@iurratio.de,
also z.B. die Standortleiterin in Bremen unter unibremen@iurratio.de.

Wissenschaftlicher Beirat:

Prof. Dr. Michael Kotulla (Universität Bielefeld),
Prof. Dr. Heribert Prantl (Süddeutsche Zeitung/Universität Bielefeld),
Prof. Dr. Lena Rudkowski (Freie Universität Berlin)
Prof. Dr. Martin Schwab (Freie Universität Berlin)

Beilagen: Dieser Ausgabe sind zwei Bögen à 4 Karteikarten beigeheftet. Sollten diese
Karten fehlen, können Sie diese nach Erscheinen unter www.iurratio.de abrufen.

Ausschluss: Namentlich gekennzeichnete Beiträge repräsentieren nicht unbedingt die
Meinung der Redaktion.

Lektorat: Annica Klemme, Susanne Bettendorf lektorat@iurratio.de

Layout & Satz: Anja Krohn, Hamburg, layout@iurratio.de

Iurratio-Logo: Tobias Kunkel

Geschäftsführer: Eckart Pradel, gf@iurratio.de

Anzeigenabteilung: Marlene Alker, Daniel Fey, Niels Grotjohann, Sabrina Mokulys,
Judith Simon, Björn Wittenstein, Lea Benning, Jenny Ryszka anzeigen@iurratio.de

Auslandskorrespondenz: Inga Thiemann (Englisch, Niederländisch),
Marlene Alker (Französisch)

Logistik: Xinia Bitterlich, Björn Wittenstein, Lars Buchtmann, Vanessa Faber
logistik@iurratio.de

Postanschrift: Iurratio, Röckumstraße 63, 53121 Bonn

Redaktionsanschrift: Postfach 1540, 26645 Westerstede

Auflage: 12.000 Exemplare

Druck: Gutverlag, 48477 Hörstel, www.gutverlag.com

Urheber- und Verlagsrechte Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung in irgendeiner Form reproduziert werden.

Autorenhinweise: Ausführliche Autorenhinweise finden Sie auf unserer Homepage www.iurratio.de

TITELTHEMA

„Internationales Recht“

| | | |
|-----------------|---|-----|
| MICHLIK | Die Betrugsbekämpfung auf europäischer Ebene durch OLAF | 194 |
| THIEMANN | Was the US justified in invoking the principle of self-defence when it attacked Afghanistan in 2001? Or did it set a dangerous precedent? | 198 |

LEHRE & REFERENDARIAT

Ausbildung

| | | |
|----------------------|---|-----|
| SCHMIDT | Shoefiti und Strickeria – eine rechtliche Betrachtung | 201 |
| ATHEN/KRAEMER | Einführung in das Völkerrecht | 205 |

Schwerpunkte

PRÜTTING/ SHIRAZI/BERGER/NEACSU

| | |
|--|-----|
| Die Ehe für jedes Paar – eine interdisziplinäre Erörterung bezüglich der rechtlichen Diskriminierung Homosexueller in Deutschland (Teil 2) | 210 |
|--|-----|

| | | |
|--------------|-------------------------------|-----|
| PREUß | Strafbarkeit der Zwangsheirat | 217 |
|--------------|-------------------------------|-----|

LAWlifeSTYLE

214/215

„Vorsicht bei der Auswahl des Silvesteroutfits“
Lustiges und Kurioses aus der Rechtsprechung –
Spezialausgabe zum Jahresende

Fallbearbeitung

| | | |
|----------------------|---|-----|
| KÖLBEL/SELTER | Fortgeschrittene im Strafrecht: „Kleine Geschenke erhalten die Freundschaft“ | 223 |
| CALLIESS | Examensklausur Zivilrecht mit handelsrechtlichem Einschlag: „Espressomaschinen“ | 228 |
| SAYED | Examenskandidaten im Zivilrecht: „Das bewegte Sofa“ | 236 |

PRAXIS & KARRIERE

| | | |
|---------------|--|-----|
| BEHR | Wahlstation Australien: Sydney im Winter | 239 |
| EGGERT | Wunderwaffe Prädikatsjurist? | 244 |

SPECIAL

| | |
|---|-----|
| Iurratio Ranking Online Innovation 2011 | 242 |
|---|-----|

| | |
|---------------------|-----|
| Stellenmarkt | 213 |
| Rechtsprechung | 246 |

STUDENT meets PRACTICE

Das Praktikantenprogramm

Vom 20. August bis 28. September 2012 veranstaltet Shearman & Sterling an allen deutschen Standorten zum sechsten Mal das sechswöchige Praktikantenprogramm „Student meets Practice“.

Unser Motto lautet: „Mittendrin statt nur dabei.“ Entsprechend werden Sie täglich aktiv in unsere spannende Mandatsarbeit einbezogen und können sich außerdem auf folgende Highlights freuen:

- Besuch eines überörtlichen Seminars im Rahmen unseres Aus- und Weiterbildungsprogramms „Project Brain“
- Teilnahme an den wöchentlich stattfindenden lokalen „Project Brain“-Veranstaltungen
- Gemeinsamer Moot Court aller Praktikanten

Haben wir Ihr Interesse geweckt? Dann bewerben Sie sich bitte bis zum 31. März 2012 und beachten Sie, dass nur eine begrenzte Anzahl an Plätzen verfügbar ist. Mehr Informationen finden Sie unter:

www.studentmeetspractice.de

Wir freuen uns auf Sie!

Shearman & Sterling LLP

Lizete da Costa | Human Resources | Breite Straße 69 | 40213 Düsseldorf

T +49.211.17888.345 | lizete.dacosta@shearman.com

DIE BETRUGSBEKÄMPFUNG AUF EUROPÄISCHER EBENE DURCH DAS OLAF

von Dr. Frank Michlik, LL.M. (Cambridge)¹



Frank Michlik, Jahrgang 1961, hat Rechtswissenschaften an den Universitäten Münster und Cambridge studiert.

Seit 1993 war er als Referent und Referatsleiter in verschiedenen Abteilungen des Bundesministeriums der Justiz tätig. Seit 2004 ist er Beamter der EU Kommission und seit 2007 beim Europäischen Amt für Betrugsbekämpfung zuständig für die Koordinierung inter-institutioneller Beziehungen.

A. STATUS VON OLAF

Das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung OLAF (französisch: Office Européen de Lutte Anti-Fraude) wurde 1999 als Teil einer weitreichenden Modernisierung des Finanzmanagements und der Kontrollsysteme der Europäischen Institutionen geschaffen. Hintergrund war das Bemühen, nach dem Rücktritt der Santer-Kommission das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Europäischen Institutionen wiederherzustellen. Auf der Grundlage der OLAF-Verordnung 1073/1999² nahm OLAF am 1. Juni 1999 seine Tätigkeit auf.

I. KOMMISSIONSDIENSTSTELLE UND UNABHÄNGIGE UNTERSUCHUNGSBEHÖRDE

OLAF hat einen hybriden Status. Als Dienststelle der EU-Kommission ist OLAF innerhalb der Kommission für den Politikbereich der Betrugsbekämpfung (Betrug zu Lasten der finanziellen Interessen der EU) zuständig. Diesen Aufgabenbereich hat OLAF von seinem Vorgänger UCLAF³ übernommen, der Teil des Generalsekretariats der Kommission war.

Demgegenüber ist der OLAF-Generaldirektor unabhängig, soweit es sich um die operationelle Tätigkeit von OLAF handelt, nämlich die Einleitung und Durchführung von administrativen Untersuchungen. Artikel 12 Absatz 3 der OLAF-Verordnung bestimmt: „Bei der Erfüllung seiner Pflichten im Zusammenhang mit der Einleitung und Durchführung externer und interner Untersuchungen sowie bei der Erstellung der Berichte im Anschluss an die Untersuchungen fordert der Direktor keine Anweisungen von einer Regierung, einem Organ, einer Einrichtung oder einem Amt oder einer Agentur an und nimmt auch keine Anweisungen von diesen entgegen. Ist der Direktor der Auffassung, dass eine von der Kommission getroffene Maßnahme seine Unabhängigkeit antastet, kann er beim Gerichtshof Klage gegen die Kommission einreichen.“ Letzteres war in der Praxis von OLAF glücklicherweise bislang noch nicht erforderlich.

Als einziger Generaldirektor der EU-Kommission wird der OLAF-Generaldirektor von der Kommission erst nach Abstimmung mit dem Europäischen Parlament und dem Rat der Europäischen Union ernannt. Seine Amtszeit beträgt fünf Jahre; eine einmalige Wiederernennung ist zulässig. Die Unabhängigkeit des OLAF-Generaldirektors

spiegelt sich auch darin wider, dass er weiterreichendere haushaltstechnische und personalpolitische Befugnisse hat als andere Generaldirektoren der EU-Kommission.

II. OLAF ÜBERWACHUNGSAUSSCHUSS

Ein weiterer wichtiger Garant für OLAFs Unabhängigkeit ist der OLAF-Überwachungsausschuss. Nach Artikel 11 Absatz 1 der OLAF-Verordnung stellt der Überwachungsausschuss „durch die regelmäßige Kontrolle, die er bezüglich der Ausübung der Untersuchungstätigkeit vornimmt, die Unabhängigkeit des Amtes sicher“. Dabei gibt der Überwachungsausschuss von sich aus oder auf Ersuchen des OLAF-Generaldirektors Stellungnahmen und Empfehlungen zu den Tätigkeiten des Amtes ab, greift jedoch nicht in den Ablauf der Untersuchungen ein. Letzteres würde die Unabhängigkeit des OLAF-Generaldirektors gefährden.

Der OLAF-Überwachungsausschuss setzt sich aus fünf unabhängigen Persönlichkeiten aus den EU-Mitgliedstaaten zusammen, welche auf Grund ihrer Qualifikationen und Erfahrungen vom Europäischen Parlament, dem Rat der Europäischen Union und der EU-Kommission im gegenseitigen Einvernehmen für drei Jahre ernannt werden. Auch sie können einmal wiederernannt werden. Der OLAF-Generaldirektor unterrichtet den Überwachungsausschuss regelmäßig über die Tätigkeiten des Amtes, seine Untersuchungen und deren Folgemaßnahmen. Vor allem muss er den Überwachungsausschuss über Untersuchungen informieren, die mehr als neun Monate andauern, über Untersuchungen, die an die nationalen Justizbehörden übermittelt werden sollen, sowie über Untersuchungen, in denen EU-Organe, Ämter oder Einrichtungen den OLAF-Empfehlungen nicht Folge geleistet haben.

Vorsitzende des Überwachungsausschusses ist zurzeit eine Deutsche, die ehemalige Vorsitzende des Haushaltskontrollausschusses des Europäischen Parlaments, Frau Dr. Diemut R. Theato. Zum 30. November 2011 läuft die zweite Amtsperiode des derzeitigen Überwachungsausschusses ab, so dass ein neuer Ausschuss ernannt werden wird.

B. OLAF-UNTERSUCHUNGEN

OLAFs Aufgabe ist es, Verwaltungsuntersuchungen durchzuführen, um Betrug, Korruption oder andere rechtswidrige Handlungen zum Nachteil der finanziellen Interessen der EU zu bekämpfen. Dies umfasst alle Bereiche des EU-Haushalts, die Einnahmenseite sowie die Ausgabenseite.

I. ARTEN DER UNTERSUCHUNGEN

Zunächst muss darauf hingewiesen werden, dass OLAF-Untersuchungen reine administrative Untersuchungen sind. Es wird dabei zwischen den eigentlichen Untersuchungen und sogenannten Koordinierungsfällen unterschieden. Bei Letzteren trägt OLAF, häufig in entscheidender Weise, zu Untersuchungen von nationalen Behörden, anderen EU-Institutionen, Ämtern oder Agenturen bei. Unter anderem ermöglicht OLAF den Austausch von Informationen und

¹ Der Autor ist Koordinator für inter-institutionelle Beziehungen beim Europäischen Betrugsbekämpfungsamt. Der Artikel gibt ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

² OJ L 136, 31.5.1999, S. 1 (sowie Verordnung 1074/1999, OJ L 136, 31.5.1999, S. 8).

³ Unité de Coordination de la Lutte Anti-Fraude (Dienststelle für die Koordinierung der Betrugsbekämpfung).

Kontakten oder unterstützt die zuständigen nationalen Behörden in den Mitgliedstaaten der EU bzw. Drittstaaten bei der Durchführung von Strafverfahren.

Hinsichtlich der eigentlichen Untersuchungen unterscheidet die OLAF-Verordnung zwischen internen und externen Untersuchungen. Interne Untersuchungen sind solche, die innerhalb der EU-Organe, Einrichtungen, Ämter und Agenturen durchgeführt werden. Dabei kann es sich beispielsweise um den Verdacht von Betrugs- oder Korruptionshandlungen seitens der EU-Beamten handeln. Externe Untersuchungen sind solche, die in den EU-Mitgliedstaaten und entsprechend den Kooperationsabkommen in Drittstaaten durchgeführt werden und den Empfänger von EU-Mitteln betreffen. Dabei kann zum Beispiel dem Verdacht des Missbrauchs oder der Zweckentfremdung von EU-Mitteln nachgegangen werden. Eine Untersuchung kann neben dem Informationsaustausch zwischen OLAF und den nationalen Behörden auch Kontrollen vor Ort und Überprüfungen eines Wirtschaftsteilnehmers umfassen.

OLAFs Befugnisse sind bei internen und externen Untersuchungen unterschiedlich. Interne Untersuchungen werden dadurch erleichtert, dass die Beamten und sonstige Bedienstete der EU-Institutionen, Ämter und Agenturen gegenüber OLAF auskunftspflichtig sind. Außerdem erhält OLAF bei internen Untersuchungen ohne Voranmeldung und unverzüglich Zugang zu sämtlichen Informationen und Räumlichkeiten der betroffenen EU- Dienststelle. OLAF kann Büros der Beamten durchsuchen, die Rechnungsführung kontrollieren und Kopien aller Dokumente sowie des Inhalts aller Datenträger anfertigen und diese sicherstellen, um ein Verschwinden zu verhindern. Einzelheiten über die Zusammenarbeit zwischen den EU-Institutionen und OLAF bei internen Untersuchungen sind in einer Interinstitutionellen Vereinbarung vom 25. Mai 1999⁴ und einer Kommissionsentscheidung vom 2. Juni 1999⁵ festgelegt.

Betroffene von externen Untersuchungen können natürliche oder juristische Personen in den EU-Mitgliedstaaten oder Drittstaaten sein. Dabei hat OLAF nicht die weitreichenden Befugnisse wie bei internen Untersuchungen. Auf der Grundlage der Verordnung 2185/96⁶ kann OLAF bei externen Untersuchungen allerdings Vor-Ort-Kontrollen und -Überprüfungen bei Wirtschaftsteilnehmern durchführen, um schwerwiegende oder grenzüberschreitende Unregelmäßigkeiten aufzudecken. Die Kontrollen und Überprüfungen werden von OLAF in enger Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaates durchgeführt. Um die Durchführung der Kontrollen zu erleichtern, müssen die Wirtschaftsteilnehmer OLAF den Zugang zu Räumlichkeiten, Grundstücken, Verkehrsmitteln und sonstigen gewerblich genutzten Örtlichkeiten ermöglichen. Die OLAF-Kontrollure müssen sich an die jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften halten und haben unter denselben Bedingungen wie nationale Kontrolleure Zugang zu Informationen und Dokumenten. Dies ist in der Verordnung 2185/96 festgelegt und entspricht dem Grundsatz des Artikels 325 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Danach sind Mitgliedstaaten aufgefordert, zur Bekämpfung von Betrug und sonstigen rechtswidrigen Handlungen gegen die finanziellen Interessen der EU die gleichen Maßnahmen zu ergreifen, „die sie auch zur Bekämpfung von Betrügereien ergreifen, die sich gegen ihre eigenen finanziellen Interessen richten“.

4 OJ L 136, 31.5.1999, S. 15.

5 OJ L 149, 16.6.1999, S. 57.

6 OJ L 292, 15.11.1996, S. 2.

II. HINWEISE FÜR UNTERSUCHUNGEN UND ZIEL DER UNTERSUCHUNGEN

Hinweise können bei OLAF sowohl aus den EU-Institutionen als auch aus der Bevölkerung eingehen. EU-Beamte sind verpflichtet, ihren Vorgesetzten oder OLAF Verdachtsfälle zu melden. Für die Kommunikation mit Bürgern wurde kürzlich ein interaktives „Fraud Notification System“ im OLAF-Internet⁷ eingerichtet. Dieses System ermöglicht eine sichere, und - wenn gewünscht - auch anonyme Kommunikation mit OLAF.

Es muss nochmals betont werden, dass OLAF Verwaltungsuntersuchungen durchführt. Daher besitzt OLAF keine justiziellen Befugnisse. Gleichermaßen führt OLAF keine Betriebs- oder Wirtschaftsprüfungen durch. Das primäre Ziel von OLAF-Untersuchungen ist das Aufdecken rechtswidrigen Verhaltens, welches sich gegen die finanziellen Interessen der EU richtet und das Anlass für strafrechtliche oder disziplinarische Maßnahmen geben kann. Außerdem sichtet OLAF Beweise für die Wiedereinzahlung von zu Unrecht gezahlten Ausgaben oder entgangenen Einnahmen. OLAF kann nicht selbst strafrechtliche oder disziplinarische Verfahren durchführen, sondern übermittelt die Untersuchungsergebnisse mit Empfehlungen zu entsprechenden Folgemaßnahmen an die nationalen Staatsanwaltschaften und Justizbehörden, an die für Disziplinarverfahren zuständigen Dienststellen innerhalb der EU-Institutionen oder an die für Wiedereinzahlung zuständigen Generaldirektionen der EU-Kommission.

III. STATISTIK DER UNTERSUCHUNGEN

Jedes Jahr wird OLAFs Tätigkeit in zwei Berichten reflektiert, dem OLAF-Jahresbericht und dem Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über den Schutz der finanziellen Interessen der EU („Betrugsbekämpfungsbericht“ basierend auf Artikel 325 Absatz 5 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union). Letzterer Bericht umfasst sowohl die Aktivitäten der EU-Kommission als auch die Aktivitäten der Mitgliedstaaten zum Schutz der finanziellen Interessen der EU. In den Berichten werden unter anderem unterschiedliche Statistiken über OLAF-Untersuchungen veröffentlicht.

Die Zahl der bei OLAF eingegangenen Informationen stellt sich nach Sachgebieten aufgeteilt wie folgt dar:

| Sektor | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | Total | in % |
|-------------------------|------|------|------|------|------|-------|------|
| Landwirtschaft | 107 | 136 | 201 | 174 | 186 | 804 | 17% |
| Zigaretten | 9 | 10 | 13 | 12 | 16 | 60 | 1% |
| Zoll | 65 | 56 | 54 | 32 | 57 | 264 | 6% |
| Direktausgaben | 50 | 102 | 150 | 98 | 106 | 506 | 11% |
| EU Einricht. und Organe | 231 | 208 | 294 | 305 | 232 | 1270 | 27% |
| Außenhilfe | 204 | 205 | 179 | 145 | 156 | 889 | 19% |
| Strukturfonds | 156 | 161 | 137 | 193 | 230 | 877 | 19% |
| Insgesamt | 822 | 878 | 1028 | 959 | 983 | 4670 | 100% |

7 <https://fns.olaf.europa.eu>.

Im Jahr 2010 betrafen die bei OLAF eingegangenen Informationen folgende EU Mitgliedstaaten⁸:

| Mitgliedstaat | Nummer |
|------------------------|--------|
| Belgien | 28 |
| Bulgarien | 93 |
| Dänemark | 7 |
| Deutschland | 59 |
| Estland | 3 |
| Finnland | 3 |
| Frankreich | 17 |
| Griechenland | 37 |
| Irland | 4 |
| Italien | 75 |
| Lettland | 5 |
| Litauen | 2 |
| Luxemburg | 5 |
| Malta | 5 |
| Niederlande | 14 |
| Österreich | 8 |
| Polen | 59 |
| Portugal | 9 |
| Rumänien | 83 |
| Schweden | 8 |
| Slowakei | 28 |
| Slowenien | 4 |
| Spanien | 60 |
| Tschechien | 33 |
| Ungarn | 20 |
| Vereinigtes Königreich | 31 |
| Zypern | 6 |
| Insgesamt | 705 |

C. ZUSAMMENARBEIT MIT DEN MITGLIEDSTAATEN UND ANDEREN PARTNERN

I. MITGLIEDSTAATEN

Da OLAF selbst keine justiziellen Befugnisse hat, ist eine gute Zusammenarbeit mit den Staatsanwaltschaften und Justizbehörden der Mitgliedstaaten sowie den anderen Partnern von entscheidender Bedeutung. Dies gilt vor allem für die Folgemaßnahmen der OLAF-Untersuchungen. Als Folge von OLAF-Untersuchungen verurteilten nationale Strafgerichte in den ersten zehn Jahren des Bestehens von OLAF über 300 Einzelpersonen zu Haftstrafen von insgesamt über 875 Jahren. Im Jahr 2009 wurden in OLAF-Fällen aus finanziellen Folgemaßnahmen 249,2 Millionen Euro eingezogen.⁹

Die Zusammenarbeit mit den Partnern ist aber nicht nur bei justiziellen

und finanziellen Folgemaßnahmen von Untersuchungen wichtig, sondern bei allen OLAF-Tätigkeiten. Ungefähr 80% der EU-Ausgaben werden in indirekter Verwaltung von den Behörden der Mitgliedstaaten ausgegeben, beispielsweise in den Bereichen Landwirtschaft und Strukturfonds. Dem gegenüber stehen sämtliche EU-Einnahmen, welche von den Mitgliedstaaten erhoben werden. Daher ist in jedem Stadium der OLAF-Untersuchung die Zusammenarbeit mit verschiedensten Behörden der Mitgliedstaaten erforderlich, z.B. mit Zoll- und Steuerbehörden sowie den nationalen Behörden, welche die von der EU (mit)finanzierten Programme verwalten.

II. DRITTSTAATEN UND INTERNATIONALE ORGANISATIONEN

In zunehmendem Umfang intensiviert OLAF auch seine Kontakte zu Drittstaaten und Internationalen Organisationen. Dies gilt in besonderem Maße für den Zollbereich, wo regelmäßig Aktionen gegen den Zigarettschmuggel im Zusammenwirken von OLAF, EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten stattfinden. In diesem Bereich sind dank der guten Zusammenarbeit aller Beteiligten große Erfolge zu verzeichnen. Die von OLAF koordinierten länderübergreifenden Untersuchungen führen jedes Jahr zur Sicherstellung von mehreren hundert Millionen illegaler Zigaretten und zur Zerschlagung krimineller Vereinigungen. Auch in anderen Bereichen wird die Zusammenarbeit über die EU hinaus für OLAF immer wichtiger. Obwohl die EU der größte „Geber“ im Bereich der Entwicklungszusammenarbeit ist, werden viele dieser Gelder nicht durch die EU selbst verwaltet bzw. verteilt, sondern durch Internationale Organisationen, vor allem die Vereinten Nationen. Die Betrugsbekämpfung in diesem Bereich erfordert daher die Zusammenarbeit zwischen EU (OLAF), der jeweiligen Internationalen Organisation und den Behörden der Empfängerländer. In den letzten Jahren ist es OLAF gelungen, durch internationale Konferenzen, Fortbildungen für Mitarbeiter aus Drittstaaten und andere Maßnahmen ein großes Netzwerk von Kontakten aufzubauen.

D. GESETZESINITIATIVEN UND PRÄVENTION

Wie bereits erwähnt, führt OLAF nicht nur administrative Untersuchungen durch, sondern ist innerhalb der EU-Kommission auch für den Politikbereich der Bekämpfung von Betrug zu Lasten der finanziellen Interessen der EU zuständig. In dieser Funktion ist OLAF insbesondere an Gesetzesinitiativen und Initiativen zur präventiven Betrugsbekämpfung beteiligt. Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang vor allem das laufende Gesetzgebungsverfahren zur Reform der OLAF-Verordnung 1073/1999 und die kürzlich von der EU-Kommission beschlossene Mitteilung über eine „Betrugsbekämpfungsstrategie“¹⁰. Die Reform der OLAF-Verordnung soll zu weiteren Verbesserungen für die Betrugsbekämpfung führen. Unter anderem sollen in der neuen Verordnung die Grund- und Verfahrensrechte des von einer Untersuchung Betroffenen kodifiziert werden, was bislang nur in dem internen OLAF-Handbuch festgelegt war. Hierzu gehören das rechtliche Gehör, das Recht, sich in seiner Muttersprache bzw. einer der EU-Amtssprachen auszudrücken, und das Recht, einen Anwalt oder eine Vertrauensperson als Beistand hinzuzuziehen. Andere Änderungsvorschläge betreffen Verbesserungen des Informationsflusses zwischen OLAF, den EU-Institutionen und den Mitgliedstaaten. Die Mitteilung der EU-Kommission über die neue „Betrugsbekämpfungsstrategie“ soll die Betrugsprävention und Betrugsaufdeckung innerhalb der EU-

⁸ Die Differenz zu der Zahl der im Jahr 2010 insgesamt eingegangenen Informationen von 983 (siehe erste Tabelle) betrifft EU Kandidatenländer oder Drittstaaten.

⁹ Zum Vergleich: Das Budget von OLAF betrug im Jahr 2010 ca. 57 Millionen Euro für die laufende Verwaltung und 20 Millionen Euro für Programme.

¹⁰ KOM (2011) 376.

Kommission modernisieren und weiter verbessern. Dabei werden zum Beispiel für verschiedene Sachgebiete und Bereiche übergreifende Strategien entwickelt, welche von allen Dienststellen anzuwenden sind, die mit der Verwaltung oder Kontrolle von EU-Mitteln in dem jeweiligen Sachgebiet oder Bereich betraut sind.

E. AUSBLICK UND ZUKUNFT

Die Reform der OLAF-Verordnung wird die Betrugsbekämpfung auf EU-Ebene weiter verbessern, aber den bestehenden Rahmen nicht wesentlich verändern. Eine mittelfristige Perspektive für weiterreichende Veränderungen kann die Europäische Staatsanwaltschaft darstellen. Seit Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages besteht nach Artikel 86 Absatz 1 des Vertrages über die Europäische Union die Möglichkeit, zur „Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union“ eine „Europäische Staatsanwaltschaft“ einzusetzen. Die EU-Kommission beabsichtigt, noch in ihrer derzeitigen Amtszeit einen Vorschlag vorzulegen¹¹. Eine Europäische

¹¹ Im Jahr 2001 hatte die Kommission bereits ein Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vorgelegt (KOM (2001) 715).

Staatsanwaltschaft könnte diejenigen justiziellen Befugnisse haben, die OLAF fehlen.

Nach Artikel 86 Absatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union kann eine Europäische Staatsanwaltschaft zuständig sein für „die strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung sowie die Anklageerhebung in Bezug auf Personen, die als Täter oder Teilnehmer Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union begangen haben [...] Die Europäische Staatsanwaltschaft nimmt bei diesen Straftaten vor den zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahr“. Die Einrichtung einer solchen Europäischen Staatsanwaltschaft wäre ein wirklich großer Schritt in der Betrugsbekämpfung auf EU-Ebene. Sie setzt allerdings den Bereitschaftswillen der Mitgliedstaaten voraus, entsprechende Befugnisse auf eine Europäische Staatsanwaltschaft zu übertragen¹².

¹² Nach Artikel 86 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union ist dies auch im Wege der verstärkten Zusammenarbeit durch neun Mitgliedstaaten möglich.

REISEN soll begeistern.

Wir sorgen dafür – seit 25 Jahren.





Preiswerte Flüge weltweit

Kreuzfahrten | Sport- und Aktivreisen

Pauschal- und Wellnessreisen

Jugend- und Studententarife

Ferienwohnungen und Fähren

Interessante Studienreisen

Mietwagen und Hotels



Reisebüro

kleine Fluchten

Reisebüro kleine fluchten | Rohrteichstraße 33 | 33602 Bielefeld | fon 0521.6 61 99 | fax 0521.6 75 80 | www.kleinefluchten.de

WAS THE US JUSTIFIED IN INVOKING THE PRINCIPLE OF SELF-DEFENCE WHEN IT ATTACKED AFGHANISTAN IN 2001? OR DID IT SET A DANGEROUS PRECEDENT?

von Inga Thiemann (London)

A. INTRODUCTION

In order to determine whether the US was justified in using the principle of self-defence in the attack against Afghanistan, several aspects are important.

First, there is the question as to whether or not self-defence can be invoked against a non-state actor. To determine this, this essay is going to look not only at international treaties and United Nations Security Council Resolutions, but also take into account previous important cases for customary international law, such as the Nicaragua case and the Caroline case.

Secondly it is important to identify whether self-defence was the only argument the USA could use or which alternative justifications were available to the USA at the time. If there were alternative justifications, it is also necessary to identify why they were not used or were only used as secondary or tertiary explanations.

Finally, the question whether or not it set a dangerous precedent must be evaluated. In order to do so, I will look at more recent cases of states claiming self-defence and how the international community reacted to these cases.

B. CAN SELF-DEFENCE BE INVOKED AGAINST A NON-STATE ACTOR?

The question whether or not self-defence can be invoked against a non-state actor is a contested one. Some international lawyers argue that even a targeted attack on non-state actors in another state's territory is a violation of sovereignty not accounted for in the UN Charter. Jörg Kammerhofer claims that private persons are not even capable of violating state sovereignty. He states that whereas they can violate international law by committing acts of terrorism, they are not bound by Article 2(4) of the United Nations Charter: "Individual humans cannot violate a state's sovereignty, because for a state's sovereignty to be violated there needs to be an act of imperium, *hoheitliches Handeln* - in short: an act of state."¹ A similar argument is often put forward on the basis of the Nicaragua case. In the Nicaragua case the International Court of Justice decided that in order for the USA's use of force against Nicaragua to be legitimate the armed attacks by rebel groups against El Salvador needed to be attributable to Nicaragua.² Since this direct link could not be established, US action was considered unlawful. For proponents of this argument there was no justification for the US to attack in Afghanistan since the government of Afghanistan was not directly involved in the terrorist attacks.

The opposite argument is presented on the basis of the Caroline case. In the Caroline case the imminent attack of a non-state actor justified the preventative strike against the non-state actor in territorial waters of another state.³ However, it is questionable whether the threat

of terrorism can be considered sufficiently imminent to invoke this particular precedent in customary international law. It can be said that the threat posed by Al-Qaeda was ongoing and thus justified self-defence. Considering the gravity of the attack, this point seems justified. Nonetheless, the question remains whether or not the attack on Afghanistan was both necessary and proportionate as required by international law.⁴ Furthermore, it is also debatable whether the USA can be said to have used force 'only after every effort has been made to deal with a terrorist attack by peaceful means.'⁵

When it comes to the question of necessity and proportionality, there are opposing views. Some claim that on the basis of preceding cases there is no basis for the necessity of the attack. Antonio Cassese opines that necessity for self-defence means that attempts at achieving a peaceful solution have been exhausted.⁶ If this view is taken, it is highly doubtful that the US's attack on Afghanistan can be considered necessary. However, Cassese also admits that there is a clear definition how such peaceful solutions could look like, so any failed attempt by the US to resolve the issue could be considered the exhaustion of peaceful means.

But Cassese's reasoning does not end here. He also claims - on the basis of the Nicaragua case - that giving sanctuary to rebels or, in this case, terrorists, could be regarded as less grave than providing them with arms, logistical support or financial aid. If these actions of obvious support could only be regarded as unlawful, but did not justify a military response, then a fortiori the provision of sanctuary would not justify a military response either.⁷

This argument was however constructed before 11 September 2001 and numerous international lawyers agree that the attack on the twin towers substantially changed the limits of when self-defence could be invoked. This view is backed by the UN Security Council resolutions 1368 and 1373, which recognised the right of self-defence. Christopher Greenwood argues that this acknowledgement of the right to self-defence means that in the view of the Security Council the terrorist attacks constituted an armed attack in the sense of the UN Charter and therefore justified action under Article 51.⁸ Resolution 1373 also put a requirement on all states to take action against perpetrators of international terrorism and states suspected of assisting them.⁹ Whereas this requirement does not necessarily endorse self-defence against such a state, it clearly facilitates claims for justified actions against states that harbour terrorists. Both resolutions were adopted unanimously, pointing towards a consensus amongst member states on the issue. Christopher Greenwood maintains further that the reference to self-defence in the two resolutions was not necessary to justify US action, but strengthened the argument that the conditions

1 J. Kammerhofer, 'Uncertainties of the Law on Self-Defence in the United States Charter', *Netherlands Yearbook of International Law*, 35, 2004, p. 182.

2 K. Trapp, 'Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence Against Non-State Terrorist Actors', *International and Comparative Law Quarterly* 56/141, 2007, p. 143.

3 R.Y. Jennings, *The Caroline and McLeod Cases*, 32 AJIL (1938).

4 United Nations Charter, Art.51, <http://www.un.org/en/documents/charter/>.

5 A. Cassese, 'The International Community's "Legal" Response to Terrorism', *ICLQ*, vol. 38, 1989, p. 590.

6 A. Cassese, 'The International Community's "Legal" Response to Terrorism', *ICLQ*, vol. 38, 1989, p. 597.

7 A. Cassese, 'The International Community's "Legal" Response to Terrorism', *ICLQ*, vol. 38, 1989, p. 599.

8 C. Greenwood, 'International Law and the US air operation against Libya', *West Virginia Law Review*, vol. 89, 1987, p. 308.

9 United Nations Security Council Resolution 1373 (2001), <http://www.un.org/News/Press/docs/2001/sc7158.doc.htm>.

for the exercise of the right to self-defence had been met.¹⁰

Nevertheless, on the basis of the same Security Council resolutions, it could be said that the right to self-defence was no longer given since the Security Council had taken steps to restore international peace and security. The UN Charter clearly states that the right to self-defence exists “if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.”¹¹ Thus, whereas Art. 51 clearly states that the right of self-defence does not affect action to be taken by the Security Council, it does also say that the right to self-defence exists until the Security Council has taken such measures. This could be interpreted as meaning that the right to self-defence ceases to exist once the United Nations are taking concerted action under Security Council resolutions.¹² Whereas Greenwood acknowledges this point, he argues that the Security Council’s re-affirmation of the right to self-defence in Resolution 1373 means that the USA continued to have a right to act under Art. 51.

On the contrary Jörg Kammerhofer disputes that the Security Council did not acknowledge that the right to self-defence applied vis-à-vis Afghanistan (or even vis-à-vis the non-state group ‘Al-Qaeda’), but only ‘recognised’ or ‘reaffirmed’ generally the right to self-defence. It did not even specify that this right applies in the fight against terrorist acts or against terrorist groups.¹³

Christopher Greenwood’s line of argument seems more convincing, though. Other experts agree that the 11 September attacks altered the concept of self-defence to include non-state actors. If a host state is unwilling or unable to prevent its territory from being used as a base of terrorist operations, “the victim state can only either respect the host state’s territorial integrity at great risk to its own security, or it violates that state’s territorial integrity in a limited and targeted fashion, using force against (and only against) the very source of the terrorist attack.”¹⁴

This generally accepted argumentation does however not justify the attacks on the Taliban regime. Extending self-defence to the government of the state that harbours terrorists is not usually accepted by international lawyers. Thus, it can be said that this aspect of the attack was illegal under international law. Proponents of the action claim that the international community did not oppose the action, rendering it legal. However, action by one state only does not yet create customary international law and the majority of international lawyers rejects this interpretation, so there is also insufficient *opinio juris* on the matter to justify claims that the USA has acted legitimately under customary international law.

10 C. Greenwood, ‘International Law and the US air operation against Libya’, *West Virginia Law Review*, vol. 89, 1987, p. 310.

11 United Nations Charter, Art. 51 <http://www.un.org/en/documents/charter/>

12 C. Greenwood, ‘International Law and the US air operation against Libya’, *West Virginia Law Review*, vol. 89, 1987, p. 311.

13 J. Kammerhofer, ‘Uncertainties of the Law on Self-Defence in the United States Charter’, *Netherlands Yearbook of International Law*, 35, 2004, p. 181.

14 K. Trapp, ‘Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence Against Non-State Terrorist Actors’, *International and Comparative Law Quarterly* 56/141, 2007, p. 147.

C. WHAT ALTERNATIVE JUSTIFICATIONS WERE AVAILABLE TO THE USA?

There were alternative justifications available to the USA, partly thanks to Security Council Resolution 1368 which stated ‘to combat by all means threats to international peace and security caused by terrorist acts’ and condemned ‘the horrifying terrorist attacks which took place on 11 September 2001’ as being ‘like any act of international terrorism... a threat to international peace and security’.

However, these justifications were not used as much. Nicolas Kerton-Johnson argues that only 5% of President Bush’s justifications were based on other aspects of international law.¹⁵ “National security and self-defence in a state of war, as provided under article 51 of the UN Charter, were presumed by the president to be sufficient justification for action, and references to international law or the UN were considered unnecessary. While a traditional justification in terms of national interest could have been framed within international law, the president chose not to do this, instead concentrating in his justifications on a desire for justice and freedom and emphasising that the United States was ‘different’ and represented ‘goodness’ - his version of US exceptionalism.”¹⁶ A lot of the justifications also referred to the USA’s moral legitimacy to bring justice to the world. Kerton-Johnson sees this as a return to an American identity of supremacy, rather than seeking legitimacy in international law or human rights.¹⁷

Other potential legal justifications were available, such as humanitarian intervention, intervention by invitation or intervention with authorisation by the UN Security Council. Humanitarian intervention would have been a possibility, but the USA’s motives would have certainly been questioned. Also, the American public would probably not have reacted positively to a humanitarian intervention into a country that was seen as the source of the 11 September attacks. Another potential argument could have been intervention by invitation. If the USA had regarded the Taliban as a rebel group, they could have got the invitation to intervene by the Northern Alliance; but it was unclear whether the Northern Alliance was the legitimate government of Afghanistan instead.¹⁸

The third, and most convincing alternative argument was action under Chapter VII of the UN Charter. Whereas Resolution 1373 did not include the phrase ‘use all necessary means’, it provided better justification of a Chapter VII authorisation than the no-fly-zones in Iraq or the ‘implied authorisation’ for the Kosovo intervention.¹⁹ Michael Byers argues that this resolution could provide the US “with an at-least-tenable argument whenever and wherever it decides, for political reasons, that force is necessary to ‘prevent the commission of terrorist acts’. In the future, China and Russia could invoke Resolution 1373 and block any attempts to clarify or rescind it.”²⁰ This possibility could be reason why the USA has not used Resolution 1373 to justify its attack on Afghanistan, since it could have established a precedent

15 N. Kerton-Johnson, ‘Justifying force in a post-9/11 world’, *International Affairs*, (London), Vol.84, No.5, September 2008, p. 994.

16 N. Kerton-Johnson, ‘Justifying force in a post-9/11 world’, *International Affairs*, (London), Vol.84, No.5, September 2008, p. 994.

17 N. Kerton-Johnson, ‘Justifying force in a post-9/11 world’, *International Affairs*, (London), Vol.84, No.5, September 2008, p. 995.

18 M. Byers, ‘Terrorism, the use of force and International Law after 11 September’, *ICLQ*, vol. 51, part two, April 2002, p. 403.

19 M. Byers, ‘Terrorism, the use of force and International Law after 11 September’, *ICLQ*, vol. 51, part two, April 2002, p. 402.

20 M. Byers, ‘Terrorism, the use of force and International Law after 11 September’, *ICLQ*, vol. 51, part two, April 2002, p. 402.

“by relying on a resolution that could strengthen the arguments in favour of subsequent actions by other states”.²¹

D. DID THIS CASE SET A DANGEROUS PRECEDENT FOR INTERNATIONAL LAW?

This leaves the question whether or not the Afghanistan intervention nonetheless set a dangerous precedent. To determine this, an assessment of later practice is necessary.

In the Israel-Lebanon war in 2006 a majority of Security Council member recognised Israel's right to self-defence. This acceptance implied a right to use force in self-defence against non-state actors. The international community's reactions “amount to a recognition that defensive force in foreign territory against non-state actors is sometimes necessary given the host state's failure (rather than its unwillingness) to prevent its territory from being used as a base for terrorist operations.”²² Thus, the Afghanistan intervention has clearly shaped the concept of self-defence to include non-state actors. However, one could argue that this concept already existed in the Caroline case and that the Afghanistan intervention has only added to existing customary international law.

Kimberly Trapp states that “despite the overwhelming support for the 2001 US-led campaign in Afghanistan, it remains the only internationally accepted example of a use of force directed against a state's apparatus, where that state did not launch the armed attacks being responded to.”²³

E. CONCLUSION

Contrary to the Afghanistan intervention itself, later invocations of the right to self-defence against terrorist attacks make claims on the basis of a right to use force against non-state terrorist actors, not against the state acquiescing in their activities.²⁴ This can be attributed to the fact that even after Afghanistan the invocation of self-defence against an acquiescing state remains highly debatable. In this sense it could be said that the Afghanistan intervention, although debatable in its legality, did not set a dangerous precedent, but added to clarification of international law regarding non-state actors.

Nonetheless, there is still the question whether it maybe did not set a dangerous precedent for other countries, but maybe for similar arguments for further interventions by the US itself. Kerton- Johnson claims that US-action altered the traditional bases of legitimacy, devaluing international norms.²⁵ Nicolas Wheeler makes a similar argument, worrying that the Afghanistan intervention constitutes a “revolutionary response to the threat from global terrorism [establishing] the United States as the sovereign that decides when the sovereignty of others can be infringed”²⁶ This fear seems to be justified, which is why some scholars argue for the need for a clear definition of what constitutes a terrorist threat. Such a definition would be highly beneficial to prevent the USA from determining international public

21 M. Byers, 'Terrorism, the use of force and International Law after 11 September', ICLQ, vol. 51, part two, April 2002, p. 403.

22 K. Trapp, 'Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence Against Non-State Terrorist Actors', International and Comparative Law Quarterly 56/141, 2007, p. 154-155.

23 K. Trapp, 'Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence Against Non-State Terrorist Actors', International and Comparative Law Quarterly 56/141, 2007, p. 155-156.

24 K. Trapp, 'Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence Against Non-State Terrorist Actors', International and Comparative Law Quarterly 56/141, 2007, p. 155.

25 N. Kerton-Johnson, 'Justifying force in a post-9/11 world', International Affairs, (London), Vol. 84, No.5, September 2008, p. 1006.

26 N. Wheeler, 'The Bush Doctrine: The dangers of American exceptionalism in a revolutionary age', Asian Perspective, Vol. 27 No. 4, 2003, p. 185.

enemy at its own discretion,²⁷ as well as other states trying to follow its example.

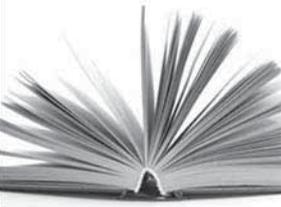
Finally, it can be said that whereas the intervention in Afghanistan remains legally debatable, the Caroline case does give sufficient justification to invoke the concept of self-defence for attacks on Al-Qaeda bases. It can be said that the Afghanistan intervention constitutes a shift in the understanding of self-defence in international law, albeit not an uncontested one. There is however no basis in international customary law for the strikes against the Taliban. The fact that other states have remained careful not to invoke self-defence against the 'host state' of terrorist groups shows that Afghanistan cannot be considered a precedent for this. Since the concept of self-defence seems to have shifted with the Afghanistan intervention, there is a need for the United Nations to achieve a definition of terrorism in order to prevent abuse of the concept of self-defence against non-state actors.

27 J. Friedrichs, 'Defining the International Public Enemy: The Political Struggle Behind the Legal Debate on International Terrorism', Leiden Journal of International Law 19/69, 2006, p. 89.

juridicus



Juristischer Verlag



Nur 5,80
pro Monat!

juridicus

ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

Das Konzept:
Die Kenntnis der aktuellen Rechtsprechung ist für Studium und Referendariat unentbehrlich. Wir nehmen Ihnen die Arbeit ab und werten die gängigen Quellen aus, um herauszufiltern was ausbildungsrelevant ist.

- **Neueste prüfungsrelevante Entscheidungen, didaktisch aufbereitet**
- **Grundlagenwissen**
- **Gesetzesänderungen**
- **Klausuren aus den Original-Examensterminen**
- **Prüfungsprotokolle**
- **Aktenvorträge**
- **Tipps für die mündliche Prüfung**
- **Aufbauschemataund vieles mehr.**

Da viele Entscheidungen jedoch ohne Hintergrundinformationen nicht ohne weiteres verständlich sind, führen wir in die Problematik ein, bevor wir auf die maßgeblichen Punkte der Entscheidung zu sprechen kommen. Diese Kombination aus Grundlagen wissen und neuesten Informationen bringt Ihnen den entscheidenden Vorteil!

Fordern Sie Ihre kostenlose Leseprobe an !
Bitte verwenden Sie das Bestellformular unter:
www.juridicus.de

Wollburg und Wegner GbR - Hiberniastraße 6 - 45879 Gelsenkirchen - Tel./Fax: 0209 / 945 806-35 / 50

juridicus

PROTOKOLLE · ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG · PRAKTIKERREPORT

SHOEFITI UND STRICKERIA – EINE RECHTLICHE BETRACHTUNG

von Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt (HAW Hamburg)

A. EINFÜHRUNG

Vor einiger Zeit wurden in der (Internet-)Presse zwei neuartige Phänomene beschrieben, Shoefiti und Strickeria.¹ Was darunter zu verstehen ist und welche rechtliche Bedeutung ihnen zukommt, wird auf den ersten Blick nicht ganz deutlich. Der nachfolgende Beitrag beschreibt die beiden Phänomene und gibt eine rechtliche Einschätzung ab.

I. SHOEFITI

Der Begriff Shoefiti setzt sich zusammen aus dem englischen Wort shoe (= Schuh) und graffiti (= Graffiti) und benennt innerhalb der „Straßenkunst“ ein weltweit zu beobachtendes Phänomen, dass Paare von Schuhen mit den Schnürsenkeln zusammengebunden über Äste, Leinen, Kabel oder dergleichen geworfen werden. In Deutschland ist dieses Phänomen besonders in Berlin², aber auch in Leipzig³ anzutreffen. In ländlichen Gebieten werden die Schuhe auch gern über Oberleitungen geworfen⁴, was rechtliche Fragen aufwirft (dazu B. I.). Hinsichtlich des Ursprungs dieses Brauchs gibt es sehr unterschiedliche Erklärungsversuche.⁵ Überwiegend wird angenommen, dass er aus Schottland und den Vereinigten Staaten stamme.⁶ So soll es in Schottland schon lange Brauch der Männer sein, ihre Schuhe ins Fenster zu hängen, sobald sie nicht mehr „jungfräulich“ sind.⁷ Im Stadtteil Bronx von New York City sollen hingegen baumelnde Schuhe ein Drogengebiet markiert haben und Straßengangs sollen Schuhe an Orten hinterlassen haben, an dem eines ihrer Mitglieder getötet wurde.⁸ Das in Deutschland zu beobachtende Shoefiti hat selbstverständlich nicht derartige Hintergründe, sondern ist eher als eine neuartige Methode anzusehen, die dazu dienen soll, auf sich aufmerksam zu machen.

II. STRICKERIA

Bei der „Strickeria“, auch Strickgraffiti (von Stricken und Graffiti) genannt, handelt es sich um das Bestriicken von Geländern und Pollern, eine Kunstform, die meist für die Demonstration politischer Botschaften genutzt wird. Auch das Überstülpen von Strickwaren ist erfasst. „Knitting against terrorism“ heißt z.B. die Devise, um kunstvoll den Terrorismus anzuprangern. So waren in Berlin sog. Girdafis platziert worden.⁹ Rot-weiße Strickstulpen mit Giraffenflecken wurden in Serie vor libyschen Botschaften angebracht und sollten an Palestinenserschs erinnern und eine Demonstration gegen den ehemaligen libyschen Diktator Gaddafi untermauern. Beim „knitting against nuclear power“ soll auf politische Missstände in Bezug auf eine (verfehlte) Atompolitik aufmerksam gemacht werden.

1 <http://www.nwz-inside.de/News/Dein-Revier/Oldenburg/Shoefiti-neuer-Schuhtick-in-luftiger-Hoche,25454>
 2 Vgl. <http://www.morgenpost.de/printarchiv/berlin/article1643519/Einfach-mal-abhaengen.html>
 3 Vgl. <http://designest.de/2009/07/shoefiti-leipzig> und <http://mephisto976.uni-leipzig.de/sendungen/faustschlag/beitrag/artikel/der-etwas-andere-schuhtick-das-shoefiti.html>
 4 <http://www.nwz-inside.de/News/Dein-Revier/Oldenburg/Shoefiti-neuer-Schuhtick-in-luftiger-Hoche,25454>
 5 <http://www.shoefiti.com/category/shoefiti-theories>
 6 <http://www.morgenpost.de/printarchiv/berlin/article1643519/Einfach-mal-abhaengen.html>
 7 <http://www.morgenpost.de/printarchiv/berlin/article1643519/Einfach-mal-abhaengen.html>
 8 <http://www.nwz-inside.de/News/Dein-Revier/Oldenburg/Shoefiti-neuer-Schuhtick-in-luftiger-Hoche,25454>
 9 <http://berlinstrickeria.wordpress.com/2011/05/15/politische-strickgraffitis>

B. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

I. SHOEFITI

Im Folgenden soll aufgezeigt werden, welche rechtliche Relevanz dem Shoefiti zukommt. Kategorisch bietet es sich an, zwischen den Teilrechtsgebieten Strafrecht, Zivilrecht und Öffentliches Recht zu unterscheiden.

1. STRAFRECHT (UND ORDNUNGSWIDRIGKEITENRECHT)

Ob Shoefiti strafrechtlich relevant ist, hängt vom Einzelfall ab. Wenn etwa die zusammengeschnürten Schuhe über eine Oberleitung der Bahn geworfen werden, kommen insbesondere Nötigung (§ 240 StGB), Gefährliche Eingriffe in den Bahn-/Schiffs- und Flugverkehr (§ 315 StGB), Störung von Telekommunikationsanlagen (§ 317 StGB), Sachbeschädigung (§ 303 I StGB), Zerstörung technischer Arbeitsmittel (§ 305a I Nr. 1 StGB), Herbeiführen einer Brandgefahr (§ 306f StGB), fahrlässige Brandstiftung (§ 306d StGB), etc. in Betracht. Werden durch Shoefiti Straßenverkehrsregelungsanlagen oder Verkehrszeichen in ihrer Funktion beeinträchtigt, ist an § 315b StGB (Gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr) zu denken.

Unterhalb der Schwelle zum Strafrecht kommen Ordnungswidrigkeitentatbestände nach den jeweilig betroffenen Fachgesetzen in Betracht. So ist etwa an § 61 KrW-/AbfG zu denken, wenn man Schuhe als Abfall betrachtet, der entgegen den Vorschriften des KrW-/AbfG entsorgt wird („illegale Müllentsorgung“).

2. ZIVILRECHT

a) Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch aus § 1004 I BGB

Werden durch Shoefiti Eigentumsrechte beeinträchtigt, ist zunächst an den eigentumsrechtlichen Unterlassungsanspruch aus § 1004 I BGB zu denken.¹⁰ Danach steht dem Eigentümer¹¹ einer Sache ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gegen denjenigen zu, der die Sache beeinträchtigt.¹² Eine Beeinträchtigung kann gerade darin gesehen werden, dass durch das Shoefiti die Funktion der Sache beeinträchtigt und/oder deren Erscheinungsbild verändert wird. Der Anspruch aus § 1004 I BGB ist allerdings gem. § 1004 II BGB ausgeschlossen, wenn eine Duldungspflicht besteht. Duldungspflichten können sich z.B. aus Vertrag, Einwilligung, beschränktem dinglichen Recht (§ 1018 BGB), aus Gesetz (z.B. §§ 904 ff., 227, 229 BGB, §§ 22, 23 KUG), aber auch aus Grundrechten¹³ resultieren. I.d.R. ist eine Abwägung zu treffen zwischen den Rechten des Eingreifenden und denen des Eigentümers. Als Grundrecht, das eine Duldungspflicht des Eigentümers begründen könnte, kommt die Kunstfreiheit in Betracht. Ob aber Shoefiti als Kunst i.S.v. Art. 5 III GG angesehen wer-

10 Zu den Voraussetzungen vgl. R. Schmidt, SachenR II, 5. Aufl. 2011, Rdnr. 159 ff.

11 Zu beachten ist, dass der Mieter/Pächter die genannten Rechte nicht unmittelbar geltend machen kann; er kann jedoch (vertraglich) auf seinen Vermieter dergestalt einwirken, dass dieser die genannten Rechte geltend macht. Der Mieter bzw. Pächter kann sich aber auch ermächtigen lassen, die Eigentümerrechte geltend zu machen.

12 Zu den zahlreichen Begründungstheorien für Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche vgl. Neuner, JuS 2005, 385, 387 ff.

13 Zwar gelten die Grundrechte nicht unmittelbar zwischen Privaten, da Private keine Grundrechtsadressaten sein können, jedoch können Grundrechte aufgrund der ihnen zukommenden objektiven Wertordnung auch im Privatrecht zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe herangezogen werden (Drittwirkung der Grundrechte), vgl. dazu BGH NJW 2006, 1054 sowie R. Schmidt, Grundrechte, 13. Aufl. 2011, Rdnr. 105 f.

den kann, ist zweifelhaft. Das Bundesverfassungsgericht unterstreicht zwar die Unmöglichkeit Kunst zu definieren¹⁴ (sog. offener Kunstbegriff), im Mephisto-Beschluss¹⁵ hat es die Kunst aber beschrieben als „freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zur unmittelbaren Anschauung gebracht werden“¹⁶. Demnach könnte Shoefiti durchaus als Kunst angesehen werden (und eine Duldungspflicht des Eigentümers begründen), zumal es für die Bejahung von Kunst unerheblich ist, welches Niveau das Objekt hat.¹⁷ Insbesondere spielt es keine Rolle, ob das Objekt als künstlerisch hochwertig oder als profan angesehen wird. Die Kunstfreiheit endet aber dort, wo nur gelegentlich durch eine künstlerische Betätigung eigenmächtig Rechte anderer verletzt werden (sog. „Unfriedlichkeit der Kunst“). Wer z.B. Bauwerke mit Farbe besprüht (Graffiti) und damit den Tatbestand der wiederholten und fortgesetzten Sachbeschädigung (§§ 303 II, 304 II StGB) begeht, kann sich im Ergebnis nicht auf Kunstfreiheit berufen. Denn deren Reichweite erstreckt sich nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung (sei es im Werk- oder Wirkbereich der Kunst). Überdies enthält das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 I GG) gleichfalls eine Verbürgung von Freiheit; nach den vom Grundgesetz getroffenen Wertungen steht es nicht prinzipiell hinter der (vorbehaltlos gewährleisteten) Freiheit der Kunst zurück. Kunst kann sich auch ohne Beschädigung fremden Eigentums entfalten.¹⁸

Ist mit dem Shoefiti also eine Funktions- oder Substanzbeeinträchtigung oder eine Gefahr hierfür verbunden, wird das Ergebnis einer Abwägung nur so aussehen können, dass eine Duldungspflicht des Eigentümers nicht besteht. Er kann Unterlassung und Beseitigung verlangen. In übrigen Fällen, in denen lediglich das Erscheinungsbild verändert wird, könnte das Ausschließlichkeitsrecht des Eigentümers gem. § 903 BGB und der damit verbundene Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gem. § 1004 I BGB – wie sich aus § 1004 II i.V.m. § 906 I und II BGB ergibt – ausgeschlossen sein, wenn es sich lediglich um eine unwesentliche Beeinträchtigung in der Benutzung des Grundstücks (§ 906 I BGB) handelte.

Liegen aber die Voraussetzungen des § 1004 I S. 1 BGB vor, ist der Anspruch dem Wortlaut nach auf die Beseitigung der Störungsquelle für die Zukunft gerichtet, nicht auch auf die Behebung der durch die Beeinträchtigung verursachten Schäden („Folgeschäden“). Für diese kommen an sich nur (meist verschuldensabhängige) Schadensersatzansprüche (etwa aus § 823 I BGB) in Betracht. Der BGH gleicht allerdings den Umfang des – verschuldensabhängigen – Schadensersatzanspruchs aus § 823 I BGB an die verschuldensabhängige Beseitigung nach § 1004 I S. 1 BGB an und bejaht auch für die Beseitigung der durch die Beeinträchtigung verursachten Schäden einen Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands.¹⁹ Gem. § 1004 I S. 2 BGB kann – ggf. neben dem Anspruch aus § 1004 I S. 1 BGB – die Unterlassung einer drohenden Beeinträchtigung verlangt werden.

b) Selbsthilferecht des Besitzes aus § 859 I BGB

14 BVerfG NJW 2001, 596 (Verunglimpfung des Staates); BVerfGE 67, 213, 225 f. (Anachronistischer Zug).

15 Zu dieser Entscheidung des BVerfG vgl. auch Iurratio-Karteikarte Öffentliches Recht VerfR 3003.

16 BVerfGE 30, 173, 189 (Mephisto).

17 BVerfG NJW 2001, 596, 597 (Verunglimpfung des Staates); BVerfGE 81, 298, 305 (Verunglimpfung der Nationalhymne); 81, 278, 289 (Verunglimpfung der Bundesflagge); vgl. auch BGH NJW 2001, 603, 604 (K's Mattscheibe) mit Bespr. v. v. Becker, NJW 2001, 583 ff.

18 BVerfG NJW 1984, 1293 („Sprayer von Zürich“).

19 BGH NJW 1997, 2234, 2235; Hütte/Hütte, SachenR I, 5. Aufl. 2011, Rdnr. 686 ff.

Des Weiteren ist an das Selbsthilferecht des Besitzers wegen Besitzstörung zu denken. Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitz stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht, § 858 I BGB). Gegen diese Besitzstörung darf sich der Besitzer mit Gewalt wehren (sog. Besitzwehr), d.h. er darf sich gegen eine durch verbotene Eigenmacht verursachte drohende oder noch andauernde Beeinträchtigung des Besitzes durch Anwendung von Gewalt wehren, § 859 I BGB.

Eine Besitzstörung ist jede sonstige Beeinträchtigung der tatsächlichen Sachherrschaft, die nicht als Besitzentziehung einzustufen ist. Besitzstörungen können in physischen Einwirkungen jedweder Art bestehen. Dies kann durch eine Sachbeschädigung der Fall sein sowie durch sonstige Einschränkungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs. Als Besitzstörung ist bspw. das Abklemmen von Versorgungsleitungen (z.B. für Gas, Wasser, Strom)²⁰ angesehen worden. Shoefiti kann als Besitzstörung angesehen werden, wenn damit etwa ein Kurzschluss verursacht wird, der zur Unterbrechung der Energieversorgung führt.

Die Besitzstörung ist nur ausnahmsweise – bspw. in den Fällen der §§ 227, 228, 859, 904-906, 962, 867 BGB – gestattet. Eine Güterabwägung ist – anders als bei der Notwehr im Rahmen der Angemessenheit – nicht vorzunehmen. Gleichwohl sind bei Abwehr der Besitzstörung nur die objektiv erforderliche Gewalt und das den Störer am wenigsten gefährdende Mittel erlaubt. Erforderlich ist ein Mittel, wenn es unter gleich wirksamen Mitteln das mildeste darstellt. Der Besitzer muss sich also nicht auf ein unwirksames – weil besonders schonendes – Mittel verweisen lassen. Daneben existieren Missbrauchsgrenzen, bei deren Überschreitung die Erforderlichkeit des Gewaltmittels ausgeschlossen ist (bspw. Lebensgefährdung wegen Störung des Besitzes durch Shoefiti).

c) Notwehrrecht des Eigentümers/Besitzes aus § 227 BGB

Auch das in § 227 BGB geregelte Notwehrrecht erlaubt die Gewaltanwendung bei einer gegenwärtigen und rechtswidrigen Beeinträchtigung von Rechtsgütern.

d) Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag, § 677 ff. BGB

Die Kosten der Beseitigung der durch Shoefiti verursachten Schäden bzw. Folgen trägt naturgemäß der Störer, da er die Beeinträchtigung zu beseitigen hat. Der Eigentümer bzw. Besitzer der durch Shoefiti beeinträchtigten Sache kann aber unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677 ff. BGB) die Beseitigung vornehmen und erstattet verlangen. Nach der Legaldefinition in § 677 BGB handelt es sich um eine Geschäftsführung ohne Auftrag (im Folgenden: GoA), wenn jemand (Geschäftsführer) ein Geschäft für einen anderen (Geschäftsherr) führt, ohne von ihm beauftragt oder sonst dazu berechtigt zu sein. Im Fall des Shoefiti dürfte ein Auftrag nicht vorliegen.

In diesem Fall entsteht unstreitig ein gesetzliches Schuldverhältnis, bei dem der Geschäftsherr dem Geschäftsführer diejenigen Aufwendungen zu erstatten hat, die dieser den Umständen nach für erforderlich halten durfte (§§ 683 S. 1, 670 BGB). In Fällen des § 679 BGB steht der genannte Aufwendungsersatzanspruch dem Geschäftsführer selbst dann zu, wenn die Übernahme der Geschäftsführung zu dem Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht (§ 683 S. 2 BGB).

20 OLG Köln NJW-RR 2001, 301, 302; LG Mannheim WuM 1963, 167, 168.

e) Ansprüche wegen unerlaubter Handlung, § 823 I BGB

Bei Verletzung bestimmter Rechtsgüter gewährt die Rechtsordnung einen Anspruch auf Schadensersatz. So gewährt § 823 I BGB einen Schadensersatz bei Verletzung der in der Vorschrift aufgezählten Rechte bzw. Rechtsgüter. Dazu zählt auch das Eigentum. In Betracht kommen Einwirkungen auf die Substanz der Sache (Zerstören, Beschädigen, Verunstalten), aber auch Funktionsverletzungen sowie die dauernde oder zeitweilige Entziehung (Wegnehmen) und Gebrauchsbeeinträchtigung. Gerade im Fall von Shoefiti kann eine Gebrauchsbeeinträchtigung vorliegen, die zum Schadensersatzanspruch führt.

Sollte durch das Shoefiti auch ein Straftatbestand verwirklicht worden sein (etwa Sachbeschädigung) ist auch an § 823 II BGB zu denken. Diese Vorschrift begründet die Schadensersatzpflicht desjenigen, der rechtswidrig und schuldhaft „gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt“ und dadurch dem anderen einen Schaden zufügt. Mit dieser Haftungsnorm sollen vor allem die Fälle erfasst werden, in denen der Täter das (von § 823 I BGB nicht geschützte) Vermögen (auch als solches) eines anderen dadurch schädigt, dass er ein „Schutzgesetz“ verletzt. Gesetze, die den Schutz eines anderen bezwecken, können gerade die Strafnormen sein, die das Vermögen und das Eigentum schützen. Da im Fall des durch Shoefiti verursachten Schadens aber bereits § 823 I BGB greifen dürfte, kommt dem Anspruch aus § 823 II BGB keine allzu große Bedeutung zu.

f) Sicherung der zivilrechtlichen Ansprüche Zur Sicherung der durch Shoefiti entstandenen zivilrechtlichen (Schadensersatz-)Ansprüche gewährt die Rechtsordnung dem Geschädigten die auch sonst zur Verfügung stehenden Jedermannsrechte wie z.B. Notwehr (§ 32 StGB), Notstand (§ 34 StGB), aber auch die vorläufige Festnahme (§ 127 I StPO). Diese dient dem Zweck, den Täter der Strafverfolgung zuzuführen, auch wenn noch kein richterlicher Haftbefehl vorliegt. Nach § 127 I StPO ist „jedermann“ (also auch und gerade der durch Shoefiti Geschädigte) befugt, einen auf frischer Tat Betroffenen oder Verfolgten, wenn er der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann, auch ohne richterliche Anordnung vorläufig festzunehmen. Auf die Schwere und Bedeutung der Tat kommt es nicht an, sodass das Festnahmerecht auch bei Shoefiti greifen kann. § 127 I S. 1 StPO ermöglicht aber nicht eine Festnahme um jeden Preis, denn das Festnahmerecht nach § 127 StPO rechtfertigt Maßnahmen nur, wenn sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Danach sind nur solche Mittel zulässig, welche zur Erreichung der Festnahme unbedingt erforderlich sind, wie beispielsweise das Wegnehmen des Personalausweises, Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) und Nötigung (§ 240 StGB). Auch die Anwendung körperlicher Gewalt (insbesondere das feste Zupacken) mit der Gefahr oder Folge körperlicher Verletzungen (§ 223 StGB) ist zulässig. § 127 StPO verleiht aber nicht die Befugnis zu Handlungen, die zu einer ernsthaften Schädigung an der Gesundheit des Festgenommenen oder zu einer unmittelbaren Gefährdung seines Lebens führen, und zwar selbst dann nicht, wenn die Festnahme ohne sie nicht ausgeführt oder aufrechterhalten werden kann.²¹

3. ÖFFENTLICHES RECHT

Aus Sicht des öffentlichen Rechts ist in erster Linie an eine Gefährdung bzw. Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu

21 BGHSt 45, 378, 381; NStZ-RR 1998, 50; Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl. 2011, § 127 Rdnr. 14.

denken. Nach den Befugnisgeneralklauseln der Sicherheits- und Ordnungsgesetze (bzw. Polizeigesetze) sind die Ordnungsbehörden bzw. Polizeibehörden befugt, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um im konkreten Fall eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit (oder Ordnung²²) abzuwehren. Tatbestandlich muss also zunächst die öffentliche Sicherheit betroffen sein. Nach den Legaldefinitionen einiger novellierter Polizeigesetze, die sich an der hergebrachten Rechtsprechung orientieren, umfasst das Schutzgut öffentliche Sicherheit drei Teilschutzgüter: Die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, die Unverletzlichkeit der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie den Bestand des Staates und der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt.²³ Alle drei Schutzgüter können im Fall des Shoefiti relevant werden.

So besteht nach allgemeiner Auffassung das Schutzgut „Unverletzlichkeit der Rechtsordnung“ aus der Gesamtheit des geschriebenen Rechts, also letztlich aus der objektiven Rechtsordnung. Diese reicht von der Verfassung über die einfachen formellen Gesetze bis hin zu Rechtsverordnungen und Satzungen. Da aber vom Schutzgut der öffentlichen Sicherheit nur die „Unverletzlichkeit“ der Rechtsordnung erfasst ist, sind aus der unüberschaubaren Vielzahl von Rechtsvorschriften nur solche polizeirechtlich relevant, die dem Einzelnen eine bestimmte Verhaltenspflicht auferlegen. Nur wenn der Bürger gegen eine gesetzlich normierte Verhaltenspflicht verstößt, ist die Rechtsordnung verletzt und die Ordnungs- bzw. Polizeibehörde zum Einschreiten befugt. Als Rechtsvorschriften, deren Verletzung polizeilich relevant werden kann, kommen insbesondere die genannten Strafrechtsnormen und Normen des Ordnungswidrigkeitenrechts in Betracht. Verwirklicht jemand durch Shoefiti den Tatbestand einer Strafrechtsnorm (z.B. § 315 StGB, wenn er die zusammengebundenen Schuhe über eine Oberleitung der Bahn wirft, dadurch einen Kurzschluss verursacht und dadurch die Sicherheit des Bahnverkehrs beeinträchtigt) oder begeht eine Ordnungswidrigkeit (indem er etwa den Tatbestand des § 118 OWiG verwirklicht), liegt eine Verletzung und damit Störung der öffentlichen Sicherheit vor. Da es jedoch stets um Gefahrenabwehr geht, braucht die Behörde keinen Rechtsverstoß abzuwarten um einzuschreiten. Es genügt die „Gefahr“ für ein Schutzgut.

Weiteres Teilschutzgut der öffentlichen Sicherheit ist die Unverletzlichkeit der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen. Dazu zählen insbesondere Leib, Leben und Gesundheit von Personen. Aber auch das Eigentum ist erfasst. Überhaupt sind durch die öffentliche Sicherheit Grundrechte geschützt. Diesbezüglich ist aber zu beachten, dass nur staatliche Stellen grundrechtsverpflichtet sind; zwischen Privaten gelten die Grundrechte i.d.R. nur mittelbar.²⁴ Daher können Private jedenfalls unmittelbar keine Grundrechte anderer Privater verletzen, was zum Anlass polizeilichen Einschreitens genommen werden könnte. Allerdings ist eine mittelbare Grundrechtsverletzung möglich, nämlich bei Missachtung von Strafrechts- und/oder Privatrechtsnormen. In diesen Fällen ist eine Betroffenheit der öffentlichen Sicherheit unter dem Aspekt subjektive Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen denkbar. Verletzt also jemand durch das Shoefiti Eigentumsrechte eines anderen (oben B. I. 2.), kommt ein Einschreiten der Gefahrenabwehrbehörde unter dem Aspekt der Unverletzlichkeit der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Ein-

22 Die öffentliche Ordnung als 2. Schutzgut ist nicht in allen Polizeigesetzen enthalten.

23 Vgl. auch die Legaldefinition bspw. in § 2 Nr. 2 BremPolG (allerdings ohne den „Bestand des Staates“, was jedoch unschädlich ist, sofern man die „Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates“ dementsprechend weit auslegt), in § 3 Nr. 1 SachsAnhSOG und in § 54 ThürOBG.

24 Zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte vgl. oben Fußn. 13.

zelen in Betracht, wobei die allgemeine Subsidiarität des staatlichen Schutzes zu beachten ist: Privatrechtsnormen bzw. private Rechte sind nur dann polizeirechtlich geschützt und berechtigen die Polizei nur dann zum Einschreiten, wenn insbesondere gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert würde.²⁵

Drittes und letztes Teilschutzgut der öffentlichen Sicherheit sind der Bestand des Staates²⁶ und der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt. „Bestand des Staates“ ist die territoriale Unversehrtheit und politische Unabhängigkeit der Bundesrepublik Deutschland. Unter „Einrichtungen“ sind räumliche Gebilde zu verstehen; bei „Veranstaltungen“ steht die menschliche Teilnahme im Vordergrund. Da es bei den genannten Begriffen aber letztlich um den Schutz der staatlichen Organisationshoheit geht, ist im Zweifel eine großzügige Auslegung geboten. So kann bspw. auch die Gewährung eines sicheren und reibungslosen Straßenverkehrs als staatliche Veranstaltung gesehen werden. Werden Anlagen, die der Sicherung der Verkehrsführung oder ganz allgemein der Verkehrssicherheit dienen, beschädigt oder in ihrer Funktion beeinträchtigt (etwa, indem Schuhe über Verkehrsregelungsanlagen oder Verkehrszeichen gehängt werden), liegt eine Störung der öffentlichen Sicherheit unter dem Aspekt Einrichtungen des Staates vor.

Neben dem Schutzgut öffentliche Sicherheit nennen die meisten Ordnungsbehörden- und Polizeigesetze (wieder) das Schutzgut öffentliche Ordnung. Darunter wird die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln verstanden, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden und mit dem Wertgehalt des Grundgesetzes zu vereinbarenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines

²⁵ Vgl. die sog. Privatrechtsklauseln: Bund: § 1 IV BundesPolG; BW: § 2 II PolG; Bay: Art. 2 II PAG; Berl: § 1 IV ASOG; Brand: § 1 II PolG; Brem: § 1 II PolG; Hamb: § 3 III SOG; Hess: § 1 III SOG; Meck-Vor: § 1 III SOG; Nds: § 1 III SOG; NRW: § 1 II PolG; RhLPfl: § 1 III POG; Saar: § 1 III PolG; Sachs: § 2 II PolG; SachsAnh: § 1 II SOG; SchlHolst: § 162 II LVwG; Thür: § 2 II PAG, § 2 II OBG

²⁶ Nicht in allen Bundesländern, vgl. R. Schmidt, BesVerwR II, 12. Aufl. 2010, Rdnr. 628.

bestimmten Gebiets angesehen wird.²⁷ Dieses ist aber gegenüber dem Schutzgut der öffentlichen Sicherheit subsidiär, ist also erst dann einschlägig, wenn eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit nicht vorliegt. Da Letzteres durch Shoefiti gerade gegeben sein kann (auch „ordnungsrechtliche“ Bestimmungen, die Ordnungswidrigkeiten wegen Gefährdung/Verletzung der öffentlichen Ordnung vorsehen, sind von der öffentlichen Sicherheit erfasst), kommt der öffentlichen Ordnung i.d.R. kein eigenständiger Anwendungsbereich zu.

Auf der Rechtsfolgenrechte ist den Polizei- und Ordnungsbehörden ein Ermessen eingeräumt, indem die Polizei- und Ordnungsgesetze von erforderlichen Maßnahmen sprechen, die die Polizei (bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen) treffen darf. Als Maßnahmen gegen Shoefiti kommen insbesondere Untersagungsverfügungen und Beseitigungsanordnungen in Betracht.

II. STRICKERIA

Bei der Strickeria dürften alle diese Aspekte nicht greifen, weil mit ihr weder eine signifikante Eigentumsbeeinträchtigung noch eine Besitzstörung verbunden ist. Strafrechtlich dürfte ebenfalls keine Relevanz vorliegen, zumal hier die Kunstfreiheit aus Art. 5 III GG und die Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG eine stärkere Rolle spielen.

²⁷ BVerfGE 111, 147, 152 ff.; BVerfG NVwZ 2004, 90, 91; Szczekalla, JA 2002, 992, 994; Tölle, NVwZ 2001, 153, 154; Schenke, POR, Rn 63; Heckmann, JuS 1999, 986, 992. Vgl. dazu auch BVerfG-K NJW 2001, 1409 und die Legaldefinitionen in § 3 Nr. 2 SachsAnhSOG und § 54 Nr. 2 ThürOBG.

Steige ein und starte durch!

- Werde Teil unseres Netzwerkes und tausche Dich mit Juristen anderer Studien- und Praxiszweige aus
- Bau Deine Beratungsfähigkeiten aus und sammle Praxiserfahrung
- Übernimm Verantwortung und zeige damit, dass Du sie auch im Berufsleben tragen willst

Nutze Deine Chance und engagiere Dich ehrenamtlich im Iurratio-Projekt:

**Wir suchen Mitarbeiter (m/w) an allen Orten in den Bereichen:
Redaktion, Standortleitung, Kundenbetreuung und Logistik.**

Weitere Informationen unter www.iurratio.de/mitarbeit

Wir freuen uns auf Deine
Bewerbung inklusive
Lebenslauf an:
Jens-Peter Thiemann
mitarbeit@iurratio.de



EINFÜHRUNG IN DAS VÖLKERRECHT

von Marco Athen / Anna-Katharina Kraemer (Universität Osnabrück)

Anna-Katharina Kraemer, Jahrgang 1982, studierte Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Ihre Staatsexamina legte sie 2008 und 2010 ab. Zurzeit arbeitet sie als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Oliver Dörr, LL. M. (London) an der Universität Osnabrück und an einer Dissertation zur Ersitzung im Völkerrecht.

Marco Athen, Jahrgang 1985, studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Osnabrück und Tartu (Estland). Das erste juristische Staatsexamen legte er 2010 ab. Er ist ebenfalls wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Oliver Dörr, LL. M. (London) und arbeitet an einer Dissertation zum völkerrechtlichen Interventionsverbot.

A. EINLEITUNG

Wenn täglich ab 20 Uhr in der Tagesschau über die aktuelle Weltlage berichtet wird, berührt die Berichterstattung nicht nur die politische Reichweite der Geschehnisse. Wird über die Operation ‚Atalanta‘ zum Schutz humanitärer Hilfeleistungen für Somalia und die Bekämpfung der Piraterie, die Tötung Osama bin Ladens auf pakistanischem Boden, die russische Anmeldung von Besitzansprüchen auf die Arktis oder die immer wiederkehrenden Vorwürfe fundamentaler Menschenrechtsverletzungen gesprochen, verbergen sich hinter den Nachrichten häufig zentrale völkerrechtliche Fragestellungen. Trotz dieser enormen Bedeutung des Völkerrechts für das Verständnis internationaler Zusammenhänge wird das Rechtsgebiet häufig als ‚exotisch‘ empfunden und führt – außerhalb der universitären Schwerpunktausbildung – im rechtswissenschaftlichen Studium ein Schattendasein.

B. HISTORISCHER ÜBERBLICK

Soweit das Völkerrecht als das Recht zwischenstaatlicher Beziehungen verstanden wird, so beginnt dessen Geschichte mit der Existenz von Territorialstaaten und ist somit eine neuzeitliche Erscheinung. Die Grundidee, dass es eine universelle Ordnung geben müsse, geht allerdings weit bis in die antike Staatslehre zurück.¹

I. DAS „KLASSISCHE“ VÖLKERRECHT

Die erste zusammenhängende systematische Darstellung des Völkerrechts lieferte *Hugo Grotius*, der ‚Vater des Völkerrechts‘ mit seinem Werk *De jure belli ac pacis* (1625). Grotius zog darin erstmals umfassend die Staatenpraxis sowie zwischenstaatliche Verträge als Quellen des Völkerrechts heran und stellte diese als eigenständigen Geltungsgrund neben das Naturrecht.²

Die Geschichte des Völkerrechts ist eng mit der europäischen Staatengeschichte verbunden³ und wird im Kern durch die Entwicklung eines *ius publicum europaeum* zum universellen Völkerrecht geprägt. Die Epoche des klassischen Völkerrechts beginnt mit dem *Westfälischen Frieden* von Münster und Osnabrück, der erstmals das Prinzip staatlicher Souveränität – und somit das Fundament für die klas-

sische Völkerrechtsordnung – in einem Dokument fixierte.⁴ Aus der staatlichen Souveränität wurde im Laufe der Epoche das für die Zeit des klassischen Völkerrechts prägende Recht zum Kriege (*ius ad bellum*) abgeleitet, wodurch jeder von einem Souverän geführte Krieg *per se* rechtmäßig war. Das *ius ad bellum* führte dazu, dass im klassischen Völkerrecht wertfrei zwischen den Zuständen des Friedens und des Krieges unterschieden wurde.

Während das *ius ad bellum* dem Souverän das Recht zum Krieg zusprach, entwickelte sich ein *ius in bello*, welches das Ziel einer Humanisierung des Krieges verfolgte.⁵ Die Haager Konventionen, als Ergebnis der Friedenskonferenzen zwischen 1899 und 1907, bilden bis heute einen gewichtigen Bestandteil des sog. *humanitären Völkerrechts*.

II. DAS „MODERNE“ VÖLKERRECHT

Nach dem Wiener Kongress von 1815, als letzter ausschließlich von europäischen Mächten dominiert, setzte u. a. durch den ‚Export‘ des ‚europäischen Völkerrechts‘ im Zuge der Kolonialisierung die bereits erwähnte Entwicklung zum universellen Völkerrecht ein. Neben diese Entwicklungslinie tritt die zunehmende Bestrebung der Kriegsächtung. In Ansehung der Katastrophe des Ersten Weltkriegs führte die Entwicklung über ein partielles Kriegsverbot in Gestalt eines Kriegsverhütungsrechts in der Völkerbundsatzung (Art. 8 – 16)⁶ über den Versuch der Ausweitung zu einem generellen Kriegsverbot im *Briand-Kellogg-Pakt* (1928)⁷ und dem *Saavedra-Lamas-Vertrag* (1933)⁸ schließlich zum 1945 in Art. 2 (4) UN-Charta formulierten allgemeinen Gewaltverbot.

Die zunehmende Fokussierung und Erweiterung des Friedensbegriffs als allüberragendes Ziel, die mit der Globalisierung einhergehende Zunahme zwischenstaatlicher Interdependenz und der damit einhergehende Wandel des Konzepts staatlicher Souveränität führten zu neuen Herausforderungen des Völkerrechts. Exemplarisch genannt seien hier nur der Umgang mit innerstaatlichen Konflikten, der internationale Terrorismus und die Behandlung von Menschenrechtsverletzungen.

1 Höltscheid, in: JURA 2005, 83 (84); für einen vollständigen Überblick siehe Grewe, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 2. Auflage.

2 Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9. Auflage, S. 38, Höltscheid, in: JURA 2005, 83 (84).

3 Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9. Auflage, S. 36.

4 Schlesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 87; Seiler, Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einordnung, S. 25.

5 Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9. Auflage, S. 39.

6 RGBl. 1919 II, S. 717.

7 RGBl. 1929 II, 97.

8 LNTS 163, 394.

C. RECHTSSUBJEKTE DES VÖLKERRECHTS

Rechtssubjekte des Völkerrechts sind diejenigen, die Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten sind.⁹ Zu diesen zählen momentan Staaten, internationale Organisationen und, nicht ganz unumstritten, Individuen¹⁰.

I. STAATEN

Das originäre und noch immer bedeutendste Völkerrechtssubjekt ist der Staat. Einen Staat, so die bis heute gebräuchliche Lehre von *Jellinek*¹¹, kennzeichnen die drei Elemente des Staatsvolkes, des Staatsgebietes und der Staatsgewalt. Der Staat kann umfassend über sich selbst bestimmen: etwa, wie seine Regierungsform aussehen soll (z.B. Republik, Monarchie, Autokratie), wie er Gesetzgebung und Verwaltung einrichtet und wer zu seinen Staatsangehörigen zählt. Auch über seine Außenbeziehungen entscheidet er selbstständig. Seine Staatsbürger und die Menschen, die sich auf seinem Gebiet aufhalten, sind seiner Herrschaft (*Personalhoheit* und *Gebietshoheit*) unterworfen. All diese Ausformungen der Hoheitsgewalt des Staates beruhen darauf, dass er souverän, d. h. keiner höheren Instanz unterworfen ist. Die rechtlichen Beziehungen der souveränen Staaten untereinander regelt das Völkerrecht, dem sie unmittelbar unterworfen sind (*Völkerrechtsunmittelbarkeit*).

II. INTERNATIONALE ORGANISATIONEN

Als Völkerrechtssubjekt kommen auch internationale Organisationen in Betracht. Dies sind zwischenstaatliche Vereinigungen, die in der Regel von ihren Mitgliedern die Kompetenz übertragen bekommen haben, in gewissen Bereichen selbständig zu handeln. Im Gründungsvertrag oder implizit aus den ihnen übertragenen Aufgaben (*implied powers*) ergibt sich im Umfang dieser Ermächtigung ihre partielle Völkerrechtsfähigkeit.¹² Eine der wichtigsten internationalen Organisationen sind die Vereinten Nationen. Sie wurden 1945 unter dem Eindruck des zweiten Weltkriegs mit dem Ziel gegründet, die Sicherung des Weltfriedens, die Einhaltung des Völkerrechts und den Schutz der Menschenrechte voranzutreiben.¹³ In der Charta der Vereinten Nationen sind wesentliche ‚staatliche Grundrechte‘ wie das Gewaltverbot oder das Selbstbestimmungsrecht der Völker normiert.¹⁴ Weitere Internationale Organisationen sind z. B. die World Trade Organization (WTO), die NATO, EUROCONTROL und regionale Organisationen wie die Afrikanische Union, der Europarat und die Europäische Union. Sogenannte Nichtregierungsorganisationen (NRO bzw. englisch NGO) wie Amnesty International oder Transparency International verfolgen ihre Ziele auf internationaler Ebene, indem sie auf verschiedene Arten (Lobbyarbeit, Beratungs- und Beobachterfunktion in Gremien der Internationalen Organisationen) Einfluss auf die Entscheidungsträger ausüben. Sie selbst haben aber keine eigene Völkerrechtspersönlichkeit.¹⁵

III. INDIVIDUEN UND ANDERE

Etwa seit Ende des zweiten Weltkriegs besteht die Tendenz, dem Einzelnen völkerrechtliche Rechtspositionen zuzugestehen.¹⁶ Dies war nicht immer so: Das Individuum war vollständig durch den

Staat, dem er angehörte, „mediatisiert“, d. h. der Staat nahm seine Interessen wahr und leitete Rechte aus zwischenstaatlichen Vereinbarungen an ihn weiter.¹⁷ Dies reichte aber nach vordringender Ansicht nicht aus, um den Individualschutz, insbesondere bzgl. Menschenrechtsverletzungen, auch gegenüber dem eigenen Staat effektiv zu gewährleisten. Zu diesem Zweck wurden verschiedentlich Abkommen geschlossen, die dem Individuum Rechte verliehen und es mit eigenen Rechtsschutzmöglichkeiten ausstatteten; so z. B. die Europäische Menschenrechtskonvention¹⁸ und der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBürgR) in Verbindung mit dem Fakultativprotokoll¹⁹. Andererseits entwickelte sich neben der Berechtigung des Individuums auch eine individuelle Verantwortlichkeit für völkerrechtliche Verbrechen. So regelt das 2002 in Kraft getretene Statut des Internationalen Strafgerichtshofs²⁰ in Art. 25 ff. die Strafbarkeit natürlicher Personen.²¹ Tendenzen zur Erweiterung des Adressatenkreises des Völkerrechts zeigen sich auch beim Schutz von Minderheiten mit der Untergruppe der indigenen Völker²² sowie beim Umgang mit Transnationalen Unternehmen²³, die aufgrund ihrer teils erheblichen wirtschaftlichen Machtstellung faktisch als internationale Akteure ebenso bedeutsam wie ein Staat sein können. Jedoch kann man momentan noch nicht von einer – auch nicht partiellen – Völkerrechtsfähigkeit der beiden zuletzt genannten Gruppen sprechen.²⁴

D. GELTUNGSGRUND DES VÖLKERRECHTS

Völkerrecht ist das Recht zwischen souveränen Staaten. Damit ist das Problem auch schon angesprochen, denn: wenn es keine übergeordnete Instanz zur Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung²⁵ gibt, ist die Annahme von verbindlichem Recht, das die Autonomie eines Staates zugunsten eines anderen einschränkt, begründungsbedürftig. Rechtsgelehrte des 19. Jahrhunderts lehnten die Rechtsqualität des Völkerrechts mit eben dieser Begründung ab.²⁶ Heute werden mehrere Theorien zum Geltungsgrund des Völkerrechts vertreten: Die *Willentheorien*, die *naturrechtlichen Theorien* und die *soziologischen Theorien*.²⁷

Die Willentheorien gehen davon aus, dass das Recht sei, was von der Zustimmung der Staaten getragen sei, bzw. das, wozu sich die Staaten selbst verpflichten. Dagegen wird eingewandt, die Gründung auf den veränderlichen Willen der Staaten liefere keine Verbindlichkeit, die über den Augenblick hinausgehe. Diese Kritik berührt die naturrechtlichen Theorien nicht, die sich auf Gebote berufen, die außerhalb der positiven (d.h. gesetzten) Rechtsordnung bestehen. Sie gehen dem positiven Recht vor und begründen dessen Geltung. Diese obersten Gebote leiten sich entweder aus der Religion oder aus der natürlichen Vernunft des Menschen her. Schwäche dieses Ansatzes sei, so die Kritiker, dass sich keine einheitlich gültigen religiösen oder vernunftbasierten Vorstellungen in den verschiedenen

9 Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9. Auflage, S. 64.

10 Schweisfurth, Völkerrecht, S. 24, lehnt die Völkerrechtssubjektivität von Individuen ab.

11 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. (Nachdruck des 5. Neudrucks), S. 394 ff.

12 Herdegen, Völkerrecht, 9. Aufl., S. 76, 100.

13 Vgl. Art. 1 UN-Charta; Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (GA Res. 217A (III), UN Doc A/810/71 (1948)).

14 Art. 2 (4), Art. 1 (2), Art. 55 UN-Charta.

15 Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9. Aufl., S. 159 ff.

16 Vgl. zur Individualisierungstendenz: Dörr, in: JZ 2005, 905 ff.

17 Hailbronner/Kau in: Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Aufl., S. 158, 159.

18 Art. 34, 35 EMRK vom 4.11.1950, BGBl. 2002 II, 1054.

19 Rechtsschutzmöglichkeit in Art. 2 Fakultativprotokoll IPBürgR, BGBl. 1992 II, 1247.

20 Rome Statute of the International Criminal Court, in Kraft seit 1.7.2002, BGBl. 2000 II S. 1394.

21 Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9. Auflage, S. 166 ff.

22 Vgl. dazu Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9. Auflage, S. 170 ff., der u.a. auf Art. 27 IPBürgR vom 19.12.1966 und die United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (A/RES/61/295) vom 13.07.2007 hinweist.

23 Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9. Auflage, S. 163 ff. m. w. N. zu Bemühungen zur Schaffung eines Verhaltenskodex für Transnationale Unternehmen, ausführlich auch Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht, 2. Auflage., Bd. 1, 2, S. 243 ff.

24 Hailbronner/Kau in: Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Aufl., S. 163, 166.

25 Denn grundsätzlich gilt: *Par in parem non habet imperium*, ein Gleicher hat über einen Gleichen keine Herrschaft, Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9. Auflage, S. 370.

26 Siehe z.B. Austin, The Province of Jurisprudence Determined, 1832, dargestellt bei Anghie, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law, S. 44 ff.; Schweisfurth, Völkerrecht, S. 631.

27 Die folgende Übersicht über die Theorien orientiert sich an Schweisfurth, Völkerrecht, S. 632-634 und Herdegen, Völkerrecht, 9. Auflage, S. 30-33.

Kulturen finden lassen, das Völkerrecht aber universelle Geltung beanspruche. Die dritte Herangehensweise an die Frage nach dem Geltungsgrund stellt auf die soziale Natur des Menschen ab, der zur Bildung von Gruppen und Gemeinschaften strebe, was sich auf Ebene der Staaten fortsetze. Letzteres wirft zwar Licht auf das Faktische, erklärt aber nicht den Normativitätsanspruch des Völkerrechts, und somit dessen rechtliche Verbindlichkeit. Im Ergebnis ist die Theorie vorherrschend, die das Konsensprinzip, allerdings im Sinne eines vom individuellen Staatswillen abstrahierten Grundkonsenses der Staatengemeinschaft²⁸, als Geltungsgrund des Völkerrechts heranzieht. Unabhängig von der theoretischen Einordnung sind die Völkerrechtsregeln notwendig, um ein geordnetes Miteinander der Völkerrechtssubjekte zu ermöglichen: „Das Völkerrecht gilt, weil es notwendig ist.“²⁹

E. RECHTSQUELLEN DES VÖLKERRECHTS

Einer der zentralen Unterschiede zum Studium nationaler Rechtsordnungen liegt in der Bestimmung der heranzuziehenden Rechtsquellen.³⁰ Das Völkerrecht bietet keinen umfassenden und allgemeingültigen Katalog anzuwendender Rechtsnormen. Vielmehr müssen die entsprechenden Rechtsnormen (u. a.) aus internationalen Verträgen und dem Gewohnheitsrecht zunächst gewonnen werden. Art. 38 Abs. 1 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs (IGH-Statut)³¹ zählt die (primären) Rechtsquellen des Völkerrechts auf. Die Vorschrift ist zwar mit dem Fokus auf die Rechtsprechungsfunktion des IGH als verfahrensrechtliche Norm formuliert worden, knüpft dabei jedoch an das Rechtsquellenverständnis in Staatenpraxis und internationaler Rechtsprechung an.³² Art. 38 IGH-Statut bildet mit seiner Aufzählung keinen *numerus clausus* der Völkerrechtsquellen und ist daher nicht abschließend (str.)³³, sodass es der Staatengemeinschaft grundsätzlich freisteht, neue „Rechtserzeugungsverfahren“ zu entwickeln.³⁴ In Art. 38 Abs. 1 lit. a) – c) nennt das IGH-Statut die völkerrechtlichen Verträge, das Gewohnheitsrecht sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze als primäre Quellen des Völkerrechts.

I. VERTRÄGE

Dass Verträge nicht nur eine Vereinbarung zwischen Parteien, sondern zugleich eine Rechtsquelle darstellen, ist ein Charakteristikum des Völkerrechts als Koordinationsrecht.³⁵ Gegenstand von Verträgen können einerseits Handlungs- und Unterlassungspflichten, andererseits aber auch Statusfragen, wie etwa die Zuordnung eines Gebietes sein.³⁶ Anhand der Summe der beteiligten Parteien (*Signatarstaaten*) lässt sich zwischen bilateralen und multilateralen Verträgen unterscheiden. In der Regel enthalten die zwischenstaatlichen Verträge sog. *Ratifikationsklauseln*, die das Inkrafttreten eines Abkommens vom Austausch bzw. der Hinterlegung von Ratifikationsurkunden abhängig machen. Multilaterale Verträge sehen für ihr Inkrafttreten regelmäßig eine Mindestzahl an Ratifikationen vor.

Wie z. B. das BGB hält auch das Völkerrecht Regeln über das Zustandekommen, die Auslegung sowie die rechtlichen Wirkungen von Verträgen bereit. Diese Regeln, lange Zeit ‚lediglich‘ dem Völkergewohnheitsrecht zu entnehmen, wurden 1969 im Wiener Über-

einkommen über das Recht der Verträge (WVK)³⁷ kodifiziert. Der Geltungsbereich der WVK beschränkt sich dabei auf Verträge, die schriftlich zwischen Staaten geschlossen wurden (Art. 1, 2 WVK). Dennoch kennt das Völkerrecht für den Vertragsschluss grundsätzlich keine Formvorschrift.³⁸ Wie im deutschen Privatrecht gelten die Grundsätze der Vertragsfreiheit und *pacta sunt servanda* (vgl. Art. 26 WVK).

II. GEWOHNHEITSRECHT

Trotz der immer weiter voranschreitenden Kodifizierung des Völkerrechts verbleibt für das Völkergewohnheitsrecht noch immer ein weiter Anwendungsbereich. Für die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht bedarf es einer von Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*) getragenen regelmäßigen Übung in der Staatenpraxis (*consuetudo*).³⁹

Die regelmäßige Übung bildet die objektive Voraussetzung für die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht. Dabei kommt nahezu jede staatliche Handlung als Übung in Betracht. Die Staatenpraxis muss allerdings von einer gewissen „Dauer, Einheitlichkeit und Verbreitung“ sein.⁴⁰ Wann die genannten Voraussetzungen tatsächlich vorliegen, ist relativ und somit abhängig vom jeweiligen Einzelfall zu bestimmen. An die Dauerhaftigkeit der staatlichen Übung ist in der Regel ein strengerer Maßstab anzulegen als an die Einheitlichkeit. Während die Dauerhaftigkeit zumindest ein wiederholtes Verhalten voraussetzt⁴¹, verlangt die Einheitlichkeit kein konsensuales Verhalten aller Staaten, sondern ‚lediglich‘ ein augenscheinliches Maß an Übereinstimmung⁴².

Auch wenn die Staatenpraxis unerlässlich für den Nachweis von Gewohnheitsrecht ist, so reicht sie für dessen Begründung allein nicht aus. Die Staatenpraxis muss von einer tatsächlichen Rechtsüberzeugung der handelnden Staaten getragen werden.⁴³ ‚Rechtsüberzeugung‘ bedeutet dabei aber nicht den Ausdruck des zielgerichteten Willens eines Staates im Einzelfall, sondern zielt vielmehr auf die Grundposition eines Staates, ein bestimmtes Verhalten als rechtmäßig bzw. rechtswidrig zu betrachten.⁴⁴ Die *opinio iuris* muss nicht – dies gilt gleichermaßen für die Staatenpraxis – bei jedem einzelnen Staat nachgewiesen werden. Entscheidend ist eine „übereinstimmende Grundhaltung der Staatengemeinschaft“.⁴⁵

III. ALLGEMEINE RECHTSGRUNDSÄTZE

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind allgemeine Prinzipien des Rechts, die sich in den innerstaatlichen Rechtsordnungen von Staaten unterschiedlicher Rechtskreise finden. Im Fall der weltweiten Kohärenz dieser im Rechtsvergleich zu ermittelnden Prinzipien ist auch ohne Kodifikation von einer universellen Geltung derselben auszugehen.⁴⁶ Im Gegensatz zum Völkergewohnheitsrecht bedarf es für die An-

28 Herdegen, Völkerrecht, 9. Auflage, S. 32.

29 Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht, 2. Auflage, Bd. I 1, S. 41.

30 Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9. Auflage, S. 2.

31 BGBl. 1973 II, 505.

32 Shaw, International Law, 6. Auflage, S. 70 f.; Schweisfurth, Völkerrecht, S. 56.

33 Vgl. zum Streitstand die gelungene Darstellung bei: Fastenrath, Lücken im Völkerrecht, S. 88 ff.

34 Schweisfurth, Völkerrecht, S. 56; im Ergebnis auch: Fastenrath, Lücken im Völkerrecht, S. 89.

35 Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9. Auflage, S. 185.

36 Herdegen, Völkerrecht, 9. Auflage, S. 120.

37 BGBl. 1985 II, 926; dazu demnächst umfassend: Dörr/Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, 2012 (im Erscheinen).

38 Stein/von Buttlar, Völkerrecht, S. 11.

39 Dies hat der IGH mehrfach betont, vgl. z.B.: North Sea Continental Shelf Case, ICJ Rep. 1969, 43 Nr. 74; Continental Shelf Case (Libya/Malta), ICJ Rep. 1985, 29 f. Nr. 44 f.; IGH, Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, ICJ Rep. 1986, 97 Nr. 183; Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Rep. 1996 II, 253 Nr. 64; zur Kritik an den genannten Voraussetzungen: Hobe, Völkerrecht, 9. Auflage, S. 192.

40 Stein/von Buttlar, Völkerrecht, S. 40.

41 So auch: Heinegg, in: Ipsen, Völkerrecht, 5. Auflage, S. 215 ff.

42 Schweisfurth, Völkerrecht, S. 68; der IGH erkannte im Fall Right of Passage over Indian Territory, ICJ Rep. 1960, 39 auch die Existenz bilateralen Völkergewohnheitsrechts an.

43 IGH, North Sea Continental Shelf Case, ICJ Rep. 1969, 44.

44 Heinegg, in: Ipsen, Völkerrecht, 5. Auflage, S. 218.

45 Stein/von Buttlar, Völkerrecht, S. 41; dies hat auch der IGH mehrfach bestätigt, siehe z. B.: Nottebohm Case, ICJ Rep. 1955, 4; North Sea Continental Shelf Cases, ICJ Rep. 1969, 44 Nr. 77 f.

46 Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9. Auflage, S. 197.

wendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze keiner vorherigen zwischenstaatlichen Übung.⁴⁷

IV. IUS COGENS

Das Völkerrecht kennt über die Willensübereinkunft hinaus auch zwingende Rechtssätze (*ius cogens*). Ein Vertrag, der gegen eine solche Norm verstößt, ist von Anfang an nichtig (Art. 53 WVK). Unklar ist, welche Rechtssätze als zwingendes Völkerrecht zu kategorisieren sind. Jedenfalls dürften das Gewaltverbot sowie die Achtung grundlegender Menschenrechte dazu zählen. Aufgrund zahlreicher ungeklärter Fragen zur Herleitung, Geltung und Umfang erscheint das *ius cogens* als schwer greifbar und wurde in der Literatur unter anderem als „international legal Yeti“⁴⁸ bezeichnet.⁴⁹

F. VÖLKERRECHT UND NATIONALES RECHT

Während das Völkerrecht von den zumeist staatlichen Rechtssubjekten erzeugt wird, betreffen die Inhalte, z. B. bei der Vereinbarung bürgerlicher Rechte, auch Personen, die ihrerseits nur dem innerstaatlichen Recht unterworfen sind. Das Völkerrecht selbst enthält keine Regeln über die Geltung in den nationalen Rechtsordnungen.

Zwei theoretische Grundansätze erklären das Verhältnis zwischen Völkerrecht und nationalem Recht:⁵⁰ Der *Monismus* fasst Völker- und Staatsrecht als eine einheitliche Rechtsordnung auf, wobei das „Primat“, also die Überordnung der einen über die andere Rechtsordnung besteht; nach heutiger Ansicht des Völkerrechts über das Staatsrecht. Völkerrechtliche Normen bedürfen keiner nationalen Umsetzung in innerstaatliches Recht, sondern gelten unmittelbar (*Adaptions-theorie, Inkorporation*) bzw. bedürfen nur eines innerstaatlichen Vollzugsbefehls (*Vollzugslehre*). Nach heutiger, gemäßigter Ausformung des Monismus hat das Völkerrecht keinen Geltungsvorrang gegenüber entgegenstehendem nationalem Recht, sondern lediglich einen Anwendungsvorrang. Der Theorie des *Dualismus* folgend, existieren Völkerrecht und nationales Recht als parallele Rechtskreise. Die Rechtsordnungen sind durch ihre unterschiedlichen Wirkweisen getrennt: Während das Völkerrecht auf dem Prinzip der Gleichordnung der Akteure beruht, wird nationales Recht vom staatlichen Gesetzgeber für die untergeordneten Bürger erlassen. Der gemäßigte Dualismus erkennt aber Verschränkungen beider Rechtsordnungen und die Notwendigkeit von Kollisionsregeln an. Der Staat selbst bestimmt in seiner nationalen Rechtsordnung das Rangverhältnis zum Völkerrecht. Der Verstoß gegen völkerrechtliche Verpflichtungen durch nationale Normen begründet zwar eine völkerrechtliche Verantwortung, rührt aber nicht an der Wirksamkeit der Normen. Um völkerrechtliche Normen in die nationale Rechtsordnung einzugliedern, bedarf es der Transformation durch einen hoheitlichen Rechtsanwendungsbefehl (*Transformationstheorie*). Beide Theorien führen im Wesentlichen zu denselben Ergebnissen.

In Deutschland werden völkerrechtliche Verträge durch ein Zustimmungsgesetz gem. Art. 59 Abs. 2 GG Teil des Bundesrechts im Range von Bundesgesetzen. Da die *lex posterior*-Regel auch auf sie zutrifft, können sie durch späteres Bundesrecht geändert werden. Einem dadurch möglichen Völkerrechtsverstoß wirkt die sogenannte Völker-

rechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes entgegen, die den Gesetzgeber verpflichtet, Völkerrechtsverletzungen nach Möglichkeit zu unterlassen.⁵¹ Enthalten die Verträge Klauseln, die auch als allgemeine Regeln des Völkerrechts gelten, erhalten sie gem. Art. 25 GG einen Rang oberhalb von Bundesgesetzen, aber unterhalb der Verfassung.⁵²

G. DAS ‚PROBLEM‘ DER DURCHSETZBARKEIT

Wie in jeder anderen Rechtsordnung kommt es auch in der völkerrechtlichen Praxis zum Bruch geltenden Rechts. Als Schwäche wird dabei häufig empfunden, dass die internationale Ordnung über kein einheitliches Organ zur Durchsetzung und keine zentrale Sanktionsmöglichkeit verfügt. Übersehen werden dabei aber, neben der Rolle des UN-Sicherheitsrates als zentrales Durchsetzungsorgan, häufig die Vorzüge existenter dezentraler Durchsetzungsmechanismen.⁵³ Die Handlungsformen der Durchsetzung sind dabei mannigfaltig.

So besteht im zwischenstaatlichen Verhältnis (also dezentral) für jeden Staat die Möglichkeit, sog. *Gegenmaßnahmen* zu ergreifen. Zu diesen zählt einerseits die Reaktion auf völkerrechtswidriges Verhalten mit völkerrechtlich erlaubten Mitteln (Retorsion), andererseits die Reaktion mit einer für sich genommen *völkerrechtswidrigen* Maßnahme (*Repressalie*). Letztere ist nur zulässig, soweit sie als Reaktion auf eine völkerrechtswidrige Handlung eines anderen Staates gebraucht wird. Die als Repressalie zulässigen Handlungen werden insbesondere durch das Gewaltverbot und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beschränkt.⁵⁴

Darüber hinaus hat jeder durch rechtswidrig bewaffnete Maßnahmen angegriffene Staat – als Ausnahme vom Gewaltverbot – das Recht zur Selbstverteidigung (Art. 51 UN-Charta). Die Voraussetzungen für den Auslöser des Selbstverteidigungsrechts, insbesondere die Frage der Zulässigkeit *präventiver* bzw. *präemptiver* Selbstverteidigung ist im Zuge des *war on terror* in den Fokus der völkerrechtlichen Diskussion gerückt.⁵⁵ Jedenfalls sind die zur Selbstverteidigung ergriffenen Maßnahmen aber am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen.⁵⁶

Neben der Streitbeilegung in diplomatischen Verfahren besteht in zahlreichen Fällen schließlich die Möglichkeit, durch Anrufung eines Gerichts auf völkerrechtswidriges Verhalten zu reagieren. Die Parteien können einerseits Schiedsgerichte einrichten und über deren Besetzung und Zuständigkeitsumfang bestimmen. Andererseits kann auf institutionalisierte Gerichte, wie z.B. den Internationalen Gerichtshof in Den Haag (IGH) oder den Internationalen Seegerichtshof in Hamburg, zurückgegriffen werden. In diesen Fällen müssen sich die streitenden Parteien allerdings der Gerichtsbarkeit unterworfen haben (siehe z. B. Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut). Die Urteile sind für die Parteien bindend (Art. 94 Abs. 1 UN-Charta). Werden sie nicht befolgt, besteht die Möglichkeit, den Sicherheitsrat anzurufen (Art. 94 Abs. 2 UN-Charta).

Auch bei der Durchsetzung spielt das Individuum nunmehr eine beachtenswerte Rolle. Einerseits besteht die Möglichkeit, Rechtsverletzungen z. B. mit einer Individualbeschwerde zum EGMR selbst zu rügen. Andererseits können auch Einzelpersonen für ihr Verhalten

47 Stein/von Buttlar, Völkerrecht, S. 51.

48 Czaplinski/Danilenko, in: NYIL 21 (1990), S. 3 (5).

49 Siehe zum *ius cogens* z.B. D' Amato, in: Connecticut Journal of International Law 6 (1990), S. 1 ff.

50 Folgende Darstellung orientiert sich an Stein/von Buttlar, Völkerrecht, 12. Auflage, S. 54-58; Höltscheidt/Ridinger/Zitterbart in: JURA 2005, S. 226, m. N. zu den Begründern der Theorien: Kelsen, Verdross (Monismus), Triepel (Dualismus).

51 BVerfGE 112, 1 (26).

52 Stein/von Buttlar, Völkerrecht, 12. Aufl., S. 57; zur Sonderstellung der EMRK vgl. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, S. 18 ff.

53 Vgl. dazu auch Vöney, in: JURA 2007, 488 (489).

54 Siehe z.B. Fischer, in: Ipsen, Völkerrecht, 5. Auflage, S. 1098 ff.

55 Siehe dazu z.B. Hoffmann, in: GYL 45 (2002), 9 ff.

56 IGH, Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, ICJ Rep. 1986, 103, Nr. 194; Case concerning Oil Platforms, ICJ Rep. 2003, 196 Nr. 73.

vor nationalen Gerichten aufgrund der Normen des Völkerstrafrechts oder durch völkerrechtliche Organe (wie z.B. den Internationalen Strafgerichtshof) zur Rechenschaft gezogen werden.

H. FAZIT

Der vorangegangene Überblick hat nur einen kleinen Ausschnitt aus den vielgestaltigen völkerrechtlichen Fragestellungen behandelt. Auf zahlreiche Gebiete wie das Kriegs-, das Umwelt-, das Wirtschafts- oder das humanitäre Völkerrecht kann nur hingewiesen werden. Auch wenn das Völkerrecht aktuell kein examensrelevanter Pflichtfachstoff ist, lohnt sich die Beschäftigung mit ihm im Studium gleichwohl nicht nur im Schwerpunktbereich. Denn angesichts der wachsenden Bedeutung des internationalen Handel(n)s, z. B. der Teilnahme der Bundesrepublik an Systemen kollektiver Sicherheit sowie am supranationalen System der EU, ist ein grundlegendes Verständnis völkerrechtlicher Zusammenhänge insbesondere für den Juristen nach wie vor bedeutsam.

IURRATIO BEI FACEBOOK

Unterstützt unser Iurratio-Projekt auch bei Facebook!

Aktuelle Informationen rund um die juristische Nachwuchsförderung und unsere Zeitung jetzt auch unter: www.facebook.de/iurratio.



Jura Karteikarten
online erstellen & lernen



- Fertige Karteikarten
- Leitner-Algorithmus
- Online im Browser
- iPhone & Android App

33% Rabatt-Code

X3MKT6

www.cobocards.com/coupon

VEREINSMITGLIEDER SPAREN NOCH MEHR!

IURRATIO
JURISTISCHE NACHWUCHSFÖRDERUNG E.V.



Wer sich für eine Mitgliedschaft beim Verein „Iurratio – Juristische Nachwuchsförderung e.V.“ entscheidet, fördert nicht nur die juristische Nachwuchsarbeit, sondern bekommt auch

„Iurratio – Die Zeitschrift für stud. iur. und junge Juristen“ bequem nach Hause geschickt.

Mitglieder können darüber hinaus die dreijährige Profimitgliedschaft bei CoboCards für nur einmalig 10,- Euro nutzen!

Der Mitgliedsantrag für den Verein befindet sich in diesem Heft. Weitere Fragen beantworten wir gerne unter verein@iurratio.de.

DIE EHE FÜR JEDES PAAR – EINE INTERDISZIPLINÄRE ERÖRTERUNG BEZÜGLICH DER RECHTLICHEN DISKRIMINIERUNG HOMOSEXUELLER IN DEUTSCHLAND (TEIL 2)

von J. Prütting, B. Sadat Shirazi, A. Berger und C. Neacsu (Köln)¹

Behnush Sadat Shirazi, Jahrgang 1984, hat Rechtswissenschaft an der Universität zu Köln studiert und ist nunmehr Rechtsreferendarin im Landgerichtsbezirk Aachen. Daneben promoviert sie über grundlegende Fragen zur Strafwürdigkeit menschlichen Verhaltens. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen im Bereich der Kriminologie.

Jens Prütting, Jahrgang 1983, hat an der Universität zu Köln Rechtswissenschaft studiert und promoviert derzeit im Medizinrecht. Daneben ist er Rechtsreferendar im Landgerichtsbezirk Köln und arbeitet nebenberuflich am Institut für Medizinrecht als wissenschaftlicher Mitarbeiter.

Da sich nun abzeichnet, dass ein Kinderwunsch keineswegs durch die sexuelle Orientierung beeinflusst wird, bleibt zu klären, ob die restlichen relevanten Funktionen einer traditionellen Partnerschaft durch gleichgeschlechtliche Partnerschaften abgedeckt werden – genauer gesagt, ob sich Kinder aus gleichgeschlechtlichen Beziehungen vergleichbar zu Kindern aus traditionellen Ehen entwickeln. Eine Gesellschaft hat nicht nur ein (berechtigtes) Interesse an ihrem zahlenmäßigen Fortbestand, sondern auch daran, dass die entstandenen Individuen den gängigen Wertvorstellungen der jeweiligen Gesellschaft entsprechend gesund und (re)produktiv sind. In den letzten dreißig Jahren stellten sich Ärzte, Soziologen und Psychologen die Frage, ob eine normale und gesunde Kindesentwicklung Eltern unterschiedlichen Geschlechts benötigt.² Die Ergebnisse der Studien belegen, dass die Geschlechterrolle der Eltern bei der Kindesentwicklung eine weniger wichtige Rolle spielt als beispielsweise die Qualität des familiären Umfelds.³ Entgegen der Vorurteile, denen sich Familien mit bekennend homosexuellen Elternteilen häufig ausgesetzt sehen – Homosexualität sei eine vererbare psychologische Krankheit, homosexuelle Elternteile würden sich nicht in einem angemessenen Ausmaß um ihren Nachwuchs kümmern und diesen gar missbrauchen – zeigten Kinder, die in solchen Familien aufwuchsen, keine signifikanten Unterschiede in körperlicher und psychologischer Entwicklung, sexueller Orientierung, sexueller Identität oder sexuellem Rollenverhalten.⁴ Diese Befunde veranlassten unter anderem die American Psychological Association, die American Psychiatric Association und American Medical Association in den Jahren 2002 – 2009 Verlautbarungen zu veröffentlichen, in denen die Verbände sich gegen die Diskriminierung von Homosexuellen bei Adoption, Inanspruchnahme von Reproduktionsmedizin und Zivilehe aussprechen.⁵

Letztendlich bleibt die Frage, ob es dem Kindeswohl zuwider läuft, wenn Kinder in einer Umgebung aufwachsen, in der sie aufgrund der sexuellen Orientierung ihrer Eltern potentiell außerfamiliären Repressalien ausgesetzt sind. Gerade hierbei handelt es sich aber um eine fehlgeleitete Einstellung der Gesellschaft, die mittels verstärkter

Anerkennung homosexueller Gemeinschaften zu bekämpfen wäre. Widerrechtliches und unsoziales Verhalten Dritter kann keinesfalls eine Begründung für die Benachteiligung der Betroffenen bieten oder gar deren Widernatürlichkeit belegen.

D. VERFASSUNGSRECHTLICHE WERTENTSCHEIDUNG

Die vorgestellten Hintergründe bilden eben jene Grundlage, die es bei Auslegung und Verständnis einer lebenden Verfassung wie dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland zu beachten gilt. Jede Form staatlicher Gewalt hat veränderte gesellschaftliche Leitbilder zu beachten und dabei insbesondere benachteiligte Minderheiten zu schützen. Dieser Schutz darf nicht erst unterhalb der verfassungsrechtlichen Ebene beginnen, sondern muss bereits Gegenstand des Verfassungsverständnisses selbst sein. Daher ist es gleichermaßen Recht und zuvörderst obliegende Pflicht der obersten Verfassungsrichter, durch Grundsatzdefinitionen im Bereich des Grundrechtskatalogs den Geboten von Freiheit und Gerechtigkeit zur Durchsetzung zu verhelfen. Dies gilt umso mehr, als die Beendigung Jahrhunderte langer Diskriminierung, Verfolgung und Unterdrückung von Minderheiten in Rede steht, die im Rahmen ihrer Weltanschauung und deren Betätigung keinerlei Gefahr für Dritte oder die Gesellschaft darstellen, deren Art und Weise ein partnerschaftliches Leben zu führen und ihre sexuelle Identität auszuüben sogar überall in den natürlichen Lebensgrundlagen unseres Planeten und auch in allen Zeiten menschlicher Kulturgeschichte als positiv integrativer Bestandteil des Lebens zu finden sind. Mit diesem geschärften Blickwinkel sei die Debatte des Ehebegriffs auf ein Neues angestoßen.

I. SCHUTZ DER EHE

1. EHE- UND FAMILIENBEGRIFF

Gegenstand des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs und zugleich Reichweite des hierin verbürgten Schutzgutes ist die besondere Verbindung von zwei Menschen, die sozial, wirtschaftlich und personell für einander einstehen. Entscheidend ist dabei, dass diese Verbindung mit freiem Willen eingegangen wird und auf einen besonderen Bereich privater Lebensführung zielt, der staatlichen Eingriffen und sonstigen Übergriffen im Wesentlichen entzogen sein soll und daher unter weitreichenden Schutz zu stellen ist. Dies erkennt der Staat durch den Hoheitsakt der standesamtlichen Eheschließung an.⁶ Diese Schicksalsgemeinschaft, deren nominelles Ende erst der Tod eines Partners sein soll, wurde durch die gesellschaftlichen und reli-

¹ Die beiden in dieser Ausgabe vorgestellten Autoren waren maßgeblich an der Erarbeitung des zweiten Teils des Beitrags beteiligt. Teil 1 dieses Beitrages ist in Ausgabe 3/2011 von IURRATIO auf den Seiten 166-171 erschienen.

² Vgl. zusammenfassend in Anderssen, N., Amlie, C., Ytterøy, E.A., Outcomes for children with lesbian or gay parents. A review of studies from 1978 to 2000, Scan. J. Psych. 2002, 43 S. 335 – 351.

³ Vgl. etwa Patterson, C.J., Children of Lesbian and Gay Parents, Ass. For Psych. Science 2006, 15 S. 241 – 244.

⁴ Vgl. etwa Golombok, S., Tasker, F., Do Parents Influence the Sexual Orientation of Their Children? Findings From a Longitudinal Study of Lesbian Families, Dev. Psychology 1996, 32 S. 3 – 11. m.w.N. Gold, M.A., Perrin, E.C., Futterman, D., Friedman, S.B., Children of Gay or Lesbian Parents, Pediatrics In Review 1994, 15 S. 354 – 358 und Anderssen, N., Amlie, C., Ytterøy, E.A., Outcomes for children with lesbian or gay parents. A review of studies from 1978 to 2000, Scan. J. Psych. 2002, 43 S. 335 – 351.

⁵ Vgl. etwa elektronisch veröffentlichte Dokumente unter <http://www.apa.org/about/governance/council/policy/parenting.aspx>, <http://www.ama-assn.org/assets/meeting/mm/i-09-policy-health-disparities.pdf> und http://archive.psych.org/edu/other_res/lib_archives/archives/200214.pdf.

⁶ Vgl. Bruns, in: Maunz/Dürig-GG, Art. 6 Rn. 4. Selbstverständlich findet sich hier – wie überall – auch die Bindung an die Verschiedengeschlechtlichkeit, die schlicht unreflektiert vorausgesetzt wird.

giösen Zwänge in der Menschheitsgeschichte an vielen – aber keineswegs allen – Orten der Erde auf die Verbindung von Frau und Mann kapriziert.⁷ Der entscheidende Gedanke dahinter, den auch heute noch das BVerfG in seinen Grundzügen anerkennt, ist die Schaffung einer potentiellen Basis für eine eigenständige Generationenfolge.⁸ Es handelt sich bei dem verbliebenen Kernargument um eine Koppelung des Ehe- und Familienbegriffs, da die (Hetero-) Ehe offenbar immer noch als bessere, das heißt vor allem stabilere Basis der Familienentstehung erachtet wird.

Diesem Ansatz ist jedoch dahingehend zu widersprechen, dass dem Gesellschaftsbild im Deutschland der Gegenwart nicht mehr entnommen werden kann, dass eine Verbindung von Ehe und Familie zu rechtfertigen ist. Es handelt sich vielmehr um zwei grundlegend unterschiedliche Ansätze schutzwürdiger Verfassungsgüter. Die Ehe dient vorwiegend dem Schutz der Privatsphäre des Paares, das sich hierfür entscheidet, während der Familienbegriff für hinreichende Unterstützung und staatliche Bewachung wenigstens eines Elternteils zu wenigstens einem Kind sicher zu stellen hat. Dass Ehe und Familie insofern keine Verbindung zueinander aufweisen, zeigen bereits die unterschiedlichen familiären Formen – nur Mutter mit Kind; nur Vater mit Kind; nichtverheiratete Eltern mit Kind. Natürlich kann der Tatsache nicht widersprochen werden, dass nach der Physiologie des Menschen ein homosexuelles Paar nicht ohne Hilfe der Reproduktionsmedizin dazu in der Lage ist, eine eigene Generationenfolge zu schaffen, jedoch stellt sich die Frage, ob hierin ein Argument für den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Partner aus dem Ehebegriff liegen kann. Eingedenk der fehlenden Verbindung von Ehe und Familie in der modernen Zeit ist ein solches weder ersichtlich noch nachvollziehbar. Zudem kann nicht erklärt werden, weshalb auch unfruchtbare Ehepaare und solche, die Kinder strikt ablehnen, in den Genuss des rechtlichen Sonderschutzes des Ehebegriffs kommen.

In Bezug auf den Einwand des angeblich bedrohten Kindeswohls bei Gleichstellung homosexueller Lebenspartner im Rahmen der Fremdkindadoptionen⁹ ist anzumerken, dass mittlerweile eine repräsentative Statistik des Bundesministeriums der Justiz verdeutlicht, dass Kinder bei gleichgeschlechtlichen Paaren regelmäßig in sehr guten Händen sind.¹⁰ Richtig betrachtet ist das Verbot der gemeinschaftlichen Fremdkindadoption nichts weiter als eine Schutzverringeringung zu Lasten des Kindes, da diesem a priori die Chance auf einen weiteren gesetzlichen Hüter genommen und hiermit zugleich ein rechtlich schützendes Vier-Augen-Prinzip versagt wird. Auch fehlt nach wie vor eine überzeugende Begründung, weshalb im Gegensatz zum Verbot der Fremdkindadoption die Adoption des leiblichen Kindes des Lebenspartners erlaubt ist. Es drängt sich der Verdacht auf, dass die wahre Begründung hinter dem Fremdkindadoptionsverbot schlicht einen grundlegenden Vorteil heterosexueller Ehegatten bei Kindesannahme sichern soll, da Paare Alleinerziehenden wegen des Kindeswohls vorgezogen werden. Dass Lebenspartner aber als Paar adoptieren, ist vorab ausgeschlossen worden, wodurch Lebenspartnern eine vergleichbare Chance auf ein Kind genommen wird.

7 Vgl. hierzu die obigen Ausführungen zur Historie.

8 Für eine starke Verquickung wohl noch BVerfGE 53, 224 = NJW 1980, 689. Mittlerweile Rückzug auf den Gesichtspunkt eigenständig herbeizuführender Generationenfolge BVerfG Beschl. v. 21.07.2010 - 1 BvR 611/07 und 2464/07 - Rn. 106.

9 So wohl beispielsweise Hillgruber, in: JZ 2010, 41, 44.

10 Rupp, Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften.

2. BEDEUTUNG DER NORMPRÄGUNG FÜR DEN VERFASSUNGSRECHTLICHEN EHEBEGRIFF

Soll ein fruchtbarer Streit über den Ehebegriff präzise geführt werden, so ist – nebst gezeigter begriffsdefinitorischer Grundlage – die Normprägung der Vorschrift zu berücksichtigen. Es ist anerkannt, dass die inhaltliche Ausgestaltung der Ehe grundsätzlich dem parlamentarischen Gesetzgeber anheim gestellt und dieser im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative auch Spiegel der Bevölkerungsmehrheit ist.¹¹ Nicht Gegenstand dieses Gestaltungsspielraums kann der Kern des Eheinstituts sein, welcher in seinem Bestand originären verfassungsrechtlichen Schutz genießen muss.¹² Über diesen Kerngehalt hat sodann nur das BVerfG oder der verfassungsändernde Gesetzgeber zu entscheiden. In diesen Bereich ist die Entscheidung für einen weiten Ehebegriff auch zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern zu ordnen. Bei besagter Grundsatzfrage handelt es sich letztlich nicht um eine Ausgestaltung von Rechten und Pflichten sowie Schutz der Ehegatten, sondern um die Einbeziehung einer Minderheit in den so gestalteten Normgehalt. Daher haben die in Denken und Gesellschaft vollzogene Wandlung zu Toleranz und Freiheitsliebe sowie die Erkenntnis, dass Menschen, die homosexuell orientiert sind, ungerechtfertigt Diskriminierung erfahren, eine primär verfassungsrechtlich zu würdigende Bedeutung. Eine Tätigkeit des einfachen Gesetzgebers kann nur die Richtung weisen, was mit zunehmend geführter Gleichstellungsdebatte und vollzogenen Reformen längst der Fall ist.¹³

Was es vor dem Hintergrund einer einheitlichen und verständlichen Rechtsordnung zudem zu beachten gilt, ist die Notwendigkeit der Verhinderung eines Auseinanderfallens der Begriffe und der mit diesen einhergehenden rechtlichen Konsequenzen. Besagte Negativeffekte sind aber bereits teilweise verwirklicht. So können sich nach augenblicklich geltendem Recht ein Mann und eine Frau standesamtlich trauen lassen und anschließend ist es keinem der beiden Partner verwehrt, unter Aufrechterhaltung der Ehe sein Geschlecht zu ändern und eine homosexuelle Ehe fortzuführen.¹⁴ Hieran anknüpfend stellen sich zahlreiche Folgefragen, denen nur mit einer einheitlichen Änderung des Verfassungsverständnisses beizukommen ist.

Welchen Schutzgrad genießt die einzig bislang zugelassene homosexuelle Ehe?

Ist es Sache des einfachen oder des verfassungsändernden Gesetzgebers Unterschiede zu schaffen oder bestehende Diskrepanzen zu negieren?

Wie kann jetzt noch der Vorbehalt gegenüber anderen homosexuellen Paaren gerechtfertigt werden?

11 Entscheidend sind die Ansichten der jeweiligen Zeit – st. Rspr. BVerfGE 31, 58, 82 f. = NJW 1971, 1509; BVerfGE 36, 146, 161 f. = NJW 1974, 646; BVerfGE 53, 224, 245 ff. = NJW 1980, 689 – weil die Garantie eine rechtliche Ordnung verlangt BVerfGE 69, 188, 205 f. = NJW 1985, 2939.

12 Schutz der Institutsgarantie BVerfGE 31, 58 Rn. 34 f. = NJW 1971, 1509; BVerwG NVwZ 2010, 964, 968.

13 Vgl. hierzu insbesondere die Einführung des Lebenspartnerschaftsgesetzes 2001, BGBl I 2001, 266, RegE BT-Drs. 14/4545; Rechtsausschuss BT-Drs. 14/4550, und des Lebenspartnerschaftsergänzungsgesetzes 2005, BGBl I 2004, 3396; RegE BT-Drs. 15/3445; Rechtsausschuss BT-Drs. 15/4052. Weiterhin ist auf zahlreiche Debatten und Anträge hinzuweisen, so insbesondere auf die große Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 12.12.2007 mit Antwort der Bundesregierung vom 18.09.2008 BT-Drs. 16/7550.

14 Vgl. Transsexuellenentscheidung BVerfGE 121, 175 Rn. 51, 72 = NJW 2008, 3117 und hierzu Bräcklein, in: StAZ 2008, 297; Buckel/König, in: KJ (42) 2009, 337; Stüber, in: JZ 2009, 49.

II. GLEICHHEIT VOR DEM GESETZ – GLEICHHEIT VOR DER VERFASSUNG

1. HINTERGRUND UND TATSÄCHLICHES

Der Kampf um Gleichheit für die homosexuellen Partnerschaften wird bislang auf einem anderen Schauplatz ausgetragen. Gerichte und Gesetzgebung behandeln die Frage einheitlich unter dem Blickwinkel des Art. 3 Abs. 1 GG, wonach bei personenbezogenen Differenzierungen zwischen wesentlich Gleichem eine dezidierte Verhältnismäßigkeitskontrolle durchzuführen ist, an welche umso schärfere Anforderungen zu stellen sind, je weniger Sachbezug in der Unterscheidung liegt.¹⁵ Auf dieser Basis kam es in den letzten Jahren zu einer erheblichen Angleichung von eingetragener Lebenspartnerschaft und Ehe an Hand des Vergleichsmerkmals der besonders schutzwürdigen und privaten Verbindung zweier Menschen, die erhebliche Einstandspflichten füreinander übernehmen.¹⁶ Dieser Weg führt zu mehr Rechten und Anerkennung „anderer Lebensformen“¹⁷, wird jedoch nie das Problem selbst lösen. Mit dem Blick auf die Paarbildung Homosexueller als „eingetragene Lebenspartnerschaft“ verbleibt es immer bei einer rechtlichen Andersartigkeit, die zu Unsicherheiten, zu Ausgangspunkten für Besserstellungswünsche heterosexueller Partnerschaften und als damit einhergehende dauerhafte Manifestierung zu struktureller Unterlegenheit homosexueller Lebenspartner führt. Schlichter ausgedrückt: Homosexuelle Paare werden fortlaufend dazu gezwungen, immer wieder ihr Recht zu erstreiten, um nicht als weniger förderungs- oder schutzwürdig behandelt zu werden. Es muss die Frage gestellt werden: Darf dies vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes und des historisch fehlerhaft besetzten Ehebegriffs zugelassen werden?

Wie vorab durch den historischen und biologischen Diskurs gezeigt, ist Homosexualität weder entgegen natürlicher Grundlagen des Menschen noch steht sie moralischen oder sozialen Ansprüchen in einer toleranten und auch sexuell offenen Gesellschaft entgegen. Eine Gefährdung der Jugend, wie diese offenbar teilweise angenommen wird,¹⁸ ist ebenfalls als zu verwerfen.¹⁹ Es zeigt sich vielmehr, dass jegliche Vorbehalte gegen homosexuelle Paare ihren Ursprung in der westlich bürgerlichen Gesellschaft sowie der Religion haben. Von diesen homophoben Einflüssen war lange Zeit ein großer Teil der Welt betroffen und ist bis heute beeinflusst. Eine zur Vorsicht mahnende Wahrheit verbirgt sich hinter diesen nicht, was die Länder der Welt zunehmend zu begreifen beginnen.²⁰ Auch die Frage der natürlichen Nachkommenschaft - wenn man eine Koppelung an familiäre Aspekte überhaupt zu den Erwägungen zulässt - vermag vor dem Hintergrund moderner Reproduktionsmedizin nicht zu überzeugen. Die Möglichkeit der Leihmutterchaft steht zwar als zweite Anlaufstelle aufgrund des Verbots in § 1 Abs. 7 ESchG nicht zur Verfügung, jedoch verbirgt sich hinter diesem Straftatbestand die

15 Vgl. mit ausführlicher Darstellung der bisherigen Rspr. Muscheler, Die Reform des Lebenspartnerschaftsrechts, in: FPR 2010, 227 ff. und Grünberger, Die Gleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft im Zusammenspiel von Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht, in: FPR 2010, 203 ff.

16 Vgl. die Rspr.-Linie des BVerfG, BVerfGE 105, 313 = NJW 2002, 2543 mit schlichter Verneinung eines Abstandsgebots; BVerfGE 115, 1 Rn. 46 = FamRZ 2006, 182 Lebenspartnerschaft als „rechtlich gesicherte Partnerschaften“; FPR 2010, 240 Rn. 90, 92 „auf Dauer angelegte, rechtlich verfestigte Partnerschaften“ und Gleichstellung bei der Hinterbliebenenversorgung; Beschl. v. 21.07.2010 - 1 BvR 611/07 und 2464/07 mit Gleichstellung im Erbschaftssteuerrecht.

17 BVerfGE 105, 313 Rn. 98 = NJW 2002, 2543; FPR 2010, 240 Rn. 102, 105.

18 Hillgruber, a.a.O.

19 Vgl. auch die Gesetzesentwicklung zu den Straftatbeständen, welche sich von einem Allgemeinschutz gegen Homosexualität, über einen Jugendschutz bis hin zur Entkriminalisierung homosexueller Verhaltens entwickelte, s. die treffliche Zusammenfassung bei Wikipedia, http://de.wikipedia.org/wiki/C2%A7_175 (Abrufdatum 31.10.2010).

20 Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare: Niederlande 2001, Belgien 2003, Spanien 2005, Kanada 2005, Südafrika 2006, Norwegen 2009, Schweden 2009, Teile der Vereinigten Staaten - Massachusetts 2004, Connecticut 2008, Iowa 2009, Vermont 2009, New Hampshire 2010, District of Columbia 2010 -, Mexiko-Stadt 2010, Portugal 2010, Island 2010, Argentinien 2010.

ethisch problematische Diskussion um den Zugriff auf Embryonen und keineswegs der Versuch, eine Möglichkeit zur Fortpflanzung zu unterbinden, wie die Entkriminalisierung von Leihmutter und Auftragneber des § 1 Abs. 3 Nr. 2 ESchG zeigt.

Die entscheidenden tatsächlichen Ansätze für den Vergleich von homo- und heterosexuellen Partnerschaften dürfen einzig die verschiedenen Aspekte der Einstufung des zurückgezogenen Lebensbereichs zweier Menschen sein, durch welchen die Privatsphäre und insbesondere auch die sexuelle Selbstbestimmung begünstigt und geschützt werden. Es zeigt sich, dass die bisherige eingetragene Lebenspartnerschaft und die derzeit anerkannte Ehe in allen erheblichen Punkten gleich sind. Insbesondere bestehen die gleichen Einstandspflichten sowohl zu Lebzeiten als auch von Todes wegen.²¹ Mit dem nicht überzeugenden Verweis auf die eigenständige Möglichkeit, Nachkommen zu haben, fällt der letzte Ansatz der Gegner umfassender Gleichstellung. Die Gleichstellung muss sich zu ihrer uneingeschränkten Wirksamkeit und Überzeugungskraft aber auch auf die verfassungsrechtliche Grundlage beziehen, wodurch die Öffnung des Ehebegriffs des Art. 6 Abs. 1 GG geboten ist.

2. VERFASSUNGSRECHTLICHER EINFLUSS DES GLEICHHEITSSATZES AUF DAS FREIHEITSGEBOT VOR DEM HINTERGRUND DER EINHEIT DER VERFASSUNG UND DES MENSCHENWÜRDEPRINZIPS

Verfassungsdogmatisch führen die tatsächliche Situation und die bislang gegebene rechtliche Definitionsbeschränkung des Ehebegriffs vor dem Hintergrund ungerechtfertigter Ungleichbehandlung zu einer grundsätzlichen Diskrepanz zwischen dem Freiheitsgrundrecht der Ehe und dem allgemeinen Gleichheitssatz, welche nicht zufrieden stellend im Wege praktischer Konkordanz aufgelöst werden kann. Zwar ist nicht von einem grundsätzlichen Vorrang des allgemeinen Gleichheitssatzes gegenüber freiheitsrechtlichen Erwägungen auszugehen,²² wofür sich in der Verfassung auch keine tragfähige Grundlage finden ließe,²³ jedoch ist eine absolute Unabhängigkeit von freiheits- und gleichheitsrechtlichen Erwägungen angesichts der Einheit der Verfassung ebenso wenig anzuerkennen. Zudem muss berücksichtigt werden, dass das Verständnis des Schutzgutes der Ehe der grundlegenden Wertung des Menschenwürdegehalts des Art. 1 Abs. 1 GG genügen muss. Zwar ist das Menschenwürdeprinzip bislang nicht als spezieller Gleichheitssatz anerkannt,²⁴ jedoch kann nicht von der Hand gewiesen werden, dass eine willkürliche, das heißt von jeder sachlichen Begründung unabhängige Schlechterstellung von Menschen gegenüber in Situation und betroffenem Schutzgut vergleichbaren Personen den Kerngehalt menschenwürdigen Miteinanders verletzt. Das Verbot staatlicher Willkür findet sich somit als Teil des Menschenwürdeschutzes wieder. Ein staatlicher Eingriff, welcher Personen ohne jeden Begründungsansatz ungleich behandelt, verobjektiviert partiell die Stellung des Subjekts. Der Basisgedanke der Gleichheit ist auch ein Basisgedanke des menschlichen Subjektcharakters. Worin liegt der Unterschied der Anzweifelung der Subjektsqualität, wenn einerseits eine Person einen staatlichen Vorteil erhält, weil sie weiß und nicht schwarz ist, und andererseits eine Person einen staatlichen Vorteil erhält, weil sie diesen Vorteil nun einmal erhält. In beiden Fällen legt das staatliche Handeln Zeugnis davon ab, dass sich keine tragfähige Erklärung für die Zurücksetzung

21 Anders teilweise noch BGH NJW-RR 2007, 1441 sowie BVerwG NJW 2008, 246, ohne dies näher begründen oder belegen zu können.

22 So wohl aber Sachs, BayVBl. 1990, 385/387 f. relativiert in Sachs, Verfassungsrecht II, 2. Aufl. 2003, Kap. B 12 Rn. 20; ähnlich Tetzlaff, Vom (un)möglichen Zustand des Wehrpflichtrechts (2009), S. 348 ff..

23 So überzeugend Voßgerau in einem bislang unveröffentlichten Gutachten zum Einfluss von Gleichheits- auf Freiheitsrechten.

24 Dies wird unter den Grundrechtsexperten jedoch rege diskutiert, Voßgerau, a.a.O.

eines Menschen finden lässt. Der Unterschied liegt nur darin, dass im ersten Beispiel geschichtliche Vorbelastung und die Unterscheidung als vermeintlich schwerwiegender erkennen lässt. Dieser Eindruck täuscht, da die drohenden negativen Konsequenzen vergleichbar sind. Zum selben Ergebnis kommt man für rein willkürliches Handeln unter Heranziehung des Rechtsstaatsprinzips, welches staatliche Willkür ebenfalls ausnahmslos verbietet. Beide genannten Ansätze stehen unter dem besonderen Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG und genießen Vorrang gegenüber Art. 6 Abs. 1 GG. Da aber keinesfalls eine Auslegung des Art. 6 Abs. 1 GG gewählt werden darf, nach welcher es sich um verfassungswidriges Verfassungsrecht handelte, sind die genannten Prinzipien im Rahmen der Auslegung des Ehebegriffs ebenso zu Grunde zu legen, wie dies schon bei den absoluten Diskriminierungsverboten nach Art. 3 Abs. 3 GG der Fall ist. Findet sich also kein Ansatz für eine Unterscheidung und Benachteiligung Homosexueller, so handelt es sich um verbotene Willkür. Eine Schutzweiterung durch Öffnung des Ehebegriffs für homosexuelle Paare stellt weder Einbußen für die Ehen Heterosexueller noch für das Kollektiv dar. Auch fehlen sonstige Gründe für eine Zurückstellung der gleichgeschlechtlichen Ehe. Die aufgezeigten Grundlagen dienen als Beleg, dass die gegebene Ungleichbehandlung letztlich eine verfassungsrechtlich nicht haltbare Diskriminierung ist. Eine Auslegung vor dem Hintergrund eines einheitlichen Verfassungsverständnisses und den aufgezeigten natürlichen und historischen Grundlagen

muss zu der Erkenntnis führen, dass das Ehebild auch den Schutz homosexueller Partner per definitionem gewährleisten muss.

Die Beantwortung dieser Frage kann dem einfachen Gesetzgeber nicht überlassen bleiben. Es geht um eine Grundsatzproblematik, die den Kerngehalt der Institutsgarantie betrifft. Die gebotene Gleichstellung ist nur durch Gleichheit vor der Verfassung zu erreichen.

E. FAZIT

Die vorliegende interdisziplinäre Ausarbeitung soll durch Rückbesinnung auf bedeutende Grundlagen den rechtlichen Blickwinkel für die nach wie vor bestehende Diskriminierung homosexueller Paare schärfen und korrigieren. Die Zurücksetzung dieser Partnerschaftsform entbehrt einer schlüssigen Begründung und ist daher rechtlich zu untersagen. Dies kann nur wirksam auf verfassungsrechtlicher Ebene geschehen. Die deutsche Staatsgewalt ist dazu aufgerufen, die Toleranz, Freiheits- und Gleichheitsliebe, die in der Verfassung verbürgt ist, durch Setzung eines klaren Zeichens an das Volk zu bestärken. Homosexuelle sind gleichberechtigte Personen der Gesellschaft, die auch und insbesondere in Fragen staatlich geschützter Partnerschaft keinesfalls diskriminiert werden dürfen. In vielen Bereichen der Welt wurde dies wahrgenommen und akzeptiert. Worauf wartet der deutsche Staat?

STELLENMARKT

An dieser Stelle präsentieren wir Ihnen Kurzfassungen offener Stellenausschreibungen für studentische Hilfskräfte, wissenschaftliche Hilfskräfte und wissenschaftliche Mitarbeiter an den Lehrstühlen aller juristischer Fakultäten sowie Referendars- und Praktikerstellen. Die ausführlichen Stellenausschreibungen finden Sie auf unserer Homepage unter www.iurratio.de/stellenmarkt.

Ihr Iurratio-Team.

| | | |
|---|--|--|
|  <p>Wahlstation <i>Einsatzort: Bayreuth</i></p> <hr/> <p>Einstellungszeitpunkt(e): Laufend</p> <hr/> <p>Ansprechpartner: Herr Dr. Oliver Engel oliver.engel@eon-energie.com, Tel.: 0921/915-2030</p> |  <p>DIN DEUTSCHES INSTITUT FÜR NORMUNG E.V.</p> <p>Wahlstation <i>Einsatzort: Berlin</i></p>  <hr/> <p>Einstellungszeitpunkt(e): Laufend</p> <hr/> <p>Die komplette Stellenausschreibung finden Sie hier: http://www.din.de/sixcms_upload/media/2896/DIN_Stellenangebot_Wahlstation.pdf</p> |  <p>DIERKS + BOHLE RECHTSANWÄLTE Rechtsgebiet: Medizinrecht</p> <p>Rechts-Referendar(in) in Berlin</p> <hr/> <p>Zum nächstmöglichen Zeitpunkt</p> <hr/> <p>Die komplette Stellenausschreibung finden Sie hier: http://iurratio.de/stellenmarkt/referendariat</p> |
|  <p>SJ BERWIN LLP</p> <p>Praktikanten (m/w) Rechtsreferendar (m/w) Rechtsanwälte (m/w)</p> <p>Ab sofort</p> <hr/> <p>Die komplette Stellenausschreibung finden Sie hier: http://iurratio.de/stellenmarkt</p> |  <p>TECHNISCHE UNIVERSITÄT DRESDEN</p> <p>Wiss. Mitarbeiter <i>Einsatzort: Dresden</i></p> <hr/> <p>Bewerbungsschluss: 17.11.2011</p> <hr/> <p>Die komplette Stellenausschreibung finden Sie hier: http://iurratio.de/stellenmarkt</p> | |

Vorsicht bei der Auswahl des Silvesteroutfits

Lustiges und kurioses aus der Rechtsprechung – Spezialausgabe zum Jahresende

Diese Mal dreht sich in dieser Rubrik alles um den Ausklang des Jahres. Die folgenden Entscheidungen stehen daher alle im Zusammenhang mit der kalten Jahreszeit, Weihnachten und Silvester. Sie sollen neben dem an dieser Stelle gewohnten und gewollten Schmunzeln unter Umständen auch wichtige Tipps für die kommenden Monate mit all Ihren Tücken und Besonderheiten liefern. In diesem Sinne auch von dieser Seite:

Eine schöne Weihnachtszeit und einen guten Rutsch in 2012.

Am frühen Morgen ist mit Eisglätte zu rechnen

Wer um fünf Uhr morgens mit dem Auto unterwegs ist, darf nicht davon ausgehen, dass die Straßen gestreut oder gar geräumt sind. Vorliegend war die Klägerin auf einer Brücke auf eisglatter Fahrbahn ins Schleudern gekommen und gegen die Leitplanke geprallt. Dabei entstand an ihrem Wagen ein Schaden in Höhe von DM 4.800. Diesen Betrag machte sie gegenüber der zuständigen Gemeinde als Schadenersatz mit der Begründung geltend, dass die Straßen außer auf dieser Brücke trocken gewesen seien, so dass die Gemeinde eben dort hätte streuen müssen. Das Gericht wies die Klage mit der Begründung ab, dass es einer Gemeinde nicht zuzumuten sei, ihre Straßen zu jeder Tageszeit während der Wintermonate frei zu halten. Autofahrer könnten daher so früh am Morgen nicht davon ausgehen, dass die Straßen gestreut seien, sondern müssten vielmehr der Witterung und den Straßenverhältnissen entsprechend vorsichtig fahren. LG Itzehoe v. 19.01.1999, 3 O 239/98

PKW-Brand durch unbeaufsichtigten Heizlüfter zum Vorwärmen des Fahrzeuges ist grob fahrlässig

Der Kläger stellte im Winter ein Heizgerät auf den Beifahrersitz seines Fahrzeuges, um das Fahrzeug vorzuwärmen. Während das in der Anleitung als Schnellheizer beschriebene 200 W starke Gerät etwa 15 Minuten seiner Arbeit nachkam, ging der Kläger zurück ins Haus. In dieser Zeit entzündete sich das Heizgerät. Der Kläger verlangt von seiner Kaskoversicherung Entschädigung wegen Brandes seines Fahrzeuges. Das Gericht entschied, dass die Versicherung als Beklagte wegen grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles leistungsfrei ist. Die beengten räumlichen Verhältnisse in einem PKW und die unebene Sitzfläche legen eine Brandgefahr bei Benutzung eines solchen Heizgerätes nahe und stellen daher einen objektiv schweren und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt dar. OLG Hamm v. 12.02.1997, 20 U 216/96

Geschenke finden leicht gemacht – Berufsbezogene Online-Shops

Wer kennt das Problem nicht? Da hat man in seinem Umfeld zum Beispiel einen Juristen, Mediziner oder Architekten, der seinen Job über alles liebt und fast kein anderes Gesprächsthema findet – und dieser Mensch soll nun beschenkt werden. Bestenfalls soll ihm das Geschenk auch noch gefallen und nicht noch in der letzten Jahreswoche seinen Weg zurück in den Laden finden. Hier hilft Kreativität oftmals nicht weiter, da Themen, die über das berufliche hinausgehen, nie besprochen werden. Die Seite <http://www.akademiker-accessoires.de> eröffnet die Möglichkeit, für solche Menschen problemlos und einfach ein garantiert passendes Geschenk zu finden. Unter dieser Adresse werden quasi mehrere Shops in einem betrieben. Zielgruppen sind die verschiedensten Berufsgruppen; von den bereits genannten über BWLer und Psychologen bis hin zu Theologen und Informatikern. Die Auswahl trifft man nach Betreten der Seite selbst und wird dann auf den jeweiligen Shop weitergeleitet. Juristen landen bei entsprechendem Klick automatisch auf <http://www.anwaltsgeschenke.akademiker-accessoires.de>. Hier finden sich Regenschirme und Krawatten in den verschiedensten Farben – allesamt aber natürlich mit dem unverwechselbaren Paragrafenzei-



chen. Für Mediziner gibt es z.B. ein Clipboard mit dem obligatorischen Äskulapstab oder eine Dokumententasche, die Gegenstände für die Musiker entfalten formschöne Notenschlüssel, die für Informatiker @-Zeichen und selbstverständlich befinden sich Kreuze auf den Geschenken für die Theologen. Nicht immer findet die Zuordnung zum Empfänger über das Piktogramm statt. Es werden auch berufsbezogene Gegenstände verkauft, die in den einzelnen Bereichen unabkömmlich sind – zumindest aber eng damit verknüpft sind. So steht auch Justitia in verschiedenen Größen zur Auswahl, um das Büro zu bereichern, für Architekten gibt es formschöne Maßbänder oder einen schicken Kompass, für BWLer Sparschweine und Portemonnaies. Die Geschenkvariationen sind vielfältig und stets dem typischen Klischeebild der jeweiligen Berufsgruppe nachempfunden. Sicher eine Möglichkeit, wenn man tatsächlich keine Anhaltspunkte für mögliche Interessen des Beschenkten hat – und keine Kreativität.

Ob es sich dann allerdings tatsächlich um ein lieb gemeintes Weihnachtsgeschenk oder ein Geschenk zum Schrottwichteln handeln soll, bleibt jedem selbst überlassen.

Keine Wohnungsrenovierung in der Adventszeit

Mieter dürfen Handwerker auf Januar vertrösten, wenn diese 14 Tage vor Weihnachten auf Anweisung des Vermieters Badezimmer, Fenster und Heizungen in der Mietwohnung erneuern wollen. Dies gilt auch dann, wenn der Vermieter die Maßnahmen bereits frühzeitig angekündigt hatte. Das Gericht meint: Den Weihnachtsbaum in einer Baustelle aufstellen zu müssen passe nicht zum Fest der Freude und des Friedens. Die Adventszeit sei eine besinnliche Zeit. „Stille Nacht, heilige Nacht in Schutt und Heizungs-Asche, das geht nicht zusammen.“ AG Köln v. 09.06.1994, 215 C 293/93

Randale durch Silvesterpartygäste ist kein fristloser Kündigungsgrund

Wenn ein Mieter eine Silvesterparty veranstaltet in dessen Verlauf einige geladene Gäste vor dem Haus randalieren und dabei Briefkastenanlage und Hauswand beschädigen, kann das Mietverhältnis seitens des Vermieters nicht allein deshalb fristlos gekündigt werden. Die hierfür notwendige erhebliche Gefährdung der Mietsache durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt wurde abgelehnt, da der Mieter nicht für das Verhalten seiner Gäste verantwortlich gemacht werden könne. Zudem hatte sich der Gastgeber bei den Nachbarn und der Hausverwaltung entschuldigt und die Regulierung des Schadens angeboten. Amtsgericht Lichtenberg v. 29.06.05, 11 C 80/05

Tragen leicht brennbarer Kleidung führt zu Mitschuld bei Unfall mit Silvesterfeuerwerk

Die Klägerin wurde Silvester von einem sogenannten „Bienenchen“ getroffen, welche statt senkrecht aufzusteigen seitlich wegflug und die etwa sechs Meter entfernt stehende Klägerin traf. Hierdurch geriet das synthetische Material ihres leicht entzündlichen Anoraks in Brand. Die Klägerin erlitt an Unterbauch und Oberschenkeln großflächige Verbrennungen und verklagte die Person, die diese Biene entzündet hatte, auf Schadensersatz und Schmerzensgeld. Das Gericht entschied, wer bei einem Silvesterfeuerwerk leicht brennbare synthetische Kleidung trägt und so die Verletzungsgefahr erhöht, trägt ein erhebliches Mitverschulden an einem Unfall und muss einen Teil des Schadens (vorliegend 50 %) selbst übernehmen. Begründet wurde dies damit, dass nicht die unmittelbare Einwirkung des Feuerwerkskörpers, sondern - nach ärztlicher Einschätzung - erst die brennbare Kleidung zu den großflächigen Brandverletzungen geführt habe. OLG Jena v. 23.10.2007, 5 U 146/06

Liebesspiel trotz brennender Kerzen im Nebenraum stellt kein leichtsinniges Handeln dar



Ein Versicherungsnehmer in einer Hausratversicherung hat einen Wohnungsbrand durch das unbeaufsichtigte brennen lassen von Adventskerzen auf dem gedeckten Frühstückstisch über einen Zeitraum von mindestens einer halben Stunden jedenfalls dann nicht (subjektiv vorwerfbar) grob fahrlässig verursacht, wenn er sich nur kurzfristig in ein Nebenzimmer (hier das Schlafzimmer) hat begeben wollen, um seine Lebensgefährtin für das gemeinsame Frühstück zu wecken, sich dann aber von dieser „ablenken“ ließ. Landgericht Mönchengladbach v. 30.07.1998, 10 O 141/98

Feuerwerkskörper sind Spielwaren

Ein Spielwarenfachmarkt darf Silvesterfeuerwerk verkaufen. Der Vermieter des Ladengeschäfts in einem Einkaufszentrum wollte dem Mieter und Betreiber eines Spielwarengeschäfts den Verkauf von Pyrotechnik verbieten, da er der Meinung war, dass dort nach dem Mietvertrag ausschließlich Spielwaren verkauft werden dürfen. Silvesterfeuerwerke würden nicht darunterfallen, da diese weitestgehend nur an Personen über 18 verkauft werden dürften. Das Landgericht Magdeburg hat übereinstimmend mit den Richtern des OLG entschieden, dass Silvesterfeuerwerkskörper Spielwaren sind. Es führte dazu aus, dass der Begriff „Spielzeug“ nicht nur Gegenstände umfasst, mit denen Kinder spielen, sondern eben auch solche, mit denen Erwachsene oder Tiere spielen. Vergleiche wurden hier zu Kartenspielen (Poker, Skat), elektrische Eisenbahnen oder Computerspiele genannt. Spielen bedeutet danach einzig und allein sich zum Vergnügen, Zeitvertreib und allein aus Freude an der Sache selbst auf irgendeine Weise zu betätigen. Daher ist der Begriff „Spielwaren“ weiter zu fassen als der Begriff „Kinderspielzeug“. Dies zeigt sich auch dadurch, dass auf der internationalen Spielwarenmesse Pyrotechnik ausgestellt wird. LG Naumburg v. 17.05.2011, 9 U 192/19



WER AUF SCHLECHTE VERTRÄGE SETZT,
HAT HINTERHER VIEL UM DIE OHREN...





DEUTSCHE JURISTEN POLICE

DJP DEUTSCHE JURISTENPOLICE. DIE ERSTE WAHL FÜR JURISTEN.

Die DJP Deutsche Juristenpolice bietet eine speziell auf die Bedürfnisse von Juristen und Studierenden abgestimmte Auswahl von Versicherungslösungen und beinhaltet für die Sparten

BERUFSUNFÄHIGKEITSVERSICHERUNG

PRIVATE KRANKENVERSICHERUNG

ALTERSVORSORGE

jeweils eines der Top-Produkte des Marktes. Mit der DJP haben Sie immer Recht – das Recht auf erstklassige Leistungen, engagierte Beratung und hervorragende Konditionen.

DJP Deutsche Juristenpolice

Schopenstehl 20 · 20095 Hamburg · Tel. 040 / 20 90 765 - 54

Fax 040 / 20 90 765 - 60 · DJP@juristenpolice.de

WWW.JURISTENPOLICE.DE

Die DJP Deutsche Juristenpolice ist ein Spezialkonzept der

FORMAT
KANZLEI FÜR INVESTMENT & FINANZEN GMBH

STRAFBARKEIT DER ZWANGSHEIRAT NACH § 237 STGB – ÜBERBLICK ÜBER DEN NEU EINGEFÜHRTEN STRAFTATBESTAND UND DESSEN MÖGLICHE EINBINDUNG IN DIE FALLBEARBEITUNG

von dipl. iur. Tamina Preuß (Würzburg)¹

A. EINLEITUNG UND ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

In den vergangenen Jahren ist die Problematik der Zwangsheirat immer weiter in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt. Unter Zwangsheirat versteht man die Eheschließung, wenn mindestens einer der Eheschließenden durch eine Drucksituation zur Ehe gezwungen wird, mit seiner Weigerung kein Gehör findet oder es nicht wagt, sich der Eheschließung zu widersetzen, weil Eltern, Familie, Verlobte(r) und Schwiegereltern Druck ausüben². Obwohl es repräsentative Zahlen über das Ausmaß in der Bundesrepublik Deutschland bislang nicht gibt³, wird seitens der Opferorganisation TERRE DES FEMMES, Menschenrechte für die Frau e.V. davon ausgegangen, dass jedes Jahr über 1.000 Mädchen und Frauen von einer Zwangsverheiratung betroffen oder bedroht sind⁴.

Strafrechtlich war die Zwangsheirat bislang als Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall der Nötigung in § 240 IV Nr. 1 StGB a.F., eingeführt durch Art. 1 Nr. 12 des 37. StrÄndG vom 11.02.2005⁵, sanktioniert. Darüber hinaus waren für die hinzutretenden Straftaten die Sexual- und Körperverletzungsdelikte einschlägig⁶. In den letzten Jahren wurden zahlreiche Reformvorschläge für ein Zwangsheiratsbekämpfungsgesetz unterbreitet, u.a. gingen von den Ländern Berlin⁷ und Baden-Württemberg⁸ zwei Bundesratsinitiativen aus.

Mit § 237 StGB wurde durch das Gesetz zur Bekämpfung der Zwangsheirat und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsheirat sowie zur Änderung weiterer Aufenthalts- und asylrechtlicher Vorschriften vom 23.06.2011 (BGBl. I S. 1266), in Kraft getreten zum 01.07.2011, eine Strafnorm eingeführt, welche die Zwangsheirat gesondert unter Strafe stellt. Ziel des Gesetzgebers ist, der Fehlvorstellung entgegen zu treten „es handele sich [bei der Zwangsheirat] um eine zumindest tolerable Tradition aus früheren Zeiten oder anderen Kulturen“ und ein „eindeutiges Signal, dass der Staat den mit einer Zwangsheirat verbundenen Eingriff in die Rechte betroffener Personen mit dem schärfsten ihm zur Verfügung stehenden Mittel unterbinden will“ zu setzen⁹. Neben § 237 StGB wurden weitere Änderungen im Strafprozessrecht, Aufenthalts- und Ausländerrecht sowie im Erb- und Eherecht vorgenommen, welche im Rahmen dieses Aufsatzes keine Berücksichtigung finden¹⁰.

Die Bedeutung des § 237 StGB für die Praxis ist umstritten. Während nach einer Ansicht die Einführung des gesonderten Straftatbestands sogar dazu führen könnte, dass Opfer, welche die strafrechtliche Verfolgung ihrer Angehörigen fürchten, davon abgehalten werden, Schutz bei Hilfseinrichtungen zu suchen¹¹, geht eine andere Ansicht

davon aus, von einem Straftatbestand könne Signalwirkung ausgehen und die Ziele könnten in Kombination mit Aufklärung, Beratungs- und Unterstützungsangeboten sowie effektiver Integrationspolitik erreicht werden¹². Für die Fallbearbeitung wird angenommen, dass mit § 237 StGB sowohl „klassische Themen der Nötigung“ als auch „exotische“ Fragestellungen¹³ abgedeckt werden können¹³. Der Schwerpunkt des vorliegenden Beitrags liegt darin, hieran anzuknüpfen und eine mögliche Einbindung des § 237 StGB in die juristische Prüfung aufzuzeigen.

B. SYSTEMATIK DER NORM

§ 237 StGB ist im 18. Abschnitt des StGB – „Straftaten gegen die persönliche Freiheit“ – eingeordnet. Geschütztes Rechtsgut ist die Eheschließungsfreiheit¹⁴, welche auch von Art. 6 I GG, Art. 12 EMRK, Art. 9 EuGrCh sowie Art. 16 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen geschützt wird und sich als besonderer Fall der von § 240 StGB geschützten Freiheit der Willensentschließung und -betätigung einordnen lässt¹⁵. Ob darüber hinaus die Menschenwürde ein Schutzgut darstellt, wird unterschiedlich beurteilt¹⁶. Nicht geschützt werden die sexuelle Selbstbestimmung und der Schutz der Person durch den Rechtsstaat¹⁷.

§ 237 I StGB, als „Grundtatbestand der Zwangsheirat“¹⁸ bezeichnet und als Erfolgsdelikt¹⁹ ausgestaltet, stellt die Nötigung zur Eingehung einer Ehe unter Strafe. In § 237 II StGB ist – in Anlehnung an den Tatbestand der Verschleppung nach § 243a StGB – die Heiratsverschleppung unter Strafe gestellt. Diese erfasst Konstellationen, in denen dem Opfer der Schutz, der mit seinem Aufenthalt im Inland verbunden ist, entzogen wird, um es zur Eheeingehung zu nötigen²⁰. § 237 II StGB ist ein sog. „unvollkommenes zweiaktiges Delikt“. Das bedeutet, dass der Täter einen über den Taterfolg hinausgehenden Erfolg, in diesem Fall die Eheschließung, intendiert, dessen Eintritt nicht Voraussetzung der Strafbarkeit ist²¹.

Für beide Delikte ist in § 237 III StGB die Versuchsstrafbarkeit normiert und es besteht nach § 237 IV StGB die Möglichkeit einen minder schweren Fall anzunehmen.

C. GELTUNGSBEREICH DES § 237 STGB

Wenn der Sachverhalt Anlass bietet, ist der zeitliche und räumliche Geltungsbereich des § 237 StGB zu prüfen.

1 Tamina Preuß hat Rechtswissenschaft an der Universität Bremen studiert und parallel in einer Bremer Kanzlei mit den Schwerpunkten Straf-, Wirtschafts- und Luftverkehrsrecht gearbeitet. Derzeit ist sie Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Prof. Dr. Schuster am Lehrstuhl für Internationales Strafrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

2 Schubert/Moebius, ZRP 2006, 33 (34).

3 Göbel-Zimmermann/Born, ZAR 2007, 54 (54); Yerlikaya/Çakır-Ceylanya, ZIS 2011, 205 (213).

4 <http://frauenrechte.de/online/index.php/themen/gewalt-im-namen-der-ehre.html>, abgerufen am 24.10.2011.

5 BT-Drs. 15/3045.

6 BT-Drs. 17/4401, S. 9.

7 BR-Drs. 436/05.

8 BR-Drs. 767/04.

9 BT-Drs. 17/4401, S. 9.

10 Hierzu Sering, NJW 2011, 2161.

11 Yerlikaya/Çakır-Ceylanya, ZIS 2011, 205 (213).

12 Göbel-Zimmermann/Born, ZAR 2007, 54 (60); Schubert/Moebius, ZRP 2006, 33 (37).

13 Schumann, JuS 2011, 789 (789).

14 BT-Drs. 17/4401 S. 1.

15 Schumann, JuS 2011, 789 (790).

16 Bejahend Letzgas, FPR 2011, 451 (454); ablehnend Eisele/Majer, NSTZ 2011, 546 (547).

17 Letzgas, in: Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeburg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 1237.

18 Sering, NJW 2011, 2161 (2162).

19 Valerius, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB, 16. Auflage, München 2011, § 237 Rn. 2.

20 BT-Drs. 17/4401 S. 12.

21 Schumann, JuS 2011, 789 (793).

I. ZEITLICHE GELTUNG, § 2 STGB

Nach § 2 I StGB, welcher das Rückwirkungsverbot aus Art. 103 II GG, § 1 StGB konkretisiert²², bestimmt sich die Strafe nach dem Gesetz, welches zur Zeit der Tat gilt. Der Zeitpunkt der Tat richtet sich nach § 8 StGB. Fraglich ist, wann die Gesetzesgeltung beginnt. Man könnte auf den Zeitpunkt der nach Art. 82 I 1 GG erforderlichen Verkündung im Bundesgesetzblatte abstellen. Hiergegen spricht jedoch, dass nach dem Willen des Gesetzgebers nicht jedes Gesetz direkt mit der Verkündung gelten soll. Nach Art. 82 II 1 GG ist in dem Gesetz der Tag des Inkrafttretens anzugeben und nach Art. 82 I 2 GG bei Fehlen dieser Angabe der vierzehnte Tag nach der Verkündung maßgeblich. Daher beginnt bei Gesetzen, bei denen der Zeitpunkt von Verkündung und Inkrafttreten voneinander abweichen, die Geltung mit dem Inkrafttreten. Bei Gesetzen, die am Verkündungstag in Kraft treten, ist umstritten, ob sie bereits ab Beginn des Verkündungstages²³, ab dem genauen Verkündungszeitpunkt²⁴ oder erst mit Ablauf des Tages gelten. Für Letzteres spricht, dass nach § 187 I BGB Fristen, denen ein bestimmtes Ereignis vorausgehen muss, erst mit Ablauf des Tages beginnen, an denen dieses eintritt, der Vertrauensschutz²⁵, die Wendung „mit dem vierzehnten Tage“ in Art. 82 II 2 GG und der in-dubio-pro-reo-Gedanke, da der genaue Zeitpunkt, an dem eine bestimmte Nummer des Bundesgesetzblattes ausgegeben worden ist, sich selten sicher feststellen lässt²⁶. § 237 StGB wurde am 23.06.2011 verkündet und trat zum 01.07.2011 in Kraft, sodass es keiner Streitentscheidung bedarf. Die Gesetzesgeltung beginnt hier ab dem Tag des Inkrafttretens.

II. RÄUMLICHE GELTUNG, §§ 3-9 STGB

Da in Fällen von Zwangsverheiratung häufig ein Auslandsbezug gegeben sein wird, ist die räumliche Geltung des Deutschen Strafrechts zu prüfen. § 237 II StGB trifft selbst keine Regelung zum Strafanwendungsrecht, obgleich von einem Gebiet außerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzes die Rede ist. Demnach ist nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 3-9 StGB zu prüfen²⁷. Sollte hiernach keine Anwendbarkeit gegeben sein, liegt ein Prozesshindernis vor und das Verfahren ist einzustellen²⁸. Nach dem in § 3 StGB verankerten Territorialitätsprinzip²⁹ gilt Deutsches Strafrecht – unabhängig von der Staatsangehörigkeit von Täter und Opfer – für Taten, die im Inland begangen wurden. Der Begriff des Tatorts ist nach dem § 9 StGB zugrunde liegenden Ubiquitätsprinzip³⁰ der jeweilige Handlungs- bzw. Erfolgsort.

Darüber hinaus gilt Deutsches Strafrecht nach § 7 I, II Nr. 1 StGB für Taten, die im Ausland gegen einen Deutschen begangen werden oder deren Täter ein Deutscher war bzw. nach der Tat geworden ist, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt. Eine Anwendbarkeit nach § 7 StGB wird häufig daran scheitern, dass Zwangsheirat am Tatort nicht mit Strafe bedroht ist³¹. Aus diesem Grund wird eine Aufnahme in das in § 6 StGB kodifizierte

Weltrechtsprinzip gefordert³². Uferlosigkeit der Ermittlungstätigkeit sei nach Ansicht der Befürworter nicht zu befürchten, denn ein Tätigwerden erfordere aufgrund des völkerrechtlichen Nichteinmischungsprinzips einen legitimierenden Anknüpfungspunkt³³. Zudem bestehe die Einstellungsmöglichkeit nach § 153c StPO³⁴.

D. NÖTIGUNG ZUR EINGEHUNG DER EHE, § 237 I STGB

I. OBJEKTIVER TATBESTAND

1. GEWALT ODER DROHUNG MIT EINEM EMPFINDLICHEN ÜBEL

Die Nötigungsmittel sind wie bei § 240 I StGB zu bestimmen³⁵.

a) Gewalt

Gewalt ist der physisch vermittelte Zwang zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstands³⁶. Der Streit, ob eine körperliche Zwangswirkung beim Opfer ausgelöst werden muss³⁷, kann auch hier relevant werden.

Ebenso ist an die Problematik der Gewalt gegen Sachen zu denken. Diese wird, in Abgrenzung zu einer bloßen Sachbeschädigung, als Gewalt eingeordnet, wenn sie als physischer Zwang für das Opfer wirkt³⁸. So ist beispielsweise das Abstellen der Wasser- und Stromzufuhr als Gewalt beurteilt worden³⁹. Außerdem stellt sich die Frage, wie Gewalt gegen Dritte zu bewerten ist. Eine Ansicht bejaht hier Gewalt, wenn diese vom Genötigten als physischer Zwang empfunden wird, unabhängig davon, ob der Dritte eine ihm nahestehende Person ist⁴⁰. Die Gegenansicht geht von einer konkludenten Drohung aus⁴¹.

Gewalt umfasst grundsätzlich die Wirkungsformen der vis compulsiva (willensbeugende Gewalt) und der vis absoluta (willensbrechende Gewalt)⁴². Im Rahmen des § 240 StGB ist umstritten, ob letztere sich unter den dortigen Gewaltbegriff subsumieren lässt. Dies wird zum Teil mit der Begründung abgelehnt, die Nötigung sei ein zweiaktiges Delikt, bei dem der abgenötigte Erfolg über die Gewalt hinausgehen müsse, vis absoluta sei ausreichend in anderen Tatbeständen berücksichtigt und § 240 StGB sanktioniere nicht die Anwendung von Gewalt an sich, sondern den Einsatz von Gewalt als Nötigungsmittel⁴³. Da § 237 I StGB als Taterfolg die Eheschließung voraussetzt, ist vis absoluta hier von vornherein kein taugliches Nötigungsmittel⁴⁴.

b) Drohung mit einem empfindlichen Übel

Drohung bezeichnet das Inaussichtstellen eines empfindlichen Übels, auf das der Täter Einfluss hat oder zu haben vorgibt⁴⁵. Die Drohungshandlung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen⁴⁶. Abzugrenzen ist die Drohung von einer Warnung, bei welcher der Täter ein

22 Heintschel-Heinegg (Fn. 18), § 237 Rn. 1.

23 RGZ 91, 339 (340) für das Zivilrecht.

24 RGSt 57, 49 (50 f.).

25 Schmitz, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, München 2003, § 2 Rn. 11.

26 Gribbohm, in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 1, 11. Auflage, Berlin 2003, § 2 Rn. 9.

27 Zu § 234a StGB Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch: Kommentar, 28. Auflage, München 2010, § 234a Rn. 1; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 58. Auflage, München 2011, § 234a Rn. 3.

28 BGH NStZ 1986, 320 (320).

29 Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 3 Rn. 1.

30 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Auflage, Berlin 1996, § 18 IV; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 27. Auflage, München 2011, § 9 Rn. 1.

31 Valerius (Fn. 18), § 237 Rn. 20.

32 Eisele/Majer, NStZ 2011, 546 (551 f.); Letzger, FPR 2011, 451 (455); Sering, NJW 2011, 2161 (2163).

33 Zum legitimierenden Anknüpfungspunkt BGH NJW 1977, 507 (508); BGH NJW 1987, 2168.

34 Eisele/Majer, NStZ 2011, 546 (551 f.); Letzger, FPR 2011, 451 (455).

35 Eisele/Majer, NStZ 2011, 546 (548); Schumann, JuS 2011, 789 (790); Valerius (Fn. 18), § 237 Rn. 4.

36 Fischer (Fn. 26), § 240 Rn. 8.

37 Hierzu z.B. Swoboda, JuS 2008, 862.

38 Gropp/Sinn (Fn. 24), Band 3, § 240 Rn. 62 f.

39 OLG Karlsruhe MDR 1959, 233.

40 Gropp/Sinn (Fn. 24), Band 3, § 240 Rn. 64; Träger/Altwater (Fn. 25), Band 6, § 240 Rn. 46.

41 Schmidhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Tübingen 1980, 4/15.

42 Fischer (Fn. 26), § 240 Rn. 9.

43 Gropp/Sinn (Fn. 24), Band 3, § 240 Rn. 59.

44 Eisele/Majer, NStZ 2011, 546 (548).

45 BGHSt 16, 386 (387).

46 BGH NJW 1984, 1632.

automatisch eintretendes Ereignis ankündigt⁴⁷. Als solche ist beispielsweise die Ankündigung einzuordnen, im Falle der Nichttheirat einen Ehrverlust zu erleiden⁴⁸.

Ein Übel ist jede Einbuße an Werten oder Zufügung von Nachteilen, die über eine bloße Unannehmlichkeit hinausgeht⁴⁹. Empfindlich ist dieses, wenn es bei objektiver Betrachtung unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Opfers von solcher Erheblichkeit ist, dass nicht erwartet werden kann, dass es der Drohung in besonderer Selbstbehauptung Stand hält⁵⁰. Fraglich ist, ob auch rechtmäßiges Tun ein empfindliches Übel darstellen kann. Die h.M. bejaht dies⁵¹. Dafür spricht, dass die individuelle Willensfreiheit geschützt ist, welche unabhängig von der Rechtmäßigkeit des Tuns beeinflusst wird.

Denkbar ist, dass die Drohung gegenüber einem Dritten erfolgt. Eine solche ist tatbestandsmäßig, solange der in Aussicht gestellte Nachteil für den Täter ein empfindliches Übel darstellt⁵². Eine besondere Nähebeziehung ist nicht erforderlich, kann aber Indiz für die Empfindlichkeit des Übels sein⁵³.

Umstritten ist, inwieweit die Drohung mit einem Unterlassen tatbestandsmäßig ist⁵⁴. Nach einer Ansicht ist sie dies, wenn der Täter eine Rechtspflicht zum Handeln hat, da ohne eine Handlungspflicht die freiwillige Beseitigung des Übels eine Freiheitserweiterung darstellt⁵⁵. Nach der Gegenansicht reicht nicht jede Handlungspflicht, sondern es muss eine Garantienpflicht im Sinne von § 13 I StGB vorliegen⁵⁶. Eine dritte Ansicht sieht die Drohung mit einem Unterlassen als tatbestandsmäßig an und macht Einschränkungen auf der Verwerflichkeitsebene, da ansonsten die Strafbarkeit von der Formulierung des Täters abhänge, der etwas Identisches sprachlich als Tun oder Unterlassen benennen kann: Entscheidend sei nicht, ob man etwas tun oder unterlassen darf, sondern womit man drohen darf⁵⁷.

Hiervon abzugrenzen ist das Problem der Drohung durch Unterlassen, bei dem der Täter den zunächst ungewollt erzeugten Eindruck einer Drohung durch Nichtaufklärung ausnutzt, obwohl er aufgrund einer Garantienstellung zur Aufklärung verpflichtet wäre. Zu beachten ist, dass in Fällen, in denen der Vorsatz erst zu einem Zeitpunkt eintritt, zu dem eine Berichtigung keinen Einfluss mehr auf den Nötigungsadressaten haben kann, unbeachtlicher dolus subsequens vorliegt⁵⁸.

2. NÖTIGUNG ZUR EINGEHUNG EINER EHE

Nötigungserfolg ist nicht – wie bei § 240 I StGB – jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, sondern die Eingehung einer Ehe.

a) Wirksamkeit der Ehe

Zu klären ist, ob nur eine wirksame Ehe den Tatbestand erfüllt. Voranzustellen ist die Frage, wonach sich die Wirksamkeit einer Ehe beurteilt. Grundsätzlich sind hierfür die §§ 1303-1312 BGB maßgeb-

lich. Hiernach ist die Ehe die beiderseitige Erklärung des Ehwillens (§ 1310 I 1 BGB) zwischen Mann und Frau, die höchstpersönlich bei gleichzeitiger Anwesenheit (§ 1311 1 BGB) unter Mitwirkung eines Standesbeamten (§ 1310 I 1 BGB) erfolgt, wenn die Eheschließenden ehefähig sind (§§ 1303, 1304 BGB) und kein Eheverbot entgegensteht (§§ 1306-1308 BGB)⁵⁹. Zu beachten ist, dass eine Eheschließung durch die Willensbeeinflussung eines Ehepartners nach § 1314 II Nr. 4 BGB nicht unwirksam, sondern lediglich aufhebbar, wird.

Bei Ehen, die in Verbindung mit einem ausländischen Staat stehen, bestimmt sich nach Art. 3 EGBGB das anzuwendende Recht nach den Vorschriften des Internationalen Privatrechts (Art. 3-49 EGBGB)⁶⁰. Art. 13 EGBGB gilt hinsichtlich der sachlichen Ehevoraussetzungen. Gemäß Art. 13 I EGBGB unterliegen die Voraussetzungen der Eheschließung für jeden Verlobten dem Recht des Staates, dem er angehört. Die Form der Eheschließung bestimmt sich nach Art. 11 I EGBGB, wonach ein Rechtsgeschäft formgültig ist, wenn die Formerfordernisse des Rechts, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist, oder des Rechts des Staates, in dem es vorgenommen wird, erfüllt sind. Auch wenn nach Art. 13, 11 EGBGB eine wirksame Ehe gegeben ist, kann diese nach Art. 6 EGBGB wegen Verstoßes gegen den ordre public Vorbehalt unwirksam sein, wenn sie mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts, insbesondere mit Grundrechten, offensichtlich unvereinbar ist. Offen bleibt nach alledem die Frage, ob auch unwirksame Ehen von § 237 I StGB umfasst sind. Dies betrifft beispielsweise die sog. Imam-Ehe. Hierbei handelt es sich um eine nach islamischem Ritus in der Türkei vor einem islamischen Vorbeter (sog. Imam) in Anwesenheit zweier volljähriger, männlicher Zeugen geschlossene Ehe, die auch nach dortigem Recht nicht anerkannt ist, nach der Rechtsprechung des BVerwG keinen Abschiebungsschutz nach § 26 AsylVfG begründet⁶¹ und deren Ungleichbehandlung gegenüber der rechtswirksamen Zivilehe nach dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte keinen Verstoß gegen Art. 8 EMRK darstellt⁶².

Gegen eine Einbeziehung unwirksamer Ehen wird angeführt, schon bei § 240 IV StGB sei anerkannt gewesen, dass es nur um rechtlich bindende Ehen gehe⁶³. Diese Anmerkung führt jedoch in der Sache nicht weiter. Dagegen spricht, dass die Titelüberschrift der §§ 1303 ff. BGB dem Wortlaut des § 237 StGB entspricht und der bürgerliche Ehebegriff rechtliche Wirksamkeit vorsieht. Mit dem Argument der Einheit der Rechtsordnung könnte man annehmen, strafrechtlicher und bürgerlicher Ehebegriff stimmten überein. Ferner würde es bei der Einbeziehung unwirksamer Ehen Beweis- und Abgrenzungsschwierigkeiten geben. Auch soll § 237 StGB gerade vor der rechtlichen Bindungswirkung schützen, die bei unwirksamen Ehen selbstredend nicht gegeben ist⁶⁴.

Das Nötigungsmittel der Gewalt spricht dafür, dass auch unwirksame Ehen miteinbezogen sind, da bei vis absoluta mangels Vorliegen einer Willenserklärung eine sog. Nichtehe gegeben ist. Zwingend ist dieser Schluss jedoch nicht, da man auch davon ausgehen kann, dass mit Gewalt hier nur vis compulsiva gemeint sei⁶⁵. Für die Einbeziehung unwirksamer Ehen spricht, dass von einer unwirksamen Ehe faktisch die gleiche Zwangswirkung ausgehen kann wie von einer wirksamen,

47 Fischer (Fn. 26), § 240 Rn. 36.

48 Yerlikaya/Çakır-Ceylanya, ZfS 2011, 205 (207).

49 Eser/Eisele (Fn. 26), § 240 Rn. 9.

50 BGHSt 31, 195 (201).

51 Lackner/Kühl (Fn. 29), § 240 Rn. 13.

52 BGHSt 16, 316 (318).

53 Lackner/Kühl (Fn. 29), § 240 Rn. 15.

54 Meinungszusammenschau bei Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Auflage, Köln 2008, S. 28 ff.

55 Roxin, JuS 1964, 373 (377).

56 Haffke, ZStW 84 (1972), 37 (71 Fn. 135).

57 BGHSt 31, 195.

58 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 28), § 240 Rn. 96.

59 Ausführlich Wellenhofer, Familienrecht, München 2009, § 5 II; Wörlen, Familienrecht, München 2008, S. 19 ff.

60 Weitergehend hierzu Eisele/Majer, NStZ 2011, 546.

61 BVerwG NVwZ 2005, 119.

62 EGMR BeckRS 2009, 71146

63 Fischer (Fn. 26), 57. Auflage, § 240 Rn. 59a.

64 Valerius (Fn. 18), § 237 Rn. 6.

65 Vgl. D. I. 1. a).

dass das Opfer unter Umständen keine Vorstellungen über die Wirksamkeit der Ehe haben wird und dass § 237 StGB die Willensfreiheit und nicht einen bestimmten Personenstand schützt⁶⁶. Dafür ist ferner anzuführen, dass der allgemeine Sprachgebrauch den Begriff der „Ehe“ auch für rechtlich unwirksame Ehen verwendet, was z.B. durch den Begriff der „kirchlichen Ehe“ deutlich wird⁶⁷. Zudem wird angenommen, aus § 237 II StGB gehe hervor, dass tatbestandlich auch entsprechende Verbindungen im Ausland erfasst sein sollen. Wäre § 237 StGB hier nicht erfüllt, würde der Tatbestand weitgehend leerlaufen. Dies würde der gesetzgeberischen Intention zuwiderlaufen⁶⁸. Auch der verfassungsrechtliche Ehebegriff, wonach man unter einer Ehe zwar grundsätzlich die auf freiem Entschluss beruhende, auf der Grundlage gleichberechtigter Partnerschaft frei ausgestaltete und staatlich beurkundete Verbindung eines Mannes und einer Frau zur grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft versteht⁶⁹, aber auch sog. „hinkende Ehen“, d.h. nach ausländischem Recht wirksam ohne staatliche Mitwirkung geschlossene Ehen zwischen einem Ausländer und einem Deutschen, die von diesen als lebenslange Verbindung verstanden werden, miteinbezieht⁷⁰, gebietet eine Einbeziehung unwirksamer Ehen⁷¹. Die Zwangsehe fällt zwar nicht unter den Ehebegriff des Art. 6 I GG, da dieser nur die auf freiem Willensentschluss beruhende Ehe schützt⁷². Durch Art. 6 I GG wird allerdings nach einer Ansicht auch die negative Eheschließungsfreiheit geschützt⁷³; dieser Schutz wird durch § 237 StGB konkretisiert. Bei unwirksamen Ehen einen unbenannten besonders schweren Fall der Nötigung nach § 240 IV StGB anzunehmen⁷⁴, wird zwar dem Strafbedürfnis gerecht, führt aber zu einer Aufspaltung der Strafbarkeit⁷⁵.

Um den gewichtigen Argumenten, die für die Einbeziehung unwirksamer Ehen sprechen, gerecht zu werden, und gleichzeitig dem Tatbestand die Konturen nicht zu nehmen, ist davon auszugehen, dass unwirksame Ehen umfasst sind, sofern es sich um religiöse Ehen handelt, die nach den Normen der jeweiligen Gemeinschaft als wirksam angesehen werden und eine Bindungswirkung haben. Dem Kritikpunkt, dass gesellschaftliche Vorstellungen schwer ergründbar und verifizierbar sind, den man dieser Ansicht entgegen halten könnte, ist zu entgegnen, dass es „genügt, dass Normen hinsichtlich einer Eheschließung existieren, die von einer bestimmten Gemeinschaft als religiös, kulturell oder traditionell legitimiert angesehen werden“⁷⁶.

b) Eingehung

§ 237 I StGB sanktioniert nur das Nötigen zur Eingehung einer Ehe, nicht zu deren Aufrechterhaltung. Eine andere Auslegung würde den Wortlaut überdehnen und damit gegen das Analogieverbot aus Art. 103 II GG, § 1 StGB verstoßen. Die Formulierung wird mit dem Argument, dass auch nach der Eheschließung die Zwangswirkung fort dauert, während die Tat nach §§ 78 III Nr. 4, 78a StGB bereits verjährt sein kann, kritisiert⁷⁷. Zu bedenken ist jedoch, dass sich die Strafbarkeit bei Einbeziehung der Aufrechterhaltung einer Ehe ins Uferlose ausweiten könnte und dass diese Fälle von § 240 I StGB um-

fasst sind, wobei auch die Möglichkeit besteht, einen unbenannten besonders schweren Fall nach § 240 IV StGB anzunehmen.

c) Kausalität

Zwischen der Nötigung und der Eingehung der Ehe muss Kausalität bestehen. An dieser fehlt es bei sog. arrangierten Ehen, welche auf Wunsch, mit Einverständnis oder Duldung beider Ehegatten durch Verwandte oder Bekannte initiiert werden⁷⁸. Denkbar ist auch, dass bei arrangierten Ehen bereits kein taugliches Nötigungsmittel angewandt wurde.

II. SUBJEKTIVER TATBESTAND

Der Täter muss mit Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale handeln, § 15 StGB. Diskutiert werden kann – wie bei § 240 I StGB –, ob daneben Absicht bezüglich des Nötigungserfolgs erforderlich ist. Dafür spricht der Wortlaut von §§ 240 II StGB, 237 I 2 StGB: „zu dem angestrebten Zweck“⁷⁹. Hier wird eine Streitentscheidung praktisch nicht relevant sein, da Fälle, in denen der Täter nicht mit Absicht handelt, schwer denkbar sind⁸⁰. Im Übrigen genügt dolus eventualis.

III. RECHTSWIDRIGKEIT

1. ALLGEMEINE RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE

In der Fallbearbeitung kann zu thematisieren sein, ob Grundrechte als Rechtfertigungsgründe in Frage kommen, wenn der Täter sich auf seine in Art. 4 I, II GG verankerte Religions- und Weltanschauungsfreiheit beruft. Eine derartige Rechtfertigung wird mit dem Argument abgelehnt, es sei offensichtlich, „dass derjenige, der gegen elementare Menschenrechte verstößt und sich dabei schon nach geltendem Recht strafbar macht, sich nicht auf ein Grundrecht berufen kann“⁸¹. Diese Problemstellung soll hier systematisch genauer beleuchtet werden.

Grundsätzlich umfasst Art. 4 I, II GG nicht nur die innere Freiheit des Glaubens (forum internum), sondern auch die Freiheit, sich dem Glauben entsprechend zu verhalten (forum externum)⁸². Eine andere Interpretation würde Art. 4 I, II GG jegliche praktische Wirksamkeit absprechen. Problematisch erscheint bereits, ob eine Zwangsverheiratung überhaupt vom Schutzbereich umfasst ist, da aus diversen islamischen Hadithen, d.h. Überlieferungen, entnommen wird, der Islam verbiete gerade die Zwangsheirat.

Unabhängig davon ist die Frage zu klären, ob Grundrechte überhaupt rechtfertigend wirken können. Hier kann auf den Streitstand zur Gewissensnot zurückgegriffen werden. Eine Ansicht bejaht die Rechtfertigung mit dem Argument, es könne nicht rechtswidrig sein, sein Grundrecht auszuüben⁸³. Dagegen spricht, dass Grundrechte grundsätzlich Abwehrrechte gegen den Staat sind, dass Art. 20 IV GG der einzige Rechtfertigungsgrund aus der Verfassung ist und

66 Schumann, JuS 2011, 789 (790 f.).

67 Valerius (Fn. 18), § 237 Rn. 6.

68 Schumann, JuS 2011, 789 (791).

69 BVerfGE 105, 313 (345).

70 BVerfGE 62, 323 (331).

71 Schumann, JuS 2011, 789 (791).

72 BVerfGE 105, 313 (345).

73 Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 26. Auflage, Heidelberg u.a. 2010, § 15 Rn. 694.

74 Schumann, JuS 2011, 789 (791).

75 Eisele/Majer, NSTZ 2011, 546 (550).

76 Eisele/Majer, NSTZ 2011, 546 (551).

77 Yerlikaya/Çakır-Ceylanya, ZIS 2011, 205 (207).

78 Zum Begriff der arrangierten Ehe BT-Drs. 17/4401, S. 8; Yerlikaya/Çakır-Ceylanya, ZIS 2011, 205 (209).

79 Gropp/Sinn (Fn. 24), Band 3, § 240 Rn. 103.

80 Eisele/Majer, NSTZ 2011, 546 (548).

81 Letzgas (Fn. 16), S. 1233.

82 BVerfG NJW 2003, 3111 (3112); Germann, in: Beck'scher Online-Kommentar, GG, 12. Auflage, München 2011, Art. 4 Rn. 22 f.

83 Ranft, in: Persönlichkeit in der Demokratie, Festschrift für Erich Schwinge, Köln-Bonn 1973, S. 115 f.

dass eine Rechtfertigung dazu führen würde, dass andere Menschen, die gegen grundrechtlich geschützte Entscheidungen vorgehen, nicht ihrerseits gerechtfertigt handeln könnten⁸⁴. Auch kommt es zu Wertungswidersprüchen, wenn man zwei kollidierende Gewissensentscheidungen gleichermaßen als gerechtfertigt ansehen würde⁸⁵. Nach alledem ist die Rechtfertigung auf Grundlage von Art. 4 I, II GG abzulehnen.

2. VERWERFLICHKEITSKLAUSEL, § 237 I 2 STGB

a) Beurteilung der Verwerflichkeit

Nach § 237 I 2 StGB ist die Tat rechtswidrig, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. Diese sog. Verwerflichkeitsklausel entspricht derjenigen in § 240 II StGB und schränkt die Strafbarkeit nach der Rechtsprechung auf Rechtswidrigkeitsebene ein⁸⁶. Sie ist im Anschluss an die allgemeinen Rechtfertigungsgründe zu prüfen, da eine gerechtfertigte Tat nicht verwerflich sein kann⁸⁷. Verwerflichkeit bezeichnet einen erhöhten Grad an sittlicher Missbilligung⁸⁸, welche durch Gesamtwürdigung der Mittel-Zweck-Relation festzustellen ist⁸⁹. Nicht als verwerflich anzusehen ist die Ankündigung eines Lebenspartners, den anderen im Falle der Nichteingehung der Ehe zu verlassen⁹⁰. Hier ist es auch vertretbar, bereits die Empfindlichkeit des Übels zu verneinen⁹¹.

Strittig ist im Rahmen des § 240 I StGB, ob das Nötigungsmittel der Gewalt eine Indizwirkung für die Verwerflichkeit bedeutet. Dies wurde von der früheren Rechtsprechung angenommen⁹². Hierfür spricht, dass die Verwerflichkeitsklausel bei der Einführung des Nötigungsmittels „Drohung mit einem empfindlichen Übel“ das Korrektiv sein sollte, um einer Ausweitung des Tatbestands entgegen zu wirken⁹³. Hiergegen spricht jedoch, dass Gewalt nach dem heutigen Verständnis nicht mehr als unter Anwendung körperlicher Kraft erfolgende Einwirkung auf einen anderen zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstands⁹⁴ verstanden wird, sondern als physisch vermittelter Zwang zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstands⁹⁵. Das Bundesverfassungsgericht hält eine Indizwirkung daher nur für vertretbar, „wenn Gewalt im Sinne der früheren Rechtsprechung des [Reichsgerichts] ausgeübt“ wird⁹⁶.

b) Vorsatz bezüglich der Verwerflichkeit

Der Täter muss in Bezug auf die Verwerflichkeit mit Vorsatz handeln. Bei Einordnung der Verwerflichkeit als Tatbestandsmerkmal ist dies bereits im subjektiven Tatbestand zu thematisieren. Hierfür ist nicht erforderlich, dass er seine Tat als verwerflich einordnet, sondern, dass er die tatsächlichen Umstände kennt, welche die Verwerflichkeit seines Verhaltens begründen⁹⁷. Wenn der Täter sich über den Sachverhalt im Irrtum befindet, liegt bei Einordnung der Verwerflichkeit als Tatbestandsmerkmal ein Tatbestandsirrtum im Sinne von § 16

84 Kühl, Strafrecht AT, 6. Auflage, München 2008, § 12 III.
 85 Schlehofer (Fn. 24), Band 1, Vorbemerkung zu den §§ 32 ff. Rn. 208.
 86 BGHSt 2, 194 (196); Einschränkung auf Tatbestandsebene bei Eser/Eisele (Fn. 26), § 240 Rn. 16; Doppelstellung als „gesamttatbewertende[s] Merkmal“ bei Jescheck/Weigend (Fn. 29), § 25 II.
 87 Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil I, 4. Auflage, Baden-Baden 2009, § 13 Rn. 49.
 88 BGHSt 17, 328 (332).
 89 BGHSt 2, 194 (196).
 90 BT-Drs. 17/4401, S. 12.
 91 Valerius (Fn. 18), § 237 Rn. 12.
 92 BGH NJW 1969, 1770 (1172).
 93 BGBl. I S. 735.
 94 RGSt 56, 87 (88).
 95 Fischer (Fn. 26), § 240 Rn. 8.
 96 BVerfG NJW 1987, 43 (48).
 97 BayObLG NJW 1992, 521 (522).

StGB vor, bei Einordnung als besondere Rechtswidrigkeitsregel ein Erlaubnistatbestandsirrtum. Letzterer ist bei Anwendung der eingeschränkten Schuldtheorie über § 16 StGB zu lösen⁹⁸, sodass sich kein Unterschied ergibt⁹⁹.

IV. SCHULD

Hinsichtlich der Schuldfähigkeit und dem Vorliegen von Entschuldigungsgründen gelten die allgemeinen Grundsätze.

1. VERBOTSIRRTÜMER, § 17 STGB

Wenn der Täter sich darauf beruft, er habe nicht gewusst, dass die Zwangsheirat strafbar ist (direkter Verbotsirrtum) oder es läge ein, tatsächlich nicht existierender, Rechtfertigungsgrund für sein Verhalten vor (indirekter Verbotsirrtum), ist zu prüfen, ob der Täter diesen Irrtum nicht vermeiden konnte und demnach nach § 17 I StGB ohne Schuld handelte. Dasselbe gilt, wenn der Täter den Sachverhalt kennt, aber nicht als verwerflich beurteilt¹⁰⁰. Hier wird aufgrund der öffentlichen Thematisierung der Zwangsheirat Vermeidbarkeit anzunehmen sein¹⁰¹.

2. ENTSCHULDIGUNG NACH ART. 4 I, II GG

Zu prüfen ist, ob der Täter nach Art. 4 I, II GG entschuldigt sein kann. Nach einer Ansicht führen Grundrechte nicht dazu, dass das Verhalten eines Menschen entschuldigt ist, sondern sie sind allenfalls im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen¹⁰², da ansonsten für die strafrechtlich geschützten Rechtsgüter der Strafrechtsschutz verloren gehe¹⁰³. Für den Schuldausschluss durch Art. 4 I, II GG spricht aber, dass Glaubensentscheidungen einen starken Motivationsdruck erzeugen und daher der Verantwortlichkeit entgegenstehen¹⁰⁴ und dass die seelische Zwangslage des Gewissenstäters mit den sonstigen Entschuldigungsgründen vergleichbar ist¹⁰⁵. Vorausgesetzt wird hier, dass die Glaubensvorgabe vom Handelnden tatsächlich als bindend empfunden wird, sodass er nicht ohne innere Not gegen sie handeln kann¹⁰⁶ und dass sich die Glaubensfreiheit bei kollidierenden Grundrechten im Rahmen einer einzelfallbezogenen Abwägung als vorrangig erweist¹⁰⁷. Spätestens an letzterer Voraussetzung wird es scheitern, da das Verhalten des Genötigten nach einer Ansicht durch die negative Eheschließungsfreiheit aus Art. 6 I GG¹⁰⁸ bzw. nach anderer Ansicht zumindest über die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG¹⁰⁹ geschützt ist.

V. STRAFZUMESSUNG

Im Rahmen der Strafzumessung kann nach § 17 2 StGB i.V.m. § 49 I StGB ein vermeidbarer Verbotsirrtum Berücksichtigung finden. Ein minder schwerer Fall nach § 237 IV StGB liegt nicht alleine deshalb vor, weil Zwangsheirat im Herkunftsland des Täters nicht unüblich

98 BGHSt 2, 194 (196).
 99 Zu den unterschiedlichen Ansichten Gropp/Sinn (Fn. 24), Band 3, § 240 Rn. 106 f.
 100 Eser/Eiserle (Fn. 26), § 240 Rn. 35.
 101 Yerlikaya/Çakır-Ceylanya, ZIS 2011, 205 (208).
 102 Muckel, NJW 2000, 689 (690); Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2011, § 10 Rn. 118.
 103 Otto, Grundkurs Strafrecht, 7. Auflage, Berlin 2004, § 14 Rn. 29 ff.
 104 Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006, § 22 C III.
 105 Kühl (Fn. 81), § 12 III.
 106 Zur Gewissensfreiheit BVerfG NJW 1961, 355 (355).
 107 Kühl (Fn. 81), § 12 III; Schlehofer (Fn. 24), Band 1, Vorbemerkung zu den §§ 32 ff. Rn. 209.
 108 Pieroth/Schlink (Fn. 70), § 15 Rn. 694.
 109 BVerfGE 56, 363 (384).

ist¹¹⁰, denn der Strafraumen bestimmt sich nach den inländischen Anschauungen. Er kann beispielsweise Anwendung finden, wenn die Nötigung nicht alleine maßgeblich für die Eheschließung war¹¹¹.

E. VERSCHLEPPUNG ZUR ZWANGSHEIRAT, § 237 II STGB

I. OBJEKTIVER TATBESTAND

1. GEWALT, DROHUNG MIT EINEM EMPFINDLICHEN ÜBEL ODER LIST

Die Nötigungsmittel entsprechen, bis auf die Variante der List, denen des § 237 I StGB. List ist ein Verhalten, mit dem der Täter darauf abzielt, unter geflissentlichem und geschicktem Verbergen der wahren Absicht oder der zu deren Realisierung dienenden Mittel seine Ziele durchzusetzen¹¹². Strittig ist, ob List nur bei Täuschung vorliegt¹¹³, oder ob schon die Ausnutzung von Irrtümern oder der Unkenntnis der bestehenden Sachlage ausreicht¹¹⁴. Für letzteres spricht der Opferschutz und dass gerade nicht der aus § 263 I StGB bekannte Begriff der Täuschung verwendet wurde.

2. VERBRINGEN, VERANLASSEN ODER VON DER RÜCKKEHR ABHALTEN

Der Täter muss das Opfer in ein Gebiet außerhalb des räumlichen Geltungsbereiches dieses Gesetzes verbringen, veranlassen, sich dorthin zu begeben, oder davon abhalten, von dort zurückzukehren. Verbringen bedeutet Erlangen physischer Herrschaft über das Opfer¹¹⁵, während Veranlassen auf psychische Beeinflussung abstellt, die dazu führt, dass das Opfer sich selbst in den Gefahrenbereich begeben¹¹⁶. Ein Abhalten von der Rückkehr liegt vor, wenn sich das Opfer zunächst freiwillig außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes begeben hat oder von Dritten dorthin verschleppt wurde und gehindert wird, eine Rückkehrgelegenheit zu nutzen¹¹⁷.

3. GEBIET AUSSERHALB DES RÄUMLICHEN GELTUNGSBEREICHES DIESES GESETZES

Die Tathandlungen müssen sich auf ein Gebiet außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes beziehen. Bei § 234a StGB ist ebenfalls von einem Gebiet außerhalb des räumlichen Geltungsbereiches die Rede. Hierunter wird das Gebiet außerhalb der Bundesrepublik Deutschland verstanden¹¹⁸, in dem eine Verfolgung aus politischen Gründen droht¹¹⁹. Eine politisch motivierte Verfolgung ist für § 237 II StGB ohne Bedeutung, da nicht vor dieser geschützt, sondern die Vorbereitung einer Zwangsverheiratung unter Strafe gestellt wird. Bei § 237 II StGB ist daher der Begriff des Geltungsbereiches mit dem des Inlands aus § 3 StGB gleichzusetzen¹²⁰. Dies ist das gesamte Gebiet, in welchem das deutsche Strafrecht aufgrund hoheitlicher Staatsgewalt seine Ordnungsfunktion geltend macht¹²¹.

110 BT-Drs. 17/4401, S. 13.

111 Schumann, JuS 2011, 789 (793).

112 BGH NJW 1984, 1633 (1633).

113 Bohnert, GA 1978, 353 (362).

114 Wieck-Noodd (Fn. 24), § 234 Rn. 32.

115 Fischer (Fn. 26), § 234a Rn. 12.

116 Fischer (Fn. 26), § 234a Rn. 5; Gribbohm (Fn. 25), § 234a Rn. 11.

117 Für § 234a StGB Gribbohm (Fn. 25), Band 6, § 234a Rn. 12; Wagner, MDR 1967, 709 (711).

118 Eser/Eisele (Fn. 26), § 234a Rn. 6.

119 Fischer (Fn. 26), § 234a Rn. 3.

120 Schumann, JuS 2011, 789 (792).

121 Ambos (Fn. 24), Band 1, § 3, Rn. 8.

II. SUBJEKTIVER TATBESTAND

Der Täter muss „zur Begehung einer Tat nach Absatz 1“ handeln. In Frage steht, ob hier *dolus eventualis* ausreichend ist¹²² oder *dolus directus* 1. Grades gefordert wird. Letzteres wird mit dem Argument vertreten, erst der Plan, eine Tat nach Abs. 1 zu begehen, gäbe dem Täterverhalten seinen deliktischen Sinn¹²³. Hier wird eine Streitentscheidung praktisch nicht von Nöten sein, da Fälle, in denen der Täter nicht mit Absicht handelt, schwer denkbar sind. Im Übrigen ist *dolus eventualis* hinsichtlich der Merkmale des objektiven Tatbestandes zu fordern.

III. RECHTSWIDRIGKEIT UND IV. SCHULD

Es können sich die gleichen Probleme wie bei Abs. 1 ergeben. Die Verwerflichkeitsklausel gilt hier aufgrund der Systematik der Norm und da alle denkbaren Fallkonstellationen mit dem Zweck, eine Tat nach Abs. 1 zu begehen, als verwerflich anzusehen sind, nicht¹²⁴.

F. KONKURRENZEN

Da es sich bei § 237 StGB um eine Qualifikation zur Nötigung handelt, tritt § 240 I StGB als *lex generalis* zurück¹²⁵.

Zu diskutieren ist das Verhältnis zwischen Abs. 1 und 2, wenn der Täter beide Delikte verwirklicht hat. Es ist denkbar, Abs. 2 als Vorbereitungshandlung hinter Abs. 1 zurücktreten zu lassen¹²⁶. Dagegen spricht jedoch der erhöhte Unrechtsgehalt der Verwirklichung beider Delikte; schließlich kann der Täter zum Verbringen „Gewalt in erheblichem Maße“ anwenden, während die Eheschließung mit „leichtem Drohungsdruck“ herbeigeführt wird¹²⁷ und zudem kann man sich der Zwangsheirat nach § 237 I StGB auch strafbar machen, ohne die Heiratsverschleppung nach § 237 II StGB zu verwirklichen. Vor diesem Hintergrund ist *Tatmehrheit* i.S.v. § 53 StGB anzunehmen¹²⁸.

Zu den §§ 223 ff. StGB und den §§ 177 ff. StGB besteht *Tateinheit*.¹²⁹ Zu § 239 StGB wird ebenfalls *Tateinheit* angenommen¹³⁰. Differenzierend kann auf die zu § 234a StGB entwickelten Ansichten zurückgegriffen werden. Demnach ist § 234a StGB im Regelfall als das speziellere Delikt zu sehen¹³¹ und nur ausnahmsweise *Tateinheit* in Fällen, in denen die Verwirklichung des § 234a StGB keine Freiheitsberaubung erfordert bzw. die verwirklichte Freiheitsberaubung über die des § 234a StGB hinausgeht, gegeben¹³². Fraglich ist, wie das Verhältnis zu § 241 StGB zu beurteilen ist. Zum Teil wird *Tateinheit* angenommen¹³³. § 241 StGB tritt jedoch hinter § 240 StGB auf Konkurrenzenebene zurück¹³⁴. Es ist nicht ersichtlich, wieso bei § 237 StGB etwas anderes gelten sollte.

Werden mehrere Nötigungsakte ohne wesentliche Zäsur zur Eingehung derselben Ehe vorgenommen, besteht *Tateinheit* i.S.v. § 52 StGB¹³⁵.

122 Valerius (Fn. 18), § 237 Rn. 9; Yerlikaya/Çakır-Ceylan ZIS 2011, 205 (208).

123 Schumann, JuS 2011, 789 (792 f.).

124 Letzgas, FPR 2011, 451 (456).

125 Schumann, JuS 2011, 789 (794).

126 Valerius (Fn. 18), § 237 Rn. 18.

127 Schumann, JuS 2011, 789 (794).

128 Zur Möglichkeit von *Tateinheit* auszugehen Schumann, JuS 2011, 789 (794).

129 Schumann, JuS 2011, 789 (794); Valerius (Fn. 18), § 237 Rn. 19.

130 Valerius (Fn. 18), § 237 Rn. 19.

131 BGH NJW 1960, 1211 für die versuchte Freiheitsberaubung; Sonnen (Fn. 28), § 234a Rn. 19.

132 Gribbohm (Fn. 25), Band 6, § 234a Rn. 65; Wieck-Noodd (Fn. 24), Band 3, § 234a Rn. 47.

133 Valerius (Fn. 18), § 237 Rn. 19.

134 BGH NJW 2003, 3283 (3286).

135 Valerius (Fn. 18), § 237 Rn. 18.

G. AUSBLICK

Auf weitere Problemstellungen, die sich bei Einbindung des § 237 StGB in eine juristische Fallbearbeitung ergeben könnten, wie die Möglichkeit der Begehung durch Unterlassen nach § 13 StGB, die

Differenzierung zwischen den einzelnen Beteiligungsformen¹³⁶ und die Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitungshandlung und unmittelbarem Ansetzen nach § 22 StGB wird hingewiesen.

Welche Aufmerksamkeit § 237 StGB in der Ermittlungstätigkeit, in der juristischen Literatur und Fallbearbeitung zuteilwerden wird, ist derzeit noch nicht abzusehen.

¹³⁶ Hierzu Sering, NJW 2011, 2161 (2163); Yerlikaya/Çakır-Ceylanya, ZIS 2011, 205 (208 f.).

FORTGESCHRITTENE IM STRAFRECHT: „KLEINE GESCHENKE ERHALTEN DIE FREUNDSCHAFT“ von Prof. Dr. Ralf Kölbel und Dr. Susanne Selter (Universität Bielefeld)



Dr. Susanne Selter, Jahrgang 1973, studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten in Saarbrücken, München und Münster, war Rechtsreferendarin am Landgericht Duisburg, promovierte an der FernUniversität in Hagen, arbeitet seit 2005 selbständig als Rechtsanwältin in Plettenberg und gehört seit 2008 als Wissenschaftliche Mitarbeiterin zum Lehrstuhl von Herrn Professor Dr. Kölbel an der Universität Bielefeld.

Prof. Dr. Ralf Kölbel, Jahrgang 1968, lehrt an der Universität Bielefeld in den Bereichen Strafrecht und Kriminologie. Er promovierte 1997 in Jena und habilitierte sich dort 2005. Danach war er an Universitäten in Dresden, München und Münster tätig.



SACHVERHALT

Im Beschaffungsamt der Landespolizei NRW entscheidet A allein über den Einkauf von Schutzbekleidung für die Angehörigen der Schutzpolizei. Von den ihm auf eine öffentliche Ausschreibung hin unterbreiteten Angeboten zur Lieferung von kugelsicheren Westen favorisiert A das Angebot seines Schützenbruders B, obgleich es um bis zu € 40.000 über den Angeboten der Mitbewerber liegt. Allerdings hat ihm B für den Fall, dass ihm der Zuschlag erteilt wird, € 8.000 in Aussicht gestellt. A ist leidenschaftlicher Sportschütze und träumt von einem Ultraleichtpräzisionsgewehr. Um sich seinen Traum erfüllen zu können, nimmt er die € 8.000 von B entgegen und verschafft diesem den Auftrag. Natürlich darf die „Gefälligkeit“ nicht offenbar werden. Für den Fall, dass Dritte - im schlimmsten Fall der Behördenleiter - die Angebote einsehen sollten, will A außerdem verhindern, dass die Entscheidung doch noch gegen B ausfällt. Deshalb beabsichtigt er, die Verkaufspreise in den von den Mitbewerbern per E-Mail eingereichten Angeboten über den von B verlangten Verkaufspreis zu setzen. Dazu öffnet er die noch in seiner behördlichen Mailbox befindlichen E-Mails. Als er sich bei der ersten E-Mail eines Mitbewerbers daran macht, die ausgewiesene Preisangabe anzuhaken, gelingt es ihm zwar, die betreffende Textpassage mit der Mouse zu markieren, nicht aber, den markierten Text auch zu löschen. A öffnet E-Mail für E-Mail, versucht wieder und wieder vergeblich, die Preisangaben zu manipulieren – die Angebotstexte stehen beharrlich in ihrem ursprünglichen Inhalt. Genervt schaltet A den Computer aus. Nur der Gedanke daran, wie herrlich leicht es sich demnächst mit dem neuen Gewehr wird schießen lassen, vermag seine schlechte Laune zu vertreiben.

Wie haben sich A und B strafbar gemacht?
Etwaige Strafanträge sind, sofern erforderlich, gestellt.

LÖSUNG

ERSTER TATKOMPLEX (Auftragsverschaffung)

A. STRAFBARKEIT DES A GEMÄß §§ 266 ABS. 1, ABS. 2, 263 ABS. 3 NR. 4 STGB¹

A könnte sich wegen Untreue in einem besonders schweren Fall gemäß §§ 266 Abs. 1, Abs. 2, 263 Abs. 3 Nr. 4 strafbar machen, indem er B den Auftrag zur Lieferung von kugelsicheren Westen verschafft, obwohl der von diesem offerierte Verkaufspreis um € 40.000 über den Angeboten der Mitbewerber liegt.

I. TATBESTANDSMÄßIGKEIT

1. OBJEKTIVER TATBESTAND

Tatobjekt des § 266 ist fremdes Vermögen. Als solches kommen nur Mittel aus dem Etat der Landespolizei NRW in Betracht, die zur Ausrüstung der Polizeibeamten vorgesehen sind. Untreue ist an diesen Mitteln möglich, sofern A eine diesbezügliche Verfügungsmacht missbraucht (§ 266 Abs. 1 1. Var.) oder sonst eine vermögensbezogene Pflicht verletzt (Treubruchtatbestand, § 266 Abs. 2 2. Var.). Vorliegend kommt die speziellere, erste Variante des Missbrauchstatbestands in Betracht.²

Die Untreue ist Sonderdelikt. Täter (beider Tatbestandsvarianten) kann nur sein, wer vermögensbetreuungspflichtig ist.³ Rspr. und h.L. verstehen die Vermögensbetreuungspflicht als eine wesentlich durch Eigenverantwortlichkeit und Selbständigkeit geprägte Geschäftsbe-

¹ Ungekennzeichnete Paragraphen sind solche des StGB.

² Der Missbrauchstatbestand ist ein Unterfall des Treubruchtatbestands und daher lex specialis. Vgl. etwa BGHSt 47, 187 (192); BGHSt 50, 331 (342).

³ Auch inhaltlich sind die Anforderungen an die Vermögensbetreuungspflicht in beiden Tatbestandsvarianten gleich. Vgl. BGH NJW 1984, 2539, 2540; NJW 2006, 453, 454.

sorgung für einen anderen in einer nicht ganz unbedeutenden Angelegenheit.⁴ Sie muss eine Hauptpflicht darstellen, d. h. den typischen und wesentlichen Inhalt einer fremdnützig ausgerichteten Geschäftsbesorgung bilden. Des Weiteren muss dem Vermögensbetreuungspflichtigen bei der Erfüllung seiner Pflichten eine gewisse Selbständigkeit eingeräumt worden sein. Statt sich nur in bereits von anderen vorentschiedenen Bahnen bewegen zu dürfen, muss er die Freiheit haben, über das Ob und Wie der Geschäftsbesorgung in einem durch den Zweck der Vermögensbetreuung gesteckten Umfang selbst zu befinden.⁵

A ist die Befugnis, über das Vermögen der Landespolizei NRW zu verfügen und dieselbe wirksam zu verpflichten, in den Grenzen der Aufgaben übertragen, die er im Beschaffungsamt wahrzunehmen hat. Innerhalb dieser Grenzen entscheidet er über die Auftragsvergabe allein und eigenverantwortlich. Da es im Beschaffungsamt maßgeblich um die Auftragsvergabe geht, ist die damit einhergehende Bewirtschaftung zugewiesener Haushaltsmittel auch wesentlicher Inhalt der Berufstätigkeit des A. Rechtsgrundlage der somit zu bejahenden Vermögensbetreuungspflicht ist der behördliche Auftrag i. S. d. § 266 Abs. 1.

Insofern A von Amtes wegen die Befugnis zusteht, über Vermögen der öffentlichen Hand zu verfügen, ist der Missbrauchstatbestand gemäß § 266 Abs. 1, 1. Alt. einschlägig. Für den Missbrauchstatbestand ist charakteristisch, dass sich der Täter im Rahmen seines durch das Grundverhältnis legitimierten rechtlichen Könnens hält, aber die ihm im Innenverhältnis gezogenen Grenzen seines rechtlichen Dürfens überschreitet.⁶ Ein Missbrauch kann folglich nur bejaht werden, wenn A wirksam über Haushaltsmittel disponiert und dabei die ihn im Verhältnis zu seiner Arbeitgeberin bindenden Haushaltsgrundsätze missachtet hätte. Dem Sachverhalt sind keine Gründe zu entnehmen, die an der Wirksamkeit des mit B geschlossenen Kaufvertrages zweifeln lassen. A hat zulasten der Landespolizei NRW wirksam eine Verbindlichkeit begründet. Die vertragliche Übereinkunft mit B war ihm überdies im Innenverhältnis nicht gestattet. Insofern ist entscheidend, dass A verpflichtet ist, das Vermögen der Landespolizei NRW sparsam und wirtschaftlich zu verwalten und auf für sie günstige Vertragsabschlüsse hinzuwirken. Öffentliche Gelder unterliegen in besonderem Maße einer Zweckbindung, sodass der Abschluss eines Vertrages, dessen Leistungspreis erkanntermaßen weit über dem anderer Angebote liegt, einen Missbrauch der Vertretungsmacht ausmacht.

Dem zu betreuenden Vermögen müsste durch den Missbrauch unmittelbar ein Nachteil entstanden sein. Im Hinblick hierauf sind Leistung und Gegenleistung des Einkaufs kugelsicherer Westen zu saldieren. Bei diesem Vergleich zeigt sich, dass die Polizei für den dem B gezahlten Kaufpreis kein vollständiges vermögenswertes Äquivalent erhalten hat. Erkennbar wird dieses Missverhältnis daran, dass die Mitbewerber die gleiche Leistung zu einem um bis zu € 40.000 geringeren Preis anbieten. Der Vermögensverlust (in Gestalt des überhöhten Preises) ist bei der Landespolizei NRW, folglich bei demjenigen eingetreten, dessen Vermögen der A zu betreiben hat. Geschädigtes und betreutes Vermögen sind mithin identisch.

⁴ BGHSt 33, 244 (250); 41, 224 (228 f.).

⁵ Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Auflage, 2006, § 266, Rn. 23 a.

⁶ BGHSt 5, 61 (63).

Der objektive Tatbestand der Missbrauchsuntreue ist erfüllt.

2. SUBJEKTIVER TATBESTAND

A müsste auch vorsätzlich, d. h. mit Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung gehandelt haben. Mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass A mit dem Haushaltsgebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit beim Einsatz öffentlicher Mittel vertraut ist und ihm daher gegenwärtig ist, dass er seinen behördlichen Auftrag missbraucht und seiner Arbeitgeberin einen finanziellen Schaden zufügt, wenn er Schutzbekleidung zu weit überhöhten Preisen einkauft. Der subjektive Tatbestand ist mithin auch erfüllt.

II. RECHTSWIDRIGKEIT UND III. SCHULD

A handelt rechtswidrig und schuldhaft.

IV. BESONDERS SCHWERER FALL

Ein besonders schwerer Fall der Untreue ist nach §§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 Nr. 4 gegeben, wenn der Täter seine Befugnisse als Amtsträger missbraucht. Wer Amtsträger ist, wird in § 11 Abs. 1 Nr. 2 definiert. Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass A als Beamter fungiert. Allerdings ist er unmittelbar in die staatliche Bedarfsverwaltung eingegliedert, die von der Landespolizei selbst wahrgenommen wird, sodass A immerhin im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses tätig wird. Neben der organisatorischen Eingliederung des Beschaffungsamtes in die Landespolizei und der öffentlich-rechtlichen Bestellung des A kraft seines Dienstvertrages, ist für die Einordnung als Amtsträger auch das Auftreten nach Außen bedeutsam. Weil sich nämlich die besondere Strafwürdigkeit der Amtsträgeruntreue gerade mit dem reputationserschädlichen Missbrauch der hoheitlich verliehenen Gewalt gegenüber der Öffentlichkeit begründet, muss ihr gegenüber die fragliche Person auch wie ein „verlängerter Arm“ des Staates wirken. Im Hinblick auf diese Kriterien ist von Bedeutung, dass es sich aus der Sicht des B um die Beschaffung von Sachmitteln für die Ausübung von Hoheitstätigkeit, mithin um die Erfüllung öffentlicher Aufgaben handelt, die offensichtlich von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts organisiert wird, als deren „Ausführungsorgan“ der A erscheint. A ist mithin Amtsträger. Da er die Untreue innerhalb seiner Zuständigkeit als alleinentscheidungsbefugter Amtswalter des Beschaffungsamtes begeht, missbraucht er seine „Befugnisse“ i. S. d. § 263 Abs. 3 Nr. 4. Ein Missbrauch der „Stellung“ liegt dagegen bei Handlungen innerhalb der Zuständigkeit nicht vor.⁷

Einen „Vermögensverlust großen Ausmaßes“ i. S. d. § 263 Abs. 3 Nr. 2, 1. Alt. führt A dagegen nicht herbei, weil der bei der Landespolizei NRW eingetretene Vermögensschaden mit € 40.000 unterhalb der von der h. M.⁸ befürworteten Grenze von mindestens € 50.000 liegt.

V. ERGEBNIS

A hat sich wegen Untreue in einem besonders schweren Fall gemäß § 266 Abs. 1, Abs. 2, 263 Abs. 3 Nr. 4 strafbar gemacht.

⁷ Fischer, StGB, 56. Auflage, 2009, § 263, Rn. 125.

⁸ BGHSt 48, 360 f.; Krüger, in: wistra 2005, 247 (249).

B. STRAFBARKEIT DES A GEMÄß § 332 ABS. 1, 3. ALT.

A könnte sich wegen Bestechlichkeit gemäß § 332 Abs. 1, 3. Alt. strafbar machen, da er für die Auftragserteilung € 8.000 von B entgegennimmt.

I. TATBESTANDSMÄßIGKEIT

1. OBJEKTIVER TATBESTAND

Die Tat ist echtes Sonderdelikt. A müsste zur Zeit der Tat Amtsträger nach der Legaldefinition des § 11 Abs. 1 Nr. 2 sein. Dies wurde bereits festgestellt (oben A. I. V.).

A müsste des Weiteren einen Vorteil für sich oder einen Dritten annehmen. Vorteil ist jede Leistung, auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die seine rechtliche, wirtschaftliche oder persönliche Lage objektiv verbessert.⁹ Eine solche Zuwendung, die A nicht von B beanspruchen kann und die ihn selbst - insoweit ist die tatbestandliche Alternative der Selbstbegünstigung einschlägig - wirtschaftlich besser stellt, sind die € 8.000, die B an A zahlt.

Nachdem sich B an A wendet und diesem die € 8.000 anbietet, scheiden als tatbestandliche Handlungen das Fordern und Sichversprechenlassen aus. Vielmehr nimmt A das angebotene Geld tatsächlich entgegen, sodass ein Fall der Vorteilsannahme gemäß § 332 Abs. 1, 3. Alt. vorliegt.

Der Entgegennahme der € 8.000 müsste eine sog. „Unrechtsvereinbarung“ zugrundeliegen, die (anders als im grundtatbestandlichen Fall des § 331 Abs. 1) auf eine bestimmte Diensthandlung als Gegenleistung gerichtet sein muss. Nicht ausreichend wäre deshalb, wenn B durch die Zuwendung lediglich das allgemeine Wohlwollen des A erkaufen wollte. Im vorliegenden Sachverhalt kommen B und A aber überein, dass die € 8.000 im Gegenzug zur Beauftragung des B gezahlt werden sollen. Sie sind sich mithin darüber einig, auf welche Weise A die Unrechtsvereinbarung einlösen soll.

Erneut abweichend von § 331 müsste die von B „vergütete“ Diensthandlung des A pflichtwidrig sein, das heißt gegen das Gesetz oder Dienstvorschriften verstoßen. Allerdings kann die Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung nicht bereits auf die Vorteilsannahme gestützt werden, vielmehr muss sich dieselbe auf eine an sich und als solche unlautere Diensthandlung beziehen.¹⁰ In dieser Hinsicht kann freilich darauf verwiesen werden, dass A die seiner Beachtung unterliegenden Wirtschaftlichkeitsaspekte vernachlässigen soll (oben A. I. 1.). Hinzu kommt, dass B von A aufgrund freundschaftlicher Verbundenheit bevorzugt wird und folglich sachfremde Erwägungen Einfluss auf die Auftragsvergabe nehmen.

2. SUBJEKTIVER TATBESTAND

A handelt vorsätzlich, insbesondere ist er sich der Pflichtwidrigkeit seines Tuns bewusst. Dass sich die Auftragsvergabe innerhalb der Bedarfsverwaltung nicht nach dem Kriterium der persönlichen Freundschaft mit dem Begünstigten richtet und „Schmiergelder“ für die Verrichtung von Diensthandlungen nicht entgegengenommen werden dürfen, ist A gegenwärtig.

⁹ BGHSt 35, 128 (133); Kuhlen, in: NK, 2. Auflage, 2005, § 331, Rn. 47 ff.
¹⁰ BGHSt 48, 44 (46).

I. RECHTSWIDRIGKEIT III. SCHULD

A handelt rechtswidrig und schuldhaft.

IV. BESONDERS SCHWERER FALL

Ein besonders schwerer Fall der Bestechlichkeit gemäß § 335 Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 2 Nr. 1, von dem ab einer Zuwendung von € 10.000 ausgegangen wird,¹¹ liegt nicht vor.

V. ERGEBNIS

A hat sich wegen Bestechlichkeit gemäß § 332 Abs. 1, 3. Alt. strafbar gemacht.

C. STRAFBARKEIT DES A GEMÄß § 299 ABS. 1, 3. ALT.

A macht sich ferner wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 Abs. 1, 3. Alt. strafbar, indem er für die Auftragserteilung € 8.000 von B entgegennimmt.

Die Rechtsprechung sieht die Angehörigen einer staatlichen Beschaffungsstelle als „Angestellte“ i. S. d. § 299 Abs. 1 an.¹² Die Beschaffungsstelle selbst versteht sie als „geschäftlichen Betrieb“.¹³ Dafür spricht, dass durch das Agieren der Beschaffungsstelle ein Wettbewerb zwischen den Anbietern entsteht, der i. S. von § 299 vor Beeinflussung geschützt werden muss. Der geschäftliche Betrieb braucht nicht die Merkmale eines Gewerbebetriebes aufzuweisen. „Geschäftlich“ ist, was nicht privat ist. Privat aber ist, was sich im Bereich des Einzelnen außerhalb von Erwerb und Berufsausübung abspielt. Eine auf Dauer angelegte Unternehmung, die außerhalb des privaten Bereichs ihre wesensgemäßen Aufgaben dadurch vollzieht, dass sie durch Austausch von Leistung und Gegenleistung am Wirtschaftsleben teilnimmt, ist daher „geschäftlicher Betrieb“. Das gilt auch für die öffentliche Hand. Ferner ist der Begriff des Handelns im „geschäftlichen Verkehr“ weit auszulegen und erfasst behördliche Fiskalhandlungen.¹⁴ Die übrigen Tatbestandsmerkmale entsprechen denen des § 332 Abs. 1, insoweit wird auf das Vorstehende (B.) verwiesen. Insbesondere liegt ein besonders schwerer Fall gemäß § 300 Nr. 1 entsprechend den Ausführungen unter B. IV. nicht vor.

D. STRAFBARKEIT DES B GEMÄß § 334 ABS. 1, 3. ALT.

Indem B dem A € 8.000 zahlt, damit er den Zuschlag zur Ausstattung der Landespolizei NRW mit kugelsicheren Westen erhält, könnte sich B wegen Bestechung gemäß § 334 Abs. 1, 3. Alt. strafbar gemacht haben. § 334 ist das spiegelbildliche Gegenstück zu § 332. Bestraft wird, wer eine Amtsperson durch Bestechung zur Vornahme einer bestimmten pflichtwidrigen Dienstleistung veranlasst.

In Bezug zu nehmen ist zuerst der A, der auch im Sinne des § 334 Amtsträger ist und von B € 8.000 dafür entgegennimmt, dass er ihn unter strafbarer Begehung einer Untreuehandlung und aus dem sachfremden Grund des Befreundetseins, mithin dienstpflichtwidrig, als Lieferant an der Ausstattung der Schutzpolizisten beteiligt. Als Tathandlung ist das Gewähren eines wirtschaftlichen Vorteils gemäß § 334 Abs. 1, 3. Alt. einschlägig, nachdem A jenen Geldbetrag im Sinne des § 332 Abs. 1, 3. Alt. annimmt. B und A sind sich auch

¹¹ Fischer, StGB, § 338 Rn. 5.

¹² BGHSt 2, 396 (403); 10, 358 (365 f.); Tiedemann, in: LK, 12. Auflage, 2006, § 299, Rn. 14.

¹³ BGHSt 2, 396, (401 ff.); Heine, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 6; Dannecker, in: NK, § 299 Rn. 26.

¹⁴ Tiedemann, in: LK, 12. Auflage, 2006, § 299, Rn. 21.

darüber einig, dass der Vorteil im Gegenzug zu einer pflichtwidrigen Diensthandlung verschafft wird, so dass es auch nicht an der erforderlichen Unrechtsvereinbarung fehlt. Mit der Hingabe von € 8.000 ist die Tat vollendet. Auf die Auftragsvergabe kommt es insoweit nicht an. Da B auch vorsätzlich und überdies rechtswidrig und schuldhaft handelt, macht er sich wegen Bestechung gemäß § 334 Abs. 1 3. Alt. strafbar. Ein besonders schwerer Fall liegt nicht vor (oben B. IV.).

E. STRAFBARKEIT DES B GEMÄß § 299 ABS. 2, 3. ALT.

Um eigenen Absatz zu fördern und gegenüber den Mitbewerbern besser gestellt zu werden, „gewährt“ B dem A einen wirtschaftlichen Vorteil. Er macht sich daher wegen **Bestechung im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 Abs. 2, 3. Alt.** strafbar.

F. STRAFBARKEIT DES B WEGEN ANSTIFTUNG ZUR BESTECHLICHKEIT

Eine Strafbarkeit des B wegen Teilnahme, genauer wegen Anstiftung zu der Bestechlichkeit des A, ist ausgeschlossen, nachdem die Bestechung in § 334 eine selbständige Regelung erfahren hat.¹⁵

G. STRAFBARKEIT DES B WEGEN ANSTIFTUNG ZUR UNTREUE

B macht sich schließlich wegen Anstiftung zur Untreue in einem besonders schweren Fall gemäß §§ 266 Abs. 1, Abs. 2, 263 Abs. 3 Nr. 4, 26, 28 Abs. 2 strafbar, indem er A durch Zahlung von € 8.000 dazu bestimmt, ihn an der Neuanschaffung der Schutzpolizei zu beteiligen, obwohl sein Angebot preislich nicht konkurrenzfähig ist.

H. KONKURRENZEN

Die von A begangene Untreue in einem besonders schweren Fall steht ebenso in Tateinheit (§ 52) zu der Bestechlichkeit im Amt und zu der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr wie die von B begangene Bestechung eines Amtsträgers und die Bestechung im geschäftlichen Verkehr zu der Anstiftung zur Untreue in einem besonders schweren Fall.

Die §§ 331 ff. schützen nicht den freien, lautereren Wettbewerb, sondern das Vertrauen der Allgemeinheit in die Unkäufligkeit der Verwaltung und damit zugleich in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen. Die lautere Amtsführung ist lediglich Teilaspekt des durch § 331 geschützten Rechtsgutes. Daher ist zwischen §§ 331 ff. und § 299 der Klarstellung halber Tateinheit anzunehmen.¹⁶

ZWEITER TATKOMPLEX (Am Computer)

A. STRAFBARKEIT DES A GEMÄß §§ 267 ABS. 1, 2. ALT., ABS. 2, ABS. 3 NR. 4, 22, 23 ABS. 1, 12 ABS. 2

Indem er daran geht, die Verkaufspreise der Mitbewerber in deren E-Mails heraufzusetzen, macht sich A nicht wegen versuchten Verfälschens echter Urkunden in besonders schweren Fall gemäß §§ 267 Abs. 1, 2. Alt., Abs. 2, Abs. 3 Nr. 4, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 2 strafbar. Zwar hat A vor, die E-Mails zu verfälschen, indem er deren Gedankeninhalt so verändern will, dass sie hinsichtlich des Verkaufspreises

¹⁵ Ebenso scheidet natürlich eine Strafbarkeit des A wegen Teilnahme an der von B begangenen Bestechung daran, dass die Entgegennahme des Vorteils selbständig in § 332 unter Strafe gestellt ist. Weil es § 299 Abs. 2 gibt, macht sich B freilich auch nicht wegen Anstifter des A zur Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr strafbar.

¹⁶ Dannecker, in: NK, § 299 Rn. 90. Eine andere Ansicht ist aber gut vertretbar.

etwas anderes als vorher zum Ausdruck bringen, jedoch betätigt er sich an untauglichen Tatobjekten: Solange E-Mails nicht ausgedruckt sind, weisen sie, auch wenn sie per Bildschirm sichtbar gemacht sind, keine Urkundenqualität auf. Eine Urkunde ist eine Erklärung im Rechtsverkehr, die in dauerhaften Zeichen verkörpert ist und die Identität des Erklärenden (des Ausstellers) erkennen lässt.¹⁷ Es fehlt ihnen die dauerhafte stoffliche Verkörperung.¹⁸ Nachdem § 267 nicht auf ihn verweist, ändert auch § 11 Abs. 3 nichts an diesem Befund.

B. STRAFBARKEIT DES A GEMÄß §§ 269 ABS. 1, 2. ALT., ABS. 2, ABS. 3 I. V. M. 267 ABS. 3 NR. 4, 22, 23 ABS. 1, 12 ABS. 2

Fraglich ist, ob sich A dadurch, dass er die Preisangaben in den E-Mails der Mitbewerber des B abzuändern trachtet, wegen versuchter Fälschung beweisheblicher Daten bzw. wegen versuchten Herstellens einer unechten „Datenurkunde“ im besonders schweren Fall gemäß §§ 269 Abs. 1, 2. Alt., Abs. 2, Abs. 3 i. V. m. 267 Abs. 3 Nr. 4, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 2 strafbar macht.

I. FEHLEN DER VOLLENDUNG

Die Tat ist unvollendet, nachdem es A nicht gelungen ist, die Preisangaben zu überschreiben.

II. STRAFBARKEIT DES VERSUCHS

Der Versuch ist strafbar gemäß §§ 269 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 2.

III. TATBESTANDSMÄßIGKEIT

1. TATENTSCHLUSS

A müsste zur Täuschung im Rechtsverkehr sämtliche objektiven Tatbestände des Veränderns bzw. Speicherns beweisheblicher Daten verwirklichen wollen.

Bei E-Mails handelt es sich um Daten i. S. d. der auch für § 269 geltenden Legaldefinition des § 202a Abs. 2.¹⁹ Der nach § 202a Abs. 2 erforderlichen, fehlenden unmittelbaren Wahrnehmbarkeit ist bei ihnen Genüge getan, da sie nicht ohne Weiteres mit den Sinnen, sondern nur mittels Bildschirmanzeige, folglich künstlich, zugänglich sind. Ab Eingang in der Mailbox sind E-Mails zum Zweck ihrer Weiterverwendung aufbewahrt und im Sinne von § 202a Abs. 2 gespeichert.²⁰

Gegenständlich sind die E-Mails auch beweisheblich. Nicht das einzelne Datum muss insofern einen Aussagegehalt haben, der für das Rechtsleben relevant ist. Es reicht vielmehr aus, dass der E-Mail insgesamt eine derartige Bedeutung zukommt. Dies ist hier gegeben. In den E-Mails teilen die Bewerber ihren Willen und die Bedingungen mit, unter denen sie bereit sind, kugelsichere Westen an die Landespolizei NRW zu verkaufen.

Die Tathandlung des § 269 besteht im Verändern und Speichern beweisheblicher Daten. Verändert werden Daten durch eine inhaltliche Umgestaltung.²¹ A wollte die Verkaufspreise der Mitbewerber

¹⁷ Puppe, in: NK, 267 Rn. 17.

¹⁸ Zieschang, in: LK-StGB, § 267, Rn. 138; Kindhäuser, LPK-StGB, 4. Auflage, § 267, Rn. 14; Mankowski, in: NJW 2002, 2822 (2825).

¹⁹ Zieschang, in: LK-StGB, § 269, Rn. 8; Kindhäuser, LPK-StGB, § 269, Rn. 3; Ernst, in: NJW 2003, 3233 (3237).

²⁰ Fischer, StGB, 57. Auflage, 2010 § 202a, Rn. 4.

²¹ Bühler, in: MDR 1987, 448 (454).

über den von B offerierten Preis setzen, den gedanklichen Inhalt der Angebotsmails mithin verändern. Das Speichern entspricht dem Herstellen einer unechten Urkunde. Das Verändern ist stets Speichern, wenn derjenige, der speichert - wie gegenständlich - nicht mit dem „Aussteller“ der Daten identisch ist. Das Speichern tritt dann hinter der speziellen Variante des Veränderns zurück. Insoweit wird man die Abgrenzung entsprechend § 267 treffen dürfen.²²

Unter der gedachten Voraussetzung, dass die E-Mails - etwa durch einen Ausdruck - perpetuiert würden, müssten sie schließlich „verfälschte Urkunden“ i. S. d. § 267 sein. Dieser hypothetische Vergleich ersetzt das im Urkundenstrafrecht unabdingbare Kriterium der stofflichen Verkörperung. Außerdem schließt es die „schriftliche Lüge“ (der Aussteller selbst formuliert etwas Unwahres) aus, die ebenso wie nach § 267 auch nach § 269 tatbestandslos ist. In den E-Mails erklärt ein jeweils namentlich identifizierbarer Unternehmer seinen an bestimmte Bedingungen gebundenen Kontrahierungswillen. Es lässt sich ihnen mithin ein Urheber entnehmen, der hinter der Information steht, sodass der Garantiefunktion entsprochen ist. Außerdem werden mit den Angaben zur Verkaufsbereitschaft rechtlich erhebliche Tatsachen erklärt, womit auch der Beweisfunktion genügt ist.

Nachdem die fraglichen E-Mails dem Vergleich mit verfälschten Urkunden standhalten, kommt es nunmehr nur noch darauf an, ob A deren Inhalt zur Täuschung im Rechtsverkehr abändern will. Zur Täuschung im Rechtsverkehr handelt, wer davon ausgeht, dass ein anderer die Daten für echt hält und durch diese irriige Annahme zu einem rechtlich erheblichen Verhalten bestimmt wird.²³ Die Täuschung muss nicht zwingend auf ein vermögensrechtlich relevantes Verhalten des Opfers abzielen.²⁴ Insofern reicht bereits die Überlegung des A, etwaige Strafverfolgungsmaßnahmen durch Manipulation der Angebotstexte verhindern zu wollen. Außerdem wird die Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr auch dadurch begründet, dass A ein Umschwenken der Landespolizei auf ein günstigeres als das von B eingereichte Angebot verhindern will.

2. UNMITTELBARES ANSETZEN ZUM VERSUCH

Indem A die in den E-Mails enthaltenen Preisangaben mit der Mouse markiert, um sie zu löschen und zu überschreiben, nimmt er Handlungen vor, die, sofern es technisch möglich gewesen wäre, binnen weniger weiterer Mouseclicks zu den gewünschten Inhaltsänderungen geführt hätten. Nach dem Tatplan des A sollte es in ungestörtem Fortgang zäsurlos zur Vollendung des § 269 Abs. 1 kommen. A hat folglich zu dessen Versuch unmittelbar angesetzt.

IV. RECHTSWIDRIGKEIT UND V. SCHULD

Zugunsten des A greifen weder Rechtsfertigungs- noch Entschuldigungsgründe.

VI. BESONDERS SCHWERER FALL

Siehe oben im 1. Tatkomplex: A will seine Befugnisse als Amtsträger missbrauchen (§§ 269 Abs. 3 i. V. m. 267 Abs. 3 Nr. 4.). Einen „Vermögensverlust großen Ausmaßes“ gemäß §§ 269 Abs. 3 i. V. m. 267 Abs. 3 Nr. 2 will er dagegen nicht herbeiführen.

²² Danach ist RGSt 68, 94 einschlägig. Ebenso: Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, § 267 Rn. 65; Kindhäuser, LPK-StGB, § 267, Rn. 46.
²³ BGHSt, 33, 105 (109).
²⁴ Kindhäuser, LPK-StGB, § 267, Rn. 56.

VII. PERSÖNLICHER STRAFAUFHEBUNGSGRUND

Ein Rücktritt des A vom unbeendeten Versuch gemäß § 24 I Abs. 1 1. Alt. kommt nicht in Betracht. Nachdem A erkannt hat, dass er die E-Mails inhaltlich nicht zu verändern vermag, ist die Tat nach seiner Vorstellung „jetzt und hier“ nicht mehr vollendbar. Es handelt sich um einen - nicht rücktrittsfähigen - fehlgeschlagenen Versuch.

VIII. ERGEBNIS

A hat sich wegen versuchter Fälschung beweisheblicher Daten im besonders schweren Fall gemäß §§ 269 Abs. 1 2. Alt., Abs. 2, Abs. 3 i. V. m. 267 Abs. 3 Nr. 4, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 2 strafbar gemacht.

C. STRAFBARKEIT DES A GEMÄß §§ 274 ABS. 1 NR. 2, ABS. 2, 22, 23 ABS. 1, 12 ABS. 2

Durch das Vorhaben, die Preisangaben überschreiben zu wollen, könnte sich A wegen versuchter Unterdrückung beweisheblicher Daten gemäß §§ 274 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 2 strafbar gemacht haben.

I. FEHLEN DER VOLLENDUNG

A vermochte die Preisangaben nicht zu überschreiben, auf deren Beweiswert wurde nicht eingewirkt, die Tat ist daher unvollendet.

II. STRAFBARKEIT DES VERSUCHS

Der Versuch ist strafbar gemäß §§ 274 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 2.

III. TATBESTANDSMÄßIGKEIT

1. TATENTSCHLUSS

Bei den E-Mails der übrigen Bewerber handelt es sich um beweishebliche Daten. (s. o. II. TK., B. III., 1.).²⁵ Über diese Daten muss A nicht (ausschließlich) verfügen dürfen. Anders als § 269, der das Interesse der Allgemeinheit an der Unverfälschtheit von Beweismitteln schützt, dient § 274 Abs. 1 Nr. 2 dem Interesse einer bestimmten Person an ihrem Beweisführungsrecht. Das Tatbestandsmerkmal „verfügen dürfen“ bezieht sich dementsprechend nicht auf dingliche Rechtspositionen, sondern auf das Recht, mit den Daten im Rechtsverkehr Beweis zu erbringen.²⁶ Dieses Recht steht im Sachverhalt den Bewerbern zu.

Die Tathandlungen des § 244 Abs. 1 Nr. 2 (löschen, unterdrücken usw.) überlagern sich. Sofern mehrere Modalitäten verwirklicht werden, liegt gleichwohl nur eine Tat vor.²⁷ Indem A die Passagen mit den Preisangaben überschreiben will, wollte er dafür sorgen, dass die diesbezüglichen Daten in ihrer physischen Integrität unwiderbringlich verloren gehen, mithin i. S. d. § 274 Abs. 1 Nr. 2 gelöscht wären. Da A jeweils nur einen Teil der E-Mail ändern will, kann in Bezug auf deren gesamten Informationsgehalt auch von einem inhaltlichen Umgestalten, d. h. „Verändern“ ausgegangen werden.

A handelt in der Absicht zu vereiteln, dass sich die Landespolizei-

²⁵ Der in § 274 verwendete Datenbegriff ist weiter als der in § 269 einschlägige, insofern auch andere als solche Daten geschützt werden, die im Fall ihrer Perpetuierung alle Merkmale einer „Urkunde“ aufwiesen. Vgl. Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, § 274, Rn. 22 c.
²⁶ BGHSt, 29, 192 (194).
²⁷ Abu-Zeitoun, Die Computerdelikte im deutschen Recht, Passau 2004, S. 89, 90.

hörde für ein günstigeres als das Angebot des B entscheidet. Die damit angestrebten Vermögenseinbußen sind ein tatbestandsmäßiger beabsichtigter Nachteil i. S. d. § 274. Außerdem begründet auch sein sicheres Wissen um die Beeinträchtigung der Beweisführungsrechte der Mitbewerber die Nachteilszufügungsabsicht.

2. UNMITTELBARES ANSETZEN

A hat zum Versuch der Unterdrückung beweisbarer Daten auch unmittelbar angesetzt. (s. entsprechend o., II. TK., B. III., 2.)

IV. RECHTSWIDRIGKEIT UND V. SCHULD

Rechtswidrigkeit und **Schuld** sind unzweifelhaft gegeben. .

V. RÜCKTRITT

Ein Rücktritt ist dem A verwehrt. (s. o., II. TK, B. VIII.)

VI. ERGEBNIS

A hat sich wegen versuchter Unterdrückung beweisbarer Daten gemäß §§ 274 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 2 strafbar gemacht.

D. STRAFBARKEIT DES A WEGEN VERSUCHTER DATEN VERÄNDERUNG GEMÄß §§ 303A ABS. 1, ABS. 2, 22, 23 ABS. 1, 12 ABS. 2

Tatobjekt sind abermals die E-Mails der Mitbewerber als „Daten“ in Anlehnung an den Wortlaut des § 202a Abs. 2.

Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal müssen die Daten „fremd“ sein. Andernfalls machte sich jeder, der seine eigenen Daten auf die in § 303a beschriebene Weise manipuliert, strafbar. Fremd sind solche Daten, über die – ähnlich wie in § 274 Abs. 1 Nr. 2 – der Täter zumindest nicht ausschließlich verfügen darf.²⁸ Die Verfügungsbeziehung liegt bei demjenigen, der die Daten erstellt hat. Sie geht prinzipiell auch nicht deshalb auf einen anderen über, weil dieser von dem Informationsgehalt der Daten betroffen ist.²⁹ Verfügungsbefugt hinsichtlich der E-Mails sind also die Bewerber. Sie haben ein Interesse daran, dass ihre erklärten Verkaufsbedingungen nicht ohne ihr Einverständnis abgeändert werden.

Die Tathandlungen entsprechen denen des § 274 Abs. 1 Nr. 2. Insofern wird, ebenso wie für den Versuchsbeginn, die Rechtswidrigkeit, die Schuld und den Rücktritt auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen.

A hat sich wegen versuchter Datenveränderung gemäß 303 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 2 strafbar gemacht.

E. KONKURRENZEN

Gegenüber § 269 tritt § 274 Abs. 2 zurück, da dessen Tathandlungen allein dem Verfälschen beweisbarer Daten dienen.³⁰ Zwischen § 269 und § 303a besteht wegen des unterschiedlichen Rechtsgüterschutzes – § 303a schützt das Interesse des Verfügungsberechtigten an der unversehrten Verwendbarkeit der ihm „gehörenden“ Daten – Tateinheit.³¹

²⁸ Lenckner/Winkelbauer, in: CR 1986, 824, (828).

²⁹ Schlüchter, Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Heidelberg 1987, S. 7.

³⁰ Zieschang, in: LK-StGB, § 274, Rn. 66; Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, § 267, Rn. 71.

³¹ Hoyer in: SK-StGB, § 303a, Stand Oktober 2005, Rn. 15.

EXAMENSKLAUSUR ZIVILRECHT MIT HANDELSRECHTLICHEM EINSCHLAG: “ESPRESSOMASCHINEN”

von Prof. Dr. Graf-Peter Calliess (Universität Bremen)



Graf-Peter Calliess ist Professor für bürgerliches Recht, internationales Handels- und Wirtschaftsrecht und Rechtstheorie an der Universität Bremen.

Er ist Leiter des Projekts „Rechtssicherheit und Gerechtigkeit in globalen Austauschprozessen“ am Sonderforschungsbereich 597 „Staatlichkeit im Wandel“.

Seit März 2011 ist er Dekan des Fachbereichs Rechtswissenschaft.

SACHVERHALT:

Der Berliner Espressomaschinenhändler Dall'Armi e.K. (A) bestellt im Juni 2011 beim Importeur WEGA Deutschland GmbH (W) in München 25 Espressomaschinen zum Preis von je 1.000 €, die A seinen Kunden – was dem Verkehrswert entspricht – zu 1.250 € anbieten will. Die Lieferung soll bis Mitte Juli 2011 erfolgen, der Erfüllungsort ist München. Auf Bitte des A erklärt sich W bereit, die Espressomaschinen durch den Spediteur Schnell (S) nach Berlin, Prenzlauer Berg, zu senden. Anfang Juli übergibt W dem S ein an A adressiertes Paket mit den Espressomaschinen und bezahlt den S. Als A am 25. Juli 2011 noch keine Lieferung erhalten hat, ruft er bei W an. Es stellt sich heraus, dass S die Espressomaschinen bereits

vor einer Woche an den Kaffeehändler El Armi e.K. (K) in Berlin Kreuzberg ausgeliefert hat. Der sonst immer äußerst zuverlässige Büroangestellte B des S hatte die Adressen der beiden Armi's verwechselt. Eine Angestellte des K hatte die Lieferung angenommen, ohne zu bemerken, dass diese nicht an K adressiert waren. Als El Armi die Fehllieferung am nächsten Tag bemerkte, witterte er sogleich ein gutes Geschäft und bot die Espressomaschinen als Restposten für 400 € pro Stück in seinem Geschäft an. Aufgrund des günstigen Preises konnte er alle 25 Geräte innerhalb von zwei Tagen an namentlich nicht bekannte Laufkundschaft absetzen. W verlangt von A Kaufpreiszahlung. A weigert sich und erklärt, er rechne mit Gegenansprüchen gegen W auf. Zu Recht?

LÖSUNGSVORSCHLAG

W könnte gegen A einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 25.000 Euro aus § 433 II BGB haben.

A) ANSPRUCH ENTSTANDEN

A und W haben einen wirksamen Kaufvertrag über die Lieferung der Espressomaschinen geschlossen, der Anspruch aus § 433 II BGB ist entstanden.

B) ANSPRUCH UNTERGEGANGEN

I. ENTFALLEN GEM. § 326 I BGB

Dieser Anspruch könnte jedoch gem. § 326 I S. 1 BGB entfallen sein.

1. GEGENSEITIGER VERTRAG

Die Pflichten aus § 433 I BGB und § 433 II BGB stehen im Synallagma (do ut des), der Kaufvertrag ist also ein gegenseitiger Vertrag i.S.v. §§ 320 ff. BGB, sodass § 326 BGB anwendbar ist.¹

2. FREIWERDEN DES SCHULDNERS VON SEINER LEISTUNGSPFLICHT GEM. § 275 BGB

§ 326 I BGB regelt das Schicksal des Anspruchs auf die Gegenleistung – hier die Zahlung des Kaufpreises gem. § 433 II BGB – wenn der Schuldner des Leistungsanspruchs – hier also des Anspruchs des A gegen W auf Übergabe und Eigentumsverschaffung an 25 Espressomaschinen aus § 433 I S. 1 BGB – nach § 275 BGB nicht zu leisten braucht. Gem. § 275 I BGB ist dieser Anspruch ausgeschlossen, soweit die Leistung für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. Ob eine Leistung unmöglich ist, beurteilt sich grundsätzlich danach, was der Schuldner dem Gläubiger vertraglich versprochen hat.²

a) Gattungsschuld

Vorliegend schuldet der W die Lieferung von 25 Espressomaschinen, die nicht näher individualisiert, sondern nur nach allgemeinen Merkmalen (Hersteller, Typ) bestimmt sind. Hierbei handelt es sich um eine Gattungsschuld im Sinne des § 243 I BGB.³ Das mit der Gattungsschuld verbundene Beschaffungsrisiko im Sinne des § 276 I S. 1, 2. Hs. BGB führt generell dazu, dass der Schuldner nur dann von seiner Leistungspflicht freiwerden kann, wenn entweder die gesamte Gattung untergeht oder sich die Gattungsschuld durch Konkretisierung gem. § 243 II BGB auf bestimmte Stücke beschränkt und die Leistung gerade dieser Stücke unmöglich wird.⁴ Die Gattung ist vorliegend nicht untergegangen.

b) Konkretisierung

Gem. § 243 II BGB tritt Konkretisierung ein, wenn der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat. Fraglich ist also, was W nach dem Inhalt der Parteivereinbarung zur Leistung unternehmen musste. Insbesondere ist bedeutsam, ob eine Hol-, Bring- oder Schickschuld vereinbart wurde.⁵ Nach der Parteivereinbarung war der Erfüllungsort – das ist der Leistungsort im Sinne des § 269 BGB – München. Auf Verlangen des A sollten die Espressomaschinen jedoch durch eine Transportperson an einen anderen Ort als den Leistungsort, nämlich nach Berlin, verschickt werden. Damit scheidet eine Holschuld aus. Für die Annahme einer Bringschuld müssten besondere Umstände sprechen, allein die Übernahme der Transportkosten reicht dafür gem. § 269 III BGB nicht aus. Mangels anderer besonderer Umstände liegt somit eine Schickschuld in Gestalt eines Versendungskaufes nach § 447 BGB vor, bei der Leistungsort und Er-

füllungsort auseinander fallen.⁶ Das zur Leistung im Sinne des § 243 II BGB seitens des Schuldners Erforderliche ist bei der Schickschuld zunächst die ordentliche Auswahl der Sache im Sinne des § 243 I BGB und die Übermittlung der Sache in Richtung des Gläubigers durch Übergabe an eine geeignete Transportperson.⁷ Vorliegend hat W die ausgewählten Espressomaschinen dem Spediteur S Anfang Juli übergeben, somit das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan und mithin ist Konkretisierung gem. § 243 II BGB eingetreten. Die Leistungspflicht des W aus § 433 I S. 1 BGB beschränkt sich somit nur noch auf Übergabe und Übereignung dieser 25 Espressomaschinen.

c) Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB

W könnte seine Leistungspflicht aus § 433 I S. 1 BGB folglich nur noch erfüllen, wenn er dem A noch Eigentum an den 25 versandten Espressomaschinen verschaffen könnte. Ursprünglich war der W Eigentümer der Maschinen. K hat sich jedoch als Nichtberechtigter mit seinen Kunden über den Übergang des Eigentums geeinigt und hat diese sogleich auch übergeben. Mangels anderweitiger Hinweise könnte hier auch davon auszugehen sein, dass die Kunden keine Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis vom fehlenden Eigentum des K hatten und somit gem. § 932 II BGB gutgläubig waren. Zumindest kann jedoch die Gutgläubigkeit der Kunden hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des K im Sinne des § 366 I HGB angenommen werden. Dieser ist hier auch anwendbar, da der K als Kaffeehändler ein Handelsgewerbe betreibt und somit die Kaufmannseigenschaft nach § 1 I, II HGB besitzt und daneben die Veräußerung der Espressomaschinen auch zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörte. Da W die Espressomaschinen willentlich an S übergeben hat sind diese auch nicht gem. § 935 BGB abhanden gekommen. Somit haben die Kunden des K nach §§ 929 S. 1, 932 I S. 1, II BGB i.V.m. § 366 I HGB gutgläubig Eigentum vom Nichtberechtigten K erworben. Zwar könnten die Espressomaschinen noch von den Kunden des K an A übereignet werden, sodass objektiv die Leistung noch möglich ist. Persönlich kann der Schuldner W jedoch derzeit die Espressomaschinen nicht mehr übereignen. In Betracht käme lediglich eine Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit durch Wiederbeschaffung.⁸ Aber auch dies scheidet vorliegend aus, da die Kunden des K nicht namentlich bekannt sind. Im Ergebnis ist W die Leistung damit nachträglich subjektiv unmöglich geworden und er ist daher gem. § 275 I BGB von seiner Leistungspflicht befreit.

3. AUSNAHMEN

Fraglich ist jedoch, ob in systematischer Ausnahme zu § 326 I S. 1 BGB eine anspruchserhaltende Norm einschlägig ist,⁹ nach welcher die Preisgefahr schon auf den A übergegangen wäre und der A somit den Kaufpreis trotz der Unmöglichkeit entrichten müsste.

a) Ausnahmen des § 326 II S. 1 BGB

A hatte die Unmöglichkeit weder allein noch weit überwiegend im Sinne des § 326 II S. 1 Alt. 1, Alt. 2 BGB zu vertreten und er befand sich auch nicht im Sinne des § 326 II S. 1 Alt. 3 BGB im Annahmeverzug. Die anspruchserhaltenden Normen des § 326 II S. 1 BGB scheiden somit aus.

¹ Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Auflage, S. 37; Stadler, in: Jauernig-Kommentar, 13. Auflage, § 320, Rdnr. 6-7.

² Ernst, in: MünchKommBGB, 5. Auflage, § 275, Rdnr. 33.

³ Zur Gattungsschuld Emmerich, in: MünchKommBGB, 5. Auflage, § 243, Rdnr. 5 ff.

⁴ Looschelders, Schuldrecht AT, 8. Auflage, S. 107 – 109.

⁵ Emmerich, in: MünchKommBGB, 5. Auflage, § 243, Rdnr. 23 ff.

⁶ Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 19. Auflage, S. 81; Larenz, Schuldrecht AT, 14. Auflage, S. 194.

⁷ Looschelders, Schuldrecht AT, 8. Auflage, S. 108.

⁸ Ernst, in: MünchKommBGB, 5. Auflage, § 275, Rdnr. 52.

⁹ Westermann, in: Erman-BGB, 12. Auflage, § 326, Rdnr. 2, 11.

b) Preisgefahrübergang gem. § 446 S. 1 BGB

Da noch keine Übergabe der Kaufsachen an den A stattgefunden hat, trägt der A die Preisgefahr auch nicht gem. § 446 S. 1 BGB.

c) Preisgefahrübergang gem. § 447 BGB

Die Preisgefahr könnte aber gem. § 447 I BGB auf den A übergegangen sein. Wie bereits dargestellt, wurde vorliegend ein Versendungskauf im Sinne des § 447 I BGB vereinbart. Der W hat die Maschinen dem Spediteur S als geeignete Transportperson übergeben, sodass die Preisgefahr gemäß § 447 I S. 1, 2. Hs. BGB auf den Käufer A übergegangen ist. Als eingetragener Kaufmann (e.K.) handelte der A als Käufer in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit und ist somit Unternehmer gem. § 14 BGB, weshalb ein Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 I BGB ausscheidet und § 447 I BGB auch nicht nach § 474 II BGB ausgeschlossen ist.

4. ERGEBNIS

Die Preisgefahr ist somit gem. § 447 I BGB auf den A übergegangen, weshalb in Ausnahme zu § 326 I S. 1 BGB der Anspruch des W aus § 433 II BGB nicht entfallen ist.

II. AUFRECHNUNG MIT SCHADENSERSATZANSPRUCH DES A GEGEN W GEM. §§ 280 I, III, 283, 387 FF. BGB

Der Kaufpreisanspruch könnte durch Aufrechnung des A gem. §§ 387 ff. BGB erloschen sein. Gem. § 387 I BGB müssten die Parteien einander Leistungen schulden, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind.¹⁰ W hat gegen A einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 II BGB, A müsste also gegen W auch eine Geldforderung haben. In Betracht kommt hier ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 283 BGB.

1. SCHULDVERHÄLTNIS

Das erforderliche Schuldverhältnis zwischen A und W liegt mit dem geschlossenen Kaufvertrag gem. § 433 BGB vor.

2. UNMÖGLICHKEIT ALS PFLICHTVERLETZUNG

Der W müsste auch eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis gem. § 280 I S. 1 BGB verletzt haben. Diese Pflichtverletzung liegt im Falle des Schadensersatzanspruches nach §§ 280 I, III, 283 BGB in der Unmöglichkeit der Leistung.¹¹ Wie bereits dargestellt, wurde der W von seiner Leistungspflicht aus dem Kaufvertrag gem. § 433 I BGB wegen nachträglicher subjektiver Unmöglichkeit nach § 275 I BGB befreit, sodass die erforderliche Pflichtverletzung in Form der Unmöglichkeit gem. §§ 283, 275 I BGB vorliegt.

3. VERSCHULDEN

Weiterhin müsste die Unmöglichkeit auch aufgrund eines Umstandes eingetreten sein, den der Schuldner gem. § 280 I S. 2 BGB zu vertreten hat.¹² Nach § 276 I BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wobei das Vertretenmüssen aufgrund der gesetzlichen Formulierung in § 280 I S. 2 BGB grundsätzlich vermu-

tet wird. Den Schuldner trifft also die Beweislast dafür, dass er die Pflichtverletzung gerade nicht zu vertreten hat.¹³ Fraglich ist also, ob dem W dieser Entlastungsbeweis gelingt. Dies könnte deshalb der Fall sein, weil der W selbst die Unmöglichkeit weder vorsätzlich noch fahrlässig herbeigeführt hat. Auch für ein Auswahlverschulden hinsichtlich des Frachtführers bzw. Spediteurs ist vorliegend nichts ersichtlich. Ein eigenes Verschulden trifft ihn somit nicht. Fraglich ist aber, ob ihm die Fahrlässigkeit des S bzw. die von dessen Büroangestellten B gem. § 278 BGB zugerechnet werden kann, weshalb er auch dessen Verschulden zu vertreten hätte. Dies wäre der Fall, wenn S als Erfüllungsgehilfe des W angesehen werden kann. Ein Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 BGB ist eine Person, die mit Wissen und Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer ihm obliegenden Verbindlichkeit tätig wird.¹⁴ Zwar wurde der S mit Wissen und Willen des W tätig, allerdings müsste er bei dem Transport auch gerade bei der Erfüllung einer dem Schuldner obliegenden Verbindlichkeit tätig geworden sein. Vorliegend wurde, wie bereits dargestellt, eine Schickschuld in Form eines Versendungskaufes nach § 447 I BGB als dessen Hauptanwendungsfall vereinbart, weshalb der W die ihm obliegende Leistungshandlung durch Übergabe der Kaufsache an den Spediteur S als Transportperson bereits erfüllt hat. Den Transport selbst schuldet er gerade nicht, sodass dies schon gar keine dem W obliegende Verbindlichkeit darstellt und der S nicht „in Erfüllung einer Verbindlichkeit“ des W tätig werden konnte.¹⁵ Demzufolge ist der S kein Erfüllungsgehilfe des W im Sinne des § 278 BGB und eine Zurechnung seines Verschuldens scheidet somit aus. Der W kann sich folglich exkulpieren, sodass er den Umstand aufgrund dessen die Unmöglichkeit eingetreten ist, nicht gem. § 280 I S. 2 BGB zu vertreten hat.

4. ERGEBNIS

Da W die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, scheidet ein Schadensersatzanspruch des A aus §§ 280 I, III, 283 BGB aus. Somit kann der A die Forderung des W aus § 433 II BGB nicht durch Aufrechnung gem. §§ 387 ff. BGB zum Erlöschen bringen.

C) ANSPRUCH DURCHSETZBAR

Dem A könnte jedoch ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 320 I BGB zustehen, wenn ihm ein synallagmatischer Gegenanspruch aus demselben gegenseitigen Vertrag, aus dem er als Schuldner in Anspruch genommen wird, zusteht und er nicht vorleistungspflichtig ist.

I. GEGENANSPRUCH AUS § 285 I BGB

Aus dem Kaufvertrag als gegenseitigen Vertrag hat der A als Schuldner des Kaufpreisanspruches nach § 433 II BGB grundsätzlich seinerseits den Gegenanspruch auf Übergabe und Eigentumsverschaffung an der Kaufsache gem. § 433 I S. 1 BGB. Dieser Anspruch ist zwar gem. § 275 I BGB erloschen, als Ausdruck des funktionellen Synallagmas können aber auch Sekundär- und Tertiäransprüche ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 I BGB begründen, wenn diese an die Stelle des Primäranspruches getreten sind.¹⁶ Nachdem die Leistung des W gem. § 275 I unmöglich geworden ist, kann A von W gem. § 285 I BGB die Herausgabe des Surrogats verlangen. In Be-

¹³ Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Auflage, S. 220 f.

¹⁴ Schmidt-Kessel, in: PWW-Kommentar, 6. Auflage, § 278, Rdnr. 12 ff.; BGHZ 13, 111 (113).

¹⁵ Vgl. zu ähnlichen Konstellationen BGH NJW 1968, 1567 (1569); Westermann, in: MünchKommBGB, 5. Auflage, § 447, Rdnr. 15, 23; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 22. Auflage, S. 131 f.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht BT, 15. Auflage, S. 19; Wertenbruch, in: JuS 2003, 625 f.

¹⁶ Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 19. Auflage, S. 112 f.

¹⁰ Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 19. Auflage, S. 135.

¹¹ Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 19. Auflage, S. 199.

¹² Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 19. Auflage, S. 211.

tracht kämen hier als Surrogat etwaige Ersatzansprüche des W gegen den K und den S. Fraglich ist also, ob der W Ersatzansprüche gegen K und S erlangt hat.

1. ERSATZANSPRÜCHE DES W GEGEN DEN K

a) Schadensersatzanspruch aus §§ 990 I, 989 BGB

Dem W könnte ein Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 990 I, 989 BGB zustehen.

aa) Vindikationslage

Hierzu müsste zunächst im Zeitpunkt der Verwirklichung des Tatbestandes der §§ 990 I S. 1, 2, 989 BGB eine Vindikationslage vorgelegen haben.¹⁷ Der W müsste also Eigentümer gewesen sein, der K Besitzer und er dürfte auch kein Recht zum Besitz gehabt haben. Zum maßgeblichen Zeitpunkt, also bei der Veräußerung der Espressomaschinen durch den K, war W Eigentümer der Espressomaschinen. K war zu diesem Zeitpunkt auch unmittelbarer Besitzer gemäß § 854 BGB. Der K hatte auch kein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 I BGB. Eine Vindikationslage zwischen W und K lag also vor.

bb) Voraussetzungen des § 990 I BGB

Weiterhin dürfte der K gem. § 990 I BGB nicht in gutem Glauben hinsichtlich seines Rechts zum Besitz gewesen sein. Dies ist gem. § 990 I S. 1 BGB i.V.m. § 932 II BGB analog dann der Fall, wenn der Besitzer bei Besitzerwerb sein fehlendes Besitzrecht entweder positiv kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.¹⁸ Vorliegend hat der K den unmittelbaren Besitz dadurch erlangt, dass seine Angestellte als Besitzdienerin im Sinne des § 855 BGB die tatsächliche Gewalt über die Maschinen erlangt hat. Zu diesem Zeitpunkt waren weder die Angestellte noch der K bösgläubig. Jedoch bemerkte K am nächsten Tag die Fehllieferung und hatte damit die erforderliche positive Kenntnis von seinem fehlenden Besitzrecht im Sinne des § 990 I S. 2 BGB, sodass er ab diesem Zeitpunkt ebenfalls gem. §§ 987, 989 BGB haftet. Da K die Maschinen erst danach veräußerte, war er auch zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht in gutem Glauben.

cc) Voraussetzungen des § 989 BGB

Die Sache müsste sich auch gem. § 989 BGB verschlechtert haben, untergegangen sein oder die Herausgabe müsste aus einem anderen Grunde nicht möglich sein. Hieran müsste den Besitzer auch ein Verschulden im Sinne des § 276 BGB treffen.¹⁹ Vorliegend hat der K durch die Veräußerung der Espressomaschinen an namentlich nicht bekannte Laufkundschaft deren Herausgabe vorsätzlich unmöglich gemacht, sodass die Voraussetzungen des § 989 BGB erfüllt sind.

dd) Schaden

Gem. §§ 990 I, 989 BGB ist der Besitzer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, dass die Sache nicht herausgegeben werden kann. Nach herrschender Meinung hat der Eigentümer beim Versandkauf jedoch keinen Schaden, da ihm der Kaufpreisananspruch verbleibt. Den Schaden hat vielmehr der Käufer, der auf-

grund des § 447 I BGB entgegen des § 326 I S. 1 BGB zur Entrichtung des Kaufpreises verpflichtet bleibt, obwohl er selbst keinen Anspruch mehr aus § 433 I BGB hat, da dieser nach § 275 I BGB erloschen ist.²⁰ Fraglich ist deshalb, ob der W den Schaden des A im vorliegenden Fall nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation liquidieren kann. Voraussetzung hierfür ist, dass der Eigentümer einen Anspruch, aber keinen Schaden hat, der Verkaufskäufer einen Schaden, aber keinen Anspruch und die Schadensverlagerung aus Sicht des Schädigers zufällig im Sinne einer der anerkannten Fallgruppe geschah.²¹

(1) Anspruch des W ohne Schaden

Wie vorangestellt geprüft, liegen die Anspruchsvoraussetzungen eines Schadensersatzanspruches aus §§ 989, 990 I BGB des W gegen den K vor. Folgt man der eingangs skizzierten h. M. hat der W im vorliegenden Fall im Sinne der Differenzmethode keinen Schaden, da aufgrund seines Anspruches aus § 433 II BGB seine Güterlage durch die Weiterveräußerung als das schädigende Ereignis nicht geringer ist, als seine hypothetische Güterlage ohne die Weiterveräußerung.²² Entgegen dieser Ansicht bejaht eine Literaturmeinung einen eigenen Schaden des Gläubigers, also hier des W. Dieses Ergebnis wird dadurch erzielt, dass der Kaufpreisanpruch des Verkaufskäufers bei der Schadensermittlung nicht mit eingerechnet wird, ähnlich der versagten Vorteilsausgleichung.²³ Nach dieser Ansicht hätte damit der W einen eigenen vollständigen Anspruch und für die Drittschadensliquidation wäre damit kein Raum.²⁴ Allerdings wäre so ein rein fiktiver Schaden des Gläubigers W zu berechnen und der wirklich eingetretene Schaden des Dritten bliebe völlig außer Betracht.²⁵ Deshalb ist mit der h. M. der Schaden des W zu verneinen und somit an der Lösung über die Drittschadensliquidation festzuhalten.

(2) Schaden des A, aber kein Anspruch

Weiterhin dürfte der geschädigte A selbst keinen Anspruch gegen K haben. Vertragliche Ansprüche des A scheiden vorliegend mangels Vertrags aus. Da der A auch nicht Eigentümer geworden ist, können ihm auch keine dinglichen oder deliktischen Ansprüche zustehen. Der A hat somit keinen eigenen Ersatzanspruch gegen K. Er hat aber, wie bereits dargestellt, aufgrund der Gefahrtragungsregel des § 447 I BGB den Schaden.

(3) Zufälliges Auseinanderfallen

Das Schadensrecht unterliegt dem allgemein anerkannten Grundsatz des Dogmas vom Gläubigerinteresse, wonach der Gläubiger eines Schadensersatzanspruches nur seinen eigenen Schaden ersetzt verlangen kann.²⁶ Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes durch die Drittschadensliquidation ist deshalb nur in Ausnahmefällen zulässig und somit auf bestimmte Fallgruppen zu beschränken,²⁷ von denen

¹⁷ Baldus, in: MünchKommBGB, 5. Auflage, Vor §§ 987–1003, Rdnr. 8.

¹⁸ Ebbing, in: Erman-BGB, 12. Auflage, § 990, Rdnr. 6 ff.; Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, 25. Auflage, S. 335.

¹⁹ Baldus, in: MünchKommBGB, 4. Auflage, § 989, Rdnr. 8 ff.

²⁰ BGHZ 40, 91 (99); Larenz, Schuldrecht I, 14. Auflage, S. 463; kritisch: Büdenbender, in: NJW 2000, 986 (988 ff.).

²¹ Ebert, in: Erman-BGB, 12. Auflage, Vor §§ 249–253, Rdnr. 124 ff.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 19. Auflage, S. 315–317.

²² Vgl. Verweyen, in: Jura 2006, 571 (572); BGH NJW 1963, 1567, 1566; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 22. Auflage, S. 412 f.

²³ Büdenbender, in: NJW 2000, 987 ff.; Larenz, Schuldrecht AT, 14. Auflage, S. 462.

²⁴ Larenz, Schuldrecht AT, 14. Auflage, S. 466.

²⁵ Schiemann, in: Staudinger, 13. Bearbeitung, Vorbem. zu §§ 249–253, Rdnr. 74.

²⁶ Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 19. Auflage, S. 315.

²⁷ Ebert, in: Erman-BGB, 12. Auflage, Vor §§ 249–253, Rdnr. 118 ff.; Oetker, in: MünchKommBGB, 5. Auflage, § 249, Rdnr. 277; Larenz, Schuldrecht AT, 14. Auflage, S. 262; Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 19. Auflage, S. 315.

eine hier gegeben sein müsste. Durch die Gefahrtragungsregel des § 447 I BGB fallen Schaden und Anspruch aus Sicht des K zufällig auseinander. Diese Konstellation stellt die anerkannte Fallgruppe der obligatorischen Gefahrentlastung dar.²⁸ Somit liegen die Voraussetzungen für eine Drittschadensliquidation insgesamt vor.

(4) Rechtsfolgen

Der Schaden wird im Zuge der Drittschadensliquidation automatisch zum Anspruch gezogen,²⁹ sodass der W hier im Rahmen des §§ 989, 990 I BGB den Schaden des A geltend machen kann. Fraglich ist jedoch der Umfang des zu ersetzenden Schadens. Nach einer Ansicht soll der zu ersetzende Schaden auf den Betrag beschränkt werden, welcher bei dem Gläubiger ohne die Gefahrtragungsregel, also ohne die zufällige Schadensverlagerung, eingetreten wäre. Dies wird auf den Gedanken gestützt, dass die Gefahrtragungsregeln die gerechte Risikoverteilung im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander bestimmen, aber als klassische Ausformung der Relativität der Schuldverhältnisse Interessen außenstehender Dritter nicht berühren dürfen.³⁰ Nach der h. M. hingegen ist der Schaden des Dritten maßgeblich. Hierfür spricht, dass auch gerade dieser Schaden liquidiert werden soll und die Berechnung eines rein hypothetischen Schadens des Gläubigers generell unsicher ist. Auch dem Schädiger gegenüber ist das Abstellen auf den Schaden des Dritten gerechtfertigt, da ihm gleichermaßen ein niedrigerer Schaden des Dritten zu Gute kommt.³¹ Dementsprechend ist für den zu ersetzenden Schaden im Sinne der § 249 ff. BGB vorliegend auf den des A abzustellen. Somit kann zum einen der Wert der Espressomaschinen in Höhe von € 1000 pro Stück, folglich insgesamt € 25.000 liquidiert werden und darüber hinaus auch der entgangene Gewinn des A gem. § 252 BGB in Höhe von € 6250 (€ 250 x 25).

b) Schadensersatzansprüche aus §§ 992, 823 II BGB i.V.m. § 246 StGB

Der W könnte gegen den K einen Schadensersatzanspruch aus §§ 992, 823 II BGB i.V.m. § 246 StGB haben. Die Haftung aus Delikt wäre trotz des Vorranges des EBV aufgrund der ausdrücklichen Regelung des § 992 BGB auch anwendbar.³² K erhielt den Besitz an den Espressomaschinen jedoch nicht durch verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 BGB. Bei Entgegennahme der Ware fehlte ihm auch der für die Straftat des § 246 StGB notwendige Unterschlagungswille, so dass er den Besitz auch nicht durch eine Straftat bekam. K hat somit den Besitz nicht deliktisch im Sinne des § 992 BGB erlangt. Der W hat folglich keinen Schadensersatzanspruch gegen den K aus §§ 992, 823 II BGB i.V.m. § 246 StGB.

c) Anspruch auf Herausgabe des Verkaufserlöses aus § 816 I BGB

W könnte gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Verkaufserlöses aus § 816 I BGB haben. Da der Anspruch aus § 816 I BGB auf die Herausgabe des Erlangten gerichtet ist und nicht auf Schadens-, Nutzungs- oder Verwendungsersatz, entfaltet das EBV keine Sperrwirkung und § 816 I BGB ist grundsätzlich anwendbar.³³ Es müsste

28 BGHZ 40, 91 (100); Oetker, in: MünchKommBGB, 5. Auflage, § 249, Rdnr. 287; Schiemann, in: Staudinger, Vorbem § 249-253, Rdnr. 74.

29 Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Auflage, S. 307 f.

30 Büdenbender, in: NJW 2000, 986 (989, 992); Hierzu auch BGH NJW 1968, 1567, 1568.

31 Schiemann, in: Staudinger, 13. Bearbeitung 2004, Vorbem zu §§ 249 ff, Rdnr. 70; Oetker, in: MünchKommBGB, 5. Auflage, § 249, Rdnr. 292, 286; Larenz, Schuldrecht AT, 14. Auflage, S. 466; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 22. Auflage, S. 412, 413; Ebert, in: Erman-BGB, 12. Auflage, Vor § 249-253, Rdnr. 131.

32 Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Auflage, S. 124.

33 Ebbing, in: Erman-BGB, 12. Auflage, Vor §§ 987-993, Rdnr. 82.

also der K als Nichtberechtigter eine Verfügung über die Espressomaschinen getroffen haben, die dem W gegenüber wirksam ist. Wie bereits oben geprüft, haben die Kunden des K von diesem als Nichtberechtigten gem. §§ 929 S. 1, 932 I S. 1, II BGB, § 366 I HGB gutgläubig Eigentum an den gekauften Espressomaschinen erworben. Die Verfügungen des Nichtberechtigten K waren daher dem W gegenüber wirksam, sodass die Voraussetzungen des § 816 I BGB erfüllt sind. W hat gegen K daher einen Anspruch auf Herausgabe des gesamten Verkaufserlöses in Höhe von 10.000 € gem. § 816 I BGB.

d) Ansprüche aus § 687 II BGB

Weiterhin könnte der W Ansprüche wegen angemessener Eigengeschäftsführung aus § 687 II BGB gegen den K haben. Vorliegend hat der K mit der Veräußerung der 25 Espressomaschinen Geschäfte besorgt, die objektiv in den Rechts- und Interessenkreis des W als Eigentümer im Sinne des § 903 BGB fallen.³⁴ Somit hat er fremde Geschäfte besorgt, nämlich die des Eigentümers W. Diese hat er auch wie eigene Geschäfte geführt.³⁵ Der K hatte auch keinen Auftrag oder eine sonstige Berechtigung, die Geschäfte des W zu besorgen. Der Geschäftsführer K hatte auch positive Kenntnis davon, dass die Veräußerungen der Espressomaschinen fremde Geschäfte waren und er nicht zur Vornahme der Geschäfte berechtigt war.³⁶ Somit liegen die Voraussetzungen einer Geschäftsanmaßung gem. § 687 II BGB vor. Gem. § 687 II BGB kann W die Rechte aus §§ 677, 678, 681, 682 BGB geltend machen. Insbesondere kann er gem. §§ 678, 687 II S.1, 681 S. 2, 667 BGB die Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten, also die € 10.000 Verkaufserlös, von K verlangen. Daneben kann er im Wege seines Schadensersatzanspruches nach §§ 678, 687 II S.1 BGB i.V.m. §§ 249 ff. BGB ebenfalls den Drittschaden des A in Höhe von € 31.250 liquidieren.

2. ANSPRÜCHE DES W GEGEN S

a) Schadensersatzanspruch aus § 421 I S. 2, S. 3 HGB i.V.m. §§ 280 I, III, 283 BGB

Der W könnte gegen den S einen Schadensersatzanspruch aus § 421 I S. 2, S. 3 HGB i.V.m. §§ 280 I, III, 283 BGB haben.

aa) Schuldverhältnis

W und S haben einen wirksamen Frachtvertrag im Sinne von § 407 HGB geschlossen.

bb) Unmöglichkeit als Pflichtverletzung

Weiterhin müsste dem S gem. § 283 BGB die Leistung unmöglich im Sinne des § 275 I BGB sein, was die Pflichtverletzung im Sinne des § 280 I S. 1 BGB darstellt. Durch den Frachtvertrag als Sonderform des Werkvertrages war S gem. § 407 I HGB zur Beförderung und Ablieferung der Espressomaschinen bei A verpflichtet. Da nun der konkrete Verbleib der Espressomaschinen unbekannt ist, kann der S seiner Verpflichtung weder zum jetzigen Zeitpunkt noch innerhalb des Zeitraums des § 424 HGB nachkommen, sodass die Verlustver-

34 Medicus/Lorenz, Schuldrecht BT, 15. Auflage, S. 371.

35 Looschelders, Schuldrecht BT, 6. Auflage, S. 296.

36 Looschelders, Schuldrecht BT, 6. Auflage, S. 296.

mutung des § 424 HGB eingreift. Somit ist dem S gem. § 275 I BGB die Erfüllung seiner Verpflichtung subjektiv unmöglich geworden.

cc) Vertretenmüssen

Daneben müsste der S den Umstand, aufgrund dessen die Unmöglichkeit als Pflichtverletzung eingetreten ist, auch gem. §§ 280 I S. 2, 276 BGB zu vertreten haben. Den S trifft vorliegend jedoch selbst kein Verschulden an der Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des § 276 BGB, auch ein Auswahl- oder Organisationsverschulden ist nicht ersichtlich. Allerdings hat der Angestellte B in fahrlässiger Art und Weise die Adressen verwechselt, was zur Falschlieferung und im Ergebnis zur Unmöglichkeit der Leistung geführt hat. Dieses Verschulden seiner Leute muss sich der S gem. § 428 HGB, der als *lex specialis* § 278 BGB verdrängt, wie eigenes Verschulden zurechnen lassen.

dd) Schaden

Wie oben dargestellt, hat der W jedoch nach der h. M. aufgrund des bestehenden Kaufpreisanspruches keinen Schaden. Dieser Schaden hat sich durch § 447 I BGB auf den A verlagert. Auch hier könnten wieder die allgemeinen Grundsätze über die Drittschadensliquidation eingreifen, wenn nicht eine Spezialregelung einschlägig wäre. Für die Anwendbarkeit der Drittschadensliquidation dürfte der A, der den Schaden hat, keinen eigenen Anspruch gegen den S haben. Dies ist vorliegend problematisch, da hier ein eigener Ersatzanspruch des A gegen S aus § 421 I S. 2 HGB i.V.m. §§ 280 I, III, 283 BGB in Betracht käme. Gem. § 421 I S. 2 HGB hat nämlich ebenfalls der vertragliche Empfänger des Gutes das Recht, bei Beschädigung, verspäteter Ablieferung oder Verlust des Gutes die sich aus dem Frachtvertrag ergebenden Ansprüche im eigenen Namen geltend zu machen, obwohl er selbst nicht Vertragspartei ist. Hierbei handelt es sich nach h. M. um einen eigenen materiellrechtlichen Anspruch des Empfängers und nicht um bloße Prozessstandschaft.³⁷ A kann folglich, obwohl er nicht Vertragspartei ist, gem. § 421 I S. 2 HGB i.V.m. §§ 280 I, III 283 BGB den vertraglichen Schadensersatz von S verlangen und hätte somit als Geschädigter einen eigenen Anspruch. Allerdings bestimmt § 421 I S. 3 HGB, dass auch der Absender, also hier der W, zur Geltendmachung der Ansprüche berechtigt bleibt, unabhängig davon, ob er im eigenen oder fremden Interesse handelt. Im Ergebnis können somit sowohl der W als auch der A den Schaden nach § 421 I S. 2, S. 3 HGB bei S geltend machen. Diese Regelung des § 421 I S. 2, S. 3 HGB stellt einen gesetzlich geregelten Fall der Drittschadensliquidation dar und verdrängt damit als Spezialregelung die allgemeinen Grundsätze der Drittschadensliquidation.³⁸ Dementsprechend hat der W trotz des eigenen Anspruches des A die Möglichkeit den Schaden des A nach § 421 I S. 2, S. 3 HGB i.V.m. §§ 280 I, III, 283 BGB zu liquidieren. Der Umfang des zu ersetzenden Schadens ergibt sich aus § 429 I HGB, wonach der Wert des Gutes zur Zeit der Übernahme der Beförderung zu ersetzen ist. Gem. § 429 III HGB richtet sich dieser Wert nach dem Marktpreis des Gutes, wobei hier nach der Vermutung des § 439 III S. 2 HGB der Verkaufspreis als der Marktpreis anzusehen ist. Vorliegend beträgt dieser Großhandelsverkaufspreis der Espressomaschinen € 25.000. S muss gem. § 429 III HGB nur diese € 25.000, nicht aber den potentiellen Verkaufspreis des A (Einzelhandelspreis) in Höhe von € 31.250 ersetzen.

³⁷ Oetker, in: JuS 2001, 833 (836 f.).

³⁸ Canaris, Handelsrecht, 24. Auflage, S. 504 ff.; Oetker, in: JuS 2001, 833 (840); siehe hierzu auch Herber, in: NJW 1998, 3297 (3302); siehe zur Abgrenzung von der Drittschadensliquidation auch Becker, in: AcP 2002, 722 (723 f.).

b) Schadensersatzanspruch aus § 831 BGB

Der W könnte einen Schadensersatzanspruch aus § 831 BGB gegen den S haben. Hierzu müsste der B Verrichtungsgelhilfe des S sein und bei Ausführung der Verrichtung einem Dritten durch unerlaubte Handlung einen Schaden zugefügt haben. Indem der B eine Tätigkeit für den S ausführt und an dessen Weisungen gebunden ist, handelt es sich bei ihm um einen Verrichtungsgelhilfen im Sinne des § 831 BGB.³⁹ Durch die Adressenverwechslung hat der B eine Ursache für den Eigentumsverlust des W als unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 I BGB gesetzt. Die anschließende Veräußerung der Maschinen durch K war auch keine höchst ungewöhnliche und unvorhersehbare Folge der Adressenverwechslung, sodass dem B der Verlust der Espressomaschinen auch haftungsrechtlich im Sinne der Adäquanztheorie zuzurechnen ist.⁴⁰ Grundsätzlich wird das Verschulden des Geschäftsherrn bei Vorliegen des Tatbestandes gem. § 831 I S.1 BGB vermutet.⁴¹ Fraglich ist jedoch, ob der S den Entlastungsbeweis nach § 831 I S. 2 BGB führen kann. Vorliegend hat der S den B mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ausgewählt und überwacht, sodass ihm der Entlastungsbeweis im Sinne des § 831 I S. 2 BGB gelingt und die Ersatzpflicht nicht eintritt.

3. ZWISCHENERGEBNIS: GEGENANSPRUCH I.S.D. § 320 I BGB

Aufgrund des Umstandes, der zur Unmöglichkeit der Erfüllung des Anspruchs des A gegen W aus § 433 I 1 BGB geführt hat, hat der W Ersatzansprüche sowohl gegen K als auch S erlangt. Diese Ansprüche hat W gem. § 285 BGB an den A herauszugeben, indem er diese an A gem. § 398 abtritt. Eine solche Abtretung ist freilich bezüglich des Anspruches des W gegen S aus §§ 280 I, III, 283 BGB unnötig, da A diesen Anspruch gem. § 421 I S. 2, S. 3 HGB unmittelbar selbst geltend machen kann. Bezüglich der Ansprüche des W gegen K besteht hingegen ein Anspruch auf Abtretung aus § 285 I BGB. Dieser Anspruch ist ein Gegenanspruch im Sinne des § 320 I BGB.

II. SONSTIGE VORAUSSETZUNGEN DES § 320 BGB

Der A ist nicht vorleistungspflichtig im Sinne des § 320 I BGB. Da keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass der A nicht am Vertrag festhalten möchte oder nicht Willens ist zu leisten, ist auch die ungeschriebene Voraussetzung der eigenen Vertragstreue⁴² vorliegend gegeben. Der W hat seine Ersatzansprüche gegen K auch noch nicht an den A abgetreten. Somit steht dem A die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gem. § 320 I BGB zu. In der Erklärung des A, er wolle nicht zahlen bzw. mit Gegenansprüchen aufrechnen, kann im Wege der Auslegung auch die Erhebung dieser Einrede gesehen werden.

D) GESAMTERGEBNIS

W kann von A die Zahlung des Kaufpreises gem. § 433 II BGB verlangen. Dies gilt freilich gem. §§ 320, 322 BGB nur Zug um Zug gegen Abtretung seiner Ersatzansprüche gegen K aus §§ 989, 990 I BGB, § 816 I BGB und § 687 II BGB i.V.m. §§ 678, 681, 667 BGB gem. §§ 285, 398 BGB an A.

³⁹ Looschelders, Schuldrecht BT, 6. Auflage, S. 240.

⁴⁰ Looschelders, Schuldrecht BT, 6. Auflage, S. 240.

⁴¹ Medicus/Lorenz, Schuldrecht BT, 15. Auflage, S. 466.

⁴² Looschelders, Schuldrecht AT, 8. Auflage, S. 128.

EXAMENSKANDIDATEN IM ZIVILRECHT: „DAS BEWEGTE SOFA“ von Rechtsreferendar Ahmad John Sayed (Bochum)¹

SACHVERHALT

A ist Eigentümer eines wertvollen antiken Sofas (Wert 25.000,- €) und entschließt sich, dieses durch eine aufwändige Reinigung in neuem Glanz erscheinen zu lassen. Die von ihm zu diesem Zweck beauftragte Reinigungsfirma verspricht, in den nächsten Tagen einen Mitarbeiter zur Abholung des Sofas vorbeizuschicken. B erfährt zufällig von dem geplanten Transport des Sofas und begibt sich am Folgetag, dem 02.05.2009, zum Haus des A, wo er sich diesem gegenüber als Mitarbeiter der Reinigungsfirma ausgibt. In dem Glauben, er überlasse sein Sofa der Reinigungsfirma, lässt A dieses von B abtransportieren.

Bereits am nächsten Tag wird B sich mit seinem Nachbarn, dem Rentner C, über den Verkauf des Sofas zu einem Preis von 25.000,- € einig. C möchte das Sofa für sein antik eingerichtetes Wohnzimmer erwerben. Wie B in den Besitz des Sofas gekommen ist, ahnt C nicht; das Sofa soll in den nächsten Tagen in die Wohnung des C gebracht werden.

Zur Finanzierung des Sofakaufs begibt sich C am 04.05.2009 in die D-Bank (D) und begehrt bei dieser ein Darlehen in Höhe von 25.000,- €. D ist zur Kreditvergabe jedoch nur unter der Voraussetzung bereit, dass C ausreichend Sicherheit zur Verfügung stellt. Daraufhin vereinbaren C und D, dass D das Eigentum an dem Sofa zur Sicherheit übertragen wird. Im gleichzeitig geschlossenen Sicherungsvertrag wird vereinbart, dass das Sofa jedoch bei C verbleiben soll und D bei erfolgter Rückzahlung des Darlehens zur Rückübertragung des Sofas verpflichtet ist. Als Sicherungszweck benennt der Sicherungsvertrag ausdrücklich nur die Forderung aus dem Darlehensvertrag.

C und D schließen außerdem einen Darlehensvertrag zu einem Zinssatz von 10 % p.a.. Dies entspricht dem marktüblichen Zinssatz. Eine schriftliche Fixierung des Darlehensvertrages bleibt aus. Am 06.05.2009 liefert B das Sofa in der Mietwohnung des C ab. Am 07.05.2009 überträgt D schriftlich die Grundsuld sowie das Eigentum an dem Sofa auf E, wobei sie im Rahmen der schriftlichen Vereinbarung ihren Herausgabeanspruch gegen C abtritt und E den Grundschuldbrief übergibt. Sowohl die mündliche Form als auch der konkrete Inhalt des Darlehensvertrages sind E nicht bekannt.

Bereits am 08.05.2009 erfährt E zufällig von angeblichen Zahlungsschwierigkeiten des C und verlangt, um seine Schäfchen ins Trockene zu bringen, unter Offenlegung der Eigentumsübertragung an ihn das Sofa von C heraus. Dieser leistet der Aufforderung Folge und gibt das Sofa an E heraus.

Einige Tage später äußert ein juristisch bewandeter Freund des C Bedenken an der Wirksamkeit des gesamten Darlehensvertrages, des Sicherungsvertrages und der Bestellung der Sicherheiten. Eine Auszahlung des Darlehens hat noch nicht stattgefunden.

C verlangt von E die Herausgabe des Sofas, zu Recht?

¹ Ahmad John Sayed ist Rechtsreferendar am LG Duisburg und wiss. Mitarbeiter bei der Luther Rechtsanwaltsengesellschaft in Essen.

Anmerkung: Alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen sind, ggf. hilfsgutachterlich, zu bearbeiten.²

GLIEDERUNG

- A. Anspruch des C gegen E auf Herausgabe des Sofas gem. § 985 BGB
 - I. Eigentumserwerb von B gem. § 929 S. 1 BGB
 - II. Eigentumserwerb von B gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 BGB
 - 1. Einigung zwischen B und C
 - 2. Übergabe
 - 3. Einigsein im Zeitpunkt der Übergabe
 - 4. Fehlende Berechtigung
 - 5. Gutgläubigkeit des C i. S. d. §§ 932 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Abs. 2 BGB
 - 6. Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs des C gem. § 935 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB
 - 7. Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs des C gem. § 935 Abs. 1 S. 1 Var. 3 BGB
 - III. Eigentumsverlust des C an D gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB im Wege einer antizipierten Übereignung
 - 1. Antizipierte Einigung zwischen C und D
 - 2. Antizipiertes Besitzkonstitut
 - a) Nichtigkeit des Sicherungsvertrages gem. § 139 BGB
 - aa) Nichtigkeit des Darlehensvertrages gem. § 494 Abs. 1 Var. 1 BGB
 - bb) Einheit zwischen Darlehensvertrag und Sicherungsvertrag
 - cc) Teilbarkeit der Rechtsgeschäfte
 - b) Auswirkungen des nichtigen Sicherungsvertrages auf das Besitzkonstitut
 - c) Fehlendes Besitzmittlungsverhältnis mangels Herausgabeanspruch
 - IV. Eigentumsverlust des C an E durch D gem. §§ 929 S. 1, 931, 934 BGB
 - 1. Einigung
 - 2. Abtretung des Herausgabeanspruchs
 - 3. Fehlende Berechtigung der D
 - 4. Gutgläubigkeit des E
- B. Anspruch gem. § 1007 Abs. 1, 2 BGB
- C. Anspruch gem. § 861 Abs. 1 BGB
- D. Anspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB

LÖSUNG

A. ANSPRUCH DES C GEGEN E AUF HERAUSGABE DES SOFAS GEM. § 985 BGB

C könnte einen Herausgabeanspruch des Sofas aus § 985 BGB zustehen. Das setzt zunächst voraus, dass C Eigentümer des Sofas ist.

² Bearbeiterhinweis: Der Fall wurde im Dezember 2009 in Nordrhein-Westfalen in der Ersten Juristischen Staatsprüfung zur Bearbeitung ausgegeben. Allerdings wurde der erheblich kleinere zweite Teil, der den damals neu eingefügten § 1192 Abs. 1a BGB zum Gegenstand hat, weggelassen und der Schwerpunkt auf das Mobiliarsachenrecht gelegt. Die Veröffentlichung wurde durch das JPA Düsseldorf genehmigt.

I. EIGENTUMSERWERB VON B GEM. § 929 S. 1 BGB

C könnte das Eigentum von B nach § 929 S. 1 BGB erlangt haben. Das setzt jedoch voraus, dass B verfügungsbefugt im Sinne des § 929 S. 1 BGB war. Demnach müsste B befugt gewesen sein, das Eigentum an dem Sofa auf eine andere Person zu übertragen.³ A übergab dem B das Sofa in der Vorstellung, der B sei ein Angestellter des durch A für die Reinigung des Sofas beauftragten Unternehmens. A hat hierbei rein tatsächlich gehandelt, sodass dieses Handeln nicht als Willenserklärung zur Eigentumsübertragung ausgelegt werden kann. Ferner kann hierin auch keine anderweitige rechtsgeschäftliche Erklärung i. S. einer Einwilligung gem. § 185 Abs. 1 BGB gesehen werden, sodass B nicht verfügungsbefugt war.

II. EIGENTUMSERWERB VON B GEM. §§ 929 S. 1, 932 ABS. 1 BGB

C könnte jedoch gutgläubig das Eigentum von B gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 BGB erlangt haben.

1. EINIGUNG ZWISCHEN B UND C

Eine Einigung zwischen B und C bzgl. des Eigentumsübergangs könnte bereits am 03.05.2009 vorgelegen haben.

B und C haben sich darauf geeinigt, dass das Sofa in den nächsten Tagen zu C in die Wohnung geliefert werden solle, sodass nach Auslegung des Parteiwillens (§§ 133, 157 BGB)⁴ hierin nur die Einigung zum Verpflichtungsgeschäft zu sehen ist. Jedoch lag eine konkludente Einigung⁵ in der Lieferung am 06.05.2009.

2. ÜBERGABE

Mit der Lieferung der Sache hat C gem. § 854 Abs. 1 BGB den unmittelbaren Besitz auf Veranlassung des Veräußerers B erlangt und B hat keinen Besitzrest behalten.⁶ Eine Übergabe i. S. d. § 929 S. 1 BGB lag mithin vor.

3. EINIGSEIN IM ZEITPUNKT DER ÜBERGABE

Übergabe und Einigung haben in einem einheitlichen Akt stattgefunden, sodass die Parteien zum Zeitpunkt der Übergabe einig waren.

4. FEHLENDE BERECHTIGUNG

Wie oben bereits festgestellt, war B nicht Berechtigter i. S. d. § 929 S. 1 BGB.

5. GUTGLÄUBIGKEIT DES C I. S. D. §§ 932 ABS. 1 S. 1 I. V. M. ABS. 2 BGB

Nicht im gutem Glauben handelt, wem bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört, § 932 Abs. 2 BGB.

C wusste im Zeitpunkt des Kaufvertragschlusses am 03.05.2009 nichts von der fehlenden Eigentümerstellung des B. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Gutgläubigkeit des Erwerbers ist jedoch der Zeitpunkt des letzten Erwerbsakts.⁷ Eine Änderung des Kenntnisstandes des C zwischen dem 03.05.2009 und der Übergabe lag nicht vor, sodass C zum maßgeblichen Zeitpunkt des § 932 Abs. 1 S. 1 BGB gutgläubig i. S. d. § 932 Abs. 2 BGB war.

6. AUSSCHLUSS DES GUTGLÄUBIGEN ERWERBS DES C GEM. § 935 ABS. 1 S. 1 VAR. 1 BGB

Der gutgläubige Erwerb durch C könnte ausgeschlossen sein, wenn gem. § 935 Abs. 1 S. 1 Var. BGB dem A die Sache gestohlen wurde. Das setzt zunächst voraus, dass B dem A die Sache weggenommen hat, § 242 StGB. Wegnahme ist der Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams.⁸ A hat dem B das Sofa zwar irrtumsbedingt, jedoch freiwillig gegeben. Für den Gewahrsam als etwas rein Tatsächliches kommt es auf den Irrtum des A nicht an.⁹ Demnach ist der Irrtum des A insoweit irrelevant, sodass ein tatbestandsausschließendes Einverständnis des A vorlag.¹⁰ Ein Ausschluss gem. § 935 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB scheidet mithin aus.

7. AUSSCHLUSS DES GUTGLÄUBIGEN ERWERBS DES C GEM. § 935 ABS. 1 S. 1 VAR. 3 BGB

Dem A könnte die Sache jedoch abhanden gekommen sein, sodass ein gutgläubiger Erwerb durch den C ausscheidet, § 935 Abs. 1 S. 1 Var. 3 BGB. Abhanden gekommen ist die Sache dem Eigentümer gem. § 935 Abs. 1 S. 1 Var. 3 BGB, wenn dieser den unmittelbaren Besitz unfreiwillig aufgibt.¹¹

Wie oben bereits erwähnt, hat der A dem B die Sache freiwillig gegeben. Somit ist dem A die Sache nicht abhanden gekommen i. S. d. § 935 Abs. 1 S. 1 Var. 3 BGB. Ein gutgläubiger Erwerb des C scheidet folglich nicht aus.

Zwischenergebnis: C hat das Eigentum am 06.05.2009 gutgläubig von B erworben.

III. EIGENTUMSVERLUST DES C AN D GEM. §§ 929 S. 1, 930 BGB IM WEGE EINER ANTIZIPIERTEN ÜBEREIGNUNG

C könnte sein Eigentum an D gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB verloren haben, indem C am 04.05.2009 der D das Sofa zur Sicherung der Forderung übereignete. Problematisch hierbei ist, dass die Einigung zwischen C und D bereits am 04.05.2009 zustande kam. Wie oben bereits festgestellt, wurde C jedoch erst am 06.05.2009 Eigentümer des Sofas. Jedoch könnten D und C das Sofas gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB im Wege einer antizipierten Übereignung übertragen haben. Ein solcher Eigentumserwerb ist allgemein anerkannt.¹²

³ Oechsler, in MüKo zum BGB, 5. Auflage 2009, § 929 Rn. 43.

⁴ Oechsler, in MüKo zum BGB, 5. Auflage 2009, § 929 Rn. 27.

⁵ Bearbeitervermerk: Siehe zur konkludenten Einigung Bassenge, in Palandt, 69. Auflage 2010, § 929 Rn. 3.

⁶ Bassenge, in Palandt, 69. Auflage 2010, § 929 Rn. 11 ff.

⁷ Wiegand, in Staudinger BGB 2004, § 932 Rn. 92.

⁸ Lackner/ Kühl StGB, 27. Auflage 2011, § 242 Rn. 8.

⁹ Fischer StGB, 57. Auflage 2010, § 242 Rn. 22.

¹⁰ Lackner/ Kühl StGB, 27. Auflage 2011, § 242 Rn. 14.

¹¹ Wiegand, in Staudinger BGB 2004, § 935 Rn. 4.

¹² Wiegand, in Staudinger, BGB 2004, § 930 Rn. 30; § 929 Rn. 80.

1. ANTIZIPIERTE EINIGUNG ZWISCHEN C UND D

Hierzu ist zunächst eine antizipierte Einigung zwischen C und D erforderlich. Die Einigung müsste vor dem Erwerb der Sache durch den (zukünftigen) Veräußerer vorliegen.¹³ Wie soeben geprüft, haben sich C und D bereits am 04.05.2009 über den Eigentumsübergang geeinigt, wohingegen C erst am 06.05.2009 das Eigentum an dem Sofa erlangt hat. Der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz ist durch die Individualität des Sofas gewahrt.¹⁴

2. ANTIZIPIERTES BESITZKONSTITUT

Weiterhin ist eine Vereinbarung eines antizipierten Besitzkonstituts erforderlich.¹⁵ Eine solche Vereinbarung könnte der Sicherungsvertrag zwischen D und C darstellen. Dieser könnte jedoch gem. § 139 BGB nichtig sein.

a) Nichtigkeit des Sicherungsvertrages gem. § 139 BGB

Zunächst müsste ein nichtiges Rechtsgeschäft vorliegen.

aa) Nichtigkeit des Darlehensvertrages gem. § 494 Abs. 1 Var. 1 BGB

Der Darlehensvertrag könnte gem. § 494 Abs. 1 Var. 1 BGB nichtig sein.¹⁶

Hierfür müsste es sich zunächst um einen Verbraucherdarlehensvertrag i. S. d. § 491 Abs. 1 BGB handeln.

Dann müsste D Unternehmer i. S. d. § 14 BGB sein und den Darlehensvertrag in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit geschlossen haben. Hiervon kann bei der D als Bank ausgegangen werden. Ferner ist D gem. §§ 491 Abs. 1, 488 Abs. 1 S. 1 BGB als Darlehensgeber am Darlehen beteiligt gewesen.

Weiterhin müsste C den Darlehensvertrag als Verbraucher i. S. d. § 13 Abs. 1 BGB abgeschlossen haben, d. h. C muss in nicht gewerblicher oder selbstständiger Tätigkeit gehandelt haben.

C wollte sich mit dem Darlehen ein Sofa für den Privatgebrauch finanzieren und handelte somit in nicht gewerblicher oder selbstständiger Tätigkeit. Schließlich hat C den Vertrag ferner als Darlehensnehmer i. S. d. § 491 Abs. 1 BGB geschlossen. Es handelte sich somit um einen Verbraucherdarlehensvertrag i. S. d. § 491 Abs. 1 BGB und bedurfte deshalb gem. § 492 Abs. 1 S. 1 BGB der Schriftform i. S. d. § 126 Abs. 1 BGB. Diese wurde beim Darlehensvertrag zwischen D und C nicht eingehalten. Grundsätzlich ist der Darlehensvertrag gem. § 494 Abs. 1 Var. 1 BGB nichtig, wenn keine Heilung i. S. d. § 494 Abs. 2 S. 1 BGB vorliegt. Die Auszahlung des Darlehens ist ausweislich des Sachverhalts unterblieben. Der Darlehensvertrag bleibt gem. § 494 Abs. 1 Var. 1 BGB nichtig.

bb) Einheit zwischen Darlehensvertrag und Sicherungsvertrag

Weiterhin müsste es sich bei dem Sicherungsvertrag und dem Darlehensvertrag um ein einheitliches Rechtsgeschäft i. S. d. § 139 BGB handeln. Zu bestimmen ist dies durch Auslegung gem. §§ 133, 157

13 Oechsler, in MüKo zum BGB, 5. Auflage 2009, § 930 Rn. 24.

14 Bassenge, in Palandt, 69. Auflage 2010, § 930 Rn. 10.

15 Oechsler, in MüKo zum BGB, 5. Auflage 2009, § 930 Rn. 24.

16 Bearbeitervermerk: § 494 Abs. 1 Var. 1 BGB geht § 125 S. 1 BGB vor, s. Weidenkaff, in Palandt 2010, § 494 Rn. 3.

BGB.¹⁷ Allein der Umstand, dass die Verträge in einem Akt geschlossen wurden, ist allenfalls ein Indiz und reicht somit nicht aus, die Einheit des Rechtsgeschäfts zu begründen.

Jedoch benennt der Sicherungsvertrag ausdrücklich als einzigen Sicherungszweck die Forderung aus dem Darlehensvertrag. Für einen objektiven Dritten stellt sich in jedem Fall die Wirksamkeit des Darlehensvertrages als Voraussetzung für den Sicherungsvertrag dar. D wollte den Darlehensvertrag nur abschließen, wenn C Sicherheit leistet. C hat den Sicherungsvertrag nur unterschrieben, um das Darlehen zu erhalten. Somit liegt auch in subjektiver Hinsicht für beide Vertragsparteien ein einheitliches Rechtsgeschäft vor.¹⁸

cc) Teilbarkeit der Rechtsgeschäfte

Schließlich müssten die Rechtsgeschäfte teilbar sein.¹⁹ Dies ist bei zwei miteinander verbundenen Rechtsgeschäften unproblematisch.²⁰

Nach dem Wortlaut des § 139 BGB ist grundsätzlich das gesamte Rechtsgeschäft nichtig. Jedoch ist zu beachten, dass der Zweck der Sicherheit regelmäßig durch den Sicherungsvertrag auch dann bestimmt wird, wenn die gesicherte Forderung nicht besteht, sodass grundsätzlich nach dem mutmaßlichen Parteiwillen der Sicherungsvertrag von der Nichtigkeit des Geschäfts der gesicherten Forderung unberührt bleiben soll.²¹

Hier hat der Sicherungsvertrag hingegen ausschließlich die Forderung aus dem Darlehensvertrag gesichert. Nach dem mutmaßlichen Parteiwillen soll in diesem Fall die Nichtigkeit des Darlehensvertrages auch die Nichtigkeit des Sicherungsvertrages zur Folge haben, sodass gem. § 139 BGB das Rechtsgeschäft insgesamt nichtig ist.²²

Zwischenergebnis: Der Sicherungsvertrag ist gem. § 139 BGB nichtig.

b) Auswirkungen des nichtigen Sicherungsvertrages auf das Besitzkonstitut

Der C ist unmittelbarer Besitzer des Sofas und mittelbar der D den Besitz am Sofa aufgrund des Sicherungsvertrages, sodass grundsätzlich ein Besitzkonstitut vorliegt.²³

Fraglich ist jedoch, ob ein durch ein nichtiges Rechtsgeschäft entstandenes Besitzmittlungsverhältnis den Voraussetzungen einer Übereignung gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB genügt.

Hierfür spricht zunächst der Wortlaut des § 868 BGB.²⁴ § 868 BGB setzt die Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses nicht voraus, sondern stellt auf die Vorstellung des Besitzmittlers ab. Zudem verlangen die Gesetzesmaterialien auch keine Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses.²⁵

17 Ellenberger, in Palandt, 69. Auflage 2010, § 139 Rn. 5.

18 Bearbeitervermerk: Zur Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand der Einheitlichkeit und zum Meinungsstreit siehe Roth, in Staudinger, BGB 2010, § 139 Rn. 37.

19 Bearbeitervermerk: Die Frage nach der Teilbarkeit ist von der Frage der Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts zu unterscheiden, s. Roth, in Staudinger, BGB 2010, § 139 Rn. 60 ff.

20 Roth, in Staudinger, BGB 2010, § 139 Rn. 62.

21 BGH NJW 1994, 2885; Ellenberger, in Palandt, 69. Auflage 2010, § 139 Rn. 14.

22 BGH NJW 1994, 2885.

23 Bund, in Staudinger, BGB 2007, § 868 Rn. 13.

24 Joost, in MüKo zum BGB, 5. Auflage 2009, § 868 Rn. 15.

25 Bund, in Staudinger, BGB 2007, § 868 Rn. 16; Joost, in MüKo zum BGB, 5. Auflage 2009, § 868 Rn. 15.

Demgegenüber ist festzustellen, dass das Rechtsverhältnis und das Besitzmittlungsverhältnis regelmäßig miteinander einhergehen, sodass - insbesondere unter Berücksichtigung einer Parallelwertung in der Laiensphäre - eine Distinktion zwischen Besitzmittlungs- und Rechtsverhältnis nicht sachgerecht scheint.²⁶

Eine vermittelnde Ansicht möchte nur bei einer Unwirksamkeit des Rechtsverhältnisses in Fällen von Geschäftsunfähigkeit, fehlender Vertretungsmacht oder bei einem Einigungsmangel ein unwirksames Besitzmittlungsverhältnis annehmen.²⁷

Entscheidend gegen die zweite Ansicht spricht, dass der Besitz etwas rein tatsächliches ist, sodass das Rechtsverhältnis für diese Bewertung keine Rolle spielt.²⁸ Die zweite Ansicht differenziert nicht hinreichend zwischen Rechtsgeschäft und Besitzmittlungsverhältnis.²⁹ Demgemäß ist die zweite Ansicht abzulehnen. Mangels Vorliegen eines speziellen Unwirksamkeitsgrundes, wie ihn die vermittelnde Ansicht fordert, kommen die erste und die vermittelnde Ansicht zum selben Ergebnis.

Der nichtige Sicherungsvertrag hat insoweit keine Auswirkung auf das Besitzmittlungsverhältnis.

c) Fehlendes Besitzmittlungsverhältnis mangels Herausgabeanspruch

Hiervon zu differenzieren ist die Frage, ob durch den nichtigen Sicherungsvertrag und den damit nichtigen potentiellen³⁰ Herausgabeanspruch der D das Besitzmittlungsverhältnis unwirksam wird.³¹ Auch hierbei muss berücksichtigt werden, dass das Besitzmittlungsverhältnis etwas rein Tatsächliches ist, sodass irgendein Herausgabeanspruch für ein wirksames Besitzmittlungsverhältnis ausreicht.³² Ein solcher könnte sich aus § 985 BGB ergeben.

Wie bereits festgestellt, setzt der Eigentumsübergang gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB jedoch ein Besitzmittlungsverhältnis voraus, welches wiederum einen Herausgabeanspruch voraussetzt. Ein Herausgabeanspruch der D aus § 985 BGB wäre jedoch erst Folge eines wirksamen Eigentumsübergangs von C auf D gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB und liegt somit im Zeitpunkt der Besitzerlangung durch C am 06.05.2009 noch nicht vor. Mangels Herausgabeanspruch aus § 985 BGB liegt kein wirksames Besitzmittlungsverhältnis i. S. d. §§ 929 S. 1, 930 BGB vor, sodass mangels Besitzkonstituts ein Eigentumserwerb der D gem. §§ 929 S., 930 BGB nicht in Betracht kommt.

Zwischenergebnis: D hat nicht gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB im Wege einer antizipierten Übereignung Eigentum von C erlangt.

IV. EIGENTUMSVERLUST DES C AN E DURCH D GEM. §§ 929 S. 1, 931, 934 BGB

1. EINIGUNG

Eine Einigung zwischen D und E lag vor.

²⁶ Bund, in Staudinger, BGB 2007, § 868 Rn. 16 m. w. N.

²⁷ Bund, in Staudinger, BGB 2007, § 868 Rn. 16 m. w. N.

²⁸ Bund, in Staudinger, BGB 2007, § 868 Rn. 16; Wiegand, in Staudinger BGB 2004, § 930 Rn. 12.

²⁹ Wiegand, in Staudinger BGB 2004, § 930 Rn. 12.

³⁰ Bearbeitervermerk: Die Bedingung durch den Sicherheitsfall ist insoweit nicht schädlich, s. Bund, in Staudinger, BGB 2007, § 868 Rn. 23.

³¹ Wiegand, in Staudinger BGB 2004, § 931 Rn. 6.

³² Bund, in Staudinger, BGB 2007, § 868 Rn. 23; Joost, in MüKo zum BGB, 5. Auflage 2009, § 868 Rn. 16.

2. ABTRETUNG DES HERAUSGABEANSPRUCHS

D hat die vermeintlichen Ansprüche³³ aus dem Sicherungsvertrag an E abgetreten.

3. FEHLENDE BERECHTIGUNG DER D

D ist Eigentümer geworden. s.o.

4. GUTGLÄUBIGKEIT DES E

E war ausweislich des Sachverhalts gutgläubig. Fraglich ist jedoch, ob E bereits durch die Abtretung des vermeintlichen Herausgabeanspruchs aus dem nichtigen Sicherungsvertrag Eigentum i. S. d. §§ 929 S. 1, 931, 934 Var. 1 BGB erlangt hat § 934 Var. 1 BGB regelt jedoch den Fall, dass der Herausgabeanspruch gegen den Dritten tatsächlich besteht.³⁴ Ein solcher besteht jedoch wegen der eben festgestellten Nichtigkeit des Sicherungsvertrages gerade nicht. Somit richtet sich der gutgläubige Erwerb des E nach §§ 929 S. 1, 931, 934 Var. 2 BGB,³⁵ d. h. E könnte das Eigentum allenfalls bei der Besitzerlangung durch C erlangt haben.³⁶ E war zum Zeitpunkt der Besitzerlangung noch immer gutgläubig i. S. d. § 932 Abs. 2 BGB und hat somit das Eigentum am Sofa erlangt.

Ergebnis: E ist Eigentümer des Sofas gem. §§ 929 S. 1, 931, 934 Var. 2 BGB geworden. Dem C steht somit kein Anspruch aus § 985 BGB gegen E zu.

B. ANSPRUCH GEM. § 1007 ABS. 1, 2 BGB

C hat den unmittelbaren Besitz am Sofa freiwillig aufgegeben, sodass ein Anspruch des C gegen E aus § 1007 Abs. 1 BGB gem. § 1007 Abs. 3 S. 1 Var. 2 BGB ausscheidet.³⁷ Der Anspruch aus 1007 Abs. 2 BGB ist denklogisch bei einer freiwilligen Aufgabe des Besitzes ausgeschlossen.³⁸

C. ANSPRUCH GEM. § 861 ABS. 1 BGB

C hat dem E das Sofa freiwillig gegeben, sodass keine verbotene Eigenmacht gem. § 858 Abs. 1 BGB vorliegt. Ein Anspruch aus § 861 Abs. 1 BGB scheidet ebenso aus.

D. ANSPRUCH GEM. § 812 ABS. 1 S. 1 VAR. 1 BGB

E hat Besitz und Eigentum am Sofa erlangt. Hierfür fehlt es zwischen C und E auch an einem Rechtsgrund. Jedoch lag keine Leistungsbeziehung zwischen C und E vor. Auch hat die D den C nicht angewiesen, dem E das Sofa zu übergeben.

Ein Anspruch des C aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB liegt nicht vor.

Gesamtergebnis: C hat keinen Anspruch gegen E auf Herausgabe des Sofas.

³³ Bearbeitervermerk: Zur Problematik des vermeintlichen Anspruchs bei § 934 BGB siehe Wiegand, in Staudinger BGB 2004, § 934 Rn. 10.

³⁴ Wiegand, in Staudinger BGB 2004, § 934 Rn. 1.

³⁵ wie vor; Bearbeitervermerk: Zu dieser nicht unumstrittenen Frage Wiegand, in Staudinger BGB 2004, § 934 Rn. 2 m. w. N.

³⁶ Ob nur in Fällen der verbotenen Eigenmacht oder auch in weiteren Fällen keine Besitzerlangung vorliegt stellt sich im vorliegenden Fall m. E. nach nicht, s. hierzu Wiegand, in Staudinger BGB 2004, § 934 Rn. 11, § 933 Rn. 20 ff.; vgl. wiederum anders gelagerten Fall OLG Düsseldorf 1995, 302.

³⁷ Gursky, in Staudinger BGB 2006, § 1007 Rn. 16.

³⁸ Gursky, in Staudinger BGB 2006, § 1007 Rn. 32.

WAHLSTATION IN AUSTRALIEN: SYDNEY IM „WINTER“

von Rechtsreferendar Dr. Nicolai Behr (München)¹

A. EINLEITUNG

Nach gefühlten drei Tagen im Flugzeug von Down Under nach Deutschland landete ich Anfang Oktober 2011 am Flughafen München. Nachdem meine Koffer nach 24-stündiger Reise als letzte Stücke auf das Laufband der Gepäckausgabe rutschten, bestieg ich um 15 Uhr deutscher Zeit endlich das Auto in Richtung Innenstadt. Meine innere Uhr schlug zu diesem Zeitpunkt bereits Mitternacht. Auch wenn die Reise nach und von Sydney etwas beschwerlich ist, würde ich nicht zögern, dort erneut für einige Zeit zu arbeiten. Wahrscheinlich ist dies aber nicht. Nicht nur wegen der enormen Distanz zwischen Deutschland und Australien ist der Austausch von Junganwälten schwierig, sondern auch die unterschiedlichen Rechtssysteme sind eine Hürde. Als ehemals britische Kolonie ist Australien vom Common Law-System des Commonwealth geprägt. Um in Australien als Anwalt zugelassen zu werden, muss man fundierte Kenntnisse im Common Law nachweisen. Selbst ein in Deutschland zugelassener Rechtsanwalt muss daher zwei weitere Jahre Vollzeit an der Universität studieren. Wer dennoch eine Anwaltszulassung anstrebt, dem sei der Geheimtipp der Dreifachzulassung empfohlen. Wegen der vergleichbaren Rechtssysteme verkürzt sich die Studiendauer deutlich, wenn man eine englische Zulassung nachweisen kann, die man durch ein Fernstudium erlangen kann. Insgesamt bringt dieser Umweg also nicht nur eine Zeitersparnis, sondern auch einen zusätzlichen Titel in Form einer englischen Anwaltszulassung. Wer sich nicht scheut, nach der deutschen Marathonausbildung zwei weitere Jahre die Jurabücher zu wälzen, muss sich zuletzt noch damit abfinden, dass – zumindest was große Wirtschaftskanzleien betrifft – das Einstiegsgehalt in Australien deutlich unter dem Niveau deutscher Kanzleien liegt. Diese hohen Hürden für den Berufseinstieg in Australien machen es noch attraktiver, die einmalige Gelegenheit der Wahlstation zu nutzen, um einige Zeit in Australien zu arbeiten.

B. SUCHE NACH DEM STATIONSPLATZ

Es ist nicht ganz einfach, in Sydney eine Anwaltskanzlei zu finden, die deutsche Referendare ausbildet. In der Regel sind es kleinere Kanzleien, die Bedarf an deutschen Nachwuchsjuristen haben. Internationale Großkanzleien stellen kaum Referendare ein. Das liegt zum einen daran, dass kaum eine der auch in Deutschland vertretenen internationalen Kanzleien bisher Standorte in Sydney hat. Zum anderen sind die wenigen Plätze in den großen, überwiegend lokalen Kanzleien bei den australischen Studenten äußerst begehrt. Anders als deutsche Wirtschaftskanzleien, die um gute Nachwuchskräfte kämpfen müssen, werden die Großkanzleien hier mit Bewerbungen für das australische Summer Clerkship geradezu überschüttet. Auf jede der angesehenen Kanzlei kommen mehr als 1.000 Bewerbungen. Und selbst für ein Büro mit über 200 Anwälten bedeutet diese enorme Zahl an Bewerbern, dass nur ein Bruchteil die Gelegenheit haben wird, dort als Summer Clerk zu arbeiten. In Anbetracht dieser enormen Zahl an motivierten Nachwuchsanwälten haben die Kanzleien grundsätzlich nur wenig Interesse, zusätzlich deutsche Referendare aufzunehmen.

¹ Der Autor ist Referendar und Teilnehmer des Career Mentorship Programms von Baker & McKenzie.



Wer also mit dem Gedanken spielt, seine Wahlstation in Sydney zu verbringen, sollte sich daher früh um einen der wenigen begehrten Plätze kümmern. Noch höher sind die Hürden, um in einer internationalen Wirtschaftskanzlei in Sydney arbeiten zu können. Die wenigen internationalen Kanzleien ermöglichen Referendaren eine Station in Down Under in der Regel nur dann, wenn sie bereits in den deutschen Büros eine Referendariatsstation verbracht oder in Nebentätigkeit gearbeitet haben. In meinem Fall ermöglichte es mir die Teilnahme am mehrfach prämierten und in der Kanzleibranche einzigartigen Career Mentorship Programme von Baker & McKenzie, das Nachwuchsjuristen langfristig auf ihrem Ausbildungsweg begleitet, und die darauf aufbauende promotions- und referendariatsbegleitende Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Prozessabteilung des Münchener Büros meine Wahlstation in Sydney verbringen zu können.

C. VOR DER ABREISE

Die derzeitigen Preise für ein Flugticket nach Sydney bewegen sich in etwa zwischen 1.100 und 1.400 Euro für einen Hin- und Rückflug in der Economy Class. Es gibt diverse Fluggesellschaften, die Flüge mit unterschiedlichen Zwischenstopps, etwa in Dubai oder Singapur, anbieten. Soweit es das Budget erlaubt, empfehle ich, nicht ausschließlich auf den Preis zu achten. Teilweise ergeben sich erhebliche Unterschiede in der Gesamtreisezeit, die von 23 bis 30 Stunden variieren kann. Und nicht zuletzt weiß man während der mindestens 21 Stunden reinen Flugzeit mehr Komfort zu schätzen.

Um in Australien als Referendar arbeiten zu können, benötigt man ein Visum. Die einfachste und sicherste Alternative ist das Working Holiday Visum. Das Visum kann man online über die Internetseite der australischen Einwanderungsbehörde bestellen, die Bestätigung erhält man innerhalb einer Stunde per E-Mail. Das Visum ist bei der Einreise elektronisch für den entsprechenden Reisepass hinterlegt. Der Preis für das Visum beträgt derzeit 270 Australische Dollar (AUD). Es berechtigt alle 18- bis 30-Jährigen zu einem Aufenthalt von einem Jahr. Man darf das Land beliebig oft verlassen. Diese Rückkehroption ist vor allem dann wichtig, wenn man den Aufenthalt in Australien für einen Abstecher nach Neuseeland oder auf die Fidschi-Inseln nutzen möchte.

Ob man sich von Deutschland aus bereits um eine Wohnung kümmern sollte, lässt sich nicht pauschal beantworten. Es ist eher eine

Typfrage. Ich selbst habe mich dafür entschieden, für einige Tage ein Hotel zu buchen und mir vor Ort die Wohnungen anzusehen. Auf diese Weise erhält man einen besseren Eindruck von dem Zustand der Wohnung oder des Hauses, der Umgebung, den Entfernungen und den Mitbewohnern.

Um hohe Kreditkartengebühren zu vermeiden, bietet es sich an, in Deutschland ein Konto bei einer der diversen Onlinebanken zu eröffnen. Diese Banken bieten häufig Kreditkarten an, mit denen man im Ausland kostenlos Geld abheben kann. Auf diese Weise lassen sich über die gesamten drei Monate hinweg sicher 50 bis 100 Euro sparen. Sofern man das neu eröffnete Girokonto nicht als reguläres Konto mit regelmäßigen Zahlungseingängen nutzt, sollte man nicht vergessen, die TAN-Liste für das Online-Banking mitzunehmen. Andernfalls kann der Kreditrahmen der Kreditkarte schnell aufgebraucht sein. Besonders Vermieter verlangen in der Regel die Kauti- on und Miete in Bar.

D. NACH DER ANKUNFT

Wer sich wie ich dafür entscheidet, vor Ort eine Wohnung zu suchen, dem empfehle ich die Internetseite www.gumtree.com.au. Hier finden sich spezielle Rubriken für Kurzzeitmieten und ein nach Stadtteilen sortiertes, großes Angebot an Wohnungen und Zimmern.

Trotz der enorm hohen Mieten ist der Wohnungsmarkt in Sydney stark umkämpft. Will man in einem der beliebten Stadtteile im Zentrum oder am Strand von Bondi oder Manly unterkommen, muss man sich gegenüber zahlreichen Bewerbern durchsetzen und gleichzeitig akzeptieren, dass die Wohnungspreise etwa das dreifache von deutschen Großstädten betragen. Zimmerpreise von 200 Euro pro Woche sind hier die Regel, will man sich nicht mit einer weiteren Person das Zimmer teilen.

Die meisten Kanzleien haben ihre Büros im CBD, dem Central Business District. Die Stadtteile um den CBD herum sind teuer, bieten aber gegenüber den etwas entfernten oder am Nordufer gelegenen Stadtteilen den Vorteil, dass man 42 AUD für das wöchentliche Nahverkehrsticket spart. Wie sich später herausstellte, war das Stadtviertel Darlinghurst, in dem ich ein Zimmer in einem Town House fand, in den 1920er und 1930er Jahren berüchtigt für seine „Razor Gangs“. Wegen der Nähe zum Stadtzentrum zieht es heute vermehrt junge Berufstätige in diese Gegend, was zugleich bewirkt hat, dass sich dort viele Restaurants niedergelassen haben.

Nach dem Kauf des Stromadapters, den man in jedem Supermarkt oder Convenience Store findet, war mein zweiter Einkauf eine strombetriebene Zimmerheizung. Die Temperaturen bei meiner Ankunft Ende Juni waren bei weitem nicht mit den Temperaturen Ende Dezember in Deutschland vergleichbar. Da die die Temperaturen in Australien tagsüber nicht weit unter 20 Grad Celsius fallen, besitzen die Häuser in Australien weder eine Zentralheizung noch eine gute Isolierung. Ein günstiges Gerät bekommt man im Supermarkt für circa 20 AUD.

Der Telefonmarkt in Australien ist derzeit sehr ausländerfreundlich. Diverse Anbieter haben praktische Prepaidkarten im Angebot. Eine Flatrate für alle australischen Netze, ein stattlichen Datenvolumen für das Smartphone und ein Guthaben für internationale Anrufe oder SMS bekommt man für 50 AUD pro Monat. Dieses Prepaidgut- haben ist dann für jeweils einen Monat gültig.

E. DER ALLTAG

Nicht nur die Preise des öffentlichen Nahverkehrs sind nervenauf- reibend. Es ist auch eine spannende Angelegenheit, in Sydney einen Bus zu besteigen. Einmal eingestiegen, verliert man binnen kürzester Zeit die Orientierung. Im Inneren des Busses befinden sich weder ein Fahrplan noch eine Anzeige für die nächste Station. Es hilft auch nichts mitzuzählen, wie oft der Bus gehalten hat. Der Bus hält an vielen Haltestellen nur dann, wenn dort ein Fahrgast hektisch winkt. Hilfreich ist ein Smartphone mit Datenvolumen, das einem die aktu- elle Position auf dem Stadtplan anzeigt.

Wegen des etwas verwirrenden Transportsystems und wegen der ho- hen Kosten für den öffentlichen Nahverkehr war ich froh, täglich zu Fuß in die Arbeit gehen zu können. Gestärkt mit einem Cappuccino aus einem der zahlreichen hervorragenden Cafés führte mich der Weg durch den direkt an der Bucht gelegenen Botanischen Garten entlang der beeindruckenden Skyline von Sydney. Dieser Park im Zentrum der Stadt war ursprünglich die erste Farm in Australien, hat sich aber seit dem 18. Jahrhundert zu einer der bekanntesten Se- henswürdigkeiten gewandelt. Das liegt nicht zuletzt an einer Kolonie Flughunde, die sich inmitten des Parks in den Bäumen ein Zuhause gesucht haben.

Vergleichbar etwa mit dem Central Park in New York, beginnt nur wenige Meter neben diesem blühenden, friedlichen Ort der Ernst des Lebens. 30, 40 und 50 Stockwerk hohe Gebäude dominieren die Skyline von Sydney. Das Büro von Baker & McKenzie befindet sich in der zweiten Reihe direkt am Circular Quay (ausgesprochen wie „key“), überragte aber das davor gelegene Gebäude um mehr als die Hälfte. Während also viele andere nur ihr Spiegelbild in der gegenü- berliegenden Glasfassade bewundern konnten, erwartete mich jeden Morgen die fantastische Aussicht aus unserem Aufenthaltsbereich auf die Bucht, das berühmte Opernhaus und die Harbour Bridge, auf der jedes Jahr zu Silvester die Feuerwerke gezündet werden.

F. DIE ARBEIT IN DER KANZLEI

Für den Großteil meiner Arbeitszeit war ich der so genannten TCC-Praxisgruppe von Baker & McKenzie zugeordnet. In diesem Bereich dreht sich alles um Telekommunikationsunternehmen, Da- tenschutz, Vertriebsverträge und Handelsvertreter. Die Aufgaben und Fragestellungen, mit denen ich mich befasst habe, waren ganz unterschiedlicher Natur und breit gestreut: Müssen Unternehmen einen Unfall anzeigen, der mit einem Produkt des Unternehmens im Zusammenhang steht oder stehen kann? Wie müssen genetisch modifizierte Lebensmittel gekennzeichnet werden? Welche Gesetze müssen angepasst werden, um dem rasanten Wandel in der Tele- kommunikations- und IT-Branche standhalten zu können? Darf ein Provider Dateien temporär auf einem eigenen Server speichern, um Datenübertragungsvolumen zu sparen, wenn zahlreiche Kunden auf die Dateien zugreifen wollen? Verletzt der Provider hierdurch das Urheberrecht des Inhabers? Welche technischen Einrichtungen muss ein Telefonanbieter vorhalten, damit Polizei und Staatsanwaltschaft Gespräche abhören können? Daneben entwarf ich für die interne Wissensdatenbank Vertragsklauseln für Versicherungsbedingungen und einen Leitfaden zur Vermarktung von Produkten in Australien. Meine deutschen Sprachkenntnisse waren nur einmal gefragt, als ei- ner unserer Mandanten von einem Wettbewerber verklagt und zur Verteidigung gegen die Ansprüche eine Marktanalyse in Deutsch- land erforderlich wurde.

Weil die Rechtssysteme in Deutschland und Australien zum Teil sehr unterschiedlich sind, dauerte es immer zunächst einige Zeit, bis ich mich so weit in einen Bereich eingelese hatte, dass ich die gesamte Tragweite der rechtlichen Fragestellung verstand. Insoweit ist es eine willkommene Hilfe, dass die australischen Behörden zahlreiche Zusammenfassungen, Ratgeber und Richtlinien zu diversen Gesetzen im Internet veröffentlichen. Hat man sich erst einmal ein Grundverständnis angeeignet, gewinnt man mit zunehmender Dauer des Aufenthalts immer mehr Sicherheit bei seiner Arbeit. Der Unterschied zur Arbeit in Deutschland ist nach einigen Wochen kaum noch spürbar.

Ich war sehr froh, dass ich ausschließlich mit australischen Kollegen zusammenarbeitete, was nicht zuletzt meinen Sprachkenntnissen zu Gute kam. Schnell gewöhnte ich mich an die Arbeitsabläufe vor Ort. Die Arbeitsweise in dem australischen Büro von Baker & McKenzie entspricht weitgehend der in den deutschen Büros. Meine in Deutschland erlernten Fähigkeiten in punkto Schriftsätze, Memoranden und E-Mails konnte ich nahtlos während meines Aufenthalts in Sydney einsetzen.

Obwohl ich grundsätzlich einer Partnerin und einem Associate zugeordnet war, integrierten mich nach kurzer Zeit auch andere Partner und Anwälte in ihre Projekte. Diese Form der Zusammenarbeit ist nicht nur bei Baker & McKenzie in Australien, sondern auch in den deutschen Büros üblich. Jeden Montagmorgen traf sich die Praxisgruppe, um die Auslastung innerhalb des Teams zu besprechen. Wer von den angestellten Anwälten nicht ausgelastet war, übernahm weitere Aufgaben eines anderen Partners. Dieses System erlaubt der Kanzlei einen besonders effektiven Umgang mit den vorhandenen Kapazitäten.

Aus den zahlreichen interessanten Projekten, an denen ich im Rahmen meiner Wahlstation mitarbeitete, sticht besonders ein geplantes Gesetzesvorhaben in Bezug auf die zunehmende Konvergenz in der Telekommunikationsbranche heraus. Konvergenz bedeutet in diesem Fall, dass verschiedene Dienste zusammenwachsen. Ähnlich wie in Deutschland sind etwa das Fernsehen und der Rundfunk in Australien reguliert. Andere gesetzliche Regelungen gelten für das Internet. Telefondienstleister unterliegen ebenso eigenen Bestimmungen. Die in der Vergangenheit begrenzten Einsatzmöglichkeiten unterschiedlicher Geräte wie Telefon, Computer und Fernsehgerät erweitern sich jedoch in rasendem Tempo. Ob Internet auf dem Handy oder Fernsehen auf dem Computer, der Gesetzgeber steht unter zunehmendem Druck, die Gesetzgebung an die neuen medialen Möglichkeiten anzupassen. Der australische Gesetzgeber hatte daher öffentlich dazu aufgefordert, Stellungnahmen zum geplanten Gesetzesvorhaben abzugeben. Unsere Aufgabe bestand darin, unsere Mandanten über die bestehen gesetzgeberischen Rahmenbedingungen zu informieren und - angepasst an die Interessen der Mandanten - Stellungnahmen für ein neues Gesetz auszuarbeiten. Während es bei Prozessen darum geht, Mandanten den günstigsten Weg gemäß der Rechtsprechung aufzuzeigen, war in diesem Fall viel Kreativität gefragt. Gerade das machte den Reiz dieser Aufgabe aus.

G. KONTAKTE

Wie in jeder fremden Umgebung ist es auch in Sydney nicht immer einfach, erste Kontakte zu knüpfen. Wer nicht das Glück hat, nette Kollegen oder Mitbewohner zu haben, kann sich über die Facebook-Gruppe „Referendare in Sydney“ mit anderen deutschen Referen-

daren für gelegentliche After-Work-Events im CBD in Verbindung setzen.

H. DIE AUSTRALISCHE LEBENSART

Referendare, die sich für eine Station in Australien entscheiden, müssen keine Angst vor Überstunden und Nachtschichten haben. Obwohl viele Kanzleien in Sydney und Melbourne sehr erfolgreich sind, ist der Arbeitsaufwand im Schnitt geringer als in Deutschland. Während es in großen deutschen Kanzleien nicht unüblich ist, gegen 21 Uhr das Büro zu verlassen, beginnt der Feierabend in Sydney regelmäßig bereits gegen 19 Uhr. Und von deutschen Referendaren wird auch nicht erwartet, dass sie als Letzte das Büro verlassen.

Die Atmosphäre in der Kanzlei und in der gesamten Stadt ist von großem Zusammenhalt und sozialem Engagement geprägt. Mehrmals wöchentlich erreichten mich E-Mails für soziale Projekte und diverse karitative Zwecke. Täglich begegnet man Menschen auf der Straße, die für sozial Schwache oder für Krebsstiftungen Geld sammeln. Auch das weltgrößte Laufevent – der City2Surf-Lauf vom Stadtzentrum bis zu dem berühmten Strand in Bondi – steht unter dem Motto, Geld für soziale Einrichtungen zu sammeln. Und die Menschen sind keineswegs genervt von dieser Flut an Projekten. Sie teilen reichlich und von Herzen.

I. URLAUB

Wer seine Wahlstation in Sydney verbringen möchte sollte zweierlei mitbringen: viel Geld und viel Zeit, um das Land zu bereisen. Sydney ist eine vielseitige und atemberaubende Stadt mit einer hohen Lebensqualität. Diese Lebensqualität hat ihren Preis. Mit dem aktuellen Wechselkurs findet sich kaum etwas, das nicht mindestens 50 Prozent teurer ist als in Deutschland. Das gilt für das Essen im Supermarkt und im Restaurant genauso wie für den öffentlichen Nahverkehr. Wirklich günstig ist nur das Rindersteak, das man mit Beilagen an fast jeder Ecke in einem der australischen - „Hotel“ genannten - Bars für 10 bis 12 AUD bekommt.

Sofern es die Ausbildungsstelle und der Resturlaub aus dem Referendariat erlauben, sollte man für seinen Aufenthalt im besten Fall einige Woche einplanen, in denen man durch das Land reisen und die Kultur genießen kann. Beliebt ist vor allem die Ostküste mit ihren atemberaubenden Stränden. Einmalig ist auch das Outback mit dem berühmten Ayers Rock. Wer genug Zeit hat, sollte zudem einen Abstecher nach Fidschi machen, das nur vier Flugstunden von Sydney entfernt ist.

J. FAZIT

Sicherlich ist Sydney während des australischen Sommers noch belebter und aufregender. Aber auch der „Winter“ in Australien verspricht eine tolle Zeit. Das Klima ist mit dem späten Frühling in Deutschland vergleichbar. Und mit jeder weiteren Woche steigen die Temperaturen.

Sydney selbst gehört für mich zu den schönsten Städten der Welt. Nur selten findet man tolle Strände, warmes Klima, pulsierende Kultur und Wirtschaft auf so kleinem Raum. Australien ist mit seinen Menschen und Landschaften eine einmalige Erfahrung.

ONLINE-INNOVATION AWARD

Bereits zum zweiten Mal haben wir in diesem Jahr unser Ranking „Online-Innovation“ erstellt, welches erstmals in der Ausgabe 4/2010 veröffentlicht wurde.



1. Noerr
2. Freshfields Bruckhaus Deringer
3. Gleiss Lutz
3. Rödl & Partner
5. Heuking Kühn Lüer Wojtek
6. PricewaterhouseCoopers (PWC legal)
7. Hengeler Mueller
8. CMS Hasche Sigle
9. Kappelman und Partner
10. Sonntag und Partner

A. BEWEGGRÜNDE FÜR DEN „ONLINE-INNOVATIONAWARD“

Viele Nachwuchsjuristen stehen während des Studiums/ oder Referendariat vor der Frage, bei welcher Kanzleien sie eine mögliche Anwalts- oder Wahlstation absolvieren sollten bzw. wer als Arbeitgeber in Betracht kommen könnte. Dabei sind einige Kanzleien aufgrund von Marketingmaßnahmen in den gängigen Zeitschriften (azur, Iur-ratio, JuS, Karriereführer Recht, Staufenberg) zumindest namentlich ein Begriff. Über genaueren Informationen verfügen aber die wenigsten.

Wie im Zeitalter von Social-Media üblich, liegt es daher nahe, sich über das Internet zu informieren, um einen besseren Eindruck vom potentiellen Arbeitgeber zu bekommen. Diesen Selbsttest machten wir dann im Sommer 2010.

2010 scheiterten die ersten Versuche bereits daran, dass alle bekannten Kanzleien zum damaligen Zeitpunkt bei dem meistgenutzten Social-Media Netzwerk „facebook“ nicht mit einer Arbeitgeberseite präsent waren, obwohl dies bei den großen Unternehmen bereits der Fall war. Auch bei der Karriereplattform „xing“ war das damalige Bild erschreckend. Zu Kanzleien gab es zwar bis zu 15 verschiedene „Unternehmensprofile“, diese erschienen aber mangels einer entsprechenden Strategie oder Überwachung durch die jeweiligen Kanzleien in der Regel inhaltslos.

Eine aktiv gepflegte Karriereplattform für Juristen, die sich auch gezielt an Nachwuchskräfte richtete, gab es nicht. Zwar bestand die Möglichkeit erste Informationen über wenige Kanzlei-Profilen auf den Seiten des „Juve-Verlages“ oder der Plattform „legalcareers“ zu erhalten, diese waren allerdings nur rudimentär und wenig hilfreich.

Videos, die z.B. die Geschichte und Philosophie der Kanzleien als Arbeitgeber zeigen und den Mitarbeitern ein „Gesicht“ geben, suchten wir vergebens.

In der Hoffnung, wenigstens durch die jeweiligen Kanzleiw Webseiten besser über Karriere- und Berufsperspektiven in Kanzleien informiert zu werden, versuchten wir dann durch die Eingabe der Kanzleinamen und des Suchbegriffes „Karriere“ in die Google-Suchmaske zu den entsprechenden Inhalten zu gelangen. Auch hier zeigte sich oftmals ein deprimierendes und unerwartete schlechtes bzw. nicht auf die Zielgruppe abgestimmtes Angebot an „Informationen“. Noch schlimmer wurde es, wenn man sich über die Karriere-seiten der Kanzleien bewerben wollte. Oftmals bestand nur die Möglichkeit eine E-Mail zu senden oder den Postweg zu nutzen. Von der gewünschten Bewerberfreundlichkeit – sich schnell und effektiv bewerben zu können – war nicht viel zu spüren.

B. DER INHALT DES RANKINGS

Die aufgezeigten schlechten Erfahrungen bewogen uns dazu, ein anhand objektiver Kriterien klar erkenn- und vergleichbares Ranking zu erstellen, das der Bedeutung von Social-Media und des Internets insgesamt Rechnung trägt.

Dabei geht es vordergründig darum den Lesern unserer Zeitschrift zu zeigen, welche Kanzleien sich ernsthaft und intensiv damit beschäftigen, unsere Zielgruppe „abzuholen“, Aus- und Weiterbildung zu fördern und über die wir uns langfristig via Social-Media und Karrierewebsites informieren können.

Den Kanzleien soll das Ranking aufzeigen, in welchen Bereichen sie gegenüber den anderen Kanzleien noch Nachholbedarf haben und was wir als Zielgruppe erwarten.

DAS RANKING 2010

Im ersten Ranking wurden die 40 umsatzstärksten Kanzleien berücksichtigt. Dabei ging es um die drei Kategorien „Web 1.0“, „Karriereseite“, „Web 2.0“: Die erste Kategorie bildete die allgemeine Internetpräsenz „Web 1.0“. Dabei spielten Aspekte wie die Übersichtlichkeit (Seitenstruktur), Nutzerfreundlichkeit, Einbindung der Karriereseite, und die Aktualität der Seite eine Rolle. Die zweite und für das Onlinerecruiting zur Zeit wichtigste Kategorie bildete der Karrierebereich, der im Ranking 2011 die wichtigste Kategorie darstellt. In der dritten Kategorie „Web 2.0“ wurden die Aktivitäten und Angebote im Social-Media Bereich („Twitter“, „facebook“, „xing“, „youtube“) bewertet.

Die Top 3 des Jahres 2010 bildeten Hengeler Mueller (Platz 1), Freshfields Bruckhaus Deringer (Platz 2) und GSK Stockmann und Kollegen (Platz 3). Der Kanzlei Hengeler Mueller konnte sich dabei aufgrund Ihrer hervorragenden Karriereseite knapp gegen Freshfields Bruckhaus Deringer durchsetzen. Allerdings hatte Hengeler Mueller bereits 2010 ein großes Verbesserungspotential bei der Präsenz im Social-Media Bereich.

GSK-Stockmann und Kollegen konnten sich trotz Ihrer Grüße dank der zum damaligen Zeitpunkt aktuellen und übersichtlichen Karriereseite mit der Möglichkeit einer zügigen Onlinebewerbung unter den TOP 3 platzieren.

DAS RANKING 2011

In diesem Jahr wurden neben den 40 umsatzstärksten Kanzleien noch 10 weitere, von unserem Team als relevante Arbeitgeber einge-

stufte Kanzleien hinzugezogen. Gewinner des diesjährigen Rankings ist die Kanzlei „Noerr LLP“, den zweiten Platz belegt wie im letzten Jahr „Freshfields Bruckhaus Deringer“. Den dritten Platz teilen sich die Kanzleien „GlæssLutz“ und „Rödl & Partner“.

Bereits vor der Veröffentlichung des Rankings 2010 hatten wir aufgrund der bereits damaligen Entwicklungen im Online-Recruiting beschlossen, für das Jahr 2011 veränderte Kategorien anzulegen. Diese Absicht teilten wir den berücksichtigten Kanzleien bei einer genaueren Präsentation des Rankings Anfang 2011 mit und zeigten auf, welche Verbesserungsmöglichkeiten boten.

Auch das Ranking 2011 gliedert sich in drei Kategorien: Die Kategorien „Web 1.0“ und „Karriereseite“ wurden zu der Kategorie „Karriereseite“ zusammengefasst und bilden für das Ranking 2011 die wichtigste Kategorie (60 %) Hier wurden im Wesentlichen nur noch die Angebote zur Karriere untersucht und deren Auffindbarkeit über die gängigen Suchmaschinen.

Aufgrund der gesteigerten Bedeutung von Social-Media kommt der Kategorie „Web 2.0“ in diesem Jahr eine erhöhte Bedeutung zu (30 %). Der Einsatz von Videos und die Präsenz in den gängigen sozialen Netzwerken werden aufgrund des immer größeren Konsums durch die Nachwuchsjuristen immer wichtig. Nicht zuletzt hat mittlerweile der Veranstalter der Karrieremesse „Juracon“ den Weg zu „facebook“ gefunden. Auch der Beck-Verlag hat bereits eine Fanpage auf „facebook“ und tritt hierüber direkt mit der Zielgruppe in Kontakt.

In der neuen dritten Kategorie „Employer Branding“ (10 %) wurden erkennbare Strategien (Kampagnen) und besondere innovative bzw. zeitgemäße Umsetzungen (Recruiting-App / Blogging) positiv berücksichtigt.

| | | | | | |
|-----|------------------------------------|--------|-----|---------------------------------------|-------|
| 1. | Noerr | 100,00 | 24. | FPS Rechtsanwälte + Notare | 52,55 |
| 2. | Freshfields Bruckhaus Deringer | 94,16 | 24. | Graf von Westphalen | 52,55 |
| 3. | Glæss Lutz | 93,43 | 28. | Norton Rose | 45,99 |
| 3. | Rödl & Partner | 93,43 | 29. | White & Case | 43,36 |
| 5. | Heuking Kühn Lüer Wojtek | 84,67 | 30. | Schultze & Braun | 42,34 |
| 6. | PricewaterhouseCoopers (PWC legal) | 83,21 | 31. | DLA Piper | 40,88 |
| 7. | Hengeler Mueller | 81,75 | 32. | Pöllath + Partners | 39,42 |
| 8. | CMS Hasche Sigle | 79,56 | 32. | Oppenländer | 39,42 |
| 9. | Kappellmann und Partner | 78,83 | 32. | Wilmer Hale | 39,42 |
| 10. | Sonntag und Partner | 76,64 | 35. | Mayer Brown | 35,77 |
| 11. | KPMG | 75,91 | 35. | Glade Michel Wirtz | 35,77 |
| 12. | Taylor Wessing | 74,45 | 37. | Latham & Watkins | 32,85 |
| 13. | Görg | 70,80 | 37. | McDermott Will & Emery | 32,85 |
| 14. | Shearman & Sterling | 70,07 | 37. | Milbank, Tweed, Hadley & McCloy | 32,85 |
| 15. | GSK Stockmann + Kollegen | 68,61 | 37. | Raue | 32,85 |
| 16. | Allen & Overy | 67,15 | 37. | Raupach & Wollert-Elmendorf | 32,85 |
| 17. | Flick Gocke Schaumburg | 65,69 | 42. | Göhmman | 26,28 |
| 18. | Ashurst | 64,23 | 43. | Heussen | 22,63 |
| 18. | Oppenhof & Partner | 64,23 | 43. | Linklaters | 22,63 |
| 20. | Luther | 62,04 | 43. | SJ Berwin | 22,63 |
| 21. | Hogan Lovells | 58,39 | 46. | Bird & Bird | 19,71 |
| 22. | Clifford Chance | 56,93 | 46. | Cleary Gottlieb Steen & Hamilton | 19,71 |
| 23. | Baker & McKenzie | 54,01 | 46. | Dewey & LeBoeuf | 19,71 |
| 24. | Beiten Burkhardt | 52,55 | 46. | Skadden, Arps, Slate, Meagher & Fromm | 19,71 |
| 24. | Buse Heberer Fromm | 52,55 | 50. | Jones Day | 16,06 |

WUNDERWAFFE PRÄDIKATSJURIST? WARUM AUCH EINE 3 EINE NUMMER 1 SEIN KANN

von Thore Eggert (Köln)

„Sie sollten Ihre Examen mit überdurchschnittlichem Erfolg abgeschlossen haben... Sie verfügen über zwei mindestens vollbefriedigende Examina ... Wenn Sie ihre Examina jeweils mit Prädikat abgeschlossen haben, dann...“ - so lesen sich meist Stellenanzeigen unter der Rubrik „Volljurist/in gesucht“.

Der Prädikatsjurist¹ - nicht der Übermensch, sondern der als Maßstab anzulegende Normalfall? Kein Prädikat im Examen? „Naja, wissen Sie, wir ...“. Der Jurist als Sklave der Noten?

PRÄDIKAT ALS CHARAKTEREIGENSCHAFT?

Bereits zu Beginn soll betont werden, dass niemandem, soviel ist sicher, Qualitäten oder positive Charaktereigenschaften abgesprochen werden sollen. Ganz im Gegenteil, wer ein Prädikat erreicht hat, der verdient Respekt und Anerkennung. Und nur Wenige haben das Glück, für diesen Erfolg nicht viel getan haben zu müssen. Der Erfolg in Form des Prädikats ist meist hart erarbeitet. Für diese harte Arbeit und den damit oftmals verbundenen Verzicht sollen die Kandidaten auch die Lorbeeren ernten dürfen. The few - the proud!

Wer also diese, oftmals unüberwindbare Hürde gemeistert hat, dem gilt ein ehrlich gemeintes: Herzlichen Glückwunsch!

Aber natürlich ist dies nicht die Mehrzahl der Absolventen. Nach Angaben des LJPA NRW³ schaffen lediglich maximal 19% ein mindestens vollbefriedigendes Ergebnis im 2. Staatsexamen. Die Mehrzahl der Kandidaten schafft ein befriedigendes Ergebnis (27,5 %) oder ein ausreichendes Ergebnis (30,2 %) und bei einer Durchfallquote von 23 % ist selbst das Bestehen an sich bereits eine Leistung. Im ersten Staatsexamen sieht dies nicht anders aus. Auch hier machen die Prädikatsjuristen lediglich ca. 16 % aus.

Sowohl bezüglich der Benotung in juristischen Examina als vor allem wegen der (Nicht-)Ausreizung der Notenstufe, gibt es Stimmen, auch wenn diese noch kaum vernehmbar sind oder ignoriert werden, die eine grundsätzliche Reform der Notenvergabe und -stufen fordern⁴. Bis dies geschehen ist, ist es jedoch noch ein weiter Weg.

Prüfungsleistungen sind aber nun mal nicht alles. Und sie sagen schon gar nichts über einen Menschen aus. Am wenigsten wohl über den Charakter. Über Fleiß und Belastbarkeit vielleicht - über Talente und Stärken nicht.

WER VIEL WUSSTE, KANN AUCH VIEL?

Selbst über das Wissen der Kandidaten sagt die Examensnote nicht alles aus. Wie bei jeder Prüfungssituation und -leistung spielen zahlreiche Faktoren eine Rolle, die meisten davon sind jedoch unbeeinflussbar. Man könnte die Prüfungssituation mit einem dreibeinigen Hocker vergleichen, dessen Beine Vorbereitung, Willen, aber eben auch Glück sind⁵. Perfekte Vorbereitung und Motivation sind nur

zwei Beine, auf denen der Hocker im besten Fall stehen kann, aber nur sehr wackelig. Und selbst die Beherrschung des partiell abgefragten Prüfungsstoffes ist der Beeinflussbarkeit entzogen. Denn wie auch sonst lassen sich oben aufgeführte Prüfungsergebnisse erklären, die sich in den letzten Jahren nur marginal verändert haben⁶.

Was unumstößlich gilt ist: Die Prüfungskandidaten befinden sich in den Prüfungsphasen im Zenit ihres Wissens. So mancher hat nun das Talent, dieses Wissen in der speziellen Prüfungssituation besser abrufen zu können als andere. Der Durchschnitt der Kandidaten schafft aber bestenfalls 80% der Leistung bzw. des Könnens abzurufen⁷. Meist ist der Wirkungsgrad jedoch geringer, trotz Motivation und Vorbereitung. Aber auch hier macht der Ton bekanntlich die Musik, denn wer das Wissen besser als andere herüberbringt, der punktet extra. Und auch diesbezüglich können Erfahrungswerte, Lebensalter und ähnliche Faktoren mit hineinspielen. Das Wissen macht einen Teil aus, aber eben nicht das Ganze. Die Formel Erfolg gleich Wissen geht also so nicht auf.

DER ALLTAG ALS HÄRTESTE PRÜFUNG

Das Wissen in der Prüfung punktgenau abzuliefern ist die eine Kunst. Das Abliefern und umsetzen dieser Leistung im Alltag ist eine andere.

Was ist nun in der Praxis eher gefragt? Statisch abrufbares Wissen? Oder pragmatische Lösungsansätze unter Berücksichtigung äußerer Faktoren oder Gesamtumstände? Zählt didaktisch perfekte Rechtsanwendung mehr als abrechenbare Stunden? Saubere Subsumtion sticht Gewinnstreben?

DRUCK ALS MOTIVATIONSMOTOR

Diese Frage sollte sich normalerweise gar nicht stellen dürfen. Das Referendariat sollte die Kandidaten eigentlich auf die Praxis vorbereiten und in der Endprüfung soll, zumindest laut Gesetz, die praktische Verwertbarkeit der Prüfungsleistung die oberste Prämisse sein⁸. Die Realität sieht doch meist anders aus.

An dieser Stelle soll erneut darauf hingewiesen werden, dass die gemachten Ausführungen Verallgemeinerungen sind, die selbstverständlich weder für jeden Fall, noch für jede Tätigkeit und erst recht nicht für jede Person gelten.

Nun stellen wir jedoch einmal auf den besseren Durchschnittskandidaten ab, der nun einmal den „normalen Juristen“ repräsentiert. Dieser hat ein „befriedigend“ im Examen erreicht. Für einen Juristen eine durchaus respektable Leistung. Oder um die Sprache des Gesetzes (§ 1 JurPrNotSkV) zu verwenden: Eine Leistung, die in jeder Hinsicht durchschnittlichen Anforderungen entspricht⁹. Negativ gesprochen hiernach jedoch ein „Durchschnittsjurist“ - in den Augen der Allgemeinheit der Studierenden - eher ein Tadel als ein Lob.

¹ Aus Gründen der Einfachheit wird hier lediglich die männliche Form verwandt.

² Vgl. Spiegel ONLINE, „Sklaven der Noten“ von Hendrik Wieduwilt, freier Journalist in Berlin und Doktorand am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht in Münster.

³ Informationen und Statistiken abrufbar unter: <http://www.justiz.nrw.de/JJM/landesjustizpruefungsamt>

⁴ Wendenburg/ Hauser, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP 2011, 18); dazu auch Interview auf Zeit online vom März 2011 (www.zeit.de/studium/hochschule/2011-03/juranoten-reform)

⁵ Riemann-Prehm, Soyka, Die Anwaltsklausur - Strafrecht, S. 77.

⁶ Ausbildungsstatistiken der juristischen Prüfungen seit 2001 sind abrufbar auf der Webseite des Bundesministeriums der Justiz unter www.bmj.de unter dem Punkt Service/ Fachinformationen.

⁷ Riemann-Prehm, Soyka, Die Anwaltsklausur - Strafrecht, S. 77.

⁸ Vgl. zum Ausbildungsziel § 39 JAG NRW.

⁹ Vgl. auch § 17 JAG NRW (auch zur rechnerischen Gesamtbewertung).

Unter Berücksichtigung der Notenvergabepraxis bzw. des hohen Anspruches der Prüfungsverantwortlichen in der Juristerei aber eine mehr als respektable Leistung.

Dies sollten die Einstellungsverantwortlichen, meist selbst Juristen, eigentlich ebenfalls wissen. Und dies tun sie auch. Aber: Ein Prädikat sollte es dann doch schon sein. Warum? Darum!

De facto und allein vom rein rechnerischen her können und werden viele Tätigkeiten, für die angeblich ein juristisches Prädikat Voraussetzung ist, gar nicht vom geforderten Absolventenkreis bearbeitet. Allein dies spricht dafür, dass es mit der Aussagekraft des Prädikatsabschlusses wohl doch nicht immer so weit her ist.

Warum dem Prädikat noch immer eine solche Bedeutung zugemessen wird obwohl sich Generationen von Juristen über diese „Ungechtigkeit“ echauffiert haben, bleibt ein Rätsel. Obwohl, oder gerade weil, doch einige der Entscheider einen solchen Abschluss nicht erreicht haben.

Es hält sich somit hartnäckig die Annahme, dass stets nur Prädikatsjuristen die guten Juristen sind und somit auch nur als solche karrieretauglich.

Der Prädikatsjurist jedoch kann nicht nur eine Bereicherung, sondern auch ein Problemfall für den Anstellenden sein. Denn wer weiß, dass er zu einer kleinen elitären Gruppe gehört, der weiß auch um die daraus erwachsenen Vorteile. Für den Absolventen bzw. Mitarbeiter gut, für den Arbeitgeber nicht zwingend. Manche Arbeitgeber setzen in Ihrer Personalplanung auf Fluktuation. Das Gute mitnehmen so lange es gut geht, danach trennen sich die Wege. Als Zukunftsmodell oder aus Kostengesichtsgründen sicherlich eine fragliche Praxis.

Bei Mitarbeitern, die ihren Job jedoch als einmalige Chance empfinden, da sie streng genommen das Anforderungsprofil nicht ganz erfüllen, werden sich die benannten Probleme vermutlich nicht bzw. nicht so schnell ergeben.

Der schlechtere Kandidat, der die Chance bekommt sich dort zu beweisen, wo eigentlich eine „höhere Qualifikation“ gefordert ist, hat stets den Drang eine tatsächliche oder imaginäre Leistungserwartung erfüllen zu müssen und wollen.

Es wäre unter Umständen zu viel gesagt zu behaupten, diese Kandidaten hätten Angst, jedoch der eigenständig erzeugte Druck ist meist höher als bei anderen Mitarbeitern. Und durch diesen Druck bedingt sind auch die Motivation und oftmals der Output größer und als solcher gewinnbringend nutzbar.

Umworben und „an die Hand genommen“ werden müssen diese Kandidaten nicht. Diese bewerben sich trotz der Wahrscheinlichkeit einer Absage. Auch nachdem sie oftmals eine Vielzahl von Absagen erhalten haben, kämpfen sie und sind oftmals mit weniger, sogar in monetärer Hinsicht, zufrieden und gehen nicht davon aus etwas geschenkt zu bekommen. Nicht das der Prädikatsjurist die Diva unter den Mitarbeitern wäre, jedoch zumindest unterbewusst weiß er, dass er sich um seine berufliche Zukunft meist wenig Gedanken machen muss. Bei der hohen Nachfrage an Prädikatsjuristen kommt er schnell woanders unter und die Wahrscheinlichkeit die „Treppe hinauf zu fallen“ ist auch nicht unbedingt gering.

Und auch Nachhilfe ist für solche Absolventen nicht erforderlich. Ein

Kandidat ohne Prädikatsabschluss ist meist trotzdem ein zumindest guter Jurist - stets jedoch bemüht dies durch (Mehr-)Leistung und Engagement zu beweisen. Ein „Arbeiter“ oftmals, der sich von den Widrigkeiten des Alltags vielfach nicht unterkriegen lässt, der meist für und in seinem Job zu kämpfen gelernt hat.

Bei manchem Absolventen ist die Note vielleicht aber auch dadurch bedingt, dass dieser noch anderen Dingen neben der Jurisprudenz zugänglich war. Vorbereitung und Lernen ja, aber Selbstaufgabe: Nein. Aber auch gerade durch dieses Profil kann ein solcher Bewerber eine Bereicherung für den Arbeitgeber darstellen. Denn auch Mandanten, Klienten, Kunden und Unternehmen kennen noch etwas anderes als die Jurisprudenz. Hier zählt der lebensnahe Pragmatiker meist mehr als der Rechtstheoretiker. Denn oftmals ist die Arbeit nun mal primär ergebnisorientiert. Und wer tut sich dann vermutlich leichter?

Vieles zu diesen Kandidaten Gesagte gilt auch für die Kandidaten, die lediglich ein ausreichend im Examen erreicht haben, nur mag es diesen noch um ein vielfaches schwerer fallen zu beweisen, dass sie über die notwendigen juristischen Kenntnisse verfügen. Ein Trugschluss, bei dem gewisse Zweifel jedoch verständlich sein mögen.

Die Handhabe einiger Kanzleien hingegen, „geringer qualifizierte“ Juristen, also vor allem Kandidaten mit einem ausreichend, zunehmend für Dokumentationsaufgaben oder Sekretariatstätigkeiten einzusetzen, scheint wenig zielführend, mag es sich auch unter Kostengesichtspunkten rechnen¹⁰. Überdies konkurrieren solche Kandidaten meist auch mit den diplomierten Wirtschaftsjuristen, die Ihnen jedoch qualifikationstechnisch meist weit voraus sind.

Die unbedingte Leistungsbereitschaft ist jedoch bei diesen „kritischen“ Kandidaten am stärksten, denn diese wissen, dass ihre Leistungen noch lange Zeit stets kritisch hinterfragt werden. Die Frustrationsschwelle ist daher meist hoch, Rückschläge können diese Kandidaten gut verkraften, denn sie haben mit diesen zu leben gelernt. Dies beginnt meist schon im Bewerbungsverfahren.

Auch oder vielleicht gerade deswegen können sich auch solche Kandidaten durchaus als Bereicherung für Unternehmen, Kanzleien und den öffentlichen Dienst erweisen.

Was den öffentlichen Dienst und die Geschwindigkeit der Entscheidungsfindung und Umsetzung angeht, bleibt zu erwarten, dass sich die Anforderungen an die Bewerber wohl kaum so schnell ändern werden. Guter Grund hin oder her. Begründet wird dies meist mit dem Prinzip der „Bestenauslese“. Und diese wird verstanden als Auslese nach Noten.

Der Wirtschaft, die sich meist als flexibler und kreativer als Verwaltung und öffentlicher Dienst erweist, soll die „Bestenauslese“ nicht abgesprochen werden. Jedoch solle dort diese Auslese treffenderweise als einzelfallorientierte Wahl des „Besten für den Job“ und nicht als des „am besten Bewerteten“ verstanden werden.

Selbstverständlich kann der Prädikatsjurist dies auch sein, aber eben nicht ausschließlich – Prädikat gut, aber nicht zwingend wertvoll!

¹⁰ Vgl. JUVE-Handbuch, „Der Anwaltsmarkt im Jahr nach der Krise“.

AUSBILDUNGSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN

| GERICHT | ART DER ENTSCHEIDUNG | DATUM | AKTENZ. | THEMEN-STICHWORTE | RECHTS- GEBIET |
|------------------|----------------------|----------|----------------------------------|--|-------------------------------|
| AG München | Urteil | 03.02.11 | 261 C 25225/10 | Konkretisierung von Versprechungen eines Werbeprospektes in AGB | Zivilrecht |
| BGH | Urteil | 27.05.11 | V ZR 122/10 | Keine Anwendung des § 442 BGB bei formunwirksamem Vertrag, wenn der Käufer den Sachmangel im Zeitpunkt der Grundbucheintragung kennt | Zivilrecht |
| OLG Brandenburg | Urteil | 28.06.11 | 2 U 16/10 | Keine Haftung der Stadt für Beschädigung eines parkenden Autos durch herabfallenden Ast | Zivilrecht |
| BGH | Urteil | 15.07.11 | V ZR 171/10 | Kein Haftungsausschluss nach § 444 BGB bei arglistig verschwiegenem Sachmangel, auch wenn dieser nicht für den Kaufabschluss kausal war | Zivilrecht |
| BGH | Urteil | 26.07.11 | XI ZR 197/10 | Nachweis der konkludenten Genehmigung einer Einzugsermächtigungslastschrift | Zivilrecht |
| OLG Oldenburg | Urteil | 23.08.11 | 13 U 59/11 | Ersatz von Benzinmehrkosten nach Einbau einer nicht funktionierenden Autogasanlage | Zivilrecht |
| BGH | Urteil | 12.10.11 | VIII ZR 251/10 | Kündigung einer vom Wohnungsmieter separat angemieteten Garage; Garage als Bestandteil des Wohnungsmietvertrages | Zivilrecht |
| BAG | Urteil | 09.06.11 | 6 AZR 687/09 | Zugang einer Kündigungserklärung, Ehegatte als Empfangsbote | Arbeitsrecht |
| BAG | Urteil | 22.06.11 | 8 AZR 752/09 | Verwirkung des Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers (§ 613a Abs. 6 BGB) bei Betriebsübergang | Arbeitsrecht |
| Hessisches LAG | Urteil | 01.07.11 | 10 Sa 245/11 | Rechtmäßige Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Kraftfahrers nach Verlust des Führerscheins aufgrund einer privaten Trunkenheitsfahrt | Arbeitsrecht |
| OLG Frankf. a.M. | Urteil | 07.07.11 | 1 U 260/10 | Keine Haftung der Fluggastkontrolle für abhandengekommene Gegenstände | Zivilrecht/ Öffentl. Recht |
| OLG Brandenburg | Beschluss | 02.08.11 | (2Z) 53 Ss-Owi 495/10 (238/10) | Verwendung einer Mini-Parkscheibe nicht erlaubt | Zivilrecht/ Öffentl. Recht |
| VGH Bayern | Urteil | 14.07.11 | 4 N 10.2660 | Keine Verpflichtung eines Grundstückseigentümers zur Kostentragung für öffentliche Abwasseranlageanteile | Öffentliches Recht |
| BVerfG | Urteil | 19.07.11 | 1 BvR 1916/09 | Grundrechtsschutz auch für juristische Personen aus dem (EU-) Ausland trotz Art. 19 Abs. 3 GG | Öffentliches Recht |
| VGH Bayern | Beschluss | 19.08.11 | 20 ZB 11.1130 | Reitsportanlage muss Herstellungsbeitrag für kommunale Entwässerung leisten | Öffentliches Recht |
| BVerwG | Urteil | 31.08.11 | 8 C 16.10 | Weisungsrecht des Stadtrates gegenüber seinen Vertretern im Aufsichtsrat | Öffentliches Recht |
| BVerwG | Urteil | 01.09.11 | 5 C 27.10 | Kein Einbürgerungsanspruch ohne ausreichende Klärung der Identität | Öffentliches Recht |
| VG Düsseldorf | Urteil | 09.09.11 | 3 K 8285/10 u.a. | Untersagung der Sportwettenvermittlung unzulässig | Öffentliches Recht |
| BVerwG | Urteil | 13.09.11 | 1 C 17.10 | Anrechnung der Dauer eines Asylverfahrens bei Erteilung einer Niederlassungserlaubnis | Öffentliches Recht |
| VG Saarland | Urteil | 28.09.11 | 10 L 790/11 | Fahrerlaubnisentziehung; Anordnung zur Beibringung eines ärztlichen Gutachtens | Öffentliches Recht |
| BVerwG | Urteil | 12.10.11 | 6 C 34.10 | Befreiung von der Rundfunkgebührenpflicht für Studenten nur bei Bezug von BAföG | Öffentliches Recht |
| BVerwG | Urteile | 13.10.11 | 4 A 4000.09, 4000.10 und 4001.10 | Erlaubnis nächtlicher Flüge in Randzeiten auf dem Flughafen Berlin-Schönefeld | Öffentliches Recht |
| OLG Celle | Beschluss | 25.07.11 | 31 Ss 30/11 | Eine TÜV-Plakette stellt in ihrer festen Verbindung zum Kfz-Kennzeichen eine zusammengesetzte Urkunde dar | Strafrecht |
| BGH | Urteil | 40835 | 2 StR 305/11 | Anwendbarkeit der Sicherungsverwahrung in Übergangszeit bis zur gesetzlichen Neuregelung | Strafrecht |

IURRATIO

JURISTISCHE NACHWUCHSFÖRDERUNG E.V.



Eine Mitgliedschaft im Verein „Iurratio – Juristische Nachwuchsförderung“ stellt den bequemen und regelmäßigen Bezug der Zeitschrift „Iurratio – Die Zeitschrift für stud. iur. und junge Juristen“ nach Hause sicher. Darüber hinaus profitieren die Mitglieder von den Vorteilen unserer Förderer, wie beispielsweise der dreijährigen Profimitgliedschaft beim Online-Karteikarten-Programm CoboCards zum einmaligen Preis von nur 10,- Euro.

Welche Vorteile bietet eine Mitgliedschaft?

Mit einer Mitgliedschaft unterstützt jedes Mitglied nachhaltig den oben beschriebenen Vereinszweck und das Projekt Iurratio. Darüber hinaus sorgt der Verein insbesondere durch die Übernahme der Druck- und Versandkosten für die Verbreitung der Zeitung unter den Mitgliedern und den juristischen Bibliotheken in Deutschland.

Wie hoch ist der Mitgliedsbeitrag?

Der jährliche Mitgliedsbeitrag beträgt für Fördermitglieder als natürliche Person 25,- Euro und als juristische Person 200,- Euro. Studierende zahlen bei Vorlage eines entsprechenden Nachweises nur 10,- Euro, wissenschaftliche Mitarbeiter nur 12,- Euro per annum. Sowohl Satzung als auch Beitragsordnung können in unserer Geschäftsstelle unter verein@iurratio.de angefordert werden.

Welche Ziele hat der Verein?

Ziel des Vereins „Iurratio – juristische Nachwuchsförderung e.V.“ ist die Förderung des juristischen Nachwuchses, die Förderung der juristischen Ausbildung und der juris prudentia insgesamt. Außerdem soll die Kommunikation über Recht durch ideelle und materielle Unterstützung des bundesweiten juristischen Nachwuchsprojektes Iurratio sicher gestellt werden.

AUFNAHMEANTRAG IURRATIO – JURISTISCHE NACHWUCHSFÖRDERUNG E. V.

Hiermit trete ich dem Verein „Iurratio – Juristische Nachwuchsförderung e.V.“ als Fördermitglied bei, als

- SchülerIn, StudentIn, ReferendarIn (ermäßigter Jahresbeitrag 10 €, entsprechende Nachweise sind dem Vorstand jährlich vorzulegen)
- Wissenschaftliche/r Mitarbeiter/in / Referendar/in (Jahresmitgliedsbeitrag 12 €)
- Natürliche Person (Jahresmitgliedsbeitrag 25 €)
- Juristische Person (Jahresmitgliedsbeitrag 200 €)

Hiermit ermächtige ich den Verein „Iurratio – Juristische Nachwuchsförderung e.V.“ bis auf Widerruf den oben angegebenen Beitrag von meinem Konto einzuziehen. Der Mitgliedsbeitrag wird bei Eintritt in den Verein unverzüglich, danach gemäß Beitragsordnung jeweils zum Anfang eines Kalenderjahres fällig. Die aktuelle Satzung und Beitragsordnung habe ich zur Kenntnis genommen.

Firma/Titel/Frau/Herr: _____

Straße: _____

Name, Vorname: _____

PLZ / Ort: _____

Geburtsdatum: _____

E-Mail: _____

Beitrittsdatum: _____

Telefon: _____

Kontonummer: _____

Bankleitzahl: _____

Kreditinstitut: _____

Kontoinhaber (falls abweichend): _____

Ort, Datum: _____

Unterschrift: _____



MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

Qualität und Klasse zeichnen nicht nur unsere Juristinnen und Juristen aus. Auch unsere Mandanten gehören zu den Besten ihrer Bereiche. Ihre Ansprüche sind ebenso hoch wie individuell. Darum verfügen wir über ein vielfältiges Angebot an Fachbereichen und suchen dafür starke, teamfähige Persönlichkeiten. Wir bieten Ihnen exzellente Mandate, internationale Projekte und ein kollegiales Miteinander.

Wenn Sie also für Ihr Talent das ganz besondere Umfeld suchen, sollten wir uns unterhalten.

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E robert.krywalski@cms-hs.com

Berlin | Dresden | Düsseldorf | Frankfurt/Main | Hamburg | Köln | Leipzig | München | Stuttgart | Brüssel | Moskau | Shanghai