

AUFSÄTZE

RABEA BUSKOTTE

„Nun sag, wer ist mein Vater?“ – Eine Besprechung der jüngsten Normierung des Auskunftsanspruchs des Spenderkindes nach einer Samenspende

NILS IMGARTEN

Legitimation durch Beteiligung?

Einbeziehung der Zivilgesellschaft in die Gesetzgebung der Europäischen Union

FALLBEARBEITUNGEN

LEONIE SCHENE

Zanken ums Tanken – Der böswillige Tankvorgang im sachenrechtlichen Kontext

Fallbearbeitung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene

DENISE WENZL

Von enttäuschten Fußballfans und grauenhaften Parkbedingungen

Fallbearbeitung im Strafrecht für Fortgeschrittene

STUDIUM UND DIDAKTIK

GESCHE BUTENSCHÖN UND CHRISTIAN VOß

Die Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition

ANNE DAETZ, ALINA ERZMANN, LORENZ LANG UND LARA SCHMIDT

Spring School 2018 zum Thema Menschenrechte in Vietnam

CHARLOTTE HILDEBRAND UND LOTTA SCHESTAK

Der Schwerpunkt – vor oder nach der staatlichen Pflichtfachprüfung?

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHTEN

CHARLOTTE HILDEBRAND

Rechtsprechungsübersicht im Zivilrecht

JULIAN JANSEN UND SOPHIE NORBECK

Rechtsprechungsübersicht im Öffentlichen Recht

DENISE WENZL UND FELIX HOHENHÖVEL

Rechtsprechungsübersicht im Strafrecht



GRZ | Göttinger
Rechtszeitschrift

Herausgeber



Göttinger
Rechtszeitschrift e. V.

% Fachschaftsrat Jura
Georg-August-Universität Göttingen
Goßlerstraße 16 A
37073 Göttingen

Registergericht: Amtsgericht Göttingen
Registernummer: VR 201862

Vorstandsvorsitzender: Felix Hohenhövel
Schriftführer: Jakob Schünemann
Schatzmeister: Christian Magaard

Mail: kontakt@g-rz.de
Web: www.goettinger-rechtszeitschrift.de

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Herausgebers unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Ausgabe 1/2019, 2. Jahrgang, 1. Auflage, Juli 2019

© 2019 Göttinger Rechtszeitschrift e. V.

Gestaltung und Satz Alexander Sparenberg
Druck Online-Druck GmbH & Co. KG, Krumbach
Schrift Equity und Concourse von MB Type
Papier 120 g/m² Amber Graphic, FSC®-zertifiziert

ISSN 2627-3721

Printed in Germany

MITWIRKENDE

Redaktionsleitung

Friederike Ammann, Zivilrecht
Julian Jansen, Öffentliches Recht
Denise Wenzl, Strafrecht
Christian Magaard, Studium und Didaktik

Ressort Zivilrecht

Luise Gogolok, Lea Gottschalk, Felix Hohenhövel, Charlotte Hildebrand, Sven Neubert, Lisa Metz

Ressort Öffentliches Recht

Vera Bahlmann, Carl-Philipp Borschel, Hannah Christokat, Sophie Norbeck, Anna Peuser, Semra Sagir, Jakob Schünemann, Sven Wedemeyer

Ressort Strafrecht

Elena Ben Salem, Linn Seidensticker, Jannis Strotmann

Ressort Studium und Didaktik

Lea Gottschalk, Leonard Hoffmann, Clara Reinhardt

Publikationsdirektor

Alexander Sparenberg

Direktor für Öffentlichkeitsarbeit

Maximilian C. Meister

Öffentlichkeitsarbeit

Lotta Schestak

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Martin Ahrens
Prof. Dr. Joachim Münch
Prof. Dr. Meik Thöne, M. Jur. (Oxford)
Dr. Roman Lehner
Prof. Dr. Thomas Mann
Prof. Dr. Marcus Schladebach, LL. M.
Prof. Dr. Gunnar Duttge
Dr. Alexander Heinze, LL. M. (TCD)

INFORMATIONEN

Erscheinungsweise

Die Göttinger Rechtszeitschrift erscheint halbjährlich.

Autor werden

Für kommende Ausgaben suchen wir stets Autoren, die Interesse an der Veröffentlichung von wissenschaftlichen Beiträgen sowie Klausuren, Seminararbeiten, Studienarbeiten oder Erfahrungsberichten haben. Für weitere Informationen wenden Sie sich bitte an redaktion@g-rz.de.

GRUßWORT

Mit der Göttinger Rechtszeitschrift ist ein ambitioniertes Projekt Göttinger Studierender Realität geworden. Als Fachzeitschrift von Studierenden für Studierende und Promovierende betritt sie ein Terrain, das bislang weitgehend den etablierten Verlagen mit ihren Publikationen vorbehalten war. Viel zu selten noch erscheinen an den deutschen juristischen Fakultäten derartige Zeitschriften aus dem Kreis der Studierenden, wie dies in anderen Ländern längst üblich ist. Für die Studierenden sowie Nachwuchswissenschaftlerinnen und Nachwuchswissenschaftler ist jetzt auch in Göttingen eine besondere, an ihren Interessen orientierte Zeitschrift geschaffen worden, deren Strahlkraft weit über den Göttinger Raum hinausreichen wird.

Von anderen Journalen unterscheidet sich die Göttinger Rechtszeitschrift, weil es sich bei ihr um eine mitten aus dem Studium heraus gestaltete Publikation handelt. Unmittelbar verspürbar wird dies bereits bei ihrer inhaltlichen Ausrichtung. Die veröffentlichten Beiträge sollen gleichermaßen aus der Breite der juristischen Prüfungsleistungen wie dem für das Jurastudium relevanten allgemeinen Themen geschöpft werden. Damit erfüllt die Zeitschrift zunächst einen zentralen studentischen Wunsch nach Falllösungsbeispielen und konkreten Informationen über die bestehenden Prüfungsanforderungen. Mit den Beiträgen wird das gesamte Spektrum von Grundstudiumsklausuren über Hausarbeiten aus den Übungen für Fortgeschrittene bis hin zu Seminar- und Studienarbeiten abgedeckt. Diese direkt an der Quelle des Studiums entstandenen Texte belegen, wie ein erfolgreiches Studium absolviert werden kann.

Der Anspruch der Zeitschrift weist aber weit über das Format einer Ausbildungsschrift mit Falllösungsrepetitorium hinaus. Publiziert werden sollen außerdem qualitative juristische Beiträge, die einen Eindruck von der hohen Aktualität und dem Spannungsreichtum juristischer Themenfelder vermitteln, die als wissenschaftliche Texte bereits im Studium entstanden sein können. Als lebendiger Ausdruck der wissenschaftlichen Diskussionen spiegeln die Texte zugleich die Breite der Studieninhalte wider.

Mit diesen fachbezogenen Beiträgen hat es indessen nicht sein Bewenden, denn der Blick der Leser soll auch für die

Anforderungen jenseits der Prüfungsleistungen geöffnet werden. Berichte über eine Spring School oder einen Moot Court dokumentieren beispielhaft die vielfältigen Möglichkeiten im Studium. Gerade derartige außergewöhnliche Angebote stellen einen besonderen Reiz des Studiums dar und regen mit den darüber veröffentlichten Berichten hoffentlich zu einer Mitwirkung an.

Die Zeitschrift bietet zugleich für die Studierenden und die Nachwuchswissenschaftlerinnen und Nachwuchswissenschaftler eine ganz besondere Gelegenheit, publizistisch tätig zu werden. Für überzeugende Beiträge eröffnet die Göttinger Rechtszeitschrift ein interessantes Publikationsforum. Gleichgültig ist dabei, ob ein erstmaliger mutiger Publikationsversuch gestartet werden soll oder bereits das Herz für die Wissenschaft schlägt und vielleicht sogar der academic record erweitert werden soll. Diese spezielle Chance sollte nicht ungenutzt bleiben. Hierin liegt auch der Charme einer studentischen Rechtszeitung.

Ein Vorhaben wie die Göttinger Rechtszeitschrift benötigt viel Engagement und einen langen Atem. Unverzichtbar dafür ist die Mitwirkung interessierter Studierender an der redaktionellen Arbeit. Der Wert dieser Tätigkeit kann nicht hoch genug eingeschätzt werden, denn sie ermöglicht einen unmittelbaren Blick in die wissenschaftliche Werkstatt. Hier können viele wichtige Erfahrungen gesammelt und neue Perspektiven geöffnet werden. Da die redaktionelle Arbeit von Studierenden geleistet wird, bedarf es einer kontinuierlichen Erneuerung. Es kann nur nachhaltig empfohlen werden, sich an der Redaktionsarbeit zu beteiligen. Es lohnt sich in jeder Hinsicht.

Die Juristische Fakultät freut sich über ihr neuestes Mitglied im Kreise des akademischen Nachwuchses. Ich persönlich wünsche der Zeitschrift eine lange und erfolgreiche Entwicklung, allen Beteiligten viel Freude an der Arbeit sowie den Leserinnen und Lesern eine spannende Lektüre.

Professor Dr. Martin Ahrens

Dekan
Juristische Fakultät Georg-August-Universität Göttingen

AUFSÄTZE

RABEA BUSKOTTE

- „Nun sag, wer ist mein Vater?“ – Eine Besprechung der jüngsten Normierung des Auskunftsanspruchs des Spenderkindes nach einer Samenspende** 6

NILS IMGARTEN

- Legitimation durch Beteiligung?**
Einbeziehung der Zivilgesellschaft in die Gesetzgebung der Europäischen Union 13

FALLBEARBEITUNGEN

LEONIE SCHENE

- Zanken ums Tanken – Der böswillige Tankvorgang im sachenrechtlichen Kontext**
Fallbearbeitung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene 20

DENISE WENZL

- Von enttäuschten Fußballfans und grauenhaften Parkbedingungen**
Fallbearbeitung im Strafrecht für Fortgeschrittene 28

STUDIUM UND DIDAKTIK

GESCHE BUTENSCHÖN UND CHRISTIAN VOß

- Die Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition** 37

ANNE DAETZ, ALINA ERZMANN, LORENZ LANG UND LARA SCHMIDT

- Spring School 2018 zum Thema Menschenrechte in Vietnam** 41

CHARLOTTE HILDEBRAND UND LOTTA SCHESTAK

- Der Schwerpunkt – vor oder nach der staatlichen Pflichtfachprüfung?** 45

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHTEN

CHARLOTTE HILDEBRAND

- Rechtsprechungsübersicht im Zivilrecht** 48

JULIAN JANSEN UND SOPHIE NORBECK

- Rechtsprechungsübersicht im Öffentlichen Recht** 50

DENISE WENZL UND FELIX HOHENHÖVEL

- Rechtsprechungsübersicht im Strafrecht** 52

RABEA BUSKOTTE*

„Nun sag, wer ist mein Vater?“ – Eine Besprechung der jüngsten Normierung des Auskunftsanspruchs des Spenderkindes nach einer Samenspende

Der Beitrag befasst sich mit dem am 1. 7. 2018 in Kraft getretenen Gesetz zur Regelung des sich aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG ergebenden Rechts auf Kenntnis der Abstammung eines mittels Samenspende gezeugten Kindes. Ziel des Gesetzes ist es, dieses Recht zu stärken. Der Beitrag schaut auf die Umsetzung dieses Ziels.

A. Einleitung

Das Recht auf Kenntnis der Abstammung ist schon seit den 1980er Jahren ein brisantes Thema.¹ Bereits Ende der 1970er Jahre wurde das erste durch künstliche Befruchtung gezeugte Kind geboren.² Seitdem steigt die Zahl der mittels künstlicher Befruchtung gezeugten Kinder um circa 1000 Kinder pro Jahr stetig auf mittlerweile fast 100 000 Kinder in Deutschland.³ Bei diesen sog. Spenderkindern⁴ stellt sich häufig das Problem, dass die Identität des leiblichen Vaters, des Samenspenders, unbekannt ist.

Um das Recht auf Kenntnis der Abstammung und damit die Möglichkeit der Kenntnis der Identität des Samenspenders zu stärken, nahm sich die Große Koalition zu Anfang der 18. Legislaturperiode in ihrem Koalitionsvertrag vor, dieses Recht gesetzlich zu regeln.⁵ Nach intensiver Diskussion in Politik und Wissenschaft ist das Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen entstanden, welches am 17. 7. 2017 ausfertigt wurde und am 1. 7. 2018 in Kraft getreten ist.

Das Gesetz ist in zwei Artikel aufgeteilt. Der erste Artikel beinhaltet des Samenspenderregistergesetz (SaRegG), wäh-

rend der zweite Artikel eine Änderung im BGB vorsieht, welche die abstammungsrechtlichen Folgen des Auskunftsanspruchs regelt.⁶

Dieser Beitrag legt seinen Fokus auf das SaRegG und insbesondere auf die Normierung des Auskunftsanspruches.

B. Grundlagen der Reproduktionsmedizin

Bevor jedoch auf Einzelheiten eingegangen wird, ist zuerst auf die Grundlagen der Reproduktionsmedizin und insbesondere auf die künstliche Insemination einzugehen.

Die Reproduktionsmedizin im Allgemeinen beschäftigt sich mit der menschlichen Fortpflanzung. Die künstliche Befruchtung stellt eine mögliche Vorgehensweise der Reproduktionsmedizin dar. Darunter versteht man die Einbringung von aufbereiteter oder natürlicher Samenflüssigkeit in den weiblichen Genitaltrakt.⁷ Unterschieden wird zwischen homologer und heterologer Verwendung von Samen. Die heterologe Verwendung stellt die Verwendung des Samens eines Dritten dar, welcher nicht in einer Ehe oder Partnerschaft mit der Empfängerin der Samenspende lebt.⁸ Die homologe Verwendung ist dagegen die Verwendung des Spermias des Ehemanns oder des dauerhaften Lebensgefährten der Empfängerin.⁹

Bei der künstlichen Befruchtung unter heterologer Verwendung von Samen wirken in der Regel vier Parteien mit. Zuerst ist der Samenspender zu nennen. Dieser gibt die Spende bei der Entnahmeeinrichtung, auch als Samenbank bekannt, ab. Die Entnahmeeinrichtung wird in § 2 I 1 SaRegG legaldefiniert als eine Einrichtung, in der Samen zur heterologen Verwendung für ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung gewonnen wird. Diese Entnahmeeinrichtung kann die Spende an eine Einrichtung der medizinischen Versorgung weitergeben.¹⁰ Die Einrichtung der medizinischen Versorgung wiederum ist in § 1 a Nr. 9 TPG legaldefiniert als ein Krankenhaus oder eine andere Einrichtung mit unmittelbarer Patientenbetreuung, die fachlich-medizinisch unter ständiger ärztlicher Leitung steht und in der ärztliche me-

* Rabea Buskotte studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Dr. h. c. Volker Lipp. Der Beitrag ist aus einer Studienarbeit im Wintersemester 2018/19 hervorgegangen.

1 Frank, Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung?, FamRZ 1988, 113, 113.
2 Hübner/Pühler, Systematische Rechtsentwicklung für die Reproduktionsmedizin, MedR 2017, 929, 929; Grziwotz, Rechtsprobleme der „künstlichen Befruchtung“, notar 2018, 163, 163; Bispink, Reproduktionsmedizinische Aspekte, in: Duttge/Engel/Lipp/Zoll, Heterologe Insemination (2010), 1, 1.
3 Zypries/Zeeb, Samenspende und das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, ZRP 2014, 54, 54; Helms, Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht: Hat Deutschland die internationale Entwicklung verpasst?, FF 2015, 234, 234; Griesinger, Was kann die Reproduktionsmedizin?, in: Woopen (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin (2016), S. 20, 20.
4 Zur Bezeichnung vgl. BGH NJW 2015, 1098, 1102; Taupitz/Theodoridis, Das Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen, MedR 2018, 457, 457; Coester-Waltjen, Das Recht auf (Kenntnis der eigenen) Abstammung, FF 2017, 224, 224.
5 Koalitionsvertrag „Zukunft gestalten“ zwischen CDU, CSU und SPD, S. 99.

6 BT-Drs. 18/11291, S. 35.

7 Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 2. Auflage (2014), C II § 1 Abs. 1 Nr. 2, Rn. 15.

8 Teller, Die Künstliche Befruchtung im Wandel der Rechtsprechung, DStR 2018, 2318, 2319.

9 Dorneck, Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda: eine Analyse zum AME-FMedG (2018), S. 92; Günther/Taupitz/Kaiser/Günther (Fn. 7), B V, Rn. 92 mit der Unterscheidung zwischen quasi-homologer Verwendung bei Lebensgefährten und homologer Verwendung bei Ehepartnern.

10 Frie, Das neue Samenspenderrecht, NZFam 2018, 817, 818.

dizinische Leistungen erbracht werden. Dort wird bei der Empfängerin der Samenspende, der vierten beteiligten Partei, die künstliche Befruchtung durchgeführt.

Die rechtlichen Grundlagen der Reproduktionsmedizin sind in Deutschland nur fragmentarisch geregelt.¹¹ Einschlägig sind insbesondere das Transplantationsgesetz (TPG), das Arzneimittelgesetz (AMG) sowie ergänzende Verordnungen und Satzungen der Ärztekammern.

Auch ist ein Blick auf das rechtliche Verhältnis zwischen der Einrichtung der medizinischen Versorgung und der Empfängerin zu werfen. Einordnen lässt sich dieses als Behandlungsvertrag gemäß § 630 a BGB.¹² Die Empfängerin ist entsprechend §§ 630 d, 630 e BGB über Risiken aufzuklären und muss in die Behandlung einwilligen. Da die künstliche Insemination unter dem Arztvorbehalt gemäß § 9 Embryonenschutzgesetz (ESchG) steht,¹³ muss diese indiziert sein.¹⁴ Mögliche Indikationen für die künstliche Befruchtung sind weibliche, bei der Samenspende jedoch überwiegend männliche, Störungen der Fertilität.¹⁵

Ob der Vertrag zwischen Samenspender und Entnahmeeinrichtung ebenfalls als Behandlungsvertrag gemäß § 630 a BGB qualifiziert werden kann, ist vom Einzelfall abhängig und nicht abschließend geklärt.¹⁶ Der Unterschied zum Behandlungsvertrag mit der Empfängerin liegt insbesondere in der Fremdnützlichkeits der dem Vertrag zugrunde liegenden Samenspende.¹⁷

C. Recht auf Kenntnis der Abstammung

Wie der Titel des hier zu untersuchenden Gesetzes bereits verlauten lässt, ist das Recht auf Kenntnis der Abstammung eines seiner Kernstücke. Dem Gesetz liegt das Ziel zugrunde, dieses Recht der Spenderkinder durch unbürokratische und einfache Umsetzungsmöglichkeiten zu stärken.¹⁸ Dies ist in § 1 II SaRegG normiert.

Im Folgenden soll die zentrale Norm des SaRegG, welche den Auskunftsanspruch regelt in den Blick genommen werden. Um diese Neuregelung in einen passenden Kontext setzen zu können, wird zuerst die Rechtslage vor Inkrafttreten des SaRegG beleuchtet. Anschließend wird die Umsetzung des festgeschriebenen Ziels kritisch beleuchtet.

I. Herleitung

Zuerst ist auf die Herleitung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung einzugehen. Dieses wurde durch die Recht-

sprechung des BVerfG entwickelt. Bereits im Jahr 1989 erkannte es das Recht auf Kenntnis der Abstammung als wichtigen Teil der Individualitätsfindung an.¹⁹ Es verortet das Recht auf Kenntnis der Abstammung demnach als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG.²⁰ Klassifiziert wird das Recht auf Kenntnis der Abstammung nicht als Leistungsrecht gegenüber dem Staat. Es umfasst demnach keinen Anspruch auf Verschaffung von Informationen gegenüber dem Staat. Vielmehr beinhaltet es einen Schutz vor Vorenthaltung bereits vorhandener Informationen auch durch Private.²¹

II. Die Geltendmachung vor Inkrafttreten des Gesetzes

Zwar war das Recht auf Kenntnis der Abstammung rechtlich anerkannt, die Geltendmachung gestaltete sich jedoch „schwierig bis unmöglich.“²² Ein gesetzlich geregelter Anspruch der Spenderkinder bestand nicht. Vielmehr gestaltete die Rechtsprechung die Umsetzung des Rechts der Spenderkinder auf Kenntnis der Abstammung aus. Der Anspruch kann sich sowohl gegen die Einrichtung der medizinischen Versorgung als auch gegen die Mutter des Spenderkindes richten.

1. Anspruch gegenüber der Einrichtung der medizinischen Versorgung

Gegenüber der Einrichtung der medizinischen Versorgung kann ein Anspruch auf Auskunft gemäß § 242 BGB bestehen.²³ Denn über die Generalklausel des § 242 BGB entfalten die Grundrechte als Freiheitsrechte „Ausstrahlungswirkung“²⁴ ins Privatrecht und werden als objektive Wertentscheidung im Zivilrecht herangezogen.²⁵ Die Norm des § 242 BGB dient somit als passende Anspruchsgrundlage, um dem Schutzgehalt des Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG Geltung zu verschaffen.

a) Anspruchsvoraussetzungen

Die erste Voraussetzung für einen Anspruch aus § 242 BGB ist eine Sonderverbindung zwischen dem Spenderkind und der Einrichtung der medizinischen Versorgung. Eine solche besteht in der Regel nicht. Vielmehr besteht lediglich ein Behandlungsvertrag zwischen der Einrichtung der medizinischen Versorgung und den Wunscheltern.²⁶ Es besteht

11 Hübner/Pühler (Fn. 2), 929.

12 Vgl. Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Auflage (2015), VIII., Rn. 36.

13 Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz (Fn. 7), C II. § 9, Rn. 2 ff.

14 Laufs/Katzenmeier/Lipp, (Fn. 12), Rn. 37; Laufs/Kern, *Handbuch Arztrecht*, 4. Auflage (2010), § 129, Rn. 28 f.

15 Günther/Taupitz/Kaiser/Kaiser (Fn. 7), A. IV., Rn. 176.

16 Qualifizierung als Dienstvertrag bei Laufs/Kern (Fn. 14), § 38, Rn. 47.

17 Spickhoff/Spickhoff, *Medizinrecht*, 3. Auflage (2018), § 630 a BGB, Rn. 18; Laufs/Katzenmeier/Lipp (Fn. 12), VIII., Rn. 30.

18 BT-Drs. 18/11291, S. 23.

19 BVerfGE 79, 256 (269).

20 Sachs/Murswiek/Rixen, GG, 8. Auflage (2018), Art. 2, Rn. 75 a; Spilker, *Das Recht auf Kenntnis der Abstammung im Verfassungsrecht*, JuS 2016, 988, 988; Hufen, *Staatsrecht II*, 7. Auflage (2018), § 11, Rn. 11; Rahm/Künkel/Schwonberg, *Handbuch des Familienrechts*, 78. Ergänzungslieferung (2019), Kap. 9, Rn. 16.

21 BVerfGE 96, 56 (63); BVerfGE 90, 263 (271); BVerfGE 79, 256 (269); BVerfGE 141, 186 (204).

22 Taupitz/Theodoridis (Fn. 4), 458.

23 Schmidt, *Das Recht des Kindes auf Kenntnis des leiblichen Vaters*, NZFam 2017, 881, 882; Wellenhofer, *Rechtsprechungsübersicht zum Abstammungsrecht (2014-2016)*, NZFam 2016, 731, 733.

24 Sachs/Murswiek/Rixen (Fn. 20), Art. 2, Rn. 37.

25 BVerfGK 1, 308 (308 ff.); von Münch/Kunig/Kunig, *Grundgesetz-Kommentar*, 6. Auflage (2012), Art. 2, Rn. 40; Epping, *Grundrechte*, 7. Auflage (2017), Rn. 347 f.

26 Quaas/Zuck/Clemens, *Medizinrecht*, 4. Auflage (2018), § 14, Rn. 27.

jedoch die Möglichkeit, das Spenderkind in den Vertrag mit einzubeziehen. Während das OLG Hamm 2013 noch von einer Einbeziehung durch einen Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 I BGB ausging,²⁷ nahm der BGH 2015 an, dass das Kind über einen Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter in den Behandlungsvertrag miteinbezogen wird.²⁸

Die Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter sind Leistungsnähe, Gläubignähe, Erkennbarkeit für den Schuldner und die Schutzbedürftigkeit des Dritten.²⁹

Die Leistungsnähe erfordert, dass der Dritte in gleicher Weise wie der Gläubiger mit der Leistung in Berührung kommt.³⁰ Die Befruchtung der Empfängerin und die spätere Geburt des Spenderkindes stellen regelmäßig das Ziel des Vertrages dar, sodass die Leistungsnähe zum später geborenen Kind besteht.

Die Gläubignähe setzt ein berechtigtes Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten in den Vertrag voraus.³¹ Dies ist den Wunscheltern aufgrund des Kindeswohls zu unterstellen, sodass auch die Gläubignähe vorliegt.

Überdies ist das spätere Auskunftsverlangen für die Einrichtung der medizinischen Versorgung vorhersehbar.³²

Auch hat das Kind keinen vergleichbaren Anspruch, sodass auch die Schutzbedürftigkeit des Dritten gegeben ist. Regelmäßig liegen demnach die Voraussetzungen für den Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei einem Behandlungsvertrag über die künstliche Insemination vor.³³

Der Anspruch auf Auskunft aus § 242 BGB setzt darüber hinaus die Zumutbarkeit für den Anspruchsgegner voraus.³⁴ Gegen das Vorliegen der Zumutbarkeit wurde von den beklagten Einrichtungen teilweise angeführt, dass sich diese durch die Auskunftserteilung gemäß § 203 StGB strafbar machen würden.³⁵ Auch stelle dies nicht zuletzt einen Eingriff in die Berufsfreiheit, welche sich aus Art. 12 I GG er-

gibt,³⁶ und das in Art. 2 I GG i. V. m. Art. 1 I GG verankerte Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar.³⁷

Um über die Zumutbarkeit entscheiden zu können, muss eine Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall vorgenommen werden. Aufgrund der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung tritt die Berufsfreiheit der Einrichtung der medizinischen Versorgung zurück. Ihr ist durch die Vorhersehbarkeit für die Einrichtungen kein vergleichbares Gewicht zuzusprechen.³⁸ Dies ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass die Ärzte oft bereits vor dem Eingriff wissen, dass sie beispielsweise mit Anonymitätszusicherung gegen das Recht auf Kenntnis der Abstammung des später geborenen Kindes verstoßen. Denn bereits seit Ende der 1980er Jahre gilt der durch Richtlinien festgelegte Standard, dass Ärzte eine Zusicherung der Anonymität nicht wirksam erklären können.³⁹ So sind sich die Einrichtungen oftmals von vornherein über die Folgen bezüglich eines Auskunftsverlangens bewusst und können sich so nicht im Nachhinein auf die Unzumutbarkeit berufen.⁴⁰

Auch macht sich die Einrichtung nicht gemäß § 203 StGB strafbar. Durch das Bestehen einer anerkannten Auskunftspflicht gemäß § 242 BGB handelt diese nicht unbefugt i. S. d. § 203 StGB.⁴¹ Eine Unzumutbarkeit für die Einrichtung der medizinischen Versorgung liegt folglich nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen vor.

b) Einwand der Unmöglichkeit

Darüber hinaus beriefen sich die Einrichtungen der medizinischen Versorgung auf die Unmöglichkeit gemäß § 275 BGB. Doch auch dieser greift nicht durch.⁴² Die Einrichtungen trugen vor, dass die relevanten Informationen nicht mehr aufzutreiben seien oder diese bereits vernichtet zu haben.⁴³ Das OLG Hamm setzte dem entgegen, dass die Unmöglichkeit erst gegeben sei, wenn seitens der Einrichtungen nachgewiesen werden könne, dass alles unternommen wurde, um die Informationen zu erlangen.⁴⁴ Überdies entsteht bei einer schuldhaften Herbeiführung der Unmöglichkeit ein Schadensersatzanspruch des Kindes auf Ersatz des immateriellen Schadens gegen die Einrichtung der medizinischen Versorgung wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts.⁴⁵

27 OLG Hamm NJW 2013, 1167, 1168.

28 BGHZ 204, 54 (57). Die Rechtsgrundlage des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter ist umstritten. In Betracht kommt eine Erstreckung der Schutzpflichten auf Dritte durch ergänzende Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB. Teilweise wird eine solche Erstreckung der Schutzpflichten auch auf § 242 BGB gestützt; siehe Übersicht bei *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 42. Auflage (2018), § 33, Rn. 6.

29 *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 16. Auflage (2018), § 9, Rn. 164 ff.

30 *Looschelders* (Fn. 29), § 9, Rn. 165.

31 *Looschelders* (Fn. 29), § 9, Rn. 166.

32 *Fink/Grün*, Der Auskunftsanspruch über die Abstammung des durch heterologe Insemination gezeugten Kindes gegen den Arzt, NJW 2013, 1913, 1914.

33 BGHZ 204, 54 (54); AG Hannover NJW-RR 2017, 132, 132; Palandt/*Grüneberg*, Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Auflage (2019), § 328, Rn. 22; *Fink/Grün* (Fn. 32), 1914.

34 BGHZ 191, 259 (259 ff.); BGH NJW 2014, 2571, 2572.

35 OLG Hamm NJW 2013, 1167, 1169.

36 Vgl. *Mann/Worthmann*, Berufsfreiheit (Art. 12 GG) – Strukturen und Problemkonstellationen, JuS 2013, 385, 386.

37 BGHZ 204, 54 (69, 70); *Fink/Grün* (Fn. 32), 1914.

38 OLG Hamm NJW 2013, 1167, 1169.

39 Vgl. Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion, DÄBl. 1988, 3607.

40 *Fink/Grün* (Fn. 32), 1914.

41 MüKoStGB/*Cierniak/Niehaus*, 3. Auflage (2017), § 203 StGB, Rn. 93.

42 OLG Hamm NJW 2013, 1167, 1170; MüKoBGB/*Wellenhofer*, 7. Auflage (2017), § 1598 a, Rn. 62.

43 *Fink/Grün* (Fn. 32), 1915.

44 OLG Hamm NJW 2013, 1167, 1170.

45 MüKoBGB/*Wellenhofer* (Fn. 42), § 1598 a, Rn. 63; *Helms*, Familienrechtliche Grundlagen, in: *Duttge/Engel/Lipp/Zorn* (Fn. 2), 37, 42; *Wellenhofer* (Fn. 23), 732.

2. Anspruch gegenüber der Mutter

Die Frage, ob das Kind auch einen Anspruch gegenüber der Mutter auf Auskunft über den leiblichen Vater hat, wurde in den 1980er Jahren aufgrund des allgemeinen sittlichen Empfindens vornehmlich abgelehnt.⁴⁶ Im Laufe der Zeit änderte sich diese Ansicht jedoch. Einen Anspruch des Kindes gegen seine Mutter auf Kenntnis des leiblichen Vaters leitet man heute aus § 1618 a BGB ab.⁴⁷ Eine ausdrückliche Normierung des Anspruchs hielt der Gesetzgeber angesichts der etablierten Rechtsprechung für überflüssig.⁴⁸

Norminhalt des § 1618 a BGB ist die Verpflichtung zur Rücksichtnahme und zum Beistand zwischen Eltern und Kindern.⁴⁹ Rücksichtnahme und Beistand i. S. d. § 1618 a BGB meint die aktive Unterstützung innerhalb der Familie sowie das Zurückstellen eigener Interessen und Rechtspositionen hinter die Bedürfnisse der Familie.⁵⁰ Als Ausprägung des gegenseitigen Beistandes und in Folge der gesetzlichen Lücken ist so der Anspruch aus § 1618 a BGB erwachsen.⁵¹ Das Bestehen des Anspruchs ist von einer Abwägung der Interessen abhängig, jedoch sonst an keine weiteren Voraussetzungen gebunden.⁵²

Es stehen sich die grundrechtlich geschützte Position der Mutter, in Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, und die Position des Kindes, in Form des Rechts auf Kenntnis der Abstammung, gegenüber.⁵³ Ein grundsätzlicher Vorrang des Rechts des Kindes wird überwiegend abgelehnt, vielmehr ist eine konkrete Abwägung im Einzelfall geboten.⁵⁴ So können besondere Umstände der Mutter, welche ihr Schweigen über die Abstammung des Kindes begründen, u. U. die rechtlichen und immateriellen Nachteile des Kindes überwiegen.⁵⁵

Soweit ersichtlich, wurde über das Auskunftsbegehren über den Samenspender gegenüber der Mutter noch nicht gerichtlich entschieden. Dies könnte mit dem praktischen Problem zusammenhängen, dass die Mutter bei einer Befruchtung durch Samenspende in der Mehrheit der Fälle bloß Auskunft über die behandelnde Einrichtung geben kann. Denn die Identität des Samenspenders ist ihr oftmals selbst nicht bekannt. Der Anspruch wäre dann auf Auskunft

über die Einrichtung der medizinischen Versorgung zu richten. Damit hat das Kind dann nach der oben beschriebenen Möglichkeit gegen die Einrichtung vorzugehen.

III. Regelungsgehalt des § 10 SaRegG

Durch das Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen wurde nun erstmals in § 10 I SaRegG ein direkter Anspruch des Spenderkindes auf Erlangung von Auskunft über den Samenspender normiert.

1. Anspruchsberechtigung

Gemäß § 10 I SaRegG erhält derjenige einen Anspruch, der vermutet, durch heterologe Verwendung von Samen gezeugt worden zu sein. Der Anspruch richtet sich nicht gegen die Mutter oder den behandelnden Arzt, sondern gegen das Deutsche Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI), welches ein durch das SaRegG eingeführtes zentrales Register führt. In diesem Register werden die Spenderdaten der verwendeten Samenspenden gespeichert.

Das Spenderkind kann den Anspruch auf Auskunft ab dem 16. Lebensjahr eigenständig geltend machen. Vorher bedarf es der Vertretung durch den gesetzlichen Vertreter. Diskutiert wurde auch ein Anspruch bereits ab 14 Jahren,⁵⁶ was bspw. die Altersgrenze der Religionsmündigkeit gemäß § 5 RelKErzG darstellt. Begründet wurde dieser Ansatz damit, dass das Recht auf Kenntnis der Abstammung ebenso der Identitätsbildung dient wie die eigenverantwortliche Wahl des religiösen Bekenntnisses.⁵⁷

Der Gesetzgeber begründete die Wahl der Altersgrenze von 16 Jahren mit der Verstandesreife des Spenderkindes. Gewählt wurde der Ansatz in Anlehnung an das Adoptionsrecht.⁵⁸ Das Adoptionsrecht orientiert sich bei der Festlegung der Altersgrenze jedoch wesentlich an der Ehemündigkeit.⁵⁹ Die Frage nach der Identitätsfindung ist von derartigen Altersgrenzen entkoppelt.

Auch scheint das Argument der Verstandesreife nicht ganz durchzugreifen. Wenn eine Person eine derart identitätsprägende und richtungweisende Entscheidung wie die des religiösen Bekenntnisses treffen darf, so ist nicht klar, wieso es bei einem Auskunftsverlangen über den leiblichen Vater auf die Zustimmung der Eltern angewiesen sein soll.

Der Gesetzgeber legte sich nun jedoch ausdrücklich auf 16 Jahre fest.

⁴⁶ Frank, Zur Verpflichtung der Mutter, die Identität des Vaters preiszugeben, FamRZ 2017, 161, 161.

⁴⁷ MüKoBGB/v. Sachsen Gessaphe (Fn. 42), § 1618 a, Rn. 16; Palandt/Brudermüller (Fn. 33), Einf. v. § 1591, Rn. 2; MüKoBGB/Wellenhofer (Fn. 42), Vor § 1591, Rn. 29 ff.; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 7. Auflage (2014), Rn. 1076; Frank (Fn. 46), 162.

⁴⁸ BT-Drs. 13/4889, S. 166; MüKoBGB/Wellenhofer (Fn. 42), § 1598 a, Rn. 45.

⁴⁹ MüKoBGB/v. Sachsen Gessaphe (Fn. 42), § 1618 a, Rn. 8.

⁵⁰ Palandt/Götz (Fn. 33), § 1618 a, Rn. 1.

⁵¹ Palandt/Brudermüller (Fn. 33), Einf. v. § 1591, Rn. 2; Erman/Westermann, BGB, 15. Auflage (2017), Vor § 1598 a, Rn. 7; Schwab, Familienrecht, 26. Auflage (2018), Rn. 731.

⁵² Erman/Döll (Fn. 51), § 1618 a, Rn. 15.

⁵³ Frank (Fn. 46), 161; MüKoBGB/v. Sachsen Gessaphe, § 1618 a, Rn. 16; Spilker (Fn. 20), 989.

⁵⁴ BVerfGE 96, 56 (63); MüKoBGB/Wellenhofer (Fn. 42), § 1598 a, Rn. 47; Spilker (Fn. 20), 990.

⁵⁵ Vgl. Erman/Döll (Fn. 51), § 1618 a, Rn. 15.

⁵⁶ Taupitz/Theodoridis (Fn. 4), 462.

⁵⁷ Taupitz/Theodoridis (Fn. 4), 462.

⁵⁸ BT-Drs. 18/11291, S. 31. Im Adoptionsrecht regeln § 9 b AdVerMiG i. V. m. § 62 II PStG und auch § 63 PStG, dass eine Auskunft über Vermittlungsakten an das Kind ab einem Alter von 16 Jahren möglich ist.

⁵⁹ BT-Drs. 16/1831, S. 52.

2. Anspruchsumfang

Auch wird der Anspruchsumfang nun durch das SaRegG einheitlich geregelt. Der Anspruch richtet sich auf die Mindestinformationen, die der Samenspender vorher gemäß § 2 II SaRegG angeben musste. Darunter fallen der vollständige Name, Geburtstag sowie -ort, die Staatsangehörigkeit und die Adresse des Spenders. Dies war vorher nicht geklärt. Das OLG Hamm hatte noch am 19.2.2018 angenommen, dass der Anspruch des Kindes eine Kopie der Krankenakte des Samenspenders und Informationen wie die Telefonnummer des letzten Arbeitgebers des Samenspenders umfasse,⁶⁰ während das AG Wedding im April 2017 einen Anspruch auf Nennung der Personalausweisnummer des Samenspenders zusprach.⁶¹

Während des Gesetzgebungsverfahrens wurde vielfach auch Zugang zu Informationen über eventuell bestehende Halbgeschwister gefordert, um sichergehen zu können, dass bspw. bei einer Eheschließung keine Verwandtschaft besteht oder im Falle von Erkrankungen direkt verwandte Stammzellspender zu finden sind.⁶² Dies hat in § 10 SaRegG keinen Niederschlag gefunden.

Weiter regelt § 10 I 3 SaRegG, dass der Anspruch nach einmaliger Anforderung nicht erlischt. Dies wurde auf Wunsch des Bundesrates eingeführt, welcher sicherstellen wollte, dass die Eltern des Spenderkindes den Anspruch des Kindes nicht vor Eintritt des 16. Lebensjahres einmalig geltend machen und dem Kind anschließend die Auskunft vorenthalten.⁶³ Gemäß § 10 V SaRegG hat das DIMDI den Samenspender vier Wochen vor der Herausgabe der Daten an das Spenderkind über das Auskunftsverlangen des Spenderkindes und eine daraus resultierende mögliche Kontaktaufnahme zu unterrichten.⁶⁴ Die Auskunftserteilung erfolgt demnach nicht sofort. Vor Erteilung der Auskunft wird dem anspruchstellenden Spenderkind darüber hinaus gemäß § 10 IV SaRegG eine psychosoziale Beratung empfohlen, um der psychologisch belastenden Situation gerecht werden zu können.⁶⁵

Im Gesetzgebungsverfahren wurde überlegt, einen Vermerk ins Geburtenregister eintragen zu lassen, um so Aufklärungsdruck auf die rechtlichen Eltern auszuüben.⁶⁶ Dieser Vorschlag wurde jedoch aus personenstandsrechtlichen

Gründen verworfen.⁶⁷ So entschied der Gesetzgeber sich für eine sog. Pull-Lösung, bei welcher das Spenderkind selbst entscheiden kann, ob es von seinem Auskunftsrecht Gebrauch macht oder nicht.⁶⁸ Im Gegensatz dazu steht die sog. Push-Lösung, welche das Spenderkind zu einem bestimmten Zeitpunkt, bspw. vor einer Eheschließung, mit den Informationen über den biologischen Vater unfreiwillig konfrontiert.⁶⁹

IV. Kritische Beleuchtung des § 10 SaRegG

Neben diesen positiven Aspekten wurde jedoch auch Kritik an dem § 10 SaRegG geäußert.

1. Personelle Begrenzung

Die Erörterung des Anspruchs auf Auskunft über die Abstammung des Spenderkindes wirft gleichzeitig die Frage nach einem Anspruch des Spenders auf Auskunft über die Identität des Kindes auf.⁷⁰ Ein solcher steht dem Samenspender nach dem SaRegG nicht zu. Obwohl der Gesetzgeber die Möglichkeit eines Anspruchs gesehen hat, hat er ihn nicht geregelt.⁷¹ Eine Begründung für den Ausschluss gibt die Gesetzesbegründung nicht.⁷² Es wird allerdings vielfach angenommen, dass der Samenspender kein Interesse an der Information, wer durch die Samenspende gezeugt worden ist, oder sogar ein besonderes Interesse an seiner Anonymität haben wird.⁷³ Es sind jedoch auch Fälle denkbar, in denen der Samenspender ein solches Interesse hat und einen Auskunftsanspruch fordert.⁷⁴

Dem leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater, steht grundsätzlich ein von Art. 6 II GG geschütztes Recht zu, potentiell die rechtliche Vaterstellung einnehmen zu dürfen.⁷⁵ Aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG ergibt sich für den Mann das Recht auf Kenntnis über seine Abstammungsverhältnisse.⁷⁶ Allerdings steht diesem Interesse des Samenspenders an der Kenntnis des von ihm abstammenden Kindes regelmäßig das Interesse der rechtlichen Eltern am Erhalt ihrer sozialen Familie entgegen. Diese wollen Störungen durch einen Dritten, der in die Familie eintritt, vermeiden.⁷⁷ Insbesondere stellt sich als drittes zu berücksichtigendes Interesse die Frage, ob es dem Wohl und Interesse des Kindes dienlich

⁶⁰ OLG Hamm FamRZ 2018, 1162, 1164.

⁶¹ AG Wedding BeckRS 2017, 109096.

⁶² *Hübner/Pühler* (Fn. 2), 931; *Bundesärztekammer*, 16.3.2017, Stellungnahme der Bundesärztekammer zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen vom 21.12.2016, https://www.bundestag.de/resource/blob/499044/6f091df7075ae2d8a3c637d449a9455f/18_14_0248-4_-saregg_baek-data.pdf, zuletzt abgerufen am 2.7.2019.

⁶³ BT-Drs. 18/11291, S. 41.

⁶⁴ BT-Drs. 18/11291, S. 32.

⁶⁵ BT-Drs. 18/11291, S. 32.

⁶⁶ Vgl. BT-Drs. 18/7655, S. 2; *Löhnig*, Das Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen – Regelungsgehalt und Kritik, StAZ 2017, 353, 358; *Helms*, Familienrechtliche Aspekte des Samenspenderregistergesetzes, FamRZ 2017, 1537, 1540.

⁶⁷ *Helms* (Fn. 66), 1540; *Löhnig* (Fn. 66), 358.

⁶⁸ *Grziwotz* (Fn. 2), 167.

⁶⁹ *Grziwotz* (Fn. 2), 167.

⁷⁰ *Löhnig* (Fn. 66), 356.

⁷¹ BT-Drs. 18/11291, S. 30 f.

⁷² BT-Drs. 18/12291, S. 31.

⁷³ *Rahm/Künkel/Schwonberg* (Fn. 20), Kap. 9, Rn. 471.

⁷⁴ Vgl. *Löhnig* (Fn. 66), 356; *Coester-Waltjen* (Fn. 4), 230 ff.; *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, Arbeitskreis Abstammung – Abschlussbericht, 52; *Grziwotz* (Fn. 2), 168.

⁷⁵ BVerfGE 108, 82 (99); *Hufen* (Fn. 20), § 16, Rn. 17, 21; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Robbers*, Kommentar zum Grundgesetz: GG, 7. Auflage (2018), Art. 6, Rn. 169.

⁷⁶ BVerfGE 117, 202 (225); *Rahm/Künkel/Schwonberg* (Fn. 20), Kap. 9, Rn. 18 f.; *Epping* (Fn. 25), Rn. 645.

⁷⁷ Der EGMR spricht dem Vater das Recht, die Vaterrolle einnehmen zu können, unabhängig vom Willen der rechtlichen Eltern zu, während das BVerfG dies berücksichtigt, vgl. EGMR FamRZ 2017, 385, 385 ff.; EGMR FamRZ 2011, 269, 270; BVerfG FamRZ 2013, 1195, 1197.

ist, dem Samenspender die Möglichkeit zu geben, die Identität des Kindes herausfinden zu können. Diese Möglichkeit würde dem Samenspender ein Initiativrecht einräumen, mit dem Spenderkind in Kontakt zu treten. Dabei droht nicht nur die Gefahr, das Kind aus einer verankerten sozialen Beziehung zu seiner rechtlich zugeordneten Familie zu entreißen.⁷⁸ Vielmehr ist auch zu berücksichtigen, dass der einmal hergestellte Kontakt und die daraus gewonnene Kenntnis über die Abstammung für das Kind ein unumkehrbares Ereignis ist.⁷⁹

Ein ähnlicher Interessenkonflikt wird an verschiedenen Stellen im Familienrecht diskutiert. Bei der Vaterschaftsanfechtung durch den leiblichen Vater gemäß § 1600 I Nr. 2 BGB stehen sich das Interesse an einer sozial-familiären Beziehung zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind sowie das Interesse des leiblichen Vaters an der Wahrnehmung der Vaterstellung gegenüber.⁸⁰ Auch wenn die Konsequenzen einer Vaterschaftsanfechtung durch den leiblichen Vater nicht die gleichen sind wie die einer Kontaktaufnahme des Samenspenders zum Spenderkind, so wird doch die Stellung der sozial-familiären Beziehung⁸¹ deutlich. Das Anfechtungsrecht des leiblichen Vaters unterliegt gemäß § 1600 II BGB der Einschränkung, dass keine sozial-familiäre Beziehung zwischen Kind und rechtl. Vater bestehen darf.⁸² Dem Kind soll eine dauerhafte Zuordnung zu seinen Eltern ermöglicht werden, die nicht durch Dritte erschüttert werden kann.⁸³ Diese sozial-familiäre Beziehung gibt dem Kind einen stabilen sozialen Rahmen und dient dem Zugehörigkeitsgefühl.⁸⁴ Diese Erwägungen rechtfertigen es, das Anfechtungsrecht des leiblichen Vaters und damit die Verwirklichung seiner Grundrechte durch Gesetz hinter die Interessen des Kindes zurücktreten zu lassen.⁸⁵

Überträgt man die Wertungen auf die Möglichkeit eines Auskunftsanspruches des Samenspenders, so spricht viel dafür, einen solchen abzulehnen. Denn auch bei einem Auskunftsanspruch des Samenspenders besteht die Gefahr, dass durch die Kontaktaufnahme zu dem Kind die sozial-familiäre Struktur und Beziehung zu seinen rechtlichen Eltern gestört wird.

Auch scheint ein Auskunftsanspruch nicht mit dem Sinn und Zweck der Samenspende vereinbar zu sein. Denn der Samenspender spendet seinen Samen nicht um eigene Kinder zu zeugen, sondern um anderen Paaren die Erfüllung eines Kinderwunsches zu ermöglichen.

In diesem Zusammenhang entschied auch der BGH im Jahr 2013⁸⁶ im Rahmen eines Vaterschaftsanfechtungsverfahrens, welches vom Samenspender angestrebt wurde, dass diesem die rechtliche Vaterschaft dann nicht zugesprochen werden könne, „wenn die Samenspende von vornherein in einem Verfahren abgegeben werde, in dem der Spender im Rahmen des rechtlich Zulässigen auf Vaterrechte und -pflichten verzichte bzw. von diesen entbunden werde“.⁸⁷ So liegt der Fall bei der Samenspende an eine Entnahmeeinrichtung. Denn Geschäftsgrundlage der Samenspende ist der Wille des Samenspenders, keine familiäre Beziehung einzugehen.⁸⁸ Auch bringe der Samenspender diesen Willen mit seiner Spende konkludent zum Ausdruck.⁸⁹

Diskutiert wurde allerdings ein Anspruch des Samenspenders auf Auskunft über die Anzahl der mittels der Samenspenden gezeugten Kinder.⁹⁰ Dies würde es dem Samenspender ermöglichen, sich auf eventuelle Kontaktaufnahmen seitens der Spenderkinder vorbereiten zu können. Der Verwirklichung seiner Vaterrolle dient es jedoch nicht.

2. Sachliche Begrenzung

Neben dem persönlichen Anwendungsbereich soll auch ein Blick auf den sachlichen Anwendungsbereich geworfen werden. Die Geltung des SaRegG ist begrenzt auf die „heterologe Verwendung von Samen bei ärztlich unterstützter künstlicher Befruchtung“.⁹¹ Damit werden zwei bedeutende Fallgruppen der künstlichen Befruchtung ausgegrenzt. Zum einen fällt durch die Begrenzung auf heterologe Verwendung von Samen die homologe Verwendung von Samen aus dem Anwendungsbereich heraus. Dies erscheint gerechtfertigt, da das Spenderkind in diesem Fall durch die Ehe oder dauerhafte Partnerschaft des Samenspenders zur Mutter des Spenderkindes seinen Vater im Regelfall kennen wird.

Zum anderen werden durch die Voraussetzung der ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung die sog. privaten Spenden⁹² ausgeklammert. Gemeint sind Fälle, in denen die Samenspenden eigenständig über das Internet⁹³ oder im

78 Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (Fn. 74), 52; *Spilker* (Fn. 20), 989.

79 BT-Drs. 18/12291, S. 32; *Spilker* (Fn. 20), 988.

80 Ob auch der Samenspender ein Anfechtungsrecht hat ist umstritten, vgl. MüKoBGB/*Wellenhofer* (Fn. 42), § 1600 BGB, Rn. 18; Schulz/*Hauß/Helbig/Wunderlin/Stern*, Familienrecht, 3. Auflage (2018), § 1600 BGB, Rn. 4; *Helms*, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderung durch neue Familienformen, NJW-Beilage 2016, 49, 51.

81 Zur Kritik bzgl. der Berücksichtigung der sozial-familiären Beziehung vgl. *Helms*, Gutachten F 71. Juristentag, S. F 44 ff.

82 Zu den Anforderungen an die sozial-familiäre Beziehung siehe BGH FamRZ 2018, 275, 277; ob dies ein absoluter Ausschlussgrund für die Anfechtung ist, ist umstritten, aber von der Rspr. anerkannt, vgl. BVerfG FamRZ 2014, 191, 191 ff.; BGH FamRZ 2018, 41, 41.

83 Palandt/*Brudermüller* (Fn. 33), § 1600, Rn. 7; *Spilker* (Fn. 20), 988.

84 BVerfGE 117, 202 (234); MüKoBGB/*Wellenhofer* (Fn. 42), § 1600, Rn. 22 ff.

85 EGMR NJW 2013, 1937, 1937 ff.; OLG Hamm NJW-RR 2016, 836, 836 ff.; Rahm/*Künkel/Schwonberg* (Fn. 20), Kap. 9, Rn. 266; *Spickhoff*, Vaterschaftsfeststellung, Vaterschaftsanfechtung und das Recht auf Kenntnis der Abstammung nach heterologer Insemination, ZfPW 2017, 257, 277.

86 BGH FamRZ 2013, 1209, 1209 ff.

87 BGH FamRZ 2013, 1209, 1210.

88 MüKoBGB/*Hennemann* (Fn. 42), § 1986 a, Rn. 13.

89 Rahm/*Künkel/Schwonberg* (Fn. 20), Kap. 9, Rn. 471; Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (Fn. 74), 58.

90 Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (Fn. 74), 81.

91 § 1 II SaRegG ohne Hervorhebungen.

92 Im Folgenden private Spende genannt; auch bekannt als „Becherspende“; vgl. *Helms* (Fn. 66), 1539; *Grzivotz* (Fn. 2), 172; *Löhnig* (Fn. 66), 355.

93 Vgl. *Reblu GmbH*, <http://www.kinderwunsch-insemination.info/selbstbesamung/private-samenspende>, zuletzt abgerufen am: 2. 7. 2019; *SellmerDiers ApS*, <https://www.sellmerdiers.de/selbstbehandlung/>, zuletzt abgerufen am: 2. 7. 2019.

Bekanntenkreis⁹⁴ beschafft werden und die künstliche Befruchtung ohne ärztliche Unterstützung durchgeführt wird.⁹⁵ Für solche Fälle nimmt der Gesetzgeber an, dass bei einer Samenspende aus dem Bekanntenkreis das Spenderkind die Identität des Samenspenders kenne und eine soziale Beziehung vom Samenspender zum Spenderkind erwünscht ist.⁹⁶ Richtig an dieser Annahme ist, dass in vielen Fällen der privaten Spende die Möglichkeit besteht, sich mit dem Spender über einen möglichen Umgang mit dem Kind und die individuellen Wünsche der Parteien zu einigen.⁹⁷ Dass eine solche Möglichkeit immer in Anspruch genommen wird, ist jedoch nicht garantiert. Ebenfalls kann nicht pauschal davon ausgegangen werden, dass der Samenspender in jedem Fall Umgang mit dem Kind haben möchte. Diese Annahme kann demnach eine Ausklammerung der privaten Spenden aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes nicht rechtfertigen.⁹⁸

Auch leuchtet nicht ein, wieso eine Unterscheidung vorgenommen wird. Denn das Recht auf Kenntnis der Abstammung steht den Kindern, die mittels privater Spende gezeugt wurden, ebenso zu wie den Kindern, die durch ärztliche Unterstützung gezeugt wurden.⁹⁹ Diese Spenderkinder sind demnach unter Umständen in gleichem Umfang von der Problematik betroffen wie die mittels ärztlicher Unterstützung gezeugten Kinder.

Einer Einbeziehung der durch private Spende gezeugten Kinder in den Anwendungsbereich des SaRegG könnte jedoch ein praktischer Einwand entgegenstehen.¹⁰⁰ Wie ließe sich sicherstellen, dass die Empfängerin und der Samenspender ihre Daten beim DIMDI angeben? Wie könnte man kontrollieren, dass auch wirklich alle Fälle erfasst werden? Durch das SaRegG wird die Dokumentationspflicht insbesondere den Entnahmeeinrichtungen und den Einrichtungen der medizinischen Versorgungen auferlegt. Im Fall der privaten Spende würde die Dokumentationspflicht auf die Empfängerin und bzw. oder den Samenspender fallen. Die Richtigkeit und Vollständigkeit der erhobenen Daten kann dann nicht garantiert werden.¹⁰¹ Letztlich lässt sich auch

nicht sicherstellen, dass alle Fälle der künstlichen Befruchtung im privaten Umfeld gemeldet werden. Eine Kontrollmöglichkeit scheidet praktisch aus.

Eine Möglichkeit wäre jedoch die Informationsabgabe an das DIMDI auf freiwilliger Basis.¹⁰² Das Spenderkind könnte dort nachfragen, ob Daten hinterlegt sind. Ein bedeutendes Mehr an Sicherheit für das Spenderkind scheint damit jedoch nicht sichergestellt.

V. Fazit

Abschließend lässt sich durchaus behaupten, dass der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Regelung der Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen das Ziel, Spenderkindern die Kenntnis der Abstammung zu ermöglichen, erreicht hat. Die Einrichtung eines zentralen Registers und Normierung eines Auskunftsanspruches gegen das DIMDI ist eine praktikable Lösung.

Auf Herleitungsversuche von Gerichten sind die Spenderkinder nicht mehr angewiesen. Des Weiteren besteht kein Hindernis in der Durchsetzung des Anspruchs des Spenderkindes mehr, wie dies oft bei dem oben¹⁰³ aufgeführten Anspruch aus § 242 BGB gegen die Einrichtung der medizinischen Versorgung der Fall war. Auch ist positiv zu bewerten, dass das Kind durch das Verfahren mit einer eindeutigen Spendenkennung durch die Einrichtung verlässlich einer Spende zugeordnet wird. Im oben erwähnten Fall des OLG Hamm¹⁰⁴ erhielt das Kind die Auskunft über zwei potenzielle Spender. Dies verschafft ohne weitere Gentests dem Recht auf Kenntnis der Abstammung keine Geltung. Diese Unklarheit wird durch den Anspruch gegen das DIMDI nun beseitigt. Positiv ist auch zu bewerten, dass die Spenderkinder durch § 10 SaRegG den Anspruch ab 16 Jahren alleine durchsetzen können und nicht mehr auf die Kooperation des Arztes oder der Mutter angewiesen sind.

Letztlich ist dennoch der zu stark begrenzte Anwendungsbereich zu kritisieren. Eine Ausklammerung von privaten Spenden lässt sich nur schwer rechtfertigen. Für sie gilt es eine gesetzliche Lösung zu finden. Denn Kindern, die durch private Samenspende gezeugt wurden, steht ein Recht auf Kenntnis der Abstammung ebenso zu, wie den Spenderkindern, die in den Anwendungsbereich des hier untersuchten Gesetzes fallen. Sich in diesem Zusammenhang ergebende Probleme gilt es mit unbürokratischen Lösungen zu regeln.

⁹⁴ Vgl. BGH FamRZ 2015, 828, 828 ff.; *Helms* (Fn. 66), 1539.

⁹⁵ Zu einer möglichen Strafbarkeit vgl. *Grziwotz* (Fn. 2), 172; *Helms* (Fn. 66), 1539.

⁹⁶ BT-Drs. 18/11291, S. 35; *Taupitz/Theodoridis* (Fn. 4), 463.

⁹⁷ *Taupitz/Theodoridis* (Fn. 4), 464; *Heiderhoff*, Herausforderungen durch neue Familienformen – Zeit für ein Umdenken, NJW 2016, 2629, 2633.

⁹⁸ *Taupitz/Theodoridis* (Fn. 4), 464; *Runge-Rannow*, Kenntnis der eigenen Abstammung bei heterologer Insemination, ZRP 2017, 43, 45; *Löhnig* (Fn. 66), 355.

⁹⁹ *Coester-Waltjen* (Fn. 4), 227; *Bundesärztekammer* (Fn. 62), 5.

¹⁰⁰ *Runge-Rannow* (Fn. 98), 45; *Löhnig* (Fn. 66), 355; *Helms* (Fn. 66), 1539.

¹⁰¹ *Runge-Rannow* (Fn. 98), 45.

¹⁰² *Taupitz/Theodoridis* (Fn. 4), 463.

¹⁰³ Siehe oben unter II. 1.

¹⁰⁴ Siehe oben unter II. 1. a).

NILS IMGARTEN*

Legitimation durch Beteiligung?

Einbeziehung der Zivilgesellschaft in die Gesetzgebung der Europäischen Union

Mithilfe moderner Kommunikationstechnik versucht die Europäische Kommission, ihre Bürger und Interessenträger am Politikgestaltungsprozess zu beteiligen. Dahinter steht der Versuch, eine konstatierte Bürgerferne zu überwinden und zur Legitimation der europäischen Gesetzgebung beizutragen. Inwiefern hingegen die Beteiligungsmodelle tatsächlich die demokratische Legitimation erhöhen, ist kritisch zu hinterfragen.

A. Zivilgesellschaft im Fokus Europäischer Politik

Die Stärkung der Beteiligung von zivilgesellschaftlichen Akteuren an der Gesetzgebung scheint eine jüngere politische Entwicklung zu sein, die sich nicht exklusiv,¹ aber doch ganz besonders auf europäischer Ebene zeigt. Die Kommission etwa formulierte erstmalig prominent im Weißbuch „Europäisches Regieren“ aus dem Jahr 2001 die stärkere Einbindung der Zivilgesellschaft in ihre Arbeit als politisches Ziel.²

Was damals noch vage und unbestimmt klang, wurde durch Mitteilungen zu einzelnen Verfahrensschritten³ und politische Selbstverpflichtungen in einer Agenda für bessere Rechtssetzung⁴ konkretisiert und in einer interinstitutionellen Vereinbarung⁵ formalisiert. Die Beteiligung zivilgesellschaftlicher Akteure kann im europäischen Gesetzgebungsverfahren also als abstraktes Ziel ausgemacht werden, dessen Erreichung insbesondere von der Kommission forciert, aber auch von den weiteren Legislativorganen – Rat und Parlament – getragen wird.⁶

Nachdem ein Streben nach staatsanalogen – sprich: bundesstaatlichen – Strukturen und einer stärkeren Legitimation durch Wahlen in weite Ferne gerückt ist,⁷ scheint gerade die

Kommission auf der Suche nach Lösungsvorschlägen zur Behebung ihres Legitimitätsdefizits verstärkt auf zivilgesellschaftliche Beteiligung zu setzen.⁸

Inwiefern eine solche stärkere Beteiligung tatsächlich, wie häufig unterstellt,⁹ die Legitimation der Unionsgesetzgebung stärken kann oder gar eine Antwort auf eine der Union auch jüngst wieder attestierten Demokratiekrise¹⁰ sein mag, soll Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

B. Konkrete Modelle der Einbeziehung der Zivilgesellschaft

Wenn von der Beteiligung der Zivilgesellschaft an der Gesetzgebung gesprochen wird, so finden sich in der Diskussion regelmäßig Begriffe wie Bürgerschaft, organisierte Zivilgesellschaft, Nichtregierungsorganisationen oder Interessenvertreter.¹¹ Eine anerkannte juristische Definition der Zivilgesellschaft existiert nicht, was eine erhebliche Unklarheit und Uneinheitlichkeit im politischen und wissenschaftlichen Diskurs provoziert.¹² So erfasst etwa der negativ konnotierte Begriff des Lobbyismus allein Wirtschaftsvertreter,¹³ die danach nicht Teil der Zivilgesellschaft seien.¹⁴ Dies erscheint angesichts der hohen Relevanz des gemeinsamen Marktes und der unionsrechtlichen Regulierung gerade jener Akteure weder praktikabel noch wertungsmäßig überzeugend.¹⁵

Die Kommission ist bei der Gestaltung und Durchführung von Beteiligungsmodellen mangels konkreter rechtlicher Anforderungen aus Art. 11 I, II EUV weitgehend frei. Diesen

Legitimation betonend *Grimm*, Die Verfassung und die Politik (2001), S. 215.

* *Nils Imgarten* studierte von 2013 bis 2019 Rechtswissenschaften in Göttingen und Galway (Irland). Der vorliegende Beitrag basiert auf einer Studienarbeit im Wintersemester 2018/19 in einem Seminar zu Recht und Politik der Europäischen Union.

1 Statistisch hat sich das Engagement vor allem national erhöht, was aber primär auf das höhere Sozialkapital und weniger auf konkrete Beteiligungsmodelle zurückzuführen ist, vgl. *Blinkert/Klie*, Engagement in Deutschland und Europa, in: *Klie/Klie*, Engagement und Zivilgesellschaft (2018), S. 339, 409 f.

2 KOM (2001) 428, S. 19 f.

3 Hervorzuheben sind die Mitteilungen der Kommission hinsichtlich des Konsultationsverfahrens KOM (2002) 704 und bzgl. der Expertenbeteiligung KOM (2002) 713, mittlerweile zusammengeführt in SWD (2017) 350, S. 5.

4 KOM (2015) 215, S. 3.

5 ABl. EU 2016, Nr. L 123/5.

6 Rat und Parlament sind dabei deutlich zurückhaltender wie sich aus einem Vergleich der Formulierungen in der institutionellen Vereinbarung (Fn. 5) mit den deutlich weitgehenderen Kommissionsdokumenten (Fn. 2, 4) ergibt.

7 Die Frage, ob eine solche traditionelle Sichtweise überhaupt auf die transnationalen Strukturen der EU übertragbar ist, wird hier bewusst ausgeklammert. Vgl. aber kritisch, stärker die über den Rat vermittelte

8 Konkrete Ausformungen des Legitimitätsdefizits sind dabei zunehmende Bürgerferne, ein Kommunikationsdefizit und mangelnde Akzeptanz für Entscheidungen der Organe, vgl. *Schwan*, Erweiterung der europäischen Demokratie, in: *Rüttgers*, Europas Ende, Europas Anfang (2017), S. 149 f.

9 So etwa aus der jüngeren Vergangenheit KOM (2017) 651, S. 3.

10 *Jaeger*, Direkte Demokratie und Finalität der EU, ZöR 2017, 217, 219; *Franzius*, Demokratisierung der Europäischen Union, EuR 2013, 655, 657.

11 Rationalisierungs- und Definitionsversuche finden sich bei *Pitz*, Dialog mit der organisierten Zivilgesellschaft in der EU, Frankfurt am Main (2015), S. 33 ff. und in der Stellungnahme des WSA, ABl. EU, 1999 Nr. L 329/30.

12 Streitpunkte sind etwa der Organisationsgrad und die Gemeinwohlorientierung. Interessant ist in diesem Kontext auch der Vergleich mit dem staatsrechtlichen Verbandsbegriff, *Arnaud*, Mitwirkung privater Interessengruppen an der europäischen Gesetzgebung (2009), S. 42 f.

13 Zum Sprachgebrauch, *Wonka*, Lobbying des Europäischen Parlaments, in: *Maurer/Nickel*, Das Europäische Parlament (2005), S. 165, 171.

14 So etwa Stellungnahme des WSA, ABl. EU 1999, Nr. L 329/32.

15 Dementsprechend versteht auch die Kommission den Begriff weit, vgl. KOM (2002) 704, S. 6 in Anlehnung an das Weißbuch Europäisches Regieren.

Spielraum nutzt sie insbesondere durch die flexible Ausgestaltung ihrer Konsultationen.

Durch die Agenda für bessere Rechtssetzung 2015¹⁶ ist die vom Generalsekretariat verantwortete Konsultationspolitik der Kommission wieder in den Fokus geraten.¹⁷

Die Konsultationen wurden aber bereits im Weißbuch von 2001 als „Herzstück der EU-Politikgestaltung“ hervorgehoben.¹⁸ Heute sind sie umso mehr das zentrale Instrument der Kommission zur Beteiligung der Zivilgesellschaft.¹⁹

Daneben bestehen andere Foren der Beteiligung, die jedoch aufgrund intensiverer Regulierung in weitaus geringerem Maße der Gestaltungsfreiheit der Kommission unterliegen. Zu nennen sind etwa die Europäische Bürgerinitiative (EBI) und der Wirtschafts- und Sozialausschuss (WSA).

I. Europäische Bürgerinitiative

Die durch den Vertrag von Lissabon in Art. 11 IV EUV eingeführte Bürgerinitiative stellt qua ihrer Kodifizierung im Primärrecht das wohl prominenteste und symbolträchtigste Beispiel einer Öffnung des europäischen Demokratiekonzepts für partizipative Elemente dar.²⁰ Schaffen es die Organisatoren, mindestens eine Million Unterschriften wahlberechtigter Unionsbürger aus wenigstens einem Viertel der Mitgliedsstaaten zu einem in die Unionskompetenzen fallenden²¹ Vorschlag zu sammeln,²² ist die Kommission aufgefordert, zum Vorhaben der Initiative Stellung zu nehmen. Das Initiativmonopol der Kommission bleibt folglich unangetastet²³ und die Rechtswirkung der EBI ist vergleichbar mit den indirekten Initiativrechten von Parlament und Rat (Art. 225, 241 AEUV), für die ebenfalls eine Befassungs- und Stellungnahmepflicht besteht, ohne dass die Kommission ihr Initiativmonopol einbüßt.

Die Bürgerinitiative gibt somit allein Anregungen für künftige Gesetzesvorhaben. Die bisherige Praxis nach vier erfolgreichen Initiativen zeigt, dass die Kommission sich sehr ausführlich mit den Vorschlägen befasst. Teils führte dies

zu einer Gesetzesinitiative,²⁴ teils wurde die bestehende Rechtslage für ausreichend erachtet.²⁵ Selbst wenn tatsächlich Maßnahmen ergriffen werden, lässt sich aber naturgemäß nie mit Sicherheit eine Kausalität der Initiative für das Vorhaben feststellen.²⁶

II. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss

Ein weiteres durch die Verträge etabliertes Beteiligungsmedium ist der Wirtschafts- und Sozialausschuss, welcher jedoch im Gegensatz zur EBI eine langjährige Geschichte hat.²⁷ Nach seinem Selbstverständnis ist der WSA die „Brücke zwischen Europa und der organisierten Zivilgesellschaft“.²⁸ Eine differenzierte Betrachtung ergibt jedoch, dass im WSA zwei Drittel der Mitglieder von den Sozialpartnern, also im Kern von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden der Mitgliedsstaaten, entsendet werden.²⁹ Auch wenn man diese zur Zivilgesellschaft zählen mag, zeigt sich hierin eine deutliche Verzerrung der Interessenrepräsentation zugunsten der Arbeitsmarktpolitik. Zivilgesellschaftliche Gruppen anderer Programmatik sind damit stets in der Minderheit.³⁰ Bedenkt man nun, dass sich der Aktionskreis des WSA auf die Abgabe von Stellungnahmen zur Anregung von Maßnahmen beschränkt,³¹ so scheint durch ihn die Distanz zwischen Institutionen und Bürgern eher erhöht, statt verringert zu werden. Könnten sich die Bürger selbst oder mit Hilfe einer zivilgesellschaftlichen Organisation direkt an die Kommission wenden, wäre dies der schnellere und einfachere Weg der Einflussnahme und der Etablierung des von Art. 11 II EUV angestrebten Dialogformates.³²

III. Online-Konsultationen der Kommission

Die Kommission versucht darauf mit einem starken Ausbau der Online-Konsultationen zu reagieren. In diesem Verfahren können alle Bürger, Experten und Interessenträger sich in verschiedenen Stadien der Ausarbeitung eines Gesetzgebungsvorschlags beteiligen und Vorschläge einbringen. Im Sinne der Vereinfachung und Vereinheitlichung etablierte sie eine Webseite,³³ über die alle Konsultationen ablaufen und welche von allen Generaldirektionen zu nutzen ist.³⁴

16 KOM (2015) 215 endg.

17 Daraus gingen die sog. Better Regulation Guidelines, SWD (2017) 350, hervor.

18 KOM (2001) 428 endg., S. 20.

19 KOM (2017) 651 endg., S. 2.

20 Eine solche generelle, jedenfalls symbolisch bedeutsame Öffnung der Verträge wird weithin in Art. 11 EUV gesehen, welcher bereits im ursprünglichen Verfassungsvertrag vorgesehen war, vgl. *Ruffert*, in: *Calliess/ders.*, EUV, AEUV, 5. Auflage (2016), Art. 11 EUV Rn. 14.

21 Gerade die Frage der Kompetenzen der EU ist folglich oft Streitpunkt der Zulässigkeit einer Initiative und letztlich gerichtlich überprüfbar. Hierzu zusammenfassend *Gundel*, Möglichkeiten und Grenzen der Europäischen Bürgerinitiative, DÖV 2018, 585, 587 und beispielhaft EuGH, Urteil vom 12. 9. 2017, Rs. C-589/15 P, *Anagnostakis/Kommission*.

22 Vgl. konkret zu den Voraussetzungen für Organisatoren und Unterzeichner Art. 3, 7 I VO (EU) 211/2011.

23 Ganz h. M.: *Piesbergen*, Europäische Bürgerinitiative (2011), S. 244 f.; *Ponzano*, L'initiative citoyenne européenne, RDUE 2012, 615, 622 f.; *Levrat*, L'initiative citoyenne européenne. Une réponse au déficit démocratique?, CDE 2011, 53, 93; *Gundel* (Fn. 21), 592; a. A. nahezu allein stehend *Cilo*, Europäische Bürgerinitiative (2014), S. 159 f.

24 Änderungsvorschlag KOM (2017) 753 endg. zur Reform der Trinkwasserrichtlinie RL 98/83/EG.

25 Pressemitteilung 14/385 zur Initiative für eine Einschränkung der Embryonenforschungsförderung.

26 Dies zeigt sich gerade bei der Initiative zum Recht auf Wasser anschaulich, vgl. kritisch zu einem tatsächlichen Einfluss der EBI *Bauer*, Partizipation durch Petition, DÖV 2014, 453, 462.

27 Gegründet wurde er bereits 1957 durch die römischen Verträge.

28 *WSA* (Hrsg.), Brücke zur Zivilgesellschaft (2011), S. 13.

29 *Streinz/Burgi/Hölbling*, EUV, AEUV, 3. Auflage (2018), Art. 300 AEUV Rn. 10; s. auch Art. 27 GO-WSA.

30 Deutschland entsendet etwa nur sieben Personen in die Gruppe III, andere Staaten noch weniger. Diese strukturelle Verzerrung ist wahrlich kein neues Problem, sondern schon lange diagnostiziert, vgl. *Smismans*, An Economic and Social Committee for the Citizen, or a Citizen for the Social and Economic Committee?, EPL, 1999, 557, 576 f.

31 *Streinz/Burgi/Hölbling* (Fn. 29), Art. 304 AEUV Rn. 1.

32 *Vierlich-Jürcke*, Wirtschafts- und Sozialausschuss (1998), S. 282 f. sieht gerade im Dialog zwischen EU und Bürger den legitimationsstiftenden Beitrag des WSA.

33 KOM (2016) 615 endg., S. 8 (Fn. 11).

34 Zum internen Ablauf und der Kommunikation des Generalsekretariats

Nicht nur trägt dies zu einer übersichtlicheren Darstellung bei; auch finden Konsultationen damit seit 2016 ausschließlich internetbasiert statt.³⁵

Aus der Sicht zivilgesellschaftlicher Akteure ist ein Anreiz der Teilnahme an Konsultationen die Möglichkeit des „Agendasettings“.³⁶ Im Hinblick auf das diesbezügliche Potential der Konsultationen ist neben der Frage, wie wahrscheinlich eine Eingabe von der Kommission aufgegriffen wird, ein wesentliches Hindernis, dass Konsultationen stets nur auf Initiative der Kommission hin stattfinden, sodass die grundsätzliche Richtungsentscheidung, zu welchen Themen Konsultationen stattfinden, bei der Kommission verbleibt.³⁷

Eine weitere Funktion der Konsultationen, welche stärker einem praktischen Bedürfnis der Kommission zuzuordnen ist, ist die Informationsgewinnung. Je spezialisierter und detaillierter Regulierung wird, desto stärker sind Branchen- und Hintergrundkenntnisse erforderlich, die ggf. nicht im Beamtenapparat vorhanden sind, sondern nur durch die Betroffenen oder andere Interessenträger eingebracht werden können.³⁸ Grundsätzlich liegt darin ein Potential, die Qualität von Regulierung durch Passgenauigkeit zu erhöhen. Andererseits darf man an dieser Stelle nicht unterschlagen, dass Wirtschaftsverbände und Unternehmen als Konsultationsteilnehmer (wie auch in anderen, informelleren Formaten) handfeste, eigene Interessen verfolgen, welche nicht zwingend am Gemeinwohl orientiert sind, sodass der Kommission die schwierige Aufgabe einer differenzierten Bewertung zukommt.³⁹

Teils nutzt sie die gewonnenen Informationen dabei nicht nur zur Herausbildung und Abwägung eigener Positionen, sondern selektiv, sofern sie mit den abgegebenen Stellungnahmen der Interessenvertreter übereinstimmt, als Beleg und Argument zur Verteidigung eigener Standpunkte gegenüber Parlament und Rat.⁴⁰

In diesem Sinne hat die Kommission auch ein eigenes Interesse an einer positiven Wahrnehmung des Konsultationsregimes. Die Kommission selbst attestierte ihrer Strategie folglich in einem Zwischenfazit bereits erste Erfolge, die sich an der großen Fallzahl durchgeführter Konsultationen und einer hohen Zahl von Beteiligungen zeigten.⁴¹ Beachtenswert ist diesbezüglich auch die Konsultation zur Abschaffung der europaweiten halbjährlichen Zeitumstellung, in der

die Kommission eine breite Öffentlichkeit ansprach und erreichte.⁴²

Eine hohe Beteiligung mag insofern ein positives Bild schaffen – daraus darf indes nicht auf eine Kausalität der Konsultationsbeiträge für das weitere Vorgehen der Kommission in Folgedokumenten geschlossen werden.⁴³

Das Gesamtbild der Aussagekraft der Teilnehmerzahlen vervollständigt sich durch eine Betrachtung der Hintergründe der verschiedenen Teilnehmer. Dabei fallen vor allem zwei Unregelmäßigkeiten auf. Einerseits stammen überproportional viele Beteiligte aus den westeuropäischen Mitgliedsstaaten.⁴⁴ Andererseits sind Interessen von Wirtschaftsverbänden regelmäßig stärker vertreten als die Interessen finanzschwächerer und gering organisierter Gruppen.⁴⁵

IV. REFIT-Plattform als effektive Ergänzung der Konsultationen?

Die Konsultationen werden seit 2012 durch das REFIT-Programm ergänzt.⁴⁶ Dessen Ziele sind vor allem eine effizientere Rechtssetzung durch Kosten- und Bürokratieabbau. Konkret scheint sich die Kommission dabei auf die Neufassung veralteter Rechtsvorschriften konzentrieren zu wollen.⁴⁷

Hierfür besteht die Möglichkeit für zivilgesellschaftliche Organisationen oder sonstige von Rechtsvorschriften Betroffene, über ein Online-Formular eine Eingabe an die mit Vertretern der Mitgliedsstaaten und zivilgesellschaftlicher Organisationen besetzte REFIT-Plattform zu machen.⁴⁸ Im Gegensatz zu den Konsultationen können Betroffene hier auch auf Eigeninitiative hin und ohne vorherigen Anstoß durch die Kommission tätig werden.

Augenscheinlich fragwürdig erscheint die Etablierung einer weiteren unabhängigen Plattform neben den Online-Konsultationen indes unter dem Gesichtspunkt der angestrebten Vereinfachung und des Bürokratieabbaus.⁴⁹ Das neue Programm läuft damit Gefahr, den eigenen Zielen nicht mehr zu entsprechen.

Der Mehrerfolg des REFIT-Programms in Form der Initiativmöglichkeit der Nutzer ließe sich durch ein Vorschlagsrecht hingegen auch in das Konsultationsregime integrieren. Auch funktional finden Konsultationen häufig bereits zu

an die Generaldirektionen SWD (2017) 350, S. 3 f.

35 KOM (2017) 651 endg., S. 7.

36 Zu Bedeutung und Begriff einführend *Leinen*, *Zukunft Europas* (2011), S. 23 f., S. 40.

37 Sehr kritisch dazu *Labitzke*, *Mehr partizipative Demokratie wagen* (2016), S. 304.

38 *Michalowitz*, *Warum die EU Lobbying braucht*, in: *Dialer/Richter, Lobbying in der EU* (2014), S. 17, 25.

39 Die Beteiligung von Partikularinteressen ist somit ein zweiseitiges Schwert, vgl. *Leinen* (Fn. 36), S. 40.

40 Die Kommission ist insoweit ein politischer Akteur mit einer eigenen Agenda, selbst wenn das gelegentlich nicht ihrer Selbstwahrnehmung entspricht, vgl. *Labitzke* (Fn. 37), S. 282.

41 KOM (2016) 615 endg., S. 8; KOM (2017) 651 endg., S. 7.

42 Es nahmen insgesamt 4,6 Mio. Menschen teil, vgl. SWD (2018) 406, S. 2.

43 *Schroeder*, *Bessere Ergebnisse durch bessere Rechtssetzung in der EU?*, ZG 2016, 193, 210.

44 *Quittkat*, *Neue Medien im Dienste der Demokratie*, in: *Kohler-Koch/dies., Entzauberung partizipativer Demokratie*, S. 125, 161 f.; Diese territoriale Verzerrung zeigt sich exemplarisch auch bei der Konsultation zur Zeitumstellung (Fn. 42).

45 *Labitzke* (Fn. 37), S. 288; *Quittkat* (Fn. 44), S. 155 f.

46 *Regulatory Fitness and Performance Programme*, etabliert durch KOM (2012) 746 endg., funktionskräftig seit 2015.

47 KOM (2015) 215 endg., S. 13 f.

48 KOM (2015) 3260 endg., S. 2.

49 In diesem Punkt kritisch auch *van den Abeele*, *REFIT Strategy* (2014), S. 27.

ähnlichen Zwecken der Verbesserung von Effektivität und Effizienz bestehender Vorschriften statt, sodass eine große Überschneidung besteht. Es ist insoweit nicht ersichtlich, dass die neue Plattform relevante Verbesserungen mit sich bringt.

V. Zusammenfassung

Ein Zwischenfazit zeigt folglich eine fortschrittliche, der zeitweiligen Kritik nicht verschlossene, weitgehend transparente und offene Praxis der Online-Konsultationen. Der Wirtschafts- und Sozialausschuss hat durch die Verbreiterung des direkten Zugangs zur Kommission bereits an Bedeutung für die Beteiligung der Zivilgesellschaft verloren.⁵⁰ Mit der fortschreitenden Digitalisierung und Ausweitung der Online-Konsultation ist davon auszugehen, dass sich dieser Trend fortsetzen wird.

Die Bürgerinitiative hingegen steht als individualistisches Instrument neben den primär auf die organisierte Zivilgesellschaft abzielenden Modellen und nimmt damit eine Sonderstellung ein.

C. Akzeptanz und Legitimation im Lichte der Beteiligungsmodelle

In der Debatte um ein Akzeptanzproblem der Europäischen Union wird gerade in Bezug auf die Kommission häufig von technokratischen Strukturen gesprochen.⁵¹ Diese sollen mit den besprochenen Beteiligungsmodellen aufgebrochen werden. Akzeptanz und Legitimität sind dabei eng verzahnte Begriffe.⁵²

Legitimation staatlichen Handelns, hier insbesondere der Gesetzgebung, ist hingegen nicht automatisch gleichzusetzen mit faktischer Akzeptanz oder einem in diese Richtung verstandenen Legitimitätsbegriff, sondern ist vielmehr ein normativ aufgeladener Begriff, welcher näher zu bestimmen ist. Legitimation ist eine Notwendigkeit in einem demokratischen System.⁵³ Die Frage, ob etwaige Legitimationsversuche sich im Rahmen des gesetzten demokratischen Systems halten, ist daher stets im Lichte des unionsrechtlichen Demokratieprinzips zu beantworten.

Während Art. 10 I EUV klarstellt, „die Arbeitsweise der Union beruh[e] auf der repräsentativen Demokratie“, finden sich auch plebiszitär anmutende Elemente, etwa in Art. 11

IV EUV. Daneben stellen Art. 1 II und Art. 10 II 2 EUV bürgernahes Regieren als Ziel der Union auf. Konkretisiert wird dieses durch den Bürgerdialog (Art. 11 II EUV) und die Möglichkeit der Bürgerinitiative (Art. 11 IV EUV).

Art. 11 EUV wurde wortgleich aus dem Verfassungsvertragsentwurf entnommen, wo er unter der Überschrift „Grundsatz der partizipativen Demokratie“ stand.⁵⁴ Ein solcher weiterer Grundsatz der Partizipation kann auch im heutigen Vertragswerk als Ausformung des Grundsatzes der Bürgernähe gesehen werden, sodass neben einer Delegation von Entscheidungskompetenz eine stetige Kommunikation zwischen Institutionen und dem Individuum im Sinne einer responsiven Demokratie anzustreben ist.⁵⁵

Das Verhältnis von repräsentativer und partizipativer Demokratie darf dabei jedoch nicht als gleichberechtigtes Nebeneinander zweier Konzepte verstanden werden.⁵⁶ Mitbestimmung bedeutet eben nicht zugleich auch Selbstbestimmung.⁵⁷ Vielmehr vermittelt Repräsentation auf dem Wege des dualen Legitimationsmodells⁵⁸ Entscheidungskompetenz, während Partizipationsmodelle primär einem Kommunikationszweck dienen.⁵⁹

Im Kontext des unionsrechtlichen Demokratieprinzips ergibt sich daraus ein normatives Stufenverhältnis zwischen übergeordnetem Streben nach repräsentativer Demokratie und untergeordneter Maximierung der Bürgernähe.⁶⁰ In vielen Fällen können beide Zielgrößen unterstützend nebeneinander stehen.⁶¹ Im Falle eines Konflikts zwischen Repräsentation und Partizipation gewährt jedoch der unionsrechtliche Demokratiegrundsatz dem Repräsentationsprinzip Vorrang.

I. Klassische versus moderne Legitimationstheorie(n)

Was aber bedeutet dies nun für die Frage nach der Legitimation? Während national im Wesentlichen organisatorisch-personelle und sachlich-inhaltliche Legitimation, dem Prinzip der Volkssouveränität folgend, gefordert wird,⁶² lässt sich eine Legitimation durch Beteiligungsmodelle auf europäischer Ebene in dieses eher statische, an Wahlen orientierte

50 Pitz (Fn. 11), S. 223; zustimmend, wenn auch mit anderer Begründung Breuer, in: Frankfurter Kommentar, EUV, AEUV (2017), Art. 300 AEUV Rn. 24; sogar die Existenzberechtigung des WSA insgesamt in Frage stellend Lenz/Borhardt, EU-Verträge, 6. Auflage (2013), Art. 300 AEUV Rn. 18.

51 Mit geschichtlicher Einordnung dieser Kritik Patel, Projekt Europa (2018), S. 184 f.

52 So ließe sich stark verkürzt etwa Legitimität als Anerkennungswürdigkeit von Herrschaft ausdrücken, vgl. dazu Habermas, Legitimationsprobleme im modernen Staat, in: Kielmansegg, Legitimationsprobleme (1976), S. 39 als Ausgangspunkt großer Rezeption.

53 Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Auflage (2004), § 24 Rn. 3.

54 Zur Normgenese Heselhaus, in: Frankfurter Kommentar, Art. 11 EUV Rn. 2.

55 Heselhaus (Fn. 54), Art. 11 EUV Rn. 6.

56 Möstl, Elemente Direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, in: VVDStRL 72 (2012), S. 355, 361; Sommermann, Verfassungsperspektiven für die Demokratie in der erweiterten Europäischen Union, DÖV 2003, 1009, 1017.

57 Schorkopf, Maßstäbe für die institutionelle Architektur der EU, in: Pache/Schorkopf, Die europäische Union nach Lissabon (2009), S. 77, 87.

58 Dual meint sowohl das bürgerschaftliche Moment des Parlaments als auch die mitgliedstaatliche mittelbar legitimierende Kraft des Rates erfassend, vgl. Ruffert (Fn. 20), Art. 10 EUV Rn. 5 ff.

59 Kohler-Koch, Zugewinn an Demokratie, in: dies./Quittkat, Entzauberung partizipativer Demokratie (2011), S. 241, 244; Mross, Bürgerbeteiligung am Rechtsetzungsprozess, Berlin (2010), S. 220.

60 Zu diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis Streinz/Huber (Fn. 29), Art. 10 EUV Rn. 23.

61 Treffend spricht Lübke-Wolf, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: VVDStRL 60 (2001), S. 246, 281 von „arbeitsteiliger Legitimationsbeschaffung“.

62 Für Deutschland Böckenförde (Fn. 53), § 24 Rn. 16, 21.

tierte und ein im Wesentlichen homogenes Volk voraussetzendes System schwer einordnen.⁶³

Dennoch mögen auch Modelle der Bürger- und Betroffenenbeteiligung legitimationsstiftende Wirkung entfalten.⁶⁴ Eine pragmatische, die Besonderheiten des Mehrebenensystems berücksichtigende Herangehensweise ist dabei die Anerkennung von Legitimation durch Input als Form einer Herrschaft „durch das Volk“ und durch Output als Form der Herrschaft „für das Volk“.⁶⁵

Die demokratietheoretische Basis, überhaupt eine legitimationsstiftende Wirkung von Beteiligungsmodellen zu erwägen, könnten deliberative und partizipative Governance-Modelle schaffen.⁶⁶ Wenngleich beide theoretischen Ansätze das Verhältnis zwischen Zivilgesellschaft und Staat thematisieren und mehr Bürgernähe einfordern,⁶⁷ unterscheiden sie sich in der Art und Weise ihrer Begründung.

II. Legitimation durch Partizipation – Input

Partizipation im Sinne von mehr Beteiligung durch Betroffene wird in verschiedensten Ausformungen der Demokratietheorie diskutiert.⁶⁸ In Bezug auf zivilgesellschaftliche Akteure erscheint vor allem ein assoziativer Ansatz naheliegend. Assoziation meint hier effektive Kommunikation zwischen Entscheidern und der repräsentativen Zivilgesellschaft durch deren Einbindung.⁶⁹ Die Zivilgesellschaft soll demnach also die Bürger repräsentieren. Um legitimierend wirken zu können, sollte ihre Beteiligung zudem effektiv – sprich: entscheidungserheblich, sein.⁷⁰

Organisierte Gruppen werden etwa im WSA und in Konsultationen beteiligt, sodass hier ein Legitimationspotential liegen könnte.⁷¹ Problematisch ist jedoch vor allem die Repräsentativität. In vielen empirischen Analysen der Konsultationspraxis wurde eine partikulare Beteiligung und eine Überhöhung von Wirtschaftsinteressen kritisiert.⁷² Zwar

kann man argumentieren, es ließe sich dem entgegensteuern – sei es durch formalisierte Verfahren⁷³ oder durch selektive Berücksichtigung der Eingaben.⁷⁴

Jedoch ist viel grundsätzlicher zu fragen, ob Repräsentativität im Konsultationssystem überhaupt möglich ist. Letztlich knüpft eine Legitimation durch Repräsentation an den Gedanken einer (mittelbaren) Herrschaft „durch das Volk“ an und ist somit allein input-orientiert.⁷⁵ Selbst bei einer vollkommenen Offenheit und Transparenz der Konsultationen werden diese (wie auch andere) partizipativen Modelle nicht von einer repräsentativen Gruppe genutzt.⁷⁶ Nicht nur sind die absoluten Beteiligungszahlen vergleichsweise gering.⁷⁷ Auch werden nie alle relevanten in der Bevölkerung vorhandenen Interessen im Spektrum organisierter und faktisch beteiligter zivilgesellschaftlicher Organisationen abgebildet werden, da sich erfahrungsgemäß nicht in jedem Bereich Interessengruppen herausbilden und zudem bestehende Gruppen teils nicht die Kraft haben, sich transnational zu organisieren.

Eine scheinbare Repräsentation durch Pluralität der Konsultationsverfahren ist somit eine Fiktion, welche nicht zur assoziativen Legitimation dienen kann. Damit besteht nicht nur derzeit keine Input-Legitimität neben dem tradierten dualen Legitimationsmodell, sondern auch zukunftsgerichtet wenig Potential, auf mittelbarer Repräsentation basierend die Beteiligungsmodelle zu verteidigen.

III. Legitimation durch Output

Infolge dieser eher ernüchternden Ergebnisse einer potentiellen Input-Legitimation versuchen viele Verfechter der Beteiligungsmodelle sich aus einer anderen Richtung zu nähern. Auf Grundlage deliberativer Theorien gehen sie davon aus, dass sich in einem gesellschaftlichen Diskurs die unter dem Gesichtspunkt der Vernunft überzeugendsten Argumente durchsetzen und so Eingang in die politische Entscheidung finden.⁷⁸ Auch wenn der Fokus zunächst auf dem Prozess der Informationsgewinnung zu liegen scheint, geht es letztlich um das Obsiegen des besten Ergebnisses und somit um einen output-orientierten Ansatz.⁷⁹

Gerade die ohnehin vorhandene Neigung der Kommission zu rationalen, auf Expertenwissen fußenden Entscheidun-

63 Zu dieser notwendigerweise vorhandenen strukturellen Problematik in supranationalen Organisationen v. *Bogdandy*, *Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts*, *ZaöRV* 2003, 853, 867 ff.; *Schorkopf*, *Staatsrecht der internationalen Beziehungen* (2017), S. 553 f.

64 Jedenfalls folgt die Union einem offenen Legitimationsmodell, welches alternativen Begründungen von Legitimität nicht per se widerspricht, vgl. *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/ders.*, *Das Recht der Europäischen Union*, 65. EL (2018), Art. 10 EUV Rn. 46.

65 Diese Unterscheidung stammt aus den Politikwissenschaften. Einführend *Scharpf*, *Regieren in Europa* (1999), S. 16 ff.; Begrifflich knüpft sie wohl an die „Gettysburg Address“ von *A. Lincoln* 1863 an, *Conant/Holzer*, *Gettysburg Address* (2015), S. 88 ff.

66 Man spricht hier von Regieren oder (verbreiteter) Governance, da, wie gezeigt, Beteiligungsmodelle bereits in der prälegislativen Phase ansetzen und die Kommission eher eine Rolle der Regierung bei der Ausarbeitung der Gesetzgebungsvorschläge einnimmt.

67 *Frevel/Voelzke*, *Demokratie*, 3. Auflage (2017), S. 102 f.; *Huget*, *Demokratisierung der EU* (2007), S. 196.

68 *Schmidt*, *Demokratietheorien*, 5. Auflage (2010), S. 237 ff.

69 Maßstabbildend *Hirst*, *Associative democracy*, (1994), S. 35.

70 *Hüller*, *Demokratie und Sozialregulierung in Europa*, (2010), S. 120.

71 *Ruffert* (Fn. 20), Art. 10 EUV Rn. 5.

72 Zumindes sehen die Studien dort aber noch Verbesserungspotential, vgl. *Quittkat* (Fn. 44), S. 166; *Guasti*, *Panacea for Democratic Legitimation*, in: *Liebert/Gattig*, *Democratising the EU from below* (2013),

S. 135, 159; *Hüller* (Fn. 70), S. 120 sieht hierin eine empirisch weiterhin offene Frage.

73 So mit viel Vertrauen in die Kommission *Ruffert*, *Demokratie und Governance*, in: *Bauer/Huber/Sommermann*, *Demokratie in Europa* (2005), S. 319, 345.

74 Dahingegen der Kommission Utilitarismus unterstellend *Labitzke* (Fn. 37), S. 288.

75 *Scharpf* (Fn. 65), S. 16 f.

76 Auf die strukturelle Natur dieses Problems weist auch *Greven*, *Considerations on Participation*, in: *Kohler-Koch/Rittberger*, *Debating Democratic Legitimacy* (2007), S. 233, 240 zutreffend hin.

77 Gemäß KOM (2017) 651 endg., S. 7 beträgt die Zahl registrierter, und damit potentiell aktiver, Nutzer rund 47 000 Personen, also weniger als 0,01 % der Unionsbevölkerung.

78 Prägend hierfür *Habermas*, *Faktizität und Geltung* (1993), S. 349 ff., der in diesem Sinne auch von der Diskurstheorie spricht.

79 Zu dieser Zuordnung *Huget* (Fn. 67), S. 196.

gen zeigt die grundsätzliche Kompatibilität mit einer Output-Legitimations-Strategie in diesem Sinne.⁸⁰ Der Aspekt der Wissensgewinnung durch Konsultationen dient explizit dazu, schlussendlich bessere Entscheidungen für die Betroffenen bewirken zu können. Auch die REFIT-Plattform setzt hier an und fragt Betroffene nach ihren Bedürfnissen besserer Regulierung. Insoweit kann auch die effektive Priorisierung von Themen einen Beitrag zu betroffenenengerechterer Gesetzgebung leisten. Zunächst erscheint eine Legitimation durch Output also naheliegend.

IV. Strukturelle Grenzen der (Output-)Legitimation

Im Kontext europäischer Gesetzgebung muss ein demokratischen Grundsätzen genügendes Legitimationsmodell jedoch insbesondere die demokratische Allgemeinheit und Gleichheit achten und sicherstellen.⁸¹ Letztlich zeigt sich hier die auch durch Art. 10 I EUV gestützte Erkenntnis, dass in einem demokratischen Herrschaftssystem Legitimation, auch wenn sie durch gute Ergebnisse gesteigert werden mag, nie unter völliger Abkehr und Negierung von Input-Legitimation erreicht werden kann.⁸²

Weder politik- noch rechtswissenschaftlich bisher hinreichend diskutiert wurde dabei das konkrete Verhältnis der Beteiligungsmodelle zu den Grundsätzen der demokratischen Gleichheit und Allgemeinheit.⁸³

Allgemeinheit wird allein als Wahlrechtsgrundsatz in Art. 14 III EUV genannt und gewährleistet dort das aktive und passive Wahlrecht.⁸⁴ Je stärker ein Beteiligungsmodell nun aber an Bindungswirkung gewinnt, desto näher liegt es, denselben Maßstab der Allgemeinheit anzulegen.⁸⁵ Daneben wird der Grundsatz der Allgemeinheit als Ausformung des Grundsatzes demokratischer Gleichheit durch Art. 9 S. 1 EUV gestützt.⁸⁶ Im Kontext der Beteiligungsmodelle bedeutet dies ein Erfordernis allgemeinen Zugangs zu den Verfahren und eine die Gleichheit der Unionsbürger achtende Aus- und Bewertung ihrer Beteiligung.

Während formell in den öffentlichen Konsultationen jeder Unionsbürger Zugang zum Verfahren hat und anfängliche Hürden der Vielsprachigkeit und Einheitlichkeit der internetbasierten Darstellung von der Kommission genommen wurden, steht das Verfahren materiell nicht allen Unionsbürgern offen. Überhaupt wird es nur einem Bruchteil der

Unionsbürger bekannt sein, sodass schon das Potential an Teilnehmern unter den Unionsbürgern gering sein dürfte.⁸⁷

Zudem fordert die Teilnahme an Konsultationen nicht nur den sicheren Umgang mit moderner Kommunikationstechnik bei teilweise komplizierten und vielschrittigen Vorgängen. Auch eine Auseinandersetzung mit den Materialien, zu denen eine Konsultation durchgeführt wird, ist grundsätzlich erforderlich und wird vor allem, wenn nicht gar ausschließlich Personen mit gesteigertem Interesse oder einschlägiger Vorbildung zugänglich sein.⁸⁸ Teils findet sich zwar das Argument, Partizipationsmodelle würden zur politischen Bildung beitragen und so ihre eigenen Voraussetzungen schaffen.⁸⁹ Ein solches Potenzial sollte jedoch, wie psychologische Studien zeigen, nicht überschätzt werden.⁹⁰

Problematisch erscheint unter dem Aspekt demokratischer Gleichheit des Weiteren die Beteiligung von sowohl Unionsbürgern als auch Drittstaatsangehörigen in Konsultationen und mittelbar als Mitglieder oder Förderer zivilgesellschaftlicher Organisationen.

Selbst unter Anerkennung eines generellen Potentials für Output-Legitimation wird sich nämlich die Ergebnisorientiertheit auf die Legitimationssubjekte – nämlich die Unionsbürger – beziehen müssen. Anderenfalls handele es sich um Fremdbestimmung im Gegensatz zur Selbstbestimmung und damit einen Widerspruch zum Prinzip repräsentativer Demokratie gem. Art. 10 I EUV, welches jedoch, wie gezeigt, Vorrang genießt.

Bezüglich des Gleichheitsgrundsatzes ergeben sich daneben weitere Probleme hinsichtlich der Bewertung der Beiträge. Effektive Output-Legitimation erfordert schließlich selbst gemäß den generellen Befürwortern eine Orientierung am Gemeinwohl.⁹¹ Ein Interesse der Allgemeinheit wird durch Beiträge in Konsultationen jedoch nicht notwendig abgebildet. Wenn man dem entgegen, die Kommission gewichte die Beiträge und gleiche eine Überrepräsentation bestimmter Interessen dadurch aus,⁹² ist weiterhin fragwürdig, an welchen Kriterien die Kommission ihre Gewichtung der Argumente dann orientiere und wodurch sichergestellt ist, dass die Kommission bei der Auswertung und Gewichtung den Grundsatz demokratischer Gleichheit beachtet. Die mangelnde Nachvollziehbarkeit der Motive und Berücksichtigungspraxis verhindert eine demokratische Kontrolle.⁹³ Während gute Rechtssetzung zwar grundsätzlich die Akzep-

⁸⁰ Haltern, *Europarecht*, Bd. 1, 3. Auflage (2017), Rn. 259.

⁸¹ Kohler-Koch (Fn. 59), S. 248; Möllers, *Transnationale Behördenkooperation*, ZaöRV 2005, 351 (383).

⁸² Output vermag Input legitimatorisch eben nicht zu ersetzen, *Di Fabio*, *Herrschaft und Gesellschaft* (2018), S. 189. Dies ist auch konsistent zu obiger Einordnung der Partizipation unter den Grundsatz der Repräsentation, s. ebd., S. 19.

⁸³ Heselhaus (Fn. 54), Art. 11 EUV Rn. 3 etwa betont die Relevanz dieses Konfliktes, greift ihn aber auch nicht weiter auf.

⁸⁴ Streinz/Huber (Fn. 29), Art. 14 EUV Rn. 68.

⁸⁵ Mit nationalem Bezug, systematisch aber vergleichbar *Martini*, *Die Bürgerbefragung als Baustein der Demokratie*, DÖV 2015, 981 (989).

⁸⁶ Zur Verankerung des allgemeinen Grundsatzes demokratischer Gleichheit trotz unklaren Wortlauts der Verträge *Ruffert* (Fn. 20), Art. 9 EUV Rn. 26.

⁸⁷ Empirische Forschung dazu existiert kaum. Vgl. aber *Hüller*, NSB 2008, 73, 80.

⁸⁸ Dieses Argument spezifisch zur EBI entwickelnd *Quittkat*, *Die EBI – (K)ein Tor zur europäischen Politik*, in: *Roose*, *Europäische Bürgerinitiative* (2012), S. 69 ff. Die Situation bei Konsultationen ist weitgehend vergleichbar.

⁸⁹ *Habermas*, *Student und Politik*, 3. Auflage (1969), S. 15.

⁹⁰ *Warren*, *Can Participatory Democracy Produce Better Selves?*, *Political Psychology* 1993, 203, 216 ff.

⁹¹ *Scharpf* (Fn. 65), S. 16; *Pilniok*, *Funktionen und Probleme der Expertengruppen der Europäischen Kommission*, *EuR* 2014, 62, 80.

⁹² *Labitzke* (Fn. 37), S. 288.

⁹³ *Quittkat*, *The European Commission's Online-Consultations*, *JCMS* 2011, 653, 671.

tanz für die Union bei einzelnen konkret Betroffenen erhöhen mag, lässt sich daraus nicht zwingend auf eine Legitimationswirkung schließen.

Vielmehr ist auf die eingangs dargestellte Unterordnung der Legitimation durch Beteiligung unter das klassische duale Legitimationsmodell (durch Parlament und Rat) zu rekurrieren. Gerade durch eine legitimatorische Aufwertung der Position der traditionell integrationszugewandten Kommission könnte das interinstitutionelle Gleichgewicht zwischen Rat, Parlament und Kommission gestört werden, indem die Argumente der Kommission ggf. als mittelbare Äußerung des Bürgerwillens wahrgenommen werden und ihnen so mehr Gewicht beigemessen werden könnte. Durch eine Stärkung der Kommission würde im interinstitutionellen Aushandlungsprozess so mittelbar sogar die Position des Rates und damit dessen wichtige Legitimation über die Mitgliedsstaaten geschwächt.⁹⁴ Bedenkt man zudem die generell geringe demokratische Kontrolle der Kommission,⁹⁵ scheinen die Beteiligungsmodelle sogar potentiell legitimierungsschädlich zu sein, wobei freilich im Einzelnen nicht feststellbar oder gar messbar sein wird, inwieweit oder in welchen Punkten Rat und Parlament den von der Kommission präsentierten Konsultationsergebnissen Gewicht zumessen oder in Verhandlungen darauf eingehen.

D. Fazit

Es zeigt sich in den betrachteten Modellen das Dilemma, einerseits als Governance-Instrumente nicht bindend – und damit nur begrenzt wirksam – zu sein, andererseits zu bindenden Entscheidungen nach demokratischen Maßstäben nicht geeignet zu sein.

Dennoch mag eine Ausrichtung der Kommission an den Interessen von Betroffenen und eine bedarfsgerechte Rechtssetzung als politisch wünschenswert erachtet werden. Da-

durch kann die als Akzeptanz verstandene Legitimität der europäischen Entscheidungspraxis, insbesondere der Kommission, erhöht werden. Keineswegs sollten die Begriffe Legitimität und Legitimation vertauscht werden. Während die Akzeptanz der Entscheidungen als rein faktische Größe eine stets im Wandel befindliche und von vielen Faktoren, unter anderem von der Entscheidungs- und Mitwirkungsmacht der Bürger, beeinflusste Größe ist, ist die Frage nach der Legitimation nicht rein faktisch, sondern normativ aufgeladen. In einem System der repräsentativen Demokratie, für welches sich die Europäische Union in Art. 10 I EUV entschieden hat, erfolgt die Beteiligung der Bürger durch Wahlen und Abstimmungen, die sodann wiederum demokratischen Grundsätzen genügen müssen. Die vorgestellten Beteiligungsmodelle genügen diesen Anforderungen wie gezeigt nicht, weshalb sie nicht zur demokratischen Legitimation beitragen können.

Entsprechend sollte man den politisch-inhaltlichen Legitimitäts-Diskurs von der Frage nach der gesetzgeberischen Legitimation entkoppeln. Durch eine Betonung der Beteiligungsmodelle in der Öffentlichkeitsarbeit der Kommission werden vermeintlich legitimierungsstiftende Effekte überbewertet. Sie dienen insbesondere der Kommission als Argument in der politischen Auseinandersetzung und Aushandlung von Kompetenzen und Positionen. Gerade durch eine Quantifizierung der Beteiligung in den Kommissionsdokumenten wird eine besonders hohe Relevanz suggeriert, welche den Anschein von tatsächlich nicht existenter Repräsentativität erweckt.

So lassen sich auch unpopuläre, infolge rationaler Abwägungen getroffene Entscheidungen⁹⁶ unter dem Deckmantel demokratischer Legitimation präsentieren, wenngleich die demokratische Legitimation der Entscheider wie auch der Entscheidung selbst defizitär bleibt.

⁹⁴ Zu dieser Gefahr *Scharpf*, Reflections on Multilevel Legitimacy, Köln (2007), S. 16; daran anknüpfend ders., Legitimacy in Multilevel European Polity, Köln (2009), S. 20.

⁹⁵ *Princen*, Agenda-setting in the European Union, Journal of European Public Policy 2007, 21, 31.

⁹⁶ Zu diesem Prozess politischer Abwägung *Ruser*, Der (in)diskrete Charme der Technokratie, in: Lehmann/Tyrell, Komplexe Freiheit (2017), S. 203, 213 f.

LEONIE SCHENE*

Zanken ums Tanken – Der böswillige Tankvorgang im sachenrechtlichen Kontext

Fallbearbeitung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene

Gegenstand der abgedruckten Falllösung sind die Abhandlung der dinglichen Ansprüche von T gegen A aus Frage eins und zwei. Die Lösung enthält einen Überblick über sämtliche Ansprüche des Mobiliarsachenrechts, lässt jedoch vorgeschaltete Fragen auf Verpflichtungsebene, insb. die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts, außen vor. Durch Gegenüberstellung der beiden Tatkomplexe (Fragen eins und zwei) können die Unterschiede zwischen rechtsgeschäftlichem und gesetzlichem Eigentumserwerb im Rahmen eines Tankvorgangs an einer Selbstbedienungstankstelle erlernt werden. Aufgrund der Länge wurde auf den Abdruck der Bearbeitung der dritten Frage verzichtet.

SACHVERHALT

A tankt an der von T betriebenen Selbstbedienungstankstelle 50 Liter SuperPlus zum Preis von 1,50 € je Liter. Nach dem Tankvorgang verlässt er die Tankstelle – wie geplant – ohne zu bezahlen und verbraucht das Benzin in der Folge restlos. Vor dem Tankvorgang war der Tank des A komplett leer.

Frage 1: Welche Ansprüche haben A und T gegeneinander?

Frage 2: Welche Ansprüche haben A und T gegeneinander, wenn A lediglich 10 Liter tankt und vor dem Tankvorgang noch 50 Liter im Tank waren?

Frage 3: Welche Ansprüche haben A und T gegeneinander, wenn A 30 Liter tankt und vor dem Tankvorgang noch 30 Liter im Tank waren?

GLIEDERUNG

Frage 1: Welche Ansprüche haben A und T gegeneinander?

- A. Anspruch des T gegen A auf Herausgabe der 50 Liter gem. § 985 BGB
 - I. Anspruch entstanden
 - II. Ergebnis
- B. Anspruch des T auf Schadensersatz gegen A gem. §§ 989, 990 I
 - I. Anspruch entstanden
 1. Vindikationslage
 - a) Anspruchssteller ist Eigentümer
 - b) Anspruchsgegner ist Besitzer
 - c) Kein Recht zum Besitz § 986 I 1
 - aa) Anwartschaftsrecht
 - bb) Fremd- und Eigenbesitz

2. Verschlechterung, Untergang oder sonstige Unmöglichkeit
 3. Verschulden
 4. Nach Rechtshängigkeit oder Bösgläubigkeit
 5. Rechtsfolge
- II. Der Anspruch ist nicht untergegangen und durchsetzbar
 - III. Ergebnis
- C. Anspruch des T gegen A auf Schadensersatz gem. §§ 992, 823 I
- I. Anspruch entstanden
 1. Voraussetzungen des § 992
 2. Voraussetzungen des § 823 I i. V. m. § 992
 - a) Tatbestand
 - aa) Rechtsgutsverletzung
 - bb) Verletzungshandlung
 - cc) Haftungsbegründende Kausalität
 - b) Rechtswidrigkeit
 - c) Verschulden
 - d) Schadensersatz
 - aa) Schaden
 - bb) Haftungsausfüllende Kausalität
 - II. Der Anspruch ist nicht untergegangen und durchsetzbar
 - III. Ergebnis
- D. Anspruch des T gegen A auf Schadensersatz gem. §§ 992, 826
- I. Anspruch entstanden
 1. Sittenwidrige Handlung
 2. Schaden
 3. Vorsatz
 - II. Der Anspruch ist nicht untergegangen und durchsetzbar
 - III. Ergebnis
- E. Anspruch des T wegen Besitzentziehung gem. § 861
- F. Anspruch des T auf Herausgabe der 50 Liter gem. § 1007 I
- I. Anspruch entstanden
 - II. Ergebnis

Frage 2: Welche Ansprüche haben A und T gegeneinander, wenn A lediglich 10 Liter tankt und vor dem Tankvorgang noch 50 Liter im Tank waren?

- A. Anspruch des T auf Schadensersatz gegen A gem. §§ 989, 990 I
 - I. Anspruch entstanden
 1. Vindikationslage nach § 985
 - a) Anspruchssteller ist Eigentümer
 - aa) Bewegliche Sache
 - bb) Vermischung oder Vermengung

- cc) Untrennbarkeit
- dd) Rechtsfolge §§ 948 I, 947
- b) Zwischenergebnis
- 2. Zwischenergebnis
- II. Ergebnis
- B. Ausgleichsanspruch des T gegen A wegen Rechtsverlusts gem. §§ 951 I, 812 I 1 Var. 2, 818 II
- I. Anspruch entstanden
- 1. Rechtsverlust nach den §§ 946–950
- 2. Voraussetzungen einer ungerechtfertigten Bereicherung
 - a) Etwas erlangt
 - b) In sonstiger Weise
 - c) Auf Kosten des T
 - d) Ohne Rechtsgrund
- II. Ergebnis

I. Anspruch entstanden

1. Vindikationslage

Es müsste eine Vindikationslage zum Zeitpunkt der schädigenden Handlung, dem Untergang des Benzins, bestanden haben.

a) Anspruchssteller ist Eigentümer

T müsste zum Zeitpunkt der schädigenden Handlung, dem Verbrauch des Benzins, Eigentümer der 50 Liter SuperPlus gewesen sein. Bevor A seinen Tank befüllte, war T noch Eigentümer. Fraglich ist, ob T sein Eigentum durch Rechtsgeschäft gem. §§ 929 ff. an A verloren hat, indem er sein Auto betankte.

GUTACHTEN

Frage 1

A. Anspruch des T gegen A auf Herausgabe der 50 Liter gem. § 985 BGB¹

T könnte einen Anspruch auf Herausgabe der 50 Liter SuperPlus aus § 985 haben.

I. Anspruch entstanden

T müsste Eigentümer der 50 Liter SuperPlus sein. Bevor A seinen Tank befüllte, war T noch Eigentümer (§ 903 S. 1). Allerdings hat A die 50 Liter restlos verbraucht. T kann kein Eigentümer einer nicht mehr existierenden Sache sein. A kann zudem aus gleichen Gründen kein Besitzer sein, denn dafür wäre tatsächliche Sachherrschaft erforderlich (§ 854 I).

II. Ergebnis

T hat keinen Herausgabeanspruch der 50 Liter gegen A aus § 985. Ob ein solcher überhaupt neben vertraglichen Ansprüchen bestünde, muss nicht entschieden werden.

B. Anspruch des T auf Schadensersatz gegen A gem. §§ 989, 990 I

T könnte einen Anspruch gegen A auf Schadensersatz wegen Verbrauchs des Benzins aus §§ 989, 990 I haben.

A und T müssten sich über den Eigentumsübergang gem. § 929 S. 1 geeinigt haben. Zu beachten gilt, dass T für die hinter ihm stehende Rechtsperson, dessen Rechtspersönlichkeit vorliegend unbekannt ist, gehandelt hat (§ 164 I). Dafür müssen zwei aufeinander abgestimmte Willenserklärungen abgegeben werden.² Die dinglichen Erklärungen werden meist stillschweigend schon beim Kausalgeschäft miterklärt.³ Die Einigung betrifft die Eigentumsübertragung, die Bestimmung des Gegenstands und des Vertragspartners.⁴ Im Sachverhalt gab es keine ausdrückliche Abrede. Vielmehr haben sich die Parteien stillschweigend geeinigt. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft fallen in alltäglichen Geschäften oft zusammen. Das Erfüllungsgeschäft wird durch konkludentes Verhalten vorgenommen, sodass es einer Auslegung bedarf.⁵ Auf Verpflichtungsebene hatten A und T konkludent einen Eigentumsvorbehalt gem. § 449 I vereinbart (abgehandelt im hier nicht abgedruckten Teil der vertraglichen Ansprüche). Unterstellt, es wäre kein solcher im Kaufvertrag vereinbart, dann kann auf sachenrechtlicher Ebene schon mit Einfüllen des Benzins in den Tank ein Eigentumserwerb stattfinden.⁶ Durch das Einfüllen findet die Übergabe unmittelbar statt, ein unbedingter Erfüllungswille wird ausgedrückt. Anders liegt es, wenn die Parteien vereinbarten, das Eigentum des Verkäufers vorzubehalten. Kunden können davon ausgehen, dass sie erst nach Erfüllung ihrer Vertragspflichten gem. § 433 II Eigentum erwerben können, mithin auch A. Im Zweifel erwerben Kunden erst mit Zahlung Eigentum am Benzin.⁷ A und T hatten einen solchen Vorbehalt auf Verpflichtungsebene vereinbart, sodass A dem T das Eigentum nur einräumen muss, sofern er den Kaufpreis zahlt. Ist dies der Fall, trifft § 449 I eine Auslegungsregel, mit der im Zweifel das Eigentum erst bei Bedingungseintritt übergeht. Diese Regel greift hier. T und A haben sich somit zur Eigentumsübertragung auf Verfügungsebene konkludent unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung geeinigt,

² Vgl. *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 7. Auflage (2017), § 4 Rn. 6.

³ Vgl. ebd.

⁴ Vgl. a. a. O., § 4 Rn. 7.

⁵ Vgl. *Säcker/Oechsler*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7 Sachenrecht §§ 854–1296, 7. Auflage (2017), § 929 Rn. 27.

⁶ Vgl. OLG Düsseldorf NSTZ 1982, 249.

⁷ Vgl. *Säcker/Oechsler* (Fn. 5), § 929 Rn. 27.

* *Leonie Schene* studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Der zugrundeliegende Sachverhalt wurde als Hausarbeit im Wintersemester 2016/17 in der Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene bei Herrn Prof. Dr. *Ivo Bach* gestellt und vom wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. *Samad Zarifkar* entworfen. Die Prüfungsleistung wurde mit 15 Punkten bewertet.

¹ Alle nachfolgenden Paragraphen sind solche des BGB.

§§ 929 S. 1, 158 I. A ist jedoch weggefahren, ohne zu bezahlen. Die aufschiebende Bedingung der Zahlung ist nicht eingetreten. Mangels Bedingungseintritt fand kein Eigentumsübergang statt. Ein gesetzlicher Eigentumserwerb kommt aufgrund des leeren Tanks gem. §§ 948 I, 947 ebenfalls nicht in Betracht. T ist Eigentümer.

b) Anspruchsgegner ist Besitzer

A müsste Besitzer (§ 854 I) zum Zeitpunkt der schädigenden Handlung gewesen sein. Diese liegt im Verbrauch der 50 Liter. Nach Einfüllen in den Tank konnte A ungehindert auf den Kraftstoff zugreifen. Er hatte die tatsächliche Gewalt und war mithin Besitzer.

c) Kein Recht zum Besitz § 986 I 1

A dürfte kein Recht zum Besitz des Benzins haben. Besitzrechte können aus Vertrag, Gesetz, aus dinglichen Rechten oder Anwartschaften entspringen.⁸

aa) Anwartschaftsrecht

A könnte ein Recht zum Besitz haben, wenn T wirksam ein Anwartschaftsrecht gem. § 929 S. 1 analog übertragen hätte. Das Anwartschaftsrecht vermittelt eine sichere Erwerbsaussicht, die ein Vorstadium für das Eigentum bildet.⁹ Das Anwartschaftsrecht wird als „wesensgleiches Minus“¹⁰ bezeichnet. T und A müssten sich geeinigt haben. Sie einigten sich konkludent darüber, dass A ein Anwartschaftsrecht bis zur Zahlung als Minus zum Eigentum auf Grundlage des vereinbarten Eigentumsvorbehalts zustehen soll. T hat ihm auch die 50 Liter überlassen. Indem T die Zapfsäule dem A zugänglich machte, ließ er den Tankvorgang zu und gab den Besitz am Benzin auf. Dazu war er auch berechtigt. A hat Besitz erworben, A und T waren sich noch einig. Welche dinglichen Wirkungen das Anwartschaftsrecht entfaltet, ist fraglich. Einerseits steht es dem Eigentum und den Rechten an diesem nahe, sodass man von einem dinglichen Recht sprechen könnte.¹¹ Andererseits ist das Anwartschaftsrecht gerade kein Eigentum, sondern eröffnet nur dem (Noch-)Eigentümer ein absolutes Besitzrecht.¹² Dies kann jedoch dahinstehen, da A ein obligatorisches Besitzrecht im Verhältnis zu T erworben hat. Es kommt auf die dingliche Geltung nicht an, wenn es um das Verhältnis Veräußerer und Käufer geht.¹³ Nach dem zwischen den beiden bestehenden Kaufvertrag ist T gem. § 433 I verpflichtet, dem A das Benzin zu übergeben und das Eigentum zu verschaffen. Aufgrund fehlender Zahlung hat A zwar kein Eigentum, dennoch Besitz. A kann ein relatives Besitzrecht aus dem Kaufvertrag vorweisen.

Man könnte annehmen, dass A jedoch kein Besitzrecht hat, da er die Zahlungspflicht aus dem Kaufvertrag nicht erfüllte.

In Betracht kommt daher ein Bedingungsausfall. Dies ist der Fall, wenn die Bedingung endgültig nicht mehr eintreffen kann, sodass der Vertrag unwirksam wird.¹⁴ Zwar war die Zahlung fällig, und T erwartete diese, dennoch ist es für A weiterhin möglich, die Bedingung zu erfüllen. Grds. führt ein Zahlungsverzug nicht zum Entfall des berechtigten Besitzes.¹⁵

bb) Fremd- und Eigenbesitz

Weiterhin wäre daran zu denken, dass A zum unberechtigten Besitzer wurde, indem er sich vom Fremd- zum Eigenbesitzer aufgeschwungen hätte. Ein neuer Besitzerwerb würde begründet. Dafür muss der Besitzer nicht mehr fremd besitzen wollen, sondern für sich, § 872.¹⁶ Ob das Aufschwingen zum Eigenbesitz das Besitzrecht entfallen lässt, ist fraglich. Einerseits trifft § 854 gerade keine Differenzierung in verschiedene Besitzarten. Zudem bestünde die Möglichkeit, sich den §§ 987 ff. zu unterstellen, anstatt den verschärften vertraglichen Ansprüchen ausgesetzt zu sein.¹⁷ Andererseits sind Fremd- und Eigenbesitz verschiedenartig, sodass ein neuer Besitzerwerb angenommen werden kann.¹⁸ Dies untermauert auch § 937, der den Eigenbesitzer zum Eigentümer werden lässt.¹⁹ Das Gesetz sieht demnach durchaus eine Wesensverschiedenheit, weshalb die Anwendung der §§ 987 ff. überzeugt. Der Eigenbesitzer ist nicht schutzbedürftig. Hier ist jedoch von Belang, dass A seinen Besitzwillen überhaupt nicht änderte, vielmehr hatte er von Anfang an sein Vorgehen geplant. Ein Anwartschaftsberechtigter besitzt nicht für sich, sondern für den Eigentümer und ist mithin Fremdbesitzer.²⁰ Hier wollte A von Anfang an für sich besitzen und mit dem Benzin nach seinen Vorstellungen verfahren. Er wusste aus dem Eigentumsvorbehalt, dass er nicht Eigentümer war. Auch ein bösgläubiger Eigenbesitzer fällt unter § 872,²¹ sodass A Eigenbesitzer war. Er war nur zum Fremdbesitz berechtigt. Wenn die Umwandlung von Fremd- in Eigenbesitz einer neuen Besitzergreifung entspricht, die die Berechtigung entfallen lässt, dann muss dies erst recht gelten, wenn A von Anfang an Eigenbesitzer war. Einem unberechtigten Eigenbesitzer fehlt von Anfang an das Recht zum Besitz.²² A hatte kein Recht zum Besitz. Diese Wertung würde unterstützt, sofern A die Situation einer Anfechtbarkeit willentlich herbeigeführt hätte. Als Anfechtungsgrund kommt vorliegend eine Täuschung in Betracht. Diese ist gem. § 123 I die Erzeugung eines Irrtums durch Tun oder Unterlassen.²³ Indem A auf das Gelände der Tankstelle fuhr und das Benzin tankte, spiegelte er dem T konkludent und vorsätzlich vor, er wolle für dieses zahlen. Insofern bestand

⁸ Vgl. *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht, 32. Auflage (2017), § 21 Rn. 20.

⁹ Vgl. a. a. O., § 14 Rn. 11.

¹⁰ BGHZ 28, 16, 21.

¹¹ Vgl. *Vieweg/Werner* (Fn. 2), § 7 Rn. 21.

¹² Vgl. ebd.

¹³ Vgl. *Säcker/Baldus* (Fn. 5), § 986 Rn. 15.

¹⁴ Vgl. *Jauernig/Mansel*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Auflage (2018), § 158 Rn. 7, 9.

¹⁵ Vgl. *Grziwotz/Keukenschrijver/Ring/Schanbacher*, BGB Sachenrecht, 4. Auflage (2016), § 986 Rn. 5.

¹⁶ Vgl. *Bamberger/Roth/Fritzsche*, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 1. 5. 2018, § 987 Rn. 16.

¹⁷ Vgl. a. a. O., § 987 Rn. 17.

¹⁸ Vgl. BGH NJW 1960, 192, 193.

¹⁹ Vgl. *BeckOGK/Spohnheimer*, 1. 7. 2018, § 987 Rn. 21.

²⁰ Vgl. *Säcker/Joost* (Fn. 5), § 872 Rn. 9.

²¹ Vgl. *Bamberger/Roth/Fritzsche* (Fn. 16), § 872 Rn. 4.

²² Vgl. *BeckOGK/Spohnheimer* (Fn. 19), § 987 Rn. 21.

²³ Vgl. *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, 15. Auflage (2017), § 5 Rn. 417 f.

ein Anfechtungsgrund für T. A konnte nicht auf den Bestand des Vertrags und ein Besitzrecht vertrauen. Eine Vindikationslage besteht mithin, §§ 985, 986 I 1.

2. Verschlechterung, Untergang oder sonstige Unmöglichkeit

A verbrauchte den Kraftstoff restlos, er zerstörte die Sachsubstanz. Die 50 Liter sind untergegangen.

3. Verschulden

A müsste den Untergang verschuldet haben. A wollte sein Fahrzeug nutzen und wusste damit, dass er das Benzin verbrauchen würde. Ausreichend ist bedingter Vorsatz, bei dem derjenige den Erfolgseintritt zumindest in Kauf nimmt.²⁴ Er hat die Zerstörung für möglich gehalten und hingenommen. Er handelte mit bedingtem Vorsatz.

4. Nach Rechtshängigkeit oder Bösgläubigkeit

A müsste den Kraftstoff nach Rechtshängigkeit gem. § 989 verbraucht haben oder bei Erwerb des Besitzes im bösen Glauben gewesen sein, § 990 I. Der böse Glaube bedeutet das Wissen des fehlenden Besitzrechts.²⁵ Vorliegend kannte A die Sachlage, er wollte schon beim Erwerb das Benzin für sich besitzen und kannte den nicht berechtigten Eigenbesitz.

5. Rechtsfolge

A ist dem T zum Ersatz des Schadens gem. §§ 249 ff. verpflichtet. Der Schadensersatz ist bei Eigentumsvorbehalten durch den noch ausstehenden Kaufpreis begrenzt.²⁶ T müsste den Zustand ohne die schädigende Handlung wiederherstellen. Die Wiederherstellung ist jedoch unmöglich, § 251 I. Der Schaden berechnet sich nach der Differenzhypothese.²⁷ Verglichen wird die Lage, die mit dem schädigenden Ereignis besteht, mit derjenigen der hypothetischen, bei der die Rechtsgutsverletzung hinweggedacht wird.²⁸ Wäre A mit den 50 Litern nicht weggefahren und hätte sie nicht verbraucht, hätte T einen Vermögenswert i. H. v. 75 €. Ein objektiver Wert des Benzins ist nicht bekannt, sodass hier angenommen wird, dass der Schaden dem Wert des Kaufpreisanspruchs entspricht. Auf diese Höhe beläuft sich der kausale Schaden.

II. Der Anspruch ist nicht untergegangen und durchsetzbar

III. Ergebnis

T hat einen Anspruch auf Schadensersatz für den Verbrauch i. H. v. 75 € gegen A aus §§ 989, 990 I.

C. Anspruch des T gegen A auf Schadensersatz §§ 992, 823 I

T könnte gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 992, 823 I haben, indem A mit den 50 Litern davonfuhr und diese verbrauchte.

I. Anspruch entstanden

1. Voraussetzungen des § 992

Eine Vindikationslage zum Zeitpunkt des Verbrauchs und Entziehung liegt vor. T müsste den Besitz an den 50 Litern durch verbotene Eigenmacht (§ 992 Var. 1) oder eine Straftat (§ 992 Var. 2) erlangt haben. Bei verbotener Eigenmacht, die § 992 Var. 1 verlangt, wird gem. § 858 I der Besitz ohne den tatsächlichen Willen des Besitzers entzogen, auf eine Täuschung kommt es nicht an.²⁹ T dürfte der Benzinentnahme aus der Zapfsäule nicht zugestimmt haben. Allerdings wollte T dem A gerade den Besitz an dem Kraftstoff verschaffen, wozu er vertraglich auch verpflichtet war. A handelte im Willen des T und beging keine verbotene Eigenmacht. A müsste daher den Besitz durch eine Straftat gem. § 992 Var. 2 erlangt haben. In Betracht kommt ein Betrug, bzw. ein versuchter Betrug gem. §§ 263 I, II, 22, 23 I StGB. A tankte und wies nicht darauf hin, dass er nicht zahlen wollte. Er hat demnach konkludent über seine Zahlungswilligkeit getäuscht. Ob sich T folglich irrte, ist fraglich, sodass jedenfalls ein Versuch in Betracht kommt. Weiterhin fand eine kausale Vermögensverschiebung statt, da A durch sein Handeln den Verlust des Benzins bei T verursachte und einen Vorteil daran erlangte. T hat auch einen Schaden erlitten. A handelte vorsätzlich, wollte sich rechtswidrig bereichern. Mithin beging A eine Straftat, durch die er sich den Besitz verschaffte.

2. Voraussetzungen des § 823 I i. V. m. § 992

a) Tatbestand

aa) Rechtsgutsverletzung

A müsste ein Rechtsgut des T verletzt haben. In Betracht kommt eine Eigentumsverletzung am SuperPlus. Eine solche liegt vor, wenn auf die Sache derart eingewirkt wird, dass der Eigentümer an der Ausübung seiner von § 903 S. 1 zugesprochenen Rechte gehindert ist.³⁰ Eigentum ist das Recht zur vollumfänglichen Gewalt über eine Sache.³¹ Man kann mit ihr nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen, § 903. T ist mangels Bedingungseintritts noch Eigentümer. Vorliegend kommt eine Sachentziehung in Betracht. Diese besteht, wenn die Sache temporär oder dauernd entzogen ist, unabhängig davon, wenn sie aufgrund einer Täuschung freiwillig herausgegeben wird.³² A fuhr mit dem Benzin davon. Damit hatte T keine Einwirkungs- und Nutzungsmöglichkeiten mehr, insbesondere weil

²⁴ Vgl. Säcker/*Grundmann*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage (2016), § 276 Rn. 161.

²⁵ Vgl. Säcker/*Raff* (Fn. 5), § 990 Rn. 3.

²⁶ Vgl. BeckOGK/*Spohnheimer* (Fn. 19), § 989 Rn. 31.

²⁷ Vgl. Bamberger/*Roth/Flume* (Fn. 16), 1.5.2018, § 249 Rn. 37.

²⁸ Vgl. *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, Deliktsrecht – Schadensrecht – Bereicherungsrecht – GoA, 8. Auflage (2017), § 23 Rn. 8.

²⁹ Vgl. Säcker/*Joost* (Fn. 5), § 858 Rn. 7.

³⁰ Vgl. *Jauernig/Teichmann* (Fn. 14), § 823 Rn. 6.

³¹ Vgl. *Wandt* (Fn. 28), § 16 Rn. 13.

³² Vgl. a. a. O., § 16 Rn. 16.

davon auszugehen ist, dass er keine Identitätshinweise hatte. Weiterhin hat A durch den Verbrauch den Kraftstoff zerstört, da seine Gebrauchsfähigkeit gänzlich aufgelöst ist. Forderungen stellen kein Rechtsgut dar,³³ sodass die ausstehende Kaufpreiszahlung nicht Gegenstand einer Rechtsgutsverletzung sein kann. Eine Rechtsgutsverletzung am Eigentum des T liegt vor.

bb) Verletzungshandlung

A müsste das Eigentum am SuperPlus verletzt haben. Eine Verletzungshandlung ergibt sich entweder aus einem Tun oder Unterlassen.³⁴ Indem A nach dem Tanken mit dem Benzin weggefahren ist, hat er T das Eigentum entzogen. Gleichfalls verbraucht er während des Fahrens den Kraftstoff, sodass dieser zerstört wird und ein Handeln vorliegt.

cc) Haftungsbegründende Kausalität

Die haftungsbegründende Kausalität kennzeichnet die Kausalität zwischen Verletzungshandlung und Verletzung des Rechtsguts.³⁵ Nach der Äquivalenztheorie ist jede Bedingung kausal, die nicht fehlen darf, damit der Erfolg eintritt.³⁶ Das Verhalten des A, das Wegfahren mit dem Kraftstoff und anschließendem Verbrauchen, ist als Bedingung nötig, damit der Sachenzug und die Zerstörung als Erfolg eintreten. Die Verletzungshandlung ist ursächlich für Ts Eigentumsverletzung.

b) Rechtswidrigkeit

Die Verletzungshandlung müsste rechtswidrig sein. Grds. führt die Verletzung zur Rechtswidrigkeit, außer es bestehen Rechtfertigungsgründe.³⁷ In Betracht kommt eine Einwilligung, die aus dem Kaufvertrag entspringen könnte. Eine Einwilligung muss freiwillig und ohne Täuschung abgegeben werden.³⁸ T hat A die Mitnahme aber gerade nur unter der Erwartung der ausstehenden Zahlung ermöglicht, über die A ihn jedoch täuschte. T hat nicht eingewilligt. A handelte rechtswidrig.

c) Verschulden

A müsste ein Verschulden treffen. Dieses richtet sich nach § 276 I. A handelte vorsätzlich, da er aufgrund des vereinbarten Eigentumsvorbehalts wusste, dass er kein Eigentum an dem Kraftstoff erwerben würde und dieses rechtswidrig verletzte. Auf eine Zufallshaftung gem. § 848 kommt es nicht an, da A den Verbrauch veranlasste. Ein Verschulden liegt vor.

d) Schadensersatz

aa) Schaden

T müsste auch einen Schaden nach den §§ 249 ff. erlitten haben. Liegen die Voraussetzungen des § 823 I vor, kann der Anspruchsinhaber auch die Herausgabe der Sache aus §§ 823, 249 I verlangen.³⁹ T kann den Zustand ohne die schädigende Handlung nicht wiederherstellen, da eine Herausgabe unmöglich ist. A muss Schadensersatz leisten, § 251 I. Der Wert des Eigentums am Benzin und damit der Schaden beträgt 75 €.

bb) Haftungsausfüllende Kausalität

Zuletzt müsste die haftungsausfüllende Kausalität gegeben sein. Voraussetzung ist, dass die Rechtsgutsverletzung ursächlich für den Schaden ist. Die Äquivalenztheorie findet Anwendung.⁴⁰ Wenn A nicht weggefahren wäre, wäre dem T sein Eigentum nicht entzogen und zerstört worden. Die haftungsausfüllende Kausalität besteht.

II. Der Anspruch ist nicht untergegangen und durchsetzbar

III. Ergebnis

T hat einen Anspruch gegen A aus §§ 992, 823 I wegen der Verletzung seines Eigentums i. H. v. 75 €.

D. Anspruch des T gegen A auf Schadensersatz gem. §§ 992, 826

T könnte einen Anspruch gegen A auf Schadensersatz wegen sittenwidriger vorsätzlicher Störung aus §§ 992, 826 haben.

I. Anspruch entstanden

Eine Vindikationslage liegt vor (siehe B. I. 1.). A beging auch eine Straftat (siehe C. I. 1.).

1. Sittenwidrige Handlung

A müsste eine sittenwidrige Handlung begangen haben. Eine Handlung ist sittenwidrig, wenn das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verletzt ist.⁴¹ Dabei ist auf einen gewöhnlichen, vernünftigen Menschen abzustellen, unter Beachtung des Mittels und des Zwecks, sowie aller Gesichtspunkte im konkreten Sachverhalt.⁴² A täuschte über seine Zahlungswilligkeit. Er erfüllte mindestens den Tatbestand des versuchten Betrugs gem. §§ 263 I, II, 22, 23 I StGB, falls T nicht irrte. Hinzu kommt subsidiär, dass A das Benzin gem. § 246 StGB unterschlagen hat. Zwar ist der alleinige

33 Vgl. a. a. O., § 16 Rn. 96.

34 Vgl. Wandt (Fn. 28), § 16 Rn. 104.

35 Vgl. Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 13. Auflage (2017), Rn. 186.

36 Vgl. Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 13. Auflage (2018), § 58 Rn. 1225.

37 Vgl. Wandt (Fn. 28), § 16 Rn. 158.

38 Vgl. BeckOGK/Spindler, 1.3.2018, § 823 Rn. 86.

39 Vgl. Westermann/Grunewald/Maier-Reimer/Wilhelmi, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage (2017), § 823 Rn. 25.

40 Vgl. Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 9. Auflage (2017), § 823 Rn. 85.

41 RG 11. 4. 1901, Rep. VI. 443/00, zitiert nach: Säcker/Wagner, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Auflage (2017), § 826 Rn. 9.

42 Vgl. Schulze (Fn. 40), § 826 Rn. 6 f.

Verstoß gegen gesetzliche Regelungen unzureichend.⁴³ Jedoch verstößt A gegen nicht unerhebliche Strafvorschriften. Mangels Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass A aus Eigennutz nicht zahlte. Ein solches Verhalten entspricht nicht dem Anstandsgefühl eines durchschnittlichen Menschen. A handelte sittenwidrig.

2. Schaden

A müsste einen Schaden aufgrund des sittenwidrigen Verhaltens verursacht haben. Das Wegfahren ohne Zahlung begründet einen Schaden von 75 €. Eine Rechtsgutsverletzung ist hingegen nicht notwendig.⁴⁴

3. Vorsatz

A müsste vorsätzlich gehandelt haben (Def. s. o.). Der Vorsatz muss sich auf den Schaden und die schädigende Handlung beziehen.⁴⁵ Ausreichend ist bedingter Vorsatz, wobei der Schuldner jedoch nur die Umstände kennen muss, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ableiten lässt.⁴⁶ Vorliegend wusste A, dass sein Verhalten nicht der herrschenden Sozialnorm entsprach. Er plante sein Vorgehen und kannte die Tatsachen, die die Sittenwidrigkeit begründen. Er handelte vorsätzlich. Ebenso wusste er, dass T keine Zahlung erhalten und damit eine Vermögenseinbuße bei ihm entstehen würde. Er hat den Schaden in Kauf genommen, sodass A Vorsatz hatte.

II. Der Anspruch ist nicht untergegangen und durchsetzbar

III. Ergebnis

T hat einen Anspruch auf Schadensersatz wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung i.H.v. 75 € gegen A aus §§ 992, 826.

E. Anspruch des T wegen Besitzentziehung gem. § 861

T könnte einen Anspruch gegen A wegen Besitzentziehung aus § 861 haben, indem A mit dem Kraftstoff davonfuhr. Allerdings hat A keine verbotene Eigenmacht gem. § 858 I begangen (siehe C. I. 1.).

F. Anspruch des T auf Herausgabe der 50 Liter gem. § 1007 I

T könnte einen Herausgabeanspruch der 50 Liter SuperPlus aus § 1007 I haben.

I. Anspruch entstanden

T dürfte den Besitz gem. § 1007 III S. 1 Var. 1 nicht aufgegeben haben. Dafür muss jedwede Beziehung zum Besitzrecht beendet werden.⁴⁷ Durch den Kaufvertrag ließ T die Besitzverschaffung der 50 Liter zu. Er wollte A den Besitz verschaffen. Eine Täuschung wirkt sich nicht auf die Freiwilligkeit einer Aufgabe aus.⁴⁸ T hat den Besitz aufgegeben.

II. Ergebnis

T hat keinen Anspruch aus § 1007 I gegen A auf Herausgabe.

2. Frage

A. Anspruch des T auf Schadensersatz gegen A gem. §§ 989, 990 I

T könnte einen Anspruch gegen A auf Schadensersatz wegen Verbrauchs der 10 Liter aus §§ 989, 990 I haben.

I. Anspruch entstanden

1. Vindikationslage nach § 985

a) Anspruchssteller ist Eigentümer

T müsste Eigentümer sein. Dies war er anfangs (§ 903 S. 1). Das Eigentum hat er auch nicht aufgrund rechtsgeschäftlichen Erwerbs an A nach § 929 S. 1 verloren, da beide einen Eigentumsvorbehalt i.S.d. § 449 I vereinbarten, die aufschiebende Bedingung der Zahlung aber nicht eingetreten ist (§ 158 I). In Betracht kommt jedoch ein gesetzlicher Eigentumserwerb gem. §§ 948 I, 947.

aa) *Bewegliche Sache*

Die 10 Liter SuperPlus müssten eine bewegliche Sache sein. Sachen sind gem. § 90 alle körperlichen Gegenstände. Das Benzin ist im Gegensatz zu Grundstücken nicht unbeweglich, weiterhin ist es sinnlich wahrnehmbar und somit eine bewegliche Sache.

bb) *Vermischung oder Vermengung*

Die 10 Liter SuperPlus müssten sich mit den 50 Litern im Tank vermischt haben. Unter einer Vermischung versteht man eine Fusion von Flüssigkeiten oder Gasen, die eine körperliche Untrennbarkeit zur Folge hat.⁴⁹ Indem A 10 Liter in seinen Tank füllte, kamen diese in Kontakt mit den 50 Litern seines Benzins. Die Flüssigkeiten verbanden sich und sind körperlich nicht abzugrenzen. Sie haben sich vermischt.

⁴³ Vgl. BGH DStR 2004, 1490, 1492.

⁴⁴ Vgl. Palandt/*Sprau*, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Auflage (2017), § 826 Rn. 1.

⁴⁵ Vgl. Prütting/Wegen/Weinreich/*Schaub*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 13. Auflage (2016), § 826 Rn. 8.

⁴⁶ Vgl. a. a. O., § 826 Rn. 7; BGH GRUR 1953, 290, 292; BGH NJW 1953, 297, 299.

⁴⁷ Vgl. Säcker/*Baldus* (Fn. 5), § 1007 Rn. 27.

⁴⁸ Vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 1761.

⁴⁹ Vgl. *Weber*, Sachenrecht I, Bewegliche Sachen, 4. Auflage (2016), § 10 Rn. 17.

cc) *Untrennbarkeit*

Weiterhin müssten die beiden Stoffe untrennbar miteinander verbunden sein. Dies kann auf tatsächliche (§ 948 I), oder auf wirtschaftliche Weise erfolgen (§ 948 II). Hier liegt ein Fall des § 948 I vor, bei dem die Unterscheidung der 10 Liter unmöglich ist. Untrennbarkeit liegt vor.

dd) *Rechtsfolge §§ 948 I, 947*

Gem. § 948 I findet § 947 entsprechende Anwendung. Daher werden die bisherigen Eigentümer Miteigentümer an der Sache. Der Anteil des T bestimmt sich nach dem Verhältnis des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Verbindung haben, § 947 I Hs. 2. Dieser beträgt 15 €. T wäre demnach Miteigentümer an der gesamten Tankfüllung zu 1/6. Fraglich ist allerdings, ob auch § 947 II Anwendung findet und der Anteil des A als Hauptsache anzusehen wäre. Folglich würde A Alleineigentümer am gesamten Kraftstoff. Einerseits könnte § 947 II für jede Vermischung Anwendung finden, andererseits könnte § 947 II nur bei ungleichartigen Sachen gelten.⁵⁰ Begründen könnte man dies damit, dass schon gegenständlich nur verschiedenartige Sachen eine Haupt- und Nebensache bilden können.⁵¹ Zudem wird die Hauptsache dadurch charakterisiert, dass die dazugegebene Sache fehlen kann, ohne dass sich die Natur der Sache ändert.⁵² Hier könnten auch die 50 Liter fehlen, und das Wesen der 10 Liter wäre nicht verändert.

Jedoch verweist der Wortlaut gem. § 948 I nicht nur auf § 947 I, sondern auf den gesamten Paragraphen, die Regelung über Alleineigentum wäre anzuwenden.⁵³ Für den Erwerb von Alleineigentum gem. § 947 II muss ein erhebliches Übergewicht des einen Anteils bestehen.⁵⁴ Entscheidend ist die Verkehrsauffassung.⁵⁵ Hier besteht indes kein Bedürfnis nach einem Vergleich zum wechselnden Kassenbestand, bei der die Kasse die Hauptsache bildet,⁵⁶ da aus dem Tank das Benzin nicht wieder herausgegeben wird. Ts Anteil beläuft sich auf 1/6. As Teil macht deutlich mehr als die Hälfte aus, und stellt bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ein erkennbares Übergewicht dar. Ein Verhältnis von 50 zu 10 kann als erhebliche Mehrheit für eine Vermischung verstanden werden.⁵⁷ Insbesondere das Wortlautargument, der Verweis auf § 947 II, kann für die Anwendung von Alleineigentum überzeugen. Mithin sind As 50 Liter gem. §§ 948 I, 947 II als Hauptsache anzusehen. A ist Alleineigentümer geworden. T ist nicht Eigentümer.

⁵⁰ Vgl. *Vieweg/Werner* (Fn. 2), § 6 Rn. 15.

⁵¹ Vgl. ebd.

⁵² Vgl. *Säcker/Füller* (Fn. 5), § 947 Rn. 6.

⁵³ Vgl. *Grziwotz/Keukenschrijver/Ring/Mauch* (Fn. 15), § 948 Rn. 3.

⁵⁴ Vgl. *Vieweg/Werner* (Fn. 2), § 6 Rn. 15; OLG Stuttgart, 23. 2. 2010 10U 75/09.

⁵⁵ Vgl. *BeckOGK/Kindl* (Fn. 19), 1. 5. 2018, § 948 Rn. 76

⁵⁶ Vgl. *Medicus*, Ansprüche auf Geld, JuS 1983, 897, 899.

⁵⁷ Vgl. *Deckenbrock/Höpfner*, Bürgerliches Vermögensrecht, Grundlagen des Wirtschaftsprivatrechts (2012), § 46 S. 246.

b) *Zwischenergebnis*

T ist nicht Eigentümer.

2. *Zwischenergebnis*

Es besteht keine Vindikationslage.

II. *Ergebnis*

T hat keinen Anspruch gegen A aus §§ 989, 990 I.

B. *Ausgleichsanspruch des T gegen A wegen Rechtsverlusts §§ 951 I, 812 I 1 Var. 2, 818 II*

T könnte einen Anspruch auf Entschädigung gegen A für einen Rechtsverlust gem. §§ 951, 812 I 1 Var. 2, 818 II haben.

I. *Anspruch entstanden***1. *Rechtsverlust nach den §§ 946-950***

Ein solcher Rechtsverlust liegt im Eigentumserwerb des A durch die Vermischung der 10 Liter mit den 50 Litern nach §§ 948 I, 947 II.

2. *Voraussetzungen einer ungerechtfertigten Bereicherung*a) *Etwas erlangt*

A müsste etwas erlangt haben. Hier hat er Eigentum an den 10 Litern als vermögensrechtliche Position erworben.

b) *In sonstiger Weise*

A müsste das Eigentum in sonstiger Weise erlangt haben. Zwar hat T ihm den Besitz geleistet, jedoch nicht das Eigentum. Dieses hat er kraft Gesetzes erlangt, §§ 948 I, 947 II. Die Bereicherung durch Eigentum beruht gerade nicht auf Ts Leistung. Zwar liegt eine Leistungsbeziehung zugrunde, aufgrund dieser war T jedoch nicht zur Eigentumsverschaffung vor Zahlung verpflichtet (s. o.). T wollte mit der Vermischung gerade nicht den Vertrag mit A erfüllen und ihm kein Eigentum einräumen. Geleistet werden sollte nur der Besitz, sodass Bereicherungsgegenstand und Leistungspflicht wessensverschieden sind. A griff in das Eigentum des T ein. Ob eine Leistungskondition im Rahmen des § 951 überhaupt anwendbar ist,⁵⁸ kann dahingestellt bleiben.

c) *Auf Kosten des T*

A müsste das Eigentum auf Kosten des T erlangt haben. Der Vermögenszuwachs darf nur durch die Verletzung einer ausschließlichen Rechtsposition des Gläubigers bei dem Schuldner entstehen. Dem Gläubiger muss dieses Recht zugewiesen sein.⁵⁹ T war Eigentümer, ihm stand ursprünglich

⁵⁸ Vgl. *Bamberger/Roth/Kindl* (Fn. 16), 1. 5. 2018, § 951 Rn. 2.

⁵⁹ Vgl. *Wandt* (Fn. 28), § 11 Rn. 10 f.

diese Position zu, die er aufgrund der Vermischung verloren hat. Dieser Verlust ging auf seine Kosten.

d) Ohne Rechtsgrund

Die Erlangung des Eigentums müsste ohne Rechtsgrund stattgefunden haben. § 948 I kann keinen Rechtsgrund bilden.⁶⁰ Ein Anspruch auf Eigentumsverschaffung kann einen solchen jedoch stellen.⁶¹ Hier resultiert ein Anspruch auf Eigentumsübertragung aus dem Kaufvertrag. Zwar muss T diese Pflicht aufgrund des Eigentumsvorbehalts nicht vor Kaufpreiszahlung erfüllen, allerdings besteht der Anspruch noch so lange, wie der Vertrag Bestand hat. Der Anspruch auf Eigentumsverschaffung ist demnach nur noch nicht fällig. Allerdings könnte T den Kaufvertrag aufgrund einer arglistigen Täuschung gem. §§ 123 I, 142 I angefochten haben, sodass dieser und damit der Rechtsgrund rückwirkend entfallen ist. Eine arglistige Täuschung gem. § 123 I liegt vor (siehe B. I. 1. c.). A handelte vorsätzlich und damit arglistig. Aufgrund dieser Täuschung war T veranlasst mit A einen Kaufvertrag zu schließen. Ein Anfechtungsgrund besteht. T müsste die Anfechtung auch fristgemäß dem A gegenüber erklärt haben, §§ 124 I, 143 I. Eine solche Erklärung ist jedoch nicht ersichtlich. Folglich hat T den Kaufvertrag nicht angefochten. A hat somit einen noch nicht fälligen Anspruch auf Eigentumsverschaffung, der den Rechtsgrund bildet.

⁶⁰ Vgl. Säcker/Füller (Fn. 5), § 951 Rn. 13.

⁶¹ Vgl. ebd.

II. Ergebnis

T hat, solange er die Anfechtung nicht erklärt, keinen Ausgleichsanspruch von 15 € aus §§ 951 I, 812 I 1 Var. 2.

Schlussbemerkung

Ein vereinbarter Eigentumsvorbehalt bestimmt maßgeblich die Eigentumsverhältnisse der Beteiligten am Benzin und somit sachenrechtliche Ansprüche. Die vorgeschalteten Problemfelder der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts an einer Zapfsäule auf Verpflichtungsebene sind hier nicht näher abgehandelt, legen aber wesentlich das weitere Vorgehen dieser Hausarbeit fest. Insofern muss streng zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsfragen unterschieden werden. Daneben erscheint vor allem die Bewertung des Rechts zum Besitz (§ 986 I) hoch problematisch. Neben klassischen EBV-Ansprüchen ist in Tank-Konstellationen vor allem an einen gesetzlichen Eigentumserwerb nach § 948 zu denken, der sich vor allem maßgeblich nach der schon vorhandenen Benzinmenge im Tank bestimmt. An diesen schließt sich dann gewöhnlich eine Entschädigung nach § 951 an, die als Rechtsfortwirkungsanspruch des § 985 fungiert. Zu beachten war hier wiederum, dass T den Kaufvertrag nicht angefochten hatte und ein Rechtsgrund bestand, jedoch kein Behaltensgrund.

DENISE WENZL*

Von enttäuschten Fußballfans und grauenhaften Parkbedingungen

Fallbearbeitung im Strafrecht für Fortgeschrittene

Die Klausur wurde im Sommersemester 2018 in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht von PD Dr. *Christine Morgenstern* gestellt. Der Fall beschäftigt sich im Schwerpunkt mit Delikten des Straßenverkehrs und der alkoholbedingten Fahrunsicherheit sowie der Möglichkeit der Einwilligung in eine konkrete Gefahr für Leib und Leben. Im weiteren Verlauf des Sachverhalts werden Urkundendelikte und Betrug thematisiert.

SACHVERHALT

A und B wohnen zusammen. An einem regnerischen Abend haben sie in einer Kneipe zusammen ein Fußballspiel angesehen. Die Leistungen ihrer Mannschaft mussten sie sich „schön trinken“, so dass sie nicht unerhebliche Mengen von Bier konsumiert haben, als sie die Kneipe verlassen. A ist schon etwas schwindelig, er möchte deshalb seinen Wagen eigentlich stehen lassen und zu Fuß nach Hause gehen. B hat dazu aber wegen des Regens keine Lust und nörgelt so lange, der A könne sich ja zusammenreißen, bis A zustimmt, mit seinem Wagen nach Hause zu fahren. Als ihr Nachbar C ebenfalls aus der Kneipe kommt und sieht, dass A mit dem Auto fährt, will auch er mitgenommen werden. A erwidert, dass er schon Einiges intus habe, aber C winkt ab, das wäre ihm egal, es werde schon nichts passieren. So steigen sie zu dritt in den Wagen. Nach etwa zehn Minuten störungsfreier Fahrt muss A an einer Ampel eine Vollbremsung machen, obwohl sie schon einige Sekunden auf Rot geschaltet hatte. B, der auf dem Beifahrersitz mitfährt, stößt sich an der Seitenscheibe heftig den Kopf und trägt eine leichte Schürfwunde davon. C, der hinten sitzt, wird vom Sicherheitsgurt so stark festgehalten, dass die Gurtmarke am nächsten Tag als leichter Bluterguss zu sehen ist. Alle drei fluchen. Als die Ampel auf Grün springt, setzen sie aber die Fahrt fort und kommen ohne weitere Zwischenfälle nach Hause.

C ärgert sich am nächsten Tag einmal mehr darüber, dass er in der Innenstadt, in der er oft zu tun hat, nie einen Parkplatz findet. Er findet, dass es deutlich zu viele Behindertparkplätze gibt, die nie benutzt werden. Als sein stark gehbehinderter Vater ihn bittet, seinen neu ausgestellten Behindertenparkausweis vom Ordnungsamt abzuholen, sieht er eine Gelegenheit gekommen, das zu ändern. Er begibt sich, nachdem er den Ausweis abgeholt hat, in einen Copyshop. Der Ausweis zeigt das blau-weiße Zeichen für Rollstuhlfah-

rer, den Namen seines Vaters, ein Ablaufdatum sowie einen Behördenstempel. Auf den Kopierer legt C den Ausweis und platziert einen kleinen Papierstreifen mit seinem eigenen Namen so darüber, dass der Name seines Vaters verdeckt ist. Mit dem Originalausweis und der Farbkopie, die täuschend echt gelungen ist, verlässt er zufrieden den Copyshop. Schon wenige Tage später will er beim Bäcker in der Innenstadt eine Torte abholen. Obwohl er bereit wäre auch ein teures Parkticket zu ziehen, findet er nirgends einen freien Parkplatz. Er parkt deshalb auf einem Behindertenparkplatz nahe der Bäckerei. Die Ordnungsamtsmitarbeiterin O hat dies beobachtet, und auch, wie C dann aussteigt und zur Bäckerei sprintet. Sie sieht sich daraufhin misstrauisch den Behindertenausweis an. Sie erkennt, dass sie es mit einer Kopie zu tun hat und beschließt, auf den Fahrer zu warten. C lädt die Torte ins Auto und will losfahren, als O sich vor ihm aufbaut. C hupt mehrfach und fährt dann langsam an und auf sie zu. O geht sofort zur Seite – so pflichtbewusst, dass sie einen Zusammenstoß riskiert, ist sie dann doch nicht. C kann davonfahren.

Später stellt ihn die Polizei.

Strafbarkeit der Beteiligten? Ggf. erforderliche Strafanträge gelten als gestellt. A hatte zum Zeitpunkt der Heimfahrt einen Blutalkoholgehalt von 1,3 ‰. § 281 StGB sowie §§ 113, 114 StGB sind nicht zu prüfen.

GLIEDERUNG

Erster Tatkomplex

A. Strafbarkeit des A

I. Strafbarkeit nach § 315 c StGB

1. Objektiver Tatbestand

- Führen eines Fahrzeuges
- Fahrunsicherheit
- Konkrete Gefahr
- Kausalität

2. Subjektiver Tatbestand

- Vorsatz bzgl. der Fahrunsicherheit
- Vorsatz bzgl. der konkreten Gefährdung
- § 315 c III Nr. 1 StGB

3. Rechtswidrigkeit

4. Ergebnis

II. Strafbarkeit nach § 229 StGB

1. Tatbestand

- Gesundheitsschädigung
- Sorgfaltswidrigkeit
- Objektive Zurechnung

* *Denise Wenzl* studiert seit 2016 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Der vorliegende Beitrag basiert auf einer Klausur, die in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht im SoSe 2018 gestellt wurde.

2. Rechtswidrigkeit
3. Ergebnis

B. Strafbarkeit des B

- I. Anstiftung zur Gefährdung des Straßenverkehrs, §§ 315 c I Nr. 1 a, III Nr. 1, 26 StGB
- II. Anstiftung zur Trunkenheit im Verkehr, §§ 316, 26 StGB
 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Teilnahmefähige Haupttat
 - b) Hervorrufen des Tatentschlusses
 2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz bzgl. der Haupttat
 - b) Vorsatz bzgl. des Anstiftens
 3. Rechtswidrigkeit und Schuld
 4. Ergebnis

Zweiter Tatkomplex

- A. Herstellen einer falschen Urkunde, § 267 I Alt. 1 StGB
 - I. Objektiver Tatbestand
 1. Urkunde
 2. Unecht
 3. Herstellen
 - II. Subjektiver Tatbestand
 1. Vorsatz
 2. Zur Täuschung im Rechtsverkehr
 - III. Rechtswidrigkeit und Schuld
 - IV. Ergebnis
- B. Gebrauchen einer falschen Urkunde, § 267 I Alt. 3 StGB
- C. Versuchter Betrug nach §§ 263 I, II, 22 StGB
 - I. Vorprüfung
 1. Keine Vollendung
 2. Strafbarkeit des Versuchs
 - II. Tatbestand
 1. Tatentschluss
 2. Zwischenergebnis
 - III. Ergebnis

Dritter Tatkomplex

- A. Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr nach § 315 b I Nr. 3 StGB
 - I. Objektiver Tatbestand
 1. Gefährlicher Eingriff
 2. Konkrete Gefahr
 - II. Ergebnis
- B. Gefährdung des Straßenverkehrs, § 315 c StGB
- C. Nötigung, § 240 StGB
 - I. Objektiver Tatbestand
 1. Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel
 2. Handlung, Duldung, Unterlassen
 - II. Subjektiver Tatbestand
 - III. Rechtswidrigkeit
 - IV. Schuld
 - V. Ergebnis

GUTACHTEN

Erster Tatkomplex

A. Strafbarkeit des A

I. Strafbarkeit nach § 315 c StGB

A könnte sich wegen Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315 c I Nr. 1 a III Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er trotz Alkoholkonsums einer nicht unerheblichen Menge Bier Auto fuhr und während der Fahrt eine Vollbremsung durchführen musste.

1. Objektiver Tatbestand

- a) Führen eines Fahrzeuges

A müsste ein Fahrzeug im Straßenverkehr geführt haben. Ein Fahrzeug ist jedes zur Ortsveränderung bestimmte Fortbewegungsmittel zur Beförderung von Personen oder Gütern.¹ Ein Fahrzeug wird geführt, wenn es jemand unter bestimmungsgemäßer Anwendung seiner Antriebskräfte unter eigener oder Mitverantwortung in Bewegung setzt oder unter Handhabung seiner technischen Vorrichtungen während der Fahrbewegung durch den öffentlichen Verkehrsraum ganz oder wenigstens zum Teil lenkt.²

A sitzt auf der Fahrerseite und bedient die nötigen Vorrichtungen wie Lenkrad und Gaspedal, um den Wagen zu starten, zu fahren und zu lenken. Da er sich auf einer Straße befindet, die dem Nutzen allgemein bestimmter Gruppen gewidmet ist, führt er es auch im Straßenverkehr.³

- b) Fahrunsicherheit

A müsste zudem aufgrund des Genusses alkoholischer oder andersartig berauschender Mittel fahrunsicher gewesen sein. Fahrunsicherheit liegt vor, wenn die Gesamtleistungsfähigkeit des Fahrzeugführers, besonders infolge Enthemmung sowie geistig-seelischer und körperlicher Leistungsausfälle, so weit herabgesetzt ist, dass er nicht mehr befähigt ist, das Fahrzeug längere Strecken – auch bei plötzlich auftretenden Schwierigkeiten – sicher zu steuern.⁴

Ab einem BAK-Wert von 0,3 ‰ und dazu kommenden Ausfallerscheinungen liegt eine relative Fahrunsicherheit,⁵ bei einer BAK-Konzentration von 1,1 Promille eine absolute, unwiderlegbar vermutete Fahrunsicherheit vor.⁶

Relative und absolute Fahrunsicherheit unterscheiden sich insofern, als dass es sich lediglich um unterschiedliche Arten der Nachweisführung über die Fahrunsicherheit handelt.

1 MüKoStGB/*Pegel*, Band 5, 3. Aufl. (2019), § 315 c Rn. 89.

2 BGHSt 35, 390 (393).

3 Vgl. BGH, Beschl. v. 9.3.1961 – 4 StR 6/61; BGHSt 16, 7 (9); BGH, Beschl. v. 5.10.2011 – 4 StR 401/11, StV 2012, 218.

4 BGH, Beschl. v. 30.3.1959 – 4 StR 306/58; BGHSt 13, 83.

5 OLG Saarbrücken, Beschl. 4.2.1999 – Ss 116/98 (11/99).

6 BGH, Beschl. v. 28.6.1990 – 4 StR 297/90.

Die relative Fahrunsicherheit stellt keine mindere Form dar, die Beweisführung erfolgt bloß auf andere Weise.⁷ Bei A beträgt der BAK-Wert laut Bearbeitervermerk 1,3 ‰, somit übersteigt er die BAK-Grenze der absoluten Fahrunsicherheit um 0,2 ‰ und ist absolut fahrunsicher.

c) Konkrete Gefahr

Bei § 315 c StGB handelt es sich um ein konkretes Gefährdungsdelikt, daher müsste es zu einer konkreten Gefährdung für eine Sache von bedeutendem Wert oder für Leib oder Leben eines anderen Menschen gekommen sein.⁸ Eine Verkehrssituation ist konkret gefährlich, wenn nicht nur eine latente Gefahr für das Rechtsgut besteht, sondern dessen Sicherheit so stark gefährdet ist, dass es nur noch vom Zufall abhängt, ob ein Schaden eintritt oder nicht.⁹ Es müsste zu einem sog. „Beinahe-Unfall“ gekommen sein, bei dem ein objektiver Beobachter zu dem Eindruck gelangt, es sei gerade nochmal gut gegangen.¹⁰ A hat eine rote Ampel zu spät erkannt und deswegen eine Vollbremsung durchführen müssen. Aufgrund dieser stößt sich B den Kopf und erleidet eine Schürfwunde. Die verspätete Reaktion des A realisiert sich als kleiner Unfall, der Schaden ist eingetreten.

Fraglich ist, ob B einen anderen Menschen iSd § 315 c StGB darstellt.

B könnte vielmehr Teilnehmer sein, indem er den A i. S. d. § 26 StGB zur Fahrt angestiftet hat. Hierfür müsste B den A zu einer vorsätzlichen rechtswidrigen Tat i. S. d. § 26 StGB bestimmt haben.¹¹ Ob sich dies in dem Handeln des A realisiert, ist noch nicht abschließend geklärt. Dafür müsste A die restlichen Voraussetzungen des § 315 c I StGB erfüllen, dies wird für die Teilnahmeprüfung des B aber angenommen. B müsste A zu dieser bestimmt haben. Dafür müsste er auf den Willen des A derart Einfluss genommen haben, dass bei diesem ein Tatentschluss hervorgerufen wurde.¹² B redet so lange auf A ein, bis A diesem nachgibt, obwohl er ursprünglich geplant hatte, nach Hause zu laufen. Somit hat B den Tatentschluss des A hervorgerufen. B müsste doppelten Vorsatz bzgl. der Haupttat und des Hervorrufens des Tatentschlusses gehabt haben.¹³ B wollte den A zum Führen des Fahrzeugs bewegen und war sich dessen Fahrunsicherheit sowie der Möglichkeit einer konkreten Gefährdung bewusst. Er könnte grundsätzlich Anstifter sein.

Ob ein Teilnehmer als „anderer Mensch“ auch vom Schutzbereich des § 315 c StGB erfasst ist, ist streitig.¹⁴

Eine Ansicht will Teilnehmer nicht vom Schutzbereich erfassen lassen und den Wortlaut des § 315 c StGB hier insofern teleologisch reduzieren, als dass Beteiligte nicht vom Schutzbereich erfasst sind. Nach dieser Ansicht wäre B, wenn er Anstifter wäre, kein taugliches Opfer.¹⁵

Nach anderer Ansicht wird dem Wortlaut gefolgt, sodass auch Teilnehmer schutzwürdig sind. Hiernach wäre B taugliches Opfer.¹⁶

Für die erste Ansicht spricht, dass der Teilnehmer mitverantwortlich für das entstandene Unrecht ist und er in Fällen, in denen nur der Teilnehmer geschädigt ist, für seine eigene Schädigung bestraft würde. Außerdem steht der Beteiligte auf Seiten des Täters und nicht stellvertretend für die Allgemeinheit.¹⁷

Für die andere Ansicht spricht jedoch, dass der Wortlaut nur von einem anderen Menschen spricht, welchen der Beteiligte i. d. R. darstellt. Zudem wird auch der Teilnehmer der Gefahr ausgesetzt, die von dem Auto ausgeht. Dem Argument der Bestrafung bzgl. eigener Schädigung könnte durch die vermutlich vorliegende Einwilligung des Geschädigten entgegnet werden.¹⁸

Unter diesen Umständen wird der zweiten Ansicht gefolgt, sodass auch Beteiligte schutzwürdig sind und B, unabhängig von einer möglichen Beteiligung, somit taugliches Opfer ist.

Da B auch verletzt worden ist und eine Schürfwunde davongetragen hat, hat sich die konkrete Gefahr für seinen Leib realisiert.

Des Weiteren könnte eine Gefahr für Leib oder Leben auch für C vorliegen. Dieser hat durch die Vollbremsung einen Bluterguss davongetragen. Hier ist jedoch fraglich, ob ein Bluterguss ausreichend für eine Gefahr für Leib oder Leben ist. Denn bei dieser muss es sich um eine nicht nur unerhebliche Verletzung der körperlichen Unversehrtheit handeln. Allerdings muss beachtet werden, dass es nicht auf die letztlich eingetretene Schädigung ankommt, sondern nur auf die konkrete Gefahr. Oft hängt es in einer solchen Situation nur vom Zufall ab, ob eine schwerwiegende Verletzung eintritt oder nicht. C hätte durch die Vollbremsung auch unter Umständen stärker verletzt werden können, sodass auch seine Gefährdung vorliegt.¹⁹

Eine Schädigung des A kommt letztlich allerdings nicht in Betracht, da der Täter nicht vom Schutzbereich des § 315 c StGB erfasst ist.

7 BGHSt 31, 42 (44); Fischer, StGB, 67. Auflage (2020), § 316 Rn. 12.

8 MüKoStGB/Pegel (Fn. 1), § 315 c Rn. 89.

9 BGH, Beschl. v. 22. 11. 2011 – 4 StR 522/11, 249; OLG Koblenz, Beschl. v. 10. 2. 2000 – 2 Ss 12/00.

10 BGH, Beschl. v. 4. 12. 2012 – 4 StR 435/12; BGH, Beschl. v. 30. 3. 1995 – 4 StR 725/94.

11 MüKoStGB/Joecks, Band 1, 3. Auflage (2017), § 26 Rn. 6.

12 MüKoStGB/Joecks (Fn. 11), § 26 Rn. 10; Lackner/Kühl/Kühl, StGB, 29. Auflage (2018), § 26 Rn. 2.

13 Lackner/Kühl/Kühl/StGB (Fn. 12), § 26 Rn. 4.

14 Rengier, StrafR BT II, 20. Auflage (2019), § 44 Rn. 17.

15 BGHSt 6, 100, 102; BGH, Beschl. v. 28. 10. 1976 – 4 StR 465/76.

16 Rengier (Fn. 14), § 44 Rn. 8; Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Auflage (2019), § 315 c Rn. 33.

17 BGHSt 27, 40 (43); BGH NJW 1991, 1120.

18 Zimmermann, Die Straßenverkehrsgefährdung, JuS 2010, 22, 25.

19 BGHSt 22, 341 (344); BGH NSTZ-RR 1997, 261; Fischer (Fn. 7), § 315 c Rn. 16.

d) Kausalität

Die konkrete Gefährdung Bs und Cs müsste auch auf die Fahrunsicherheit des A zurückzuführen sein.²⁰

A war bereits vor Fahrtantritt schwindelig und wollte diese selbst auch erst nicht antreten. Auch ist die Ampel nicht erst auf Rot gesprungen, sondern war bereits länger rot. Ein sicherer Fahrer hätte dies wahrgenommen und deutlich früher abgebremst, um an der Haltelinie zum Stehen zu kommen. Wäre A fahrsicher gewesen, hätte auch er die Ampel früher wahrgenommen und hätte keine Vollbremsung durchführen müssen. Dann wären B und C auch nicht gefährdet worden. Somit ist die Gefährdung auf den Alkoholenuss zurückzuführen.²¹

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz bzgl. der Fahrunsicherheit

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist definiert als das Wissen und Wollen aller objektiven Tatbestandsmerkmale.²²

A hatte eine nicht unerhebliche Menge an Bier konsumiert und war sich dessen auch bewusst. Er litt zudem bereits unter alkoholbedingtem Schwindel und wusste demnach um seine Fahrunsicherheit, da er zunächst den Wagen stehen lassen und zu Fuß gehen wollte. Erst durch das Überreden seitens B entschied er sich doch dazu, loszufahren. Hinzu kam noch, dass er C darauf hinwies, dass er „einiges intus habe“ und somit auch C bekannt gab, dass er möglicherweise nicht in der Lage ist, das Auto zu kontrollieren und zu führen.

b) Vorsatz bzgl. der konkreten Gefährdung

A müsste die Herbeiführung der konkreten Gefährdung zumindest billigend in Kauf genommen haben.²³ C und B redeten auf A ein und versicherten ihm, dass „alles gut gehen würde“. Auch hatte A nur die Absicht nach Hause zu fahren. Ihm war zwar seine Trunkenheit bewusst, jedoch gibt es keinerlei Anzeichen dafür, dass er eine konkrete Gefährdung in Betracht zog. Aus diesem Grund wird der Vorsatz aufgrund des Grundsatzes „in dubio pro reo“ verneint.

c) § 315 c III Nr. 1 StGB

Unter diesen Umständen ist bei Fehlen einer Komponente des Vorsatzes allerdings auf § 315 III Nr. 1 StGB zurückzugreifen, nach welchem auch eine Kombination aus Vorsatz und Fahrlässigkeit zu bestrafen ist.²⁴ A ist sich seiner Fahrunsicherheit bewusst (s.o.). Bzgl. der konkreten Gefahr

wurde der Vorsatz verneint, demnach müsste A hier fahrlässig gehandelt haben. Für die Fahrlässigkeit ist auf das Handeln eines besonnen und pflichtbewussten Autofahrers abzustellen.²⁵ Ein solcher hätte sich im Zustand der Trunkenheit auch durch mehrfaches Einreden nicht dazu überreden lassen, das Auto zu fahren. Aufgrund der nicht unerheblichen Menge des konsumierten Alkohols hätte A erkennen müssen, dass es zu einer Gefährdung kommen könnte. Er handelt somit fahrlässig.

3. Rechtswidrigkeit

A müsste auch rechtswidrig gehandelt haben. Die Erfüllung der objektiven Tatbestandsmerkmale indiziert i. d. R. die Rechtswidrigkeit. Es könnte aber eine Einwilligung von B und C in die Gefährdung und damit ein Rechtfertigungsgrund in Betracht kommen.²⁶ B könnte insofern eingewilligt haben, als dass er A noch überredete zu fahren, da er nicht im Regen laufen wollte und wusste, dass A erheblich Alkohol konsumiert hatte. C könnte eingewilligt haben, indem er A erklärte „es sei ihm egal, dass er einiges intus habe“.

Es ist allerdings streitig, ob eine Einwilligung in § 315 c StGB überhaupt stattfinden kann.

Eine Ansicht verneint die Möglichkeit der Einwilligung, da das Rechtsgut des § 315 c StGB die Allgemeinheit schützen soll und somit nicht disponibel ist.²⁷

Nach anderer Ansicht schützt § 315 c StGB vor allem Eigentum, Leib und Leben des Einzelnen und somit wäre es auch disponibel.²⁸

Für die erste Ansicht spricht, dass oftmals fremde, den öffentlichen Verkehr nutzende Personen betroffen sind, sodass i. d. R. die Allgemeinheit betroffen ist. Außerdem dafür spricht die Systematik der Verkehrsdelikte als Delikte gegen die Allgemeinheit.

Für die zweite Ansicht spricht, dass es aber zunächst erst einmal zu einer konkreten Gefährdung kommen muss, da eine abstrakte Gefahr hier nicht ausreichend ist. Somit ist Schutzgut Eigentum, Leben oder Leib der individuell betroffenen Person und nicht grds. die Allgemeinheit. Zudem sind die geschützten Rechtsgüter Eigentum und Leib selbst disponibel.²⁹ Des Weiteren wird die Allgemeinheit ausreichend durch § 316 StGB geschützt, da der A hiernach auch ohne konkrete Gefährdung bestraft werden kann.³⁰

20 Rönna/Faust/Fehling, Durchblick: Kausalität und objektive Zurechnung, JuS 2004, 113, 114.

21 BGH NSTZ-RR 2004, 108 f.; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, 3. Auflage (2015), § 38 Rn. 37.

22 Fischer (Fn. 7), § 15 Rn. 3.

23 Eisele, Der Tatbestand der Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315 c StGB), JA 2007, 168, 172.

24 Ebd.

25 MüKoStGB/Pegel (Fn. 1), § 315 c Rn. 110.

26 Rönna, Grundwissen – Strafrecht: Einwilligung und Einverständnis, JuS 2007, 18, 18.

27 BGHSt 23, 261 (263 f.); OLG Stuttgart NJW 1976, 1904.

28 Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Fn. 21), § 38 Rn. 43; Hillenkamp, Verkehrsgefährdung durch Gefährdung des Tatbeteiligten – OLG Stuttgart, NJW 1976, 1904; JuS 1977, 166, 170 f.

29 Schroeder, Die Teilnahme des Beifahrers an der gefährlichen Trunkenheitsfahrt, JuS 1994, 846, 848; Joecks/Jäger StGB, 12. Auflage (2018), § 315 c Rn. 22 f.

30 Geppert, Rechtfertigende Einwilligung des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr, ZStW 83 (1971), 947, 985; Hillenkamp (Fn. 28), 171.

Insgesamt überwiegt die Schlagkraft der Argumente für die prinzipielle Einwilligungsfähigkeit des § 315 c StGB. Des Weiteren müsste auch die konkrete Situation einwilligungsfähig gewesen sein. Dafür müssten sich B und C darüber bewusst gewesen sein, in welche Gefahr sie sich begeben.³¹ B war hier selbst die Person, die A erst dazu überredete doch zu fahren, obwohl er mit A zusammen die erhebliche Menge Alkohol trank. Zudem stieg er freiwillig in den Wagen des A. Somit war sich B der Gefahr bewusst und willigte ein.

C wurde von A darauf hingewiesen, dass er getrunken hatte und evtl. nicht mehr in der Lage sein könnte, den Wagen ordnungsgemäß zu führen. Diesen Hinweis nahm C zwar auf, hielt dies aber nicht für relevant und stieg auch freiwillig in den Wagen ein. Somit ist A auch bzgl. der Gefährdung des C durch dessen Einwilligung gerechtfertigt.

4. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315 c I Nr. 1 a, III Nr. 1 StGB strafbar gemacht. Er ist aber wegen Trunkenheit im Verkehr nach § 316 I StGB zu bestrafen, da er absolut fahruntüchtig gewesen ist (s. o.).

II. Strafbarkeit nach § 229 StGB

A könnte sich zudem wegen fahrlässiger Körperverletzung nach § 229 StGB strafbar gemacht haben, da er an der Ampel aufgrund seines Alkoholkonsums stark bremsen musste und es so zu Verletzungen seiner Mitfahrer kam.

1. Tatbestand

a) Gesundheitsschädigung

B und C haben geringfügige Verletzungen, also nicht völlig unerhebliche Gesundheitsschädigungen i. S. d. §§ 223, 229 StGB erlitten.³²

b) Sorgfaltswidrigkeit

A müsste zudem sorgfaltswidrig gehandelt haben.³³ Er fuhr alkoholisiert mit einem BAK-Wert von 1,3 ‰ und war sich dessen auch bewusst. Ein besonnener und pflichtbewusster Autofahrer wäre nach mehreren Bieren nicht mehr Auto gefahren, sodass A sorgfaltswidrig handelte. Dieses Verhalten war auch kausal für die Verletzungen.

c) Objektive Zurechnung

Das Verhalten des A müsste auch objektiv zurechenbar gewesen sein.³⁴ Dies ist hier fraglich. Dagegen spricht, dass sowohl der B als auch der C wussten, dass A getrunken hatte und sie dennoch in das Auto stiegen. Die objektive

Zurechenbarkeit liegt nicht mehr vor, wenn die Opfer sich selbst gefährdet haben. Hierfür müsste aber eine Selbst- und keine Fremdgefährdung vorliegen. Die Unterscheidung hängt von der Tatherrschaft über die Gefährdungshandlung ab.³⁵ Hier stellt die Gefährdungshandlung die Autofahrt dar. Über diese hat nur der Fahrer, also A, die Tatherrschaft. Es handelt sich daher um eine Fremdgefährdung, die ihm zurechenbar ist.

2. Rechtswidrigkeit

A könnte gerechtfertigt sein. Auch hier könnten B und C eingewilligt haben. Das geschützte Rechtsgut ist die Gesundheit und somit ein individuelles Rechtsgut, in welches (in Grenzen des § 228 StGB) eingewilligt werden kann.³⁶ Wie bereits dargestellt, waren sich B und C darüber bewusst, dass A alkoholisiert gewesen ist und deswegen in seiner Fahrsicherheit beschränkt war. Sie fuhren dennoch freiwillig mit ihm mit. Deswegen ist auch hier eine Einwilligung anzunehmen.

3. Ergebnis

A hat sich nicht nach § 229 StGB strafbar gemacht, da er durch die Einwilligung von B und C gerechtfertigt gewesen ist.

Hier ist jedoch die gegenteilige Ansicht, dass eine Einwilligung und das billigende Inkaufnehmen des tatbestandlichen Erfolgs i. d. R. fehlen, weil das Opfer, welches sich eines solchen Risikos aussetzt auf einen glücklichen Ausgang vertraut,³⁷ ebenso vertretbar.³⁸ Hiernach hätten B und C durch das Einsteigen in das Handeln des A nicht eingewilligt, da sie darauf vertrauen, dass schon alles gut gehen würde.

B. Strafbarkeit des B

I. Anstiftung zur Gefährdung des Straßenverkehrs, §§ 315 c I Nr. 1 a, III Nr. 1, 26 StGB

Die Teilnahmefähigkeit des B i. R. d. § 315 c I Nr. 1 a, III Nr. 1, 26 StGB wurde bereits inzident geprüft und bejaht, die Strafbarkeit scheidet aber an dem Fehlen der Rechtswidrigkeit der Haupttat.

II. Anstiftung zur Trunkenheit im Verkehr, §§ 316, 26 StGB

B könnte sich aber wegen Anstiftung des A zur Trunkenheit im Verkehr nach §§ 316, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem er solange auf den A „einredete und rumnörgelte“, bis dieser sich umstimmen ließ und trotz Alkoholkonsums mit dem Auto nach Hause fuhr.

31 Kühl, Strafrecht AT, 8. Auflage (2017), § 9 Rn. 33.

32 Vgl. Rengier (Fn. 14), § 13 Rn. 11.

33 Vgl. Kühl (Fn. 31), § 17 Rn. 22 a.

34 Magnus, Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang im Strafrecht, JuS 2015, 402, 404.

35 BGHSt 49, 34 (39).

36 MüKoStGB/Hardtung, Band 4, 3. Auflage (2017), § 228 Rn. 1; BeckOKStGB/v. Heintschel-Heinegg, 12. 6. 2019, § 228 Rn. 2.

37 Roxin, Strafr AT I, 4. Auflage (2006), § 11 Rn. 121, § 24 Rn. 108.

38 MüKoStGB/Duttge (Fn. 11), § 15 Rn. 201.

1. Objektiver Tatbestand

a) Teilnahmefähige Haupttat

Es müsste eine teilnahmefähige Haupttat vorliegen (s. o.).³⁹ A ist trotz absoluter Fahrunsicherheit Auto gefahren und hat somit den Tatbestand des § 316 StGB erfüllt. Eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat liegt vor.

b) Hervorrufen des Tatentschlusses

B müsste den Tatentschluss des A durch Einwirken auf diesen hervorgerufen haben.⁴⁰ Für diese Einwirkung müsste ein kommunikativer Akt stattgefunden haben. B redet und nörgelt solange darüber, dass A Auto fahren solle, bis A diesem nachgibt, obwohl er ursprünglich geplant hatte, nach Hause zu laufen. Somit hat B den Tatentschluss des A hervorgerufen.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz bzgl. der Haupttat

B wusste, dass der A erhebliche Mengen an Alkohol getrunken hatte und diesem bereits schwindelig war. Er wusste somit um seine Fahrunsicherheit und wollte dennoch, dass er Auto fährt.

b) Vorsatz bzgl. des Anstiftens

B wollte nicht im Regen nach Hause laufen und hat deswegen auf A eingewirkt, damit ihn dieser fährt. Somit wollte er A auch dazu bringen, Auto zu fahren und handelte vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es sind weder Rechtfertigungs-, noch Entschuldigungsgründe erkennbar, sodass Rechtswidrigkeit und Schuld vorliegen.

4. Ergebnis

B hat sich nach §§ 316, 26 StGB strafbar gemacht.

Zweiter Tatkomplex

A. Herstellen einer falschen Urkunde, § 267 I Alt. 1 StGB

C könnte sich wegen Herstellung einer falschen Urkunde nach § 267 I Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den Behindertenausweis so kopierte, dass der Name seines Vaters verdeckt wurde und sein eigener Name zu sehen war.

³⁹ MüKoStGB/Joecks (Fn. 11), §§ 26, 27 Rn. 17.

⁴⁰ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 48. Auflage (2018), Rn. 568.

I. Objektiver Tatbestand

1. Urkunde

Es müsste eine Urkunde vorliegen. Eine Urkunde ist eine dauerhaft verkörperte menschliche Gedankenerklärung, die dazu geeignet und bestimmt ist, im Rechtsverkehr Beweis zu erbringen und ihren Aussteller erkennen lässt.⁴¹ Der Behindertenausweis gibt an, dass der Inhaber eine Behinderung hat, durch den Ausweis zur Nutzung gekennzeichnete Parkplätze berechtigt ist und dies durch die Behörde amtlich bestätigt ist. Die Behörde ist als Aussteller zu erkennen und es handelt sich um eine Gedankenerklärung, die als Beweis im Rechtsverkehr als Parkberechtigung dient. Allerdings handelt es sich im vorliegenden Fall um eine Farbkopie und nicht um das Original. Grds. soll eine Fotokopie keine Urkunde darstellen, da die Kopie nur das Foto einer Urkunde⁴² ist und somit keinen Aussteller erkennen lässt.⁴³ Der richtige Aussteller des Originals will i. d. R. aber nicht für die Richtigkeit von Kopien der originalen Urkunde einstehen müssen. Anders liegt es aber, wenn die Kopie so täuschend echt wirkt, dass sie nicht mehr vom Original unterschieden werden kann und demnach an die Stelle der echten Urkunde tritt;⁴⁴ die Urkunde also den Eindruck erweckt, es handle sich um das Original (sog. Anscheinsurkunde).⁴⁵ Unter diesen Umständen wird auch die Kopie wie die Originalurkunde behandelt, um das Vertrauen auf die Sicherheit und Zuverlässigkeit einer Urkunde im Rechtsverkehr zu schützen. Eine solche Situation liegt hier laut Sachverhalt vor, demnach handelt es sich bei dem kopierten Behindertenausweis um eine Urkunde.

2. Unecht

Es müsste sich um eine unechte Urkunde handeln. Unecht ist eine Urkunde, wenn sie nicht von dem herrührt, der sich aus ihr als Ersteller der Urkunde ergibt.⁴⁶ Durch das Siegel der Behörde erscheint es nach außen so, als habe diese den Ausweis mit Namen des C erstellt und nicht der C selbst. Die Urkunde ist unecht.

3. Herstellen

C müsste sie auch hergestellt haben. Dafür müsste er sie hervorgebracht haben. Dies hat er durch die qualitativ hochwertige Kopie getan.

⁴¹ BGHSt 4, 284; BGHSt 13, 235; Küper/Zopf, StGB BT, 10. Auflage (2018), Rn. 524.

⁴² BGHSt 1, 117 (120); BGHSt 5, 291 (293); BGHSt 20, 17 (18 f.).

⁴³ BGHSt 5, 291 (293); BGHSt 24, 140 (142).

⁴⁴ Rengier (Fn. 14), § 32 Rn. 27.

⁴⁵ BGH NJW 2006, 2869, 2869; BGH NSStZ 2003, 543, 544.

⁴⁶ Rengier (Fn. 14), § 33 Rn 4; BGHSt 13, 382 (385); BGHSt 33, 159 (160); BGHSt 40, 203 (204).

II. Subjektiver Tatbestand

1. Vorsatz

C handelte vorsätzlich, da er die Urkunde herstellen wollte und wusste, dass sie unecht ist.

2. Zur Täuschung im Rechtsverkehr

Er müsste die Urkunde auch zur Täuschung im Rechtsverkehr hergestellt haben.⁴⁷ C möchte seine Parksituation verbessern, indem er durch den Ausweis auch Behindertenparkplätze nutzen kann. Da er vorhat, auf diesen gekennzeichneten Parkplätzen zu parken und den Ausweis als Legitimation hierfür verwenden will, stellt er die Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr her.

III. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es deutet nichts darauf hin, dass C gerechtfertigt oder entschuldigt sein könnte.

IV. Ergebnis

C hat sich wegen Herstellung einer unechten Urkunde nach § 267 I Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

B. Gebrauchen einer falschen Urkunde, § 267 I Alt. 3 StGB

C hat die Farbkopie durch das Auslegen in seinem Wagen derart in den Rechtsverkehr gebracht, dass ein Dritter die Möglichkeit der Wahrnehmung hatte.⁴⁸ Der Unrechtsgehalt ist allerdings schon durch das Herstellen erfasst, die Herstellung einer Urkunde und das Gebrauchen stellen eine einheitliche Urkundenfälschung dar.⁴⁹

C. Versuchter Betrug nach §§ 263 I, II, 22 StGB

C könnte sich durch das Auslegen der Kopie des Behindertenausweises wegen versuchten Betruges nach §§ 263 I, II, 22 StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

1. Keine Vollendung

Der Betrug dürfte nicht vollendet gewesen sein. Hier hat die Empfängerin, also O, der von A inszenierten Täuschung, es handle sich um einen gültigen Behindertenausweis und der Fahrer sei berechtigt auf entsprechenden Parkplätzen zu parken, nicht geglaubt. Sie hat die Farbkopie als eine solche erkannt und unterlag somit keinem Irrtum. Mithin ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt und die Tat nicht vollendet.

2. Strafbarkeit des Versuchs

Der Versuch eines Betrugs ist gem. § 263 II StGB strafbar.

II. Tatbestand

1. Tatentschluss

C müsste gem. § 22 StGB einen Tatentschluss, mithin den Vorsatz, der sich auf die Haupttat bezieht, gefasst haben.⁵⁰ C wollte täuschen und auch, dass der potentielle Erklärungsempfänger einem Irrtum unterliegt. Fraglich ist aber, ob C wollte, dass dieser über sein Vermögen verfügen soll.⁵¹ Diese Vermögensverfügung wäre hier das Unterlassen der Geltendmachung einer Forderung. Hätte O den Behindertenausweis aber für echt gehalten, hätte sie es nicht unterlassen, eine vermögenswerte Forderung zu erheben, sondern sie hätte einen Bußgeldbescheid ausgestellt. Bußgeldansprüche fallen aber aus dem rechtlich geschützten Vermögensbegriff heraus, da sie nicht darauf gerichtet sind Umsatz zu erzielen und keinen geldwerten Ausgleich für Geldeinbußen darstellen.⁵² Demnach liegt keine Vermögensverfügung vor. Außerdem war es nicht das Ziel des C Parkgebühren zu sparen, sondern er wollte lediglich eine bessere Parkmöglichkeit finden, sodass es auch an der stoffgleichen Nachteilszfügungsabsicht fehlt⁵³ und somit kein Tatentschluss vorliegt.

2. Zwischenergebnis

Der Tatbestand ist nicht verwirklicht.

III. Ergebnis

C hat sich nicht wegen versuchten Betrugs nach §§ 263 I, II, 22 StGB strafbar gemacht.

Dritter Tatkomplex

A. Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr nach § 315 b I Nr. 3 StGB

C könnte sich wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr nach § 315 b I Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben, indem er auf O zufuhr.

I. Objektiver Tatbestand

1. Gefährlicher Eingriff

Es müsste ein gefährlicher, verkehrsfremder Eingriff in den Straßenverkehr vorliegen.⁵⁴ Hier fährt der C mit seinem Auto los, was grds. einen normalen Vorgang im Straßenverkehr darstellt.

⁴⁷ BeckOK StGB/Weidemann (Fn. 36), § 267 Rn. 31.

⁴⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29. 7. 1999 – 2b Ss 60/99 – 32/99 I.

⁴⁹ BGHSt 17, 97; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Puppe/Schumann, StGB, 5. Auflage (2017), § 267 Rn. 108.

⁵⁰ LK/Hillenkamp, Band 1, 12. Auflage (2007), § 22 Rn. 40.

⁵¹ BeckOK StGB/Beukelmann (Fn. 40), § 263 Rn. 31.

⁵² MüKoStGB/Hefendehl (Fn. 1), § 263 Rn. 497; LK-StGB/Tiedemann, Band 9/1, 12. Auflage (2012), § 263 Rn. 145.

⁵³ Vgl. BGHSt 6, 115 (116).

⁵⁴ BGH, Beschl. v. 5. 12. 2018 – 4 StR 505/18.

Grundsätzlich regelt § 315 b StGB die Fälle, in denen von außen in den Straßenverkehr eingegriffen wird.⁵⁵ Ausnahmsweise können aber auch Inneneingriffe einen verkehrsfeindlichen Charakter haben und unter § 315 b StGB fallen. Damit es sich aber um einen verkehrsfremden Eingriff handelt, müsste er hier sein Fahrzeug bewusst in verkehrsfeindlicher Absicht pervertiert haben.⁵⁶ Dies wird vor allem dann angenommen, wenn das Auto selbst beinahe wie eine Waffe verwendet wird.⁵⁷ Hier erzwingt der C durch das Zufahren auf O seine Weiterfahrt, um der Kontrolle zu entkommen. Er nutzt das Auto in verkehrsfeindlicher Absicht und somit kann auch bei diesem ein Inneneingriff § 315 b I Nr. 3 StGB angenommen werden.

2. Konkrete Gefahr

Es müsste zu einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder einer bedeutsamen Sache gekommen sein. Auch für § 315 b StGB kommt es ähnlich wie bei § 315 c StGB darauf an, dass es zu einem sog „Beinahe-Unfall“ gekommen ist.⁵⁸ C hupt hier mehrfach und fährt dann langsam auf O zu. O reagiert sofort und weicht C aus. Auch ist nicht erkennbar, dass O sich hier erst in letzter Sekunde retten konnte und es nur dem Zufall überlassen war, dass es nicht zu einem Unfall gekommen ist.⁵⁹ O konnte hier noch problemlos ausweichen, da C nur langsam auf sie Zufuhr und auch der Abstand noch groß genug gewesen ist.⁶⁰ Eine konkrete Gefährdung hat sich hier noch nicht ergeben.

II. Ergebnis

C hat sich nicht nach § 315 b I Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

B. Gefährdung des Straßenverkehrs, § 315 c StGB

Man könnte an eine Strafbarkeit nach § 315 c StGB wegen rücksichtslosen Verhaltens denken, allerdings ist die Aufzählung in § 315 c I Nr. 2 StGB abschließend und keine der aufgezählten Varianten einschlägig. Somit liegt keine Strafbarkeit nach § 315 c StGB vor.

C. Nötigung, § 240 StGB

C könnte sich aber durch das Zufahren auf O wegen Nötigung nach § 240 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Objektiver Tatbestand

1. Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel

C müsste gegen O Gewalt eingesetzt oder sie mit einem empfindlichen Übel bedroht haben.⁶¹ Hier fährt C auf O zu. Dies ist als konkludente Drohung zu verstehen,⁶² da C so zu verstehen gibt, er würde weiterfahren – und O somit umfahren – wenn diese nicht aus dem Weg gehe. Hierbei könnten Verletzungen entstehen, die als empfindliches Übel einzuordnen sind, da von O nicht erwartet werden kann, dass sie der Drohung in besonnener Selbstbehauptung standhält.⁶³

2. Handlung, Duldung, Unterlassen

C müsste dadurch eine Handlung, Duldung oder Unterlassen bei O bewirkt haben. Da O ausweicht, bewegt C sie zu einer Handlung. Somit liegt ein Nötigungserfolg vor.⁶⁴

II. Subjektiver Tatbestand

C handelte auch vorsätzlich. Er müsste auch mit Nötigungsabsicht gehandelt haben, also mit dem Vorsatz, O zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen zu bewegen.⁶⁵ C wollte erreichen, dass O ihn aufgrund des Auf-Sie-Zufahrens passieren lässt. Er handelte mit der notwendigen Nötigungsabsicht.

III. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Nach § 240 II StGB müsste das Handeln aber auch verwerflich gewesen sein. Verwerflich handelt, wessen Vorgehen und Wahl der Mittel gemessen am zu erreichenden Ziel als sozialwidrig oder „sozial unerträglich“ anzusehen ist.⁶⁶ C verfolgte das Ziel, der O und dem drohenden Ordnungsgeld zu entkommen und schnell und störungsfrei den Parkplatz mit der Torte zu verlassen. Das gewählte Mittel stellt eine Bedrohung dar, die sich unter Umständen auch in Verletzungen etc. hätte realisieren können. Dieses Handeln ist verwerflich, da bei falschem Parken ein Ordnungsgeld fällig wird und dieses nicht durch Bedrohung der Ordnungsperson umgangen werden kann. Somit ist die Tat rechtswidrig.

IV. Schuld

C handelte schuldhaft.

V. Ergebnis

C hat sich wegen Nötigung nach § 240 I StGB strafbar gemacht.

⁵⁵ Mitsch, Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr und Notwehr, JuS 2014, S. 593, 594.

⁵⁶ König, Verkehrsfeindlicher Inneneinsatz und Gefährdungsvorsatz, NSTz 2004, 175, 175; BGH, Beschl. v. 22. 11. 2011 – 4 StR 522/11.

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 20. 2. 2003 – 4 StR 228/02.

⁵⁸ Hecker, Strafrecht BT: Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr, JuS 2010, 364, 365.

⁵⁹ BGH, Beschl. v. 24. 7. 1975 – 4 StR 165/75; BGHSt 26, 176, 178 f.

⁶⁰ BGH, Beschl. v. 2. 5. 1995 – 4 StR 187/95.

⁶¹ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Toepel (Fn. 49), § 240 Rn. 93.

⁶² BGH, Beschl. v. 14. 11. 1986 – 2 StR 577/86; BayObLGSt 60, 296 (299).

⁶³ Vgl. BGHSt 31, 195 (201); BGH NSTz 1992, 278 (278).

⁶⁴ Sinn, Die Nötigung, JuS 2009, 577, 583.

⁶⁵ BayObLG, NJW 1963, 824; Wolter/Wolters, SK-StGB Band 4, 9. Auflage (2017), § 240 Rn. 7.

⁶⁶ BGHSt 17, 328 (332); BGHSt 5, 254 (256).

Gesamtergebnis

A ist gemäß § 316 StGB zu bestrafen.

B ist gemäß §§ 316, 26 StGB zu bestrafen.

C ist gemäß § 267 I Nr. 1 StGB und § 240 I StGB zu bestrafen, die Taten stehen in Tatmehrheit gem. § 53 StGB zueinander.

GESCHE BUTENSCHÖN* UND CHRISTIAN VOß†

Die Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition

Juristische Argumentationen im Wettstreit – von internationaler atomarer Aufrüstung über das Spannungsfeld zwischen Menschenrechtsschutz und Wirtschaftsaktivitäten bis zur Verantwortlichkeit von Staatsoberhäuptern für Kriegsverbrechen.

A. Der Jessup Moot Court – eine Einführung

Die Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition ist der weltweit älteste, größte und renommierteste Moot Court.¹ Begründet von Professor *Stephen M. Schwebel*² und Professor *Richard R. Baxter*³ und erstmalig 1960 an der Harvard Law School ausgerichtet, findet der Moot Court nunmehr jährlich und mit stetig wachsender Teilnehmerzahl statt. Mehr als 700 Universitäten aus mehr als 100 Ländern entsenden regelmäßig ihre Teams in den Wettstreit. Der Wettbewerb wird von der International Law Students Association (ILSA), einem Netzwerk aus internationalen Anwälten und Studierenden, organisiert.⁴ Er findet in englischer Sprache statt.

Der Jessup Moot Court simuliert ein Gerichtsverfahren zwischen zwei fiktiven Staaten vor dem Internationalen Gerichtshof (IGH) in Den Haag. Die Teilnehmer treten im Wettstreit als Prozessvertreter dieser Staaten gegeneinander an.

Als Rechtsprechungsorgan der Vereinten Nationen bildet der IGH ein internationales Forum zur Streitbeilegung zwischenstaatlicher Streitigkeiten.⁵ Die Jurisdiktion des IGH lässt sich nicht ohne weiteres von der Mitgliedschaft in den Vereinten Nationen ableiten.⁶ Vielmehr gründet sie sich gemäß Art. 36 Abs. 1 IGH-Statut auf die Vorlage der Parteien im Einzelfall sowie auf Verträge, die eine konkrete Zuständigkeit des IGH vorsehen. Gemäß Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut können sich Staaten ferner der vorbehaltlosen oder vorbe-

haltlichen Zuständigkeit des Gerichts unterwerfen.⁷ Jedes Mitglied der Vereinten Nationen ist als Streitpartei gemäß Art. 94 Abs. 1 UN-Charta i. V. m. Art. 59 IGH-Statut verpflichtet, die Entscheidungen des IGH zu befolgen.

Spiegelbildlich zur weitreichenden Zuständigkeit des IGH gestalten sich die Themen des Jessup Moot Courts vielfältig und abwechslungsreich. Ein fiktiver Sachverhalt, der sogenannte Compromis, erscheint jährlich und bildet die Grundlage des Wettbewerbs. Der Jessup Moot Court behandelt daher aktuelle völkerrechtliche Probleme der Praxis sowie des akademischen Diskurses. So griffen die letzten Durchgänge Thematiken wie Massenüberwachung, bewaffnete Konflikte auf See, Migrationsbewegungen, das Selbstbestimmungsrecht der Völker sowie hybride Kriegsführung auf.

Die Teilnehmer eines Teams bearbeiten den Sachverhalt sowohl aus der Perspektive des klägerischen als auch des beklagten Staates als Applicant und Respondent. Somit werden in einem Team beide Positionen herausgearbeitet. Typischerweise übernehmen dabei pro Team jeweils zwei Studierende die Rolle des Applicant und zwei weitere die des Respondent.

Der Wettbewerb findet zunächst auf nationaler Ebene statt. Die Teams können sich daraufhin für die internationalen Runden in Washington, D. C. qualifizieren.

B. Der Ablauf

Der Wettbewerb gliedert sich in eine schriftliche sowie in eine mündliche Phase. Die schriftliche Phase beginnt mit der Veröffentlichung des Compromis Mitte September. Sie dient der rechtlichen Recherche der Themen und der Ausarbeitung der Schriftsätze. In den Schriftsätzen wird jeweils aus Kläger- und Beklagtenposition, den sogenannten Memorials, die rechtliche Argumentation entwickelt. Dabei sollen die aufgeworfenen Fragestellungen umfassend wissenschaftlich beantwortet werden. Die genaue Analyse der Rechtsprechung des IGH sowie der Staatenpraxis steht hierbei im Mittelpunkt.

Nach Abgabe der Schriftsätze, die typischerweise Anfang des nächsten Jahres stattfindet, beginnt die mündliche Übungsphase. Jede Seite der Parteivertreter erarbeitet einen 45-minütigen mündlichen Vortrag. In dieser Phase finden tägliche Probeverhandlungen vor Professoren, Doktoranden und ehemaligen Teilnehmern statt. Neben der rechtlichen Rhetorik werden insbesondere das freie Sprechen, der Habitus vor Gericht sowie der Umgang mit und die Reaktion auf Zwischenfragen geübt.

* *Gesche Butenschön* studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Sie hat im Wintersemester 2017/18 an der Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition teilgenommen und das Göttinger Team im Wintersemester 2018/19 als Coach betreut.

† *Christian Voß* studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Er ist studentischer Mitarbeiter am Institut für Völkerrecht und Europarecht der Georg-August-Universität Göttingen und hat im Wintersemester 2018/19 an der Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition teilgenommen. Im Wintersemester 2019/20 ist er im Göttinger Organisationsteam tätig.

1 Offizieller Internetauftritt der ILSA für den Jessup Moot Court, <https://www.ilsa.org/>, zuletzt abgerufen am 26. 4. 2019; beispielhaft: Harvard Law School, 9. September 2016, Jessup, <https://orgs.law.harvard.edu/mootcourt/jessup/>, zuletzt abgerufen am 26. 4. 2019.

2 IGH-Richter (1981–2000) und später IGH-Präsident (1997–2000), siehe: <https://www.icj-cij.org/en/all-members>, zuletzt abgerufen am 26. 4. 2019.

3 IGH-Richter (1979–1980), siehe: <https://www.icj-cij.org/en/all-members>, zuletzt abgerufen am 26. 4. 2019.

4 ILSA, <https://www.ilsa.org/>, zuletzt abgerufen am 26. 4. 2019.

5 *Herdegen*, Völkerrecht, 18. Auflage (2019), § 40 Rn. 25, § 63 Rn. 1.

6 *von Arnould*, Völkerrecht, 3. Auflage (2016), § 6 Rn. 461.

7 *Herdegen*, Völkerrecht, 18. Auflage (2019), § 63 Rn. 3–4.

In den Ausscheiden auf nationaler und internationaler Ebene wird vor einer hochkarätig besetzten Richterbank verhandelt.⁸ In den einzelnen Runden des Wettbewerbes treten die Teams gegeneinander an. Hierbei gilt es, die Richterbank von seiner Argumentation zu überzeugen und die Schwachpunkte der gegnerischen Argumentation herauszustellen.

Die Georg-August-Universität Göttingen nimmt seit vielen Jahren erfolgreich an dem Wettbewerb teil. In der Vergangenheit konnten regelmäßig sowohl besondere Auszeichnungen für die Schriftsätze als auch für die mündlichen Präsentationen errungen werden.⁹ Tatkräftig unterstützt werden die Teams vom Göttinger Institut für Völkerrecht und Europarecht sowie vom Göttinger Verein zur Förderung des internationalen Rechts e. V.

C. Die Teilnahme

Die Teilnahme am Jessup Moot Court ist jedes Jahr im Wintersemester möglich. Ausführliche Kenntnisse des Völkerrechts werden nicht vorausgesetzt, jedoch sollte großes Interesse für das Rechtsgebiet als solches bestehen. Ein vorheriger Besuch der Vorlesung „Staatsrecht III“ ist außerdem empfehlenswert. Für höhere Fachsemester ist eine Teilnahme besonders interessant, da im Rahmen des Moot Courts gemäß § 14 SchwPrO¹⁰ eine Seminar- oder Studienarbeit für den Schwerpunkt 5 „Internationales und Europäisches Öffentliches Recht“ geschrieben werden kann. Ebenso besteht für Studierende im Bachelor die Möglichkeit, im Rahmen des Moot Courts ihre Bachelorarbeit anzufertigen. Die Teilnahme am Moot Court ist mit einem großen Arbeitsumfang verbunden und daher äußerst zeitintensiv. Das Absolvieren von weiteren Scheinen neben der Teilnahme ist nur bei äußerst hoher Selbstdisziplin anzuraten. Die Teilnahme am Jessup Moot Court eignet sich besonders für Studierende ab dem sechsten Fachsemester, die scheinfrei sind, oder für höhere Fachsemester, die bereits die staatliche Pflichtfachprüfung absolviert haben. Grundsätzlich ist eine Teilnahme jedoch schon ab dem dritten Fachsemester denkbar. Es kann dann die vorbereitende Leistung gemäß § 4 a Abs. 3 S. 5 Nr. 1 NJAG erworben werden. Das Semester der Moot Court Teilnahme wird als Freisemester anerkannt, sodass ein Freiversuch weiterhin möglich bleibt. Daneben gilt der Moot Court auch als Schlüsselqualifikation und

Sprachschein gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 d), f) NJAG.¹¹ Gute Englischkenntnisse sind hilfreich, ebenso wie ein vorheriger Erasmus-Aufenthalt, um sich mit dem wissenschaftlichen Arbeiten auf Englisch vertraut zu machen. Eine Teilnahme wird überdies auch ausländischen Studierenden, die ihren Auslandsaufenthalt in Göttingen verbringen, ermöglicht.

D. The Kayleff Yak: Ein Fallbeispiel aus dem Jessup Moot Court 2018/19

Die zunehmende Globalisierung und insbesondere die Vernetzung von Märkten haben große multinationale Konzerne hervorgebracht, deren Handeln vor staatlichen Grenzen nicht Halt macht. Insbesondere in Entwicklungs- und Schwellenländern geraten die Menschenrechte der Bevölkerung in Konflikt mit dem Handeln von Großkonzernen und deren Subunternehmen.¹² Diese Problematik griff der Jessup Sachverhalt 2018/19 auf und befasste sich insbesondere mit der Verantwortlichkeit von Staaten für das Handeln von multinationalen Großkonzernen im Hinblick auf die Verletzung von kulturellen und sozialen Menschenrechten sowie umweltrechtlicher Normen des Artenschutzes. Weiterhin wurden die Maßstäbe für Patente auf traditionelles Wissen indigener Bevölkerungsgruppen diskutiert.¹³

Den zentralen Konfliktpunkt des Sachverhalts bildete der Zugang zu natürlichen Ressourcen. Herdentiere, die sogenannten Yaks, leben jahreszeitenbedingt entweder in dem Territorium des einen oder des anderen Staates. Die Klägerpartei, ein Entwicklungsland mit indigener Bevölkerung, benötigt die Tiere als Herzstück ihrer Kultur und Religion. Jedoch stellt die Gallenblase des Tieres ebenso einen essenziellen Bestandteil eines revolutionären Medikaments zur Behandlung von Diabetes dar. Dieses Medikament wird von einem Großkonzern mit Sitz im Beklagtenstaat hergestellt. Zu Produktionszwecken erfolgt der Zugriff auf die Tiere, was in der Folge zu einer dramatischen Reduktion und dem drohenden Aussterben der Tiere führt. Die medizinischen Heilfähigkeiten der Gallenblasen wurden ausschließlich durch Studien der indigenen Bevölkerung im Klägerstaat entdeckt. Aus diesen Problemfeldern ergaben sich vier Anträge, die es zu verhandeln galt.

Der erste Antrag befasste sich mit der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit des Staates für das Vorgehen des Großkonzerns. Grundsätzlich können Staaten nur unter engen Voraussetzungen für das Handeln von nichtstaatlichen Akteuren zur Verantwortung gezogen werden. Mithin musste unter Bezugnahme auf gewohnheitsrechtliche Regeln eine verantwortungsbegründende staatliche Einflussnahme auf das Unternehmen diskutiert werden. Alternativ war eine

8 Richterbank der internationalen Finalrunde 2018: *Ronny Abraham*, IGH-Richter (2005 bis heute) und IGH-Präsident (2015–2018); *Kirill Gevorgian*, IGH-Richter (2015–heute); *Julia Sebutinde*, IGH-Richterin (2012–heute), siehe: <https://www.ilsa.org/Jessup-history/Jessup-2018/>, zuletzt abgerufen am 26. 4. 2019; <https://www.icj-cij.org/en/all-members>, zuletzt abgerufen am 26. 4. 2019.

9 Internetauftritt des Göttinger Jessup Moot Court Teams, siehe: <http://www.uni-goettingen.de/de/432314.html>, zuletzt abgerufen am 26. 4. 2019; Georg-August-Universität Göttingen Presseinformation Nr. 62/2018 v. 16. März 2018, Göttinger Erfolg beim Jessup Moot Court, http://www.uni-goettingen.de/de/3240.html?archive=true&archive_source=presse&archive_id=6096, zuletzt abgerufen am 26. 4. 2019.

10 Ordnung für die Durchführung der Schwerpunktbereichsprüfung für das rechtswissenschaftliche Studium mit dem Abschluss Erste Prüfung an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, amtliche Fassung (2012).

11 Niedersächsisches Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen, amtliche Fassung vom 15. Januar 2004.

12 Beispielhaft: Spiegel Online v. 21. Juni 2017, Deutsche Firmen missachten Menschenrechte im Ausland, <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/studie-deutsche-firmen-missachten-menschenrechte-im-ausland-a-1153169.html>, zuletzt abgerufen am 26. 4. 2019.

13 Sachverhalt abrufbar unter: <https://www.ilsa.org/Jessup-history/Jessup-2019/>, zuletzt abgerufen am 26. 4. 2019.

Verantwortlichkeit für eigenes Versagen, die Völkerrechtsverletzungen nicht verhindert zu haben, zu erörtern.

Der zweite Antrag behandelte die Frage, inwieweit Staaten gewohnheitsrechtlich gebunden sind, natürliche Ressourcen nachhaltig zu nutzen und der Umwelt anderer Staaten keinen Schaden zuzufügen. Da der Yak unter völkerrechtlichen Verträgen als bedroht eingestuft war, musste ferner diskutiert werden, ob eine Jagd auf solche Tiere verboten oder gegebenenfalls zu rechtfertigen ist.

Der menschenrechtliche Aspekt wurde im dritten Antrag thematisiert. Unter den internationalen Menschenrechtspakten der Vereinten Nationen sind sowohl kulturelle und religiöse Rechte der indigenen Bevölkerung als auch das Recht auf Gesundheit und Leben, der an Diabetes Erkrankten, geschützt. Es galt mithin diese Rechte miteinander zu harmonisieren und zu einem gerechten Ausgleich zu bringen. Diese Menschenrechte sind jedoch prinzipiell territorialer Natur. Mithin mussten Kläger und Beklagte über ihre extraterritoriale Anwendung streiten.

Letztlich galt es im vierten Antrag zu diskutieren, ob und inwieweit im internationalen Patentrecht eine Schadensersatzpflicht oder ein Vorteilsausgleich besteht, wenn das entwickelte medizinische Produkt auf traditionellem Wissen der indigenen Bevölkerung basiert.

Der Schwerpunkt des letzten Durchgangs lag somit auf dem Umweltvölkerrecht und dem internationalen Menschenrechtsschutz. Durch die Verknüpfung zu anderen Teilgebieten des Völkerrechts erwuchs eine spannende Diskussion über aktuelle und drängende Fragen im internationalen Kontext.¹⁴

E. Der Jessup Moot Court – eine Bereicherung des Studiums

Eine Teilnahme am Jessup Moot Court erweist sich als großer Gewinn für das Studium und die persönliche Weiterbildung. Der hohe Arbeitsaufwand, der mit der Teilnahme verbunden ist, zahlt sich in jedem Falle aus.

Im Laufe des Moot Courts müssen sich die Teilnehmer mit aktuellen und hochkomplexen Rechtsfragen beschäftigen, die bisher in der Literatur und Rechtsprechung wenig diskutiert wurden. Es gilt aus den vorhandenen Ansätzen eine Argumentation zu entwickeln, welche die Interessen des zu vertretenden Staates am besten widerspiegelt. Die Teilnehmer entwickeln somit eigene Lösungen und Argumentationsmuster und arbeiten sich in kurzer Zeit tief in eine fremde Rechtsmaterie ein. Hierbei erlernen die Teilnehmer

argumentative Strategien und Denkweisen sowie das wissenschaftliche Arbeiten. Sie erwerben überdies ein systematisches Rechtsverständnis.

Insbesondere in der mündlichen Phase wird das freie Sprechen eingehend geübt. Während der Verhandlungen kommt es für die Teilnehmer darauf an, Fragen souverän zu beantworten und spontan Lösungen zu entwickeln. Somit werden Flexibilität, Spontanität und ein sicheres Auftreten gefördert. Diese Fähigkeiten ermöglichen es den Teilnehmern, in den Ausscheidungsrunden komplexe rechtliche Probleme mit einem internationalen Fachpublikum zu diskutieren und über Auslegungsfragen zu streiten. Nebenbei werden Englischkenntnisse ausgebaut und im juristischen Kontext geübt.

In jeder Phase des Wettbewerbs findet eine enge sowie gezielte Betreuung und Förderung durch die Coaches und das Institut für Völkerrecht und Europarecht statt.

Das juristische Studium ist weitestgehend durch Einzelleistung der Studierenden geprägt. Die Teilnahme am Jessup Moot Court schafft die Möglichkeit, an einem umfangreichen und langfristigen Projekt mit anderen Studierenden zusammenzuwirken und in Teamarbeit Lösungen zu entwickeln und zu diskutieren.

Diese erlernten Fähigkeiten werden auch über das Studium hinaus geschätzt. Praktiker und Wissenschaftler wissen um und würdigen die Kompetenzen, die durch den Jessup Moot Court erworben werden.

F. Fazit und Ausblick

Zusammenfassend ist zu sagen, dass die Teilnahme an einem Moot Court einen außerordentlichen Nutzen für das juristische Studium darstellt und eine Teilnahme nur zu empfehlen ist.

In vielen juristischen Arbeitsfeldern sind das juristische Sprechen und das mündliche Argumentieren feste Bestandteile des Berufes. Leider spiegelt sich dies nicht immer im juristischen Studium und den Prüfungsordnungen wider. Die Teilnahme an der Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition ermöglicht es den Teilnehmern, schon vor dem Referendariat und dem Berufseinstieg ihre rhetorischen und argumentativen Fähigkeiten zu schulen und auszubauen. Durch die Anerkennung als Prüfungsleistung und diverser Schlüsselkompetenzen bietet die Georg-August-Universität Göttingen die besten Möglichkeiten, den Moot Court in das Studium zu integrieren.

Bereits im April 2019 wurden die neuen Themen des Jessup Problems bekannt gegeben. Im nächsten Jahr werden sich Studierende weltweit mit „multi-fora international litigation, the accountability of heads of State for war crimes, killer robots, and a wall“ beschäftigen.¹⁵ Nach 2008 finden

¹⁴ Für Interessierte: *Kees*, Responsibility of States for Private Actors, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, Vol. VIII, S. 959–965; *Proelf*, Migratory Species, International Protection, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, Vol. VII, S. 160–169; *Milanovic*, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, Oxford (2011); *Riffel*, Traditional Knowledge, Max Planck Encyclopaedia of Public International Law (2014).

¹⁵ Ankündigung der Themen für den Jessup Moot Court 2019/20, siehe: <https://www.ilsa.org/2019/04/15/jessup-2020-topics-revealed/>, zuletzt abgerufen am 26. 4. 2019.

die nationalen Runden 2020 erneut in Göttingen statt. Die Organisatoren des Göttinger Instituts für Völkerrecht und Europarecht sowie alle Beteiligten freuen sich bereits jetzt auf spannende Verhandlungen!

ANNE DAETZ*, ALINA ERZMANN‡, LORENZ LANG§ UND LARA SCHMIDT¶

Spring School 2018 zum Thema Menschenrechte in Vietnam

Vom 4. bis zum 16. März 2018 durften erstmals vier Göttinger Studierende an einer Spring School mit Moot Court zum Thema „Fundamental Rights and their Impact on the Civil Law System“ im Norden Vietnams teilnehmen. In Begleitung von Dr. *Sina Fontana* (Lehrstuhl Prof. Dr. *Mann*)¹ und gemeinsam mit Studierenden der Humboldt Universität und der Hochschule für Technik und Wirtschaft Berlin wurde so die Möglichkeit geboten, sich rechtsvergleichend mit vietnamesischen Studierenden zu Menschenrechtsfragen auszutauschen. Finanziell getragen wurde das Projekt von der Friedrich-Ebert-Stiftung, dem Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD) sowie der Universität Göttingen.

Auf der Grundlage einer Gemeinsamen Erklärung der Außenminister Vietnams und Deutschlands besteht seit Februar 2008 der Deutsch-Vietnamesische Rechtsstaatsdialog. Dieser ist darauf angelegt, die Reformen der Justiz und des Rechtssystems in Vietnam unter dem Leitgedanken der Rechtsstaatlichkeit zu begleiten und zu fördern. Die Universität Göttingen hat dabei ihre Unterstützung bekundet und im Jahr 2011 eine Kooperationsvereinbarung mit der Rechtsschule Hanoi abgeschlossen. Seitdem steht sie mit dem Zentrum für deutsches Recht in Hanoi im Austausch.

A. Konversation statt Konservierung – Der Blick auf andere Rechtssysteme

Ziel der Spring School war es, den Studierenden einen Einblick in den fortgeschrittenen Deutsch-Vietnamesischen Rechtsstaatsdialog und in das vietnamesische Rechtssystem zu ermöglichen, welches sich unter anderem unter Bezugnahme auf das deutsche Rechtssystem schrittweise zu einem funktionierenden Rechtsstaat fortentwickeln soll. Im Rahmen dieses Austausches sollten die Teilnehmenden außerdem dazu angehalten werden, das eigene Rechtssystem aus einem anderen Blickwinkel zu betrachten. Nicht zuletzt die interkulturelle Begegnung zwischen deutschen sowie vietnamesischen Studierenden und Lehrenden sollte dazu beitragen, den eigenen Horizont zu erweitern. Darüber hinaus wurde bezweckt, dass die Studierenden ihre Rechtskenntnisse im Bereich der Grund- und Menschenrechte sowie

deren Sicherung und Durchsetzung ausbauen. Auch bestand die Möglichkeit, die fachsprachliche Englischkompetenz zu vertiefen. In diesem Sinne erhielten die Teilnehmenden die Möglichkeit, das erlernte Wissen im Rahmen einer Präsentation, einer anschließenden Diskussionsrunde sowie eines Moot Courts anzuwenden. Außerdem wurde den Studierenden die Entwicklungszusammenarbeit sowie der diplomatische Dienst als ein mögliches späteres Berufsfeld vorgestellt.

Inhaltlich befasst sich die Spring School mit menschenrechtlichen Fragestellungen einschließlich der Einwirkungen der Menschenrechte auf das Zivilrecht im Wege der mittelbaren Drittwirkung. Damit fügt sie sich in die Debatte über die Universalität der Menschenrechte ein, die so alt ist wie die Idee der Menschenrechte selbst: Dahinter steht die Überlegung, dass die Menschenrechte in ihrer Ausprägung durch die Menschenrechtsabkommen der Vereinten Nationen auf ideengeschichtliche Entwicklungen zurückblicken, die sich allein in Europa vollzogen haben. Deshalb wird zum Teil eingewandt, dass sich die Menschenrechte nicht einfach auf einen anderen Kulturkreis übertragen ließen und zumindest über die konkrete Auslegung einzelner Menschenrechte in den unterschiedlichen Kulturkreisen und Rechtstraditionen debattiert werden müsse. Zugleich sind die Menschenrechte aber ein universelles Konzept und wurden durch den Beitritt zu den Vereinten Nationen sowie durch die Ratifikation der wichtigsten Menschenrechtsabkommen auch als solche anerkannt. Vor diesem Hintergrund ist es also umso wichtiger, über die konkrete Bedeutung einzelner Menschenrechte in den Dialog zu treten, um die unterschiedlichen Perspektiven nachvollziehen zu können. Ein eben solcher Austausch findet im Rahmen der Spring School statt.

B. Menschenrechte zwischen Kollektiv und Individuum – Ein Widerspruch?

In den Vorträgen der und Diskussionen zwischen den Studierenden wurde deutlich, dass im kommunistisch organisierten Vietnam logischerweise der Gemeinschaft als Kollektiv eine herausragende Bedeutung zukommt: Im Gegensatz zur westlichen Kultur nimmt sie einen weitaus größeren Stellenwert ein als das Individuum. Besonders anschaulich zeigt sich dies an der Rechtsstellung von beispielsweise dörflichen Gemeinschaften, deren konkretes Fortbestehen durch Kollektivrechte besonders geschützt wird. Dieser Schutz kollidiert zum Beispiel mit der Vergabe staatlicher Stipendien an potentielle Studierende im ländlichen Bereich, da dem Dorf bzw. der Dorfgemeinschaft seine personelle Grundlage nicht entzogen werden darf. Auch politische Teilhaberechte sollen leichter unter Berufung auf die Interessen der durch die Kommunistischen Partei Vietnams (KPV) vertretenen Gemeinschaft eingeschränkt werden. Mit der starken Betonung von Individualrechten, wie sie gerade in der europäischen und amerikanischen Rechtstradition vorzufinden ist, kann die Betonung des Kollektivs bisweilen in Konflikt ge-

* *Anne Daetz* studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

‡ *Alina Erzmann* studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht von Prof. Dr. *Thomas Mann*.

§ *Lorenz Lang* studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht von Prof. Dr. *Thomas Mann*.

¶ *Lara Schmidt* studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und arbeitet als studentische Hilfskraft am ehemaligen Institut für Allgemeine Staatslehre und Politische Wissenschaften.

¹ Wir möchten unser Koordinatorin Dr. *Sina Fontana* für ihren immensen Einsatz und ihre Hilfe für und während des Projektes danken. Ohne sie wäre die Spring School in Vietnam nicht die einzigartige kulturelle und akademische Erfahrung gewesen, die wir erleben durften.

raten. Hierfür Verständnis aufzubringen und eine Sensibilität für kulturelle Fragen im Hinblick auf Menschenrechte zu entwickeln und zu stärken, war eine wesentliche Erfahrung der Spring School. Der fruchtbare Austausch zwischen den Studierenden auch über die Vortragsveranstaltungen hinaus trug dazu bei, den eigenen Horizont zu erweitern und das eigene Rechtsverständnis zu reflektieren sowohl auf Seiten der vietnamesischen als auch der deutschen Studierenden.

Die Spring School startete für die Studierenden vor allem mit Eindrücken kultureller Art: Nach der Ankunft in Vietnams Hauptstadt bestand zunächst die Möglichkeit, diese zu erkunden und ersten Kontakt mit der fremden Kultur aufzunehmen. Schon das rege, oftmals chaotisch und leicht provisorisch anmutende Stadtleben ließ vermuten, wie anders die vielschichtige vietnamesische Kultur auf die persönliche Entwicklung des Einzelnen einwirken muss. Das Fachprogramm begann am nächsten Tag in der Friedrich-Ebert-Stiftung Hanoi, welche die Organisation des Projekts vor Ort übernahm, mit einer Einführung in das politische und rechtliche System Vietnams sowie dessen Rolle in der internationalen Gemeinschaft. Allein aus der Tatsache, dass Vietnam ein kommunistischer Staat mit einem Einparteiensystem ist, ergeben sich unvermeidlich Unterschiede zur deutschen Staatsorganisation und zum Rechtsverständnis, die natürlich auch den Menschenrechtsdiskurs beeinflussen. Auch aktuelle Herausforderungen, wie die Umsetzung von Menschenrechtsverpflichtungen sowie die zunehmende Umweltbelastung durch Verkehr und Industrie, wurden in den Blick genommen. Vor allem Letzteres zeigte aber auch, dass sich die Probleme in Vietnam und Deutschland ähneln, zeigen sie sich auch nicht zwingend in der gleichen Form. So steht nicht nur in Deutschland das Thema Umweltschutz fortwährend im Fokus des gesellschaftlichen Diskurses.

Weitere Eindrücke vom politischen und kulturellen Alltag konnten bei der anschließenden Stadtführung gesammelt werden, welche die Gruppe zum Literaturtempel, dem Ho Chi Minh Mausoleum und dem Parlament führte. Zum Abschluss des Tages konnten sich die deutschen und vietnamesischen Studierenden bei einem gemeinsamen *Welcome-Dinner* kennenlernen. In den Gesprächen wurden bereits erste kulturelle Besonderheiten deutlich, insbesondere fiel auf, dass der Alltag der vietnamesischen Studierenden im Vergleich zur Situation deutscher junger Erwachsener stark von familiärer Verwurzelung geprägt ist. Zugleich zeigte sich, dass trotz kultureller Unterschiede der Alltag der Studierenden oft von ähnlichen Wünschen, Herausforderungen und Hürden geprägt ist.

Ein besonderer Programmpunkt in den folgenden Tagen war der Besuch der Deutschen Botschaft Hanoi. Die deutschen Studierenden wurden vom Referenten für Politik und Menschenrechte empfangen und hatten die Möglichkeit, mit ihm nicht nur über die Arbeit in der Auslandsvertretung zu sprechen, sondern hatten insbesondere auch die Chance, über aktuelle außenpolitische Fragen zu diskutieren. Gerade angesichts der Entführung eines vietnamesischen Asylbewerbers aus dem Tiergarten Berlin durch den vietnamesischen

Geheimdienst Ende 2017 und die dadurch angespannte diplomatische Lage, war dieser Programmpunkt eine besondere Erfahrung und hat zu kontroversen Diskussionen angeregt. Diese führten auch zum Thema Todesstrafe, da Vietnam diese noch immer vollstreckt und dafür bereits von Menschenrechtsinstitutionen gerügt wurde. Auch im weiteren Verlauf der Spring School sorgte diese Thematik mehrfach für angeregte und politisierte Diskussionen zwischen den Studierenden. Auch wenn die Positionen teilweise stark divergierten und gegenseitiges Verständnis äußerst schwer aufzubringen war, zeigte sich in dieser Debatte deutlich, wie stark die Positionen des Einzelnen von dem politischen System und der historischen Erfahrung geprägt sind, in dem er oder sie sozialisiert wurde.

C. Menschenrechtsverständnis in einem kommunistischen Ein-Parteien-Staat

Nach weiteren Einführungsveranstaltungen in die nationalen Rechtssysteme Vietnams und Deutschlands sowie internationaler Rechtsordnungen an der Juristischen Fakultät Hanoi schloss sich der Hauptteil der Spring School an. In Mai Chaü, einem traditionellen Bergdorf im Norden Vietnams, hielten die Studierenden Vorträge, in denen einzelne Menschenrechte näher beleuchtet wurden. Beispielsweise wurden Themen wie Persönlichkeitsrechte, Gleichheitsvorschriften, Versammlungs- und Meinungsfreiheit sowie Minderheitenrechte in den Fokus genommen. Dabei wurde zunächst die rechtliche Dimension des jeweiligen Themenbereiches auf nationaler, regionaler und internationaler Ebene erläutert, um darauf aufbauend in einen Diskurs zu treten. Dabei kamen auch Aspekte der Rechtsvergleichung sowie gesellschaftliche und historische Hintergründe zur Sprache. Insbesondere im Hinblick auf LGBT-Rechte (lesbian, gay, bisexual and transgender) äußerten sich die vietnamesischen Studierenden sehr progressiv und zufrieden mit den vorangegangenen staatlichen Maßnahmen, wobei sich teilweise der Eindruck aufdrängte, diese würden von der Regierung bewusst eingesetzt, um der Umsetzung eigentlich zugesicherter politischer Teilhaberechte wie der Meinungs- und Versammlungsfreiheit auszuweichen.

Deutlich wurde dabei vor allem, dass das Verständnis von bürgerlichen Rechten aus deutscher und vietnamesischer Sicht nicht deckungsgleich ist. So wurde die grundlegende Prämisse bestätigt, dass sich bereits aus der Tatsache, dass Vietnam einer kommunistischen Rechtstradition folgt, Unterschiede zur deutschen Rechtsordnung ergeben. Auch Verständnis und Umsetzung der Menschenrechte werden hierdurch stark geprägt. So gingen die deutschen Studierenden mit dem Grundverständnis in die Spring School, dass hinter dem Begriff Menschenrechte der Gedanke stehe, dass es sich hierbei um Rechte handele, die dem Einzelnen unabhängig von staatlicher Autorität in seiner natürlichen Eigenschaft als Individuum zustehen. Dabei war es für sie zunächst eine Herausforderung, sich in eine davon dem Ursprung nach abweichende Konzeption hineinzuversetzen. Dies stellte sich als lehrreicher, aber insbesondere auch notwendiger Prozess dar, um mit den vietnamesischen Studierenden

in einen sinnvollen und konstruktiven Dialog über Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den Rechtssystemen treten zu können. Ein zentraler Unterschied, der schnell zum Vorschein kam, war in diesem Kontext, dass den vietnamesischen Studierenden ein anderer Zugang zu dem Thema Menschenrechte beigebracht wurde. Die dahinterstehende Idee lässt sich als „Rechte im (und abhängig vom) staatlichen System“ zusammenfassen, deren Kodifikation konstitutiver und nicht nur deklaratorischer Natur ist. Ein solches Verständnis lernen die deutschen Studierenden wohl auch kennen, wenn sie sich mit dem historischen Ursprung der „westlich“ geprägten Grundrechtskonzeption beschäftigen. Die heutige Rechtsprechung sieht diese grundlegenden (Menschen-)rechte aber primär als Ausdruck der Freiheit vom Staat an.

Als besonders plakatives Beispiel dafür sollte den Göttinger Studierenden dabei eine Diskussionsrunde im Anschluss an einen Vortrag über Versammlungsfreiheit in Erinnerung bleiben. In diesem Zusammenhang stellte ein deutscher Studierender den Gastgebern die Frage, ob sie die Freiheit hätten, zu demonstrieren – sicherlich schon vor dem Hintergrund der Erwartung einer negativen Antwort. Umso mehr überraschte die gegenteilige Antwort, welche sich im weiteren Verlauf jedoch schnell relativierte, als ein vietnamesischer Student auf weiteres Nachfragen die Widersprüchlichkeit dieser Aussage zum Bild Vietnams in der internationalen Öffentlichkeit erklärte. Es sei ihnen erlaubt, zu demonstrieren und ihre Meinung – auch gegenüber dem Staat – kundzutun, jedoch würden sie dann vermutlich verhaftet. Dieser Moment löste kurz Perplexität aus, aber bewegte die deutschen Studierenden auch schnell zum Nachdenken. Sicherlich war dies eine Schlüsselstelle, die allen Teilnehmenden die Möglichkeit gab, sich mehr auf das Gegenüber einzulassen. So trug dieses Beispiel wesentlich zum Verständnis des Rechtsempfindens bei, welches in Vietnam vorherrscht. Zumindest dem Anschein nach ist die Bevölkerung dankbar, sich überhaupt auf die Rechte berufen zu können, welche ihnen momentan zugestanden werden, auch wenn diese aus europäischer Sicht in vielerlei Hinsicht inhaltlich sehr begrenzt und in der Praxis wirkungslos erscheinen mögen.

Interessant in dieser Hinsicht war auch, wie dieser Eindruck der „Dankbarkeit“ für die zumindest formell bestehenden bürgerlichen Rechte im Laufe der Woche zu verwischen begann. Anfangs noch versteckt und eher zögerlich, zeigten sich mit der Zeit bei vielen vietnamesischen Studierenden immer mehr kritische Ansätze und der Austausch wurde offener. Zum Beispiel die Tatsache, dass man in Deutschland im Rahmen einer Demonstration auch eine Meinung gegen die Regierung äußern darf, schien für die vietnamesischen Studierenden zunächst schier undenkbar, regte aber sodann umso mehr zum Nachdenken an. Neben den Diskussionen und Gesprächen während der offiziellen Veranstaltung bot sich für die Teilnehmenden nun vermehrt auch die Möglichkeit, in den freien Zeiten privatere Unterhaltungen zu führen, welche den Einfluss des Rechtssystems auf den Alltag (und umgekehrt) transparent machten. Beispielsweise als die vietnamesischen Teilnehmenden von ihrer Erfahrung mit dem

Aufnahmeprozess in die Kommunistische Partei Vietnams (KPV) erzählten: Nur als Mitglied der KPV stehe den Hochschulabsolventen und -absolventinnen eine Karriere im Staatsdienst offen. Eine anderweitige juristische Laufbahn, beispielsweise als Anwalt oder Anwältin, sei für die meisten aufgrund der in Vietnam bestehenden Skepsis bezüglich der gerichtlichen Geltendmachung eigener Rechte eher unwahrscheinlich. Neben der Chance in einer der international tätigen und in Vietnam ansässigen *law firms* im Bereich des Wirtschaftsrechts arbeiten zu können, blieb unklar, mit welcher Intention die Nichtmitglieder der KPV Rechtswissenschaften studierten.

D. Persönlicher Austausch als Schlüssel zum Verständnis des konträren Standpunktes

Es waren vor allem diese privaten Gespräche, in denen deutlich wurde, dass die vietnamesischen Studierenden tatsächlich oftmals kritischer das Rechtssystem in ihrem Land reflektieren, als es zu Anfang den Anschein hatte. Dass der Wunsch nach mehr Freiheiten während der offiziellen Veranstaltungen eher zurückhaltend zum Ausdruck gebracht wurde, zeigte aber auch, dass dieses Verhältnis zu Kritik den Studierenden während ihres Studiums nicht nahegebracht wird. Darüber hinaus ging auch aus den persönlichen Gesprächen hervor, dass das Erlernen von Kritikfähigkeit in den meisten vietnamesischen Familien bei der Erziehung keine herausgestellte Rolle spielt. So wurde Stück für Stück klarer, inwieweit das kommunistische System Vietnams in seiner heutigen Form mit dem familiären Leben verbunden ist. Entscheidend für die nicht immer offen oder nur zögerlich vorgetragene Kritik in der vietnamesischen Gesellschaft dürfte aber auch die massive Überwachung der Kommunikation im Internet durch den vietnamesischen Staat sein. Insbesondere regierungskritische Blogger, die mit ihren Beiträgen überhaupt erst die Informationen der Öffentlichkeit ermöglichen, sehen sich dem Risiko langer Haftstrafen ausgesetzt.

Aber auch die Teilnehmenden aus Deutschland kamen nicht umhin, das eigene Rechtssystem kritisch zu hinterfragen. So wurde insbesondere in den Diskussionsrunden, die sich um das Thema Gleichberechtigung drehten, über Missstände und Lösungsansätze gesprochen und nachgedacht. Auch in Deutschland, einem Staat, der ausgehend von der historischen Verantwortung für die Gräueltaten der Nazi-Zeit die unbedingte staatliche Verpflichtung erkannt hat, mittels der Achtung der Grundrechte den umfassenden und lückenlosen Schutz des Einzelnen zu gewährleisten, existieren Bereiche, in denen aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive grundrechtlich zugesicherte Freiheiten noch nicht vollständig zur Entfaltung kommen. Viel reflektiert wurde zum Beispiel über die in vielen Bereichen noch bestehende strukturelle Ungleichbehandlung von Männern und Frauen – ein Gebiet, auf dem auch Institutionen wie der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen die vollumfängliche Gewährleistung der menschenrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands angemahnt haben.

Im Rahmen des abschließenden Moot Courts konnten die Teilnehmenden ihr neu erworbenes Wissen in deutsch-vietnamesischen Teams gemeinsam anwenden. Dabei wurde die Klage des Betreibers einer Internetplattform vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte simuliert. Im Zentrum des Falles stand die Rüge der Verletzung der Pressefreiheit des Plattformbetreibers durch die Verpflichtung zur Durchführung einer Zensur potenziell persönlichkeitsrechtsverletzender Kommentare. Bei der gemeinsamen Vorbereitung der Schriftsätze und mündlichen Vorträge stellte es eine besondere Herausforderung dar, dass die beiden Studierendengruppen in ihren Ländern sehr unterschiedliche juristische Arbeitsweisen erlernt hatten, die es galt, bestmöglich miteinander in Einklang zu bringen. Letztlich erwies sich dies jedoch auch als besonders bereichernd, da die Teilnehmenden auf diese Weise erleben konnten, welche Chancen und Schwierigkeiten die Vielfalt an Methodik und Denkstrukturen für eine Zusammenarbeit über nationale Grenzen hinweg haben kann. Der Moot Court wurde schließlich mit den mündlichen Verhandlungen vor dem Gericht, bestehend aus den deutschen und vietnamesischen Dozierenden, abgeschlossen.

E. Fazit und Ausblick

Nach nun einem Jahr stellt sich die Spring School als eine in kultureller, menschlicher und akademischer Hinsicht äußerst bereichernde Erfahrung dar. Für die deutschen Teilnehmenden bleibt die Erkenntnis, dass der Blick auf neue Rechtsordnungen nur unter Würdigung kultureller und politischer Hintergründe vorgenommen werden kann, gleichzeitig aber auch das Verständnis des eigenen Rechtssystems erweitert. Die Wertschätzung des Diskussionspartners und der Respekt vor dem vorher unbekanntem Standpunkt haben sich als essenziell für den Dialog und das Werben für das westliche Verständnis der Menschen- und Grundrechte bewiesen.

Die positiven Erfahrungen im Rahmen der Spring School 2018 haben ihre Fortsetzung in der erneuten Teilnahme einer Göttinger Gruppe von Studierenden im darauffolgenden Jahr gefunden.

CHARLOTTE HILDEBRAND* UND LOTTA SCHESTAK*

Der Schwerpunkt – vor oder nach der staatlichen Pflichtfachprüfung?

Allen Studierenden der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen stellt sich im Laufe des Studiums irgendwann einmal die Frage, wann der beste Zeitpunkt ist, um die Schwerpunktbereichsprüfung zu absolvieren. Auch wenn einem diese Entscheidung von niemandem abgenommen werden kann, gibt es dennoch viele Aspekte, die in der eigenen Planung Beachtung finden sollten. Dieser Beitrag soll die Entscheidungsfindung unterstützen und bezieht dabei die Erfahrungen beider Autorinnen mit ein. *Lotta Schestak* hat sich vor der staatlichen Pflichtfachprüfung im Schwerpunktbereich prüfen lassen, *Charlotte Hildebrand* danach.

A. Die Schwerpunktbereichsprüfung in Göttingen

Die erste juristische Prüfung – von Studierenden häufig „erstes Staatsexamen“ genannt – besteht aus der staatlichen Pflichtfachprüfung und dem universitären Schwerpunktbereich, wobei letzterer immerhin 30 Prozent der Prüfungsgesamtnote ausmacht.¹ Sowohl das Angebot der Schwerpunktbereiche als auch die Art der vorzunehmenden Prüfungsleistungen variieren allerdings von Universität zu Universität.²

An der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen werden die folgenden Schwerpunktbereiche angeboten:³ Historische und philosophische Grundlagen des Rechts (Schwerpunkt 1), Privates und öffentliches Wirtschaftsrecht (Schwerpunkt 2), Zivilrecht und Zivilrechtspflege (Schwerpunkt 3), Privates und öffentliches Medienrecht (Schwerpunkt 4), Internationales und Europäisches öffentliches Recht (Schwerpunkt 5), Kriminalwissenschaften (Schwerpunkt 6), Arbeits- und Sozialordnung (Schwer-

punkt 7), Medizinrecht (Schwerpunkt 8) und Öffentliches Recht – Regieren, Regulieren und Verwalten (Schwerpunkt 9). Wer mehr über die jeweiligen Schwerpunktbereiche erfahren möchte, sei auf die Vorstellung der Schwerpunktbereiche hingewiesen, die der Fachschaftsrat und das Prüfungsamt der juristischen Fakultät halbjährlich und gemeinsam mit den jeweils verantwortlichen Professoren veranstalten.⁴

An der Universität Göttingen setzt sich die Schwerpunktbereichsprüfung aus zwei gleich gewichteten schriftlichen Ausarbeitungen mit jeweiliger mündlicher Präsentation und Diskussion zusammen⁵; es findet keine abschließende Blockprüfung statt und es müssen auch keine Klausuren geschrieben werden. Der einzige Unterschied zwischen den schriftlichen Ausarbeitungen – Seminararbeit und Studienarbeit – liegt darin, dass im Rahmen der mündlichen Prüfung der Studienarbeit ebenfalls eine Prüfung zum Schwerpunktbereich vorgesehen ist, während Gegenstand der mündlichen Prüfung zur Seminararbeit nur die bearbeitete Themenstellung ist.⁶ Die weitergehende mündliche Prüfung nach der Studienarbeit bewegt sich in der Regel im Rahmen der vom Prüfling besuchten Vorlesungen des festgelegten Schwerpunktbereiches.

Wer mit der Schwerpunktbereichsprüfung beginnen will, muss als Zugangsvoraussetzungen lediglich im Studiengang Rechtswissenschaften an der Universität Göttingen eingeschrieben sein, die Zwischenprüfung bestanden und mit Erfolg an einer sogenannten „vorbereitenden Leistung“ (Lehrveranstaltung gem. § 4a Abs. 3 S. 1 NJAG) teilgenommen haben.⁷ Welche vorbereitenden Leistungen im Semester angeboten werden, kann dem Vorlesungsverzeichnis⁸ entnommen werden.

Die Seminar- und die Studienarbeit werden in Seminaren geschrieben, deren Angebot von Semester zu Semester variiert. Zu beachten ist hier, dass die Vorbesprechungen der Seminare, ebenso wie die Platzvergabe, bereits am Ende des vorangehenden Semesters stattfinden und die Termine in der Regel ausschließlich im Vorlesungsverzeichnis angekündigt werden. Die Vorbesprechungen dienen zum einen der unverbindlichen Information über den Inhalt des Seminars, zum anderen werden aber auch wichtige Informationen zu

* *Charlotte Hildebrand* hat bis zum SoSe 2018 Rechtswissenschaften mit dem Schwerpunkt Medizinrecht an der Georg-August-Universität Göttingen studiert, arbeitet dort als Korrekturassistentin und als wissenschaftliche Mitarbeiterin in einer hannoverschen Kanzlei.

† *Lotta Schestak* studiert seit dem WiSe 2015/16 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen, hat den Schwerpunkt Völkerrecht bereits absolviert und bereitet sich aktuell auf die staatliche Pflichtfachprüfung vor.

1 Hier sei auch auf die Diskussion zur Gewichtung der universitären Schwerpunktbereichsprüfung hingewiesen, vgl. <https://www.lto.de/recht/studium-referendariat/s/justizministerkonferenz-kritik-schwerpunkt-jura-studium-entwertung-abschaffung-noteninflation/>, zuletzt abgerufen am 9. 4. 2019.

2 Für die Inhalte und Voraussetzungen der Schwerpunktbereichsprüfung an anderen juristischen Fakultäten verweisen wir auf die jeweiligen Schwerpunktbereichsprüfungsordnungen; vgl. auch Deutscher Juristen-Fakultätentag, Ergebnisse der Schwerpunktbereichsprüfungen für das akademische Jahr 1.10.2016 – 30.9.2017, <https://www.djft.de/wp-content/uploads/2019/03/98.-DJFT-2018-Schwerpunktbereiche.pdf>, zuletzt abgerufen am 9. 4. 2019.

3 Vgl. § 3 Abs. 1 Ordnung für die Durchführung der Schwerpunktbereichsprüfung für das rechtswissenschaftliche Studium mit dem Abschluss Erste Prüfung an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, amtliche Fassung (2012) (SchwPrO).

4 Für weitere Informationen zur Schwerpunktbereichsprüfung in Göttingen siehe auch: <https://www.uni-goettingen.de/de/schwerpunktbereichsstudium+und+-pr%C3%BCfung/37075.html>, zuletzt abgerufen am 22. 4. 2019; <http://fachschaft-jura.eu/studium/struktur-des-jura-studiums/schwerpunktbereich/>, zuletzt abgerufen am 9. 4. 2019.

5 § 11 SchwPrO.

6 § 11 SchwPrO.

7 § 9 Abs. 1 SchwPrO.

8 Abrufbar unter <http://univz.uni-goettingen.de>, zuletzt abgerufen am 9. 4. 2019.

Art und Zeitpunkt der eventuellen Anmeldung am Lehrstuhl mitgeteilt. Eine Teilnahme ist daher vor allem für Bewerber, aber auch für Interessierte, unbedingt zu empfehlen.

Auch wenn die Wahl des Schwerpunktbereiches verbindlich ist, ist der Prüfling bei der zeitlichen Gestaltung seines Schwerpunktbereichsstudiums – sind die Zugangsvoraussetzungen einmal erfüllt – völlig frei. Seminar- und Studienarbeit können in aufeinander folgenden Semestern, mit mehreren Semestern Pause dazwischen oder sogar beide in einem Semester geschrieben werden, da es in jedem Seminar mehrere Termine für die Themenausgabe gibt. Auch wenn diese Freiheit bei der Ausgestaltung der Schwerpunktbereichsprüfung grundsätzlich von Vorteil ist, führt sie doch immer wieder zu Schwierigkeiten in der Beurteilung, welcher Zeitpunkt oder welche Zeitpunkte für das eigene Schwerpunktbereichsstudium tatsächlich am geeignetsten sind. Das größte zeitliche Hindernis, das es dabei zu umschiffen gilt, ist der vom Schwerpunktbereich völlig unabhängige staatliche Teil der ersten juristischen Prüfung mit seiner umfangreichen Vorbereitung.

B. Variante A – Erst die staatliche Pflichtfachprüfung, dann der Schwerpunkt

Eine Möglichkeit der zeitlichen Einteilung ist es, den Schwerpunktbereich erst nach der staatlichen Pflichtfachprüfung zu absolvieren. Auch hier gibt es natürlich mehrere Varianten: Eine der beiden Schwerpunktarbeiten kann zum Beispiel zwischen schriftlicher und mündlicher Prüfung geschrieben werden, es kann aber auch der gesamte Schwerpunktbereich erst nach der mündlichen Prüfung des staatlichen Teils absolviert werden. Examensvorbereitung und staatliche Pflichtfachprüfung dem Schwerpunkt zeitlich vorzuziehen, bringt einige Vorteile mit sich.

Je nach Schwerpunktbereich überschneidet sich der zu behandelnde Inhalt des Schwerpunktes mit dem Stoff des staatlichen Teils mehr oder weniger. Wird die Schwerpunktbereichsprüfung zeitlich vor der staatlichen Pflichtfachprüfung absolviert, können in den 1–2 Semestern Wissenslücken im allgemeinen Examensstoff entstehen, vor allem wenn ein spezieller Schwerpunkt wie zum Beispiel das Völkerrecht oder das Medizinrecht gewählt wird. Wird der Schwerpunktbereich jedoch erst nach dem staatlichen Teil absolviert, bleibt der Examensstoff aus dem Hauptstudium unmittelbar präsent und kann mit in die Examensvorbereitung genommen werden.

Wird die Schwerpunktbereichsprüfung nach der staatlichen Pflichtfachprüfung absolviert, besteht zudem nicht das Risiko, dass ohne die Examensvorbereitung wichtige Grundlagen für den Schwerpunktbereich fehlen. Dies hängt aber davon ab, wie umfassend im Hauptstudium auch Nebengebiete, wie zum Beispiel das Handels- und Gesellschaftsrecht oder das Arbeitsrecht, erlernt wurden.

Ein weiterer Punkt, der bei der Zeitplanung im Jurastudium immer Beachtung findet, ist der vor allem als „Freischuss“

bekannt Freiversuch. Grundsätzlich besteht die Möglichkeit des Freiversuches bis zum Ende des achten Fachsemesters (mit Ausnahmen, bspw. Erasmus).⁹ Um diese Möglichkeit wahrzunehmen, muss die Examensvorbereitung also in der Regel bis zum Ende des achten Semesters abgeschlossen sein. Vorher noch den Schwerpunktbereich zu absolvieren, ist aus unserer Sicht schwierig, wenn auch nicht ausgeschlossen. Hier besteht vor allem das Risiko, dass sich die Prüfungen im Schwerpunktbereich mit den Klausuren im Hauptstudium überschneiden und das Hauptstudium aufgrund des hohen Zeitaufwandes für die Seminar- und Studienarbeit vernachlässigt wird. Demjenigen, der plant, den Freiversuch wahrzunehmen, ist also zu empfehlen, den Schwerpunktbereich erst nach der staatlichen Pflichtfachprüfung zu beginnen. Auch aus psychologischer Sicht motiviert ein erfolgreich absolvierter staatlicher Teil und es kann sich in Ruhe auf den Schwerpunkt konzentriert werden.

C. Variante B – Erst der Schwerpunkt, dann die staatliche Pflichtfachprüfung

Auch wenn es nach unseren Erfahrungen zumindest in Göttingen nicht üblich ist, den Schwerpunktbereich vor der staatlichen Pflichtfachprüfung zu absolvieren, so entscheiden sich doch einzelne Studierende für diese Variante und dies ist sogar im Musterstudienplan der hiesigen Fakultät¹⁰ so vorgesehen. Es macht also Sinn, sich zumindest damit auseinanderzusetzen, welche Gründe für die Wahl dieser Reihenfolge sprechen können.

Die bekanntesten und eindeutigsten Vorteile davon, den Schwerpunktbereich vor der staatlichen Pflichtfachprüfung zu machen, sind organisatorischer Art.

Dazu zählt vor allem die zeitliche Flexibilität, die nach oder während des Hauptstudiums noch besteht. Es besteht nicht das Risiko, sich unmittelbar bevor oder sogar während die Klausuren der staatlichen Pflichtfachprüfung geschrieben werden um die formalen Dinge des Schwerpunktbereiches kümmern zu müssen. Es kostet Zeit und fordert Aufmerksamkeit, einen der teilweise sehr begrenzten Seminarplätze zu bekommen, bei der Themenausgabe anwesend zu sein, die erste Woche der Bearbeitungszeit bis zum Dozentengespräch gut zu nutzen und eine Überschneidung von Präsentation der Schwerpunktarbeit und mündlicher Prüfung der staatlichen Pflichtfachprüfung zu vermeiden. Diese Zeit kann man gerade in der Examensvorbereitung oder während der Prüfungen eigentlich nicht entbehren, während das Hauptstudium einem diese Freiheit gibt.

Bedacht werden muss auch, dass die zeitliche Flexibilität nicht nur für die Zeiten vor und während der Prüfungen, sondern auch für die Wochen und Monate danach von Bedeutung ist. Es kostet einige Zeit, bis die Ergebnisse der

⁹ Vgl. § 18 Niedersächsisches Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen, amtliche Fassung vom 15. Januar 2004 (NJAG).

¹⁰ Abrufbar unter <https://www.uni-goettingen.de/de/musterstudienplan+der+juristischen+fakult%C3%A4t+%28pdf%29/531581.html>, zuletzt abgerufen am 9. 4. 2019.

Schwerpunktbereichsprüfung eingetragen und freigeschaltet sind, der Antrag auf Erteilung des Schwerpunktbereichszeugnisses bearbeitet wurde und dieses dann auch tatsächlich abgeholt werden kann. Hinzu kommt auch noch die Zeit, die es braucht, bis das Schwerpunktbereichszeugnis das LJPA erreicht, dieses das Gesamtzeugnis erstellt und zurückgesandt hat und es beim Prüfling angekommen ist. Wurde der Schwerpunktbereich bereits vor dem staatlichen Teil abgeschlossen, können diese Prozesse im Hintergrund ablaufen und die Wartezeit nach den Prüfungen ohne den Druck verbracht werden, der durch die ablaufenden Bewerbungsfristen einiger Oberlandesgerichte für den Beginn des Referendariats aufgebaut wird.

Ein bereits bestandener Schwerpunkt kann aber auch der eigenen Examensvorbereitung zu Gute kommen.

Zum einen liegt das daran, dass die Ergebnisse der universitären Schwerpunktbereichsprüfung üblicherweise deutlich besser sind als die der staatlichen Pflichtfachprüfung.¹¹ Die Examensvorbereitung wird dadurch nicht nur mit dem guten Gefühl begonnen, bereits etwas „in der Tasche zu haben“, sondern idealerweise sogar mit dem noch besseren Gefühl, etwas „richtig Gutes in der Tasche zu haben“. Und das motiviert ungemein.

Zum anderen kann man aber auch in Bezug auf die persönlichen Fähigkeiten ganz maßgeblich von den Erfahrungen des Schwerpunktbereichs profitieren. Die Seminar- und Studienarbeiten sind nämlich im Gegensatz zur staatlichen Pflichtfachprüfung gerade nicht darauf ausgelegt, dass die Bearbeiter ihr breites, vertieftes Wissen zeigen können. Als wissenschaftliche Arbeiten sind sie darauf ausgelegt, den Prüfling ein vielleicht sogar völlig unbehandeltes Problem innerhalb von sechs Wochen juristisch bearbeiten zu lassen. Trainiert und geprüft werden damit nicht nur die Fähigkeiten, juristische Literatur vollständig erfassen und verwerten sowie Streitentscheide richtig aufbauen und lösen zu können. Es muss gezeigt und vielleicht auch noch ein wenig gelernt werden, juristisch arbeiten zu können. Je nach Thema müssen Querverbindungen gefunden und in der eigenen Prüfung sinnvoll eingeordnet werden können, es muss Grundlagenverständnis bewiesen werden, ohne welches ein vertretbares Ergebnis nicht möglich ist und es muss bei Kernproblemen zum Erreichen eines sauberen Ergebnisses auch manchmal wirklich einfach ein konsequenter Gutachtenstil verwendet werden. Gerade dieser Zwang zu sauberem juristischen Arbeiten hat einen großen Einfluss auf das eigene Ver-

ständnis von Recht, die Fähigkeit, Probleme erkennen und Schwerpunkte setzen zu können und auch den Mut, für unbekannte Probleme einen eigenen Lösungsweg zu entwickeln. Damit vergrößern sich mit einem bereits abgeschlossenen Schwerpunktbereich nicht nur die Chancen, vertieftes Wissen in einem Gebiet zu haben, welches in einer Examensklausur geprüft werden könnte, sondern auch die Chancen, aus einer sehr ungewöhnlichen Klausur eine stimmige Lösung entwickeln zu können.

Und zu guter Letzt natürlich das Wichtigste: Wenn die Examensklausuren geschrieben sind und die mündliche Prüfung überstanden ist, dann ist man auch wirklich komplett fertig.

D. Fazit

Insgesamt kann man wohl sagen, dass sowohl den Schwerpunktbereich komplett vor, als auch ihn komplett nach der staatlichen Pflichtfachprüfung zu absolvieren, seine Vor- und Nachteile hat. Bei der Abwägung der genannten und vielleicht auch persönlichen Gründe zur Planung der Schwerpunktbereichsprüfung sollte allerdings auch berücksichtigt werden, auf welchen Schwerpunktbereich die Wahl fällt. Für sehr spezielle Rechtsgebiete, wie das Völker- oder Medizinrecht, sind kaum Vorkenntnisse aus dem Hauptstudium notwendig, während die Examensvorbereitung und die staatliche Pflichtfachprüfung für einen arbeitsrechtlichen oder strafrechtlichen Schwerpunktbereich wichtiges Grundlagenwissen vermitteln können. Aber auch das gestellte Thema hat am Ende einen Einfluss darauf, welcher Wissensstand benötigt wird.

Letztendlich kommt es wohl vor allem auf das persönliche Empfinden und die Lerngewohnheiten des Einzelnen an. Um unsere eigenen Erfahrungen noch einmal mit einzubringen, entscheidet man sich am Ende wohl entweder für die Variante, bei der Hauptstudium und Examensvorbereitung nahtlos ineinander übergehen, bei der aber die Gefahr eines anschließenden Motivationstiefs entsteht. Oder man entscheidet sich für die Möglichkeit, mit bereits erfolgreich abgeschlossenen 30 Prozent der ersten juristischen Prüfung in die Examensvorbereitung zu starten und wird damit konfrontiert, durch Koordinationsschwierigkeiten sogar innerhalb des Studiums eindeutige Prioritäten setzen zu müssen. Unabhängig davon, für welche Variante sich am Ende entschieden wird, wünschen wir auf jeden Fall viel Erfolg und gutes Gelingen.

¹¹ *Deutscher Juristen-Fakultätentag*, Ergebnisse der Schwerpunktbereichsprüfungen für das akademische Jahr 1.10.2016 – 30.9.2017, <https://www.djft.de/wp-content/uploads/2019/03/98.-DJFT-2018-Schwerpunktbereiche.pdf>, zuletzt abgerufen am 9.4.2019; Legal Tribune Online, Statistik zur 1. juristischen Staatsprüfung, <https://www.lto.de/jura/studium-zahlen/erste-juristische-staatspruefung/>, zuletzt abgerufen am 19.2.2019.

CHARLOTTE HILDEBRAND*

Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht

Schönheitsreparaturen

BGH, Urt. v. 22. 8. 2018 – VIII ZR 277/16

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

Im Falle einer dem Mieter unrenoviert oder renovierungsbedürftig überlassenen Wohnung hält die formularvertragliche Überwälzung der den Vermieter treffenden Verpflichtung zur Vornahme laufender Schönheitsreparaturen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand, sofern der Vermieter dem Mieter keinen angemessenen Ausgleich gewährt, der ihn so stellt, als habe der Vermieter ihm eine renovierte Wohnung überlassen.

Änderung des Grundstückskaufvertrages nach Auflassung

BGH, Urt. v. 14. 9. 2018 – V ZR 213/17

Amtlicher Leitsatz

Änderungen eines Grundstückskaufvertrags nach der Auflassung sind formlos möglich, wenn die Auflassung bindend geworden ist (§ 873 Abs. 2 BGB).

Fristlose und fristgerechte Kündigung im Mietverhältnis

BGH, Urt. v. 19. 9. 2018 – VIII ZR 231/17

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

Ein Vermieter, der eine fristlose Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs mit einer ordentlichen Kündigung verknüpft, bringt damit zum Ausdruck, dass die ordentliche Kündigung in allen Fällen Wirkung entfalten soll, in denen die zunächst angestrebte sofortige Beendigung des Mietverhältnisses aufgrund einer Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung fehlgeschlagen ist.

Sachmängelhaftung beim Neuwagenkauf

BGH, Urt. v. 24. 10. 2018 – VIII ZR 66/17

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Ein Fahrzeug ist nicht frei von Sachmängeln, wenn die Software der Kupplungsüberhitzungsanzeige eine Warnmeldung einblendet, die den Fahrer zum Anhalten auffordert, um die Kupplung abkühlen zu lassen, obwohl dies auch bei Fortsetzung der Fahrt möglich ist.
2. Daran ändert es nichts, wenn der Verkäufer dem Käufer mitteilt, es sei nicht notwendig, die irreführende Warnmeldung zu beachten.

3. Der Verkäufer kann der Ersatzlieferung eines mangelfreien Fahrzeugs nicht entgegenhalten, diese sei unmöglich geworden, weil die nunmehr produzierten Fahrzeuge der betreffenden Modellversion mit einer korrigierten Version der Software ausgestattet seien.

Musizieren in einem Reihenhäuser

BGH, Urt. v. 26. 10. 2018 – V ZR 143/17

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Da das häusliche Musizieren eine sozialadäquate und übliche Freizeitbeschäftigung darstellt, sind daraus herrührende Geräuscheinwirkungen in gewissen Grenzen zumutbar und in diesem Rahmen als unwesentliche Beeinträchtigung des benachbarten Grundstücks anzusehen.
2. Dass sich Geräuscheinwirkungen durch die Nutzung von Nebenräumen verhindern oder verringern lassen, rechtfertigt es nicht, dem Nachbarn das Musizieren in den Haupträumen seines Hauses gänzlich zu untersagen.
3. Bei der Bestimmung der Ruhezeiten sind die üblichen Ruhezeiten in der Mittags- und Nachtzeit einzuhalten. Wann und wie lange musiziert werden darf, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.

Lebenslanges Wohnrecht

BGH, Urt. v. 14. 11. 2018 – VIII ZR 109/18

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

Bei der in einem Kaufvertrag des Vermieters über ein Hausgrundstück enthaltenen Vereinbarung, wonach der Mieter einer Wohnung des Hauses ein lebenslanges Wohnrecht habe und eine ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses durch den in den Mietvertrag eintretenden Erwerber ausgeschlossen sein soll, handelt es sich um einen (echten) Vertrag zugunsten Dritter. Der Mieter erwirbt hierdurch unmittelbar das Recht, auf Lebenszeit von dem Käufer die Unterlassung einer ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses zu verlangen.

Abschalteinrichtung ist ein Sachmangel

BGH, Beschl. v. 8. 1. 2019 – VIII ZR 225/17

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Ein Fahrzeug ist nicht frei von Sachmängeln, wenn bei Übergabe an den Käufer eine Abschalteinrichtung installiert ist, die gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007/EG unzulässig ist. Es besteht dann die Gefahr einer Betriebsunterbrechung und somit ist bei Gefahrübergang der weitere (gestörte) Betrieb des Fahrzeugs nicht gewährleistet.

* Charlotte Hildebrand hat bis zum SoSe 2018 Rechtswissenschaften mit dem Schwerpunkt Medizinrecht an der Georg-August-Universität Göttingen studiert, arbeitet dort als Korrekturassistentin und als wissenschaftliche Mitarbeiterin in einer hannoverschen Kanzlei.

2. Ob eine Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache unmöglich ist, hängt vom Inhalt und der Reichweite der vom Verkäufer vertraglich übernommenen Beschaffungspflicht ab.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass diese Pflicht gleichartige und gleichwertige Sachen erfasst. Die Lieferung einer identischen Sache ist nicht erforderlich. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob die Vertragsparteien die konkrete Leistung als austauschbar angesehen haben.

Ein mit einem Modellwechsel einhergehender, mehr oder weniger großer Änderungsumfang des neuen Fahrzeugmodells ist nach der Interessenlage des Verkäufers eines Neufahrzeugs in der Regel nicht von Belang; es kommt im Wesentlichen auf die Höhe der Ersatzbeschaffungskosten an. Der Verkäufer kann die Ersatzlieferung verweigern, sofern diese nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.

Wohnraumkündigung bei Miteigentümern

BGH, Beschl. v. 9. 1. 2019 – VIII ZB 26/17

Von der Redaktion bearbeiteter amtlicher Leitsatz

Bei Vermietung einer Wohnung durch zwei Miteigentümer bleiben beide auch dann Vermieter – und ist eine Kündigung gegenüber dem Mieter demgemäß von beiden Vermietern auszusprechen –, wenn der eine seinen Miteigentumsanteil später an den anderen veräußert. 566 Abs. 1 BGB findet weder direkte noch analoge Anwendung.

Zulässigkeit presserechtlicher Informationsschreiben

BGH, Urt. v. 15. 1. 2019 – VI ZR 506/17

Amtlicher Leitsatz

Die Übermittlung eines „presserechtlichen Informationsschreibens“ greift in der Regel nicht rechtswidrig in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eines Presseunternehmens ein. Eine andere Beurteilung ist dann geboten, wenn das übersandte Informationsschreiben von vorneherein ungeeignet ist, präventiven Rechtsschutz zu bewirken. Hiervon ist auszugehen, wenn es keine Informationen enthält, die dem Presseunternehmen die Beurteilung erlauben, ob Persönlichkeitsrechte durch eine etwaige Berichterstattung verletzt werden.

Die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung

BGH, Urt. v. 20. 3. 2019 – VIII ZR 213/18

Amtlicher Leitsatz

Mit der „nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung“ zielt das Gesetz nicht auf konkrete Eigenschaften der Kaufsache ab, die sich der Käufer vorstellt, sondern darauf, ob die Sache für die Nutzungsart (Einsatzzweck) geeignet ist, den die Parteien dem Vertrag zugrunde gelegt haben.

JULIAN JANSEN* UND SOPHIE NORBECK†

Rechtsprechungsübersicht im Öffentlichen Recht

Parteienrechtlicher Gleichbehandlungsanspruch auf Eröffnung eines Girokontos

BVerwG, Urt. v. 28. 11. 2018 – 6 C 2.17

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Gebietsverbände politischer Parteien in der Rechtsform des nicht rechtsfähigen Vereins sind nach § 61 Nr. 2 VwGO beteiligtenfähig, wenn sie wirksam gegründet sind und ihnen in Bezug auf den Gegenstand des konkreten Rechtsstreits eine materielle Rechtsposition zustehen kann.

2. Die Verfassungsfeindlichkeit einer politischen Partei stellt keinen Grund für einen Ausschluss vom parteienrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch nach § 5 I 1 PartG dar, sodass auch ein Anspruch auf Eröffnung eines Girokontos bei einer Sparkasse bestehen kann.

„Reichsbürger“ sind waffenrechtlich unzuverlässig

OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 3. 12. 2018 – 7 B 11152/18

Leitsätze der Redaktion

1. Personen, die über Sympathiebekundungen in Bezug auf die „Reichsbürger“ hinaus ausdrücklich oder konkludent ihre Bindung an geltende Rechtsvorschriften in Abrede oder unter Vorbehalt stellen, begründen dadurch Zweifel an ihrer Rechtstreue. Das Vertrauen in die Personen, mit Waffen und Munition ordnungsgemäß umzugehen, wird dadurch zerstört.

2. Auch für sich betrachtet führt die Sichtweise, die Rechtsordnung nicht als verbindlich zu erachten, zur Unzuverlässigkeit nach § 5 I Nr. 2 WaffG. Die sofortige Vollziehung eines nach § 41 II WaffG erlassenen Waffenbesitzverbotes ist dabei im Gegensatz zu dem auf § 45 II 1 WaffG gestützten Widerruf zwar nicht schon gesetzlich angeordnet, inhaltlich ist das öffentliche Vollziehungsinteresse aber bei dem auf der absoluten Unzuverlässigkeit beruhenden Waffenbesitzverbot deckungsgleich mit dem des Widerrufs.

Auch „Nichttreffer“ als Eingriff bei automatisierter Kfz-Kennzeichenkontrolle

BVerfG, Beschl. v. 18. 12. 2018 – 1 BvR 142/15

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Eine automatisierte Kraftfahrzeugkennzeichenkontrolle begründet Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aller Personen, deren Kennzeichen kon-

* Julian Jansen studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht von Prof. Dr. Frank Schorkopf.

† Sophie Norbeck studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

trolliert werden, auch wenn das Ergebnis zu einem „Nichttreffer“ führt und die Daten sogleich gelöscht werden (Abweichung von früherer Rspr., vgl. BVerfGE 120, 378).

2. Für die Abgrenzung zwischen der dem Bund nach Art. 74 I Nr. 1 GG zur Gesetzgebung zugewiesenen Materie der Strafverfolgung und der den Ländern grundsätzlich belassenen Materie der Gefahrenabwehr ist maßgeblich auf den objektiv bestimmten und begrenzten Anlass voraus. Sie unterscheiden sich damit von Kontrollen, die an ein risikobehaftetes Tun oder die Beherrschung besonderer Gefahrenquellen anknüpfen und deshalb auch anlasslos gerechtfertigt sein können.

3. Polizeiliche Kontrollen setzen als Grundrechtseingriffe nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich einen objektiv bestimmten und begrenzten Anlass voraus. Sie unterscheiden sich damit von Kontrollen, die an ein risikobehaftetes Tun oder die Beherrschung besonderer Gefahrenquellen anknüpfen und deshalb auch anlasslos gerechtfertigt sein können.

4. Automatisierte Kennzeichenkontrollen müssen angesichts ihres Eingriffsgewichts dem Schutz von Rechtsgütern von zumindest erheblichem Gewicht oder einem vergleichbar gewichtigen öffentlichen Interesse dienen.

5. Als Unterstützung von polizeilichen Kontrollstellen zur Verhinderung von schweren oder versammlungsrechtlichen Straftaten stehen Kennzeichenkontrollen mit Verfassungsrecht in Einklang, wenn die Einrichtung solcher Kontrollstellen selbst an einen hinreichend gewichtigen Anlass gebunden ist. Das ist der Fall, wenn dies eine konkrete Gefahr voraussetzt.

6. Als Mittel der Schleierfahndung bedürfen Kennzeichenkontrollen einer besonderen Rechtfertigung. Diese ergibt sich aus dem Wegfall der innereuropäischen Grenzkontrollen und dem Ziel, einer hierdurch erleichterten Begehung von Straftaten entgegenzutreten. Voraussetzung ist, dass die Kontrollen sachlich und örtlich einen konsequenten Grenzbezug aufweisen.

Wahlrechtsausschlüsse für Betreute in allen Angelegenheiten und wegen Schuldunfähigkeit untergebrachte Straftäter verfassungswidrig

BVerfG, Beschl. v. 29. 1. 2019 – 2 BvC 62/14

Von der Redaktion bearbeitete amtliche Leitsätze

1. Ein Wahlrechtsausschluss steht der Beschwerdefähigkeit im Wahlprüfungsverfahren gemäß § 48 I BVerfGG nicht entgegen, wenn dieser Ausschluss Gegenstand der Beschwerde ist.

2. Ein Ausschluss vom aktiven Wahlrecht kann verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn bei einer bestimmten Per-

sonengruppe davon auszugehen ist, dass die Möglichkeit der Teilnahme am Kommunikationsprozess zwischen Volk und Staatsorganen nicht in hinreichendem Maße besteht.

3. § 13 Nr. 2 BWahlG verfehlt die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine gesetzliche Typisierung, weil er den Kreis der von einem Wahlrechtsausschluss Betroffenen ohne hinreichenden sachlichen Grund in gleichheitswidriger Weise bestimmt.

4. § 13 Nr. 3 BWahlG ist nicht geeignet, Personen zu erfassen, die typischerweise nicht über die Fähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess verfügen.

Anforderungen an Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit von prüfungsrechtlichen Sanktionen

BVerwG, Urt. v. 27.2.2019 – 6 C 3.18

Leitsatz der Redaktion

Sanktionsnormen, die im Rahmen berufsbezogener Prüfungen gelten und sich auf das Bestehen dieser auswirken, unterliegen nach dem Maßstab des Art. 12 I GG strengen Anforderungen in Bezug auf ihre Verhältnismäßigkeit und Bestimmtheit. Sowohl das zu sanktionierende Verhalten als auch die daran geknüpfte Sanktionsfolge müssen so klar ersichtlich sein, dass jeder Prüfling sein Verhalten problemlos danach ausrichten und jede Gefahr des Eingriffs in sein Grundrecht aus Art. 12 I GG vermeiden kann.

Schulverbot für nicht geimpfte Kinder zulässig

VG Weimar, Beschl. vom 14.3.2019 – 8 E 416/19 We

Leitsätze der Redaktion

1. Das Schulbetretungsverbot stellt eine geeignete Schutzmaßnahme gem. § 28 I 1 IfSG zur Verhinderung der Weiterverbreitung von Krankheiten dar, da gerade bei schulpflichtigen Kindern während der Zeit des Schulbesuchs eine große Ansteckungsgefahr besteht.

2. Die Maßnahme ist auch verhältnismäßig, da nicht ersichtlich ist, dass mit dem Betretungsverbot eine unzumutbare Belastung für die Kinder entsteht. Die Kinder müssen sich lediglich kurzfristig vom Unterricht fernhalten. Der versäumte Schulstoff dürfte ohne größere Schwierigkeiten nachholbar sein, sodass sich das Fehlen nicht anders darstellt als bei kurzzeitig krankheitsbedingten Fehlzeiten.

Pflicht zur Zeiterfassung in Unternehmen

EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18

Leitsatz der Redaktion

Die Mitgliedsstaaten haben in Umsetzung der Richtlinie 2003/88/EG die Arbeitgeber zu verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches Arbeitszeiterfassungssystem einzurichten, um den Verbraucher als schwächere Vertragspartei bei der Durchsetzung seiner Rechte zu schützen. Dies

folgt aus einer Auslegung im Lichte des Art. 31 GRCh, der ein Recht auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit statuiert.

Wahl-O-Mat darf in jetziger Form nicht betrieben werden

VG Köln, Beschl. v. 20.5.2019 – 6 L 1056/19

Leitsatz der Redaktion

Die Begrenzung der Auswertungsauswahl des Wahl-O-Mats auf lediglich acht von über vierzig Parteien stellt eine faktische Benachteiligung kleinerer und unbekannter Parteien dar und verletzt somit das Recht auf Chancengleichheit aus Art. 21 I i. V. m. Art 3 I GG.

Kein Anspruch auf Zugang zu einem Betäubungsmittel zum Zweck der Selbsttötung ohne krankheitsbedingte Notlage

BVerwG, Urt. v. 28.5.2019 – 3 C 6.17

Leitsätze der Redaktion

1. § 5 I Nr. 6 BtMG schließt die Erteilung einer Erwerbserlaubnis für Betäubungsmittel zum Zweck der Selbsttötung grundsätzlich aus, weil sie nicht mit dem Ziel des BtMG, die menschliche Gesundheit und das Leben zu schützen, vereinbar ist.

2. In Hinblick auf Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG ist der Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zwecke einer Selbsttötung ausnahmsweise mit § 5 I Nr. 6 BtMG vereinbar, wenn sich der Antragssteller wegen einer schweren und unheilbaren Erkrankung in einer extremen Notlage befindet.

Sog. „PKW-Maut“ unionsrechtswidrig

EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – C-591/17

Leitsatz der Redaktion

Die Infrastrukturabgabe stellt durch die Verbindung mit einer korrespondierenden Entlastung bei der Kraftfahrzeugsteuer eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar, da faktisch die wirtschaftliche Last nur Halter und Fahrer ausländischer Fahrzeuge trifft, und verstößt zudem gegen die Grundsätze des freien Warenverkehrs und des freien Dienstleistungsverkehrs.

DENISE WENZL* UND FELIX HOHENHÖVEL*

Rechtsprechungsübersicht Strafrecht

„Zueignungsabsicht bei Wegnahme eines Handys zum Löschen von Bildern“

BGH, Beschl. v. 11. 12. 2018 – 5 StR 577/18

Leitsätze der Redaktion

1. Zueignungsabsicht i. S. v. § 249 StGB ist gegeben, wenn der Täter im Zeitpunkt der Wegnahme die fremde Sache unter Ausschließung des Eigentümers oder bisherigen Gewahrsamsinhabers körperlich oder wirtschaftlich für sich oder einen Dritten erlangen und sie der Substanz oder dem Sachwert nach seinem Vermögen oder dem eines Dritten „einverleiben“ oder zuführen will. An dieser Voraussetzung fehlt es dagegen in Fällen, in denen der Täter die fremde Sache nur wegnimmt, um sie „zu zerstören“, „zu vernichten“, „preiszugeben“, „wegzuwerfen“, „beiseite zu schaffen“ oder „zu beschädigen“.

2. Nimmt der Täter dem Opfer ein Handy allein deswegen weg, um dort gespeicherte Bilder zu löschen, fehlt es an der nach § 249 StGB erforderlichen Zueignungsabsicht, sofern er das Handy nicht über die benötigte Zeit der Löschung behalten will.

„Beihilfe zum gewerbsmäßigen Betrug“

BGH, Beschl. v. 5. 2. 19 – 5 StR 413/18

Leitsatz der Redaktion

Die Verurteilung wegen Beihilfe zum gewerbsmäßigen Betrug darf nur erfolgen, wenn sowohl der Haupttäter, als auch der Gehilfe gewerbstätig handeln, da es sich hierbei um ein persönliches Merkmal i. S. d. § 28 Abs. 2 StGB handelt. Fehlt dieses persönliche Merkmal erfolgt lediglich eine Verurteilung wegen Beihilfe zum Betrug.

„Gewahrsamswechsel beim Einstecken von Waren in mitgeführte Taschen“

BGH, Urt. v. 6. 3. 2019 – 5 StR 593/18

Leitsätze der Redaktion

1. Für den Wechsel der Sachherrschaft ist entscheidend, dass der Täter diese so erlangt, dass er sie ohne Behinderung des alten Gewahrsamsinhabers ausüben kann und dieser seinerseits selbst die Verfügungsgewalt des Täters brechen müsste um über die Sache verfügen.

2. Steckt der Täter die Sache in seine Kleidung, schließt er bereits hierdurch die Sachherrschaft des Bestohlenen aus und begründet Gewahrsam.

3. Für handliche und kleine Sachen kann diese Gewahrsamsbegründung auch schon gelten, wenn der Täter sie in einem Geschäft mit Zueignungsabsicht in eine mitgeführte Tasche steckt. Hierbei bringt er sie in gleicher Weise in seinen Herrschaftsbereich, wie beim Einstecken in die Kleidung

4. Hierfür spielt es keine Rolle, ob er beabsichtigt, den Gewahrsam länger aufrecht zu erhalten.

„Verwerfung der Berufung des nicht erschienenen Angeklagten nur im Fortsetzungstermin innerhalb der Frist des § 229 StPO“

OLG Brandenburg, Beschl. v. 4. 4. 2019 – 1 Ss 17/19

Leitsatz der Redaktion

Eine neu anberaumte Hauptverhandlung nach Aussetzung der Hauptverhandlung ist kein Fortsetzungstermin i. S. d. § 328 Abs. 4 S. 2 StPO, sodass ein Nicht-Erscheinen des Angeklagten zu einem solchen Termin keine Verwerfung der Berufung ohne Sachentscheidung zulässt. Eine erweiternde Wortlautauslegung ist aufgrund des Ausnahmecharakters der Vorschrift nicht möglich.

„Körperverletzung durch Doping im Boxsport“

OLG Köln, Beschl. v. 4. 4. 2019 – 2 Ws 122/19

Leitsätze der Redaktion

1. Die – zumindest konkludent – erteilte Einwilligung eines Boxsportlers in Verletzungen bezieht sich nur auf solche, die bei regelkonformen Verhalten des Gegners üblich und zu erwarten sind. Verletzungen, die durch schwere Missachtungen der anerkannten Sport- und Wettkampfgregeln, wie bspw. durch Doping, entstehen und mit denen der Gegner nicht rechnen muss, sind von dieser Einwilligung nicht umfasst.

2. Die beim Wettkampf üblicherweise eingesetzten Boxhandschuhe stellen kein gefährliches Werkzeug i. S. v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB dar, es handelt sich um bestimmungsgemäß genutzte Sportgeräte.

„Beihilfe zum Betrug durch Annahme von Paketen unter falschen Namen“

BGH, Beschl. v. 23. 4. 2019 – 2 StR 118/19

Leitsätze der Redaktion

1. Sind an einer Deliktserie mehrere Personen beteiligt, kommt es für die Frage, ob die Taten tateinheitlich oder tateinheitlich zu beurteilen sind, darauf an, welchen Umfang

* Denise Wenzl studiert seit 2016 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

* Felix Hohenhövel studiert seit 2014 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Er arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Volker Lipp.

der erbrachte Tatbeitrag hat. Dies ist bei jedem Beteiligten gesondert zu prüfen und entscheiden. Wird jeweils ein individueller, nur die eine Tat betreffende Beitrag geleistet, dann sind die Taten als mehrheitlich begangen zuzurechnen.

2. Es entspricht nicht der Lebenserfahrung, dass ein Paketzusteller dieselbe Adresse bis zu zehnmal am Tag anfährt, vielmehr geschieht die Auslieferung mehrerer Pakete i. d. R. in einem Vorgang. Deswegen besteht die naheliegende Möglichkeit, dass der Angeklagte mehrere Pakete gleichzeitig angenommen und deren Erhalt durch Unterschrift quittiert hat. Dann hätte der Angeklagte die Betrugstaten durch einheitliche Handlung gefördert, so dass die Annahme der gleichartigen Tateinheit i. S. d. § 52 I StGB vorliegt.

„Niedrige Beweggründe bei Tötung von Ehepartnerin wegen einer Trennung“

BGH, Beschl. v. 7. 5. 2019 – 1 StR 150/19

Leitsätze der Redaktion

1. Für die Entscheidung, ob eine Tötung des zur Trennung entschlossenen Ehepartners auf niedrigen Beweggründen beruht, kommt es weder darauf an ob der Täter auf das Fortbestehen der Ehe zum Opfer vertrauen durfte, noch darauf ob sich das Tatopfer aus nachvollziehbaren Gründen zu Trennung entschlossen hat oder ob der Täter maßgeblich für Trennung verantwortlich war.

2. Der Umstand, dass sich die Trennung aus dem Vorverhalten des Täters entwickelte, ist nicht geeignet, die Tat als

völlig unbegreiflich zu erachten. Für niedrige Beweggründe ist es nicht ausreichend, dass der Täter die Trennungsentcheidung wegen eigenem Fehlverhalten hätte hinnehmen müssen.

3. Entbehrt das Tatmotiv nicht jeglichen nachvollziehbaren Grund, so ist es nicht als „niedrig“ zu qualifizieren.

„Mitverfügungsmacht über den Vermögensgegenstand bei Raub mit mehreren Beteiligten“

BGH, Urt. v. 5. 6. 19 – 5 StR 670/18

Leitsätze der Redaktion

1. Ein Vermögenswert ist durch die Tat erlangt, wenn er dem Beteiligten in irgendeiner Phase des Tatablaus unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands so zugeflossen ist, dass er hierüber die tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann.

2. Bei mehreren Beteiligten genügt, dass jeweils zumindest eine faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsmacht über den Verfügungsgegenstand erlangt wurde. Dies ist der Fall, wenn sie im Sinne eines rein tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ungehinderten Zugriff auf den Vermögensgegenstand nehmen können.

3. Faktische Mitverfügungsmacht kann auch dann vorliegen, wenn sich diese in einer Abrede über die Beuteteilung widerspiegelt. Auch dann „verfügt“ der Mittäter über die Beute.

