ISSN 1864-371X

# Bucerius Law Journal

Juli 2011 Heft 2/2011 Seiten 42 – 92

**Gastkommentar**

*Herta Däubler-Gmelin*: Osama Bin Ladens Ende – "Justice has been done" oder Schaden für die Rechtsstaatlichkeit? 42

**Aufsätze**

*Sarah Nietner*: Principles of European Contract Law und Draft Common Frame of Reference 44

*Jacob Roggon*: Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten? – Eine Untersuchung anhand der *Radbruchschen* Formel 50

*Jan Sturm*: Der Gefahrverdacht – ein Fall für *Ockham's razor*? (Teil 2) 56

*Birga Tanneberg*: Die Belastung des Staatshaushalts als Tatbestandsmerkmal der Beihilfe im Sinne des Art. 107 VAEU am Beispiel staatlicher Förderankündigungen 63

*Philipp Fölsing*: Aktuelles zur Jahresabschlussprüferhaftung 68

**International**

*Johanna Fournier*: The Shari'a's Influence on Law in Egypt since 1800 73

**Streitgespräch**

*Professor Dr. Christian Pfeiffer, Andreas Müller, Prof. Dr. Frank Saliger*: Warnschussarrest – Umgang mit jugendlichen Straftätern 78

**Veranstaltungsberichte**

*Maximilian P. Kunzelmann*: Respecting Conscience, Protecting Patients: Unresolved Tensions in Health Care 89

*Daniel Zimmer*: "Sterben dürfen" – Ein medizinrechtliches Gespräch 90

**Rezensionen**

Scott J. Shapiro: Legality (*Johannes Gerberding*) 91

**Redaktion der Ausgabe 2/2011**

Sascha Arnold
Cathrin Bauer-Bulst
Maximilian Hocke
Christopher Krois
Maximilian Kunzelmann
Carsten Lindner
Michael Schramm
Torsten Spiegel
Jan Sturm
Malte Vollertsen
Manuel Waldmann
Kilian Wegner
Daniel Zimmer

**Korrespondierender Beirat**

Professor Dr. Michael Fehling, Hamburg
Professor Dr. Anne Röthel, Hamburg
Professor Dr. Frank Saliger, Hamburg

Die Redaktion des Bucerius Law Journals trauert um:

**Julia Weingart**

Mit ihrem Tod verlieren wir eine engagierte Redakteurin und einen liebenswürdigen Menschen. Wir werden sie immer in Erinnerung behalten.

Bucerius Law Journal
Juli 2011 Heft 2/2011 Seiten 42 – 92

**Impressum**

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg

Bucerius Law Journal
c/o Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg

ISSN 1864-371X

**Urheberrechte:** Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt; die Rechte hierfür liegen bei den jeweiligen Autoren oder dem Bucerius Law Journal. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Bucerius Law Journals genutzt oder verwertet werden. Erlaubt ist die Erstellung von digitalen Kopien, Ausdrucken und Fotokopien für den persönlichen, nichtgewerblichen Gebrauch.

**Manuskripte:** Das Bucerius Law Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Eine Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Übersendung eines Manuskripts beinhaltet die Erklärung, dass der Beitrag nicht gleichzeitig anderweitig angeboten wird. Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch das Bucerius Law Journal überträgt der Autor dem Verlag ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Speicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrages ist der Autor berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

**Erscheinungsweise:** Das Bucerius Law Journal (BLJ) erscheint dreimal jährlich.

**Covergestaltung:** gürtlerbachmann Werbung GmbH

# Bucerius Law Journal

**Schriftleitung:** Sascha Arnold, Cathrin Bauer-Bulst, Maximilian Hocke, Christopher Krois, Maximilian Kunzelmann, Carsten Lindner, Michael Schramm, Torsten Spiegel, Jan Sturm, Malte Vollertsen, Manuel Waldmann, Kilian Wegner, Daniel Zimmer

**Korrespondierender Beirat:** Professor Dr. Michael Fehling, Professor Dr. Anne Röthel, Professor Dr. Frank Saliger

Heft 2/2011
Seiten 42 - 92
4. Jahrgang
31. Juli 2011

Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin*

## Osama Bin Ladens Ende:

### – "Justice has been done" oder Schaden für die Rechtsstaatlichkeit? –

„Justice has been done" – mit diesen Worten hat US-Präsident Obama den von ihm befohlenen Militäreinsatz von US SEALs und CIA-Agenten gegen Amerikas „Staatsfeind Nr. 1", Osama Bin Laden, mit Erschießung und anschließenden Seebestattung der Weltöffentlichkeit bekannt gegeben; „dem Recht wurde Genüge getan".

Ist das so? Jeder, der nicht bereit ist, Worte amtierender Regierungschefs per se für Gesetz oder bare Münze zu nehmen, wird das in Frage stellen: Ist da wirklich Recht durchgesetzt worden? Oder sollen Obamas Feststellungen nicht vielmehr eine Macht-Demonstration verbrämen, die sich wenig um Recht kümmerte?

Unbezweifelbar ist, dass Präsident Obama viel Zustimmung erhalten hat: Die Medien zeigten uns vor Freude tanzende Menschen in den USA, in anderen Teilen der Welt drückten Politiker viel Zustimmung und Erleichterung aus; die Bundeskanzlerin der Bundesrepublik Deutschland sprach zunächst sogar ausdrücklich von „Freude" über den Tod Bin Ladens. Das ist sicherlich ebenso bedenklich wie geschmacklos.

Über die Diskussion um die Einzelheiten wurde fast vergessen, dass Al Quaida durch die Erhebung der meist jungen Menschen in vielen arabischen Ländern längst ins politische Abseits gedrängt worden ist.

Um beurteilen zu können, ob es sich bei der Militäraktion um die Durchsetzung von Recht handelte, müssen Absicht, Befehl und Durchführung des Militäreinsatzes bekannt sein. Hier beginnen die Probleme.

Es geht ja nicht allein um die banale, aber offensichtlich nicht überall selbstverständliche Feststellung, dass die rechtsstaatlichen Grundsätze, für die „der Westen" zurecht wirbt, verlangen, dass ein zuständiges Gericht darüber befindet, ob eine Entscheidung oder Handlung der Exekutive dem Recht genüge getan hat. Dass ein handelnder Regierungschef die Ergreifung und Erschießung eines mutmaßlichen Verbrechers ohne Gerichtsurteil zur Vollstreckung von Recht erklärt, mag in einigen Regionen der Welt immer noch üblich sein; mit den Prinzipien des Rechts und der Rechtsstaatlichkeit indes steht das nicht im Einklang.

Hinzu kommen die mehrfachen Korrekturen von Auftrag und Ablauf durch das Weiße Haus, nachdem Einzelheiten an die Öffentlichkeit gedrungen waren. Auch das hat Viele befremdet und zu heftigen Diskussionen in den USA geführt. In manchen deutschen Kreisen indes gilt es als bösartig bis amerikafeindlich, Befehl, Ablauf und Rechtmäßigkeit in Frage zu stellen.

Angesehene Völkerrechtler, aber auch Altbundeskanzler Helmut Schmidt, haben aufgrund der heute unbezweifelbar feststehenden Fakten die Frage nach der Verletzung des Völkerrechts eindeutig und knapp mit „Ja" beantwortet: Entscheidend dafür war, dass Präsident Obama ohne Wissen und Erlaubnis der Pakistanischen Regierung vorgegangen ist und damit die Souveränität Pakistans eindeutig verletzte. Man stelle sich vor, Pakistan hätte sich gegenüber den USA so verhalten...

Wie aber steht es mit der Ergreifung und Erschießung von Bin Laden, dem ohne Zweifel schlimmste Verbrechen in großer Zahl angelastet werden, nach geltendem US-Recht bzw. nach Völkerrecht? Wäre eine Ergreifung und Überstellung an einen Gerichtshof – ein US-Gericht wäre dafür ja ebenso in Frage gekommen wie die Errichtung eines besonderen UN-Tribunals durch den UN-Sicherheitsrat – nicht rechtlich geboten gewesen?

Auch darüber wird in den USA gestritten. Für die Beurteilung hängt hier alles vom tatsächlichen Befehl und dem Ablauf des Militäreinsatzes ab:

1. Übereinstimmung herrscht wohl darüber, dass ein Befehl des Präsidenten, Bin Laden zu stellen und auf jeden Fall zu

* Die Verfasserin ist Bundesjustizministerin a.D., Honorarprofessorin an der Freien Universität Berlin und Rechtsanwältin bei Schwegler Rechtsanwälte.

erschießen, ein Verstoß gegen Völkerrecht und US-Recht wäre. Ob Obamas Befehl so lautete, ist, da sein Wortlaut nicht veröffentlicht wurde, von hier aus nicht abschließend zu beurteilen. In den USA wird auch dieser Sachverhalt behauptet.

2. Bekannte US-Juristen wie der US-Justizminister erklärten, gegen Bin Laden sei korrekterweise Kriegsrecht angewandt worden, weil die USA gegen Al Quaida Krieg führten. Damit sei Bin Ladens Erschießung rechtmäßig, weil er sich seiner Festnahme widersetzt, sich gewehrt, bzw. sich nicht erkennbar ergeben habe.

Völkerrechtler, aber auch andere bekannte US-Juristen halten diese Einschätzung sowohl im Hinblick auf die Anwendung des Kriegsrechts in diesem Fall, als auch im Hinblick auf die Durchführung der Aktion für problematisch, da Bin Laden wohl zweifelsfrei ohne Waffe aufgefunden worden sei. Dabei scheint bis heute noch ungeklärt zu sein, ob Bin Laden sich ergeben oder ob er sich gegen seine Festnahme gewehrt hat. In der Diskussion in den USA werden für beide Versionen Fakten angeführt. Sollte jedoch der Tathergang zutreffen, der ebenfalls in den USA diskutiert wird, dass an der Aktion beteiligte SEAL-Soldaten Bin Laden zunächst ergriffen und erst danach erschossen haben, so wäre das nach übereinstimmender Meinung sowohl ein Verstoß gegen US-Recht als auch gegen Völkerrecht.

Es sind also viele Fragen offen, viel zu viele. Wenn das so bleibt, werden sich Vermutungen festsetzen, dass diese Undurchsichtigkeit von Absicht, Befehl und Durchführung der Militäraktion gewollt ist, um Rechtsverstöße zu verdecken.

Das wäre schlimm, ist aber nur ein Teil des Problems. Auch im Hinblick auf das Ansehen der USA sowie „des Westens“, dessen Führungsmacht die USA ja sein wollen, sehe ich erhebliche Belastungen. Man stelle sich vor, Bin Laden wäre ergriffen und vor Gericht gestellt worden. So, wie beispielsweise mit Adolf Eichmann, aber auch mit den serbischen Generälen Karadcic und Mladic verfahren worden ist.

Der Gewinn an globaler Rechtsstaatlichkeit und an Vertrauen in die Werte „des Westens“ wäre erheblich, zumal keineswegs allein US-Gerichte, sondern auch ein neu zu errichtendes UN-Tribunal für ein solches Strafverfahren in Frage gekommen wären.

Es mag sein, dass während eines Strafverfahrens weitere Anschläge von Al Quaida zu befürchten wären; freilich sind diese mittlerweile ebenfalls erfolgt, sozusagen als Rache für die Ergreifung und Erschießung.

Richtig ist auch, dass ein Gerichtsverfahren Bin Laden eine „Bühne“ zur Rechtfertigung seiner Ideologie geboten hätte. Das war auch bei Adolf Eichmann oder in den Gerichtsverfahren gegen die deutschen RAF-Angeklagten so. Dort hat sich jedoch auch gezeigt, dass solche, der Rechtsstaatlichkeit verpflichtete, Verfahren sehr gut dazu geeignet sind, Ideologien zu entdämonisieren und Verbrechen öffentlich als das festzustellen, was sie sind: schwerste Menschheitsverbrechen.

Der Präsident der USA ist diesen Weg nicht gegangen; er hat für sich in Anspruch genommen, Recht zu setzen und gleich zu vollstrecken. Ich befürchte, er hat der Verführung der Macht nachgegeben und damit Fakten geschaffen, die globale rechtsstaatliche Grundsätze schwächen. Sie zu festigen gehört zu den Aufgaben des Westens. Diese Chance ist vertan. ■

Sarah Nietner, LL.B., Hamburg*

# Principles of European Contract Law und Draft Common Frame of Reference

## A. Einleitung

In den letzten Jahren ist auf dem Gebiet des Europäischen Privatrechts eine rasante Entwicklung zu konstatieren. Die *Principles of European Contract Law* (PECL)[1] waren die erste gesetzbuchartige Veröffentlichung europäischer Vertragsrechtsgrundsätze. Im Jahre 2009 erschien der *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)[2], der einen zweiten Meilenstein in der Entwicklung darstellt. Weitere vergleichbare Werke wie die *Unidroit Principles*[3] und die *Acquis Principles*[4] führen zu einer gewissen Unübersichtlichkeit.[5] *Zimmermann* hat festgestellt, dass es zu deren Bewältigung einer modernen Textstufenanalyse bedarf.[6] Angelehnt ist diese an die Methode der Textstufenforschung, die zur Ermittlung der Herkunft römischer Texte der Antike entwickelt wurde, um den Entstehungsprozess und insbesondere vor-justinianische Änderungen nachvollziehen zu können.[7] Eine ähnliche Methode kann genutzt werden, um die einzelnen Regelwerke im europäischen Privatrecht vergleichend zu analysieren.[8] Diese Methode soll daher im Folgenden zur Analyse der Werke angewandt werden.

Die Diskussion um beide Regelwerke, insbesondere den DCFR, wird begleitet von der um ein Europäisches Zivilgesetzbuch.[9] Solange sich die Europäische Kommission dazu nicht eindeutig äußert, ist das Schicksal der Instrumente als *geltendes Recht* noch ungewiss. Diese Arbeit wird sich deshalb der Frage widmen, welche Aufgabe PECL und DCFR *gegenwärtig* zu erfüllen vermögen. Da die PECL das historisch frühere Werk sind und in revidierter Fassung in den DCFR übernommen wurden, stellt sich die Frage, ob die PECL damit *ad acta* gelegt werden können. Der Blick auf den DCFR aus der Perspektive der PECL soll untersuchen, ob der DCFR eine „neue Stufe" in der Entwicklung des Europäischen Privatrechts erreicht. Insofern ist der Begriff der Textstufenanalyse nicht nur zu verstehen als der Vergleich von bestimmten Regelungsbereichen *historisch* aufeinanderfolgender Textstufen. Vielmehr soll stärker wertende Textstufenforschung betrieben werden, um zu untersuchen, ob der DCFR gegenüber den PECL auch *qualitativ* eine neue Stufe betritt.

Der erste Teil widmet sich den Hintergrundinformationen der Regelwerke, wobei insbesondere die Aussagekraft bewertet und die sich daraus ergebenden Aufgaben beider Texte betrachtet werden (B.). Danach wird exemplarisch untersucht, ob der DCFR die PECL weiterentwickelt (C.).

## B. Von den PECL zum DCFR

Um sich dem Verhältnis von PECL und DCFR zu nähern, ist zunächst ein kurzer Blick auf ihre Entstehung und Ziele nötig.

### I. Entstehung[10]

Die PECL und der DCFR haben gemeinsam, dass beide von privaten Wissenschaftlern aus allen Mitgliedstaaten der EU ausgearbeitet wurden. Die PECL entstanden auf private Initiative, den Anstoß für den DCFR hingegen gab die Europäische Kommission.[11] Während die PECL nur das allgemeine Vertragsrecht regeln, hat der DCFR einen wesentlich weiteren Anwendungsbereich mit Regelungen im Bereich des besonderen Vertragsrechts, der außervertraglichen Schuldverhältnisse und des Sachenrechts.

Quelle der PECL sind alle Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, wobei versucht wurde, rechtsvergleichend einen gemeinsamen Kern (*common core*) in ihnen zu finden.[12] Der DCFR übernimmt die PECL in revidierter Form,[13] bezieht aber auf Wunsch der EU-Kommission erstmals auch das Unionsrecht ein.

### II. Ziele

Hinter beiden Regelwerken steht das Bedürfnis, durch Rechtsangleichung den Binnenmarkt zu stärken.[14]

Die Verfasser beider Werke verfolgen ein wesentliches Ziel:[15] Primär sollen sowohl PECL als auch DCFR als Modellgesetz[16] oder *toolbox*[17] für die Kodifikation eines Europäischen Vertragsrechts dienen, wobei auch die Rolle als Inspirationsquelle für nationale Gesetzgeber und als Auslegungshilfe für die Judikative[18] betont wird. Der DCFR dient darüber hinaus einer Bestandsaufnahme und Verbesserung des Unionsrechts.[19]

Sowohl PECL als auch DCFR erheben den Anspruch, nicht nur die gegenwärtige Rechtslage zu beschreiben, sondern zukunftsweisend zu Rechtsfortbildung und Harmonisierung beizutragen.[20]

---

* Die Verfasserin ist Studentin an der Bucerius Law School. Diese Arbeit ist ein Auszug aus ihrer Bacherlorarbeit, welche im März 2011 mit dem Montblanc-Preis für die beste Bachelorarbeit ausgezeichnet wurde.

1 *Lando/Beale*, Principles of European Contract Law, Parts I and II, 2000; *Lando/Clive/Prüm/Zimmermann*, Principles of European Contract Law, Part III, 2003.

2 *Von Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Full Edition, 2009.

3 Unidroit (Hrsg.), Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2004.

4 *Acquis Group*, Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Prinicples), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, 2007.

5 *Pfeiffer*, AcP 2008, 227, 239.

6 *Zimmermann*, EuZW 2009, 319, 322.

7 Dazu *Ernst*, in: Beatson/Zimmermann (Hrsg.), Jurists Uprooted – German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain, 2004, S. 105, 178; *Zimmermann*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, S. 1313.

8 *Jansen/Zimmermann*, AcP 2010, 197 f.

9 Statt vieler: *Grundmann*, JZ 2005, 876 ff.; *Staudenmeyer*, EuZW 2005, 103 ff.

10 *Wurmnest*, ZEuP 2003, 714, 722 ff.; *Zimmermann*, Jura 2005, 289 ff.

11 KOM (2001) 398 endg., 1 ff.; KOM (2003) 68 endg., 1 ff.; KOM (2004) 651 endg., 1 ff.

12 *Lando/Beale* (Fn. 1), S. XXVI.

13 *Von Bar/Clive* (Fn. 2), Rn. 1, 40 ff.

14 *Lando*, Am. J. Comp. L. 31 (1983), 653, 658 f.

15 *Lando/Clive/Prüm/Zimmermann* (Fn. 1), S. XV f., s. dort zu weiteren Zielen.

16 *Lando/Beale* (Fn. 1), S. XXIII; *Michaels*, RabelsZ 1998, 581, 588.

17 COM (2004) 651 final, 3; *von Bar/Clive* (Fn. 2), Rn. 62.

18 *Zimmermann*, Jura 2005, 441, 445, 447.

19 *Schulte-Nölke*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen – Entstehung, Inhalte, Anwendungen, 2009, S. 9, 15.

20 *Lando*, Am. J. Comp. L. 31 (1983), 653, 657; *Zimmermann*, JZ 1995, 477, 479.

### III. Aussagekraft

Angesichts der Tatsache, dass PECL und DCFR ähnliche Werke sind und im Wesentlichen die gleichen Ziele verfolgen, stellt sich die Frage, ob die PECL mit der Entstehung des DCFR, der historisch nächsten Textstufe, überhaupt noch eine eigene Aussagekraft besitzen.

#### 1. Autorität[21]: Geltung *ratione imperii*?

Die Autorität des Werkes ist von Bedeutung für seine Aussagekraft. Sowohl die PECL als auch der DCFR wurden von Wissenschaftlern erarbeitet, sodass es ihnen an demokratischer Legitimation fehlt. Indes ist der DCFR die Folge eines von der EU-Kommission angestoßenen Prozesses, was für den DCFR einen Autoritätsgewinn darstellen kann.[22]

Zu beachten ist jedoch, dass auch die Erarbeitung der PECL von der EU-Kommission finanziell unterstützt wurde und während dieser Arbeiten eindeutige Signale aus Europa zu deren Befürwortung kamen.[23] Außerdem insistieren die Verfasser des DCFR selbst auf der Differenzierung zwischen *politischem* CFR und *akademischem* DCFR, sodass für letzteren die Legitimationswirkung als geringer beurteilt werden muss. Solange die Zukunft eines politischen CFR noch ungewiss ist, kann der DCFR durch die bloße Tatsache, dass er einen Entwurf für ersteren darstellt, keinen höheren Autoritätsgrad erreichen.[24] Hinzu kommt, dass die PECL in revidierter Form in den DCFR übernommen wurden. Würde man dem DCFR eine höhere Legitimationswirkung zusprechen, müsste sich diese durch Übernahme der PECL auch auf letztere auswirken. Mangels Übernahme beider in einen Rechtsakt seitens der Organe der EU oder seitens nationaler Gesetzgeber kommt eine Geltung *ratione imperii* nicht in Betracht, sondern höchstens eine Geltung *imperio rationis*, also nicht durch staatliche Setzung, sondern durch ihre inhaltliche Überzeugungskraft.[25]

#### 2. Akzeptanz: Geltung *imperio rationis*?

Sowohl PECL als auch DCFR könnten trotz Unverbindlichkeit dadurch an Aussagekraft gewinnen, dass ihnen Akzeptanz entgegengebracht wird. Akzeptanz bzw. eine Geltung *imperio rationis* hängt von Qualität und inhaltlicher Überzeugungskraft der Werke ab.

Beim Ziel der Rechtsvereinheitlichung kommt es hier nicht zu sehr auf Akzeptanz durch die Organe der EU, sondern durch die Mitgliedstaaten an. Insofern haben die PECL ein hohes „Akzeptanzpotential“, da sie allein auf rechtsvergleichender Grundlage gewonnen wurden.[26] Allerdings muss bei einer Vielzahl von Rechtsordnungen zu Gunsten einiger und zu Lasten anderer entschieden werden. Die Regeln, die ihre Grundlage in keiner Rechtsordnung finden, laufen Gefahr, weniger akzeptiert zu werden. Der Akzeptanz abträglich könnte es auch sein, dass die Mitgliedstaaten in den Prozess der Erarbeitung erst nachrangig eingebunden wurden.[27]

Der DCFR hingegen ist nicht allein auf rechtsvergleichender Grundlage entstanden. Die Einbeziehung des Unionsrechts könnte ihm einen „Akzeptanzvorteil“ gegenüber den PECL verschaffen.[28] Allerdings wird der unionsrechtliche Ursprung einiger Regeln nicht genügend kenntlich gemacht.[29] Außerdem kann der DCFR mangels Rechtsnormqualität die unionsrechtlichen Regeln nicht verdrängen, sodass für die Umsetzung von Richtlinien weiterhin das Sekundärrecht die Orientierungsquelle für die Mitgliedstaaten darstellen wird.[30] Eine höhere Akzeptanz des DCFR in den Mitgliedstaaten kann wie bei den PECL die erst nachrangige Einbeziehung der Mitgliedstaaten in den Erarbeitungsprozess verhindern.[31] Auch die hitzige Diskussion um ein Europäisches Zivilgesetzbuch dürfte eher die Skepsis in den Mitgliedstaaten erhöhen. Weiterhin läuft der DCFR, indem er auch andere Bereiche als das Vertragsrecht regelt, Gefahr, in diesen Gebieten wenig akzeptiert zu werden. Schließlich gibt es für diese Gebiete keine gemeinsamen rechtsvergleichenden Ansätze.[32] Für den DCFR ist damit in Zukunft ohne weitere politische Schritte seitens der EU keine höhere Akzeptanz bei den Mitgliedstaaten zu erwarten.[33]

#### 3. Rechtsnatur

Die Aussagekraft kann auch daran gemessen werden, welcher Rechtsnatur das Werk ist. Wie dargestellt, handelt es sich weder bei den PECL noch beim DCFR gegenwärtig um verbindliches Recht. Beide sind lediglich *soft law*.[34]

##### *a) Europäische restatements*

Die PECL sind von den amerikanischen *restatements of law*[35] inspiriert. Jedoch gehen die Ziele der Lando-Kommission über das überwiegend deskriptive Anliegen der amerikanischen *restatements* hinaus.[36] Letztere sind darauf gerichtet, Unterschiede und Gemeinsamkeiten in der Rechtspraxis der Bundesstaaten herauszuarbeiten, die eine gemeinsame Rechtsgeschichte und Rechtstradition haben.[37] In Europa hingegen existieren unterschiedliche Rechtskreise ohne gemeinsame Wurzeln sowie verschiedene Sprachen und Kulturen. Die Lage für Rechtsvereinheitlichung ist in Europa damit schwieriger. Die Aufgabe der PECL und des DCFR kann sich daher nicht darauf beschränken, gemeinsame Grundsätze wiederzugeben. Bei divergierenden Modellen muss zwingend eine neuartige Lösung erarbeitet werden.

Auch der DCFR ähnelt in seinem Erscheinungsbild sowie in seiner privaten Entstehung den amerikanischen *restatements*. Ein Unterschied besteht darin, dass der DCFR nicht nur rechtsvergleichend entwickelt wurde, sondern geltendes Unionsrecht einbezieht. Gerade in dieser Hinsicht lehnt sich der DCFR an den *restatement*-Ansatz an.

---

[21] Das Begriffspaar Autorität (1.) und Akzeptanz (2.) stammt von *Röthel* (Fn. 19), S. 287, 308.

[22] *Pfeiffer*, ZEuP 2008, 679, 706.

[23] Die PECL wurden mit Mitteln aus dem 6. Rahmenforschungsprogramm unterstützt.

[24] *Jud* (Fn. 19), S. 71, 79; *Flessner*, ZEuP 2007, 112, 116; **a.A.** *Pfeiffer*, ZEuP 2008, 679, 706.

[25] *Kötz*, in: FS Zweigert, 1981, S. 481, 492; *Drobnig*, in: FS Steindorff, 1990, S. 1141, 1151; *Eidenmüller et al.*, JZ 2008, 529, 530; **krit.** *Michaels*, RabelsZ 1998, 580, 617 ff.

[26] *Jud* (Fn. 19), S. 71, 80; *Rehm* (Fn. 7), S. 1303.

[27] *Röthel* (Fn. 19), S. 287, 303.

[28] *Pfeiffer*, ZEuP 2008, 679, 706; *Flessner*, ZEuP 2007, 112, 116; **krit.** *Jud* (Fn. 19), S. 71, 80.

[29] *Schulte-Nölke* (Fn. 19), S. 9, 15, 16.

[30] *Ernst*, AcP 2008, 248, 256.

[31] *Röthel* (Fn. 19), S. 287, 303; *Schmidt-Kessel*, GPR 2005, 2, 6 ff.

[32] *Zimmermann* (Fn. 7), S. 278 f.

[33] **A.A.** *Pfeiffer*, ZEuP 2008, 679, 706.

[34] Vgl. *Basedow*, Legal Studies 1998, 121, 140.

[35] *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung[3], 1996, S. 246 ff.

[36] *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, S. 46; *Zimmermann*, Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription, 2002, S. 8.

[37] *Drobnig* (Fn. 25), S. 1141, 1150; *Meyer*, Principles of Contract Law und nationales Vertragsrecht – Chancen und Wege für eine Internationalisierung der Rechtsanwendung, 2007, S. 71 f.

PECL und DCFR sind daher mit den amerikanischen *restatements* vergleichbar,[38] jedoch stärker auf Rechtsfortbildung gerichtet.[39] Man kann sie damit als eigene Kategorie von europäischen *restatements* einordnen, für die diese rechtsfortbildende Funktion charakteristisch ist.[40]

#### *b) Einordnung als Rechtserkenntnisquelle und Rechtsgewinnungsquelle*

Die Einordnung in die Rechtsquellenlehre kann ebenfalls Aufschluss darüber geben, welche Bedeutung und Aussagekraft PECL und DCFR in der Rechtspraxis neben nationalen Rechtsquellen haben können.

Da beide keine formelle Rechtsquellen darstellen, sind sie keine Rechtsgeltungsquellen, wohl aber Rechtserkenntnisquellen, soweit sie auf rechtsvergleichender Basis erarbeitet wurden bzw. einen *common core* der zugrundeliegenden Rechtsordnungen widerspiegeln.[41] *Canaris* ordnet die PECL zusätzlich – auch in ihren Teilen, die nicht rechtsvergleichend erarbeitet wurden, sondern eine neuartige Lösung bieten – in eine dritte Kategorie als Rechtsgewinnungsquelle ein. Darunter versteht er alle Faktoren zur Begründung einer rechtlichen Entscheidung, womit er die PECL auf eine Stufe mit etwa dem systematischen Argument stellt.[42] Folglich erlangen nicht die PECL *per se* Aussagekraft, sondern einzelne Regeln können durch ihre Überzeugungskraft Rechtsgewinnungsquellen darstellen. Die PECL haben damit nach *Canaris* die Möglichkeit, durch *veritas* statt *auctoritas* Bedeutung zu erlangen.[43] Die Qualifikation als Rechtserkenntnisquelle gilt damit auch für die auf rechtsvergleichenden Arbeiten und auf geltendem Unionsrecht beruhenden Teile des DCFR. Soweit der DCFR das geltende Unionsrecht ausdehnt oder eigenständige Lösungen anbietet, gilt auch für diese Regeln die Qualifikation als Rechtsgewinnungsquelle.

### 4. Erreichen der Ziele

Es stellt sich die Frage, ob die Regelwerke mit ihrer derzeitigen Rechtsnatur und ihrer Qualifikation als Rechtserkenntnis- bzw. Rechtsgewinnungsquelle das Ziel, als Modellgesetz zu dienen, erreichen können.

#### *a) Modellgesetz für Gesetzgebung und Rechtsprechung*

In England, Spanien und den Niederlanden wurden die PECL in der Rechtsprechung berücksichtigt.[44] In Deutschland sind sie zwar ausdrücklich in den Materialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz erwähnt,[45] allerdings in Anbetracht der Aktualität der Diskussion um die PECL eher wenig berücksichtigt.[46] In Ungarn bedient man sich für ein neues Zivilgesetzbuch der PECL.[47] In den Urteilen des EuGH sind kaum Verweise auf Literatur enthalten, ebenso wenig auf Texte von Wissenschaftlergruppen.[48] Jedoch erwähnen die Generalanwälte beim EuGH gelegentlich in ihren Schlussanträgen die PECL.[49]

Dies zeigt, dass die PECL in Rechtsprechung und Gesetzgebung durchaus Beachtung finden. Jedoch sollte man dies nicht überschätzen, denn die PECL werden nur zur Unterstützung der Argumentation oder zur Konkretisierung unbekannter Rechtsbegriffe genutzt.[50] Damit besteht aber die Gefahr, dass sie eine rein rhetorische Funktion haben und nur herangezogen werden, wenn sie das eigene Ergebnis bekräftigen. Zwar erfüllen die PECL das Anliegen, eine leicht zugängliche Quelle rechtsvergleichender Erkenntnisse zu sein. Jedoch kann von einer Wirkung als Modellgesetz nicht gesprochen werden.[51]

Der DCFR kann dagegen noch keine Bezugnahmen in Gesetzgebungsverfahren und Rechtsprechung verbuchen. Dies liegt sicherlich an seiner Aktualität, aber auch an der Unsicherheit über seine Rechtsnatur. Die Generalanwältin *Trstenjak* hat bereits in mehreren Schlussanträgen den DCFR erwähnt.[52] Überall erfüllt er aber lediglich die Funktion als unterstützendes Argument, sei es bei der Definition eines Begriffes oder bei der Herleitung eines Grundsatzes. Es zeichnet sich ab, dass der DCFR in dieser Hinsicht dieselbe Funktion wie die PECL erfüllen wird, nämlich nur als Argumentationshilfe.

#### *b) Ausgangspunkt und Aufgabe für die Rechtswissenschaft*

Selbst wenn beide Werke noch keine Modellgesetze darstellen und auch in der Rechtsprechung nur rhetorische Funktion haben, können sie in der Wissenschaft eine große Rolle spielen.[53] Auffällig ist, dass die Verfasser des DCFR die Einordnung als akademischen Text betonen. Beide Werke sind in erster Linie Produkte der Wissenschaft, sodass auch deren Bedeutung für die Wissenschaft nicht unterschätzt werden sollte.[54] Um das europäische Privatrecht weiterzuentwickeln, bedarf es einer Systematisierung und der Entwicklung einer übergreifenden Dogmatik.[55] Dies ist die primäre Aufgabe der Wissenschaft.[56] Welche Aufgabe PECL und DCFR bei der Systematisierung zukommt, soll im Folgenden dargestellt werden.

##### *aa) Systematisierung des Europäischen Privatrechts*

Im Europäischen Privatrecht stellt die Systematisierung[57] angesichts der zwei Ebenen von EU und Mitgliedstaaten eine noch größere Herausforderung dar als im nationalen Recht. Doch auch hier besteht ein Bedürfnis nach Folgerichtigkeit und Einheit.[58] Dass die Rechtsetzung der EU bislang frag-

---

38 *Pfeiffer*, AcP 2008, 227, 242; **krit.** *Michaels* (Fn. 7), S. 1297.

39 *Michaels*, RabelsZ 1998, 580, 584 ff.; *Zimmermann*, JZ 1995, 477, 478 f.

40 Vgl. *Kötz* (Fn. 25), S. 481, 495; *Meyer* (Fn. 37), S. 102.

41 Für die PECL *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 5, 13, 15.

42 *Canaris* (Fn. 41), S. 5, 9, 16 f.

43 *Canaris* (Fn. 41), S. 5, 16.

44 *Busch*, ZEuP 2008, 549 ff.; *Vendrell Cervantes*, ZEuP 2008, 534 ff.; *Whittaker*, ZEuP 2004, 75 ff.; *Zimmermann*, EuZW 2007, 455, 457 f.

45 BT-Drucks. 14/7052, 178.

46 So auch *Pfeiffer*, AcP 2008, 228, 235.

47 *Von Bar* (Fn. 19), S. 23, 32.

48 *Trstenjak* (Fn. 19), S. 235, 237.

49 Schlussanträge der GA *Trstenjak* v. 15.11.2006, Rs. C-404/06, Slg. 2008, I-2685, Rn. 44 (dortige Fn. 28); v. 11.09.2008, Rs. C-180/06, Slg. 2009, I-3961, Rn. 49; v. 18.02.2009, Rs. C-489/07, Slg. 2009, I-7315, Rn. 85 (dortige Fn. 75).

50 *Busch*, ZEuP 2008, 549, 557; *Vendrell Cervantes*, ZEuP 2008, 534 ff.

51 So schon *Röthel* (Fn. 19), S. 287, 299.

52 Schlussanträge der GA *Trstenjak* v. 11.09.2008, Rs. C-180/06, Slg. 2009, I-3961, Rn. 49; v. 07.05.2009, Rs. C-227/08, Slg. 2009, I-0000, Rn. 51; v. 11.06.2008, Rs. C-275/07, Slg. 2009 I-2005, Rn. 90 (dortige Fn. 48); v. 08.09.2009, Rs. C-215/08, Slg. 2010, I-0000 Rn. 69 (dortige Fn. 62); v. 18.02.2009, Rs. C-489/07, Slg. 2009, I-7315, Rn. 85.

53 Vgl. *Kötz*, RabelsZ 1986, 1, 15; *Flessner*, RabelsZ 1992, 243 ff.; *Storme*, RabelsZ 1992, 290 ff.

54 *Hesselink/de Vries*, Principles of European Contract Law, 2001, S. 29; *Riesenhuber* (Fn. 36), S. 44; *Timmermanns*, ZEuP 1999, 1, 2.

55 Vgl. *Jansen*, ZEuP 2005, 750, 752 f.; *Basedow*, in: Zimmermann et al. (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 78, 88 ff.

56 *Vogenauer* (Fn. 7), S. 1278 f.

57 Siehe zum Begriff *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz[2], 1983, S. 18; *Riesenhuber* (Fn. 36), S. 9.

58 *Riesenhuber* (Fn. 36), S. 52.

mentarischen Charakter hat,[59] bedeutet lediglich, dass es bislang kein vollständiges System gibt, nicht aber, dass der Rechtsetzung der EU keine Einheit von allgemeinen Prinzipien zugrunde liegt.[60] Darüber hinaus befindet sich das Europäische Privatrecht noch in der Entwicklung, die Systembildung muss sich ständig anpassen.[61]

*bb) Die PECL als erste Stufe*

Systembildung kann grundsätzlich sowohl deduktiv als auch induktiv geschehen.[62] Aufgrund der Fülle der verschiedenen Ansätze in den Mitgliedstaaten und den vorhandenen zwei Ebenen muss die Systematisierung im Europäischen Privatrecht konkret anstatt abstrakt, also mithilfe eines induktiven Ansatzes, geschehen.[63] Versucht man aus den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gemeinsame Grundsätze zu entwickeln, läuft man Gefahr, Unterschiede und Gemeinsamkeiten zu übersehen bzw. keinen gemeinsamen Nenner zu finden. Schon das Bemühen um die Formulierung von konkreten Regeln kann das Problembewusstsein erhöhen und einen Erkenntnisgewinn bringen.[64]

Der induktive Ansatz der PECL ist dafür ein wichtiger Schritt. Sie stellen einen umfassenden Systematisierungsversuch der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen auf dem Gebiet des Vertragsrechts dar. Damit ebnen sie auch den Weg für die Einleitung der zweiten Stufe.[65]

*cc) Der DCFR als zweite Stufe*

Die Bedeutung des DCFR für die Rechtswissenschaft deckt sich weitestgehend mit der der PECL. Zwar wurde der DCFR stärker von der Kommission vorangetrieben, doch ist auch der DCFR ein akademischer Text, dessen Adressat primär die Wissenschaft ist. Allerdings beschreitet er in zweierlei Hinsicht eine neue Stufe der Systematisierung. Zum einen dienten die PECL als Basis, womit die Systematisierungsleistung auf erster Stufe verfeinert werden kann. Zum anderen betritt der DCFR ein höheres Systematisierungsniveau, indem er das Unionsecht einbezieht und so alle Quellen des Europäischen Privatrechts beleuchtet und den Versuch einer Synthese wagt.

### 5. PECL und DCFR als modernes *ius commune*

Die eigentliche Aussagekraft von PECL und DCFR liegt primär in ihrem Potential für die Systematisierung und Entwicklung des europäischen Privatrechts. Sie können helfen, eine gemeineuropäische Rechtswissenschaft und Rechtskultur zu schaffen[66] und so eine Art modernes europäisches *ius commune*[67] darstellen. Auch das alte römische *ius commune*, das Gemeine Recht, galt *ratione imperii* und auf Grund seiner Qualität wurden selbst in Ländern, in denen Kodifikationen bestanden, diese aus der Sicht des *ius commune* analysiert und bewertet.[68] Auf diese Art und Weise könnten nationale Rechtsordnungen und ihr gemeinsamer Kern, das moderne *ius commune* in Form von PECL und DCFR, koexistieren und sich gegenseitig beeinflussen und verbessern. Der große Unterschied der gegenwärtigen Situation zum alten *ius commune* besteht darin, dass es in Europa an einer gemeinsamen Basis-Rechtsquelle wie etwa dem *Corpus Iuris Civilis* fehlt.[69] Langfristig können PECL und DCFR zu solchen Referenztexten werden.[70] So haben beide sogar das Potential, auf lange Sicht zu einer Rechtsangleichung in den Mitgliedstaaten zu führen.[71] Vergleichbar mit der Rolle der Rechtswissenschaft im römischen Recht muss auch hier die europäische Rechtswissenschaft einen großen Beitrag zur Weiterentwicklung leisten.[72]

## C. Systemfortschritt des DCFR gegenüber den PECL?

Es ergibt sich aus der Bedeutung der Werke für die Wissenschaft notwendig eine Hauptaufgabe für den DCFR: einen Systematisierungsfortschritt im Vergleich zu den PECL zu etablieren.[73] Ob der DCFR im Vergleich zu den PECL einen solchen Fortschritt darstellt, wird im Folgenden exemplarisch untersucht.

Bei der Systembildung sind sowohl ein äußeres als auch ein inneres System zu schaffen.[74] Eine Fortentwicklung des DCFR wird im Folgenden in beiden Bereichen untersucht.

### I. Äußeres System

Zur Systembildung unerlässlich ist die äußere Ordnung der Materialien. Die Kategorisierung und die Einteilung von Vorschriften bilden einen wertvollen Indikator für den Fortschritt der Systematisierung. Im Unterschied zu den PECL trennt der DCFR zwischen *contract* einerseits und *obligation* andererseits. Der DCFR erkennt einseitige Rechtsgeschäfte ausdrücklich an (Art. II.-4:301: *unilateral juridical act*). Der Vertrag ist ausgestaltet als zweiseitiges oder mehrseitiges Rechtsgeschäft (Art. II.-1:101(1)). Einerseits kann man darin eine grundsätzlich zu begrüßende Bildung von Oberkategorien zur Systematisierung sehen, andererseits wurden die PECL gerade dafür gelobt, dass sie nicht die Lehre vom Rechtsgeschäft übernehmen, da diese zu abstrakt und zu sehr an der deutschen Rechtstradition orientiert sei.[75] Der DCFR wird dementsprechend zu Recht dafür kritisiert, wegen der zu starken Anlehnung an den Stil und den Abstraktionsgrad des BGB in dieser Hinsicht nicht für ein Europäisches Privatrecht geeignet zu sein.[76]

Hinzu kommt, dass der DCFR die Rechtsgeschäftslehre nicht nur zugrunde legt, sondern den Begriff des Rechtsgeschäfts definiert als *„any statement or agreement, whether express or implied from conduct, which is intended to have legal effect as such“* (Art. II.-1:101(2)). Gerade diese Definition wirft jedoch Fragen auf. So muss man beispielsweise hinterfragen, ob ein Angebot in diesem Sinne Rechtswirkung als solche (*legal effect as such*) hat.[77] Zwar ist dies ausweislich

---

[59] *Kötz*, RabelsZ 1986, 1; *Rittner*, JZ 1995, 849, 851.

[60] *Riesenhuber* (Fn. 36), S. 57 ff.

[61] Vgl. *Grundmann*, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 1, 2.

[62] S. *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre[3], 2008, S. 440.

[63] *Drobnig*, in: Basedow et al. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa – 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, 2001, S. 745, 747; *Jansen*, ZEuP 2005, 750, 768.

[64] *Drobnig* (Fn. 63), S. 745, 750; *Kötz* (Fn. 25), S. 481, 497.

[65] Vgl. *Basedow*, AcP 2000, 445, 485.

[66] *Zimmermann*, ZEuP 1995, 732 f.

[67] *Kötz* (Fn. 25), S. 481, 496; *Zimmermann*, Am. J. Comp. L. 57 (2009), 479, 482; *Pfeiffer*, AcP 2008, 227, 237 f.

[68] *Zimmermann*, in MacQueen/Zimmermann (Hrsg.), European Contract Law: Scots and South African Perspectives, 2006, S. 1, 34.

[69] *Flessner*, RabelsZ 1992, 243, 256; *Jansen* (Fn. 7), S. 919.

[70] *Jansen*, JZ 2006, 536, 541 ff.

[71] *Basedow*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 1, 3.

[72] Vgl. *Coing*, NJW 1990, 937-941.

[73] Vgl. *Pfeiffer*, ZEuP 2008, 679, 680.

[74] *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1968, S. 139, 142 f.

[75] *Hesselink/de Vries* (Fn. 54), S. 39 f.; allgemein *Zweigert/Kötz* (Fn. 35), S. 145.

[76] *Schulze/Wilhelmsson*, ERCL 4 (2008), 154, 159; *Jansen/Zimmermann*, AcP 2010, 197, 202 ff.; **a.A.** *Schmidt* (Fn. 7), S. 1244 f.

[77] *Jansen/Zimmermann*, AcP 2010, 204 ff.

der Kommentierung ausdrücklich der Fall,[78] jedoch verfolgen DCFR und PECL gerade das Konzept, dass ein Angebot frei widerruflich ist, bis die Annahme abgesandt wurde.[79] Es wäre daher sachdienlicher gewesen, den Begriff nicht zu definieren und die Konkretisierung der Wissenschaft zu überlassen.[80] Weiterhin macht sich der DCFR den entscheidenden Vorteil der Rechtsgeschäftslehre, ohne extensive Verweisungen ein kohärentes, ökonomisches Normsystem zu schaffen, nicht zunutze, da letztlich in den meisten Regeln der Vertrag im Mittelpunkt steht und, obwohl er eine Unterkategorie ist, neben dem *juridical act* genannt wird.[81] So wird beispielsweise bei den Auslegungsvorschriften (Artt. II.-8:101 ff.) zuerst die jeweilige Thematik für Verträge behandelt, während danach eine Vorschrift folgt, nach der die Regeln für andere Rechtsgeschäfte „*with the appropriate adaptations*" gelten (Art. II-8:202).[82]

Es bleibt festzustellen, dass es grundsätzlich für das Ansehen von europäischen *restatements* eher schädlich ist, wenn sie eine Dogmatik übernehmen, die sehr stark an einer bestimmten nationalen Rechtsordnung orientiert ist.[83] Weiterhin wird der entscheidende Vorteil der Rechtsgeschäftslehre nicht genutzt. Damit stellt die Kategorisierung zumindest in diesem Bereich keinen Fortschritt dar.

## II. Inneres System

Der wesentliche Unterschied zu den PECL besteht darin, dass der DCFR das Unionsrecht einbezieht. Wenn dessen Einarbeitung gelungen ist, würde dies einen wesentlichen Vorteil an Systembildung gegenüber den PECL darstellen (1.). Zum zweiten sollten die PECL so revidiert worden sein, dass sie stimmig mit dem *acquis communautaire* verbunden sind (2.). Ob der DCFR dies erreicht hat, soll im Folgenden anhand des für das Verbraucherrecht typischen Beispiels der Informationspflichten untersucht werden.

### 1. Einarbeitung des Unionsrechts

Die besondere Herausforderung bei der Einarbeitung des Unionsrechts ergibt sich aus dessen fragmentarischem Charakter. Bei der Integration von stellt sich insbesondere die Frage nach der Möglichkeit der Verallgemeinerung von rein verbraucherrechtlichem Unionsrecht.[84] Kritisiert wird in diesem Zusammenhang vor allem die Pauschalisierung des *acquis* durch den DCFR.[85]

#### *a) Informationspflichten im DCFR*

In den PECL sind vorvertragliche Informationspflichten nicht ausdrücklich geregelt. Daraus folgt, dass die PECL bezüglich für den Vertragsschluss relevanter Informationen vom Grundsatz der Selbstverantwortung im DCFR ausgehen.[86]

Der DCFR legt in Art. II.-3:101 eine allgemeine Informationspflicht fest, wonach ein Unternehmen über alle Umstände, welche die Sache betreffen, aufklären muss, soweit der Vertragspartner dies vernünftigerweise erwarten kann. Der Standard, was die andere Partei erwarten kann, ist nach Art. II.-3:101(2) geringer, wenn es sich bei ihr auch um ein Unternehmen handelt (B2B-Verträge). In Art. II.-3:102 finden sich noch strengere Informationspflichten für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern (B2C-Verträge).

Positiv an der äußeren Ordnung der Vorschriften ist, dass anfangs grundsätzliche Pflichten normiert sind, die in den folgenden Vorschriften ergänzt werden. Es gelingt jedoch weniger, diese Informationspflichten zu konkretisieren. Grundsätzlich hat der Unternehmer über alles, was die Ware betrifft, aufzuklären. In B2C-Verträgen geht die Pflicht sogar noch weiter: Ausweislich der Kommentierung zu Art. II.-3:102(1) ist die Informationspflicht hier nicht einmal beschränkt auf Informationen, welche die Sache betreffen.[87] Welche Information verlangt wird, lassen die Vorschriften offen. Diese Ausweitung von Pflichten und das Fehlen von konkreten Informationsstandards lässt eine Systematisierung der einzelnen Richtlinien vermissen.[88]

#### *b) Ausweitung auf den Unternehmerverkehr*

Auffällig ist, dass die Generalklausel des Art. II.-3:101 die Informationspflichten auf B2B-Verträge ausgeweitet hat und auch eine Beschränkung auf bestimme Vertragstypen in Artt. II.-3:101-103 aufgegeben wurde.[89] Ersteres erscheint in Anbetracht der Tatsache, dass Anliegen der unionsrechtlichen Informationspflichten primär Verbraucherschutz ist, zu weitgehend.[90] Eine Übertragung von Informationspflichten auch auf B2B-Verträge muss genau untersucht und begründet werden. Der Grund dafür wird in einer aus Art. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie[91] hergeleiteten Informationspflicht gesehen.[92] Dies sei auch auf B2B-Verhältnisse übertragbar, da Art. 2 RL an den für den Handelsverkehr anwendbaren Art. 35 CISG angelehnt sei.[93] Art. 2 RL besagt, dass der Verkäufer die Sachmängelhaftung vermeiden kann, sofern er den Käufer bei Vertragsschluss darauf hinweist. Der Schluss auf eine dem zugrundeliegende Informationspflicht erscheint jedoch insofern fernliegend, da sowohl nach CISG[94] als auch der Richtlinie[95] gilt, dass ohne besonderen Anlass keine Informationspflicht über den Vertragsgegenstand besteht.[96] Der Verweis auf diese Vorschriften vermag somit eine Ausdehnung auf den Unternehmerverkehr nicht zu begründen.

---

[78] *Von Bar/Clive* (Fn. 2), Art. II.-1:101, Comment B.

[79] Art. II.-3:202(1) DCFR bzw. Art. 2:202(1) PECL; *Jansen/Zimmermann*, AcP 2010, 197, 204 f.

[80] *Schmidt*, ZEuP 2010, 304, 320.

[81] *Schmidt* (Fn. 7), S. 1243.

[82] S. eingehend zu der Kritik *Schmidt*, ZEuP 2010, 304, 317 ff.

[83] *Jansen/Zimmermann*, AcP 2010, 197, 203 f.; *Schulze*, in: Schulze (Hrsg.), Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, 2008, S. 3, 12.

[84] Bejahend *Grundmann*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre – Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrechts, 2006, S. 171 f.; **krit.** *Reich*, ZEuP 2007, 161, 171.

[85] *Eidenmüller at al.*, JZ 2008, 529, 544.

[86] *Pfeiffer*, ZEuP 2008, 679, 696.

[87] *Von Bar/Clive* (Fn. 2), Art. II.-3:102, Comment B.

[88] *Eidenmüller at al.*, JZ 2008, 529, 545.

[89] **Krit.** *Eidenmüller at al.*, JZ 2008, 529, 544.

[90] *Eidenmüller at al.*, JZ 2008, 529, 545; *Jansen/Zimmermann*, JZ 2007, 1113, 1125 f.

[91] Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.1.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. Nr. L 171 v. 7.7.1999, 12.

[92] Für die ACQP, die im Wesentlichen für diesen Bereich in den DCFR übernommen wurden: *Acquis Group* (Fn. 4), Art. 2:201, Rn. 5 ff.; *Pfeiffer*, ZEuP 2008, 679, 697.

[93] *Acquis Group* (Fn. 4), Art. 2:201, Rn. 5 ff.; *Twigg-Flesner* (Fn. 84), S. 97, 105.

[94] Vgl. *Magnus*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2005, Art. 35 CISG Rn. 13 ff., 35.

[95] *Riesenhuber*, in: Grundmann/Weatherill (Hrsg.), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, 2001, S. 348, 352 ff.

[96] *Jansen/Zimmerman*, JZ 2007, 1113, 1125; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 984.

#### *c) Prinzip der Selbstverantwortung*

Bedenklich ist außerdem, insbesondere für den Unternehmerverkehr, dass es scheint, als sei das Prinzip der Selbstverantwortung, das in den PECL noch den Regelfall darstellte, nun zur Ausnahme geworden.[97] Zwar findet sich in der Kommentierung zu den Vorschriften die Aussage, dass jede Partei grundsätzlich für Informationsbeschaffung selbst verantwortlich sei und es keine generelle Informationspflicht gebe.[98] Jedoch erscheint dies angesichts der umfangreichen, generalklauselartigen Informationspflichten als leere Programmformel.[99] Gerade in Anbetracht der Tatsache, dass die Herleitung der allgemeinen Informationspflicht aus dem *acquis* nicht überzeugt, ist diese Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses als Verschlechterung gegenüber den PECL und als unnötige Einschränkung der Vertragsfreiheit[100] zu bewerten.

Die Herleitung allgemeiner Grundsätze aus dem *acquis* zur Systematisierung des Europäischen Vertragsrechts ist wünschenswert, jedoch müssen Ausweitungen kritisch reflektiert werden. Dies haben die Verfasser versäumt, sodass der DCFR in diesem Gebiet eine nicht zu begrüßende Pauschalisierungstendenz aufweist.[101]

### 2. Verknüpfung des *acquis* mit den PECL

Ein Systematisierungsfortschritt würde nur entstehen, wenn die aus dem *acquis* abgeleiteten Vorschriften mit den aus den PECL übernommenen Regeln abgestimmt und verbunden werden.

Gerade im Bereich der Informationspflichten fehlt es aber an einer Abstimmung mit dem Anfechtungsrecht, das überwiegend aus den PECL übernommen wurde. Art. 4:103 PECL legt fest, dass ein Irrtum grundsätzlich nur zur Anfechtung berechtigt, wenn die andere Partei den Irrtum verursacht hat bzw. ihn kannte/kennen musste bzw. denselben Fehler gemacht hat und die Kausalität der Fehlvorstellung für den Vertragsschluss kannte/kennen musste. Den PECL liegt damit das Konzept zugrunde, dass der Irrende selbstverantwortlich für seine eigene Fehlvorstellung ist, da diese aus seiner Sphäre rührt und er sich nur in Ausnahmefällen auf seinen Irrtum berufen kann, nämlich wenn der Erklärungsgegner letzteren mitzuverantworten hat.[102] Die Entscheidung für eine solche Wertung bei der Auflösung des Konflikts zwischen Willen und Schutz des Rechtsverkehrs ist für sich noch nicht unvertretbar.[103]

Das Konzept der PECL führt aber dazu, dass die nach deutschem Recht wesentlichen Irrtümer des § 119 Abs. 1 BGB in den PECL praktisch nicht zur Anfechtung berechtigen. In den PECL ist damit das Recht zur Anfechtung faktisch ausgeschlossen.[104] Während im Bereich der Informationspflichten das Prinzip der Selbstverantwortung zur Ausnahme wird, verhält es sich durch den faktischen Ausschluss der Anfechtungsmöglichkeit im Anfechtungsrecht entgegengesetzt. Damit sind beide Bereiche nicht nur mangelhaft aufeinander abgestimmt. Vielmehr herrschen in ihnen entgegengesetzte Prinzipien.

Im DCFR wäre eine Aufbereitung des Verhältnisses zwischen Anfechtungsrecht der PECL und der Verletzung von Informationspflichten aus dem *acquis* wünschenswert gewesen. Die wesentliche Aufgabe des DCFR besteht ja gerade darin, ein stimmiges Gesamtsystem zu schaffen.

## D. Fazit: Grundlegende Probleme und notwendiger Perspektivenwechsel

Trotz dieser Defizite darf das Urteil nicht zu kritisch ausfallen, da der DCFR vor grundlegenden Problemen steht. Erst, wenn diese im Folgenden beschriebenen Probleme beseitigt werden, kann der DCFR sein Potential ausschöpfen.

### I. Skepsis gegenüber einem Europäischen Gesetzbuch

Ein grundlegendes Problem des DCFR ist, dass er durch seine Entstehungsgeschichte mit einem europäischen Zivilgesetzbuch assoziiert wird.[105] Dies führt dazu, dass sich die Diskussion um den DCFR auf die Fragen konzentriert, ob ein solches wünschenswert ist. Dadurch besteht die Gefahr, dass die weitere akademische Diskussion gelähmt wird.[106]

### II. Mangelnde Koordination der Arbeiten

Weiterhin besteht ein Problem darin, dass die Verfasser des DCFR sich mit einem sehr weiten Anwendungsbereich zu ambitionierte Ziele gesetzt haben.[107] Zur Koordination der weiteren Arbeiten wäre es wünschenswert, ein *European Law Institute* nach dem Vorbild des *American Law Institute*[108] zu gründen, das Abstimmungsarbeiten leiten, grundlegende Fragen zur Diskussion stellen, ein unübersichtliches Nebeneinander von Forschungstätigkeiten vermeiden und damit den Dreh- und Angelpunkt in der Weiterentwicklung des Europäischen Privatrechts darstellen könnte.[109]

### III. Warten auf die 3. Stufe

Es ist dringend nötig, die Sichtweise auf den DCFR zu ändern. Man muss den DCFR, im Einklang mit der Aufforderung seiner Verfasser[110], als akademischen Text sehen – losgelöst von den politischen Bemühungen der EU-Kommission.[111]

Die Verfasser des DCFR müssen dementsprechend eine neue – und nicht die letzte – Stufe in der Entwicklung des Europäischen Privatrechts betreten und die PECL fortentwickeln. Insofern wäre es begrüßenswert, wenn diese Aufgabe nicht vernachlässigt würde, bevor neue Rechtsgebiete erarbeitet werden. Ein Satz von *Schulte-Nölke* ist bezeichnend für die Unterschätzung dieser Aufgabe: „*The DCFR is nothing more*

---

[97] *Eidenmüller at al.*, JZ 2008, 529, 544 f.; vorsichtiger *Pfeiffer*, ZEuP 2008, 679, 696.

[98] *Von Bar/Clive* (Fn. 2), Art. II:-3:101, Comment A.

[99] S. dazu bezüglich einer parallelen Aussage in den Acquis Principles *Eidenmüller at al.*, JZ 2008, 529, 544 (dortige Fn. 140: „Lippenbekenntnis“).

[100] *Eidenmüller at al.*, JZ 2008, 529, 538.

[101] So schon *Eidenmüller at al.*, JZ 2008, 529, 544 f.; **a.A.** *Pfeiffer*, ZEuP 2008, 679, 696 ff.

[102] *Kramer*, ZEuP 2007, 247, 257.

[103] *Eidenmüller at al.*, JZ 2008, 529, 546; *Harke*, ZEuP 2006, 325, 333 (dortige Fn. 42, 48).

[104] Näher *Harke*, ZEuP 2006, 326, 327 f.; *Eidenmüller at al.*, JZ 2008, 529, 546 f.; *Ernst*, in: Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 1, 32.

[105] Statt vieler: *Zimmermann*, EuZW 2007, 455, 462.

[106] *Röthel* (Fn. 19), S. 287, 308; *Zimmermann*, Am. J. Comp. L. 57 (2009), 479, 491.

[107] Krit. *Jansen*, JZ 2006, 537, 544; *Schulze* (Fn. 84), S. 3, 10 ff.

[108] http://www.ali.org/.

[109] Eingehend statt vieler *Ernst*, AcP 2008, 248, 280 f.; **krit.** *Jansen* Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität, 2004, S. 88.

[110] *Von Bar/Clive* (Fn. 2), Rn. 7.

[111] *Zimmermann*, Am. J. Comp. L. 57 (2009), 479, 494.

*than an extension of the PECL*."[112] Es reicht aber nicht, im DCFR nur eine „*extension*" der PECL zu sehen. Vielmehr sollte man den DCFR als „*update*"[113] der PECL betrachten. Dazu bedarf es der ständigen Reflexion der alten sowie der sinnvollen Verbindung mit den neuen Vorschriften. In dieser Hinsicht hat der DCFR seine Pflicht gegenüber den PECL noch nicht hinreichend erfüllt. Letztere sind als eigenständige Diskussionsgrundlage weiterhin von großer Bedeutung für die weitere Entwicklung.[114]

Am 26.04.2010 hat die Kommission in einem Beschluss[115] eine Expertengruppe eingesetzt, die binnen zwei Jahren auf Basis des DCFR einen Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen erarbeiten soll. Es ist zu hoffen, dass diese „3. Stufe" die Erwartungen erfüllen wird, damit sie im Rahmen der Textstufenanalyse die historisch nächste auch die qualitativ nächste Stufe darstellt. Sieht man in den Regelwerken die Wiederentdeckung eines modernen *ius commune*, sollte man berücksichtigen, dass auch das alte *ius commune* auf eine lange Geschichte zurückblickt und nicht über Nacht entstanden ist. Auch die nächste Textstufe darf daher nicht als Endpunkt gesehen werden, es kostet Zeit, bis ein Regelwerk *imperio rationis* überzeugen kann. Selbst wenn die EU-Kommission sich politisch noch nicht am DCFR orientiert, sollte er nicht vorschnell auf das Abstellgleis geschoben werden – *alea non iacta est*. ■

[112] *Schulte-Nölke* (Fn. 84), S. 47, 54.
[113] Begriff von *Ernst*, AcP 2008, 249, 257.
[114] *Eidenmüller at al.*, JZ 2008, 529, 550; *Zimmermann*, EuZW 2009, 319, 322.
[115] 2010/233/EU, ABl. Nr. L 105 vom 27.04.2010, 109.

Jacob Roggon, LL.B., Hamburg*

# Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten?

## Eine Untersuchung anhand der *Radbruchschen* Formel

### A. Einleitung

Im Dezember 1993 dringt ein Mann in eine Düsseldorfer Videothek ein. Er fesselt die Angestellte Andrea Butzelar, stülpt ihr eine Plastiktüte über den Kopf und verschließt diese mit etwa 30 Metern Klebeband am Hals. Das Opfer erstickt qualvoll. Der Täter entkommt mit einer Beute von 650 DM. Vor dem Landgericht Düsseldorf wird der mutmaßliche Täter Walter K. angeklagt, die Beweislage reicht jedoch nicht für eine Verurteilung aus. Walter K. wird freigesprochen, das Urteil wird 1997 rechtskräftig. Im Jahr 2004 können am Klebeband Hautpartikelspuren gesichert werden, die, wie molekulargenetische Untersuchungen ergeben, von Walter K. stammen. Im Jahr 1993 stand diese Untersuchungsmethode noch nicht zur Verfügung.[1]

Walter K. wurde rechtskräftig freigesprochen, obwohl er einen Mord begangen hat. Nach geltendem Recht wird er nie zur Rechenschaft gezogen werden können. Die These dürfte nicht zu kühn sein, dass sich bei vielen Menschen beim Gedanken daran ein Gefühl des Unmuts einstellt.[2] Sie wähnen eine *unerträgliche Gerechtigkeitslücke* und plädieren für die Einführung einer strafprozessualen Möglichkeit, die Rechtskraft zu durchbrechen und das Verfahren unter bestimmten Voraussetzungen zuungunsten des Freigesprochenen wieder aufzunehmen. Andere meinen, diese Menschen unterlägen einem „atavistischen Reflex",[3] den es zu unterdrücken gelte.

Auf der einen Seite steht das Bedürfnis, ein Urteil in Rechtskraft erwachsen zu lassen, auf der anderen der schwere Irrtum der Justiz – der Widerstreit von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit tritt bei der Rechtskraft von materiell falschen Urteilen offen zutage.[4] Die Wiederaufnahme gem. §§ 359, 362 StPO versucht einen Ausgleich zwischen den beiden Polen zu schaffen. Gegenstand dieses Aufsatzes soll es sein, das Institut der Wiederaufnahme vorzustellen, den Widerstreit anhand der *Radbruchschen* Antinomienlehre zu rekonstruieren und schließlich zu dem aktuellen Reformvorhaben, die Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Angeklagten zu erweitern, Stellung zu nehmen. Dabei wird sich insbesondere zeigen, dass der *Radbruchschen* Formel im juristischen Diskurs *de lege lata* eine andere Funktion zukommt als *de lege ferenda*.

### B. Das Wiederaufnahmeverfahren im verfassungsrechtlichen Kontext

#### I. Das Wiederaufnahmeverfahren der StPO

Wie das Institut der Wiederaufnahme gestaltet ist, hängt davon ab, wie materielle Gerechtigkeit und Rechtssicherheit in einem Rechtssystem gewichtet sind. Zentrale Bedeutung kommt dabei dem in Art. 103 Abs. 3 GG niedergelegten Satz *ne bis in idem* zu, der garantiert, dass niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden darf. Die Bestimmung garantiert dem Abgeurteilten, dass es mit der einmaligen strafrechtlichen Behandlung sein Bewenden hat.[5] Über ihren Wortlaut hinaus umfasst die Bestimmung auch rechtskräftige Freisprüche,[6] da die Vorschrift bezweckt, die Grenzen der materiellen Rechtskraft abzustecken.[7] Der Grundkonflikt zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit wird also durch Art. 103 Abs. 3 GG

* Der Autor ist Student der Bucerius Law School, Hamburg.
1 Nach der Schilderung der Justizministerin des Landes Nordrhein-Westfalen *Müller-Piepenkötter*, Bundesrat, Stenogr. Bericht, 837. Sitzung (12.10.2007), S. 341.
2 Symptomatisch: DER SPIEGEL titelte zum geschilderten Fall „Der letzte Versuch", *Dahlkamp*, in: DER SPIEGEL 47/2008, S. 94.
3 *Scherzberg/Thiée*, ZUR 2008, 80, 83.
4 Andere Beispiele bei *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht[26], 2009, § 1 Rn. 4.
5 BGHSt 43, 255; *Nolte*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 2005, Art. 103 Abs. 3 Rn. 172; *Hömig*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar[9], 2010, Art. 103 Rn. 19.
6 BGH NStZ 1991, 539 f.; *Rüping*, in: Bonner Kommentar, Zweitbearbeitung, Stand Oktober 1982, Art. 103 Abs. 3 Rn. 25; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 61. Ergänzungslieferung 2011, Art. 103 Abs. 3 Rn. 295.
7 BVerfGE 56, 22, 31; **zustimmend** *Hill*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI[2], 2001, § 156 Rn. 72; **kritisch** *Grünwald*, StV 1981, 326.

zugunsten der Rechtssicherheit aufgelöst.[8] Art. 103 Abs. 3 GG stellt systematisch eine grundrechtliche Schranken-Schranke dar,[9] wird jedoch allgemein als Prozessgrundrecht mit eigenständigem Schutzbereich eingeordnet.[10] Die Vorschrift ist als klassisches Abwehrrecht konzipiert.[11]

Es kollidiert damit nur mit der Wiederaufnahme zu*un*gunsten des Angeklagten; der Grundsatz *ne bis in idem* ist daher auch nur insoweit mit Verfassungsrang ausgestattet.[12] Art. 103 Abs. 3 GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt. Trotz seiner systematischen Nähe zum Analogie- und Rückwirkungsverbot in Absatz 2 ist jedoch anerkannt, dass *ne bis in idem* nicht ausnahmslos gewährt ist und sich Grenzen aus kollidierendem Verfassungsrecht ergeben können.[13]

Das Wiederaufnahmeverfahren des geltenden Rechts stellt eine solche Durchbrechung dar.[14] Es verlängert nicht den Instanzenzug, ist also kein Rechtsmittel, sondern ein Rechtsbehelf eigener Art.[15] Die StPO trennt die Wiederaufnahmegründe danach, ob sie zugunsten (§ 359 StPO) oder zuungunsten (§ 362 StPO) des Angeklagten wirken. Die Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Angeklagten lassen sich in zwei Gruppen einteilen. Der ersten Gruppe gehören die Nummern 1 (unechte Urkunde), 2 (Verletzung der Eidespflicht eines Zeugen oder Sachverständigen) und 3 (Verletzung der Amtspflichten eines Richters) an. Sie betreffen gravierende Mängel des Prozesses selbst und sind damit Wiederaufnahmegründe *propter falsa*.[16] Ihnen steht der Grund aus Nummer 4 gegenüber, der die Wiederaufnahme gestattet, wenn der Freigesprochene ein glaubwürdiges Geständnis ablegt und damit neue Tatsachen vorliegen – ein Wiederaufnahmegrund *propter nova*.[17]

## I. Rekonstruktion nach *Radbruch*

Lässt sich die Rechtskraft dem Topos der Rechtssicherheit zuordnen und die materielle Richtigkeit dem der Gerechtigkeit, so rangiert die Wiederaufnahme im Spannungsfeld der *Radbruchschen* Antinomien. Im Folgenden wird gezeigt, dass die Zuordnung statthaft ist.

### 1. *Radbruchs* Lehre von der Rechtsidee

Ausgangspunkt der Rekonstruktion ist die Lehre von der Rechtsidee von *Gustav Radbruch* (1878 – 1949), derzufolge sich das Recht im dauernden Spannungsfeld zwischen Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit befindet. Das Spannungsverhältnis dieser drei Pole bezeichnet *Radbruch* als Antinomien.[18] Kern der Gerechtigkeit ist die Gleichheit, zunächst nur in einem formalen Sinne: Forderung der Gerechtigkeit ist es, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt wird; dies ist die Gerechtigkeit im engeren Sinne.[19] Sie selbst kann keine materialen Maßstäbe liefern, dies ist Aufgabe der Zweckmäßigkeit. Gleichwohl lassen sich aus der Gerechtigkeit Grundsätze deduzieren, die für die Verwirklichung von Gerechtigkeit unabdingbar sind, laut *Radbruch* etwa die Unparteilichkeit des Richters.

Während der Begriff der Gerechtigkeit der Rechtsphilosophie angehört, stammt die Zweckidee aus der Rechtsethik.[20] *Radbruch* vertritt eine relativistische Anschauung, sodass die Vorstellung davon, was zweckmäßig ist, in einem Staat durchaus variieren kann, sowohl im Sinne pluralistischer Auffassungen zu einem Zeitpunkt als auch im Sinne veränderter gemeinsamer Anschauungen („common sense“) im zeitlichen Verlauf.[21]

Die Rechtssicherheit ist gewissermaßen Konsequenz der Zweckidee: Wenn „das richtige Recht nicht *festgestellt* werden kann, muss es *festgesetzt* werden“, schreibt *Radbruch*.[22] Die Rechtssicherheit ist dabei zugleich eine Forderung der Gerechtigkeit, dass nämlich zum einen das Recht gleichmäßig zur Anwendung kommt und zum anderen nicht ständig geändert wird.[23]

Diese bemerkenswerte Verflechtung – der Zweck beeinflusst Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, die Gerechtigkeit fordert die Rechtssicherheit – löst *Radbruch* dahingehend, dass die verknüpften Pole voneinander selbständig sind. So fordert die Gerechtigkeit, dass Gleiches gleich behandelt wird; idealerweise soll die Gleichbehandlung auch zweckmäßig sein, doch ist sie dies nicht, bleibt die Forderung nach Gleichheit trotzdem bestehen. Gleiches gilt für den Widerspruch zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, den *Radbruch* als den wichtigsten darstellt.[24] Anknüpfend an die Ordnungsfunktion des Rechts räumt er der Rechtssicherheit den Vorrang ein. 1932 schreibt er: „*Dass* dem Streite der Rechtsansichten ein Ende gesetzt werde, ist wichtiger, als dass ihm ein *gerechtes* und *zweckmäßiges* Ende gesetzt werde ...“.[25] Rechtssicherheit, Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit sind also aufeinander bezogen, emanzipieren sich jedoch und sind unabhängig voneinander.

Nach den Erlebnissen des Dritten Reiches behält *Radbruch* das Modell zwar bei, modifiziert aber das Verhältnis der Antinomien untereinander dahingehend, dass der Rechtssicherheit nur noch ein bedingter Vorrang zukommt.[26] Sein Verständnis kulminiert in der *Radbruchschen* Formel:

---

8 BVerfGE 65, 377, 380; *Hill* (Fn. 7), § 156 Rn. 68; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar[11], 2011, Art. 103 Rn. 71; *Nolte* (Fn. 5), Art. 103 Abs. 3 Rn. 180.

9 *Pieroth* (Fn. 8), Art. 103 Rn. 71.

10 *Hill* (Fn. 7), § 156 Rn. 68; *Nolte* (Fn. 5), Art. 103 Abs. 3 Rn. 179, 181, 182.

11 *Grünewald*, ZStW 120 (2008), 545, 567 m.w.N.

12 *Grünewald*, ZStW 120 (2008), 545, 567.

13 BVerfGE 22, 322, 329; BVerfGE 3, 248, 252 f.; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 6), Art. 103 Abs. 3 Rn. 267; *Pieroth* (Fn. 8), Art. 103 Rn. 82; *Rüping* (Fn. 6), Art. 103 Abs. 3 Rn. 22.

14 Die wohl **h.M.** nimmt die Verfassungsmäßigkeit an: *Pieroth* (Fn. 8), Art. 103 Rn. 82; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 6), Art. 103 Abs. 3 Rn. 270; **kritisch** Nolte (Fn. 5), Art. 103 Abs. 3 Rn. 221.

15 *Meyer-Goßner*, in: ders., StPO[53], 2010, Vor § 359 Rn. 2.

16 *Roxin/Schünemann* (Fn. 4), § 57 B II Rn. 6.

17 *Roxin/Schünemann* (Fn. 4), § 57 B II Rn. 8.

18 *Radbruch*, Rechtsphilosophie[3], 1932, § 9, S. 70 ff.; *ders.*, Vorschule der Rechtsphilosophie[2], 1947, Nachdr. 1959, §§ 7–10, S. 24 ff.

19 *Radbruch*, Vorschule (Fn. 18), § 7, S. 24 ff.

20 *Radbruch*, Vorschule (Fn. 18), § 8, S. 27 ff.

21 Nicht von Belang sind hier die Maßstäbe der Zweckmäßigkeit, die aber der Vollständigkeit halber Erwähnung finden sollen: *Radbruch* sieht in ihr drei Wertesysteme – das individualistische betone die Werte der Einzelpersönlichkeit, das überindividualistische die Werte der Gesamtpersönlichkeit, das transpersonalistische die Kulturwerke. Schlagwortartig lassen sie sich mit Freiheit, Macht, Kultur verbinden. Die Gewichtung dieser drei Ideen bestimme die Staatsform. *Ders.*, Vorschule (Fn. 18), § 8, S. 28 ff.

22 *Radbruch*, Vorschule (Fn. 18), § 9, S. 30 f.

23 *Radbruch*, Vorschule (Fn. 18), § 9, S. 30 f.

24 *Radbruch*, Rechtsphilosophie (Fn. 18), § 9, S. 72 f.; *ders.*, Vorschule (Fn. 18), § 10, S. 32 f.

25 *Radbruch*, Rechtsphilosophie (Fn. 18), § 9, S. 71.

26 Zu der Frage, ob die Relativierung der Rechtssicherheit bereits im Ursprungswerk angelegt war oder einen Bruch in der *Radbruchschen* Entwicklung darstellt, s. ausf. *Paulson/Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Gustav Radbruch: Rechtsphilosophie, Studienausgabe, 1999, S. 240 ff., insbes. 244 ff.

„Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur 'unrichtiges Recht', vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.“[27]

Die Formel lässt zwei Thesen erkennen, die in der Literatur die Bezeichnungen Unerträglichkeitsthese und Verleugnungsthese gefunden haben.[28] Die Schwelle der Unerträglichkeit markiert die Grenze zwischen verbindlichem unrichtigen Recht und unverbindlichem gesetzlichen Unrecht; die Schwelle der Verleugnung hingegen scheidet Recht von Nicht-Recht.

Es scheint naheliegend, die Begriffe des richtigen, des unrichtigen und des Nicht-Rechts in einem Kontinuum darzustellen; das Verhältnis der beiden Thesen, auch bezüglich ihrer Rechtsfolgen,[29] erschließt sich jedoch nicht auf den ersten Blick. Es fällt ins Auge, dass die Verleugnungsthese als Merkmale zum einen den Maßstab der Gleichheit und zum anderen subjektive Elemente präsentiert, wohingegen die Unerträglichkeitsthese ohne Elemente bleibt. Es liegt daher der Schluss nahe, die Verleugnungsthese als Konkretisierung, gewissermaßen als Unterfall der Unerträglichkeitsthese, zu begreifen.

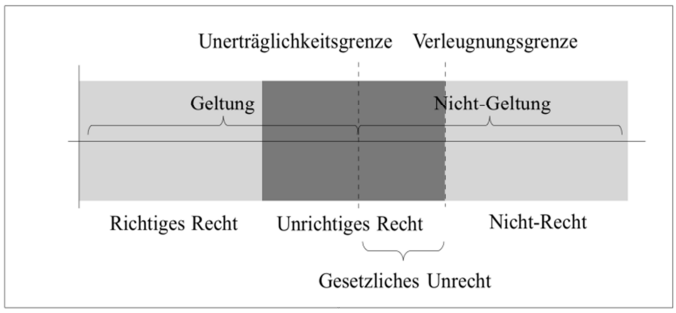


Abbildung 1: Die *Radbruchsche* Formel in schematischer Darstellung

Die Verleugnungsthese spiegelt den Umstand, dass jedes Gesetz darauf ausgerichtet sein muss, gerecht zu sein, obwohl es grundsätzlich unabhängig davon gilt, ob es tatsächlich gerecht ist. Hat der Gesetzgeber nach bester Möglichkeit Gerechtigkeit angestrebt, gilt das Gesetz, auch wenn er sie verfehlt hat. Das subjektive Element (positiv benannt das Anstreben, negativ die Verleugnung) kann gedeutet werden als das *Verfahren*, in dem das Gesetz zustande gekommen ist.[30] Das bedeutet, dass Rechtssätze, die ein Verfahren gewährleisten sollen, das auf die Gewähr von Gerechtigkeit ausgelegt ist, ihren Ursprung in der Gerechtigkeit selbst haben.[31]

Betrachtet man dagegen die Unerträglichkeitsthese, fällt ihre Konkretisierung vor dem Hintergrund des Werterelativismus nicht leicht.[32] Auch wenn die Unerträglichkeit also solche kaum subsumtionsfähig ist, lässt es der gewöhnliche Sprachgebrauch doch wenigstens zu, zwei Dimensionen zu scheiden. Zum einen impliziert Unerträglichkeit eine *Evidenz*, eine Offensichtlichkeit des Verstoßes. *Unerträglich* verträgt sich nicht mit *diffus*, sondern beinhaltet ein klares Urteil. Zum anderen ist Unerträglichkeit mit *Gravität* konnotiert (uner*träglich*). *Unerträglich* verträgt sich nicht mit *lapidar*. Unter die Begriffe der Evidenz und Gravität[33] lässt sich gleichfalls nicht subsumieren, doch lassen sie sich möglicherweise im Diskurs fruchtbar machen.

### 2. Zuordnung zum Wiederaufnahmeverfahren

#### *a) Die Verwirklichung des materiellen Rechts als Forderung der Gerechtigkeit*

Den zu Unrecht freigesprochenen Angeklagten seiner Strafe zuzuführen oder einen fälschlich Verurteilten zu rehabilitieren, ist eine Forderung der Gerechtigkeit.[34] Das bedeutet mitnichten, dass die Strafhöhe selbst aus der Gerechtigkeit abzuleiten ist. Als Ausdruck des ihr innewohnenden Gleichheitssatzes fordert die (formale) Gerechtigkeit lediglich, *dass* ein (Straf-) Gesetz zur Anwendung kommt. Konkret: Es ist nicht Forderung der Gerechtigkeit, dass *Mörder* (auch fälschlich freigesprochene) zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt werden, sondern allgemein, dass *Täter*, die gegen Strafgesetze verstoßen haben (auch fälschlich freigesprochene), ihrer Strafe zugeführt werden.[35] *Radbruch* unterscheidet in diesem Sinne Rechtlichkeit als Rechtsanwendungsgleichheit nach Maßgabe des positiven Rechts und die Gerechtigkeit im engeren Sinn als vor- und übergesetzliche Rechtsidee.[36]

#### *b) Die Rechtskraft des Urteils als Forderung der Rechtssicherheit*

Der normative Gehalt der Rechtskraft wird vor dem Hintergrund der Fehlurteilsproblematik deutlich: Alle menschliche Erkenntnis ist begrenzt, und so sind Fehlurteile unvermeidbar.[37] Konsequenterweise dürfte jedes Urteil nur vorläufig sein und müsste jede bessere Erkenntnis ein neues Verfahren bedeuten. Dies ist schon aus Gründen begrenzter Ressourcen und Zeit zu vermeiden. Essentieller jedoch: Jedes neue Urteil

---

27 *Radbruch*, SJZ 1947, 105, 107.

28 Siehe etwa *Schumacher*, Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel, 1985, S. 24. – Was genau vom Begriff der Formel umfasst ist, wird unterschiedlich beurteilt, vgl. nur *Saliger,* Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995, S. 7 ff., 13. Hier soll der Begriff in einem weiten Sinne verstanden werden und beide Thesen umfassen.

29 *Radbruch* spricht in seiner Formel einer Norm nur bei Verleugnung ihre Rechtsqualität ab. Dieser Unterschied sei an dieser Stelle jedoch vernachlässigt, da sowohl gesetzliches Unrecht als auch Nicht-Recht keine Geltung beanspruchen können.

30 Schlussendlich sind in der Verleugnungsthese Ansätze prozeduraler Gerechtigkeitstheorien erkennbar, *Saliger* (Fn. 28), S. 7 ff., 13.

31 Vgl. dazu *Tschentscher,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 2000, S. 346, der in der Diskursanalyse den unparteiischen Richter zum „Garanten der Richtigkeit“ erklärt.

32 Zum übergesetzlichen Recht bei *Radbruch* vgl. *Saliger* (Fn. 28), S. 23 ff.

33 Die Terminologie geht zurück auf *Saliger* (Fn. 28), S. 19 und 69 f.

34 Statt vieler *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozeß, 1974, 3. Band, S. 33.

35 *Neumann,* in: Müller-Dietz (Hrsg.), FS Jung, 2007, S. 655, 663, gibt zu bedenken, dass im Freispruch ein durchaus taugliches Differenzierungskriterium liegen könnte und damit nicht Gleiches ungleich behandelt würde. Damit vermengt er aber die Ebenen des materiellen und prozessualen Rechts.

36 *Radbruch*, Vorschule (Fn. 18), § 7, S. 24; vgl. a. *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52.

37 Zum Dilemma der begrenzten Erkenntnisfähigkeit *Schmidt,* JZ 1968, 681.

kann selbst ein Fehlurteil sein. Einen infiniten Prozess gilt es zu vermeiden – hierin liegt die praktische Grenze des Strebens nach Gerechtigkeit. So nimmt die ganz überwiegende Meinung an, dass der Umstand, dass ein Urteil in Rechtskraft erwächst, Ausdruck der Rechtssicherheit ist.[38]

Dies soll als Vorbereitung genügen, um das Reformvorhaben des Wiederaufnahmerechts anhand der *Radbruchschen* Formel zu untersuchen.

### C. Einordnung des aktuellen Reformansatzes

Bei der Bewertung von Gesetzgebungsvorhaben wechselt der juristische Diskurs von der Anwendungsperspektive auf die Perspektive des Gesetzgebers. Nach der Vorstellung des Reformvorhabens (unter I.) und einer stichprobenartigen Analyse, wie die „Unerträglichkeit" im praktischen Gesetzesänderungsdiskurs verwendet wird (II.), soll die *Radbruchsche* Formel auf ihre Verwendbarkeit auch im Rechtsänderungsdiskurs hin untersucht werden (III.). Mit den gewonnenen Erkenntnissen schließlich soll der Diskurs restrukturiert werden (IV.).

#### I. Das Reformvorhaben

Das Land Nordrhein-Westfalen hat am 21. April 2010[39] einen Gesetzesantrag in den Bundesrat eingebracht, wonach die Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Angeklagten gem. § 362 StPO um folgende Nummer 5 und einen folgenden Satz 2 ergänzt werden sollen:

„5. wenn auf der Grundlage neuer, wissenschaftlich anerkannter technischer Untersuchungsmethoden, die bei Erlass des Urteils, in dem die dem Urteil zugrunde liegenden Feststellungen letztmalig geprüft werden konnten, nicht zur Verfügung standen, neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen zur Überführung des Freigesprochenen geeignet sind.

Satz 1 Nummer 5 gilt nur in Fällen des vollendeten Mordes (§ 211 des Strafgesetzbuches), Völkermordes (§ 6 Absatz 1 Nummer 1 des Völkerstrafgesetzbuches), des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 Absatz 1 Nummer 1 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 Absatz 1 Nummer 1 des Völkerstrafgesetzbuches) oder wegen der mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahndenden vollendeten Anstiftung zu einer dieser Taten."[40]

Am 21. April 2010 hat das Land Nordrhein-Westfalen den Gesetzesantrag in den Bundesrat eingebracht. Seit dem 7. Mai 2010 liegt der Antrag im Rechtsausschuss des Bundesrats,[41] der am 19. Mai 2010 in nichtöffentlicher Sitzung darüber beraten hat. Ein Beschluss des Bundesrates lag Ende Juli 2011 noch nicht vor.

#### II. Stichprobe: Verwendung der Unerträglichkeitsthese im praktischen Diskurs

In den praktischen Diskurs hat die Unerträglichkeitsformel Eingang gefunden,[42] wenngleich so gut wie nie mit ausdrücklichem Bezug auf *Radbruch*.[43] Ohne Anspruch auf Verallgemeinerung werden hier zwei Stellungnahmen zum Reformvorhaben vorgestellt, die doch symptomatisch für die Diskussion stehen.

##### 1. „Unerträglichkeit", verwendet von den Befürwortern des Reformvorhabens

Im Regierungsentwurf heißt es:

„Technische Neuerungen der Beweisfindung müssen (...) die Setzung neuer Akzente im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit rechtfertigen, wenn und soweit mit ihrer Hilfe derart eindeutige Nachweise der Täterschaft geführt werden können, dass (...) das Festhalten an der Rechtskraft des freisprechenden Urteils zu schlechterdings – an der materiellen Gerechtigkeit zu messenden – unerträglichen Ergebnissen führen würde. Die Legitimation der Rechtskraftdurchbrechung ist dabei auch in Bezug zum Ausmaß des Unrechts zu setzen, das der Täter verwirklicht hat. Kann ein zu Unrecht erfolgter Freispruch im Bereich der unteren und mittleren Kriminalität als Preis des Rechtsstaats noch weitgehend hingenommen werden, so ist er bei Straftaten wie Mord und Völkermord schlechthin unerträglich. Der Schutz eines Menschenlebens nimmt in unserer Rechtsordnung den höchsten Rang ein. Morddelikte sind die schwersten Straftaten, die das Strafrecht kennt. Sie unterliegen der absoluten Strafandrohung und verjähren nicht. (...) Der hohe Wert eines Menschenlebens und die besondere Verwerflichkeit der Tat rechtfertigen es, dass in diesen Fällen Belange der Rechtssicherheit hinter der materiellen Gerechtigkeit zurücktreten."[44]

Rekonstruiert man die Argumentation, ist festzustellen, dass die Autoren eine Abwägung zwischen der Schwere des Delikts und der Rechtssicherheit vornehmen. Mit der Bezeichnung als unerträglich zu Beginn des Abschnitts nehmen sie das Ergebnis der Abwägung vorweg. Die Unerträglichkeit selbst ist dabei kein Argument, sondern These, die die Autoren nachfolgend begründen.

##### 2. „Unerträglichkeit", verwendet von den Gegnern des Reformvorhabens

Der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer äußert sich zur eben zitierten Passage so:

„Gegen diese Argumentation spricht schon, dass seit Inkrafttreten der StPO in Konstellationen dieser Art bislang gerade kein ‚schlechterdings unerträgliches Ergebnis' gesehen worden ist. Denn die Situation, dass sich nach einem Freispruch die Schuld des Freigesprochenen eindeutig herausstellt, ohne dass einer der Wiederaufnahmegründe des § 362 StPO vorliegt, wird auch schon vor der Einführung neuer kriminalistischer Techniken vorgelegen haben (…). Dennoch hat sich der Gesetzgeber auf die Normierung von Wiederaufnahmegründen in Fällen falscher Beweise und gerade nicht in Fällen fehlender Beweise beschränkt. Dass es Fälle mit ‚schlechterdings unerträglichen Ergebnissen' – mit oder ohne DNA-Analyse – geben mag, steht außer Zweifel und ist vom Gesetz- und Verfassungsgeber dahingehend gewürdigt worden, dass der Rechtssicherheit im Rahmen der bestehenden Wiederaufnahmegründe nach § 362 StPO der Vorrang

---

[38] Siehe nur *Kühne*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz[26], 2006, Einl. K, Rn. 65.

[39] Ursprünglich bereits 2007 vom Bundesrat dem Bundestag als Gesetzesvorlage zugleitet, aber 2009 der Diskontinuität zum Opfer gefallen; BR-Drucks. 665/07 (Beschluss) vom 20.12.2007; BT-Drucks. 16/7957 vom 30.01.2008. – Zu älteren Reformvorhaben siehe etwa *Dippel*, GA 1972, 97, 103 ff.

[40] BR-Drucks. 222/10, Anlage S. 1.

[41] Bundesrat, Stenogr. Bericht, 869. Sitzung (07.05.2010), S. 123.

[42] *Grünewald*, ZStW 120 (2008), 545, 569 m.w.N.

[43] *Saliger* (Fn. 28), S. 54 f.

[44] BT-Drucks. 16/7957, S. 6 f.

gebührt. Demgemäß können die von den Entwurfsverfassern heraufbeschworenen ‚schlechthin unerträglichen Ergebnisse', die im Einzelfall im Jahre 1877 ebenso auftreten konnten wie heute, keine Rechtfertigung für eine Erweiterung der Wiederaufnahmegründe (...) bieten. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass Mord nicht verjährt (...). Die Unverjährbarkeit von Mord wurde vor fast 30 Jahren in das Gesetz eingeführt. Es erschließt sich nicht, warum ein Gesetzeszustand, der drei Jahrzehnte akzeptiert und als unbedenklich angesehen wurde, nun „schlechthin unerträglich" sein soll.[45]

Die Autoren der Replik greifen die Unerträglichkeitsformulierung als empirisches Argument an und versuchen, es auf gleicher Ebene mit empirischen Argumenten zu entkräften.[46]

### 3. Bewertung der Diskussion

Die Auseinandersetzung spiegelt die Schwierigkeiten der *Radbruchschen* Formel: Der neue Wiederaufnahmegrund hätte keinen schwerwiegenden Prozessmangel zum Gegenstand, wäre also als *propter nova* zu klassifizieren. Den Maßstab bildet nicht die verhältnismäßig gut konkretisierbare Verleugnungsthese, sondern die Unerträglichkeitsthese. Die Gegner des Änderungsvorschlags greifen die Behauptung der Unerträglichkeit empirisch an. In einer pluralistischen Gesellschaft nimmt es nicht Wunder, dass die Unerträglichkeitsthese in empirischer Dimension keinen Konsens erreichen kann. Mit dieser unspezifischen Verwendung der *Radbruchschen* Formel ist im Diskurs wenig gewonnen.

## III. Spezifische Verwendbarkeit der *Radbruchschen* Formel im Gesetzesänderungsdiskurs

Die *Radbruchsche* Formel ist konzipiert für die Aufarbeitung von Unrechtsstaaten durch den Richter und auf den rechtsstaatlichen Diskurs nur modifiziert übertragbar.

### 1. Vollständige Übertragung

Im Ausgangspunkt klassifiziert die *Radbruchsche* Formel positives Recht, das unerträglich ungerecht ist, als gesetzliches Unrecht, und zwar in negativer Richtung: Ihr Bezug ist nicht die Rechts-, sondern die *Un*rechtsqualität.[47] Übertragen auf die Diskussion über Gesetzesänderungen im Rechtsstaat beudetet dies:[48] Ausgangspunkt ist die *lex lata*; der Gesetzgeber hat zu entscheiden, ob er sie ändern wird oder nicht. Am Beispiel des Wiederaufnahmeverfahrens hat er zu beurteilen, wie materielle Gerechtigkeit und Rechtssicherheit auszutarieren sind und ob die Einführung eines neuen Wiederaufnahmegrundes zulasten des Angeklagten eine Verbesserung der Rechtslage darstellt. Die Unerträglichkeitsschwelle der *Radbruchschen* Formel markiert nun den Punkt, an dem die Rechtssicherheit (i. e. die Rechtskraft) der materiellen Gerechtigkeit zu weichen *hat*, d. h. den Punkt, an dem der Gesetzgeber die bestehende Rechtslage ändern *muss* (oder, wenn die bestehende Rechtslage bereits die richtige ist, sie nicht ändern *darf*). Die Betonung liegt auf der Alternativlosigkeit – mit aller Konsequenz: Die bisherige Rechtslage wäre mit dem Prinzip der Gerechtigkeit, das aus dem Rechtsstaatsprinzip fließt, unvereinbar und damit verfassungswidrig. Der Gesetzgeber wäre also mit einer auf Null reduzierten Einschätzungsprärogative gezwungen, die positivierte Rechtslage zu ändern.

Es mag Fälle geben, in denen diese Unerträglichkeitsgrenze überschritten ist, allerdings dürfte dann auch stets ein offenkundiger Verstoß gegen andere Prinzipien der Verfassung, vor allem gegen Grundrechte, vorliegen, sodass ein Rückgriff auf die Formel nicht nötig wäre. Es darf jedoch angenommen werden, dass selbst die hartgesottenen Verfechter einer Erweiterung der Wiederaufnahmegründe zulasten des Angeklagten die bestehende Rechtslage nicht als verfassungswidrig erachten, sondern in der Erweiterung lediglich eine zulässige (aus ihrer Perspektive auch vorzugswürdige, d. h. zweckmäßige) *Option* sehen. Die Unerträglichkeitsformel hätte, vollständig übertragen, kaum einen Anwendungsbereich.

### 2. Modifizierte Übertragung

Dem Gesetzgeber kommt bei der Gestaltung der Rechtsordnung eine weite Einschätzungsprärogative zu. Seine Maßstäbe sind alle drei Antinomien: Zweckmäßigkeit, Gerechtigkeit, Rechtssicherheit. Vor diesem Hintergrund reicht es aus, dass er die bedingte Vorrangrelation der Rechtssicherheit zugunsten der materiellen Gerechtigkeit überwinden *kann*, aber nicht *muss*. *Ob* er sie überwindet, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit. In der Terminologie *Radbruchs*: Der Gesetzgeber ist damit anders als der Richter in der Lage, nicht nur gesetzliches Unrecht, sondern *jedes* erkannt unrichtige und sogar richtiges, lediglich unzweckmäßiges Recht zu tilgen. Dies bedeutet weiter, dass die Schwelle für den Gesetzgeber, an der er die Rechtssicherheit durchbrechen kann, niedriger liegt als für den Richter. Zwar hat der Gesetzgeber einen weiten Spielraum, da der Richter kontrollierend erst bei Überschreiten der Unerträglichkeitsschwelle einschreiten darf, doch muss es sein eigener Anspruch sein, schon die Schwelle zum unrichtigen Recht (vgl. Abbildung 1[49]) nicht zu überschreiten; man könnte sie als *Untragbarkeitsschwelle* bezeichnen. Im Diskurs dürfte hier ein Schwerpunkt liegen.

Die Untragbarkeitsschwelle würde die Grenze zwischen richtigem und unrichtigem Recht markieren. Anders als die Unerträglichkeitsschwelle würde sie damit nicht nur einen kleinen Teil von Normen ausscheiden, sondern theoretisch richtiges und unrichtiges Recht trennscharf differenzieren. Schon die Unerträglichkeitsschwelle lässt sich im praktischen Diskurs nicht ermitteln,[50] wie sollte dies für die Untragbarkeitsschwelle möglich sein? – Dazu ließe sich annehmen, dass die Schwelle selbst von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers umfasst ist. Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber muss sich an der Verwirklichung der Gerechtigkeit ausrichten, aber bedingt durch die Begrenztheit menschlicher Erkenntnisfähigkeit *genügt* es eben auch, dass er nur den Erlass richtigen Rechts erstrebt.[51] Das bedeutet, dass auch unrichtiges Recht mit von der Einschätzungsprärogative des

---

[45] BRAK-Stellungnahme Nr. 7/2009, März 2009, S. 12.

[46] Zum gleichen Thema ebenso *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188, 193 („Kriterium der Unerträglichkeit").

[47] *Saliger* (Fn. 28), S. 19 und 22.

[48] Zur Verwendung der *Radbruchschen* Formel in der Rechtsprechung außerhalb der Aufarbeitung von Unrechtsstaaten siehe etwa *Schmidt*, NVwZ 2003, 425, zur außerordentlichen Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit im Verwaltungsprozess.

[49] Siehe oben B.II.1.

[50] Siehe oben B.II.1.

[51] Insofern besteht eine umgekehrte Korrelation zur Verleugnungsthese, nach der ein Gesetz jeglicher Rechtsnatur entbehrt, wenn bei der Setzung des positiven Rechts die Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird.

Gesetzgebers umfasst ist. Die äußere Grenze bildet die Unerträglichkeitsschwelle.

Die Unerträglichkeitsthese hat dagegen, wie gezeigt, nur einen kleinen Anwendungsbereich im praktischen Gesetzgebungsdiskurs. Allerdings enthält sie die Kategorien der Gravität und der Evidenz.[52] Diese können helfen, den Diskurs zu strukturieren, indem sie den Fokus darauf lenken, ob die vorgebrachten Gründe eine Durchbrechung der Rechtskraft rechtfertigen.

## IV. Restrukturierung des Diskurses

Im Folgenden soll versucht werden, den Diskurs entsprechend den obigen Ausführungen zu restrukturieren. Dabei soll die Analyse des Spannungsfeldes zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im Fokus stehen, das auch den Kern der Diskussion um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Reformvorhabens ausmacht.[53]

### 1. Verfassungsrechtlicher Maßstab: *ne bis in idem*

Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Angeklagten sind am Grundsatz *ne bis in idem* zu messen, der der Rechtssicherheit *prima facie* den Vorrang gewährt.[54] Zu erörtern ist, ob eine Einschränkung mit dem Prinzip der Gerechtigkeit, das im Rechtsstaatsprinzip verankert ist,[55] verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist.[56]

Das Strafurteil steht im gleichen Spannungsverhältnis zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit wie das Gesetz, das die Wiederaufnahmegründe determiniert. Es gilt hier: Wenn die Fortgeltung des rechtskräftigen Urteils in einem unerträglichen Maße der Gerechtigkeit widerspräche, *müsste* die gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um es aufzuheben, und es *könnte* eine solche Grundlage geschaffen werden, sofern das Urteil untragbar ist. Die Überschreitung der Untragbarkeitsschwelle (mithin die verfassungsrechtliche Rechtfertigung) ist von den Befürwortern des Reformvorhabens argumentativ darzulegen und wird nun untersucht. Die Restrukturierung des Diskurses baut dabei auf einem Vorschlag von *Deml* auf, der die drei Kriterien (1) objektives Gewicht des Fehlers, (2) Auswirkungen des Fehlers und (3) Nachweis des Fehlers ausgemacht hat.[57] Unter Zuhilfenahme der oben herausgearbeiteten Merkmale von Evidenz und Gravität[58] seien *Demls* Kriterien gruppiert und dahingehend erweitert, dass der Nachweis eines Fehlers zunächst einen Maßstab voraussetzt, anhand dessen sich bewerten lässt, ob ein Fehler vorliegt.

### 2. Evidenz (Maßstab des Verstoßes und Nachweisbarkeit des Fehlers)

Als Maßstab für den Gerechtigkeitsverstoß gilt hier das materielle Strafrecht. Die Nachweisbarkeit sichert laut den Antragstellern die Beweiskraft der neuen Ermittlungsmethoden, vor allem am Beispiel der DNA-Spuren. Die Befürworter sehen darin eine Parallele zum Geständnis, § 362 Nr. 4 StPO.[59] Der Wiederaufnahmegrund des Geständnisses rechtfertige sich durch die hohe Beweiskraft, die diesem zukomme, und auf die Beweisregeln des Gemeinen Recht zurückgehe.[60] Da eine DNA-Analyse, die eine Überführung des Täters nahezu sicher mache, ein zuverlässigeres Beweismittel als ein Geständnis darstelle, stelle sich der neue Wiederaufnahmegrund wegen neuer Beweismittel nicht als systemwidrig dar. Doch ein Blick in die Motive zur StPO erhellt, dass der historische Gesetzgeber mit der Regelung vielmehr im Blick hatte, dass sich ein irrtümlich Freigesprochener folgenlos der Straftat berühmen könnte. Der Umstand für sich genommen, dass in dem neuen Wiederaufnahmegrund keine Parallele zum Geständnis liegt, macht das Gesetzesvorhaben noch nicht unzulässig;[61] als Argument *für* eine Einführung taugt er jedoch nicht.

### 3. Gravität (Objektives Gewicht und Erheblichkeit des Fehlers)

Bei der Ermittlung des objektiven Gewichts des Fehlers ist abermals ein Blick auf das materielle Strafrecht angezeigt. Der Antragsentwurf beschränkt sich auf die „schwersten Straftaten, die das Strafrecht kennt“,[62] sie unterliegen der absoluten Strafandrohung und verjähren nicht. Der Staat verleiht damit seinem „absoluten Sanktionswillen“ Ausdruck.[63] Die Antragsteller haben damit im Sinne einer Bewertung der Verhältnismäßigkeit nur die Fehler von objektiv hohem Gewicht ausgewählt.[64]

Hinsichtlich der Erheblichkeit des Fehlers bestehen allerdings starke Bedenken. Der Antragsentwurf stützt sich auf § 362 Nr. 4 StPO als systematischen Anknüpfungspunkt für die grundsätzliche Zulässigkeit von Wiederaufnahmegründen *propter nova*.[65] Essentieller Unterschied ist jedoch, dass es der Freigesprochene bei einem Geständnis selbst in der Hand hat, das Wiederaufnahmeverfahren zu provozieren.[66] Seine Interessen sind insoweit nicht gefährdet. Im Falle einer Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen und Beweismittel, die auf neuen Ermittlungsmethoden beruhen, hat der Freigesprochene ein Risiko zu tragen, das außerhalb seiner Sphäre liegt.[67] Ferner ist zu berücksichtigen, dass im bestehenden Wiederaufnahmerecht (und auch nach dem Entwurf) weiterhin nicht jedes neue Beweismittel zugelassen wird, sondern nur solche, die aufgrund neuer Ermittlungsmethoden ans Licht gekommen sind. Tauchen also erst nach der Verurtei-

---

52 Siehe oben B.II.1.

53 Gewichtige Bedenken bestehen ferner insbesondere gegen die Bestimmtheit des Merkmals der neuen Beweismethoden, *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188, 193.

54 Siehe oben B.I.

55 *Grünewald*, ZStW 120 (2008), 545, 569.

56 *Deml*, Zur Reform der Wiederaufnahme des Strafverfahrens, 1979, S. 60 ff.; **zustimmend** *Saliger* (Fn. 28), S. 76.

57 **Anders** *Kunig*, in: Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar[4/5], 2003, Band 3, Art. 103 Rn. 47, der verfassungsrechtliche Schutzpflichten gegenüber dem Opfer in den Fokus stellt. Zu Recht **kritisch** gegenüber der Tendenz zur Überbetonung des Opferschutzes gegenüber der Wahrheitsfindung *Kramer*, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 2009, Rn. 16.

58 Siehe oben B.II.1.

59 BR-Drucks. 222/10, Anlage S. 7.

60 *Peters* (Fn. 34), S. 105; BR-Drucks. 222/10, Anlage S. 7.

61 **A.A.** *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 189 f.

62 BR-Drucks. 222/10, Anlage S. 4.

63 BR-Drucks. 222/10, Anlage S. 12.

64 Einen Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und den Gleichheitssatz wähnen hingegen *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188, 193 (gegen den neuen Wiederaufnahmegrund); zur Wahrung des Gleichheitssatzes für eine insgesamt schärfere Regelung *Stoffers*, ZRP 1998, 173, 178.

65 BR-Drucks. 222/10, Anlage S. 7.

66 *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188, 189.

67 *Grünewald*, ZStW 120 (2008), 545, 578 f.; *Scherzberg/Thiée*, ZUR 2008, 80, 82. Diesen Umstand verkennt *Stoffers*, ZRP 1998, 173, 178, wenn er die Hervorhebung des Geständnisses als einziges *novum* für nicht gerechtfertigt hält.

lung neue Belastungszeugen oder belastende Urkunden auf, die die Täterschaft eindeutig belegen,[68] steht doch die Rechtskraft einem erneuten Prozess entgegen.[69] Es steht damit eine Verletzung des Gleichheitssatzes im Raum. Zwar ließe sich als Rechtfertigung für die Unterscheidung anführen, dass im Falle nachträglich auftauchender Zeugen die Ermittlungsbehörden nicht sauber gearbeitet hätten, während ihnen auch bei optimaler Ermittlung später entwickelte Ermittlungsmethoden nicht zur Verfügung gestanden hätten. Mit Blick auf die Verteilung von Risikosphären erscheint es aber aus Sicht des Freigesprochenen schwer verständlich, warum er nicht die Bürde des Risikos trägt, dass ein neuer Zeuge auftaucht, wohl aber, dass neue Ermittlungsmethoden ihn überführen könnten, sodass insoweit auch ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot vorliegt.[70]

Schließlich darf auch nicht die Gefahr des Dammbruchs unterschätzt werden. Bei der Wiederaufnahme aufgrund von durch neue Ermittlungsmethoden hervorgebrachten Beweismitteln oder Tatsachen handelt es sich im System der Wiederaufnahmegründe *propter nova* um einen kategorial neuen Grund, da er unabhängig vom Einflussbereich des Angeklagten ist. Mit der Einführung des neuen Wiederaufnahmegrundes wäre es nicht mehr ein kategorialer, sondern nur noch ein gradueller Unterschied zur Zulassung der Wiederaufnahme neuer Beweismittel generell.[71]

### D. Zusammenfassung

Es konnte gezeigt werden, dass die *Radbruchsche* Formel normativer und nicht empirischer Natur ist. Ihr kommen unterschiedliche Funktionen im Rechtsanwendungsdiskurs und im Rechtsänderungsdiskurs zu; ihr Anwendungsbereich im letzteren Fall ist gering. Die Unerträglichkeitsthese der *Radbruchschen* Formel lässt sich zwar materiell kaum verwerten, enthält aber die Elemente der *Gravität* und der *Evidenz*, die dabei helfen, einen Diskurs zu strukturieren.

Den Antragstellern des Reformvorhabens ist es nicht gelungen darzulegen, dass der in Art. 103 Abs. 3 GG garantierte Satz *ne bis in idem* in Fällen, in denen neue Beweismethoden erst nach rechtskräftigem Abschluss eines Strafverfahrens einen Täter überführen können, eingeschränkt werden kann. In den Kategorien der Unerträglichkeitsthese ist die Einschätzung der Reformbefürworter als *evidenter Gerechtigkeitsverstoß* nicht hinreichend belegt. Die vorgeschlagene Änderung würde außerdem einen Grund neuer Art in der Systematik der StPO darstellen, der eine Wiederaufnahme zuungunsten des Täters *propter nova* auch dann erlauben würde, wenn ihm dieser Umstand – anders als ein glaubwürdiges Geständnis – nicht zurechenbar ist. Der Gerechtigkeitsverstoß kann insoweit nicht als *gravierend* bezeichnet werden. Das Vorhaben ist verfassungswidrig.[72] ■

[68] Womöglich belegen Zeugenaussagen die Täterschaft sogar besser als DNA-Spuren, die häufig nicht viel mehr als ein Indiz sein dürften; übereinstimmend *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188, 191; *Scherzberg/Thiée*, ZUR 2008, 80, 82; *Pabst*, ZIS 2010, 126, 129. Zur Relevanz einer DNA-Spur vgl. *Ackermann/Clages/Roll*, Handbuch der Kriminalistik[3], 2007, Kap. X Rn. 68, 70.

[69] **Kritisch** dazu *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188, 191.

[70] *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188, 193. – Ganz bedenkliche Ansätze schimmern hinter der Einschätzung hervor, dass es nicht sein könne, dass ein Freispruch „*nur* deshalb nicht korrigiert werden kann, weil sich der Freigesprochene darauf verlassen können muss“, BR-Drucks. 222/10, Anlage S. 8 (Hervorhebung vom Verf.).

[71] *Scherzberg/Thiée*, ZUR 2008, 80, 83. – Der Opferschutzverband „Weißer Ring “ etwa schlägt vor, eine Wiederaufnahme nicht nur bei Mord oder Völkermord zuzulassen, sondern immer bereits dann, wenn eine Verurteilung wegen eines Verbrechens mit Todesfolge zu erwarten ist, http://www.weisser-ring.de/index.php?id=9, zuletzt nachgesehen am 29.07.2011.

[72] Ebenso *Grünewald* ZStW 120 (2008), 545, 579; *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188; *Pabst*, ZIS 2010, 126; *Scherzberg/Thiée*, ZRP 2008, 80.

Jan Sturm, LL.B., Hamburg*

# Der Gefahrverdacht – ein Fall für *Ockham's razor*? (Teil 2)[1]

### C. Die Gefahr als Tatbestandsmerkmal der polizeilichen Generalklausel

„Im Fall des Gefahrverdachts hält die Polizei aufgrund objektiver Umstände das Vorhandensein der Gefahr zwar für möglich, nicht aber für sicher.“[2] Legt man diese Begriffsumschreibung zugrunde, kann in den Fällen des Gefahrverdachts eine Gefahr im Sinne der polizeilichen Generalklausel weder einheitlich bejaht noch verneint werden – dies wurde in Teil 1 des Beitrags dargestellt. Daraus ergeben sich Folgefragen, denen hier zunächst nachgegangen werden soll. Im Anschluss wird die Frage im Mittelpunkt stehen, welche Bedeutung die Kategorie des Gefahrverdachts auf Rechtsfolgenseite besitzt.

### V. Folgefragen

#### 1. Das Verhältnis zur Gefahr im objektiven Sinne

Das Verhältnis des Gefahrverdachts zur objektiven Gefahr wird dann relevant, wenn bei einem Gefahrverdacht im Einzelfall die Voraussetzungen des normativ-subjektiven Gefahrbegriffs nicht erfüllt sind. Auch in solchen Situationen kann objektiv (vom Standpunkt des idealen Beobachters) eine hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit bestehen. Dies führt zu einer uneinheitlich beantworteten Frage, die hier nicht weiter verfolgt werden kann: ob nämlich objektiver und normativ-subjektiver Gefahrbegriff alternativ hinreichende Bedingungen zur Bejahung einer Gefahr im Sinne der polizeilichen Generalklausel darstellen[3] oder ob der normativ-subjektive Gefahrbegriff allein maßgeblich ist.[4]

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Commerzbank Stiftungslehrstuhl Grundlagen des Rechts bei Prof. Dr. Christian Bumke (Bucerius Law School, Hamburg).

[1] Fortsetzung und Schluss zu *Sturm*, BLJ 2011, 8-13.

[2] *Denninger*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts[4], 2007, E Rn. 48; ähnlich *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht[7], 2009, Rn. 193; *Schoch*, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht[14], 2008, 2. Kapitel, Rn. 95; vgl. auch *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht[14], 2008, § 6 Rn. 28.

[3] So *Schenke*, FS Friauf, 1996, S. 455, 458; *ders.*, Polizei- und Ordnungsrecht[6], 2009, Rn. 69, 77; s. a. Rn. 91.

[4] So *Di Fabio*, DÖV 1991, 629, 632; VG Lüneburg, Urteil v. 12.02.2008 – 3 A 23/07, juris-Rn. 25 f., 44 f.

### 2. Das Verhältnis zur Anscheinsgefahr

Von einer Anscheinsgefahr wird dann gesprochen, wenn eine Gefahr lediglich im normativ-subjektiven Sinne, nicht jedoch im objektiven Sinne vorliegt.[5] Aus dem oben Gesagten ergibt sich, dass in den Fällen des Gefahrverdachts eine Anscheinsgefahr gegeben sein kann: Die Begriffe überschneiden sich. Autoren, die eine Abgrenzung für erforderlich halten, weisen darauf hin, dass in den Situationen der Anscheinsgefahr der handelnde Beamte hinsichtlich des Vorliegens einer Gefahr (im objektiven Sinne) sicher sei (zu Unrecht).[6] Damit wird aber der Begriff der Anscheinsgefahr verengt, ohne dass ein über die nun mögliche Abgrenzung hinausgehender Nutzen erkennbar wäre. Ein Bedürfnis nach Abgrenzung besteht nicht. Im Übrigen ist auch der Begriff ‚Anscheinsgefahr' entbehrlich; es handelt sich bei ihr um einen normalen Anwendungsfall der Gefahr im normativ-subjektiven Sinne.[7]

### 3. Eingriffsbefugnisse bei Verneinung einer Gefahr im normativ-subjektiven Sinne

In Abhängigkeit von der Antwort auf die Frage, ob auch das Vorliegen einer Gefahr allein im objektiven Sinne zur Bejahung einer Gefahr im Sinne der polizeilichen Generalklausel ausreicht, fällt auch die Relevanz der folgenden aus:[8] Müssen – bei Unanwendbarkeit von spezialgesetzlichen Ermächtigungen und Standardbefugnissen[9] – jegliche einer gesetzlichen Grundlage bedürftigen Maßnahmen[10] ausscheiden, wenn im Einzelfall gerade wegen der Unsicherheit des vernünftigen Beamten die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu verneinen ist?

Die Dimension dieses Problems sollte nicht überschätzt werden: Ein Bedarf nach schadens*verhindernden* Maßnahmen wird in diesen Konstellationen selten bestehen. Denn sofern die Situation bei Verzicht auf Abwehrmaßnahmen nicht hinzunehmen wäre, weil die Zeit drängt[11] und hochrangige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen, bietet die flexible Grenze der *hinreichenden* Wahrscheinlichkeit ausreichend Spielraum, um zur Annahme einer Gefahr zu gelangen. Immerhin kann in den Fällen fehlender Gefahr ein Bedürfnis bestehen, weitere Aufklärung zu betreiben. Da eine effektive Aufklärung aber häufig ohne Eingriffe nicht möglich ist, besteht ein anerkennenswertes Interesse daran, auch in solchen Situationen Eingriffsbefugnisse zu bejahen.[12] Doch muss der Weg, auf dem solche Befugnisse begründet werden, methodisch offengelegt werden. Dies geschieht häufig nicht; vielmehr wird der Begriff des Gefahrverdachts als dogmatische Nebelkerze verwendet, um die Unsicherheit in dieser Frage zu verschleiern.[13]

Denkbar erscheinen verschiedene konstruktive Wege, Eingriffsbefugnisse zu begründen. Zum einen ließe sich das Merkmal ‚Gefahr' der befugniseröffnenden Generalklausel weiter ausdifferenzieren: Die oben genannte Definition des Gefahrbegriffs (Gefahr im normativ-subjektiven Sinne) würde als Teildefinition behandelt, daneben träte eine Teildefinition, mit der jene Fälle erfasst würden, in denen erst bei Bestätigung noch ungewisser Annahmen eine hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit und damit eine Gefahr im normativ-subjektiven Sinne zu bejahen wäre.[14]

Gegenüber dieser begrifflich operierenden Vorgehensweise mag die Alternative ehrlicher erscheinen, in diesen Situationen eine analoge Anwendung der polizeilichen Generalklausel zu befürworten.[15] Um eine solche Analogie handelt es sich der Sache nach, wenn eine in der Generalklausel sinngemäß mitenthaltene Befugnis zu Maßnahmen im Falle eines Gefahrverdachts angenommen wird.[16] Freilich sieht sich ein solcher Lösungsweg Bedenken unter dem Gesichtspunkt des Gesetzesvorbehalts ausgesetzt.[17]

Kein gangbarer Weg liegt jedenfalls darin, die Figur des vorläufigen Verwaltungsakts zur Bewältigung dieser Situation der Unsicherheit heranzuziehen[18]: Diese für den Bereich der

---

5 *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht[6], 2010, § 4 Rn. 48.

6 *Denninger* (Fn. 2), E Rn. 48; *Knemeyer*, Polizei- und Ordnungsrecht[11], 2007, Rn. 96; *Schoch*, JuS 1994, 667, 669.

7 Zur Entbehrlichkeit des Begriffs ‚Anscheinsgefahr' s. *Di Fabio*, Jura 1996, 566, 569.

8 Doch selbst wenn man annimmt, dass auch bei Vorliegen einer Gefahr nur im objektiven Sinne das Gefahrmerkmal der polizeilichen Generalklausel erfüllt ist, bleibt die im Folgenden erörterte Frage relevant. Erstens liegt nicht in allen Fällen des Gefahrverdachts eine Gefahr im objektiven Sinne vor. Zweitens erscheint es bei Vorliegen einer Gefahr nur im objektiven Sinne zweifelhaft, inwiefern eine Maßnahme, die vorgenommen wird trotz Nichtvorliegens einer Gefahr im subjektiven Sinne und Unsicherheit über das Vorliegen einer Gefahr im objektiven Sinne, als ermessensfehlerfrei zu beurteilen ist, sofern man eine Befugniserweiterung, wie sie im Folgenden diskutiert wird, ablehnt.

9 Auf deren Vorhandensein „in einer durchaus großen Fülle" weist nachdrücklich etwa *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 185 f., hin; ebenso *Poscher*, Gefahrenabwehr, 1999, S. 137 f.

10 Auch in Rechte des Bürgers eingreifende Sachverhaltsermittlung durch die Behörden, die der Bürger lediglich zu dulden braucht, bedarf einer gesetzlichen Grundlage, die in § 24 VwVfG nicht enthalten ist. Hierauf weist *Schenke* (Fn. 3), Rn. 90, hin.

11 Zur Dringlichkeit der Abwehr als Komponente für die Absenkung des Wahrscheinlichkeitsgrades s. *Möstl* (Fn. 9), S. 189; *Schenke* (Fn. 3), Rn. 77.

12 Vgl. *Götz* (Fn. 2), § 6 Rn. 29. Mangels gesetzlicher Grundlage hält *Schenke* (Fn. 3), Rn. 90 f., in diesen Fällen (den – in seiner Terminologie, Rn. 83 – „echten" Gefahrverdachtsfällen) keine eingreifenden Maßnahmen für zulässig; ebenso *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, 1983, S. 96 ff.; *Möstl* (Fn. 9), S. 186. Allerdings lassen sich nach *Schenke* aus dem Umstand, dass der Bürger seiner Mitwirkungsobliegenheit bei der Sachverhaltsaufklärung (§ 26 II VwVfG) nicht nachkomme, für ihn nachteilige Schlüsse ziehen, so dass ggf. in der Folge vom Vorliegen einer Gefahr auszugehen sei.

13 Vgl. *Darnstädt* (Fn. 12), S. 99.

14 S. *Weiß*, NVwZ 1997, 737, 743; s.a. *Schoch* (Fn. 2), Rn. 97, dem zufolge „eine teleologische Auslegung des Gefahrbegriffs [verlangt], dass die zuständige Behörde auf der Grundlage der Generalklausel (unter Beachtung des Übermaßverbots) die notwendigen Maßnahmen anordnen darf, um den Gefahrverdacht weiter aufzuklären."

15 S. VGH Kassel, NVwZ 1993, 1009, 1010: jedenfalls entsprechende Anwendung der wasserrechtlichen Generalklausel (§ 74 I Hessisches Wassergesetz), so dass die Zuordnung des Gefahrverdachts zum Tatbestandsmerkmal der Gefahr offengelassen wurde.

16 So *Götz* (Fn. 2), § 6 Rn. 29.

17 *Ehlers*, DVBl. 2003, 336, dortige Fn. 5; vgl. *Schenke* (Fn. 3), Rn. 88. Zur Analogie bei Eingriffstatbeständen im Allgemeinen s. *T. Schmidt*, VerwArch 97 (2006), 139, 156-160; monographisch *Hemke*, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, 2006.

Es ließe sich postulieren, dass das Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage die Handlungsfähigkeit der Gefahrenabwehrorgane nicht in Frage stelle, wenn Zweierlei gewährleistet sei: 1. Die Beamten sind bei Einschreiten nicht mit rechtlichen Sanktionen bedroht. 2. Sie müssen keine Beeinträchtigung durch Notrechte anderer hinnehmen. Dies ist der Ansatz *Poschers* (Fn. 9), zusammenfassend S. 147 f., 203 f., der hinsichtlich des zweitgenannten Aspekts auf die Titelfunktion auch des rechtswidrigen (nicht nichtigen) Verwaltungsakts hinweist. Ähnlich *Schwabe*, GS Martens, 1987, S. 419, 439 ff.

18 Für eine Lösung mit Hilfe des vorläufigen Verwaltungsakts *Losch*, DVBl. 1994, 781, 783-785. Auch *Di Fabio* (DÖV 1991, 629, 636) plädiert für eine Anwendung des vorläufigen Verwaltungsakts, nicht allerdings, um damit das Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage zu ersetzen; diese setzt er vielmehr als gegeben voraus.

Leistungsverwaltung entwickelte Rechtsfigur könnte das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage nicht kompensieren.[19,20]

Sofern in Situationen, in denen wegen der Unsicherheit des sorgfältigen Beamten eine hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit zu verneinen ist, eine Befugnis zu belastenden Maßnahmen angenommen werden soll, ist jedenfalls darauf zu achten, dass die Eingriffsvoraussetzungen nicht vollständig nivelliert werden, sondern eine gewisse Dichte an tatsächlichen Anhaltspunkten für das Vorliegen einer Gefahr gefordert wird.[21]

### VI. Vorzüge eines alternativen begrifflichen Konzepts?

Versteht man den Begriff des Gefahrverdachts im oben dargestellten Sinne, markiert er – wie dargelegt – keine rechtlich relevante Differenzierung auf Tatbestandsseite. Dies könnte Anlass dazu geben, den Begriff des Gefahrverdachts abweichend zu definieren. So ließe sich als Zusatzkriterium einführen, die Ungewissheit müsse ein solches Maß erreichen, dass eine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nicht angenommen werden kann.[22] Eine solche Definition wäre wesentlich voraussetzungsreicher als die oben dargestellte Umschreibung des Gefahrverdachts. Das bloße Faktum der Unsicherheit (darüber, ob eine objektiv gefährliche Situation vorliegt) erlaubte noch keine Klassifikation als Gefahrverdacht. Vielmehr wäre eine vorherige Verneinung einer Gefahr im subjektiv-normativen Sinne erforderlich.

Bei einer solchen Begriffsbestimmung schlössen sich die Begriffe ‚Gefahr' (im subjektiv-normativen Sinne) und ‚Gefahrverdacht' aus. Damit lenkte der Begriff den Blick auf die oben[23] diskutierte Problematik, inwiefern Eingriffe zulässig sind, wenn keine Gefahr im subjektiv-normativen Sinne angenommen werden kann. Insofern käme dem Begriff eine Speicherfunktion zu. Die entscheidende Frage wird durch eine solche Begriffsumschreibung freilich nicht beantwortet: Inwiefern verhindern Unsicherheiten die Beurteilung, dass eine hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit vorliegt?

Gegen ein solches Verständnis der Kategorie des Gefahrverdachts sprechen ferner zwei Gründe. Wird der Begriff in der genannten eingeschränkten Weise umschrieben, so wird die Differenz gegenüber der oben vorgestellten Umschreibung des Gefahrverdachts teilweise nicht wahrgenommen.[24] Beide Umschreibungen werden mitunter gleichwertig nebeneinander verwendet, ohne dass dies als störend empfunden wird. Insofern trägt das alternative Begriffsmodell eher zu noch stärkerer Begriffsverwirrung bei, als diese zu entschärfen.[25] Zweitens wird bei einem solchen Begriffsverständnis das Feld der Fragen, die unter dem Stichwort ‚Gefahrverdacht' auf Rechtsfolgenseite diskutiert werden, nur unzureichend erfasst. Dort wird mit dem Begriff die Frage assoziiert, ob die beim Handelnden bestehenden Unsicherheiten dazu führen, dass er bei der Wahl der Maßnahmen beschränkt ist (und zwar in erster Linie auf Gefahrerforschung). Dieses Problem stellt sich aber auch in Situationen, in denen trotz der Unsicherheiten eine hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit bejaht werden kann. Damit empfiehlt sich ein solches Verständnis des Gefahrverdachts nicht. Es wird im Weiteren auch nicht zugrunde gelegt.

## D. Die polizeirechtliche Verantwortlichkeit

Besteht lediglich ein Verdacht, dass eine Gefahr im objektiven Sinne vorliegt, so kann auch in der Störerfrage allenfalls der Verdacht bestehen, jemand sei polizeirechtlich verantwortlich für die ungewisse Gefahr im objektiven Sinne.[26] Die Unsicherheit setzt sich auf der Ebene der Verantwortlichkeit fort.[27] Freilich kann auch bei Sicherheit über das Vorliegen einer Gefahr im objektiven Sinne hinsichtlich der Verantwortlichkeitsfrage nur ein Verdacht bestehen.[28] Hält man bei dem Erfordernis der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit die normativ-subjektive Perspektive auf Primärebene durch,[29] so ergeben sich bei der Verantwortlichkeit keine gefahrverdachtsspezifischen Schwierigkeiten.[30] Allerdings wird die

---

[19] Vgl. *Schenke* (Fn. 3), Rn. 89; *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG[7], 2008, § 35 Rn. 246. Wenig überzeugend ist es, an dieser Stelle auf Art. 20 III GG dergestalt zu rekurrieren, dass das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage als krasses, durch „Recht" kompensierbares Unrecht angesehen wird, so aber *Lücke*, Vorläufige Staatsakte, 1991, S. 229-231; zur Kritik s. *Jaeckel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, 2010, S. 113 m. dortiger Fn. 85.

[20] Zur Kritik an der gewohnheitsrechtlichen Begründung (hins. „unvollständiger" Polizeigesetze, S. 251) bei *Kickartz*, Ermittlungsmaßnahmen zur Gefahrerforschung und einstweilige polizeiliche Anordnungen, 1984, S. 253-256, s. *Pils*, DÖV 2008, 941, 947; *Schenke* (Fn. 3), Rn. 88 m. dortiger Fn. 161.

[21] Siehe VG Frankfurt, NVwZ-RR 2002, 269; *Denninger* (Fn. 2), E Rn. 50.

[22] S. *Schenke* (Fn. 3), Rn. 83; vgl. VGH München, NVwZ-RR 1997, 615, 616; VGH Kassel, NVwZ 1993, 1009, 1010; BVerwGE 116, 347, 352: „Ist die Behörde mangels genügender Erkenntnisse über die Einzelheiten der zu regelnden Sachverhalte und/oder über die maßgeblichen Kausalverläufe zu der erforderlichen Gefahrenprognose nicht im Stande, so liegt keine Gefahr, sondern – allenfalls – eine mögliche Gefahr oder ein Gefahrenverdacht vor." Das BVerwG hält seine zunächst äußerst restriktiv anmutende Konzeption (bei bloßem Gefahrverdacht – als Gegenbegriff zur Gefahr – biete die Generalklausel zum Polizeiverordnungserlass keine ausreichende Grundlage für Freiheitseinschränkungen, a.a.O., 352) allerdings nicht vollständig durch, sondern bezeichnet Gefahrerforschungsmaßnahmen als zulässig (deutlicher noch BVerwG, Urteil v. 18.12.2002 – 6 CN 3/01, juris-Rn. 28-31); selbst weitergehende Maßnahmen werden nur für „grundsätzlich" unzulässig gehalten, BVerwGE 116, 347, 356 f. Zu dieser fehlenden Stringenz *Ehlers*, DVBl. 2003, 336, 337.

[23] C.V.3.

[24] Vgl. etwa die Ausführungen bei *Knemeyer* (Fn. 6), Rn. 96.

[25] Vgl. *Schenke* (Fn. 3), S. 455, 462.

[26] Im Folgenden soll in diesem Fall vom Verdachtsstörer gesprochen werden. *Breuer*, GS Martens, 1987, S. 317, 341, differenziert nochmals zwischen dem bloß Verdachtsbetroffenen und dem (echten) Verdachtsstörer; Letzterer zeichne sich dadurch aus, dass der Betroffene den Gefahr- und Verursachungsverdacht objektiv provoziert habe.

[27] Denkbar ist freilich, dass die Verantwortlichkeit einer bestimmten Person oder die Verantwortlichkeit eines Menschen überhaupt (Naturunglück) sicher ausgeschlossen werden kann.

[28] Siehe *Breuer* (Fn. 26), S. 317, 341 f. („Verursachungsverdacht").

[29] Dafür z.B. VGH Mannheim, NuR 1986, 251 f.; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1991, 24, 26. Gegen diesen Ansatz erheben *Schenke/Ruthig*, VerwArch 1996, 329, 336 f., u.a. den Einwand, dass die Störervoraussetzungen bereits sprachlich auf eine objektiv zu verstehende Verantwortlichkeit abstellen. Allerdings soll eine objektive Verantwortlichkeit nicht nur durch Verursachung einer Gefahr im objektiven Sinne, sondern auch durch Kausalwerden „für die aus Sicht der Polizei bestehende ... Gefahr" (a.a.O., 337; m.a.W.: für das Vorstellungsbild des Beamten) begründet werden können.
Ebenfalls gegen eine Übertragung der Grundsätze der h.M. bei der Gefahrbeurteilung *Hoffmann-Riem* (FS Wacke, 1972, S. 327, 337) mit dem Argument, dass immerhin die Regeln über die Inanspruchnahme des Nichtstörers bereitstünden.

[30] Die Detailfrage, ob nur gegenüber solchen Verdachtsstörern, die aufgrund rechtswidrigen Vorverhaltens als Störer verdächtigt werden (dazu unten E.III.2.c.aa.), über die Duldung hinausgehende Belastungen angeordnet werden dürfen, ergibt sich gerade aus einer Durchbrechung der normativ-subjektiven Perspektive: Es geht nicht mehr nur darum, ob aus Sicht eines sorgfältigen Beamten die Störerkriterien mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorliegen; vielmehr wird ein Zusatzkriterium (Rechtswidrigkeit des Vorverhaltens) eingeführt, welches objektiv erfüllt sein muss, s. *Breuer* (Fn. 26), S. 317, 341; OVG Münster, ZUR 2002, 290, 291.

Frage wenig diskutiert, wann eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass eine Person objektiv die Voraussetzungen des Störers erfüllt.

## E. Die zulässigen Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Gefahrverdachts

Der Begriff des Gefahrverdachts wird häufig mit einer Restriktion der Maßnahmen in Verbindung gebracht, die nach der polizeilichen Generalklausel zulässig sind.[31] Um den Wert des Begriffs in solchen dogmatischen Aussagen beurteilen zu können, soll im Folgenden gefragt werden, ob sich diese Aussagen ohne Einbußen an Klarheit und Prägnanz auch unter unmittelbarem Rückgriff auf gesetzliche bzw. verfassungsrechtliche Kategorien gewinnen lassen.

Die folgenden Überlegungen setzen voraus, dass eine Situation vorliegt, in der überhaupt eingreifende Maßnahmen getroffen werden dürfen – sei es, weil im Einzelfall eine Gefahr anzunehmen sein sollte, sei es, weil eine methodische Erweiterung der Generalklausel befürwortet wird, nach der trotz Nichterfüllung des Gefahrmerkmals eingreifende Maßnahmen für zulässig gehalten werden.

### I. Terminologische Vorbemerkungen

Zur begrifflichen Klärung soll vorab eine Typologisierung denkbarer Maßnahmen vorgenommen werden. In Anlehnung an *Breuer*[32] lassen sich folgende Arten von Maßnahmen unterscheiden: 1. Gefahrerforschungsmaßnahmen, die die Beschaffung der notwendigen Kenntnisse im Vorfeld der unmittelbaren Gefahrenbekämpfung betreffen;[33] 2. vorläufige Gefahrenabwehrmaßnahmen, die lediglich vorübergehende Abhilfe gegenüber der (möglichen) Beeinträchtigung des Schutzguts schaffen; 3. schließlich die endgültige und dauerhafte Beseitigung der Gefahr.[34]

Gefahrerforschungsmaßnahmen sind nicht lediglich im Zusammenhang mit dem Gefahrverdacht relevant. Vielmehr existieren auch Situationen, in denen der sorgfältige Amtswalter überzeugt ist, dass objektiv eine Gefahr gegeben ist (mag dies der objektiven Lage entsprechen oder nicht), es aber zur Vorbereitung einer wirksamen Gefahrenabwehr notwendig ist, zuvor das Ausmaß der Gefahr festzustellen.[35] (Freilich ist einzuräumen, dass unsicher ist, nach welchen Kriterien sich bemisst, ob „eine“ Gefahr vorliegt, deren Ausmaß unklar ist, oder ob mehrere Gefahren vorliegen, von denen eine nach Überzeugung des Entscheidenden gegeben ist, während er hinsichtlich einer weiteren an deren Vorliegen zweifelt.[36])

### II. Der Meinungsstand

Bei einem Gefahrverdacht sollen grundsätzlich nur Gefahrerforschungsmaßnahmen zulässig sein.[37] Unter diesem Begriff werden allerdings häufig auch vorläufige Maßnahmen der Gefahrenabwehr verstanden.[38] Nur ausnahmsweise sollen darüber hinausgehende Gefahrenabwehrmaßnahmen zulässig sein, nämlich dann, wenn der konkrete Gefahrverdacht wegen des drohenden Schadensumfangs[39] oder des Wertes der bedrohten Rechtsgüter[40] besonders schwerwiegend ist.

Diese auf die situativen Bedürfnisse abstellende Sichtweise legt die Annahme nahe, dass nur Anforderungen artikuliert werden, die sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (insbesondere dem Teilgebot der Erforderlichkeit) ergeben, der bei der Ermessensausübung stets als verfassungsrechtliche Grenze zu beachten[41] und im Übrigen in zahlreichen Landespolizeigesetzen[42] sowie im Bundespolizeigesetz auch einfachrechtlich verankert ist. Häufig wird auch ausdrücklich auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Grund für die genannten Restriktionen hingewiesen.[43]

### III. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

#### 1. Das Gebot der Geeignetheit

Maßnahmen, die Aufklärung darüber erbringen, ob eine objektiv gefährliche Sachlage gegeben ist, dienen der Vorbereitung der Entscheidung, ob eine Abwehrmaßnahme zu ergreifen ist oder ob eine solche eingreifende Maßnahme unterlassen werden kann (was den ansonsten Betroffenen schont). Zur Förderung dieses legitimen Zwecks sind Aufklärungsmaßnahmen geeignet.

Soweit es um Maßnahmen der vorläufigen oder endgültigen Gefahrenabwehr geht, ist die Geeignetheit der Maßnahmen zur Gefahrenabwehr zu bejahen. Selbst wenn objektiv keine Gefahr vorliegen sollte, bedeutete es einen inkonsequenten

---

31 S. die Nw. bei Fn. 37.

32 *Breuer* (Fn. 26), S. 317, 344.

33 *Denninger* (Fn. 2), E Rn. 51, unterscheidet noch einmal zwischen Gefahrerforschungsmaßnahmen (Liegt eine Gefahr vor?) und Gefahrbestimmungsmaßnahmen (Wer hat die Gefahr verursacht [insofern wird auch von Störererforschungseingriffen gesprochen]? Welchen Umfang hat die Gefahr? Wie lässt sie sich bekämpfen?).

34 *Breuer* (Fn. 26), S. 317, 344, nennt als weitere Kategorie Maßnahmen des Gefahreneinschlusses. M.E. ist es nicht gerechtfertigt, dies als eigene Fallgruppe zu begreifen. Denn die außerhalb des Einschlusses der Gefahrenquelle liegenden Rechtsgüter sind dauerhaft oder vorläufig nicht mehr gefährdet, so dass sich solche Maßnahmen jeweils der zweiten oder dritten Fallgruppe zuordnen lassen.

35 Um einen solchen Fall handelt es sich bei OVG Koblenz, NVwZ-RR 1996, 320. *Breuer* (Fn. 26), S. 317, 343, setzt solche Konstellationen zwar terminologisch von den Gefahrerforschungseingriffen „im strengen Wortsinne“ ab (und spricht von „Gefahrbestimmungsmaßnahmen“), erkennt aber an, dass sich hier sachlich dieselben Fragen stellen.

36 Beispiel in Anlehnung an OVG Münster, ZUR 2002, 290: unsachgemäße Demontage einer Heizungsanlage, festgestellte Asbestverunreinigungen in der Raumluft einer Wohneinheit, Verdacht der Luftverunreinigung in weiteren Wohneinheiten. Liegt hier sicher eine Gefahr (für die Gesundheit; Störung hinsichtlich überschrittener Belastungswerte) vor, deren Ausmaß unklar ist, oder eine Gefahr nebst Verdacht weiterer Gefahren (bezogen auf die jeweiligen Wohneinheiten)? Vgl. auch *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 5), § 4 Rn. 56, wo die Überflüssigkeit der Kategorie des Verursachungsverdachts mit der Begründung angenommen wird, bei Unsicherheit über das gefahrverursachende Verhalten handle es sich um einen Zweifel darüber, „ob diese oder jene Gefahr vorliegt“.

37 *Denninger* (Fn. 2), E Rn. 48; *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 5), § 4 Rn. 59; *Schoch*, JuS 1994, 667, 669; vgl. a. *Gusy* (Fn. 2), Rn. 196. – Die Behauptung einer notwendigen Verbindung von Gefahrerforschung und Vorläufigkeit der Maßnahme (s. etwa *Schoch*, JuS 1994, 667, 669) leuchtet mir nicht ein: Die auferlegte Belastung, etwa in Form der Pflicht, eine Probe zu nehmen und zu untersuchen, ist nicht bloß vorläufiger Natur (*Weiß*, NVwZ 1997, 737, 739). Freilich findet ggf. ein Ausgleich auf Sekundärebene statt, der keine Aufhebung des Verwaltungsakts auf Primärebene voraussetzt; zur Begründung dieses Zusammenhangs soll der Rekurs auf die Vorläufigkeit zuweilen dienen, s. OVG Münster, DVBl. 1996, 1444, 1445.

38 Vgl. *Denninger* (Fn. 2), E Rn. 48; *Götz* (Fn. 2), § 6 Rn. 29; vgl. *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr[9], 1986, S. 227. Nach *Gusy* (Fn. 2), Rn. 196 sollen im Falle besonderer Dringlichkeit vorläufige Sicherungsmaßnahmen zulässig sein.

39 S. *Schoch*, JuS 1994, 667, 669.

40 *Denninger* (Fn. 2), E Rn. 48; *Knemeyer* (Fn. 6), Rn. 97; *Schoch* (Fn. 2), Rn. 98.

41 Siehe nur *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht[17], 2009, § 7 Rn. 23.

42 In Hamburg in § 4 I-III SOG.

43 *Breuer* (Fn. 26), S. 317, 343; *Drews/Wacke/Vogel/Martens* (Fn. 38), S. 227; *Ehlers*, DVBl. 2003, 336, 337.

Perspektivwechsel gegenüber der normativ-subjektiven Bestimmung des Gefahrbegriffs, in einem solchen Fall die Geeignetheit der Maßnahme zu verneinen.[44] Vielmehr besteht auch in diesen Fällen eine Aussicht auf Abwehr der Gefahr.

### 2. Das Gebot der Erforderlichkeit

#### *a) Die Anwendung auf die verschiedenen Arten von Maßnahmen*

Das Teilgebot der Erforderlichkeit gebietet es, unter mehreren gleich geeigneten Mitteln dasjenige zu wählen, das den Bürger am wenigsten belastet. Vergleicht man die Eingriffsintensität von Gefahraufklärungs-, vorläufiger sowie endgültiger Gefahrenabwehrmaßnahme,[45] so ist idealtypisch eine zunehmende Eingriffsintensität festzustellen. Regelmäßig wird eine Gefahrerforschungsmaßnahme eine deutlich geringere Eingriffsintensität als eine Abwehrmaßnahme aufweisen[46] und die Aussicht bieten, auf die Abwehrmaßnahme zu verzichten (nämlich im Fall eines negativen Ergebnisses der Erforschungsmaßnahme). Sofern in einer solchen Konstellation die Gefahrerforschung ohne Inkaufnahme weiterer Nachteile[47] durchgeführt werden kann, ist ihr unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Vorzug zu geben.[48]

Doch kann der Fall auch anders liegen: Die Erforschung ist nur mühsam und mit größeren Eingriffen möglich, während eine leicht auszuführende Maßnahme existiert, die die Gefahr – sofern sie objektiv vorliegt – wirksam bekämpft (und die andernfalls, d.h. bei Nichtvorliegen einer Gefahr, keine zusätzlichen Nachteile verursacht). Die Polizei in einer solchen Situation auf Gefahrerforschung im eigentlichen Wortsinne festzulegen, erschiene sinnwidrig und unverhältnismäßig.

Man könnte freilich die Erforderlichkeit von Gefahr*erforschungs*maßnahmen im Allgemeinen mit folgender Überlegung angreifen: Erweist sich die Gefahr als existent, so ist regelmäßig ohnehin eine Gefahrenabwehrmaßnahme nötig. Der vorgängige Gefahrerforschungseingriff erhöht insgesamt also nur die Schwere des Eingriffs. Erweist sich hingegen, dass keine Gefahr gegeben ist, so ist die Maßnahme funktionslos. Bei einer solchen Argumentation würde aber verkannt, dass die Erforschungsmaßnahme immerhin eine reflektiertere Entscheidung über den Einsatz des Abwehrmittels erlaubt. Stellt sich durch die Maßnahme heraus, dass objektiv kein Schaden droht, können die regelmäßig deutlich größeren Belastungen durch eine Abwehrmaßnahme vermieden werden. Aus dieser Möglichkeit, reflektiert über die Notwendigkeit einer Abwehrmaßnahme zu entscheiden, ergibt sich der Nutzen und damit regelmäßig die Erforderlichkeit des Erforschungseingriffs.

#### *b) Zwischenergebnis*

Die bisherigen Überlegungen haben die Annahme bestätigt, dass mit der dogmatischen Regel, im Falle des Gefahrverdachts seien grundsätzlich nur Gefahrerforschungsmaßnahmen zulässig, lediglich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (mit dem Gebot der Erforderlichkeit) zur Geltung gebracht wird. Dies geschieht allerdings in unpräziser Weise,[49] so dass der unmittelbare Rückgriff auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genauere Aussagen erlaubt.

#### *c) Nähere Untersuchung der Gefahrerforschungsmaßnahmen*

##### *aa) Der Meinungsstand*

Der Kreis der zulässigen Gefahrerforschungsmaßnahmen lohnt aber noch eine genauere Betrachtung. Zum Teil wird nämlich vertreten, bei einem Gefahrverdacht habe der Verdachtsstörer lediglich behördliche Aufklärungsmaßnahmen zu dulden; auch dürfe die Duldung ihm gegenüber verfügt werden. Nicht hingegen dürfe ihm aufgegeben werden, selbst die Gefahrerforschung durchzuführen.[50] Teilweise wird weiter differenziert, nämlich danach, ob der Gefahrverdacht vom Verdachtsstörer durch rechtswidriges Vorverhalten herbeigeführt worden sei:[51] In diesem Falle dürfe ihm selbst die Gefahrerforschung aufgegeben werden; andernfalls habe er lediglich die behördliche Gefahrerforschung zu dulden.[52]

Die Auseinandersetzung um die Beschränkung der zulässigen Rechtsfolgen wird durch den Umstand erschwert, dass häufig das angenommene Verhältnis von Gefahrverdacht und Gefahr nicht deutlich gemacht wird. Damit bleibt unklar, ob die Beschränkung auf behördliche Gefahrerforschung (auch oder sogar nur) für den Fall vertreten wird, dass in der Situation des Gefahrverdachts eine Gefahr anzunehmen ist. Zudem wird nicht deutlich gemacht, in welchem Umfang hier Ausnahmen zugelassen werden (etwa: wenn die sofortige Abwehr geboten und nur – bzw. effektiver – durch den Verdachtsstörer zu leisten ist).

---

[44] Vgl. BVerwGE 45, 51, 60; 49, 36, 42 f. Im Übrigen stellt sich an dieser Stelle keine Schwierigkeit, die spezifisch mit dem Gefahrverdacht verbunden ist, sondern vielmehr eine Frage, die auch in den Situationen der Anscheinsgefahr stets auftritt.

[45] Inwiefern ein Zuwarten (damit sich von selbst klärt, ob ein Schaden eintreten kann) als milderes Mittel einzustellen ist, hängt davon ab, ob diese Frage schon bei dem Merkmal der Gefahr verarbeitet wird, näher *Darnstädt* (Fn. 12), S. 56 f., 78 ff.

[46] *Bürmann*, Der Gefahrenverdacht, 2002, S. 111; *Schenke* (Fn. 3), Rn. 87; vgl. *Hoffmann-Riem* (Fn. 29), S. 327, 335.

[47] Solche Nachteile können bestehen in der drohenden Ausweitung oder der möglichen Unabwendbarkeit des Schadens bei Zeitverlust durch vorherige Erforschung. Sind derartige Nachteile zu befürchten, so wird eine Abwägung erforderlich zwischen diesen Nachteilen (unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts) und dem Vorteil, der in der geringeren Eingriffsintensität einer Abwehrmaßnahme liegt (unter Berücksichtigung des Umstands, dass möglicherweise später noch eine Abwehrmaßnahme vorzunehmen ist). Diese Abwägung ist nicht im Rahmen der Erforderlichkeit (denn die Erforschungsmaßnahme ist wegen der damit einhergehenden Risiken nicht gleichermaßen geeignet wie die Abwehrmaßnahme), sondern im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu lokalisieren.

[48] Zu bedenken ist, dass die Abwehrmaßnahme einen weitergehenden Zweck verfolgt als die Erforschungsmaßnahme als solche, die allein nicht geeignet ist, das Ziel der Gefahrenabwehr zu erreichen. Erst Gefahrerforschung und gegebenenfalls nötige Abwehrmaßnahme bewirken die Gefahrenabwehr. Die Überlegung führt dazu, dass die Aussicht, nach der Gefahrerforschung u.U. eine Abwehrmaßnahme zu ergreifen, bei der Bestimmung der Erforderlichkeit, insbesondere der Belastungsintensität, zu berücksichtigen ist. Doch auch unter Einbeziehung dieses Umstands stellt es im Normalfall das schonendere Vorgehen dar, zunächst Gefahrerforschung zu betreiben, eben weil die Möglichkeit besteht, auf die Abwehrmaßnahme verzichten zu können (oder diese zumindest im Umfang präziser anzuwenden).

[49] S. *Hoffmann-Riem* (Fn. 29), S. 327, 335.

[50] VGH München, NVwZ-RR 1997, 615, 616 f.; VGH Kassel, NVwZ 1993, 1009, 1010; OVG Koblenz, NVwZ 1992, 499, 501. **A.A.** *Schoch* (Fn. 2), Rn. 98; VGH Mannheim, Urteil v. 18.09.2001 – 10 S 259/01, juris-Rn. 44; VGH Mannheim, NVwZ 1991, 491, 492; vgl. VGH Mannheim, ZfW 1994, 407 f.

Bestehen keine Zweifel am Vorliegen von Gefahr und Verantwortlichkeit (im objektiven Sinne), gliedert sich das Meinungsspektrum anders. Hier soll eine Heranziehung zur Gefahrerforschung (Aufklärung des Umfangs der Gefahr) zulässig sein, OVG Bremen, NVwZ-RR 2001, 157, 158. **Restriktiver** OVG Koblenz, NVwZ 1992, 499, 501.

[51] OVG Münster, ZUR 2002, 290, 291; *Breuer* (Fn. 26), S. 317, 346 f. (zur Terminologie *Breuers* s.o. Fn. 26); die Unterscheidung nach der Zurechenbarkeit wird hierbei schon auf Primärebene fruchtbar gemacht, bei der es um die Rechtmäßigkeit der Gefahrenabwehrmaßnahme geht.

[52] *Breuer* (Fn. 26), S. 317, 347.

Für die Restriktion auf die bloße Duldung der Gefahrerforschung werden zwei Argumente angeführt. Zum einen das Gebot der Erforderlichkeit als Teil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: Die Verpflichtung zur Duldung der behördlichen Maßnahmen bedeute gegenüber der Verpflichtung zu eigenem Tätigwerden den geringeren Eingriff.[53] Zum anderen der Amtsermittlungsgrundsatz, § 24 VwVfG, als dessen Folge die Sachverhaltsaufklärung stets Sache der Behörde sei.[54]

*bb) Die Relevanz des Problems*

Vor einer Auseinandersetzung mit den Argumenten soll die Tragweite des Problems umrissen werden: Es geht im Wesentlichen darum, wer die Gefahrerforschung vorfinanziert.[55] Falls nämlich der Verdachtsstörer den Gefahrverdacht nicht in zurechenbarer Weise[56] hervorgerufen hat, gilt Folgendes: Sofern dem Verdachtsstörer selbst rechtmäßig die Gefahrerforschung aufgegeben wurde, steht ihm ein Anspruch nach den Vorschriften über die Entschädigung des Nichtstörers[57] zu (Perspektivwechsel auf Sekundärebene).[58] Dieser Perspektivwechsel wird damit begründet, dass auf Sekundärebene nicht die effektive Gefahrenabwehr, sondern eine gerechte Lastenverteilung Leitgesichtspunkt ist.[59] Hat die Behörde hingegen selbst (oder durch einen beauftragten Dritten) die Gefahrerforschungsmaßnahmen vorgenommen, ist eine spätere Überwälzung behördlicher Aufklärungskosten unzulässig.

Falls der Verdacht in zurechenbarer Weise verursacht wurde,[60] gilt hingegen: Dem Verdachtsstörer, dem die Gefahrerforschung aufgegeben wurde, steht ein Entschädigungsanspruch nicht zu. Sofern die Behörde die Maßnahmen selbst durchgeführt hat, darf sie nachträglich denjenigen mit den Kosten belasten, der für die objektive Gefahr objektiv verantwortlich war.[61] Nicht erörtert wird einzig die Situation, dass die Behörde die Gefahrerforschung selbst betreibt und sich herausstellt, dass objektiv keine Gefahr bzw. Verantwortlichkeit nach den Störervorschriften bestand, der Anschein aber in zurechenbarer Weise gesetzt wurde.

*cc) Auseinandersetzung*

Gegen das Argument, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fordere stets eine Beschränkung auf die bloße Duldung behördlicher Aufklärung, bestehen zwei Einwände. Erstens hat ein solcher Ansatz tendenziell zu weitreichende Ableitungen zur Folge: Auch bei sicher festgestellten Gefahren ist die Duldung behördlicher Gefahrenabwehr schonender als die Beseitigung. Nun ist aber das polizeirechtliche System der Generalklausel in Verbindung mit den Regeln zur polizeirechtlichen Verantwortlichkeit auf Gefahrenabwehr durch den Störer angelegt. Auch in den an dieser Stelle erörterten Fällen des Gefahrverdachts sind Gefahr und Verantwortlichkeit bejaht worden (sonst stellte sich das Problem nicht).

Zweitens wird die Frage des milderen Mittels nur ausschnitthaft betrachtet: Zeigt sich, dass der Gefahrverdacht dem in Anspruch Genommenen nicht zugerechnet werden kann, so wird er auf Sekundärebene – wie dargestellt – als Nichtstörer behandelt; er hat einen Anspruch auf Ausgleich der erlittenen Nachteile. Die Differenz der Belastungsintensität wird dadurch immerhin verringert. Stellt sich hingegen eine objektive Verantwortlichkeit für die Gefahr heraus, so ist eine Überwälzung der Kostenlast zulässig. Unter Umständen hätte der Pflichtige die Gefahrerforschung selbst günstiger durchführen können als die Behörde. Die behördliche Sachverhaltsaufklärung mit nachfolgender Überwälzung der Kostenlast trifft ihn dann härter als die Inanspruchnahme auf eigene Gefahrenabwehr. Diese möglichen Folgen sind ebenfalls zu bedenken, ehe die behördliche Sachverhaltsermittlung vorschnell als milder qualifiziert wird.[62] Schließlich verstellt eine pauschale Bewertung der behördlichen Sachverhaltsaufklärung als milder den Blick auf die Frage, wer die Gefahr effektiver erforschen kann.

Die Vorschrift des § 24 VwVfG erscheint ambivalent: Immerhin ist es nach § 24 I 2 VwVfG auch Sache der Behörde, Art und Umfang der Ermittlungen zu bestimmen.[63] Der Umstand, dass die Behörde den Sachverhalt zu ermitteln hat, beantwortet nicht die Frage, ob das öffentliche Recht eine Ermächtigung bereithält, den Bürger zu verpflichten, einen Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung zu leisten.

Diese Erwägungen sprechen m.E. dafür, eine pauschale Beschränkung auf die Duldung behördlicher Ermittlungstätigkeit zu verwerfen. Eher ist eine Betrachtung des Einzelfalls im Rahmen der Verhältnismäßigkeit i.e.S. angezeigt.

Jedenfalls inkonsistent ist eine Argumentation, die sich gegen die Zulässigkeit von Eingriffen ausspricht, und damit die These begründet, dass der Verdachtsstörer behördliche Ermittlungstätigkeit lediglich zu dulden habe. Auch mit behördlicher Aufklärungstätigkeit können Eingriffe einhergehen, man denke an das Betreten eines Grundstücks oder die Verfügung eines Produktionsstopps zur Ermöglichung behördlicher Untersuchungen. § 24 VwVfG bietet keine Grundlage für Eingriffe.[64]

*dd) Zwischenergebnis zur Funktion des Begriffs ‚Gefahrverdacht'*

Zur Funktion des Begriffs lässt sich feststellen, dass die Formulierung ‚Gefahrerforschung bei Gefahrverdacht' immerhin

---

[53] S. OVG Koblenz, NVwZ 1987, 240, 241; *Breuer*, NVwZ 1987, 751, 754.

[54] OVG Koblenz, NVwZ 1992, 499, 501; VGH Kassel, NVwZ 1993, 1009, 1010.

[55] Vgl. *Götz* (Fn. 2), § 6 Rn. 31.

[56] Sofern objektiv keine Gefahr gegeben ist bzw. der Verdachtsstörer für eine solche nicht objektiv verantwortlich ist, ist streitig, ob für die Zurechnung des Gefahrverdachts ein Verschuldenselement erforderlich ist. **Dafür** *Rachor*, in: Lisken/Denninger (Fn. 2), L Rn. 45 f. (Verschuldensmaßstab in Anlehnung an § 5 II StrEG: Ausschluss des Anspruchs nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit). Nach BGHZ 117, 303, 308; 126, 279, 285 f. ist Entschädigung zu gewähren, wenn die den Verdacht begründenden Umstände vom Anspruchsteller nicht zu verantworten sind (s. BGHZ 126, 279, 284 f. auch zur Behandlung jener Fälle, in denen noch auf Sekundärebene unklar ist, ob eine Gefahr im objektiven Sinne bestand). **Dagegen** VG Berlin, NJW 1991, 2854; *Drews/Wacke/Vogel/Martens* (Fn. 38), S. 668 f.

[57] In Hamburg § 10 III 1 SOG.

[58] S. dazu OVG Münster, DVBl. 1996, 1444 f.; die abweichende Beurteilung auf Sekundärebene setzt keine Aufhebung des Verwaltungsakts voraus, mit der die Inanspruchnahme auf Primärebene erfolgte.

[59] *Weiß*, NVwZ 1997, 737, 742 m.w.N.

[60] Dies ist u.a. dann der Fall, wenn eine Gefahr im objektiven Sinne vorlag, für die der Betroffene objektiv verantwortlich war.

[61] OVG Münster, DVBl. 1996, 1444, 1445; *Breuer* (Fn. 26), S. 317, 349; *Denninger* (Fn. 2), E Rn. 51: Inanspruchnahme entsprechend den Vorschriften über die unmittelbare Ausführung, in Hamburg § 7 III SOG; **a.A.** *Drews/Wacke/Vogel/Martens* (Fn. 38), S. 678. Differenzierte Erörterung der Frage bei *Weiß*, NVwZ 1997, 737, 741 f.

[62] *Classen*, JA 1995, 608 (611); *Bürmann* (Fn. 46), S. 118. Diesen Bedenken könnte man ein Stück weit dadurch Rechnung tragen, dass der Verdachtsstörer die eigene Sachverhaltsermittlung als Austauschmittel gegenüber der ihm aufgegebenen Duldung anbieten darf, vgl. § 4 IV SOG.

[63] VGH Mannheim, ZfW 1994, 407, 408; *Weiß*, NVwZ 1997, 737, 740.

[64] *Schenke* (Fn. 3), Rn. 90.

eine Abbreviatur der umstrittenen Rechtsfrage darstellt. Der Gewinn der pointierten Bezeichnung wird allerdings dadurch geschmälert, dass durch den Begriff des Gefahrverdachts zahlreiche Unklarheiten in die Diskussion hineingetragen werden:[65] Sind nur Situationen gemeint, in denen das Vorliegen einer Gefahr im normativ-subjektiven Sinne zu verneinen ist? Gelten die Einschränkungen auch, wenn objektiv eine Gefahr vorliegt?[66]

### 3. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit i.e.S.

Bei der Frage der Verhältnismäßigkeit i.e.S. schließlich ergeben sich keine spezifischen Schwierigkeiten. Es sei darauf hingewiesen, dass auch der Grad der Schadenswahrscheinlichkeit bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eine Rolle spielt. Ebenso sind besondere Belastungen, die im Einzelfall mit einer Verpflichtung zur Gefahrerforschung (im Vergleich zur bloßen Duldung) verbunden sind, in die Beurteilung einzustellen.[67]

## IV. Überschreitung des Auswahlermessens aus anderen Gründen

Hinsichtlich solcher Maßnahmen, die der Aufklärung der Frage dienen, ob eine Gefahr vorliegt, problematisiert *Poscher*, ob die Maßnahme sich noch innerhalb der von der Generalklausel gedeckten Rechtsfolgen halte, da die Generalklausel ihrem Wortlaut nach zu *Abwehr*maßnahmen ermächtige.[68] *Poscher* räumt ein, dass das Problem praktisch dadurch entschärft werde, dass die Ermittlungen zu Ursache, Art und Ausmaß der Gefahr wegen des engen Zusammenhangs mit der Abwehr der Gefahr (Erleichterung von Gefahrenabwehrmaßnahmen) von der Generalklausel gedeckt seien.[69] Soweit bei diesen Ermittlungen zum „Wie" der Gefahr auch Informationen zum „Ob" anfielen, ändere dies nichts daran, dass die Maßnahme der Gefahrenabwehr diene. Als Problem verbleiben für *Poscher* die „reinen Ermittlungsmaßnahmen".[70] Doch kann man auch in diesen Fällen argumentieren, dass die Ermittlung, ob eine Gefahr vorliegt, nicht Selbstzweck ist, sondern die sich daran anschließende Entscheidung über die Abwehr ermöglicht. Insofern handelt es sich um eine Maßnahme „zur Gefahrenabwehr".

## V. Folgefrage: Restriktionen bei Vorliegen einer Gefahr im objektiven Sinne

Auch hinsichtlich der Restriktionen bei der Wahl der zulässigen Rechtsfolgen, die unter Rückgriff auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entwickelt wurden, stellt sich die Frage, inwiefern diese ebenfalls Geltung beanspruchen, wenn eine Gefahr im objektiven Sinne vorliegt. Wäre etwa eine ohne vorherige Beprobung ergehende Anordnung, den gesamten Bestand an verdächtigen Lebensmitteln zu vernichten, dann gerechtfertigt, wenn sich der Bestand – etwa im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – als verdorben erwiese? Selbst wenn man eine solche Maßnahme nicht als unverhältnismäßig ansehen will,[71] solange sie nicht aufgrund der fehlenden Erkenntnisse über das Maß des Erforderlichen hinausgeht, bestehen durchgreifende Bedenken gegen ein solches Vorgehen. Zum einen spricht der pragmatische Grund dagegen, die Rechtswidrigkeit einer solchen Maßnahme nicht zu riskieren.[72] Zum anderen dürfte sich die Entscheidung auf der unzureichend ermittelten Tatsachengrundlage zumeist als ermessensfehlerhaft unter dem Gesichtspunkt der – durch die unvollständige Aufklärung bedingten – Nichtberücksichtigung relevanter Ermessensgesichtspunkte ergeben.[73]

## F. Fazit

I. Der gesetzesfremde Begriff des Gefahrverdachts erzeugt eine Reihe von Unklarheiten. Dogmatische Aussagen, die an den Begriff anknüpfen, werden in demselben Maße unklar wie der Begriff und dessen Verhältnis zu anderen Kategorien.

II. Die Kategorie des Gefahrverdachts ist entbehrlich: Auf Tatbestandsseite markiert sie keine rechtlich relevante Differenzierung. Auf Rechtsfolgenseite stellen dogmatische Aussagen zu dieser Kategorie häufig nur unpräzise Formulierungen dessen dar, was aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unmittelbar folgt.

III. Auf den Begriff des Gefahrverdachts sollte verzichtet werden. Vorzugswürdig gegenüber einer Dogmatik des Gefahrverdachts erscheint es, die einzelnen Merkmale des Gefahrbegriffs differenziert zu entfalten. So ließe sich etwa bei dem Submerkmal „Sachlage" die Frage verhandeln, ob vollständige diagnostische Gewissheit angesichts der Gründe, die für eine Subjektivierung des Gefahrbegriffs streiten, eine verständliche Forderung ist.[74] Im Rahmen der hinreichenden Wahrscheinlichkeit ließe sich danach fragen, ob bestimmte („strukturelle") Defizite im Kausalwissen eine Bejahung des Merkmals kategorisch ausschließen[75] und auf welche Weise diagnostische und prognostische Unsicherheiten das Wahrscheinlichkeitsurteil beeinflussen.[76] Auf Rechtsfolgenseite verdienen die Erforderlichkeit von Maßnahmen, mögliche

---

[65] Dies konstatiert auch *Schenke* (Fn. 3), Rn. 83.

[66] Dazu noch unten E.V.

[67] S. *Weiß*, NVwZ 1997, 737, 743.

[68] *Poscher* (Fn. 9), S. 134. Nach dem von *Poscher* vertretenen objektiven Gefahrbegriff stellt sich diese Frage allerdings nur, wenn objektiv eine Gefahr gegeben ist. Liegt objektiv schon keine Gefahr vor, so ist die Maßnahme allein schon deshalb mangels gesetzlicher Grundlage rechtswidrig.

[69] *Poscher* (Fn. 9), S. 134 f.

[70] *Poscher* (Fn. 9), S. 136-140. *Poscher* weist hier auf die seines Erachtens recht weitgehenden Ermittlungsbefugnisse auf der Grundlage von Standardermächtigungen hin (zu diesen vgl. oben Teil 1, Fn. 7), hält bei Fehlen einer solchen Ermächtigung allerdings reine Ermittlungsmaßnahmen für rechtswidrig, S. 137-140. Ebenso *Möstl* (Fn. 9), S. 180 ff., der zwischen Gefahrenabwehr und Gefahrermittlung unterscheidet und aus dem Umstand, dass nur das Vorliegen einer Gefahr eine Maßnahme der Gefahrenabwehr rechtfertigen könne, ableitet, dass auf die Generalklausel keine reine Gefahrerforschung gestützt werden könne. *Möstls* Sorge vor einer andernfalls drohenden „Ausdünnung" des Gefahrbegriffs ist zwar berechtigt (vgl. auch oben bei Fn. 21), doch ist die gezogene Konsequenz der Festlegung auf eine eng verstandene Gefahren*abwehr* weder zwingend noch plausibel, wenn man eine Zuordnung des Gefahrverdachts zum Merkmal ‚Gefahr' für möglich hält.

[71] Einen inkonsequenten Perspektivwechsel (vgl. o. bei Fn. 44) muss eine Beurteilung als verhältnismäßig nicht darstellen: Nimmt man auf Tatbestandsseite an, die Annahme einer Gefahr aus objektiver oder normativ-subjektiver Perspektive sei jeweils hinreichend zur Bejahung des Gefahrmerkmals (vgl. dazu oben C.V.1.), so liegt es nahe, diesen Gedanken auf die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit zu übertragen: Auch eine Abwehrmaßnahme, die unter einem normativ-subjektiven Blickwinkel nicht erforderlich erscheint (s.o. bei Fn. 48), könnte von einer objektiven Warte aus erforderlich erscheinen.

[72] Die Rechtswidrigkeit ergäbe sich jedenfalls bei Fehlen einer Gefahr im objektiven Sinne, sofern dies bei vorheriger Erforschung erkennbar gewesen wäre.

[73] Zu diesem Fall des Ermessensfehlgebrauchs s. *Maurer* (Fn. 41), § 7 Rn. 22.

[74] Dazu oben Teil 1, C.II.1.

[75] Vgl. die Andeutungen oben in Teil 1 bei Fn. 27.

[76] Dazu oben Teil 1, C.II.2. und III.

Auswirkungen des Amtsermittlungsgrundsatzes und die Frage, ob das Auswahlermessen durch den Wortlaut „zur Gefahrenabwehr“ beschränkt wird, besonderes Augenmerk.

Durch einen Verzicht auf den Begriff des Gefahrverdachts verschwinden keine Sachfragen – einige Verständigungsschwierigkeiten hingegen schon. Der Gefahrverdacht: ein Fall für *Ockham's Razor*.[77]

[77] Für einen Verzicht auf den Begriff des Gefahrverdachts im Rahmen rechtlicher Beurteilung auch *Schenke* (Fn. 3), S. 455, 469; für eine Aufgabe der Figur des „Gefahrerforschungseingriffs“, da dieser irreführend und entbehrlich sei, *Weiß*, NVwZ 1997, 737, 744.

Dr. Birga Tanneberg, LL.B., Hamburg*

# Die Belastung des Staatshaushalts als Tatbestandsmerkmal der Beihilfe im Sinne des Art. 107 VAEU am Beispiel staatlicher Förderankündigungen

## A. Einführung

Spätestens die globale Finanzkrise hat gezeigt, dass das Vertrauen der Marktteilnehmer in ein Unternehmen bares Geld wert ist. Verliert ein Unternehmen dieses Vertrauen, wird es schwieriger, Kunden zu akquirieren oder Kredite aufzunehmen. Gewinnt ein Unternehmen das Vertrauen des Marktes zurück, hat dies unmittelbare finanzielle Folgen – Kunden nehmen seine Waren wieder ab, Gläubiger gewähren neue Kredite. Was dies für das Beihilfenrecht bedeuten kann, hat sich bereits in einem Beispiel aus dem Jahr 2002 gezeigt, mit dem sich zurzeit der EuGH zu beschäftigen hat:[1] Die französische Regierung kündigte öffentlich an, das krisengeschüttelte Unternehmen France Télécom mit einem Aktionärsvorschuss zu unterstützen. Die Kommission leitete daraufhin ein Beihilfenverfahren ein.

Dies war vor dem Hintergrund des von den europäischen Gerichten und der überwiegenden Literatur vertretenen Beihilfenbegriffs des Art. 107 Abs. 1 VAEU (ex Art. 87 EGV)[2] ungewöhnlich. Die Norm ist ihrem Wortlaut nach weitestgehend seit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft gleich geblieben. Eine Beihilfe liegt demnach vor, wenn eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte selektive Begünstigung den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen droht.[3] Dabei dient das im Wortlaut vorgesehene Merkmal „staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt“ zunächst dazu, eine Umgehung der Beihilfenkontrolle durch die Schaffung nichtstaatlicher Einrichtungen zu verhindern. Es sollen gleichermaßen unmittelbar vom Staat selbst und mittelbar von Einrichtungen, die vom Staat benannt oder errichtet wurden, gewährte Beihilfen erfasst werden. Einschränkend wird überwiegend angenommen, dass der Begünstigung des Beihilfenempfängers eine Belastung des Staatshaushalts entsprechen muss.[4] Dies ist in den Fällen bloßer Ankündigungen einer späteren Unterstützung aber gerade (noch) nicht der Fall. Sie wären daher nicht vom Beihilfenbegriff erfasst. Angesichts der möglicherweise recht erheblichen Folgen einer solchen Maßnahme wird aber auch vertreten, dass dieses Merkmal entbehrlich ist und solche „haushaltsneutralen“ staatlichen Maßnahmen von Art. 107 Abs. 1 VAEU erfasst sind.[4]

Der folgende Beitrag soll der Frage nachgehen, ob die Belastung des Staatshaushalts tatsächlich notwendiges Merkmal einer Beihilfe ist und was die Entscheidungen der Kommission und des EuG im Fall France Télécom zu diesem Streit beitragen.

## B. Das Beispiel France Télécom

### I. Sachverhalt

Im Sommer 2002 befand sich das Unternehmen France Télécom, eine Aktiengesellschaft, die zu diesem Zeitpunkt zu 56,45 % im Eigentum des französischen Staates stand, in erheblichen finanziellen Schwierigkeiten. Es stand vor einem Schuldenberg in Höhe von etwa 63 Milliarden Euro.[5] Aufgrund dessen waren die Möglichkeiten des Unternehmens, sich am Finanzmarkt weitere Kredite zu beschaffen, stark eingeschränkt.

In dieser Situation äußerte sich der französische Staat über verschiedene Pressemitteilungen und Interviews des Wirtschafts- und Finanzministers wie folgt: „Der Staat in seiner Eigenschaft als Aktionär wird sich als marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber verhalten, und wenn FT in Schwierigkeiten kommen sollte, werden wir angemessene Maßnahmen ergreifen.“[6] Weiterhin hieß es: „Wie bereits angedeutet, wird der Staat Maßnahmen ergreifen, um das Unternehmen vor Finanzproblemen zu bewahren.“[7] Am 4.12.2002 kündigte die Regierung eine Kapitalerhöhung von 15 Milliarden Euro an. Davon werde der französische Staat 9 Milliarden Euro übernehmen und diese Summe als Aktionärsvorschuss vorwegnehmen. Am 20.12.2002 unterbreitete die Regierung dem Unternehmen ein verbindliches Angebot eines Aktionärsvorschusses. Das Angebot wurde aber letztlich nicht in Anspruch genommen.

### II. Entscheidung der Kommission

Die französische Regierung notifizierte das verbindliche Angebot vom 20.12.2002 an die Europäische Kommission. Die-

* Die Autorin hat in Hamburg studiert und ist zurzeit Rechtsreferendarin am Hanseatischen Oberlandesgericht. Der Beitrag beruht auf ihrem Vortrag im Rahmen der mündlichen Promotionsprüfung.

[1] Aktenzeichen C-401/10 P.

[2] Vgl. Art. 2 Ziffer 77 des Vertrags von Lissabon.

[3] *V. Wallenberg*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 2009, Art. 87 EGV Rn. 4.

[4] *Kassow*, EuZW 2010, 856, 859 f. m.w.N.; *Kreuschitz*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge[5], 2010, Art. 107 VAEU Rn. 12; *Lübbig/Martín-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU[2], 2009, Rn. 123.

[4] Zum Beispiel *Bär-Bouyssière*, in: Schwarze, EU-Kommentar[2], 2009, Art. 87 EGV Rn. 39; *Slotboom*, European Law Review Vol. 20 (1995), 289 ff.; Schlussanträge des GA Mengozzi in EuGH, Rs. C-206/06 – *Essent Netwerk*, Slg. 2008, I-05497, Rn. 92-118, das Gericht ist in seinem Urteil auf die Argumentation jedoch nicht im Einzelnen eingegangen; kritisch auch *Heidenhain*, European State Aid Law Handbook, 2010, § 4 Rn. 46 ff., insb. Rn. 55, der allerdings letztlich davon ausgeht, dass das Beihilfenrecht nicht das adäquate Mittel für diese Maßnahmen sei.

[5] Entscheidung der Kommission K(2004) 3060, Rn. 14, 17.

[6] Entscheidung der Kommission K(2004) 3060, Rn. 36.

[7] Entscheidung der Kommission K(2004) 3060, Rn. 53.

se beschloss, das (förmliche) Beihilfeverfahren nach Art. 88 EGV (jetzt Art. 108 VAEU) einzuleiten. Entgegen der französischen Anmeldung, die sich auf das Angebot des Aktionärsvorschusses beschränkte, bezog die Kommission in ihre Untersuchung auch die vorhergehenden Erklärungen ein. Diese bildeten einen „Gesamtkomplex" und seien daher gemeinsam zu betrachten.

Die Kommission kam zu dem Ergebnis, dass France Télécom durch das Angebot des Aktionärsvorschusses und die vorhergehenden Erklärungen begünstigt wurde. Zur Beurteilung dieses Merkmals müsse auf den Zeitpunkt der ersten Erklärungen im Sommer 2002 abgestellt werden. Ab dann sei der Markt „kontaminiert" gewesen und habe sich nicht mehr neutral verhalten. Aufgrund des Verhaltens des französischen Staates sei dem Unternehmen ein finanzieller Vorteil in Form des gestiegenen Marktvertrauens, dass sich in besseren Ratings und letztlich in geringeren Refinanzierungskosten niedergeschlagen habe, zugeflossen.

Darüber hinaus sei diese Begünstigung auch staatlich bzw. aus staatlichen Mitteln gewährt, da ihr eine Belastung des Staatshaushalts gegenüberstehe. Zwar seien die dem eigentlichen Angebot vorhergehenden Pressemitteilungen etc. nicht verbindlich, so dass keine Haushaltsbelastung in Form eines Anspruchs von France Télécom gegen den französischen Staat vorliege. Es sei aber zum einen nicht auszuschließen, dass auch unverbindliche Erklärungen eine Haftung begründen könnten.[8] Zum anderen könnten sich zukünftige Belastungen des Staatshaushalts dadurch ergeben, dass die Kosten zukünftiger Transaktionen des französischen Staates anstiegen, wenn das Marktvertrauen auf die angekündigte Unterstützung enttäuscht würde. Jedoch sah sie sich nicht in der Lage, diese Belastungen des Staatshaushalts hinreichend zu belegen. Jedenfalls aber sei der französische Staatshaushalt durch das verbindliche Angebot eines Aktionärsvorschusses vom 20.12.2002 belastet worden.

Da die Kommission zu dem Ergebnis kam, dass auch die übrigen Voraussetzungen einer verbotenen Beihilfe vorlagen, hat sie das Angebot eines Aktionärsvorschusses kombiniert mit den vorhergehenden Aussagen untersagt. Von einer Rückforderung der zu Unrecht gewährten Beihilfe hat sie allerdings abgesehen, da unklar bleibe, wie genau der Vermögensvorteil von France Télécom zu beziffern sei.

## III. Entscheidung des EuG

Gegen diese belastende Entscheidung der Kommission klagte France Télécom vor dem Europäischen Gericht Erster Instanz.

Im Gegensatz zur Kommission hat das Gericht sich für eine getrennte Beurteilung der Presseerklärungen und der Ankündigung des Aktionärsvorschusses einerseits und des Angebots des Aktionärsvorschusses andererseits entschieden.

Die Pressemitteilungen und die Ankündigung des Vorschusses stellen auch nach Ansicht des Gerichts eine Begünstigung von France Télécom dar. Die Kommission habe den vermögenswerten Vorteil in Form der geringeren Refinanzierungskosten hinreichend dargelegt. Für das Angebot des Aktionärsvorschusses dagegen habe sie keine eigene, über die Pressemitteilungen und die Ankündigung des Vorschusses hinausgehende Begünstigung nachgewiesen. Die verbesserte finanzielle Situation des Unternehmens sei allein auf die vorhergehenden Handlungen zurückzuführen.

Der Vorteil in Form der Pressemitteilungen und der Ankündigung des Aktionärsvorschusses sei jedoch keine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe, da sie kein hinreichend konkretes wirtschaftliches Risiko für den Staatshaushalt darstellten. Mit den Pressemitteilungen und Interviews habe der französische Staat die besonderen Spielregeln des Finanzmarkts dazu genutzt, die wirtschaftliche Lage von FT kurzfristig zu stabilisieren. Dies genüge aber für eine Übertragung staatlicher Mittel nicht.[9]

Auch die Ankündigung des Aktionärsvorschusses belaste den Staatshaushalt nicht, da sie (noch) keine verbindliche Verpflichtung beinhaltet habe.[10] Das Angebot des Aktionärsvorschusses vom 20.12.2002 ziehe zwar eine Belastung des Staatshaushalts nach sich, sei aber hier nicht mehr zu prüfen, da in dieser Maßnahme keine Begünstigung von France Télécom zu sehen sei.

Schließlich sei eine Kombination der Begünstigung durch die Pressemitteilungen und die Ankündigung des Aktionärsvorschusses mit der Belastung, die das verbindliche Angebot nach sich zieht, nicht möglich. Das ergebe sich zum einen daraus, dass es an einem hinreichenden Nachweis für die Begünstigung durch das Angebot eines Aktionärsvorschusses fehle. Zum anderen korrespondiere die Belastung des Staatshaushalts durch das Angebot gerade nicht mit dem durch die Erklärungen gewährten Vorteil. Vielmehr liege die Begünstigung zeitlich vor der Belastung und beruhe auch nicht auf derselben Handlung wie diese.[11] Ein solcher zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen Begünstigung des Beihilfenempfängers und Belastung des Beihilfengebers sei aber Voraussetzung für das Vorliegen einer Beihilfe im Sinne von Art. 107 VAEU.

## IV. Zusammenfassung

Bei den Ankündigungen des französischen Staates handelte es sich um einen Fall staatlicher Wettbewerbsbeeinflussung, in dem die Kommission nur mit Mühe das Vorliegen einer staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Begünstigung annehmen konnte. Denn die Ankündigungen haben den Staat zunächst einmal nichts gekostet, aber die Position des Unternehmens wirtschaftlich wesentlich verbessert.

Das EuG hat in seiner Entscheidung das Erfordernis einer Belastung des Staatshaushalts bestärkt und verdeutlicht, dass es nicht ausreichend ist, wenn der Staatshaushalt im Zusammenhang mit der Begünstigung des Empfängers belastet wird. Vielmehr muss diese Belastung mit der Begünstigung des Beihilfenempfängers insofern korrespondieren, als dass sie auf der gleichen Handlung beruht.

Gegen diese Entscheidung hat die Kommission Rechtsmittel zum EuGH eingelegt. In seiner Entscheidung habe das Gericht den Beihilfenbegriff verkannt, indem es einen engen Zusammenhang zwischen dem Vorteil und der Bindung staatlicher Mittel verlangt habe.[12]

---

[8] Entscheidung der Kommission K(2004) 3060, Rn. 215: „... kann die Kommission nach dem gegenwärtigen Kenntnisstand nicht ausschließen, dass die fraglichen Erklärungen nach französischem Verwaltungs-, Zivil-, Handels- und Strafrecht sowie nach dem Recht des Staates New York zwingende Wirkung entfalten."

[9] EuG, verb. Rs. T-425/04, T-444/04, T-450/04 und T-456/04, Rn. 282.

[10] Ausführlich zu diesem Merkmal *Soltész*, EuzW 2011, 254, 255.

[11] EuG, verb. Rs. T-425/04, T-444/04, T-450/04 und T-456/04, Rn. 302 ff.

[12] Vgl. die Klageschrift der Kommission vom 5. August 2010, ABl. EU C 317, S. 15.

### B. Ist die Belastung des Staatshaushalts erforderlich?

(Unausgesprochenes) Ziel der Kommission in der France-Télécom-Entscheidung war es, eine staatliche Maßnahme mit wettbewerbsverfälschenden Folgen, aber ohne haushaltsbelastende Wirkung beihilfenrechtlich zu erfassen.[13] Wäre das Merkmal der Belastung des Staatshaushalts entbehrlich, könnten Maßnahmen dieser Art mit den Mitteln des Beihilfenrechts unterbunden werden.

Sollte vor dem Hintergrund der mittlerweile aufgetretenen neuen Formen staatlicher Unterstützung auf das Merkmal verzichtet werden oder ist dem EuG insofern beizupflichten, dass nur Maßnahmen, die eine Belastungen des Staatshaushalts nach sich ziehen, unter den Beihilfenbegriff fallen?

Dem Wortlaut des Art. 107 Abs. 1 VAEU ist keine eindeutige Aussage zu entnehmen.[14] Der Formulierung „staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt“ lässt sich nicht zwingend entnehmen, dass der Staatshaushalt belastet werden muss. Zwar geht der EuGH genau davon aus,[15] andererseits ist vom Wortlaut auch ein Verständnis gedeckt, nach dem die Begünstigung nur direkt oder mittelbar auf staatliches Handeln zurückzuführen sein muss.[16] Auch eine staatliche Förderankündigung, die sich auf den Haushalt zunächst nicht auswirkt und durch die zugleich ein Unternehmen finanziell besser gestellt wird, ist daher vom Wortlaut des Beihilfentatbestands gedeckt.

#### I. Systematik

Folgende systematische Argumente lassen sich gegen das Merkmal ins Feld führen:

Auch bei einem Verzicht auf das Merkmal der Haushaltsbelastung wäre eine sinnvolle Abgrenzung zwischen Beihilfen- und Kartellrecht gewährleistet.[17] Zwar ist beiden das Ziel der Sicherung des unverfälschten Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten gemein. Grundsätzlich adressieren sich Art. 102, 103 VAEU (ex Art. 81, 82 EGV) aber an die Marktteilnehmer, die Unternehmen, und regeln deren Verhältnis untereinander, während Art. 107 VAEU sich an die Mitgliedstaaten wendet und deren Eingriffe in den Wettbewerb beschränkt. Diese Abgrenzung weicht zwar bei bestimmten Verhaltensweisen marktbeherrschender öffentlicher Unternehmen auf.[18] Dennoch bedarf es nicht des Merkmals der Belastung des Staatshaushalts, um sinnvoll zwischen beiden Rechtsgebieten abzugrenzen. Auch beim Verzicht auf das Merkmal verbliebe beiden ein eigenständiger, abgrenzbarer Anwendungsbereich. Denn Art. 102 VAEU (ex Art. 81 EGV) erfasst nicht uneingeschränkt alle staatlichen Maßnahmen mit wettbewerbsverzerrender Wirkung. Erfasst sind vielmehr nur Maßnahmen öffentlicher Unternehmen, nicht aber des Staates als solchem, wenn er z.B. ein Unternehmen begünstigt, dessen Aktionär er ist – hier verbleibt es beim Beihilfenrecht. Zugleich erfasste Art. 107 VAEU auch ohne eine staatliche Haushaltsbelastungen weiterhin alle die staatlichen Maßnahmen, die deshalb nicht unter das Kartellrecht fallen, weil sie vom Staat als solchem und nicht über ein öffentliches Unternehmen durchgeführt werden (zum Beispiel finanzielle Zuwendungen oder staatliche Bürgschaften).

Auch die Abgrenzung zwischen Beihilfenrecht und Grundfreiheiten hängt nicht zwingend vom Merkmal der Belastung des Staatshaushalts ab. Für das Merkmal der Belastung des Staatshaushalts wird zwar oft angeführt, dass ein Verzicht auf diese Voraussetzung zu einer weitgehenden inhaltlichen Überschneidung von Beihilfenrecht und Grundfreiheiten führte, was der Gesamtsystematik des Vertrags widerspreche.[19] Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass, ähnlich wie beim Verhältnis des Beihilfenrechts zum Kartellrecht auch hier das Ziel vergleichbar ist, die Mittel zu seiner Durchsetzung aber unterschiedlich sind.[20] Die Grundfreiheiten verbieten unmittelbar grenzüberschreitende Wettbewerbsverfälschungen zum Nachteil anderer Marktteilnehmer. Eine Verletzung kann auch über nationale Gerichte durchgesetzt werden; die Kommission hat in diesem Bereich keine besonderen Befugnisse. Beihilfen sind nach Art. 107 Abs. 1 VAEU untersagt, die Durchsetzung des Verbots obliegt aber in erster Linie der Kommission. Vor diesem Hintergrund der unterschiedlichen Mechanismen zur Durchsetzung besteht eigentlich kein Grund, Grundfreiheiten und Beihilfenrecht nicht nebeneinander anzuwenden. Stattdessen können so wettbewerbsverzerrendem staatlichen Verhalten gleichsam zwei Hindernisse entgegengesetzt werden.[21]

#### II. „More economic approach“

Außerdem erscheint eine Loslösung des Beihilfenbegriffs von der staatlichen Haushaltsbelastung mit dem sog. „more economic approach“ oder „effects-based approach“ im Beihilfenrecht konsistent. Es handelt sich hierbei um einen stärker wirtschaftswissenschaftlich orientierten Ansatz in der Beihilfenkontrolle, der mehr auf die konkreten wettbewerblichen Wirkungen einer Maßnahme fokussiert.[22] Der „more economic approach“ wurde von der Kommission im State Aid Action Plan aus dem Jahr 2005[23] angeregt. Bislang zeigt er jedoch nicht so sehr Auswirkungen auf der Ebene des Beihilfentatbestandes, sondern in erster Linie im Rahmen der Vereinbarkeits- bzw. Rechtfertigungsprüfung.[24] Konsistent mit diesem Ansatz wäre jedoch eine stärkere Berücksichtigung der Auswirkungen einer Maßnahme auf den Binnen-

---

[13] Weitere Beispiel für solche Maßnahmen bei *Soltész*, EuZW 2011, 254, 255 f.

[14] So auch *Slotboom*, ELR Vol. 20 (1995), 289, 298; *Soltész*, EuZW 1998, 747, 750.

[15] EuGH, Rs. C-189/91 – *Kirsammer-Hack*, Slg. 1993, I-6185, Rn. 16: „Es ist daran zu erinnern, daß nur solche Vorteile als Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EWG-Vertrag anzusehen sind, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Die in dieser Bestimmung vorgenommene Unterscheidung zwischen "staatlichen" und "aus staatlichen Mitteln gewährten" Beihilfen bedeutet nämlich nicht, daß alle von einem Staat gewährten Vorteile unabhängig davon Beihilfen darstellen, ob sie aus staatlichen Mitteln finanziert werden, sondern dient dem Zweck, in den Beihilfebegriff nicht nur unmittelbar vom Staat gewährte Beihilfen, sondern auch jene Beihilfen einzubeziehen, die durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden.“; EuGH, Rs. C-72/91 – *Sloman Neptun*, Slg. 1993, I-887, Rn. 19 ff.

[16] *Koenig/Kuehling*, EuzW 1999, 517, 521.

[17] Anders wohl *Kruse*, ZHR 165 (2001), 576, 584.

[18] Dazu im Einzelnen *Martín-Ehlers*, EuZW 2010, 287 ff.

[19] So *Soltész*, EuZW 1998, 747, 751.

[20] *Heidenhain* (Fn. 5), § 45 Rn. 9 ff.

[21] EuGH, Rs. C-21/88 – *Du Pont* , Slg. 1990, I-889; vgl. auch Slotboom, ELR Vol. 20 (1995), 289, 298 f.

[22] *Lübbig/Martín-Ehlers* (Fn. 4), Rn. 84.

[23] Aktionsplan Staatliche Beihilfen, Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen – Roadmap zur Reform des Beihilferechts 2005-2009, Konsultationspapier vom 7.6.2005, KOM(2005) 107 endg.

[24] *Jaeger*, EuzW 2010, 47, 51; *ders.*, WuW 2008, 1064, 1065.

markt bereits auf Ebene des Tatbestands des Art. 107 Abs. 1 VAEU. Denn wenn maßgeblich für das Vorliegen einer Beihilfe nicht so sehr formale Kriterien, sondern in erster Linie die wettbewerblichen Auswirkungen sind, dann kann die Belastung staatlicher Ressourcen kein notwendiges Kriterium sein.[25] Von ihr hängen die Konsequenzen einer Maßnahme für den zwischenstaatlichen Handel nicht ab. Auch eine kostenneutrale Maßnahme kann, wie das Beispiel France Télécom zeigt, einen Marktteilnehmer gegenüber anderen erheblich bevorzugen.

Auch die möglichen Schwierigkeiten der Rückabwicklung einer kostenneutralen Beihilfe sind keine ausreichende Begründung für das Erfordernis einer Belastung des staatlichen Haushalts. Im Fall France Télécom hat die Kommission auf die Rückforderung der von ihr angenommenen Beihilfe verzichtet, da sie sich trotz detaillierter ökonomischer Analyse der Ereignisse nicht in der Lage sah, den Betrag der Beihilfe zu beziffern. Wie eine solche Rückforderung hätte aussehen können, ist nicht eindeutig zu beantworten. Müsste das Unternehmen den Vermögenswert einer solchen Ankündigung zurückzahlen? Oder müsste der Mitgliedstaat seine Förderankündigung in gleicher Form öffentlich zurücknehmen? Zutreffend ist, dass hier faktische Probleme lauern. Andererseits handelt es sich aber um eher verfahrensrechtliche Fragen, die sich überhaupt erst stellen, wenn das Vorliegen einer Beihilfe festgestellt wurde. Sie sind dem Problem der Erforderlichkeit einer Haushaltsbelastung nachgelagert und sollten sich daher nicht auf den Tatbestand auswirken.

### III. Telos

Entscheidend für einen Verzicht auf das Merkmal der Haushaltsbelastung spricht schließlich der Telos des Beihilfenverbots.

Zweck des Art. 107 VAEU ist die Aufrechterhaltung gleicher Wettbewerbsbedingungen (vgl. Art. 26 VAEU bzw. ex Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV). Dies spricht grundsätzlich für eine extensive Auslegung des Beihilfentatbestands.[26] Eine umfassende Erfassung staatlicher Wettbewerbsbeeinflussung durch die selektive Zuwendung vermögenswerter Vorteile ist jedoch nur bei Verzicht auf das Merkmal der Haushaltsbelastung möglich. Nur so kann der Gefahr von Umgehung begegnet werden. Solange das Merkmal besteht, können wettbewerbsverfälschende Maßnahmen, die ihrer Wirkung nach Beihilfen sind, durch geschickte rechtliche Konstruktionen aus dem Staatshaushalt herausgehalten werden; die Kategorie der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ wie Beihilfen gibt es nicht. Deutlich wird diese Umgehungsgefahr gerade am Beispiel France Télécom: Anstelle einer verbindlichen Kreditzusage zog sich der französische Staat zunächst auf „weiche“ Unterstützungszusicherungen zurück.

Diese Umgehungsmöglichkeiten zeigt auch der Fall PreussenElektra aus dem Jahr 2001. Die damals geltenden Regelungen des deutschen Stromeinspeisungsgesetzes sahen vor, dass bestimmte Energieversorgungsunternehmen zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu Mindestpreisen verpflichtet waren, die über dem wirtschaftlichen Wert dieses Stroms lagen. Faktisch kam dies einer staatlichen Zahlung an die Erzeuger von „Ökostrom“ gleich. Dennoch wurde der Staatshaushalt nicht belastet, nicht einmal durch eine entgangene Steuereinnahme.[27] Der EuGH entschied daher, dass es sich bei dieser Konstruktion nicht um eine Beihilfe handele, da der Begünstigung der Ökostromerzeuger keine finanzielle Belastung des Staatshaushalts gegenüberstand.[28] Die im Ergebnis vergleichbare, rechtlich aber anders konstruierte Förderung von Ökostromerzeugern in Österreich hat die Kommission dagegen als Beihilfe eingestuft.[29] Hier wurden Beträge von den Versorgungsunternehmen und Endverbrauchern gesammelt und zum Teil direkt an die Ökostromerzeuger, zum Teil aber auch an die staatlich kontrollierte „Ökostromabwicklungsstelle“ geleitet und von dort aus weiterverteilt wurden. Diese „Durchleitung“ der Mittel durch eine staatlich kontrollierte Stelle wurde für ausreichend befunden, um eine Belastung des Staatshaushalts und damit eine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 VAEU anzunehmen. An diesem Beispiel wird besonders deutlich, dass das Beharren auf dem Merkmal der Haushaltsbelastung widersprüchliche Ergebnissen nach sich ziehen kann.

Die Ökostromförderung führte in beiden Ländern gleichermaßen zu einer Begünstigung der Erzeuger; die ökonomischen Wirkungen, insbesondere im Hinblick auf mögliche Wettbewerbsverzerrungen, waren gleich. Lediglich die rechtliche Konstruktion gab den Ausschlag, ob der Beihilfentatbestand erfüllt war oder nicht.[30] Dies erscheint nicht nur im Hinblick auf die Systematik, sondern auch vor dem Hintergrund der Zielsetzung des Beihilfentatbestands sowie dem „more economic approach“ widersinnig. Das Ausmaß der Wettbewerbsverzerrung hängt nämlich typischerweise nicht davon ab, woher die Mittel für eine Beihilfe stammen. Unter Umständen könnte die Wettbewerbsverzerrung sogar stärker sein, wenn nicht der Staat und damit letztlich die Allgemeinheit, sondern Wettbewerber oder Kunden für die Begünstigung eines Einzelnen aufkommen.[31] Müssen zum Beispiel Stromanbieter einen Mindestpreis für Strom aus erneuerbaren Energien zahlen, fehlt ihnen dieser Betrag, der sonst zur Stärkung der eigenen Wettbewerbsposition (etwa durch den Bau eigener Ökostromanlagen) verwendet werden könnte.

Anstatt eines Zuschusses direkt vom Staat an die Erzeuger werden andere private Unternehmen zur Abnahme von Strom zu Mindestpreisen verpflichtet. Diese Maßnahmen sind kostenneutral, da sie weder eine gegenwärtige noch eine zukünftige Verpflichtung des Staates begründeten. Der Effekt der kostenneutralen Maßnahme ist letztlich genauso wettbewerbsverzerrend wie eine direkte staatliche Ausgabe bzw. Verpflichtung: France Télécom konnte sich Mittel am Finanzmarkt beschaffen und somit den Zahlungsschwierigkeiten zunächst entgehen und die Erzeuger von Ökostrom wurden in die Lage versetzt, ihre Investitionen zu refinanzieren.

---

[25] Vgl. bereits *Slotboom*, ELR Vol. 20 (1995), 289, 296 f.

[26] *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV[4], 2011, Art. 107 AEUV Rn. 10 m.w.N.; *Lübbig/Martín-Ehlers* (Fn. 4), Rn. 145 ff.; differenzierend *v. Wallenberg*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 3), Art. 87 EGV Rn. 11.

[27] *Kreuschitz*, in: Lenz/Borchardt (Fn. 4), Art. 107 VAEU Rn. 14.

[28] Vgl. EuGH, Rs. C-379/98 – *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rn. 58 ff.

[29] Entscheidung der Kommission N317a/2006 vom 4.7.2006, C(2006) 2955 endg.

[30] Letztlich ging die Kommission für das österreichische Modell von einer Rechtfertigung der Beihilfe nach ex Art. 87 Abs. 3 lit. c EG i.V.m. dem Gemeinschaftsrahmen für Umweltschutzbeihilfen aus, da die Förderung die Mehrkosten für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien nicht überschritt, vgl. Entscheidung der Kommission N317a/2006, Rn. 66 ff.

[31] Vgl. Schlussanträge des GA Jacobs vom 26.10.2000 in der Rs. C-379/98 – *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, 2138, Rn. 157; *Kruse*, ZHR 165 (2001), 576, 584; *Lübbig/Martín-Ehlers* (Fn.4), Rn. 217.

Zwar könnte zu befürchten stehen, dass eine Ausweitung des Beihilfentatbestands auf kostenneutrale wettbewerbsverzerrende staatliche Maßnahmen zu einer umfassenden Prüfungsbefugnis und -verpflichtung der Kommission hinsichtlich zahlreicher mitgliedstaatlicher Maßnahmen führt, die sowohl die Kommission an ihre Grenzen bringen als auch die Durchführung dieser Maßnahmen erheblich erschweren könnte.[32]

An dieser Stelle kann jedoch möglicherweise der bereits genannte „more economic approach" weiterhelfen. Gleichsam als Ausgleich für die Erweiterung des Kreises der Maßnahmen, die potentiell beihilfenrechtlich relevant sind, könnte die Kommission zugleich stärker auf die Wirkungen der Maßnahmen abstellen und nur solche mit einer gewissen Erheblichkeit tatsächlich überprüfen. Zwar stellen sich auch hier die bereits angesprochenen Schwierigkeiten der genauen Bezifferung des Vorteils. Wie sich im Beispiel France Télécom gezeigt hat, ist er aber anhand der Aktienkurse und weiteren Unternehmensdaten durchaus messbar. Anhand eines Vergleichs mit der Entwicklung vergleichbarer Unternehmen oder des Marktdurchschnitts dürfte es daher auch möglich sein, eine Erheblichkeitsschwelle zu definieren, ab der eine staatliche Einwirkung beihilfenrechtlich relevant wird. So würde der Ausweitung des Tatbestands durch den Verzicht auf das Merkmal der staatlichen Haushaltsbelastung eine Eingrenzung nach ökonomischen Gesichtspunkten entgegenstehen. Dies würde einerseits die Arbeitsbelastung der Kommission in Grenzen halten und andererseits ihre Ressourcen gezielter dort einsetzen, wo das Ziel des Art. 107 VAEU, der Schutz des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten und des funktionierenden Binnenmarktes, tatsächlich gefährdet erscheint.

Außerdem könnte ein weiteres Kriterium, anhand dessen der Kreis der beihilfenrechtlich relevanten mitgliedstaatlichen Maßnahmen beschränkt wird, der Überlastung der Kommission entgegenwirken. Da Zweck des Beihilfenverbots der Schutz des Wettbewerbs ist und die Beihilfenkontrolle sich in Zukunft auf Maßnahmen mit besonders wettbewerbsverzerrenden Folgen fokussieren soll, könnten nur solche mitgliedstaatlichen Maßnahmen mit einer wettbewerbsspezifischen Zielrichtung als Beihilfen definiert werden. Wettbewerbsspezifische Maßnahmen meinen dabei entweder solche, mit denen der Mitgliedstaat eine Veränderung der Wettbewerbsbedingung zugunsten einzelner Unternehmen oder Unternehmenszweige subjektiv bezweckt oder die sich objektiv in erheblichem Umfang auf den Wettbewerb auswirken. So können Maßnahmen, die primär auf allgemeine ordnungspolitische Belange zielen, aus dem Beihilfentatbestand und damit auch aus dem umfangreichen Kontrollverfahren herausgehalten werden. Im deutschen Verfassungsrecht hat sich eine ganz ähnliche Abgrenzung für die Definition von Eingriffen in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) als praktikabel erwiesen:[33] Überwiegend wird angenommen, dass nicht alle Maßnahmen, die sich nur mittelbar auf die Berufsfreiheit auswirken, einen Eingriff in diese darstellen, sondern das dazu entweder eine subjektiv berufsregelnde Tendenz oder eine erhebliche Auswirkung auf das Grundrecht erforderlich ist.

Im Fall PreussenElektra zum Beispiel standen hinter der Festlegung von Mindestpreisen für Ökostrom primär die Ziele, die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien rentabel zu machen und damit letztlich eine nachhaltige Energieversorgung zu sichern. Eine subjektiv wettbewerbsspezifische Maßnahme könnte darin nicht zu sehen sein. Dagegen liegt es nahe, in der Förderung eine objektiv wettbewerbsspezifische Maßnahme zu sehen. Im Jahr 2009 betrugen die nach dem EEG gezahlten Förderbeträge ca. 10 Milliarden Euro.[34] Verglichen mit der Summe der Investitionen in die Errichtung und Erneuerung von EEG-Anlagen, ca. 20 Milliarden Euro,[35] erscheint dies als erheblicher Einfluss auf die Wettbewerbsfähigkeit der Erzeuger von erneuerbaren Energien. Die durch die Ökostromförderung vom Staat veranlasste Besserstellung einer bestimmten Branche wäre daher aufgrund ihrer ökonomischen Relevanz als Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 VAEU anzusehen.

## C. Ergebnis

Gute Gründe und neuere Entwicklungen sprechen für einen Verzicht auf das Merkmal der Belastung des Staatshaushalts. Es ist weder aufgrund des Wortlauts noch der Systematik von Art. 107 Abs. 1 VAEU erforderlich. Der Zweck der Norm spricht sogar deutlich für einen Verzicht auf dieses einschränkende Merkmal und über die Beschränkung der Beihilfenkontrolle auf wettbewerbsspezifische Maßnahmen ließe sich verhindern, dass die Kommission überlastet und die Mitgliedstaaten behindert werden.

Angesichts der bislang eindeutigen Praxis des EuGH und des EuG trotz verschiedener Vorstöße der Kommission wie zuletzt im beschriebenen Verfahren France Télécom ist eine Kehrtwende nur wenig wahrscheinlich. Dennoch bleibt spannend, wie der EuGH mit dem Fall umgehen wird. ■

---

[32] *Heidenhain* (Fn. 5), § 4 Rn. 41 ff.; **a.A.** *Slotboom*, ELR Vol. 20 (1995), 289, 297 f.

[33] Vgl. dazu im Detail *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2011, Art. 12 Rn. 300 ff.

[34] Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU), Nationale und internationale Entwicklung, Erneuerbare Energien in Zahlen, Internet-Update, Stand: Dezember 2010, S. 30.

[35] BMU (Fn. 34), S. 25.

**Keine Ausgabe mehr verpassen?**

Einfach unter www.law-journal.de eintragen und benachrichtigen lassen!

Dr. Philipp Fölsing, Hamburg*

# Aktuelles zur Jahresabschlussprüferhaftung

## A. Einführung

Deutsche Abschlussprüfer können sich im Haftungsprozess auf das Mitverschulden der Geschäftsleitungsorgane des geprüften Unternehmens berufen. Wenn die Rechnungslegung durch den Vorstand, Geschäftsführer oder einen vertretungsberechtigten Prokuristen vorsätzlich manipuliert wurde, mindern die Gerichte den Schadenersatzanspruch des Insolvenzverwalters gegen den Prüfer je nach Einzelfall teilweise erheblich. In den USA haftet der Prüfer sogar überhaupt nicht, solange das Wissen der Geschäftsleitung dem prüfungspflichtigen Unternehmen zugerechnet werden kann. Zu einer Wissenszurechnung kommt es nur dann nicht, wenn sich die Schädigungsabsicht direkt gegen das eigene Unternehmen richtet. Manipulationen zur Verschleierung der Insolvenzreife sollen aber im vermeintlichen, kurzfristigen Interesse des Unternehmens liegen und daher keine Ausnahme von der Wissenszurechnung rechtfertigen. Die Prüferdritthaftung für bloße Fahrlässigkeit ist ebenfalls stark eingeschränkt. Es stellt sich somit die Frage, ob national und international die Haftungsregimes der Bedeutung der gesetzlichen Jahresabschlussprüfung überhaupt noch gerecht werden. Zahlreiche neuere Gerichtsentscheidungen aus Deutschland und aus den USA geben Anlass zu einem Rechtsvergleich.

## B. Pflichten und Pflichtverletzung des Abschlussprüfers

### I. Kritische Distanz

Gerade in wirtschaftlich schlechteren Zeiten sehen sich Fremdgeschäftsführer besonderem Druck ausgesetzt. Sie haben meist mit unerwarteten Ergebnisbelastungen wegen steigender Rohstoffpreise, Wertschwankungen des Anlage- und Umlaufvermögens oder Absatzschwächen zu kämpfen. Oft bleiben ihnen nur Bilanzmanipulationen, um Kreditkonditionen einzuhalten, finanzielle Verluste nicht an die Öffentlichkeit gelangen zu lassen, eigene Fehler zu verdecken und/oder persönliche Bonusansprüche zu schützen.[1] Dies sind alles Eventualitäten, mit denen der Abschlussprüfer rechnen muss. Zwar ist er nicht verpflichtet, der Geschäftsleitung des zu prüfenden Unternehmens mit besonderem Misstrauen zu begegnen. Denn bei der gesetzlichen Jahresabschlussprüfung gem. §§ 316 ff. HGB handelt es sich nicht um eine Unterschlagungs- oder Deliktsprüfung. Doch gehört es gem. § 317 Abs. 1 HGB u. a. zu den Aufgaben des Abschlussprüfers, Gesetzes- und Satzungsverstöße aufzudecken. Die gesetzliche Jahresabschlussprüfung ist gem. § 317 Abs. 1 S. 3 HGB so anzulegen, dass Unrichtigkeiten und Verstöße erkannt werden, die sich auf die Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage wesentlich auswirken. Der Prüfer darf deshalb seine kritische Distanz auch dann nicht aufgeben, wenn er die Verantwortlichen für die Rechnungslegung des prüfungspflichtigen Unternehmens für vertrauenswürdig hält.[2]

### II. Folgen von Wirtschafts- und Finanzkrisen

Wirtschafts- und Finanzkrisen rechtfertigen es nicht per se, der Geschäftsleitung von Unternehmen aus anfälligen Branchen zu misstrauen. Trotzdem verlangt das IDW ausnahmslos bei jeder Jahresabschlussprüfung, also auch bei langjährigen Prüfungsmandanten, ein Urteil darüber, ob aufgrund der besonderen wirtschaftlichen Gegebenheiten ein erhöhtes Risiko für Verstöße vorliegt. Entsprechend soll der Prüfer seine Prüfungshandlungen ausrichten.[3]

### III. Stichproben

Auch von der Richtigkeit der Inventur der Anlagen und Maschinen sowie des Vorratsvermögens des prüfungspflichtigen Unternehmens hat sich der Abschlussprüfer zu überzeugen. Grundsätzlich reichen hierzu Stichproben aus. Wenn die Geschäftsleitung jedoch ein Motiv für Manipulationen haben könnte, muss der Prüfer die Prüfungsintensität verstärken und die Anzahl seiner Stichproben entsprechend vergrößern. In einem Fall, den das OLG Jena[4] zu beurteilen hatte, bestand aus Sicht des Verfassers ein solcher begründeter Anlass. Der Eigentümer einer GmbH, die einen Elektrofachhandel betrieb, wandelte sein Unternehmen in eine AG um. Tatsächlich war die GmbH längst überschuldet. Dies verschleierte der Eigentümer jedoch dadurch, dass er das Vorratsvermögen des Unternehmens deutlich überhöht auswies. Der Aufsichtsrat der AG wurde mit ihm nahestehenden Personen besetzt.

Ein Fremdvorstand wird zur Minimierung seines Haftungsrisikos alles daran setzen, dass der Gründungsprüfer Manipulationen der Altgesellschafter aufdeckt. Nur so beginnt er seine Tätigkeit bei der AG ohne Altlasten. Demgegenüber will der Altgesellschafter natürlich, dass der Prüfer Manipulationen bei der Rechnungslegung der Vorgängergesellschaft nicht erkennt. Dieses Risikos muss sich der Gründungsprüfer bewusst sein. Weitere Rückschlüsse auf die (Nicht-)Integrität des Vorstands ergeben sich aus der (fehlenden) Unabhängigkeit des Aufsichtsrats. Besondere Aufmerksamkeit des Prüfers bei der Gründungs- und/oder ersten Jahresabschlussprüfung ist zusätzlich gefordert, wenn der Eigentümer offensichtlich von der hohen Kreditwürdigkeit profitieren will, die üblicherweise wegen der strengeren Gründungs- und Kontrollpflichten mit der Rechtsform der AG verbunden ist.[5]

### IV. Saldenbestätigungen

Unabhängig vom Vorliegen erhöhter Risikoanzeichen darf der Abschlussprüfer wesentliche Abschlusspositionen jedenfalls dann nicht ungeprüft übernehmen, wenn sie vom Vorjahreswert abweichen. Auch wenn sich die Werte über Jahre hinweg nicht wesentlich verändern, sind Stichproben angezeigt. Prüft er den Jahresabschluss des Unternehmens zum ersten Mal oder führt er eine Sonderprüfung durch, ist er verpflichtet, für alle wesentlichen Posten Nachweise zu verlangen. Ein Wirtschaftsprüfer, der auf die Einholung von Saldenbestätigungen generell verzichtet, verletzt seine Verpflichtung zur gewissenhaften Prüfungsplanung und Prü-

---

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Hamburg mit den Tätigkeitsschwerpunkten Insolvenz- und Sanierungsrecht.

1 Vgl. IDW, Besondere Prüfungsfragen im Kontext der aktuellen Wirtschafts- und Finanzkrise, Positionspapier v. 19.12.2008, Link unter http://www.idw.de/idw/portal/d586746, Rn. 8.

2 Vgl. IDW, Verantwortung des Abschlussprüfers zur Berücksichtigung von Verstößen (fraud) im Rahmen der Abschlussprüfung, in IDW-FN 2004, 638.

3 Vgl. IDW (Fn. 1).

4 WPK-Magazin 3/2008, 58.

5 Vgl. Fölsing, Zeitschrift für Risk, Fraud & Compliance (ZRFC) 2/2009, 70, 73.

fungsdurchführung.[6] Deshalb verstößt ein Prüfer, der im Auftrag der BaFin bei einem Finanzdienstleistungsunternehmen die Buchführung, das Meldewesen und die Vorkehrungen zur Kontrolle und Steuerung von Markt- und Ausfallrisiken überprüfen soll, aber keine Saldenbestätigungen für die Anlagekonten einholt, wohl gegen seine Berufspflichten.[7]

### V. Keine rein stichtagsbezogene Prüfung

Über die Qualität der Geschäftsleitung gibt der Abschlussprüfer kein Urteil ab. Diese wird in Aktiengesellschaften durch den Aufsichtsrat als unternehmensinterne Kontrollinstanz und in allen anderen Unternehmen durch die Gesellschafterversammlung und/oder einen speziell eingesetzten Beirat beurteilt. Als Grundlage für die Bewertung dient die Rechnungslegung. Der Abschlussprüfer soll sicherstellen, dass die Rechnungslegung ein der Wirklichkeit entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens vermittelt. Er ist Garant der öffentlichen Rechnungslegung. Das Prüfungsurteil ist zumindest in Deutschland nicht rein stichtagsbezogen. Denn Bestandteil des zu überprüfenden Jahresabschlusses ist auch der Lagebericht. Im Lagebericht hat die Geschäftsleitung gem. § 289 Abs. 1 S. 3 HGB die voraussichtliche Entwicklung des Unternehmens mit ihren wesentlichen Chancen und Risiken zu erläutern. Der Abschlussprüfer kontrolliert die Risikoberichterstattung der Geschäftsleitung auf ihre Plausibilität und berichtet hierüber gem. § 322 Abs. 6 HGB in seinem an die Öffentlichkeit gerichteten Bestätigungsvermerk. Bei Anzeichen für entwicklungsbeeinträchtigende oder gar bestandsgefährdende Risiken i.S.d. § 322 Abs. 2 S. 3 HGB muss der Abschlussprüfer besonders genau prüfen, ob das Unternehmen fortführungsfähig ist. Dann ist er verpflichtet, von den Rechnungslegungsverantwortlichen Liquiditäts-, Umsatz- und Ergebnisprognosen zu verlangen und diese genau zu hinterfragen.[8]

## C. Haftung des Abschlussprüfers in Deutschland

Bei der Abschlussprüferhaftung ist zwischen der Haftung gegenüber dem geprüften Unternehmen und der Haftung gegenüber prüfungsfremden Dritten, insbesondere den Anteilseignern, Investoren und finanzierenden Kreditinstituten, zu unterscheiden. § 323 Abs. 1 S. 3 HGB regelt die Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit gegenüber dem geprüften und mit diesem verbundenen Unternehmen. Die Haftung für einfache Fahrlässigkeit ist gem. § 323 Abs. 2 HGB bei Prüfungsmandanten von öffentlichem Interesse auf 4 Millionen €, bei anderen Mandanten auf 1 Million € je durchgeführter Jahresabschlussprüfung begrenzt. Die Dritthaftung ist spezialgesetzlich nicht geregelt. Gem. § 826 BGB kommt eine Dritthaftung wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung in Betracht, wenn der Abschlussprüfer seine Berufspflichten besonders leichtfertig verletzt. Ein solcher, besonders grober Pflichtverstoß liegt in der Regel vor, wenn der Prüfer wesentliche Abschlusspositionen ungeprüft lässt[9] und sein Testat somit ins Blaue hinein abgibt.[10] Für bloße Fahrlässigkeit haftet der Abschlussprüfer Dritten gegenüber dagegen grundsätzlich nur bei persönlichem Kontakt.[11]

### I. Mitverschuldenseinwand gegenüber dem geprüften Unternehmen

#### 1. Problematik

Zu Schadenersatzforderungen des geprüften Unternehmens gegen den ehemaligen Jahresabschlussprüfer kommt es häufig erst in der Insolvenz. Es ist dann der Insolvenzverwalter, der die Ansprüche ermittelt und geltend macht. Demgegenüber geschieht es nur selten, dass das Unternehmen durch seine neue Geschäftsleitung Schadenersatz verlangt, weil der Prüfer Unterschlagungen des früheren Managements pflichtwidrig unentdeckt ließ.[12] In der Insolvenz stellt sich die Frage, ob sich der Prüfer darauf berufen kann, dass ihm die desolate Lage des Unternehmens durch die Geschäftsleitung verheimlicht und das Ergebnis regelwidrig aufgebessert wurde. Bereits oben wurde klargestellt, dass es sich bei der gesetzlichen Jahresabschlussprüfung nicht um eine Deliktsprüfung handelt. Deshalb braucht der Abschlussprüfer für Bilanzfälschungen, die mit den Prüfungshandlungen einer normalen Jahresabschlussprüfung nicht zu entdecken sind, nicht einzustehen. Es fehlt dann bereits an einer Sorgfaltspflichtverletzung des Prüfers.

#### 2. Aktuelle Fälle aus der Rechtsprechung

Viele Manipulationen lassen sich jedoch im Rahmen der gesetzlichen Abschlussprüfung ermitteln. Vermeintliche Patente können durch kostenlose Online-Abfragen beim Bundespatentamt bzw. European Patent Office verifiziert werden.[13] Verstöße gegen das Stichtagsprinzip (Ausweis noch nicht realisierter Gewinne, Verlagerung von Aufwendungen auf Folgejahre) lassen sich oftmals schon durch korrekte Rechtsanwendung identifizieren.[14] Die Vorspiegelung nicht existenten Anlage- oder Umlaufvermögens kann in der Regel durch die Teilnahme an der Inventur und dort durch gezielte Stichproben verhindert werden.[15] Die Unterschlagung von Bankverbindlichkeiten bei der Hausbank lässt sich meist durch das Einholen von Saldenbestätigungen unterbinden.[16] Das Gleiche gilt für das Hinzuerfinden von Bankguthaben[17] oder Umsätze mit dubiosen, ausländischen Firmen.[18] Dabei sollte sich der Abschlussprüfer grundsätzlich nicht auf die Vorlage von angeblichen Drittbestätigungen durch seinen Mandanten verlassen, sondern vielmehr selbst das Kreditinstitut oder die Geschäftspartner kontaktieren.

Obwohl die Manipulationen in den genannten Fällen für den Abschlussprüfer wahrscheinlich aufzudecken gewesen wären, verneinte das OLG Jena Schadenersatzansprüche gegen den Abschlussprüfer wegen des stark überwiegenden, vorsätzlichen Mitverschuldens der Geschäftsleitung des prüfungspflichtigen Unternehmens komplett.[19] Bei einer freiwilligen

---

[6] Vgl. Fölsing, Das Haftungsrisiko des Abschlussprüfers im Prüfungs-Beratungs-Konflikt, 2006, S. 186, m.w.N.

[7] Vgl. Fölsing, Zeitschrift für Corporate Governance (ZCG) 2008, 279, 280.

[8] Vgl. IDW-Prüfungsstandard 270: Die Beurteilung der Fortführung der Unternehmenstätigkeit im Rahmen der Abschlussprüfung, Abschn. 5.29, IDW-FN 2010, 423.

[9] Vgl. BGHZ 145, 187, 202.

[10] Vgl. zuletzt LG Berlin, BeckRS 2009, 26548.

[11] Vgl. grundlegend BGHZ 138, 257 und BGHZ 167, 155.

[12] Vgl. zur letzteren Fallgestaltung Sachverhalt des BGH, DStR 2010, 340, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen.

[13] Sachverhalt des LG München I, ZIP 2008, 1123.

[14] Sachverhalt des LG Bonn v. 31.05.2007 – 2 O 7/01, n. V., im Internet abrufbar unter http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/bonn/lg_bonn/j2007/2_O_7_01urteil20070531.html.

[15] Sachverhalt des OLG Jena (Fn. 4), 58.

[16] Sachverhalt des BGH (Fn. 12), 343.

[17] Sachverhalt des BGH, DStRE 2010, 193, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen.

[18] Sachverhalt des OLG Stuttgart, WM 2009, 2382.

[19] OLG Jena, (Fn. 4), 59.

Prüfung lehnte das LG Düsseldorf einen Schadenersatzanspruch gegen den Prüfer wegen treuwidrigen, widersprüchlichen Verhaltens („venire contra proprium factum“) ab. Das Unternehmen könne den Prüfer nicht für Manipulationen seiner eigenen Geschäftsführung verantwortlich machen. Das gelte auch in der Insolvenz, da der Insolvenzverwalter in seine Rechtsposition eintrete.[20] Das LG Bonn erkannte immerhin an, dass der Abschlussprüfer eine öffentliche Kontrollaufgabe wahrnimmt und damit auch zum Schutz Dritter tätig wird. Trotzdem hielt auch das LG eine Anrechnung des Mitverschuldens von bis zu 50 Prozent für angemessen.[21] Der BGH kam in einer späteren Entscheidung sogar zu einer Anspruchsminderung von zwei Dritteln.[22]

### 3. Kritische Würdigung

Aus Sicht des Verfassers macht es keinen Sinn, dem Abschlussprüfer zugute zu halten, dass die Geschäftsleitungsorgane des geprüften Unternehmens vorsätzlich getäuscht und manipuliert haben, wenn der Prüfer diese Täuschungen und Manipulationen doch gerade hätte aufdecken sollen und können.[23] Zweifelhaft dürfte bereits sein, ob dem geprüften Unternehmen unterjährige Manipulationen der Geschäftsleitung als Mitverschulden zugerechnet werden können. Zwar geht der BGH hiervon aus, da der Vorstand bzw. Geschäftsführer hierdurch bereits vor der Abschlussprüfung den Schaden mitverursacht hätte.[24] Jedoch gehört es nicht zu den vertraglichen Pflichten des Prüfers, die Bücher des prüfungspflichtigen Unternehmens zu führen. Die Buchführung und Abschlusserstellung liegt in der alleinigen Verantwortung der Geschäftsleitung. Der Abschlussprüfer untersucht, ob die Rechnungslegung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens vermittelt. Damit der Prüfer seinen Prüfungsauftrag ordnungsgemäß durchführen kann, müssen ihm die Geschäftsleitung und andere rechnungslegungsverantwortliche Personen im Unternehmen Rede und Antwort stehen. Allenfalls eine Verletzung dieser Obliegenheiten könnte dem prüfungspflichtigen Unternehmen als Mitverschulden angerechnet werden. Hierfür reicht die bloße Präsentation der unterjährig unrichtig erstellten Rechnungslegung nicht aus. Die Geschäftsleitung des prüfungspflichtigen Unternehmens verletzt ihre Mitwirkungspflichten gegenüber dem Prüfer nur durch aktives Tun, also durch die Vorlage gefälschter Inventarlisten, Saldenbestätigungen, etc. Übernimmt der Abschlussprüfer dagegen wesentliche Abschlusspositionen ungeprüft, ohne diese zu hinterfragen, kommt aus Sicht des Verfassers ein Mitverschulden der Geschäftsleitung nicht in Betracht.

Auch ist im Rahmen des § 254 Abs. 1 BGB nicht maßgeblich, wer vorsätzlich und wer fahrlässig handelte. Vielmehr ist entscheidend, welche Vertragspartei den Schaden durch ihr Verschulden vorwiegend verursachte.[25] Wie der BGH jüngst klarstellte, ist für die Haftungsverteilung von Bedeutung, ob das Verhalten des Schädigers oder des Geschädigten den Eintritt des Schadens in wesentlich höherem Maße wahrscheinlich gemacht hat.[26] Der Prüfer, der pflichtwidrig die Insolvenzreife des prüfungspflichtigen Unternehmens verkennt, setzt die letzte Schadensursache. Hätte der Prüfer die Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung erkannt und hierüber in seinem Prüfungsbericht gem. § 321 HGB an den Aufsichtsrat der AG oder die Gesellschafterversammlung der GmbH berichtet, hätten diese die Geschäftsleitung zur Insolvenzantragstellung veranlasst.[27] Hätte die Geschäftsleitung sich geweigert, hätten die Kontrollorgane den Vorstand bzw. Geschäftsführer abberufen und dritte Personen bestellt, die der gesetzlichen Insolvenzantragspflicht nachkommen. Durch den Versagungsvermerk des Prüfers gem. § 322 Abs. 2 Nr. 3 HGB hätte das geprüfte Unternehmen zudem jegliche Kreditwürdigkeit verloren. Deshalb hätte es nicht mehr am Markt agieren und sein Vermögen nicht noch weiter vernichten können. Dies gilt umso mehr, wenn nicht der Geschäftsleiter, sondern ein Prokurist die Insolvenzreife z. B. durch die Überbewertung des Vorratsvermögens vorsätzlich verschleiert. Bei entsprechender Berichterstattung durch den Prüfer wäre dann nämlich sofort die Geschäftsleitung eingeschritten. Zu Unrecht stellt deshalb das LG Nürnberg-Fürth ausschließlich darauf ab, dass der Prokurist das Unternehmen nach außen hin genauso wie der Vorstand bzw. Geschäftsführer vertreten kann.[28]

## II. Dritthaftung des Abschlussprüfers

### 1. Rechtsprechung des BGH

Gem. § 323 Abs. 1 S. 3 HGB haftet der Abschlussprüfer für vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtverletzungen nur dem geprüften und mit diesem verbundenen Unternehmen auf Schadenersatz. Da sich der Bestätigungsvermerk des Prüfers jedoch an die interessierte Öffentlichkeit richtet, stellt sich die Frage, ob er ggf. auch Dritten Ersatz schuldet, die im Vertrauen auf ein falsches Testat Vermögensdispositionen treffen und Schaden erleiden. Grundsätzlich hält der BGH eine Dritthaftung aus dem Prüfungsvertrag für möglich: Prüfungsfremde Dritte könnten in den Schutzbereich des Vertrages über die Abschlussprüfung einbezogen sein. § 323 Abs. 1 S. 3 HGB sperre solche vertraglichen Ansprüche Dritter nicht komplett.[29] Dennoch zeige sich in § 323 Abs. 1 S. 3 HGB eine vermeintlich haftungsbegrenzende Intention des Gesetzgebers. Die Dritthaftung für bloß fahrlässige Prüfungsfehler aus dem Prüfungsvertrag setze deshalb voraus, dass der Abschlussprüfer einem bestimmten, prüfungsfremden Dritten gegenüber eine besondere Garantie übernehmen wolle. Hierzu sei er aber bei der allgemeinen Jahresabschlussprüfung gem. §§ 316 ff. HGB in der Regel nicht bereit, wie sich aus den „Allgemeinen Auftragsbedingungen“ der Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in Deutschland[30] ergebe. Gem. Nr. 7 dürfe der Mandant die beruflichen Äußerungen des Prüfers (Berichte, Gutachten, etc.) nämlich nur mit dessen Zustimmung weitergeben.

Die allgemeinen Publizitätsvorschriften reichen deshalb dem BGH zufolge nicht aus, um Schutzpflichten gegenüber prü-

---

[20] LG Düsseldorf, BeckRS 2011, 10511.

[21] LG Bonn (Fn. 14), Rn. 141/2.

[22] BGH, (Fn. 12), 344.

[23] Vgl. Fölsing, ZCG 2010, 78, 81.

[24] BGH (Fn. 12), 344.

[25] Vgl. Fölsing, (Fn. 23).

[26] BGH, DB 2011, 1051.

[27] Ebenso OGH Wien, 8Ob141/99i, im Internet abrufbar unter http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20001023_OGH0002_0080OB00141_99I0000_000, S. 6.

[28] LG Nürnberg-Fürth, HDI Gerling, Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe (GI Aktuell) 2010, 100, 101.

[29] BGHZ 138, 257.

[30] Im Internet abrufbar z.B. auf der Homepage von Ernst & Young unter http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Allgemeine_Auftragsbedingungen_für_Wirtschaftspruefer/$FILE/AAB_2009.pdf.

fungsfremden Dritten zu begründen.[31] Der BGH gesteht zwar zu, dass der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers (auch) Dritten gegenüber Einblick in die wirtschaftliche Situation des geprüften Unternehmens bietet und ihnen somit als Beurteilungsgrundlage dient. Gleichwohl hätte der Gesetzgeber die Verantwortlichkeit des Prüfers nicht entsprechend weit gezogen.[32] Deshalb sei ein persönlicher Kontakt des Prüfers zu dem Dritten im Einverständnis mit dem Prüfungsmandanten unabdingbar. Nur so könne der Prüfer zudem sein potentielles Haftungsrisiko kalkulieren und versichern.[33]

### 2. Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Banken

Die unter 1. zitierten Entscheidungen des BGH betrafen ausschließlich dem Prüfer nicht bekannte Anleger und Investoren. Hier mag der Einwand, der Abschlussprüfer sei grundsätzlich nicht zur Haftung gegenüber einer ihm unbekannten Zahl prüfungsfremder Dritter bereit, möglicherweise berechtigt sein. Auch bei Warenlieferanten und anderen Geschäftspartnern mag die Argumentation des BGH zutreffen. Es stellt sich aber die Frage, ob sich die Rechtsprechung des BGH ohne Weiteres auch auf Kreditinstitute übertragen lässt. Die OLG München und Düsseldorf bekräftigten dies jüngst.

Zwar seien Kreditinstitute bei Krediten von mehr als 750 T€ gem. § 18 KWG verpflichtet, sich den Jahresabschluss des Kreditnehmers vorlegen zu lassen. Ist das Unternehmen prüfungs- und publizitätspflichtig oder lässt es sich freiwillig prüfen, müssten sie auch den Prüfungsbericht und den Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers anfordern. Aus § 18 KWG ergebe sich jedoch nicht zwangsläufig, dass der Abschlussprüfer gegenüber der Hausbank des prüfungspflichtigen Unternehmens bereit sei zu haften. Und damit sei er wegen der gesetzlichen Wertung in § 323 Abs. 1 S. 3 HGB gerade nicht einverstanden.[34] Auch begründe nicht jeder Kontakt zu der Bank eine Haftung des Prüfers aus dem Prüfungsvertrag. Vielmehr müsse für den Abschlussprüfer aus dem persönlichen Kontakt deutlich werden, dass der Prüfungsauftrag (auch) im Zusammenhang mit einer konkreten Finanzierungsentscheidung stehe.[35]

### 3. Kritische Würdigung

Das OLG München stellt bei der Prüfung der Drittschutzwirkung des Prüfungsvertrages maßgeblich auf den Willen des Abschlussprüfers ab. Dieser müsse akzeptieren, über den § 323 Abs. 1 S. 3 HGB hinaus auch prüfungsfremden Dritten zu haften. Dass sich die Hausbank und vielleicht sogar der Kreditbedarf den Geschäftsunterlagen des prüfungspflichtigen Unternehmens entnehmen lasse, sage nichts über den Willen des Prüfers aus.[36] Damit bewegt sich das OLG auf einer Linie mit dem BGH. Jedoch kann angesichts der Garantiefunktion der gesetzlichen Jahresabschlussprüfung für die Reichweite der Prüferhaftung nicht maßgeblich sein, ob der Prüfer haften will oder nicht.[37] Aus § 18 KWG ergibt sich, dass Kreditinstitute ihre Entscheidung über das „Ob“ und das „Wie“ der Finanzierung auf das Ergebnis des Abschlussprüfers stützen müssen. Die Hausbank des prüfungspflichtigen Unternehmens ist dem Jahresabschlussprüfer aus den Geschäftsunterlagen bekannt. Aus diesem Grund spricht aus Sicht des Verfassers nichts gegen ihre Einbeziehung in den Schutzzweck des Prüfungsvertrages. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Prüfer neuen Liquiditätsbedarf des zu prüfenden Unternehmens erkennt oder erkennen muss.[38]

## III. Bewertung der Haftungssituation deutscher Abschlussprüfer

Die Haftung des gesetzlichen Jahresabschlussprüfers ist in Deutschland gleich dreifach eingeschränkt: Gegenüber dem geprüften Unternehmen bzw. dem Insolvenzverwalter kann sich der Prüfer nach der Rechtsprechung darauf berufen, er sei von der Geschäftsleitung getäuscht worden. Eine Dritthaftung für fahrlässige Prüfungsfehler kommt nach ständiger Rechtsprechung nur in Betracht, wenn der Prüfer dem Dritten gegenüber die Haftung ausdrücklich übernimmt. Außerdem ist die Haftung gem. § 323 Abs. 2 HGB bei börsennotierten Unternehmen auf 4 Millionen €, sonst auf 1 Million € je Prüfung beschränkt. Dies führt im Ergebnis dazu, dass der Abschlussprüfer im Zweifel überhaupt nicht haftet. Oft prüfen die Gerichte nicht einmal, ob der Prüfer seine Pflichten verletzt hat und weisen die Klage schon unter Hinweis auf das vorsätzliche Fehlverhalten der Geschäftsleitung bzw. den fehlenden Drittschutz des Prüfungsvertrages ab.

Dadurch wird die öffentliche Garantiefunktion der Institution Jahresabschlussprüfung ad absurdum geführt. Natürlich muss das Vertrags- und Haftungsrisiko bei Vertragsschluss kalkulierbar und versicherbar bleiben. Das Kriterium der Versicherbarkeit dient nicht nur dem Prüfer, sondern auch und insbesondere den Prüfungsadressaten. Gerade das Haftungsrisiko des deutschen Jahresabschlussprüfers bleibt jedoch überschaubar.[39] Gem. § 323 Abs. 2 HGB ist die Haftung für einfache Fahrlässigkeit betragsmäßig begrenzt. Die Haftungshöchstgrenze gilt nicht etwa für jeden Anspruchsteller, sondern dient vielmehr als ein einziger Haftungsfonds der Entschädigung aller Prüfungsadressaten.[40] Wenn der Prüfer also z. B. bereits dem Insolvenzverwalter Schadenersatz leisten muss und der Betrag gem. § 323 Abs. 2 HGB ausgeschöpft ist, können nicht noch zusätzlich prüfungsfremde Dritte Ersatz verlangen. Die Haftungshöchstgrenze für fahrlässige Prüfungsfehler muss gem. § 54 Abs. 1 S. 2 WPO voll versichert werden. Von der restriktiven Rechtsprechung der deutschen Gerichte zur Abschlussprüferhaftung profitiert somit hauptsächlich die Haftpflichtversicherung. Das kann nicht angehen. Auch die Europäische Kommission will eine Haftungsbeschränkung für Abschlussprüfer nur akzeptieren, wenn das Recht auf angemessene Entschädigung nicht beschnitten wird.[41]

## D. Abschlussprüferhaftung in den USA

### I. „In pari delicto“

### 1. Kirschner-Entscheidung des New York High Courts

In den USA lehnen es die Gerichte strikt ab, für die Rechte eines in betrügerische Machenschaften verwickelten Un-

---

[31] BGHZ 167, 155; BGH, NZG 2006, 862.
[32] BGH, DStR 2009, 497.
[33] BGH, DStRE 2010, 193, 197, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen.
[34] OLG München, BeckRS 2009, 86159.
[35] OLG München (Fn. 34); OLG Düsseldorf, DStRE 2010, 449, 453.
[36] OLG München (Fn. 34).
[37] Vgl. Fölsing, DStR 2006, 1809, 1813.
[38] Vgl. Fölsing, ZRFC 2010, 69, 71.
[39] Vgl. Barta, NZG 2006, 855, 858.
[40] Vgl. Fölsing (Fn. 38).
[41] Vgl. Europäische Kommission, Empfehlung vom 05.06.2008 zur „Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften“, AblEU 2008, L 162, 39, 40.

ternehmens einzutreten *(„in pari delicto“)*,[42] solange der Prüfer den Betrug nicht zusammen mit dem prüfungspflichtigen Unternehmen begeht.[43] Die Gerichte rechnen dem prüfungspflichtigen Unternehmen das Wissen ihrer Geschäftsleiter zu, wenn sich diese vorsätzlich fehlverhalten *(„imputation“)*.[44] Sie lehnen eine Wissenszurechnung nur dann ab, wenn sich das Fehlverhalten gegen das eigene Unternehmen richtet („adverse interest exception“).[45] Damit diese Ausnahme greift, müsse der Geschäftsleiter jedoch die Interessen seines Unternehmens vollständig missachten und auf Kosten des Unternehmens ausschließlich zu seinem eigenen Nutzen handeln.[46] Der New York High Court überträgt diese allgemeinen Zurechnungsregeln auf die Haftung des Jahresabschlussprüfers. Denn, so das oberste Berufungsgericht des Staates New York in seiner Kirschner-Entscheidung vom 21.10.2010: „Fraud on behalf of a corporation is not the same thing as fraud against it“.[47]

Aus diesem Grund lehnt der New York High Court die „adverse interest exception“ bei Insolvenzverschleppung ab. Denn die Insolvenzverschleppung ermögliche die temporäre Fortführung des Unternehmens und diene deshalb zumindest kurzfristig auch seinem Interesse: „Generally a fraud will suit the interests of both a company and its insiders for as long as it remains secret“.[48] Die „adverse interest exception“ komme deshalb nicht zum Tragen, wenn der Betrug sich zunächst zum Vorteil des Unternehmens auswirkt („short term benefits“). Das die Insolvenzverschleppung dem Unternehmen auf lange Sicht schade („long term harms“), spiele keine Rolle.[49] Die *Lords of Appeals* des britischen House of Lords bekannten sich jüngst ebenfalls zu der mit der US-amerikanischen „in pari delicto-doctrine“ übereinstimmenden *„ex turpi causa“*.[50]

### 2. „innocent decision-maker rule“

Die sog. *„innocent decision-maker rule“* besagt, dass das Wissen des Geschäftsleiters seinem Unternehmen nicht zugerechnet werden soll, wenn es innerhalb oder außerhalb des Unternehmen neben dem Geschäftsleiter dritte Personen gibt, die bei zutreffender Berichterstattung des Prüfers den Betrug hätten verhindern können.[51] Allerdings kommt die *„innocent decision-maker rule“* nicht als Gegenausnahme zur „in pari delicto“-doctrine zum Tragen. Vielmehr stellt sie lediglich eine Gegenausnahme zu der *„sole actor-rule“* dar. Die *„sole actor-rule“* besagt, dass sich das Unternehmen nicht auf die *„adverse interest-exception“* berufen könne, wenn es nur einen einzigen Geschäftsleiter hat, wenn Unternehmen und Geschäftsleiter also praktisch identisch sind.[52] Wenn es dagegen „innocent decision-makers“ gebe, komme die „adverse interest-exception“ wieder in Betracht.[53]

### 3. Kritische Würdigung

Bei börsennotierten Unternehmen existieren stets unternehmensinterne und externe Kontrollinstanzen, sogenannte *„innocent decision-makers“* (Board, Creditors, Börsenaufsicht SEC).[54] Wenn der Abschlussprüfer sie in seinem Bestätigungsvermerk ordnungsgemäß über Bilanzmanipulationen informiert, können sie gegen die Geschäftsleitung einschreiten. Der Abschlussprüfer ermöglicht es den Mitgliedern des Boards (vergleichbar dem deutschen Aufsichtsrat) durch seine Berichterstattung, die Geschäftsführung abzuberufen. Eine neue Geschäftsführung kann dann – ggf. auf Druck der SEC oder der finanzierenden Banken – Gläubigerschutz nach *Title 11, Chap. 11 US bankruptcy code* beantragen und versuchen, das Unternehmen zu restrukturieren. Daher sollte folgender Grundsatz gelten: Solange es „innocent decision-makers“ gibt, kann das Wissen der Geschäftsleitung dem Unternehmen nicht zugerechnet werden. Dadurch würde die *„in pari delicto doctrine“*, die der United States Court of Appeals im Rahmen der Abschlussprüfung für verfehlt hält,[55] korrigiert.

## II. Dritthaftung

Genau wie in Deutschland ist auch in den USA die Dritthaftung des Abschlussprüfers stark eingeschränkt. Dort haftet der Prüfer nur, wenn ihm bekannt ist, dass das geprüfte Unternehmen sein Testat an einen bestimmten Dritten zu einem bestimmten Zweck weiterleitet („to a known party for a known purpose“).[56] Eine „known party“ i.S.d. oben genannten Regelung ist ein vertragsfremder Dritter, „ for whose benefit and guidance“ der Prüfer „intends to supply the information or knows the recipient intends to supply it.“[57] Genau wie in Deutschland haftet der Prüfer also Investoren, Gläubigern oder Banken nicht schon deshalb, weil er davon ausgehen muss, dass diese ihre Entscheidungen möglicherweise auf sein Testat stützen werden.[58]

## E. Eigene Überlegungen

Der New York High Court ordnet die „in pari delicto“-Regel rechtlich nicht eindeutig ein. Seine Schlussfolgerungen ergeben sich wohl letztlich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Der United States Court of Appeals for the 6th Circuit dagegen diskutiert die Wissenszurechnung unter dem Aspekt der Kausalität („Reliance as a component of causation“).[59] Wenn das Wissen des Geschäftsleiters, der vorsätzlich die Insolvenzreife seines Unternehmens verschweigt, dem Unternehmen zuzurechnen ist, wäre die Pflichtverletzung des Prüfers für den Schaden des geprüften Unternehmens nicht kausal. Aus Sicht des Verfassers kann das Wissen des Geschäftsleiters jedoch nicht zugerechnet werden, wenn er sich

---

42 Vgl. Kirschner v. KPMG LLP, No. 151152, 2010 N. Y. LEXIS (N. Y. Oct. 21, 2010), 938 N. E. 2d 941, 950-53 (N. Y. 2010).

43 Vgl. Official Committee of Unsecured Creditors of Allegheny Health Education and Research Foundation v. PriceWaterhouseCoopers LLP, No. 38 WAP 2008, 2010 WL 522830 (P. A. Feb. 16, 2010).

44 Kirschner v. KPMG (Fn. 42).

45 Kirschner v. KPMG (Fn. 42).

46 Kirschner v. KPMG (Fn. 42); USCAM Liquidation Trust v. Deloitte & Touche LLP, 2011 U.S. Dist. LEXIS 16123 (D. Nev. Feb. 16, 2011).

47 Kirschner v. KPMG (Fn. 42).

48 Kirschner v. KPMG (Fn. 42).

49 Kirschner v. KPMG (Fn. 42), ; USCAM Liquidation Trust v. Deloitte & Touche LLP (Fn. 46), .

50 House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for Judgement in the cause „Moore Stephens (a firm) (Respondents) v. Stone Rolls Limited (in liquidation) (Appellants), http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldjudgmt/jd090730/moore.pdf, par. 120.

51 Stuart A. Gold v. Deloitte & Touche LLP, 622 F. 3d, 613, 620-21 (6th Cir. 2010), .

52 Stuart A. Gold v. Deloitte & Touche (Fn. 51).

53 Stuart A. Gold v. Deloitte & Touche (Fn. 51).

54 Vgl. Witmer-Rich/Herrmann, 74 Tenn. L. Rev. 47.

55 Thabault v. Chait & PriceWaterhouseCoopers LLP, 2008, U.S. App. LEXIS 192227, No. 06-2209, 2008 WL 4138407 (3d. Circ., Sep. 9 2008).

56 grundlegend Rusch Factors Inc. v. Levin, (1968) 284 F. Supp. 85.

57 Grant Thornton LLP v. Prospect High Income Fund et. al., 314 S.“. 3d 913-915 (Tex. 2010).

58 Vgl. BDO Seidman LLP v. Banco Espirito Santo Int'l_So.3d_2010 WL 2507051 (Fl.a 3d DCA June 23, 2010).

59 Stuart A. Gold v. Deloitte & Touche (Fn. 51).

betrügerisch zum Nachteil seines Unternehmens verhält. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Geschäftsführer Vermögenswerte des Unternehmens unterschlägt oder die Insolvenz verschleppt. Denn in beiden Fällen wird das Unternehmen geschädigt. Auch ist zweifelhaft, ob das Unternehmen durch seine temporäre Fortführung in der Insolvenz überhaupt einen kurzfristigen Nutzen erzielt. Denn durch die Fortführung entstehen meist weitere Verluste. Außerdem wird Liquidität für Waren- und sonstige Einkäufe verbraucht, während die eingekauften Güter für das Unternehmen angesichts seiner Insolvenzreife nicht mehr voll wertheltig sind.

Mit der öffentlichen Garantiefunktion der Abschlussprüfung ist die von den deutschen Gerichten praktizierte, erhebliche Reduzierung des Schadenersatzanspruchs gegen den Prüfer wegen Mitverschuldens der geprüften Gesellschaft nicht angemessen. Der Prüfer setzt nämlich, wie oben in Abschnitt C. unter I. ausgeführt, durch seine Pflichtverletzung die letzte Schadensursache. Bei ordnungsgemäßer Berichterstattung würden unternehmensinterne Kontrollorgane, Gläubiger oder Behörden zum Einschreiten veranlasst. Auch profitieren von dem Schadenersatzanspruch gegen den Prüfer in der Insolvenz die Insolvenzgläubiger und nicht das Unternehmen und seine Geschäftsleitungsorgane. In Deutschland und in den USA können Insolvenzgläubiger den Abschlussprüfer in der Regel nicht selbst auf Schadenersatz in Anspruch nehmen. Deshalb ist es nur recht und billig, wenn der Prüfer für Pflichtverletzungen an den Insolvenzverwalter Schadenersatz leisten muss. Dann können die Insolvenzgläubiger aus der Insolvenzmasse zumindest teilweise entschädigt werden. ■

# International

Johanna Fournier, LL.M. (Exeter), Hamburg*

## The Shari‘a’s Influence on Law in Egypt since 1800

### A. Introduction

Debates about the question whether veiling in school can be prohibited by law have been omnipresent during the last twenty years. Whereas the respective ruling of the German Federal Constitutional Court concerned veiling of female teachers in public schools,[1] a heated discussion about schoolgirls wearing a headscarf took place in France. The French law n° 2004-228 of 15 March 2004 prohibits pupils to wear ostentatious religious signs in school and thus especially restrains schoolgirls from veiling. This law was heavily contested in France and even provoked criticism by members of the United Nations Committee on the Rights of the Child, who stated that ‘the new rules were intolerant towards Muslims’.[2] Although the reason behind this ban of headscarves may have been of a political nature, France justified this law on the grounds of *laïcité* (secularity), a basic principle in the French Constitution dating back to the French Revolution.[3]

Interestingly, these debates about veiling in school have indeed been ‘omnipresent’, as they did not only take place in Western countries, but also in Egypt. Art. 2 of the Egyptian Constitution stipulates that ‘the principles of the *shari‘a*[4] are *the* chief source of legislation’.[5] Albeit this constitutional order, a decree was passed in 1994, prohibiting schoolgirls from wearing the *niqab* (veil covering the entire face except the eyes) or the *hijab* (veil covering hair and neck, but leaving out the face), although the latter is still allowed if the girl has a permission written by her parents.[6] The compatibility of this ruling with the *shari‘a* has been unsuccessfully challenged before Egypt’s Supreme Constitutional Court, and was affirmed.[7]

Thus, both France and Egypt have laws that forbid pupils to wear a headscarf at school; yet, France is a strictly laical state whereas Egyptian legislation is based on the *shari‘a*. This raises the question whether the *shari‘a* actually is ‘the chief source of legislation’ in Egypt. A legal order consists of more than just mere statutes: in order to find out how important these rules actually are and how they are interpreted, one has to take into account why and to what extent they were introduced, rejected, or adapted by the legal order. Hence, to answer the question which role the *shari‘a* actually plays within the Egyptian legal order, one has to go back in time and retrace how Egyptian law evolved and why.

### B. Law in Egypt

The evolution of law in Egypt during the last two centuries can be split up into four periods: Under *Mohammad Ali*’s rule as viceroy from 1805 until 1848, Egypt’s legal order opened up to new influences. *Mohammad Ali*’s enlightened ideas originating from the French and brought to Egypt during *Napoleon*’s Egyptian Campaign had an important effect on the Egyptian legal system (part I.). During the ensuing period, both the Egyptian Campaign and the recent changes in the legal system attracted Western merchants to stay and to do business in Egypt. As a result, increased disputes between Muslims and non-Muslims emerged in the 19th century, which could not be solved by the *shari‘a* only, but made it necessary for the Egyptian legal system to adapt to different needs (part II.). After Egypt became independent of Britain in 1922 and decided to reform its civil law system during the 1930s, the legal scholar *‘Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri* was given the task to create a new civil code applicable to both Muslim and non-Muslim inhabitants. *Sanhuri* was of the opinion that *fiqh* (Islamic law) alone was not suitable as a modern

---

* The author is Ph.D. student at the Bucerius Law School, Hamburg, Germany. The author wishes to thank Professor *Robert Gleave* (University of Exeter) for delivering invaluable insight into Islamic Law as well as Professor *David S. Powers* (Cornell University) for his very helpful and thorough remarks on this paper.

1 German Federal Constitutional Court Decisions 108, 282 ff.

2 WorldWide Religious News, http://wwrn.org/articles/8292/?&place=france&section=miscellaneous (visited 07 April 2011).

3 *Wing/Smith*, 39 U. C. Davis Law Review 743, at 754.

4 Latin transcripts of Arab words will be used without diacritics.

5 Emphasis added.

6 *Lombardi/Brown*, 21 Am U Int’l L Rev 379, at 426 f.

7 Case N° 8 of Judicial Year 17, decided on 18 May 1996, translated in *Brown/Lombardi*, 21 Am U Int’l L Rev 437, at 460.

civil code, since it had not evolved during the past centuries. He thus chose a comparative approach and picked out the best pieces from different legal systems from all over the world, both Western and Islamic, in order to put them together into a consistent civil code for Egypt (part III.). Finally, since the Free Officers Coup in 1952, Egypt was constantly secularised by *Jamal Abd al-Nasser* and his successor *Anwar al-Sadat*. However, whereas *Nasser* aimed at limiting the influence of religious groups and institutions, *Sadat* tried to appease Islamist groups such as the Muslim Brotherhood by making the *shari'a* the chief source of legislation in Egypt. By introducing the *shari'a* in art. 2 of the Egyptian Constitution, *Sadat* traded both secular and Islamic values off against his own interests. This ill-advised change of law led to a legal order, struggling to give credit to both its religious 'chief source of legislation' and its secular orientation (part IV.).

## I. Opening up – to New Influences

Regarding the Egyptian legal system, the first half of the 19th century was characterised by *Muhammad Ali* introducing the first Western concepts. Influenced by the French, he established several new legal institutions and simultaneously limited the *ulama'*s (Muslim scholars) influence in Egypt.

### 1. Modern Law under *Muhammad Ali*

Although Egypt was part of the Ottoman Empire, it was mainly ruled by autonomous viceroys empowered to rule in matters of state administration and law. Legal reforms in Egypt are commonly said to begin with *Muhammad Ali*'s rule as viceroy from 1805 to 1848. It was *Muhammad Ali* who introduced several legal as well as institutional reforms.[8] The first noteworthy legal novelty came into being in 1799, when the French established a commercial court in Egypt, the *Mahkamat al-Qadaya* (Court of Cases). The court was composed of six Coptic merchants and six Muslim merchants; it was presided by a Copt. Its jurisdiction comprised conflicts in commercial matters, inheritance, and civil claims.[9] Although the French stayed only from 1798 to 1802, they influenced *Muhammad Ali* with their ideas of Enlightenment resulting in his desire to modernise Egypt, including the Egyptian legal system. He established several legal institutions, as for example *Diwan al-Wali* (Department of Civil Affairs) in the very year his rule began. *Diwan al-Wali* was a council designed to assist *Muhammad Ali* in governing Cairo and equipped with certain judicial responsibilities. These responsibilities were expanded when the council was renamed *Diwan al-Khidiwi*.[10] Other institutions established by *Muhammad Ali* were a supreme legal body (*al-Majlis al-'Ali al-Mulki* [Council of Civil Affairs]) in 1824, a Military Council as exclusive court martial in 1830, and two commercial courts in Alexandria (1845) and Cairo (1846) which were established to deal with cases involving foreign merchants.[11] *Muhammad Ali*'s reforms led to a decrease of the *ulama'*s influence and hence of Islamic, i.e. religious law. *Ali* confiscated several *awqaf* (Muslim charitable endowments, established by private persons, plural form) which were used to support religious institutions. Additionally, he raised taxes, although he had promised the *ulama* not to do so if they supported him in his endeavour to come to power.[12] Both the introduction of new legal institutions and laws as well as *ulama'*s loss of influence signify the first limitations of the rule of the *shari'a* in Egypt. However, it has to be noted that, except for the *Mahkamat al-Qadaya*, all these innovations were not imposed on Egypt by the French. They were rather introduced by the Egyptian ruler at the time himself, *Muhammad Ali*, who was influenced by Western ideas, but acted at his own will and conviction. Still, these were only a single person's convictions and not necessarily in the people's interest.

### 2. *Zahra*'s Case

Amongst the newly enacted laws were also penal laws concerning both substantive and procedural law, the first of which was passed in 1829. Although these new penal laws did not diverge substantially from the principles of the *shari'a*, except for the punishment of theft,[13] they introduced inter alia the use of new kinds of evidence in court that were usually prohibited in *shari'a* courts, e.g. autopsy reports.[14] One example is the case of *Zahra bt. Sayyid Aḥmad*, a middle-aged woman, who died in November 1877. Rumour had it that neighbours saw *Zahra*'s son-in-law, *Muhammad 'Abd al-Rahman*, beating her hard in the stomach. Although this testimony was never substantiated, he was arrested by the *shaykh al-hara* (mosque official keeping vital statistics for the population) on suspicion of having caused her death; he was detained in the Muski prison (*karakul*) in northern Cairo. However, the *hakima* (female doctor) of the quarter exonerated the accused by stating that she had not found anything suspicious and that *Zahra* died of intestinal problems. *Zahra*'s son, *Muhammad the Cobbler*, was given the opportunity to send the body to Qasr al-'Aini Hospital for an autopsy, but he declined and dropped the charges against his brother-in-law. Nonetheless, the son remained suspicious and later asked for an exhumation and autopsy. The coroner found evidence that *Zahra* had been beaten and that this had caused her death. Although *Zahra*'s son and his sister, the accused's wife, decided to drop the charges and to deal with the matter within the family, the police charged *Muhammad 'Abd al-Rahman* with manslaughter and sentenced him to one year's imprisonment.[15] This case demonstrates not only the use of autopsy reports as evidence in court, but also the son's reluctance to take this unusual step and hence deviate from established practice and tradition. Nonetheless, he took this step and triggered a legal procedure he was not empowered to stop.

## II. Adapting to – Different Needs

In the second half of the 19th century, the Egyptian legal order had to cope with problems arising out of new circumstances in the Egyptian trade and community: since an increasing number of Europeans started doing business in Egypt, disputes between Muslims and non-Muslims had to be

---

8 *Roesler*, 14 Cardozo J Int'l & Comp L 393, at 404.

9 *Ziadeh*, Lawyers, the Rule of Law, and Liberalism in Modern Egypt, 1968, at 14.

10 *Peters*, 39 Die Welt des Islams 378, at 379 f.

11 *Fahmy*, 6 Islamic L & Soc'y 224, at 228.

12 *El Sayed*, in *Holt* (ed.), Political and Social Change in Modern Egypt: Historical Studies from the Ottoman Conquest to the United Arab Republic, 1968, at 277.

13 *Anderson*, in *Holt* (ed.), Political and Social Change in Modern Egypt: Historical Studies from the Ottoman Conquest to the United Arab Republic, 1968, at 210.

14 *Fahmy* (note 11), at 234.

15 Ẓabtiyyat Miṣr, Reg. L/2/6/2 (old no. 196), case no. 196, pp. 168ff., 24 Dhū al-Qa'da 1294/1 December 1877, cited in *Fahmy* (note 11), at 252 f.

solved. New courts and new laws had thus to be established in order to try cases involving Europeans to whom the *shari'a* as a religious law did not apply.

### 1. New Court Systems

Through *Muhammad Ali* and his successors, notably *Isma'il Pasha*, Egypt was open to Western merchants. The Capitulations, a set of bilateral treaties concluded between the Ottoman Empire and European countries, further facilitated trade between the Empire and Europe.[16] Obviously, this also entailed criminal and civil law disputes between local people and foreigners. The *shari'a* was considered religious and thus applied only to Muslims, whereas non-Muslims were not bound by it. Unlike Western laws, the *shari'a* was not applicable on a specific territory, but to specific people.[17] Thereby, different laws were applicable within Egypt. As a consequence, it was established that in disputes within mixed nationalities, or rather religions, the defendant's court had jurisdiction in all cases and applied the law of its country. Every criminal act committed by a non-Muslim in Egypt was thus withdrawn from Egyptian jurisdiction.[18] To put an end to this situation, mixed courts were established in 1875 and continued to operate until 1949.[19] The mixed court system consisted of three district courts in Mansurah, Cairo, and Alexandria as well as of a court of appeal in Alexandria. Every case involving both a Muslim and a non-Muslim fell into the jurisdiction of the mixed courts; most criminal cases against non-Muslims also were tried there.[20] To establish a functioning legal system, new codifications were enacted, designed to suit the needs of the mixed courts. The Penal Code, founded on the Ottoman code and French law, did not contain any reference to the *shari'a*, and it was not applicable in *shari'a* courts. The Civil Code, which was passed in 1875, was quite different from the Ottoman laws. Where the latter was based exclusively on Hanafi[21] law, the Egyptian Civil Code was based on French law, albeit with adjustments to local needs, e.g. concerning death sickness, planting or building on leased land, gifts, and the right of pre-emption (*shuf'a*).[22] Apart from the mixed courts, a system of national courts (later called *al-Mahakim al-Ahliya*) was created accompanied by several reforms of the administrative councils in the early 1880s. In order to establish these national courts, Egyptian leaders intended to formulate a new civil code applicable in these courts, which was supposed to be based on the *shari'a*. These discussions about a new civil code took place during a severe financial crisis in Egypt (1875-1877) which culminated in the occupation of Egypt by the British in 1882. To avoid direct interference by the British, Egypt was forced to pass a civil code quickly. Thus, the already existing code used in the mixed courts was adopted by the national courts instead of creating a new civil code. As a result, in civil law disputes, Muslims were not tried according to the *shari'a* but according to the French civil code.[23] Parallel to the national courts, the traditional *shari'a* courts still existed, whereat appellate *shari'a* courts were introduced. In order to avoid concurrent jurisdiction between these two court systems, the Code of Procedure for the *Shari'a* Courts of 1880 limited the *shari'a* courts' jurisdiction to matters of personal status and homicide. The law stipulated that the courts must apply Hanafi law except in homicide cases: 'in order to prevent corruption and in view of the frequency with which people do not hesitate to shed blood',[24] the so-called principle of Two Companions was said to be applicable.[25]

Taking into account that Egypt had been occupied by both France and Britain during the 19th century, it is remarkable that, again, these many reforms regarding laws and legal institutions were not imposed by the French or British, but were introduced by the Egyptians. Yet, it is particularly noticeable that these reforms were not chosen out of conviction; they were mere reactions to the situation in the country. Egypt had to find a way to cope with the consequences arising out of the fact that many Western people lived and started doing business in Egypt. Although the legal reforms that took place in this time were not imposed on Egypt, they were not introduced by choice either but because of pure necessity.

### 2. Quftan *Waqf* Case

One of the matters of personal status that were tried by *shari'a* courts were probate disputes as for example the Quftan *waqf* case (1902-1907). In 1851, when the Quftan *waqf* (charitable endowment, singular form) was established, its founder employed 20 freed slaves and his wife employed three freed slaves, who all still worked for their masters albeit being free. The founder had no children and in the twenty-five years between the foundation of the *waqf* and his death in 1876, several of the potential beneficiaries of the *waqf* as well as his wife died. The first one to die in this time was *Rustam Bic Wahbi*, a Circassian freed slave employed by the founder. In 1876, when the founder died, the total number of beneficiaries, including the offspring of the freed slaves, was twenty-six. A large part of the dispute in court was about the identity of the different claimants. It was established that *Rustam Bic Wahbi* was indeed a freed slave belonging to the founder and that the claimants were all his descendants: his children *Musṭafa Bic Sidqi* and *Zaynab* (both living in Cairo), as well as *Rustam*'s grandsons *Muhammad Ṣalih* (a state inspector) and *Rustam Afandi Sidqi*. Although the claimants began submitting their lawsuits in 1883, most of the litigation took place in the years between 1902 to 1907. Their claim was based on the accusation that the *waqf* administrators (*mutawalli*s or *nazir*s) did not pay them their share of the *waqf*'s income.

The court of first instance, the Cairo *Shari'a* Court, then decided that the claimants were entitled to receive a share of the *waqf*'s income. Yet, the question remained how this share was to be calculated. This subject was disputed within the Hanafi school: the majority held that the share should be the same as the original share *Rustam* would have been entitled to if he had been alive when the founder died; a minority held that in addition to this original share, the shares of other ben-

---

16 *Hoyle*, 1 Arab L Q 220, there at footnote 1.

17 *Anderson* (note 13), at 211.

18 *Anderson* (note 13), at 211.

19 *Roesler* (note 8), at 406 f.

20 *Ziadeh* (note 9), at 25 f.

21 Sunni Islamic law is interpreted by different *Madhaheb* (schools of law), whereat the four most important ones are the Hanafi school, the Maliki school, the Shafi'i school, and the Hanbali school.

22 *Anderson* (note 13), at 216 f.

23 *Roesler* (note 8), at 408.

24 Art. 53.

25 *Anderson* (note 13), at 218.

eficiaries, who died without children, brothers, or sisters, should be added. The Cairo *Shari'a* Court ruled according to the minority opinion. This decision was overruled by the Supreme *Shari'a* Court in accordance with the majority opinion, on the grounds that the court of first instance had neglected the practice (*'amal*) of the courts. As a result, the claimants received only the original share of their (grand-)father and thus less than they had claimed.[26]

On the one hand, this case shows the newly introduced appellate structure in the *shari'a* court system. Prior to the reform of the *shari'a* court system, decisions given by a *shari'a* court were final and binding. Now, however, the defendants, in this case the *waqf* administrators, had the possibility to appeal against the judgment which they did with success. On the other hand, this case also shows that sometimes legal proceedings were used in order to obtain not a verdict regarding a dispute, but rather an authoritative confirmation of the facts. In the Qufan *waqf* case, not only the process ended with the verdict, but also the dispute between the parties, since they all agreed with the outcome in the end, although the claimants initially asked for more money. It is hence assumed, that the claimants took action according to prior agreement with the defendants in order to obtain a formal decision regarding the *waqf*'s validity.[27]

### III. Picking out the Best Pieces

Although a legal order had been established that was capable of coping with the different Muslim and non-Muslim disputes, Egypt's new independence of Britain made legal reforms necessary. In order to base the new legal order on a civil code tailored to the particular needs of this new Egypt, *'Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri* created a new civil code based on both *shari'a* and Western law.

#### 1. 'Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri

In 1922, Egypt was recognised as being nominally independent of Britain, and a new constitution, based on Belgian and Ottoman examples, was promulgated.[28] As a consequence, the Capitulations were abolished and foreigners in Egypt were placed under the same laws as Egyptians. In the 1930s, it was therefore decided to discontinue proceedings before mixed courts from 1949 onwards in order to terminate the existence of two parallel legal systems for non-Muslims and Muslims.[29] Thus, a new civil code applicable to every person in the national courts was required. A committee established in 1936 was given the task of designing this new civil code, based on *shari'a* law. The head of the committee, *'Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri*, was a legal scholar who had studied the legal systems of Arab countries at al-Azhar University and in Lyon/France.[30] *Sanhuri* adopted a comparative approach: he analysed civil codes from Europe, Africa, Asia, and the Americas noting that these codes had proven reliable through wars and revolutions.[31] Yet, he based the new civil code mainly on Egyptian jurisprudence and integrated some *fiqh*. Since Western and thus secular laws and institutions found their way into the Egyptian legal system in the preceding century, conservative groups now demanded a code based entirely on the *shari'a*.[32] But in *Sanhuri*'s opinion, pure Islamic *fiqh* was not suitable for a civil code, although this was 'not an inherent quality of the law itself, but instead a consequence of its failure to evolve'.[33] Not only did he depart from the divine text by adapting it to modern needs, but he also 'compared [...] those [selections] of the Islamic *shari'a* from a general point of view and in all schools, the doctrines of each school. [He] got out of these texts a model of precepts of the *shari'a*'.[34]

*Sanhuri*'s civil code constitutes an important change in Egypt's legal history. In contrast to the legal reforms that took place during the 19th century, this civil code was not a mere compromise found in order to deal with the current situation. *Sanhuri* developed an elaborate legal system that was not only designed according to the present challenges, but he even incorporated both Egypt's past values and future aims into his civil code.

#### 2. Wives' Initiative to Divorce

Another remarkable reform that followed Egypt's independence from Britain was Law N° 25 of 1929 in conjunction with Law N° 25 of 1920. These laws named several grounds on which a wife was allowed to demand a divorce from her husband. Several laws from this period were not based on the dominant Hanafi doctrine, but either on a secondary Hanafi view or on another Sunni school;[35] Law N° 25 of 1920 and 1929 was based on a Maliki doctrine.[36] A wife was now allowed to request a divorce from her husband on the grounds of his defects and diseases,[37] non-provision of maintenance,[38] absence,[39] as well as injury[40].[41] However, another very important problem, child marriage, was not solved by these laws.[42] The most common ground for divorce was physical or verbal injury according to art. 6 Law N° 25 of 1929.

In 1929, a Cairene woman from a well-educated and distinguished Turkish family claimed a divorce because her husband, a judge in a national court, had beaten her. The husband defended himself by citing *Qur'an* 4:34, which, in his view, not only allowed, but even obliged him to beat his wife if she was disobedient.[43] The Court of Summary Justice's *qadi* (Judge) *Mutawi'* ruled that women of a lower social class are not injured by beating, whereas women of a higher social standing are. On this ground, the court dissolved the marriage. In his appeal to the Court of First Instance, the husband claimed that he was allowed to chastise his wife, citing the above-mentioned verse. In response, the court referred to *Muhammad 'Abduh*, who permitted mild beating of a wife only if she was already used to being beaten from her childhood. According to *'Abduh*, beating generally does not make women obedient, since it merely abases the body but not the spirit.[44]

---

26 *Shaham*, 43 J Econ & Soc Hist Orient 162, at 174-178.
27 *Shaham*, J Econ & Soc Hist Orient (note 27), at 178.
28 *Anderson* (note 13), at 224.
29 *McDougall*, 26 Brit YB Int'l L 358, at 358.
30 *Hill*, 3 Arab L Q 33, at 34.
31 *Ziadeh* (note 9), at 142.
32 *Ziadeh* (note 9). at 139.
33 *Roesler* (note 8), at 414.
34 *'Abd al-Razzaq Ahmed al-Sanhuri* (1936), cited in *Hill* (note 31), at 55.
35 On the Sunni schools see note 22.
36 *Anderson* (note 13), at 224 f.
37 Arts. 9-11 Law N° 25 of 1920.
38 Arts. 4-6 Law N° 25 of 1920.
39 Arts. 12-14 Law N° 25 of 1929.
40 Arts. 6-11 Law N° 25 of 1929.
41 *Shaham*, 1 Islamic L & Soc'y 217, at 223-227.
42 *Anderson* (note 13), at 225.
43 *Shaham*, Islamic L & Soc'y (note 42), at 233.
44 *Shaham*, Islamic L & Soc'y (note 42). at 242 f.

The influence of both Western secularism and Egypt's new independence and patriotism led to newly developed laws. These laws were supposed to fulfil the Egyptians' needs, even if this meant partly abandoning the traditional Hanafi doctrine. Law N° 25 of 1929 has its roots in Western egalitarian values on the one hand, and implements these values with recourse to Maliki jurisprudence on the other hand. It can thus be understood as a very modern law, breaking with Egypt's Hanafi legal tradition.

## IV. Trading off – Interests and Values

Since the Free Officers Coup, Egypt's rulers continuously secularised the country at least on the surface. Islamist groups were often supported unofficially in order to remain able to control them and prevent them from taking power themselves. This two-tier policy tore Egypt's legal system apart, leaving it unsteady and its institutions struggling for balance. In particular Egypt's Supreme Constitutional Court strives to do justice to the country's both secular and Islamic identity.

### 1. Secularisation under *Jamal Abd al-Nasser*

In 1952, the Free Officers Coup took place and led to the authoritarian rule under *Jamal Abd al-Nasser*, who secularised Egyptian law and legal institutions.[45] With the nationalisation of foreign capital and the Land Reform Law of 1952, the state became the most important economic power.[46] In addition, *Nasser* wanted to limit the influence of religion and religious institutions. He abolished the *shari'a* courts in 1955 and transferred their jurisdiction to the national courts. Notwithstanding, Hanafi *fiqh* prevailed in personal cases now decided by judges in national courts.[47] Through Law N° 625 of 1955, lawyers who until then only appeared in *shari'a* courts were now allowed to plead in national courts; additionally, their mandate regarding national courts was not restricted to cases concerning personal matters but it was extended to all kinds of claims. The abolition of the *shari'a* courts did not evoke much opposition.[48] *Nasser* reorganised al-Azhar University in 1961: he subordinated its finance to state administration and extended the number of colleges, originally three, i.e. theology, Arabic, and *shari'a*, to six by adding secular colleges for medicine, law, and engineering.[49]

### 2. Art. 2 of the Egyptian Constitution

#### *a) Introduction by Anwar al-Sadat*

*Nasser*'s successor *Anwar al-Sadat* also pursued a secular policy, although he occasionally made use of religious topics and symbols in order to placate Islamist groups in Egypt. The most important one of these groups was the Muslim Brotherhood, whose members were imprisoned by *Nasser* and subsequently released by *Sadat*. During the so-called 'Islamic resurgence', *Sadat* enabled the Muslim Brotherhood and other Islamist groups to, at least unofficially, form themselves again; this action aimed at compensating for the emerging Marxist movements in Egypt. As a consequence, the application of the *shari'a* (*tatbiq al-shari'a*) was heatedly discussed between Islamists and secularists in the public media.[50] As, through Western influence, more emphasis was put on codified constitutions in Muslim countries, Islamist groups successfully demanded that the *shari'a* be introduced into Egypt's constitution.[51] Noteworthy are the two different versions of art. 2 of the Constitution introduced by *Sadat*. The Constitution of 1971 became the first Egyptian constitution mentioning the *shari'a* as a legal source and not merely as a religion. Art. 2 stipulated that 'the principles of the Islamic *shari'a* are a chief source (*masdar ra'isi*) of legislation'. With Islamist movements growing stronger during the 1970s, the wording was then amended from '*a* chief source' to '*the* chief source (*al-masdar al-ra'isi*)'[52] in 1980. As a result, all Egyptian law is supposed to conform to 'the principles of the Islamic *shari'a*'.[53]

#### *b) Al-Azhar University Case*

In 1984-1985, the Egyptian Supreme Constitutional Court had to interpret the meaning of art. 2 of the Constitution for the first time. In this case, al-Azhar University's college for medicine opposed art. 226 of the Civil Code, which stipulates the payment of interest (*riba*) for delay and on the basis of which al-Azhar University was ordered by a lower court to pay a certain amount of interest. The university took legal action and argued that interest is prohibited according to every Islamic legal school.[54] Referring to the preparatory reports regarding the amendment of art. 2, the court held that 'any such legislative text which is contrary to the principles of the *shari'a* would be in violation of the Constitution'.[55] A retroactive application of art. 2 of the Constitution, however, is not possible, since this would endanger the stability of the legal system.[56] Thus, al-Azhar University's claim that art. 226 of the Civil Code was unconstitutional was rejected by the Constitutional Court since the rule was already in force prior to the amendment of art. 2 of the Constitution. In 1993, the Supreme Constitutional Court considered in another decision a claim by a private party challenging the constitutionality of certain laws regarding age limitations for child custody, especially art. 20 of Law N° 25 of 1929 as amended by art. 18 of Law N° 100 of 1985.[57] On 15 May 1993, the court characterised the basic legal principles of the *shari'a* as 'definitive' and stated that 'these rules and their delimitation cannot be the object of interpretative effort (*ijtihad*). [...] It is inconceivable, therefore, that the content thereof be modified according to changes in time and place.'[58]

#### *c) Veiling Case*

In light of this last statement by the Supreme Constitutional Court, the outcome of the Veiling Case was unpredictable. In 1996, a father brought suit before the Supreme Constitutional Court. He claimed that the 1994 decree by Egypt's Minister of Education, which bans wearing a headscarf at school, was incompatible with the *shari'a* and consequently with art. 2 of the

---

45 *Roesler* (note 8), at 416.

46 *Vatikiotis*, The History of Egypt: From Muhammad Ali to Mubarak[3], 1985, at 396.

47 *Roesler* (note 8), there at footnote 100.

48 *Ziadeh* (note 9), at 61.

49 *Moustafa*, 32 Int'l J Middle East Stud 3, at 5.

50 *Shepard*, 28 Int'l J Middle East Stud 39, at 40.

51 *Lombardi/Brown* (note 6), at 389.

52 Emphasis added.

53 *Lombardi/Brown* (note 6), at 389 f.

54 *Arabi*, 17 Arab L Q 323, at 328 f.

55 High Constitutional Court Decision of 4 May 1985, cited in *Arabi* (note 56), at 331.

56 *Roesler* (note 8), at 419.

57 *Arabi* (note 56), there at footnote 14.

58 High Constitutional Court Decision of 15 May 1993, cited in *Arabi* 16 Arab L Q 2, at 7.

Constitution. The court analysed different relevant rules in the *Qu'ran*. It had to find a compromise between the *shari'a* as the chief source of legislation on the one hand, and the, at least superficially, secular government under *Husni Mubarak* and historical Western influences on the other. Hence, a ruling in favour of the law in question was as conceivable as a ruling against it. Based on its own interpretation of the *Qu'ran* and with reference to interpretations by different scholars, the court concluded that God orders women to 'cover' parts of their body, but that there is no definite statement, which parts have to be covered.[59] Hence, the court found that 'the form of [the woman's] clothes and appearance are not [however] fixed by scriptural texts that have been determined to be certain either with respect to their authenticity or with respect to their meaning'[60]. The court then went on and asked whether the specific goals of veiling contravene one of the five main goals of the *shari'a*, namely religion, life, reason, property, and honour/modesty. Again, it concluded that the law does not violate any of these goals, including modesty.[61] Finally, the court even examined whether the law breaches the general goal of the *shari'a*, which is the expansion of human welfare.[62] Arguing that the *niqab* prevents a woman from taking part in society, the court held that 'it is not permitted for [a woman's] clothing to exceed the bounds of moderation. It should not cover her entire body so as to restrict her'[63]. Thus, the Supreme Constitutional Court rejected the claim and validated the ban. It therefore indeed found a compromise: the court used the *shari'a* as a basis for its reasoning, but came to a secular conclusion.

### D. Conclusion: The *Shari'a* in Egypt

This peculiar decision by the Supreme Constitutional Court is due to the unsteady evolution of law in Egypt. The *shari'a*'s influence on Egyptian law since 1800 does not follow a stable pattern. In the nineteenth century, Egyptian law was characterised by constant re-acting instead of acting. The law reforms enacted in this period and the legal institutions established were designed to cope with the chaotic situation caused by the clash of the local Islamic legal tradition on the one hand, and the numerous foreign merchants' legal understanding on the other. Yet, none of the more Western laws and institutions were imposed by Western, i.e. French or British, occupying forces; the laws and courts were indeed designed by Egyptian rulers, but merely as a reaction to the large number of Western people staying in Egypt. Thus, Egypt had no opportunity and often no time to establish its own legal tradition in this period; the decrease of the *shari'a*'s influence in some reforms does not signify a real change in attitude, but appears to be rather coincidental and has to be attributed to the circumstances.

The first person who really sought to design a code adjusted to Egypt's Islamic legal tradition, but still taking into account the evolved Western-oriented circumstances, was *Sanhuri* in the 1930s and 1940s. Although he based the new Civil Code on Egyptian jurisprudence, he sought to optimise the law by importing well-proven rules from other legal systems and by 'personalising' it by introducing rules of the different Islamic legal schools. The amount of Islamic law in this code is small. Yet, it is a noteworthy fact that *Sanhuri* introduced such rules, since he also could have confounded 'modern law' with 'Western law' and could thus have drafted a purely Western code.

After the Free Officers Coup, *Nasser* established a secular regime and oppressed the *shari'a*. Later, the *shari'a* did not regain legal importance, but rather legal credit by being introduced in the Egyptian Constitution in 1971; it was only in 1980 that the *shari'a* was declared the main source of legislation. Since then, the Supreme Constitutional Court has struggled to find a compromise between the rule of the *shari'a* and the rule of Western law – and with the different groups putting pressure on it. This becomes clear in the court's ruling in the veiling case.

The Supreme Constitutional Court decided in favour of banning headscarves from schools, although Egyptian laws are only constitutional if they are in accordance with the *shari'a*. Since roughly half a century, Egypt has been undergoing an identification process concerning its legal system. Although art. 2 of the Constitution determines the *shari'a* as the main source for legislation, Egypt has to combine this stipulation with mostly secular institutions on the one hand, and its commitments as for example to human rights under international law on the other. This leads to the interesting – if not absurd – situation, that the laical state France is accused of being intolerant towards Muslims, whereas Egypt, whose laws have to be compatible with the *shari'a*, provides for a comparable law. ■

---

59 *Lombardi/Brown* (note 6), at 427 f.

60 Case N° 8 of Judicial Year 17, decided on 18 May 1996, translated in *Brown/Lombardi* (note 7), at 452.

61 *Id.* at 456 f.

62 *Lombardi/Brown* (note 6), at 428.

63 Case N° 8 of Judicial Year 17, decided on 18 May 1996, translated in *Brown/Lombardi* (note 7), at 454.

# Streitgespräch

Professor Dr. Christian Pfeiffer, Andreas Müller, Prof. Dr. Frank Saliger (Moderation)

## Warnschussarrest und der Umgang mit jugendlichen Straftätern

*Das Bucerius Law Journal veranstaltete am 16. Juni 2011 ein Streitgespräch zum Thema „Warnschussarrest − Umgang mit jugendlichen Straftätern". Es diskutierten der Direktor des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen, Professor Dr. Christian Pfeiffer und Andreas Müller, Jugendrichter am Amtsgericht Bernau. Das Gespräch wurde von Professor Dr. Frank Saliger, Professor für Straf- und Strafprozessrecht an der Bucerius Law School moderiert. Die Veranstaltung wurde von der Kanzlei Morgan Lewis gesponsert.*

**Saliger:** Meine Damen und Herren, Hintergrund und Anlass für die heutige Veranstaltung ist ein tragischer Fall, der sich in der Berliner U-Bahn zugetragen hat. Dort ist ein 29-jähriger Fahrgast von zwei Achtzehnjährigen schwer am Körper verletzt worden. Er ist zu Boden gebracht worden,

dann wurde auf ihn im Kopfbereich eingetreten. Die Täter, die von schlimmeren Taten durch das Eingreifen Dritter abgehalten werden konnten, sind zunächst geflohen, haben sich später aber gestellt. Nicht nur die Tat hat besonderes Aufsehen in der Öffentlichkeit erregt, sondern auch die erste juristische Reaktion darauf – nämlich insofern, als die Anordnung von Untersuchungshaft bei dem Haupttäter abgelehnt worden ist. Er kam also unter Auflagen auf freien Fuß, was großes Aufsehen in Berlin erregt hat und die Frage aufwirft: Was funktioniert eigentlich noch im Jugendstrafrecht? Ist die Richterschaft mit ihren Mitteln am Ende? Muss sie neue Wege beschreiten?

Aus Anlass des Falls wurde auch, insbesondere von konservativer Seite, die Idee des Warnschusses in die Diskussion eingebracht. Zur Erläuterung: Bei diesem Warnschuss geht es um die Einführung einer neuen gesetzlichen Regelung. Nach dieser wäre es erlaubt, bei jugendlichen Straftätern einen Warnschussarrest anzuordnen, wenn sie zu einer Jugendstrafe (der schwersten Sanktion im Jugendstrafrecht) verurteilt werden und die Jugendstrafe zur Bewährung ausgesetzt wird. Zu Art, Voraussetzungen und Dauer wollen jetzt Rechtspolitiker in Berlin Vorschläge machen.

Die Frage des Warnschussarrests ist alt: Seit Jahrzehnten wird diese Idee diskutiert, immer wieder sind neue Entwürfe gemacht worden, die sich aber nie haben durchsetzen können. Es ist uns heute gelungen, zwei Diskutanten zu gewinnen, die in dieser Frage schon seit Jahren ganz prononciert Position beziehen. Für die Pro-Position steht der Richter am Amtsgericht Andreas Müller, für die Contra-Position Professor Dr. Christian Pfeiffer. Wir wollen so verfahren, dass die beiden Herren zunächst in kurzen Statements ihre Positionen erläutern. Im Anschluss daran wird es ein Gespräch zum Berliner Fall sowie allgemein zu den Hintergründen von Jugendgewalt geben. Natürlich werden wir über Pro und Contra des Warnschusses sprechen, aber auch allgemein über Verschärfungen des Jugendstrafrechts.

Soweit Anlass und Programm – ich gebe das Wort dann an die Pro-Position. Herr Müller, sind Sie damit einverstanden oder würden Sie gerne erst die Contra-Position hören?

**Müller:** Also da Professor Pfeiffer erst einmal Zahlen bringen will, wie ich vermute …

**Pfeiffer:** Ich muss doch erst einmal hören, wogegen ich bin.

**Müller:** Das wissen Sie doch hoffentlich.

**Saliger:** Gut, es geht schon los.

**Müller:** Ich habe gehört, dass die wenigsten Studenten überhaupt Ahnung vom Jugendstrafrecht haben. Deshalb eine kurze Einführung: Ich bin seit 17 Jahren Jugendrichter, bin am Anfang teilweise in einer Jugendkammer gewesen und nun seit 14 Jahren am Amtsgericht Bernau bei Berlin. Ich habe dort S-Bahn-Überfälle genauso zu verhandeln wie die Berliner oder die Hamburger Kollegen. Ich gelte offiziell oftmals als Hardliner. Bin ich aber nicht, wie sich in der Diskussion nachher herausstellen wird.

„Warnschussarrest“ ist das Thema. Der Warnschussarrest ist eine kleine Änderung im Jugendgerichtsgesetz, eine von vielen möglichen, die ich andenken könnte. Warnschussarrest würde etwa in einem Fall verhängt, wo jemand aufs Heftigste zugeschlagen hat, wo jemand ein Opfer auf Heftigste verletzt hat. Wo man sagt, hier ist die Schwere der Schuld ganz erheblich, wo man ihm aber trotzdem noch eine Chance geben möchte. Dann könnte das Gericht zusätzlich sagen: Wir geben dem Täter eine Chance, nämlich eine Bewährung, aber er soll noch einmal eine oder drei oder vier Wochen an einer Freiheitsentziehung schnuppern. Diese Freiheitsentziehung nennt sich Arrest. Arrest wird nicht im Knast verbüßt. Arrest wird verbüßt in Jugendarrestanstalten, die – wenn sie pädagogisch vernünftig ausgerichtet wären und vernünftig mit Personal besetzt würden – in dieser Zeit versuchen sollten, den jungen Mann auf die richtige Spur zu bringen. (Ich spreche von jungen Männern, weil die meisten, die sich prügeln, natürlich männlich sind.) Wenn dieser Gesetzesentwurf tatsächlich irgendwann einmal Gesetz wird, dann gibt es eine zusätzliche pädagogische Maßnahme, die Jugendrichter verhängen können, aber nicht verhängen müssen.

Ich diskutiere über diesen Jugendarrest seit mittlerweile zehn Jahren in der Öffentlichkeit. Die Linken sagen: „Nein, auf keinen Fall, wir dürfen keinen Jugendarrest verhängen, denn“ – ich übernehme Ihre Worte, Herr Professor – „aus bösen Buben werden dadurch noch bösere Buben.“ Das sind die einen. Die Rechten auf der anderen Seite sagen immer: „Wir brauchen den Jugendarrest, wir brauchen eine Verschärfung.“ In Wirklichkeit ist es keine Verschärfung, sondern eine Verbesserung. Im Einzelfall wird er helfen. Er wird nach meiner Berechnung vielleicht – wenn es hoch kommt – zwei Prozent aller jugendrichterlichen Maßnahmen ausmachen. Zwei Prozent. Das heißt, dass in der Politik, egal von welcher Seite, seit über zehn, fünfzehn Jahren Nebelkerzen geworfen werden. Wenn man diesen Warnschussarrest endlich einmal (und sei es auch nur probeweise für fünf oder zehn Jahre) einführen würde, dann würde man sich den wirklichen Problemen auf der präventiven wie auf der repressiven Seite widmen können. Man könnte dann einmal wirklich überlegen, was eigentlich gemacht werden muss. Stattdessen wird auf allen Ebenen immer wieder über den Warnschussarrest diskutiert. Ich wäre glücklich, wenn ich ihn endlich hätte. Die meisten Richter wären glücklich, wenn diese Diskussion endlich aufhören würde. Sie müssten den Warnschussarrest nicht anwenden. Sie werden ihn auch nicht inflationär anwenden, sondern sie werden ihn in der Hoffnung nutzen, dadurch die eine oder andere Straftat zu verhindern und weniger Opfer zu haben.

Im Übrigen – und dann schließe ich auch – ist es so, dass jeder Jugendrichter in Deutschland seit Jahrzehnten monatlich Arreste verhängt. Wenn man also gegen den Warnschussarrest ist, dann muss man konsequenterweise sagen: „Wir müssen den gesamten Arrest, der bereits im Jugendstrafrecht verankert ist, abschaffen, weil Arrest dazu führt, dass die bösen Buben noch schlimmer werden.“ Das war ein Zitat, in etwa so geäußert von Professor Pfeiffer.

**Saliger:** Es ist nicht nur gestattet, sondern willkommen, nach jedem Statement Beifall zu geben, vielen Dank also. Wir sind jetzt ja schon bei der Atmosphäre von „Hart, aber fair“. Herr Pfeiffer, bitte, das Gegenstatement.

**Pfeiffer:** 1980 hatte ich eine für einen Wissenschaftler einmalige Chance. In München bekommen die Richter ihre Klienten alphabetisch zugewiesen, der eine A bis B, der nächste B bis C und so weiter. Die Folge davon: Jeder hat eine in der Zusammensetzung identische Klientel, wenn man sich auf die Deutschen begrenzt, sonst hätte der Richter mit A und der mit Ö ganz viele Türken. Also wir haben nur die

Deutschen genommen und verglichen: Was machen die Richter mit hundert Angeklagten?

Es gab sechs Richter, die dem Jugendarrest skeptisch gegenüberstanden, die sehr zurückhaltend waren. Dann gab es sechs, die ihn extrem häufig einsetzten. Und schließlich gab es Richter in der Mitte. Die sechs Zurückhaltenden und die sechs Harten habe ich verglichen. Ich habe fünfhundert Angeklagte genommen, die bei den Zurückhaltenden waren, und fünfhundert, die bei den Harten waren. Ergebnis: Die harten Richter hatten eine um etwa ein Drittel höhere Rückfallquote. Als wir schauten, wo die Rückfälligen herkamen, stellten wir fest, dass sie primär aus dem Jugendarrest kamen. Überraschend ist das nicht, denn der Jugendarrest hat für sich genommen eine Rückfallquote von, je nach Untersuchung, die man wählt, zwischen 64 Prozent und 70 Prozent, deutlich höher als etwa die Rückfallquote bei der Freiheitsstrafe, die zur Bewährung ausgesetzt wird.

Warum ist das so? Erstens: Jeder Freiheitsentzug birgt in sich das Risiko, dass man im Grunde einen Fortbildungskurs in der Anwendung krimineller Methoden bekommt. Denn das ist das Thema, was die Gefangenen untereinander erörtern, wenn sie ihren Hofgang haben, wenn sie beim Sport zusammenkommen, wenn sie untereinander reden können. Die Ansteckungsgefahr ist hoch. Zweitens: Der Volksmund weiß es schon – und ist der Ruf erst ruiniert, so lebt's sich gänzlich ungeniert. Jugendarrest ist eine Art Miniknast, hat daher also – nicht überraschend – auch eine stigmatisierende Wirkung. Es ist klar, der Jugendarrest ist eine problematische Sanktion, die man auf ein Minimum reduzieren sollte. Hier dagegen würde er ausgeweitet werden. Stimmt denn das Argument, dass der Jugendliche, der hier eine Bewährungsstrafe bekommt, endlich auch einmal sehen muss, wie hart der Knast bzw. das Eingesperrtsein ist? Aus meiner Sicht stimmt es nicht, denn die große Mehrheit der Leute hat schon längst entweder in Untersuchungshaft oder im Jugendarrest gesessen. Man bekommt seine Jugendstrafe, ausgesetzt zur Bewährung, meistens im Zuge einer Karriere, selten als Ersttäter. Und zu dieser Karriere gehört, dass man auch schon einmal den Jugendarrest erlebt hat. Das Argument also, der Täter sollte doch mal den Freiheitsentzug erlebt haben, zieht für mich nicht sehr. Drittens: Manche behaupten, was Herr Müller jetzt nicht getan hat, der Verurteilte erlebe die Aussetzung einer Jugendstrafe zur Bewährung wie einen Freispruch. Wenn der Richter ihnen aber klar macht, „beim geringsten Fehltritt bist du im Knast, wir geben dir noch einmal die Chance, aber: Riskiere nichts", dann weiß der doch, was ihm blüht. Von daher halte ich die Annahme für falsch, in Verbindung mit der sehr erfolgreichen Strafaussetzung zur Bewährung (die – je nach Untersuchung – Rückfallquoten zwischen 58 und 62 Prozent hat, obwohl sie da viel schwerere Klienten haben als im Arrest) bräuchten wir auch noch den Freiheitsentzug. Deswegen spreche ich mich gegen diese Veränderung des Jugendstrafrechts aus.

**Saliger:** Vielen Dank, Herr Professor Pfeiffer. Es gab bei diesen beiden Statements offenkundig nicht nur unterschiedliche Auffassungen zu der konkreten Maßnahme des Warnschussarrests, sondern überhaupt zu der Sinnigkeit des schon vorhandenen Jugendarrests und den Möglichkeiten mit seinem Umgang. Es gibt erkennbar auch, und damit würde ich gerne beginnen, unterschiedliche Einschätzungen, wen man überhaupt im Jugendstrafrecht mit den ganzen Maßnahmen erreichen will. Jeder hat ein anderes Bild von dem Jugendkriminellen vor sich, den die Maßnahme jetzt erfassen soll. Dort würde ich gerne ansetzen, auch vor dem Hintergrund des Berliner Falls, der so oder so ähnlich nicht nur in Berlin vorkommt, sondern sich in allen deutschen Großstädten abgespielt hat. Was sind die Hintergründe für derartige Gewalttaten? Wo kommt diese Jugendgewalt her, die in der Wahrnehmung immer härter zu werden scheint? Herr Müller.

**Müller:** Ich möchte nichtsdestotrotz noch ein Wort zu dem Statement von Professor Pfeiffer verlieren, also zum Warnschussarrest. Sie beziehen sich auf eine Studie von vor 30 Jahren.

Wo würde man sich heute, wenn man neuere Entwicklungen betrachtet, auf eine Studie von vor 30 Jahren berufen? Das mag vor 30 Jahren so gewesen sein, aber wir haben heute andere Jugendliche, andere Heranwachsende, wir haben eine andere Jugendbewegung, wir haben einen anderen Drogenkonsum bei vielen jungen Menschen. Was vor 30 Jahren war, zählt heute nicht mehr. Das Zweite ist: Vor 30 Jahren hatten wir ganz andere Jugendarrestanstalten. Wenn man nun hingehen würde und diese blödsinnige Diskussion endlich einmal beenden würde und stattdessen sagen würde, in jede Arrestanstalt in der Bundesrepublik stecken wir eine Million Euro mehr rein, dann würde es sicherlich nicht mehr diese Rückfallquoten geben, die es seinerzeit gegeben hat. Das wäre eine Geschichte, um was zu machen. Der Jugendarrest selber ist nicht schuld. Ich brauche diesen Jugendarrest und ich würde ihn vielleicht im Jahr zehnmal nutzen. Ich kann gar nicht verstehen, wie man sich auf eine Studie von vor 30 Jahren berufen kann. Wir haben heute andere Menschen, das dazu.

Warum werden die Menschen heute gewalttätig? Ich bin seit sechzehn Jahren Richter, ich habe mir meinen Namen gemacht im Jahre 1998, weil ich offensiv und bisweilen auch mit der nötigen Härte, konsequent und schnell gegen rechtsradikale Straftäter und Skinheads vorgegangen bin. Da haben alle applaudiert von Links bis Rechts, die Bösen waren klar, dass waren die Rechten. Wir haben also immer schon härteste Gewalt gehabt. Diese Diskussion flammt ja immer wieder auf, aber haben wir heute eine veränderte Gewalt? Wir haben einen Rückgang der Gewalt, einen Rückgang der Kriminalität allgemein. Da kann man darüber nachdenken, warum das so ist: Ist das so, weil die Richter bisweilen härter durchgreifen? Oder ist es so, weil viele ambulante Maßnahmen, wie der Täter-Opfer-Ausgleich oder Anti-Gewalt-Trainingskurse, die ja auch von Professor Pfeiffer mit ins Leben gerufen wurden, mittlerweile an der Tagesordnung sind? Liegt es an den niedrigen Arbeitslosenzahlen? Und so weiter.

Wir haben aber faktisch nach wie vor unheimlich viel Gewalt, wofür es mehrere Ursachen gibt. Einmal haben wir seit 20 Jahren kaputte Familien z.B. durch Hartz-IV; wir haben junge Menschen, egal von welcher Ethnie sie kommen, die in kaputten Verhältnissen aufwachsen und selber Gewalt erleben, entweder verbaler Art oder eben direkt durch Prügel. Wir haben darüber hinaus Lebensversager, verlorene Menschen, wir haben Schulverweigerer ohne Ende. Wir haben Leute, die keinerlei Macht erhalten werden oder nie erlebt haben und die einmal in irgendeiner Art in einer Machtgemeinschaft sein wollen. Und wir haben, was ich feststelle, einen unheimlichen Konsum von Drogen, insbesondere von Amphetaminen und Ectasy, gemischt mit Alkohol. Der Kon-

sum geht dann bis in den frühen Morgen, man fragt sich: Was machen wir jetzt noch? und dann werden die Aggressionen ausgelebt. Wir haben darüber hinaus eine Musikszene, die de facto noch zur Gewalt anstachelt. Ich, das muss ich Ihnen sagen, bin 1980 mit „Petting statt Pershing“ groß geworden, also Musik, bei der es hieß: Wir lieben uns alle. Und womit leben Sie heute? Mit irgendwelcher Musik, wo es heißt: Hau ihm in die Fresse, wenn er dir doof kommt. Also das sind Ursachen. Aber wir machen ja heute keine Ursachenforschung, sondern wir fragen, wie kann es verändert werden. Herr Professor Pfeiffer wird sicher einiges ergänzen.

**Pfeiffer:** Erstens die Studie, die ich zur Rückfallquote des Jugendarrestes angeführt habe, ist von Professor Jehle und aus dem Vorjahr.

**Müller:** Sie hatten sich gerade auf die von Ihnen aus München bezogen.

**Pfeiffer:** Das Entscheidende ist, dass der Jugendarrest höhere Rückfallquoten hat als die zur Bewährung ausgesetzte Jugendstrafe, obwohl letztere die gefährlicheren Klienten kriegen; man muss sich insoweit hochdienen: Erst kommt man in den Jugendarrest, dann überlegt der Richter, ob wirklich schon die Jugendstrafe nötig ist.

Zweitens: Warum geht denn eigentlich die Jugendgewalt zurück, aber in der öffentlichen Wahrnehmung nicht? Die Menschen glauben zu 90 Prozent, so mussten wir feststellen, dass die Jugendgewalt steigt, obwohl sie sinkt. Wir fragen das regelmäßig Anfang Januar ab. Also warum sinkt sie eigentlich?

Es sind fünf Gründe, die wir identifizieren und belegen können. Erstens nimmt die innerfamiliäre Gewalt deutlich ab, es werden weniger Gewalterfahrungen weiter gegeben. Zweitens: Die Schulen haben hervorragende Arbeit geleistet, sich der Gewalt entgegen zu stellen. An den Schulen selber, da gibt es keinen Zweifel, ist die schwere Gewalt, die in einen Krankenhausbesuch einmündet, um 50 Prozent rückläufig. Diese Fälle werden alle den Versicherungen der Schulen gemeldet, die für die Kosten aufkommen müssen. Dadurch gibt es hier kein Dunkelfeld. Der sich in den Zahlen dokumentierende Rückgang hat real stattgefunden. Wir haben ferner eine exzellente Polizei, das Risiko des Erwischtwerdens war noch nie so hoch wie jetzt. Da gibt es die Angst: Die kriegen mich. Die Anzeigequote ist ebenfalls so hoch wie nie zuvor, weil die Schulen Gott sei Dank endlich die Polizei reinlassen und auch die Opfer begreifen: Anzeigen ist richtig. Zudem haben wir eine verbesserte Bildungsintegration der Migranten, bei den Aussiedlern, die noch vor zehn Jahren das größte Gewaltproblem in Deutschland hatten, wird das besonders deutlich. Inzwischen ist diese Gruppe im Mittelfeld gelandet. Aber auch bei den Türken geht es voran, nicht gerade in Berlin, aber in vielen anderen Regionen ist es erfreulich, wie auch im Dunkelfeld die Jugendgewalt zurückgeht. Auch der Alkohol- und Drogenkonsum ist deutlich rückläufig. Das alles ist nicht von allein gekommen, der Staat hat kräftigen Anteil, aber auch Bürgerinitiativen und Bürgerstiftungen. Von daher ist es gerade zu absurd, in einer Situation, wo wir auf einem guten Trend sind, zu sagen, wir müssen die Repression stärken, wenn die Prävention erfolgreich auf ihrem Kurs ist.

Nein, ich bleibe dabei, den Jugendarrest verstärkt einzusetzen ist immer eine Risikoerhöhung, dass die betroffenen Menschen durch die Hafterfahrung erst richtig ins Abseits geraten, ein schlechtes Image bekommen und die falschen Freunde kennen lernen. Angesichts der hohen Rückfallquoten meine ich: Wir brauchen kein härteres Jugendstrafrecht, sondern eine weitere Verstärkung der Prävention. Es wäre geradezu absurd, wenn wir Geld für Jugendarrestanstalten rauswerfen. Diese Kurzaufenthalte, die reichen nicht aus, um einen Menschen pädagogisch intensiv erreichen zu können, da braucht man etwas mehr Zeit. Das wäre eine falsche Investition, stattdessen sollten wir in die Prävention investieren.

**Müller:** Noch mal: Der Warnschussarrest ist keine Verschärfung. Eine Verschärfung wird es dann geben, wenn wir den Warnschuss nicht bald haben, dann fordert nämlich die CDU den § 105 JGG dahingehend abzuschaffen, dass künftig auch Heranwachsende nach allgemeinem Strafrecht verurteilt werden. Allgemeines Strafrecht bedeutet, es werden Geld- und Freiheitsstrafen für „Gib mir mal das Kaugummi, sonst hau ich dir auf die Fresse!“ nach dem Tatbestand der räuberischen Erpressung verhängt nämlich bei Achtzehn- oder Zwanzigjährigen. Das wäre die Konsequenz, wenn sich die CDU durchsetzen kann. Das will ich auf keinen Fall, da sind wir uns einig. Ich will aber sehr wohl die Einführung des Warnschussarrests, der keine Verschärfung ist, sondern einfach ein weiteres Mittel, das eben auch verhindern könnte, das wir hunderttausende Abiturienten haben, die bei ihren Abifeiern irgendeinen Scheiß bauen und dann nach Erwachsenenstrafrecht beurteilt werden könnten. Das ist die Wahl.

**Pfeiffer:** Die CDU wird dafür keine Mehrheit finden.

[KURZES WORTGEMENGE]

**Müller:** Jetzt nochmals dazu: Was ist ein Rückfalltäter? Natürlich kalkuliere ich als Richter den Rückfall mit ein. Es ist so, dass ich den Warnschussarrest verhängen würde, obwohl ich sehr wohl weiß, dass von den Jungs einige wieder anschließend vor mir stehen. Es sind eben Jungs, die hochgradig bereits irgendwie in Erscheinung getreten sind, Leute, die aus problematischen Verhältnissen stammen. Das kalkuliere ich also ein. Nehmen wir mal einen Schläger, der nach seiner Verurteilung hingeht und Haschisch raucht oder einen kleinen Diebstahl begeht, dann gilt der wahrscheinlich als Rückfalltäter. Für mich ist das normales jugendliches Verhalten, darüber freue ich mich eher um es ironisch zu sagen. Wir müssen also klären, was Rückfalltäter sein sollen. Wenn wir uns vergegenwärtigen, dass 99 Prozent der jungen Menschen einmal die Grenzen überschreiten, dann ist so was kein Rückfall.

Dann weiter: Wenn ich 60 Prozent Rückfall habe, dann habe ich immer noch 40 Prozent, die nicht rückfällig werden. Diese 40 Prozent will ich haben und wenn ich davon noch weitere kriege, durch dieses minimale Mittel, dann ist das gut. Man könnte sogar noch weiter gehen und die Jugendstrafe auf einen Monat reduzieren, für diese Forderung würden manche mich hängen: Jugendstrafe geht momentan von sechs Monate bis zu zehn Jahren. Deswegen fangen viele Richter jetzt an zu überlegen, ob nicht der Untersuchungshaftgrund der Fluchtgefahr vorliegt. Und die könnten dann dazu kommen, das schnell zu machen und noch mit den Verteidigern abzusprechen, damit die keine Beschwerde einlegen und dann sitzen die Jugendlichen da drei Wochen bis zur Verhandlung, im Knast wohlgemerkt, nicht im Arrest. Das wäre dann rückfallproduzierend.

Aber wenn wir den Warnschussarrest hätten und dieser schnell kommen würde, dann hätten wir trotzdem noch viele

weitere Probleme, die wir noch gar nicht angesprochen haben, die man aber ansprechen müsste. Was den Kriminalitätsrückgang angeht, da gibt es noch ein Argument, was Sie auch schon angesprochen haben. Ich formuliere es mal ironisch: Eigentlich könnten wir die ganze deutsche Jugendrichterschaft abschaffen, weil die brauchen wir ja gar nicht. Die Kriminalität geht ja von alleine zurück. Wozu brauchen wir eigentlich noch Repression oder Erziehung? Ich sage dazu, die deutsche Jugendrichterschaft ist in den vergangenen Jahren härter geworden. Wenn Sie in Berlin allein 550 Intensivtäter haben, die Hälfte sitzt davon mittlerweile, wenn sie die Staatsanwaltschaft en betrachten, die sich auf Intensivtäter gezielt stürzen und diese Intensivtäter eben im Knast sind, dann begehen sie keine Straftaten mehr. Was ich vor Jahren noch erlebt habe, wo Leute 50 bis 60 mal räuberische Erpressung oder gefährliche Körperverletzung begangen und nicht im Knast waren, das gibt es nicht mehr.

**Saliger:** Herr Pfeiffer, in ihrem Statement haben Sie angedeutet, dass Berlin vielleicht eine Sondersituation darstellt, könnten Sie dazu noch mal etwas sagen? Mir kommt es so vor, dass die Unterschiede in der Wahrnehmung, was Berlin anbetrifft, zwischen Ihnen und Herrn Müller vielleicht gar nicht so groß sind.

**Pfeiffer:** Berlin ist in einer Sondersituation. Die wird gar nicht richtig deutlich in der polizeilichen Kriminalstatistik, weil die Polizei nur 60 Prozent der Gewalttaten aufklären kann. In München sind es beispielsweise 80 Prozent, da ist das Risiko, erwischt zu werden, höher und damit auch die Abschreckungswirkung. Aber für Berlin hat Herr Sarrazin, ausgerechnet er, der in seinem Buch rumjammert, über die Zustände in Berlin, der hat dafür Sorge getragen, dass die Polizei dort 4000 von 20000 Planstellen verloren hat, in der Zeit als er Finanzsenator war. Das hat sich ausgewirkt, mit der Folge, dass die Berliner Polizei ihren Job nicht anständig machen kann. Das ist eine Einladung, Straftaten zu begehen, wenn dort 40 Prozent der Gewalttäter Erfolg haben und nicht erwischt werden. Dann gehen die so nach Hause und fühlen sich ermutigt, weiter zu machen. Dazu ein Beispiel anhand der Bundesländer Bayern und Berlin. Zugegeben ist das ein Extremvergleich. Das Risiko, unter Berliner Jugendlichen Opfer eines Raubes zu werden, ist nach den Daten der polizeilichen Kriminalstatistik 20-mal höher als in Bayern. Da liegen Welten dazwischen.

Ihr Ausgangsfall aus der Berliner U-Bahn, das muss ich noch einmal ausdrücklich sagen, dieser Fall eignet sich überhaupt nicht für den Warnschussarrest, über den wir hier diskutieren, denn der Täter wird hier wegen eines Totschlagdeliktes angeklagt. Ich vermute mal bei einer solchen Geschichte ist es sehr unwahrscheinlich, dass er zu einer Bewährungsstrafe verurteilt werden wird, wenn der Richter nach den normalen Gepflogenheiten agiert.

Sind die Richter härter geworden? Eindeutig nein! Wir verfolgen das wirklich lückenlos seit 20 Jahren. Wir ermitteln, dass bei Gewaltstraftaten in zehn Prozent der Fälle Jugendarrest verhängt wird und in 20 Prozent der Fälle Jugendstrafen, mit oder ohne Bewährung. Daran hat sich überhaupt nichts verändert im Laufe der Zeit, kein Härter- und auch kein Milderwerden. Es ist also alles so wie es seit der Wiedervereinigung immer war.

Sie, Herr Müller, reden nur von 60 Prozent Rückfall. Nein, ich bleibe dabei, der Jugendarrest hat je nach Studie eine Rückfallquote von zwei Dritteln bis 70 Prozent. Es kommen also nicht nur einige wenige zurück, sondern die Mehrheit der Täter sehen Sie als Richter wieder. Das ist frustrierend, aber so ist nun einmal der Jugendarrest in seinen Auswirkungen und deswegen die ganz entschiedene Warnung, wenn Sie sagen, der Warnschussarrest sei doch nicht härter: Doch! Für den Betroffenen ist das härter, wenn er nicht nur zum Bewährungshelfer, sondern drei Wochen in den Arrest muss. Nachdem der Täter ja meistens schon vorher in Haft gewesen ist, weiß ich nicht, was das an zusätzlichem Nutzen bringen soll. Erhöht wird nur die Rückfallgefahr!

**Müller:** Der Täter ist nicht immer bereits vorher in Haft gewesen, weil es um Untersuchungshaft eben nicht geht. Um noch einmal zurückzukommen auf diesen Berliner Fall: Hier hat Herr Professor Pfeiffer Recht, wenn er sagt, dass die Bilder, die dieser Mensch – das war so ein Abiturient wie Sie – produziert hat und die durch die Öffentlichkeit gingen, ganz schlimm sind. Ich habe zig solcher Fälle. Hier wurde wegen Totschlags angeklagt, d.h. diesem jungen Mann muss in der Hauptverhandlung nachgewiesen werden, dass er zumindest bedingten Vorsatz hatte, diesen anderen Menschen zu Tode zu bringen. Das sind ganz hohe Anforderungen. Da reicht es zwar auf Seiten der Staatsanwaltschaft aus, dass die einen dahingehenden Verdacht haben, aber Sie müssen als Richter dann auch die feste Überzeugung haben, ansonsten gilt *in dubio pro reo*.

Der Warnschussarrest hätte hier im Vorfeld nichts genutzt, aber er würde es dem Richter möglicherweise erleichtern, der Öffentlichkeit ein Urteil klarzumachen, dass auf Bewährung lautet. Wenn man nämlich nicht wegen Totschlags verurteilt, sondern nur wegen gefährlicher Körperverletzung (ca. 60.000 Fälle im Jahr; Sie, Herr Pfeiffer, kennen die Zahlen), dann würde er eventuell wegen Schwere der Schuld oder schädlicher Neigungen, die man hier nicht unbedingt erkennen kann, eine Jugendstrafe bekommen (§ 17 JGG). Hier könnte man, wenn es denn das Gesetz gäbe, hingehen und sagen: „Hey, dein Opfer, das hat tagelang im Krankenhaus gelegen. Du sollst auch einmal merken, wie das ist, Freiheitsentzug zu genießen.“ Dann könnten Sie ggf. neben dieser Bewährungsstrafe drei Wochen Warnschussarrest verhängen.

Die gleiche Erfahrung habe ich auch mit Opfern gemacht. Wir haben ja seit 30 Jahren eine reine Tätersicht. Wir haben immer nur Täter im Kopf: „Der arme Täter! Der arme Täter!“ Wir haben den Erziehungsgedanken im Kopf, so das JGG. Wir sollen erziehen, immer schön erziehen, aber um das Opfer kümmert sich keiner. Nur in den letzten Jahren hat sich – Gott sei Dank! – etwas getan, aber noch lange nicht genug. Und ein Opfer, das sieht, dass dieser junge Mensch zumindest einmal für drei Wochen sitzt, könnte ein solches Urteil besser verstehen. Das wäre ein weiterer Vorteil des Warnschussarrestes. Ich habe ihn ja verhängt, bevor das BVerfG gesagt hat, die Politiker sollen das irgendwann selber regeln, das sei Sache der Politiker. Ich glaube, dass ich ihn damals im Bereich des § 27 JGG verhängt habe. Dabei steht man als Richter vor der Entscheidung, ob bei einem Täter schädliche Neigungen vorliegen, wobei alle Ermittlungsergebnisse einen eindeutigen Schluss nicht zulassen. Man wartet also ein Jahr ab und entscheidet dann, ob eine Jugendstrafe verhängt wird. In diesem Bereich könnte man gleichwohl schon einmal zwei Wochen Warnschussarrest verhängen – wie wir das auch bei anderen machen, die mit wesentlich we-

niger schwerwiegenden Zuchtmitteln bestraft werden, damit der Täter zumindest irgendeinen spürbaren Eindruck von der ganzen Sache bekommt. Das ist ein weiterer Aspekt.
Dass wir uns heute nicht einig werden, Herr Professor Pfeiffer, das steht uns beiden auf unsere Halbglatzen geschrieben.

**Pfeiffer:** Ich möchte eine Frage an Sie stellen: Warum glauben Sie – was bei Ihnen immer wieder Ausdruck kommt –, dass ein Mensch, der für drei Wochen hinter Gittern sitzt, davon irgendwie positiv beeindruckt wird? Ich kann nicht nachvollziehen, was Sie sich von dem Jugendarrest für Heilwirkungen versprechen, wo die Rückfallquoten doch eindeutig dagegen sprechen, aber auch der gesunde Menschenverstand das zweifelhaft erscheinen lässt. Ich selber habe Jugendarrestanten interviewt über das, was Sie dort erlebt haben. Das war im Rahmen einer Forschung, die zwar vor langer Zeit gelaufen ist, aber Eingesperrtsein bleibt Eingesperrtsein. Wir haben auch jetzt gerade wieder eine riesige Forschung abgeschlossen über die Erfahrungen von Menschen, die im Gefängnis sitzen. Niemand behauptet ernsthaft, dass er dort zu Läuterung und Besserung gekommen ist. Ganz brutal sagte mir einer: „Irgendwann ist mein Arm müde geworden. Ich habe mir immer einen runtergewichst, wenn ich konnte. Aber irgendwann wird es langweilig.“ Also sie beschreiben sehr drastisch, wie sie den Jugendarrest zu überstehen versuchen, aber dass dadurch irgendein positiver Entschluss reift, das entsteht einfach nicht. Die Rückfallquoten bestätigen es. Mit diesem Arrest verbinden Sie eine Heilserwartung, die mir völlig fremd ist.

**Müller:** Entschuldigen Sie, wenn Theorie auf Praxis trifft. Ich bin, glaube ich, bei durchschnittlich 700 Verfahren im Jahr über 16 Jahre auf ca. 11.000 Fälle gekommen. Mit diesen Kindern rede ich, denen höre ich zu. Darunter gibt es eine ganze Menge, die sagen: „Gott sei Dank wurde ich früh genug eingesperrt, sonst hätte ich weiter geschlagen.“ Das ist das Erste. Das sind aber keine wissenschaftlichen Untersuchungen, Herr Professor Pfeiffer, das ist einfach das Gefühl eines Jugendrichters, und nicht nur das meinige. Dann ist es so, dass manche Leute einfach zu schwere Straftaten begangen haben. Das geht nicht. Das können Sie nicht verkaufen, auch der Öffentlichkeit nicht. Von welchem gesunden Menschenverstand reden wir? Von Ihrem? Dem der Öffentlichkeit? Normalerweise soll ja auch die Öffentlichkeit einen gesunden Menschenverstand haben. Die versteht es nicht, wenn beispielsweise mehrere Personen brutal zusammengeschlagen werden und gar nichts passiert. Die Täter gehen raus mit 20 bis 30 Stunden gemeinnütziger Arbeit und einer Bewährungsstrafe. Vielleicht müssen wir irgendwann einmal den Gedanken wieder finden, dass Erziehung auch ein wenig mit Strafen zu tun hat. Das wussten schon unsere Mütter: „Drei Wochen Haus*arrest*!“ Das ist eine Strafe! Was soll ich als Jugendrichter eigentlich noch machen? Wir machen – und das ist ja diese Denke, entschuldigen Sie – permanent nur ambulante Maßnahmen: Auflagen, Anti-Gewalt-Trainingskurse, noch ein Sozialarbeiter und noch ein Sozialarbeiter, usw. Die unterschiedliche Denke, die wir haben, sieht so aus: Sie, Herr Professor Pfeiffer, denken: Irgendwann wächst es sich raus. Und ich denke: Irgendwann muss der rein, damit es rauswächst und in der Zwischenzeit kann weiter nichts passieren.

**Pfeiffer**: Da kann ich nur mit dem Kopf schütteln! Dass er rein soll, damit es sich rauswächst…

**Müller:** Weil er sonst in der Zwischenzeit weitere Gewalttaten begeht!

**Pfeiffer:** Aber es ist doch ein Irrtum, zu glauben, dass Haft eine Besserung bewirke. Ich sehe ja ein, dass wir Jugendstrafe brauchen,...

**Müller:** Das ist ja schon einmal gut!

**Pfeiffer:** …weil es hochgefährliche Täter gibt, die man wirklich aus dem Verkehr ziehen muss.

**Müller:** Tja, nur logisch!

**Pfeiffer:** Aber dabei geht es um einen längeren Zeitraum, in dem man die Chance hat, demjenigen eine Therapie zuteil werden zu lassen, wie es das Gesetz vorsieht und die Praxis umsetzt. Ein Jugendarrest dauert aber nun einmal nur von zwei Tagen bis vier Wochen. Da ist eine Therapie nicht möglich. In dem neuen Gesetzesentwurf, den ich kürzlich lesen konnte, wird davon geschwärmt, dass während des Arrests die sozialpsychologische Betreuung durch den Bewährungshelfer intensiv vorbereitet werden könne. Aber die Wirklichkeit sieht doch so aus, dass die nächste Jugendarrestanstalt vom Bewährungshelfer 100 bis 150 Kilometer entfernt liegt. Der wird doch nicht so blöd sein, dorthin zu fahren, um eine Stunde mit seinem Klienten zu reden, wenn er ihn in zwei Wochen bei sich im Büro sitzen hat. Es ist eine Illusion, zu glauben, dass irgendetwas pädagogisch Sinnvolles während dieser Zeit umgesetzt werden kann.

**Müller:** Dann müssen Sie einfach darum kämpfen, dass die Jugendarrestanstalten vernünftig ausgestattet werden. Vor zehn Jahren hatte ich noch Wartezeiten von sieben Monaten, bis man da antanzen konnte. Berlin ist heute voll, Brandenburg am Leerwerden, usw. Dann brauchen die eben mehr Mittel. Dann müssen da mehr Sozialarbeiter hin, dann macht es auch Sinn. Dann haben wir vielleicht in zehn Jahren – wenn wir auch noch den Warnschussarrest einführen – eine Rückfallquote von nur noch 25 Prozent. Seit drei Jahren erst haben wir ein Gesetz, dass den Jugendstrafvollzug regelt, Herr Professor Pfeiffer. 20 Jahre lag der Entwurf in den Ministerien. Ein Jugendarrestvollzugsgesetz haben wir immer noch nicht. Zu Ihrer Zeit als Justizminister in Niedersachsen gab es auch keins. Da muss man auf diesen Ebenen etwas machen. Diese Nebelkerzenschmeißerei in Bezug auf den Warnschussarrest bringt da gar nichts.

**Saliger:** Da würde mich Folgendes interessieren: Die geltende Regelung des § 16 JGG sieht ja für den Arrest nur sehr kurze Zeiträume vor. Freizeitarrest an zwei Wochenenden, Dauerarrest von einer bis vier Wochen. Wie ist in dieser kurzen Zeit überhaupt möglich, nicht nur wegzusperren, sondern eine weitere Betreuung einzurichten? Wie kann man den vom Gesetz schon vorgesehenen Arrest organisieren, damit die von Ihnen, Herr Professor Pfeiffer, vorgetragenen Vorstellungen umgesetzt werden?

**Pfeiffer:** Man kann es nicht. Ich glaube nicht, dass es richtig wäre, den Jugendarrest mit Sozialarbeitern auszustatten und einen Anschein von Pädagogik zu organisieren. Denn das, was der Sozialarbeiter mit dem Täter bespricht, hat mit dessen Lebenswelt nichts zu tun. Der ist viel zu weit weg. Wir haben nur ganz wenige Jugendarrestanstalten, weil wir sie – Gott sei Dank! – so selten brauchen. Da ist es sinnlos zu glauben, man könnte dort pädagogische Maßnahmen organisieren, die seine Lebenswelt erreichen, von denen er profitieren kann, wenn er wieder draußen ist. Stattdessen sollten wir

lieber dem folgen, was wir herausgefunden haben. Mehr Geld und mehr Kraft in die Bildung von sozial Randständigen zu investieren, das zahlt sich aus. Wir konnten nachweisen, dass je besser die Bildungsintegration junger türkischstämmiger Kinder ist, umso geringer die Jugendgewaltrate. Kein Wunder! Wenn die aus ihren Problemen herauskommen, wenn sie an den schönen Satz „Jeder ist seines Glückes Schmied" glauben, dann werden Sie auch nicht straffällig werden. Die Frustrierten werden es. Da kann man viel Geld investieren. Das lohnt sich, das zahlt sich aus. Deswegen haben wir rückläufige Jugendgewalt, weil wir in diesem Bereich investiert haben. Es hat nichts mit dem Jugendarrest zu tun, dass wir plötzlich so gut dastehen. Raubdelikte durch Jugendliche und Heranwachsende sind beispielsweise seit 1997 um fast 30 Prozent rückläufig. Das sind relevante Zahlen! Tötungsdelikte, die gerade in Bezug auf den Berliner Fall angesprochen wurden, sind im letzten Jahr allein um 14 Prozent pro 100.000 Jugendliche und Heranwachsende gegenüber 2009 zurückgegangen.

**Müller:** Also das sind ganz geringe Zahlen, das betrifft nicht die Jugendkriminalität insgesamt. Die Jugendkriminalität insgesamt ist aber auch rückläufig, das kann ich so sagen. Da stellt sich natürlich die Frage, warum das so ist. Vielleicht weil zu wenig Polizei auf der Straße ist? Weil Leute nicht genügend Anzeigen erstatten?

**Pfeiffer:** Alles Phantasie! Die Anzeigenquoten waren noch nie so hoch wie heute.

**Müller:** Wenn Wirklichkeit auf Forschung trifft…

**Pfeiffer:** Also jetzt reicht's wirklich.

**Müller:** Es sagen ganz viele Leute: Ich erstatte keine Anzeige, weil das Jugendstrafverfahren viel zu lange dauert, weil der Opferschutz nicht vernünftig umgesetzt werden kann. Aber ich gehe zurück zu den Jugendarrestanstalten. Sie sagen: „Da kann man gar nichts machen, also schließen wir die." Wir haben im Übrigen bundesweit rund 50 Jugendarrestanstalten. Wir haben nach wie vor kein Gesetz, in dem steht, was mit denen gemacht werden soll. Das müsste man als Erstes anmahnen. Wir haben im Jahr durchschnittlich – pfeifen sie mich ggf. zurück, Herr Pfeiffer – 10.000 bis 11.000 verhängte Jugendarreste, nach wie vor. Das wird auch in den sieben, acht, neun kommenden Jahren so sein. Die Zahlen gehen runter –vielleicht. Ich würde mich über jeden Fall weniger freuen, auch wenn ich dadurch als Jugendrichter nicht mehr ausgelastet wäre und nebenher mehr Zivilrecht machen müsste. Ich würde mich freuen.

Dann machen wir das doch so: Wir statten die Arrestanstalten vernünftig aus, damit der Bewährungshelfer vorbeikommen kann, damit die Leute viel enger kontrolliert werden und wir den Tätern vielmehr Hilfe geben können.

**Müller:** Das andere, dass Sie sagen „Bildung hilft", natürlich hilft Bildung. Kaputte Schule haben wir nach wie vor *en masse* in Brennpunkten, auch in Brandenburg. Wenn wir allen Menschen ein vernünftiges Auskommen geben würden und dem Vater noch verbieten würden, Alkoholiker zu werden, dann hätten wir sicherlich eine bessere Gesellschaft, aber die haben wir noch lange nicht. Also müssen wir uns jetzt darüber Gedanken machen und können auch nicht hingehen und sagen: „In 10 Jahren haben wir nur noch die Hälfte an Jugendkriminalität!" Dann sind das immer noch die Hälfte an Nasenbeinbrüchen, die Hälfte an versuchten Totschlägen, die Hälfte an kaputten Menschen, die Hälfte an jungen Frauen, die irgendwo dazwischen gegangen sind und dann eineinhalb Jahre zum Psychiater laufen müssen.

**Saliger:** Wenn Sie mal einen Perspektivenwechsel erlauben. Die Fronten gingen eine gute Dreiviertelstunde lang in eine Richtung. Ich möchte nun, bevor wir wieder in diese Richtung einschlagen, fragen, was im Jugendstrafrecht noch nicht funktioniert und was man noch möglicherweise reformieren sollte. Im Berliner Fall – wenn ich darauf zurückkommen darf – wurde keine Untersuchungshaft angeordnet und wurde insbesondere eine Fluchtgefahr nicht gesehen, weil der Beschuldigte bei seinen Eltern lebte und bisher auch noch nicht in Erscheinung getreten war. Das hat die Öffentlichkeit in Berlin sehr empört und Sie, Herr Pfeiffer, haben das kritisiert. Das war Ihnen zu lasch und bei dem Vorwurf, der im Raum steht – versuchter Totschlag und gefährliche Körperverletzung –, da hätte man doch Fluchtgefahr bejahen müssen. Was dazu geführt hat, dass sich die Berliner Justiz, das Landgericht und die Staatsanwälte sich zu Presseerklärungen zu ihrem Handeln genötigt sahen. Herr Pfeiffer, woher kommen Ihre Bedenken?

**Pfeiffer:** Ich war eine Zeit lang Strafverteidiger. Wenn ich einen Fall mit einem solchen Klienten gehabt hätte, dann hätte ich mit dem Richter ein Gespräch darüber geführt. Wir sind uns einig, das wird wohl als Totschlag angeklagt werden, was dann rauskommt, ist offen, ob sich der Vorwurf bestätigt, ist offen. Das alles ist klar. Man würde als Anwalt sagen: „Herr Richter, ich werde mit meinem Klienten darüber sprechen, ob es strategisch wirklich klug ist, nicht in U-Haft zu gehen." Denn in der Hauptverhandlung sind meine Chancen, für meinen Klienten eine Bewährungsstrafe rauszuholen, höher, wenn er hier drei bis vier Monate – so lange wird die Wartezeit in Berlin jetzt wohl dauern, bis die Anklage dann umgesetzt wird – in U-Haft verbringt. Also meine Position als Verteidiger ist leichter, wenn ich sagen kann: „Gesessen hat er schon, er hat einiges jetzt an U-Haft verbüßt. Herr Richter, aus meiner Sicht sind damit hervorragende Voraussetzungen gegeben, dass er doch – trotz dieses schweren Tatvorwurfs – eine Bewährungsstrafe kriegt." Das ist erst einmal eine strategische Überlegung, noch nicht Anwendung von Recht. Die zweite Überlegung ist, kann man hier überhaupt Untersuchungshaft anordnen. Das ist eine strafprozessrechtliche, generelle Frage. Wann kann man pauschal sagen: „Egal wie, Fluchtgefahr ist begründbar." Je höher die zu erwartende Strafe ist, desto eher hat der Richter die Möglichkeit, zu sagen, angesichts der zu erwartenden Strafe sei doch die Sorge begründet, dass der Täter zum Prozess nicht auftauchen wird, sondern sich vorher absetzt. So wird dann Untersuchungshaft wegen Fluchtgefahr begründet. Zweitens habe ich mich gefragt, was erlebt denn dieser junge Mann, wenn er jetzt in seine Schule will. Die Schule hat ihn ja überhaupt nicht rein gelassen, weil sie nicht wusste, wie sie mit ihm umgehen soll, nachdem ja jeder in der Tagesschau seine exzessive Brutalität bewundern konnte. Meine These war: Er selber wird durch die Untersuchungshaft besser zur Ruhe kommen als dieses „Spießrutenlaufen" oder ständig auf cool machen oder verlegen herumeiern. Er wird mit dieser Wartezeit bis hin zur Hauptverhandlung nicht viel Vernünftiges anfangen können. Also, wenn ich sein Verteidiger wäre, hätte ich nicht drauf gedrängt, dass er nicht in U-Haft kommt, sondern gesagt, dass es für ihn selber wahrscheinlich klüger ist, wenn er auf

Tauchstation geht, wenn er sich nicht diesem Spießrutenlauf und all dem aussetzt, was ihn in Freiheit erwartet. Die Fluchtgefahr ist begründbar und ich halte es für richtig, dass nach einer solchen Tat dann der Staat den Täter erst einmal aus dem Verkehr zieht. Ich gebe zu, ich habe die Einzelheiten des Falles von außen nicht gekannt. Es mag Details geben, die in der Presse nicht erwähnt wurden. Ich habe nicht gesagt: „Der muss in U-Haft“, sondern meine These war, der Richter hätte Untersuchungshaft anordnen können und aus meiner Sicht hätte es auch Sinn gemacht.

**Müller:** Es tut mir leid, das erzähle ich jetzt auch ganz ruhig. Sie haben sich auch in Berlin bei den Richtern dort mit diesen Sätzen einerseits „Warnschussarrest ist das Schlimmste überhaupt“, andererseits „Untersuchungshaft verhängen, damit der Täter zur Ruhe kommt“ nicht sonderlich beliebt gemacht. Dadurch wurde auch in den Wahlkampf eingegriffen. Der CDU-Landesvorsitzende hat dann die gesamte Richterschaft kritisiert. De facto hat dieser zuständige Richter nichts anderes gemacht, als das Gesetz anzuwenden. Er hat geprüft, ob Haftgründe vorliegen. Er hat auch dringenden Tatverdacht wegen versuchten Totschlags sicherlich gesehen. Nun ist es aber so, dass wir eine Strafprozessordnung haben und diese Strafprozessordnung sagt, wir brauchen einen Haftgrund. Wiederholungsgefahr stand nicht auf dem Tableau, ging also nicht. Jetzt prüft er Fluchtgefahr und Sie sagen, der hätte doch den Haftgrund der Fluchtgefahr mit seinem Verteidiger zusammen konstruieren können. Das geht ja nun in den Bereich, dass man den Richter de facto dazu bringt, Rechtsbeugung zu begehen. Entschuldigen Sie, Herr Professor Pfeiffer, an dieser Stelle verstehe ich Sie nicht. Ich selber bin auch Ermittlungsrichter, auch wenn ich überwiegend Jugendrichter bin. Wenn da ein Verteidiger damit kommen würde oder umgekehrt das Gericht sagt: „Untersuchungshaft schafft Rechtskraft“, so heißt es ja, also, den packen wir ein bisschen in das Untersuchungsgefängnis und dann machen wir anschließend eine milde Strafe. Da wäre es doch wohl besser den Warnschutzarrestweg zu gehen, als so eine Konstruktion zu wollen. Vor mir stehen auch solche Leute, dann habe ich zu prüfen, besteht Fluchtgefahr? Bei einem Jungen, der sich selber stellt, der in sozialen Verhältnissen absolut guter Art und Natur steht. Wo besteht da eine Fluchtgefahr? Beim besten Willen, das ist Populismus.

**Pfeiffer:** Moment. Darf ich sagen, angesichts der Strafe ist das ein in jedem Kommentar nachlesbares Argument, bei einer hohen Straferwartung besteht Fluchtgefahr.

**Müller:** Eine hohe Straferwartung, was ist eine hohe Straferwartung? Hundert Fälle im Jahr bei Jugendgerichten oder Heranwachsenden, wo eine Strafe über vier Jahre geht. Hier haben wir einen Versuch. Wir haben keine schlimmsten Verletzungen und so weiter. Die Gerichte können sich nicht danach richten, wie die Bildzeitung am nächsten Tag schreibt.

**Pfeiffer:** Völlig richtig. Aber dass er keine schlimmen Verletzungen hatte, ist wohl ein bisschen daneben und er hat ja nicht von sich aus aufgehört.

**Müller:** Wissen Sie, ich hatte in diesem Monat vier…

**Pfeiffer:** Darf ich noch ausreden? Der Totschlagsversuch ist ja deswegen begründet worden, weil sein Verhalten – wie wir es alle auch visuell in Erinnerung haben – auf Vernichtung des am Boden liegenden Menschen drängte und deswegen sagte man, der Täter habe wohl die Absicht gehabt, das Opfer zu töten. Aber dann kam dieser tapfere Handwerker aus Bayern und hat sich ihm entgegengestellt. Er hat also nicht von sich aus aufgehört.

**Müller:** Da hat er Glück gehabt. Vielleicht, wenn mehr Polizei vor Ort gewesen wäre, wäre die auch schneller gekommen. Nichtsdestotrotz, der Richter hat keine Fluchtgefahr gesehen und es ist nicht angezeigt, diesen Richter dafür zu kritisieren. Er muss sich sein Bild machen. Ich habe jeden Monat mindestens einen oder zwei Haftanträge und da habe ich zu prüfen nach dem Gesetz: Besteht Fluchtgefahr oder nicht? Fluchtgefahr, da müssen sie bei Jugendlichen und Heranwachsenden eine ganze Menge bringen. Die meisten Jugendlichen schaffen es nicht einmal 20 km bis in die nächste Stadt. Also, das hat mich am meisten geärgert. Das hat nicht nur mich geärgert, das hat auch viele Kollegen geärgert. Dass Sie einerseits Warnschussarrest gar nicht wollen, weil die Richter das angeblich inflationär anwenden würden, andererseits aber die Richter kritisieren, die sich in solchen Fällen gegen die Untersuchungshaft entscheiden. Das geht morgen vielleicht durch die Presse und ich werde kritisiert, aber ich muss jetzt entscheiden: Nehme ich diesen jungen Menschen aus dem Leben vor dem Abitur? Oder soll er das im Knast machen? Ich glaube, soweit sind wir nicht.

**Pfeiffer:** Er geht doch gar nicht zur Schule, er macht doch kein Abitur im Augenblick.

**Müller:** Nein, im Augenblick ist er freigestellt in Berlin-Reinickendorf. Was die Schule da konkret macht, weiß ich auch nicht, aber das ist eben auch die Öffentlichkeit, die dahinter steht. Da soll man der Öffentlichkeit bitteschön einmal vernünftig erklären, dass auch für diesen jungen Menschen nach wie vor die Unschuldsvermutung gilt. Auch hinsichtlich des versuchten Totschlags. Das wird bei jedem anderen auch gemacht. Aber dann soll man nicht hingehen und sagen, die Richter sollten einen Haftgrund konstruieren. Das geht nicht.

**Pfeiffer:** Das ist kein Konstruieren, es geht auch nicht um Unschuldsvermutung. Natürlich bleibt er auch in der U-Haft von der Unschuldsvermutung geschützt, da ändert sich gar nichts dran. Es wäre dem Richter möglich gewesen. Das ist mein Argument und er hat diese Möglichkeit nicht genutzt. Ihre schönen Argumente, was für ein sinnvolles Leben er jetzt in Freiheit hat, kann ich nicht nachvollziehen. Er hat kein sinnvolles Leben zurzeit.

**Müller:** Dann müssen Sie höchstwahrscheinlich 250 000 Menschen in Deutschland einsperren, weil die auch kein sinnvolles Leben in Freiheit haben.

**Pfeiffer:** Nein, weil er einen Totschlagsversuch begangen hat.

**Müller:** Ja, aber Sie begründen die Haft mit dem angeblich nicht sinnvollen Leben, das er im Moment nicht führt. Dafür braucht man aber richtige Haftgründe. Dann muss der Gesetzgeber hingehen und sagen, Jugendliche und Heranwachsende dürfen unter geringeren Voraussetzungen in die U-Haft genommen werden. Ein solches Gesetz haben wir aber nicht. Da Sie wohl ja generell gegen Haft sind, gegen alle Formen der Haft, gegen alle Formen der Freiheitentziehung, kommt das aus Ihrer Richtung aber auch garantiert nicht.

**Saliger:** Herr Müller, also, ich sehe…

**Müller:** Meine Emotionen, ja, das verstehe ich.

**Saliger:** Emotionen sind ein ganz gewichtiger Teil unseres Daseins. Warum sollen die auch in wissenschaftlichen Diskussionen nicht vorkommen?

Herr Müller, zur Güte. Ich sehe ja in der Aussage von Herrn Pfeiffer, dass er bei seiner Äußerung auch nicht alle Umstände kannte, ein Versöhnungsangebot.

**Müller:** Dann nehme ich das an und gebe es weiter an die Berliner Kollegen.

**Saliger:** Ich spiele hier gerne den Boten.

Lassen Sie uns aber auch wieder in das normale Fahrwasser zurückkommen. Wie kann es sein, dass so Fälle wie der Berliner Fall, aber auch an anderen Orten immer wieder die Frage nach der Sinnigkeit des Jugendstrafrechts aufwerfen? Wir haben ja gesehen, das mit der U-Haft hat mit dem Jugendstrafrecht gar nichts zu tun, sondern da ging es um allgemeines Strafprozessrecht. Aber auch jetzt wieder im Zuge des Berliner Falls werden alte Forderungen zur Verschärfung des Jugendstrafrechts hervorgeholt. Ich präsentiere jetzt nur mal zwei davon. Zu einer haben Sie sich ja schon geäußert. Da würde mich interessieren, ob sie das brauchen, Herr Müller, ob das überhaupt sinnvoll ist. Eine Forderung – insbesondere von der CDU – ist, die Höchststrafe im Jugendstrafrecht von zehn auf fünfzehn Jahre anzuheben, um mehr der Genugtuungsfunktion für schwerste Jugenddelikte Rechnung tragen zu können. Jetzt ist es von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Zur zweiten Forderung, die von Ihnen schon erwähnt wurde. Wie sieht das mit dem Automatismus aus, Jugendstrafrecht auch auf Heranwachsende, also die, die zur Tatzeit achtzehn bis noch nicht einundzwanzig Jahre alt sind, anzuwenden. Es gibt ja – das fand ich sehr interessant – große Unterschiede: In Berlin wird hier Jugendstrafrecht nur in 51% der Fälle angewandt, in Hamburg dagegen in fast 90%. Also da kann man von einem Automatismus reden.

**Pfeiffer:** In München 100%.

**Saliger:** In München 100%. In diesem Zusammenhang wird ja stets Ärgernis über das lasche Jugendstrafrecht geäußert. Und schließlich kürzere Verfahren, die Verfahren müssen kürzer werden, die Strafe muss gerade bei jugendlichen Delinquenten dem Vergehen auf dem Fuße folgen. Wie sehen Sie das? Brauchen Sie das, Herr Müller, wenn Sie für ein effektiveres Jugendstrafrecht eintreten, was die CDU hier will.

**Müller:** Ich mache es ganz kurz. Eine Verlängerung von zehn auf fünfzehn Jahre betrifft vielleicht sieben oder acht Fälle im Jahr. Macht für diese sieben oder acht Fälle einen Sinn, wenn es zum Beispiel ein Neunzehnjähriger ist, der nach Jugendstrafrecht einen Mord begangen hat. Meinetwegen das Kind auf der Straße – wie wir es in Berlin hatten – umgebracht hat, der kriegt zehn Jahre und nach Jugendstrafrecht ist es möglich, dass er nach fünf Jahren wieder auf der Straße ist. Dann passt das einfach nicht. Das würde ich als Vater nicht durchhalten. Das sind aber nur sieben Fälle oder auch zehn Fälle, vielleicht haben Sie genaue Zahlen. Das ändert überhaupt nichts. Das sollen sie einführen, weil ein richtig heftiger Mörder kann meinetwegen 14 Jahre sitzen, auch wenn er 20 ist.

Wer zwei Rentnerinnen oder Kinder umbringt, der fordert geradezu, dass die Genugtuungsfunktion zum Tragen kommt – ganz einfach. Es geht hier nur um zehn Fälle, nicht um eine Änderung des Jugendstrafrechts im Allgemeinen. Dann ist noch der § 105 JGG zu erwähnen. § 105 JGG regelt, dass Jugendstrafrecht auf Heranwachsende angewendet werden kann. Vielleicht sind einige hier im Publikum zwanzig – keine Ahnung. Heranwachsende meint das Alter von 18 bis 20, also bevor der Sektkorken am 21. Geburtstag knallt – mit 21 Jahren ist dann Schicht, dann gilt nur noch Erwachsenenstrafrecht. Diese Diskussion wird immer im Zusammenhang geführt mit dem Warnschussarrest und der Verschärfungsdebatte. Ich hatte vorhin jedoch bereits gesagt, es wäre fatal, wenn wir hunderttausend Menschen kriminalisieren würden ohne Sinn und Verstand. Das will Professor Pfeiffer nicht, da sind wir uns völlig einig - endlich mal, nicht wahr? Aber diese Diskussion würde aufhören, wenn wir endlich den Warnschussarrest drin hätten, das sage ich Ihnen. Was haben wir noch an Verschärfungswünschen, viele sind das ja nicht mehr.

**Saliger:** Verfahren…

**Müller:** Verfahrensbeschleunigung! Darüber rede ich seit zehn Jahren. Ich habe mal ein Verfahren gegen einen Skinhead innerhalb von zehn Tagen geführt. Da habe ich aber die Staatsanwaltschaft auf die Spur gesetzt und gesagt, ich will das Verfahren innerhalb eines beschleunigten Verfahrens führen – es ging um Sachbeschädigung – der ist nie wieder in Erscheinung getreten, ist heute Streetworker und kämpft gegen Gewalt. Das habe ich im Jahr 2000 gemacht. Dieses Urteil ist bundesweit durch die Presse gegangen. Der hat sofort einen mitgekriegt, und hat gesagt, er hätte nicht damit gerechnet, dass ein Gericht so schnell reagieren kann.

Wir haben bundesweit nach wie vor, hören Sie zu liebe Studenten, Verfahrenslaufzeiten, die von der Presse und auch von Politikern häufig falsch dargestellt werden. Die reden dann von vier Monaten, fünf Monaten usw. Wir haben es geschafft, die Verfahrenslaufzeit von viereinhalb Monaten auf 4,3 Monate zu reduzieren, sagt der kluge Innenpolitiker oder Justizpolitiker auf Landesebene. Was dabei vergessen wird ist, dass so eine Akte zunächst einmal bei der Polizei bearbeitet wird. Die Polizeiakte braucht vier Monate, dann kommt sie zur Staatsanwaltschaft, dann dauert es da noch vier Monate und dann kommt sie zum Gericht und dann dauert es da auch noch vier Monate. So kann es daher bis zur ersten Entscheidung eines Gerichts nach wie vor immer noch ein Jahr dauern, bis ein Täter zur Räson gezogen wird. Und dagegen wenden sich natürlich im JGG gewisse Beschleunigungsgrundsätze. Und das ist eine ganz wesentliche Geschichte, meiner Auffassung nach, um die Jungkriminalität zu senken, denn schnelleres Reagieren führt dazu, dass die schnell einen mitkriegen, auf welche Art auch immer, das ist eine andere Streitigkeit. Das ist ganz wesentlich!

Es gibt im JGG das so genannte Antragsverfahren. Da kann man Arrest verhängen bis zu vier Wochen, Geldauflagen geben, Arbeitsauflagen geben usw. Das kann ohne Staatsanwaltschaft durchgeführt werden, bei einfachen Fällen geht das sofort, sodass innerhalb von quasi sechs Wochen als Durchschnittszeit dieses Antragsverfahren dazu führt, dass der Täter seine erste staatliche Sanktion durch einen Richter bekommt. Dieses Verfahren fristet nach wie vor ein stiefmütterliches Dasein. Ich habe mir mal neulich Zahlen auf Landesebene geben lassen von Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen, die, glaube ich, bei vier Prozent Anwendungsquote lagen.

Vielleicht geben Sie mir Recht Herr Pfeiffer: Dieses Antragsverfahren müsste wahnsinnig ausgebaut werden. Es

müsste eine viel bessere Vernetzung geben zwischen Polizei, Staatsanwaltschaft und auch dem Gericht. Wobei das Gericht nach wie vor unabhängig bleibt. Wenn es schwieriger wird, kann der Richter jederzeit sagen, das ist zu schwierig, das mach ich nicht, ich will den ordentlichen Verfahrensablauf. Dem wird entgegen gehalten, es würden die prozessualen Rechte des Fünfzehnjährigen, der eine Sachbeschädigung begangen hat, verletzt werden; als ob Richter permanent Rechte verletzen wollen.

Diese Verfahrensverbesserung wird jedoch so nicht gemacht, nach wie vor nicht. Das war das Neuköllner Modell von Kirsten Heisig. Das ist das, was Kirsten Heisig auf den Weg bringen wollte, schnelle Verfahren, aber es wird nicht gemacht. Und zuständig dafür ist nicht der Bundesinnenminister oder Bundesjustizminister. Das sind die Justizminister auf Länderebene und die Innenminister auf Länderebene. Die müssen ihre Leute in die Spur bringen und sagen, wir wollen schnelle Verfahren. Wenn sie das machen würden, dann würden wir es schaffen, die Kriminalität mindestens um weitere zehn Prozent herunterzubringen. Und dann noch die zwei Prozent durch den Warnschussarrest, das sind dann schon 12 Prozent. So, hab ich Ihnen das in etwa erklären können?

**Saliger:** Sie lassen nicht locker Herr Müller, oder?

**Müller:** Ich will diese Debatte nicht mehr. Ich führe diese Debatte ja als Einziger gegen die anderen.

**Pfeiffer:** Viel Zustimmung zu all dem, was zur Beschleunigung gesagt wurde. Einen Widerspruch habe ich, doch zunächst die Begründung, warum ich zustimme. Wir hatten vor einiger Zeit die Chance Hamburg, Hannover und Frankfurt am Main zu vergleichen. Bezüglich der Dauer des Verfahrens hatte Hamburg die längsten Wartezeiten: Neun Monate bei Raubdelikten Jugendlicher zwischen der Tat und der Hauptverhandlung. Die Freispruchquote lag bei neun Prozent. In Hannover bei vier Monaten Verfahrenslaufzeit und 2 Prozent Freispruchsquote. Warum? Weil die Zeugen sich nicht mehr erinnern können, sodass nichts mehr zu beweisen ist und das ganze Verfahren ins Leere geht. Und die Polizei ärgert sich, hat sie doch ordentlich ermittelt. Zweitens gibt es Forschung darüber, wie lange man das eigene Schuldgefühl aufrecht behalten kann. Nicht über neun Monate. Irgendwann will die Seele wieder im Gleichgewicht sein, Neutralisationstechniken nennen die Psychologen das. Irgendwann ist man es nicht mehr gewesen. Dann erlebt man das Verfahren als absolute Ungerechtigkeit. Was wollen die denn von mir? Ich war es doch gar nicht – man will sich nicht mehr erinnern. Nur in den ersten Monaten hat man eine faire Chance dem Menschen klar zu machen: Du hast hier was falsch gemacht. Alles richtig was Herr Müller sagt, absolute Zustimmung, und auch der Ärger darüber ist verständlich, dass es kein konzentriertes Bemühen gibt. Man könnte sehr viel schon dadurch erreichen, dass es vor Ort einen Arbeitskreis gibt von Polizei, Jugendamt, Richter und Staatsanwaltschaft, die sich einig sind: Wir wollen schneller sein, wo hapert es denn, wo bleiben denn die Akten liegen, bei wem?

Wir haben zum Beispiel ein kleines Notverfahren in Hannover erfunden, was nicht ideal ist, aber immerhin: Wenn die Polizei sieht, dass ist der Rädelsführer einer Bande, dann vermerkt die einen schrägen roten Balken auf der Akte, so dass die Staatsanwaltschaft weiß, dass es sich um einen ganz Wichtigen handelt, die Anklage vorzieht und es innerhalb von 14 Tagen schafft, die Anklage zu schreiben. Der Richter sieht den Balken und sagt: Offenbar eine ganz wichtige Sache, zieht die Sache in der Reihenfolge vor und als Folge wird der Rädelsführer plakativ für die ganze Szene der Jugendgewalt innerhalb von einem Monat verurteilt. Das geht natürlich zu Lasten anderer Verfahren. Es ist keine Ideallösung. Ich stimme also zu, dass wir in der Beschleunigung vorankommen müssen. Ob der Gesetzgeber auch etwas machen könnte, weiß ich nicht, also wohl jedenfalls die Türen dafür öffnen. Aber Sie haben völlig Recht, dass dies insbesondere eine Sache der Justizverwaltung ist, hier mehr zu tun. Es ist gefährlich, dass dieser wichtige Punkt einfach schleifen gelassen wird.

Ich widerspreche Ihnen allerdings in Bezug auf die Haftstrafe in Höhe von 15 Jahren – warum: Sie haben ja Recht, dass es sich hier nur um sieben bis zehn Fälle pro Jahr handelt, das ist auch nicht mein Problem. Mein Problem ist der Ankereffekt: In dem Augenblick, wo man jemanden mal 15 Jahre gegeben hat, und jemand anderes etwas ähnlich schlimmes, aber nicht ganz so schlimmes getan hat, dann bekommt er 12 Jahre. Der hätte bisher vielleicht 8 Jahre bekommen, weil die Höchststrafe 10 Jahre ist. Weil es ein Prinzip der vergleichenden Gerechtigkeit gibt, das lernen wir ja als Juristen, hat die Heraufsetzung auf 15 Jahre den Effekt, dass insgesamt längere Haftzeiten entstehen, was nur höhere Kosten und keine Besserung der Situation bringt. Aus diesen Gründen bin ich gegen eine Verlängerung der Haft. Wir haben keinen Grund in Sack und Asche zu gehen, da die Jugendgewalt aus Gründen, die nichts mit dem Jugendstrafrecht zu tun haben, zurückgeht. Die Jugendgerichte machen einen ordentlichen Job im Rahmen ihrer Möglichkeiten. Das ist okay. Das Wichtigste für die Abschreckung ist aber wie schon gesagt die Polizei. Das Risiko, erwischt zu werden, war noch nie so groß wie heute. Das ist der zentrale Grund, dass es überhaupt zu einem Verfahren kommt. Wie hoch die Strafe dann ist, ist gar nicht so bedeutsam. Das Verfahren muss schnell kommen und hier bin ich absolut auf Herrn Müllers Linie, da schlampen wir vor uns hin. Manche sind besser, die sind insbesondere in den Staatsanwaltschaften finanziell auch besser ausgestattet.

Wir haben ein Problem, das unterschätzt wurde. Vergleichen wir hundert Ermittlungsverfahren vor zwanzig Jahren und heute, dann haben wir heute 20 Prozent mehr Tatverdächtige. Warum? Weil die Polizei mehr aufklärt. Man hat aber die Staatsanwaltschaften nicht verstärkt mit dem Ergebnis, dass diese ständig mehr Verfahren haben, obwohl die Kriminalität bundesweit sinkt, weil die Polizei aus hundert Angezeigten so viel mehr Täter produziert. Das ist nicht bedacht worden. Man hätte die Staatsanwaltschaft verstärken müssen. So haben wir einen Engpass in der Staatsanwaltschaft und die Richter können diesen gar nicht auffangen, auch wenn sie sich noch so viel Mühe geben.

**Müller:** Dann bitte ich sie doch mal einen Aufsatz im DVJJ-Journal darüber zu schreiben, da dort der letzte Aufsatz von einem Amtsrichter aus Berlin zu den Thesen von Kirsten Heisig meint, das sei alles auch nichts Neues. Machen Sie es doch mal und schreiben, wie wichtig das Ganze ist, und dass man das gegebenenfalls strukturieren muss. Dass man darüber nachdenken muss, ob man vielleicht andere Verjährungsvorschriften im Jugendstrafrecht einbaut. Das Ordnungswidrigkeitenrecht geht viel schneller als das Jugendstrafrecht, weil da der Druck der Verjährung besteht. Schrei-

ben Sie doch da mal, wie wichtig das Neukölner Modell ist. Ich wäre dankbar.

**Pfeiffer:** Ich habe schon geschrieben, dass ich das ganz toll finde.

**Müller:** Ja, aber dann schreiben die DVJJ-Männer wieder einen Artikel, dass das alles überhaupt nichts bringe und so weiter und Sie als ehemaliger Vorsitzender des Vereins haben da heute ja sicher noch einiges an Einfluss.

**Saliger:** Bevor wir nun die Leute befragen, komme ich noch zu einer letzten Frage. Was die Verschärfung des Jugendstrafrechts betrifft, haben wir in vielen Punkten ja jetzt Einigkeit, aber über einen ganz tiefen Punkt, der für die Wahrnehmung des Jugendstrafrechts sehr bedeutsam ist, besteht glaube ich Uneinigkeit: Der Erziehungsgedanke des Jugendstrafrechts, der ja vom Gesetzgeber festgelegt ist. Ist dieser noch zeitgemäß? Soll es also bei der Dominanz des Erziehungsgedankens im Jugendstrafrecht bleiben, oder wieder mehr Genugtuungsfunktion hinein. Der aufkommenden Kritik liegt dieser Gedanke häufig zu Grunde. Bloße Erziehung sei zu lasch. Brechen wir mit der aus den 60er Jahren stammenden Idee vom Jugendrichter als Sozialgestalter in der Moderne, sodass plötzlich Genugtuung als Gestaltungsfunktion wieder erlebt wird? Wie ist diesbezüglich Ihre Einschätzung Herr Müller?

**Müller:** Ich finde diese Frage verdient der Erörterung, da darf es keine Denkverbote geben. Erziehung im Jugendstrafrecht ist unheimlich wichtig, aber wir müssen bisweilen auch sehen, dass es auch eine Art von Strafe bedeutet, so dass wir vielleicht nicht immer den Täter so in den Mittelpunkt stellen, wie wir es bislang in den letzten Jahren gemacht haben, sondern auch die Opfer ein wenig mehr beachten. Manchmal genügt vielleicht auch schon eine minimale Strafe wie z.B. drei Wochen Warnschussarrest, vielleicht auch das. Aber die Konzentration rein auf den Erziehungsgedanken kotzt mich manchmal an. Mich kotzt es in meiner tagtäglichen jugendrichterlichen Arbeit an, wenn ich Leute habe, die andere zusammenschlagen und das nicht nur einmal gemacht haben, sondern immer wieder. Und dann kommt immer wieder der Erziehungsgedanke: Im Jugendstrafrecht mache nur der Erziehungsgedanke Sinn. Das Opfer spielt keine Rolle, das, was der Täter gemacht hat, spielt keine Rolle, außer vielleicht bei der Schwere der Schuld. Ich denke, dies muss problematisiert werden, auch wenn Herr Professor Pfeiffer sagt, wir werden ja sowieso weniger Kriminalität haben. Dies trifft glaube ich unter anderem wegen der zurückgehenden Arbeitslosigkeit zu, da Leute, die einen Job haben, weniger durch die Gegend gehen, saufen, Drogen nehmen und schlagen.

Es gibt einen Streit, den auch Kirsten Heisig und ich auf den Weg gebracht haben – über die Generalprävention. Im Erwachsenenstrafrecht haben wir Generalprävention. Der Gedanke ist, dass, wenn wir manchmal hart genug bestrafen, keine Bewährung geben und die Wahrung der Rechte anderer betonen, es dann weniger Straftaten gibt. Dieser Gedanke ist im Jugendstrafrecht völlig untunlich. Es gehört sich nicht den auszusprechen. Es gehört sich nicht zu sagen: Ich denke auch generalpräventiv. Ich habe im Jahre 2000 Urteile gemacht, da habe ich reingeschrieben: „Auch aus generalpräventiven Gründen habe ich diese Strafe so hoch bemessen.“ Das waren rechtsradikale Skinheads, die irgendwelche Leute zusammengetreten haben. Da hat man noch drüber gelacht. Die Strafen hat man zwar gehalten, aber nicht aufgrund der Generalprävention. Ich bin ein Verfechter derjenigen, die sagen, Jugendstrafrecht hat auch eine Generalpräventionswirkung. Professor Pfeiffer würde sagen: „Nein!“

Wenn ich fünf Leute habe und ich hole mir den Kopf, den Führer, und den hole ich mir möglichst schnell, und der erlebt sofort eine staatliche Sanktion, wie auch immer, dann werden die anderen schon sehen, da passiert etwas. Und das ist das Generalpräventive. Und diesen Generalpräventionsgedanken haben die meisten Jugendrichter mittlerweile in ihrem Kopf, wenn sie ihn auch nicht aussprechen. In der Wissenschaft ist das verpönt – wir haben danach auf den Täter zu schauen und nur den haben wir zu erziehen. Und wir haben nicht auf den Kiez und das Umfeld zu schauen. Das ist falsch.

**Pfeiffer:** Ich brauche den Gedanken der Generalprävention gar nicht, um jemanden hart zu sanktionieren. Das kann ich mit dem geltenden Jugendstrafrecht wunderbar machen. Wogegen ich mich wende ist, dass man sagt: „Naja, eigentlich würden ja bei dem zwei Jahre ausreichen – aber ich lege noch ein Jahr drauf aus Abschreckungsgründen, damit es auch wirklich alle begreifen.“ Das ist verboten. Das hat der Bundesgerichtshof immer aufgehoben, wenn jemand sagt, von der Schuld her wäre das und das angemessen, aber wegen Abschreckungsnotwendigkeit in der Allgemeinheit lege ich noch ein bisschen drauf. Das geht nach Jugendstrafrecht aus guten Gründen nicht. Man darf die Strafe, die der Jugendlich kriegt, nicht dazu nutzen, andere beeinflussen zu wollen. Aber für sich genommen ist ja mein Beispiel von vorhin völlig unbestreitbar, dass man den Rädelsführer möglichst schnell vor Gericht bringt. Dass der eine deutliche Sanktion bekommt, soll ja in die Szene hineinwirken und das ist völlig korrekt. Nur darf er nicht härter bestraft werden, sondern kriegt das, was ihm gebührt, für sich genommen, aus seiner Lebenssituation heraus.

Dass die Opfer zu kurz kommen, sehe ich so nicht, denn da haben wir einen gewaltigen Fortschritt dadurch, dass wir die Opfer einladen, sich aktiv am Täter-Opfer-Ausgleich zu beteiligen. Und das läuft in vielen Regionen herausragend – dass ein Täter aushalten muss, da sitzt ein Opfer gegenüber und schildert wirklich, was es hat erleiden müssen; sie sitzen nicht im Kreis von Freunden, sondern müssen das allein erst mal wahrnehmen, sich was einfallen lassen, wie sie darauf reagieren. Das ist eine Konfrontation, die ich jedem gönne. Im Gerichtssaal ist das schwierig – da ist das Opfer Belastungszeuge, da versucht der Anwalt des Täters, die Glaubwürdigkeit dieses Zeugen zu erschüttern, da ist das ein Gegner: Der reitet mich richtig rein, dem öffnet man sich nicht. Deswegen muss der Täter-Opfer-Ausgleich vor der Hauptverhandlung stattfinden, damit die miteinander wirklich in Interaktion kommen. Und dann ist das für das Opfer, wie wir aus der Forschung wissen, höchst befriedigend, wenn es die Gelegenheit hat, das demjenigen deutlich ins Gesicht zu sagen, der ihm Leid zugefügt hat. Da ist der richtige Standort, wo man den Opfern gerecht wird – und natürlich dadurch, dass sie auch Nebenkläger sein dürfen, wenn es ein Heranwachsender ist, der eine schlimme Tat begangen hat. Also, ich sehe da durchaus Möglichkeiten, dem Opfer gerecht zu werden und muss deshalb nicht die Generalprävention als Strafverschärfungsgrund im Jugendstrafrecht erlauben.

**Müller:** Die Generalprävention soll ja auch potentielle Opfer schützen, das heißt weitere Opfer vermeiden. Was den Opfer-

schutz selber angeht, im Jugendstrafverfahren, ist lange umstritten gewesen, ob die Nebenklage bei Heranwachsenden zulässig sein soll. Das war ja die sozialdemokratische Linie, Nebenklage auf keinen Fall…

**Pfeiffer:** War ich immer dafür…

**Müller:** Ja, dann schreiben Sie das – sagen Sie es der DVJJ! Aber keine reine Täterfixierung, Gott sei Dank können wir das jetzt festhalten. Was auch noch ein Problem darstellt, sind die Richterpensen: Die Strafverfahren sind außerordentlich schwierig, Sie müssen praktisch Zivilrecht und Strafrecht zusammen machen, man muss über Ansprüche, Schadensersatz, Schmerzensgeld entscheiden, man muss beide Seiten berücksichtigen, dem Opfer auch einen Anwalt bestellen, dem Angeklagten gegebenenfalls wieder einen Anwalt bestellen. Das macht die Verfahren unheimlich komplex, das ist noch nicht vernünftig ausgebaut, aber schon auf dem richtigen Weg. Bei Jugendlichen ist Nebenklage immer noch nicht möglich – darüber kann man streiten, aber ich denke, dass führt jetzt zu weit.

**Saliger:** Meine Damen und Herren, damit öffnen wir jetzt die Runde.

# Veranstaltungsberichte

Maximilian P. Kunzelmann*

## Respecting Conscience, Protecting Patients: Unresolved Tensions in Health Care

Auf Einladung des Bucerius Law Journal und mit freundlicher Unterstützung von Prof. Dr. Christian Bumke** beleuchtete James F. Childress*** am 1. Juni 2011 das Spannungsfeld zwischen einer dem Patientenwunsch entsprechenden Behandlung und einer auf einem Gewissenskonflikt des Behandelnden beruhenden Ablehnung eben dieser. Dieses Spannungsfeld besteht nicht nur im Verhältnis zwischen einem Patienten und seinem Arzt, sondern umfasst weitergehend auch alle mit der Patientenversorgung betrauten Personen im klinischen Umfeld (insb. auch das Pflegepersonal oder Apotheker). Die daraus resultierende Fragestellung ist, ob ein Berufsträger von der Pflicht befreit werden kann oder soll, eine gewisse Behandlung X durchzuführen. X wird dabei als zwar vom Patienten gewünschte legale und für gewöhnlich auch zu erwartende Behandlung definiert, die jedoch zumindest als ethisch fragwürdig verstanden werden kann.

Die nachfolgenden Ausführungen stellen den kurzweiligen Vortrag des Referenten skizzenhaft dar. Dieser beruht auf dessen wissenschaftlichen Studien basierend auf Fällen in den Bundesstaaten der Vereinigten Staaten von Amerika. Folgende Beispiele illustrieren die Problematik, wobei zu betonen ist, dass alle Behandlungen nach der jeweiligen Rechtslage zulässig gewesen wären:

- Ablehnung einer Abtreibung
- Ablehnung einer Sterilisation
- Ablehnung von Sterbehilfe
- Ablehnung der Behandlung mit Schmerzmitteln
- Ablehnung der Behandlung mit künstlicher Ernährung
- Ablehnung pränataler Diagnostik zur Vermeidung einer Abtreibung
- Ablehnung künstlicher Befruchtung oder der Vermittlung einer Leihmutter für Alleinstehende oder homosexuelle und unverheiratete Paare
- Ablehnung der Entnahme von Organen Hirntoter, die dem zuvor zugestimmt hatten
- Verweigerung der Assistenz einer Krankenschwester bei medizinisch indizierter Circumzition
- Verweigerung der Ausstellung eines Überweisungsscheins einer Arzthelferin zwecks Abtreibung
- Verweigerung einer Nierenoperation aufgrund des Verdachts, dass diese im Ausland illegal gekauft wurde

Zwar sind diese Darstellungen für den betroffenen Patienten zunächst unbefriedigend, jedoch lässt sich daraus nicht ableiten, welche Konsequenzen die Ablehnung einer Behandlung für die weitere Therapie des Patienten hatte. Eine Studie von *Curlin*[1] aus dem Jahr 2007 verdeutlichte das Selbstverständnis von Ärzten bezüglich ihrer Verpflichtungen gegenüber dem Patienten. 63% der Behandelnden sehen es als zulässig an, ihren Gewissenskonflikt dem Patienten darzulegen. 78% sehen sich jedoch auch verpflichtet, dem Patienten alle zulässigen Behandlungsmethoden aufzuzeigen und 71% ziehen daraus die Konsequenz, dem Wunsch des Patienten jedenfalls durch eine Überweisung an eine Behandlungsstelle, die dem Wunsch des Patienten entsprechen würde, nachzukommen. Absolut gesehen legen diese Zahlen jedoch dar, dass Millionen von Patienten nicht ihrem Wunsch oder gar dem Stande der Wissenschaft entsprechend behandelt werden.

Nicht zuletzt deshalb ergriff bereits die Regierung um *George W. Bush* legislative Maßnahmen, indem sie auf den Bericht *The Limits of Conscientious Refusal in Reproductive Medicine* des American College of Obstreticians and Gynecologists Ethics Committee reagierte. Aufgrund der dadurch entstandenen Verwirrung zu Lasten der Patienten wurden die Regelungen vom jetzigen Präsidenten *Barack Obama* jedoch wieder weitgehend abgeändert und abgeschafft. Im Folgenden wird daher zunächst ein Überblick über die wissenschaftliche Diskussion gegeben, um daraus abschließend die nötigen Schlussfolgerungen für neue gesetzliche Regelungen zu ziehen.

Die Motivation, eine gewisse Behandlung X nicht durchzuführen oder zu veranlassen, kann sich aufgrund verschiedener Motivationen ergeben. Entscheidend ist dabei jedoch, dass eine mögliche gesetzliche Regelung kein Einfallstor für sachfremde Erwägungen bietet. Es ist daher stets die Glaubwürdigkeit eines vorgebrachten Konflikts zu prüfen, welcher nicht nur eine Plattform für den Behandelnden sein darf, eine

---

* Maximilian P. Kunzelmann ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg.

** Prof. Dr. Christian Bumke ist Inhaber des Commerzbank Stiftungslehrstuhls Grundlagen des Rechts an der Bucerius Law School, Hamburg.

*** James F. Childress, Ph. D., ist *Professor of Religious Studies* und *Professor of Medical Education* an der University of Virginia.

1 *Farr Curlin*, Religion, Conscience, and Controversial Clinical Practices, New England Journal of Medicine 356 (2007), 593-600.

bestimmte Behandlung X verweigern zu dürfen. *Childress* zieht hier den Vergleich zur Wehrpflicht in Deutschland, derer sich die Pflichtigen häufig nicht lediglich aus religiösen Gründen entzogen (*Conscientious Obstruction*). Diese Annahme auf die Situation eines Arztes zu übertragen wird jedoch in der Regel überzogen sein. Dennoch muss sichergestellt werden, dass eine Behandlungsverweigerung auf einem gesellschaftlich akzeptierten Gewissenskonflikt basiert (*Conscientious Refusal*). Ferner ist zwischen der universellen und der lediglich selektiven Behandlungsverweigerung zu unterscheiden. Bei letzterer ist zwar die Behandlungsmethode unstrittig, diese wird jedoch aufgrund bestimmter Umstände oder Merkmale des Patienten verweigert. Dabei ist stets die Gefahr einer Diskriminierung gegeben.

Kann ein Gewissenskonflikt die Verweigerung einer Behandlung X rechtfertigen, ist zudem fraglich, welches Ausmaß einer Beteiligung an einer Behandlung eine solche Verweigerung rechtfertigt. Insofern sind Abstufungen möglich von der Durchführung einer Behandlung zur bloßen Assistenz, Zusammenarbeit oder Teilnahme. In den bisherigen Entwürfen wurde diesbezüglich immer von einem *reasonable* Standard als Maßstab gesprochen, welcher sich für die klinische Praxis als unbefriedigend darstellte, letztlich aber nicht konkreter zu bestimmen sein wird.

Aus alledem leitet sich schließlich die Frage ab, ob ein Staat einen Berufsträger von seiner Fürsorgepflicht bezüglich einer Behandlung X befreien soll, da dieser eine derartige Behandlung mit seinem Gewissen für nicht vereinbar erachtet. Für die Rechte des behandelnden Arztes streitet seine eigene verfassungsmäßig geschützte Freiheit, religiösen wie moralischen Überzeugungen nachzugehen und hierüber die eigene Identität zu definieren. Eine Einschränkung dieser ist jedoch geboten, wenn sie eine Gefahr für die Gesundheit eines Patienten darstellt. Dieser hat Interesse an einer sicheren, zügigen und jederzeit verfügbaren Behandlung, einer respektvollen Therapie ohne Diskriminierung und dem Schutz seiner Privats- und Intimsphäre.

Vorschläge des American College of Obstreticians and Gynecologists Ethics Committee und des American Academy of Pediatrics Bioethics Committee sehen die Lösung in einer Behandlungsgarantie für den Patienten: „A physician's duty to perform a procedure within the scope of his or her training increases as the availability of alternative providers decreases and the risk to the patient increases.“ Bei diesem Ansatz des *Balancing* werden zwar Extreme vermieden, doch bieten sie keine konkrete Handlungsanweisung für den individuellen Arzt.

Vor diesem Hintergrund wurden in der Wissenschaft weitere Aspekte diskutiert, um eine *Balance* zwischen den Interessen der Patienten und der Behandelnden zu erreichen. Durch die Vermeidung einer bestimmten Berufstätigkeit, welche die Verpflichtung einer gewissen Behandlung X mit sich brächte, ließe sich eine mögliche Eskalation vom Berufsträger selbst vermeiden. Alternativ kann in Patienteninformationen von einem Arzt frühzeitig darauf hingewiesen werden, dass eine bestimmte Behandlung nicht durchgeführt würde. Ferner ist eine Verpflichtung realistisch, bei der Verweigerung einer Behandlung andere Optionen darzulegen oder jedenfalls eine Überweisung an einen anderen Arzt zu garantieren. Bei diesen Ansätzen könnte jeweils auf staatliche Institutionen wie auch auf Berufsverbände zurückgegriffen werden. Selbst dann müsste jedoch die Behandlung auch in einem Notfall garantiert sein, in dem wohl die Interessen des Patienten die Bedenken des Behandelnden übersteigen dürften.

Abschließend hält der Referent daher fest, dass eine Rechtfertigung für die Ablehnung einer Behandlung X jedenfalls nur als Schutzschild für den Behandelnden verstanden werden darf, nicht jedoch als Schwert gegenüber dem Patienten. Eine Pflicht zu einer Behandlung X sollte es – außer in einem Notfall - nicht geben, vielmehr müssen Mechanismen und Systeme den Schutz des Patienten gewährleisten. Entscheidend und nicht aus dem Blick zu verlieren ist dabei die Differenzierung zwischen der Verhinderung einer Behandlung (*Conscientious Obstruction*) und der auf einem Gewissenskonflikt basierenden Verweigerung der Durchführung (*Conscientious Refusal*).

Daniel Zimmer*

## “Sterben dürfen“ – Ein medizinrechtliches Gespräch

Am 18. April waren Rechtsanwalt Wolfgang Putz und Elke Gloor auf Einladung des Verlages Hoffmann und Campe, Prof. Dr. Frank Saliger und des Bucerius Law Journal im Rahmen des medizinrechtlichen Gesprächs zu Besuch an der Bucerius Law School. Die Veranstaltung widmete sich dem Thema Patientenautonomie (am Lebensende) anhand des Falles von Frau Külmer, der Mutter von Frau Gloor. Die Umstände um ihr Ableben hatten zu Strafverfahren wegen versuchten Totschlags gegen Gloor und Putz geführt, welche letztenendes mit dem Urteil des II. Strafsenats des BGH vom 25.06.2010 (2 StR 454/09) zu einer Grundsatzentscheidung im Bereich der Sterbehilfe führten.

Frau Gloor berichtete zunächst vom medizinisch wie familiär tragischen Verlauf der Erkrankung ihrer Mutter, die mehrere Jahre mit schweren irreversiblen Hirnschäden (Apallisches Syndrom) in einem Pflegeheim untergebracht war, während sich ihr körperlicher Zustand zunehmend verschlechterte. Frau Gloor wusste zwar aus einem der Erkrankung unmittelbar vorangegangen Gespräch mit ihrer Mutter, dass diese „auf keinen Fall in ein Pflegeheim und auf keinen Fall an Schläuche angeschlossen“ werden wollte, um über längere Zeit am Leben gehalten zu werden. Zunächst aber scheiterte ein diesem Willen entsprechender Behandlungsabbruch am Einverständnis ihres Vaters, der als Betreuer eingesetzt war. Als nach dessen Ableben im Jahr 2005 eine Berufsbetreuerin bestellt wurde, folgte ein mehrere Monate andauerndes Hin und Her um die Einstellung der Behandlung, während dessen sich die Berufsbetreuerin und der behandelnde Arzt fortwährend gegenseitig die Zuständigkeit zuschrieben. Mit Hinweis auf weiteren Konsultations- und Reflexionsbedarf wurde eine Einstellung der nach Auskunft des Arztes längst nicht mehr indizierten künstlichen Ernährung verhindert. In Folge dessen wandte sich Frau Gloor an Herrn Putz, um ihr bei der Durchsetzung des Patientenwillens zu helfen und insofern Aufklä-

* Daniel Zimmer ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg

rungsarbeit bei den Beteiligten zu leisten – zunächst ohne Erfolg.

Als ein offenbar infolge nicht korrekter Lagerung gebrochener Arm der Patientin aufgrund anschließender unsachgemäßer Wundversorgung amputiert worden war, erwirkte Herr Putz, dass Frau Gloor und ihrem Bruder an Stelle der bisherigen Betreuerin das Sorgerecht übertragen wurde. Obwohl feststand, dass keine Indikation zur Behandlung mehr bestand und die Rechtslage der Heimleitung und dem Arzt mehrfach zutreffend von der zuständigen Betreuungsrichterin dargelegt worden war, passierte weiterhin nichts; der Wunsch der nun betreuenden Kinder wurde missachtet. Ein derartiges Verzögern und gegenseitiges Zuschieben von Verantwortung komme nicht selten vor, so Putz. Ein Problem sieht er darin, dass vielen Beteiligten der Gedanke, jemanden „einfach sterben zu lassen“ stark widerstrebe, auch wenn dies dem Willen des Betroffenen entspreche. Dass eine Behandlung gegen den Patientenwillen nicht zulässig und die eigenen Moralvorstellungen der Dienstleister insofern nicht ausschlaggebend sind, sei vielen Beteiligten kaum zu vermitteln.

Nach langwierigen und zähen Verhandlungen mit Heimleitung und Pflegepersonal einigte man sich darauf, dass gemäß ärztlicher Anordnung die Sondenernährung eingestellt und die Flüssigkeitszufuhr durch die Angehörigen schrittweise reduziert würde. Während dieser unmittelbaren Sterbephase sollte sich das Pflegepersonal auf die Basisversorgung beschränken und Frau Gloor den Sterbeprozess begleiten lassen, da sich das Pflegepersonal selbst weigerte.

Zum entscheidenden Wendepunkt kam es, als nach erfolgter Einstellung der Ernährung die Heimleitung die Patientin Ende Dezember 2007 nach zwei Tagen plötzlich weiter ernähren wollte und Frau Gloor mit einem sofortigen Hausverbot drohte, falls sie dies nicht innerhalb von zehn Minuten billige. In dieser Situation schnitt sie auf Anraten ihres telefonisch konsultierten Anwalts, Herrn Putz, den Schlauch der Magensonde so ab, dass eine unmittelbare Wiederaufnahme der Ernährung nicht möglich war. Dies tat sie, um eine unerlaubte Behandlung und damit tatbestandliche Körperverletzung durch das Pflegeheim zu verhindern.

Daraufhin wurde sie binnen kürzester Zeit auf Geheiß der vom Pflegeheim alarmierten Staatsanwaltschaft am Bett ihrer Mutter wegen versuchter Tötung verhaftet. Ihrer Mutter wurde im Krankenhaus eine neue Magensonde gelegt, sie verstarb jedoch binnen weniger Tage aus im Detail ungeklärten Gründen.

Die spätere Anklage richtete sich gegen Gloor und Putz wegen gemeinschaftlich begangenen versuchten Totschlags, da das Durchschneiden des Schlauches eine aktive, auf Beendigung des Lebens gerichtete Maßnahme gewesen war. Während Frau Gloor, die ja auf ausdrückliche Anweisung ihres Anwalts gehandelt hatte, wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums vor dem Landgericht freigesprochen wurde, wurde Putz hier zu neun Monaten Haft auf Bewährung verurteilt.

Mit seiner Revision hatte er vor dem Bundesgerichtshof Erfolg und wurde ebenfalls freigesprochen. Der II. Strafsenat verwarf die bisher geltende strenge Unterscheidung zwischen „aktiver“, „indirekter“ und „passiver“ Sterbehilfe und stellte klar, dass es für die Zulässigkeit bzw. Gebotenheit lebenserhaltender Maßnahmen in erster Linie auf den Patientenwille ankommt. Insbesondere überindividuelle wie staatliche, standesrechtliche oder soziale (Verhaltens-)Anforderungen sind der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts grundsätzlich nachgeordnet. Der Patient hat unabhängig von Art und Stadium seiner Grunderkrankung das Recht, den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen zu verlangen und die behandelnden Personen trifft die Pflicht, dies zu befolgen. Behandlungen gegen den Patientenwillen sind damit rechtswidrig und dürfen – gleich, ob durch Tun oder Unterlassen – auch durch Nothilfe und Notwehr unterbunden werden.

Die Rechtslage ist damit noch einmal klarer und die Patientenautonomie letztlich – wie auch durch das Betreuungsrechts-Änderungsgesetz von 2009 – weiter gestärkt worden. Laut Putz bleibt nun zu hoffen, dass die betroffenen Institutionen sich mit der Rechtslage nicht nur vertraut machen, sondern diese auch tatsächlich auf ihre tägliche Praxis übertragen. In beiderlei Hinsicht bestünde aus seiner Erfahrung noch einiger Verbesserungsbedarf. ■

*Ihre Erfahrung haben Gloor und Putz in dem Buch „Sterben dürfen“ festgehalten, welches 2011 im Verlag Hoffmann & Campe erschienen ist.*

# Rezensionen

***Scott J. Shapiro:* Legality**

*Scott J. Shapiros* „Legality“ gehört zu einer seltenen Gattung von Büchern. An der klassischen Frage: „Was ist Recht?“ orientiert, zielt *Shapiro* zwar ins Zentrum jener *jurisprudence*, deren deutsche Übersetzung man am besten zwischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie oszillieren lässt. Er vermeidet es aber, dass sich sein Werk in eine von drei Schubladen stecken lässt, in die man weite Teile der – ohnehin nicht gerade üppigen – hiesigen rechtstheoretischer Literatur zwanglos einsortieren kann (wenn man einmal von den Türmen aus Qualifikationsschriften absieht).

Erstens richtet *Shapiro* sein Buch nicht nur an den Leser, der im rechtsphilosophischen Diskurs à jour ist und den Stand der Gegenwart als gemeinsame Grundlage für weiterführende Überlegungen unterstellen will. Das Buch ist kein 500-Seiten-*paper*. Zweitens versucht *Shapiro* nicht, jedem Mitglied des rechtsphilosophischen Ensembles seit Platon wenigstens eine kleine Sprechrolle zu lassen. Jene Illusion von Überblickswissen, die das Genre der rechtsphilosophischen Einführungs- und Ausbildungsliteratur meist erzeugt, mag sich bei einer Lektüre von „Legality“ nicht einstellen. Die Riesen, deren Schultern er erklimmen möchte, stellt *Shapiro* aber ausführlich vor. Drittens entfaltet das Werk keine freischwebende Theorie, die auf alles Herkömmliche nur kontrastiv Bezug nehmen kann, ruft keine Revolution aus und läutet keinen Paradigmenwechsel ein. *Shapiro* bietet sich einem großen Gesprächskreis als Dialogpartner an.

Das Buch ist eine ausführliche Auseinandersetzung mit der anglo-amerikanischen Debatte über den Begriff des Rechts. Im Mittelpunkt stehen John Austin, ein Ahnherr des Rechts-

positivismus, dann, zu Recht prominent in den Mittelpunkt gerückt, H. L. A. Hart, daneben sein Schüler Joseph Raz. Ihre Thesen und Argumente präsentiert *Shapiro* sorgfältig, detailliert und auch dem aufgeschlossenen Laien ohne Weiteres zugänglich. Für die griffige Formulierung und das eingängige Beispiel hat *Shapiro* ein gutes Händchen.

Das Buch zeichnet eine generationenübergreifende Auseinandersetzung um den richtigen Rechtsbegriff nach. *Shapiro* verfolgt den rechtspositivistischen Argumentationsstrang: Recht fußt letztlich auf sozialen Tatsachen allein; moralische Erwägungen spielen für die Beantwortung der Frage: „Was ist Recht?“ keine Rolle. Die gegen diese Auffassung gerichtete Kritik wird fair dargestellt und vom Autor so stark wie möglich gemacht. Als profiliertester Kritiker kommt der frühe Ronald Dworkin zu Wort, letztlich aber wird die Kritik des rechtspositivistischen Ansatzes bis in die Gegenwart hinein verfolgt und nachgezeichnet.

In diesen Passagen lässt sich das Buch als sehr gute Einführung in ein Zentralthema der Rechtsphilosophie lesen – zwar durchweg auf die anglo-amerikanische Diskussion beschränkt, dort aber auf der Höhe der Zeit. Informativ ist dies auch für den Leser, der außerhalb des *common-law*-Rechtskreises steht. Beispiele und Argumente, die formuliert werden vor dem Hintergrund etwa eines anderen Richterverständnisses oder einer abweichenden Vorstellung von der Aufgabe und Leistungsfähigkeit von Gesetzesrecht, lassen sich einigermaßen mühelos auf hiesige Verhältnisse übertragen. Das ist angesichts der Leitfrage des Buches kein überraschender Befund.

Daneben, eher noch: vor allem, ist „Legality“ aber auch ein Lehrbuch nach Grimms Wörterbuch – ein Buch, in dem der Autor seine Lehre entfaltet. *Shapiro* versucht, das rechtspositivistische Projekt zu retten. Recht ist bei ihm Ausdruck bewusster Gestaltung des menschlichen Miteinanders; der Autor, der in Yale zwar Rechtswissenschaft lehrt, aber auch akademisch qualifizierter Philosoph ist, entwickelt eine „planning theory of law“ und bedient sich hierfür aus dem Fundus der anglo-amerikanischen Handlungsphilosophie. Gewisse Koordinations- und Kooperationsprobleme, die „circumstances of legality“, ziehen, will man sie lösen, das Entstehen eines Rechtssystems nach sich. Aus diesen *circumstances* lässt sich Recht vollständig erklären.

Dass *Shapiro* mit seinem Ansatz die bis auf weiteres definitive Antwort auf die Frage „Was ist Recht?“ geliefert hat, wird man nur schwer behaupten können. Bei einer systemtheoretisch informierten Lektüre des Werkes etwa wird man der Rekonstruktion des Rechts als Mittel planvoller Sozialgestaltung einigermaßen skeptisch gegenüberstehen. Dass die performativen Aspekte von Rechtssetzung und Rechtsprechung bei *Shapiro* nicht vorkommen, folgt aus seiner Herangehensweise zwar mit einer gewissen Notwendigkeit, markiert damit aber eine Leerstelle in seinem Theoriegebäude. Dennoch: *Shapiros* Ansatz erweist sich als bemerkenswert erklärungsmächtig. Zahlreiche Merkmale unseres Rechtssystems finden in seiner Theorie ihren Platz.

Im Gegensatz zu den Werken von Hart – oder denen etwa von Kelsen, der in „Legality“ ebenfalls, wenn auch nur als Randfigur, zu Wort kommt – nimmt die Rechtsanwendung in „Legality“ eine zentrale Rolle ein. Rund das letzte Drittes des Werkes ist Fragen der juristischen Methodenlehre, einer „theory of adjudication“, gewidmet. Begriffliches Inventar und Problemzugriff des amerikanischen und des deutschen Diskurses unterscheiden sich gravierend, so dass offensichtliche Anknüpfungspunkte für den hiesigen Leser eher selten sind. In seiner Darstellung der amerikanischen Diskussion glänzt das Werk. Die von *Shapiro* entwickelte Lösung wird man indes ebenso wie seine „planning theory“ zumindest mit einem Fragezeichen versehen müssen. Fragen des richtigen Verständnisses von Rechtstexten dadurch zu klären, dass man Sozialtheorie betreibt, ist dort ein zweifelhaftes Unternehmen, wo diese Sozialtheorie selbst ihre Anschauungen aus Texten gewinnt. ■

*(Johannes Gerberding)*

*Scott J. Shapiro*: Legality. Erschienen in Cambridge, Massachusetts, USA, bei Harvard University Press (The Belknap Press), 2011. Gebunden, 472 Seiten, ca. 30,00 EUR.