Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

mit der Ausgabe 1/2012 feiern wir ein kleines Jubiläum, da wir nun schon im neunten Jahrgang erscheinen. In den acht Jahren des Bestehens gab es immer wieder personelle Veränderungen. Seit dieser Ausgabe nehmen Björn Centner und Jonas von Göler als stellvertretende Chefredakteure die Aufgaben der StudZR in enger Zusammenarbeit mit der Chefredaktion wahr, der an dieser Stelle für ihr Vertrauen herzlich gedankt sei. Wir freuen uns, Ihnen die Ausgabe 1/2012 näher bringen zu dürfen.

Der Aufsatzteil ist auch in dieser Ausgabe wieder bunt gemischt und mit interessanten Fragen aus unterschiedlichen Rechtsgebieten bestückt. So wendet sich *Bernhard Groß* den Rentenzahlungen an jüdische Ghettoüberlebende zu, *Niclas Bettien* führt in die Behandlung der Rechtsfigur des „Trust" im deutschen IPR ein und *Michael Bakowitz* erklärt die Verlustverrechung im Einkommenssteuerrecht.

Die exzellente Qualität des „HeidelPräp" einerseits und dessen Beliebtheit unter den Redakteuren der StudZR andererseits haben uns dazu bewogen, den Methodikteil im Zeichen dieses universitären Examensvorbereitungsprogramms zu gestalten. Bei dem Beitrag von *Christian Gerber* handelt es sich um einen Tutoriumsfall aus dem Öffentlichen Recht; *Jens Bülte* stellt eine Referendarexamensklausur aus dem Strafrecht vor. Abgerundet wird die Vorstellung des „HeidelPräp" durch die von *Julia Brüseke* verfasste Falllösung zum Zivilrecht, die aktuelle Rechtsprechung zum Gegenstand hat. Wir hoffen, dass sich so jede Leserin und jeder Leser vergewissern kann, dass der Slogan „Mehr als Rep, HeidelPräp!" tatsächlich zutrifft.

Gegenstand des Rechtsprechungsteiles ist eine Abhandlung von *Sarah Zinndorf* über die Beurteilung des Koppelungsverbotes in § 4 Nr. 6 UWG durch den Europäischen Gerichtshof. Leonard Ghione rezensiert "The Rule of Law" von Tom Bingham.

Alles in allem also eine abwechslungsreiche Reise durch die Welt des Rechts, bei der wir Ihnen mit bestem Gewissen viel Freude wünschen dürfen

Björn Centner
Jonas von Göler
(stellvertretende Chefredakteure)

Geleitwort

Besondere Veranstaltungen zur Examensvorbereitung haben heute im Lehrangebot juristischer Fakultäten eine ganz andere, wesentlich höhere Bedeutung als noch vor einigen Jahren. Der Wettbewerb um die besten Studierenden, die Einführung von Studiengebühren und der allseitige Trend zur Profilbildung haben auf diesem Feld einen Schub bewirkt, der auch dort noch zu einem Ausbau der Programme geführt hat, wo man traditionell bereits „gut aufgestellt" war und seinen Studierenden eine erfolgreiche Examensvorbereitung ohne die vielfach fragwürdige Inanspruchnahme eines kommerziellen Repetitors gewährleisten wollte. Dies gilt gerade auch für Heidelberg. Das immer schon ambitionierte und insbesondere mit dem Examenstutorium wegweisende Lehrangebot für Examenskandidaten wurde vor nunmehr fünf Jahren unter der Firma „HeidelPräp!" renoviert und nochmals erheblich ausgebaut. Möglich war dies v. a. aufgrund der kurz darauf eingeführten Studiengebühren. Dass die nicht unerheblichen Investitionen in HeidelPräp! richtig waren, belegen nicht nur Nachahmungen an anderen juristischen Fakultäten, sondern vor allem der stetig steigende Zuspruch unter den Heidelberger Studierenden. Bei einigen Angeboten sind die Kapazitätsgrenzen bereits erreicht und es muss über einen noch weiteren Ausbau nachgedacht werden; in Zeiten abgeschaffter Studiengebühren und der Unsicherheit über eine nachhaltige Kompensation freilich ein schwieriges Unterfangen.

Die StudZR nimmt das „kleine Jubiläum" von HeidelPräp! zum Anlass, wichtige Bestandteile des Heidelberger Examensvorbereitungsprogramms zu dokumentieren und damit Interessenten beispielhafte Einblicke in das Angebot zu verschaffen. Dass sich auf diese Weise nur kleine Ausschnitte beleuchten lassen, ist unvermeidlich. Die Komponenten von HeidelPräp! sind zu vielfältig und z. T. auch ihrer Art nach gar nicht geeignet, um selbst in einem ganzen Heft dokumentiert werden zu können. Man muss sie erleben. Einen Überblick über das Gesamtangebot und eine kurze Beschreibung der aufeinander abgestimmten und ineinandergreifenden Programmbestandteile findet man auf der HeidelPräp!-Homepage unter www.examensvorbereitung-heidelberg.de. Hier wird auch die Grundidee hinter HeidelPräp! beschrieben (s. HeidelPräp! – Das Konzept, www.examensvorbereitung-heidelberg.de/content/view/17/34/). Sie basiert auf dem Prinzip der Selbstverantwortung und der Eigeninitiative. Die vielfältigsten Lehrangebote und die besten Dozenten helfen wenig, wenn sie auf Studierende mit passiver Konsumentenmentalität treffen. Zum Erfolg führen sie nur diejenigen, die in der Einsicht arbeiten, dass sie sich zuallererst selbst aktiv um die Aneignung, die Durchdringung und das Verständnis des Stoffes bemühen und hierfür schließlich auch ihren eigenen, möglicherweise ganz individuellen Weg gehen müssen. Lehrveranstaltungen und Examensvorbereitungsprogramme sind wie Bücher immer nur *Quellen* für Erkenntnis. Wer sich nicht um einen Schöpfer und dessen Handhabung kümmert, muss deshalb selbst dann verdursten, wenn diese Quellen heftig sprudeln. Dass letzteres auch tatsächlich geschieht, bleibt freilich originäre Aufgabe der Universitäten und der sie tragenden Länder.

An der juristischen Fakultät der Ruperto-Carola steht HeidelPräp! für eine engagierte Erfüllung dieser Aufgabe. Bleibt zu hoffen, dass dieses Engagement auch nach der Abschaffung der Studiengebühren in Baden-Württemberg noch in gleicher Weise möglich sein wird.

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Niclas Bettien
Zur Behandlung des „Trust“ im deutschen IPR 3

Michael Bakowitz
Die Verlustverrechnung im Einkommenssteuerrecht –
Gestaltungsbedarf bei § 10d EStG 29

Bernhard Groß
Die Rentenzahlung an jüdische Ghettoüberlebende nach der
„Kehrtwende von Kassel“ 53

Methodik

Julia Brüseke
Rechtsprechungsdienst Zivilrecht: Vertrag oder kein Vertrag,
das ist hier die Frage 77

Dr. Jens Bülte
Referendarexamensklausur Strafrecht: Verhinderung und Stiftung einer Ehe
durch Nötigungsmittel 99

Christian Gerber
Examenstutorium Öffentliches Recht: Die Straße, der Alkohol und das Glas … 125

Rechtsprechungsanalyse

Sarah Zinndorf
Die Absage des EuGH an das deutsche Koppelungsverbot aus
§ 4 Nr. 6 UWG im Spannungsdreieck zwischen Wettbewerbsschutz,
Verbraucherschutz und binnenmarktlicher Integration 159

Rezensionen

Leonard Ghione
Buchrezension zu Tom Bingham, The Rule of Law, 1. Auflage 2010
(Penguin Books) 177

Aufsätze

Niclas Bettien*

Zur Behandlung des „Trust“ im deutschen IPR

Abstract

„If there should be any part of the conflict of laws free from ‚confusion‘, it is not the treatment of trusts“. So leitete *Ernst Rabel* bereits 1958 das den Trust behandelnde Kapitel in seinem Werk „The Conflict of Laws“ ein. Zwar wurden viele Bereiche des Kollisionsrechts mittlerweile international harmonisiert, jedoch wurde der Trust aus dieser Entwicklung weitestgehend ausgeklammert (siehe z. B. Art. 1 Abs. 2 lit. h der Rom I-Verordnung). Bei der Suche nach dem anwendbaren Recht sind daher, soweit ein Trust betroffen ist, weiterhin vor allem die Normen des deutschen Internationalen Privatrechts maßgebend. Dabei muss der Trust als Institut des anglo-amerikanischen Rechtskreises mit den Systembegriffen der deutschen Kollisionsnormen in Verbindung gebracht werden. Es ist das Ziel dieser Arbeit, die dabei für den Rechtsanwender bestehenden Probleme aufzuzeigen und eine Richtlinie zur Behandlung des Trusts im deutschen IPR zu entwickeln.

* Der Verfasser ist Rechtskandidat an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Absolvent der dortigen Zusatzausbildung „Europäisches, Internationales und Ausländisches Recht“. Zurzeit ist er zudem als Wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Kanzlei „BDM Bingel Dorau & Müller – Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte“ in Freiburg tätig.

I. Der anglo-amerikanische Trust

1. Begriffsbestimmung

Als eines der vielseitigsten Institute des anglo-amerikanischen Rechtskreises ist der „Trust“[1] in nahezu sämtlichen Gebieten des Privatrechts zu finden.[2] Eine allumfassende Definition ist aufgrund seines Variantenreichtums kaum möglich. Weitgehende Anerkennung hat die Darstellung von *Underhill/Hayton* gefunden. Ein Trust ist demnach **„an equitable obligation, binding a person (who is called trustee) to deal with the property over which he has control (which is called trust property), for the benefit of persons (who are called beneficiaries or cestuis que trust), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation“.**[3] Dieses Verständnis des Trust als einer Dreiecksbeziehung, bei der einem Treuhänder (Trustee) von einem Verfügendem (Settlor) die Verfügungsgewalt über einen Vermögensgegenstand übertragen und einem Begünstigten (Beneficiary) das Nutzungsrecht daran zugewiesen wird, liegt ausweislich des Wortlauts auch Art. 1 Abs. 2 lit. h) Rom I zu Grunde. Der Begriff Trust wird im weiteren Verlauf der Arbeit in diesem Sinne verwendet.

2. Ursprung und Geschichte des Trusts

In der Form der **uses** war der Trust in England schon im 12. und 13. Jahrhundert bekannt. Hauptsächlich wurden die **uses** zur Umgehung der feudalen Lasten benutzt, die mit dem Grundbesitz verbunden waren. Auch konnte so die Regel des **Common Law** ausgeschlossen werden, wonach die gewillkürte Erbfolge über Grundstücke nicht möglich war.[4] Hierfür übertrug der Lehensnehmer schon zu Lebzeiten das Lehen auf eine oder mehrere Treuhänder, die es zunächst zu Gunsten des Übertragenden innehaben und es nach seinem Tod auf diejenigen Personen übertragen sollten, die der Erblasser in seinem Testament als Erben bezeichnen würde.

Gelegentlich kam es dabei vor, dass ein Treuhänder sich weigerte, mit dem Grundstück abredegemäß zu verfahren. In diesen Fällen bestand keine Klagemöglichkeit vor den königlichen Gerichten auf Erfüllung der Vereinbarung. Das frühe englische Recht basierte auf Klageformen, den sogenannten **writs**. Gab es für ein Anliegen keine vorgesehene Klageart, musste das Begehren abgewiesen werden.[5] Für Streitig-

---

1 Grundsätzlich werden im Folgenden alle fremdsprachigen Ausdrücke und Eigennamen hervorgehoben. Um den Text trotzdem lesbar zu gestalten, werden die vier häufigsten Grundbegriffe, nämlich trust, trustee, settlor und beneficiary, und mit großen Anfangsbuchstaben geschrieben.

2 *Graue* Der Trust im Internationalen Privat- und Steuerrecht in FS Ferid, 1978, S. 151 (153 f.).

3 *Underhill/Hayton* Law Relating to Trusts and Trustees 15. Auflage (1995), S. 3.

4 *Kötz* Trust und Treuhand 1963, S. 14 f.; *Czermak* Der express Trust im Internationalen Privatrecht 1986, S. 11 f.

5 *Zweigert/Kötz* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts 3. Aufl. (1996), S. 181 f.; *Cane/Conaghan* The new Oxford Compandion to Law 2008, S. 1263.

keiten aus dem Treuhandverhältnis war ein entsprechender **writ** nicht vorhanden und außerdem war das damalige Verfahren ohnehin zu starr und formalistisch, als dass Absprachen hätten zweifelsfrei festgestellt werden können.[6]

In derartigen Situationen wandten sich viele Rechtssuchende mit Petitionen an den König. Bearbeitet wurden diese Bittschriften von dessen höchstem Verwaltungsbeamten, dem **Chancellor**. Dabei war dieser nicht an die strengen Regeln des gerichtlichen Verfahrens gebunden und entschied die Fälle häufig nach seinem Billigkeitsgefühl (**equity**). Im Laufe der Zeit entwickelte sich so ein selbständiger Gerichtszweig, der in seiner Rechtsprechung das **Common Law** ergänzte.[7] In Bezug auf den Trust wurde dabei das abredewidrige Verhalten des Treuhänders vom **Chancellor** als gewissenlos und unmoralisch angesehen. Es entwickelte sich die Regel, dass dem Treuhänder das Grundstück zwar **at law**, das heißt vor den **Common Law Courts**, zustehe, dass er aber gleichwohl **in equity**, das heißt vor dem **Chancellor** und seinen Gerichten, verpflichtet sei, mit dem Grundstück so zu verfahren, wie es sich aus der getroffenen Abrede ergab. Diese Rechtsposition wurde dahingehend weiterentwickelt, dass der Begünstigte sie unter gewissen Umständen auch gegenüber Dritten geltend machen konnte. Somit standen dem Treuhänder nach dem Recht des einen und dem Begünstigten nach dem Recht des anderen Gerichtszugs hinsichtlich des gleichen Grundstücks bestimmte Befugnisse zu, die als **legal title** des Treuhänders und **equitable title** des Begünstigten zusammengefasst werden.[8]

3. Rechtliche Struktur des Trusts

Den Trust als einheitliche Rechtsfigur gibt es nicht. Jeder Trust ist individuell innerhalb eines weiten Regelungsrahmens gestaltbar, zumal dieser in den verschiedenen ausländischen Zivilrechtsordnungen unterschiedlich ist. Auch gibt es Trusts, die von Gesetzes wegen angeordnet werden.[9] Im Folgenden geht es darum, einige allgemeine Grundstrukturen des Trusts darzustellen. Dabei beschränkt sich die Darstellung zunächst auf einen durch Rechtsgeschäfte errichteten Trust.

a) Trusterrichtung und -auflösung

Die Trusterrichtung ist in der Regel formfrei möglich.[10] Aus den Trustbestimmungen müssen jedoch zumindest Treugut, Trustzweck sowie die einzelnen Begünstigten

---

6 *Bogert* Trusts 6. Aufl. (1987), S. 9; *v. Bernstorff* Einführung in das englisches Recht 3. Aufl. (2006), S. 160.

7 *Zweigert/Kötz* (Fn. 5), S. 184 f.; *Graupner* Der englische Trust im deutschen Zivilprozeß ZVglRWiss 1989, 149 (150).

8 *Kötz* (Fn. 4), S. 17; *Penner* The Law of Trusts 6. Aufl. (2008), S. 14 f.

9 *Mayer* Die organisierte Vermögenseinheit gemäß Art. 150 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht 1998, S. 71; *Czermak* (Fn. 4), S. 22.

10 *Kötz* (Fn. 4), S. 26; *Nachreiner* Die Behandlung von Trusts im deutschen Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht nach alter und neuer Rechtslage, Diss. München 2001, S. 28.

und die Art ihrer Begünstigung hervorgehen.[11] Eine Annahme durch den Trustee oder die Beneficiaries ist für die Entstehung des Trusts nicht notwendig.[12] Wird der rechtsgeschäftliche Trust allerdings nicht durch letztwillige Verfügung errichtet, so ist die Übertragung des Treuguts auf den Trustee erforderlich.[13]

Die Lebensdauer eines Trusts ergibt sich primär aus den Trustbestimmungen. Ein unbefristeter Trust ist regelmäßig ungültig (**rule against perpetuities**).[14] Der Trust endet auch mit der Erreichung seines Zwecks oder wenn dieser unmöglich wird.[15] Grundsätzlich können auch die Beneficiaries gemeinsam durch einstimmigen Beschluss den Trust auflösen beziehungsweise umgestalten.[16]

b) Die beteiligten Personen

Wie bereits dargestellt, handelt es sich bei einem Trust um eine Dreiecksbeziehung zwischen Settlor, Trustee und Beneficiary.[17] Dabei ist es grundsätzlich möglich, dass auf jeder Seite mehrere Personen auftreten. Dies können auch juristische Personen sein.[18] Zudem kann teilweise Identität zwischen den beteiligten Personen bestehen, ausgeschlossen ist lediglich, dass eine Person zugleich einziger Trustee und Beneficiary ist.[19]

aa) Die Person des Settlor

Ist der Trust einmal entstanden, ist er im Regelfall dem weiteren Einfluss des Settlors entzogen. Dieser kann sich allerdings in den Trustbestimmungen gewisse Befugnisse vorbehalten.[20] Durch die Übertragung des Treuguts scheidet dieses aus dem Vermögen des Settlors aus.[21] Eigene Ansprüche gegen den Trustee hat er regelmäßig nicht.[22]

---

11 *Pettit* Equity and the Law of Trusts 10. Aufl. (2006), S. 47 f.; *Bogert* (Fn. 6), S. 24 f.
12 *Czermak* (Fn. 4), S. 39 f.; *Mayer* (Fn. 9), S. 73.
13 *Oakley* The Modern Law of Trusts 8. Aufl. (2003), S. 136; *Martin* Modern Equity 16. Aufl. (2001), S. 120 f.
14 *Welsh* in Halsbury's Laws of England Vol. 35 (1981), Rn. 901 f.; *Bogert* (Fn. 6), S. 191 f.
15 *Nachreiner* (Fn. 10), S. 31; *Mayer* (Fn. 9), 73; *Bogert* (Fn. 6), S. 532 f.
16 *Underhill/Hayton* (Fn. 3), S. 710 f.; *Virgo/Burn* Maudsley and Burn's Trusts and Trustees 15. Aufl. (2008), S. 191 f.
17 Siehe dazu oben Abschnitt I. 1.
18 *Wittuhn* Das internationale Privatrecht des Trust 1987, S. 4; *Siemers/Müller* Offshore-Trusts als Mittel zur Vermögensnachfolgeplanung? ZEV 1998, 206.
19 *Mayer* (Fn. 9), S. 77; *Schindhelm/Stein* Der Trust im deutschen Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht StuW 1999, 31 (33).
20 *Fratcher* in International Encyclopedia of Comparative Law VI/11 (1973), S. 52; *Nachreiner* (Fn. 10), S. 7.
21 *Otto* Deutsche Schenkungssteuerpflicht bei Errichtung eines Intervivos Trust- nach anglo-amerikanischem Recht RIW 1982, 491 (498); *Haas* Erbschaftssteuern auf amerikanische Trustvermögen ZGR 1974, 461 (462).
22 *Mayer* (Fn. 9), S. 76; *Hayton* The Law of Trusts 4. Aufl. (2003), S. 135.

bb) Die Person des Trustee

Für den Trustee wird seine Bestellung erst mit der Annahme wirksam. Auf die Wirksamkeit der Trusterrichtung hat seine Ablehnung hingegen keinen Einfluss.[23] Der Trustee erwirbt den sogenannten **legal title** an den übertragenen Gegenständen. Damit stehen ihm grundsätzlich dieselben Rechte und Pflichten wie einem Eigentümer zu. Er kann über die Sachen verfügen und ist in Bezug auf diese aktiv- und passivlegitimiert.[24] Seine umfassende Rechtsstellung wird allerdings durch die Pflichten gegenüber den Beneficiaries begrenzt. Diese Pflichten des Trustee bestehen darin, das Treugut entsprechend der Trustbestimmungen zu verwalten und die vorgesehenen Zuwendungen an die Beneficiaries auszurichten.[25] Überschreitet der Trustee seine Befugnisse, begeht er einen **breach of trust**. Für eine solche Pflichtverletzung haftet der Trustee den Beneficiaries grundsätzlich persönlich mit seinem Privatvermögen.[26]

cc) Die Person des Beneficiary

Bei der Rechtsposition des Beneficiary unterscheidet man zwischen einem **income interest**, bei dem der Begünstigte ein Zwischennutzungsrecht am Trustvermögen hat, und einem **remainder interest**, bei welchem dem Begünstigten, meist nach Trustablauf, das Trustvermögen endgültig zufällt.[27] Der Beneficiary hat kein Recht auf Mitwirkung bei der Verwaltung des Trustvermögens. Allerdings steht ihm ein Anspruch auf ordnungsgemäße Geschäftsführung gegenüber dem Trustee zu.[28] Dieser wird durch ein umfassendes Einsichts- und Auskunftsrecht verstärkt.[29] Einen Schadenersatzanspruch hat der Beneficiary auch gegenüber einem Dritten, der wissentlich an einer pflichtwidrigen Handlung des Trustee teilgenommen hat.[30] Bestand die Pflichtverletzung darin, dass der Trustee pflichtwidrig über Gegenstände des Trusts verfügt hat, so steht dem Beneficiary alternativ gegenüber einem bösgläubigen oder unentgeltlichen Erwerber ein Rückforderungsrecht zu. Dieser Anspruch erstreckt sich grundsätzlich auch auf eventuelle Erträge und Surrogate der Sache (**tracing the trust property**).[31] Die Stellung als Beneficiary selbst kann grundsätzlich übertragen werden und unterliegt regelmäßig dem Zugriff von Gläubigern.[32]

---

23 *Biedermann* Die Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts, S. 218; *McGhee* Snell's Equity 30. Aufl. (2000), S. 232.
24 *Mayer* (Fn. 9), S. 78; *Siemers/Müller* (Fn. 18), S. 206.
25 *Wittuhn* (Fn. 18), S. 6; *Oakley* (Fn. 13), S. 761.
26 *Mayer* (Fn. 9), S. 83 f.; *Pearce/Stevens* The Law of Trusts and Equitable Obligations 4. Aufl. (2006), S. 741.
27 *Kötz* (Fn. 4), S. 58; *Otto* (Fn. 21), S. 492.
28 Siehe dazu oben Abschnitt I. 2. b) bb).
29 *Pearce/Stevens* (Fn. 26), S. 71; *McGhee* (Fn. 23), S. 264.
30 *Fratcher* (Fn. 20), S. 81; *Virgo/Burns* (Fn. 16), S. 982.
31 *Wittuhn* (Fn. 18), S. 9; *McGhee* (Fn. 23), S. 335.
32 *Bogert* (Fn. 6), S. 145 f.; *Otto* (Fn. 21), S. 492.

c) Das Trustvermögen (trust property)

Der Trust selber hat keine Rechtspersönlichkeit,[33] dennoch bildet das Trustvermögen einen sogenannten **independent fund**. Der Trustee hat es von seinem eigenen Vermögen getrennt zu halten.[34] Es ist sowohl dem Zugriff der Gläubiger des Trustee als auch denen des Settlors und der Beneficiaries grundsätzlich entzogen.[35] Gegenstand eines Trusts kann jeder rechtsgeschäftlich übertragbare Vermögenswert sein.[36] Der Trust setzt sich auch am Surrogat fort, das heißt Gegenstände, die aus Mitteln des Treuguts angeschafft wurden, zählen ebenfalls zum Trustvermögen.[37]

4. Arten von Trusts

Aufgrund der zahlreichen Erscheinungsformen des Trusts, ist es hilfreich, diese in Kategorien einzuteilen. Eine wichtige Unterscheidung erfolgt danach, ob der Trust von Gesetzes wegen oder durch Parteiwillen errichtet wurde.

a) Gesetzliche Trusts

Als gesetzliche Trusts sind vor allem die sogenannten **resulting trusts** und **constructive trusts** von Bedeutung. Ein **resulting trust** basiert auf einem unterstellten Willen des Errichters. Er kommt zur Anwendung, wenn aus den Begleitumständen ersichtlich wird, dass eine Verfügung nicht als Zuwendung an den Empfänger gedacht ist, und ist typischer Weise auf Rückübertragung gerichtet.[38] Ein **constructive trust** entsteht dagegen ohne Rücksicht auf den Parteiwillen, wenn jemand Inhaber einer vermögenswerten Position ist, die nach Treu und Glauben (**in equity**) einem anderen zusteht, und hat als Zweck ebenfalls die Abwicklung der Herausgabe.[39]

b) Rechtsgeschäftliche Trusts

Wird der Trust hingegen rechtsgeschäftlich begründet, spricht man von einem **express trust**.[40] Ein **express trust** kann auf zwei verschiedene Arten entstehen. Als **inter vivos trust** werden dabei die Trusts bezeichnet, denen ein Rechtsgeschäft unter Lebenden zu Grunde liegt.[41] Demgegenüber wird der sogenannte **testamentary trust** durch Verfügung von Todes wegen bestellt.[42]

---

33 *Hayton* (Fn. 22), S. 3; *Siemers/Müller* (Fn. 18), S. 206.
34 *Birnbaum/Lohbeck/Pöllath* Die Verselbstständigung von Nachlassvermögen FR 2007, 479 (480); *Schindhelm/Stein* (Fn. 19), S. 33.
35 *Nachreiner* (Fn. 10), S. 18; *Haas* (Fn. 21), S. 463.
36 *Oakley* (Fn. 13), S. 16; *Fratcher* (Fn. 20), S. 28.
37 *Kötz* (Fn. 4), S. 30; *Czermak* (Fn. 4), S. 60.
38 *Conrad* Qualifikationsfragen des Trust im Europäischen Zivilprozeßrecht 2001, S. 11; *Wittuhn* (Fn. 18), S. 12 f.
39 *Czermak* (Fn. 4), S. 23 f.; *Hayton* (Fn. 22), S. 19 f.
40 *Wittuhn* (Fn. 18), S. 10; *Pettit* (Fn. 11), S. 64.
41 *Conrad* (Fn. 38), S. 11; *Graue* (Fn. 2), S. 156.
42 *Czermak* (Fn. 4), S. 45; *Nachreiner* (Fn. 10), S. 20.

Darüber hinaus lassen sich zahlreiche weitere Kategorisierungen vornehmen, so etwa danach, ob der Settlor das Vermögen auf den Trust widerruflich (**revocable trust**) oder unwiderruflich (**irrevocable trust**) übertragen hat,[43] oder ob dem Trustee ein Ermessensspielraum zusteht (**discrationary** beziehungsweise **fixed trust**).[44]

5. Vergleichbarkeit des Trusts mit Rechtsinstituten des deutschen Rechts

Wie soeben dargestellt, sind beim Trust Verwaltung und Nutzung des Vermögens auf verschiedene Personen verteilt. Die Rechte des Beneficiary sind dabei mit einer starken Außenwirkung versehen und stehen der Rechtsposition des Trustee gegenüber. Dieses Charakteristikum des Trust ist mit dem Begriff der Eigentumsspaltung bezeichnet worden.[45] Allerdings läßt sich der Trust nicht ohne weiteres mit dem Begriffssystem unserer Rechtsordnung beschreiben.[46] Der deutsche Gesetzgeber hat die einzelnen dinglichen Rechte festgelegt und auf die im Gesetz normierten Typen beschränkt. Vertragsparteien können daher nicht beliebig über den Inhalt dieser Rechte bestimmen. Man spricht vom **numerus clausus** oder Typenzwang des Sachenrechts.[47] Demgegenüber beruht das anglo-amerikanische Recht auf der uns unbekannten historischen Trennung von **Common Law** und **Equity**, die solch abstrakte Rechtsbegriffe nicht hervorgebracht hat.[48] Nur vor diesem Hintergrund kann das Rechtsverhältnis zwischen Trustee und Beneficiary mit seiner flexiblen Gestaltungsmöglichkeit verstanden werden. Dennoch gibt es auch im deutschen Recht Institute, die dem Trust ähneln. Für die weitere Bearbeitung ist es notwendig, sich der Unterschiede des Trusts zu diesen Rechtsformen bewusst zu werden.

a) Die Treuhand

In Betracht kommt dabei zunächst die fremdnützige Verwaltungstreuhand. Ein solches Rechtsverhältnis entsteht, wenn einer Person Vermögen unter der vertraglichen Abrede übertragen wird, dieses zwar nach außen hin als eigenes zu halten, von dieser Rechtsmacht jedoch nur nach Maßgabe der vertraglichen Absprache Gebrauch zu machen.[49] Der wesentlichste Unterschied zum Trust besteht dabei darin, dass nach überwiegender Auffassung der Treuhänder lediglich schuldrechtlich gebunden ist und die vertraglichen Beschränkungen keine Wirkung gegenüber Dritten entfalten.[50]

---

43 *Bredow/Reich* Ausländische Trusts deutscher Steuerpflichtiger WiB 1995, 775 (776); *Schindhelm/Stein* (Fn. 19), S. 47.

44 *Virgo/Burn* (Fn. 16), S. 10; *Hayton* (Fn. 22), S. 51 f.

45 *Kötz* (Fn. 4), S. 18; *Wittuhn* (Fn. 18), S. 9.

46 *Czermak* (Fn. 4), S. 16 f.; *Conrad* (Fn. 38), S. 85.

47 Palandt/*Bassenge* 68. Aufl. (2009), Einl. v. § 854 Rn. 3; *Wolf/Wellenhofer* Sachenrecht 24. Aufl. (2008), § 2 Rn. 2 f.

48 *Conrad* (Fn. 38), S. 85; *Waters* The Institution of the Trust in Civil and Common Law in Recueil des Cours Band 252 (1995), S. 113 (137 f.).

49 *Palm* in Erman I 12. Aufl. (2008), v. § 164 Rn. 15 f.; *Schramm* in MünchKomm BGB I/1 5. Aufl. (2006), v. § 164 Rn. 28.

50 *Bassenge* (Fn. 47), § 903 Rn. 39; *Fritzsche* in Bamberger/Roth II 2. Aufl. (2008), § 903 Rn. 9.

b) Die Stiftung

Dem Trust ähnlich ist ferner die Stiftung. Auch ihre Errichtung führt dazu, dass die übertragenen Gegenstände aus dem Vermögen des Errichters ausscheiden und von der Stiftung zu Gunsten Dritter verwaltet werden. Das deutsche Recht kennt dabei die rechtsfähige Stiftung gemäß § 80 BGB sowie die unselbständige Stiftung, die durch Vermögensübertragung auf eine Person unter der Auflage zustande kommt, dieses für einen bestimmten Zweck zu verwalten.[51] Bei Letzterer unterliegen die Beziehungen der beteiligten Personen ebenfalls lediglich dem Schuld- und Erbrecht.[52] Der bedeutendste Unterschied der selbständigen Stiftung zum Trust ist hingegen, dass sie aufgrund ihrer Rechtspersönlichkeit selbst Eigentümerin des übertragenen Vermögens wird.[53] Zudem bedarf es gemäß §§ 80 ff. BGB zu ihrer Entstehung der Anerkennung einer Behörde und auch später untersteht sie der staatlichen Stiftungsaufsicht.

c) Die Gesellschaft

Zuletzt kann ein Vergleich mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß § 705 BGB in Betracht gezogen werden. Diese ist ein freiwilliger Zusammenschluss mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks. Als solcher kommen dabei nahezu alle erlaubten Zwecke in Betracht, sodass auch die uneigennützige Förderung der Interessen Dritter durch die Gesellschaft möglich ist.[54] Ein bedeutender Unterschied zum Trust besteht jedoch darin, dass der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach mittlerweile überwiegender Auffassung Rechts- und Parteifähigkeit zugesprochen wird.[55] Darüber hinaus werden durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages die Beteiligten zu Mitgesellschaftern, während der Settlor im Regelfall nach Errichtung des Trusts nicht mehr an diesem beteiligt ist.[56]

d) Zwischenergebnis

Festzuhalten bleibt damit, dass es im deutschen Recht kein Rechtsinstitut gibt, welches dem Trust vollkommen gleichgesetzt werden kann. Inwieweit isolierte Funktionen des Trusts einzelnen oder mehreren deutschen Rechtsformen entsprechen, ist hingegen eine andere Frage, die im weiteren Verlauf der Bearbeitung im jeweiligen Zusammenhang angesprochen wird.

---

51 *Dörner* in Handkommentar BGB 5. Aufl. (2007), v. §§ 80–88 Rn. 2; *Schöpflin* in Prütting/Wegen/Weinreich 3. Aufl. (2008), § 80 Rn. 2.

52 *Schwarz/Backert* in Bamberger/Roth I 2. Aufl. (2007), § 80 Rn. 22; *Jauernig* in Jauernig 12. Aufl. (2007), v. § 80 Rn. 3.

53 *Schwarz/Backert* (Fn. 52), § 80 Rn. 7; *Saenger* in Werner/Saenger Die Stiftung 2008, Rn 11.

54 BGHZ 135, 389; Palandt/*Sprau* 68. Aufl. (2009), § 705 Rn. 20; *Grunewald* Gesellschaftsecht 7. Aufl. (2008), Rn. 1. A. x7.

55 *Hohloch* Gesellschaftsrecht 2002, S. 44 f.; *Hueck/Windbichler* Gesellschaftsrecht 21. Aufl. (2008), § 5 Rn. 6.

56 Siehe dazu oben Abschnitt I. 3. b) aa).

II. Die Qualifikation des Trusts

1. Der Trust vor deutschen Gerichten

Die Tatsache, dass die EuGVO in den Art. 5 Nr. 6, Art. 23 Abs. 4 und 5, Art. 60 Abs. 3 spezielle Vorschriften über die internationale Zuständigkeit in Truststreitigkeiten enthält, zeigt bereits, dass sich der Einfluss des Trust nicht nur auf den angloamerikanischen Rechtskreis beschränkt. In der Tat gelangt der Trust aufgrund der stärker werdenden internationalen Verflechtungen persönlicher und wirtschaftlicher Art zunehmend auch vor deutsche Gerichte. Dabei geht es beispielsweise um Fragen über Art und Umfang der Rechte und Pflichten der an einem Trust Beteiligten,[57] um die Erteilung eines deutschen Erbscheins im Falle eine **testamentary trusts** [58] oder um die Besteuerung von Zuwendungen an einen Beneficiary.[59]

2. Die Qualifikationsmethode

Die Bearbeitung solcher Fälle mit Auslandberührung verlangt die Feststellung einer Rechtsordnung, der der jeweilige Rechtsstreit untersteht. Hierfür ist grundsätzlich das Internationale Privatrecht des am Ort des Gerichts geltenden Rechts (**lex fori**) maßgeblich.[60] Für ein deutsches Gericht ist es insofern notwendig, den betreffenden Sachverhalt unter den Tatbestand einer Kollisionsnorm des deutschen IPR zu subsumieren. Ein solcher Vorgang wird als Qualifikation bezeichnet.[61]

a) Qualifikationstheorien

Tatbestandlich knüpfen die verschiedenen Kollisionsnormen an unterschiedliche Lebenssachverhalte an. Diese Lebensbereiche werden durch Systembegriffe, wie z. B. Vertrag oder Ehe, kategorisiert. Kann ein konkreter Sachverhalt nicht eindeutig einer Kollisionsnorm zugeordnet werden, so ist es notwendig durch Auslegung die Reichweite der verwendeten Systembegriffe zu ermitteln. Nach welcher Methode dies geschehen soll, ist Gegenstand zahlreicher Theorien. Nach einer Ansicht soll die **lex causae**, das heißt die Maßstäbe des berufenen ausländischen Rechts, maßgeblich sein.[62] Auch wurde vorgeschlagen, den Systembegriff durch Rechtsvergleichung auszulegen.[63] Durchgesetzt hat sich die Auffassung, die Qualifikation nach der **lex fori** vorzunehmen und die Auslegung maßgeblich am deutschen materiellen Recht mit seinen Begriffen und Auslegungsmethoden zu orientieren.[64]

---

57 Vgl. *BGH* WM 1976, 811 ff.
58 Vgl. BayObLGZ 2003, 68.
59 Vgl. *BFH* BStBl. II 1994, 727.
60 *Dörner* (Fn. 51), v. Art. 3–6 EGBGB Rn. 2; *Sonnenberger* in MünchKomm BGB X 4. Aufl. (2006), Einl. IPR Rn. 275.
61 *Looschelders* Internationales Privatrecht 2004, v. Art. 3–6 EGBGB Rn. 12 f.; *Kropholler* Internationales Privatrecht 6. Aufl. (2006), § 15 I 1.
62 *Wolff* Das Internationale Privatrecht Deutschlands 2. Aufl. (1949), S. 46 f.
63 *Rabel* Das Problem der Qulifikation RabelsZ 5 (1931), S. 241 (249 f.).
64 *Hoffmann/Thorn* Internationales Privatrecht 9. Aufl. (2007), § 6 Rn. 12 f.; *Siehr* Internationales Privatrecht 2001, S. 431 f.

b) Die autonome Qualifikationsmethode

Jedoch ist eine Abgrenzung der Theorien in dieser Schärfe heute nicht mehr geboten. Insbesondere die Schwierigkeiten, die sich auf Grundlage der **lex fori** ergeben, wenn ein Rechtsinstitut, wie zum Beispiel der Trust, dem materiellen Recht fremd ist, haben dazu geführt, dass die heute herrschende Meinung die kollisionsrechtlichen Systembegriffe autonom auslegt.[65] Dabei wird die Qualifikationspraxis zwar weiterhin durch die Begriffe der deutschen Rechtsordnung dominiert, berücksichtigt jedoch auch ausländische Sachnormen und setzt fremde Rechtsinstitute durch Rechtsvergleichung mit der eigenen Rechtsordnung in Verbindung.[66] Dabei kommt der Funktion und dem Zweck des ausländischen Rechtsinstituts und der inländischen Kollisionsnorm besondere Bedeutung zu (funktionale Qualifikation).[67] Der Bundesgerichtshof fasst dies in einer häufig wiederkehrenden Formulierung wie folgt zusammen: „Die dem deutschen Richter obliegende Aufgabe ist es, die Vorschrift des ausländischen Rechts nach ihrem Sinn und Zweck zu erfassen, ihre Bedeutung vom Standpunkt des ausländischen Rechts zu würdigen und sie mit Einrichtungen der deutschen Rechtsordnung zu vergleichen. Auf der so gewonnenen Grundlage ist sie den aus den Begriffen und Abgrenzungen der deutschen Rechtsordnung aufgebauten Merkmalen der deutschen Kollisionsnorm zuzuordnen."[68]

c) Die Qualifikation bei Kollisionsnormen internationalem Ursprungs

Zu einer Ausnahme von diesem Grundsatz kommt es allerdings, wenn es sich um die Auslegung einer Kollisionsnorm staatsvertraglichen oder gemeinschaftsrechtlichen Ursprungs handelt, denn hier bedarf es einer in allen Vertragsstaaten beziehungsweise in allen EU-Mitgliedstaaten einheitlichen Anwendung. Bei der Qualifikation ist daher vor allem die Entstehungsgeschichte und der Regelungszweck einer solchen inter- beziehungsweise supranationalen Rechtsquelle zu berücksichtigen.[69]

3. Möglichkeit eines Gesamtstatuts für sämtliche Trustformen

Wie bereits einleitend angesprochen, wurden Rechtsbeziehungen zwischen den Trustbeteiligten aus dem Anwendungsbereich von Rom I und Rom II ausgenommen. Zudem ist die Bundesrepublik Deutschland dem Haager Trustübereinkommen nicht beigetreten. Die Behandlung des Trusts im Internationalen Privatrecht richtet sich daher vorrangig nach den deutschen Kollisionsnormen.

Geht es dabei um die Qualifikation eines so facettenreichen Rechtsinstituts wie dem Trust, so stellt sich zunächst die Frage, ob überhaupt eine einheitliche Lösung für

65 *Dörner* (Fn. 51), v. Art. 3–6 EGBGB Rn. 14; *Sonnenberger* (Fn. 60), Einl. IPR Rn. 509 f.
66 *Hohloch* in Erman II 12. Aufl. (2008), Einl. Art. 3 EGBGB Rn. 39; Palandt/*Thorn* 68. Aufl. (2009), Einl. v. Art. 3 EGBGB Rn. 27.
67 *Sonnenberger* (Fn. 60), Einl. IPR Rn. 514 f.; *Rauscher* Internationales Privatrecht 2. Aufl. (2002), S. 101.
68 BGHZ 29, 137 (139); vgl. auch: BGHZ 47, 324 (332).
69 *Hohloch* (Fn. 66), Einl. Art. 3 EGBGB Rn. 40; *Dörner* (Fn. 51), v. Art. 3–6 EGBGB Rn. 16 f.

sämtliche Trustformen gefunden werden kann. Grundsätzlich erscheint eine möglichst einheitliche Anknüpfung vorteilhaft, da sie Abgrenzungsschwierigkeiten vermeidet und für mehr Rechtssicherheit sorgt. Zudem bestünde durch die Anwendung verschiedener Statute die Gefahr, die Funktionsfähigkeit eines komplexen Gebildes wie den Trust zu beeinträchtigen.[70] Eine einheitliche Qualifikation aller Trustformen würde jedoch nach der oben dargestellten Qualifikationsmethode voraussetzen, dass sich sämtliche Funktionen des Trusts den Systembegriffen einer Kollisionsnorm zuordnen ließen.

a) Die stiftungsrechtliche Qualifikation

Dies wird von einer Ansicht bejaht, welche die Funktion des Trusts darin sieht, eine Trennung von Vermögensverwaltung und Nutznießung sowie eine langfristige Vermögensbindung zu erreichen. Diese Funktion entspräche dem der rechtsfähigen Stiftung des deutschen Rechts, sodass der Trust stiftungsrechtlich zu qualifizieren sei. Sein Personalstatut bestimme sich nach dem Parteiwillen des Settlors, solange der Trust zu der gewählten Rechtsordnung eine hinreichende tatsächliche Beziehung habe.[71]

Diese Auffassung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Sie basiert auf einer Grundprämisse, die die Funktion des Trusts zu abstrakt aus seiner Struktur herleitet. Maßgeblich müssen hingegen die Zwecke sein, die der Settlor konkret mit der Errichtung des Trusts verfolgt. Nicht für alle dieser Funktionen ist die Stiftung das funktionsäquivalente Institut. Betrachtet man beispielsweise einen **testamentary trust**, der eine bestimmbare Nachlassverwaltung und -bindung ermöglichen soll, so würde ein derartiges Anliegen in Deutschland etwa durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers nach § 2197 BGB und die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft gemäß § 2100 BGB verwirklicht werden.[72] Eine Stiftung, auch wenn sie grundsätzlich zu nahezu jedem Zweck gegründet werden kann,[73] käme hingegen im Regelfall hierfür nicht in Betracht, da sie dem stark einschränkendem Erfordernis der staatlichen Genehmigung und der Stiftungsaufsicht unterliegt und damit verhältnismäßig unattraktiv ist.[74] Das Beispiel zeigt damit, dass der einheitlichen Aufgabenwahrnehmung des Trusts im anglo-amerikanischen Rechtskreis in der deutschen Rechtspraxis eine Funktionsaufteilung auf verschiedene Rechtsinstitute gegenübersteht. Die Gleichsetzung sämtlicher Trustformen mit der deutschen Stiftung würde dieser Tatsache nicht gerecht.[75]

---

70 *Wittuhn* (Fn. 18), S. 64; *Fischer-Dieskau*, Die kollisionsrechtliche Behandlung von living und testamentary Trusts, Diss. Bonn 1967, S. 82.
71 *Ebd*., S. 94 f.
72 *Czermak* (Fn. 4), S. 124 f.; *Graue* (Fn. 2), S. 151 f.
73 *Schwarz/Backert* (Fn. 52), § 80 Rn. 5; Palandt/*Ellenberger* 68. Aufl. (2009), v. § 80 Rn. 6.
74 Siehe dazu oben Abschnitt I. 5. b).
75 Vgl. *Czermak* (Fn. 4), S. 110 f.; im Ergebnis ebenfalls: *Wittuhn* (Fn. 18), S. 88 f. und 115 f.

b) Die Schaffung einer eigenen Kollisionsnorm für den Trust

Denkbar wäre es auch, durch Schaffung einer neuen, eigenen Kollisionsnorm eine einheitliche Anknüpfung aller Trustformen zu erreichen. Einen solchen Weg gehen die Art. 6 und Art. 7 des Haager Trustübereinkommens,[76] die für alle Trustformen vorrangig auf die vom Errichter gewählte Rechtsordnung und hilfsweise auf das Recht der engsten Beziehung abstellen. Zu bedenken ist jedoch, dass jede neue Kollisionsnorm zur Unübersichtlichkeit des Internationalen Privatrechts beiträgt. Vor allem aber lassen sich derartige Spezialtatbestände nur schwer in das aufeinander abgestimmte System der bestehenden Kollisionsnormen einordnen, sodass die vordergründig einheitliche Anknüpfung tatsächlich durch zahlreiche Vorbehalte zwingende Rechtsnormen unterlaufen würde. Dies verdeutlicht das Haager Trustübereinkommen, dass insbesondere in Art. 15 und 16 zahlreiche und in ihrer Reichweite unüberschaubare Ausnahmen enthält.[77] Insofern ist es nachvollziehbar, dass eine Ratifikation des Abkommens durch die Bundesrepublik Deutschland und viele weitere Staaten bisher abgelehnt wurde.

c) Schlussfolgerungen

Grundsätzlich erscheint eine einheitliche Qualifikation aller Trustformen, den aufgrund des Funktionsreichtums des Trusts bestehenden unterschiedlichen Interessenlagen nicht gerecht zu werden. Sinnvoller ist es daher, eine Lösung des Problems dadurch anzustreben, dass unterschiedliche Teilfragen getrennt voneinander angeknüpft werden.

Fraglich ist allerdings, welche Fragen gesondert zu behandeln sind. Dabei soll ein Ausgleich geschaffen werden zwischen einer zu starren einheitlichen Anknüpfungsregel einerseits und einer punktuellen Einzelfallentscheidung andererseits. Ein Anhaltspunkt könnte das Kollisionsrecht der Vereinigten Staaten bieten, das unter anderem zwischen Fragen der Wirksamkeit und Fragen der Verwaltung des Trusts unterscheidet.[78] Eine Übernahme dieser Regelung in das deutsche Recht ist jedoch nicht zu befürworten, denn Fragen der Errichtung eines Trusts und seiner Verwaltung hängen eng zusammen.[79] Auch die amerikanische Unterscheidung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen[80] erscheint nicht hilfreich. Vielmehr muss sich eine Aufteilung speziell an den Schwierigkeiten orientieren, die der Trust dem deutschen Kollisionsrecht bereitet. Dies ist wie soeben dargestellt vor allem sein Funktionsreichtum. Sinnvoll erscheint es daher, zwischen typischen Trustformen zu unterscheiden und diese einer oder mehreren Kollisionsnormen zuzuordnen. Die überwiegende Auffassung untergliedert dabei grundsätzlich nach **testamantary trusts** und **inter vivos trusts**.[81] Diese Aufteilung soll vorerst beibehalten werden.

---

76 Deutscher Text in IPRax 1987, 55 (56).

77 Vgl. dazu: *Conrad* (Fn. 38), S. 63 f.; *Kötz* Die 15. Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des Trust RabelsZ 50 (1986), S. 562 (581 f.).

78 *Wittuhn* (Fn. 18), S. 73; *Conrad* (Fn. 38), S. 16.

79 *Rabel* The Conflict of Laws IV (1958), S. 460; *Nachreiner* (Fn. 10), S. 37.

80 *Czermak* (Fn. 4), S. 238; *Conrad* (Fn. 38), S. 15.

81 Vgl. *Birnbaum/Lohbeck/Pöllath* (Fn. 34), S. 481; *Siemers/Müller* (Fn. 18), S. 207.

4. Der testamentary trust

a) Die Möglichkeit einer einheitlichen Anknüpfung

Mit der Errichtung eines **testamentary trusts** bezweckt der Settlor Einfluss auf das zu hinterlassene Vermögens zu nehmen, indem er Verwaltung und Weitergabe regelt.[82] Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung ist seine Funktion daher dem Erbrecht zuzuordnen. Der **testamentary trust** wird von der herrschenden Auffassung daher einheitlich erbrechtlich qualifiziert.[83] Das Erbstatut befindet dabei grundsätzlich über sämtliche Fragen in Bezug auf den Erbfall.[84] Gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB ist das Recht anzuwenden, dessen Staatsangehörigkeit der Erblasser im Zeitpunkt des Erbfalls besaß. Bei Doppel- oder Mehrstaatlern bestimmt sich das Heimatrecht nach Art. 5 Abs. 1 EGBGB, bei Staatenlosen nach Art. 5 Abs. 2 EGBGB. Die Möglichkeit gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB für im Inland belegenes Vermögen deutsches Recht zu wählen, ist in Bezug auf den Trust uninteressant, da dieser der deutschen Rechtsordnung nicht bekannt ist.

b) Ausnahmen

Von dieser grundsätzlichen Anknüpfung sind jedoch einige Ausnahmen zu machen. Gesondert anzuknüpfen ist die Frage nach Art und Umfang der Berechtigung am Trustvermögen.[85] Während das Erbstatut darüber entscheidet, wer als berechtigt anzusehen ist, sind die Fragen nach der Wirkung auf das Vermögen allein dem Sachstatut beziehungsweise Forderungsstatut zuzuordnen. Diese Anknüpfung erscheint nicht nur aus funktionalen Gesichtspunkten begründet, sondern verhindert zudem, dass der entsprechenden Rechtsordnung durch das Erbstatut Rechte aufgedrängt werden, die diese nicht kennt.[86]

Unabhängig davon kommt es stets zur Anwendung eines anderen Rechts gemäß Art. 3 Abs. 3 EGBGB, wenn sich Gegenstände des Trustvermögens in einem anderen als dem Heimatstaat des Erblassers befinden und dort besonderen Vorschriften unterliegen. Auf diese Weise kann eine Nachlassspaltung entstehen.[87]

Auch das auf die Form der letztwilligen Verfügung anzuwendende Recht bestimmt sich nicht nach dem Erbstatut, sondern nach dem „Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht“,[88] und zwar gemäß Art. 6 des Abkommens ohne Rücksicht darauf, ob der Erblasser einem Vertragsstaat angehört oder nicht (**loi uniforme**). Die dortigen Regelungen sind weitgehend iden-

---

82 *Kötz* (Fn. 4), S. 41 f.; Staudinger/*Dörner* 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 427;
83 *Ebd*., Art. 25 EGBGB Rn. 427; *Schurig* in Soergel X 12. Aufl. (1996), Art. 25 EGBGB Rn. 43.
84 *Hohloch* (Rn. 66), Art. 25 EGBGB Rn. 21; *Birk* in MünchKomm BGB X 4. Aufl. (2006), Art. 25 EGBGB Rn. 188 f.
85 *Czermak* (Fn. 4), S. 138, 213; *Serick* zur Behandlung des Trust im kontinentaleuropäischen Recht in FS für Nipperdey II, 1965, S. 653 (663).
86 *Birk* (Fn. 84), Art. 25 EGBGB Rn. 167 f.; *Dörner* (Fn. 82), Art. 25 EGBGB Rn. 47 f.
87 Vgl. dazu: *Hohloch* (Fn. 66), Art. 3 EGBGB Rn. 15 f.; Staudinger/*Hausmann* 2003, Art. 3 Rn. 57 f.
88 BGBl. 1965 II, 1145.

tisch mit denen des Art. 26 EGBGB, bei Abweichungen ist jedoch nach ganz überwiegender Auffassung gemäß Art 3 Abs. 2 EGBGB das Abkommen vorrangig.[89]

Nicht dem Erbstatut, sondern dem Personalstatut des Art. 7 EGBGB soll zudem nach einer Ansicht auch die Frage der Testierfähigkeit unterliegen, zumindest dann, wenn diese von der Geschäftsfähigkeit des Erblassers abhängig ist.[90]

5. Der inter vivos trust

a) Die Möglichkeit einer einheitlichen Anknüpfung

Auch beim **inter vivos trust** soll aus den oben dargestellten Gründen[91] versucht werden, eine möglichst einheitliche kollisionsrechtliche Behandlung zu erreichen. Im Gegensatz zum **testamentary trust** weichen die hier vertretenen Ansätze jedoch bisweilen stark voneinander ab.

aa) Die gesellschaftsrechtliche Qualifikation

Vorgeschlagen wird unter anderem eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation in Analogie zum Personalstatut der Gesellschaft. Ganz überwiegend wird dabei entsprechend der Sitztheorie auf das Recht des Staates abgestellt, in dem die Verwaltung des Treuhandvermögens ihren tatsächlichen Schwerpunkt hat.[92] Eine solche Einordnung des Trusts wird auch teilweise zur Begründung der Ausklammerung von Truststreitigkeiten aus der Rom II – Verordnung herangezogen.[93] Zudem scheint sie der EuGVO zu Grunde zu liegen, die in Art. 5 Nr. 6 den Gerichtsstand an den Sitz des Trusts knüpft und ihn in Art. 60 Abs. 3 im systematischen Zusammenhang mit Gesellschaften und juristischen Personen behandelt.[94] Die gesellschaftsrechtliche Qualifikation des **inter vivos trust** begegnet jedoch auch Bedenken. In keiner Rechtsordnung des anglo-amerikanischen Rechtskreises ist der Trust als juristische Person ausgestaltet worden.[95] Diesem zunächst lediglich formalen Argument liegt auch ein funktioneller Unterschied zu Grunde. Während die juristische Person als Träger von Rechten und Pflichten die Funktion hat, eigenständig am Rechtsverkehr teilnehmen zu können, entfaltet der Trust seine Wirkung vorrangig zwischen den Beteiligten. Nach außen tritt der Trustee, beschränkt durch die Rechte des Beneficiaries,

89 *Staudinger* in Handkommentar BGB 5. Aufl. (2007), Art. 26 EGBGB Rn. 1; *Jayme* Das neue IPR-Gesetz IPRax 1986, 265 (266).

90 *Hohloch* (Fn. 66), Art. 25 EGBGB Rn. 29; *Kegel/Schurig* Internationales Privatrecht 9. Aufl. (2004), § 21 III 2. b); a. A. stets Art. 7 Abs. 1: *v. Venrooy* Die Testierfähigkeit im internationalen Privatrecht JR 1988, 485 (490 f.); a. A. stets Erbstatut: *Birk* (Fn. 84), Art. 26 EGBGB Rn. 12 f.

91 siehe dazu oben Abschnitt II. 3.

92 *Lüderitz* in Soergel X 10. Aufl. (1996), Anh. Art. 19 EGBGB Rn. 64; Staudinger/*Großfeld* 1998 Int. GesR, Rn. 779.

93 Vgl. EWSA ABl. 2004 C 241, 1 (3).

94 Vgl. *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht 8. Aufl. (2005), Art. 5 EuGVO Rn. 102 f.; zum EuGVÜ Schlosser Bericht BT-Drucks. 10/61, 31 (53 f.).

95 *Kötz* (Fn. 4), S. 117; *Hayton* (Fn. 22), S. 3.

nicht aber der Trust selber, als Inhaber des Trustvermögens auf. Aufgrund dieser unterschiedlichen Funktionen im Rechtsleben ist die einheitliche gesellschaftsrechtliche Qualifikation des **inter vivos trust** daher abzulehnen.[96]

bb) Die Anknüpfung an die lex rei sitae

Von einer anderen Auffassung wird der **inter vivos trust** sachenrechtlich eingeordnet und daher der **lex rei sitae** unterstellt.[97] Dafür spricht einerseits, dass es bei der Trusterrichtung zu einer Vermögensübertragung des Settlors auf den Trustee kommt. Zudem ist die Rechtsposition des Beneficiary mit gewissen Außenwirkungen versehen und daher im anglo-amerikanischen Rechtskreis überwiegend als **ius in rem** anerkannt.[98]

Andererseits werden die Rechte und Pflichten der Trustbeteiligten vor allem durch die Trustbestimmungen vorgegeben und sind damit untrennbar mit dem ihm zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft verbunden. Eine solche flexible Gestaltungsmöglichkeit ist dem deutschen Sachenrecht fremd[99] und funktional dem Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse zuzuordnen. Dies verdeutlicht eine Gegenüberstellung der einzelnen Beziehungen der an einem **inter vivos trust** Beteiligten zu vergleichbaren Regelungen des deutschen Rechts. So weist die Beziehung zwischen Settlor und Trustee eine funktionale Ähnlichkeit zur deutschen Treuhandabrede auf.[100] Hat der Settlor einen Dritten als Beneficiary eingesetzt, entspricht dem im deutschen Recht die Ausgestaltung der Treuhandabrede als Vertrag zu Gunsten Dritter gemäß §§ 328 ff. BGB.[101] Weiterhin besteht eine Beziehung zwischen Settlor und Beneficiary, die, da sie in der Regel keine Gegenleistung verlangt, von der Interessenlage mit einer Schenkung gemäß § 516 BGB vergleichbar ist.[102] Dieser durchgehend schuldvertraglichen Zuordnung steht nicht entgegen, dass der Trust im anglo-amerikanischen Rechtskreis nicht durch Vertrag, sondern durch einseitige Erklärung errichtet wird, denn nach der hier vertretenen Qualifikationsmethode kommt es vor allem auf die funktionale Vergleichbarkeit an. Gegenüber den funktional schuldvertraglichen Aspekten des **inter vivos trust** treten die dinglichen Wirkungen der Trusterrichtung in den Hintergrund. Einer sachenrechtlichen Qualifikation des **inter vivos trust** kann daher nicht zugestimmt werden.[103]

---

96 *Czermak* (Fn. 4); *Wittuhn* (Fn. 18), S. 113 f.

97 *Söldner* Die Behandlung des anglo-amerikanischen Trust im Internationalen Privatrecht, Diss. München 1954, S. 56 f.; *Goldstein* Trusts of Movables in the Conflict of Laws 1966, S. 99 f.

98 Vgl. *Czermak* (Fn. 4), S. 67 f.; *Bogert* (Fn. 6), S. 132 f.

99 Siehe dazu oben Abschnitt I. 5.

100 *Wittuhn* (Fn. 18), S. 126 f.; *Nußbaum* Soziologische und rechtsvergleichende Aspekte des „Trust" AcP 151 (1951), S. 193 (199 f.).

101 *Czermak* (Fn. 4), S. 209 f.; *Siehr* Der Trust im IPR in FS Dutoit, 2002, S. 297 (305).

102 *Nachreiner* (Fn. 10), S. 37; *Czermak* (Fn. 4), S. 209 f.; vgl. auch BGE 96 II, 79 (88).

103 *Czermak* (Fn. 4), S. 200 f.; *Wittuhn* (Fn. 18), S. 66 f.; ablehnend im Rahmen der EuGVÜ: *EuGH* Slg. 1994 I, 1717 (Webb v. Webb).

cc) Die schuldvertragliche Qualifikation

Wie soeben ausgeführt zeichnet den **inter vivos trust** eine flexible Gestaltungsmöglichkeit des Rechtsverhältnisses aus, so dass die Beziehungen der am Trust Beteiligten funktional am ehesten mit schuldrechtlichen Instituten des deutschen Rechts vergleichbar sind. Daher erscheint in Einklang mit einer dritten Auffassung eine schuldvertragliche Qualifikation des **inter vivos trust** als sachgerecht.[104]

(1) Übereinstimmung mit Europarecht

Dem könnte jedoch entgegenstehen, dass die Rom I – Verordnung Fragen der Gründung von Trusts sowie die dadurch geschaffenen Rechtsbeziehungen zwischen den Verfügenden, den Treuhändern und den Begünstigten von ihrem Anwendungsbereich ausnimmt. Zwar ergibt sich die Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts nicht unmittelbar aus der Natur der Kollisionsnorm als gemeinschaftsrechtliche, denn Truststreitigkeiten werden vom Anwendungsbereich dieser Normen genau nicht erfasst, allerdings kann Art. 4 Abs. 3 EUV er Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung und damit ebenfalls die Notwendigkeit zur Berücksichtigung des Europarechts bei der Anwendung nationaler Gesetze entnommen werden.[105] Eine entsprechende Verbotsnorm des Europarechts könnte daher einer schuldvertraglichen Qualifikation des Trust widersprechen.

Fraglich ist jedoch, ob eine solche Regelung überhaupt existiert. Dies ist zu verneinen, insbesondere kann sie nicht aus Art. 1 Abs. 2 lit. h) Rom I hergeleitet werden. Wird im Europarecht auch teilweise von einer Nähe des Trust zum Gesellschaftsrecht ausgegangen,[106] so wurde in der Vorbereitung und in den Stellungnahmen zu Rom I und Rom II vor allem darauf hingewiesen, dass es sich beim Trust um ein schwer einzuordnendes Rechtsinstitut eigener Art handele.[107] Es ist insofern davon auszugehen, dass dieser vor allem aufgrund seiner Vielseitigkeit und den damit verbundenen Qualifikationsproblemen vom Anwendungsbereich der Verordnungen ausgenommen wurde. Eine grundsätzliche Ablehnung der schuldvertraglichen Qualifikation kann hieraus jedoch nicht gefolgert werden. Das Europarecht steht einer schuldvertraglichen Qualifikation des **inter vivos trust** im deutschen Kollisionsrecht nicht im Wege.

(2) Unmittelbare Wirkung und Anwendungsbereich von Rom I

Auch das EVÜ sah bisher in Art.1 Abs. 2 lit. g) den Ausschluss von Truststreitigkeiten vor. Die Artikel des EVÜ waren in der Bundesrepublik Deutschland jedoch

104 *Wendehorst in* MünchKomm BGB X 4. Aufl. (2006), Art. 43 EGBGB Rn. 49; *v. Bar* Internationales Privatrecht II 1991, Rn. 500; *Wittuhn* (Fn. 18), S. 120 f.; *Sieker* Der US-Trust 1991, S. 85 f.

105 *Hatje* in Schwarze EU Kommentar 2. Aufl. (2009), Art. 10 EGV Rn. 28; *Ruffert* in Calliess/Ruffert Das Verfassungsrecht der Europäischen Union 3. Aufl. (2007), Art. 249 EGV Rn. 113 f.

106 Siehe dazu oben Abschnitt II. 5. a) aa).

107 Zu Rom I: EWSA ABl. 2006 C 318, 56 (58); zu Rom II: KOM (2003) 427 endg., 10; EWSA ABl. 2004 C 241, 1 (3).

nicht unmittelbar anwendbar, sodass den auf Grundlage des Abkommens geschaffen, weitgehend inhaltsgleichen Regelungen des Art. 27 ff. EGBGB ein ungestörter Anwendungsbereich zukam.[108] Dies hat sich mit Inkrafttreten der Rom I – Verordnung geändert, da diese gemäß Art. 288 AEUV unmittelbare Wirkung entfaltet und vorrangig anzuwenden ist.[109] Es sei daher darauf hingewiesen, dass die Ausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. h) Rom I nur für die durch die Gründung des Trusts und die dadurch geschaffenen Beziehungen zwischen den Beteiligten gilt. Die Außenbeziehungen, das heißt die Rechtsgeschäfte zu Personen, die nicht am Trust beteiligt sind, werden daher, soweit sie schuldvertraglicher Art sind, von Rom I erfasst.[110] Fragen des Innenverhältnisses richteten sich hingegen weiterhin nach den Art. 27 ff. EGBGB.

(3) Bestimmung des anzuwendenden Rechts gemäß Art. 27 ff. EGBGB

Gemäß Art. 27 Abs. 1 EGBGB besteht für den Settlor die Möglichkeit der Rechtswahl. Eine solche kann auch konkludent erfolgen, wenn sich dies mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen oder den Umständen des Falls ergibt.[111] Wird keine Rechtswahl getroffen, so kommt gemäß Art. 28 Abs. 1 EGBGB das Recht desjenigen Staates zur Anwendung, mit dem der Trust die engste Verbindung aufweist. Zur Bestimmung werden Art. 28 Abs. 2 und Abs. 5 EGBGB entsprechend herangezogen, wobei mit unterschiedlichen Akzentuierungen an den Ort der Trustverwaltung, den Belegenheitsort des Trustvermögens, den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Trustee sowie an den Ort, an dem die Zwecke des Trust verwirklicht werden sollen, angeknüpft wird.[112] In der Praxis werden zumindest bei beweglichen Sachen diese Orte häufig zusammenfallen. Im Zweifelsfall erscheint es jedoch sachgerecht, an den Ort der Trustverwaltung anzuknüpfen, da die Verwaltung des Trustvermögens maßgeblich die Beziehungen zwischen den beteiligten Personen prägt.[113] Damit besteht zwischen der hier vertretenen Qualifikation des **inter vivos trust** und den Regeln des Haager Trustübereinkommens weitgehende Übereinstimmung.

---

108 *Hohloch*/Fn. 66), v. Art. 27 EGBGB Rn. 2; *Martiny* in MünchKomm BGB X 4. Aufl. (2006), v. Art. 27 EGBGB Rn. 22 f.

109 *Ruffert* (Fn. 105), Art. 249 EGV Rn. 39 f.; *Biervert* in Schwarze EU Kommentar 2. Aufl. (2009), Art. 249 EGV Rn. 17 f.

110 Vgl. zum EVÜ: *Conrad* (Fn. 38), S. 62; zur EuGVO: *Gottwald* in MünchKomm ZPO III 3. Aufl. (2008), Art. 5 EuGVO Rn. 88; *Leible* in Rauscher Europäisches Zivilprozessrecht 2004, Art. 5 Brüssel I – VO Rn. 113.

111 Vgl. dazu: *Hohloch* (Fn. 66), Art. 27 EGBGB Rn. 13 f.; *Martiny* (Fn. 108), Art. 27 EGBGB Rn. 45.

112 Staudinger/*Stoll* 1996 IntSachR Rn. 173; *Kötz* Zur Anknüpfung des unter Lebenden errichteten Trust, IPRax 1985, 205 (206).

113 *v. Bar* (Fn. 104), Rn. 500; *Nachreiner* (Fn. 10), S. 38.

b) Ausnahmen

aa) Art und Umfang der Berechtigung und Übertragung von Gegenständen

Einige Fragen in Bezug auf den **inter vivos trust** sind jedoch nach einem anderen Recht als dem des Vertragsstatuts zu beurteilen. Wie beim **testamentary trust**[114] so ist es auch beim **inter vivos trust** notwendig, Art und Umfang der Berechtigung am Trustvermögen dem entsprechenden Sach- beziehungsweise Forderungsstatut zu unterstellen.[115] Beim **inter vivos trust** kommt zudem hinzu, dass dessen Errichtung die wirksame Übertragung der Trustgegenstände auf den Trustee voraussetzt.[116] Da die Übertragung in engem Zusammenhang mit der Berechtigung am Trustvermögen steht, sind diesbezügliche Fragen konsequenter Weise ebenfalls dem Sach- und Forderungsstatut zu unterstellen. Die Übertragung von Sachen richtet sich folglich gemäß Art. 43 EGBGB nach der **lex rei sitae**, auf die Abtretung von Forderungen findet hingegen gemäß Art. 33 EGBGB das Recht Anwendung, dem der zu Grunde liegende Vertrag untersteht.[117] Zu beachten ist dabei, dass seit Inkrafttreten der Rom I-Verordnung mit Art. 14 Rom I eine Art. 33 EGBGB vorrangige Regelung existiert. Wie oben dargestellt, findet diese in Bezug auf den Trust im Außenverhältnis Anwendung.[118]

bb) Binnensachverhalt und Art. 34 EGBGB

Eine Einschränkung des vom Settlor gewählten Rechts kann sich gemäß Art. 27 Abs. 3 EGBGB auch daraus ergeben, dass der Sachverhalt nur mit einem einzigen Staat verbunden ist. In diesen Fällen kann trotz Wahl eines anderen Rechts von den nichtdispositiven Bestimmungen des mit dem Sachverhalt verbundenen Staates nicht abgewichen werden.[119] Als ausreichender Bezug zum gewählten Recht wird es aber angesehen, wenn im entsprechenden Staat der Ort der Trustverwaltung oder ein Teil des Trustvermögens liegt.[120] Etwas anderes gilt für diejenigen Bestimmungen des deutschen Rechts, die ihre Geltung auch für einen Sachverhalt mit Auslandsbezug anordnen. Sie sind gemäß Art. 34 EGBGB unabhängig davon, welchem Recht der Vertrag untersteht, stets anwendbar.[121]

---

114 Siehe dazu oben Abschnitt II. 4. b).
115 *Czermak* (Fn. 4), S. 213; *Graue* (Fn. 2), S. 172.
116 Siehe dazu oben Abschnitt I. 3. a).
117 *BGH* IPRax 1985, 221 (222); *Siemers/Müller* (Fn. 18), S. 208.
118 Siehe dazu oben Abschnitt II. 5. a) cc) (2).
119 Staudinger/*Magnus* 2002, Art. 27 EGBGB Rn. 115; *v. Hoffmann/Thorn* (Fn. 64), § 10 Rn. 29 f.
120 *Bredow/Reich* (Fn. 43), S. 177; *v. Oertzen* Trust – Option oder Risiko für die internationale Nachfolgeplanung? IStR 1995, 149 (150).
121 *Hohloch* (Fn. 66), Art. 34 EGBGB Rn. 11 f.; *Freitag* in Reithman/Martiny Internationales Vertragsrecht 6. Aufl. (2004), Rn. 399 f.

cc) Form und Geschäftsfähigkeit

Anders angeknüpft wird auch die Formwirksamkeit der dem **inter vivos trust** zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte. Diese bestimmt sich nach Art. 11 EGBGB.[122] Die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten richtet sich nach Art. 7 EGBGB.[123]

c) Wechsel des anzuwendenden Rechts

aa) Rechtswahl und Veränderung der Umstände

Auch nach Errichtung des inter vivos trust kann es noch zu einem Wechsel des anzuwendenden Rechts kommen. So läßt Art. 27 Abs. 2 EGBGB die nachträgliche Rechtswahl zu, unabhängig davon, ob zuvor bereits eine Rechtswahl getroffen wurde oder nicht.[124] Unwandelbar ist hingegen nach überwiegender Ansicht das objektiv ermittelte Vertragsstatut im Rahmen des Art. 28 EGBGB. Bei diesem ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen, sodass eine nachträgliche Veränderung der zur Bestimmung herangezogenen Kriterien grundsätzlich nicht zu einem Statutenwechsel führt.[125] Dem ist insbesondere in Hinblick auf den Trust zuzustimmen, da es dem Trustee ansonsten möglich wäre, durch Verlegung des Verwaltungsortes das anwendbare Recht und damit in nicht unerheblichem Maße seine eigenen Rechte und Pflichten zu bestimmen.[126] Das objektiv ermittelte Vertragsstatut kann daher nur durch nachträgliche Rechtswahl im Sinne des Art. 27 Abs. 2 EGBGB geändert werden.

bb) Statutenwechsel mit dem Tod des Settlors

Umstritten ist, ob ein über den Tod des Errichters fortbestehender **inter vivos trust** im Zeitpunkt des Erbfalls neu zu qualifizieren ist. Dies wird von einer Ansicht bejaht. Da sich der Trustzweck ändere und nur noch erbrechtliche Funktion habe, sei der **inter vivos trust** mit dem Tode des Settlors dem Erbstatut zu unterstellen.[127] Diese Auffassung verkennt jedoch die Wertung des § 2301 Abs. 2 BGB. Danach findet auf ein Schenkungsversprechen von Todes wegen, welches bereits zu Lebzeiten des Erblassers vollzogen wurde, Vertragsrecht Anwendung. Die überwiegende Ansicht überträgt dies auf die kollisionsrechtliche Ebene, sodass Schenkungen von Todes wegen im Falle eines lebzeitigen Vollzugs nach den Art. 27 ff. EGBGB angeknüpft werden.[128] Eine vergleichbare Interessenlage besteht, wenn der Erblasser zu

122 *Thorn* (Fn. 66), Art. 32 EGBGB Rn. 1; *Looschelders* (Fn. 61), Art. 27 EGBGB Rn. 24.
123 *Staudinger* (Fn. 89), Art. 27 EGBGB Rn. 2; *Spickhoff* in Bamberger/Roth III 2. Aufl. (2008), Art. 32 EGBGB Rn. 1.
124 *v. Hoffmann* in Soergel X 12. Aufl. (1996), Art. 27 EGBGB Rn. 67; *Hohloch/Kjelland* Abändernde stillschweigende Rechtswahl und Rechtswahlbewußtsein IPRax 2002, 30.
125 *Spickhoff* (Fn. 123), Art. 28 EGBGB Rn. 8; Staudinger/*Magnus* 2002, Art. 28 EGBGB Rn. 61; a. A. *Martiny* (Fn. 108), Art. 28 EGBGB Rn. 27.
126 Siehe dazu oben Abschnitt II. 5. a) cc) (3).
127 *Czermak* (Fn. 4), S. 224 f.; ähnlich: *Nachreiner* (Fn. 10), S. 40.
128 *Lorenz* in Bamberger/Roth III 2. Aufl. (2008), Art. 25 EGBGB Rn. 39; *Winkler v. Mohrenfels* Forderungserlass im Wege der Schenkung von Todes wegen IPRax 1991, 237 (239 f.).

Lebzeiten einen Trust errichtet und dafür das Trustvermögen bereits auf den Trustee übertragen hat. Auch hier ist dann, trotz der postmortalen Wirkung des **inter vivos trusts**, von der Maßgeblichkeit des Vertragsstatuts auszugehen. Dafür spricht aus praktischer Sicht zudem, dass es nicht zu einem Wechsel der maßgeblichen Rechtsordnung kommt und eine kontinuierliche Trustverwaltung möglich ist. Ein Statutenwechsel mit dem Tod des Settlors ist daher abzulehnen.[129]

cc) Einfluss des Erbstatuts

ennoch kann der Tod des Settlors den Einfluss eines anderen Rechts als das des Vertragsstatuts auf den **inter vivos trust** bewirken. Seine Beerbung richtet sich nämlich grundsätzlich nach dem Erbstatut. Darunter fallen auch Normen, die zum Schutze bestimmter Personen eine allzugroße Schmälerung des Nachlasses durch lebzeitige Rechtsgeschäfte des Erblassers verhindern sollen, wie zum Beispiel die deutschen Pflichtteilsergänzungsansprüche nach §§ 2325 ff.[130] Hat nun der Erblasser durch die Errichtung eines **inter vivos trust** den Tatbestand einer solchen Regelung erfüllt, so kann das Erbstatut die teilweise Unwirksamkeit oder sogar völlige Nichtigkeit des Trusts anordnen.[131]

6. Besondere Trustformen und ihre Qualifikation

Wie schon mehrfach angesprochen existieren Trusts in unzähligen Erscheinungsformen. Dabei wurde bisher im Rahmen der Qualifikation zwischen **testamentary trust** und **inter vivos trust** unterschieden. Auf dieser Grundlage konnte eine Richtlinie zur Behandlung von Trusts im Internationalen Privatrecht entwickelt werden, die auf eine Vielzahl von Trustarten zutrifft. Dies erleichtert die Rechtsanwendung und trägt zur Rechtssicherheit bei. Allerdings darf darüber nicht aus den Augen verloren werden, dass die Gestaltungsfreiheit bei der Errichtung eines Trusts in der Praxis immer wieder neue Trustformen hervorbringt, bei denen es fraglich sein kann, ob die bisher vertretene Einordnung sachgerecht ist. Einige Zweifelsfälle sollen im Folgenden angesprochen werden. Dabei geht es nicht um eine detaillierte Betrachtung, denn auch hier handelt es sich notwendiger Weise wieder um Typisierungen. Vielmehr sollen Denkanstöße geliefert werden, um die oben entwickelten Richtlinien bei jeder Anwendung im Einzelfall auf ihre Richtigkeit in Bezug auf den konkret vorliegenden Trust zu überprüfen.

a) Die gesetzlichen Trusts

Zu denken ist dabei zunächst an die Trusts von Gesetzes wegen. Geht es um die Behandlung eines **resulting trusts**,[132] so ist eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Behandlung jedoch nicht notwendig. Der Unterschied zum **inter vivos**

129 So auch *Schindhelm/Stein* (Fn. 19), S. 38; *v. Oertzen* (Fn. 120), S. 150.
130 *Dörner* (Fn. 82), Art. 25 EGBGB Rn. 186 f.; *Hohloch* (Fn. 66), Art. 25 EGBGB Rn. 24.
131 *Czermak* (Fn. 4), S. 220 f.; *v. Oertzen* (Fn. 120), S. 150.
132 Siehe dazu oben Abschnitt I. 4. a).

trust besteht hier lediglich darin, dass bei jenem der Wille zur Errichtung nachgewiesen werden muss, während er beim **resulting trust** gesetzlich vermutet wird.[133]

Anders stellt sich die Situation hingegen beim ebenfalls gesetzlich angeordneten **constructive trust** [134] dar. Dieser kann unter anderem im Rahmen bestimmter Vertrauensbeziehungen (**fiduciary relationships**) entstehen, um die Herausgabe erzielter Erlöse abzuwickeln.[135] In diesen Fällen erscheint es angebracht, den **constructive trust** nach dem Statut des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses zu behandeln.[136] In Form eines **constructive trusts** kann allerdings auch die Herausgabepflicht eines bösgläubigen Erwerbers ausgestaltet sein.[137] Hier besteht eine funktionelle Nähe zum Delikts- beziehungsweise Bereicherungsrecht.[138] Die Anwendung der entsprechenden Vorschriften der Rom II – Verordnung erscheint möglich, da die Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. e) Rom II sich ausdrücklich nur auf durch Rechtsgeschäft errichtete Trusts bezieht.[139]

b) Der business trust

Einen weiteren Sonderfall stellt ein Unternehmen in der Rechtsform eines Trusts dar, der sogenannte **business trust**.[140] Dieser kann aufgrund des erhöhten Organisationsgrades und der Teilnahme am Wirtschaftsleben gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren sein.[141]

c) Der charitable trust

In Betracht kommt eine gesonderte Anknüpfung ebenfalls für den **charitable trust**. Dabei handelt es sich um einen Trust, der keine individuell Begünstigten vorsieht, sondern der Förderung des Gemeinwohls dient und der staatlichen Aufsicht untersteht.[142] Die Gemeinsamkeiten mit der deutschen Stiftung [143] rechtfertigen es hier, eine stiftungsrechtliche Qualifikation in Betracht zu ziehen.[144]

d) Der totten trust

Umstritten ist die Behandlung des sogenannten **totten trust**. Hierbei handelt es sich um einen **inter vivos trust**, der dadurch entsteht, dass eine Bank, angewiesen wird,

133 Ebenso: *Mayer* (Fn. 9), S. 160 f.; vgl. zum HTÜ: *Overbeck* Int. Leg. Mat. 1986, 595 (601 Nr. 51).
134 Siehe dazu ebenfalls oben Abschnitt I. 4. a).
135 *Virgo/Burn* (Fn. 16), S. 286; *Underhill/Hayton* (Fn. 3), S. 301 f.
136 Ebenso: *Wendehorst* (Fn. 104), Art. 43 EGBGB Rn. 49; *Mayer* (Fn. 9), S. 160 f.
137 *Oakley* (Fn. 13), S. 370 f.; *Bogert* (Fn. 6), S. 291.
138 *Mayer* (Fn. 9), S. 160 f.; *Wittuhn* (Fn. 18), S. 14.
139 Zur Entstehungsgeschichte des Wortlauts vgl.: KOM (2003) 427 endg., 10; EP ABl. 2006 C 157, 371 (374); KOM (2006) 83 endg., 3 und 14; EP/Rat ABl. 2006 C 289, 68 (71).
140 *Sieker* (Fn. 104), S. 12; *Kötz* (Fn. 4), S. 72
141 Vgl. *Großfeld* (Fn. 92), Rn. 779; *Schindhelm/Stein* (Fn. 19), S. 38.
142 *Nachreiner* (Fn. 10), S. 26 f.; *Graue* (Fn. 2), S. 159.
143 Siehe dazu oben Abschnitt I. 5. b).
144 So auch: *Czermak* (Fn. 4), S. 115 dort Fn. 395; *Graue* (Fn. 2), S. 171.

ein Sparguthaben zugunsten einer anderen Person zu halten, über welches der Errichter jedoch bis zu seinem Tode frei verfügen kann. Stirbt er, so geht das Bankguthaben auf den Begünstigten über, ohne in den Nachlass zu fallen.[145] Da die maßgeblichen Wirkungen erst nach dem Tod des Settlors eintreten, wird hier teilweise eine erbrechtliche Qualifikation vorgeschlagen.[146] Dies erscheint aufgrund der funktionellen Nähe zu den oben angesprochenen Regeln über die Schenkung von Todes wegen durchaus sachgerecht.[147]

III. Mehrrechtsstaaten und Renvoi

1. Das anzuwendende Recht bei Mehrrechtsstaaten

Mit der Qualifikation des Trusts im Rahmen des deutschen internationalen Privatrechts ist die Frage nach dem anwendbaren Recht noch nicht vollständig beantwortet. Wird von einer deutschen Kollisionsnorm auf das Recht eines Staates mit mehreren Teilrechtsordnungen verwiesen, zum Beispiel auf das in Bezug auf den Trust häufig anzuwendende Recht der Vereinigten Staaten, so ist es unerlässlich, die für den Sachverhalt maßgebliche zu bestimmen. Geschieht dies nicht bereits in der deutschen Verweisung, ist das anzuwendende Recht gemäß Art. 4 Abs. 3 EGBGB nach den Rechtsvorschriften des anderen Staates, hilfsweise nach der engsten Verbindung, zu ermitteln.[148] Für Letzteres kann auf die oben, in Bezug auf Art. 28 EGBGB dargestellten Kriterien zurückgegriffen werden.[149]

2. Rück- und Weiterverweisung (Renvoi)

Unabhängig davon ist bei einer Verweisung auf eine fremde Rechtsordnung gemäß Art. 4 Abs. 1 EGBGB grundsätzlich auch dessen Internationales Privatrecht zu beachten (Gesamtverweisung). Die Sachnormen dieses Staates sind demnach nur anzuwenden, wenn es aufgrund dessen Kollisionsrechts nicht zu einem **Renvoi**, das heißt zu einer Weiterverweisung auf das Recht eines dritten Staates oder zu einer Rückverweisung auf das deutsche Recht kommt.[150] Ob es sich bei der Weiterverweisung ebenfalls um eine Gesamtverweisung handelt, bestimmt sich nach dem Standpunkt des weiterverweisenden ausländischen IPR.[151] Kommt es zu einer Rückverweisung,

145 *Göckeler* in Flick/Piltz Der Internationale Erbfall 2. Aufl. (2008), Rn. 1048; *Bogert* (Fn. 6), S. 46 f.

146 So zum schweizerischen Recht: *Vischer in* Zürcher Kommentar zum IPRG 2. Aufl. (2004), Art. 150 IPRG Rn. 19; *Mayer* (Fn. 9), S. 176; a. A. *BGH* RabelsZ 25 (1960), S. 313 (314); *Wittuhn* (Fn. 18), S. 101 f.; diff. *Czermak* (Fn. 4), S. 146 f.

147 Siehe dazu oben Abschnitt II. 5. c) bb).

148 Vgl. dazu: *Hohloch* (Fn. 66), Art. 4 EGBGB Rn. 24 f.; *Dörner* (Fn. 51), Art. 4 EGBGB Rn. 22.

149 Siehe dazu oben Abschnitt II. 5. a) cc) (3).

150 *v. Bar/Mankowski* Internationales Privatrecht I 2. Aufl. (2001), § 7 Rn. 214 f.; *Sonnenberger* (Fn. 60), Art. 4 EGBGB Rn. 32 f.

151 *Lorenz* (Fn. 128), Art. 4 EGBGB Rn. 15; *Looschelders* (Fn. 61), Art. 4 EGBGB Rn. 12.

so ist gemäß Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB die Verweisung abzubrechen und die deutschen Sachnormen anzuwenden. In Anbetracht der hier vertretenen schuldvertraglichen Qualifikation des **inter vivos trust** ist jedoch zu beachten, dass der Grundsatz der Gesamtverweisung gemäß Art. 35 Abs. 1 EGBGB für sämtliche Vorschriften des internationalen Schuldvertragsrechts nicht gilt. In diesen Fällen bezieht sich die Verweisung nur auf Sachvorschriften, worunter gemäß Art. 3 Abs. 1 S. 2 EGBGB die Rechtsnormen des entsprechenden Staates unter Ausschluss derjenigen des internationalen Privatrechts verstanden werden.

IV. Die Anwendung des ermittelten Rechts

1. Die Anwendung ausländischen Rechts

a) Ordre public

Auch nach Ermittlung des anzuwendenden Rechts ergeben sich noch einige Schwierigkeiten. Ist der Trust der berufenen Rechtsordnung bekannt, so ist zunächst zu klären, ob der **ordre public** einer Anwendung der entsprechenden Rechtsnormen entgegensteht. Dies ist zu verneinen. Art. 6 EGBGB soll zwar davor bewahren, ausländisches Recht anzuwenden, das in einem untragbaren Widerspruch zur deutschen Rechtsordnung steht, allerdings herrscht Einigkeit, dass es sich hierbei um eine eng auszulegende Ausnahmevorschrift handelt.[152] Die Tatsache, dass der Trust in seiner Rechtsstruktur dem deutschen Recht unbekannt ist, stellt insofern noch keinen Verstoß gegen den **ordre public** dar.[153] Ein solcher kann nur im Einzelfall vorliegen, wenn durch die Ausgestaltung eines konkreten Trusts gegen grundlegende Gerechtigkeitsvorstellungen der deutschen Rechtsordnung verstoßen wird.[154]

b) Anpassung

Die Anwendung des fremden Rechts kann aber auch dann zu Problemen führen, wenn das Kollisionsrecht aufeinander nicht abgestimmte Sachnormen zur Anwendung beruft.[155] Bei der hier vertretenen Qualifikation des Trusts, insbesondere aufgrund der gesonderten Anknüpfung von Fragen bezüglich Art und Umfang der Berechtigung am Trustvermögen, ist dies jedoch nicht ersichtlich. Derartige Konflikte können allerdings auch zwischen einer berufenen Sachnorm und einer Verfahrensvorschrift auftreten.[156] Dies ist im Falle des Trusts von Relevanz, da sich das Verfahrensrecht im Grundsatz nach der **lex fori** bestimmt.[157] Kommt es somit in einem Verfahren vor einem deutschen Gericht zu einem Konflikt, weil das Verfahrensrecht den

152 BT-Drucks. 10/504, 42 f.; *Hohloch* (Fn. 66), Art. 6 EGBGB Rn. 11.
153 *BFH* BStBl. III 1958, 79 (81 f.); *Wienbracke* A clash of cultures: Trusts und deutsches (internationales) Privatrecht ZEV 2007, 413 (414).
154 BGHZ 50, 370 (376); *Dörner* (Fn. 51), Art. 6 EGBGB Rn. 5.
155 Vgl. die Beispiele bei: *v. Bar/Mankowski* (Fn. 150), § 7 Rn. 252; *Kropholler* (Fn. 61), § 34 III.
156 So bei: *OLG Stuttgart* IPRax 1990, 113 f.; *Sonnenberger* (Fn. 60), Einl. IPR Rn. 601.
157 *BGH* NJW 85, 552 (553); *v. Hoffmann/Thorn* (Fn. 64), § 3 Rn. 5 f.

Trust nicht kennt, so ist es notwendig, das Rechtsinstitut des Trusts und die entsprechende Vorschrift des deutschen Rechts einander anzupassen. Je nach Sachlage kann dabei eine erweiterte Anwendung der Prozessnorm oder einer Umdeutung des Trusts in die Begrifflichkeiten des deutschen Rechts sinnvoller sein.[158]

2. Die Anwendung deutschen Rechts

Anders ist die Situation hingegen, wenn die Qualifikation des Trusts deutsches Recht zur Anwendung bringt. Wie bereits dargestellt, widerspricht der Trust dem in Deutschland bestehenden System des **numerus clausus** der Sachenrechte.[159] Die Errichtung eines Trusts unter deutschem Recht wäre daher nur bei Durchbrechung dieses Typenzwangs möglich. Dies wird jedoch aufgrund der maßgeblichen Bedeutung dieses Grundsatzes für die deutsche Rechtssystematik richtigerweise von der ganz überwiegenden Meinung abgelehnt.[160] Anstatt dem Trust jedoch sämtliche Wirkung abzusprechen, ist dieser entsprechend § 140 BGB in eine zulässige Konstruktion des deutschen Rechts umzudeuten.[161] Dies ist eine Frage des Einzelfalls, bei welcher der jeweilige Zweck des konkreten Trusts festzustellen und nach funktionsäquivalenten Instituten des deutschen Rechts zu suchen ist. Dazu kann auf einzelne Institute wie Treuhand, Stiftung oder Gesellschaft zurückgegriffen werden, häufig wird sich der erstrebte Erfolg jedoch besser durch eine Kombination verschiedener Institute verwirklichen lassen.[162]

V. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die besonderen Schwierigkeiten, welche die Behandlung des Trusts im Internationalen Privatrecht dem deutschen Rechtsanwender bereitet, ist darauf zurückzuführen, dass der Trust dem deutschen Recht unbekannt ist. Die auf der historischen Unterscheidung von **Common Law** und **Equity** beruhende, für den Trust charakteristische Rechtsbeziehung zwischen Beneficiary und Trustee ist in Deutschland mit dem bestehenden System des **numerus clausus** der Sachenrechte unvereinbar.

Im Internationalen Privatrecht führt dies dazu, dass eine Einordnung des Trusts in die an das materielle Recht angelehnten Systembegriffe der Kollisionsnormen nicht eindeutig möglich ist. Für die Qualifikation kommt es daher entscheidend darauf an,

158 *Sonnenberger* (Fn. 60), Einl. IPR Rn. 613; *Ferid* Internationales Privatrecht 1986, § 4 Rn. 68 f.

159 Siehe dazu oben Abschnitt I. 5.

160 *BGH* IPRax 1985, 221 (223 f); *Czermak* (Fn. 4), S. 283 f.; a. A. *Schnitzer* Die Treuhand (der Trust) und das internationale Privatrecht in GS Marxer, 1963, 53 (73 f.); ähnlich: *Kötz* (Fn. 4), S. 168 f.

161 *Sonnenberger* (Fn. 60), Einl. IPR Rn. 623; *Wienbracke* (Fn. 153), S. 415; dagegen: *Walter* Steuerprobleme bei deutsch-amerikanischen Erbfällen RIW 1975, 205 (207).

162 *Wittuhn* (Fn. 18), S. 141 f.; *Czermak* (Fn. 4), S. 287 f.; vgl. ferner: *Nachreiner* (Fn. 10), S. 52 f.

den Trust mit funktionsäquivalenten Instituten des deutschen Rechts in Verbindung zu setzen. Dabei ist eine einheitliche Behandlung aller Trustformen aufgrund der Vielseitigkeit dieses Rechtsinstituts nicht möglich. Zu unterscheiden ist demnach grundsätzlich zwischen **testamentary trusts** und **inter vivos trusts**. Erstere sind erbrechtlich, letztere schuldvertraglich zu qualifizieren. Daneben sind einige Teilfragen, wie etwa die Frage nach Art und Umfang der dinglichen Berechtigung am Trustvermögen, gesondert anzuknüpfen. Auf diese Weise kann eine kollisionsrechtliche Einordnung des Trusts erreicht werden, die zu weitgehend befriedigenden Ergebnissen führt.

Dennoch bleibt bei der Behandlung des Trusts im Internationalen Privatrecht vieles umstritten und unsicher. Auch nach der hier vertretenen Ansicht kann sich im Einzelfall eine abweichende Qualifikation als sinnvoller darstellen. Schwierigkeiten ergeben sich zudem bei der Anwendung des ermittelten Rechts. Insgesamt ist daher zu hoffen, dass die weitere Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur auf diesem Gebiet für mehr Klarheit sorgt.

Ihr Schlüssel zum Einstieg!

Die Reihe „Start ins Rechtsgebiet“

- komprimierte Darstellung für schnellen Einstieg
- rasche Orientierung durch graphische Übersichten, Tabellen und Merksätze
- anschaulich durch viele Beispiele, einprägsam durch Glossar und Wiederholungsfragen

Prof. Dr. Peter Müssig
Wirtschaftsprivatrecht
Rechtliche Grundlagen wirtschaftlichen Handelns
15. Auflage 2012. € 31,95

Priv. Doz. Dr. Christian Förster
Gesellschaftsrecht
Eine Einführung mit Fällen
2012. Ca. € 21,95

Prof. Dr. Friedrich L. Ekey
Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts
Mit Grundzügen des Marken-, Domain- und Telekommunikationsrechts
3. Aufl age 2009. € 18,-

Prof. Dr. Peter Lutz
Grundriss des Urheberrechts
2009. € 26,-

Prof. Dr. Friedrich Klein-Blenkers
Rechtsformen der Unternehmen
2009. € 21,-

Alle Titel aus der Reihe und mehr Infos unter: **www.cfmueller-campus.de/start**

C.F. Müller

Jura auf den gebracht

Michael Bakowitz*

Die Verlustverrechnung im Einkommensteuerrecht – Gestaltungsbedarf bei § 10d EStG

Abstract

Der Verfasser geht zunächst auf das grundlegende Spannungsverhältnis zwischen der Besteuerung nach dem Totaleinkommen und dem Periodizitätsprinzip ein (II.), bevor die Regelungen zum Verlustrücktrag und Verlustvortrag systematisch und vorwiegend gleichheitsrechtlich untersucht werden (III.). Gerade beim Verlustvortrag ist eine Korrektur verfassungsrechtlich geboten; sie bedarf allerdings aus steuerpolitischen Gründen einer pragmatischen Lösung, die der angespannten Haushaltslage Rechnung trägt (IV.).

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Dem folgenden Beitrag liegt eine steuerrechtliche Studienarbeit zugrunde, die im Wintersemester 2010/2011 bei Richter am Bundesfinanzhof *Dr. Bernd Heuermann* geschrieben wurde.

I. Einleitung

Der interperiodische Verlustausgleich nach § 10d EStG betrifft sowohl natürliche Personen als auch, über die Verweisung des § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG, juristische Personen. Sobald Verluste entstehen, die nicht innerperiodisch ausgeglichen werden können, gelangt § 10d EStG zur Anwendung. Ein umfangreicher Verlustausgleich läuft dabei dem Interesse des Staates entgegen, zur Deckung des eigenen Finanzbedarfs Steuereinnahmen zu erzielen, und wird häufig als bedeutende Ursache für Steuerausfälle angesehen.[1] Denn zum Einen mindert er die Steuereinnahmen, zum Anderen schränkt er durch Verlustrück- und vortragsgestaltungen die Verlässlichkeit der Finanz- und Haushaltsplanung ein.

Die zentrale Frage dieser Studienarbeit ist deshalb, ob es empfehlenswert ist, den interperiodischen Verlustausgleich zugunsten einer geordneten Finanz- und Haushaltsplanung weiter einzuschränken. Die Arbeit wird nicht einfach Gestaltungsmöglichkeiten darstellen, die dem Gesetzgeber prinzipiell offen stehen. Vielmehr soll es darum gehen, dringend notwendigen Handlungsbedarf aufzuzeigen. Dies soll in drei Schritten geschehen: Zu Beginn wird diese Arbeit erläutern, wo die Grenzen einer geordneten Finanz- und Haushaltsplanung zu ziehen sind und weshalb es eines Verlustausgleichs im Steuerrecht bedarf (II.). Sodann wird die aktuelle Gesetzeslage darauf hin untersucht werden, inwieweit sie diesem Zweck gerecht wird und an welcher Stelle sich systematische und verfassungsrechtliche Probleme auftun (III.). Schließlich werden unter Berücksichtigung der steuerpolitischen Durchsetzbarkeit und ökonomischen Nützlichkeit Vorschläge unterbreitet, die sowohl dem staatlichen Interesse an einer geordneten Finanz- und Haushaltsplanung entgegen kommen als auch dem rechtlichen Bedürfnis nach systematischer und verfassungsrechtlicher Konformität entsprechen (IV.).

II. Das Spannungsverhältnis zwischen Finanz- und Haushaltsplanung und Verlustausgleich

Als Grundlage für die weitere Betrachtung muss zunächst auf die Notwendigkeit von Finanz- und Haushaltsplanung einerseits und von interperiodischem Verlustausgleich andererseits eingegangen werden.

1 Vgl. dazu *Schlenker* in Blümich, § 10d EStG Rn. 5 [EL 97]; *Braunagel* in Lüdicke/Kempf/Brink Verluste im Steuerrecht 2010, S. 24; *Herzig* Verluste im Körperschaftssteuerrecht DStJG 28 (2005), S. 185 f.

1. Die Finanz- und Haushaltsplanung

Die Bundesrepublik Deutschland deckt ihren Finanzbedarf im Wesentlichen durch die Erhebung von Steuern. Sie ist ein „Steuerstaat".[2] Der Finanzbedarf entsteht durch Wahrnehmung staatlicher Aufgaben. Dies sind insbesondere die Gewährleistung einer Rechts- und Wirtschaftsordnung, in der sich das Individuum entfalten kann, und die Verwirklichung des verfassungsrechtlich fundierten Sozialstaats, Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG.[3] Dabei bezweckt die Finanz- und Haushaltsplanung eine Abschätzung von Einnahmen und Ausgaben.[4] Sie gleicht die beiden Größen aus, ermöglicht die Gestaltung der gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen und spiegelt das politische Programm der Regierung wider.[5]

Der Haushaltsplan wird für einen Zeitraum von einem Jahr aufgestellt, Inhalt sind alle zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben des Bundes, Art. 110 Abs. 1, Abs. 2 GG. Er bindet Parlament und Regierung.[6] Die auf fünf Jahre angelegte Finanzplanung soll auf Grundlage der voraussichtlichen gesamtwirtschaftlichen Entwicklung die mittelfristige Ausgabenplanung der Regierung offenlegen, § 9 Abs. 1 des Stabilitäts- und Wachstumsgesetzes vom 8.6.1967.[7] Sie ist nicht rechtsverbindlich.[8] In diesem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt darauf hingewiesen, dass die Finanz- und Haushaltsplanung verlässlich und kalkulierbar sein müsse.[9]

2. Die Notwendigkeit des Verlustausgleichs im Steuerrecht

Nach § 10d Abs. 1 EStG hat der Steuerpflichtige die Möglichkeit, innerperiodisch nicht ausgeglichene Verluste in den vorangegangenen Veranlagungszeitraum zurückzutragen (Satz 1). Da ein für diesen Zeitraum bereits erlassener Steuerbescheid zu berichtigen ist (Satz 3), kann der Wegfall von Steuereinnahmen zu Änderungsbedarf beim jährlichen Haushaltsplan führen. Verbleiben auch nach dem Rücktrag Verluste, sind diese in den folgenden Veranlagungszeiträumen auszugleichen, § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG. Das wiederum schafft Unwägbarkeiten in Bezug auf künftige Steuereinnahmen.[10]

Es stellt sich daher die Frage, ob es dem Gesetzgeber nicht offen steht, das Institut des Verlustausgleichs zugunsten einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung gänzlich abzuschaffen.

---

2 *Vogel* in Isensee/Kirchhof HbStR II 3. Aufl., § 30 Rn. 69, 51; *Lang* in Tipke/Lang Steuerrecht 20. Aufl., § 1 Rn. 1, 3; *Friauf* DStJG 12 (1989), S. 3; vgl. *Isensee* in FS Ipsen 1977, S. 409.

3 Vgl. *Lang* (Fn. 2), § 1 Rn. 6 f.

4 *Vierling* Wirtschaftsdienst 2008, 40; vgl. *Birk* in FS Hoppe 2000, S. 287 (290).

5 *Birk* (Fn. 4), S. 286 f.; *Vierling* (Fn. 4), S. 41.

6 *BVerfG* Urteil v. 19.7.1966, 2 BvF 1/65, BVerfGE 20, 56 unter B. 2. b); *Birk* (Fn. 4), S. 289.

7 BGBl I 1967, 582.

8 *Vierling* (Fn. 4), S. 401.

9 *BVerfG* Beschluss v. 22.6.1995, 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 unter C. III. 3.; *BVerfG* Beschluss v. 7.11.2006, 1 BvL 10/02, BStBl II 2007, 192 unter D. II.

10 Vgl. dazu *Schlenker* in Blümich, § 10d EStG Rn. 5 [EL 97]; *Braunagel* (Fn. 1), S. 24; *Herzig* (Fn. 1), S. 185 f.

a) Die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt das Postulat der Besteuerungsgerechtigkeit, wonach alle Steuerpflichtigen gleichmäßig zu belasten sind. Dies ist dann der Fall, wenn Maßstab der Besteuerung die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist.[11] Der Gesetzgeber hat diesen Maßstab einfachgesetzlich in § 2 Abs. 2 Satz 1 EStG als objektives Nettoprinzip konkretisiert.[12] Danach sind für die Besteuerung neben Gewinnen und Einnahmen auch Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 4 EStG) und Werbungskosten (§ 9 Abs. 1 EStG) in jeder Höhe zu berücksichtigen. Wenn die Erwerbsaufwendungen die Einnahmen übersteigen, sind konsequenterweise auch Verluste anzuerkennen.[13] Innerperiodisch werden Verluste durch den Verlustabzug berücksichtigt, § 2 Abs. 3 EStG. Ein Ausgleich erfolgt mit positiven Einkünften derselben Einkunftsart (horizontal), anschließend mit den Einkünften aus den übrigen Einkunftsarten (vertikal).[14] Damit ist noch nicht geklärt, wie mit Verlusten zu verfahren ist, die auch nach dem innerperiodischen Verlustausgleich verbleiben.

b) Periodizitätsprinzip und Besteuerung des Lebenseinkommens

Gemäß § 2 Abs. 7 Satz 1 EStG ist die Einkommensteuer eine Jahressteuer. Die Besteuerung erfolgt für das vergangene Jahr jeweils am Ende des Kalender- bzw. Wirtschaftsjahres (§§ 11, 4a EStG). Dann hängt es allerdings vom Zufall ab, ob dem Steuerpflichtigen die positiven Einnahmen, mit denen er die Verluste eines Jahres ausgleichen könnte, vor oder nach Ende des Veranlagungszeitraums zufließen. Hier gehen die nicht ausgeglichenen Verluste verloren, dort werden sie vollständig berücksichtigt, das zu versteuernde Einkommen fällt niedriger aus. Trotz überperiodisch gleicher Leistungsfähigkeit wird unterschiedlich besteuert.[15] Je kürzer die Zeitabschnitte sind, desto ungleichmäßiger wird belastet.[16]

Zur umfassenden Verwirklichung des Leistungsfähigkeitspostulats müsste der Bemessung stattdessen das Totaleinkommen zugrunde gelegt werden.[17] Das Periodizitätsprinzip wäre dabei notwendig zur konstanten Deckung des staatlichen Finanzbedarfs. Denn eine Besteuerung des Lebenseinkommens wäre wegen stetiger Änderungen des Steuerrechts sowie Inflations- und Zinseffekten nach dem

11 *BVerfG* Beschluss v. 22.2.1984, 1 BvL 10/80, BVerfGE 66, 214 unter C. I. 2.; *Mohr* (Fn. 1), S. 30 f.; *Lang* (Fn. 2), § 4 Rn. 81; *Reiff* Der Verlustabzug im Lichte des Gleichheitsgrundrechts DStZ 1998, 858.

12 *BFH* Beschluss v. 9.5.2001, XI B 151/00, BStBl II 2001, 552 unter II. 3. a) aa); vgl. *Lang* (Fn. 2), § 9 Rn. 54 f. m. w. N.

13 *Mohr* (Fn. 1), S. 32 f.; *Lang/Englisch* StuW 2005, 3 (6); *Reiff* (Fn. 11), S. 859.

14 *Birk* Steuerrecht 13. Auflage, Rn. 616; *Lang (Fn. 2)*, § 9 Rn. 61; *Reiff* (Fn. 11), S. 859.

15 *Drüen* Periodengewinn, Diss. Berlin 1999, S. 89; vgl. *Dorenkamp* IFSt-Schrift Nr. 461 2010, 29; ferner *Schlenker* in Blümich, § 10d EStG Rn. 5 [EL 97]; *Tipke* Steuerrechtsordnung 2. Auflage, S. 755.

16 *Drüen* (Fn. 15), S. 89; vgl. *BFH* Urteil v. 28.7.1961, VI 25/61 U, BStBl III 1961, S. 436.

17 *v. Groll* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 10d Rn. A 12 [EL 57]; *Tipke* (Fn. 15), S. 756; *Schild* in Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1999/2000, S. 211.

Nominalwertprinzip praktisch nicht durchführbar, die Kalkulierbarkeit der Steuer für Staat und Bürger unmöglich.[18]

Bei dieser Betrachtung ist das Periodizitätsprinzip ein technisches Mittel zur Erzielung von Steuereinnahmen.[19] Im Gegensatz dazu wird ihm teilweise materielle Bedeutung zugemessen. Aus dem verfassungsrechtlichen Postulat, dass der Eigentumsgebrauch zugleich dem Allgemeinwohl dienen soll, Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG, folge die Gleichzeitigkeit von Privatnützigkeit und Allgemeinnützigkeit des Einkommens. Allgemeinnützig sei die zeitnahe, also periodische Besteuerung. Sie spiegle die staatliche Teilhabe am wirtschaftlichen Erfolg des Einzelnen wieder und trage zugleich dem gegenwärtigen staatlichen Finanzbedarf Rechnung. Diese Gleichzeitigkeit zwischen Privat- und Allgemeinnützigkeit werde verfehlt, wenn allein das Lebenseinkommen herangezogen wird.[20]

c) Durchbrechung des Periodizitätsprinzips

Bedeutung erhält die Divergenz zwischen technischem und materiellem Prinzip bei der Frage, wie weit ein interperiodischer Verlustausgleich zugelassen werden muss.

aa) Umfang bei Gleichbelastung des Totaleinkommens

Ist die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vorrangig, muss ein Verlustausgleich in anderen Veranlagungszeiträumen grundsätzlich möglich sein.[21] Der Gesetzgeber ist gehalten, die einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig umzusetzen.[22]

Die Einräumung eines Verlustrücktrags folgt nicht zwingend aus dem objektiven Nettoprinzip. Denn die Leistungsfähigkeit des laufenden Veranlagungszeitraums beeinflusst nicht die Leistungsfähigkeit des zurückliegenden Veranlagungszeitraums.[23] Der vollständige Ausschluss des Verlustvortrags ist mit dem objektiven Nettoprinzip dagegen unvereinbar.[24] Gleichwohl steht es dem Gesetzgeber offen, den Vortrag zeitlich zu strecken, solange dieser auf die Weise nicht vereitelt wird.[25] Die zeitliche Streckung des Verlustvortrags durch Mindestbesteuerung ist also möglich, eine zeitliche Begrenzung hingegen ausgeschlossen.

---

18 Vgl. *Hallerbach* in Herrmann/Heuer/Raupach Lfg. 220, § 10d EStG Rn. 10; *Mohr* (Fn. 1), S. 37; *Eckhoff* DStJG 28 (2005), S. 32 f.; *Drüen* (Fn. 15), S. 89.

19 *Lang* (Fn. 2), § 9 Rn. 44 m. w. N.

20 So *Kirchhof* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 2 Rn. A 136 f.

21 So *BFH* Beschluss v. 9.5.2001, XI B 151/00, BStBl II 2001, 552 unter II. 3. a) bb); *Mohr* (Fn. 1), S. 37.

22 *BVerfG* Urteil v. 9.12.2008, 2 BvL 1/07 et al., BVerfGE 122, 210 unter C. I. 2. a); *Mohr* (Fn. 1), S. 34; *Birk* (Fn. 14), Rn. 187.

23 *Mohr* (Fn. 1), S. 37; *Eckhoff* (Fn. 18), S. 34; mit der Rechtssicherheit argumentierend *Reiff* (Fn. 11), S. 860.

24 *Reiff* (Fn. 11), S. 850; vgl. *BVerfG* Beschluss v. 30. 9. 1998, 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88 Leitsatz und unter B. II.

25 *BFH* Beschluss v. 26.8.2010, I B 49/10, BFHE 230, 445 unter II. 2. d).

bb) Umfang bei Gleichbelastung in der Zeit

Geht es stattdessen primär um eine gleichmäßige Belastung in der Zeit und die Deckung des staatlichen Finanzbedarfs, ist ebenfalls von einem Verlustrücktrag abzusehen, dann allerdings zur Wahrung der Haushaltskontinuität. Sonst würde der Staat trotz Bestandskraft der Vorjahresbescheide durch den Rücktrag Aufkommen einbüßen, welches bereits verwendet worden ist.[26]

Das Periodizitätsprinzip stellt in diesem System eine zeitgerechte Verteilung der individuellen Steuerlasten her, mithin „Besteuerungsgleichheit in der Zeit".[27] Dieser Gleichheit dient auch ein Verlustvortrag, der die Verluste so in der Zukunft verteilt, wie sie sich wirtschaftlich auswirken. Wie lange Verluste vorgetragen werden können, hängt also von der jeweiligen Wirtschaftsperiode ab.[28] Unter diesem Aspekt ist eine zeitliche Begrenzung des Verlustvortrags denkbar.[29]

cc) Technische und materielle Wirkung des Periodizitätsprinzips

Die Periodenbesteuerung dient nicht nur der praktikablen Besteuerung und staatlichen Finanzversorgung, sondern auch dem Schutz des Steuerpflichtigen.[30] Denn die Belastungsgleichheit in der Zeit schafft einen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen der laufenden Steuerbelastung und dem laufenden Einkommen. Wäre dies nicht der Fall, könnte das zu erwartende Lebenseinkommen zu jedem beliebigen Zeitpunkt besteuert werden, zum Beispiel durch gleichmäßige Vorauszahlungen auf die Schlussbesteuerung des Totaleinkommens. Der Steuerpflichtige wird sein Lebenseinkommen aber kaum gleichmäßig erzielen, sondern zumeist von steigendem Einkommen nach einer (ausbildungsbedingten) Anlaufphase profitieren. Dann würde die geschilderte gleichmäßige Besteuerung seines Lebenseinkommens zeitweise seine Vermögenssubstanz belasten, mithin nicht seiner gegenwärtigen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entsprechen.[31] Die periodische Heranziehung zur Steuer gewährleistet also, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit desjenigen Zeitraums zur Geltung kommt, für den die Steuer erhoben wird. Damit hat das Periodizitätsprinzip technische und materielle Wirkung.[32]

dd) Der Vorrang des Totaleinkommens

Bei der interperiodischen Verlustverrechnung stehen Gleichbehandlung in der Zeit und Gleichbehandlung des Totaleinkommens zueinander in Konflikt. Verfallen

---

26 *Kirchhof* Einkommensteuergesetzbuch 2003, § 9 Rn. 13; vgl. *BVerfG* Beschluss v. 25.9.1992, 2 BvL 5/91, 8/91, 14/91, BVerfGE 87, 153 unter C. III. 3. a) aa); ferner ist der Rücktrag bei *Kirchhof* Beihefter zu DStR 37 2003, 1 (12) auch nicht zur Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit erforderlich.

27 *Kirchhof* (Fn. 26), S. 12.

28 *Kirchhof* (Fn. 20), § 2 Rn. A 140; *ders.* (Fn. 26), S. 12.

29 Vgl. dazu *Röder* Verlustverrechnung, Diss. Köln 2010, S. 233; *Eckhoff* (Fn. 18), S. 32.

30 *Drüen* (Fn. 15), S. 127.

31 Vgl. *Röder* (Fn. 29), S. 236 ff.

32 Im Ergebnis so auch *Drüen* (Fn. 15), S. 128 f.

innerperiodisch nicht genutzte Verluste, weil das Periodizitätsprinzip nur den unmittelbar zurückliegenden Veranlagungszeitraum betrachtet, wird das Totaleinkommen benachteiligt. Umgekehrt kommt die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des unmittelbar zurückliegenden Veranlagungszeitraums nicht voll zur Geltung, wenn auch Verluste aus früheren Jahren auf die Bemessungsgrundlage einwirken.[33]

Periodizität und Lebenseinkommen sind gleichheitsrechtliche Maßstäbe. Die Frage, welches Prinzip vorrangig zu verwirklichen sei, ist daher ebenfalls gleichheitsrechtlich zu beantworten. Die Periodenbesteuerung bezweckt eine Erleichterung des Steuerzugriffs. Sie hat folglich rein praktische Gründe. Aus dieser praktischen Erwägung erst folgt das Gebot der Gleichbelastung in der Zeit. Im Gegensatz dazu ist das objektive Nettoprinzip „identitätskonstituierendes Merkmal“[34] der Einkommensteuer und kann nur bei Gleichbelastung des Totaleinkommens verwirklicht werden.[35] Im Konflikt mit dem Periodizitätsprinzip muss sich die Besteuerung nach dem Lebenseinkommen folglich durchsetzen.

Auch der Gesetzgeber wägt die Abschnittsbesteuerung zugunsten des Totaleinkommens ab, so etwa beim Zufluss- und Abflussprinzip in § 11 Abs. 1 Sätze 2 bis 4, Abs. 2 Satz 2 EStG[36] oder bei der periodenübergreifenden Beurteilung der Einkünfteerzielungsabsicht.[37]

3. Die Reichweite des Verlustausgleichs

Bei der Entscheidung über die periodenübergreifende Abziehbarkeit von Verlusten ist das objektive Nettoprinzip gegenüber dem Prinzip der Abschnittsbesteuerung vorrangig zu verwirklichen. Das bedeutet, dass der Verlustvortrag in voller Höhe möglich sein muss. Eine Einschränkung zugunsten einer geordneten Finanz- und Haushaltsplanung wäre mit dem objektiven Nettoprinzip unvereinbar und würde gegen das Folgerichtigkeitsgebot verstoßen. Der Verlustrücktrag hingegen ist keine Folge des objektiven Nettoprinzips. Steuersystematisch steht er zur Disposition.

III. Gestaltungsbedarf bei der gegenwärtigen Ausgestaltung des Verlustausgleichs nach § 10d EStG

Nachdem die Grundlagen des interperiodischen Verlustausgleichs und die Notwendigkeit einer Verlustvortragsmöglichkeit dargelegt worden sind, ist der Fokus nun

33 *Röder* (Fn. 29), S. 244 f.
34 *Tipke* (Fn. 15), S. 763; *Mohr* (Fn. 1), S. 41.
35 Vgl. *Röder* (Fn. 29), S. 247.
36 So z. B. *BFH* Urteil v. 26.1.2000, IX R 87/95, BStBl II 2000, 396 unter 2. a); weitere nicht gesetzlich geregelte Ausnahmen bei *Drenseck* in Schmidt, Einkommensteuergesetz 29. Aufl., § 11 Rn. 7.
37 So z. B. *BFH* Beschluss v. 28.3.2000, X B 82/99, BFH/NV 2000, 1186 unter 2. m.w.N; vgl. zu diesen und weiteren Beispielen *v. Groll* in Lehner Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht 2003, S. 26 f.

auf die gegenwärtige Gesetzeslage zu richten. Die Rechtslage wird unter Berücksichtigung von systematischen und verfassungsrechtlichen Bedenken geprüft.

1. Verlustrücktrag und Wahlrecht, § 10d Abs. 1 Sätze 1 und 5 EStG

a) Intention des Gesetzgebers

Können negative Einkünfte innerperiodisch nicht vollständig ausgeglichen werden, sind sie nach § 10d Abs. 1 Satz 1 EStG bis zu einer Höhe von 511.500 Euro, bei zusammenveranlagten Ehegatten bis 1.023.000 Euro vom Gesamtbetrag der Einkünfte des unmittelbar vorangegangenen Veranlagungszeitraums abzuziehen.

Der einjährige Rücktrag wurde mit dem Einkommensteueränderungsgesetz vom 20.4.1976[38] insbesondere zur Förderung der Liquidität kleiner Unternehmen eingeführt.[39] Wegen der „positiven Auswirkungen" auf die Liquidität kleiner und mittlerer Unternehmen[40] hat ihn der Gesetzgeber im 2. Haushaltsstrukturgesetz vom 22.12.1981 auf zwei Jahre ausgedehnt.[41] Eine Gesetzesinitiative vom 10.6.1997 mit dem Ziel der vollständigen Abschaffung des Verlustrücktrags zur Steuervereinfachung fand keine Mehrheit.[42] Allerdings hat der Rücktrag im Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24. 3. 1999[43] zwecks Steuervereinfachung und Sanierung des Haushalts eine Beschränkung auf ein Jahr erfahren.[44]

Auf Antrag kann sich der Steuerpflichtige ganz oder teilweise gegen einen Verlustrücktrag entscheiden, § 10d Abs. 1 Satz 5 EStG, sodass nur ein Vortrag gemäß § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG vorgenommen wird. Dieses Wahlrecht wurde als Teil des Standortsicherungsgesetzes vom 13.9.1993[45] eingeführt, um das Anrechnungsverfahren im Körperschaftsteuerrecht zu erleichtern. Aus Gleichbehandlungsgründen hat der Gesetzgeber das Wahlrecht auch auf die Einkommensteuer erstreckt.[46]

Die Gesetzesmotive zeigen, dass dem Verlustrücktrag fast ausschließlich wirtschafts- und konjunkturpolitische Erwägungen zugrunde liegen.

b) Alternative Wege zur Förderung von Wirtschaft und Konjunktur

Der Rücktrag von Verlusten in eine Gewinnperiode führt zu einem unmittelbaren Liquiditätsvorteil und ist deshalb ökonomisch sinnvoll.[47] Die Erstattung von Steuern

38 BGBl I 1974, 1054; BStBl I 1974, 282.
39 BT-Drs. 7/4604, 3 (v. 21.1.1976).
40 BT-Drs. 9/795, 66 f. (v. 9.9.1981).
41 BGBl I 1981, 1523; BStBl I 1982, 235.
42 Vgl. BT-Drs. 13/7895, 34 (v. 10.6.1997).
43 BGBl I 1999, 402; BStBl I 1999, 304.
44 BT-Drs. 14/23, 175 (v. 9.11.1998); dazu schon *Orth* Überlegungen zum zweijährigen Verlustrücktrag i. d. F. eines 2. Haushaltsstrukturgesetzes FR 1981, 525 (526 ff.).
45 BGBl I 1993, 1569; BStBl I 1993, 774.
46 Vgl. BT-Drs. 12/4487, 26 u. 36 (v. 5.3.1993); *v. Groll* (Fn. 17), § 10d Rn. A 154 [EL 57].
47 So auch *Braunagel* (Fn. 1), S. 28; *Eckhoff* (Fn. 18), S. 35; *Grotherr* Steht der Verlustvortrag und Verlustrücktrag steuerpolitisch zur Disposition? BB 1998, 2339.

aus dem vergangenen Jahr aufgrund eines Verlustrücktrags erreicht betroffene Unternehmen zu einem Zeitpunkt, in dem die Verluste gerade entstanden sind und finanzielle Mittel dringend benötigt werden. Liquidität erhält Arbeitsplätze und fördert die Investitionsbereitschaft,[48] was sich aus Sicht des Finanzstaats positiv auf künftige Steuereinnahmen auswirkt. Deshalb wird teilweise vorgeschlagen, den Verlustrücktrag wieder auszuweiten, auch um die internationale Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen zu erhalten.[49]

Die Liquiditätsförderung erfolgt indes durch Erstattung von Steuern, welche der Steuerpflichtige zuvor an den Staat abgeführt hat. Wären dem Steuerpflichtigen diese finanziellen Mittel im vorangegangenen Veranlagungszeitraum verblieben, hätte er sie reinvestieren oder zur Erhöhung des Eigenkapitals nutzen können. Durch Anhebung des Eigenkapitals stünde er im Verlustjahr nicht schlechter da als durch Verlustrücktrag, allerdings mit dem bedeutsamen Unterschied, dass keine rückwirkende Änderung eines bestandskräftigen Steuerbescheides nach § 10d Abs. 1 Satz 3 EStG notwendig geworden wäre.

Ein solches Ergebnis könnte der Gesetzgeber beispielsweise durch eine Abflachung des progressiven Einkommensteuertarifs erreichen.[50] Oberhalb des Grundfreibetrags, also in den unteren Einkommensgruppen, steigt die Progression nach § 32a Abs. 1 Satz 2 EStG steil an und flacht in den höheren Einkommensgruppen stetig ab. Die Folge ist, dass in den unteren Gruppen eine Steigerung des Einkommens überproportional besteuert wird, während gleichzeitig die oberen Gruppen entlastet werden.[51] Darin wird auch eine Erschwernis für den Aufbau von Eigenkapital in Unternehmen gesehen.[52] Der Politik sind diese Probleme bekannt, sie hat bisher aber nicht gehandelt.[53]

Das Beispiel zeigt, dass sich der Gesetzgeber nicht nur des Verlustrücktrags bedienen kann, um Wirtschafts- und Konjunkturförderung zu betreiben, sondern auch effek-

---

48 Vgl. *Grotherr* (Fn. 47), S. 2337 f.; BT-Drs. 7/4705 (v. 5.2.1976), 3; der Bedarf an Liquidität hat in Anbetracht von Basel III und der Regulierung der Kapitalmärkte nichts von seiner Aktualität verloren, vgl. *Gemeinsame Erklärung Münchener Spitzengespräch vom 18. März 2011* (BDI, BDA, DIHK und ZDH) Nachhaltiges Wachstum stärken, Zukunftschancen sichern, abrufbar unter http://www.dihk.de/ressourcen/downloads/muenchener-erklaerung-2011/at_download/file?mdate=1300697915882, S. 2 (Stand: 26.11.2011).

49 So *Grotherr* (Fn. 47), S. 2343 (wohl auf drei Jahre); vgl. auch *Lang* Kölner Entwurf eines Einkommensteuergesetzes 2005, S. 431 (auf zwei Jahre); *Röder* (Fn. 29), S. 426 (auf drei Jahre); *Schild* (Fn. 17), S. 212 (vier oder fünf Jahre wären hinnehmbar).

50 Auch bekannt als sogenannter „Mittelstandsbauch", vgl. *Esser* Der „linear-progressive" Mittelstandsbauch – Wie sich die Einkommensteuerbelastung verselbstständigen konnte DStR 2009, 821.

51 Vgl. *Esser* (Fn. 50), S. 822 f.; *Münchener Spitzengespräch* (Fn. 48), S. 2.

52 So *Münchener Spitzengespräch* (Fn. 48), S. 2.

53 Vgl. *Krumrey* Drei Fragen an Martin Zeil, in *WiWo* vom 28.2.2011, Nr. 9, S. 9 (Position der FDP); *wiwo.de* SPD fordert Steuererleichterungen für den Mittelstand, abrufbar unter http://www.wiwo.de/politik-weltwirtschaft/spd-fordert-steuererleichterungen-fuer-den-mittelstand-456216/ (Stand: 26. 11. 2011); bereits BT-Drs. 13/5932, 3 (v. 4.11.1996).

tive Alternativen hat, die nicht in die Bestandskraft von bereits erlassenen Steuerbescheiden eingreifen.

c) Auswirkungen des Wahlrechts

aa) Ausnutzung von Freibeträgen

Neben dem Verlustrücktrag bringt dem Steuerpflichtigen auch das in § 10d Abs. 1 Satz 5 EStG gewährte Wahlrecht Vorteile. Bis zum Betrag von 511.500 Euro bzw. 1.023.000 Euro kann er bestimmen, in welcher Höhe seine Verluste zurückgetragen werden. Auf diese Weise kann er zum Beispiel den Kinderfreibetrag nach §§ 2 Abs. 5 Satz 1, 32 Abs. 6 EStG oder den Grundfreibetrag gemäß § 32a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EStG in seine Kalkulation einbeziehen.[54] Ergibt sich durch den Rücktrag ein Gesamtbetrag der Einkünfte von null, gehen die Freibeträge verloren.[55] Dann wird der Rücktrag nämlich von Amts wegen[56] bis zum gesetzlichen Höchstbetrag des § 10d Abs. 1 Satz 1 EStG bzw. bis zu einem Gesamtbetrag der Einkünfte von null vorgenommen. Dies geschieht vorrangig vor Sonderausgaben, außergewöhnlichen Belastungen und sonstigen Abzugsbeträgen. Mithilfe des Wahlrechts trägt der Steuerpflichtige seine Verluste unter Ausnutzung der Freibeträge nur bis zu einem zu versteuernden Einkommen von null zurück.

bb) Privilegierung von schwankenden Einkommen als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG

Hat der Steuerpflichtige vor dem Verlustjahr hohe Gewinne erzielt oder wird er sie aller Voraussicht nach im nächsten Jahr erzielen, kann er das Wahlrecht vor allem nutzen, um Progressionsnachteile auszugleichen.[57] Diese entstehen, wenn der Steuerpflichtige in einem Jahr hohe Gewinne hat, weil die Steuerprogression nach § 32a Abs. 1 Satz 2 EStG entsprechend steigt. Der Steuerpflichtige kann die Höhe des Verlustrücktrags so bestimmen, dass er im Vorjahr möglicherweise einem günstigeren Grenzsteuersatz unterliegt und ihm gleichzeitig hinreichend hohe Verluste verbleiben, mit denen er auch den Steuertarif des nächsten (Gewinn-) Jahres zu seinen Gunsten gestalten kann. Er kann auch darauf spekulieren, dass die Gewinne im nächsten Jahr höher ausfallen werden als die des Vorjahres, und zum Zwecke eines höheren Verlustvortrags keinen Gebrauch vom Rücktrag machen. Auch hier hat er bei richtiger Kalkulation durch die Gewinnminderung einen Progressionsvorteil.[58] Je höher die Verluste eines Jahres sind, desto mehr Gestaltungsspielraum besteht.[59]

---

54 Für weitere Beispiele siehe *Schiffers et al.* Optimale Nutzung des Wahlrechts beim Verlustrücktrag nach § 10d EStG in der Fassung des Standortsicherungsgesetzes DB 1994, 1252 (1253); vgl. *Heinicke* (Fn. 36), § 10d Rn. 27.

55 Vgl. *Hallerbach* (Fn. 18), § 10d EStG Rn. 91.

56 *Kempf/Vogel* in Lüdicke/Kempf/Brink Verluste im Steuerrecht 2010, S. 80; *Schiffers et al.* (Fn. 54), S. 1252.

57 Vgl. auch *Hallerbach* (Fn. 18), § 10d EStG Rn. 91.

58 So auch *Röder* (Fn. 29), S. 56.

59 Vgl. *v. Groll* (Fn. 17), § 10d Rn. A 231 [EL 57].

Dem Steuerpflichtigen kann schließlich auch daran gelegen sein, durch höchstmöglichen Rücktrag einer Mindestbesteuerung im nächsten Jahr zu entgehen.[60] Um das gesamte Einsparpotential nutzen zu können, ist steuerrechtliche Beratung wohl unerlässlich.[61]

Wegen der Korrelation zwischen Verlusthöhe und Gestaltungsspielraum führt das Wahlrecht zu erheblichen Ungleichbehandlungen.[62] Während Steuerpflichtige mit schwankenden Einkünften die Steuerprogression glätten, trifft der steigende Tarif Steuerpflichtige mit konstant positiver Einkommenslage uneingeschränkt. Beständige Einkünfte werden stärker belastet, obwohl sie aus überperiodischer Sicht nicht auf eine höhere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit schließen lassen als unbeständige Einkünfte. Zwar wird Liquidität nach Verlustjahren besonders dringend benötigt. Das vermag allerdings nicht zu rechtfertigen, weshalb schwankende Einkommen durch steuerliche Privilegierung zur Spekulation verleitet werden. Ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung ist nicht ersichtlich. Das Wahlrecht verstößt damit gegen den Grundsatz der Belastungsgleichheit in Art. 3 Abs. 1 GG.

cc) Systematische Einwände gegen die Gewährung von Progressionsvorteilen in § 10d EStG

Fraglich ist zudem, ob die Gewährung des Wahlrechts in § 10d Abs. 1 Satz 5 EStG systematisch vertretbar ist. Wiederkehrende und einmalige Einkünfte werden summiert, § 2 Abs. 2 Satz 1 EStG, und unterliegen einem einheitlichen Steuersatz. Fallen sie mit hohen außerordentlichen Einkünften zusammen, werden die wiederkehrenden Einkünfte wegen des progressiven Steuertarifs mit einem entsprechend höheren Grenzsteuersatz belastet, obwohl es zu keiner nachhaltigen Erhöhung der Leistungsfähigkeit gekommen ist.[63] Um ungerechtfertigte Härten zu vermeiden, behandelt § 34 Abs. 1 EStG die außerordentlichen Einkünfte so, als ob sie über einen Zeitraum von fünf Jahren zugeflossen wären. Dies bewirkt, dass die Steuerprogression gemildert und eine Entlastung eingeräumt wird.[64] § 34 EStG dient also dem Ausgleich von zufälligen Einkommensspitzen.

Bei Gewinnspitzen kann der gestaltende Steuerpflichtige sein Wahlrecht ebenfalls mit dem Ziel ausüben, die Steuerprogression zu glätten. Diese Folge des § 10d Abs. 1 Satz 5 EStG kann daher dem Regelungskomplex von § 34 EStG zugeordnet werden. Dass das Wahlrecht diese Folge gerade nicht haben soll, folgt aus dem abschließenden Charakter von § 34 Abs. 2 EStG. Die Progressionsglättung kann allein für die dort genannten außerordentlichen Einkünfte (wie zum Beispiel Veräußerungsge-

60 *Hallerbach* (Fn. 18), § 10d EStG Rn. 91.

61 So auch *v. Groll* (Fn. 17), § 10d Rn. A 231 [EL 57]; vgl. die mathematischen Berechnungsmetoden bei *Schiffers et al.* (Fn. 54), S. 1253 ff.; zum Beratungsbedarf bei Wahlrechten allgemein *Tipke* (Fn. 15), S. 516.

62 So auch *v. Groll* (Fn. 17), § 10d Rn. A 231 [EL 57].

63 *Lindberg* in Blümich, § 34 EStG Rn. 4 [EL 105]; *Drenseck* (Fn. 36), § 34 Rn. 1.

64 *List* BB 2003, S. 762; vgl. *BFH* Urteil v. 25.8.2009, IX R 3/09, BStBl II 2010, 1030 unter II. 1. b) bb) (2); *Lindberg* (Fn. 63), § 34 EStG Rn. 5 [EL 105].

winne, Nr. 1, und Vergütungen für mehrjährige Tätigkeiten, Nr. 4) in Anspruch genommen werden und dann auch nur, sofern ein besonderes Ereignis und eine „Zusammenballung von Einkünften" gegeben ist.[65] Zwar stellen hohe Gewinne kein besonderes Ereignis in diesem Sinne dar. Aus § 34 EStG ergibt sich aber systematisch, dass Gewinnspitzen, gleich welcher Art, nur im Kontext des § 34 EStG tariflich abgemildert werden sollen. Da das Wahlrecht durch Vor- und Rücktragsgestaltung eine Progressionsglättung zulässt, ist § 10d Abs. 1 Satz 5 EStG in seinen Rechtsfolgen systematisch verfehlt.

2. Verlustvortrag und Mindestbesteuerung, § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG

a) Verstetigung der Steuereinnahmen und Vorbeugung von hohen Verlustvorträgen als Ziel

Die Anwendung des Verlustvortrags nach § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG ist nur für die Verluste möglich, die weder innerperiodisch noch durch Rücktrag ausgeglichen werden konnten, § 10d Abs. 2 Satz 3 EStG. Der mithin nachrangig anzuwendende Vortrag sieht vor, dass Verluste in den folgenden Veranlagungszeiträumen bis zu einem Betrag von 1 Million Euro unbeschränkt mit Gewinnen auszugleichen sind. Diesen Sockelbetrag übersteigende Verluste können zu 60 % abgezogen werden, die übrigen 40 % werden regulär besteuert, § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG. Von dieser Regel abweichend können Ehegatten gemäß § 10d Abs. 2 Satz 2 EStG einen Sockelbetrag von 2 Millionen Euro unbeschränkt abziehen.

Der Verlustvortrag wurde erstmalig im Einkommensteuer- und Körperschaftsteuer-Änderungsgesetz vom 29.6.1929[66] beschränkt auf zwei Jahre gewährt. Dies sollte verhindern, dass jemand zur Steuer herangezogen wird, obwohl er aufgrund schwankender Einkommenslage auf längere Sicht über keine positiven Einkünfte verfügt.[67] Der Vortrag wurde mit dem Gesetz zur Neuordnung von Steuern vom 16.12.1954[68] auf fünf Jahre erweitert und schließlich durch das Steuerreformgesetz 1990 vom 25.7.1988[69] unbegrenzt zugelassen. Dieser Schritt wurde mit der Absicht begründet, die Liquidität kleiner und mittelständischer Unternehmen nach Verlustjahren zu steigern.[70] Mit dem Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24.3.1999 führte der Gesetzgeber eine Mindestbesteuerung ein, wonach der vertikale Ausgleich von Verlusten durch Vortrag bis zu einem Betrag von 51.500 Euro unbeschränkt, darüber hinaus zu 50 % möglich war.[71] Ursprünglich war die Neuregelung dazu gedacht gewesen, durch sogenannte Abschreibungsmodelle erzielte Verluste zu besteuern.[72] Da

65 Vgl. *BFH* Urteil v. 25.8.2009, IX R 3/09, BStBl II 2010, 1030 unter II. 1. b) bb) (2).
66 RGBl I 1929, 123.
67 *BFH* Urteil v. 1.12.1950, IV 90/50 U, BStBl III 1951, 21 unter 1.
68 BGBl I 1954, 373; BStBl I 1954, 575.
69 BGBl I 1988, 1093; BStBl I 1988, 224.
70 BT-Drs. 11/2536, 78 (v. 21.6.1988).
71 BGBl I 1999, 402; BStBl I 1999, 304.
72 BT-Drs. 14/23, 167 (v. 9.11.1998).

aus diesem Grunde zeitgleich ein § 2b EStG a. F. eingeführt wurde, ist der Zweck der Mindestbesteuerung allerdings unklar.[73]

Zur Vereinfachung und Verstetigung des Steueraufkommens[74] wurde die vertikale Mindestbesteuerung mit dem sogenannten „Korb-II-Gesetz" vom 22.12.2003 aufgehoben und in § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG durch die bis heute wirksame horizontale Mindestbesteuerung ersetzt.[75] Die Streckung des Vortrags durch jährliche Berücksichtigung von 60 % der den Sockelbetrag übersteigenden Verluste war dem Gesetzgeber zufolge notwendig geworden, um „das Steueraufkommen für die öffentlichen Haushalte kalkulierbarer zu machen".[76] Die Maßnahme wurde ferner mit „dem gewaltigen Verlustvortragspotential der Unternehmen […], das diese vor sich herschieben", begründet.[77] Mit Blick auf den unternehmerischen Liquiditätsbedarf verweigerte der Bundesrat einer Gesetzesinitiative, nach der die Mindestbesteuerung von 40 % auf 50 % ausgeweitet werden sollte, die Zustimmung.[78]

b) Hohe Verlustvorträge als Folge der Mindestbesteuerung

Der Verlustvortrag bei der Einkommensteuer hat sich in den Jahren 1995 bis 2004 von 22,9 Milliarden Euro auf 47,4 Milliarden Euro mehr als verdoppelt. Bei der Körperschaftsteuer haben sich die Vorträge zwischen 1995 und 2004 im selben Verhältnis erhöht, von 239,2 Milliarden Euro auf 473,4 Milliarden Euro. Berücksichtigt man bei der Körperschaftsteuer auch den 128,3 Milliarden Euro betragenden Verlustvortrag aus dem Jahre 1992, hat sich die Höhe der Vorträge in 12 Jahren nahezu vervierfacht.[79]

Das hängt damit zusammen, dass nur ein Teil der nach dem innerperiodischen Ausgleich verbliebenen Verluste interperiodisch abgezogen werden konnte.[80] Gerade die Mindestbesteuerung nach § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG bewirkt diese teilweise Nichtberücksichtigung. Durch sie werden 40 % der 1 Million Euro übersteigenden Verluste nicht sofort im nächsten Veranlagungszeitraum, sondern erst in

73 *Raupach/Böckstiegel* Die Verlustregelungen des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 FR 1999, 487 (489).

74 BT-Drs. 15/1518 (v. 8.9.2003); vgl. zur Kritik von Rechtsprechung und Literatur an der alten Rechtslage *Lang/Englisch* (Fn. 13), S. 4, m. w. N.

75 Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz, BGBl I 2003, 2840; BStBl I 2004, 14; vgl. zur gewerbesteuerlichen Parallelvorschrift den zeitgleich eingeführte § 10a GewStG.

76 BT-Drs. 15/1518, 13 (v. 8.9.2003).

77 BT-Drs. 15/1518, 13 (v. 8.9.2003).

78 BR-Drs. 321/05, 2 (v. 27.5.2005); zur Gesetzesinitiative siehe Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der steuerlichen Standortbedingungen vom 4.5.2005, BT-Drs. 15/5554, 1, 5 (v. 30.5.2005); die hälftige Besteuerung war bereits im „Korb-II-Gesetz" vorgesehen gewesen, BT-Drs. 15/1518, 5 (v. 8. 9. 2003).

79 Dazu die Zahlen aus der jährlichen Einkommen- und Körperschaftsteuerstatistik des Statistischen Bundesamts bei *Braunagel* (Fn. 1), S. 22 f.; vgl. bis 2001 auch *Müller* Ausmaß der steuerlichen Verlustverrechnung Arbeitskreis Quantitative Steuerlehre, Diskussionsbeitrag Nr. 17, März 2006, S. 24 (27 f.)

80 *Braunagel* (Fn. 1), S. 23.

den darauf folgenden Jahren ausgeglichen. Die Beschränkung gilt auch in den Folgejahren.

Der Gesetzgeber hat den interperiodischen Verlustausgleich aus haushaltspolitischen Gründen immer wieder eingeschränkt.[81] Mit Regelungen wie der zeitlichen Streckung des Vortrags fördert er mitnichten einen zeitnahen Abbau der Verluste, sondern vergrößert diese weiter. Die Mindestbesteuerung ist also nicht Folge des Verrechnungspotentials, sondern vielmehr eine ihrer Ursachen.[82] Die Begründung des Gesetzgebers vermag nicht zu überzeugen.

Sie überzeugt auch deshalb nicht, weil über die Verweise in §§ 22 Nr. 3 Satz 4, 23 Abs. 3 Satz 8 EStG neben den Gewinneinkunftsarten auch bestimmte Überschusseinkunftsarten betroffen sind.[83] Die zeitliche Streckung erfasst also nicht nur gewerblich tätige Unternehmer.

c) Erneut: Systematisch unrichtiger Ausgleich von Progressionsnachteilen

Im Gegensatz dazu führt die Streckung des Verlustvortrags durch Mindestbesteuerung in Übereinstimmung mit den gesetzgeberischen Motiven zu einer Verstetigung der Staatseinnahmen.[84] Sie bewirkt nämlich eine Vorverlagerung der Steuerzahlung durch Besteuerung von Gewinnen, die aus periodenübergreifender Sicht noch gar nicht erzielt worden sind.[85]

Dies könnte darauf hindeuten, dass die Steuereinnahmen erhöht werden. Vielmehr geht es aber darum, dem Staat kontinuierlich am Ende jeder Besteuerungsperiode Steuereinnahmen zufließen zu lassen, sofern ausreichend Gewinne erzielt wurden. Denn die zeitliche Streckung des interperiodischen Verlustausgleichs in § 10d Abs. 2 EStG kann für den Steuerpflichtigen durchaus günstige Effekte haben. Solange ihm durch die betragsmäßige Beschränkung Verluste verbleiben, kann er in den folgenden Jahren mit ihnen seine Gewinne mindern. Da diese Gewinne nicht einem hohen Steuersatz unterworfen werden oder es ihm sogar gelingt, den Grenzsteuersatz zu seinen Gunsten zu beeinflussen, bringt ihm dies wiederum Progressionsvorteile.[86]

Zwar könnte man dem entgegenhalten, dass der überwiegende Teil der natürlichen Personen wegen des hohen Sockelbetrags ohnehin nicht in den Anwendungsbereich der Mindestbesteuerung fällt[87] und die Körperschaftsteuer in § 23 Abs. 1 KStG keine Steuerprogression kennt. Dies ändert aber nichts daran, dass Steuerpflichtige mit

81 Dazu ausführlich *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 24 ff.; *Hahne* Wechselwirkungen zwischen der Mindestbesteuerung und einkunftsartenspezifischen Einschränkungen der Verlustnutzung FR 2008, 897 (898 ff.); *Braunagel* (Fn. 1), S. 24 f.

82 Vgl. dazu auch *Braunagel* (Fn. 1), S. 25 f.

83 *Röder* (Fn. 29), S. 59.

84 So auch *Herzig/Wagner* Mindestbesteuerung WPg 2004, 53 (63); kritisch *Röder* (Fn. 29), S. 272 f.; *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 47.

85 *Röder* (Fn. 29), S. 257 f.; *Hahne* (Fn. 81), S. 88; vgl. *Eckhoff* (Fn. 18), S. 34.

86 Vgl. dazu auch *Altfelder* Ist die „Mindestbesteuerung" verfassungswidrig? DB 2001, 350.

87 Vgl. zu diesem Befund *Herzig/Wagner* (Fn. 84), S. 57, 64; *Fischer* Grenzen der Verlustvortragsbeschränkung nach § 10d Abs. 2 EStG bei Kapitalgesellschaften FR 2007, 282.

stark schwankenden Einkommen gegenüber solchen mit gleichmäßiger Einkommensentwicklung steuertariflich begünstigt werden. Wie bereits in Zusammenhang mit dem Wahlrecht in § 10d Abs. 1 Satz 5 EStG dargestellt,[88] gehört die Gewährung eines Progressionsvorteils systematisch nicht in den Regelungskontext des § 10d EStG.

d) Einschränkung des objektiven Nettoprinzips

aa) Fiskalzweck und Folgerichtigkeitsgebot

Fraglich ist, ob die Mindestbesteuerung an sich gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Dem Gebot der Folgerichtigkeit entsprechend bedarf es eines sachlichen Grundes, um von der einmal getroffenen Belastungsentscheidung abzuweichen.[89] Folgerichtig ist eine Maßnahme, wenn die Grundentscheidung konsequent fortgeführt wird.[90] Diese Grundentscheidung ist im Steuerrecht die gleichmäßige Belastung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.[91] Fiskalische Gründe reichen nicht aus, um dieses aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitete Prinzip einzuschränken. Der Staat muss die gleichheitsgerechte Lastenverteilung nämlich auch dann beibehalten, wenn er zu Sparmaßnahmen gezwungen ist.[92] Außerdem beabsichtigt die Belastung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gerade die Erzielung von Steuereinnahmen. Eine Ausnahme davon kann nicht abermals mit der Steuererzielungsabsicht begründet werden.

bb) Kein grundsätzlicher Verstoß gegen das objektive und subjektive Nettoprinzip

Mit der Verstetigung des Steueraufkommens durch die Mindestbesteuerung verfolgt der Gesetzgeber einen rein fiskalischen Zweck.[93] Überzeugende sachliche Gründe sind nicht ersichtlich. Würde die Mindestbesteuerung den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG einschränken, wäre sie infolgedessen verfassungswidrig. Teilweise wird dies angenommen und in dem reinen Fiskalzweck eine nicht zu rechtfertigende Einschränkung des objektiven[94] und subjektiven[95] Nettoprinzips gesehen.[96] Im Gegensatz dazu wird aber auch vertreten, die zeitliche Streckung nach § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG sei verfassungsrechtlich unbedenklich.[97] In vertretbarer Weise und ohne gegen

88 Siehe III. 1. a) cc).
89 Vgl. *BVerfG* Beschluss v. 6.7.2010, 2 BvL 13/09, BGBl I 2010, 1157 unter C. I. 2. a).
90 *Birk* Verfassungsfragen im Steuerrecht – Eine Zwischenbilanz nach den jüngsten Entscheidungen des BFH und des BVerfG DStR 2009, 877 (881).
91 Siehe bereits II. 2. a).
92 *BVerfG* Urteil v. 9.12.2008, 2 BvL 1/07 et al., BVerfGE 122, 210 unter C. I. 2. b) cc).
93 *BFH* Beschluss v. 26.8.2010, I B 49/10, BFHE 230, 445 unter II. 2. b); vgl. *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 47 f.
94 *Lindauer* BB-Forum: Anmerkungen zur Mindestbesteuerung BB 2004, 2720 (2723).
95 *Lang/Englisch* (Fn. 13), S. 13 f.; *Herzig/Wagner* (Fn. 84), S. 64.
96 Vgl. auch *Eckhoff* (Fn. 18), S. 34; *Raupach* (Fn. 37), S. 61.
97 *Lambrecht* in Kirchhof EStG 9. Aufl., § 10d Rn. 4; *Schlenker* in Blümich, § 10d EStG Rn. 6 am Ende [EL 97]; *Müller-Gatermann* Aktuelles zum Unternehmenssteuerrecht WPg 2004, 467.

das allgemeine Willkürverbot zu verstoßen, habe der Gesetzgeber das Nettoprinzip für einzelne Fälle eingeschränkt.[98]

Im Übrigen könnte man davon ausgehen, dass eine zeitliche Streckung des Verlustvortrags nicht von vornherein gegen das Nettoprinzip verstößt. Etwas anderes gelte, wenn die Verlustberücksichtigung durch die zeitliche Streckung gänzlich ausgeschlossen wird. Dann schränke die Mindestbesteuerung nicht das subjektive Nettoprinzip, dafür aber das objektive Nettoprinzip in unzulässiger Weise ein.[99]

Überzeugend ist die Ansicht, wonach das Nettoprinzip durch eine zeitliche Streckung grundsätzlich nicht beeinträchtigt wird. Das subjektive Nettoprinzip wird von § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG nicht berührt. Durch den Sockelbetrag von 1 Million Euro und die darüber hinausgehende Verlustberücksichtigung zu 60 % verbleiben dem Steuerpflichtigen über sein Existenzminimum hinaus genügend liquide Mittel.[100] Auch das objektive Nettoprinzip ist zunächst nicht betroffen, weil das Postulat der vollständigen Berücksichtigung von positiven und negativen Einkünften nicht besagt, dass Verluste sofort berücksichtigt werden müssen. Der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wird aus überperiodischer Sicht auch dann Rechnung getragen, wenn negative Einkünfte über mehrere Jahre hinweg mit positiven Einkünften verrechnet werden.

Eine zeitliche Streckung ist also mit dem subjektiven Nettoprinzip und grundsätzlich auch mit dem objektiven Nettoprinzip vereinbar.

cc) Verlustuntergang bei Eintritt eines Definitiveffekts

Das objektive Nettoprinzip ist hingegen nicht gewahrt, wenn es durch Eintritt eines sogenannten „Definitiveffekts“[101] zum Ausschluss der Verlustverrechnung kommt. So schließt § 8c KStG die weitere Verrechnung von nicht genutzten Verlusten im Falle eines schädlichen Beteiligungserwerbs aus.[102] Weitere Beispiele für den Verlustuntergang sind die Vollbeendigung einer Kapitalgesellschaft durch Insolvenz, § 11 Abs. 7 KStG, oder Liquidation, § 11 KStG.[103]

Auch natürliche Personen können von einem Verlustuntergang betroffen sein, beispielsweise in Zusammenhang mit § 10a GewStG bei Gesellschafterwechsel und

98 *Lambrecht* (Fn. 97), § 10d Rn. 4.

99 *BFH* Beschluss v. 26.8.2010, I B 49/10, BFHE 230, 445 unter II. 3.; *Hallerbach* (Fn. 18), § 10d EStG Rn. 13; *Orth* Mindestbesteuerung und Verlustnutzungsstrategien FR 2005, 515 (529 f.).

100 *Hallerbach* (Fn. 18), § 10d EStG Rn. 12; *Wendt* DStJG 28 (2005), S. 41 (75).

101 *BFH* Beschluss v. 26.8.2010, I B 49/10, BFHE 230, 445 unter II. 3.

102 Dazu *BFH* Beschluss v. 26.8.2010, I B 49/10, BFHE 230, 445; vgl. *Herzig/Wagner* (Fn. 84), S. 60 f.

103 *Lindner* Sog. Mindestbesteuerung bei endgültigem Ausschluss der Verlustverrechnung ernstlich zweifelhaft BB 2010, 3133 (3134); *Fischer* (Fn. 87), S. 283; *Orth* (Fn. 99), S. 523; vgl. zu sog. Objektgesellschaften, die nach Realisierung ihres Projekts typischerweise liquidiert werden *Hallerbach* (Fn. 18), § 10d EStG Rn. 13; *Lang/Englisch* (Fn. 13), S. 22.

einem damit verbundenen Wegfall der Unternehmeridentität.[104] Der Verlustvortrag einer natürlichen Person ist zudem nicht vererbbar,[105] sodass nicht genutzte Verluste im Todesfall ebenfalls untergehen.[106]

Der Bundesfinanzhof sieht bei Eintritt eines Definitiveffekts wegen § 8c KStG zwar die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG. So könnte die Mindestbesteuerung mit Vorläufigkeitsvermerk erfolgen, § 165 Abs. 1 Satz 1 AO, oder im schädlichen Beteiligungserwerb ein rückwirkendes Ereignis gesehen werden, § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO.[107] Eine solche verfahrensrechtliche Lösung ließe sich unter Umständen auf juristische Personen anwenden. Dann würden bei Vollbeendigung der Gesellschaft die Gesellschafter von der Rückerstattung der zuvor erhobenen Mindeststeuer profitieren, obgleich aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG folgt, dass die Einkünfte einer Kapitalgesellschaft der Gesellschaft selbst, nicht aber den dahinter stehenden Gesellschaftern zugerechnet werden. Nicht anwendbar wäre eine solche Vorgehensweise jedenfalls im Falle des Todes einer natürlichen Person. Sonst könnte der Erbe trotz des höchstpersönlichen Charakters der Steuerpflicht Drittaufwand geltend machen.[108]

dd) Teilberücksichtigung von Verlusten in zyklischen Branchen

Selbst wenn der Verlustvortrag nicht durch Eintritt eines verlustvernichtenden Ereignisses untergeht, kann es Branchen mit langfristiger Auftragsfertigung praktisch verwehrt sein, Verluste vollständig abzubauen. Solche Branchen haben häufig einen zyklischen Ergebnisverlauf, sodass es ihnen unter bestimmten Bedingungen trotz kumulierten Gewinns nicht gelingt, die Verluste der Vorjahre vollständig auszugleichen.[109]

Anders als vom Gesetzgeber bekundet,[110] kann die zeitliche Streckung des Verlustvortrags also durchaus zum direkten oder indirekten Verlustuntergang, mithin zur Missachtung des objektiven Nettoprinzips führen.

e) Zinsnachteil und Auswirkungen auf die Investitionsbereitschaft

Die zeitliche Streckung führt für den Steuerpflichtigen außerdem zu einem Zinsnachteil. Die spätere Berücksichtigung von Verluste ohne zwischenzeitliche Verzinsung

104 *FG München* Beschluss v. 31.7.2008, 8 V 1588/08, EFG 2008, 1736; *Kempf/Vogel* (Fn. 56), S. 81.
105 *BFH* Beschluss v. 17.12.2007, GrS 2/04, BStBl II 2008, 608 unter D.
106 *Lindner* (Fn. 103), S. 3134; *Lang/Englisch* (Fn. 13), S. 8; vgl. *Kempf/Vogel* (Fn. 56), S. 81.
107 *BFH* Beschluss v. 26.8.2010, I B 49/10, BFHE 230, 445 unter II. 3. c) bb).
108 Vgl. auch *BFH* Beschluss v. 17.12.2007, GrS 2/04, BStBl II 2008, 608 unter D. III. 2.
109 Nach der Rechnung von *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 33 Fn. 103, müssen die positiven Einkünfte in der Gewinnperiode um den Faktor 1,67 höher sein als die vorgetragenen Erwerbsaufwendungen, damit es zu einer vollständigen Verlustanerkennung kommt; vgl. auch *Herzig/Wagner* (Fn. 84), S. 58 f.; ferner *Orth* (Fn. 99), S. 523; *Lindauer* (Fn. 94), S. 2723.
110 BT-Drs. 15/1518, 13 (v. 8.9.2003); BR-Drs. 560/03, 14 (v. 15.8.2003).

resultiert bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Verrechnung in einer inflationsbedingten Abwertung.[111] Bei einem auf wenige Jahre verteilten Verlustausgleich mag dies noch hinnehmbar sein. Bei Verrechnungsperioden von mehr als zehn Jahren wird dem objektiven Nettoprinzip hingegen nicht mehr genügt.[112] Nach einem solchen Zeitraum entspricht die in der Summe vollständige Verlustverrechnung nicht mehr der tatsächlichen wirtschaftlichen Bedeutung der Verluste, mithin nicht der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen. Im einem solchen Fall verletzt die zeitliche Streckung das objektive Nettoprinzip und infolgedessen Art. 3 Abs. 1 GG.

Zuletzt beeinflusst die zeitliche Streckung auch wirtschaftliche Entscheidungen, da eine Besteuerung von 40 % der 1 Million Euro übersteigenden Gewinne den Unternehmen Liquidität entzieht. Für neu gegründete Unternehmen mit Anlaufverlusten kann der Entzug von dringend benötigten Finanzmitteln eine Existenzgefährdung bedeuten.[113] Auch bei der Tätigung von kapitalintensiven und risikoreichen Investitionen muss der Einfluss einer Mindestbesteuerung auf die Kredittilgung eingeplant werden.[114] Dadurch wird die Investitionsbereitschaft gemindert. Das wirkt sich gesamtwirtschaftlich negativ auf Wettbewerbsfähigkeit, Arbeitsplätze und damit letztlich auch das Steueraufkommen aus.

3. Zusammenfassung

Der Verlustrücktrag bezweckt Wirtschafts- und Konjunkturförderung. Dieser Zweck könnte auch auf anderem Wege erreicht werden, weil der Rücktrag steuersystematisch disponibel ist. Durch das Wahlrecht des § 10d Abs. 1 Satz 5 EStG kommt es zu Ungleichbehandlungen und Gestaltungsmöglichkeiten, die weder vom Gesetzgeber gewollt sind noch systematisch in den Regelungskontext von § 10d EStG gehören.

Einen unsystematischen Gestaltungsspielraum eröffnet auch die Mindestbesteuerung. Sie schränkt zudem in verfassungswidriger Weise das objektive Nettoprinzip ein, wenn es durch Eintritt eines Definitiveffekts oder aus faktischen Gründen zum endgültigen Untergang von Verlusten kommt. Dies betrifft auch den durch längerfristige Vorträge entstehenden Zinsnachteil. Überdies ist die Benachteiligung von kapitalintensiven und risikoreichen Investitionen gesamtwirtschaftlich nicht sinnvoll.

IV. Empfehlungen zur Neuordnung der interperiodischen Verlustverrechnung

Es besteht bei der Ausgestaltung des interperiodischen Verlustausgleichs also ein Gestaltungsspielraum. Dieser sollte für dauerhafte systematische und verfassungsrecht-

111 So auch *Röder* (Fn. 29), S. 256; *Wendt* (Fn. 100), S. 69.
112 Mit Zweifeln auch *Wendt* (Fn. 100), S. 69.
113 *Lang/Englisch* (Fn. 13), S. 23; *Herzig/Wagner* (Fn. 84), S. 58.
114 *Lang/Englisch* (Fn. 13), S. 23; vgl. *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 34.

liche Korrekturen genutzt werden. Dabei muss auch auf die steuerpolitischen Belange einer geordneten Finanz- und Haushaltsplanung eingegangen werden. Andernfalls bliebe jeglichen Vorschlägen das politische Gehör verwehrt. Im Folgenden sollen Möglichkeiten zur Neuordnung erläutert werden.

1. Abschaffung des Verlustrücktrags

Es empfiehlt sich, den Verlustrücktrag gemäß § 10d Abs. 1 Satz 1 EStG abzuschaffen. Das objektive Nettoprinzip verlangt nicht nach einem Rücktrag, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird nicht tangiert.[115] Durch die rückwirkende Änderung von bestandskräftigen Steuererlassen, § 10d Abs. 1 Satz 3 EStG, muss der Staat Steuergelder zurückzahlen, die bereits verplant oder sogar ausgegeben sind.[116] Der Fehlbetrag muss letztlich aus dem laufenden Haushalt beglichen werden.[117] Die Förderung der Liquidität von Unternehmen durch den Gesetzgeber ist zu begrüßen. Ihm stehen allerdings auch andere, mindestens ebenso zweckdienliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung, die sich nicht negativ auf die Planbarkeit des Haushalts auswirken.[118] Der Gesetzgeber sollte den Verlustrücktrag als Fördermaßnahme daher aufgeben.

Mit dem Verlustrücktrag würde auch das Wahlrecht aus § 10d Abs. 1 Satz 5 EStG entfallen. Sollte am Rücktrag festgehalten werden, ist jedenfalls das Wahlrecht abzuschaffen. Es ist aus systematischen und gleichheitsrechtlichen Gründen verfehlt und verkompliziert das Steuerrecht.[119]

2. Abschaffung der Mindestbesteuerung

a) Vorteile einer vollständigen Abschaffung der Mindestbesteuerung

Geboten ist die vollständige Abschaffung der Mindestbesteuerung nach § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG, weil die Norm bei einem Verlustuntergang gegen die Verfassung verstößt.[120] Durch einen zeitnahen, umfassenden Verlustvortrag würde zum Einen dem objektiven Nettoprinzip entsprochen, zum Anderen das positive Signal an die Wirtschaft gesandt, dass Investitionsbereitschaft honoriert wird.[121]

Der Finanzstaat würde davon in zweifacher Hinsicht profitieren. Investitionen fördern die Erhaltung und Schaffung von Arbeitsplätzen, die maßgeblich zur Erzielung von Steuern beitragen. Darüber hinaus entledigt sich der Staat mit der Mindestbesteuerung gleichzeitig auch der Progressionsglättung, die der gestaltende Steuerpflichtige durch die zeitliche Streckung von Verlusten in Anspruch nehmen kann.[122]

---

115 Siehe bereits II. 2. c) aa).
116 Siehe bereits II. 2. c) bb).
117 *Röder* (Fn. 29), S. 272.
118 Siehe bereits III. 1. b).
119 Siehe bereits III. 1. c).
120 Vgl. bereits III. 2. d) cc) und dd).
121 Vgl. zum zweiten Punkt bereits III. 2. e).
122 Vgl. bereits III. 2. c).

b) Kurzfristige Auswirkungen auf den Haushalt

Die Finanz- und Haushaltsplanung würde durch einen zeitnahen Verlustausgleich nicht beeinträchtigt. Die Höhe der nicht genutzten Verluste ist bekannt und kann deshalb bei der Steuerschätzung berücksichtigt werden.[123] Dagegen würde es anfangs zu einer Belastung des Haushalts durch Steuerausfälle kommen, weil die angesammelten Verluste erst abgebaut werden müssten, ehe wieder besteuerbare Gewinne aufkämen.[124] Die Höhe der Verlustvorträge ist jedoch nicht mit der Höhe der zu erwartenden Steuerausfälle gleichzusetzen. Denn die Verluste mindern den Gewinn, der anschließend besteuert wird.

Dies ist im Hinblick auf die körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge in Höhe von 473,4 Mrd. Euro im Jahre 2004 von Bedeutung. Erstens werden diese Zahlen nur insoweit relevant, als die jeweiligen Inhaber in der Zukunft positive Einkünfte erzielen.[125] Nach einer Schätzung anhand der Körperschaftsteuerstatistik könnten zwei Drittel der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge auf dauerdefizitäre Betriebe entfallen.[126] Zweitens fällt der überwiegende Teil der Steuerpflichtigen schon jetzt aus der Mindestbesteuerung heraus mangels Überschreitung des Sockelbetrags von 1 Million Euro.[127] Drittens werden die 40 % der Verluste, die hiernach übrig bleiben, seit dem Unternehmensteuerreformgesetz vom 14.8.2007[128] nur noch mit 15 % besteuert.[129]

All dies lässt darauf schließen, dass die zu erwartenden Steuerausfälle bei Abschaffung der zeitlichen Streckung wesentlich geringer ausfallen würden als befürchtet und keineswegs mit der Summe der Verlustvorträge gleichzusetzen sind.[130]

Die Entscheidung über die Vertretbarkeit der zu erwartenden Steuerausfälle ist aber auch eine haushaltspolitische.[131] Angesichts der seit dem 1.1.2011 geltenden „Schuldenbremse“[132] und der anstehenden Ausweitung des Europäischen Stabilisierungsmechanismus[133] ist nicht zu erwarten, dass es zu einer vollständigen Abkehr von der Mindestbesteuerung kommen wird.

---

123 So auch *Röder* (Fn. 29), S. 270 f.; vgl. *Drüen* (Fn. 15), S. 103 Fn. 567.
124 Vgl. *Braunagel* (Fn. 1), S. 26.
125 *Braunagel* (Fn. 1), S. 22.
126 *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 38 ff.
127 So auch *Herzig/Wagner* (Fn. 84), S. 57; *Fischer* (Fn. 87), S. 282.
128 BGBl I 2007, 1912; BStBl I 2007, 630.
129 Vgl. auch *Braunagel* (Fn. 1), S. 25.
130 *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 41 ff., sieht das jährliche Aufkommen aus der Mindestbesteuerung in der Körperschaft- und Gewerbesteuer bei 2 bis 2,5 Mrd. Euro.
131 So auch *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 48.
132 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115, 143d), BGBl I 2009, 2248.
133 Vgl. www.bundesregierung.de Der Europäische Stabilitätsmechanismus, abrufbar unter http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2011/03/2011–03–24-esm.html (Stand 24.11.2011); Regierung will Teil der Bareinlage später leisten, in *FAZ* vom 24.3.2011, Nr. 70 S. 11.

3. Zumindest: Korrektur des Verlustvortrags

Wenn die zeitliche Streckung nach § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG aus haushaltspolitischen Gründen schon nicht vollständig aufgegeben wird, sollte der Verlustvortrag zumindest durch eine Modifikation der Mindestbesteuerung korrigiert werden.

a) Unzutreffende Unterscheidung zwischen „echten" und „unechten" Verlusten

Mitunter wird vertreten, dass man „echte" von „unechten" Verlusten trennen müsse. „Echte" Verluste resultierten aus unternehmerischer Tätigkeit und bewirkten einen Abfluss von Mitteln, während „unechte" Verluste lediglich Buchverluste seien, denen keine tatsächlichen Nettoeinbußen entsprechen.[134] Die Verrechnung von „unechten" Verlusten in anderen Perioden könne ohne verfassungsrechtliche Bedenken beschränkt werden.[135]

Der Ausschluss von Buchverlusten, die insbesondere bei Sonderabschreibungen entstehen können, hätte staatlicherseits zweifelsohne einen einnahmeerhöhenden Effekt. Eine solche Benachteiligung wäre hingegen nicht mit dem Folgerichtigkeitsgebot zu vereinbaren. Der Gesetzgeber fügt Lenkungsnormen in das EStG ein, indem er beispielsweise Sonderabschreibungen ermöglicht. Er darf die Steuerpflichtigen anschließend nicht benachteiligen, weil sie davon Gebrauch gemacht haben.[136]

b) Fortführung der Mindestbesteuerung für Altverluste, Abschaffung für Neuverluste

Eine praktikable Alternative ist die unterschiedliche Behandlung von Alt- und Neuverlusten. Für Altverluste, also solche, die sich vor einem festzulegenden Stichtag angesammelt haben, gilt weiterhin die zeitliche Streckung in der Fassung des § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG. Neuverluste, die ab diesem Stichtag anfallen, werden dagegen zeitnah ohne Mindestbesteuerung vorgetragen.[137]

Dadurch werden die systematischen und verfassungsrechtlichen Bedenken bei der interperiodischen Behandlung von Neuverlusten ausgeräumt. Risikoreiche und kapitalintensive Investitionen werden steuerlich nicht mehr benachteiligt.[138] Fiskalisch hat dies den Vorteil, dass im ersten Jahr der Neuregelung keine Steuermindereinnahmen entstehen werden, weil sich der Vortrag von Neuverlusten erst im folgenden Jahr auswirkt. Die anschließenden Mindereinnahmen belaufen sich auf den überschaubaren Differenzbetrag zwischen dem bisherigen und dem nun geltenden Aus-

---

134 *FG Berlin* Beschluss v. 4.3.2002, 6 B 6333/01, EFG 2002, 597 unter Rn. 40; *Lehner* in Lehner Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht 2003, S. 9; vgl. *BFH* Beschluss v. 9.5.2001, XI B 151/00, BStBl II 2001, 552 unter II. 3. c).

135 *FG Berlin* Beschluss v. 4.3.2002, 6 B 6333/01, EFG 2002, 597 unter Rn. 40.

136 So auch *Braunagel* (Fn. 1), S. 54 f.; *Eckhoff* (Fn. 18), S. 37 ff.; *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 64 ff. (zusätzlich mit gleichheitsrechtlichen und praktischen Zweifeln); vgl. *v. Groll* (Fn. 37), S. 35.

137 So *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 66 ff.; *Töben* Eilvorlage: Praktikables Krisensteuerrecht dringender denn je – Ein Appell an Gesetzgeber und Verwaltung FR 2010, 249 (257).

138 *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 68.

gleich (100 % statt bislang 60 %).[139] Die Finanz- und Haushaltsplanung wird durch einen zeitnahen Vortrag ohnehin nicht beeinträchtigt.[140]

An diesem Vorschlag kann man bemängeln, dass der rechtliche Missstand für Altverluste erhalten bleibt. Aber gerade wegen der weiteren Mindestbesteuerung der Altverluste erscheint diese Neuordnung steuerpolitisch durchsetzbar. Denn das bisher angesammelte Verlustverrechnungspotential wird auf die Weise sukzessive aufgezehrt und wirkt sich nicht in besonderem Maße auf ein bestimmtes Haushaltsjahr aus.

Die unterschiedliche Behandlung von Alt- und Neuverlusten ist zu empfehlen, da sie notwendige Korrekturen am Verlustvortrag vornimmt und den interperiodischen Verlustausgleich mittelfristig wieder vollständig zur Geltung bringt.

c) Abschmelzen der Mindestbesteuerung und Verlustverzinsung

Vertreten wird auch eine auf mehrere Jahre verteilte Abschmelzung der Mindestbesteuerung um 5 bis 10 % pro Jahr, um den Verlustvortrag sukzessive von 60 % des 1 Million Euro übersteigenden Sockelbetrags auf 100 % auszuweiten. Innerhalb von vier bis acht Jahren würden alle Verluste systemgerecht zeitnah verrechnet.[141]

Haushaltspolitisch ist dies wenig erfolgversprechend, weil eine zeitnahe Berücksichtigung des „gewaltige[n] Verlustverrechnungspotential[s]“[142] nicht im Sinne des Gesetzgebers ist.

Der Gesetzgeber sollte aber in Betracht ziehen, den am Ende eines Jahres festgestellten Verlust der Inflation entsprechend zu verzinsen, um nicht den Verlustwert zu mindern und auf die Weise wiederum das objektive Nettoprinzip einzuschränken.[143] Auch dies erscheint steuerpolitisch am wahrscheinlichsten für Neuverluste durchsetzbar. Dann wäre diese Maßnahme allerdings deutlich weniger wirksam, weil Neuverluste in diesem Modell bereits zeitnah abgebaut werden.

V. Schlussfolgerung

Beim interperiodischen Verlustausgleich besteht erheblicher Korrekturbedarf. Dort, wo er zugunsten einer geordneten Finanz- und Haushaltsplanung eingeschränkt werden kann, sollte eine Einschränkung vorgenommen werden. Dies betrifft allein den Rücktrag von Verlusten, weil sich dieser unmittelbar auf die Finanz- und Haushaltsplanung auswirkt. Der Verlustrücktrag sollte daher abgeschafft werden.

Auf die Finanz- und Haushaltsplanung wirkt sich der Verlustvortrag nicht aus. Dennoch besteht hier dringender Handlungsbedarf. Die Mindestbesteuerung ist verfas-

139 *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 70.
140 Siehe bereits IV. 2. b).
141 So *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 71 ff.
142 Siehe bereits III. 2. a).
143 So auch *Röder* (Fn. 29), S. 424; vgl. bereits III. 2. e).

sungswidrig und ökonomisch nicht vertretbar. Aus haushaltspolitischen Gründen ist nicht zu erwarten, dass der Gesetzgeber die zeitliche Streckung vollständig aufgeben wird, obwohl dies geboten ist. Daher lautet die Empfehlung, den Verlustvortrag so umzugestalten, dass zwischen Altverlusten und Neuverlusten unterschieden wird. Verluste, die sich zum Beispiel bis zum 31.12.2011 bilden, unterliegen weiterhin der Verlustvortragsbeschränkung nach § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG. Neuverluste, die ab dem 1.1.2012 anfallen, sind ohne Mindestbesteuerung zeitnah auszugleichen.

Die Aufgabe muss nun lauten, die haushaltspolitischen Bedenken auszuräumen und den Gesetzgeber davon zu überzeugen, die notwendige Neuordnung des Verlustvortrags anzugehen.

Setzen Sie die richtigen Schwerpunkte!

Die Reihe „Schwerpunktbereich“

- systematische Stoffvermittlung mit Tiefgang
- Vorlesungsbegleitung und Vertiefung oder punktuelle Wiederholung vor der Prüfung
- Übungen zur Fallanwendung und zum Prüfungsaufbau anhand von einleitenden Fällen mit Lösungsskizzen

Prof. Dr. Dieter Birk
Steuerrecht
14. Auflage 2011. € 28,95

Prof. Dr. Wolfram Scheffler
Besteuerung von Unternehmen I
Ertrag-, Substanz- und Verkehrssteuern
12. Auflage 2012. Ca. € 27,95

Prof. Dr. Wolfram Scheffler
Besteuerung von Unternehmen II
Steuerbilanz
7. Auflage 2011. € 25,95

Prof. Dr. Wolfram Scheffler
Besteuerung von Unternehmen III
Steuerplanung
2010. € 22,95

Dr. Robert Strauch
Umwandlungssteuerrecht
2. Auflage 2012. Ca. € 19,95

Alle Bände der Reihe und weitere Infos unter: **www.cfmueller-campus.de/schwerpunktbereich**

C.F. Müller CFM

Jura auf den gebracht

Bernhard Groß*

Die Rentenzahlung an jüdische Ghettoüberlebende nach der „Kehrtwende von Kassel“

Abstract

Ein besonderes Kapitel im Umgang mit NS-Verbrechen ist und bleibt die Entschädigung von Ghettoarbeit mit Hilfe des deutschen Sozialversicherungsrechts. Tausende Ghettoüberlebende mussten Jahre vergeblich auf die ihnen zustehende Rente warten, bevor fünf Revisionsentscheidungen des *BSG* im Juni 2009 die Wende, wenn auch nicht den Schlusspunkt, eines Problem behafteten Gebietes deutscher Wiedergutmachungspolitik markierten. Dieser Beitrag soll zum einen die Entwicklung der Ghetto-Rechtsprechung bis zu den als „Kehrtwende von Kassel“ bekannt gewordenen Entscheidungen darstellen. Zum anderen gilt es aufzuzeigen, dass Sozialgerichtsbarkeit, Verwaltung und Gesetzgeber wesentlich früher im Stande gewesen wären, die letzte Lücke in der Entschädigung von Holocaust-Opfern wirkungsvoll zu schließen und auch durch die *BSG*-Urteile nicht alle Streitfragen abschließend geklärt werden konnten.

* Der Verfasser studiert im achten Semester Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau. Anstoß zur nachstehenden Arbeit gab ein Praktikum in einer Rechtskanzlei in Tel Aviv, Israel.

I. Die Entstehung der Ghetto-Rechtsprechung und das ZRBG

Die Zahl der durch die Nationalsozialisten während des Zweiten Weltkrieges errichteten Ghettos geht in die Tausende.[1] Kennzeichnungspflicht, Enteignung, extrem beengte Wohn- und schlechte Hygieneverhältnisse, mangelhafte Versorgung mit Lebensmitteln und Medikamenten und eine ständige Angst vor Misshandlung, Tod und Deportation kennzeichneten das Leben in diesen Bezirken. Zumindest vorübergehenden Schutz bot der im Regelfall von den Judenräten vermittelte Arbeitsausweis. Lange Zeit ging man davon aus, es habe sich bei dieser Beschäftigung, ähnlich wie in Konzentrationslagern, ausschließlich um Zwangsarbeit gehandelt.[2] Die dem unglücklich gewählten Begriff der „Wiedergutmachung" zuzuordnende Entschädigung für Zwangsarbeit erfolgte durch Entschädigungsgesetze und Entschädigungsfonds.[3]

Erst im Jahr 1997 stellte das *BSG* in einem Urteil zum Ghetto Lodz fest, dass sich aus der von jüdischen NS-Verfolgten während des Zweiten Weltkrieges in Ghettos geleisteten Arbeit auch Rentenansprüche ergeben können.[4] Für die Sozialversicherung sei es unerheblich, aus welchem Grund ein Beschäftigungsverhältnis aufgenommen wird. Die Sphären „Lebensbereich" und „Beschäftigungsverhältnis" seien deshalb grundsätzlich getrennt voneinander zu behandeln. Die allgemeinen Lebensumstände des Versicherten spielten für die Frage, ob eine rentenversicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt, keine Rolle. Die Beschäftigung auf einem von den Nationalsozialisten völkerrechtswidrig annektiertem Gebiet müsse allein den Kriterien der Reichsversicherungsordnung (RVO) genügen. Diese Rechtsprechung wurde im Folgejahr durch den 5. und 13. Senat des *BSG* mehrfach bestätigt.[5] Allerdings weiter unter dem Vorbehalt der gesetzgeberischen Entscheidung für Zwangsarbeit keine Renten zu zahlen. Die bloße Ausübung einer Beschäftigung könne nicht für die Begründung eines rentenversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses genügen, das als freies und entgeltliches Arbeitsverhältnis stets von der Zwangsarbeit abstrahiert werden müsse.

---

1 Zur Vertiefung siehe *Weinmann* Das nationalsozialistische Lagersystem 4. Aufl. (2001).

2 *BSG* Urteil v. 24.10.1979 – 1 RA 95, juris; BSGE 38, 245 = SozR 5070 § 14 Nr. 2.

3 Von Bedeutung für die Praxis sind vor allem das Bundesentschädigungsgesetz (Gesetz v. 18.9.1953 in BGBl I 1953, S. 1387) und das Gesetz zur Errichtung einer Stiftung Erinnerung Verantwortung und Zukunft (Gesetz v. 12.8.2000 in BGBl I 2000, S. 1263). Diese im Jahre 2000 gegründete Stiftung stellte bis zur ersten Jahreshälfte 2007 über Partnerorganisationen Finanzmittel zur Gewährung von Leistungen an ehemalige Zwangsarbeiter und von anderem Unrecht aus der Zeit des Nationalsozialismus Betroffene bereit. Weiterhin fördert die Stiftung internationale Programme und Projekte in den Förderbereichen Auseinandersetzung mit der Geschichte, Handeln für Menschenrechte und Engagement für die Opfer des Nationalsozialismus.

4 BSGE 80, 250 = NJW 1998, 2309 = NZS 1998, 38.

5 *BSG* NJW 1999, 3143; *BSG* NZS 2000, 249.

Im Jahr 2001 wurden die territorialen Voraussetzungen für einen Anspruch auf Altersrente aufgrund der Arbeit in einem Ghetto ausgeweitet. Anerkannt wurden auch Ghettobeitragszeiten in von der deutschen Wehrmacht besetzten Gebieten, in denen die RVO nicht galt, sondern nur eine Anerkennung nach dem Fremdrentengesetz (FRG) und dem Gesetz zur Änderung und Ergänzung der Vorschriften über die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Sozialversicherung (WGSVG) in Betracht kam.[6] Dadurch traten bald gravierende Hemmnisse bei der Durchsetzung der Ansprüche jüdischer Verfolgter auf Regelaltersrente auf. Die Berücksichtigung einer ausgeübten Beschäftigungszeit in einem von der deutschen Wehrmacht besetzen, aber nicht ins Deutsche Reich eingegliederten Gebiet, setzte das Vorliegen der persönlichen Voraussetzungen der §§ 1, 17a FRG, also die Zugehörigkeit zum deutschen Sprach- und Kulturkreis voraus. Zudem erschwerte das Auslandsrentenrecht in Form der §§ 110 ff. SGB VI die Zahlungen. Nach § 113 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI werden Entgeltpunkte für Renten an Berechtigte im Ausland aus Entgeltpunkten für Bundesgebietsbeitragszeiten ermittelt. Nach § 113 Abs. 1 S. 2 SGB VI sind Bundesgebietsbeitragszeiten nur Beitragszeiten, für die Beiträge nach Bundesrecht nach dem 8.5.1945 gezahlt worden sind, also gerade nicht für solche nach dem FRG bzw. WGSVG. Gleiches gilt für § 272 SGB VI, bei dem Entgeltpunkte für Beschäftigungszeiten nach § 16 FRG bei Zahlungen ins Ausland nicht berücksichtigt wurden. Folglich lagen zwar Beitragszeiten vor, den Berechtigten entstanden daraus aber keine zahlbaren Rentenansprüche, wenn der gewöhnliche Aufenthalt im Ausland lag.[7] Da der weit überwiegende Teil der Überlebenden des Holocausts heute in Israel, Nordamerika oder Osteuropa lebt, erhielten die meisten Betroffenen keine Rente.

Als Reaktion auf diesen Missstand und um die seit 1997 ergangene Ghetto-Rechtsprechung zu kodifizieren schuf der Gesetzgeber im Jahr 2002 das Gesetz zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigungen in einem Ghetto (ZRBG).[8] Die Ghettorenten können danach auch ins Ausland ausgezahlt werden. Beiträge an die Deutsche Rentenversicherung werden für den Zeitraum des Aufenthalts in einem Ghetto fingiert. Nach § 3 Abs. 1 S. 1 ZRBG gilt ein bis zum 30.6.2003 gestellter Antrag als am 18.6.1997 gestellt; dem Tag der Verkündung des Urteils zum Ghetto Lodz. Infolge des Gesetzes gingen etwa 70 000 Anträge auf Zahlung einer Rente gemäß dem ZRBG bei der Deutschen Rentenversicherung ein.

6 *BSG* SGbn2002, 340–343 = SozR 3-2600 § 248 Nr. 8.

7 *Freudenberg* Beschäftigung gegen Entgelt im Rahmen von Ghetto-Renten in Aktuelle Fragen des Sozialrechts 2010 Konrad Adenauer Stiftung e. V., S. 131 (135).

8 Gesetz v. 20.6.2002 in BGBl I, S. 2074.

II. Restriktive Praxis der Gerichte und Behörden, Untätigkeit des Gesetzgebers

95 % der von Überlebenden der Shoa gestellten Anträge auf Regelaltersrente aus einer Beschäftigung in einem Ghetto wurden abgelehnt.[9] Schon früh regte sich daher Kritik an der Ghetto-Rechtsprechung, der Praxis der Versicherungsträger sowie der Gestaltung des ZRBG und der Untätigkeit des Gesetzgebers.

1. Restriktive Anwendungspraxis der Rechtsprechung

Zweck und Zielsetzung des nur drei Paragrafen umfassenden ZRBG wurden von Anfang an unterschiedlich rezipiert. Die Gesetzesbegründung lässt, ebenso wie der Wortlaut, der weder eine Versicherungspflicht noch einen Vertragsschluss als Voraussetzung nennt, unterschiedliche Auslegungen zu. Während die Antragsteller im ZRBG eine eigene rentenrechtliche Anspruchsgrundlage sahen, sollte das Gesetz nach der Auffassung der Rentenversicherungsträger und der Mehrheit der Sozialgerichte nur den sich aus dem Stammrecht ergebenen Zahlanspruch erleichtern.[10] Mit dem klarstellenden Urteil des 13. Senates des *BSG* vom 7.10.2004,[11] der damit zugleich eine die Ghetto-Rechtsprechung für lange Zeit bestimmende Ausrichtung vorgab, setzte sich letztere Sichtweise durch. Daraus folgte vor allem eine eingeschränkte Auslegung der zentralen Tatbestandsmerkmale eines Anspruches nach dem ZRBG, namentlich der eigene Willensentschluss aufgrund dessen die Beschäftigung zustande gekommen sein muss, sowie das für die Arbeit erhaltene Entgelt (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 lit. a und b ZRBG). Die in Anbetracht des kleinen Adressatenkreises relativ große Anzahl der höchstrichterlichen Entscheidungen zum ZRBG zeugt vom Konfliktpotenzial dieser Regelungsmaterie sowie den komplexen Rechtsfragen und erheblichen Ermittlungsschwierigkeiten, die sich aus diesem Verständnis ergaben.[12]

a) Entgeltliche Ghettoarbeit

Besondere Bedeutung kommt dem Merkmal der Entgeltlichkeit zu. Das ZRBG konkretisiert nicht was unter „entgeltlich" zu verstehen ist und auch die Gesetzesmaterialen[13] geben keine Auskunft über die Ausgestaltung dieses Begriffes. Während heute nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV ein fester Mindestbetrag überschritten sein muss,

9 *Renesse* Wiedergutmachung fünf vor zwölf – Die Sozialgerichtsbarkeit und die Rentenansprüche jüdischer Ghettoüberlebender NJW 2008, 3037 (3038).

10 *Röhl* Die Kehrtwende von Kassel: Das Bundessozialgericht erfindet das Ghettobeschäftigungsverhältnis neu SGb 2009, 464 (465).

11 BSGE 93, 214.

12 *Freudenberg* Rentenversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Ghetto jurisPR-SozR 3/2010, Anm. 4.

13 BT-Drucks. 14/8602 Entwurf eines Gesetzes zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigungen in einem Ghetto und zur Änderung des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch v. 20.3.2002.

bestand nach der RVO keine einschlägige gesetzliche Regelung. In Folge dessen formte die Rechtsprechung das Merkmal weiter aus. Dem richtungweisenden Urteil des *BSG* aus dem Jahr 2004 vorangegangen war eine Entscheidung des *Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen*,[14] das zu entscheiden hatte, ob der Erhalt von „guter Verpflegung" als Lohn für die Arbeit im *Ghetto Warschau* als Entgelt im Sinne des ZRGB angesehen werden kann. Nach § 1227 RVO a. F. war versicherungsfrei, wer als Entgelt nur sog. „freien Unterhalt" erhielt. Unter freiem Unterhalt wurde vor allem die Gewährung unmittelbar zum Verbrauch bestimmter Lebensmittel verstanden. Das Gericht nahm eine teleologische Reduktion des § 1227 RVO a. F. vor, da die Vorschrift auf normale Lebensverhältnisse zugeschnitten sei. In der besonderen Situation der Arbeit in einem Ghetto müsse schon die das Überleben sichernde Verpflegung zur Begründung der Versicherungspflicht ausreichen. Mit der Entscheidung des *BSG*, der engeren Leseart des ZRBG zu folgen, wurde allerdings auch dieser Ansatz verworfen. Das erhaltene Entgelt müsse eine Mindesthöhe erreicht haben, da ansonsten Versicherungsfreiheit kraft Gesetzes vorliege.[15] Die ständige Rechtsprechung setzte diese zur Annahme eines rentenversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses im Sinne der Reichsversicherungsgesetze zu überschreitende Geringfügigkeitsgrenze bei einem Sechstel bis einem Drittel des Ortslohns an.[16] Die Bestimmung dieser Mindestgrenze war in der Praxis schwierig. Vielfach lag der Ortslohn bereits bei den freien nichtjüdischen Arbeitern so niedrig, dass ein Drittel des Ortslohns zwangsläufig unter das Existenzminimum fallen musste.[17] Am Ende der gerichtlich angeordneten Untersuchungen stand meist die Erkenntnis, dass die Ghettoarbeiter nicht in Geld entlohnt wurden, sondern die Bezahlung mit Nahrungsmitteln oder Lebensmittelcoupons historischer Regelfall war. Nahrungsmittel waren in den menschenverachtenden Zuständen der Ghettos wesentlich wertvoller als Geld. In einigen Fällen scheiterte der Anspruch auf Rente nach dem ZRBG an der Tatsache, dass den Arbeitern ihr Lohn nicht unmittelbar ausgezahlt wurde. Die Dienststellen und Unternehmen, die Ghettoarbeiter beschäftigten, leisteten nur Zahlungen an die Judenräte, die dann ihrerseits Lebensmittel kaufen und an die Arbeiter verteilen konnten.

b) „Freiwillige" Ghettoarbeit

Die Betroffenen konnten oft nicht glaubhaft machen, dass ihre Beschäftigung auf einem freien Willensentschluss beruhte. Nach der Rechtsprechung zur RVO setzte eine freiwillige Beschäftigungsaufnahme voraus, dass neben einem gewissen Maß an Entscheidungsfreiheit zur Beschäftigungsaufnahme die Möglichkeit bestand, auf die Organisation und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses Einfluss zu nehmen.[18] Dominierende Eingriffsmöglichkeiten des Staates in das Arbeitsverhältnis schlossen

14 *LSG NRW* Urteil v. 22.10.2003 – L 8 RJ 90/91, juris.
15 BSGE 93, 214 (225).
16 *BSG* NJW 1998, 2309 (2310).
17 *Seidel* Deutsche Besatzungspolitik in Polen 2006, S. 120 f.
18 *LSG NRW* Urteil v. 3.6.2005 – L 4 R 3/05, juris.

dagegen die Annahme eines freiwilligen Willensentschlusses aus.[19] An der Freiwilligkeit wurde folglich schon gezweifelt, wenn die Arbeiter auf dem Weg zur Arbeitsstelle bewacht wurden. So lehnte das *Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen* einen Anspruch nach dem ZRBG aufgrund der Arbeit im Ghetto Warschau ab, da es den eingesperrten Juden verboten war, ihren Wohnblock ohne Aufsicht zu verlassen.[20] Ghettoarbeit bot zudem vielfach die einzige Möglichkeit, der Deportation zu entgehen. Auch diese Tatsache wurde als Begründung herangezogen, den Rentenanspruch abzulehnen, da der Mangel an Handlungsalternativen die Annahme von Freiwilligkeit ausschließe.

c) Ermittlungstiefe

Die Sozialgerichte sahen sich dem Vorwurf mangelnder Recherche und Sachkenntnis gegenübergestellt. Aus § 3 Abs. 1 S. 2 WGSVG wird abgeleitet, dass die Antragsteller einen eigenen Willensentschluss und die Entgeltlichkeit der verrichteten Tätigkeit glaubhaft machen müssen.[21] Nach der Rechtsprechung des *BSG* ist Glaubhaftmachung mehr als die bloße Möglichkeit, aber weniger als die an Gewissheit grenzende Wahrscheinlichkeit, dass der vorgetragene Sachverhalt wahr ist.[22] Trotz dieser Beweiserleichterung wurden die Betroffenen in eine inakzeptable, weil unverschuldete, Beweisnot gebracht. Urkunden aus dieser Zeit sind naturgemäß nicht mehr vorhanden. Zeugen können in den seltensten Fällen ermittelt werden oder sind zwischenzeitlich verstorben. Die Gerichte sind aber nach § 103 SGG zur Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen verpflichtet. Das Gericht darf keine Ermittlungen unterlassen, zu denen es sich gedrängt fühlen muss.[23] Die ordnungsgemäße Wahrnehmung dieser Pflicht durfte in den Anfängen der Ghetto-Rechtsprechung aber bezweifelt werden. Vorhandene historische Materialien wurden nur mangelhaft ausgewertet. Die zuständigen Sozialgerichte maßen sich ein Fachwissen an, das allein aufgrund der Komplexität der Ghettoarbeit[24] nur von Experten erbracht werden kann. Auf die Einholung historischer Gutachten wurde jedoch verzichtet, da sie nur für eine allgemeine Einordnung und nicht für den Einzelfall von Nutzen seien.[25] Der betriebene Ermittlungsaufwand stand damit in keinem Verhältnis zur komplexen Lebenswirklichkeit der Ghettoarbeit, der Vielfalt ihrer Erscheinungsformen und der oft schlechten Quellenlage. Hunderte Anträge auf Rente nach dem ZRBG wurden als nicht glaubhaft, unzureichend oder als im Widerspruch zu den alten Entschädigungsakten aus den 1950er und 60er Jahren

19 *Glatzel* Voraussetzungen für Rentenzahlungen an Ghettoarbeiter NJW 2010, 1178 (1179).
20 *LSG NRW* Urteil v. 3.6.2005 – L 4 R 3/05, juris.
21 BSGE 98, 48 = SozR 4-5075 § 1 Nr. 3.
22 *BSG* ASR 2004, 144 (145).
23 *Udsching* in Krasney/Udsching Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens 5. Aufl. (2008), S. 237 f.
24 Siehe hierzu *Löw* Arbeit, Lohn, Essen. Überlebensbedingungen im Ghetto in Zarusky (Hrsg.) Ghettorenten. Entschädigungspolitik, Rechtsprechung und historische Forschung 2010, S. 65.
25 *LSG NRW* Urteil v. 13.5.2008 – L 18 R 82/07, juris.

abgelehnt. Die Kläger erinnerten sich nach der langen zeitlichen Distanz schlicht nicht mehr an die konkrete Ausgestaltung der Arbeit, geschweige denn die Höhe des erhaltenen Entgelts. Aus der Diskrepanz zum alten Quellenmaterial folgerten die Gerichte vermehrt eine Veränderung des Sachvortrages durch die Kläger, um in den Vorzug der Rentenansprüche zu kommen.[26] Die Aussagen von Antragstellern, die ihre Arbeit im Ghetto fälschlicherweise als Zwangsarbeit bezeichnet hatten, wurden im späteren Verfahren um eine Ghettorente gegen sie verwendet.[27] Eine Beurteilung wie die juristisch feinsinnige Unterscheidung zwischen Zwangsarbeit und einem freien Arbeitsverhältnis, darf aber juristischen Laien nicht zugemutet werden. Die Aussagen der Betroffenen als unglaubwürdig abzutun und so die Glaubwürdigkeit der Überlebenden an sich in Frage zu stellen, birgt überdies Gefahren. Eine unglücklich formulierte Pressemitteilung des *Sozialgerichts Düsseldorf* wurde bereits von verfassungsfeindlichen Organisationen dazu missbraucht, die historische Dimension des Holocaust anzuzweifeln.[28]

d) Weiterführende Ansätze der Rechtsprechung

In Teilen fruchtete die Kritik an dem Vorgehen der Sozialgerichte. Urteilsbegründungen basierten zunehmend auf verlässlichen Quellen wie den Akten der Jewish Claims Conference. Historiker sichteten im Auftrag der Gerichte Archive und erstellten Expertengutachten. Zuständige Richter nahmen den Weg nach Israel auf sich, um Zeitzeugen vor Ort zu hören. Nach neuerer Rechtsprechung des *BSG* muss ein Gericht bei Verzicht auf solche Maßnahmen der Sachverhaltsaufklärung darlegen, woher es die wissenschaftliche Sachkunde erlangt hat und ob Art und Umfang der herangezogenen Unterlagen ausreichend sind.[29] Allein die Berücksichtigung als Versicherungszeit im ausländischen Sicherungssystem soll nicht als Ausschlussgrund für einen Rentenantrag nach dem ZRBG ausreichen.[30] Doch kam zum einen die restlose Aufklärung der Umstände im Einzelfall einer – in diesem Zusammenhang viel beschworenen – „Suche nach der Nadel im Heuhaufen“[31] gleich. Zum anderen führten komplexere Nachforschungen zu langen Prozessdauern, die in keinem Verhältnis zum Alter der hoch betagten Opfer standen. Vor allem der 4. Senat des *BSG* unternahm deshalb einige Versuche, den gegebenen Zuständen Abhilfe zu schaffen. In seinem Urteil vom 4.12.2006 interpretierte der Senat das ZRBG als eigenständige rentenrechtliche Entschädigungsregelung und erweiterte die Definitionen des eige-

26 Zum Vorwurf des „angepassten Vortrags“ siehe *Lehnstaedt/Stemmer* Der „angepasste Vortrag“. Zugleich eine Analyse der Behandlung jüdischer Kläger vor deutschen Sozialgerichten aus juristischer und historischer Perspektive VSSR 2010, 57–75.

27 *Zarusky* Hindernislauf für Holocaust-Überlebende. Das „Ghettorentengesetz“ und seine Anwendung in Tribüne Zeitschrift zum Verständnis des Judentums 3. Quartal 2008, 155 – 161.

28 Verfassungsschutzbericht 2006 Vorabfassung Nr. 129 unter Hinweis auf die Schrift „Nation und Europa deutsche Monatshefte“ Heft 10 2006, S. 3 f.

29 BSGE 99, 35 (40 f.).

30 *BSG* SozR 4–5075 § 1 Nr. 6.

31 *Freudenberg* (Fn. 7), S. 141; *Röhl* (Fn. 10), S. 464.

nen Willensentschlusses und des Entgelts im Sinne des ZRBG.[32] Auch dieser Ansatz konnte sich aber nicht durchsetzen, nachdem der 13. Senat an der alten Ghetto-Rechtsprechung festhielt.[33] Zuletzt scheiterte ein Vorstoß des 4. Senates, eine Klärung über den großen Senat herbei zu führen, im Dezember 2008, da die Vorlage als unzulässig angesehen wurde.[34]

2. Verwaltungspraxis der Rentenversicherungsträger

Den der restriktiven Rechtsprechung folgenden Rentenversicherungsträgern wurden die Fragebogenpraxis, unverständliche Informationsmaterialien und ein lebensferner Umgang mit den Antragstellern vorgeworfen.[35] So legte die für Anträge aus Israel zuständige Deutsche Rentenversicherung Rheinland (DRR) nahe, dass es sich beim Ghetto Warschau aufgrund der strengen Bewachung der Juden nicht um ein Ghetto, sondern um ein Zwangsarbeitslager gehandelt habe und mithin von ehemaligen Bewohnern dieses Ghettos keine Beitragszeiten erworben werden könnten. Die zur Erfassung der Anträge nach dem ZRBG erdachten Fragebögen erwiesen sich als ungeeignet, die nicht zu vereinheitlichenden Schicksale der Betroffenen zu erfassen und führten allzu oft zu einer vorschnellen Ablehnung des Antrags. Beispielsweise leistete ein beträchtlicher Prozentsatz der heute noch lebenden Holocaust-Opfer bereits im Kindesalter Ghettoarbeit. Die DRR lehnte deren Anträge auf Rente nach dem ZRBG zunächst mit der Begründung ab, die Kläger hätten kein freiwilliges Beschäftigungsverhältnis eingehen können, denn die Arbeit von unter 14-Jährigen sei im Deutschen Reich verboten gewesen.[36]

3. Untätigkeit des Gesetzgebers

Trotz der offensichtlichen Mängel im ZRBG sahen weder Bundestag noch Bundesrat Korrekturbedarf. Im Jahr 2006, nach einer Anfrage der Bundestagsfraktion DIE LINKE, konstatierte die Bundesregierung, die geringen Bewilligungsraten resultierten aus „der Unkenntnis der Antragsteller über die Abgrenzung zwischen den Entschädigungsleistungen aus Zwangsarbeit und Renten aus sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung".[37] Ein Bedarf zur Änderung der gängigen Praxis der Versicherungsträger sei nicht erkennbar. Ohne die Begriffe der Freiwilligkeit und Entgeltlichkeit würden der gesetzlichen Rentenversicherung Aufgaben zugewiesen,

---

32 BSGE 98, 48 = SozR 4-5075 § 1 Nr. 3.

33 BSGE 99, 35 = SozR 4-5075 § 1 Nr. 4.

34 BSGE 102, 166 = NZS 2009, 697 = SozR 4-1500 § 41 Nr. 1.

35 *Dwertmann* Zeitspiele Zur späten Entschädigung ehemaliger Ghettoarbeiter in Frei/Brunner/Goschler (Hrsg.) Die Praxis der Wiedergutmachung 2009, S. 640 f.; *Platt* Erörterung zur Eignung eines Fragebogens zur Sachverhaltsaufklärung Gutachten zu *LSG NRW* Urteil v. 9.12.2008 – L 8 R 184/06.

36 *LSG BW* v. 19.2.2008 – L 11 R 4977/06, juris.

37 BT-Druchs. 16/1955 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Petra Pau, Kersten Naumann, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE v. 26.6.2006.

die keinerlei Bezug mehr zur Sozialversicherung und zur Versichertengemeinschaft hätten. Eine Anfrage zur Situation der Ghettorenten[38] der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN wurde ebenso abgelehnt, wie ein Antrag zur Präzisierung des Ausdrucks „Entgelt".[39] Ein Beschluss der Bundesregierung im Jahr 2007 eröffnete stattdessen die Möglichkeit einer humanitären „Anerkennungsleistung" in Form einer sofortigen Einmalzahlung in Höhe von 2000 Euro.[40] Allerdings nur unter der Bedingung, dass der Empfänger auf sämtliche sonstige Rechtsansprüche verzichtet.

III. Kehrtwende in der Ghetto-Rechtsprechung

1. Ausweitung der Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs. 1 Nr. 1 ZRBG

Im Juni 2009 – 64 Jahre nach Kriegende – kam es schließlich mit den als „Kehrtwende von Kassel„[41] bekannt gewordenen fünf Revisionsentscheidungen des *BSG*[42] überraschend zu einer völligen Neuausrichtung der Ghetto-Rechtsprechung. Wesentliche Errungenschaft dieser Urteile ist die Ausweitung der fraglichen Merkmale „aus eigenem Willensentschluss" und „gegen Entgelt".

Für die Annahme eines freien Willensentschlusses gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a ZRBG genügt es, wenn der Betroffene die Arbeit ohne Gefahr für Leib und Leben oder seine Restfreiheit ablehnen konnte. Eine Beschäftigung in einem Ghetto kann auch aus eigenem Willensentschluss zustande gekommen sein, wenn es eine offizielle Arbeitspflicht oder die Pflicht zur Meldung beim Judenrat gab. Jegliche Beschäftigung, die von Verfolgten ausgeübt wurde, während sie sich zwangsweise in einem Ghetto aufgehalten haben, ist ausreichend.

Unter Entgelt im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b ZRBG ist nun jegliche Gegenleistung für die von Ghettobewohnern verrichtete Arbeit ohne Rücksicht auf deren Höhe oder Form zu verstehen.[43] Es gibt keine Geringfügigkeitsgrenze, wie etwa ein Drittel des Ortslohns. Das erhaltene Entgelt kann unmittelbar von der Beschäftigungsstelle oder von einer anderen Instanz gewährt worden sein.

Es gibt darüber hinaus kein Mindestalter für einen Anspruch nach dem ZRBG. Das erscheint nur konsequent, da ein Mindestalter seit dem Gesetz über die Änderung des Versicherungsgesetzes für Angestellte und der Reichsversicherungsordnung vom

38 BT-Druchs. 16/5720 Bundesregierung: Kleine Anfrage von Abgeordneten der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 20.6.2007.

39 BT-Druchs. 16/6437 Zugang zu Rentenleistungen für ehemalige Ghetto-Insassen erleichtern v. 19.9.2007.

40 Siehe Richtlinie der Bundesregierung über eine Anerkennungsleistung an Verfolgte für Arbeit in einem Ghetto, die keine Zwangsarbeit war und bisher ohne sozialversicherungsrechtliche Berücksichtigung geblieben ist v. 1.10.2007.

41 *Probst* Endlich Lohn für die Arbeit im Ghetto in Süddeutsche Zeitung v. 3.6.2009.

42 BSGE 103, 190–201; BSGE 103, 201–205; BSG Urteil v. 2.6.2009 – B 13 R 85/08 R und 3.6.2009 – B 5 R 26/08 R und B 5 R 66/08 R, juris.

43 *Glatzel* (Fn. 19), S. 1180.

10.11.1922[44] auch nicht mehr in der RVO geregelt war, weil wegen des Schutzcharakters der Rentenversicherungspflicht auch verbotswidrige Kinderarbeit zur Versicherungspflicht führen sollte.

Indem Ghettobeitragszeiten als rentenrechtliche Tatbestände eingeordnet werden, bleibt das Erfordernis der Wartezeit bestehen. Rentenansprüche, auch auf Hinterbliebenenrenten, können also nur entstehen, wenn die entsprechende Wartezeit erfüllt ist. Sie beträgt für die Regelaltersrente fünf Jahre (§ 50 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI).

2. Stellungnahme

Die Urteile von Kassel verdeutlichen mit dieser Einordnung, dass sich die im Jahre 1997 aufgestellte Trennung der Lebensbereiche nicht in ihrer bisherigen Absolutheit aufrechterhalten lässt. Die Ghettos des Zweiten Weltkrieges stellen einen besonderen „Lebensbereich" dar, dessen Ausnahmezuständen Rechnung getragen werden muss. Die historischen Realitäten ließen ein Umdenken dringend erforderlich werden. Das Gericht stützt sich in seiner Urteilsbegründung vorrangig auf den Sinn und Zweck des ZRBG und führt durch die Emanzipation von der bisherigen Ghetto-Rechtsprechung das wenig spezifische ZRBG seiner ursprünglichen Bedeutung zu. Die im Ghetto verrichteten Arbeiten wären unter anderen Umständen im Rahmen von rentenversicherungspflichtigen Beschäftigungen geleistet worden und hätten somit nach den damals geltenden Vorschriften Rentenanwartschaften begründet. Das *BSG* will die erklärte Absicht des Gesetzgebers verwirklicht haben, mit dem ZRBG eine unterschiedslose Regelung zu schaffen, die auf alle Ghettos anzuwenden ist, gleich wo sie lagen, wie sie ausgestaltet waren oder welches Recht dort galt. Es könne folglich nicht allein ein solches Entgelt ausreichend sein, das nach den Kriterien der Reichsversicherungsgesetze zur Versicherungspflicht geführt hätte. Dem Gesetzgeber sei wohl bewusst gewesen, dass die Abgrenzung von versicherungspflichtigen und versicherungsfreien Tätigkeiten den komplexen Lebensverhältnissen in den Ghettos nicht gerecht wird. Deshalb könne auch die Vorschrift des § 1227 RVO a. F. im Bereich der Ghettorenten nicht zur Anwendung kommen. Das ZRBG sei als Sonderregelung gegenüber dem allgemeinen Rentenversicherungsrecht zu verstehen.

Die Entschädigung von NS-Opfern ist eine sittliche Verpflichtung des deutschen Rechtsstaates.[45] Umso schmerzlicher ist die Feststellung, dass es bereits beachtliche Ansätze des 4. Senates des *BSG* und mitunter auch des *Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen* gab, die im Stande gewesen wären, eine Kehrtwende viel früher einzuläuten, aber vom 13. Senat kontinuierlich konterkariert wurden. Der 13. und der 5. Senat haben sich nun der Sichtweise des 4. Senates angeschlossen und, wie am Beispiel des freien Willensentschlusses erkennbar, dessen Ausführungen teilweise fast wörtlich wieder aufgegriffen. Ein früheres Einlenken auf die jetzt herrschende Sichtweise hätte hunderten Opfern schneller zu einer Rentenzahlung verhelfen können. Viele der Antragsteller sind bereits verstorben und konnten den Kurswechsel nicht

44 Gesetz v. 10.11.1922 RGBl I 849.
45 BGHZ 15, 221; BSGE 10, 113 (115).

mehr miterleben. Ein beträchtlicher Prozentsatz der noch lebenden jüdischen NS-Opfer ist verarmt. Mehr als die Hälfte aller Holocaust-Überlebenden ist heute in Israel wohnhaft. Davon lebt nach einer Studie des israelischen Brookdale Institute etwa ein Drittel unter der Armutsgrenze, die in Israel bei 400 Dollar monatlichem Einkommen angesetzt ist.[46]

IV. Folgen der Neuausrichtung und offene Fragen

1. Folgen der Neuausrichtung

a) Vereinfachung der ZRBG-Verfahren

Die Folgen der Neuausrichtung in der Ghetto-Rechtsprechung und deren Umsetzung in der Praxis betrachtend, wurde von vielen Beteiligten schnell eine Entspannung oder eine „Veränderung des Klimas“[47] wahrgenommen. Zweifellos wurden die Gerichte weitgehend von aufwendigen Nachforschungen entbunden; den Antragstellern wurde die Bürde der schwierigen Beweisführung erleichtert. Die überwiegende Mehrheit der beim *BSG* anhängigen Revisions- und Beschwerdeverfahren haben durch Anerkenntnisse seitens der Rentenversicherungsträger ihren Abschluss gefunden. Die Rentenversicherer folgen uneingeschränkt der neuen Rechtsprechung und können teilweise bereits aus den Angaben in den Antragsformularen auf Ghettobeitragszeiten schließen.[48] Außerdem konnten weitere Unklarheiten beseitigt werden. So haben die deutschen Rentenversicherungsträger ihre Rechtsauffassung dahingehend geändert, dass Transnistrien, bei dem der deutsche Einfluss lange strittig war,[49] nunmehr zu den vom ZRBG erfassten Gebieten gehört.

b) Konkurrenzen

Die erhöhte Erfolgsquote der Anträge auf Rente nach dem ZRBG könnte die Frage der Konkurrenz zu weiteren Ansprüchen aus dem Entschädigungsrecht fraglich erscheinen lassen. Teile der „alten“ Ghetto-Rechtsprechung[50] schlossen einen Anspruch auf Rentenleistungen im Wege der Idealkonkurrenz aus, sofern bereits eine Entschädigung nach dem Gesetz zur Errichtung einer Stiftung Erinnerung Verantwortung und Zukunft (EVZStiftG) [51] erfolgt war. Das *BSG* stellte in seiner Grund-

46 *Müller-Neuhof/Nüsse* Warum bekamen bisher so wenige eine „Ghetto-Rente“? in Tagesspiegel v. 3.6.2009.

47 *Freudenberg* (Fn. 7), S. 144.

48 *Binne/Schnell* Die Rechtsprechung zum Gesetz zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigung in einem Ghetto (ZRBG) und die Umsetzung durch die Rentenversicherung Deutsche DRV 2011, 12 (12 f.).

49 BSGE 99, 35 = SozR 4-5075 § 1 Nr. 4; BSGE 98, 48 = SozR 4-5075 § 1 Nr. 3; BSG v. 19.5.2009 – B 5 R 26/06 R, juris.

50 *SG Düsseldorf* Urteil v. 8.3.2007 – L 13 RJ 112/04, juris.

51 Nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 EVZStiftG ist unter anderem derjenige leistungsberechtigt, der in einem Ghetto unter vergleichbaren Bedingungen wie in einem Konzentrationslager inhaftiert war und „zur Arbeit gezwungen wurde“.

satzentscheidung vom Juni 2009 jedoch fest, dass durch den Bezug von Leistungen nach dem EVZStiftG die Anerkennung von Ghetto-Beitragszeiten nicht beeinträchtig wird.[52] Dem ist ohne Einschränkungen zu folgen. Ansprüche nach dem ZRBG fallen schon nicht in den Anwendungsbereich des Stiftungsgesetzes und unterliegen damit auch nicht seinen Ausschlussregeln.[53] Es wird zudem meist an vollkommen unterschiedliche Lebenssachverhalte angeknüpft. Ansprüche nach dem EVZStiftG und solche nach dem ZRBG müssen sich daher schon begrifflich ausschließen.

Die Leistungen nach dem ZRBG haben zudem grundsätzlich Vorrang vor der Einmalzahlung der Bundesrichtlinie.[54] Der Betrag von 2000 Euro ist also zurückzuzahlen, wenn das Überprüfungsverfahren beim Rentenversicherungsträger zu einer Rentenbewilligung führt.

c) Einordnung des ZRBG

Die Diskussion, ob das ZRBG rechtssystematisch überhaupt ins Rentenversicherungsrecht zu verorten ist oder nicht eher materiell-rechtlich eine Entschädigungsleistung darstellt,[55] hat nach der deutlichen höchstrichterlichen Einordnung als rentenrechtliche Sonderregelung an Bedeutung verloren. Die Entschädigung von Ghettoarbeitern wäre wohl erheblich schneller abgelaufen, hätte der Gesetzgeber von Anfang an einen entschädigungsrechtlichen Ansatz ähnlich dem EVZStiftG gewählt. Darüber kann auch die Einschätzung, dass die von NS-Verfolgten in Ghettos geleistete Arbeit im Rentenrecht in besonderem Maße gewürdigt werde,[56] nicht hinwegtäuschen. Der Umstand, dass die Arbeit in einem Ghetto nur kraft gesetzlicher Fiktion wie Rentenversicherungsbeitragszeiten behandelt wird, verdeutlicht zwar den Unterschied zu herkömmlichen versicherungspflichtigen Beschäftigungen.[57] Durch die Qualifizierung als Sonderrecht der Rentenversicherung wird dieser Tatsache aber ausreichend Rechnung getragen. Die verfassungsrechtlichen Bedenken des 4. Senates des *BSG* greifen nicht durch.[58] Abzuwarten bleibt, wie sich das ZRBG als Sonderregelung in das allgemeine Rentenversicherungsrecht einfügt.

2. Offene Fragen

a) Tatbestandsmerkmale des § 1 ZRBG

Nicht alle Auslegungsfragen zu den Tatbestandsmerkmalen des ZRBG wurden durch die Entscheidungen des *BSG* beantwortet. Noch nicht endgültig geklärt ist, welche Voraussetzungen ein Judenwohnbezirk erfüllen muss, um als „Ghetto“ im

52 BSGE 103, 190 (200).
53 *LSG Mainz* Urteil v. 13.6.2007 – L 4 R 457/06, juris.
54 § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 der RL.
55 *Freudenberg* (Fn. 7), S. 146.
56 *Lehnstaedt/Stemmer* (Fn. 26), S. 58.
57 *Röhl* Rentenzahlung aus Beschäftigung in einem Ghetto jurisPR-SozR 4/2010, Anm. 3 D.
58 BSGE 103, 190 (199).

Sinne des § 1 Abs. 1 ZRBG bezeichnet werden zu können. Das ZRBG enthält auch zum Begriff des Ghettos keine Legaldefinition. Die DRR hat in zwei diese Frage betreffenden Verfahren vor dem *BSG* die Revision kurz vor der Verkündung der Entscheidungen in Kassel zurückgenommen.[59] Die Praxis lässt aber erkennen, dass die Beendigung der ZRBG-Verfahren auch an diesem Punkt nicht mehr scheitert. Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, sodass vor dem Hintergrund der neuen Ausrichtung in der Ghetto-Rechtsprechung und in Anlehnung an die weite Definition des Entgeltbegriffs, auch bei der Auslegung des Terminus „Ghetto" der Sinn und Zweck des ZRBG zu beachten und eine weitere Sichtweise geboten ist. Ein Zwangsaufenthalt in einem Ghetto ist anzunehmen, wenn der Aufenthalt rechtlich oder tatsächlich auf ein bestimmtes Wohngebiet beschränkt und die Aufenthaltsbeschränkung durch die Androhung schwerster Strafen oder durch Gewaltmaßnahmen erzwungen wurde.[60] Denn dann lagen Lebens- und Arbeitsbedingungen vor, bei denen eine Beurteilung der Beschäftigung nach rentenversicherungsrechtlichen Maßstäben keinen Sinn mehr macht.

Außerdem ist das Dreiecksverhältnis zwischen Judenrat, Arbeitern und Arbeitgebern und welche Rolle dem Judenrat in diesem Verhältnis zuzuweisen ist noch nicht restlos geklärt. Das *BSG* verzichtete bisher auf eine präzise rechtliche Einordnung des Judenrats und seiner Rechtsbeziehungen zu den Ghettoarbeitern. Die Judenräte könnten als bloße Zahlstelle zu betrachten sein, die den Lohn der Ghettoarbeiter entgegennehmen und weiterleiten. Allerdings würde diese Einordnung der komplizierten Rolle der Judenräte wohl nicht gerecht.[61] Auch der Ansatz, Judenräte als Arbeitnehmerüberlassung anzusehen, wurde in der Urteilsbegründung nicht problematisiert. Ob die moderne Konstruktion der Arbeitnehmerüberlassung auf die besondere Situation des Ghettos angewendet werden kann, erscheint zweifelhaft.[62] Da das Gericht keine individuelle Zuordnung der Zahlungen zum Beschäftigten mehr verlangt, ist auch diese Frage letztlich von untergeordneter Bedeutung.

b) Anhörung der Kläger in Israel

Erst seit 2007 ermöglichen die zuständigen Landessozialgerichte die Anhörung der Betroffenen in Israel.[63] Bei in Israel nach §§ 155, 103, 106 SGG durchgeführten Terminen handelt es sich aus innerdeutscher Perspektive in rechtlicher Hinsicht um eine reguläre Anhörung und Beweiserhebung gemäß § 106 SGG, die lediglich in eine konsularische Beweisaufnahme gemäß § 202 SGG i. V. m. § 363 ZPO und § 19 Konsulargesetz (KonsG) sowie Art. 15 ff. Haager Beweisübereinkommen (HBÜ) eingebettet

59 *LSG NRW* Urteil v. 15.12.2006 – L 13 RJ 112/04, juris.

60 *LSG BW* Urteil v. 26.1.2010 – L 11 R 2534/09, juris. Zu den Entscheidungskriterien der Deutschen Rentenversicherung vergleiche *Binne/Schnell* (Fn. 48), S. 16 f.

61 *Röhl* (Fn. 57), Anm. 3 D.

62 Ebd., Anm. 3 D.

63 Die israelische Regierung gestattete erst im Jahr 2007 die Anhörung der Kläger nach dem ZRBG durch deutsche Richter in ihrem Heimatland, siehe *Balzer* Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess 2. Aufl. (2005), Rn. 412 ff; *LSG NRW* Urteil v. 20.6.2007 – L 8 R 244/05, juris.

ist.[64] Trotz ordnungsgemäßer Ladung und Anordnung des persönlichen Erscheinens blieb die beklagte *DRR* mehrfach den bestellten Terminen fern. Von der Möglichkeit der Vertretung durch von der deutschen Botschaft in Israel empfohlene Vertrauensanwälte wurde kein Gebrauch gemacht. Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, israelische Anwälte seien nach § 73 SGG vor deutschen Sozialgerichten nicht zugelassen.[65] Das Fernbleiben der Beklagten führte zu kosten- und zeitaufwändige Rückfragen und Missverständnissen. Israelische Klägerinnen und Kläger der ZRBG-Verfahren sollen zudem nach Art. 3 Abs. 1 und 3 GG hinsichtlich der Anwesenheit der Sozialleistungsträger in sozialgerichtlichen Streitverfahren einen Anspruch auf Gleichbehandlung mit allen übrigen Klägern haben.[66] Erst im April 2009 war zum ersten Mal auch die DRR bei einem Termin in Israel anwesend.

Aufgrund des fortgeschrittenen Alters der Antragsteller und ihres Wohnsitzes außerhalb Deutschlands wurde von der im Jahr 2007 eröffneten Möglichkeit der persönlichen Anhörung der Kläger in Israel zunächst kaum Gebrauch gemacht. Gemäß § 126 SGG kann in Abwesenheit eines Beteiligten entschieden werden, wenn der Betroffene in der mündlichen Verhandlung nicht erscheint und er zuvor auf diese Möglichkeit hingewiesen wurde. Die Gerichte verwiesen zusätzlich auf die vielfältigen Möglichkeiten, mit denen die Beteiligten zur Aufklärung des Sachverhalts herangezogen werden können. Die entscheidungserheblichen Tatsachen könnten sich aus den vorbereitenden Schriftsätzen der Beteiligten ergeben, § 108 S. 1 SGG. Insbesondere könne sich aber mit Hilfe der Vertretung durch einen Prozessbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung Gehör verschafft werden. Dem wird entgegen gehalten, dass nach § 62 SGG als Ausfluss des Art. 103 Abs. 1 GG vor jeder Entscheidung den Beteiligten rechtliches Gehör zu gewähren ist. Nach ständiger Praxis der Sozialgerichte lässt sich aus diesen Normen allerdings nicht ableiten, dass die Beteiligten einen prozessualen Anspruch auf rechtliches Gehör genießen.[67] Im Kontext der Ghettorenten bildeten sich dennoch divergierende Ansichten heraus.[68] Das *BSG* bekräftigte daraufhin die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung und entschied auch für ZRBG-Verfahren, dass Art. 103 Abs. 1 GG und § 62 SGG nicht von den Gerichten verlangen, dafür Sorge zu tragen, dass jeder Beteiligte auch persönlich anzuhören ist.[69] Die Anordnung des persönlichen Erscheinens eines Beteiligten sei abhängig vom Ermessen des Gerichts (§§ 153 Abs. 1, 111 Abs. 1 S. 1 SGG) und nicht,

64 *LSG NRW* Beschluss v. 3.12.2008 – L 8 R 239/07, juris.

65 Gemäß Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 lit. a und Art 4. Abs. 1 S. 1 des Deutsch-Israelischen Sozialversicherungsabkommens (DISVA) sind auch israelische Anwälte in sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten israelischer Versicherter zur Vertretung vor deutschen Sozialgerichten befugt.

66 *LSG NRW* Urteil v. 3.12.2008 – L 8 R 239/07, juris.

67 *BSG* Urteil v. 17.1.1994 – 9 RV 118/93, juris; *BSG* Beschluss v. 14.11.2005 – B 13 RJ 245/05 B, juris.

68 Befürwortend: *LSG NRW* Urteil v. 6.6.2007 – L 8 R 54/05, juris; Urteil v. 19.3.2008 – L 8 R 264/07, juris. Ablehnend: *LSG NRW* Urteil v. 17.11.2008 – L 3 (4) R 30/07, juris; Urteil v. 3. 2. 2006 – L 4 R 57/05, juris.

69 *BSG* Urteil v. 17.10.2008 – B 13 R 341/08 B, juris; Urteil v. 21.9.2008 – B 13 R 109/08 B, juris.

wie von der Gegenansicht behauptet, vom Willen der Verfahrensbeteiligten selbst. Das entspricht auch der einhelligen Meinung in der Literatur.[70] Zudem sollen weder der Hinweis auf das Verfolgungsschicksal als Opfer der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft oder den entschädigungsrechtlichen Hintergrund des ZRBG, noch das hohe Alter der Betroffenen oder der Wohnsitz im Ausland ausreichen, um eine Ermessensreduzierung auf Null zu erreichen.[71] Der Kläger muss nach geltender Rechtsprechung des *BSG* daher überzeugend darlegen, warum nur bei einer persönlichen Anhörung die Voraussetzungen eines Anspruches nach dem ZRBG glaubhaft gemacht werden können. Im Nachhinein besteht für den Kläger zwar die Möglichkeit einer Verfahrensrüge, wenn er glaubt er sei vom Tatsachengericht persönlich anzuhören gewesen. Wegen der Nähe zur Gehörsrüge ist aber auch hier darzulegen, warum der schriftliche Vortrag im konkreten Fall nicht ausreicht, um der Sachaufklärungspflicht Genüge zu tun.[72] In praxi führte dies dazu, dass, obwohl in großer Anzahl erbeten, von der Anordnung des persönlichen Erscheinens des Klägers in den meisten Fällen nur mit dem schlichten Verweis des Gerichts auf die Ausübung des ihm zustehenden Ermessens und dem Hinweis, dass der Sachverhalt ausreichend geklärt erscheine, abgesehen wurde.

Es ist nicht anzuzweifeln, dass es sich bei der gerichtlichen Anhörung der Kläger in Israel nicht um eine eidesbewehrte Parteivernehmung gemäß § 455 ZPO, sondern nur um eine nach §§ 103, 106 SGG in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellte Aufklärungsmaßnahme handelt.[73] Die Erhebung echter Strengbeweise durch den Richter in einem Termin in Israel ist nur in Form der Vernehmung von Sachverständigen vor Ort möglich, § 106 Abs. 3 Nr. 4 SGG. Vor allem wird die neue Auslegung des § 1 Abs. 1 Nr. 1 ZRBG eine persönliche Anhörung der Betroffenen für die Sachverhaltsaufklärung nicht mehr in jedem Fall erforderlich machen.[74] In einzelnen Verfahren können aber, trotz der erheblichen Erleichterungen, die die Beweisführung der Kläger durch die Kasseler Entscheidungen erfahren hat, weiterhin bezüglich der Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs. 1 Nr. 1 ZRBG und insbesondere bei der Abgrenzung zur Zwangsarbeit,[75] Beweisprobleme auftreten. Nur die Kläger selbst können dann umfassend zu ihrem individuellen Schicksal Auskunft geben, weil es außer ihrer eigenen Erinnerung regelmäßig keine anderen Beweismöglichkeiten gibt.[76] Hier kann das persönliche Beteiligtenvorbringen entscheidend zur Klärung von Widersprüchen beitragen und bleibt eine wichtige Erkenntnisquelle. Die bisher

70 *Leitherer* in Meyer/Ladewig/Keller/Leitherer SGG 9. Aufl., § 111 Rn. 2b; *Knittel* in Hennig SGG, § 111 Rn. 3; *Kolmetz* in Jansen SGG 2. Aufl., § 111 Rn. 3; *Kummer* in Peters/Sautter/Wolff SGG Stand 2004, § 111 Rn. 3 ff.; *Roller* in HK-SGG, § 111 Rn. 3.

71 *BSG* Urteil v. 23.4.2009 – B 13 R 15/09 B, juris.

72 *BSG* NJW 2010, 1229 = NZS 2010, 470 = SozR 4–1500 § 160 Nr. 18.

73 Anders: *Renesse* (Fn. 9), S. 3039, der auf das BVerfG verweist, welches das Glaubwürdigkeitsgutachtens in Entschädigungsverfahren von traumatisierten Opfern teilweise als echtes Beweismittel anerkannt hat.

74 So auch *Röhl* (Fn. 10), S. 467.

75 *LSG Hamburg* Urteil v. 15.7.2010 – L 3 R 65/09, juris.

76 *LSG NRW* Urteil v. 3.12.2008 – L 8 R 239/07, juris.

in Israel durchgeführten Termine wurden ausnahmslos von allen Beteiligten positiv bewertet. Ganz zu schweigen von der symbolischen Bedeutung, die eine Anhörung zum Erlebten für die Betroffenen persönlich hat. Wie die vergangenen Anhörungen zeigen, ist es den oft traumatisierten Betroffenen ein ausdrückliches und tiefgehendes Bedürfnis, sich persönlich vor Gericht äußern zu können. Die Anordnung des persönlichen Erscheinens eines Beteiligten zur mündlichen Verhandlung nach §§ 106 Abs. 3 Nr. 7, 111 SGG wird in allen anderen sozialrechtlichen Verfahren außerhalb des ZRBG erfolgreich und selbstverständlich genutzt.[77] Das sozialgerichtliche Urteil darf nur auf Tatsachen und Beweisergebnisse gestützt werden, zu denen sich die Beteiligten äußern konnten (§ 128 II SGG). Ferner verpflichten auch die §§ 23 f. SGB X und § 3 WGSVG zur Amtsermittlung. Diese Ermittlungen müssen sich nach dem ausdrücklichen gesetzlichen Wortlaut auf sämtliche erreichbaren Beweismittel beziehen. Auch der 8. Senat des *Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen*[78] legt das Urteil des *BSG* dahingehend aus, dass unter Umständen die persönliche Anhörung durch eine Verringerung des tatrichterlichen Ermessens auf null sogar zwingend geboten sein kann.

Im Ergebnis muss in den ZRBG-Verfahren, in denen es auch nach den Kasseler Entscheidungen noch zu Beweisschwierigkeiten kommt, die persönliche Anhörung des Klägers in Betracht gezogen werden. Zwar steht die Anordnung des persönlichen Erscheinens eines Beteiligten im sozialgerichtlichen Verfahren im Ermessen des Richters. Diesem kommt aber bei entsprechendem Vorbringen des Klägers, dass der schriftliche Vortrag keine erschöpfende Sachverhaltsaufklärung gewährleisten kann, ein enger Ermessensspielraum zu.

c) Rückwirkende Erbringung von Leistungen nach dem ZRBG

Im Zentrum der Diskussion steht allerdings die Frage, wie mit denjenigen Betroffenen umzugehen ist, die ihre gerichtlichen Verfahren nach den Grundsätzen der „alten" Ghetto-Rechtsprechung erfolglos beendet und damit auf wertvolle Beitragszeiten verzichtet haben.

Der Bundesvorstand der Deutschen Rentenversicherung beschloss noch im Jahre 2009, die abgelehnten Anträge von Amts wegen wieder aufzugreifen.[79] Werden im Überprüfungsverfahren die Anspruchsvoraussetzungen festgestellt, ist vor allem fraglich, inwieweit Rentenleistungen rückwirkend zu erbringen sind.

aa) § 48 Abs. 2 SGB X

§ 48 Abs. 2 SGB X ist hier nicht einschlägig. Die Bestimmung setzt einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung voraus. Ein solcher kann aber in einem die Rentengewährung ablehnenden Verwaltungsakt nicht gesehen werden.[80]

---

77 *Renesse* (Fn. 9), S. 3039.
78 *LSG NRW* Urteil v. 3.12.2008 – L 8 R 239/07, juris.
79 Siehe Pressemitteilung Bund Deutscher Rentenversicherung v. 16.6.2009.
80 BSGE 58, 27 = MDR 1985, 612 = SozR 1300 § 44 Nr. 16.

bb) § 100 Abs. 4 SGB VI

Im SGB VI wird § 44 SGB X durch den zum 1.5.2007 in Kraft getretenen § 100 Abs. 4 SGB VI modifiziert, der in seinem Regelungsgehalt § 330 Abs. 1 SGB III nachempfunden ist.[81] Liegen danach die Voraussetzungen des § 44 Abs. 1 S. 1 SGB X vor, weil der Verwaltungsakt auf einer Rechtsnorm beruht, die nach Erlass des Verwaltungsaktes für nichtig oder für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt oder in ständiger Rechtsprechung anders als durch den Rentenversicherungsträger ausgelegt worden ist, so ist der Verwaltungsakt nur mit Wirkung für die Zeit ab dem Beginn des Kalendermonats nach Wirksamwerden der Entscheidung des *BVerfG* oder dem Bestehen der ständigen Rechtsprechung zurückzunehmen. Leistungen der Versicherungsträger wären dann folglich erst ab dem 1.7.2009 zu erbringen. Dazu müsste durch die Kasseler Entscheidungen eine ständige Rechtsprechung gegenüber der Verwaltungspraxis der Rentenversicherungsträger begründet worden sein. Zur Begründung einer ständigen Rechtsprechung können Urteile des *BSG*[82] und der anderen obersten Gerichtshöfe des Bundes[83] herangezogen werden. Notwendig ist, dass der einzig zuständige Senat wiederholt gleich entschieden hat oder zwei verschiedene Senate die Rechtsfrage im selben Sinne beurteilen.[84] Aber auch eine Einzelentscheidung eines *BSG*-Senats kann eine ständige Rechtsprechung begründen, wenn diese von den Rentenversicherungsträgern umgesetzt wird und die Instanzgerichte, wie auch das Schrifttum ihr folgen.[85] Die zu beurteilenden Rechtsfragen im Rahmen der Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs. 1 Nr. 1 ZRBG wurden hinreichend geklärt und werden nicht mehr mit gewichtigen Gründen in Frage gestellt. Die Deutsche Rentenversicherung hat die Entscheidung des *BSG* für andere gleich gelagerte Fälle als verbindlich akzeptiert.[86] Die sozialrechtliche Literatur, wie auch die Instanzgerichte folgen der neuen Ausrichtung in der Ghetto-Rechtsprechung.[87] Angesichts dieser eindeutigen Sachlage kann, ungeachtet der Diskussion um die objektive Tauglichkeit dieses Merkmals,[88] von einer ständigen Rechtsprechung ausgegangen werden. Die Norm stellt zwar einen nicht unwesentlichen Eingriff in die Rechtsposition des Versicherten dar, ist nach allgemeiner Ansicht aber verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.[89]

Zunächst ist festzustellen, dass der Anwendungsbereich der Norm erheblich eingegrenzt wäre. § 100 Abs. 4 SGB VI ist zumindest dann nicht anwendbar, wenn der

81 *Mutschler* Aktuelle Probleme zur Überprüfung belastender Verwaltungsakte nach § 44 SGB X WzS 2009, 193 (199).
82 *BSG* NVwZ-RR 2001, 452 = BayVBl 2001, 502.
83 *BSG* BeckRS 2004, 40 125.
84 *Jörg* in Kreikebohm SGB VI 3. Aufl. 2008, § 100 Rn. 7.
85 *Kater* Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht 66. Ergänzungslieferung 2010, § 100 SGB VI Rn. 20.
86 *Binne/Schnell* (Fn. 48), S. 24 f.
87 *Röhl* (Fn. 10), S. 465; *Binne/Schnell* (Fn. 48), S. 24 f.
88 *Fichte* Inhalt und Bedeutung des Begriffs „ständige Rechtsprechung" NZS 1998, 1.
89 *Köhler* Die Bindung der Sozialleistungsträger an die höchstrichterliche Rechtsprechung VSSR 2009, 15 (37).

ursprünglichen Ablehnungsentscheidung ein unrichtiger Sachverhalt zu Grunde lag,[90] der Anspruch aufgrund einer Einzelentscheidung gegeben wurde und mithin noch keine ständige Rechtsprechung in diesem Punkt entstanden ist, bei Erstanträgen, die nach dem 3.6.2009 gestellt wurden, oder wenn der Überprüfungsantrag vor Bestehen der ständigen Rechtsprechung gestellt wurde.[91] Röhl interpretiert § 100 Abs. 4 SGB VI zudem derart, dass eine „neue und andere ständige Rechtsprechung" gegeben sein muss.[92] Die „alte" Ghetto-Rechtsprechung habe sich in den verschiedenen Senaten in der Vergangenheit aber mehrfach widersprochen. Von einer neuen ständigen Rechtsprechung könne folglich nicht die Rede sein und § 100 Abs. 4 SGB VI nicht angewendet werden. Dieses Verständnis der Norm scheint indes nicht sachgerecht. Der Wortlaut bezieht sich auf die vergangene Auslegung einer Rechtsfrage durch den Rentenversicherungsträger und nicht durch die frühere Rechtsprechung. Auch § 330 Abs. 1 SGB III, § 48 Abs. 2 SGB X und Art. IV Nr. 1 BEGSchlG, die ebenfalls mit dem Begriff der „ständigen Rechtsprechung" operieren, lassen keine andere Auslegung zu.

Dennoch ist fraglich, ob die Vorschrift auf das ZRBG Anwendung finden kann. Ebenso wie § 1227 RVO a. F. aufgrund der anderen Lebenssituation in den Ghettos im Rahmen des ZRBG teleologisch zu reduzieren ist, müssen auch die Vorschriften des modernen Rentenversicherungsrechts hinsichtlich ihres Regelungszwecks und ihrer Vereinbarkeit mit dem ZRBG als rentenrechtliche Sonderregelung überprüft werden. Zweck des § 100 Abs. 4 SGB VI ist es, „das Interesse der Solidargemeinschaft der Versicherten an Rechtssicherheit und der Erhaltung der Funktions- und Leistungsfähigkeit der Rentenversicherung gegenüber dem Interesse des Einzelnen an einer möglichst langen Nachzahlungsfrist"[93] zu stärken. Das *BSG* hat bereits klargestellt, dass die finanzielle Mehrbelastung der Rentenversicherung durch Einbeziehung weiterer Personen ohne Beitragsleistung nicht zu beanstanden ist.[94] Angesichts des relativ kleinen durch das ZRBG erfassten Personenkreises muss auch die von der Nachzahlung im Sinne des § 44 SGB X ausgehende Belastung für die Rentenversicherung tragbar sein. Das ZRBG trägt weiterhin der schützenswerten und besonderen Situation seines Adressatenkreises Rechnung. Wie sich auch in den Entscheidungen des BSG vom 2. und 3.6.2009 zeigt, sollen bei dessen Auslegung besondere rechtliche Maßstäbe gelten. Ferner enthalten weder § 44 SGB X noch das ZRBG

90 Dann ist § 44 SGB X einschlägig: *Jörg* in Kreikebohm SGB VI 3. Aufl. 2008, § 100 Rn. 10; *Kater* in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht 66. Ergänzungslieferung 2010, § 100 SGB VI Rn. 20; *Brähler* in Ruland/Försterling SGB VI, § 100 Rn. 5.

91 *Binne/Schnell* (Fn. 48), S. 21 ff.

92 *Röhl* (Fn. 57), Anm. 3 E.

93 BT-Drucks 16/3794, 37 Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Regelaltersgrenze an die demografische Entwicklung und zur Stärkung der Finanzierungsgrundlagen der gesetzlichen Rentenversicherung.

94 BSGE 103, 190 (201): Die finanzielle Mehrbelastung der Rentenversicherung durch Einbeziehung weiterer Personen ohne Beitragsleistung sei aufgrund des zusätzlichen Bundeszuschusses zur pauschalen Abgeltung nicht beitragsgedeckter Leistungen gem. § 213 Abs. 3 SGB VI nicht verfassungswidrig.

einen Verweis auf die entsprechende Anwendbarkeit des § 100 Abs. 4 SGB VI. Die Norm gilt mangels Verweises weder im Rentenrecht der gesetzlichen Unfallversicherung,[95] noch im Recht der landwirtschaftlichen Alterssicherung.[96] Zuletzt scheint die Anwendung des § 100 Abs. 4 SGB VI auch im Hinblick auf die genannten zahlreichen Ausnahmen in Verbindung mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG problematisch.[97] Der Rechtsgedanke des § 100 Abs. 4 SGB VI ist folglich im ZRBG nicht anzuwenden.

cc) § 44 SGB X

Fraglich bleibt die Anwendung der Grundnorm des § 44 SGB X. Gemäß § 44 Abs. 4 S. 1 SGB X werden Sozialleistungen, wenn ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen wird, längstens für einen Zeitraum bis zu vier Jahren vor der Rücknahme erbracht. In Verbindung mit § 44 Abs. 4 S. 2 SGB X führt ein direkt im Jahr 2009 gestellter Antrag also zu Leistungen rückwirkend ab Januar 2005. Die Vierjahresfrist ist eine im SGB häufig anzutreffende Größe[98] und das *BSG* entnahm dieser Vorschrift sogar einen allgemeinen Rechtsgedanken.[99] Die Mehrzahl der Ghettoüberlebenden bzw. ihrer Erben würden eine rückwirkende Zahlung für vier Jahre erhalten. Lediglich in den Fällen, die zum Zeitpunkt der Kasseler Entscheidungen noch nicht vor Gericht entschieden waren, wird die Rente rückwirkend zum 1.7.1997 gezahlt. Das führt aber zu zufälligen Ergebnissen und Ungerechtigkeiten. Kläger, deren Verfahren zügig von den Sozialgerichten entschieden wurden, stehen schlechter als jene, deren Prozesse länger andauern. Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht durch die Berufung auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch, da § 44 Abs. 4 SGB X auch auf diesen anzuwenden ist.[100]

dd) § 3 Abs. 1 ZRBG

Die Norm wäre nicht anwendbar, wenn das ZRBG als abschließende Sonderregelung § 44 Abs. 4 SGB X vorginge. Ein früherer Rentenbeginn könnte auf § 3 Abs. 1 ZRBG unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertungen des Art. 3 Abs. 1 GG gestützt werden. Der Wortlaut der Bestimmung könnte derart zu verstehen sein, dass jeder Antrag mit Bezug zum Recht der gesetzlichen Rentenversicherung, also nicht nur ein Erst-, sondern auch ein Überprüfungsantrag, gemäß § 44 SGB X umfasst ist. Systematisch gesehen hätte der Gesetzgeber aber wohl konkret auf § 44 SGB X verwiesen, wie dies zum Beispiel in § 330 Abs. 1 SGB III, § 100 Abs. 4 SGB VI oder § 11 Abs. 4 BKGG geschehen ist. Eine derartige Auslegung des § 3 Abs. 1 ZRBG stünde auch gegen den eindeutigen Wortlaut, der eine tatsächliche „Antragstellung bis zum

95 § 73 SGB VII.
96 § 30 Abs. 1 Gesetz über die Alterssicherung der Landwirte (ALG) v. 1.1.2005 in BGBl I 1994, S. 1890.
97 *Binne/Schnell* (Fn. 48), S. 26.
98 Vgl. § 45 Abs. 1 SGB I, §§ 25, 27 Abs. 2 SGB IV, § 351 SGB III.
99 BSGE 60, 245 (247).
100 *SG Lübeck* Urteil v. 8.10.2010 – S 15 R 188/10, juris.

30.6.2003“ fordert und liefe dem Sinn und Zweck der Stichtagsregelung diametral zuwider, da sie gerade dazu dienen soll, hinsichtlich der zu erwartenden Anträge und der damit verbundenen Kosten, Rechtssicherheit für die Verwaltung zu schaffen.[101]

ee) Rechtsfortbildung

Eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung würde voraussetzen, dass das Gesetz lückenhaft ist, wobei sich die Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung nicht wie bei der Analogie am Plan des Gesetzes selbst, sondern an den Erfordernissen der Gesamtrechtsordnung misst.[102] Dies kann sich aus den Grundrechten oder einem unabweisbaren Bedürfnis des Rechtsverkehrs ergeben. Dafür könnte eine Entscheidung des *BSG* sprechen, in der sich das Gericht nach der Einführung des ZRBG aus Gleichheitserwägungen veranlasst sah, im Wege der Rechtsfortbildung § 306 Abs. 1 SGB VI nicht anzuwenden.[103] Die Begründung lag hier ebenfalls in der Tatsache, dass sonst jene Personen aus dem Adressatenkreis des ZRBG ausgegrenzt werden, die sich nur durch die frühere Antragstellung von den übrigen Anspruchsberechtigten unterscheiden. Bereits zu diesem Zeitpunkt verwies das Gericht darauf, dass bei verständiger Würdigung von Sinn und Zweck des ZRBG möglichst alle Verfolgten, die in einem Ghetto eine Beschäftigung ausgeübt haben, in den Genuss der Rentenzahlung auch ins Ausland kommen sollen. Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG sei es schlechterdings nicht vertretbar, den Personenkreis von der Gesetzeswohltat des ZRBG auszuschließen, der die Gewährung von Altersrente bereits vor dem 18.6.1997 beantragt hatte und damit die Gesetzesnovelle gewissermaßen mit „erstritten“ hätte. Dieses Problem habe der Gesetzgeber offenbar übersehen. Allerdings sind die Situationen nicht unmittelbar vergleichbar.[104] Zwar kann es unter Umständen nur vom Zufall abhängen, ob ein Verfolgter mit einem Rentenantrag bis Ende Juni 2003 Rentenleistungen schon ab dem 1.7.1997 oder erst zu einem späteren Zeitpunkt bekommt. Die Problematik der Nachzahlungen, die sich aus der grundlegenden Änderung in der Praxis der Ghettorenten ergibt, war aber bei Erlass des ZRBG, im Gegensatz zum Problem der Bestandsrenten, nicht abzusehen. Von einer durch den Gesetzgeber übersehenen Lücke im Gesetz kann folglich nicht gesprochen werden. Zudem ist die Benachteiligung der Antragsteller, die nur eine vierjährige Nachzahlung erhalten, im Vergleich zu denen, die vom ZRBG erfassten Personenkreis komplett ausgeschlossen wurden, weniger signifikant. Ein Überprüfungsantrag kann nicht mit dem ursprünglichen Rentenantrag gleichgesetzt werden. Zwischen denjenigen Antragstellern, die ihr Recht nach erfolgter Ablehnung der Rente durch die Verwaltung weiter verfolgt haben und solchen, die dies nicht getan haben, könnte ferner ein wesentlicher Unterschied im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG zu sehen sein, sodass im Ergebnis Ungleiches unzulässigerweise gleich

101 *SG Düsseldorf* Urteil v. 4.4.2011 – S 52 R 1916/10, juris; *SG Lübeck* Urteil v. 8.10.2010 – S 15 R 188/10, juris.
102 BVerfGG 34, 269.
103 BSGE 94, 294 = NZS 2006, 208 = SozR 4-2600 § 96a Nr. 7.
104 *Röhl* (Fn. 57), Anm. 3 E.

behandelt werden würde.[105] Im Fall des § 44 Abs. 4 SGB X darf nicht mit den sich für die Betroffenen aus Art. 14 GG ergebenden Rechten argumentiert werden.[106] Auch im Bezug auf die spezielle Situation der Ghettoüberlebenden sind darüber hinausgehende Bedürfnisse des Rechtsverkehrs oder solche verfassungsrechtlicher Art nicht zu erblicken. Es würde daher den Rahmen zulässiger Rechtsfortbildung sprengen, unterschiedslos allen Betroffenen eine Rente nach dem ZRBG ab dem 1.7.1997 zu gewähren.

ff) Stellungnahme

Die Mehrzahl der Betroffenen hat die Vier-Jahres-Zahlung angenommen und bemüht sich nun, den vollen Betrag gerichtlich einzuklagen.[107] Es besteht zudem – anders als im Rahmen des § 100 Abs. 4 SGB VI – ein wirtschaftliches Interesse an der Klärung der Anwendbarkeit des § 44 SGB X. Nach Schätzungen belaufen sich die Kosten bei einer nur für vier Jahre rückwirkenden Gewährung der Alters- und Hinterbliebenenrenten nach dem ZRBG auf etwa 0,5 Mrd. Euro. Wären die Renten einheitlich ab dem 1.7.1997 zu gewähren, entstünden dem Bund Kosten in Höhe von 2 Mrd. Euro.[108] Zudem ist auf das Alter der Betroffenen zu verweisen. Sollte nicht bald eine Lösung der Problematik gefunden werden, könnte der Adressatenkreis des ZRBG bald nicht mehr existieren.

Eine Nachzahlung für alle Antragsteller zu ermöglichen, ist eine politisch zu treffende Entscheidung. Die Regelung durch den Gesetzgeber wäre nicht nur durch die fehlende Befugnis der Rechtsprechung geboten, sondern könnte auch den moralischen Schaden begrenzen, den die Bundesrepublik durch die bisherige Handhabung der Ghettorenten erfahren hat. Die gesamte Entwicklung der Rentenzahlung aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses in einem Ghetto kann nicht betrachtet werden, ohne das Verhältnis und die Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung zu analysieren. Durch die Bereitschaft des Gesetzgebers, die offensichtlichen Mängel des von Anfang an zu kurz geratenen ZRGB zu beheben, hätte auch die Ghetto-Rechtsprechung schneller auf den richtigen Weg gebracht werden können. Der hemmende Zirkelschluss, in dem die Sozialgerichtsbarkeit das Handeln der Vergangenheit nicht in Frage stellen wollte und die Verwaltung ihr Handeln durch die Rechtsprechung legitimierte, wurde durchbrochen, indem der Federstrich der Rechtsprechung die bisherige Praxis Makulatur werden ließ. Auch in der Vergangenheit bewies – etwa durch die Vorstöße des 4. Senates des *BSG*, die Ansätze des *Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalens* zur Nichtanwendung des § 1227 RVO a. F. oder die Reduktion des § 306 Abs. 1 SGB VI durch den 13. Senat des *BSG* – vor allem die Sozialgerichtsbarkeit Realitätssinn. Bezüglich der Nachzahlungen im Sinne des § 44 SGB X wird die Rechtsprechung voraussichtlich an ihre Grenzen stoßen, um die Grundsätze der Gewaltenteilung und Gesetzesbindung

105 A. A: *SG Düsseldorf* Urteil v. 24.3.2011 – S 26 R 1789/10, juris.
106 BSGE 60, 158 = SozR 1300 § 44 Nr. 23 = SozVers 1987, 77.
107 *SG Lübeck* Urteil v. 8.10.2010 – S 15 R 188/10, juris.
108 *Schult* in DER SPIEGEL Heft 10/2010, S. 81.

nicht zu verletzen. Schon die Begründung des *BSG* in den Entscheidungen von 2009, der eigenständige Entgeltbegriff habe von Anfang an dem Willen des historischen Gesetzgebers entsprochen, erscheint, besonders angesichts der Tatsache, dass dieser genau jenen Ansatz mit dem Vorwurf unzulässiger Rechtsausübung abgelehnt hatte, zweifelhaft.[109] Es bleibt daher zu hoffen, dass sich der Gesetzgeber seiner Verantwortung bewusst wird und die Nachzahlungen für alle Ghettoarbeiter einheitlich regelt.

V. Fazit

Das Sozialversicherungsrecht hat nach langem Ringen letztlich doch noch seine Anpassungsfähigkeit an historische Realitäten bewiesen. Die mutige Neuausrichtung der Ghetto-Rechtsprechung hat tausenden Ghettoüberlebenden zu einer Rente nach dem ZRBG verholfen und so maßgeblich zum Rechtsfrieden beigetragen. Der moralische Schaden, den die Bundesrepublik auch durch die Untätigkeit des Gesetzgebers und die Verwaltungspraxis der Rentenversicherungsträger erlitten hat, lässt sich freilich nicht mehr rückgängig machen. Herausforderung für die Zukunft ist vor allem die Gleichstellung aller Antragssteller auf Altersrente auf Grundlage von ZRBG-Beschäftigungszeiten, indem ihnen rechtliches Gehör durch Verhandlungen in Israel und unterschiedslos eine Rentennachzahlung ab dem 1.7.1997 gewährt wird.

109 *Freudenberg* (Fn. 12), Anm. 4 C, der darin eine Korrektur des Gesetzgebers sieht.

Methodik

Julia Brüseke*

Rechtsprechungsdienst Zivilrecht – Vertrag oder kein Vertrag, das ist hier die Frage

Abstract

Der vorliegende Fall behandelt in zwei verschiedenen Konstellationen die Frage im Vordergrund, ob ein Kaufvertrag zustande gekommen ist. In der Aufgabe 1 zugrunde liegenden Entscheidung vom 11.5.2011 hat sich der BGH erstmalig zu der Frage geäußert, ob der Inhaber eines eBay-Kontos durch die unberechtigte Nutzung seines Accounts verpflichtet werden kann. Das Urteil ist zur Veröffentlichung in der Entscheidungssammlung vorgesehen. Die in Frage 2 behandelte Konstellation des Tankens ohne Bezahlen ist vielleicht aus dem Strafrecht bereits bekannt, aber hier durch die Einkleidung in den Verzugsschaden auch zivilrechtlich interessant. Frage 3 beschäftigt sich mit dem vollstreckungsrechtlichen Problem der Austauschpfändung und wäre als Zusatzfrage in einer Examensklausur denkbar. Hier werden vom Bearbeiter keine vertieften vollstreckungsrechtlichen Kenntnisse erwartet, sondern eine Prüfung anhand des Gesetzes unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der §§ 811, 811a ZPO.

* *Julia Brüseke* ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Insolvenzrecht, und zugleich Wissenschaftliche Mitarbeiterin für den Rechtsprechungsdienst im Zivilrecht.

Fall 5
Sachverhalt

Teil 1

(nach *BGH* v. 11.5.2011 – VIII ZR 289/09)

Da ihr dreizehn Jahre alter Audi A4 nur noch sporadisch anspringt, möchte sich K einen neuen Wagen zulegen. Auf der Homepage des Internetauktionshauses eBay entdeckt sie einen sechs Jahre alten VW Lupo mit einer Laufleistung von 93.000 km zu einem Eingangsgebot von 1 €. Kurz vor Angebotsende gibt K unter ihrem Nutzernamen „sonnenblume123" ein Maximalgebot i. H. v. 1.000 € zum Kauf des Autos ab. Bei Ende der Auktion ist K Höchstbietende.

K wendet sich nun an den Verkäufer mit dem Mitgliedsnamen „chic_choc" und verlangt Übergabe und Übereignung des Wagens. Hinter dem Mitgliedsnamen verbirgt sich das passwortgeschützte Konto der B. Das Angebot über den Verkauf des im Eigentum der B stehenden Lupos war jedoch nicht von B, sondern ohne ihre Beteiligung und ihr Wissen von ihrem damaligen Verlobten V eingestellt worden, der dringend Geld benötigte. V hatte die Zugangsdaten zufällig auf dem Schreibtisch der B entdeckt und erstmalig von ihrem Mitgliedskonto Gebrauch gemacht. Als B von der Auktion bei eBay erfährt, informiert sie K umgehend über die Vorfälle und verweigert die Übergabe und Übereignung des Wagens, da kein Kaufvertrag zustande gekommen sei. Nachdem K sie unter Setzung einer angemessenen Frist nochmals erfolglos zur Lieferung des Lupos aufgefordert hat, fordert K Schadensersatz statt der Leistung i. H. v. 3.000 € (Verkehrswert des Lupos i.H. v. 4.000 € abzüglich des Maximalgebots i. H. v. 1.000 €).

In den allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay, denen jedes registrierte Mitglied zustimmen muss und die auch von B wirksam in den Vertrag mit eBay einbezogen wurden, heißt es in § 2 Ziffer 9:

„Mitglieder haften grundsätzlich für sämtliche Aktivitäten, die unter Verwendung ihres Mitgliedskontos vorgenommen werden."

Aufgabe 1:
Kann K von B Schadensersatz i. H. v. 3.000 € verlangen?

Teil 2

(nach *BGH*, Urt. v. 4.5.2011 – VIII ZR 171/10)

B ist erleichtert, dass sie ihren geliebten Lupo in letzter Sekunde vor dem Zugriff ihres nunmehr Ex-Verlobten retten konnte. Am nächsten Wochenende kommt der Wagen gleich wieder zum Einsatz, denn B ist auf der Hochzeit einer ehemaligen

Schulkameradin eingeladen. Als sich der Tankanzeiger auf halber Strecke dem kritischen Bereich nähert, sucht B eine Tankstelle auf. Sie füllt an der Zapfsäule Nr. 5 Benzin im Wert von 10,01 € ein und entscheidet sich im Verkaufsraum noch für zwei Schokoriegel. Während sie an der Kasse wartet, schweifen ihre Gedanken zu der bevorstehenden Hochzeit. Gedankenverloren gibt sie an der Kasse nicht ihre Tanksäule an, sondern bezahlt lediglich die beiden Schokoriegel. Auf dem Weg zur Tür fällt ihr ein, dass sie viel zu wenig bezahlt hat. Da der Verkäufer aber mit der übrigen Kundschaft beschäftigt zu sein scheint, beschließt sie die Tankstelle ohne Bezahlen zu verlassen.

Dem Verkäufer fällt zehn Minuten später auf, dass der Kunde von Zapfsäule Nr. 5 das getankte Benzin nicht bezahlt hat. Der Tankstellenbetreiber T schaltet daraufhin ein Detektivbüro zur Ermittlung des Tankkunden ein. Der Detektiv ermittelte anhand des mehrstündigen Überwachungsvideos B als Tankkundin. Für seine Dienste berechnete er T 137 €. Mit der Eintreibung des Kaufpreises und der Detektivkosten beauftragte T einen Rechtsanwalt. Dafür entstehen Rechtsanwaltsgebühren i. H. v. 39 €.

Aufgabe 2:
Kann T die Detektivkosten und die Rechtsanwaltsgebühren von B ersetzt verlangen?

Teil 3

(nach *BGH*, Urt. v. 16.6.2011 – VII ZB 114/09)

Bald schon steht B eine weitere böse Überraschung ins Haus: B schuldet ihrem Ex-Verlobten noch 3.000 €. Sie weigert sich das Geld zurückzuzahlen, da sie über das Verhalten des V nach wie vor so enttäuscht ist, dass er ihrer Meinung nach das Geld nicht verdient. Vor einigen Wochen erhielt B einen Mahnbescheid über die Forderung, zwei Wochen später folgte ein Vollstreckungsbescheid. Weitere drei Wochen später steht der Gerichtsvollzieher vor der Tür und möchte auf Antrag des V den Lupo pfänden. Da B als Krankenschwester arbeitet und für die Fahrt zur Arbeit einen PKW benötigt, bietet ihr der Gerichtsvollzieher als Austausch einen VW Golf II, Baujahr 1992, an (Wert: 500 €). Die Rechtspflegerin beim Amtsgericht hatte die Austauschpfändung zugelassen. Das Fahrzeug weist einen Kilometerstand von 200.000 km und oberflächliche Verrostungen an der Hinterachse sowie überalterte Reifen auf. B ist empört und fragt sich, ob die Pfändung rechtmäßig ist.

Aufgabe 3:
Ist die Pfändung des Autos rechtmäßig? Was kann B gegen eine unzulässige Austauschpfändung unternehmen?

Fall 5
Lösungvorschlag

Teil 1

(nach *BGH* v. 11.5.2011 – VIII ZR 289/09)

Aufgabe 1:
Kann K von B Schadensersatz i.H. v. 3.000 € verlangen?

I. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 2 Ziff. 9 eBay-AGB

Zunächst kann man an eine Haftung der B aus § 2 Ziff. 9 AGB-eBay denken. Danach haften Mitglieder grundsätzlich für „sämtliche Aktivitäten", die unter Verwendung ihres Mitgliedskontos vorgenommen werden. Die AGB wurden jedoch nur zwischen eBay und B vereinbart, nicht zwischen K und B. Es ist auch kein rechtsgeschäftlicher Wille der eBay-Nutzer erkennbar, bei der Registrierung mit allen anderen Nutzern einen Rahmenvertrag mit dem Inhalt zu schließen, dass die eBay-AGB unmittelbar zwischen ihnen Wirkung entfalten sollen.[1] Den AGB kommt daher keine unmittelbare Geltung zwischen Anbieter und Bieter zu. Eine Haftung der B gegenüber K aus § 2 Ziff. 9 eBay-AGB scheidet aus.[2]

Merke: Die AGB von Internetplattformen können aber im Verhältnis zwischen Bieter und Anbieter für die Auslegung der vor ihrem Hintergrund abgegebenen Erklärungen Bedeutung gewinnen. In diesem Zusammenhang kann das Urteil des **BGH v. 8.06.2011 – VIII ZR 305/10** zur Lektüre empfohlen werden, das sich mit der vorzeitigen Angebotsbeendigung bei Diebstahl der angebotenen Sache auseinander setzt. Im Ergebnis kommt dort wegen § 10 eBay-AGB kein Kaufvertrag zustande.

II. Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 BGB

In Betracht kommt ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen Nichterfüllung der Pflichten aus dem Kaufvertrag, §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 BGB. Voraussetzung dafür ist das Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen B und K, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB. In Betracht kommt ein Kaufvertrag über den VW Lupo.

1 *Borges* NJW 2005, 3313 (3315) m. w. N. zum Meinungsstand.
2 *BGH* Urt. v. 11.5.2011 – VIII ZR 289/09, BGHZ 189, 346 Rn. 21 = NJW 2011, 2421 (2423).

1. Vertragsschluss im Internet

Der Vertrag kann über die Internetplattform eBay zustande gekommen sein. Dafür ist zu klären, unter welchen Voraussetzungen bei einer Internetauktion ein Vertrag zustande kommt.

a) Internetauktion als Versteigerung?

Die Internetauktion könnte eine Versteigerung i. S. d. § 156 BGB sein.

aa) Bei einer Versteigerung kommt der Vertrag durch Zuschlag zustande

Der Zuschlag ist die Willenserklärung des Auktionators, mit der dieser das Gebot eines Bieters annimmt.[3] Der Versteigerer ist bis zum Zuschlag rechtlich nicht gebunden; entscheidet er sich nach Beginn der Versteigerung gegen einen Vertrag, erlischt das abgegebene Gebot, § 156 S. 2 BGB.

bb) Bei der Internetauktion ist die Situation anders

Der bloße Zeitablauf, mit dem die Auktion endet, ist keine Willenserklärung und vermag den Zuschlag nicht zu ersetzen.[4] Der Verkäufer ist bereits mit dem Einstellen des Artikels auf die Website rechtlich gebunden. Er kann sich nach Abgabe der Gebote nicht mehr frei entscheiden, ob er den Kaufvertrag tatsächlich will. Die Internetauktion ist keine Versteigerung i. S. d. § 156 BGB.

b) Zwischenergebnis

Der Kaufvertrag kommt nicht durch Zuschlag, sondern durch Angebot und Annahme zustande, §§ 145 ff. BGB.[5] K und B müssen entsprechende Willenserklärungen abgegeben haben.

2. Angebot der B

B selbst hat kein Angebot abgegeben, sie wusste nichts von der Auktion. Fraglich ist, ob V ein Angebot abgegeben hat, das B zugerechnet werden kann.

a) Angebot des V durch Erstellen der Angebotsseite bei eBay

Anders als bei einer Versteigerung gibt der eBay-Verkäufer bereits mit dem Anbieten des Artikels auf der Website ein verbindliches Verkaufsangebot ab, das sich an den richtet, der innerhalb der Laufzeit der Auktion (§ 148 BGB) das höchste Gebot abgibt.[6] Mit der Erstellung der Angebotsseite hat V ein verbindliches Angebot abgegeben, § 145 BGB. Es handelt sich nicht lediglich um eine invitatio ad offerendum.

---

3 *BGH* NJW 1998, 2350.
4 Vgl. *BGH*, NJW 2005, 53 (54).
5 *BGH* Urt. v. 8.6.2011 – VIII ZR 305/10, NJW 2011, 2643 Rn. 15; *BGH* NJW 2002, 363.
6 *BGH* NJW 2005, 53 (54); Vgl. auch *Jauernig* 14. Aufl. 2011, § 156 Rn. 1.

b) Zurechnung des Angebots an B über die Regeln der Stellvertretung

B wird dieses Angebot zugerechnet, wenn die Voraussetzungen der Stellvertretung vorliegen, §§ 164 ff. BGB. V muss eine eigene Willenserklärung in fremdem Namen mit Vertretungsmacht abgegeben haben.

aa) Eigene Willenserklärung des V

V hat nicht bloß eine Willenserklärung der B übermittelt, sondern mit eigenem Entscheidungsspielraum ein Angebot auf der eBay-Homepage abgegeben.

bb) In fremdem Namen

Aufgrund des Offenkundigkeitsprinzips musste V offenlegen, für B aufzutreten.

(1) Dem Offenkundigkeitsgrundsatz schadet es bei Internetgeschäften nicht, dass die Vertragspartner unter einem Nutzernamen auftreten. Für den jeweils anderen Teil ist erkennbar, dass der Nutzername nicht dem wirklichen Namen entspricht. Auch ist für den Vertragspartner der Nutzername selbst irrelevant; er will mit der dahinter stehenden Person kontrahieren.

(2) Allerdings hat V nicht seinen eigenen, sondern einen fremden Mitgliedsnamen benutzt. Er hat damit den Anschein erweckt, die hinter dem Nutzernamen stehende Person (B) zu sein. V hat bei K eine falsche Vorstellung über seine Identität hervorgerufen. Die Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos ist ein Handeln unter fremdem Namen i. S. einer Identitätstäuschung.[7] Es handelt sich nicht nur um eine Namenstäuschung. Für den anderen Teil ist es durchaus wichtig, dass sich hinter dem Mitgliedsnamen der Kontoinhaber verbirgt, denn nur auf diesen beziehen sich z. B. positive Benutzerbewertungen. V hat nicht in, sondern unter fremdem Namen gehandelt.

(3) Auf das Handeln unter fremdem Namen finden die Stellvertretungsregeln entsprechende Anwendung.[8] Dies gilt auch bei Internetgeschäften, bei denen ein Dritter ein fremdes Mitgliedskonto nutzt, ohne seine abweichende Identität offen zu legen.[9] Eine Zurechnung des von V abgegebenen Angebots an B ist also analog § 164 BGB möglich, falls die übrigen Stellvertretungsvoraussetzungen vorliegen.

cc) Vertretungsmacht

V muss das Angebot in Ausübung einer bestehenden Vertretungsmacht abgegeben haben. B hat V zu keiner Zeit zum Verkauf des Lupos bevollmächtigt. In Betracht kommt nur eine Vollmacht kraft Rechtsscheins. Diese kann in Form der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht vorliegen.

---

7 *Schinkels* LMK 2011, 320 461.

8 Vgl. nur *BGH* NJW-RR 2006, 701 Rn. 11.

9 *BGH*, Urt. v. 11.5.2011 – VIII ZR 289/09, BGHZ 189, 346 Rn. 12 = NJW 2011, 2421 (2423) m. w. N.; Palandt/*Ellenberger* 71. Aufl. 2012, § 164 Rn. 10.

Hinweis: Das Vorliegen eines Rechtsscheinstatbestands ist grundsätzlich an vier Voraussetzungen geknüpft: (1) Vorliegen eines Rechtsscheins (2) Zurechenbarkeit des Rechtsscheins an den Geschäftsherrn (3) Gutgläubigkeit des Dritten und (4) Kausalität zwischen Vertrauen des Dritten und rechtsgeschäftlichem Handeln.

(1) Duldungsvollmacht

Eine Duldungsvollmacht liegt vor, wenn der Vertretene es bewusst geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt, und der Geschäftspartner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde zu den vorgenommenen Erklärungen bevollmächtigt ist.[10] Der Vertretene muss also Kenntnis von dem Auftreten des Scheinvertreters haben. Bei einem Handeln unter fremdem Namen ist das Verhalten des wahren Namensträgers maßgeblich.[11] B hat V die Zugangsdaten nicht offen gelegt. Diese waren V nur zufällig bekannt geworden. Das Angebot hat V ohne Wissen der B eingestellt. B hatte keine Kenntnis vom Handeln des V. Die Voraussetzungen der Duldungsvollmacht sind nicht gegeben.

(2) Anscheinsvollmacht

Eine Anscheinsvollmacht liegt vor, wenn der Vertretene das Handeln des Scheinvertreters nicht kennt, es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen können, und der Geschäftspartner aufgrund eines mehrmaligen Auftretens des Vertreters annehmen durfte, dass der Vertreter das Verhalten kenne und billige.[12] V könnte mit Anscheinsvollmacht gehandelt haben.

(a) Vorliegen eines Rechtsscheins. Erforderlich ist zunächst ein Rechtsschein. Es muss ein Verhalten des V vorliegen, das zu der berechtigten Annahme verleitet, er sei bevollmächtigt.

(aa) Rechtsschein durch mehrmaliges und gehäuftes Auftreten als Vertreter. Bei der Anscheinsvollmacht wird für einen ausreichenden Rechtsschein gefordert, dass das Auftreten des falsus procurator von einer gewissen Dauer und Häufigkeit ist.[13] V hat die Zugangsdaten erstmalig genutzt. Nach den allgemeinen Grundsätzen fehlt es an einem von B geschaffenen Rechtsschein, auf den sich K stützen könnte.

(bb) Bei Internetgeschäften Rechtsschein durch einmaliges Auftreten? Es stellt sich aber die Frage, ob bei passwortgeschützten Internetgeschäften generell ein Rechtsschein durch die Nutzung des Mitgliedskontos begründet wird. Dann könnte auf das Erfordernis einer gewissen Häufigkeit und Dauer der unbefugten Verwendung des Kontos verzichtet werden.

---

10 St. Rspr., vgl. nur *BGH* NJW 2002, 2325 (2327).

11 *BGH* Urt. v. 11.5.2011 – VIII ZR 289/09, BGHZ 189, 346 Rn. 15 = NJW 2011, 2421 (2423) m. w. N.

12 St. Rspr., vgl. nur *BGHZ* 166, 369 Rn. 17.

13 *BGH* NJW 2006, 1971 Rn. 17.

(aaa) Rechtsschein durch Nutzung des passwortgeschützten Mitgliedskontos. Das Mitgliedskonto wird im Internetverkehr aufgrund der bei eBay erfolgten Registrierung allein dem Kontoinhaber zugeordnet. Den Zugangsdaten kommt eine Identifikationsfunktion zu, da das Mitgliedskonto nicht übertragbar und das zugeordnete Passwort geheim zu halten ist.[14] Dies spricht dafür, dass bereits die Nutzung des Mitgliedskontos an sich den für die Anscheinsvollmacht erforderlichen Vertrauenstatbestand schafft.[15] Aufgrund der Passwortsicherung und der bei eBay geltenden Sicherheitsstandards könnte sich K darauf verlassen, dass sich hinter dem Mitgliedsnamen die Kontoinhaberin B verbirgt.

Zugunsten dieser Auslegung wird vorgebracht, das Abstellen auf ein mehrmaliges Auftreten würde auf Internetgeschäfte nicht passen. Da das Handeln unter fremdem Mitgliedsnamen als solches gar nicht erkennbar wird, begründe ein mehrmaliges Einstellen keinen besonderen Vertrauenstatbestand für den Rechtsverkehr. Das Vertrauen in die Identität des Einstellers mit dem berechtigten Nutzer werde nicht dadurch geweckt oder gefördert, dass der Dritte wiederholt einstellt. Vielmehr beruhe das Vertrauen bei jeder Transaktion aufs Neue darauf, dass mit der Transaktion zugleich ein Zugriff auf die Zugangsdaten verbunden ist.[16] Bereits darin sei der Rechtsschein zu sehen, ohne dass es auf einen wiederholten Missbrauch ankäme.

(bbb) Kein Rechtsschein durch Nutzung eines fremden Mitgliedskontos. Der BGH hingegen geht davon aus, dass durch die Passwortsicherung kein eigenständiger Vertrauenstatbestand geschaffen wird. Angesichts der vielfältigen Möglichkeiten des Ausspähens von Zugangsdaten könne der Bieter nicht zuverlässig darauf schließen, dass unter einem registrierten Mitgliedsnamen ausschließlich dessen tatsächlicher Inhaber auftritt.[17] Anders als beim PIN/TAN-Verfahren besteht beim einfachen Passwortschutz kein doppelter Authentizitätsschutz.[18] Die Anforderungen an die Gestaltung von Passwörtern sind jedenfalls bei eBay nicht sonderlich hoch. Es erscheine in zahlreichen Fällen möglich, Passwörter schon bei oberflächlichen Kenntnissen über den Inhaber des Kontos zu erraten oder zu knacken.[19] Ein Rechtsschein entstehe nur durch wiederholtes Auftreten unter fremdem Namen.

(cc) Stellungnahme. Der Rechtsschein einer Bevollmächtigung wird grundsätzlich bereits beim erstmaligen Auftreten unter fremdem Namen begründet. Bei der Duldungsvollmacht genügt schließlich schon ein einmaliges Auftreten als falsus procurator, und der Vertragspartner weiß nicht, ob der Geschäftsherr das Auftreten bewusst duldet (Duldungsvollmacht) oder ob er es fahrlässig verkennt (Anscheinsvollmacht). Das Problem bei der Anscheinsvollmacht besteht aber darin, dass durch ein fahrlässi-

14 Vgl. *BGHZ* 180, 134 Rn. 18.
15 So *Herresthal* K&R 2008, 705 (706); *Schinkels* (Fn. 7).
16 *Schinkels* (Fn. 7).
17 *BGH*, Urt. v. 11.5.2011 – VIII ZR 289/09, BGHZ 189, 346 Rn. 19 = NJW 2011, 2421 (2423).
18 Vgl. *Borges* (Fn. 1) S. 3317.
19 Vgl. *Klein* MMR 2011, 450.

ges Verhalten ein Vertrag begründet wird. Aus diesem Grund versagen einige Stimmen in der Literatur ihr sogar die Anerkennung.[20] Als gesteigerte Voraussetzung wird daher ein mehrmaliges Auftreten von einer gewissen Dauer gefordert. Dies ist weniger auf den verstärkten Rechtsschein als vielmehr auf den Schutz des Geschäftsherrn zurückzuführen: Zumindest die einmalige Fahrlässigkeit soll ihm nicht schaden. Deshalb ist auch bei Internetgeschäften nicht auf das Kriterium des mehrmaligen Auftretens zu verzichten, da der Geschäftsherr hier nicht weniger schutzwürdig ist.

(dd) Zwischenergebnis. Bei Internetgeschäften mittels passwortgeschützter Mitgliedskonten begründet das einmalige Auftreten unter fremdem Mitgliednamen kein Vertrauen darauf, dass sich hinter dem Namen der Kontoinhaber verbirgt. Ein Rechtsschein wird nur durch das wiederholte Auftreten des Dritten über eine gewisse Zeit hinweg geschaffen.[21] Dies ist hier nicht der Fall. Es liegt kein genügender Vertrauenstatbestand vor.

(b) Zurechenbarkeit des Rechtsscheins. Weiterhin würde die Anscheinsvollmacht die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins erfordern. Der Geschäftsherr muss das Auftreten unter fremdem Namen bei pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen können. Teilweise wird das Speichern der Zugangsdaten mithilfe der Passwortautomatisierung auf einem von mehreren Personen genutzten Computer bereits als bewusste Weitergabe der Daten an die sonstigen Nutzer des PCs angesehen.[22] B hat die Zugangsdaten aber lediglich auf ihrem Schreibtisch aufbewahrt. Selbst nach der sehr weitgehenden Weitergabeauslegung wird durch ein solches Verhalten keine Zurechenbarkeit des Rechtsscheins geschaffen. B musste nicht mit einer unbefugten Nutzung ihrer Zugangsdaten durch V rechnen, sondern durfte sich darauf verlassen, dass er ihre Privatsphäre respektiert. Jedenfalls ist der Rechtsschein also nicht zurechenbar.[23]

> Hinweis: Entscheidet man sich bereits gegen das Bestehen des Rechtsscheins, muss die Zurechenbarkeit nicht mehr angesprochen werden. Da aber die Gegenansicht gut vertretbar ist, wurde die Zurechenbarkeit hier aus didaktischen Gründen noch geprüft.

aa) Zwischenergebnis. Weder die Voraussetzungen einer Duldungs- noch einer Anscheinsvollmacht liegen vor. V handelte als Vertreter ohne Vertretungsmacht, § 177 Abs. 1 BGB analog. B hat den Vertrag nicht genehmigt. Eine Zurechnung des Angebots an B über die Regeln der Stellvertretung scheidet aus.

c) Selbstständige Zurechnung wegen mangelnder Sicherheitsvorkehrungen? B hat die Zugangsdaten für ihr Mitgliedskonto offen auf ihrem Schreibtisch liegen gelassen

---

20 Vgl. zu dem Problem *Medicus* Allg. Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, Rn. 969 f.

21 *BGH*, Urt. v. 11.5.2011 – VIII ZR 289/09, BGHZ 189, 346 Rn. 18 = NJW 2011, 2421 (2423) m. w. N.

22 *Schinkels* (Fn. 7).

23 *BGH*, Urt. v. 11.5.2011 – VIII ZR 289/09, BGHZ 189, 346 Rn. 17 = NJW 2011, 2421 (2423).

und damit keine ausreichenden Sicherheitsvorkehrungen gegen einen Zugriff des V getroffen. Im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts genügt nach der Rechtsprechung des BGH die unsorgfältige Verwahrung der Kontaktdaten eines eBay-Accounts als eigenständiger Zurechnungsgrund für die von einem Ehegatten unter Verwendung des Kontos begangene Urheberrechts- oder Markenrechtsverletzung und Wettbewerbsverstöße.[24] Fraglich ist, ob sich diese für den Bereich der deliktischen Haftung entwickelten Grundsätze auf die Zurechnung einer unter fremdem Mitgliedsnamen abgegebenen rechtsgeschäftlichen Erklärung übertragen lassen.

(aa) Im Deliktsrecht genießt der Schutz absoluter Rechte Vorrang vor den Interessen des Schädigers. Im rechtsgeschäftlichen Bereich gibt es diese pauschale Wertung nicht. Eine unbesehene Übertragung der zum Deliktsrecht entwickelten Zurechnungsgrundsätze verbietet sich daher. Eine Einstandspflicht des unsorgfältigen Kontoinhabers ist dort vielmehr nur gerechtfertigt, wenn die berechtigten Interessen des Geschäftspartners schutzwürdiger sind als die Belange des Kontoinhabers.[25]

(bb) Das Gesetz weist das Risiko einer fehlenden Vertretungsmacht des Handelnden dem Geschäftsgegner und nicht dem scheinbaren Geschäftsherrn zu, vgl. §§ 164, 177, 179 BGB (analog). Eine Durchbrechung dieser gesetzlichen Risikozuweisung sehen die Rechtsscheinstatbestände vor, die an zusätzliche Voraussetzungen geknüpft sind. Nur unter diesen Voraussetzungen bewirkt ein vom „Vertretenen" möglicherweise schuldhaft mitverursachter Rechtsschein, dass das Interesse des Geschäftsherrn hinter dem des Geschäftspartners zurückstehen muss. Angesichts dieser differenzierten Risikozuweisung im rechtsgeschäftlichen Verkehr erscheint es nicht überzeugend, die Belange des Geschäftspartners entgegen dieser Wertung für schutzwürdig zu erachten, nur weil der „Vertretene" ein passwortgeschütztes Konto eingerichtet und sich dem Betreiber der Plattform zur Geheimhaltung verpflichtet hat.[26] Da die Rechtsscheintatbestände im rechtsgeschäftlichen Verkehr die Interessenabwägung vorgeben, ist anders als im Deliktsrecht für eine Sonderzurechnung bei Internetgeschäften kein Platz.

3. Ergebnis

Das Verkaufsangebot des V ist B nicht zurechenbar. Mangels Angebot besteht kein Kaufvertrag zwischen K und B. K hat keinen Anspruch gegen B aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB.

---

24 BGHZ 180, 134 Rn. 16; BGHZ 185, 330 Rn. 14.

25 *BGH*, Urt. v. 11.5.2011 – VIII ZR 289/09, BGHZ 189, 346 Rn. 19 = NJW 2011, 2421 (2423).

26 *BGH*, Urt. v. 11.5.2011 – VIII ZR 289/09, BGHZ 189, 346 Rn. 19 = NJW 2011, 2421 (2423); a. A. *Herresthal* (Fn. 15) S. 708 f.

Hinweis: Die Frage, ob der Inhaber eines eBay-Kontos für Aktivitäten unter seinem Namen haftet, ist demnach nicht pauschal zu beantworten. Entscheidend ist, ob im Einzelfall Zurechnungsgrundsätze greifen. Hat der Kontoinhaber seine Nutzerdaten und Passwörter offen gelegt, so kommt eine Duldungsvollmacht in Betracht. Hätte der Kontoinhaber bei pflichtgemäßer Sorgfalt das Handeln des Dritten erkennen können, so kann eine Anscheinsvollmacht bestehen, wenn der Kontoinhaber mit der Nutzung des Kontos durch den Dritten rechnen musste und das Konto wiederholt von dem Dritten genutzt wird.[27]

III. Anspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB

Ein Schadensersatzanspruch der K gegen B kommt unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung der Pflicht zur Geheimhaltung des Passwortes in Betracht, §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB. Dafür muss zwischen K und B ein Schuldverhältnis mit Schutz- und Sorgfaltspflichten bestehen.

1. Vorvertragliches Schuldverhältnis

Es ist kein Kaufvertrag zwischen B und K zustande gekommen (s. o.). Möglich ist nur ein vorvertragliches Schuldverhältnis, § 311 Abs. 2 BGB. Im Zeitpunkt der unsorgfältigen Verwahrung des Passworts bestand zwischen K und B noch kein geschäftlicher Kontakt. Auch das Auftreten des V unter dem Namen der B begründet keine vorvertragliche Nähebeziehung zwischen K und B. Die Voraussetzungen des § 311 Abs. 2 BGB sind nicht erfüllt.

2. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

§ 2 Ziff. 9 der ebay-AGB hat keine unmittelbare Geltung zwischen Anbieter und Bieter. Die Klausel könnte aber eine Einbeziehung zukünftiger Vertragspartner in den Schutzbereich der zwischen B und eBay vereinbarten Geheimhaltungspflicht begründen.

a) Voraussetzungen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Die Klausel muss dafür die Voraussetzungen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erfüllen. Dieser erfordert, dass die mit der Einbeziehung Dritter verbundene Haftungserweiterung für den Schuldner erkennbar, kalkulierbar und zumutbar ist (sog. Erkennbarkeit des geschützten Personenkreises). Eine Drittwirkung der Geheimhaltungspflicht würde für den Anbieter Schadensersatzrisiken in nicht absehbarer Höhe gegenüber beliebig vielen potenziell geschädigten Auktionsteilnehmern begründen. Das Risiko ist weder kalkulierbar noch zumutbar. Es spricht viel dafür, bereits das Vorliegen der Voraussetzungen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu verneinen.[28]

---

27 Vgl. *Klein* (Fn. 19) S. 451.

28 So *Borges* (Fn. 1) S. 3315; der *BGH* lässt die Frage offen.

b) AGB-Kontrolle, §§ 305 ff. BGB

Zudem müssten die AGB überhaupt Bestandteil des zwischen eBay und B getroffenen Vertrags geworden sein. Eine wirksame Einbeziehung liegt vor. Die Inhaltskontrolle ist eröffnet, da die Klausel eine Abweichung von den üblichen Rechtsscheinstatbeständen festlegt, § 307 Abs. 3 BGB. Fraglich ist, ob sie der Inhaltskontrolle standhält, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Klausel begründet eine in ihrem Umfang unbegrenzte Haftungsverpflichtung des Kontoinhabers gegenüber beliebig vielen potentiellen Auktionsteilnehmern. Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung gilt sie auch für Fälle, in denen der Kontoinhaber die unbefugte Nutzung des Mitgliedskontos weder kannte noch hätte verhindern können. Dies stellt eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB dar. Die Klausel ist unwirksam.[29]

3. Ergebnis

Es besteht kein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB.

Teil 2

(nach BGH, Urt. v. 4.05.2011 – VIII ZR 171/10)

Aufgabe 2: Kann T die Detektivkosten und die Rechtsanwaltsgebühren von B ersetzt verlangen?

I. Anspruch auf Schadenersatz gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB

T kann ein Anspruch gegen B auf Ersatz der entstandenen Kosten aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB zustehen.

1. Schuldverhältnis

Zwischen B und K muss ein Schuldverhältnis bestehen. In Betracht kommt ein Kaufvertrag über das getankte Benzin. Dieser kommt durch zwei korrespondierende Willenserklärungen zustande, Angebot und Annahme, §§ 145 ff. BGB. Fraglich ist, worin beim Tanken an der Selbstbedienungstankstelle die auf Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen zu sehen sind.

a) Vertragsschluss an der Kasse

Einerseits könnten Angebot und Annahme erst an der Kasse ausgetauscht werden. Durch Nennung der Zapfsäule würde der Käufer ein Angebot über den Kauf des

29 *BGH*, Urt. v. 11.5.2011 – VIII ZR 289/09, BGHZ 189, 346 = NJW 2011, 2421 (2423).

eingefüllten Benzins abgeben. Der Tankstelleninhaber würde dieses Angebot, gegebenenfalls vertreten durch einen angestellten Verkäufer, konkludent annehmen.

aa) Für diese Auslegung spricht die Parallele zum Einkauf in Selbstbedienungsläden. Dort kommt der Vertrag erst an der Kasse zustande.[30] Die Auslage im Laden wird als bloße invitatio ad offerendum angesehen, da der Ladeninhaber nicht mit jedem beliebigen Kunden einen Vertrag schließen will. Ebenso kann der Tankstelleninhaber ein Interesse daran haben, den Vertragspartner vor der Abgabe eines bindenden Angebots in Augenschein zu nehmen.

bb) B hat an der Kasse nicht darauf hingewiesen, dass sie getankt hat. Es kann daher bereits die Abgabe eines konkludenten Angebots bezweifelt werden. Jedenfalls liegt aber keine Annahme des T vor, denn dem Verkäufer war nicht bewusst, dass K getankt hatte. Ginge man von einem Vertragsschluss an der Kasse aus, so wäre zwischen B und T kein Kaufvertrag entstanden. Zu denken wäre nur an ein vorvertragliches Schuldverhältnis.

b) Vertragsschluss beim Tankvorgang

Andererseits könnte der Vertrag bereits mit dem Einfüllen des Benzins durch den Käufer zustande kommen.[31] Das Aufstellen der betriebsbereiten Zapfsäule könnte eine Realofferte des T ad incertas personas sein. Die wesentlichen Vertragsbestandteile, insbesondere Ware (Kraftstoff in der vorrätigen Menge) und Preis (laut Anzeigetafel), sind vorgegeben. Dass die Bestimmung der Menge des Kraftstoffs gem. § 315 BGB dem Kunden überlassen ist, steht dem Angebot nicht entgegen. B wird das Angebot durch Einfüllen des Benzins konkludent annehmen. Der Zugang der Annahmeerklärung wäre entbehrlich, § 151 BGB.[32] Nach dieser Auslegung ist zwischen K und B ein Kaufvertrag zustande gekommen.

c) Stellungnahme

Entscheidend ist, ob nach dem objektiven Empfängerhorizont ein Rechtsbindungswille der Parteien bereits an der Zapfsäule oder – wie im Selbstbedienungsladen – erst an der Kasse vorliegt, §§ 133, 157 BGB.

aa) In Selbstbedienungsläden kann die vom Kunden aus dem Regal entnommene Ware problemlos wieder zurückgelegt und anschließend an einen anderen Kunden verkauft werden. Nach der Verkehrsanschauung führt deshalb allein die Entnahme aus dem Regal noch nicht zu den Bindungswirkungen des Kaufvertrags. Der Käufer möchte möglichst viel Zeit haben, sich den Kauf noch zu überlegen, und der Verkäufer möchte seinen Vertragspartner kennen, bevor er sich bindet.

30 Vgl. Erman/*Armbrüster* 13. Aufl. 2011, § 145 Rn. 10 m. w. N.
31 *Ellenberger* (Fn. 9) § 145 Rn. 8; *Armbrüster* (Fn. 30) § 145 Rn. 10 m. w. N.
32 Vgl. zum Ganzen *Lorenz* LMK 2011, 319 864.

bb) An der Selbstbedienungstankstelle hingegen wird durch das Einfüllen des Kraftstoffs in den Tank ein unumkehrbarer Zustand geschaffen. Das eingefüllte Benzin wird mit dem noch im Tank befindlichem Benzin vermischt, §§ 947, 948 BGB. Ein Auspumpen des Tanks ist sehr kostenintensiv. Anders als im Selbstbedienungsladen haben die Parteien daher ein Interesse daran, dass der Kaufvertrag an der Zapfsäule zustande kommt. Der Tankstellenbetreiber hat bei Abschluss des Tankvorgangs bereits die Hauptpflicht des Verkäufers zur Besitzverschaffung (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB) erfüllt. Dazu wird er nur mit vertraglicher Bindung bereit sein. Der redliche Kunde möchte den Kraftstoff mit dem Einfüllen in den Tank aufgrund eines Kaufvertrags behalten dürfen. Er will nicht riskieren, das Benzin herauspumpen zu müssen, wenn der Tankstellenbetreiber an der Kasse plötzlich nicht bereit ist, mit ihm einen Vertrag zu schließen.

cc) Aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers handeln die Parteien bereits vor bzw. beim Einfüllen des Kraftstoffs in den Tank mit Rechtsbindungswillen. Der Kaufvertrag kommt im Zeitpunkt der Entnahme des Kraftstoffs durch den Kunden zustande.[33]

d) Ergebnis

Mit dem Einfüllen des Benzins durch K ist ein Kaufvertrag zwischen K und B zustande gekommen. Es besteht ein Schuldverhältnis, § 280 Abs. 1 BGB.

2. Pflichtverletzung

Die Pflichtverletzung liegt bei §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB in der Nichtleistung auf einen wirksamen, fälligen und durchsetzbaren Anspruchs trotz Mahnung.

a) Nichtleistung trotz fälligem und durchsetzbarem Anspruch

T stand aus dem Kaufvertrag ein wirksamer Anspruch auf Kaufpreiszahlung zu, § 433 Abs. 2 BGB. Fällig wurde der Anspruch sofort, also mit Abschluss des Kaufvertrags durch den Tankvorgang, § 271 Abs. 1 BGB.[34] Der Anspruch war auch durchsetzbar. Dennoch hat K nicht geleistet, sondern ist ohne Bezahlung weggefahren.

b) Mahnung

Eine Mahnung ist die an den Schuldner gerichtete Aufforderung des Gläubigers, die geschuldete Leistung zu erbringen.[35] Eine solche Aufforderung hat T nicht ausgesprochen.

33 *BGH*, Urt. v. 4.5.2011 – VIII ZR 171/10, NJW 2011, 2871 Rn. 13 ff.
34 *BGH*, Urt. v. 4.5.2011 – VIII ZR 171/10, NJW 2011, 2871 Rn. 17.
35 *Unberath*, in: Bamberger/Roth, BeckOK-BGB, § 286 Rn. 22, 22. Aufl. 2012.

c) Entbehrlichkeit der Mahnung

Die Mahnung hat das Ziel, den Schuldner aufzufordern, die geschuldete Leistung zu erbringen. Sie ist entbehrlich, wenn aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Verzugseintritt gerechtfertigt ist, § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB. Es ist also das Interesse des T an einem Verzug ohne Mahnung gegen das Interesse der B an einer Aufforderung zur Leistung abzuwägen.

aa) Interesse des Tankstellenbetreibers T

Beim Tanken an einer Selbstbedienungstankstelle handelt es sich um ein anonymes Massengeschäft. Für den Tankstelleninhaber wäre es nicht praktikabel, vor dem Tanken die Personalien jedes Kunden aufzunehmen. Dies führt dazu, dass ihm eine Mahnung nicht mehr möglich ist, sobald der Kunde das Gelände verlassen hat. Auf Seiten des Tankstellenbetreibers besteht ein gewichtiges Interesse daran, dass der Verzug ohne Mahnung eintritt.[36]

bb) Interesse der Kundin B

Für B ist es offensichtlich, dass sie unverzüglich nach dem Tanken den Kaufpreis zu entrichten hat. Durch die Entnahme des Kraftstoffs hat sie einen Kaufvertrag mit T geschlossen und die danach geschuldete Leistung zu einem wesentlichen Teil bereits erhalten, ohne sich dem Verkäufer vorzustellen. Zu dieser Vorleistung ist der Verkäufer erkennbar nur bereit, wenn der Kunde unverzüglich den Kaufpreis bezahlt. Eine gesonderte Zahlungsaufforderung ist weder erforderlich noch üblich. B weiß genau, dass sie zahlen muss.

cc) Zwischenergebnis

Die Interessenabwägung schlägt zugunsten des T aus. Ein Mahnungserfordernis wäre für ihn mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden. B hingegen verlässt trotz offensichtlicher Zahlungspflicht ohne Bezahlen das Tankstellengelände. Sie verhindert durch ihr Verhalten eine Mahnung. Gerade die Fälle eines mahnungsverhindernden Verhaltens des Schuldners wollte der Gesetzgeber mit § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB erfassen.[37] B ist nicht schutzwürdig. Die Mahnung ist entbehrlich.[38] B hat mit dem Verlassen des Tankstellengeländes ohne Bezahlen ihre Zahlungspflicht verletzt.

3. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Beim Verlassen des Kassenbereichs fiel B ein, dass sie das Benzin nicht bezahlt hat. Dennoch entfernte sie sich vom Tankstellengelände. Sie handelte vorsätzlich. B hat die Pflichtverletzung zu vertreten, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

---

36 *BGH*, Urt. v. 4.5.2011 – VIII ZR 171/10, NJW 2011, 2871 Rn. 20 m. w. N.

37 BT-Drs. 14/6040 S. 146, rechte Spalte.

38 *BGH*, Urt. v. 4.5.2011 – VIII ZR 171/10, NJW 2011, 2871 (2872) Rn. 21; *Lorenz* (Fn. 32) 319 864.

4. Schaden

T hat einen Vermögensschaden i.H. v. insgesamt 176 € für Detektiv- und Rechtsanwaltskosten erlitten. Fraglich ist, ob dieser Schaden in voller Höhe ersatzfähig ist. Zweifel daran könnten bestehen, weil insbesondere die Kosten für den Detektiv die Höhe der Forderung um ein Vielfaches übersteigen.

a) Der Geschädigte kann im Wege des Schadensersatzes solche Aufwendungen ersetzt verlangen, die zur Wahrung und Durchsetzung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren.[39] Die Beauftragung des Detektivbüros war geeignet und zweckmäßig, um den flüchtigen Tankkunden zu ermitteln.

b) Fraglich ist allein die Angemessenheit. Für diese ist aber nicht primär auf das Verhältnis der Ermittlungskosten zur Höhe des Kaufpreises abzustellen. Es gibt keinen allgemeinen Grundsatz, dass die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung in einem angemessenen Verhältnis zu deren Schwere stehen müssen.[40] Entscheidend ist, ob sich die Aufwendungen im Rahmen dessen halten, was ein verständiger Mensch in gleicher Lage aufgewendet hätte.[41] Zur Ermittlung der Identität der B mussten die mehrstündigen Aufzeichnungen der Überwachungskamera ausgewertet sowie die Personalien der B ausfindig gemacht werden. Es war T nicht zuzumuten, dies mit eigenem Personal zu leisten. Er konnte sich hierzu fremder Hilfe bedienen. Insbesondere musste T nicht angesichts des kleinen Betrags von einer Ermittlung des Tankkunden absehen. Das wäre schon aus generalpräventiven Gründen evident interessenwidrig.[42] Ein Gläubiger muss die Möglichkeit haben, auch geringe Ansprüche zu verwirklichen.[43]

5. Ergebnis

Der Schaden ist voll ersatzfähig. T hat einen Anspruch gegen K auf Ersatz der Detektiv- und Rechtsanwaltskosten aus §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB.

Hinweis: Das Berufungsgericht (LG Traunstein, 7.7.2010 – 5 S 2956/09, BeckRS 2011, 14 960) bejaht daneben noch einen Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB. B habe die vertragliche Nebenpflicht verletzt, die Betankung durch Benennung der benutzten Zapfsäule an der Kasse anzumelden. Der BGH hat die Frage, ob § 280 Abs. 1 BGB einschlägig ist, offen gelassen. M. E. nach sollte man § 280 Abs. 1 BGB in der Klausur nicht ansprechen. B hat ihre vertragliche Hauptpflicht aus § 433 Abs. 2 BGB verletzt. Für den Ersatz von Rechtsverfolgungskosten gelten grundsätzlich die erhöhten Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB. Diese würden umgangen, wenn man eine Nebenpflicht zum „Hinweis auf das Bestehen einer Kaufpreisforderung" konstruiert. Das Berufungsgericht zieht eine Parallele zum Selbstbedienungsladen, wo den Käufer die Nebenpflicht trifft, alle Waren auf das Band zu legen. Der Unterschied

39 *BGH*, Urt. v. 4.5.2011 – VIII ZR 171/10, NJW 2011, 2871 (2872) Rn. 24 m. w. N.
40 *Geisler*, jurisPR-BGHZivilR 13/2011 Anm. 1.
41 *BGH*, Urt. v. 4.5.2011 – VIII ZR 171/10, NJW 2011, 2871 (2872) Rn. 26.
42 *Lorenz* (Fn. 32) 319 864.
43 *BGH*, Urt. v. 4.5.2011 – VIII ZR 171/10, NJW 2011, 2871 (2872) Rn. 26.

besteht aber darin, dass dort der Vertrag erst durch das Auflegen auf das Band entsteht. Bei der Tankstelle wird der Vertrag vorher geschlossen, den Käufer trifft bereits eine Hauptpflicht aus § 433 Abs. 2 BGB. Für die vom Berufungsgericht konstruierte Nebenpflicht ist m. E. daneben kein Platz.

II. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB

Der Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB setzt eine Rechtsgutsverletzung voraus. Als betroffenes Rechtsgut kommt das Eigentum des T an dem Benzin in Betracht. Voraussetzung ist, dass T im Zeitpunkt des Einfüllens noch Eigentümer des eingefüllten Benzins war.

1. Eigentum am getankten Benzin

Der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs beim Tanken an der Selbstbedienungstankstelle ist umstritten.

a) Einerseits könnte sich die Übereignung des getankten Benzins nach der Bezahlung vollziehen. Entweder findet die dingliche Einigung erst an der Kasse statt,[44] oder sie erfolgt zwar schon an der Zapfsäule, aber unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Bezahlung.[45] Da an der Kasse keine Einigung stattgefunden hat und auch die aufschiebende Bedingung der Kaufpreiszahlung nicht eingetreten ist, wäre T noch Eigentümer am Benzin.

b) Das Berufungsgericht sieht zutreffend bereits im Aufstellen bzw. im Freischalten der betriebsbereiten Tanksäule ein unbedingtes Übereignungsangebot, sofern nicht ein ausdrücklicher Hinweis an der Zapfsäule angebracht ist, dass der Eigentumsübergang unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Bezahlung stehen soll.[46] B hat danach also bereits beim Einfüllen Eigentum am Benzin erworben. Die Verletzung fremden Eigentums scheidet aus.

2. Ergebnis

T ist beim Einfüllen des Benzins nicht mehr Eigentümer. Ein Anspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB scheidet aus.

---

44 *Borchert/Hellmann* NJW 1983, 2799 (2802).
45 So *OLG Hamm*, NStZ 1983, 266 f.
46 *LG Traunstein*, 7.7.2010 – 5 S 2956/09, BeckRS 2011, 14 960 m. w. N.

Hinweis: Die Frage nach dem Eigentumsübergang bei der Selbstbedienungstankstelle ist sehr umstritten. Der BGH nimmt im zugrunde liegenden Urteil nur zur Frage nach dem Kaufvertragsschluss, nicht aber zum Eigentumsübergang Stellung. Eine von der Ansicht des Berufungsgerichts abweichende Meinung ist hier sehr gut vertretbar. Man müsste sich dann bei § 823 Abs. 1 BGB fragen, worin die Eigentumsverletzung zu sehen ist: Bei einem fast leeren Tank behält T Eigentum am Benzin, §§ 948, 947 Abs. 2 BGB – in der Vermischung liegt also keine Eigentumsverletzung. Die Entscheidung über den Eigentumsübergang hat auch Auswirkungen auf die Strafbarkeit gem. §§ 242, 246 StGB.

III. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 242 StGB

Geht man davon aus, dass der Eigentumsübergang am Benzin bereits an der Zapfsäule stattfindet, ist das Benzin im Zeitpunkt des Gewahrsamsübergangs nicht fremd i. S. d. § 242 StGB. Darüber hinaus ist der Tankstelleninhaber mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden, solange der Tankkunde äußerlich den Eindruck erweckt, das Benzin bezahlen zu wollen. Ein Anspruch gem. § 823 Abs. 2 i. V. m. § 242 StGB scheidet aus.

IV. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 246 StGB

Die Unterschlagung scheitert nach der hier vertretenen Lösung ebenfalls an der fehlenden Fremdheit des Benzins.

V. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB

Als betrugsrelevantes Verhalten kommt die Nichtaufklärung über den Tankvorgang an der Kasse in Betracht. Zu diesem Zeitpunkt hatte B jedoch nicht vor, T um den Kaufpreis für das Benzin zu prellen. Sie vergaß die Angabe aufgrund ihrer Gedankenverlorenheit. B handelte unvorsätzlich. Der nachträgliche Vorsatz schadet nicht. Es liegt kein Betrug vor. Damit scheitert der Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB.

Hinweis: Regelmäßig sollen in einer Zivilrechtsklausur keine tiefgehenden strafrechtlichen Erwägungen angestellt werden. Es genügt, bei offensichtlichem Nichtvorliegen einer Strafbarkeitsvoraussetzung auf diese zu verweisen. Hinsichtlich § 263 StGB kommt es darauf an, ob der Tankende den Betrugsvorsatz bereits vor dem Bezahlen hatte oder nicht. § 246 StGB wäre einschlägig, wenn man von einem Eigentumsübergang an der Kasse ausgeht und das Benzin somit fremd war – denn beim Verlassen des Tankstellengeländes hatte B Vorsatz.

Teil 3

(nach BGH, Urt. v. 16.6.2011 – VII ZB 114/09)

Aufgabe 3: Ist die Pfändung des Autos rechtmäßig?

I. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

Die rechtmäßige Zwangsvollstreckung in das Auto der B erfordert das Vorliegen der allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen.

> Hinweis: Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen sind für alle Arten der Zwangsvollstreckung identisch. Sie sind daher im „Allgemeinen Teil" des Vollstreckungsrechts, den §§ 704–802 ZPO, geregelt.

1. Antrag des Gläubigers

Im Zwangsvollstreckungsverfahren gilt die Dispositionsmaxime. Die Vollstreckung wird nicht von Amts wegen verfolgt, sondern nur auf Antrag des Gläubigers. V hat einen Antrag gestellt.

> Hinweis: Auf die inhaltlichen Anforderungen an einen Gläubigerantrag ist nur einzugehen, wenn dies im Sachverhalt angelegt ist. Regelungen finden sich für die Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher in den §§ 753 f. ZPO.

2. Titel

Die Zwangsvollstreckung setzt einen Vollstreckungstitel voraus. Die wichtigsten Titel finden sich in §§ 704 Abs. 1, 794 ZPO. Gegen B ist ein Vollstreckungsbescheid (§ 699 ZPO) ergangen. Der Vollstreckungsbescheid ist ein Titel gem. § 794 Abs. 1 Nr. 4 ZPO.

3. Klausel

Grundsätzlich muss der Titel mit einer Vollstreckungsklausel versehen sein, §§ 724 ff. ZPO. Der Vollstreckungsbescheid erfordert aber ausnahmsweise keine Klausel, § 796 Abs. 1 ZPO.

> Hinweis: Die Vollstreckungsklausel dient dazu, dem Vollstreckungsorgan die Prüfung der Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit des Titels zu ersparen. Insbesondere in den Fällen des § 726 ZPO wird durch die Klausel sichergestellt, dass die Vollstreckung bei bedingten Leistungen tatsächlich beginnen darf. Das Mahnverfahren ist gem. § 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nur für unbedingte Ansprüche zulässig. Daraus rechtfertigt sich der Verzicht auf eine Vollstreckungsklausel in § 796 ZPO.[47]

47 Vgl. *Wolfsteiner* in MünchKomm ZPO, 3. Aufl. 2007, § 796 Rn. 1.

4. Zustellung

Von einer ordnungsgemäßen Zustellung an die Vollstreckungsschuldnerin B ist auszugehen, § 750 ZPO.

5. Zwischenergebnis

Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen liegen vor.

> Hinweis: In vielen Prüfungsschemata werden nach den Allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen noch die „Besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen" und das „Fehlen von Vollstreckungshindernissen" geprüft. Diese Prüfungspunkte betreffen jeweils Sonderfälle und sollten nur angesprochen werden, wenn sie tatsächlich problematisch sind: „Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen" sind in den Fällen der §§ 751, 756, 765 ZPO erforderlich. Vollstreckungshindernisse können z. B. gem. §§ 775, 765 a, 766 Abs. 1 S. 2, 771 Abs. 3 S. 1 ZPO, § 89 InsO bestehen. Die Allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen sind hingegen immer zu prüfen!

II. Voraussetzungen der Vollstreckung in bewegliche Sachen, §§ 803 ff. ZPO

Die Vollstreckung erfolgt wegen einer Geldforderung in eine bewegliche Sache. Maßgeblich für die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungsmaßnahme sind damit die Vorschriften für die Pfändung beweglicher Sachen, §§ 803 ff. ZPO.

Die Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen erfordert die Pfändung eines tauglichen Pfändungsobjekts durch das zuständige Vollstreckungsorgan zur rechten Zeit am rechten Ort in der rechten Art und Weise und im rechten Umfang.

1. Zuständiges Vollstreckungsorgan

Zuständig für die Pfändung beweglicher Sachen ist der Gerichtsvollzieher, §§ 808 Abs. 1, 753 Abs. 1 ZPO. Dieser hat den PKW gepfändet.

> Hinweis: Eine wichtige Ausnahme zu der grundsätzlichen Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers für die Pfändung beweglicher Sachen besteht hinsichtlich des Zubehörs eines gepfändeten Grundstücks: Das Zubehör kann nicht separat gepfändet werden, sondern unterliegt der Immobiliarvollstreckung, für die das Vollstreckungsgericht zuständig ist, §§ 864 Abs. 1, 866 ZPO i. V. m. § 1 ZVG. Die Pfändung des Zubehörs durch einen Gerichtsvollzieher ist fehlerhaft (aber nicht nichtig, str.).

2. Taugliches Pfändungsobjekt

Die Pfändung muss sich auf ein taugliches Pfändungsobjekt beziehen. Es darf sich nicht um eine pfändungsfreie Sache i. S. d. §§ 811 ff. ZPO handeln.

a) Unpfändbarkeit des Lupos, § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO

aa) Die Pfändungsverbote des § 811 Abs. 1 ZPO dienen dem Schutz des Schuldners aus sozialen Gründen. Sie sind Ausfluss der in Art. 1 GG und Art. 2 GG garantierten Menschenwürde bzw. allgemeinen Handlungsfreiheit und enthalten eine Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG). Dem Schuldner und seiner Familie soll die wirtschaftliche Existenz erhalten bleiben, um unabhängig von Sozialhilfe ein bescheidenes, der Würde des Menschen entsprechendes Leben führen zu können.[48]

bb) Innerhalb dieses allgemeinen Rahmens nimmt § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO die zur Fortsetzung der eigenen Erwerbstätigkeit des Schuldners erforderlichen Gegenstände von der Pfändung aus. Dadurch soll erreicht werden, dass der Schuldner seine Arbeitskraft für sich und seine Familienangehörigen einsetzen kann. Er soll auch künftig den Unterhalt für sich und seine Familienangehörigen aus eigenen Kräften erwirtschaften können.[49]

cc) B benötigt für ihre Arbeit als Krankenschwester einen PKW. Ohne ein Auto ist ihr die Arbeitsausübung nicht möglich, sie könnte sich ihren Lebensunterhalt nicht mehr verdienen. Aus diesem Grund ist der Lupo unpfändbar.

b) Möglichkeit einer Austauschpfändung, § 811a ZPO

aa) Bei den gem. §§ 811 Abs. 1 Nr. 1, 5, 6 ZPO unpfändbaren Sachen besteht gem. § 811a ZPO jedoch die Möglichkeit einer Austauschpfändung. Überlässt der Gläubiger dem Schuldner vor der Wegnahme der Sache ein Ersatzstück, das dem geschützten Verwendungszweck genügt, oder den zur Beschaffung eines solchen Ersatzstückes erforderlichen Geldbetrag, so kann der Gegenstand des Schuldners gepfändet werden. Es muss aber zu erwarten sein, dass der Wert des gepfändeten Gegenstands den der eingetauschten Sache um ein Vielfaches übersteigt, § 811a Abs. 2 S. 2 ZPO.[50]

bb) Bei Fahrzeugen, die dem Schuldner das Erreichen seines Arbeitsplatzes ermöglichen, ist ein Austausch nach § 811a Abs. 1 ZPO grundsätzlich möglich. Der Wert des Lupos übersteigt den Wert des VW Golf auch um ein Vielfaches, § 811a Abs. 2 S. 2 ZPO. Fraglich ist aber, ob der altersschwache Golf dem Verwendungszweck genügt, § 811a Abs. 1 ZPO.

cc) Grundsätzlich ist es bei Arbeitsfahrzeugen erlaubt, ein höherwertiges Fahrzeug gegen einen einfachen PKW auszutauschen. Der PKW muss lediglich dem geschützten Verwendungszweck dienen, nicht jedoch von gleicher Art und Güte sein. Aller-

48 *BGH*, Urt. v. 16.6.2011 – VII ZB 114/09, NJW-RR 2011, 1366 (1367) Rn. 10.
49 *BGH*, Urt. v. 16.6.2011 – VII ZB 114/09, NJW-RR 2011, 1366 (1367) Rn. 11.
50 Klassisches Beispiel: Der Gläubiger pfändet einen 46-Zoll-Flachbildfernseher im Austausch gegen einen Röhren-Farbfernseher.

dings ist der Schutzzweck des § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nur dann erfüllt, wenn die Fortsetzung der Erwerbstätigkeit auch zukünftig und für einen nicht nur kurzfristigen Zeitraum gewährleistet ist. Der Schutz des § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO wäre unvollkommen, wenn das Ersatzstück nicht annähernd die gleiche Haltbarkeit und Lebensdauer wie der gepfändete Gegenstand aufweist.[51]

dd) Der Lupo der B war sechs Jahre alt, der Golf bereits 19 Jahre. Die Laufleistung des Golfs ist mehr als doppelt so hoch wie die des Lupos. Zudem waren die Reifen des Golfs überaltert und die Hinterachse angerostet. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Haltbarkeit und Lebensdauer des Ersatz-PKW der des gepfändeten Lupos gleichkommt. Es liegt daher mangels vergleichbarer Haltbarkeit kein Ersatzstück vor, das geeignet wäre, den durch das Pfändungsverbot des § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO geschützten Verwendungszweck zu erfüllen.

III. Ergebnis

Der Lupo der B ist kein taugliches Pfändungsobjekt. Die Voraussetzungen einer Austauschpfändung sind nicht erfüllt. Eine Pfändung des Lupos ist nicht rechtmäßig.

Zusatzfrage: Was muss B unternehmen?

Die Austauschpfändung muss vom Vollstreckungsgericht für zulässig erklärt werden, § 811a Abs. 2 ZPO. Dies ist durch die Rechtspflegerin beim Amtsgericht geschehen. B muss sich nun gegen den Beschluss des Vollstreckungsgerichts wehren, bevor dieser rechtskräftig wird. Statthaft ist die sofortige Beschwerde, § 793 ZPO, § 11 Abs. 1 RpflG. Versäumt B es, gegen den Beschluss die sofortige Beschwerde einzulegen, so wird der Beschluss rechtskräftig und die Pfändung des Lupos wäre wirksam. Ist die Verteidigung der B gegen den Beschluss hingegen erfolgreich, so ist die Pfändung unzulässig und B kann gegebenenfalls Vollstreckungserinnerung erheben, § 766 ZPO.

> Hinweis: An dem Ergebnis zeigt sich, dass die Zwangsvollstreckung Ausübung von staatlicher Hoheitsgewalt ist und daher zwischen Rechtsmäßigkeit und Wirksamkeit zu unterscheiden ist. Die Pfändung ist zwar fehlerhaft und damit nicht rechtmäßig. Versäumt B es aber, sich gegen den Beschluss zu wehren, so ist die Pfändung wirksam!

51 *BGH*, Urt. v. 16.6.2011 – VII ZB 114/09, NJW-RR 2011, 1366 (1367) Rn. 13.

Dr. Jens Bülte*

Referendarexamensklausur Strafrecht: Verhinderung und Stiftung einer Ehe durch Nötigungsmittel

Abstract

Der folgende Fall wurde im Examensklausurenkurs der Universität Heidelberg im Sommersemester 2011 zur Bearbeitung angeboten. Gegenstand der Klausur waren zunächst Einzelprobleme aus dem Bereich der Verkehrsdelikte, der Vermögensdelikte, der Delikte gegen die persönliche Freiheit und der Körperverletzung. Darüber hinaus waren die Nachstellung (§ 238 StGB) und die zum 1. 7. 2011 eingeführte Strafvorschrift über die Zwangsverheiratung (§ 237 StGB) Themen der Begutachtung.

* *Dr. Jens Bülte* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Heidelberg und Habilitand bei Prof. Dr. *Gerhard Dannecker*.

Sachverhalt

Die 17-jährige O und ihr 20-jähriger Freund F sind bei schönem Wetter mit einem Cabrio auf einer Landstraße in der Pfalz unterwegs. Plötzlich kommt von hinten mit hohem Tempo der von A gelenkte Pkw angefahren, der das Cabrio überholt und vor diesem durch scharfes Abbremsen zum Stehen kommt. Mit einer Vollbremsung kann F, der über extrem gute Reflexe verfügt, gerade noch eine Kollision verhindern. Aus dem anderen Pkw springen A und B, die beiden Brüder des Vaters der O (V). Sie zwingen O und F mit vorgehaltenen Messern zum Umsteigen in den Pkw des A. Als F sich wehrt, sticht A mit dem Messer zu und verletzt F am Arm. B setzt sich mit F und O auf die Rückbank des Fahrzeugs und bedroht sie mit zwei Messern, während A losfährt. Bis zu diesem Zeitpunkt entspricht der Geschehensverlauf genau der Vereinbarung zwischen A und B und ihren Erwartungen.

Da der Vorgang von einem aufmerksamen Passanten beobachtet worden ist, wird sofort eine Großfahndung der Polizei nach dem Fahrzeug des A eingeleitet, die nach etwa zwei Stunden zur Festnahme von A und B führt. Die Vernehmung von A und B bringt hervor, dass O ins Ausland (X) gebracht werden sollte, um dort gegen ihren Willen verheiratet zu werden. Zunächst wollten sie F und O in ein verlassenes Lagerhaus bringen und dort voneinander trennen. Um O „gefügig" zu machen, wollten A und B ihr androhen, dass sie F – der sich in ihrer Gewalt befinde – töten würden, wenn O der Ausreise nach X nicht zustimmt. Sie gingen davon aus, dass diese Drohung das weitere Einsperren von O überflüssig machen würde. Tatsächlich wollten sie F jedoch keinesfalls töten, sondern ihn zu diesem Zeitpunkt bereits wieder freigelassen haben. Ihm wollten sie androhen, O zu töten, wenn er sich an die Polizei wenden sollte. Zudem wollten A und B den F mit derselben Drohung dazu bringen, ihnen innerhalb eines Tages 10.000 Euro zu übergeben. Sie hatten jedoch nicht vor, O beim Ausbleiben der Zahlung etwas anzutun.

V, der von dem Vorgehen seiner Brüder nichts wusste, will die Zwangsheirat nach dem Scheitern des Überfalls auf anderem Wege herbeiführen. Er will dafür sorgen, dass F sich von O trennt und ihn für die „Entehrung" der O „sozial vernichten". Zu diesem Zweck ruft V den allein lebenden F vier Nächte hintereinander gegen zwei Uhr an und beleidigt ihn mit üblen Schimpfwörtern. In der fünften Nacht hat F sein Telefon ausgeschaltet. V gibt kurze Zeit später eine kostenlose Kontaktanzeige im Internet unter Verwendung des Namens und der Telefonnummer des F auf. Ferner erscheint er am Arbeitsplatz des F, brüllt diesen an und beschuldigt ihn im Beisein seiner Kollegen, O „entehrt" zu haben. Zwar kommt es aufgrund der Kontaktanzeigen nicht zu Anrufen bei F, aber als V dann einige Tage später F in einem Brief damit droht, seiner Schwester „das hübsche Gesicht zu zerschneiden", bricht F, nun völlig zermürbt, die Beziehung zu O ab. Er ist vollkommen verzweifelt, verlässt das Haus kaum noch, verwendet das Telefon nicht mehr und beginnt aufgrund mangelnder Sozialkontakte übermäßig viel Alkohol zu trinken. Deshalb verliert er kurze Zeit später seine Arbeitsstelle. Schließlich stürzt F stark alkoholisiert im Treppenhaus seines Hauses, bricht sich dabei das Genick und verstirbt.

Als O vom Tod des F erfährt, ist ihr Widerstand gegen die Zwangsheirat bereits gebrochen, so dass es der Drohung ihrer Mutter (M), sie werde sich das Leben nehmen, wenn O sich nicht zur Heirat nach X begebe, nicht mehr bedurft hätte.

Wie haben sich A, B, V und M nach dem Strafgesetzbuch strafbar gemacht?

Bearbeitervermerk: §§ 232–236 StGB sind nicht zu prüfen. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösung

I. Tatkomplex: Der Überfall

1. Strafbarkeit des A

a) Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (§ 315b I Nr. 2 StGB[1])

Durch das Ausbremsen des F könnte sich A wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr strafbar gemacht haben.

aa) Objektiver Tatbestand

§ 315b I setzt zunächst das Vorliegen einer tauglichen Tathandlung voraus. Zwar bereitet A durch sein Fahrverhalten ein Hindernis, indem er F mit dem Bremsmanöver den Weg versperrt. Jedoch meint § 315b I Nr. 2 nicht das Bereiten von Hindernissen im Straßenverkehr durch Teilnahme am Straßenverkehr, sondern nur durch Eingriffe von außen in den Straßenverkehr.[2]

Nach ständiger Judikatur,[3] der sich die Literatur[4] weitgehend angeschlossen hat, ist der Anwendungsbereich des § 315b I Nr. 3 – und gleiches gilt analog auch für Nr. 2[5] – zwar ebenfalls auf verkehrsfremde, Eingriffe in den Verkehr von außen beschränkt, schließt also solche Beeinträchtigungen der Sicherheit des Straßenverkehrs aus, die von dem Fehlverhalten seiner Teilnehmer ausgehen. Damit scheidet der Tatbestand hier grundsätzlich aus, weil A Verkehrsteilnehmer ist.

Ausnahmen werden jedoch in den Fällen zugelassen, in denen sich die Handlung nicht mehr als Handeln im Straßenverkehr, sondern nur noch als Pervertierung eines Fahrzeugs zur Waffe[6] darstellt, die Teilnahme am Straßenverkehr also zur Begleiterscheinung wird.[7] Nach der neueren Judikatur setzt eine solche Pervertierung eines Fahrzeugs im fließenden Verkehr, die den Verkehrsvorgang zum verkehrsfremden Inneneingriff werden lässt, jedoch voraus, dass der Täter das Fahrzeug nicht nur bewusst zweckwidrig verwendet, sondern zudem den (zumindest bedingten) Vorsatz der Schädigung eines Verkehrsteilnehmers hat; nur dann könne von einer verkehrsatypischen Pervertierung gesprochen werden.[8] Damit ist nach dieser Judikatur das

1 §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.
2 BGHSt 41, 231 (233 ff.); 48, 233 (236 f.); *Sternberg-Lieben/Hecker* in Schönke/Schröder StGB 28. Aufl. 2010, § 315b Rn. 4 ff. m. w. N.
3 Vgl. nur BGHSt 41, 231 (233); 48, 233, (237).
4 *Fischer* StGB 59. Aufl. 2012, § 315b Rn. 8 ff.; Lackner/*Kühl* StGB 27. Aufl. 2011, § 315b Rn. 4; Vgl. auch *Küper* Strafrecht Besonderer Teil 7. Aufl. 2008, S. 127 f.
5 Vgl. BGHSt 41, 231 (237).
6 *Sternberg-Lieben/Hecker* (Fn. 2) § 315b Rn. 8 m. w. N.
7 Vgl. *BGH* NJW 2003, 1613 (1614); *Fischer* § 315b Rn. 9a; *Sternberg-Lieben/Hecker* (Fn. 2) § 315b Rn. 9; vgl. auch *Kühl* (Fn. 4) § 315b Rn. 4.
8 *BGH* NJW 2003, 1614 (1624); vgl. auch *Fischer* (Fn. 4) § 315b Rn. 9a; a. A. *Sternberg-Lieben/Hecker* (Fn. 2) § 315b Rn. 10.

subjektive Element des Schädigungsvorsatzes für die Tauglichkeit einer gefährlichen Handlungsweise als Tathandlung nach § 315b I maßgeblich.

Ein solcher Schädigungsvorsatz muss jedoch bei A verneint werden, da er zwar damit rechnete, dass F zu einer Vollbremsung gezwungen werden könnte, aber nicht ersichtlich ist, dass A mit einer Kollision und damit insbesondere mit einer Verletzung von O und F ernsthaft rechnete.[9]

Es fehlt daher an der Vornahme eines gefährlichen Eingriffs i. S. v. § 315b I Nr. 2, so dass der objektive Tatbestand dieser Strafvorschrift nicht erfüllt ist.

bb) Ergebnis

A hat sich nicht gemäß § 315b I Nr. 2 strafbar gemacht.

b) Gefährdung des Straßenverkehrs durch (§ 315c I Nr. 2b)

Durch das Ausbremsen beim Überholen könnte sich A wegen Gefährdung des Straßenverkehrs strafbar gemacht haben.

aa) Objektiver Tatbestand

§ 315c I Nr. 2b setzt voraus, dass der Täter grob verkehrswidrig und rücksichtslos falsch überholt oder sonst bei einem Überholvorgang falsch fährt; es muss mithin beim Überholen ein Verstoß gegen § 5 StVO begangen werden. Danach darf der Überholende den Überholten beim Rechtseinordnen nach dem Überholvorgang nicht behindern (§ 5 IV S. 4 StVO). Gegen diese Vorgabe hat A durch das scharfe Abbremsen verstoßen.

Jedoch ist fraglich, ob dies auch grob verkehrswidrig und rücksichtslos erfolgte. Diese beiden kumulativ geforderten Tatbestandsmerkmale sind erfüllt, wenn der Verkehrsteilnehmer zum einen in besonders schwerer und damit gefährlicher Weise gegen die Verkehrsregeln verstößt, mithin grob verkehrswidrig handelt, und sich zum anderen aus eigensüchtigen Gründen über seine Pflichten anderen Verkehrsteilnehmern gegenüber hinwegsetzt oder sich aus Gleichgültigkeit um die ihm obliegenden Pflichten nicht kümmert, sich mithin rücksichtslos verhält.[10] Rücksichtslosigkeit wird bei bewussten Pflichtverstößen regelmäßig anzunehmen sein.[11]

A handelte vorliegend im Hinblick auf das gezielte, gefährliche Ausbremsen eines anderen Verkehrsteilnehmers grob verkehrswidrig und rücksichtslos, weil sein Verhalten leicht zu einem Unfall mit schwerwiegenden Gesundheitsschäden für O und F führen konnte. Dabei missachtete er bewusst Pflichten, die den Verkehrsteilnehmern gerade zur Vermeidung solcher Schäden auferlegt sind.

§ 315c I setzt weiterhin voraus, dass die Tathandlung zu einer konkreten Gefährdung einer Sache von bedeutendem Wert oder von Leib und Leben einer anderen Person

9 Vgl. auch *OLG Hamm* StV 2008, 588.

10 *Fischer* (Fn. 4) § 315b Rn: 13 f.; *Kühl* (Fn. 4) § 315c Rn. 19 m. w. N.; vgl. auch *Frister* Strafrecht Allgemeiner Teil 5. Aufl. 2011, Kap. 8 Rn. 31; *Küper* (Fn. 4) S. 253.

11 *Fischer* (Fn. 4) § 315c Rn. 14.

führt. Eine konkrete Gefährdung ist gegeben, wenn ein sog. Beinaheunfall entsteht, also eine Situation, in der die Sicherheit des betroffenen Rechtsguts nach objektiv-nachträglicher Prognose so stark beeinträchtigt ist, dass sich das Ausbleiben des Unfalls als Zufall darstellt.[12] Die Situation muss sich so zugespitzt haben, dass ein objektiver Beobachter des Geschehens zu der Einschätzung gelangt, dass es „noch einmal gut gegangen" sei.[13] Eine konkrete Gefahr ist hier in Anbetracht der Vollbremsung, mit der F die Kollision gerade noch vermeiden konnte, sowohl bezüglich Leib und Leben von F und O als auch des Cabrios als Sache von bedeutendem Wert gegeben.

bb) Subjektiver Tatbestand

A handelte sowohl im Hinblick auf die tatsächlichen Umstände des Überholvorgangs als auch hinsichtlich der konkreten Gefahr mit Eventualvorsatz.

cc) Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

dd) Ergebnis

A hat sich gemäß § 315c I Nr. 2b strafbar gemacht.

c) Nötigung (§ 240 I) zum Nachteil des F

Durch das Ausbremsen des F könnte sich A wegen Nötigung strafbar gemacht.

aa) Objektiver Tatbestand

Objektiv erfordert die Tatbestandserfüllung die Anwendung von Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel. Die Anwendung von Gewalt setzt körperlich wirkenden Zwang zur Überwindung von Widerstand voraus.[14] Nach der h.M. kann das Ausbremsen im Straßenverkehr eine Nötigung mit Gewalt darstellen.[15] Dies sei in jedem Fall dann gegeben, wenn ein Verkehrsteilnehmer durch eine Vollbremsung zum Anhalten gezwungen wird.[16] In diesen Fällen beschränke sich die Zwangswirkung nicht allein auf das psychische Element der bloßen Anwesenheit – wie in den Demonstrationsfällen, die das BVerfG[17] zu beurteilen hatte –, sondern die Tätigkeit des Ausbremsenden gehe darüber hinaus. Dieser Auffassung ist zuzustimmen, da der Fortsetzung der Fahrt des Betroffenen im Falle des Ausbremsens ohne Ausweich-

12 Vgl. Sternberg-Lieben *Hecker* (Fn. 2) § 315c Rn. 33; *Herzog* in NK-StGB 3. Aufl. 2010, § 315c Rn. 16.

13 *BGH* NJW 1995, 3131 (3132); *OLG Hamm* NStZ-RR 2005, 245; *Fischer* (Fn. 4) § 315c Rn. 15; *Groeschke* in MünchKomm StGB 2003, § 315c Rn. 52.

14 Vgl. *Küper* (Fn. 4) S. 171; *Fischer* (Fn. 4) § 240 Rn. 8; *Bülte* StudZR 2008, 543 (544 f.).

15 Vgl. *OLG Celle* NZV 2009, 199 (200) m. w. N.

16 Vgl. nur *BGH* NJW 1995, 3131 (3133); NStZ-RR 2002, 236; *BayObLGSt* 2001, 88 (89 f.); *Kühl* (Fn. 4) § 240 Rn. 9; *Toepel* (Fn. 12) § 240 Rn. 184; *Erb* NStZ 2000, 199 ff.; vgl. aber *OLG Düsseldorf* NJW 1999, 2912; a. A. *Paeffgen* FS für Grünewald, 1999, S. 433, 456.

17 BVerfGE 92, 1 (17); BVerfG StraFo 2011, 180 ff.; weitere Nachw. bei *Bülte* StudZR 2008, 543 (550 ff.)

möglichkeit[18] mit dem abbremsenden Fahrzeug durch Entfaltung der Motorkraft ein physisches Hindernis entgegengesetzt wird. Daher ist hier die Annahme einer tatbestandlichen Gewaltanwendung zutreffend.[19] Durch diese Nötigungshandlung kam es zu einem Nötigungserfolg, dem Anhalten des Fahrzeugs durch F, so dass der objektive Tatbestand des § 240 I erfüllt ist.

bb) Subjektiver Tatbestand

A handelte hinsichtlich der objektiv gegebenen Nötigung vorsätzlich.

cc) Rechtswidrigkeit

Rechtswidrig ist die Erfüllung des Nötigungstatbestandes nur, wenn das angewendete Nötigungsmittel zu dem erstrebten Zweck i. S. d. § 240 II als verwerflich anzusehen ist; dies ist durch eine Gesamtwürdigung zu ermitteln.[20] Verwerflichkeit i. d. S. erfordert nach der Rechtsprechung einen erhöhten Grad an sittlicher Missbilligung,[21] wobei jedoch unter sittlich nicht moralisch sondern sozialwidrig zu verstehen ist.[22]

Der Anknüpfungspunkt des Verhältnismäßigkeitsurteils ist nicht unstreitig. Während manche darauf abstellen, dass das unmittelbare Ziel der Nötigung – auch unter Berücksichtigung des sozialen Kontextes –, hier also das Erzwingen des Anhaltens, im Verhältnis zum Mittel verwerflich sein muss,[23] nehmen andere auch Fernziele des Täters mit in den Blick.[24] Danach wäre hier auch zu berücksichtigen, dass A mit der Nötigung die Durchsetzung der Zwangsheirat erreichen wollte.[25] Soweit jedoch wie hier bereits die Gewaltanwendung schon in so gefährlicher und bereits nach § 315c strafbarer Weise den Nötigungserfolg herbeiführt, muss über die Anknüpfung des Verwerflichkeitsurteils nicht mehr gestritten werden. Die Nötigungstat des A war verwerflich und damit rechtswidrig.

dd) Schuld

A handelte schuldhaft.

ee) Ergebnis

A hat sich gemäß § 240 I durch das Ausbremsen des F strafbar gemacht.

---

18 Vgl. *BayObLG* NJW 2002, 628 f. m. w. N.

19 Zur Entwicklung der Rechtsprechung zum Gewaltbegriff des § 240 im Straßenverkehr *Bülte* StudZR 2008, 543 (544 ff.).

20 *BVerfG* NJW 1987, 43, 47.

21 *BGHSt* 17, 328, 331 f.; 18, 391; 19, 268; vgl. auch *Küper* (Fn. 4) S. 244; *Fischer* (Fn. 4) § 240 Rn. 41 m. w. N.

22 *Fischer* (Fn. 4) § 240 Rn. 41.

23 *BGHSt* 35, 270 (273 ff.) auch mit Nachweisen zur Gegenansicht; ferner *Baumann* NJW 1987, 36 ff.; *Graul* JR 1994, 52.

24 *Toepel* (Fn. 12) § 240 Rn. 156 ff. m. w. N.

25 Vgl. zur Einbeziehung des Fernziels *Fischer* (Fn. 4) § 240 Rn. 43.

2. Strafbarkeit des B

a) Gemeinschaftliche Gefährdung des Straßenverkehrs (§§ 315c I Nr. 2b, 25 II)

Eine Strafbarkeit des B als Täter der Gefährdung des Straßenverkehrs kommt nicht in Betracht, weil es sich aufgrund der spezifischen Tathandlungsbeschreibung in § 315 I Nr. 2b („falsch fährt") um ein eigenhändiges Delikt handelt, das nur der Fahrzeugführer selbst begehen kann.

b) Gemeinschaftliche Gefährdung des Straßenverkehrs (§§ 315c I Nr. 2b, 27)

Durch das Mitwirken an dem Überfall auf O und F, das gemäß der Vereinbarung zwischen A und B ein gefährliches Ausbremsen des F beinhaltete, hat sich B aber wegen Beihilfe zur Gefährdung des Straßenverkehrs strafbar gemacht.

c) Gemeinschaftliche Nötigung (§§ 240 I, 25 II) zum Nachteil des F

Durch seine Mitwirkung an dem Ausbremsen des F könnte sich B wegen gemeinschaftlicher Nötigung zum Nachteil des F strafbar gemacht haben.

aa) Objektiver Tatbestand

Da die Tathandlung der Anwendung von Gewalt zu Nötigungszwecken allein von A begangen worden ist, kommt eine täterschaftliche Nötigung des B nur dann in Betracht, wenn ihm diese Gewaltanwendung des A wie eine eigene zugerechnet werden kann; A und B müssten insofern Mittäter sein.

Mittäterschaftliche Begehung setzt eine gemeinschaftliche Tatausführung aufgrund eines gemeinsamen Tatplans voraus. Fraglich ist, ob A und B die Tat gemeinschaftlich ausgeführt haben, ob also B aufgrund seines objektiven Tatbeitrags als eine der Zentralfiguren des Geschehens[26] betrachtet werden kann (Tatherrschaftslehre) bzw. sein Wille zur Begehung der Tat als eigene (subjektive Theorie) angenommen werden kann,[27] wenn er auf den Verkehrsvorgang, der die Nötigungshandlung darstellte, nur noch bedingt Einfluss zu nehmen vermochte.

Zwar mag B im Hinblick auf das gesamte Entführungsgeschehen wesentliche Tathandlungen vorgenommen haben und auch Mittäter einer Körperverletzung und einer Reihe anderer Delikte in diesem Zusammenhang sein, aber dies ändert nichts daran, dass B im Hinblick auf das Manöver des Ausbremsens eher als Randfigur des Geschehens anzusehen war. Zwar hätte er theoretisch die Möglichkeit gehabt, die Tat durch Einwirken auf A oder durch Griff in das Lenkrad oder zur Handbremse abzubrechen, aber substantielle Einwirkungsmöglichkeiten, die ihm die Tatherrschaft eingebracht und ihn zur Zentralfigur des Geschehens gemacht hätten, waren diese Optionen nicht. Denn das Ausbremsen des F war zwar von B mitinitiiert, es jedoch als Werk (auch) seines zielgerichtet lenkenden Willens[28] zu verstehen wäre wohl zu

26 Vgl. Wessels/*Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil 41. Aufl. 2011, Rn. 513, 518; *Heine* (Fn. 2) Vorbemerkungen zu §§ 25 ff. Rn. 62 m. w. N.
27 Vgl. nur *BGH* NStZ 2009, 321 (322); StV 2005, 666 (668).
28 Vgl. *Beulke* (Fn. 26) Rn. 518.

weitgehend. Denn ein prägender Einfluss des neben dem A im Pkw sitzenden B ist während der Tat nicht erkennbar.

Nimmt man den Ansatz der Judikatur ernst, die Täterschaft subjektiv zu bestimmen, so muss hier aufgrund des besonderen Interesses des B am Gelingen der Nötigung, die für alle weiteren Handlungen von A und B die Grundlage darstellt, Täterwille des B angenommen werden. Außerdem dürfte B die Nötigung als Teil eines Gesamtgeschehens angesehen haben, innerhalb dessen er den Willen hatte, als gleichberechtigt neben A Handelnder den Gesamtplan durchzuführen, so dass auch insofern hinsichtlich der Nötigung der erforderliche Täterwille gegeben sein dürfte. Doch hat die Judikatur mittlerweile die Ansicht aufgegeben, die bloße Anwesenheit am Tatort könne Mittäterschaft begründen[29] und verlangt nunmehr einen objektiv fördernden Beitrag zur Tat.[30] Der BGH hat in seiner neueren Judikatur ausgeführt, dass der Wille zur Tat nicht rein subjektiv zu verstehen sei, sondern bei der Bewertung der Tatbeteiligung vielmehr entscheidend sei, ob die Durchführung der Tat maßgeblich auch vom Willen des betreffenden Beteiligten abhängig ist. Wesentliche Anhaltspunkte für diesen Willen können der Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft bzw. der Wille zur Tatherrschaft sein.[31] Maßgebend sei insbesondere die „Gewichtigkeit" des Tatbeitrages für die Gesamttat.[32]

Daher wird man in casu davon ausgehen müssen, dass das bloße Mitfahren keine Mittäterschaft des B begründet, weil hier ein Tatherrschaftswille nicht tatprägend ausgeübt werden kann, auch wenn die Ausführung der Nötigung für die Begehung der weiteren von A und B geplanten Taten notwendig war. Es fehlt damit an einer B zurechenbaren Tathandlung. Der objektive Tatbestand der Nötigung ist insofern nicht erfüllt.

bb) Ergebnis

B hat sich nicht wegen Nötigung in Mittäterschaft zum Nachteil des F durch seine Mitwirkung am Ausbremsen strafbar gemacht.

d) Beihilfe zur Nötigung (§§ 240 I, 27) zum Nachteil des F

Durch das Mitplanen und Mitfahren hat B jedoch die vorsätzliche und rechtswidrige Nötigungstat des A durch das Ausbremsen objektiv und auch gezielt gefördert und damit eine Beihilfe zu dieser Tat geleistet. Diesbezüglich handelte B rechtswidrig und schuldhaft, so dass er sich gemäß §§ 240 I, 27 strafbar gemacht hat.

---

29 So noch *BGHSt* 37, 289 (291 ff.).
30 Vgl. *BGH* NStZ-RR 2002, 74 (75).
31 *BGHSt* 37, 289 (291); *BGH* NStZ-RR 1998, 136.
32 Vgl. BGH NStZ-RR 2002, 74 (75).

3. Strafbarkeit des A und des B

a) Gemeinschaftliche Nötigungen (§ 240 I) zum Nachteil von F und O

Dadurch, dass A und B mit vorgehaltenen Messern O und F zum Umsteigen in den Pkw des A zwangen, könnten sie sich gemäß § 240 I strafbar gemacht haben.

aa) Objektiver Tatbestand

Als Nötigungsmittel kommt hier die Drohung mit einem empfindlichen Übel in Betracht. Eine Drohung liegt vor, wenn dem Opfer eine nachteilige Folge für den Fall in Aussicht gestellt wird, dass es der Forderung des Täters nicht nachkommt. Als empfindliches Übel ist die angedrohte Folge anzusehen, wenn von dem Betroffenen nicht verlangt werden kann, dass er dieser Ankündigung in „besonnener Selbstbehauptung" standhält.[33]

A und B stellen mit dem Vorhalt der Messer konkludent in Aussicht, dass sie O und F körperlich verletzen werden, wenn diese sich der Forderung nach dem Umstieg in das Fahrzeug des A widersetzen. Der Drohung verleiht A durch die Verwendung des Messers weiteren Nachdruck. Eine solche Ankündigung erfüllt die vorgenannten Bedingungen. Damit ist eine tatbestandliche Nötigungshandlung gegeben. Sie führt auch zu dem von A und B beabsichtigten tatbestandlichen Erfolg, dem Umsteigen von F und O in das Fahrzeug des A.

Dieser Erfolg, die Handlung des Umsteigens, ist auch ein gegenüber dem Nötigungserfolg durch das Ausbremsen, das Anhalten, ein selbständiger Taterfolg, so dass eine zweite Tatbestandserfüllung gegeben ist.

Da A und B aufgrund eines gemeinsamen Entschlusses zur Tatbestandsverwirklichung (Tatplan) handeln und beide essentielle objektive Tatbeiträge leisten, sind beide aufgrund der gemeinschaftlichen Begehung Mittäter der Nötigung.

bb) Subjektiver Tatbestand

Hinsichtlich dieser Umstände handelten A und B vorsätzlich, so dass der Tatbestand der Nötigung erfüllt ist.

cc) Rechtswidrigkeit und Schuld

Nach § 240 II ist Bedingung für die Rechtswidrigkeit der Nötigung die Verwerflichkeit des angewendeten Nötigungsmittels im Verhältnis zu dem zu erreichenden Ziel. Auch wenn hierbei Fernziele wie etwa das spätere Zwingen zur Heirat in X bzw. zur Zahlung von Geld außer Betracht bleiben, ist die Anwendung der Drohung hier verwerflich. Die Anwendung des Nötigungsmittels soll dazu dienen, O und F zum Umsteigen zu bewegen und im unmittelbaren Zusammenhang damit auch die Kontrolle über die Fortbewegungsfreiheit der beiden zu gewinnen. Zu diesem Zweck eine

33 Vgl. nur *BGHSt* 31, 195 (201); 32, 165 (174); *BGH* NStZ 1982, 287; *Kindhäuser* in LPK-StGB, 4. Aufl. 2009, § 240 Rn. 16; *Toepel* (Fn. 12) § 240 Rn. 103 f.; ferner *Küper* (Fn. 4) S. 109.

Drohung mit körperlichen Verletzungen einzusetzen, ist verwerflich. Daher handelten A und B rechtswidrig. Zudem handelten sie schuldhaft.

dd) Ergebnis

A und B haben sich gemäß § 240 I, 25 II zum Nachteil der O und des F strafbar gemacht. Diese beiden Gesetzesverletzungen stehen in Tateinheit (§ 52).

b) Gemeinschaftliche Freiheitsberaubung (§§ 239 I, 25 II) zum Nachteil von F und O

Dadurch, dass A und B ihre Nichte und F zwangen, sich auf die Rückbank zu setzen und mit dem Pkw mitzufahren, haben sie sich gemäß §§ 239 I, 25 II strafbar gemacht. Denn mit dieser Handlung haben sie F und O für die folgenden zwei Stunden ihrer körperlichen Fortbewegungsfreiheit vollständig beraubt. Da die Tat von A und B aufgrund eines gemeinsamen Tatplans gemeinschaftliche ausgeführt wurde, ist eine mittäterschaftliche Begehung gegeben.

Das spätere Bedrohen von O und F durch B auf der Rückbank des Fahrzeugs hat insofern für § 239 I keine eigenständige Bedeutung, sondern erhält das bereits erfüllte Dauerdelikt lediglich aufrecht.

c) Versuchte gemeinschaftliche Nötigung (§§ 240 I, II, 22, 25 II) zum Nachteil der O

Zu einer gemeinschaftlichen Nötigung zum Nachteil der O durch das Verbringen des O in das Fahrzeug des A haben weder A noch B unmittelbar angesetzt, weil nicht feststellbar ist, dass sie bereits im Fahrzeug des A Nötigungshandlungen oder Handlungen vorgenommen haben, die unmittelbar in die Erzwingung der Ausreise nach X und der Heirat dort einmünden sollten. Mit der diesbezüglichen Einwirkung auf die Willensentschließungsfreiheit der O sollte erst später begonnen werden.

d) Gemeinschaftliche Köperverletzung (§§ 223 I, 224 I Nr. 2, 3 und 4, 25 II) zum Nachteil des F

Durch den Stich mit dem Messer könnten sich A und B wegen gemeinschaftlicher gefährlicher Körperverletzung zum Nachteil des F strafbar gemacht haben.

aa) Tatbestand des Grunddelikts (§ 223 I)

A erfüllte den Tatbestand des § 223 I in eigener Person, indem er dem F einen Schnitt beibrachte und ihn damit vorsätzlich körperlich misshandelte und an der Gesundheit schädigte.

B kann ebenfalls als Täter dieser Tat betrachtet werden, wenn ihm die Verletzungshandlung des A gegenüber F wie eine eigene zugerechnet werden kann, weil A und B insofern mittäterschaftlich handelten.

Dies setzt voraus, dass die Tat von A und B i. S. d. § 25 II gemeinschaftlich begangen wurde, was wiederum erfordert, dass die Tathandlung des A aufgrund eines gemein-

samen Tatplans von A und B sowie im Rahmen einer gemeinsamen Tatausführung vorgenommen wurde. Ein gemeinsamer Tatplan ist gegeben, soweit ein Entschluss der Beteiligten vorliegt, dass jeder einen wesentlichen Beitrag zu der Tat leisten soll, ohne dessen Erbringung die Tat zumindest wesentlich erschwert werden würde.[34] Die gemeinsame Tatausführung besteht in der Vornahme des jeweils nach dem gemeinsamen Tatentschluss zugewiesenen Tatbeitrages.[35]

Während die Lehre in diesem Zusammenhang verlangt, dass jeder Mittäter über den objektiven Tatbeitrag das Geschehen beherrscht, den Geschehensablauf vorsätzlich in den Händen hält und so zu einer Zentralfigur des Vorgangs wird (Tatherrschaftslehre),[36] lässt die Judikatur es genügen, wenn der Täter die Tat als eigene will (subjektive Theorie).

Da an einem gemeinsamen Tatentschluss von A und B auch bezüglich einer Verletzung von F oder O nicht gezweifelt werden kann, stellt sich im Hinblick auf die Tatherrschaftslehre nur die Frage, ob der objektive Tatbeitrag des B ausreicht, um eine Beherrschung der Körperverletzungstat anzunehmen. Da die Beurteilung der Stellung als Zentralfigur nicht allein nach der Erbringung von unmittelbar tatbestandsrelevanten Beiträgen zu erfolgen hat, sondern zwangsläufig eine Gesamtbewertung nach der Funktion des Tatbeitrags (funktionale Tatherrschaft) beinhaltet,[37] kann vorliegend von Mittäterschaft ausgegangen werden. Die Verletzung des F fand im Rahmen einer gemeinsam von A und B begangenen Nötigungshandlung statt, in deren Verlauf es zur Durchsetzung des Zwangs zu der Verletzung kam. Aufgrund dieser einheitlichen Vorgehensweise, die dem A letztlich nur zufällig den Tatbeitrag der Ausführung der Verletzungshandlung zuwies, erscheint B nicht nur als Randfigur des Geschehens, sondern übt ebenfalls eine wichtige Funktion aus. Durch ihre Gesamtbewertung der Willensbeteiligung und des Gewichts des Tatbeitrages[38] kommt die Rechtsprechung hier zum gleichen Ergebnis.

bb) Tatbestand der Qualifikation (§ 224 I)

Die Begehung der Körperverletzung mittels des Messers stellt sich als nach § 224 I Nr. 2 qualifizierte Tat dar.

Auch die Qualifikation der gemeinschaftlichen Begehung mit einem anderen Beteiligten i. S. d. § 224 I Nr. 4 ist erfüllt, da A die Tathandlung ausführt und B ihn dabei am Tatort aktiv physisch unterstützt und auf diese Weise die Lage des Opfers verschlechtert.[39] Dabei kann die Frage dahinstehen, ob diese Tatbestandsvariante nur erfüllt sein kann, wenn Mittäter handeln, weil diese Bedingung hier erfüllt ist.[40]

---

34 Vgl. nur *BGH* NStZ 1997, 336; *Joecks* (Fn. 1) § 25 Rn. 198 ff. m. w. N.
35 Vgl. *BGH* NStZ-RR 1998, 136; *Fischer* (Fn. 4) § 25 Rn. 12a.
36 Vgl. *Krey/Esser* Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil 4. Aufl. 2011, Rn. 827 ff.; Wessels/*Beulke* (Fn. 26) Rn. 513 ff.; *Heine* (Fn. 2) Vorbemerkungen § 25 ff. Rn. 513 ff.
37 Vgl. *Kühl* (Fn. 4) § 25 Rn. 11.
38 Vgl. *BGH* NStZ-RR 2002, 74, (75).
39 Vgl. *BGH* NStZ 2003, 86 (87); 2006, 572 (573); *Fischer* (Fn. 4) § 224 Rn. 11a.
40 Vgl. zum Streitstand *Fischer* (Fn. 4) § 224 Rn. 11.

Denkbar wäre hier auch die Annahme einer Körperverletzung mittels eines hinterlistigen Überfalls (Nr. 2). Jedoch ist dies insofern abzulehnen, als A und B zwar zur Begehung der Nötigung zum Nachteil von O und F das Überraschungsmoment planmäßig und zielgerichtet ausnutzten, aber nicht zur Begehung der Körperverletzung als solcher.

cc) Rechtswidrigkeit und Schuld

A und B handelten rechtswidrig und schuldhaft.

dd) Ergebnis

A und B haben sich gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 2 und 4, 25 II strafbar gemacht.

e) Verabredung zur räuberischen Erpressung (§§ 30 II 3. Var., 253 I, 255) zum Nachteil des F

Dadurch, dass A und B vereinbarten, von dem von ihnen gefangenen F 10.000 Euro unter der Drohung, O zu töten, zu verlangen, könnten sie sich wegen Verabredung zur räuberischen Erpressung strafbar gemacht haben.

aa) Tatbestand

Im objektiven Tatbestand setzt die Verbrechensverabredung voraus, dass mindestens zwei Personen ernstlich vereinbaren, mittäterschaftlich[41] an der Verwirklichung eines Verbrechens mitzuwirken; Verabredung ist daher vorbereitete Mittäterschaft.[42]

Die Verabredung muss dabei nicht alle Einzelheiten umfassen, aber es muss ein gemeinsamer Tatplan herbeigeführt werden, der den Anforderungen eines mittäterschaftlichen Tatentschlusses entspricht[43] und die Tat in ihren wesentlichen Grundzügen konkretisiert.[44] Nur im Einzelfall kann es erforderlich sein, die Tat schon nach Ort, Zeit und Inhalt zu bestimmen, aber nur wenn sich dadurch das Wesen und die Dimension der Tat als solcher ergeben.[45]

Vorliegend war zwischen A und B vereinbart, dass sie F durch die Drohung mit dem Tode der O zu einer Zahlung von 10.000 Euro veranlassen wollten. Mithin haben sie den Entschluss gefasst, F durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für das Leben der O zu einer Vermögensverfügung zu zwingen. Auf den Streit über die Notwendigkeit einer Vermögensverfügung kommt es nicht an. Diese Verfügung hätte zu einem Vermögensschaden bei F geführt. Damit fassten A und B den Entschluss, gemeinsam den objektiven Tatbestand der räuberischen Erpressung zu verwirklichen. Dieser Bewertung steht nicht entgegen, dass nicht das Lebens des F, sondern das

41 *BGH* NStZ 1982, 244; 1993, 138; 2007, 697; NStZ-RR 2002, 74 (75); *Fischer* (Fn. 4) § 30 Rn. 12.
42 *BGH* NStZ 1988, 406; *OLG Hamm* NJW 1959, 1237.
43 *BGH* NStZ 2007, 697; *Fischer* (Fn. 4) § 30 Rn. 12; *Hoyer* in SK-StGB, Stand 35. Lfg., 7. Aufl. (Januar 2001), § 30 Rn. 54.
44 Vgl. *Fischer* (Fn. 4) § 30 Rn. 12.
45 RGSt 69, 164; *BGH* NStZ 2007, 697 m. w. N.

seiner Freundin O bedroht wurde, da zur Erfüllung des Tatbestandes von §§ 253, 255 auch eine Drohung gegen Dritte ausreichend sein kann.[46] Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich – wie hier bei O für F – um eine dem Bedrohten nahe stehende Person handelt.

Ebenso wenig steht der Erfüllung des Tatbestandes entgegen, dass A und B nicht entschlossen waren, die O tatsächlich zu töten, falls F der Forderung nicht nachkommen sollte. Denn insofern kommt es für die Erfüllung des Tatbestandes des § 255 nur auf die ausgeübte Zwangswirkung, nicht aber auf eine tatsächliche Gefährlichkeit der Tatbegehung an.[47] Ferner sollte die Nötigung bei A und B zu einer unmittelbaren, stoffgleichen Bereicherung führen, um deren Rechtswidrigkeit die beiden wussten. Insofern sollte die geplante Vorgehensweise den Verbrechenstatbestand der §§ 253 I, 255 erfüllen. Damit ist der Tatbestand der Verabredung zur räuberischen Erpressung erfüllt.

bb) Rechtswidrigkeit und Schuld

A und B handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

cc) Ergebnis

A und B haben sich gem. §§ 30 II 3. Var., 253 I, 255 strafbar gemacht.

f) Gemeinschaftlicher erpresserischer Menschenraub (§ 239a I, 25 II) zum Nachteil des F

Dadurch, dass A und B durch den Vorhalt von Messern F und O in das Fahrzeug des A verbrachten, um später von F unter Androhung der Tötung der O die Übergabe von Geld zu verlangen, könnten sie sich wegen gemeinschaftlichen erpresserischen Menschenraubs strafbar gemacht haben.

aa) Objektiver Tatbestand

§ 239a I verlangt im objektiven Tatbestand lediglich, dass der Täter eine Person entführt oder sich ihrer bemächtigt. Dies setzt voraus, dass er das Opfer wider seinen Willen an einen anderen Ort verbringt, an dem es dem ungehemmten Einfluss des Täters ausgesetzt ist (Entführen)[48] oder anhaltende physische Gewalt über das Opfer erlangt (Sich-Bemächtigen).[49] Vorliegend ist Letzteres mit dem Verbringen in das Fahrzeug und dem dort „In-Schach-Halten" mit dem Messer hinsichtlich beider Personen gegeben. Denn auf diese Weise wurde zu F und O ein Herrschaftsverhältnis hergestellt, das sich auf dem „Eingesperrt-Sein" und der Nötigung mit

46 Vgl. *BGH* NJW 1994, 1166; NStZ 1996, 494; 1985, 408; 1987, 222 (223); Wessels/*Hillenkamp*, Strafrecht Besonderer Teil Band 2, 34. Aufl. 2011, Rn. 727, 326; a. A. *Zaczyk* JZ 1985, 1059 ff.; *Cramer* NStZ 1998, 299 f.; Vgl. ferner *Küper* (Fn. 4) S. 109 f.

47 Vgl. *Fischer* (Fn. 4) § 255 Rn. 5.

48 BGHSt 22, 178, 179; 24, 90 ff.; NStZ 2003, 604; 2007, 32; *Küper* (Fn. 4) S. 130; *Fischer* (Fn. 4) § 239a Rn. 4.

49 BGHSt 26, 70, 72; *Küper* (Fn. 4) S. 271; *Eser/Eisele* (Fn. 2) § 239a Rn. 6; *Kühl* (Fn. 4) § 239a Rn. 4.

körperlichen Verletzungen begründet.[50] Damit ist der objektive Tatbestand grundsätzlich erfüllt.

Fraglich ist jedoch, ob bezüglich dieser Tathandlung auch die erforderliche Erpressungsabsicht gegeben ist. A und B wollten eine Erpressung zum Nachteil des F begehen und zu diesem Zweck seine Sorge um die in ihrer Gewalt befindliche O ausnutzen. Problematisch ist jedoch, dass nicht die Herrschaftsmacht, die A und B im Fahrzeug ausübten, zur Nötigung ausgenutzt werden sollte, sondern erst die spätere Herrschaft durch die Gefangenschaft im Lagerhaus Grundlage der Nötigung werden sollte. O sollte mithin zunächst entführt werden, und diese Entführungslage sollte Grundlage der Nötigung sein. Vorliegend ist also die nach dem Tatplan notwendige Entführung noch nicht vollendet worden.

bb) Subjektiver Tatbestand

Da die Tatbestandserfüllung erfordert, dass die vom Täter geschaffene Herrschaftslage die Durchführung der Erpressung möglich macht und der Täter diesen Zusammenhang auch subjektiv herstellt,[51] fehlt es hinsichtlich der objektiv begangenen Tathandlung hier an dem erforderlichen Ausnutzungsbewusstsein. Nach der Vorstellung von A und B war ihre Tat noch nicht in das Stadium eingetreten, in dem die Bemächtigungslage die Intensität der Entführung erreicht hatte, die sie für erforderlich hielten, um die Nötigung aussprechen zu können. Daher ist zwar grundsätzlich der objektive Tatbestand erfüllt, aber auf diesen bezieht sich die Erpressungs- und Ausnutzungsabsicht von A und B nicht, so dass es insofern am subjektiven Tatbestand fehlt. Auch wenn hier also der objektive Tatbestand erfüllt ist und auch eine Ausnutzungsabsicht vorliegt, sind diese doch nicht deckungsgleich, weil A und B nicht das tatsächlich erfolgte Sich-Bemächtigen sondern das Entführen in das Lagerhaus ausnutzen wollten. Eine vollendete Tat nach § 239a scheidet insofern aus.

cc) Ergebnis

A und B haben sich somit nicht wegen erpresserischen Menschenraubs gemäß § 239a I strafbar gemacht.

g) Versuchter gemeinschaftlicher erpresserischer Menschenraub (§§ 239a I, 22, 25 II) zum Nachteil des F

Dadurch, dass A und B in der Absicht, F zu erpressen, O in das Fahrzeug des A verbrachten, könnten sie sich wegen versuchten gemeinschaftlichen erpresserischen Menschenraubs strafbar gemacht haben.

aa) Vorprüfung

Eine Vollendung des objektiven Tatbestandes des § 239a I liegt nicht vor, so dass nur ein Versuch dieser Tat in Betracht kommt. Der Versuch des erpresserischen Menschenraubs ist gemäß §§ 23 I, 12 I strafbar.

50 Vgl. *Horn/Wolters* in SK-StGB (Fn. 43) § 239a Rn. 4.
51 Vgl. *Fischer* (Fn. 4) § 239a Rn. 10; *Horn/Wolters* in SK-StGB (Fn. 43) § 239a Rn. 6.

bb) Tatentschluss

Der zur Erfüllung des Tatbestandes des versuchten erpresserischen Menschenraubs erforderliche Tatentschluss ist mit Vorliegen des Vorsatzes in Bezug auf die Tathandlung und der Erpressungsabsicht gegeben.

cc) Unmittelbares Ansetzen

A und B haben auch in gemeinsamer Tatbegehung unmittelbar zur Tatbestandserfüllung angesetzt (§ 22), indem sie die Handlungen vornahmen, die unmittelbar in die Herbeiführung der spezifischen Herrschaftsgewalt über O münden sollten. Sie brachten O in ihre Gewalt und traten die Fahrt mit dem Pkw zum Lagerhaus an. Damit wurde aus Sicht von A und B die unmittelbare Gefahr der Tatbestandsverwirklichung geschaffen. Da A und B nicht wussten, dass ihr Überfall beobachtet worden war, stellte aus ihrer Sicht die Fahrt als solche nur noch einen unwesentlichen Zwischenschritt zur Tatvollendung dar. Daher ist der Tatbestand erfüllt.

dd) Rechtswidrigkeit und Schuld

A und B handelten sowohl rechtswidrig als auch schuldhaft.

ee) Ergebnis

A und B haben sich gemäß §§ 239a I, 25 II, 22 strafbar gemacht.

h) Versuchte gemeinschaftliche Geiselnahme (§§ 239b, 25 II, 22) zum Nachteil des F

aa) Vorprüfung

Eine Strafbarkeit von A und B wegen gemeinschaftlicher Geiselnahme zum Nachteil des F scheidet aus den gleichen Gründen aus, wie die Strafbarkeit wegen § 239a I. Jedoch kommt neben dem versuchten erpresserischen Menschenraub ein Versuch der Geiselnahme zum Nachteil von F durch die Drohung in Betracht, O zu töten, wenn er sich an die Polizei wendet. Der Versuch des Verbrechens der Geiselnahme ist strafbar (§§ 23 I, 12 I).

bb) Tatentschluss

Der notwendige Vorsatz von A und B, sich der O zu bemächtigen bzw. sie zu entführen, ist gegeben. Ferner hatten sie auch die Absicht, die Entführung der O dazu auszunutzen, F gegenüber die Drohung auszusprechen, O zu töten, wenn er es nicht unterlässt, die Polizei zu benachrichtigen. Damit wollten sie einen Menschen entführen, um einen Dritten durch die Drohung mit dem Tod des Entführungsopfers zu einer Unterlassung zu nötigen. Der erforderliche Tatentschluss ist gegeben.

cc) Unmittelbares Ansetzen (§ 22)

Unmittelbar angesetzt haben A und B zu dieser Tat ebenfalls, da sie mit der Handlung, die unmittelbar in die Herrschaft über O münden sollte, bereits begonnen hatten.

dd) Rechtswidrigkeit und Schuld

A und B handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

ee) Ergebnis

A und B haben sich gemäß §§ 239b I, 25 II, 22 strafbar gemacht.

i) Versuchte gemeinschaftliche Geiselnahme (§§ 239b I, 25 II, 22) zum Nachteil der O

A und B wollten O mit dem Tode des F drohen, wenn sie nicht der Ausreise nach X zustimme. Damit könnten sie sich wegen versuchter gemeinschaftlicher Geiselnahme strafbar gemacht haben.

Nach dem Tatplan sollte F jedoch zum Zeitpunkt, in dem die Drohung gegenüber O ausgesprochen werden sollte, gar nicht mehr in der Gewalt von A und B befinden. Damit sollte das Entführen des F zwar den Zweck haben, O zu nötigen, aber entscheidend sollte hier das Täuschungselement sein. Das reicht aber nicht aus, um den Tatbestand des § 239b I zu erfüllen, so dass auch ein Versuch der Tat nicht in Betracht kommt.

j) Versuchte gemeinschaftliche Nötigung (§§ 240 I, III, 25 II, 22) zum Nachteil der O

Damit kommt allenfalls ein gemeinschaftlicher Versuch der Nötigung zum Nachteil der O in Betracht. Zwar ist der erforderliche Tatentschluss gegeben, jedoch fehlt es am unmittelbaren Ansetzen zur Tat.

Die Drohung sollte erst in der Lagerhalle ausgesprochen werden, so dass die vorgelagerte Drohung um das Einsteigen zu erzwingen, die in die Entführung dorthin münden sollte, sich insofern noch als Vorbereitungshandlung darstellt.

k) Gemeinschaftlicher räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (gem. §§ 316a, 25 II) zum Nachteil des F

Durch das Ausbremsen des F mit der Zielrichtung, den F später um 10.000 Euro zu erpressen, könnten sich A und B wegen gemeinschaftlichen räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer strafbar gemacht haben.

aa) Tatbestand

A und B haben aufgrund gemeinsamen Tatplans und gemeinsamer Tatausführung durch das Ausbremsen und das Bedrohen des F einen Angriff auf die Entschlussfreiheit des F als Führer eines Kraftfahrzeuges begangen. Dabei mögen sie auch die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt haben.[52] A und B wollten auch eine räuberische Erpressung zum Nachteil dieses Fahrzeugführers begehen, fraglich ist jedoch, ob der Angriff „zur Begehung der räuberischen Erpressung" er-

52 Vgl. hierzu *Küper* (Fn. 4) S. 21 ff.; *Fischer* (Fn. 4) § 316a Rn. 9.

folgte. Zwar hatten A und B bereits in dem Zeitpunkt, als sie den Angriff auf F verübten, die Absicht eine Tat nach § 255 zu begehen,[53] aber diese Tat sollte in keinem Zusammenhang mehr mit dem Straßenverkehr oder dessen besonderen Verhältnissen stehen.

Ausgehend vom Wortlaut des § 316a wäre der vorliegende Fall zwar tatbestandlich erfasst, jedoch ist eine restriktive Auslegung der in Weite und Strafrahmen[54] bedenklichen und zum Teil als entbehrlich betrachteten[55] Vorschrift dringend erforderlich.[56] Nach der ratio legis soll § 316a die besondere kriminelle Energie erfassen, die der Täter aufweist, der zur Begehung einer räuberischen Tat die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausnutzt.[57] Dies setzt eine gewisse Einheitlichkeit zwischen der Begehung des Angriffs auf die in § 316a genannten Rechtsgüter und den dort genannten Vermögensdelikten voraus. An dieser Einheit fehlt es, wenn der Täter durch den Angriff zunächst nur eine Basis für die spätere Begehung der Tat schaffen will, zumal in der Regel auch ein Fall des § 239a bzw. § 239b vorliegen wird, der aufgrund seines ebenso hohen Strafrahmens das Unrecht der Handlungen hinreichend abdeckt.

Daher ist der Tatbestand des § 316a nicht als erfüllt anzusehen.

bb) Ergebnis

A und B haben sich nicht nach § 316a strafbar gemacht.

4. Ergebnis des 1. Tatkomplexes

A hat sich gemäß §§ 239a I, 22; § 315c I Nr. 2b; §§ 223 I, 224 I Nr. 2 und 4, 25 II; 239 I; 240 I und §§ 30 II 3. Var., 253 I, 255 strafbar gemacht. Diese Gesetzesverletzungen stehen jeweils in Tateinheit (§ 52) zueinander. Hier kommt es mit dem Versuchsbeginn des erpresserischen Menschenraubs zu einer Verklammerung aller in diesem Zusammenhang begangenen Taten. Die Verabredung zur räuberischen Erpressung steht dazu in Tateinheit, weil die Entschlussfassung zur Begehung der zumindest in das Versuchsstadium gelangten Taten mit der Verbrechensverabredung identisch ist.

B hat sich gemäß §§ 239a I, 22; § 315c I Nr. 2b, 27; §§ 223 I, 224 I Nr. 2 und 4, 25 II; 2 3 9 I; 240 I; 240 I, 27 und §§ 30 II 3. Var., 253 I, 255 in Tateinheit strafbar gemacht.

---

53 Vgl. zu diesem Erfordernis H*erzog* (Fn. 12) § 316a Rn. 20 ff.

54 Vgl. hierzu auch die Zahlen bei *Sander* (Fn. 13) § 316a Rn. 2.

55 So *Freund* ZStW 109 (1997), 455, 482 f.; *Herzog* JR 2004, 258, 259; vgl. auch Krey/*Hellmann*, Strafrecht Besonderer Teil Band 2, 15. Aufl. 2008, Rn. 237; *Fischer* (Fn. 4) § 316a Rn. 2 m. w. N.

56 Vgl. *BGH* NJW 2004, 786 ff.; *Große* NStZ 1993, 525 ff.

57 Vgl. *Sander* (Fn. 13) § 316a Rn. 1.

II. Tatkomplex: Die Übergriffe der Eltern der O

1. Strafbarkeit des V

a) Nachstellung mit Todesfolge (§ 238 I, III) zum Nachteil des F

Dadurch, dass V den F durch nächtliche Anrufe, Vorwürfe und Beschuldigungen belästigte und dieser letztlich durch einen alkoholbedingten Unfall zu Tode kam, könnte sich V gemäß § 238 I, III strafbar gemacht haben.

aa) Tatbestand des Grunddelikts (§ 238 I)

Der objektive Tatbestand der Nachstellung (sog. Stalking) setzt voraus, dass der Täter unbefugt gegenüber einem Menschen beharrlich eine der in § 238 I Nr. 1 bis 5 genannten Nachstellungshandlungen vornimmt.

Vorliegend kommt durch die nächtlichen Telefonanrufe zunächst die unter Nr. 2 genannte Nachstellungshandlung in Betracht. Diese Variante setzt voraus, dass der Täter versucht, unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln etc. Kontakt zum Opfer herzustellen. Unter Kontakt i.d.S. ist jede kommunikative Verbindung, also jede ein- oder mehrseitige Zuleitung von Informationen, zu verstehen.[58] In den beleidigenden Telefonanrufen in der Nacht liegt eine solche nicht nur versuchte, sondern auch erfolgreiche Kontaktaufnahme per Telekommunikationsmittel vor. Daher sind Tathandlungen des V i. S. d. § 238 I Nr. 2 gegeben.

Das Schalten von Kontaktanzeigen im Namen des F könnte ferner eine Tathandlung i. S. d. § 238 I Nr. 3 darstellen. Fraglos verwendete V persönliche Daten des F – nämlich dessen Namen und Telefonnummer. Da es aber nicht einmal zu einem Versuch der Kontaktaufnahme durch Dritte kam, der nach h.M. zumindest erforderlich ist,[59] liegt eine Erfüllung der Tatbestandsvariante des § 238 I Nr. 3 nicht vor. Diese erfordert insofern ein (erfolgreiches) Veranlassen zur Kontaktaufnahme. Die Aufgabe kostenloser Anzeigen als solche fällt ferner auch nicht unter die erste Alternative des § 238 I Nr. 3. Hier wird zwar eine Dienstleistung bestellt, jedoch sind dies nicht die Fälle, die die Strafvorschrift erfassen soll, denn der Grund für die Erfassung der Bestellungsfälle liegt darin, dass der Täter das Opfer unberechtigten Forderungen gutgläubiger Dritter aussetzt und die Abwehr dieser Ansprüche besonders lästig ist.[60] Daher ist eine Anwendung des § 238 I Nr. 3 in casu zu verneinen.

Zwar wäre es grundsätzlich denkbar, im Hinblick auf die Kontaktanzeige den Auffangtatbestand des § 238 I Nr. 5 anzuwenden.[61] Jedoch ist eine Vergleichbarkeit der vorliegenden Fallkonstellation mit den Nrn. 1 bis 4 bereits deswegen abzulehnen, weil das Aufgeben einer resonanzlosen Kontaktanzeige nicht mit den umschriebenen Tathandlungen verglichen werden kann; es handelt sich letztlich nur um einen Ver-

58 Vgl. *Fischer* (Fn. 4) § 238 Rn. 14.

59 *Eisele* (Fn. 2) § 238 Rn. 15; *Gazeas* JR 2007, 497, 500; *Mitsch* NJW 2007, 1237, 1239; a. A. *Fischer* (Fn. 4) § 238 Rn. 15c.

60 *Mosbacher* NStZ 2007, 665, (668); *Wolters* in SK-StGB (Fn. 43) § 238 Rn. 12; a. A. *Fischer* (Fn. 4) § 238 Rn. 15a.

61 Zu den Bedenken gegen diesen Tatbestand vgl. nur *Kühl* (Fn. 4) § 238 Rn. 5.

such der Begehung einer Tat nach Nr. 3, die nicht unter Nr. 5 subsumiert werden kann, da ein Versuch nicht mit der Vollendung vergleichbar ist.

Das Aufsuchen der Arbeitsstelle durch V als solches stellt ein Aufsuchen der räumlichen Nähe des F i. S. d. Nr. 1 dar. Zudem stellt die gegenüber F ausgesprochene Drohungen, dessen Schwester das Gesicht zu zerschneiden, eine Drohung i. S. d. § 238 I Nr. 4.

Nur das beharrliche Nachstellen ist tatbestandlich; dies erfordert nach h.M. zunächst eine wiederholte[62] und andauernde Vornahme der Nachstellungshandlung. Die Wiederholung als solche reicht jedoch nicht aus, vielmehr muss in der Tatbegehung eine besondere Hartnäckigkeit oder die Missachtung oder gesteigerte Gleichgültigkeit gegenüber den Interessen oder Wünschen des Opfers und eine Absicht die Handlungen mangels besserer Einsicht zu wiederholen zum Ausdruck kommen.[63] Die Rechtsprechung nimmt zu diesem Zweck eine Gesamtwürdigung von objektiven Momenten der Zeit und subjektiv-normativen Elementen der Uneinsichtigkeit und Rechtsfeindlichkeit vor, lehnt aber eine allgemeine Festlegung einer Mindestanzahl von Nachstellungshandlungen ab.[64]

Im vorliegenden Fall handelt es sich um insgesamt mindestens sechs Nachstellungshandlungen, so dass die in der Begründung des Gesetzesentwurfs genannte Mindestzahl an Handlungen überschritten ist. Auf den Umstand, dass es sich nicht um eine sechsfache Begehung der gleichen Tatbestandsvariante handelt, kommt es nicht an. Auch unterschiedliche Tathandlungen, die in der Gesamtschau die spezifische Beharrlichkeit aufweisen, erfüllen den Tatbestand des § 238 I,[65] da eine solche Begehungsweise aufgrund ihrer Unberechenbarkeit für das Opfer sogar belastender sein kann, als eine immer gleichförmige Tatausführung.[66] Die von V vorgenommenen Handlungen sind als beharrlich zu bewerten, weil sei zum einen dem Ziel dienen sollen, einen anderen Menschen „sozial zu vernichten", und zum anderen eine stark steigende Intensität der Belastung für das Opfer aufweisen.

Es müsste sich ferner um ein unbefugtes Nachstellen handeln. Da dieses Tatbestandsmerkmal jedoch lediglich sozialadäquates Verhalten, etwa zur Geltendmachung berechtigter Ansprüche oder zulässiger journalistischer Recherchen, aus dem Tatbestand ausschließen soll,[67] scheidet hier eine befugte Nachstellung aus.

Die Erfüllung des objektiven Tatbestandes setzt zudem als Taterfolg voraus, dass das Opfer in seiner Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt wird. Diese Beein-

---

62 BGHSt 54, 189 (198); Beck-OK-StGB/*Valerius* Dezember 2011, § 238 Rn. 11; *OLG Zweibrücken* NJW 2010, 1827; zust. *Krüger* NStZ 2010, 546 (548); a. A. *Mitsch* NStZ 2010, 513 (514).

63 *Fischer* (Fn. 4) § 238 Rn. 19.

64 Vgl. BGHSt 54, 189 (195); *Sonnen* in NK-StGB (Fn. 12) § 238 Rn. 42; vgl. auch *Rengier* Strafrecht Besonderer Teil Band 2, 12. Aufl. 2011, § 26a Rn 4; z. T. wird hier die Zahl „fünf" genannt; Vgl. auch *Valerius* JuS 2007, 319, 322; krit. BGHSt 54, 189, (198 f.).

65 BGHSt 54, 189, 198, *Neubacher/Seher* JZ 2007, 1029, 1031 f., *Wessels/Hettinger* Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 35. Aufl. 2011, Rn. 369 f.

66 Vgl. *Eisele* (Fn. 2) § 238 Rn. 25.

67 BT-Drs. 16/3641, S. 14; *Fischer* (Fn. 4) § 238 Rn. 26.

trächtigung ist gegeben, wenn eine nachteilige Veränderung der äußeren Lebensbedingungen, also alltäglicher Lebensgewohnheiten oder des Tagesstruktur eintritt,[68] das Opfer also nicht mehr so leben kann wie zuvor.[69] Dies allein reicht jedoch noch nicht aus; vielmehr ist erforderlich, dass sich die Beeinträchtigung als schwerwiegend darstellt. Dies erfordert Maßnahmen des Opfers, die im konkreten Fall über das sozialübliche Maß hinausgehen, also unzumutbar[70] und als so gravierend und ernst zu nehmen anzusehen sind, dass von dem Betroffenen nicht verlangt werden kann, dass er sie in besonnener Selbstbehauptung als Folgen üblicher Reibungen beim menschlichen Zusammenleben hinnimmt.[71]

Eine solche schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung ist in casu zu bejahen. Denn F schaltet nicht nur sein Telefon in der Nacht ab; dies dürfte noch eine hinzunehmende Modifikation der Lebensgestaltung darstellen.[72] Das Unterlassen sozialer Kontakte durch Nichtverlassen der Wohnung und Nichtverwendung von Kommunikationsmitteln, der Beginn eines Alkoholabusus und der dadurch bedingte Verlust des Arbeitsplatzes gehen vielmehr weit darüber hinaus und bedeuten eine gravierende nachteilige Veränderung der Lebensgestaltung. Aufgrund der massiven Beschimpfungen und Drohungen kann hier keinesfalls angenommen werden, diese Einwirkungen seien hinnehmbar gewesen.

Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz. Hier ist zumindest Eventualvorsatz gegeben; da V den F vernichten wollte, ist davon auszugehen, dass er die geschilderten Folgen zumindest billigend in Kauf nahm.

Damit ist der Tatbestand des § 238 I erfüllt.

bb) Tatbestand der Erfolgsqualifikation (§ 238 III)

Die Tat des V könnte durch den Tod des F gemäß § 238 III qualifiziert sein. Die zur Erfüllung dieses Tatbestandes erforderliche schwere Folge, der Tod des Opfers oder einer diesem nahe stehenden Person, ist hier eingetreten, indem F verstarb.

§ 238 III setzt ferner voraus, dass zwischen der Erfüllung des Grundtatbestandes und dem Eintritt der schweren Folge über die reine Kausalität hinaus ein gefahrspezifischer Zusammenhang besteht.[73] Diese besondere Verbindung wurde in der Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundesrats[74] insbesondere dann angenommen, wenn das Opfer oder ein ihm nahe stehender Mensch auf der Flucht vor dem Täter ums Leben kommt oder durch die Nachstellungen „in den Selbstmord

68 Vgl. *Fischer* (Fn. 4) § 238 Rn. 22.
69 Vgl. *Sonnen* in NK-StGB (Fn. 43) § 238 Rn. 45.
70 Vgl. BT-Drs. 16/3641, S. 14; BGHSt 54, 189 (197); *OLG Hamm* NStZ-RR 2009, 175; *Fischer* (Fn. 4) § 238 Rn 23; *Valerius* in Beck-OK-StGB § 238 Rn. 16; *Mitsch*, NStZ 2010, 513, 514
71 Vgl. *Eisele* (Fn. 2) § 238 Rn. 30; *Mrosk* NJW 2009, 416, 419; *Valerius*, JuS 2007, 319, 323; Ähnlich auch *Sonnen* in NK-StGB (Fn. 43) § 238 Rn. 48.
72 Vgl. BT-Drs. 16/3641 S. 14; *Fischer* (Fn. 4) § 238 Rn. 23; zu eng jedoch AG Löbau StV 2008, 646 f. das das Vorliegen psychosomatischer Störungen gefordert hatte.
73 *Valerius* in Beck-OK-StGB, § 238 Rn. 23.
74 BT-Drs. 16/3641, S. 14.

getrieben wird".[75] Jedoch sind dies nur Beispielsfälle; darüber hinaus gelten die allgemeinen Regeln des § 18, so dass es darauf ankommt, dass der Täter mit seiner Nachstellungshandlung eine rechtlich relevante Gefahr für das Leben der getöteten Person geschaffen hat, die sich dann in der schweren Folge realisiert. Es stellt sich somit zunächst die Frage, ob die konkreten Tathandlungen des V die spezifische Gefahr geschaffen haben, dass F mit dem Missbrauch von Alkohol beginnt. Diese Frage ist zu bejahen, denn Alkoholmissbrauch taucht häufig in Konstellationen auf, in denen Personen besonderem psychischem Druck ausgesetzt sind oder ein Trauma zu verarbeiten haben. Hier wird der Alkohol zur Entspannung und als vermeintliches Hilfsmittel gegen die psychische Belastung eingesetzt. Diese Handlungsweise ist zwar weder gesund noch vernünftig, aber doch eine nicht untypische Folge des massiven Drucks, den V mit seinen Tathandlungen auf F ausübt.[76] Daher kann davon ausgegangen werden, dass V durch seine Tathandlungen eine spezifische Gefahr der „Flucht in den Alkoholkonsum" durch F gesetzt hat. Dass es bei übermäßigem Alkoholgenuss zu Unfällen auch außerhalb des Straßenverkehrs kommt, ist durchaus eine typische Folge.[77] Daher ist vorliegend der gefahrspezifische Zusammenhang gegeben.

Im Hinblick auf die Herbeiführung dieses Erfolgs hat V auch fahrlässig gehandelt. Die Pflichtwidrigkeit seiner Nachstellungshandlungen auch bezüglich der Gefährdung des Lebens des F steht im Hinblick auf die dargestellte Gefahrschaffung außer Frage. Zudem war ein tödlicher Unfall aufgrund der Opferreaktionen bei den konkreten Nachstellungshandlungen, die das Opfer „sozial vernichten" sollten, auch objektiv vorhersehbar. Damit ist der Tatbestand der Erfolgsqualifikation erfüllt.

cc) Rechtswidrigkeit und Schuld

V handelte rechtswidrig und schuldhaft. Insbesondere war sein Handeln auch im Hinblick auf den Tod des F subjektiv pflichtwidrig und vorhersehbar.

dd) Ergebnis

V hat sich gemäß § 238 I, III strafbar gemacht. Die ebenfalls gegebene Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung (§ 222) tritt im Wege der Spezialität hinter § 238 I, II zurück.

b) Bedrohung zum Nachteil des F (§ 241 I)

Damit, dass V dem F androhte, der Schwester des F „das hübsche Gesicht zu zerschneiden", erfüllte V den Tatbestand des § 241 I. Denn in dieser Drohung liegt die Ankündigung des gegen eine Angehörige des F gerichtetes Verbrechen der schweren Köperverletzung i. S. d. § 226 I Nr. 3. V handelte insofern rechtswidrig und schuldhaft und hat sich demnach nach § 241 I strafbar gemacht.

c) Nötigung (§ 240 I) zum Nachteil des F

Dadurch, dass V gegenüber F unter anderem ankündigte, er werde der Schwester des F das Gesicht zerschneiden, könnte er sich wegen Nötigung strafbar gemacht haben.

---

75 Vgl. auch *Eisele* (Fn. 2) § 238 Rn. 38.
76 Vgl. *Mosbacher* NStZ 2007, 665, 669.
77 Vgl. *Bloomfield/Kraus/Soyka* in: Robert-Koch-Institut (Hrsg.), Gesundheitsberichterstattung des Bundes, Alkoholkonsum und alkoholbezogene Störungen Heft 40, Mai 2008, S. 15.

aa) Objektiver Tatbestand

Die Nötigung setzt im objektiven Tatbestand die Anwendung von Gewalt oder die Drohung mit einem empfindlichen Übel voraus. Gewalt hat V hier nicht angewendet, aber er hat mit der Ankündigung der Verletzung der Schwester des F fraglos ein empfindliches Übel angedroht. Es ist für die Tatbestandserfüllung auch unschädlich, dass sich die Drohung inhaltlich nicht gegen F selbst, sondern gegen dessen Schwester richtet, denn auch Drohungen, die sich gegen Dritte richten, sind tatbestandlich, soweit der Bedrohte das dem Dritten gegenüber angedrohte Verhalten selbst als ein empfindliches Übel empfindet.[78]

Jedoch setzt die Erfüllung des Nötigungstatbestandes voraus, dass diese Drohung eine bestimmte Zielrichtung aufweist. Die Handlung muss erfolgen, um dem Opfer ein Dulden, Handeln oder Unterlassen aufzuzwingen.

Vorliegend kündigt V nicht ausdrücklich an, dass er für den Fall, dass sich F nicht von O trennt, die Schwester des F verletzen werde, sondern er droht damit im Gesamtkontext, innerhalb dessen er F zum Abbruch der Beziehung zu O zwingen will. Es handelt sich hier dennoch um eine tatbestandliche Drohung. Zwar klingt die Ankündigung aus dem Zusammenhang gerissen, so als wollte V lediglich eine vom Handeln des F unabhängige Tat ankündigen. Im Gesamtkontext ist die Drohung jedoch sowohl aus der Sicht des V als auch nach dem Verständnis des F ein Mittel, um diesen zu dem von V verlangten Abbruch der Beziehung zu veranlassen. Dass auch F diese Ankündigung so verstanden hat, spricht zudem dafür, dass es sich um eine Nötigungshandlung handelte. Dass V darüber hinaus weitere Ziele verfolgt, nämlich den F „sozial zu vernichten", steht der Tatbestandserfüllung nicht entgegen.

bb) Subjektiver Tatbestand

Insofern handelte V auch vorsätzlich, weil es gerade seiner Zielsetzung entsprach, F mittels seiner Nachstellungshandlungen zur Aufgabe der Beziehung zu O zu zwingen.

cc) Rechtswidrigkeit

V handelte auch rechtswidrig, da keine Rechtfertigungsgründe für die Erfüllung des Nötigungstatbestandes erkennbar sind und die ausgesprochene Drohung, die Schwester des F körperlich zu verletzen, um das Ende der Beziehung zwischen F und O herbeizuführen, verwerflich ist.

dd) Schuld

V handelte schuldhaft.

78 *BGH* NStZ 1987, 222 (223); *Kühl* (Fn. 4) § 240 Rn. 15; *Träger/Altvater* in Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2001, § 240 Rn 60; *Valerius* in Beck-OK-StGB, § 240 Rn. 40; *Schünemann*, JA 1980, 349, 353; *Seelmann*, JuS 1986, 201, 203; vgl. auch *Küper* (Fn. 4) S. 109.

ee) Ergebnis

V hat sich durch die Drohung, der Schwester des F das Gesicht zu zerschneiden, aufgrund derer F die Beziehung zu O abbrach gemäß § 240 I strafbar gemacht.

d) Beleidigung (§ 185) zum Nachteil des F

Durch die vier nächtlichen Telefonanrufe, in denen V gegenüber F übelste Schimpfwörter verwendete, hat sich V jeweils wegen Beleidigung strafbar gemacht; die erforderlichen Strafanträge sind gestellt.

Der Vorwurf O „entehrt" zu haben, weist so wenig Substanz auf, dass er nicht als Kundgabe der Miss- oder Nichtachtung und damit nicht als Beleidigung anzusehen ist.

2. Strafbarkeit der M wegen versuchter Heiratverschleppung (§§ 237 II, III, 22) zum Nachteil von O

Anmerkung: Mit dem 1.7.2011 ist die Änderung des StGB durch Art. 4 des Gesetzes vom 23. Juni 2011[79] in Kraft getreten. Das vormals in § 240 IV Nr. 1 2. Var. enthaltene Regelbeispiel für den Fall, dass der Täter eine andere Person zur Eingehung der Ehe nötigt, ist nunmehr als eigenständiger Straftatbestand in § 237 I 1 geregelt.[80] In § 237 II hat der Gesetzgeber über den alten Geltungsbereich des § 240 IV Nr. 1 2. Var. hinausgehend und in Anlehnung an § 234a, Nötigungen und Listen mit Strafe bedroht, die dazu dienen das Opfer dem tatsächlichen und rechtlichen Schutz, der mit seinem Aufenthalt im Inland verbunden ist, durch besondere Einwirkung entzogen wird, um es zur Eingehung der Ehe zu nötigen. Hier wird die Strafbarkeit auf den Zeitpunkt des Entzugs der Schutzes des, der mit dem Aufenthalt im Inland verbunden ist, vorverlagert.[81]

Damit stellt sich im vorliegenden Fall die Problematik der Behandlung eines „Versuchs" der Erfüllung des Regelbeispiels nicht mehr, die für Sachverhalte, die sich vor dem 1.7.2011 ereignet haben, hätte erörtert werden müssen.[82]

Dadurch, dass M gegenüber O ankündigte, sich zu töten, wenn O nicht der Ausreise nach X und der Eingehung der Ehe dort zustimme, könnte sich M wegen versuchter Heiratsverschleppung[83] strafbar gemacht haben.[84]

---

79 BGBl. I 1266 ff.; zum kriminalpolitischen und menschenrechtlichen Hintergrund vgl. Gesamtes Strafrecht/*Rössner*, 2. Aufl. 2011, § 237-E StGB Rn. 1; ferner *Yerlikaya*/Çakyr-Ceylan, ZIS 2011, 205 ff.

80 *Hefendehl* JA 2011, 401, 406.

81 BT-Drs. 17/4401, S. 14; vgl. auch *Yerlikaya*/Çakyr-Ceylan, ZIS 2011, 205, 208.

82 Vgl. zu dieser Problematik *BGH* NStZ 1984, 262; *BayObLG* NStZ 1997, 442 f.; *Fischer* (Fn. 4) § 46 Rn. 97 ff.; *Kindhäuser* in LPK-StGB, § 243 Rn. 49 ff.; *Kühl* (Fn. 4) § 46 Rn. 15.

83 Zu diesem Begriff *Sering*, NJW 2011, 2161 (2162); vgl. ferner *Fischer* (Fn. 4) § 237 Rn. 16; *Eisele/Majer* NStZ 2011, 546, 548.

84 Vgl. zu dieser Sachverhaltsgestaltung Spiegel-Online vom 10.8.2007: Zwangsehen – Mütter drohen heiratsunwilligen Töchtern mit Selbstmord.

a) Vorprüfung

Eine vollendete Nötigung zur Zwangsheirat nach § 237 I 1 scheidet mangels Eingehung einer Ehe durch O aus. Ebenso scheidet eine vollendete Tat nach § 237 II aus, da M die O nicht zur Ausreise veranlassen konnte, weil O bereits dazu entschlossen war. Daher ist die für den Versuch erforderliche Nichtvollendung gegeben. Der Versuch der Zwangsheirat ist gemäß § 237 III strafbar.

b) Tatentschluss

Der Versuch des § 237 II setzt voraus, dass der Täter den Entschluss gefasst hat, das Opfer durch Nötigung oder List außerhalb des räumlichen Geltungsbereiches dieses Gesetzes zu verbringen oder zu veranlassen, dass sich das Opfer dorthin begibt oder es davon abzuhalten, von dort zurückzukehren. Diese Anwendung des Tatmittels muss dem Zweck dienen, eine Tat nach § 237 I 1 zu begehen, also das Opfer zur Eingehung einer Ehe im Ausland zu nötigen.

M müsste demnach einen entsprechenden Vorsatz zur Anwendung von Nötigung oder List gefasst haben, um O zum Verlassen des Geltungsbereichs des StGB zu veranlassen. Hier hat M der O angekündigt, sie werde sich selbst töten, wenn O nicht der Ausreise nach X zustimme, sich also nicht in ein Gebiet außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des StGB begebe. Fraglich ist jedoch, ob es sich bei der Androhung des eigenen Suizids tatsächlich um eine tatbestandliche Drohung mit einem empfindlichen Übel handelt, weil M eine Nachteilszufügung sich selbst gegenüber angekündigt hat.

Die Tatbestandlichkeit einer solchen Drohung wird allgemein nicht nur für den Fall des Bestehens einer besonderen Beziehung zwischen Nötigungsadressaten und Drohendem bejaht, in dem der Tod des Drohenden als solcher für den Bedrohten bereits eine intensive persönliche Belastung darstellt, sondern sogar im Falle der Drohung mit Suizid zur Durchsetzung politischer Ziele.[85] Daher ist hier erst Recht der Vorsatz hinsichtlich einer tatbestandlichen Nötigung gegeben, der auf die Herbeiführung der Zustimmung der O zur Ausreise und dortigen Heirat gerichtet war.

Fraglich ist jedoch, ob der Vorsatz der M auf die Begehung einer Tat nach § 237 I 1, also auf die Ausübung von Zwang zur Eingehung einer Ehe gerichtet war. Davon ist hier auszugehen, weil sich die Drohung der M nicht allein darauf bezog, dass sie sich töten werde, wenn O nicht ausreist, sondern die Drohung wurde auch für den Fall ausgestoßen, dass O in die Ehe nicht einwilligt. Der erforderliche Tatentschluss hinsichtlich § 237 I 1 ist gegeben.

c) Unmittelbares Ansetzen (§ 22)

Der Versuch beginnt mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Begehung der Tat. Dies ist der Fall, wenn der Täter Handlungen vornimmt, die nach dem Tatplan – mögen sie auch noch im Vorfeld der eigentlichen Tatbestandsverwirklichung liegen – ohne

85 Vgl. *OLG Hamm* NStZ 1995, 547; *Fischer* (Fn. 4) § 240 Rn. 33; *Gropp/Sinn* (Fn. 13) § 240 Rn. 151; a. A. *Toepel* in NK-StGB § 240 Rn. 112.

weitere Zwischenschritte und mit einer Gefährdung des Rechtsguts unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen und der Täter subjektiv die Schwelle zum Schwelle zum „jetzt geht's los" überschreitet.[86]

Eine solche Handlung ist hier gegeben, weil die Drohung unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung, in die nötiungsbedingte und damit gefahrbringende Ausreise, münden sollte.

d) Rechtswidrigkeit und Schuld

Bei § 237 II handelt es sich nicht um einen offenen Tatbestand, so dass keine Verwerflichkeitsprüfung vorzunehmen ist.[87] Dies ergibt sich zum einen daraus, dass § 237 II auf diese Klausel nicht verweist, sondern allein auf Satz 1 des Absatzes 1. Zum anderen soll § 237 I 2 auch nur bestimmte Ausnahmefälle „sozialadäquater" Drohungen erfassen;[88] die Annahme eines solchen Ausnahmefalls kommt dann nicht in Betracht, wenn der Täter handelt, um das Opfer dem Schutz des deutschen Strafrechts zu entziehen.

Auch eine inzidente Prüfung dahingehend, dass die beabsichtigte Nötigung zur Ehe im Ausland verwerflich sein müsste, ist nicht erforderlich, weil § 237 II nicht auf eine „rechtswidrige" Tat nach § 237 I 1 sondern nur auf eine solche Tat verweist.

e) Ergebnis

M hat sich gemäß §§ 237 I 1, III, 22 strafbar gemacht.

3. Ergebnis 2. Tatkomplex

V hat sich gemäß § 238 I, III sowie wegen Beleidigung (§ 185) in vier Fällen und Bedrohung (§ 241) und Nötigung (§ 240 I) in jeweils einem Fall strafbar gemacht. Diese Gesetzesverletzungen stehen zueinander in Tateinheit nach § 52, da die einheitliche Tat des Nachstellen verklammernde Wirkung hat.

M hat sich wegen versuchter Zwangsheirat gemäß §§ 237 II, III, 22 strafbar gemacht.

86 Vgl. zu dieser Kombinationsformel insbesondere *BGH* NStZ 2008, 409, 410.
87 So auch *Fischer* (Fn. 4) § 237 Rn. 20.
88 Vgl. BT-Drs. 17/4401, S. 14.

Christian Gerber*

Examenstutorium Öffentliches Recht: Die Straße, der Alkohol und das Glas …

Abstract

Die vorliegende Klausur beschäftigt sich mit aktuellen Fragestellungen des Polizeirechts und Rechtschutzmöglichkeiten diesbezüglich betroffener Bürger. Den Schwerpunkt der Arbeit stellen der polizeirechtliche Umgang mit Fragen des Alkoholkonsums in der Öffentlichkeit sowie das Mitführen von Glasbehältern bei gesellschaftlichen Großveranstaltungen dar. Die Klausur hat in ihrem ersten Teil eine Polizeiverordnung zum Gegenstand, die bereits im Jahre 2009 vom VGH Mannheim auf deren Rechtmäßigkeit hin untersucht wurde. Der zweite Teil basiert auf der Rechtsprechung des VG Köln und des OVG Münster zu sog. Glasflaschenverboten im rheinischen Straßenkarneval des Jahres 2010. Die Klausur ist insgesamt als mittelschwer einzustufen und soll zur Besprechung in das Examenstutorium der juristischen Fakultät der Universität Heidelberg als Teil von „Heidel-Präp!“ übernommen werden.

* *Christian Gerber*, zur Zeit Rechtsreferendar, war zum Zeitpunkt des Verfassens Akademischer Mitarbeiter der Fachbereichskoordination des Examenstutoriums im Öffentlichen Recht an der Universität Heidelberg. Der Verfasser dankt Herrn Prof. Dr. *Wolfgang Kahl*, M.A. und Herrn Akademischer Rat a. Z. Dr. *Andreas Glaser* für wertvolle Hinweise bei der Erstellung des Manuskripts.

Sachverhalt

Am Samstag, 2.10.2010, treffen sich in der baden-württembergischen Stadt E, einem Stadtkreis, gegen 23:00 Uhr die Studenten A, B und C zu einer gemeinsamen „Kneipentour". Die Kommilitonen wollen nach der anstrengenden Hausarbeitszeit der vergangenen Semesterferien im Bereich der Hauptmann Straße, der Bar- und Kneipenmeile in der Altstadt, „Party machen". Im Laufe des Abends konsumieren die drei Freunde erhebliche Mengen an Alkohol, wobei es auf den an diesem Abend belebten Straßen der Altstadt von E zu verbalen oder gar körperlichen Ausschreitungen der Studenten gegenüber Dritten nicht kommt. Auf dem Weg von Kneipe zu Kneipe bedienen sich die Studenten auch des eigens mitgeführten „Stoffs", würde die Tour doch sonst zu teuer.

Die Polizeibeamten B1 und B2 greifen die Studenten am 3.10.2010 gegen 03:00 Uhr in angetrunkenem Zustand mit geöffneten, fast leeren Bierflaschen in den Händen in der Hauptstraße auf. Mit Blick auf eine ergangene Polizeiverordnung (PVO) durchsuchen die Beamten die drei Studenten erfolgreich nach Personalausweisen, nachdem eine Klärung deren Identitäten mittels mündlicher Aufforderung zum Vorzeigen von Ausweisen infolge der Trunkenheit der Studenten zunächst nicht möglich war.

Die Stadt E hatte vor dem Hintergrund der jüngsten alkoholbedingten Vorfälle im Bereich der Altstadt eine zeitlich befristete PVO (s. Bearbeitervermerk) erlassen, die am 1.9.2010 in Kraft getreten war. Nach der Auffassung der E gehe mit dem Mitführen von Alkohol in Konsumabsicht bzw. dem Konsum von Alkohol in der Regel die Verübung von Straftaten einher, womit von „bloßer Koinzidenz" nicht mehr gesprochen werden könne. Das Phänomen sei erklärbar insbesondere durch die mit dem Konsum von Alkohol bei manchen Personen herbeigeführte gesteigerte Aggressivität. Auch statistisch betrachtet, sei es gerade der von der PVO umfasste Bereich rund um die Hauptmann Straße, der sich durch eine signifikant hohe Anzahl von Gewaltkriminalität an Wochenenden hervorhebe. Ein Blick auf die Ortsrechtslage anderer Städte mit ähnlichen Regelungen zeige, dass es dort zu einer Reduktion der Gewaltdelikte in den jeweils erfassten Bereichen durchschnittlich um bis zu 15 % gekommen sei. Einem Vorgehen gegen die beschriebenen Probleme in der Altstadt von E mittels einer PVO müsse man zumindest übergangsweise „eine Chance zur Bewährung in der Praxis" geben.

Bearbeitervermerk: A und seine Kommilitonen bringen vor, die Maßnahmen hätten nicht auf die PVO gestützt werden dürfen. Die Stadt mache „es sich zu einfach", wenn sie die Verübung von Gewaltdelikten auf den Konsum von Alkohol zurückführen wolle. Auch sei der Konsum von Drogen, jedenfalls leichtem Alkohol „verfassungsrechtlich geschützt", mithin nicht polizeirechtswidrig. Am nächsten Tag erheben die Studenten Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht gegen die polizeilichen Maßnahmen. Hätte die Klage Aussicht auf Erfolg, wenn die Studenten vorhaben, in den kommenden Tagen erneut in den Straßen der Altstadt von E Alkohol zu konsumieren?

Der Stadt E ist nicht nur der Alkoholkonsum ein Dorn im Auge, sondern auch der regelmäßig damit einhergehende Glasbruch, wenn leere Flaschen nach Feierlichkeiten in der Altstadt zurückgelassen werden. Daher erlässt der Oberbürgermeister von E (OB) am 2.8.2011 eine Allgemeinverfügung, wonach das Mitführen und Benutzen von Glasbehältern wie Flaschen und Krügen in der Stresemannstraße, einer Fußgängerzone, in der Zeit des Jahrmarktes „Heißer Herbst" (17.9.2011, 10:00 Uhr bis 19.9.2011, 8:00 Uhr) untersagt ist. Auslöser für den Erlass der Regelung war, dass sich infolge des Glasbruchs jährlich im Bereich der Fußgängerzone ein regelrechter „Ozean aus Glasscherben" bildet. Dieser stelle für die Besucher des „Heißen Herbstes" nicht nur ein Ärgernis dar, sondern entwickle sich für stürzende Festbesucher mit einhergehenden erheblichen Schnittverletzungen zu „einer Gefahr für deren Leib und Leben". Weiterhin häuften sich Schadensmeldungen infolge von aufgeschlitzten Reifen der Einsatz- und sonstigen Anliegerfahrzeuge. Mit dem Erlass der Regelung ziehe man mit der Nachbarstadt gleich, welche mit einem ähnlichen Konzept bei deren Festen schon erfolgreich die genannten Probleme entschärft habe. Andere Vorgehensweisen hätten sich in der Vergangenheit als unzureichend erwiesen, insbesondere seien bereitgestellte Glascontainer von den Besuchern des Altstadtfestes nur unzureichend in Anspruch genommen worden.

Aufgrund der Massen an Festbesuchern, die „mehrere zehntausend" betrage, könne man nur gegen solche Personen vorgehen, die die Behältnisse aus Glas mitführen, nicht jedoch gegen solche, die diese anschließend auch fallen- bzw. stehenlassen oder gar zum Werfen in die Menge oder zum Schlagen anderer Festbesucher nutzen. Ein Vorgehen gegen letztgenannte Personen sei aufgrund der Umstände des Festes – Gedränge in der Fußgängerzone, Unübersichtlichkeit wegen baulicher Umgebung und fehlende Einsatzkräfte – „nahezu unmöglich". Jurastudent J, der sich seit langem an der Ordnungspolitik der Stadt reibt, bestreitet die Rechtmäßigkeit der Maßnahme. Es gäbe für die Regelung keine einschlägige Rechtsgrundlage; vielmehr hätte der OB zur Regelung der Materie ein „Gesetz" erlassen müssen, stünde doch nicht fest, dass aus dem Mitführen der Glasbehälter ohne weiteres auf eine Gefahr im Einzelfall geschlossen werden könne.

Bearbeitervermerk: Ist die Annahme des J zutreffend? Bestimmungen der GewO bleiben bei der Bearbeitung außer Betracht.

Hinweis: Alle aufgeworfenen Rechtsfragen sind gutachtlich zu prüfen, ggf. hilfsweise. Von der formellen Rechtmäßigkeit der abgedruckten Polizeiverordnung ist auszugehen.

Auszug:
Polizeiverordnung der Stadt E
zur Begrenzung des Alkoholkonsums in der Altstadt vom 8.6.2010[1]

§ 1 Inhalt, Gegenstand und Geltungsbereich der Polizeiverordnung

(1) Inhalt und Gegenstand dieser Polizeiverordnung ist das Verbot, auf bestimmten Flächen alkoholische Getränke zu konsumieren oder solche Getränke in Konsumabsicht mit sich zu führen. Die Bestimmungen dieser Polizeiverordnung dienen dem Schutz der körperlichen Integrität der anderen Nutzer der von der Polizeiverordnung erfassten Flächen.

(2) Diese Polizeiverordnung gilt für das Gebiet der Altstadt, begrenzt durch die Straßen Hauptmann Straße, Hauptstraße, Mainstraße und Rheingasse. Die in Satz 1 bezeichneten Straßen zählen noch zum Geltungsbereich der Polizeiverordnung.

(3) Der beigefügte Lageplan vom 10.5.2010 ist Bestandteil dieser Polizeiverordnung.

§ 2 Alkoholverbot

(1) Im Geltungsbereich dieser Polizeiverordnung ist es auf den öffentlich zugänglichen Flächen, außerhalb konzessionierter Freisitzflächen verboten,

- alkoholische Getränke jeglicher Art zu konsumieren
- alkoholische Getränke jeglicher Art mit sich zu führen, wenn aufgrund der konkreten Umstände die Absicht erkennbar ist, diese im Geltungsbereich dieser Polizeiverordnung konsumieren zu wollen.

(2) Dieses Verbot gilt in den Nächten von Freitag auf Samstag, Samstag auf Sonntag, Sonntag auf Montag von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr. Gleiches gilt für die Zeit von 00:00 Uhr morgens bis 06:00 Uhr morgens an einem gesetzlichen Feiertag und die zwei Stunden davor (von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr).

§ 3 Geltungsdauer, Inkrafttreten

…

1 Die maßgeblichen Bestimmungen der vorliegenden Polizeiverordnung wurden der „Polizeiverordnung zur Begrenzung des Alkoholkonsums im öffentlichen Straßenraum“ der Stadt Freiburg im Breisgau vom 22.7.2009, abgedruckt in NVWZ-RR 2010, 55 (55), entnommen.

Gutachten

Vorüberlegungen: Die drei Studenten wollen verwaltungsgerichtlich gegen alle ihnen gegenüber vorgenommenen polizeilichen Maßnahmen vorgehen. Nicht einzugehen ist deswegen auf Möglichkeiten des Rechtsschutzes natürlicher Personen gegen PVOen, als nach den Erfolgsaussichten einer Klage vor dem Verwaltungsgericht gefragt wird. Begrifflich handelt es sich damit um eine Inzidentkontrolle, s. Würtenberger Verwaltungsprozessrecht 2. Auflage (2006), Rn. 438 f. Eine ähnliche Fallkonstellation wie die vorliegende findet sich im Beispielsfall von Ruder/Schmitt Polizeirecht Baden-Württemberg 7. Auflage (2011), Rn. 393 bei dem die Alkohlkonsumverbots-PVO als Ermächtigungsgrundlage für einen Platzverweis i. S. einer unselbstständigen Polizeiverfügung dient und dagegen mittels Widerspruch und Anfechtungsklage vorgegangen wird. Inzidentkontrollen von Gefahrenabwehrverordnungen in der Fallbearbeitung finden sich u. a. bei R. P. Schenke/Gebhardt Leinen los!? JURA 2006, 64 ff. – Gefahrentierverordnung; Hans Polizeiliche Maßnahmen gegen Stadtstreicher JURA 1985, 431 ff. sowie Geis Baden-Württembergisches Verwaltungsrecht, Übungs- und Examensklausurenkurs 1998, Fall 4, S. 68 ff. jeweils Verordnungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung.

Ein gerichtliches Vorgehen der drei Studenten gegen die zunächst versuchte Feststellung von deren Identitäten und die anschließende Durchsuchung der Studenten nach Personalausweisen hat Aussicht auf Erfolg, soweit es zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Für das verwaltungsgerichtliche Vorgehen gegen die polizeilichen Maßnahmen müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dies richtet sich grundsätzlich nach § 40 Abs. 1 VwGO. Die Rechtmäßigkeit präventiv-polizeilicher Maßnahmen richtet sich nach dem – hier baden-württembergischen – PolG. Einschlägig könnten die §§ 20, 26 und 29 PolG sein. Die Vorschriften des Polizeirechts ermächtigen ausschließlich Hoheitsträger.[2] Die streitentscheidenden Normen sind somit dem öffentlichen Recht zuzuordnen, womit eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i. S. des § 40 Abs. 1 VwGO gegeben ist. Da der Streit auch nicht verfassungsrechtlicher Art ist, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet.

2. Statthafte Klageart

Welche Klageart statthaft ist, richtet sich nach dem Begehren des Klägers bzw. der Kläger, § 88 VwGO. Die Entscheidung über den Streitgegenstand steht mithin zu deren Disposition.[3]

2 So auch anhand der modifizierten Subjektstheorie *Würtenberger* Verwaltungsprozessrecht 2. Auflage (2006), Rn. 131.

3 Vgl. *Kopp/Schenke* 17. Aufl., § 88 Rn. 1.

a) Anfechtungsklage

A, B und C könnten mit einer Anfechtungsklage gegen die polizeilichen Maßnahmen vorgehen. Die Studenten müssten gem. § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO die Aufhebung eines Verwaltungsaktes begehren.

aa) Verwaltungsaktscharakter der polizeilichen Maßnahmen

Sowohl die mündliche Aufforderung zum Vorzeigen von Ausweisen als auch die Durchsuchung der drei Studenten stellen sog. polizeiliche Standardmaßnahmen dar. Diese Befugnisse zu konkreten Maßnahmen der Polizei sind regelmäßig Verwaltungsakte.[4] Bei der Beurteilung der polizeilichen Maßnahmen hinsichtlich deren Rechtsnatur ist zwischen der versuchten Identitätsfeststellung und der Durchsuchung zu differenzieren.

(1) Identitätsfeststellung

Soweit B1 und B2 die Personalien der Studenten erlangen wollten, konnten ihre Maßnahmen sowohl auf § 20 Abs. 1 S. 1, S. 2 PolG, Befragung, oder auch auf § 26 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 PolG, Personenfeststellung, gestützt werden. In beiden Fällen handelt es sich um sog. anordnende Standardbefugnisse: Im ersten Fall hat der Adressat der Maßnahme „die Befragung … zu dulden“,[5] im zweiten Fall wird der Adressat verpflichtet, mitgeführte Ausweispapiere vorzuzeigen.[6] In jedem Fall liegt eine Regelung, ein Verwaltungsakt i. S. des § 35 S. 1 VwVfG vor.

(2) Durchsuchung nach Personalausweisen

Durchsuchungen nach § 26 Abs. 2 S. 3 bzw. § 29 Abs. 1 PolG können als realisierende Standardmaßnahmen qualifiziert werden, da sie die zuständige Behörde nach dem Wortlaut der Vorschriften unmittelbar zu einer Handlung ermächtigen.[7] Fraglich ist, ob daraus zugleich folgt, dass die Maßnahme ein Realakt ist. Es wird die Auffassung vertreten, dass Maßnahmen, gestützt auf Befugnisnormen, die ihrem Wortlaut nach zu einem unmittelbaren Tätigwerden ermächtigen, als Realakte zu behandeln seien, auch wenn mit der schlicht hoheitlichen Tätigkeit ein begleitender Verwaltungsakt einhergehe – Duldungsverfügung gegenüber dem anwesenden Adressaten.[8] Unabhängig vom beinhalteten Realmoment sollen diese Maßnahmen

4 *Schenke* Polizei- und Ordnungsrecht 7. Auflage (2011), Rn. 114 f.; Zur Unterscheidung zwischen anordnenden und realisierenden Standardbefugnissen siehe *Würtenberger/Heckmann* Polizeirecht in Baden-Württemberg 6. Auflage (2005), Rn. 315 ff.

5 *Ruder/Schmitt* Polizeirecht Baden-Württemberg 7. Auflage (2011), Rn. 422.

6 *Ebd.*, Rn. 559.

7 Zur Bedeutung des Wortlauts einer Befugnisnorm für die Bestimmung der Handlungsform siehe *Pieroth/Schlink/Kniesel* Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht 6. Auflage (2010), § 12 Rn. 10.

8 *Ebd.*, § 12 Rn. 10; explizit bezüglich der Durchsuchung *Schwabe* Rechtsfragen zum Abschleppen verbotswidrig abgestellter Fahrzeuge: Zugleich eine Betrachtung zur Struktur der polizeilichen Standardmaßnahmen NJW 1983, 369 (371).

aber nach anderer Auffassung als Verwaltungsakte zu behandeln sein.[9] Dem ist zu folgen, denn würde man mit der ersten Auffassung eine Aufspaltung in die Anordnung und die anschließende Durchführung der jeweiligen Standardmaßnahme annehmen, müsste die begleitende Duldungsverfügung über die polizeiliche Generalklausel und damit über eine andere Rechtsgrundlage konstruiert werden, da die fragliche Standardmaßnahme ihrem Wortlaut nach ja gerade nur zum Tätigwerden ermächtigt.[10] Kennzeichen solcher Standardmaßnahmen ist aber gerade das diesen innewohnende Vollzugselement, das allerdings keinen Realakt darstellt.[11] Die Durchsuchung der drei Studenten nach Personalausweisen ist mithin als Verwaltungsakt zu qualifizieren.[12]

bb) Bekanntgabe der Verwaltungsakte

Zweifelhaft könnte jedoch weiter die Existenz, § 43 Abs. 1 VwVfG, der Verwaltungsakte sein, weil der Inhalt derselben den stark betrunkenen Studenten mündlich eröffnet wurde, insbesondere eine Identitätsfeststellung der Studenten infolge der Trunkenheit der Kommilitonen zunächst nicht möglich war. Die rechtliche Existenz eines Verwaltungsaktes setzt die Bekanntgabe des Regelungsinhaltes gegenüber den Beteiligten voraus.[13] Die Bekanntgabe wird definiert als die „Eröffnung des Verwaltungsaktes gegenüber dem Betroffenen" und erfordert Zugang, also die Kenntnisnahmemöglichkeit.[14] Mit einem Mangel der Ansprechbarkeit des Adressaten entfällt auch die Verwaltungsaktseigenschaft der fraglichen Maßnahme,[15] da eine Bekanntgabe gegenüber Handlungs- bzw. Geschäftsunfähigen unwirksam ist.[16] Zwar waren die drei Studenten stark alkoholisiert, sind aber nach dem Sachverhalt keine Aussagen darüber möglich, dass die Freunde nicht mehr ansprechbar gewesen wären. Von einer fehlenden Bekanntgabe der Verwaltungsakte gegenüber den drei Studenten[17] kann folglich nicht ausgegangen werden.

cc) Keine Erledigung der Maßnahmen

Die polizeilichen Maßnahmen dürften sich noch nicht erledigt haben. Bezüglich der Identitätsfeststellung und Durchsuchung könnte eine Erledigung auf andere Weise i. S. des § 43 Abs. 2 Var. 3 VwVfG als durch Aufhebung oder Zeitablauf eingetreten sein. Nach dieser Bestimmung erledigt sich ein Verwaltungsakt, wenn dieser „seine

9 Vgl. *Schenke* (Fn. 4), Rn. 116; in diesem Sinne auch für die Beschlagnahme *Dolderer* Beschlagnahme und Einziehung im Polizeirecht VBlBW 2003, 222 (222).
10 *Schenke* (Fn. 4), Rn. 116.
11 Vgl. *Belz/Mußmann* Polizeigesetz für Baden-Württemberg 7. Aufl. (2009), Vorb. § 26 Rn. 4.
12 Zur Qualifizierung einer polizeilichen Durchsuchung als Verwaltungsakt siehe auch *VG Freiburg* Urt. v. 5.2.2009 Az. 4 K 961/08, BeckRS 2009, 34 795.
13 Siehe *Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht 18. Auflage (2011), § 9 Rn. 65.
14 *Kopp/Ramsauer* VwVfG 11. Aufl. (2010), § 41 Rn. 6, 7b.
15 Siehe *Ruder/Schmitt* (Fn. 5), Rn. 542.
16 Vgl. *Ruffert* in Knack/Hennecke VwVfG 9. Aufl. (2010), § 41 Rn. 21, § 12 Rn. 22.
17 Zur Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes gegenüber mehreren Adressaten siehe E*bd.*, § 41 Rn. 9.

Steuerungsfunktion nachträglich verliert".[18] Dahingehend erledigt sich ein Verwaltungsakt aus tatsächlichen Gründen insbesondere dann, wenn die Maßnahme faktisch beendet ist.[19] Sowohl die Identitätsfeststellung als auch die Durchsuchung der drei Studenten waren faktisch mit ihrer Durchführung beendet. Die Verwaltungsakte haben sich folglich erledigt.

dd) Zwischenergebnis

Mangels existenter Verwaltungsakte scheidet eine Anfechtungsklage als unstatthaft aus.

b) Feststellungsklage bzw. Fortsetzungsfeststellungsklage

Dem Begehren der drei Studenten könnte die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der beiden Verwaltungsakte mittels einer Feststellungs- bzw. Fortsetzungsfeststellungsklage entsprechen.

Die allgemeine Feststellungsklage könnte vorliegend die statthafte Klageart sein, soweit A, B und C die Feststellung der Rechtswidrigkeit der polizeilichen Maßnahmen als Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, § 43 Abs. 1 Var. 2 VwGO, begehren. Das Rechtsverhältnis kann definiert werden als „die aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer Rechtsnorm des öffentlichen Rechts sich ergebenden rechtlichen Beziehungen einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache".[20] Auch ein Verwaltungsakt[21] bzw. die Befugnis[22] zum Erlass des konkreten Verwaltungsaktes gegenüber dem Betroffenen könnte ein Rechtsverhältnis in diesem Sinne darstellen.

Als statthafte Klage soll die allgemeine Feststellungsklage aber dann ausscheiden, wenn es um die Feststellung bereits erledigter Verwaltungsakte gehe: Die allgemeine Feststellungsklage werde hierbei durch die Fortsetzungsfeststellungsklage als Unterfall der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage[23] nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO verdrängt.[24] Mit dem Vorliegen einer „Rechtschutzlücke" argumentierend solle dies selbst dann gelten, wenn sich der Verwaltungsakt schon vor Klageerhebung erledigt

18 So *Ziekow* VwVfG 2. Aufl. (2010), § 43 Rn. 18.
19 So *Hufen* Verwaltungsprozessrecht 8. Auflage (2011), § 18 Rn. 40.
20 *Hufen* (Fn 19.), § 18 Rn. 7.
21 Vgl. BVerwGE 109, 203 (209); a. A. *Fechner* Die Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage: Sachentscheidungsvoraussetzungen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gegen Verwaltungsakte, die sich vor Klageerhebung erledigt haben NVwZ 2000, 121 (127); *Rozek* Neues zur Fortsetzungsfeststellungsklage: Fortsetzung folgt? – BVerwGE 109, (203); JuS 2000, 1162 (1165); *Ehlers* Die Fortsetzungsfeststellungsklage JURA 2001, 415 (417).
22 *Glaser* Die nachträgliche Feststellungsklage NJW 2009, 1043 (1044, 1046); *Kopp/Schenke* (Fn. 3), § 113 Rn. 99, die beim Verneinen der analogen Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO von der Statthaftigkeit der Feststellungsklage ausgehen. A. A. *Ehlers* (Fn. 21), S. 417.
23 Zum Meinungsstand bezüglich der dogmatischen Einordnung der Fortsetzungsfeststellungsklage siehe *Ehlers* (Fn. 21), S. 415 f. und *Fechner* (Fn. 21), S. 125 ff.
24 *Kopp/Schenke* (Fn. 3), § 43 Rn. 5 und § 113 Rn. 97.

hat.[25] Damit wäre bei einer Erledigung eines Verwaltungsaktes schon vor Klageerhebung die Fortsetzungsfeststellungsklage in analoger Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO statthaft.[26]

Gerade dies wird jedoch vielfach verneint, böte die allgemeine Feststellungsklage ausreichend Rechtsschutz, womit eine Regelungslücke, welche die Voraussetzung für eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO ist, gerade nicht gegeben sei.[27] Allerdings hinge die Entscheidung bezüglich der statthaften Klage und deren Voraussetzungen damit von Zufälligkeiten – dem Zeitpunkt der Erledigung des Verwaltungsaktes – ab.[28] Um dadurch einhergehende willkürliche Ergebnisse zu vermeiden, ist es gerechtfertigt, die statthafte Klageart unabhängig vom Zeitpunkt der Erledigung des Verwaltungsaktes zu bestimmen.[29] Der insofern „unvollkommene" § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO ist durch eine analoge Anwendung der Vorschrift zu kompensieren.[30]

Da sich die an A, B und C adressierten Verwaltungsakte vor Klageerhebung erledigt haben, ist in analoger Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO die Fortsetzungsfeststellungsklage die statthafte Klageart.

3. Klagebefugnis

Fraglich ist, ob A, B und C auch klagebefugt i. S. des § 42 Abs. 2 VwGO sein müssen. Als Fortsetzung der ursprünglichen Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage setzt die Fortsetzungsfeststellungsklage bei unmittelbarer Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO eine Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO voraus.[31] Dies muss dann erst Recht gelten, wenn sich der Verwaltungsakt schon vor Klageerhebung erledigt hat.[32] Die Studenten waren Adressaten polizeilicher Maßnahmen. Deren „subjektiv-öffentliches Recht […] auf Freiheit vor gesetzeswidrigem Zwang"[33] aus Art. 2 Abs. 1 GG ist möglicherweise verletzt.

4. Vorverfahren

Zu klären ist, ob die Studenten vor Erhebung der Klage ein Vorverfahren hätten durchführen müssen. Für Fälle der Erledigung der gerichtlich angegriffenen Verwal-

25 So *Hufen* (Fn. 19), § 18 Rn. 42 unter Betonung von Konstellationen „abgeschlossener polizeilicher Maßnahmen".
26 Vgl. BVerwGE 26, 161 (165); 81, 226 (227).
27 *Gerhardt* in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner VwGO Stand 05/2010, § 113 Rn. 99; *Glaser* (Fn. 22), S. 1045 ff.
28 *Schenke* Rechtsschutz gegen erledigtes Verwaltungshandeln JURA 1980, 133 (139); *R. P. Schenke* Neue Wege im Rechtsschutz gegen vorprozessual erledigte Verwaltungsakte NVwZ 2000, 1255 (1257).
29 *Würtenberger* (Fn. 2), Rn. 644.
30 *Rozek* (Fn. 21), S. 1166.
31 *Hufen* (Fn. 19), § 18 Rn. 54.
32 *Ehlers* (Fn. 21), S. 421.
33 *Würtenberger* (Fn. 2), Rn. 280.

tungsakte nach Klageerhebung ist unstreitig, dass ein Widerspruchsverfahren als Sachurteilsvoraussetzung stattgefunden haben muss, soweit die Widerspruchsfrist noch nicht abgelaufen war.[34] Zwar kann dem Sachverhalt nicht entnommen werden, dass die Widerspruchsfrist schon verstrichen wäre, unterscheidet sich diese Konstellation von der soeben beschriebenen, als sich die Maßnahmen vor Widerspruchseinlegung und Klageerhebung erledigt haben. Ob in diesen Fällen Widerspruch einzulegen ist, ist umstritten.

Teilweise wird von der Notwendigkeit der Durchführung eines Vorverfahrens ausgegangen. Dies ergäbe sich schon aus der Rechtsnatur der Fortsetzungsfeststellungsklage als „amputierte Anfechtungsklage".[35] Und selbst bei einer nur „engen systematischen Verwandtschaft" zur Anfechtungsklage müssten die Sachurteilsvoraussetzungen dieser Klage auch i.R. der Fortsetzungsfeststellungsklage eingehalten werden.[36] Im Übrigen entspräche es durchaus den Interessen der Beteiligten, wenn die Widerspruchsbehörde den Verwaltungsakt wegen der Erledigung zwar nicht mehr aufheben, diesen aber immer noch auf dessen Recht- und Zweckmäßigkeit hin untersuchen könne.[37]

Zweifelhaft ist aber, ob die Verwaltung im Rahmen der §§ 68 ff. VwGO überhaupt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes berufen ist.[38] Hinzu kommt, dass die genannten Bestimmungen das Vorverfahren als Teil der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage regeln, womit es auf deren Einhaltung in der Situation der Erledigung vor Klageerhebung nicht ankommen könne, sei die Klage doch von vornherein auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des fraglichen Verwaltungsaktes gerichtet.[39] Dies ist zutreffend: Der Beschränkung der Durchführung eines Vorverfahrens auf Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen lässt sich eine Haltung des Gesetzgeber entnehmen, wonach ein in analoger Anwendung der §§ 68 ff. VwGO zu konstruierender „Fortsetzungsfeststellungswiderspruch" gerade nicht möglich sein soll.[40] Da der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der erledigten Maßnahmen durch die Widerspruchsbehörde auch nicht Wirkungen i. S. des § 121 VwGO entfaltet, wird ein Interesse der Beteiligten an einer entsprechenden Feststellung regelmäßig zu verneinen sein.[41] Da sich die gegenüber den Studenten vorgenommenen polizeilichen Maßnahmen vor Klageerhebung erledigt hatten, war ein Vorverfahren nicht durchzuführen.

---

34 Vgl. *Ehlers* (Fn. 21), S. 420; *Fechner* (Fn. 21), S. 123.

35 *Geiger* Verwaltungsgerichtlicher Schutz gegen Polizeiexzesse in FS für den 45. Deutschen Juristentag, 1964, S. 61 (76) zitiert nach *Schenke* (Fn. 28), S. 139 f.

36 So *Schenke* (Fn. 28), S. 140; in diesem Sinne wohl auch *Burgi* Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache als Problem der verwaltungsprozessualen Dogmatik DVBl 1991, 193 (196).

37 *Schenke* (Fn. 28), S. 141.

38 Ablehnend BVerwGE 26, 161 (167).

39 So *Ehlers* (Fn. 21), S. 420; BVerwG (Fn. 39), S. 166.

40 So *Rozek* (Fn. 21), S. 1163.

41 Vgl. *Ehlers* (Fn. 21), S. 420; *Kunig* Die Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Feststellungsklagen JURA 1997, 326 (330); *Ogorek* Die Fortsetzungsfeststellungsklage JA 2002, 222 (225).

5. Frist

Zu prüfen ist, ob die Klagen der Studenten an die Frist nach § 74 VwGO gebunden sind. Bei einer Erledigung von Verwaltungsakten vor Klageerhebung ist umstritten, ob für eine Fortsetzungsfeststellungsklage eine Fristbindung besteht.

Teilweise wird hinsichtlich dieser Fälle die Einhaltung der Frist des § 74 VwGO verlangt, da ansonsten eine Möglichkeit des Rechtschutzes gegen bestandskräftige Verwaltungsakte eröffnet würde.[42] Im Übrigen würde darüber hinaus bei mangelnder Fristbindung mit dem dann anzuwendenden Rechtsinstitut der Verwirkung bzw. beim Rechtsschutzinteresse anzustellenden Erwägungen der durch § 74 VwGO markierte, rechtssichere Bereich verlassen.[43]

Diesen Bedenken könnte man entgegenhalten, dass in diesen Klagesituationen ein schützenswertes Interesse wie Rechtssicherheit aufgrund der Erledigung der Maßnahme gerade nicht bestehen könne und es ansonsten zu einer Verkürzung der Rechtschutzmöglichkeiten der Betroffenen käme.[44] Die durch die mangelnde Fristbindung eröffnete Möglichkeit unbegrenzten und damit potentiell rechtsmissbräuchlichen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen, könne mit dem Konstrukt der Verwirkung adäquat entgegengetreten werden.[45]

Eine Entscheidung in dieser Frage ist entbehrlich, wenn sich die Kläger noch innerhalb der Frist befänden. A, B und C haben einen Tag nach der Erledigung der polizeilichen Maßnahmen Klage erhoben und befanden sich damit noch innerhalb der Frist des § 74 VwGO.

6. Klagegegner

In analoger Anwendung des § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist die Klage gegen den Rechtsträger der handelnden Behörde zu richten. Richtiger Klagegegner ist damit das Land Baden-Württemberg als Rechtsträger der handelnden Polizeibeamten.

7. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die drei Studenten sind als natürliche Personen gem. § 61 Nr. 1 Var. 1 VwGO beteiligten- und nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Das Land Baden-Württemberg ist nach § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO als juristische Person, Gebietskörperschaft, beteiligtenfähig. Die Vertretung des Landes bestimmt sich nach § 62 Abs. 3 VwGO i. V. mit § 1 Abs. 1 VertAO LReg.

---

42 So *Kunig* (Fn. 41), S. 330.
43 So *R. P. Schenke* (Fn. 28), S. 1257.
44 BVerwGE 109, 203 (207 f.).
45 *Ebd.*, S. 208; *Rozek* (Fn. 21), S. 1164; *Ogorek* (Fn. 41), S. 225.

8. Rechtschutzbedürfnis

Mit der Erledigung der Verwaltungsakte kommt es für A, B und C zum „Wegfall der Beschwer".[46] Da dem Einzelnen ein Recht, Rechtsklarheit bezüglich eines erledigten Sachverhaltes durch gerichtliche Entscheidung zu erlangen nicht ohne weiteres einzuräumen ist, bedarf es eines besonderen Interesses[47] des Klägers an der Feststellung der Rechtswidrigkeit.[48] Die Rechtsprechung hat im Laufe der Zeit Fallgruppen[49] gebildet, wann das besondere Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu bejahen ist.

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse der drei Studenten lässt sich nicht über die Kategorie der Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses vor den Zivilgerichten herleiten. Diese Fallgruppe ist nur auf Konstellation anwendbar, in denen sich der Verwaltungsakt erst nach Klageerhebung erledigt hat, da nur dann der Kläger „um die Früchte des bereits begonnenen Prozesses gebracht"[50] wird.[51]

Bezüglich der in Rede stehenden polizeilichen Maßnahmen könnte von einem Rehabilitationsinteresse[52] der Studenten ausgegangen werden, wenn die Maßnahmen in besonders publikumswirksamer Weise[53] erfolgt wären. Mit Blick auf den Zeitpunkt, 03:00 Uhr nachts, wenn auch in der belebten Altstadt von E, kann vorliegend nicht von einer besonders publikumswirksamen Vorgehensweise der Polizeibeamten gesprochen werden. Ein Rehabilitationsinteresse der drei Studenten besteht mithin nicht.

Bezüglich der gegenüber den Studenten getroffenen Maßnahmen könnte jedoch aufgrund einer Wiederholungsgefahr das Interesse an der Klärung der Rechtmäßigkeit der erledigten Polizeiverfügungen bestehen. Vorausgesetzt wird dafür die konkrete Möglichkeit einer erneuten Maßnahme in „einem vergleichbaren und abzusehenden Sachverhalt".[54] Zu fragen ist, ob anhand der dem behördlichen Handeln zugrunde liegenden Rechtsmaterie und der dazu bestehenden divergierenden Auffassungen sich auch zukünftig Fragen zur streitigen Verwaltungsmaßnahme stellen werden.[55] Gegenstand des Rechtsstreits sind die gegenüber den Studenten ergangenen Polizeiverfügungen. Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Maßnahmen hängt entscheidend auch von der PVO ab, deren Regelungen durch die Einzelmaßnahmen durchgesetzt werden und

---

46 Ähnlich *Deckenbrock/Dötsch* Die Erledigung in der Hauptsache im Verwaltungsprozess JuS 2004, 489 (489).

47 Das Interesse gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO bestimmt sich im Gleichlauf zu § 43 Abs. 1 VwGO, *Kopp/Schenke* (Fn. 3), § 113 Rn. 129.

48 So *Würtenberger* (Fn. 2), Rn. 652.

49 Siehe dazu *Fechner* (Fn. 21), S. 122.

50 BVerwGE 81, 226 (228).

51 In diesem Sinne auch *Göpfert* Der Fruchterhalt im Verwaltungsprozess: Gedanken zur Fortsetzungsfeststellungsklage NVwZ 1997, 143 (143).

52 Dazu *Kuhla/Hüttenbrink* Der Verwaltungsprozess 3. Auflage (2002), Rn. 257.

53 Zu „publikumswirksamen polizeilichen Identitätsfeststellungen" und dem Rehabilitationsinteresse siehe *Kopp/Schenke* (Fn. 3), § 113 Rn. 142 mit Verweis auf *BayVGH* BayVBl 1993, 429 (431).

54 *Hufen* (Fn. 19), § 18 Rn. 48; in diesem Sinne *Würtenberger* (Fn. 2), Rn. 653.

55 So *OVG Münster* DVBl 1994, 541 (542).

gegen die die Studenten durch ihr Verhalten verstoßen haben sollen. Laut Sachverhalt wollen die Studenten in den kommenden Tagen erneut in dem von der PVO erfassten Bereich feiern gehen. Die relevanten Rechtsfragen werden sich daher bei einem erneuten Aufgreifen der Studenten im „Sperrbezirk" abermals stellen. Von einer Wiederholungsgefahr ist damit auszugehen.[56]

9. Zwischenergebnis

Die Klagen der drei Studenten sind damit zulässig.

II. Objektive und subjektive Klagehäufung

Mit dem gerichtlichen Vorgehen gegen die Identitätsfeststellung und die Durchsuchung verfolgen die Studenten mehrere Klagebegehren, die sich gegen denselben Beklagten richten, in einem tatsächlichen Zusammenhang stehen und für die dasselbe Gericht zuständig ist. Die Voraussetzungen einer objektiven Klagehäufung i. S. des § 44 VwGO sind folglich gegeben. A, B und C könnten sich darüber hinaus auch in Streitgenossenschaft befinden. Von einer Streitgenossenschaft wird gesprochen, wenn bei einem Verfahren entweder auf Kläger- oder Beklagtenseite mehrere Personen stehen.[57] A, B und C bilden wegen der Identität der ihnen gegenüber vorgenommenen Maßnahmen eine einfache Streitgenossenschaft.

III. Begründetheit

Gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog sind die Fortsetzungsfeststellungsklagen der drei Studenten begründet, wenn die erledigten Verwaltungsakte rechtswidrig waren und die Kläger in ihren Rechten verletzt haben.

1. Identitätsfeststellung

a) Rechtmäßigkeit der Identitätsfeststellung

Die Identitätsfeststellung war rechtmäßig, wenn sie auf eine taugliche Ermächtigungsgrundlage zurückzuführen ist und nicht aus formellen oder materiellen Gründen rechtswidrig war.[58]

---

56 Vgl. aber auch *Schenke* (Fn. 28), S. 143, der eine polizeiliche Untersuchung unter die Kategorie „sich kurzfristig erledigende Verwaltungsakte" subsumiert.

57 *Kopp/Schenke* (Fn. 3), § 64 Rn. 1.

58 Zur generellen Eignung von Personenfeststellungen zur Abwehr einer konkreten Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung siehe jüngst *VGH Mannheim* NVwZ-RR 2011, 231 (233).

aa) Ermächtigungsgrundlage

Bezüglich des Versuchs der Feststellung der Personalien der Studenten durch mündliche Aufforderung könnten mehrere Ermächtigungsgrundlagen des PolG einschlägig gewesen sein. Zunächst könnte das polizeiliche Vorgehen als Befragung i. S. des § 20 Abs. 1, 2 PolG aufgefasst werden. Nach § 20 Abs. 1 PolG kann jede Person durch die Polizei befragt werden, soweit die angesprochene Person zu einem bestimmten Umstand sachdienliche Angaben machen kann und die Befragung in Wahrnehmung einer polizeilichen Aufgabe erfolgt. Sachdienliche Angaben können definiert werden als sach- als auch personenbezogene Daten.[59] Soweit personenbezogene Daten erfragt werden sollen, ergibt sich aus § 20 Abs. 1 S. 2 PolG eine Verpflichtung des Befragten zur Auskunft.[60] Grundsätzlich hätte damit die Identitätsfeststellung durch B1 und B2 auf § 20 Abs. 1 S. 1, 2 PolG gestützt werden können. Als speziellere Vorschrift könnte § 26 Abs. 1 PolG den § 20 Abs. 1 S. 1, 2 PolG verdrängen. In dieser Vorschrift ist die polizeiliche Personenfeststellung zur Gefahrenabwehr explizit geregelt. Nach § 26 Abs. 2 S. 1 PolG kann die Polizei zur Feststellung der Identität einer Person die erforderlichen Maßnahmen treffen. Nach Satz 2 kann diesbezüglich die fragliche Person angehalten und von dieser verlangt werden, dass sie die mitgeführten Ausweispapiere vorzeigt. § 26 Abs. 1 PolG ist daher die speziellere Norm, wenn es allein um die Identitätsfeststellung und nicht lediglich um die Beschaffung von Informationen geht.[61] Einschlägige Ermächtigungsgrundlage ist damit nicht § 20 Abs. 1, sondern § 26 Abs. 2 S. 1, 2, Abs. 1 Nr. 1 PolG.

bb) Formelle Rechtmäßigkeit

(1) Zuständigkeit

B1 und B2 müssten zur Vornahme der Personenfeststellung zuständig gewesen sein. Als Polizeibeamte gehören sie dem Polizeivollzugsdienst an, § 59 Nr. 2 PolG. Für die Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben sind in der Regel die allgemeinen Polizeibehörden zuständig, §§ 60 Abs. 1, 59 Nr. 1 PolG. Für Maßnahmen nach § 26 PolG ist der Polizeivollzugsdienst jedoch sachlich parallel zuständig, § 60 Abs. 3 PolG. Die örtliche Zuständigkeit der Polizeibeamten ergibt sich aus §§ 70 Abs. 1 Nr. 1, 71 Abs. 1 PolG i.V. mit § 24 S. 1 DVO PolG, sowie den Bestimmungen des LVG.

(2) Verfahren, Form

Mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass B1 und B2 die Studenten aufgefordert haben, sich auszuweisen und diesen dabei die

59 *Würtenberger/Heckmann* (Fn. 4), Rn. 560 und *ebd.* zur Definition der sachbezogenen als auch der in § 3 LDschG legaldefinierten personenbezogenen Daten.

60 *Ebd.*, Rn. 322.

61 So *Ruder/Schmitt* (Fn. 2), Rn. 422; *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 7), § 14 Rn. 2. Entscheidend ist damit die polizeiliche „Zielrichtung", so *Zeitler/Trurnit* Polizeirecht für Baden-Württemberg 2. Auflage 2011, Rn. 390.

Gelegenheit zur Äußerung i. S. des § 28 Abs. 1 LVwVfG gegeben haben. Der Verwaltungsakt konnte auch mündlich ergehen, § 37 Abs. 2 LVwVfG.

cc) Materielle Rechtmäßigkeit

Die mündliche Aufforderung zum Vorzeigen der Ausweise müsste auch materiell rechtmäßig gewesen sein. Tatbestandlich setzt § 26 Abs. 2 S. 2, Abs. 1 Nr. 1 PolG das Vorliegen einer konkreten Gefahr oder Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung voraus.

(1) Schutzgut öffentliche Sicherheit

Nach allgemeinem Verständnis umfasst das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit die subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen, die Rechtsordnung sowie den Bestand des Staates und seiner Einrichtungen und Veranstaltungen sowie selbige sonstiger Träger hoheitlicher Gewalt.[62]

(a) Verletzung der Polizeiverordnung. Wenn der Schutz der öffentlichen Sicherheit auch den Schutz der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung umfasst, werden auch Rechtsverordnungen als „Teil der geschriebenen Rechtsordnung" erfasst.[63] Damit die in Rede stehende PVO, gegen deren Bestimmungen A, B und C möglicherweise verstoßen haben auch an der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung teilnimmt, müsste diese rechtmäßig sein, da rechtswidrige Rechtsverordnungen nichtig sind.[64]

(aa) Rechtsgrundlage und formelle Rechtmäßigkeit der Polizeiverordnung. Die PVO müsste auf eine taugliche Ermächtigungsgrundlage rückführbar sein. Mangels einschlägiger Spezialermächtigungen konnte der Erlass der PVO auf die Generalklausel nach § 10 Abs. 1 i.V. mit § 1 Abs. 1 PolG gestützt werden. Von der formellen Rechtmäßigkeit der PVO ist laut Bearbeiterhinweis auszugehen.

(bb) Materielle Rechtmäßigkeit der Polizeiverordnung. Die PVO müsste auch materiell rechtmäßig sein. Fraglich ist, ob die für die Einzelfallmaßnahme relevante Regelung des § 2 PVO eine abstrakte Gefahr abwehren will und die Bestimmung der PVO den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes genügt.[65]

Es müsste zunächst eine **abstrakte Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung** bestehen, welche durch die PVO abgewehrt werden soll. Von einer abstrakten Gefahr wird gesprochen, „wenn nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bei be-

62 Statt aller *Schmidt-Aßmann/Schoch* Polizei- und Ordnungsrecht Besonderes Verwaltungsrecht 14. Aufl., Rn. 66.

63 *Dolderer* Verfassungsfragen der „Sicherheit durch Null-Toleranz" NVwZ 2001, 130 (131). In diesem Sinne auch *Zeitler/Trurnit* (Fn. 61), Rn. 912.

64 Siehe zu den Folgen der Rechtswidrigkeit von Rechtsverordnungen *Schenke* (Fn. 4), Rn. 616.

65 Vgl. auch die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit eines Alkoholverbots in einer Polizeiverordnung bei *Prümm/Thieß* Fälle mit Lösungen aus dem Sicherheits- und Ordnungsrecht 2. Auflage 2004, S. 120, 130 ff.

stimmten Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall aufzutreten pflegt".[66] Nach Inhalt und Zweck der PVO soll durch das Verbot des Konsums von Alkoholika bzw. des Mitführens von alkoholischen Getränken in Konsumabsicht in bestimmten Bereichen der Altstadt von E verhindert werden, dass es zu Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität anderer Nutzer der Straßen, Wege und Plätze kommt, § 1 Abs. 1 S. 2, S. 1 PVO.[67] Laut Sachverhalt ging die Stadt als zuständige Polizeibehörde beim Erlass der PVO von mehr als reiner Gleichzeitigkeit, sondern von einem „Wirkungszusammenhang"[68] zwischen dem Konsum von Alkohol und der Verübung von Gewaltstraftaten aus. Bestätigt sieht sich die Behörde dadurch, dass es aufgrund ähnlicher Bestimmungen in PVOen anderer Kommunen zu einer Reduzierung der Gewaltkriminalität gekommen sei. Es fragt sich, ob die Stadt von einem solchen Zusammenhang ausgehen durfte und falls nicht, ob nicht möglicherweise mit Blick auf die überdurchschnittlich hohe Anzahl an verwirklichten Gewaltstraftaten im von der PVO umfassten räumlichen Bereich der zuständigen Stelle eine Beurteilungs- bzw. Erprobungsspielraum zuzugestehen ist.

Im Gleichlauf zur konkreten erfordert auch die abstrakte Gefahr, wenn auch unter abstrakt-generellem Blickwinkel, „hinreichende Anhaltspunkte […], die den Schluss auf den drohenden Eintritt von Schäden rechtfertigen".[69] Die Abgrenzung von Fällen abstrakter zu solchen konkreter Gefahren erfolgt mithin nicht nach dem „Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, sondern durch den Bezugspunkt der Gefahrenprognose".[70] Der bloße Gefahrenverdacht und das dementsprechend in einer PVO-Regelung zum Ausdruck kommende Anliegen der Gefahrenvorsorge sind nicht ausreichend.[71] Die der Gefahrenvorhersage innewohnende Unsicherheit bezüglich des Eintritts eines Schadens ist damit abzugrenzen von der „Ungewissheit […] die bereits die tatsächlichen Grundlagen der Gefahrenprognose betrifft" also die „Erkenntnisse über die Einzelheiten der zu regelnden Sachverhalte und/oder über die maßgeblichen Kausalverläufe".[72]

Soweit zur Begründung des § 2 Abs. 1 PVO auf einen Wirkungszusammenhang zwischen dem Konsum von Alkohol und dem Verüben von Gewaltdelikten abgestellt wird, kann dem nicht gefolgt werden,[73] da eine solche Regelvermutung bereits durch

66 Statt aller *Würtenberger/Heckmann* (Fn. 5), Rn. 714 und einführend dazu *Voßkuhle* Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Gefahrbegriff im Polizei- und Ordnungsrecht JuS 2007, 908 (908 f.).

67 Vgl. auch den Beschluss des *VG Karlsruhe* NVwZ-RR 2009, 22 ff. zur Rechtmäßigkeit einer Allgemeinverfügung, welche das Mitführen und Verzehren von Alkoholika untersagte.

68 Siehe auch das entsprechende Vorbringen der Antragsgegnerin in *VGH Mannheim* VBlBW 2010, 29 (31).

69 *Ebd.*, S. 31.

70 *Ebd.*, S. 30 f.; In diesem Sinne auch *Hebeler/Schäfer* Die rechtliche Zulässigkeit von Alkoholverboten im öffentlichen Raum DVBl 2009, 1424 (1425).

71 *VGH Mannheim* (Fn. 68), S. 31.

72 So BVerwGE 116, 347 (352) zu sog. „Gefahrtier-Verordnungen".

73 A. A. wohl *Faßbender* Alkoholverbote durch Polizeiverordnungen: per se rechtswidrig? NVwZ 2009, 563 (565).

die allgemeine Lebenserfahrung als widerlegt angesehen werden muss.[74] Zu ähnlichen Befunden gelangt auch die kriminologische Forschung, welche die vermuteten Ursachenzusammenhänge regelmäßig als „Scheinzusammenhänge" entlarvt, weil sich im Alkoholrausch befindliche Täter sich im Allgemeinen „leichter überführen ließen" und allein deshalb schon häufiger in den Kriminalitätsstatistiken auftauchten.[75] Festzuhalten ist jedenfalls, dass der Konsum von Alkohol regelmäßig für sich genommen nicht zu aggressivem Verhalten führt und es entscheidend auf die weiteren „individuellen Gegebenheiten und […] situativen Einflüsse" ankommt.[76] Dementsprechend besteht auch kein derart enges Verhältnis zwischen dem Genuss von Alkoholika und einem sich anschließenden Verhalten, welches die Verübung von Gewaltdelikten infolge von gesteigerter Aggressivität umfasst, dass schon der Konsum von Alkohol für sich eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit begründet.[77] Auch kann nicht mit dem Rückgang der Gewaltdelikte in anderen Städten mit ähnlichen Regelungen argumentiert werden, wenn der Rückgang nur marginal um durchschnittlich 15 % erfolgt ist.[78] Im Ergebnis liegt damit ein bloßer Gefahrenverdacht vor, der die tatbestandlichen Voraussetzungen der § 10 Abs. 1, § 1 Abs. 1 PolG nicht erfüllt.

Der bloße Gefahrenverdacht könnte möglicherweise dennoch ausreichen, wenn der handelnden Behörde zur Gefahrenabwehr mittels abstrakt-genereller Regelungen in Brennpunkten ein Einschätzungsspielraum zukäme, um die Tauglichkeit des Instruments der PVO beim Vorgehen gegen die Folgen von übermäßigem Alkoholkonsum auf öffentlichen Straßen jedenfalls übergangsweise zu testen.[79] So ist dem Gesetzgeber ist bei Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten ein weitreichender Beurteilungsspielraum eingeräumt.[80] Maßnahmen, die dazu getroffen werden, dürfen „nicht gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich" sein.[81] Etwas anderes gilt jedoch für den Polizeiverordnungsgeber, der sich bei der Wahl der PVO als Handlungsinstrument an die gesetzliche Grundlage des § 10 Abs. 1 PolG halten muss und diesem damit, anders als dem Gesetzgeber, ein Beurteilungsspielraum gerade nicht zukommt.[82] Den Polizeibehörden ist mithin kein Erprobungsspielraum bezüglich solcher Sachverhalte zuzugestehen, in denen der Nachweis einer Gefahr noch nicht

74 *VGH Mannheim* (Fn. 68), S. 32; in die gleiche Richtung *Hebeler/Schäfer* (Fn. 70), S. 1426; *Albrecht* Kommunale Alkoholverbote Die Polizei 2011, 117 (118).

75 So auch die Erwägungen des *VGH Mannheim* (Fn. 68), S. 32.

76 *Ebd.*, S. 32; In diesem Sinne auch *Hecker* Zur neuen Debatte um Alkoholkonsumverbote im öffentlichen Raum NVwZ 2009, 1016 (1016).

77 So *Albrecht* (Fn. 74), S. 118.

78 So auch die Argumentation im Ausgangsfall *VGH Mannheim* (Fn. 68), S. 32; dazu auch *Hecker* (Fn. 76), S. 1017.

79 Siehe dazu *VGH Mannheim* (Fn. 68), S. 32.

80 BVerfGE 77, 170 (214 f.); 79, 174 (202); 85, 191 (212).

81 BVerfGE 77, 170 (215).

82 *VGH Mannheim* (Fn. 68), S. 30, 32 f.; a. A. *VGH Mannheim* NVwZ 1992, 1105 (1107) bzgl. Hundehaltungsverordnung; *Faßbender* (Fn. 73), S. 566. Davon zu unterscheiden ist der Einschätzungs- und Prognosespielraum bei der Beurteilung einer Gefahrenlage, soweit eine abstrakte Gefahr droht, so *Schoch* Verordnungen zur Gefahrenabwehr JURA 2005, 600 (603).

gelungen ist.[83] Mangels Vorliegens einer abstrakten Gefahr konnte die Regelung des § 2 Abs. 1 PVO nicht in einer Polizeiverordnung ergehen, sondern hätte als formelles Gesetz erlassen werden müssen.[84]

Im Übrigen könnte § 2 Abs. 1 PVO auch aufgrund fehlender **Bestimmtheit** unwirksam sein, da der Konsum alkoholischer Getränke jeglicher Art und das Mitführen alkoholischer Getränke in einer bestimmten Absicht geregelt werden. Das Bestimmtheitsgebot verlangt inhaltlich, dass die Bestimmung einer PVO so eindeutig ist, dass der Normunterworfene die rechtliche Situation erkennen, sein Verhalten daran anpassen[85] und die räumliche Erstreckung der Regelung erfassen kann.[86] Daraus folgt nicht, dass unbestimmte Rechtsbegriffe zur Ausgestaltung nicht verwendet werden dürften, soweit sich jedenfalls Art, Umfang und Ausmaß der Wirkungen anhand der anerkannten juristischen Auslegungsmethoden bestimmen lassen.[87] Dahingehend bestimmen sich schließlich die Anforderungen an die Intensität der Bestimmtheit nach der Intensität der Betroffenheit des Regelungsunterworfenen.[88]

§ 2 Abs. 1 Var. 1 PVO steht mit den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes in Einklang: Das Alkoholverbot ist in dieser Variante als Konsumverbot[89] ausgestaltet. Für den Normadressaten ist unzweifelhaft, was er nach dieser Regelung tun darf und was nicht, womit er sein Verhalten der Regelung entsprechend anpassen kann. Eine unterschiedliche Bewertung könnte sich jedoch bezüglich des in § 2 Abs. 1 Var. 2 PVO ergeben, soweit dort nur auf eine Absicht des Konsums und damit auf die Willensrichtung des Betroffenen abgestellt wird. Anhand der Fassung des Wortlautes der Verbotsbestimmung lässt sich für den Normunterworfenen jedoch ohne weiteres ermitteln, welche Verhaltensweisen nicht der Regelung unterfallen und daher im fraglichen Bereich (noch) erlaubt sind.[90] Mit einem Blick auf Vorschriften des Straf-

---

83 So *Hecker* (Fn. 76), S. 1018; *OVG Magdeburg* BeckRS 2010, 47490.

84 Nach geltendem Recht lassen sich Alkoholverbote nicht auf polizeirechtlichen Generalklauseln zum Erlass von Polizeiverordnungen stützen; de lege ferenda könnte jedoch in rechtlich wohl zulässiger Weise eine Generalklausel zur Gefahrenvorsorge durch den parlamentarischen Gesetzgeber geschaffen werden, so *Hebeler/Schäfer* (Fn. 70), S. 1430; a. A. *Hecker* Neue Rechtsprechung des *VGH Mannheim* zum Alkoholkonsumverbot im öffentlichen Raum NVwZ 2010, 359 (362 f.) bezüglich Alkoholkonsumverboten. Zu den Bestrebungen des Landes Baden-Württemberg, das PolG bzgl. Alkoholkonsumverboten zu ergänzen siehe *Strohs* Das baden-württembergische Alkoholverkaufsverbotsgesetz 2010, 202 (205).

85 *Schoch* (Fn. 82), S. 605; *VGH Mannheim* NJW 1984, 507 (508). Nach *Pewestorf* Anmerkung zu den Urteilen des *VHG Baden-Württemberg* vom 28.7.2009 – 1 S 2200/08 und 1 S 2340/08 DVBl 2009, 1396 (1398) muss der Adressat aus „der Norm … selbst heraus verstehen können …, welches Verhalten gefordert bzw. verboten ist".

86 *Würtenberger/Heckmann* (Fn. 4), Rn. 718 f.

87 *VGH Mannheim* (Fn. 68), S. 30.

88 *Ebd.*, S. 30.

89 Mit der Bestimmtheit des Verbots des Konsums von Alkohol in einer Polizeiverordnung beschäftigte sich der *VGH Mannheim* nicht explizit, sondern hielt lediglich fest, dass neben dem Konsumverbot „darüber hinaus" auch das Verbot der Absicht des Konsums dem Bestimmtheitsgebot genüge, *VGH Mannheim* (Fn 68), S. 30.

90 *Ebd.*, S. 30, bspw. „Durchqueren … der Örtlichkeiten mit zuvor eingekauftem Alkohol" sowie „das Verweilen" im fraglichen Bereich jeweils ohne Konsumabsicht.

rechts ergibt sich weitergehend, dass die Verwendung subjektiver Tatbestandsmerkmale keinen Bedenken ausgesetzt ist, sofern eine äußere Manifestation der Willensrichtung im Einzelfall erfolgt.[91] Bei einer solchen Interpretation kann die Regelung des § 2 Abs. 1 Var. 2 als inhaltlich noch hinreichend bestimmt angesehen werden.

Der Geltungsbereich der Verbote des § 2 Abs. 1 PVO genügt auch den räumlichen und zeitlichen Vorgaben des Bestimmtheitsgebots, soweit nach § 1 Abs. 2 das Gebiet einschließlich der dieses begrenzenden Straßen genannt, ein Lageplan nach § 1 Abs. 3 PVO beigefügt wird und die zeitliche Dimension der Regelungen anhand des § 2 Abs. 2 PVO bestimmt werden kann.[92] Zusätzliche Unwirksamkeitsgründe ergeben sich mithin nicht aus einer Verletzung des Bestimmtheitsgebots.

(cc) Zwischenergebnis: Aufgrund der materiellen Rechtswidrigkeit ist die PVO nichtig und nimmt damit nicht am Schutzgut der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung teil.

(b) Körperverletzungs- und Beleidigungsdelikte gegenüber Dritten. Die Verwirklichung von Straftaten infolge Alkoholkonsums, insbesondere der §§ 185, 223 ff. StGB begründet eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit als dadurch die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung beeinträchtigt wird.[93] Laut Sachverhalt ist es aber nicht zu körperlichen oder verbalen Ausschreitungen infolge des Alkoholkonsums seitens der Studenten gegenüber Dritten gekommen.

(c) Selbstschädigung durch den Konsum von Alkohol. Das Gut der öffentlichen Sicherheit umfasst in seiner „individualbezogenen Schutzrichtung" insbesondere Leben und Gesundheit des Einzelnen.[94] Etwaige durch den Genuss von Alkohol herbeigeführte Gesundheitsschädigungen für den Konsumenten, könnten sich aber soweit eine Beeinträchtigung Dritter ausgeschlossen ist, als Folgen einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des Rechtsgutsträgers darstellen, also Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG sein.[95] Voraussetzung wäre dafür, dass der Konsum von Alkohol in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG fällt. Die Weite des sachlichen Schutzbereichs dieses Grundrechts ist umstritten.[96]

---

91 *Ebd.*, S. 30, bspw. durch „mitgebrachte Trinkgefäße, Strohhalme, bereits geöffnete Flaschen".

92 Zur zeitlichen und räumlichen Bestimmtheit siehe auch zum Ausgangsfall *ebd.*, S. 30.

93 So *Hebeler/Schäfer* (Fn. 70), S. 1424.

94 *Würtenberger/Heckmann* (Fn. 4), Rn. 400.

95 So auch die Überlegungen von *Hebeler/Schäfer* (Fn. 70), S. 1426.

96 Verzichtet wird auf die Darstellung der sog. Persönlichkeitskerntheorie nach *Peters* Die freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung BayVBl 1965, 37 (37 ff.); *ders.* Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel in FS für Laun, 1953, S. 669 (673 f.) und wohl auch *Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts 11. Auflage (1990), Rn. 428. Eine umfängliche Darstellung des Streitstandes findet sich bei *Hebeler* 40 Probleme aus dem Staatsrecht 3. Auflage 2011, 9. Problem, S. 41 ff.

Man könnte die Grundrechtsbestimmung in einer Weise interpretieren, dass nicht jede Verhaltensweise von ihrem Schutzbereich umfasst ist, sondern nur solche, „die für die Persönlichkeitsentfaltung des einzelnen … von gewisser Relevanz" sind.[97] Diese Sichtweise kann zunächst den Wortlaut für sich anführen, der nicht die ursprünglich weite Fassung („alles zu tun und zu lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt"[98]) wiedergibt, sondern die bestehende Formulierung.[99] Daneben sprächen aber auch historische und systematische Gesichtspunkte für eine restriktive Auslegung der Norm: Wenn die Eltern des Grundgesetzes gerade besonders „herausgehobene Individualpositionen" dem Schutz einzelner konkreter grundrechtlicher Freiheitsverbürgungen unterstellen wollten, würden durch ein zu weites Schutzkonzept des Art. 2 Abs. 1 GG die sonstigen Grundrechte in ihrer Effektivität geschmälert und schließlich die allgemeine Handlungsfreiheit zu einem „Grundrecht 2. Klasse" degradiert.[100]

Andererseits könnte man Art. 2 Abs. 1 GG auch als „umfassendes Grundrecht" verstehen, von dessen Schutzbereich jegliches menschliches Verhalten erfasst wird, soweit sich der einzelne mit diesem Verhalten innerhalb der Rechtsordnung befindet.[101] Ob die jeweils in Rede stehende menschliche Verhaltensweise eine irgendwie geartete Relevanz aufweise, könne nicht entscheidend sein, da der „Begriff der Persönlichkeit … nicht auf anspruchsvolle Interessen" begrenzt werden könne.[102] Im Lichte der Menschenwürde ausgelegt ergäbe sich dadurch aus Art. 2 Abs. 1 GG zwanglos das Recht zur Selbstbestimmung bezüglich solcher Verhaltensweisen, die nicht bereits durch spezielle Grundrechtsgarantien erfasst seien.[103] Jedenfalls könne aus dem Umstand, dass die Freiheitsrechte des Grundgesetzes regelmäßig konkrete Verhaltensweisen mit Persönlichkeitsbezug schützen nicht gefolgert werden, dass außerhalb dieser Bereiche liegende menschliche Verhaltensweisen verfassungsrechtlich schutzlos stehen.[104]

Der zuletzt dargestellten Auffassung ist auch aufgrund des historischen Arguments zu folgen: durch die sprachliche Veränderung des Wortlauts sollte eine inhaltliche gerade nicht einhergehen.[105] Art. 2 Abs. 1 GG soll vielmehr eine Schutzlosstellung be-

97 *Duttge* Freiheit für alle oder allgemeine Handlungsfreiheit NJW 1997, 3353 (3355). In diesem Sinne auch *Schneider* 50 Jahre Grundgesetz – Vom westdeutschen Provisorium zur gesamtdeutschen Verfassung NJW 1999, 1497 (1499 f.) sowie *Grimm* Sondervotum zu BVerfGE 80, 137 (167).

98 Zitiert nach *Kahl* Grundfälle zu Art. 2 I GG JuS 2008, 499 (500); ähnlich *Degenhart* Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG JuS 1990, 161 (164).

99 *Duttge* (Fn. 97), S. 3354; *Grimm* (Fn. 97), S. 165.

100 So *Duttge* (Fn. 97), S. 3354.

101 So BVerwG NJW 1991, 1317 (1318).

102 So *Lindner* Die gleichheitsrechtliche Dimension des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) NJW 1998, 1208 (1209 f.).

103 *Ebd.*, S. 1209; in diesem Sinne, wenn auch ohne den Menschenwürdebezug *Erichsen* Das Grundrecht aus Art. 2 I GG JURA 1987, 367 (368).

104 *Degenhart* (Fn. 98), S. 163.

105 Dazu BVerfGE 6, 32 (36 f.); *Merten* Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit JuS 1976, 345 (345); *Kahl* (Fn. 98), S. 501.

stimmter, durch konkrete Freiheitsgarantien nicht umfasster Verhaltensweisen verhindern.[106] Dass sich demgegenüber die konkreten Freiheitsgrundrechte gerade an bestimmten menschlichen Verhaltensweisen orientieren lässt sich im Übrigen auch in Gänze nicht sagen[107] und auch nicht, dass diese nur „wertvolle"[108] Verhaltensweisen schützten. Art. 2 Abs. 1 GG schützt damit die „Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne"[109] und damit „jedes Handeln ungeachtet der jeweiligen Handlungsinhalte".[110] Der Genuss von Alkohol als Handlung mit „Selbstschädigungscharakter"[111] fällt damit nicht aus dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG.[112]

Eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit in der subjektiv-individuellen Schutzrichtung des Gutes entsteht also durch den Konsum von Alkohol nicht.[113] Dem entspricht, dass es nicht die Aufgabe der Polizei ist und auch keine Befugnis der Polizeibehörden bestehen, solche Verhaltensweisen des Einzelnen zu unterbinden, die dessen Gesundheit unzuträglich sind.[114]

(d) Volksgesundheit als Kollektivrechtsgut. Durch den Konsum von Alkohol könnte das Rechtsgut der Volksgesundheit[115] betroffen sein. Dafür müsste neben den Rechtsgütern des Einzelnen dem Begriff der öffentlichen Sicherheit auch die Gesamtheit der Rechtsgüter Einzelner also ein „kollektives Gesamtrechtsgut" unter fallen,[116] oder jedenfalls das so zu kreierende Rechtsgut „Ausprägung in der Rechtsordnung gefunden" haben,[117] um einen Bezug zur geschriebenen Rechtsordnung herzustellen. Da letztere Möglichkeit nicht in Anspruch genommen wurde, wäre ein polizeiliches Vorgehen dann möglich, wenn die Volksgesundheit als Gesamtrechtsgut neben den Rechtsgütern Einzelner als Teilaspekt der öffentlichen Sicherheit anerkannt wäre.[118] Dies ist jedoch für den Alkoholkonsum schon deshalb zu verneinen, weil bereits das fragliche Individualrechtsgut – hier die Gesundheit der einzelnen Alkoholkonsumenten – nicht dem

106 *Erichsen* (Fn. 103), S. 368.
107 *Kube* Die Elfes-Konstruktion JuS 2003, 111 (112).
108 *Kahl* (Fn. 98), S. 502.
109 Vgl. nur BVerfGE 6, 32 (36); 96, 10 (21); 97, 332 (340).
110 *Kube* (Fn. 107), S. 112.
111 Dazu *Hohmann/Matt* Ist die Strafbarkeit der Selbstschädigung verfassungswidrig? – BGH NJW 1992, 2975 JuS 1993, 370 (373).
112 BVerwG (Fn. 101), S. 1318; *Schoch* (Fn. 62), Rn. 74; *Zeitler/Trurnit* (Fn. 61), Rn. 169; *Kahl* (Fn. 98), S. 504. A. A. *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 7), § 8 Rn. 27 f. – Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Ablehnung gegenüber einem „Recht auf Rausch" BVerfGE 90, 145 (172).
113 So auch schon *VGH Mannheim* VBlBW 1999, 101 (104).
114 So *Kohl* Zulässigkeit ordnungsrechtlicher Maßnahmen gegen Obdachlose in den Städten – Unter besonderer Berücksichtigung von Alkoholverboten aufgrund straßenrechtlicher Sondernutzungssatzungen NVwZ 1991, 620 (623).
115 Siehe weiterführend zu diesem Begriff *Frenzel* Die „Volksgesundheit" in der Grundrechtsdogmatik DÖV 2007, 243 ff.
116 So *Götz* Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht 12. Auflage (1995), Rn. 115; anders jetzt *ders.* Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht 14. Auflage (2008) § 4 Rn. 33.
117 So *Schoch* (Fn. 62), Rn. 78.
118 Kritisch gegenüber einer solchen Vorgehensweise *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 7), § 8 Rn. 9.

Schutz der öffentlichen Sicherheit unterfällt, erst Recht nicht die Zusammenfassung gerade nicht erfasster Individualrechtsgüter ein Rechtsgut i. S. der öffentlichen Sicherheit ergeben kann.[119] Die Volksgesundheit ist damit nicht vom Schutzgut der öffentlichen Sicherheit erfasst.

(e) Verletzung des § 118 Abs. 1 OWiG. Der Konsum von Alkohol in der Öffentlichkeit könnte eine grob ungehörige Handlung darstellen und infolge dessen den Tatbestand der Belästigung gem. § 118 Abs. 1 OWiG erfüllen. Der Begriff der grob ungehörigen Handlung nach § 118 Abs. 1 OWiG setzt voraus, dass die Handlung nach „Art und Weise gegen anerkannte Regeln von Sitte, Anstand und Ordnung in einem Ausmaß verstößt, dass die Allgemeinheit … unmittelbar physisch oder psychisch gefährdet oder belästigt und zugleich die öffentliche Ordnung beeinträchtigt wird oder dies zumindest als möglich erscheint".[120] Um belästigend zu wirken, muss die Handlung „bei anderen ein nicht nur geringfügiges körperliches oder seelisches Unbehagen" erzeugen.[121] Der öffentliche Konsum von Alkohol kann heute als allgemein anerkannt angesehen werden, so dass eine grob ungehörige Handlung gem. § 118 Abs. 1 OWiG nicht gegeben ist.[122]

(f) Verletzung des § 16 StrG. A, B und C, die den Alkohol auf der öffentlichen Straße konsumierten, könnten mit diesem Verhalten die rechtlichen Grenzen des straßenrechtlichen Gemeingebrauchs i. S. des § 13 Abs. 1 StrG überschritten und mangels zuvor eingeholter Sondernutzungserlaubnis, § 16 Abs. 1 StrG, die öffentliche Sicherheit unter dem Teilaspekt der geschriebenen Rechtsordnung beeinträchtigt haben. Gem. § 13 Abs. 1 S. 1 StrG ist der Gebrauch der öffentlichen Straßen jedermann gestattet, wobei dieser Gemeingebrauch nach S. 2 seine Grenzen im Gemeingebrauch der Straße durch andere findet. Der Gemeingebrauch bezieht sich einerseits auf die reine Nutzung der Straßen zur Ortsveränderung bezogen auf Personen oder Sachen sowie daneben auf den sog. kommunikativen Verkehr,[123] welcher „dem zeitweiligen Aufenthalt von Menschen, ihrer Erholung, der Kontaktaufnahme untereinander und ihrer Kommunikation" auf der Straße dient.[124] Der Begriff des Gemeingebrauchs löst sich damit vom klassischen Verständnis des Verkehrs und erstreckt sich auch auf ein Verhalten, das mit der reinen Veränderung des Aufenthaltsortes nichts zu tun hat.[125] Soweit bei diesem Begriffsverständnis der Gemeingebrauch auch die Zusichnahme von Lebensmitteln auf öffentlichen Straßen einschließt, kann es eine Differenzierung in diesem Punkt bezüglich des Konsums von Alkohol nicht

119 Im Ergebnis schon ebd., § 8 Rn. 8 f. unter Verweis auf historische und systematische Aspekte.
120 *Bohnert* OWiG Kommentar 3. Auflage, § 118 Rn. 4.
121 *Ebd.*, § 118 Rn. 7.
122 *VGH Mannheim* (Fn. 113), S. 103.
123 Dazu *Schmitz* Straßen- und polizeirechtliches Vorgehen gegen Randgruppen (Bettler, Land- und Stadtstreicher), Diss. Mainz 2003, S. 54 ff.
124 *Hebeler/Schäfer* (Fn. 70), S. 1428; in diesem Sinne auch *Kohl* (Fn. 114), S. 624.
125 So *OLG Saarbrücken* NJW 1998, 251 (252).

geben.[126] Der Konsum von Alkohol auf öffentlichen Straßen ist damit nicht erlaubnispflichtig und daher noch Gemeingebrauch.[127] Die Studenten befanden sich mit ihrem Verhalten nicht außerhalb des § 13 Abs. 1 StrG und haben somit auch nicht gegen § 16 Abs. 1 StrG verstoßen.

(g) Verletzung des § 9 Abs. 1 Nr. 2 JSchG. Durch den Bierkonsum in der Öffentlichkeit könnten die Studenten gegen § 9 Abs. 1 Nr. 1 JSchG verstoßen haben. Tatbestandlich geht es vorliegend um den Verzehr von anderen alkoholischen Getränken als den in § 9 Abs. 1 Nr. 1 JSchG (Branntwein bzw. branntweinhaltige Getränke) genannten, in der Öffentlichkeit. Ob im vorliegenden Fall der Tatbestand der Norm schon deshalb nicht erfüllt ist, weil die Norm sich an Alkoholabgabestellen also Gaststätten, Verkaufsstellen richtet,[128] kann dahinstehen, als jedenfalls die Studenten bei lebensnaher Auslegung des Sachverhalts nicht mehr Kinder oder Jugendliche unter 16 Jahren i. S. der §§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 JSchG sind und schon aus diesem Grund ein Verstoß gegen das JSchG ausscheidet.

(h) Zwischenergebnis. Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit[129] wird durch den Alkoholkonsum der drei Studenten auf den Straßen Es in der Altstadt nicht berührt.

(2) Schutzgut öffentliche Ordnung

Der Konsum von Alkohol in der Öffentlichkeit könnte eine Gefahr für das polizeiliche Schutzgut der öffentlichen Ordnung begründen. Der verfassungsrechtlich umstrittene[130] Begriff der öffentlichen Ordnung umfasst all die Regeln, „deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches Miteinander der innerhalb eines Polizeibezirks wohnenden Menschen, angesehen wird".[131] Eine ungeschriebene, das Miteinander von Menschen normierende Bestimmung, wonach öffentlicher Alkoholkonsum notwendigerweise zur Sicherung eines friedlichen Zusammenlebens zu verbieten sei, existiert allerdings nicht.[132] Man wird gerade im Gegenteil mit Blick auf

126 *Kohl* (Fn. 114), S. 627; *Hebeler/Schäfer* (Fn. 70), S. 1428 mit Verweis auf a. A. *BayVGH* Beschl. v. 27.10.1982, Az. 8 N 82 A 277.

127 *Hecker* (Fn. 84), S. 363; *OLG Hamm* NVwZ 2010, 1319 (1320). So auch *VGH Mannheim* (Fn. 113), S. 103 und *OLG Saarbrücken* (Fn. 125), S. 252, beide Entscheidungen bezüglich „Niederlassen zum Alkoholgenuss".

128 So *Hebeler/Schäfer* (Fn. 70), S. 1429; a. A. wohl *VGH Mannheim* (Fn. 68), S. 33.

129 Das in Baden-Württemberg geschaffene Alkoholverkaufsverbotsgesetz, eingefügt u. a. in § 3a LadÖfG, kann vorliegend nicht als Teil der geschriebenen Rechtsordnung herangezogen werden, richtet sich dies doch gegen den Verkauf, nicht aber (direkt) gegen den Konsum von Alkohol. Siehe zu diesem Gesetz und den dazu bereits ergangenen Beschlüsse des BVerfG weiterführend *Muckel* Nächtliches Verkaufsverbot für Alkohol in Baden-Württemberg JA 2011, 237–239 sowie *Strohs* Nächtliches Alkoholverkaufsverbot in Baden-Württemberg KomJur 2010, 201–208 und *ders.* (Fn. 84), S. 202–206.

130 Dazu *Finger* Sicherheit, Sauberkeit und Ordnung im urbanen Raum Die Verwaltung 2007, 105 (108 f.) m. w. N.

131 Siehe nur *Schenke* (Fn. 4), Rn. 63.

132 So *Hebeler/Schäfer* (Fn. 70), S. 1427.

den zum Teil erheblichen Konsum von Alkohol bei Volksfestivitäten und sonstigen gesellschaftlichen Anlässen in der Öffentlichkeit von einer diesbezüglich bestehenden allgemeinen Akzeptanz ausgehen können.[133] In diesem Sinne trifft auch die Feststellung zu, dass der Konsum von Alkohol – auch in der Öffentlichkeit – nicht lediglich ein geduldetes sondern „ein weitverbreitetes und allgemein akzeptiertes Verhalten“[134] darstellt. Die Studenten begründeten damit durch ihr Verhalten auch keine Gefahr für das Schutzgut der öffentlichen Ordnung.

(3) Zwischenergebnis

Es kann damit festgestellt werden, dass durch den Alkoholkonsum der Studenten weder das polizeiliche Schutzgut der öffentlichen Sicherheit noch das der öffentlichen Ordnung betroffen ist. Damit war die Ermächtigungsgrundlage des § 26 Abs. 2 S. 2, 1 Abs. 1 Nr. 1 PolG nicht erfüllt, die Maßnahme rechtswidrig.

b) Rechtsverletzung

Als Adressaten einer rechtswidrigen hoheitlichen Maßnahme sind A, B und C in ihren Rechten aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.

c) Ergebnis

Die Klagen gegen die Identitätsfeststellung sind zulässig und begründet.

2. Durchsuchung

a) Rechtmäßigkeit der Durchsuchung

Die Durchsuchungen der drei Studenten waren rechtmäßig, wenn sie aufgrund einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage vorgenommen wurden und nicht aus formellen oder materiellen Gründen rechtswidrig waren.

aa) Rechtsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt zunächst § 29 Abs. 1 PolG in Betracht, wonach u. a. in rechtlich zulässiger Weise festgehaltene Personen untersucht werden können. Der Sinn und Zweck der Vorschrift wird insbesondere im Aufspüren von Sachen, die vom Betroffenen selbst nicht aufgedeckt werden, gesehen.[135] In Abgrenzung zur Untersuchung, § 36 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 3 PolG bzw. § 81a StPO, ist die Untersuchung allein auf die „Körperoberfläche und die natürlichen Körperöffnungen“ gerichtet.[136] Für das Vorgehen der Polizei zum Auffinden der Personalausweise war damit § 29 Abs. 1 Nr. 1 PolG grundsätzlich einschlägig. Für den Bereich der Personenfeststellung wurde allerdings i.R. einer Gesetzesänderung in § 26 Abs. 2 S. 3 PolG nunmehr aus-

133 *Finger* (Fn. 130), S. 114.
134 *Faßbender* (Fn. 73), S. 564; ähnlich schon *VGH Mannheim* (Fn. 113), S. 103.
135 So *Ruder/Schmitt* (Fn. 2), Rn. 584.
136 Siehe nur *Würtenberger/Heckmann* (Fn. 4), Rn. 364.

drücklich eine Rechtsgrundlage für die Durchsuchung von Personen zur Identitätsfeststellung geschaffen.[137] Aufgrund des Sachzusammenhangs verdrängt diese Norm bei Personenfeststellungen den § 29 Abs. 1 Nr. 1 PolG.

bb) Formelle Rechtmäßigkeit

B1 und B2 waren als Polizeivollzugsbeamte nach § 60 Abs. 3, § 26 Abs. 2 S. 3, Abs. 1 PolG zuständig. Sonstige Gründe, die an der formellen Rechtmäßigkeit zweifeln lassen könnten, sind nicht ersichtlich.

cc) Materielle Rechtmäßigkeit

Die Durchsuchungen der drei Studenten nach Personalausweisen müssten auch materiell rechtmäßig, insbesondere § 26 Abs. 2 S. 1, 3, Abs. 1 Nr. 1 PolG tatbestandlich erfüllt gewesen sein. Wie bereits i. R. der Identitätsfeststellung geprüft, wurden die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung vom Verhalten der Studenten nicht tangiert.[138] Die polizeilichen Maßnahmen konnten damit nicht auf § 26 Abs. 2 S. 3, 1 PolG gestützt werden. Die Durchsuchungen waren aus materiellen Gründen rechtswidrig.

b) Zwischenergebnis

Da die die Studenten als Adressaten der polizeilichen Maßnahmen auch in ihren Rechten aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt sind, sind auch die Klagen gegen die Durchsuchungen begründet.

3. Ergebnis

Die Klagen der Studenten gegen die Identitätsfeststellungen und Durchsuchungen hätten Aussicht auf Erfolg.

Fortsetzung

Die Annahme des J ist zutreffend, wenn die als Allgemeinverfügung bezeichnete Maßnahme nicht auf eine taugliche Ermächtigungsgrundlage zurückzuführen oder formell bzw. materiell rechtswidrig ist.

I. Ermächtigungsgrundlage

Die als Allgemeinverfügung getroffene Regelung konnte mangels Eingreifens sondergesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen, wie beispielsweise solchen des StrG bzw.

137 Vgl. *Ruder/Schmitt* (Fn. 2), Rn. 559.
138 Siehe dazu oben Abschnitt III. 1. a) cc) (3).

der StVO und subsidiär der Standardbefugnisse nach §§ 26 ff. PolG, auf §§ 3, 1 PolG gestützt werden.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Nach §§ 3, 1 PolG ist die Polizei zur Gefahrenabwehr berufen. Nach der Zuständigkeitsregel des § 60 Abs. 1 PolG sind sachlich[139] zunächst die Polizeibehörden zuständig. Dies sind, soweit nichts anderes bestimmt ist, die Gemeinden als Ortspolizeibehörden, §§ 66 Abs. 2, 62 Abs. 4 S. 1 PolG. Im Stadtkreis E ist der Oberbürgermeister, §§ 42 Abs. 3, 3 Abs. 1 GemO zur Wahrnehmung der polizeilichen Aufgaben nach § 62 Abs. 4 S. 2 PolG, § 2 Abs. 3, 44 Abs. 3 S. 1 GemO zuständig. Sonstige Gründe, die der formellen Rechtmäßigkeit der Allgemeinverfügung entgegenstehen, sind nicht ersichtlich.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Voraussetzungen einer Allgemeinverfügung

Inhaltlich müsste die Stadt E eine Allgemeinverfügung und keine Rechtsnorm erlassen haben. Lagen die Voraussetzungen einer Allgemeinverfügung nicht vor, hätte die Stadt ihr Vorgehen auf die falsche Rechtsgrundlage gestützt. Konstellationen wie der vorliegenden könnte durch Rechtsnormen zu begegnen sein, beispielsweise mittels Polizeiverordnungen, weil die in Anspruch zu nehmenden Personen zum Zeitpunkt des Erlasses der Maßnahme noch nicht konkretisiert sind. Anders als eine Norm setzt ein Verwaltungsakt eine konkret-individuelle Regelung voraus, wobei sich aus § 35 S. 2 LVwVfG bezüglich Allgemeinverfügungen ergibt, dass die Bestimmbarkeit der Adressaten der Regelung nach allgemeinen Merkmalen ausreicht, soweit jedenfalls ein konkreter Einzelfall geregelt wird.[140] Durch die als Allgemeinverfügung bezeichnete Regelung der Stadt E soll das Mitführen von Glasflaschen bzw. -behältern durch Besucher des Festes „Heißer Herbst“ an einem ganz bestimmten Ort, zu einer ganz bestimmten Zeit geregelt werden.[141] Wenn auch die Personen noch nicht bestimmt sind, soll also mit der Maßnahme ein ganz konkreter Sachverhalt rechtlich erfasst werden. Im Ergebnis handelt es sich folglich um eine personenbezogene Allgemeinverfügung i. S. des § 35 S. 2 Var. 1 LVwVfG.[142]

---

139 Die örtliche Zuständigkeit der Polizeibehörden richtet sich nach § 68 PolG.

140 Vgl. *Ziekow* (Fn. 18), § 35 Rn. 38 f.

141 So zum Ausgangsfall für den Kölner Karneval *VG Köln* Urteil vom 16.9.2010 Az. 20 K 441/10 BeckRS 2010, 52 902 mit Verweis auf *VG Köln* Beschl. v. 3.2.2010 – Az. 20 L 88/10 (BeckRS 2010, 46 056). Siehe dazu auch die klausurmäßige Bearbeitung der genannten Entscheidung von *Scharpf* Fortgeschrittenenklausur – Öffentliches Recht: Polizeirechtliche Allgemeinverfügung – Närrische Trinkgewohnheiten JuS 2011, 528 (530).

142 So für den Ausgangsfall *VG Köln* (Fn. 142), BeckRS 2010, 52902.

b) Konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung

Mit dem in der Allgemeinverfügung geregelten Verbot des Mitführens von Glasbehältern in der Stresemannstraße zur Zeit des „Heißen Herbstes" müsste eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abgewehrt werden. Durch die fragliche Regelung sollen Schnittverletzungen der Passanten und Reifenschäden an Rettungsfahrzeugen sowie an solchen der Lieferanten verhindert werden.[143] Erfasst ist somit das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit in seiner individuellen Schutzrichtung, da es um die Gesundheit und das Eigentum Privater geht. Bezüglich der Einsatzfahrzeuge der Rettungsdienste ist darüber hinaus das gemeinschaftsbezogene Schutzgut des Bestandes der Einrichtungen des Staates betroffen.[144]

Von dem im Sachverhalt dargestellten „Ozean aus Scherben" müsste eine konkrete Gefahr für die genannten Schutzgüter ausgehen. Eine konkrete Gefahr liegt vor, bei Konstellationen, „die bei ungehindertem, nach der Prognose der Polizei zu erwartendem Geschehensablauf in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden führen", also „die geschützten Güter verletzt bzw. vermindert werden" können.[145] Für die Verlaufsprognose kommt es auf die ex-ante-Sicht eines Beamten an.[146] Auch wenn die Wahrscheinlichkeitsprognose im Verhältnis zwischen Rang des Rechtsguts und Höhe des zu erwatenden Schadens vorzunehmen ist, darf dennoch im Einzelfall nicht lediglich die Möglichkeit eines Schadens und damit ein bloßer Gefahrenverdacht bestehen, wenn endgültige und nicht lediglich sog. Gefahrerforschungsmaßnahmen getroffen werden sollen.[147] Ein Vorgehen gegen ein solches „Besorgnispotential" ist mittels des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts nicht möglich.[148]

Grundsätzlich wird mit dem Mitführen als auch dem Benutzen der Glasbehälter „für sich genommen" die Gefahr für die polizeilichen Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung noch nicht begründet, erforderlich ist darüber hinausgehend auch das ordnungswidrige Entsorgen der Glasgegenstände.[149] Regelmäßig stellt selbst dies aber nur eine notwendige, nicht aber schon eine hinreichende Bedingung dar: Voraussetzung ist weiter der Bruch des Glases bzw. beim Einsatz des Behältnisses als Waffe ein feindseliger Willensentschluss zur Begehung einer Straftat.[150] Kon-

143 So die Begründungserwägungen der Beklagten im Ausgangsfall *VG Köln* (Fn. 141), BeckRS 2010, 52 902.

144 So auch *Scharpf* (Fn. 141), S. 531 unter Verweis auf §§ 2 Abs. 1, 3 RDG BW. Siehe zu den Einrichtungen des Staates bei *Schoch* (Fn. 62), Rn. 75.

145 Statt aller *Würtenberger/Heckmann* (Fn. 4), Rn. 411.

146 *Würtenberger/Heckmann* (Fn. 4), Rn. 416.

147 *Ebd.*, Rn. 417, 420.

148 Vgl. *VG Köln* Beschl. v. 4.2.2010 Az. 20 L 114/10 BeckRS 2010, 46 162; *VG Köln* (Fn. 142) BeckRS 2010, 52 902; *VG Köln* (Fn. 141), BeckRS 2010, 46 056; vgl. aber auch *Durner* Glasverbot im Kölner Karneval JA 2010, 398 (400).

149 *VG Köln* (Fn. 148), BeckRS 2010, 46 162; *VG Köln* (Fn. 141), BeckRS 2010, 52 902; *VG Köln* (Fn. 141), BeckRS 2010, 46056; *OVG Münster* Beschl. v. 9.11.2010 Az. 5 B 1475/10, BeckRS 2010, 55 658.

150 *VG Köln* (Fn. 148), BeckRS 2010, 46 162; *VG Köln* (Fn. 141), BeckRS 2010, 52 902; *VG Köln* (Fn. 141), BeckRS 2010, 46056; a. A. OVG Münster (Fn. 150), BeckRS 2010, 55 658.

stellationen wie die vorliegende sind mithin zu „vielschichtig“,[151] als dass man vom Gegebensein eines Kausalzusammenhangs zwischen Mitnahme von Glasbehältern und späterem Glasbruch ausgehen könne.[152] Etwas anderes könnte sich jedoch aus den konkreten Umständen[153] des „Heißen Herbstes“ ergeben. Bei dieser Veranstaltung drängen sich Menschenmengen durch die Innenstadt von E, speziell durch die aufgrund der baulichen Beschaffenheit bereits verengte Fußgängerzone. Soweit es in einer solchen Konstellation bei Stürzen einzelner Personen zu Schnittverletzungen kommt und auch Einsatz- und sonstige Anliegerfahrzeuge beschädigt werden, stellt sich der dann aufgrund der Masse des auf dem Boden liegenden zerbrochenen Glases vorhandene „Ozean aus Scherben“ als Störung der öffentlichen Sicherheit infolge des Benutzens von Glasbehältern dar.[154] Unberührt bleibt davon der Umstand, dass eine konkrete Gefahr jedenfalls mit dem unachtsamen Wurf der Flaschen in die Menge oder gar mit dem Einsatz der Glasbehälter in Auseinandersetzungen gegeben ist.[155] Eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit lag damit vor.[156]

c) Störerauswahl

Die von der Allgemeinverfügung betroffenen Personen müssten rechtmäßig als Störer heranzuziehen sein. Laut der Begründung soll mit der Regelung ein Vorgehen gegen solche Personen von vornherein außer Betracht bleiben, die die Glasbehälter bewusst stehen- bzw. fallen- bzw. aus Gleichgültigkeit zurücklassen oder die Flaschen gar als Waffen einsetzen: bei der unübersehbaren Anzahl an Festbesuchern sei ein Vorgehen gegen diese Personen aussichtslos.[157] Die Verbotsregelung richtet sich damit von Anfang an nicht gegen solche Personen, die als Verhaltens- bzw. Zustandsstörer i. S. der §§ 6 und 7 PolG polizeirechtlich herangezogen werden könnten,[158] vielmehr soll die Allgemeinverfügung eine Inanspruchnahme von Nichtstörern nach § 9 PolG ermöglichen. Aus dem Wortlaut dieser Vorschrift, wonach andere als in §§ 6, 7 PolG genannte Personen nur zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden

151 *VG Köln* (Fn. 148) BeckRS 2010, 46 162; *VG Köln* (Fn. 141), BeckRS 2010, 46 056.

152 *VG Köln* (Fn. 148), BeckRS 2010, 46 162; vgl. auch *VG Köln* (Fn. 141), BeckRS 2010, 52 902 wonach der „allgemeine Kausalzusammenhang“ zwischen dem Vorhandensein von Glas und den fraglichen Sach- und Personenschäden nicht für eine „hinreichende Wahrscheinlichkeit im Sinne des ordnungsrechtlichen Gefahrenbegriffs“ ausreiche.

153 So auch *OVG Münster* Beschl. v. 10.2.2010 Az. 5 B 119/10, BeckRS 2010, 46 197 das im Ausgangsfall auf die „besonderen Verhältnisse des Kölner Straßenkarnevals“ abstellte.

154 So *OVG Münster* (Fn. 149), BeckRS 2010, 55 658 für den Kölner Karneval, wobei nach Auffassung des Gerichts diese Konstellation „nicht ohne weiteres auf andere Großveranstaltungen übertragbar sein dürfte“; vgl. auch zum methodischen Vorgehen des *OVG Münster Waldhoff* Polizeirecht: Gefahr JuS 2010, 1132 (1133 f.).

155 So *OVG Münster* (Fn. 149).

156 A. A. *Scharpf* (Fn. 141), S. 532/Fn. 40; *VG Osnabrück* Beschl. v. 11.2.2010 Az. 6 B 9/10, BeckRS 2010, 47 446.

157 So auch die Begründung der Beklagten im Ausgangsfall *VG Köln* (Fn. 141), BeckRS 2010, 52 902.

158 Dazu für den Ausgangsfall *VG Köln* (Fn. 148), BeckRS 2010, 46 162.

oder bereits eingetretenen Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung herangezogen werden können, ergibt sich die „Nachrangigkeit der Inanspruchnahme Unbeteiligter".[159] Eine unmittelbar bevorstehende Störung wird angenommen, wenn eine besondere zeitliche Nähe zum Schadenseintritt am polizeilichen Schutzgut besteht, es mithin zu einer Störung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit kommen wird.[160] Konsequenz der nachrangigen Inanspruchnahme des Nichtstörers ist eine umfassende Bewertung der Umstände des Einzelfalles durch die Polizei, ob nicht doch mit eigenen Mitteln oder unter Heranziehung der Personen nach §§ 6, 7 PolG die qualifizierte Gefahr bzw. Störung abgewendet werden kann.[161]

Nach der Regelung der Allgemeinverfügung können Maßnahmen gegenüber allen sich im fraglichen Bereich zur fraglichen Zeit aufhaltenden Personen, die Glasbehältnisse mitführen oder benutzen, getroffen werden. Wie gezeigt, stellt bereits das Mitführen eine Gefahr dar.[162] Da in besonderer zeitlicher Nähe auf das Mitführen der Glasbruch folgt, liegt auch eine unmittelbare Gefahr für die geschützten Rechtsgüter vor: Die schiere Anzahl des zerbrochenen Glases lässt nach polizeilicher Erfahrung darauf schließen, dass jeder Besucher, die von ihm mitgeführten Behältnisse mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit stehen- bzw. fallenlassen wird.[163] Das Vorgehen gegen Einzelne ist demgegenüber aufgrund der Umstände der Veranstaltung – fehlende Übersichtlichkeit aufgrund der beengten Straßenverhältnisse und der Menschenmassen – nicht erfolgversprechend.[164] Sonstige Maßnahmen haben sich als ungeeignet erwiesen, die unmittelbar bevorstehende Gefahr konnte damit nicht auf andere Weise abgewehrt werden. Der E ging es mit dem Erlass der Verfügung auch nicht darum, lediglich ihr Tätigwerden zu erleichtern.[165] Somit können auch Nichtstörer zulässiger Weise nach § 9 PolG in Anspruch genommen werden.[166]

159 *Ruder/Schmitt* (Fn. 2), Rn. 283.

160 Statt aller *Würtenberger/Heckmann* (Fn. 4), Rn. 474.

161 *Ruder/Schmitt* (Fn. 2), Rn. 283.

162 Siehe oben Abschnitt III. 1. b).

163 A. A. *VG Köln* (Fn. 149), BeckRS 2010, 46 162, wonach ein „Erfahrungssatz" der ordnungswidrigen Entsorgung der Behältnisse für den Kölner Karneval nicht angenommen werden könne; *VG Köln* (Fn. 141) BeckRS 2010, 52 902; *VG Köln* (Fn. 141) BeckRS 2010, 46 056; in diesem Sinne auch *Scharpf* (Fn. 141), S. 532.

164 In diesem Sinne die Begründungserwägungen der Beklagten im Ausgangsfall *VG Köln* (Fn. 141), BeckRS 2010, 52 902; vgl. auch *Durner* (Fn. 148), S. 400.

165 Zur Unzulässigkeit eines solchen Zwecks *VG Köln* (Fn. 148), BeckRS 2010, 46 162; *VG Köln* (Fn. 141), BeckRS 2010, 46056.

166 Im Ausgangsfall wurde die Inanspruchnahme von Nichtstörern durch das *VG Köln* verneint (Fn. 149), BeckRS 2010, 46162. Das *OVG Münster* (Fn. 154), BeckRS 2010, 46 197 ließ im Eilverfahren als Beschwerdeinstanz diese Frage offen, vgl. auch *Waldhoff* (Fn. 155), S. 1133. Beide Entscheidungen hatten § 19 Abs. 1 Nr. 1 OBG NRW zum Gegenstand, der

d) Verhältnismäßigkeit

Das Verbot des Mitführens und Benutzens von Glasbehältnissen während der Zeit des „Heißen Herbstes" auf dem Festgelände müsste auch verhältnismäßig sein. Wie dargelegt dient die Regelung der Verhinderung von Schnittverletzungen und damit dem Schutz der körperlichen Integrität von Personen und der stofflichen Integrität von Sachen sowie dem Schutz der Einrichtungen des Staates. Die E verfolgt daher mit der Regelung legitime Zwecke.

Zur Erreichung dieser Zwecke ist das durch die Allgemeinverfügung ergangene Verbot auch nicht ungeeignet: Zwar ist die Möglichkeit eines bloßen „Verdrängungseffekts"[167] durch die Sperrzone und dem einhergehenden Glasbruch in anderen Bereichen der Innenstadt von E nicht von vornherein auszuschließen, ist aber anzunehmen, dass der Anreiz, in diesen zur Zeit des „Heißen Herbstes" weniger belebten Ecken der Stadt Getränke aus Glasflaschen zu konsumieren und diese anschließend stehenzulassen deutlich geringer ist, als in den von der Allgemeinverfügung erfassten Bereichen. Wenn darüber hinaus die Geeignetheit des Verbots auch in erheblichem Maße von der Vollziehung im Einzelfall abhängt,[168] lässt sich doch aufgrund der Erfahrungen mit dem Schutzkonzept in der Nachbarkommune davon ausgehen, dass die Zahl der Schnittverletzungen zurückgehen wird.[169]

Fraglich ist, ob nicht unter dem Aspekt der Erforderlichkeit mildere, aber ebenso effektive Mittel bestehen, um der Gefahr zu begegnen:

Denkbar wäre die Vornahme von Durchsuchungen an einzurichtenden Kontrollstellen an den Zugängen zur Fußgängerzone, wodurch die Glasbehälter erst gar nicht in den zu schützenden Bereich gelängen. Eine solche Maßnahme wäre zwar effektiver, aufgrund der Grundrechtsrelevanz aber nicht ebenso mild wie die fragliche Verbotsverfügung. Eine Beschränkung des Verbots auf das Mitführen nur einzelner Glasgegenstände wäre demgegenüber zwar milder und verhinderte ein „Scherbenozean", ist aber weniger effektiv. Dies gilt in gleichem Maße für das Mitführen von Behältnissen ausschließlich zu bestimmten Zeiten.

In Betracht kommt auch das vermehrte Aufstellen von Glascontainern im fraglichen Bereich, bzw. der massierte Einsatz sog. Flaschensammler oder von Kehrmaschinen

---

eine gegenwärtige (erhebliche) Gefahr voraussetzt. Dieser Begriff deckt sich begrifflich nicht mit der unmittelbar bevorstehenden Störung i. S. des § 9 Abs. 1 PolG. Auch das PolG BW kennt den Begriff der gegenwärtigen Gefahr, vgl. § 54 Abs. 2. Eine inhaltliche Unterscheidung der vom PolG BW verwendeten Begriffe dürfte aber wohl zu verneinen sein, *Ruder/Schmitt* (Fn. 2), Rn. 219.

167 Siehe das entsprechende Vorbringen des Klägers im Ausgangsfall *VG Köln* (Fn. 141), BeckRS 2010, 52 902.

168 Zur nur beschränkten Durchsetzungs- und Kontrollmöglichkeit eines Glasflaschenverbots *Scharpf* (Fn. 141), S. 533.

169 Ähnlich argumentierte auch das *OVG Münster* (Fn. 153), BeckRS 2010, 46 197, das für die Geeignetheit des Glasverbots im Kölner Straßenkarneval auf die Erfahrungen bei der „Loveparade" in Dortmund abstellte.

während der Feierlichkeiten.[170] Auch hier scheint die Effektivität fraglich: So werden die Flaschensammler während der Festivitäten wohl aufgrund der Menschenmassen an ihrer Arbeit behindert und der Einsatz der Maschinen wird erst nach bzw. zwischen den Feierlichkeiten möglich sein.[171] In der Zeit, in der die Schnittverletzungen am häufigsten auftreten verbleibt damit allein die Möglichkeit des Einsatzes von Glascontainern. Die Erfahrungen der vergangenen Jahre haben allerdings gezeigt, dass der Anreiz diese in Anspruch zu nehmen bei den Feiernden nur gering vorhanden ist.[172] Das Mitführverbot ist damit auch geeignet.[173]

Das Verbot müsste auch verhältnismäßig im engeren Sinne also angemessen sein. Die Verfügung wäre insbesondere unangemessen, wenn den Besuchern der Veranstaltung jegliches Mitführen von Getränkebehältnissen untersagt würde. Derart restriktiv ist die Allgemeinverfügung aber nicht angelegt. Dem Besucher wird nur das Mitführen von Glasbehältern untersagt und dies auch nur in einzelnen Bereichen der Innenstadt, wenn auch bezüglich des gesamten Festareals zur gesamten Festzeit. Der einzelne Festbesucher wird dadurch in seinem Freiheitsbereich aber nicht übermäßig eingeschränkt, da ihm die Möglichkeit verbleibt, von ihm zu konsumierenden Getränke aus anderen Behältnissen zu genießen und diese mitzuführen.[174] Die von der Stadt E getroffene Regelung ist damit auch angemessen und insgesamt als verhältnismäßig anzusehen.

2. Zwischenergebnis

Die Allgemeinverfügung der Stadt E ist rechtmäßig.[175]

IV. Endergebnis

Die Auffassung des J ist unzutreffend.

---

170 Siehe zu entsprechenden Maßnahmen für den Ausgangsfall *VG Köln* (Fn. 141), das über die (bezweifelte) Verhältnismäßigkeit einer ähnlichen Allgemeinverfügung jedoch nicht entschied.

171 Vgl. auch die Begründungserwägungen der Beklagten im Ausgangsfall *VG Köln* (Fn. 141).

172 So auch die Bewertung der Situation des Kölner Straßenkarnevals durch die Beklagte im Ausgangsfall, *VG Köln* (Fn. 141).

173 Zu sonstigen milderen Mitteln neben den bereits genannten siehe *Scharpf* (Fn. 141), S. 533.

174 Siehe die entsprechende Argumentation des *OVG Münster* (Fn. 150 und 153).

175 Auf eine Prüfung fehlerfreier Ermessensausübung wurde vorliegend verzichtet. Dass vorliegend die Polizei überhaupt nicht tätig werden durfte (Entschließungsermessen) ist nicht ersichtlich. Unter dem Aspekt des Auswahlermessens hätte die Heranziehung von Nichtstörern als auch die Verhältnismäßigkeit diskutiert werden können, was vorliegend separat erfolgt ist.

Fälle mustergültig lösen

Die Reihe „Schwerpunkte Klausurenkurs“

- Einführung in die Technik des Klausurenschreibens
- Musterklausuren exemplarisch gelöst
- realistische Prüfungsanforderungen als Maßstab

Prof. Dr. Ulrich Falk/Dr. Birgit Schneider
Klausurenkurs im Bürgerlichen Recht II
Ein Fall- und Repetitionsbuch für Fortgeschrittene
2012. Ca. € 23,95

Prof. Dr. Karl-Heinz Fezer
Klausurenkurs im Handelsrecht
6. Auflage 2012. Ca. € 19,95

Prof. Dr. Dr. h.c. Wilfried Schlüter/
Dr. Holger Niehaus/
Dr. Ulrich Jan Schröder (Hrsg.)
Examensklausurenkurs im Zivil-, Straf- und Öffentlichen Recht
22 Klausurfälle mit Musterlösungen
2009. € 23,-

Alle Titel aus der Reihe und mehr Infos unter: **www.cfmueller-campus.de/klausurenkurs**

C.F. Müller CFM

Jura auf den gebracht

Rechtsprechungsanalyse

Sarah Zinndorf*

Die Absage des EuGH an das deutsche Koppelungsverbot aus § 4 Nr. 6 UWG im Spannungsdreieck zwischen Wettbewerbsschutz, Verbraucherschutz und binnenmarktlicher Integration

Zugleich Urteilsbesprechung von EuGH Rs. C-304/08 („Plus Warenhandelsgesellschaft")

Abstract

Der *EuGH* hat in seinem Urteil vom 14.1.2010 eine der wichtigsten gewinnspielrechtlichen Entscheidungen der letzten Jahre getroffen. Eine Regelung wie das deutsche Koppelungsverbot gemäß § 4 Nr. 6 UWG verstößt nach Ansicht des *EuGH* gegen EU-Recht.

In der vom *BGH* vorgelegten Rs. C-304/08 – Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V./Plus Warenhandelsgesellschaft mbH hat der *Gerichtshof* entschieden, dass es nicht stets eine unlautere Geschäftspraxis darstellt, seinen Kunden nach einer bestimmten Zahl von Einkäufen die Teilnahme an einer Lotterie anzubieten.

Derartige Bonusaktionen dürfen im nationalen Recht nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalles verboten werden.

Der folgende Beitrag stellt das Urteil vor und bewertet die Lösung des *EuGH*. Dabei widmet sich die Besprechung der Problematik einer Auslegung des deutschen Koppelungsverbots im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG). Insbesondere beschäftigt sich der Beitrag mit dem Spannungsdreieck zwischen Wettbewerbsschutz, Verbraucherschutz und binnenmarktlicher Integration.

* Die Verfasserin studiert im neunten Semester Rechtswissenschaften an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der nachfolgende Beitrag wurde als Studienarbeit im sechsten Semester im Schwerpunktbereich Wirtschafts- und Europarecht bei Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. *Peter-Christian Müller-Graff* verfasst und für die Veröffentlichung gekürzt und geringfügig überarbeitet.

I. Einleitung

1. Einführung

Im Gegensatz zum Kartellrecht hat das Lauterkeitsrecht keinen Eingang in das Europäische Primärrecht gefunden. Lediglich die Präambel des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) enthält das Bekenntnis, „einen redlichen Wettbewerb zu gewährleisten". Der Gedanke des redlichen Wettbewerbs beinhaltet nicht nur die Freiheit von Beschränkung und Verfälschung, sondern auch die Ausschaltung unlauterer Praktiken.[1]

Auf Grund der unzureichenden, punktuellen Regulierung von Einzelbereichen im Sekundärrecht wurde das europäische Lauterkeitsrecht in der Vergangenheit häufig zutreffend als „Flickenteppich"[2] bezeichnet. Die am 12.6.2005 in Kraft getretene Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken[3] sollte vor diesem Hintergrund einen Meilenstein der lauterkeitsrechtlichen europäischen Integration bedeuten. Der Zweck der Richtlinie ist gemäß Art. 1 RL 2005/29/EG ein hohes Verbraucherschutzniveau und ein funktionierender Binnenmarkt.

Demgegenüber birgt die lange Tradition des deutschen Lauterkeitsrechts die Gefahr, in die Richtlinie das hineinzuinterpretieren, was der bisherigen, als bewährt empfundenen Rechtsprechung entspricht.[4] Kurz: Es besteht die Gefahr einer „UWG-konformen Auslegung" der Richtlinie. Während die Richtlinie grundsätzlich ein Verbot von der Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen abhängig macht, greifen einige der Verbotstatbestände des UWG unabhängig von einer solchen. Dies gilt insbesondere für eine der wichtigsten Maßnahmen der Verkaufsförderung („sales promotion"): das Koppelungsverbot von Preisausschreiben oder Gewinnspielen mit Waren oder Dienstleistungen gemäß § 4 Nr. 6 UWG.

Im vorliegenden Fall hat der *EuGH*, wie zu erwarten war, dem deutschen Koppelungsverbot aus § 4 Nr. 6 UWG zu Gunsten des harmonisierten Binnenmarktes eine Absage erteilt.[5] Der *Gerichtshof* hat die Gelegenheit, die ihm der *BGH* geboten hat, zur Harmonisierung seiner Rechtsprechung bezüglich der Auslegung der UGP-Richtlinie genutzt. Dies ist schon allein hinsichtlich der „positiven Integration" zu begrüßen, welche die Entwicklung eines weiterführenden Konzepts zum Lauter-

1 *Müller-Graff* Ordnungspolitische Divergenzen und wettbewerbliche Lauterkeit in der Verfassung des Gemeinsamen Marktes in FS für Carstens, 1984, S. 219 mit Bezug auf die Übersetzung anderer Nationen wie „la loyauté dans la concurrence" und „fair competition".

2 Vgl. *Beater* Unlauterer Wettbewerb 2002, § 5 Rn. 17; *Glöckner* Europäisches Lauterkeitsrecht 2006, S. 2.

3 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmern gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt. Im Folgenden Richtlinie 2005/29/EG oder UGP-Richtlinie genannt.

4 Vgl. *BGH* GRUR 1989, 434 ff.; GRUR 1959, 138 ff.

5 *EuGH* EWS 2010, 53 ff. = RIW 2010, 148 ff. (inzwischen zu finden unter Slg. 2010, I – 00 217).

keitsrecht ermöglicht. Insbesondere die Vorlagefragen nationaler Gerichte haben es dem *EuGH* ermöglicht, das Europarecht und seine Dogmatik weiterzuentwickeln und somit zum „Motor der europäischen Integration" zu werden.[6]

2. Sachverhalt

Gegenstand des vorliegenden Urteils ist ein Vorlagebeschluss des *BGH* nach Art. 267 AEUV, der die Vereinbarkeit des deutschen Koppelungsverbotes gemäß § 4 Nr. 6 UWG mit der UGP-Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken betrifft.[7] Diesem lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Klägerin, die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, nimmt die Beklagte, das Einzelunternehmen Plus Warenhandelsgesellschaft mbH, wegen wettbewerbswidriger Bewerbung einer „Bonusaktion" auf Unterlassung und Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch. Die Beklagte warb unter dem Hinweis „Einkaufen, Punkte sammeln, gratis Lotto spielen" für die Teilnahme an der Bonusaktion „Ihre Millionenchance". Kunden erhielten bei jedem Einkauf für 5 € Einkaufswert je einen Bonuspunkt. Ab 20 Bonuspunkten bestand die Möglichkeit, kostenlos an der Ziehung des deutschen Lottoblocks teilzunehmen. Die Klägerin sieht in der Bonusaktion der Beklagten eine wettbewerbswidrige Verknüpfung des Warenabsatzes mit einem Gewinnspiel. Das *LG Duisburg* hat dem zugestimmt und die Beklagte antragsgemäß verurteilt.[8] Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das *OLG Düsseldorf* zurückgewiesen.[9]

Die Beklagte legte daraufhin Revision beim *BGH* ein. Dieser setzte das Verfahren aus und ersuchte den *Europäischen Gerichtshof* gemäß Art. 267 AEUV um Beantwortung der Frage, ob Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der eine Geschäftspraktik, bei der die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel vom Erwerb einer Ware oder von der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht wird, grundsätzlich unzulässig ist, ohne dass es darauf ankommt, ob die Werbemaßnahme im Einzelfall Verbraucherinteressen beeinträchtigt.[10]

6 *Pechstein* EU-/EG-Prozessrecht 3. Auflage (2007), Rn. 784; *Haltern* Europarecht Dogmatik im Kontext 2. Auflage (2007), Rn. 357, 367.
7 *BGH* GRUR 2008, 807 ff.
8 *LG Duisburg* WRP 2005, 764.
9 *OLG Düsseldorf* BeckRS 2007, 01 116.
10 *BGH* GRUR 2008, 807 ff.

II. Rechtssache C-304/08 im Lichte des Spannungsdreiecks zwischen Wettbewerbsschutz, binnenmarktrechtlicher Integration und Verbraucherschutz

Das Urteil der Rs. C-304/08 lässt sich in zwei eng miteinander verknüpfte Problemschwerpunkte gliedern. Die Vorlagefrage betrifft zum einen die Problematik einer Vollharmonisierung des europäischen Lauterkeitsrechts auf der Grundlage der Richtlinie 2005/29/EG und zum anderen die Voraussetzungen der Richtlinienkonformität. Das Urteil erfasst den Bereich der Wettbewerbshandlungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr. Damit thematisiert die Entscheidung den Spannungskonflikt zwischen Wettbewerbsschutz und Verbraucherschutz im Rahmen binnenmarktrechtlicher Integration.

1. Die Richtlinie 2005/29/EG unter dem Blickwinkel der Vollharmonisierung

Der *Gerichtshof* knüpft in der vorliegenden Entscheidung an das Urteil in der Rs. „VTB-VAB und Galatea“[11] an. Der *EuGH* nutzt die Gelegenheit seine Rechtsprechung zur UGP-Richtlinie zu harmonisieren. Er legt die Richtlinie ein weiteres Mal im Lichte der Vollharmonisierung aus. Damit diese Auslegung rechtlich überzeugt, müsste der Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29/EG eröffnet sein und ihr Harmonisierungsgrad einer Vollharmonisierung entsprechen. Die Frage, welche Harmonisierungsintensität die Richtlinie verfolgt, ergibt sich durch Auslegung unter Berücksichtigung des Wortlauts, der Zielsetzung und der Regelungssystematik.[12] Der *Gerichtshof* entnimmt Art. 4 RL 2005/29/EG eine vollständige Harmonisierung. Daher sollen zufolge des *EuGH* sowohl liberalere als auch restriktivere nationale Vorschriften ausgeschlossen sein.[13] Dies entspricht dem zwölften Erwägungsgrund der Richtlinie. Demzufolge sollen sowohl Verbraucher als auch Unternehmen durch die Angleichung in die Lage versetzt werden, sich an einem einzigen Rechtsrahmen zu orientieren. Der siebte Erwägungsgrund, welcher den Mitgliedstaaten einen gewissen Spielraum in Bezug auf die guten Sitten gewährt, ist in Anlehnung an den Grundsatz des „effet utile“ als modifizierte Bereichsausnahme einzuordnen.[14]

Im Ergebnis liegt dem Regelungskonzept der Richtlinie, wie der *Gerichtshof* richtig feststellt, eine Vollharmonisierung zugrunde.

---

11 *EuGH* Rs. C-261/07 u. C-299/07 („VTB-VAB und Galatea“) Slg. 2009, I-1683.

12 *Reich/Micklitz* Europäisches Verbraucherrecht 4. Auflage (2003), S. 42; *Fezer* Plädoyer für eine offensive Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in das deutsche UWG WRP 2006, 781 (782).

13 *Glöckner/Henning-Bodewig* EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem „neuen“ UWG? WRP 2005, 1311 (1320).

14 *Sosnitza* Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Voll- oder Teilharmonisierung? WRP 2006, 1 (6).

2. Die Gewinnspielkoppelung im Rahmen der Richtlinie 2005/29/EG

a) Bisherige Rechtsprechung des EuGH

Der *Gerichtshof* hat sich bisher nur in der Rs. „VTB-VAB und Galatea" zur Vereinbarkeit des Koppelungsverbots mit dem Sekundärrecht geäußert. Im Primärrecht hingegen versetzte der *Gerichtshof* dem Koppelungsverbot schon früher einige Risse. So entschied der *Gerichtshof* bereits 1982 in der Rs. „Oosthoek",[15] dass das generelle Kopplungsverbot eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Kontingentierung gemäß Art. 34 AEUV darstelle und somit den freien Warenverkehr behindern könne. In der Rs. „Familiapress"[16] entschied der *Gerichtshof* 1997, dass die Koppelung von Gewinnspielen mit Waren keine bloße Verkaufsmodalität im Sinne der Keck-Rechtsprechung darstelle, sondern geeignet sei, die Warenverkehrsfreiheit zu beschränken. Auf dem primärrechtlichen Weg konnte nur eine „negative Angleichung" erfolgen. Bereits erfolgtes Verhalten am Markt konnte durch die Grundfreiheiten im Falle eines Verstoßes nur rückwirkend geahndet werden. Diese Angleichung ist aber ungeeignet, um ein weiterführendes Konzept zum Lauterkeitsrecht zu entwickeln.[17] Im Sekundärrecht bietet sich dem *Gerichtshof* hingegen diese Möglichkeit. Durch Auslegung der UGP-Richtlinie kann eine „positive Harmonisierung" im nationalen Lauterkeitsrecht bewirkt werden.[18]

b) Rechtliche Bewertung der Lösung des EuGH Rs. C-304/08

Sowohl Generalanwältin *Trstenjak* als auch die Erste Kammer des *EuGH* kommen bezüglich des generellen Verbots der Koppelung von Gewinnspielen mit Waren oder Dienstleistungen zu dem Ergebnis, dass darin ein Verstoß gegen die Richtlinie 2005/29/EG zu sehen sei.[19] Zu Beginn ihrer Ausführungen bezieht sich der *Gerichtshof* auf die Reichweite der Generalklausel des Art. 5 RL 2005/29/EG, die unlautere Geschäftspraktiken verbietet und Kriterien der Unlauterkeit anführt. In diesem Zusammenhang stellt der *Gerichtshof* fest, dass ein generelles Verbot ohne Beurteilung des Einzelfalls nur nach Maßgabe der in Anhang I der RL befindlichen erschöpfenden Liste („black list") zulässig sei. Anschließend stützen die Generalanwältin und der *Gerichtshof* ihr Ergebnis auf die notwendige Einzelfallüberprüfung und auf die unzureichende Ausnahme der naturgemäßen Verbindung gemäß § 4 Nr. 6 UWG. In Anlehnung an das Urteil in der Rs. „VTB-VAB und Galatea" könne die im Voraus definierte Ausnahme nicht die notwendige konkrete Einzelfallprüfung ersetzen.[20]

---

15 *EuGH* Rs. C-286/81 („Oosthoek") Slg. 1982, I-4575.
16 *EuGH* Rs. C-386/95 („Familiapress") Slg. 1997, I-3689.
17 *Leistner* Behavioural Economics und Lauterkeitsrecht. Versuch einer Annäherung ZGE 2009, 3 (41); *Lettl* Gemeinschaftsrecht und das neue UWG WRP 2004, 1079 (1084).
18 Vgl. *Müller-Graff* in v. der Groeben/Schwarze EUV/EGV 6. Aufl., vor Art. 28–30 Rn. 6.
19 *EuGH* („Plus Warenhandelsgesellschaft"), Rn. 55; *GA Trstenjak* („Plus Warenhandelsgesellschaft"), Rn. 114.
20 *EuGH* („VTB-VAB und Galatea"), Rn. 64, 65.

Im Rahmen einer rechtlichen Bewertung des Ergebnisses des *EuGH* ist zunächst zu prüfen, ob auch nach der UWG-Novelle 2008 noch ein generelles Verbot des § 4 Nr. 6 UWG anzunehmen ist. Anschließend erfolgt eine Untersuchung, ob eine richtlinienkonforme Auslegung im vorliegenden Fall tatsächlich ausgeschlossen ist.

aa) § 4 Nr. 6 UWG, ausnahmsloses Verbot auch nach 2008

Die Feststellung des *Gerichtshofs*, dass die gemäß § 4 Nr. 6 UWG immanente Einschränkung für den Fall der naturgemäßen Verbindung zu statisch ist, um ein generelles Verbot zu verneinen, überzeugt. Die Diskussion um eine richtlinienkonforme Auslegung des § 4 Nr. 6 UWG bekam jedoch durch die Einführung der Regelung des § 3 Abs. 2 UWG im Zuge der UWG-Novelle 2008 neuen Antrieb. § 3 Abs. 2 S. 1 UWG ermöglicht eine Einzelfallprüfung bei geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern. Dabei wird auf die Kriterien der fachlichen Sorgfalt des Verkäufers und der spürbaren Beeinträchtigung des Verbrauchers abgestellt. Teilweise wird nun angenommen, dass bei der Anwendung des § 4 Nr. 6 UWG zu prüfen sei, ob im konkreten Einzelfall die Unlauterkeitskriterien der Generalklausel des § 3 Abs. 2 UWG vorliegen müssen.[21]

Diese Hintertür hat der *BGH* in seinem Beschluss vom 5.6.2007 in der Rs. „Millionen-Chance" jedenfalls nicht ganz zugeschlagen.[22] Wenn auch nicht mit dieser Zielrichtung, verweist der *BGH* auf die mögliche Rolle der Erheblichkeitsprüfung i. S. v. § 3 UWG a. F. Der *EuGH* geht auf eine mögliche Rückkopplung an § 3 UWG n. F. richtigerweise gar nicht ein.[23] Art. 267 AEUV geht von einer klaren Trennung der Aufgaben zwischen den staatlichen Gerichten und des *EuGH* aus.[24] Demnach beschränkt sich die Kompetenz des *EuGH* auf eine abstrakte Prüfung, losgelöst vom nationalen Recht.

Betrachtet man die Regierungserklärung zur Novelle von 2008, so ist festzustellen, dass die Einführung von § 3 Abs. 2 UWG der Umsetzung von Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG diente.[25] Das Koppelungsverbot des § 4 Nr. 6 UWG sollte dadurch aber keine Einschränkung erfahren. Ein Verweis auf § 3 UWG wurde ja gerade im Zuge der Novelle entfernt. Der Gesetzgeber rechtfertigte die Beibehaltung des Koppelungsverbotes dadurch, dass die Koppelung von Waren- oder Dienstleistungsabsatz mit Preisausschreiben oder Gewinnspielen generell geeignet sei, den Erfordernissen der Unlauterkeit nach Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG zu genügen.[26] § 3 Abs. 2 UWG ist demnach ein Auffangtatbestand und kein Kriterium zur Tatbestandserfüllung des

21 *Sosnitza* in Piper/Ohly/Sosnitza UWG 5. Aufl., § 3 Rn. 80; *Köhler* Ist der Unlauterkeitstatbestand des § 4 Nr. 6 UWG mit der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vereinbar? GRUR 2009, 626 (629).

22 *BGH* GRUR 2008, 807 ff.

23 *EuGH* („Plus Warenhandelsgesellschaft"), Rn. 1 ff.

24 *EuGH* Rs. 6/64 („Costa/ENEL") Slg. 1964, 1253 (1268 f.).

25 BT-Drucks. 16/10145, S. 42.

26 BT-Drucks. 16/10145, S. 33, zu Anhang Nr. 17; *Bruhn* in Henning/Harte-Bavendamm UWG 2. Aufl., § 4 Rn. 6.

Beispielkatalogs gemäß § 4 UWG.[27] Es bleibt somit auch nach der letzten Novelle bei einem ausnahmslosen Verbot durch § 4 Nr. 6 UWG.

bb) Vereinbarkeit des generellen Verbots mit der Richtlinie 2005/29EG

Ein entsprechendes Verbot gemäß § 4 Nr. 6 UWG fällt nicht unter die „black list" – Anhang I RL 2005/29/EG. Diese ist abschließend und darf auf Grund der vollständigen Harmonisierung nicht erweitert werden.[28] Daher wäre § 4 Nr. 6 UWG nur dann richtlinienkonform, wenn die Koppelung der Teilnahme an einem Gewinnspiel mit dem Produktabsatz in jedem Fall nach Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29 unlauter wäre.[29] Der *Gerichtshof* hat die Auslegung der Generalklausel nicht explizit angesprochen, sondern nur formalistisch mit Anhang I und Art. 4 RL 2005/29/EG argumentiert. Indem er aber entschieden hat, dass ein generelles Koppelungsverbot ohne Einzelfallwürdigung gegen die Richtlinie verstößt, hat er der Sache nach letztlich doch Stellung bezogen: Ein generelles Verbot nach § 4 Nr. 6 UWG ist auch nicht nach der Generalklausel zu halten.

Die Generalklausel gemäß Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29 EG fordert eine wesentliche Beeinflussung der Verbraucher, während ein Verbot nach § 4 Nr. 6 UWG auch ohne die Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen angenommen werden kann.

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob anhand des europäischen Verbraucherleitbildes eine richtlinienkonforme Auslegung nach Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG möglich ist.

Für eine Beurteilung nach Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG ist der Referenzmaßstab, den der *Gerichtshof* zur Ermittlung des Verbraucherleitbildes heranzieht, maßgebend. Das zunächst in Deutschland, Österreich und Skandinavien vorherrschende Leitbild eines eher flüchtigen, unaufmerksamen Durchschnittsverbrauchers musste angesichts der europarechtlichen Entwicklung überdacht werden.[30] In seinen Entscheidungen „Gut Springenheide", „Sektkellerei Kessler" und „Lifting Creme" betonte der *Gerichtshof* ausdrücklich, dass auf die Erwartungshaltung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers abzustellen sei.[31] In diesem Lichte ist auch der Durchschnittsverbraucher in Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG zu bewerten. Der *BGH* hat sich in seinen Entscheidungen zur gefühls-

27 So auch *Seichter* in juris Praxis Kommentar UWG 2. Aufl., § 3 Rn. 18; *Boesche* Über die Folgen der Vollharmonisierung und die vergebliche Rettung der Zugabeverbote WRP 2009, 661 (666); *Fischer* Koppelungsgeschäft im Europäischen und Deutschen Wettbewerb, Diss. Konstanz 2008, S. 185; *Steinbeck* Der Beispielkatalog des § 4 UWG – Bewährungsprobe bestanden GRUR 2008, 849 (853).

28 Dies folgt aus Art. 5 Abs. 5 der RL 2005/29/EG und dem 17. Erwägungsgrund der RL 2005/29/EG.

29 So auch *BGH* GRUR 2008, 807 ff.; GRUR 2005, 599 ff.

30 *Hucke* Erforderlichkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in Europa, Habil. Hannover 2001, S. 302, 431; *Bakardjieva Engelbrekt* in Hilty/Henning-Bodewig Law against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in Europe, 2007, S. 161 ff.

31 *EuGH* Rs. C-210/96 („Gut Springenheide") Slg. 1998, I-4657; Rs. C-303/97 („Sektkellerei") Slg. 1999, I-513; Rs. C-220/98 („Lifting-Creme") Slg. 2000, I-117.

betonten Werbung bereits einem liberaleren Verbraucherleitbild angenähert und den Anwendungsbereich von § 4 Nr. 6 UWG erheblich eingeschränkt.[32] Dennoch bejahte der *BGH* in dem die Vorlagefrage betreffenden Fall „Millionen-Chance" eine Verbraucherbeeinträchtigung alleine auf Grund der breit gestreuten Werbung, die einen Millionengewinn in den Mittelpunkt stellte.[33]

Angesichts des gewandelten Leitbildes sind künftig aber strengere Anforderungen an die Aufmerksamkeit des Verbrauchers zu stellen. Ein bestimmtes Angebot wahrzunehmen ist Ausdruck einer freien, informierten Kaufentscheidung. Das angekoppelte Gewinnspiel oder Preisausschreiben kann gerade auch Zugabecharakter haben.[34] Zugaben werden von der UGP-Richtlinie aber nicht generell verboten. Das Inaussichtstellen wie das Streben nach einem möglichen Vorteil ist in Form staatlicher Lotterien und durch die Existenz von Spielcasinos anerkannt.[35] Nicht nachzuvollziehen ist es daher, dies anders zu sehen, wenn mit dem „Preis" für die Teilnahme an einem Gewinnspiel zugleich eine Sache oder Leistung erworben wird. Die Befürchtung, die aleatorischen Reize einer generellen Koppelung mit einem Gewinnspiel (genauer betrachtet nur eine Gewinnchance) löse beim Verbraucher so starke Emotionen aus,[36] dass von einer angemessen Bewertung des eigentlichen Produkts nicht mehr ausgegangen werden kann, überzeugt hinsichtlich des gewandelten Bildes des verständigen Verbrauchers nicht.[37] Ein übertriebenes Anlocken oder ein „psychologischer Kaufzwang" kann nicht anhand einer besonders feinfühligen Gruppe von Verbrauchern ermittelt werden. Es bedarf im Einzelfall stets einer sorgfältigen Abwägung aller Umstände, ob auf den verständigen durchschnittlichen Verbraucher ein psychologischer Kaufzwang ausgeübt wurde, welcher ihn zum Kauf veranlasste. Die mögliche Gefahr, dass sich der Verbraucher nicht mehr qualitativ mit dem Angebot auseinandersetzen könne, wird teilweise sogar als wettbewerbsimmanenter Reflex der besonderen Attraktivität eines Angebots gesehen.[38] Alleine durch die Koppelung von Warenabsatz und Gewinnspielen kann noch kein Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt oder eine erhebliche Beeinträchtigung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG angenommen werden.[39] Das generelle Verbot – ohne die Möglichkeit einer Einzelfallbetrachtung – ist folglich nicht mit Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG zu vereinbaren.

---

32 *BGH* GRUR 2007, 981 ff.; GRUR 2005, 599 ff.; ähnlich auch *BGH* GRUR 2003, S. 626 ff.

33 *BGH* GRUR 2008, 807 ff.

34 *Fischer* Koppelungsgeschäfte im Europäischen und Deutschen Wettbewerb, Diss. Konstanz 2008, S. 189; *Ohly* Das neue UWG – Mehr Freiheit für den Wettbewerb GRUR 2004, 889 (896).

35 *Boesche* (Fn. 27), S. 668.

36 *BGH* GRUR 2002, 979 ff.; *Hecker* in Fezer UWG 2. Aufl., § 4–§ 6 Rn. 24; *Köhler* (Fn. 21) S. 631.

37 So auch *Seichter* in juris Praxis Kommentar UWG 2. Aufl., § 4 Nr. 6 Rn. 8; *Leible* in MünchKomm Lauterkeitsrecht I, § 4 Nr. 6 Rn. 21.

38 *Kügele* Wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Koppelungsangeboten GRUR 2006, 110.

39 So auch *Sosnitza* Das Koordinationssystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld zwischen Europa und Deutschland GRUR 2003, 739 (743); *Engels/Salomon* Vom Lauterkeitsrecht zum Verbraucherschutz: UWG-Reform 2003 WRP 2004, 32 (35).

cc) Ergebnis

Im generellen Verbot durch § 4 Nr. 6 UWG n. F. ist, wie der *Gerichtshof* richtig erkannte, ein Verstoß gegen die UGP-Richtlinie zu sehen.

3. Das Spannungsdreieck der Rs. C-304/08

Die Binnenmarktkompetenz gemäß Art. 114 AEUV bildet die Grundlage für das gemeinschaftliche Handeln in Form der UGP-Richtlinie. Dabei können Vertragsziele unmittelbar für das Kompetenzverhältnis zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten maßgeblich werden. Sie begründen über Art. 114, 115 AEUV eine dem Integrationsprozess eigene Befugnisabgrenzung, die nicht Sachbereichskatalogen, sondern Funktionserfordernissen folgt.[40] Der Verweis auf Art. 26 AEUV und die Bezugnahme auf die „Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes" beleuchten das Vertragsziel der Marktintegration näher.[41] Dieses Ziel soll innerhalb des Binnenmarktes (Art. 26 Abs. 2 AEUV) als gedankliche Fortentwicklung des gemeinsamen Marktes[42] verwirklicht werden. Der Eigenheit des Kompetenzgefüges wird man nur gerecht, wenn man die Marktintegration in einen Spannungsbezug zu den übrigen betroffenen Zielen setzt.[43]

a) Das trianguläre Spannungsverhältnis

Die Rechtsharmonisierung wird als Voraussetzung des Binnenmarktes verstanden und damit in den Zieldienst der privatautonomen Selbststeuerung gestellt.[44] Privatautonomie entfaltet sich aber durch wirtschaftliche Vorgänge über Rechts- und Hoheitsgrenzen hinaus.[45] Damit gerät die binnenmarktfinale Rechtsangleichung nach Art. 114 AEUV aber zugleich in das Spannungsfeld zwischen der binnenmarkterforderlichen Marktfreiheit, einem freien Wettbewerb und den substantiellen Regulierungsanliegen etwaiger Verbraucherschutzstandards. Betrachtet man den möglichen Widerstreit dieser drei Elementarprinzipien, so trifft man auf drei wechselseitige Spannungsfelder.

aa) Wettbewerbsschutz vs. Verbraucherschutz

Wettbewerbsschutz und Verbraucherschutz verfolgen verschiedene Ziele. Während die Wettbewerbspolitik nach den Prinzipien von Freiheit und Effizienz die Handlungsfreiheit verfolgt, zielt die Verbraucherpolitik im Lichte der Sozialgestaltung

40 *Müller-Graff* in Dauses Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts 26. Lief. (2009), A. I. Rn. 180.
41 *Kahl* in Callies/Ruffert EUV/EGV 3. Aufl., Art. 95 EG a. F. Rn. 4; *Leible* in Streinz EUV/EGV 6. Aufl., Art. 95 EG a. F. Rn. 30.
42 *Müller-Graff* (Fn. 40), A. I. Rn. 142.
43 Vgl. *Müller-Graff* (Fn. 40), A. I. Rn. 180, 182.
44 *Müller-Graff* Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes EuR 1989, 118.
45 *Ebd.*

auf eine angemessene Lebensqualität ab.[46] Insbesondere ist damit der Schutz der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher im Geschäftsverkehr gemeint.[47] Ein Wettbewerb ohne Einflussnahme auf den Verbraucher ist aber nicht denkbar. Daher stellt sich die Frage nach einer zulässigen Einflussnahme auf die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher. Hinsichtlich des Lauterkeitsrechts verlangt der Wettbewerb weitgehende Freiheit.[48] Die freie Entfaltung des Wettbewerbs indiziert die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit aller Marktteilnehmer im Parallel- und Austauschverhältnis.[49] Gegenüber einem freien Wettbewerb mit möglichst wenig staatlichen Hemmnissen steht der Schutz des Verbrauchers. Der Verbraucher soll möglichst unabhängig darüber entscheiden, ob er sich mit dem jeweiligen Angebot näher befassen möchte und ob und zu welchen Bedingungen er mit einem Unternehmer einen Vertrag schließen will.[50] Der Verbraucher verfüge nämlich über weniger Erfahrungen im Geschäftsverkehr, sei über die Fülle an Angeboten oft nicht hinreichend informiert und handle daher bei Kaufentscheidungen im Einzelhandel häufig unüberlegt.[51] Schützt der Staat aber einen Marktteilnehmer übermäßig, wie dies durch das deutsche Lauterkeitsrecht mittels des generellen Verbots der Gewinnspielkoppelung an den Warenabsatz geschieht, so beeinträchtigt dies die freie Entfaltung des Wettbewerbs. Generelle Verbote laufen im Ergebnis darauf hinaus, dass das Verbot zum Grundsatz erhoben und die unternehmerische Freiheit zur Ausnahme gemacht wird.[52]

Mit der Entscheidung gegen ein generelles Verbot und für eine Einzelfallbetrachtung im Sinne der UGP-Richtlinie stellt der *Gerichtshof* klar, dass der deutsche Verbraucherschutz hier zu pauschal ist und damit zu weit gerät. Die Entscheidung muss als Lockerung wettbewerbsrechtlicher Beschränkung hin zu einem freien Wettbewerb und gegen zu starken Individualschutz verstanden werden.[53] Der Verbraucherschutz soll dadurch nicht ausgehebelt werden, sondern nur auf ein einheitliches Maß festgelegt werden, damit Rechtssicherheit in der Europäischen Union ermöglicht und die freie Entfaltung des Wettbewerbs nicht zu sehr gehindert wird.[54] Dem „Markt- und Wettbewerbsprinzip" des ex. Art. 4 Abs. 1 EG, heute nach Art. 3 Abs. 3 EUV i. V. m. dem Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb als veritables Primärrecht, ist eine Grundsatzpräferenz zu entnehmen.[55] Diese bevorzugt marktgemäße Steuerung gegenüber privater Administra-

46 *Reich/Micklitz* (Fn. 12), S. 39; vgl. *Müller-Graff* Die Verdichtung des Binnenmarktes zwischen Handlungsfreiheit und Sozialgestaltung EuR 2002, 7 (19).
47 *Reich/Micklitz* (Fn. 12), S. 39.
48 *Köhler* in Köhler/Bornkamm UWG 27. Aufl., Einl. Rn. 1.26.
49 *Köhler* (Fn. 48), Einl. Rn. 1.16; *Ohly* in Piper/Ohly/Sosnitza UWG 5. Aufl., Einf. A Rn. 22.
50 *Beater* (Fn. 2), § 2 Rn. 80 ff.
51 *Ebd.*
52 *GA Trstenjak* („VTB-VAB und Galatea"), Rn. 70.
53 Vgl. *Bruhn* (Fn. 26), § 4 Rn. 6.
54 Vgl. *EuGH* („Lifting-Creme"), Rn. 27, 28 sowie Erwägungsgrund 18 S. 2 UGP-Richtlinie: „Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechend …".
55 *Müller-Graff* (Fn. 40), A. I. Rn. 184.

tion und hoheitlicher Steuerung der Wirtschaftsabläufe.[56] Dementsprechend verpflichten auch Art. 120 S. 2 AEUV und Art. 3 Abs. 3 EUV die Mitgliedstaaten, ihre Wirtschaftspolitik am Grundsatz der offenen Marktwirtschaft und der Wettbewerbsfreiheit auszurichten.[57] Es darf nicht übersehen werden, dass die Marktkräfte durch das ihnen eigene Entdeckungs- und Anpassungspotential[58] mit normativer Vielfalt bis zu einem gewissen Grad selbst zurechtkommen können. Demnach sollten staatliche Maßnahmen auf liberale Wettbewerbsregeln zielen, die regelkonformes Verhalten der Marktakteure ermöglichen um Wettbewerbsfreiheit aufrecht zu erhalten.

Dieser Vorteil einer freien Marktwirtschaft ist auch auf die Nachfrageseite zu übertragen. Das der Beurteilung zu Grunde liegende europäische Verbraucherleitbild traut es dem Verbraucher gerade zu, unter zumutbarer Selbstverantwortung Präferenzentscheidungen zu treffen. Die Kritik, es werde die gebotene Rücksicht auf „unverständige Verbraucher" vernachlässigt, vermag nicht zu überzeugen.[59] Darüber hinaus bestehende Schutzlücken sind im Hinblick auf die Informationsinteressen der durchschnittlichen Verbraucher nach Maßgabe des *EuGH* und die wirtschaftlichen Interessen der Anbieter in einem freien Wettbewerb hinzunehmen. Nach dem klassischen, wohlfahrtsorientierten Modell ergibt sich bereits aus der durch die Öffnung der Märkte bewirkten Steigerung der Vielfalt des Angebots und des Wettbewerbs zwischen den Anbietern ein Anwachsen des wirtschaftlichen Wohls und der Lebensqualität aller Bürger.[60]

bb) Verbraucherschutz vs. binnenmarktliche Integration

Aus diesem Spannungsverhältnis ergeben sich gleich zwei Konfliktfelder. Zum einen stehen sich hier Verbraucherschutz und binnenmarktliche Integration gegenüber, zum anderen mitgliedstaatliche Souveränität und binnenmarktliche Integration. Bezüglich der Mitgliedstaaten ergibt sich der Spannungsrahmen innerhalb der Binnenmarktkompetenz gemäß Art. 114 AEUV daraus, dass die UGP-Richtlinie den Bereich des Verbraucherschutzes vollständig harmonisiert. Für diesen Bereich besitzt die Gemeinschaft aber keine ausschließliche Zuständigkeit. Dies könnte problematisch sein im Hinblick darauf, dass ein Unionsakt nur auf Art. 114 AEUV gestützt werden kann, wenn dieser Akt tatsächlich den Zweck verfolgt, das Funktionieren und die Errichtung des Binnenmarktes zu fördern. Wird hingegen primär das eigentliche Nebenziel verfolgt, beispielsweise der Verbraucherschutz, so liegt ein Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gemäß Art. 5 Abs. 2 AEUV vor. Anders als im Fall der Tabakwerbe-Richtlinie 98/43/EG[61] betreibt die Gemein-

56 *Ebd.*
57 *Ohly* (Fn. 49), Einf. A Rn. 21.
58 Vgl. *v. Hayek* Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren 1968, S. 14 ff.
59 So aber *Piper* in Köhler/Bornkamm UWG 27. Aufl., § 3 Rn. 56.
60 *Micklitz/Rott* in Dauses Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts 26. Lief. (2009), H. V. Rn. 3.
61 Dieser wurde aufgrund der betriebenen Gesundheitspolitik eine Absage erteilt, *EuGH* Rs. C-376/98 („Tabakwerbung") Slg. 2000, I-8419.

schaft – gestützt auf die Binnenmarktkompetenz – hier keine Sachpolitik im Interesse der Sache (Verbraucherschutz).[62]

Der *Gerichtshof* stellt mit seinem Urteil klar, dass die Mitgliedstaaten durch die Vollharmonisierung der UGP-Richtlinie keine Möglichkeit mehr haben, an einem höheren Verbraucherstandard festzuhalten. Durch den liberaleren einheitlichen Verbraucherstandard wird die wirtschaftliche Freiheit gerade gefördert und nicht beschränkt. Primäres Ziel ist also die Verwirklichung des Binnenmarktes.[63] Darin liegt der Hauptzweck der UGP-Richtlinie, auch wenn daneben gemäß Art. 114 Abs. 3 AEUV auf einen hohen Verbraucherschutz hingewirkt werden soll.[64]

Weiterhin kollidiert der Schutz des Verbrauchers mit dem Ziel der binnenmarktlichen Integration. Gerade das Lauterkeitsrecht, das oft auf Begriffe wie „die guten Sitten" oder „Treu und Glauben" zurückgeführt wird, ist in verschiedenen Ländern unterschiedlich gewachsen. Herauszugreifen ist das Verbraucherleitbild in Italien. Nach dem liberaleren italienischen Maßstab sei eine von der Wahrheit abweichende Werbung „gang und gebe", denn das grundsätzlich misstrauische und kritische Publikum sei daran gewöhnt die nötigen Abstriche zu machen.[65] Hingegen folgten Deutschland, Österreich und Skandinavien einem Verbrauchleitbild, das den Verbraucher schutzwürdiger darstellte.[66] Der Unterschiedlichkeit soll aber gerade im Sinne des Protokolls (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb entgegengewirkt werden, um die Anzweiflung der Richtigkeit des Binnenmarktes und die damit einhergehenden Absenkung zur Beliebigkeit einzudämmen.[67]

Aufgabe des Wettbewerbsrechts ist es, den Marktwettbewerb gerade als eine soziale Institution der Gesellschaft zu garantieren und nicht den Markt zu instrumentalisieren. Die UGP-Richtlinie stellt eine einheitliche Rahmenordnung für alle Mitgliedsstaaten dar. Nationale Traditionen, wie etwa ein pauschales Unwerturteil über die Koppelung von Gewinnspielen mit Waren oder Dienstleistungen, müssen dahinter zurückstehen.[68] Durch freien und lauteren Wettbewerb soll eine Optimierung der offenen Märkte erreicht werden.[69] Erst dann könne Konsumentensouve-

62 *Micklitz/Rott* (Fn. 60), H. V. Rn. 18; *Brömmelmeyer* Der Binnenmarkt als Leitstern über unlautere Geschäftspraktiken GRUR 2007, 295 (296 ff.).

63 *Wichard* in Callies/Ruffert EUV/EGV 3. Aufl., Art. 153 EG a. F., Rn. 14, 15; *Möstl* Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt – Kompetenzziele, grundfreiheitliche und grundrechtliche Schranken des Gemeinschaftsgesetzgebers EuR 2002, 317 (318).

64 *Wichard* (Fn. 63), Art. 153 EG a. F., Rn. 14, 15; *Silny* Die binnenmarktbezogene Rechtsangleichungskompetenz des Art. 95 EG a. F., Diss. Frankfurt/Main 2007, S. 111.
Kessler UWG und Verbraucherschutz – Wege und Umwege zum Recht der Marktkommunikation WRP 2005, 264 ff.; *Möstl* (Fn. 63), S. 318.

65 Vgl. Urt. v. 17.4.1962 GRUR Ausland 1964, 515 mit kritischer Anmerkung von *Schricker.*

66 *Auteri* in Hilty/Henning-Bodewig Law against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in Europe, 2007, S. 151 ff.; *Hucke* (Fn. 30), S. 329.

67 Vgl. für einen anderen Kontext *Müller-Graff* (Fn. 44), S. 118 ff.

68 *Köhler* Vom deutschen zum europäischen Lauterkeitsrecht – Folgen der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken für die Praxis NJW 2008, 3032 ff.; *Brömmelmeyer* (Fn. 62), S. 296.

69 *Hucke* (Fn. 30), S. 35; *Fezer* in Fezer UWG 2. Aufl., Einleitung E Rn. 45.

ränität und Markttransparenz geschaffen werden.[70] Mit dieser Angleichung wird auf deutscher Ebene das Verbraucherschutzniveau gesenkt. Jedoch kann ein einheitlicher Mindeststandard im Verbraucherschutz das Vertrauen der Verbraucher in grenzüberschreitende Verträge steigern.[71] Bedauert man dabei die mangelnde Berücksichtigung nationaler Wertungsbesonderheiten, so ist auf die Generalklausel des Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG zu verweisen. Diese gesteht dem nationalen Gesetzgeber ausreichenden Ermessensspielraum zu in der Bewertung, ob im Einzelfall die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher beeinträchtigt wird. Der Anpassungsweg des nationalen Lauterkeitsrechts an die UGP-Richtlinie wird zwar langwierig sein. Die Mühen aber lohnen sich indessen, wenn am Ende des Weges ein einheitliches europäisches Lauterkeitsrecht steht.

cc) Binnenmarktliche Integration vs. Wettbewerbsschutz

Die binnenmarktliche Integration in Gestalt der UGP-Richtlinie bezieht sich ausschließlich auf den Verbraucherschutz. Diese Beschränkung auf den Verbraucherschutz kollidiert mit dem Schutz eines freien Wettbewerbs. Die marktbezogene Abwägung zwischen kurz- und längerfristigen Perspektiven kann in einem separierten Schutz für Verbraucher verloren gehen.[72] Das Zusammenspiel mit den übrigen Marktteilnehmern wird vernachlässigt. Der Schutz des Mitbewerbers wirkt in einem funktionierenden Wettbewerb dem Verdrängungswettbewerb entgegen, schafft Konkurrenzangebote, intensiviert den Preiswettbewerb und nutzt letztlich auch dem Verbraucher.[73] Somit führt die binnenmarktliche Integration in Gestalt der UGP-Richtlinie – trotz eines liberaleren Verbraucherleitbildes und aufgrund ihrer Separierung des Verbrauchers – zu einer stärkeren Betonung der staatlichen Verbraucherfürsorge. Die Richtlinie tritt integrationspolitisch im janusköpfigen Gewand auf: Sie will einerseits die Märkte öffnen und den Binnenmarkt fördern. Andererseits verfolgt sie das isoliert auftretende Schutzziel des Verbraucherschutzes.

Demgegenüber enthält die Systematik des UWG die Schutzzwecktrias eines Interessenbeziehungsgeflechts, welches aus den Interessen von unterschiedlichen Marktteilnehmern besteht.[74] Dieses „integrierte Modell eines gleichberechtigten Schutzes der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit" bedeutet eine stärkere Berücksichtigung der langfristigen, selbst korrektiven Wirkungen der Marktkoordination.[75] Mit der ausschließlichen Vollharmonisierung des Verbraucherrechts ergeben

70 *Fezer* Plädoyer für eine offensive Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in das deutsche UWG WRP 2006, 781 (784); *Wägenbaur* EU-Kommission: Für eine neue verbraucherpolitische Strategie ZRP 2002, 326 ff.

71 *Micklitz/Rott* (Fn. 60), H. V. Rn. 17.

72 Vgl. *Müller-Graff* (Fn. 1), S. 215; *Schricker* Probleme der Europäischen Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in FS für Zweigert, 1981, S. 551 ff.

73 *Reich/Micklitz* (Fn. 12), S. 44; *Ullmann* Das Koordinationssystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland GRUR 2003, 817 (821); *Boesche* (Fn. 27), S. 671.

74 *Hausmann/Obergfell* in Fezer UWG 2. Aufl., Einl. I Rn. 31.

75 *Boesche* (Fn. 27), S. 670 ff.

sich Probleme der Rechtssicherheit und Klarheit für die Anwendung des UWG. Denn letztendlich fällt jede Geschäftspraxis, die geeignet ist, die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher tatsächlich zu beeinträchtigen, auch indirekt in den Bereich der Unternehmerinteressen.[76] Jedoch ist auch zu berücksichtigen, dass einigen Mitgliedstaaten eine derartige Aufspaltung nicht fremd ist. Ähnlich wie Frankreich separiert Italien den vorwiegend verwaltungsrechtlichen Verbraucherschutz im „Codice del Consumo" vom zivilrechtlichen Konkurrentenschutz.[77] Mit den deutschen Anwendungsschwierigkeiten eines nur partiell harmonisierten Gesetzes kann daher nicht gegen die binnenmarktliche Integration argumentiert werden. Wohl aber damit, dass der wirtschaftliche Geschäftsverkehr als Gesamtheit mit allen wechselseitigen Auswirkungen betrachtet werden muss. Trotz eben dieser Schwäche ist eine binnenmarktliche Integration hier auch im Verhältnis zum Schutze eines freien Wettbewerbs zu befürworten. Denn unterschiedliche Lauterkeitsrechtsstandards tangieren und hemmen den freien Wettbewerb und damit den Binnenmarkt. Zu nennen wäre hier beispielsweise die Beeinträchtigung grenzüberschreitender Werbung durch erhöhte Transaktionskosten infolge einzelstaatlicher Unterschiede.[78] Eine funktionierende binnenmarktliche Integration begünstigt auch die grenzüberschreitenden Direktkontakte zwischen Anbieter und Verbraucher. Damit schlägt die UGP-Richtlinie, beziehungsweise das Urteil, als Ausdruck ihrer liberalen Ausgestaltung die Brücke zum primären Binnenmarktrecht. Das Binnenmarktziel der Rechtsangleichung gemäß Art. 114 AEUV beinhaltet letztlich auch die Sicherung des grenzüberschreitenden Marktzutritts im Sinne der Grundfreiheiten.[79]

Mit den Entscheidungen gegen das allgemeine Koppelungsverbot[80] opfert der *Gerichtshof* einzelne, national gewachsene und bisher gut gehütete Schutzwälle der binnenmarktlichen Integration. Dies bedeutet einen nicht unbeachtlichen Antrieb für ein europäisches Lauterkeitsrecht, welches den freien Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes fördert. Ein solches Wirtschaftssystem verantworteter Freiheit bildet die Grundlage des Rechts der Europäischen Gemeinschaft.[81]

b) Stellungnahme

Im Kern geht es um die Gewichtung der Rollenverteilung von marktmäßiger Selbststeuerung und staatlicher Fürsorge für die wirtschaftlichen Handlungsabläufe. Die Frage bezüglich der Normierung der Lauterkeitsstandards ist also,

76 *Dohrn* Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Diss. Köln 2008, S. 9; *Fezer* (Fn. 12), S. 784.

77 *Ohly* (Fn. 49), Einf. B Rn. 42.l; *Auteri* (Fn. 66), S. 151 ff.

78 *Schricker* (Fn. 72), S. 551 ff.; *Veelken* Kundenfang gegenüber dem Verbraucher WRP 2004, 1 (3).

79 Vgl. *Müller-Graff* (Fn. 44), S. 65, 72; *Möstl* Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt – Kompetenzziele, grundfreiheitliche und grundrechtliche Schranken des Gemeinschaftsgesetzgebers EuR 2002, 318 (322).

80 *EuGH* („VTB-VAB und Galatea") und („Plus Warenhandelsgesellschaft").

81 Vgl. *Fezer* (Fn. 69), Einleitung E Rn. 47; *Müller-Graff* (Fn. 44), S. 118.

inwieweit eine staatliche Vorkehrung notwendig ist. Kennzeichnung dafür ist der Selbstschutz der kritischen Aufmerksamkeit des Verbrauchers. Es sollte bedacht werden, dass ein nur auf gravierende Fälle beschränktes Lauterkeitsrecht erzieherische Dienste für Selbstverantwortung und Privatautonomie leisten kann. Bei der Koppelung von Gewinnspielen mit Warenabsatz muss ein Hinweis auf das jeweilige Gewinnspiel die Abweichung vom Normalprodukt anzeigen. Diese Art der Vermarktung mit klarstellendem Zusatz ist wertungsstimmig zur integrationspolitischen Grundsatzentscheidung der Gemeinschaftsverfassung, welche die privatautonome Selbststeuerung des Gesamtmarktes gegenüber allen unnötigen Hindernissen verteidigt.[82] In diesem Sinne ermöglichen das Verbraucherleitbild des *Gerichtshofs* und die Lauterkeitserfordernisse anhand einer Einzelfallprüfung einen einheitlichen Standard im Verbraucherschutz und eine weitgehende Handlungsfreiheit aller Marktteilnehmer. Erst ein Binnenmarkt, der ohne nationale Wettbewerbshindernisse im Lauterkeitsrecht verwirklicht wird, kann nach dem Prinzip des komparativen Kostenvorteils einen positiven Wohlstandseffekt schaffen und damit dem Verbraucher zugutekommen.

Zu beachten ist jedoch die Gefahr einer unverhältnismäßigen Ausweitung der klassischen Gewinnspiele im Bereich des Einzelhandels nach dem Fall des generellen Verbots. Es wird dann Aufgabe der nationalen Gerichte sein, eine mögliche Reizüberflutung des Verbrauchers einzuschränken. Denn das Bertreiben einer wirksamen Marktkontrolle im Kampf gegen den unlauteren Wettbewerb wird man der Wirkung eines generellen Verbots nicht absprechen können.

Im Grundsatz bleibt es aber dabei, dass Lauterkeitsstandards nicht mit der Aufgabe strukturpolitischer Ergebnissteuerung belastet werden sollten. Es muss im jeweiligen Einzelfall darauf ankommen, ob Reaktion und Relevanz der Auswirkung der angesprochenen Kreise für ein Verbot ausreichend sind. Die Absage, die der *Gerichtshof* dem generellen, nationalen Koppelungsverbot zu Gunsten des harmonisierten Binnenmarktes erteilte, überzeugt. Leider beschränkt sich der Anwendungsbereich der Richtlinie auf das Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher und trennt daher den Verbraucher von den übrigen Akteuren der Marktgegenseite. Die Teilung des Wettbewerbs durch die separate Betrachtung des Verbrauchers ist zwar wegen der zwangsweise einheitlichen Betrachtung des Wettbewerbs und den unterschiedlichen Auswirkungen auf das UWG bedauerlich. Aber hinsichtlich der Realpolitik der Kommission, die im Verbraucherschutz eine politisch leichtere Durchsetzbarkeit vermutete,[83] sind dies wohl „Kröten", die wir heute noch „zu schlucken" haben.

82 *EuGH* Rs. C-315/92 („Clinique") Slg. 1994, I-317 Rn. 22; *EuGH* Rs. C-470/93 („Mars") Slg. 1995, I-1923 Rn. 24; *Müller-Graff* (Fn. 1), S. 228.

83 *Dohrn* (Fn. 76), S. 8; *Veelken* (Fn. 78), S. 10.

III. Fazit

1. Zusammenfassung

Das Urteil des *Gerichtshofs* macht Mut. Der *Gerichtshof* beendet mit einer dogmatisch folgerichtigen Entscheidung vor allem die Streitigkeiten im deutschen Schrifttum. Ein generelles Verbot ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls ist außerhalb der sogenannten „black list" der UGP-Richtlinie nicht mehr haltbar. Ein wenig enttäuscht das Urteil bezüglich seiner inhaltlichen Knappheit. Auf Dauer wird der *Gerichtshof* nicht umhin kommen, der Generalklausel des Art. 5 RL 2005/29/EG argumentativ wenigstens ein bisschen schärfere Konturen zu verleihen. Nur wenn der *Gerichtshof* auf eine einheitliche Auslegung der Richtlinie hinwirkt, kann ein hoher Harmonisierungsgrad und Rechtssicherheit im Bereich des Lauterkeitsrechts gewährleistet werden.

2. Ausblick

Dem *EuGH* folgend ist das generelle Verbot des § 4 Nr. 6 UWG als europarechtswidrig anzusehen und muss daher richtlinienkonform reduziert werden,[84] was im Ergebnis auf eine tatbestandliche Berücksichtigung des § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG hinausläuft. Nicht vergessen werden darf aber, dass im Zentrum der Umsetzungspflicht die Herstellung von Publizität, Klarheit und Bestimmtheit stehen.[85] Daher ist eine legislative Neuregelung wünschenswert. Die Tendenz hin zur richterlichen Rechtsfortbildung durch die nun verstärkte Einzelfallbetrachtung der nationalen Gerichte muss als Antrieb zur Liberalisierung des Lauterkeitsrechts verstanden werden.[86]

Auf lange Sicht gesehen hat sich die lauterkeitsrechtliche Rechtspolitik wohl im Primärrecht zu entfalten. Nur auf diesem Weg lässt sich eine vollständige „Durchdringung" der nationalen Partialmärkte vollenden. Denn mit der Rechtsangleichung nach Art. 114 AEUV lassen sich keine Regelungen durchsetzen, die mit den Art. 34 ff. AEUV unvereinbar sind.[87] Die Entscheidung des *Gerichtshofs* in der Rs. C-304/08 ist ein Schritt in die richtige Richtung. Die Entwicklung gemeinsamer Vorstellungen über wettbewerbliche Lauterkeitsregeln kann ein wichtiges Stück gemeinsamen Rechtsbewusstseins bilden. Dies wiederum ist ein unverzichtbares Fundament der Rechtsgemeinschaft innerhalb der Europäischen Union. Die dadurch verstärkte Akzeptanz des Gemeinschaftsrechts kann wiederum weitere Integrationsschritte positiv beeinflussen.

---

84 So auch *Köhler* Die Unlauterkeitstatbestände des § 4 UWG und ihre Auslegung im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken GRUR 2008, 841 (845).

85 Bereits *EuGH* Rs. C-96/95 („Kommission/Deutschland") Slg. 1997, I-1653.

86 Vgl. *Kessler/Micklitz* Die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und die Reform des UWG 2003, S. 40; *Glöckner* Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken, deutsches UWG oder die schwierige Umsetzung von europarechtlichen Generalklauseln WRP 2004, 936 (943).

87 Vgl. *Müller-Graff* (Fn. 44), S. 151.

Rezensionen

Buchrezension

Tom Bingham, The Rule of Law, 1. Auflage 2010 (Penguin Books)

I. Einführung

Bingham behandelt in dem kompakten Buch ein grundlegendes Prinzip der deutschen, wie auch meisten anderen Rechtsordnungen. Unter dem Titel „The Rule of Law" beschreibt *Bingham*, in gut verständlichem Englisch, die Grundzüge rechtsstaatlichen Handelns. Er greift dafür unter anderem auf Gerichtsentscheidungen, wissenschaftliche Literatur und politische Dokumente verschiedener Rechtsordnungen zurück. *Bingham* zeichnet in seinen Ausführungen die historische Entwicklung nach, die zu dem heutigen Verständnis von Rechtsstaatlichkeit geführt hat und erläutert die zentralen Gebote, die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben. Er geht insbesonders auch auf problematische moderne Zusammenhänge, wie Rechtsstaatlichkeit und Terrorismusbekämpfung, ein. Dieses Buch bringt dem Leser näher „what the rule of law means to us, here and now".

Tom Bingham galt, bis zu seinem Tod im September 2010, als einer der einflussreichsten Juristen des Vereinigten Königreiches. Von 1996 bis 2008 war er Chief Lord Justice, 2010 wurde das *Bingham Centre for the Rule of Law* als Teil des British Institute of International and Comparative Law gegründet. Das vorliegende Buch wurde u. a. vom Guardian (*Chris Patten*) und der Financial Times (*Gideon Rachman*) zu einem der besten Bücher des Jahres 2010 gewählt.

II. Im Einzelnen

Das Buch ist in drei Teile gegliedert. *Bingham* stellt zu Beginn die Relevanz des Rechtsstaatsprinzips in modernen Rechtsordnungen dar und zeichnet in einem zweiten Kapitel die historische Entwicklung dieses Prinzips nach. Insbesondere der historische Abriss ist lesenswert. Die Auswahl der Ereignisse reicht von der Magna Charta über die französische Deklaration der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 bis hin zur universellen Deklaration der Menschenrechte. Die Auflistung erhebt nicht den Anspruch der Vollständigkeit und berücksichtigt insbesondere Meilensteine aus dem Anglo-Amerikanischen Rechtsraum. *Bingham* gelingt es in diesem historischen Abriss dennoch, das mühsame Ringen um mehr Rechtsstaatlichkeit im Laufe der Jahrhunderte nachzuzeichnen.

Der zweite Teil stellt den Herzteil des Buches dar. *Bingham* füllt hier das Schlagwort „rule of law" mit Inhalt. In Kapiteln über die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes, Rechtsbindung versus Ermessen, den Schutz der Menschenrechte und die Bindung der Staaten an das internationale Recht arbeitet *Bingham* die Gebote heraus, die aus dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit folgen.

In den einzelnen Kapiteln arbeitet der Autor die Bedeutung dieser Prinzipien für moderne Gesellschaften heraus. Was diese Ausführungen für den studierten oder studierenden Juristen lesenswert macht, ist der Stil Binghams. Der Text ist reich an Beispielen, historischen und modernen Anekdoten und wissenschaftlichen Verweisen. Theoretische Ausführungen stehen im Hintergrund. *Bingham* berichtet von einem englischen Fall aus dem Jahr 2001, in dem weder Richtern, noch Staatsanwälten oder Verteidigern eine Änderung der Rechtslage bezüglich des Schmuggels von Tabakwaren bekannt war und zeigt daran auf, dass der Zugang zum *Recht* auch hier und heute noch problematisch sein kann. Die Ursprünge des Gleichheitssatzes zeichnet er am Fall des nach England gebrachten Sklaven *Sommersett* nach. Unmittelbar anschließend geht er auf den englischen „Anti-terrorism, Crime and Security Act" (2001) ein, der das Festhalten von Nicht-Briten, die des internationalen Terrorismus verdächtigt wurden, auf unbestimmte Zeit ohne Anklage oder Verfahren zuließ. *Bingham* geht in dem Werk auch über rein juristische Aspekte hinaus und schneidet philosophische und ökonomische Dimensionen der Rechtsstaatlichkeit an.

Den dritten und letzten Teil des Buches widmet *Bingham* insbesondere dem problematischen Verhältnis von Rechtsstaatlichkeit und Terrorismusbekämpfung. Der Autor beschreibt ausführlich die staatlichen Reaktionen im Rahmen der modernen Terrorismusbekämpfung. Neben der Analyse der rechtsstaatlich zweifelhaften Folgen des amerikanischen „war on terror" arbeitet Bingham insbesondere Unterschiede und Gemeinsamkeiten der amerikanischen und britischen Reaktionen auf den 11. September heraus.

III. Fazit

Dieses Buch ist kein Lehrbuch zum Thema Rechtsstaatlichkeit. Darin liegt die Stärke aber auch die Schwäche des Werkes. So diskutiert *Bingham* ausführlich die negativen Implikationen der Irak Invasion von 2003 für die internationale (Rechts-)Ordnung, geht aber nicht auf die strittigen Fragen rund um die „humanitären Intervention" der NATO gegen Serbien 1999 ein. *Bingham* zeichnet in groben Zügen und kursorisch eine Fülle von Themen nach, die genauerer Analyse bedürfen und seine Ausführungen befriedigen demnach nicht immer.

Dieses Buch muss als Lesebuch verstanden werden. Die Sprache ist einfach und auch für den juristischen Laien klar verständlich, Konzepte und Beispiele sind dennoch nicht simplistisch. Binghams Englisch ist gut lesbar, eine deutsche Übersetzung ist vorerst nicht zu erwarten.

Das Buch erinnert uns, welche grundlegenden Werte das – mittlerweile schon inflationär benutzte – Konzept der Rechtsstaatlichkeit verkörpert, welche Folgen es für unser Leben hat und, dass wir stetig darum ringen sollten, rechtsstaatliches Handeln als Maxime anzulegen. Insofern ist es jedem zu empfehlen.

Leonard Ghione