

*studere

Rechtszeitschrift der
Universität Potsdam



Aufsatz

Dipl.-Jur. Daniel Kuckei, Marion Abraham: Bedarf das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht einer Überarbeitung?

Aufsatz

Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt: Mehrheit und Minderheit im Staatsrecht

Aufsatz

Zeynep Eraslan: Strafbarkeit und Strafwürdigkeit des sog. „Containers“



Kostenlos und exklusiv für dich



Schweitzer Webinare für dein Studium

Wissenschaftliche Arbeitstechniken, Examensvorbereitung, Klausurentipps und vieles mehr!

Einfach QR-Code scannen

Melde dich jetzt an! Gratis und unverbindlich.



@schweitzer.jurastudium

www.schweitzer-online.de

schweitzer
Fachinformationen

EDITORIAL

Liebe Leser/innen der *studere,

ich freue mich, dass die *studere gerade in diesen Zeiten aktuelle juristische Fragen aufgreift und damit einen wesentlichen Teil des studentischen Lebens an unserer Fakultät bildet. Daher ist es für mich eine große Freude, als Dekan der Juristischen Fakultät dieses Vorwort zu schreiben.

Gerade in den heutigen, zumindest eher ‚turbulenten‘ Zeiten ist es besonders wichtig, sich immer wieder vor Augen zu halten, wie essentiell ein funktionierender Rechtsstaat in allen Lebensbereichen ist, sei es im Bereich des Zivil- des Straf- oder des Öffentlichen Rechts oder sei es auch bei der Regelung der internationalen Beziehungen.

Dafür bedarf es auch Juristinnen und Juristen, die nicht nur über gediegene Rechtskenntnisse verfügen, sondern die sich auch ihrer Verantwortung für die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit bewusst sind, so wie sie das Grundgesetz und die Landesverfassungen sichern. Die noch frischen Ereignisse etwa in Thüringen, wo es erst des Einschreitens des Landesverfassungsgerichts bedurfte, um die ordnungsgemäße Wahl eines neuen Landtagspräsidenten sicherzustellen, aber auch Ereignisse in anderen Staaten, wie die etwa die versuchte Stürmung des Kongresses in den USA im Jahr 2021 durch militante Gegner der Demokratie, belegen, wie schnell eine scheinbar unangreifbare Verfassungsordnung Gefahr läuft aus den Fugen zu geraten. Wir hoffen, dass es uns als Fakultät gelingt, neben der Vermittlung des positiven Rechts Ihnen auch diese Fragen näherzubringen.

Sie studieren aber auch in Zeiten, in denen die Berufschancen für Juristen/-innen so gut wie lange nicht mehr sind, sei es im Richterdienst, sei es in der öffentlichen Verwaltung oder sei es natürlich in der Anwaltschaft. Dazu kann man Sie nur beglückwünschen, verringert das doch sicher auch ein Stück weit die möglicherweise vorhandenen Unsicherheiten, was Ihnen im Examen bevorsteht. Mit einer neuen Studienordnung, die in Bälde in Kraft treten wird, versuchen wir als Fakultät unsererseits Sie noch besser als bisher auf das Examen vorzubereiten. Wir wollen damit jedenfalls die jüngeren Semester (die dann der neuen Studienordnung unterliegen werden) dazu bringen, kontinuierlich während des ganzen Studiums, und nicht erst gegen dessen Ende, sich auf das Examen vorzubereiten. Lassen Sie sich also nicht beirren und gehen Sie ruhig und gelassen Ihren Studienweg gerade auch dann, wenn Sie in Ihrem familiären Umfeld keine Personen haben, die in der Vergangenheit bereits ihrerseits studiert haben.

In diesem Sinne wünsche ich Ihnen, auch namens der ganzen Fakultät und des gesamten Dekanats-Teams, viel Spaß bei der Lektüre, viel Erfolg im Studium und freue mich, den oder die eine oder andere in einer meiner Veranstaltungen zu treffen.



Prof. Dr. Andreas Zimmermann
Dekan der Juristischen Fakultät



Prof. Dr. Andreas Zimmermann, LL.M



Gemeinsam. Zukunft. Planen.

Spezialisten für Umwelt- und Planungsrecht sowie Begleiter für Großprojekte – wie Ihre Karriere!

www.hsa-partner.de

HSA Rechtsanwälte – Hentschke & Partner ist eine auf das **öffentliche Wirtschaftsrecht** spezialisierte Anwaltskanzlei. Wir beraten und vertreten Unternehmen und Verbände sowie Behörden und öffentliche Aufgabenträger bundesweit. Wir sind spezialisiert auf **Verfahren der Anlagenzulassung, Bauleitplan-**

verfahren und Fachplanung. Zu unseren Mandanten gehören Mittelständler ebenso wie **Großkonzerne der Industrie und der Energiewirtschaft.** Als Boutique für **Umwelt- und Planungsrecht** verbinden wir die Begleitung von komplexen Projekten mit den Vorzügen einer mittelständischen Kanzleistruktur.



hsa | Rechtsanwälte

Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung >



INHALT

Daniel Kuckei und Marion Abraham Aufsatz: "Bedarf das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht einer Überarbeitung?"	9
Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt Aufsatz: "Mehrheit und Minderheit im Staatsorganisationsrecht"	22
Lea Rück Übungsklausur: "Tierkrematorium"	28
Zeynep Eraslan Aufsatz: "Strafbarkeit und Strafwürdigkeit des sog. Containers"	40
Jonas Bröder Übungsfall: "Traum vom Eigenheim"	53
Lukas Raßloff Aufsatz: "Internationaler Entscheidungseinklang im Europäischen Kollisionsrecht"	66
Nora Hohrmann, Henrik Schulz, Henry Kochanowski und Leon Langer Erfahrungsbericht zum Soldan Moot Court 2024	81
Hedwig Vogel, Mohamad Soliman, Justin Perko Ein Blick in die Schlüsselqualifikation „Legal-UP“ – die studentische Rechtsberatung an der Universität Potsdam	84
Interview: Vorstellung von Prof. Dr. Julia Geneuss	87
Jura Kreuzworträtsel	89

*zivilrecht





Aufsatz:

Bedarf das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht einer Überarbeitung?

Daniel Kuckei und Marion Abraham*

Dieser Aufsatz basiert auf einer im Wintersemester 2024 bei Prof. Dr. Petersen vorgelegten Seminararbeit im Rahmen des Schwerpunktbereichs „Gesellschafts- und Steuerrecht“. Die Ausführungen wurden für die Zwecke des Artikels wesentlich verkürzt.

A. EINLEITUNG

„Das deutsche Beschlussmängelrecht befindet sich in keinem guten Zustand“, so leitet *Jens Koch* sein Gutachten für den 72. Deutschen Juristentag ein.¹ Auch in dem Koalitionsvertrag der CDU, CSU und der SPD wird der Zustand des deutschen Mängelbeschlussrechts kritisiert, der im Interesse des Minderheitenschutzes und der Rechtssicherheit einen Abbau von Friktionen der *lege lata* vorsieht.²

Die Frage der Reformbedürftigkeit des gesellschaftsrechtlichen Beschlussmängelrechts rückte so abermals in den Vordergrund.

Konsentiertes Ziel ist dabei stets, ein in sich schlüssiges System des Beschlussmängelrechts zu kreieren.³ Darin soll sog. räuberischen Kleinaktionären die Möglichkeit von Klagen mit Lästigkeitswert genommen und zugleich aber die Rechtsschutzmöglichkeit von Minderheitsaktionären nicht abschnürt werden.⁴ Dazu wurden, in der Vergangenheit und Gegenwart, aus vielerlei Richtungen, zum

Beispiel durch einen inoffiziellen Arbeitskreis im Jahr 2008, Reformvorschläge erarbeitet.⁵

Es ist zunächst einmal fraglich und gerade mit dieser Frage beschäftigt sich die vorliegende Arbeit, ob es, in Bezug auf die Aktiengesellschaft, einer grundlegenden oder vielleicht auch nur einer partiellen Reform des gesellschaftsrechtlichen Beschlussmängelrechts bedarf.⁶

Dieser Aufgabe nimmt sich diese Arbeit an, indem vorerst die Grundzüge des Beschlussmängelrechts dargestellt und sodann eine reflektierende Analyse der Friktionen im bestehenden Recht vorgenommen werden soll. Anschließend erfolgt eine kritische Bewertung. Zuletzt wird ein Fazit gezogen.

B. EINFÜHRUNG IN DAS GESELLSCHAFTSRECHTLICHE BESCHLUSSMÄNGELRECHT

Gegen Beschlüsse der Hauptversammlung können Aktionäre individualrechtlich mittels der Nichtigkeitsklage gem. §§ 241, 249 AktG

* *Der Verfasser, Dipl.-Jur. Daniel Kuckei, ist Fachbereichsordinator für das Zivilrecht (akademischer Mitarbeiter) an der Universität Potsdam und promoviert zugleich im öffentlichen Wirtschaftsrecht. Die Verfasserin, Marion Abraham, ist wissenschaftliche Hilfskraft im Team Studieneingangsphase der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam.*

1 *Koch*, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, Bd. I, 2018, Teil F, S. 9.

2 Koalitionsvertrag zwischen der CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode vom 12. März 2018, www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2018-2021.docx (zuletzt abgerufen am 12. August 2024), S. 131.

3 *Mülbert*, NJW 2018, 2771 f.

4 *Schäfer*, in: Hüffer/Koch, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Aufl. 2021, § 246a Rn. 2; *Koch*, NJW-Beil. 2018 (2), 50 (51).

5 *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht*, Vorschlag zur Neufassung der Vorschriften des Aktiengesetzes über Beschlussmängel, AG 2008, 617 ff.

6 *Pentz*, AnwBl 2018, 712 (717); *Austmann*, in: Hoffmann-Becking/Austmann, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 5. Aufl. 2020, § 42 Rn.10.

oder der Anfechtungsklage gem. §§ 243, 245 AktG Rechtsschutz erstreben.⁷

Das Recht eines Aktionärs zur Anfechtung von gesetzes- oder satzungswidrigen Beschlüssen entspringt dem Gesetzesentwurf betreffend des Aktiengesetzes aus dem Jahr 1884.⁸ Dieser Grundgedanke des Aktionärs in der Polizeifunktion⁹ wurde stets übernommen und erfuhr erst mit der UMAG¹⁰ in § 245 Nr.1 AktG eine Beschränkung im Rahmen der Anfechtungsbefugnis.¹¹

Mit wachsenden formalen Anforderungen an die Beschlüsse der Hauptversammlung bildete sich zunehmend eine Gruppe unredlicher Aktionäre.¹² Diese verhinderten sittenwidrig unter Berücksichtigung der aufschiebenden Wirkung mittels lästiger Beschlussmängelklagen¹³ die Eintragung der Beschlüsse ins Register und ließen sich sodann von der betreffenden Gesellschaft die Klage abkaufen.¹⁴ Um diesem Problem zu entgegnen, wurde mit dem UMAG im Jahr 2005 ein Freigabeverfahren eingeführt, dessen endgültiger Erfolg jedoch erst durch die Nachbesserung im Jahr 2009 durch das ARUG¹⁵ eintrat.¹⁶ Gleichwohl bezieht sich das Freigabeverfahren nach § 246a Abs. 1 S. 1 AktG ausschließlich auf strukturändernde Beschlüsse und ermöglicht dabei die Aufhebung der Registersperre auch trotz laufendem Hauptverfahrens.¹⁷

C. KRITIK AM BESCHLUSSMÄNGELRECHT LEGE LATA

Nach vorangegangener Darstellung der Grundsätze des Beschlussmängelrechts für die AG werden im Folgenden, anhand einer kri-

tischen Analyse der Vorschriften de lege lata, bestehende Friktionen pointiert.

I. Das Freigabeverfahren

Um das Freigabeverfahren einer reflektierten Untersuchung zu unterziehen, bedarf es einer detaillierten Aufteilung und Betrachtung der Kernelemente des § 246a AktG.

Der Gesetzgeber machte in § 246a Abs. 2 AktG Gebrauch von zwei unterschiedlichen Regelungsmechanismen.¹⁸ Zum einen finden sich in Abs. 2 Nr. 1 klassische Elemente eines Eilverfahrens wie z.B. das Klären der Erfolgsaussichten der Klage unter besonderer Berücksichtigung der dringenden Eilbedürftigkeit der Rechtsfragen.¹⁹ Zum anderen verortete die Legislative in Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 insgesamt drei Verhältnismäßigkeitsprüfungen, die einen elementaren Teil des Freigabeverfahrens darstellen, der sich zugleich regelmäßiger juristischer Kritik ausgesetzt sieht.²⁰

Nachfolgend wird zunächst die Struktur der Prüfung der Verhältnismäßigkeit als Bestandteil des Freigabeverfahrens erörtert, um in einem zweiten Schritt bestehende Friktionen der lege lata darstellen zu können.

1. Verhältnismäßigkeitsprüfung

Im Rahmen des § 246a Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 AktG sind insgesamt drei für das Beschlussmängelrecht wesensprägende Verhältnismäßigkeitsprüfungen vorgesehen, die sich wiederum in zwei Unterformen gliedern lassen.²¹ Einzig § 246a Abs. 2 Nr. 3 Hs. 1 AktG ermöglicht es dem Richter, im Rahmen der Abwägung eine subjektive Betrachtungsweise bei der Frage vorzunehmen, ob die Nachteile des

7 Rieckers (Fn. 6), § 18 Rn. 2.

8 Schubert/Hommelhoff, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, 1984, S. 467; Bayer/Möller, NZG 2018, 801 (802).

9 Bayer/Möller, NZG 2018, 801 (804).

10 Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22. September 2005 (BGBl. I S. 2802).

11 Drescher, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 245 AktG Rn. 1, 7; Bayer/Möller, NZG 2018, 801 (802).

12 Bayer/Fiebelkorn, ZIP 2012, 2181.f.

13 Verse, NZG 2009, 1127.

14 Bayer/Hoffmann/Sawada, ZIP 2012, 897.

15 Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrichtlinie (ARUG) vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2479).

16 Bayer/Hoffmann/Sawada, ZIP 2012, 897 (904 ff.).

17 Koch, in: Koch, Aktiengesetz Kommentar, 18. Aufl. 2024, § 246a Rn. 3; Mülbart, NJW 2018, 2771 (2772 ff.).

18 Koch, in: Hüffer/Koch, Aktiengesetz Kommentar, 13. Aufl. 2018, § 246a Rn. 20.

19 Englisch, in: Hölters/Weber, Aktiengesetz, 4. Aufl. 2022, § 246a Rn. 22.

20 Koch (Fn. 18), § 246a Rn. 20 f.; Mülbart, NJW 2018, 2771 (2772 f.).

21 Koch (Fn. 18), § 246a Rn. 20 f.

klagenden Aktionärs den Nachteilen der AG und aller an ihr beteiligten Aktionäre überwiegen.²² Konterkarierend dazu wurde in Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 die Abwägung legislativ vorgeprägt und ist durch den Richter an rein objektiven Merkmalen zu manifestieren, sodass, atypischer Weise, trotz einer bestehenden absoluten Grenze, von einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit auszugehen ist.²³ Zwar lässt sich einer solchen Regelung entgegen, dass die richterliche Flexibilität erheblich eingeschränkt wird, doch schafft sie zugleich, durch Vorhersehbarkeit beim Justizieren, Rechtssicherheit.²⁴

De facto lassen sich drei Elemente der Verhältnismäßigkeitsprüfung herausarbeiten, zum einen die Beteiligungshöhe, zum anderen die besondere Schwere des Verstoßes und zuletzt die Nachteile seitens des Klägers verglichen mit denen der AG und der Aktionäre.²⁵

a) Bagatellquorum

Im Rahmen des ersten Elements der Verhältnismäßigkeitsprüfung, der Beteiligungshöhe, muss der Antragsgegner des Freigabeverfahrens binnen einer Frist von einer Woche seit Zustellung des Antrags einen anteiligen Aktienbesitz von 1.000€ nachweisen.²⁶ Dieser muss seinerseits bereits zum Zeitpunkt der Einberufung der Hauptversammlung vorliegen.²⁷

Hinsichtlich dieser Regelung bestehen an mehreren zugleich zu erörternden Punkten Zweifel über sowohl die Verfassungsmäßigkeit als auch das Nichtbestehen von Friktionen bezüglich anderer Normen und Grundsätze des Gesellschaftsrechts.

aa) Anwendbarkeit der besonderen Schwere des Rechtsverstoßes

Uneinigkeit besteht über die folgenreiche Fra-

ge, ob die besondere Schwere des Rechtsverstoßes, die in § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG manifestiert ist und zudem eine Ausnahme zu den Freigabegründen darstellt, auch auf das Bagatellquorum nach § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG anzuwenden ist.

Indem das Quorum aus Abs. 2 Nr. 2 eine typisierte wirtschaftliche Interessenabwägung darstellt wie sie auch bei Abs. 2 Nr. 3 vorgenommen wird, müsste sie stringenter und konsequenter Weise den selben rechtlichen Beschränkungen unterliegen.²⁸ Betrachtet man die besondere Schwere des Rechtsverstoßes hingegen als typisierten Fall des individuellen Rechtsmissbrauchs²⁹, so müsste man die Anwendbarkeit des Quorums ablehnen. Eine solche Betrachtung verkennt jedoch nicht nur die Notwendigkeit einer subjektiven Vorwerfbarkeit, sondern auch, dass durch die ausschließliche Ausübung eines Rechts kein Missbrauch unterstellt werden kann.³⁰

Eine Betrachtung der Gesetzessystematik führt unweigerlich zu der Feststellung, dass atypischer Weise eine an einem späteren Ort positionierte gesetzliche Regelung auf eine vor ihr liegende übertragen werden soll.³¹ Dies widerspricht der üblichen Praxis, wonach die allgemeinen Vorschriften, die in Klammer vorausgesetzt sind, für gewöhnlich vor den speziellen Normen angesiedelt sind.

Der Ablehnung einer Übertragbarkeit der besonderen Schwere des Rechtsverstoßes tritt zudem suggerierend hinzu, dass bereits vor Einführung des Bagatellquorums mit dem ARUG im Jahr 2009 der Gesetzgeber diese Ausnahme aus der Vorschrift des § 246a AktG kannte und sich daher bewusst gegen eine potentielle Blockademöglichkeit gewandt hat.³²

Folglich müssen, nach überzeugender systematischer und historischer Auslegung, Beschlüsse der Hauptversammlung, die an ek-

22 Epe, in: Wachter Aktiengesetz, 4. Aufl. 2022, § 246a Rn.10.

23 Koch (Fn. 18), § 246a Rn. 21.

24 Koch (Fn. 18), § 246a Rn. 22.

25 Koch (Fn. 18), § 246a Rn. 22.

26 Göhmann, in: Frodermann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, 9. Aufl. 2017, § 9 Rn. 360.

27 Hüffer/Koch (Fn. 18), § 246a Rn. 19.

28 Fehrenbach, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 94.

29 Fehrenbach (Fn. 28), S. 94.

30 BGHZ 107, 296, (309 ff); BGH NJW-RR 1991, 358 (360); Fehrenbach (Fn. 28), S. 94.

31 Schwab, in: Schmidt/Lutter, Aktiengesetz Kommentar, 5. Aufl. 2024, § 246a Rn. 6.

32 Noack/Zietzsche, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2020, § 246a Rn. 75.

latanten und gravierenden Mängeln leiden, eingetragen werden.³³ Dies erfolgt trotz ersuchtem prozessualen Rechtsschutz durch klagebefugte³⁴ Aktionäre.³⁵ Eine Rechtfertigung der unsachgemäßen Pauschalisierung darüber, dass Klagen kleiner Aktionäre überwiegend missbräuchlicher Natur sind, ist gänzlich ausgeschlossen.³⁶ Zudem widerspricht dies auch den Grundsätzen der Diversifizierung des Investmentvolumens auf mehrere Anlagemöglichkeiten, wodurch eine Minimierung des Kapitalrisikos forciert wird.³⁷

bb) Stellungnahme

Die Frage der Anwendbarkeit der besonderen Schwere des Rechtsverstößes ist für das Freigabeverfahren von elementarer Bedeutung. Korrekterweise wurde durch Auslegung, anhand der Gesetzessystematik und der Historie, die Anwendbarkeit der besonderen Schwere des Rechtsverstößes nach der Gesetzeslage de lege lata abgelehnt.

Doch wird sowohl im Zuge des Quorums als auch anlässlich des § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG eine Interessenabwägung vorgenommen. Der einzige Unterschied liegt in der legislativen Vorprägung des sog. Bagatellquorums. Mithin überzeugt eine starre und unverrückbare Grenze bei der Prüfung einer Verhältnismäßigkeit. Vor allem, da die Rechtsfolge, namentlich die endgültige Bestandskraft eines Beschlusses, dem Freigabegegner sodann endgültig verwehrt wird.

Rechtspolitisch ist daher eine Anpassung der Schranken für die wirtschaftlichen Interessenabwägungen zu fordern, die zwingend mit einer Novelle betreffend des § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG einhergehen muss.

cc) Umgehung des klägerbezogenen Filters

Fraglich ist, ob in dem Quorum, welches einen sog. klägerbezogener Filter³⁸ darstellt, ein geeignetes Mittel im Kampf gegen missbräuchliche Klagen zu sehen ist.

Hiergegen spricht die Möglichkeit, dass räuberische Aktionäre sich mittels gebündeltem Aktienbesitz durch sog. Poolverträge oder der Errichtung eines Konsortiums in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts über das Bagatellquorum hinwegsetzen können.³⁹ Zweifellos ist das Begründen eines Konsortiums nicht mit solchen Fällen gleichzusetzen, bei denen sich mehrere Aktionäre ohne gesellschaftsrechtliche Bindung angesichts der Einreichung einer Beschlussmängelklage zusammenschließen.⁴⁰ Solche Zusammenschlüsse widersprechen gänzlich dem Willen des Gesetzgebers.⁴¹

Lehnt man die Geeignetheit des Quorums ab, gelangt man zwangsläufig zu der Frage, ob das gesellschaftsrechtliche Beschlussmängelrecht überhaupt einen klägerbezogenen Filter benötigt.

Zur Beantwortung dieser Angelegenheit hilft ein Blick in die Vergangenheit. Mit dem UMAG 2005 bestand eine Gesetzeslage, die weitgehend auf klägerbezogene Filter verzichtete. Nach einhelliger Auffassung war das UMAG stark reformbedürftig und bestand, auch und vor allem mangels klägerbezogenen Filters, den Praxistest nicht.⁴² Unter Berücksichtigung des empirisch nachweisbaren Rückgangs der Beschlussmängelklagen⁴³ nach Einführung des § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG erscheint daher ein Verzicht auf einen klägerbezogenen Filter ausgeschlossen.

33 Schwab (Fn. 31), § 246a Rn. 6.

34 Klagebefugte meint hier insb., dass kein Fall einer rechtsmissbräuchlichen Klage vorliegen muss, bei der die Klagebefugnis entfällt. Zum Wegfall der Klagebefugnis siehe: Göhmann (Fn. 26), § 9 Rn. 340.

35 Schwab (Fn. 31), § 246a Rn. 6.

36 Schwab (Fn. 31), § 246a Rn. 6.

37 Schwab (Fn. 31), § 246a Rn. 6.

38 Koch (Fn. 18), § 246a Rn. 23 f.

39 Koch (Fn. 17), § 246a Rn. 20a; Schwab (Fn. 31), § 246a Rn. 6.

40 Koch/Wackerbeck, ZIP 2009, 1603 (1605 f.).

41 Drinhausen/Keinath, BB 2008, 2078 (2081).

42 Koch (Fn. 18), § 246a Rn. 25 f.

43 Koch (Fn. 18), § 246a Rn. 25 f.

dd) Stellungnahme

Gerade das Bagatellquorum überzeugt als geeignetes Mittel im Kampf gegen missbräuchliche Klagen. Zwar wird es vereinzelt vorkommen, dass die Errichtung eines Konsortiums auch für Klagen mit Lästigkeitswert genutzt werden, doch bewies sich § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG als eindrucksvoll empirisch durch einen Klagerückgang wertvoll. Insofern überzeugt ein klägerbezogener Filter in praktischer Hinsicht.

ee) Verstoß gegen die Eigentumsgarantie nach Art. 14 GG

Vereinzelt wird vertreten, dass bei Erwachsenen eines rechtswidrigen Hauptversammlungsbeschlusses in der Bestandskraft das Aktieneigentum beeinträchtigt würde⁴⁴ bzw. die Anfechtungsklage sodann ihrer Funktion als Instrument des individuellen Rechtsschutzes beraubt wird.⁴⁵

Im Rahmen der Eingriffsdogmatik für die Eigentumsgarantie nach Art. 14 GG besteht zum einen die Möglichkeit einer Inhalts- oder Schrankenbestimmung oder zum anderen einer Enteignung.⁴⁶

Die Ansprüche des Aktionärs, die er im Wege der Anfechtungsklage geltend macht, werden auf Schadenersatzansprüche reduziert bzw. beschränkt und nicht gänzlich abgeschnitten, sodass es sich um eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung handeln könnte.⁴⁷

Dazu müsste das Bagatellquorum einerseits einen legitimen Zweck verfolgen und andererseits Aktionäre eine Möglichkeiten des effektiven Rechtsschutzes gegen den Missbrauch des Ausschlussrechts haben und den Wertersatz

für den Verlust der Rechte der Minderheitsgesellschaft in voller Höhe sicherstellen.⁴⁸

Zwar hat das BVerfG wiederholt entschieden⁴⁹, dass ein legitimer Zweck beispielsweise im Rahmen eines Squeeze out verfolgt wird, bei dem das Aktieneigentum auf die vermögensrechtliche Seite beschränkt wird.⁵⁰ Doch wurde in diesen Fällen die Mitgliedschaft gänzlich entzogen,⁵¹ wohingegen das Bagatellquorum den Schutz der Mitgliedschaft, explizit hier das Klagerecht, tangiert.⁵² Bei Fortbestehen der Mitgliedschaft kann die Rechtsposition der Kleinaktionäre nicht so signifikant und pauschalisierend eingeschränkt werden.⁵³

Ferner hält das BVerfG eine differenzierte Betrachtungsweise des Gesetzgebers zwischen Aktionären, deren Beteiligungshöhe eine unternehmerische Teilhabe ermöglicht, und Kleinaktionären, mit deren Beteiligung Anlageinteressen verwirklicht werden, für möglich.⁵⁴ Insofern kann das Aktieneigentum auf die vermögensrechtliche Seite beschränkt werden.⁵⁵ Hierdurch wird bezugnehmend auf § 327a Abs.1 AktG sichergestellt, dass im Rahmen eines Squeeze out lediglich Aktionäre mit fehlender unternehmerisch und strategisch wertvoller Beteiligung ausgeschlossen werden können.⁵⁶ Eine Reduktion des Aktieneigentums auf einen Schadenersatzanspruch nach § 246a Abs. 4 S.2 AktG, ergo einer Reduktion auf das Prinzip „dulde und liquidiere“, scheidet mangels Vergleichbarkeit von Kapitalerhöhungsbeschlüssen oder dem Abschluss eines Unternehmensvertrages und einem Squeeze out aus.⁵⁷ Dem Aktionär bleibt

44 Noack/Zietzsche (Fn. 32), §a 246a Rn. 80.

45 Baums/Drinhausen, ZIP 2008, 145 (148).

46 Hufen, Staatsrecht II, 10. Aufl. 2023, § 38 Rn. 28.

47 Schwab (Fn. 31), § 246a Rn. 8.

48 Baums/Drinhausen, ZIP 2008, 145 (148).

49 BVerfGE 100, 289; BVerfG, ZIP 2007, 1261.

50 Noack/Zietzsche (Fn. 32), § 246a Rn. 81.

51 BVerfGE 100, 289; BVerfG, ZIP 2007, 1261.

52 Baums/Drinhausen, ZIP 2008, 145 (148).

53 Baums/Drinhausen, ZIP 2008, 145 (148).

54 BVerfG, ZIP 2007, 1261, 1263.

55 Noack/Zietzsche (Fn. 32), §a 246a Rn. 81; BVerfG, NJW 2001, 279.

56 Baums/Drinhausen, ZIP 2008 (4), 145 (148 f.).

57 Schwab (Fn. 31), § 246a Rn. 8.

beim Abschluss von Unternehmensverträgen die Wahl, ob er gegen Abfindung ausscheiden will. Wider einiger Reformvorschläge⁵⁸ scheidet der Grundsatz „dulde und liquidiere“ aus. Dies geschieht auch bei zu niedrigen Preisen für neue Aktien.⁵⁹

Ferner gebietet der vermögensrechtliche Gehalt einer Aktie, dass Aktionären auch die Möglichkeit zur Missbrauchskontrolle von Beschlüssen der Hauptversammlung eingeräumt werden muss und nicht nur ihre Vermögensinteressen geschützt werden.⁶⁰ Die finanzielle Kompensation des Aktionärs tritt zu legitimem Zweck und dem geeigneten Rechtsschutz hinzu, schafft jedoch keine Entbehrlichkeit.⁶¹

ff) Stellungnahme

Die Gewährleistung des Eigentums durch die Institution des Art. 14 GG ist in der Tat höchst umstritten. Nachvollziehbar ist die Beschränkung der Aktie auf ihre vermögensrechtliche Seite bei einem Ausscheiden aus der AG, da sodann auch das besondere Nähe- und Vertrauensverhältnis beendet wird. Doch wird bei Beschlüssen betreffend des Freigabeverfahrens grundsätzlich kein Ausschluss der Aktionäre aus der Aktiengesellschaft vorgenommen. Eine Schlussfolgerung *argumentum a maiore ad minus* ist korrekterweise nicht möglich.⁶² Dafür spricht auch, dass durch bestehende Schadenersatzansprüche nur individuell erwachsende Schäden und gerade die fehlende Möglichkeit zur Beschlusskassation kompensiert werden.⁶³ Nichtsdestotrotz könnte nach der hier vertretenen Auffassung ein Minus hinsichtlich der Aktionärsrechte durch ein Plus im Rahmen der Rechtsschutzmöglichkeiten ausgeglichen werden kann. Dafür bedarf es jedoch effektiver Verfahren zur Sicherstellung einer angemessenen Kompensa-

tion des Aktionärs.

gg) Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip

Ferner könnte die Bagatellquote gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen. Indem Gerichte „sehenden Auges sich zum Vollstrecker einer illegal agierenden Hauptversammlung machen müssen“⁶⁴, könnte von einer verletzten Gesetzesbindung der Richter auszugehen sein. Richter sind als Organe der Judikative gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden und sind somit der Durchsetzung von Recht anvertraut.

Indem das Freigabegericht verglichen mit dem Prozessgericht für das Hauptverfahren an gänzlich unterschiedliche Anforderungen hinsichtlich der Rechtmäßigkeit eines Beschlusses der Hauptversammlung und der Freigabegründe gebunden ist, dienen die Freigabegründe nicht mehr der Durchsetzung und Erhaltung eines bestehenden Anspruchs, ergo auch nicht mehr der Sicherung des bestehenden Rechts; es wird nicht mehr seiner Funktion als Eilverfahren gerecht, sondern führt regelmäßig zu einer konterkarierenden Feststellung von Tatsachen im Vergleich zum Hauptverfahren.⁶⁵ Zwangsläufig führt das dazu, dass der materiell-rechtliche Aktionärsschutz und das prozessuale Rechtsschutzverfahren nicht mehr „parallel laufen“.⁶⁶ Das Freigabegericht agiert *de facto* als Vollstrecker eines illegalen Beschlusses.⁶⁷

Jedoch wird das Register dadurch nicht zwangsläufig zum rechtsfreien Raum. Das geltende Recht wird weiterhin durch registergerichtliche Regelungen abgesichert, nach denen Beschlüsse, mit schwerwiegenden, das öffentliche Interesse tangierende Mängel, nicht durch Eintragung Bestandskraft erhalten.⁶⁸ Nichtsdestotrotz ist das Registergericht an die Entscheidung des Prozessgerichts ge-

58 Bayer/Schmidt, ZGR 2009, 805 (843).

59 Schwab (Fn. 31), § 246a Rn. 8.

60 BVerfGE 14, 263, (283 f.); BVerfGE 100, 289, 304; Baums/ Drinhausen, ZIP 2008, 145 (148 f.).

61 Baums/Drinhausen, ZIP 2008 (4), 145 (148 f.).

62 Noack/Zetzsche (Fn. 32), § 246a Rn. 81.

63 Noack/Zetzsche (Fn. 32), § 246a Rn. 81.

64 Noack/Zetzsche (Fn. 32), § 246a Rn. 80.

65 Noack/Zetzsche (Fn. 32), § 246a Rn. 80.

66 Bayer/Möller, NZG 2018, 801 (803).

67 Schwab (Fn. 31), § 246a Rn. 8.

68 Seibert/Hartmann, in: FS Stilz, 2014, S. 585 (592).

bunden, sodass regelmäßig lediglich die Verletzung solcher Normen geprüft werden darf, deren Einhaltung im Interesse der Öffentlichkeit liegt und nicht zur Nichtigkeit führen; dies sind v.A. Normen, die zur Anfechtung legitimieren.⁶⁹

Insgesamt verfangen sich die genannten Argumente der gesehenen Eintragung eines rechtswidrigen Beschlusses durch das Gericht, denn die Entscheidung, dass ein fehlerhafter Beschluss in Bestandskraft erwachsen kann und sodann durch einen Schadenersatzanspruch kompensiert werden kann, ist eine des demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgebers.⁷⁰ Ein Prinzip, nachdem die Beschlussvernichtung einzige Folge eines fehlerhaften und angegriffenen Beschlusses sein kann, lässt sich dem Grundgesetz nicht entnehmen.⁷¹ Zu beachten ist dabei die nicht unerhebliche Einschätzungsprärogative, die dem Gesetzgeber zukommt, der vorliegend eine abweichende Wertung vorgenommen hat.⁷² Die Bagatellquote verstößt nicht gegen das Rechtsstaatsprinzip in Form der Gesetzesbindung der Richter nach Art. 20 Abs. 3 GG. Aus der bereits dargestellten differenzierten Betrachtungsweise zwischen Hauptverfahren und Freigabeverfahren könnte zudem ein potentieller Verstoß gegen das Prinzip der Normklarheit resultieren.

Die Normklarheit soll es Betroffenen ermöglichen, die Rechtslage selbstständig erkennen zu können und ihr Verhalten daran anzupassen. Unschädlich sind dabei unbestimmte Rechtsbegriffe oder Generalklauseln.⁷³ Solche werden durch die Rechtsprechung oder Literatur hinreichend bestimmt.⁷⁴

Zwar orientieren sich das Hauptverfahren und das Freigabeverfahren zur Entscheidungsfindung an gänzlich unterschiedlichen Maximen, was sicherlich zum Erreichen einer gewissen Abstraktionshöhe führt, doch ist die Norm des § 246a Abs. 2 AktG insbesondere hierbei Abs. 2 Nr. 2 AktG nachvollziehbar und mit einem Mindestmaß an Klarheit formuliert. Fer-

ner ist der klagende Aktionär wegen des Anwaltszwanges nach § 78 ZPO gezwungen, sich für Einreichung einer Beschlussmängelklage juristischen Beistand zu suchen und ohne die Einreichung der Klage kann er auch nicht Antragsgegner im Freigabeverfahren nach § 246a AktG werden. Mithin wird die potentiell für den juristischen Laien schwer durchsichtige Rechtslage sodann durch einen fachkundigen Juristen aufgeklärt.

Freilich ist daher nicht von einem Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip in Form des Prinzips der Normklarheit auszugehen.

Die Bagatellquote verstößt insgesamt nicht gegen das Rechtsstaatsprinzip.

hh) Stellungnahme

Unbestritten sind Richter gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden. Die Auffassung, nach der § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG gegen den Vorbehalt des Gesetzes verstößt, ist abzulehnen. Richtig ist, dass das Freigabe- und Hauptverfahren nicht mehr parallel laufen.

Das aus dem Verfassungsrecht entspringende Rechtsstaatsprinzip, ausgeprägt durch die Gesetzesbindung der Richter, steht der gesetzlichen Regelung des § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG nicht entgegen. Suggestierend tritt die Einschätzungsprärogative des parlamentarischen Gesetzgebers hinzu.

Der grundgesetzlichen Maxime ungeachtet, überzeugt die rechtspolitische Kritik am Bagatellquorum nur zum Teil. Indem die Einheitsfolge der Beschlusskassations auch bei begründeter Beschlussmängelklage eingeschränkt wird, empfiehlt sich dahingehend eine explizite Änderung des Anfechtungsrechts.

Gänzlich abzulehnen ist ein Verstoß gegen das Gebot der Normklarheit. Einerseits ist § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG verständlich und ohne strukturelle Widersprüche formuliert, andererseits ist der klagende Aktionär wenig schutzbedürftig, da er durch Einreichung seiner Klage im Hauptverfahren überhaupt erst

69 Zöllner, in: FS Westermann, 2008, S. 1631 (1634 f.).

70 Noack/Zetzsche (Fn. 32), § 246a, Rn. 69.

71 Noack/Zetzsche (Fn. 32), § 246a Rn. 69.

72 Gröpl, Staatsrecht I, 15. Aufl. 2023, Rn. 515.

73 Degenhart, Staatsrecht I, 39. Aufl. 2023, Rn. 347.

74 Degenhart (Fn. 73), Rn. 347.

die Möglichkeit eröffnet, Antragsgegner im Freigabeverfahren sein zu können. Überdies ist der Aktionär wegen des Anwaltszwanges verpflichtet, sich rechtlichen Beistand noch vor Beginn des Rechtsstreits im Hauptverfahren zu suchen, sodass er über die juristischen Folgen des Prozesses, worunter auch die Eröffnung eines Freigabeverfahrens fällt, aufgeklärt werden muss.

b) Vorrangiges Interesse am alsbaldigen Wirksamwerden

Im Rahmen des § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG wird geprüft, ob die dargelegten Nachteile des Antragstellers für die Gesellschaft und ihrer Aktionäre nach freier Überzeugung des Gerichtes gegenüber den Nachteilen des Antragsgegners überwiegen, sofern keine besondere Schwere des Rechtsverstößes vorliegt.⁷⁵ Dabei wird die Prüfung üblicherweise in zwei Stufen unterteilt, unter denen keine zwingende Chronologie besteht.⁷⁶

Auf der ersten Stufe wird die wirtschaftliche Abwägung der Nachteile des Antragstellers und all seiner an der AG beteiligten Aktionäre, verglichen mit denen des Antragsgegners, vorgenommen.⁷⁷ Die zweite Stufe stellt die besondere Schwere des Rechtsverstößes dar.⁷⁸ Hierbei wird der Grad der Rechtswidrigkeit markiert, der auch mittels einer wirtschaftlichen Interessenabwägung nicht überwunden werden kann, wobei erst auf dieser Ebene öffentliche Interessen berücksichtigt werden.⁷⁹ Die Möglichkeit zur Kompensation des klagenden Aktionärs durch einen Schadenersatzanspruch muss dabei beachtet werden. Dabei tangiert hinsichtlich des Ausmaßes der Rechtsverletzung die Bedeutung der Norm an sich das Gericht und nicht ihre Stellung als Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund.

aa) Die besondere Schwere des Verstoßes

Die besondere Schwere des Rechtsverstößes muss nicht nur subjektiv geltend gemacht werden, sondern auch die objektive Bedeutung der Norm und die Stärke des Rechtsverstößes müssen im konkreten Einzelfall nachgewiesen werden.⁸⁰ Dies deutet auf eine regressive Anwendung hin, unter der lediglich in Ausnahmefällen die besondere Schwere vorliegen soll.

Fraglich ist, wann eine besondere Schwere des Verstoßes anzunehmen ist. Entgegen *Schwab* besteht keinerlei Bindung an Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründe,⁸¹ denn die Nichtigkeitsgründe sind nicht anhand ihrer Intensität des Rechtsverstößes, sondern beruhend auf historisch gewachsenen heteronomen Erwägungen abzugrenzen.⁸² Die Glaubhaftmachung eines Nichtigkeitsgrundes genügt für sich genommen nicht allein aus.⁸³ Durch professionelle Kläger provozierte formale Verfahrensmängel sollen nicht bereits die besondere Schwere des Rechtsverstößes auslösen können.⁸⁴ Vom Gesetzgeber hervorgebrachte Beispiele finden sich in der Gesetzesbegründung und sind u.A. die sog. Geheimversammlung, absichtliche Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot oder die Treuepflicht, das völlige Fehlen der notariellen Beurkundung bei der börsennotierten Gesellschaft und die Unvereinbarkeit der Hauptversammlungsbeschlüsse mit Grundprinzipien des Aktienrechts.⁸⁵

Folglich bezieht sich die Begrenzung lediglich auf Extremfälle, wobei sie ansonsten keine Wirkung entfaltet und der Kläger die Beweislast trägt. Ausgearbeitet als absolute Schranke darf keine Abwägung vorgenommen werden, da sie von den Nützlichkeitsabwägungen getrennt ist.

Der Gesetzgeber versucht sich gegen eine re-

⁷⁵ Koch (Fn. 17), § 246a Rn. 21.

⁷⁶ Koch (Fn. 17), § 246a Rn. 21.

⁷⁷ Dörr, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 246a Rn. 30 ff.

⁷⁸ Dörr (Fn. 77), § 246a Rn. 28.

⁷⁹ Fehrenbach (Fn. 28), S. 96.

⁸⁰ Koch/Wackerbeck, ZIP 2009, 1603 (1607).

⁸¹ Noack/Zietzsche (Fn. 32), § 246a Rn. 63.

⁸² Fehrenbach (Fn. 79), S. 96.

⁸³ Verse, NZG 2009, 1127 (1130).

⁸⁴ BT-Drs. 16/13 098, S. 42.

⁸⁵ BT-Drs. 16/13 098, S.42.

regelmäßig zugunsten der Gesellschaft ausfallende Abwägung abzusichern.⁸⁶

Problematisch ist ferner, ob die besondere Schwere des Rechtsverstoßes auch dann vorliegt, wenn die Anfechtungsklage offensichtlich begründet ist, ergo ein Fall des § 246a Abs. 2 Nr. 1 AktG vorliegt.

Schwab leitet aus der Gesetzesbindung der Richter ab, die aus dem Rechtsstaatsprinzip entspringt, dass Maßnahmen nicht zum Erfolg verholfen werden darf, wenn sie in der Hauptsache kassiert werden müssten.⁸⁷ Dem folgend führt der prognostizierte Erfolg in der Hauptsache dann zur Abweisung des Freigabeantrags, umgekehrt ist die Freigabe abzuweisen, sofern kein besonders schwerer Rechtsverstoß anzunehmen ist. Dies entspricht den bereits im Rahmen des Bagatellquorums dargestellten Gedanken. Die vertretene Ansicht resultiert auf einer ihrer Meinung nach verfassungskonformen Auslegung.⁸⁸ Überzeugend scheint dies unter den bereits zuvor dargestellten Gründen in der Tat nicht, da dem Grundgesetz kein Anspruch auf die Folge der Kassation eines fehlerhaften Beschlusses zu entnehmen ist. Ferner werden die ökonomischen Belange der Aktionäre effektiv durch den Schadenersatzanspruch nach § 246a Abs. 4 S. 2 AktG gewahrt, sodass eine Divergenz von Aufschubsinteressen und vermögensrechtlichen Belangen akzeptiert werden kann.⁸⁹ Letztlich entfalten die ökonomischen Interessen der Gesellschaft dominierende Wirkung und sind als vordergründig anzusehen.⁹⁰

Konsertiert werden die Nichtigkeitsgründe als zu weit gefasst angesehen,⁹¹ sodass die besondere Schwere des Rechtsverstoßes regelmäßig vorliegen würde; dies widerspricht den Wertungen des Gesetzgebers.

Verglichen mit dem Hauptverfahren sprengt das Freigabeverfahren den üblichen Rahmen eines Eilverfahrens.⁹² De facto führt das Freigabeverfahren zu einem mittelbaren Aus-

schluss des Anfechtungsrechts.⁹³

Systematisch betrachtet würde das Vorliegen der besonderen Schwere des Rechtsverstoßes bei offensichtlicher Begründetheit der Anfechtungsklage zu Widersprüchen führen, da § 249 Abs. 1 S. 1 AktG durch Verweis das Freigabeverfahren gerade auch bei Nichtigkeitsklagen anzuwenden ist.⁹⁴

Insgesamt würde dies zu erheblichen Wertungswidersprüchen zwischen den unterschiedlichen Freigabegründen führen.

bb) Stellungnahme

Zustimmend ist von der Notwendigkeit einer Trennung von Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen gegenüber der besonderen Schwere auszugehen, da es für die Differenzierung zwischen Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen nicht auf die Intensität eines Eingriffs ankommt.

Maßgeblich für die Distinktion sind historisch gewachsene Gründe, die auch durch politische Erwägungen beeinflusst werden.

Mithin ist die besondere Schwere des Rechtsverstoßes persuasiv durch die Legislative auf Extremfälle begrenzt. Folgerichtig führt die Begründetheit einer Beschlussmängelklage im Hauptverfahren nicht zur besonderen Schwere. Andernfalls würde es argumentum ad absurdum zu einem erheblichen Widerspruch innerhalb des § 246a Abs. 2 AktG führen.

Die rechtspolitische Kritik an der Hürdenhöhe der besonderen Schwere überzeugt nicht.

Ein Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG wegen Verstoßes gegen die Gesetzesbindung der Richter muss aus denselben Gründen wie unter III. 1. a. aa. (8) abgelehnt werden.

cc) Die Folgenabwägung

Gegen die Folgenabwägung des § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG richtet sich die Hauptkritik. Im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung werden die Nachteile des Klägers und aller

86 *Nietsch*, Freigabeverfahren, 2012, S. 80 f.

87 *Schwab* (Fn. 31), § 246a Rn. 25.

88 *Schwab* (Fn. 31), § 246a Rn. 25.

89 *Veil*, AG 2005, 567 (574).

90 *Veil*, AG 2005, 567 (574).

91 *Hüffer/Koch* (Fn. 18), § 246a Rn. 31.

92 *Verse*, NZG 2009, 1127 (1130).

93 *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht*, AG 2008, 617 (619).

94 *Fehrenbach* (Fn. 79), S. 96.

das Quorum erreichenden weiteren Kläger gebündelt und den kumulierten Nachteilen der AG und ihrer Aktionäre gegenübergestellt.⁹⁵ Diese Abwägung wird der Kläger nahezu niemals gewinnen können⁹⁶, doch handelt es sich dabei um eine beabsichtigte Folge des Gesetzgebers.⁹⁷

(1) Abkehr von der Polizeifunktion des Aktionärs

Indem das Freigabeverfahren als solches zwar unberührt bleibt, die Anfechtungswirkungen hingegen maßgeblich tangiert werden, kann von einem mittelbaren oder sog. „verdeckten Ausschluss“ des Anfechtungsrechts ausgegangen werden.⁹⁸

Durch die Verlagerung der Diskussion in das Freigabeverfahren, das keine hinreichende Teilhabemöglichkeit und Publizität⁹⁹ für eine fundierte öffentlichkeitswirksame Debatte bietet, handelt es sich um eine Verschiebung in die zweite Reihe.¹⁰⁰

Die damit einhergehende partielle Abkehr von der Polizeifunktion der Beschlussmängelklage wird zum Teil erheblich kritisiert.¹⁰¹

Baums und Drinhausen erachten die gesetzliche Regelung de lege lata mit der Folge der massiven Einschränkung der Aktionärsrechte und der Abkehr von der Polizeifunktion des Aktionärs angesichts der Eindämmung missbräuchlicher Klagen als sinnvoll.¹⁰² Konsequenterweise sehen sie die Verknüpfung der Anfechtungsbefugnis mit jeder Aktie als überholten Rechtssatz an.¹⁰³

Es wird darauf hingewiesen, dass passive Klä-

ger in ihrem Rechtsschutz auch ohne das Freigabeverfahren nach § 246a AktG auf die Klagen der aktiven Aktionäre angewiesen sind, die sich ihrerseits hingegen durch Vergleich einigen können, ihre Klage zurücknehmen oder aber auch ihr Klagerecht schlicht missbrauchen.¹⁰⁴ Folglich wird die Wirkung eines Urteils *inter omnes*¹⁰⁵ durch ein erhebliches Maß an Zufall relativiert. Daher ist den Aktionären ohnehin die Durchsetzung ihrer eigenen Rechte anvertraut und müssen sich selbstständig um die Klärung der Rechtswidrigkeit eines Beschlusses durch Urteil und die Möglichkeit eines Schadenersatzanspruches kümmern.¹⁰⁶ Die zuständige Regierungskommission für den Corporate Governance Kodex hat ausgeschlossen, dass Schadenersatzansprüche z.B. im Rahmen eines Ausschlusses der Bezugsrechte auf weitere Aktionäre vorgenommen werden können.¹⁰⁷ Ökonomisch nachvollziehbar können Beschlüsse, an denen ein großes finanzielles Interesse für die AG und ihrer Aktionäre besteht, nicht wegen eines kleinen finanziellen Fehler kassiert werden.¹⁰⁸

Konträr dazu hält Zöllner die Möglichkeit der Rechtfertigung der Endgültigkeit unter Gerechtigkeitsaspekten für ausgeschlossen.¹⁰⁹

Gegen die oben aufgezeigte Ansicht spricht, dass, auch wenn sich ein Wechsel hinsichtlich der Funktion des Aktionärs vollzieht, nicht allein die AG damit beauftragt werden kann, die Interessen der Aktionäre vertreten zu dürfen.¹¹⁰ Dies gibt jedoch die Intention des Gesetzgebers wieder.¹¹¹

Faktisch ist die Kassation als Regelfunktion

95 Koch (Fn. 18), § 246a Rn. 28.

96 Schäfer (Rn. 4), § 246a Rn. 25 f., 28.

97 BT-Drs. 16/13098, 42.

98 *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht*, AG 2008, 617 (619).

99 Noack, NZG 2008, 441 (446).

100 Koch (Fn. 17), § 245 Rn. 31.

101 *Habersack/Stilz*, ZGR 2010, 710 (714).

102 *Baums/Drinhausen*, ZIP 2008, 145 (151).

103 *Baums/Drinhausen*, ZIP 2008, 145 (151).

104 *Baums*, Gutachten F für den 63. Deutschen Juristentag, 2000, S. 18 f.

105 So wirken zumindest die Anfechtungsklagen der Gesellschafter ohne das Freigabeverfahren auch zugunsten der anderen Gesellschafter.

106 *Baums/Drinhausen*, ZIP 2008, 145 (152).

107 Winter, in: FS Ulmer, 2003, S. 699 (716).

108 Hüffer, in: FS Brandner, 1996, S. 57 (57ff.).

109 Zöllner (Fn. 69), S. 1631 (1646).

110 Verse, NZG 2009, 1127 (1130).

111 Verse, NZG 2009, 1127 (1130).

ausgeholt, wobei die mit einer Aktie einhergehende volle Klageberechtigung zwar in der Theorie fortbesteht, doch praktisch „durch die Hintertür“ erheblich entschärft wurde.¹¹²

(2) Stellungnahme

Zweifellos kehrt sich das gesellschaftsrechtliche Beschlussmängelrecht von der Polizeifunktion des Aktionärs durch einen „verdeckten Ausschluss“ des Anfechtungsrechts ab. Solche Entwicklungen des Rechts sind dabei für sich genommen nicht schädlich, konträr sogar wichtig, da auch die Bedürfnisse der Menschen sich stetig weiterentwickeln. Doch wird nicht nur die Stellung der Aktionäre fortentwickelt, sondern simultan werden auch seine Aktionärsrechte beschnitten.

Die Wahrung der dahinterstehenden ökonomischen Interessen ist angebracht und erforderlich, im Detail sind sie allerdings zu Recht erheblicher Kritik ausgesetzt.

Zustimmend hängt es stets vom Zufall ab, ob Urteile mit Wirkung auch zugunsten anderer Aktionäre erstritten werden. Dennoch führt die Vertretung der Interessen einzig durch die Aktiengesellschaft zwangsläufig zu Interessenkonflikten, zumal gerade die börsennotierten Aktiengesellschaften auf die Interessen der Anleger angewiesen ist.

Würden die Aktionäre im Vorhinein stärker in die Entscheidungsfindung einbezogen werden, so würde der Hauptkritikpunkt der überwiegenden Vertretung der Interessen der Aktionäre durch die AG wegfallen.

Als Beispiel hierfür kann man sich der britischen Praxis bedienen. Unterdies tauschen sich börsennotierte Gesellschaften regelmäßig mit ihren Hauptaktionären über strategische, geschäftspolitische und finanzielle Vorstellungen aus.¹¹³

(3) Rechtlich anerkanntes Interesse am Verstoß des AktG

Zöllner formuliert deutliche Kritik daran, dass bei der AG der Schaden anzusetzen ist, der

bei korrekterweise Versagung der Eintragung wegen eines für nichtig erklärten Beschlusses entsteht.¹¹⁴ Es handelt sich seines Erachtens dabei um „ein Stück aus dem Tollhaus“.¹¹⁵ Hinzu kommt, dass seitens der klagenden Aktionäre die Schäden nur schwer bzw. schlecht bezifferbar sind.¹¹⁶ Können die Nachteile ausnahmsweise doch beziffert werden, so werden sie regelmäßig den Interessen der AG unterliegen.

Dies deutet auf ein krasses Missverhältnis der zu vergleichenden Interessen hin.

(4) Stellungnahme

Zurecht setzt die rechtspolitische Kritik an der Frage an, welche Faktoren in die Abwägung gem. § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG einbezogen werden dürfen und müssen. Freilich unterliegt auch diese gesetzgeberische Entscheidung einer Einschätzungsprärogative.

Trotzdem ist dieses Problem wegen des bestehenden Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen der Interessenabwägung und der besonderen Bedeutung, auf die besondere Schwere des Rechtsverstoßes auszuweiten. Überzeugend wurde die Kritik an ihr bezüglich der hohen Anforderungen abgelehnt. Doch auch die in die Abwägung einzubeziehenden Interessen sind signifikant zugunsten der Aktiengesellschaft formuliert.

Aus einer Gesamtbetrachtung des § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG ergibt sich folglich eine erhebliche Profilierung der Gesellschaft. Diese ist nach vertretener Auffassung durch eine Behebung des krassen Missverhältnisses zwischen klagendem Aktionär und Gesellschaft zu beseitigen.

(5) Stellung von unternehmerisch beteiligten Aktionären

In der Gesetzesbegründung wird der Begriff des „Nachteils“ aus § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG durch den Terminus „wirtschaftliche“ ergänzt¹¹⁷, woraus sich ergibt, dass die unternehmerischen Interessen der Aktionäre keine

¹¹² Seibert/Hartmann (Fn. 68), S. 585 (589).

¹¹³ Ringe, RabelsZ 2017, 249 (295).

¹¹⁴ Zöllner (Fn. 69), S. 1631 (1643); Noack, NZG 2008, 441 (446).

¹¹⁵ Zöllner (Fn. 69), S. 1631 (1643); Noack, NZG 2008, 441 (446).

¹¹⁶ Schäfer (Rn. 4), § 246a Rn. 29.

¹¹⁷ BT-Drs. 16/13098, 42.

Berücksichtigung finden.

Dies führt regelmäßig zur Versagung der Kassationswirkung der Beschlussmängelklagen der unternehmerisch beteiligten Aktionäre.¹¹⁸ Selbst bei Vorliegen einer höheren unternehmerischen Beteiligung an der AG von 25% wird die Abwägung im Freigabeverfahren regelmäßig zu Ungunsten des Beteiligten ausfallen.¹¹⁹ Dabei müssen unternehmerische Interessen auch gegen rechtswidrige Beschlüsse verteidigt werden können.¹²⁰

(6) Stellungnahme

Die Stellung der unternehmerisch beteiligten Aktionäre stellt eine Erweiterung der Probleme dar, wie es auch bei der rechtlichen Anerkennung eines Interesses an einem Verstoß gegen das AktG besteht. Demnach ist entsprechend der Ausführungen das Missverhältnis der in die Abwägung einzubeziehenden Interessen abzubauen.

2. Prozessuale Friktionen

Ferner kann von einer weitreichenden, dem Zivilrecht fremden, Begünstigung des Beklagten ausgegangen werden, da kein weiteres Mal, bis auf § 16 UmwG - der als Vorlage galt - durch ein Eilverfahren ein rechtlich endgültiger Zustand herbeigeführt wird.¹²¹ Dabei bestehen zur Feststellung der Nichtigkeit im Hauptverfahren zwei Tatsacheninstanzen und eine Revisionsinstanz zur Verfügung.¹²² Die für die Praxis deutlich einschneidendere und wichtigere Bestandskraft wird dagegen erstinstanzlich und abschließend durch das zuständige OLG justiziert und hängt dabei überwiegend ab von dem Entscheidungskriterium der besonderen Schwere des Rechtsverstoßes.¹²³ Vorteilhaft ist daran das Aufsparen von Res-

ourcen der LG, da die Prozesse ohnehin regelmäßig zum OLG führten und hierin ein enormer Zeitgewinn zu verbuchen ist.¹²⁴ Doch handelt es sich um eine Diskrepanz und Inkonsistenz, die mit der Frage verbunden ist, warum nicht auch für das Hauptverfahren dieselbe Zuständigkeit eingerichtet wird.¹²⁵ Die Verkürzung der Tatsacheninstanz für Prozesse bzgl. der Nichtigkeit erhielt nur eine abweisende Würdigung durch die Bundesregierung, angestrebt wurde lediglich eine moderate Weiterentwicklung des Freigabeverfahrens.¹²⁶ Dabei könnte gerade das OLG als Eingangsinstanz gekoppelt mit einem im Anfechtungsrecht geregelten Quorum - wie es sodann auch in Abs. 2 Nr. 2 AktG realisiert wurde - durch eine erhebliche Verfahrensbeschleunigung für einen signifikanten Rückgang von missbräuchlichen Anfechtungsklagen sorgen.¹²⁷ Dafür würden der Wegfall einer Tatsacheninstanz und mit mehreren Berufsrichtern bestückte Zivilsenate sorgen.¹²⁸

Insoweit würde ein in sich wieder schlüssiges System hinsichtlich der Zuständigkeit für Freigabeverfahren und Hauptverfahren bestehen.¹²⁹

Eine Rechtfertigung dafür ist nur schwer möglich, sodass von legislativem Unrecht auszugehen ist.¹³⁰

3. Stellungnahme

Problematisch sind tatsächlich die eklatanten prozessualen Differenzen zwischen dem Haupt- und dem Freigabeverfahren. Dem Zivilrecht weitestgehend fremd ist eine solch weitreichende Begünstigung des Beklagten durch ein Eilverfahren, in dem ein rechtlich endgültiger Zustand konstituiert wird. Nichtsdestotrotz geht die Eintragung in ein Regis-

118 Bayer/Fiebelkorn, ZIP 2012, 2181 (2187 ff.).

119 Noack, NZG 2008, 441 (446).

120 Koch (Fn. 18), § 246a Rn. 28.

121 Zöllner (Fn. 69), S. 1631 (1646).

122 Habersack/Stilz, ZGR 2010, 710 (720).

123 Seibert/Hartmann (Fn. 68), S. 585 (589).

124 Habersack/Stilz, ZGR 2010, 710 (720).

125 Habersack/Stilz, ZGR 2010, 710 (720).

126 Hüffer, ZHR 2008, 572 (584).

127 Hüffer, ZHR 2008, 572 (584).

128 Hüffer, ZHR 2008, 572 (584).

129 Hüffer, ZHR 2008, 572 (584).

130 Zöllner (Fn. 69), S. 1631 (1646).

ter zwangsläufig mit dem Erwasen des Beschlusses in Bestandskraft einher. Nachvollziehbar ist insofern das gesetzgeberische Vorsehen einer Instanz für das Freigabeverfahren, da andernfalls abermals eine zeitliche Streckung der Eintragung des Beschlusses in das Register entstehen würde.

Allerdings überzeugen ebenfalls die Ausführungen zur Reduktion der Notwendigkeit eines Eilverfahrens, sofern das OLG als Eingangsinstanz für das Hauptverfahren eingerichtet wird. Bezweifelt wird dabei jedoch, ob die OLG überhaupt über hinreichende Personkapazitäten verfügen, um zügig als Eingangsinstanz justizieren zu können.

II, Gesamtstellungnahme

Das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht enthält partielle Friktionen.

Die vorgenommenen Beschränkungen der Aktionärsrechte ist im Anfechtungsrecht zu ändern, sodass die Rechte nicht mehr durch „die Hintertür“ beschränkt werden.

Abzuwarten ist ein Urteil des BVerfG hinsichtlich der Beschränkung einer Aktie auf ihre vermögensrechtliche Seite bei Verbleib des Aktionärs in der Aktiengesellschaft.

Ansonsten erwies sich das Quorum als wirksames Mittel im Kampf gegen missbräuchliche Klagen mit empirisch nachweisbarem Erfolg. Es verstößt dabei nicht gegen Verfassungsprinzipien. Dennoch ist eine Novelle erforderlich, damit die besondere Schwere des Rechtsverstoßes auch auf das Bagatellquorum angewandt werden kann.

Überzeugend wird rechtspolitische Kritik an der Interessenabwägung des § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG ausgeübt Die Interessen der unternehmerisch beteiligten Aktionäre im Besonderen und die Anliegen der restlichen Aktionäre im Allgemeinen müssen im Rahmen der Abwägung anders gegenüber der Gesellschaft bewertet werden. In der aktuellen Ausgestaltung ist die Abwägung zweifach zugunsten der Gesellschaft, durch die zu berücksichtigen Interessen und die besondere Schwere des Rechtsverstoßes, abgesichert.

D. FAZIT UND AUSBLICK

Jens Koch leitete sein Gutachten ein, indem er den Zustand des deutschen Beschlussmängelrechts massiv kritisierte.

Seiner Kritik ist zum Teil zuzustimmen.

Das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht funktioniert in der Praxis, indes wurde der Minderheitenschutz zu stark beschnitten. Friktionen existieren in der Interessenabwägung des § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG. Es bedarf insofern einer Überarbeitung der Anerkennung der Interessen mit der Folge, dass die Abwägung auch zugunsten der Minderheitsaktionäre ausfallen kann. Folglich wird auch den Anforderungen des Koalitionsvertrages der CDU, CSU und der SPD entsprochen.

Das Einführen eines klägerbezogenen Filters in § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG führte empirisch nachweisbar zu einem Rückgang der Klagen räuberischer Aktionäre. Gleichwohl muss auch das Quorum der besonderen Schwere des Rechtsverstoßes auf sie anwendbar sein, dies erfordert eine gesetzliche Neufassung des § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG.

* öffentliches recht



Aufsatz:

Mehrheit und Minderheit im Staatsorganisationsrecht

Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt*

„Mehrheit entscheidet!“, so formulierte *Friedrich Naumann* im März 1919 im Zuge der damaligen Verfassungsdiskussion etwas plakativ in seinem „Versuch volksverständlicher Grundrechte“. Das Mehrheitsprinzip, das untrennbar mit dem Demokratieprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG verbunden ist, durchzieht das gesamte Grundgesetz. Im Folgenden wird zunächst eine ideengeschichtliche Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips vorgenommen (A.), bevor dessen Bedeutung für die Fallbearbeitung herausgestellt wird (B.). Sodann werden die möglichen Bezugspunkte der Mehrheit (C.) und die denkbaren Quoren (D.) ermittelt, was zu einer Übersicht über die im Grundgesetz verwirklichten Konstellationen (E.) führt. Schließlich werden die doppelt qualifizierte Mehrheit (F.) sowie die Stimmgleichheit als Grenze des Mehrheitsprinzips (G.) behandelt, bevor die Ergebnisse zusammengefasst werden (H.).

A. RECHTFERTIGUNG DES MEHRHEITSPRINZIPI¹

Das Mehrheitsprinzip gehört zu den fundamentalen Prinzipien der Demokratie.² Es stellt die prozessuale Lösung eines inhaltlichen Problems dar³: Während in einer idealen Welt die Menschen sich einig wären über die Ziele und die einzuschlagenden Wege, um diese zu erreichen, ist in der politischen Praxis ein solcher Konsens allenfalls in Ausnahmefällen zu erwarten. Hier dominiert vielmehr der Dissens über Zwecke und Methoden. Wenn nun ein Vorschlag die Mehrheit unter den Abstimmenden findet, dann nähert sich dieses Resultat dem Idealbild des Konsenses stärker an als

jede andere Option, die nicht so viele Unterstützer findet.⁴ Zudem hat eine solche Lösung, die mehr Menschen einleuchtet als jeder andere Weg, die Vermutung der Richtigkeit für sich.⁵ Überdies kann rein praktisch ein auf eine Mehrheit der Abstimmenden sich stützendes Ergebnis leichter durchgesetzt werden als ein Vorschlag, der nicht auf so viel Unterstützung zählen kann.⁶ Endlich schließt das Mehrheitsprinzip nicht aus, dass die Minderheit ihrerseits zukünftig zur Mehrheit werden kann⁷; es ist also entwicklungs offen.⁸

* *Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Staatsrecht, Verwaltungs-, Kommunal- und Finanzrecht, an der Universität Potsdam und Direktor des dortigen Kommunalwissenschaftlichen Instituts.*

1 *Deutsche Nationalversammlung*, Berichte der Deutschen Nationalversammlung, Nr. 21, Berlin 1920, S. 171 ff.

2 BVerfGE 1, 299 (315); 29, 154 (165); 112, 118 (140).

3 So wird das Mehrheitsprinzip auch als „Entscheidungsstechnik“ verstanden, vgl. *Hofmann/Dreier*, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, Teil 1, 1989, § 5 Rn. 48.

4 Vgl. *Heun*, Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, 1983, S. 175; *R. Schmidt*, DÖV 2023, 405.

5 *Hofmann/Dreier* (Fn. 3), § 5 Rn. 50, 52.

6 *Krüper*, ZJS 2009, 477 (478).

7 Das BVerfG sieht dies als zentrale Voraussetzung für die Anerkennung des Mehrheitsprinzips an, BVerfGE 44, 125 (145). Siehe dazu *Heun* (Fn. 4), S. 194 ff.

8 Siehe für einen Überblick über die verschiedenen Rechtfertigungsansätze für das Mehrheitsprinzip *Zippelius*, APuZ 1987/42, 3 ff.; *Vofßkuhle/Flaig*, JuS 2024, 617 (623)

B. BEDEUTUNG FÜR DIE FALLBEARBEITUNG

In der studentischen Fallbearbeitung kann das Mehrheitsprinzip im Staatsrecht an verschiedenen Stellen eine Rolle spielen. So kann bspw. bei einer abstrakten Normenkontrolle nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG oder einer Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze gemäß Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG zu prüfen sein, ob die erforderlichen Mehrheiten im Bundestag und im Bundesrat für den Beschluss des zu kontrollierenden Gesetzes erreicht wurden. Im Rahmen eines Organstreits nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 1 GG kann zu kontrollieren sein, ob eine Mehrheit für die Wahl des Kanzlers nach Art. 63 GG, für die Vertrauensfrage gemäß Art. 68 GG oder für das konstruktive Misstrauensvotum nach Art. 67 GG gegeben war. Fehlt es jeweils an der notwendigen Mehrheit, ist der entsprechende Rechtsakt formell verfassungswidrig und regelmäßig nichtig. Bei monokratischen Organen wie dem Bundespräsidenten nach Art. 54 ff. GG kann das Mehrheitsprinzip hingegen keine Rolle spielen, weil es innerhalb desselben Organwalters nicht Mehrheit und Minderheit geben kann.

C. Bezugspunkte der Mehrheit

Bei der Prüfung eines Mehrheitserfordernisses stellt sich die Frage „Mehrheit wovon?“; es geht folglich um den Bezugspunkt der Mehrheit. In absteigender Reihenfolge kommen dafür bei Kollegialorganen folgende Referenzpunkte in Betracht: Die größten Anforderungen werden gestellt, wenn es auf die gesetzliche Mitgliederzahl (ggf. mit Überhang- und Ausgleichsmandaten) oder die gesetzliche Stimmzahl (sog. *Mitglieder Mehrheit*) ankommt. Die Ansprüche sinken, wenn stattdes-

sen auf die Anwesenden (sog. *Anwesenheitsmehrheit*)⁹ oder gar nur auf die Abstimmenden (sog. *Abstimmungsmehrheit*) abgestellt wird. Grundlegender Unterschied zwischen den Bezugspunkten der Mitglieder- und der Abstimmungsmehrheit ist regelmäßig, dass in Fällen der Mitglieder Mehrheit Enthaltungen und ungültige Stimmen als Ablehnung gewertet werden, während solche in Fällen der Abstimmungsmehrheit ohne Belang bleiben.¹⁰ Noch geringer sind die Voraussetzungen, falls nur die gültigen Stimmen relevant sind oder wenn bloß die Summe aus Ja- und Nein-Stimmen entscheidend ist, Enthaltungen insofern also unberücksichtigt bleiben.¹¹ Je strenger der Verfassungs- oder Gesetzgeber den Bezugspunkt der Mehrheit ansetzt, um so größere Bedeutung misst er der zu entscheidenden Materie bei.¹²

D. Mögliche Quoren

Hinsichtlich der geforderten Quoren für eine Mehrheit (oder eine Minderheit) ist in absteigender Reihenfolge von folgenden markanten Schwellenwerten auszugehen¹³: Am denkbar strengsten wäre es, Einstimmigkeit zu verlangen. Weil dadurch jedem Mitglied des Kollegialorgans ein Veto eingeräumt würde, wird Einstimmigkeit im deutschen Verfassungsrecht nicht gefordert.¹⁴ Weitaus verbreiteter ist das qualifizierte Mehrheitserfordernis der Zweidrittelmehrheit, die für besonders wichtige Entscheidungen wie z.B. die Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 2 GG vorgesehen ist. Sie geht noch über die absolute Mehrheit hinaus, die 50% zuzüglich wenigstens einer weiteren Stimme bedeutet und regelmäßig als sogenannte „Kanzlermehrheit“¹⁵ oder für Beschlüsse des Bundesrates¹⁶ relevant wird.¹⁷

9 Fällen der Anwesenheitsmehrheit (insbes. §§ 80 Abs. 2 S. 1; 81 Abs. 1 S. 2 Hs. 1; 84 S. 1 lit. b) S. 1; 90 Abs. 2; 126 GOBT) kommt im Staatsrecht allgemein und der Fallbearbeitung keine besondere Bedeutung zu, vgl. *Kaiser*, JuS 2017, 221 (222). Die Verfassungsrechtlichkeit dieser Regelungen wird mitunter bezweifelt und verneint, vgl. *Höfling/Burkiczak*, Jura 2007, 561 (567); *Leisner*, in: Sodan, GG, 5. Auflage 2024, Art. 42 Rn. 9.

10 *Groh*, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 42 Rn. 45. Krit. dazu *Höfling/Burkiczak*, Jura 2007, 561 (563).

11 Siehe zur Problematik um ungültige Stimmen und Enthaltungen in der Fallbearbeitung *Kaiser*, JuS 2017, 221 (223).

12 So auch *R. Schmidt*, DÖV 2023, 405.

13 Vgl. für eine abgestufte Übersicht der jeweiligen Mehrheitserfordernisse *Heun* (Fn. 4), S. 127 f.

14 *Groh* (Fn. 10), Art. 42 Rn. 39.

15 BVerfGE 112, 118 (145).

16 Siehe zu den Mehrheitserfordernissen für Beschlüsse im Bundesrat *Th. Schmidt*, in: Härtel, Handbuch Föderalismus, Bd. I, 2012, § 22 Rn. 65 ff.

17 Art. 121 GG bietet für bestimmte Fälle der absoluten Mehrheit im Bundestag und der Bundesversammlung eine Legaldefinition, vgl. *Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL August 2024, Art. 121 Rn. 10 ff.

Eine relative Mehrheit, wie sie etwa für einen Beschluss des Bundestages nach Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG gefordert wird, liegt hingegen bereits dann vor, wenn für einen Vorschlag mehr Stimmen abgegeben werden als für jeden anderen.¹⁸ Eine weitere bekannte Grenze stellt die Eindrittelminderheit dar, wie sie bspw. für die Einberufung des Bundestages nach Art. 39 Abs. 3 S. 3 GG erforderlich ist. Lediglich ein Viertel der Stimmen ist hingegen notwendig für die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses nach Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG oder die Erhebung einer abstrakten Normenkontrolle nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG. Im Landesverfassungsrecht finden sich zum Teil noch geringere Quoren, etwa von einem Fünftel für die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses wie nach Art. 72 Abs. 1 S. 1 BbgV. Letztlich gehört in diesen Zusammenhang auch die 5%-Schwelle, die z.B. für die Vorlageberechtigung von Mitgliedern des Bundestages im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens gem. Art. 76 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG; § 76 Abs. 1 GOBT relevant werden kann.¹⁹ Theoretisch sind noch andere Quoren denkbar, doch spielen diese im Staatsrecht keine Rolle. So ist im privaten Gesellschaftsrecht die Mehrheit von drei Vierteln von ausschlaggebender Bedeutung, etwa um Änderungen der Satzung als Grundordnung einer Aktiengesellschaft gemäß § 179 Abs. 2 S. 1 AktG durchzusetzen.²⁰ Auch hinsichtlich des geforderten Quorums gilt, dass dieses umso höher ausfällt, je größere Bedeutung der Verfassungs- bzw. Gesetzgeber dem zu entscheidenden Sachverhalt eingeräumt hat.

E. KOMBINATIONEN AUS BEZUGSGRÖSSE UND QUORUM

Die verschiedenen Bezugsgrößen und die unterschiedlichen Quoren können auf mehrere Weisen miteinander kombiniert werden. Aus dieser Kombination lässt sich in den Fällen festgelegter Schwellenwerte die für die erforderliche Mehrheit jeweils zu erreichende Stimmzahl in einem Zwei-Schritt-Verfahren berechnen: Zunächst ist die Bezugsgröße zu ermitteln (dazu C.), die sodann mit dem jeweiligen Schwellenwert (dazu D.) multipliziert werden muss.²¹ Die nachfolgende Tabelle zeigt die wichtigsten Anwendungsfälle:

Aus dieser Übersicht ergibt sich, dass der reguläre Fall des Tätigwerdens des Bundestages, der Beschluss der Bundesgesetze, mit einer sehr bescheidenen relativen Mehrheit der Summe der Ja- und Nein-Stimmen gemäß Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG auskommt, folglich die Anzahl der Ja-Stimmen lediglich diejenige der Nein-Stimmen übertreffen muss.²² In besonders wichtigen Fällen, insbesondere der Regierungsbildung nach Art. 63 Abs. 3, 4 S. 2, 3 GG oder des konstruktiven Misstrauensvotums gemäß Art. 67 Abs. 1 S. 1 GG, sind die Anforderungen demgegenüber zweifach verschärft: Zum einen wird die Bezugsgröße von der Summe der Ja- und Nein-Stimmen hin zur gesetzlichen Mitgliederzahl vergrößert, zum anderen wird die absolute, nicht bloß die relative Mehrheit gefordert. Noch strenger sind die Anforderungen an eine Verfassungsänderung, die gemäß Art. 79 Abs. 2 GG nur mit einer Mehrheit von mindestens zwei Dritteln der gesetzlichen Mitgliederzahl im Bundestag und zwei Drittel der Stimmen im Bundesrat möglich ist.²³

18 In Fällen, in denen lediglich über zwei Entscheidungsalternativen zu entscheiden ist, wird diese Mehrheit auch einfache Mehrheit genannt, vgl. *Kaiser*, JuS 2017, 221 (224).

19 *Kluth*, in: BeckOK-GG, 59. Edition, Stand: 15.09.2024, GOBT, § 76 Rn. 5.

20 Siehe zu weiteren Mehrheitsregelungen aus dem Privatrecht *Kaiser*, JuS 2017, 221.

21 Bsp.: Für eine Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 2 GG muss eine Zweidrittelmehrheit der gesetzlichen Mitgliederzahl des Deutschen Bundestages erreicht werden. Gem. § 1 Abs. 1 BWG beträgt die gesetzliche Mitgliederzahl des Bundestages 630 (= *Bezugsgröße*). Dieser Wert ist nun mit $\frac{2}{3}$ (= *Schwellenwert*) zu multiplizieren. Der sich hieraus ergebende Produktwert (*hier*: 420) muss erreicht werden.

22 *Degenhart*, Staatsrecht I, 40. Auflage 2024, § 7 Rn. 651.

23 Die Entscheidung über unverzichtbare Grundwerte der Verfassung entzieht das Grundgesetz mit Art. 79 Abs. 3 GG dem Mehrheitsprinzip sogar grundsätzlich, vgl. *Vofkuhle/Flaig*, JuS 2024, 617 (624). Ein weiterer Bereich des Staatsrechts, in dem das Mehrheitsprinzip an seine Grenzen stößt, sind die Fälle der sog. „funktionalen Selbstverwaltung“, vgl. dazu *Krüper*, ZJS 2009, 477 (482).

Bezugspunkt / Quorum	Gesetzliche Mitgliederzahl	Anwesend e Mitglieder	Abstimmende Mitglieder	Gültige Stimmen	Ja- und Nein- Stimmen
2/3-Mehrheit	Art. 61 Abs. 1 S. 3; Art. 79 Abs. 2 GG	§ 80 Abs. 2 S. 1; § 81 Abs. 1 S. 2; § 84 S. 1 lit. b) S. 1; § 90 Abs. 2; § 126 GOBT	Art. 42 Abs. 1 S. 2 GG	Art. 78 Abs. 3 Bbg Verf	Art. 77 abs. 4 S. 2 Hs. 2 Art. 115a, Abs. 1, S. 2 GG
Absolute Mehrheit (= 50 % + 1)	Art. 23 Abs. 1 S. 3; Art. 29 Abs. 7 S. 2; Art. 52 Abs. 3 S. 1 GG Art. 54 Abs. 6 S. 1; Art. 63 Abs. 2 S. 1; Art. 63 Abs. 3; Art. 63 Abs. 4 S. 2; Art. 63 Abs. 4 S. 3; Art. 67 Abs. 1 S. 1; Art. 68 Abs. 1 S. 2; Art. 77 Abs. 4 S. 1; Art. 77 Abs. 4 S. 2 Hs. 2; Art. 80a Abs. 3 S. 2; Art. 87 Abs. 3 S. 2; 115a Abs. 1 S. 2 GG	§ 8 GO VermA			
Relative Mehrheit					Art. 42 Abs. 2 S. 1; Art. 54 Abs. 6 S. 2 GG
1/3-Minderheit	Art. 39 Abs. 3 S. 3 GG				
1/4-Minderheit	Art. 23 Abs. 1a S. 2 GG; Art. 44 Abs. 1 S. 1; Art. 94 Abs. 1 Nr. 2 GG				

F. BESONDERHEIT: DOPPELT QUALIFIZIERTE MEHRHEITEN

Eine Besonderheit stellt die doppelt qualifizierte Mehrheit dar, wie sie etwa für die Zurückweisung eines qualifizierten Einspruchs des Bundesrats gegen einen Gesetzentwurf durch den Bundestag gemäß Art. 77 Abs. 4 S. 2 GG erforderlich sind.²⁴ In diesem Fall muss der Bundestag nicht nur das erhöhte Quorum von zwei Dritteln der Summe der Ja- und Nein-Stimmen aufbringen, also doppelt so viele Ja- wie Nein-Stimmen, sondern zusätzlich auch noch die absolute Mehrheit seiner Mitglieder. Es erfolgt also eine Kombination aus einem höheren Quorum und einer niedrigeren Bezugsgröße mit einem im Vergleich dazu geringeren Quorum und einer gesteigerten Bezugsgröße. Dadurch will der Verfassungsgeber sicherstellen, dass sich die erforderliche Mehrheit nicht nur aus den – quasi zufällig – Anwesenden ergibt, sondern sich auch auf eine breitere Basis im Parlament stützt.²⁵

G. STIMMENGLEICHHEIT

Das Mehrheitsprinzip stößt indes an seine Grenzen, wenn nur eine relative Mehrheit gefordert wird und für zwei oder mehr Vorschläge gleich viele Stimmen abgegeben werden. Deshalb sind organisatorische und institutionelle Vorkehrungen zu treffen, um in diesen Fällen gleichwohl zu einer Entscheidung zu kommen.²⁶

In organisatorischer Hinsicht kann eine ungerade Anzahl an Mitgliedern des Gremiums vorgesehen werden, um Pattsituationen mög-

lichst zu vermeiden. So weisen viele Landesverfassungsgerichte etwa sieben²⁷, neun²⁸ oder elf²⁹ Richter auf. Sind zudem Ersatzmitglieder vorgesehen, bleibt auch im Fall von Krankheit oder sonstiger Verhinderung eines Mitglieds die ungerade Zahl gewahrt. Im Übrigen sinkt die Wahrscheinlichkeit der Stimmengleichheit, je größer das entscheidende Gremium ist.³⁰ Wird das Mehrheitserfordernis von einer relativen zur absoluten Mehrheit oder gar zu einem noch höheren Quorum erhöht, kann sich jedenfalls kein Vorschlag durchsetzen, der genauso viele Stimmen wie ein anderer erhält.

Verfahrensmäßig kann die Pattsituation dadurch bewältigt werden, dass die Abstimmung wiederholt³¹ wird oder der Antrag als abgelehnt gilt³². Es kommt auch in Betracht, dass bei Stimmengleichheit kein Verstoß gegen den Prüfungsmaßstab festgestellt werden kann, wie dies für die Überprüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch das BVerfG in § 15 Abs. 4 S. 3 BVerfGG geregelt ist. Schließlich kann man dem Vorsitzenden eines Gremiums ein Stichentscheidungsrecht einräumen, wie nach § 24 Abs. 2 S. 2 GO BReg, oder einen Losentscheid vorsehen, wie dies bei der Pattsituation zwischen Wahlkreisbewerbern in § 6 Abs. 3 S. 1 BWahlG oder im dritten Wahlgang bei der Wahl des Präsidenten und der Vizepräsidenten des Bundestages gem. § 2 Abs. 2 S. 6 GOBT der Fall ist. Andere Verfahren wie das Entfallen des Stimmrechts des jüngsten Mitglieds des Gremiums³³, die Wahl des jeweils ältesten Kandidaten³⁴, die

24 Ein weiteres Beispiel eines doppelt qualifizierten Mehrheitserfordernisses ist die Feststellung des Verteidigungsfalles gem. Art. 115a Abs. 1 S. 2 GG.

25 Insoweit wirkt ein Einspruch des Bundesrates mit einer Zweidrittelmehrheit angesichts des Art. 77 Abs. 4 S. 2 GG „faktisch wie ein dauerndes Veto des Bundesrates“, *Kokott*, in: Bonner Kommentar GG, 227. Lieferung, Oktober 2024, Art. 77 Rn. 167.

26 Dazu umfassend *Th. Schmidt*, JZ 2003, 133.

27 Z.B. der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen, § 2 S. 1 VerfGHG NRW.

28 Z.B. der Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg, Art. 68 Abs. 3 LVBW oder das Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, § 2 Abs. 1 S. 1 VerfGGBbg.

29 Z.B. der Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Art. 130 Abs. 1 S. 1 HessLV.

30 Einzelheiten bei *Th. Schmidt*, JZ 2003, S. 133 (134, Anm. 13).

31 Z.B. § 64 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 SGB IV.

32 Z.B. § 48 Abs. 2 S. 2 GOBT.

33 So § 139 Abs. 2 S. 2 GVG in der Ursprungsfassung von 1877, RGBl. S. 41.

34 In dieser Weise die Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments für die Ämter des Präsidenten nach Art. 16 Abs. 1 S. 3; des Vizepräsidenten gemäß Art. 17 Abs. 1 S. 5; der Ausschussvorsitzenden gemäß Art. 213 Abs. 2 UAbs. 3 S. 3 und des Bürgerbeauftragten nach Art. 231 Abs. 7 S. 3 GOEuropParl.

Annahme des Antrags³⁵, die Verweigerung der Entscheidung³⁶ oder die Verlagerung der Entscheidung auf andere Stellen³⁷ sind im deutschen Staatsrecht nicht vorgesehen.

H. ZUSAMMENFASSUNG

Das aus dem Demokratieprinzip resultierende Mehrheitsprinzip dient der Entscheidungsfindung und -durchsetzung. Es spielt in der Fallbearbeitung eine große Rolle, insbesondere bei der Prüfung der formellen Verfassungsmäßigkeit verschiedener Rechtsakte. Es ist zwischen den Bezugspunkten der Mehrheit und dem erforderlichen Quorum zu unterscheiden, wobei die verschiedensten Kombinationen möglich sind. Eine besonders strenge Anforderung stellt die doppelt qualifizierte Mehrheit dar. Zur Auflösung der Pattsituation bei Stimmgleichheit kommen vor allem der Stichentscheid des Vorsitzenden eines Kollegialorgans oder das Losverfahren in Betracht. Ein Verstoß gegen höherrangiges Recht kann bei Stimmgleichheit regelmäßig nicht festgestellt werden.

35 Siehe Art. 189 Abs. 2; Art. 185 GOEuropParl für den Fall der Abstimmung über abgetrennte Teile eines Textes.

36 Siehe § 1033 Nr. 2 ZPO a.F. (bis 31.12.1997) bei Stimmgleichheit der Schiedsrichter eines privaten Schiedsgerichts.

37 Z.B. Rückverweisung an den Ausschuss gemäß Art. 189 Abs. 1; Art. 182 Abs. 1 lit. b), d) GOEuropParl.

Übungsfall:

Das Tierkrematorium

Lea Rück*

Die Klausur wurde von Lea Rück für die Übung im Schwerpunkt "Staat - Wirtschaft - Kommunales" erstellt.

SACHVERHALT

Anita Ast (A) ist Eigentümerin und Bewohnerin eines Grundstücks im Geltungsbereich des qualifizierten Bebauungsplans I der brandenburgischen Gemeinde K und betreibt dort einen Messebaubetrieb. In der näheren Umgebung ist Berta Bender (B) Mieterin eines anderen Grundstücks, das ca. 100 m entfernt und ebenfalls innerhalb des Bebauungsplans liegt. Dieser setzt als Art der baulichen Nutzung ein Gewerbegebiet fest.

Anfang 2019 verstirbt der Hund der B. Daraufhin entscheidet sie sich, ein Tierkrematorium betreiben zu wollen, um verstorbenen Haustieren eine würdevolle Einäscherung zu ermöglichen. Daher beantragt die B beim zuständigen Landesamt R die Erteilung einer Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer Anlage zur Beseitigung von Tierkörpern auf dem von ihr gemieteten Grundstück. In der Folge führt das Landesamt ordnungsgemäß ein Genehmigungsverfahren durch. Einwendungen werden während des Verfahrens nicht vorgebracht. Obwohl die einschlägigen Emissions- und Immissionsgrenzwerte für Stickstoff- und Schwefeldioxid voraussichtlich überschritten werden, erteilt das Landesamt mit Bescheid vom 24.02.2020 die Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb des Kleintierkrematoriums mit einer Verarbeitungskapazität von 120 kg/h. Der Bescheid, in dem auch die sofortige Vollziehung der Genehmigung angeordnet und begründet wird, wird A und B zugestellt.

Daraufhin kommen der A Bedenken. Das geplante Vorhaben verstoße bereits gegen die zulässige Art der baulichen Nutzung. Die nähere Umgebung entspreche aufgrund der vorhandenen Wohnnutzung nicht mehr einem Gewerbe-

gebiet. Es gebe im Plangebiet, was zutrifft, insgesamt 49 Anwesen mit 96 Wohneinheiten und 46 Hotelzimmern, aber nur 11 Anwesen ohne jegliche Wohnnutzung. Dies würde sich der Meinung der A nach auch auf absehbare Zeit nicht ändern. Darüber hinaus sei das Vorhaben selbst dann unzulässig, wenn man von der Wirksamkeit des Bebauungsplans ausgehe, da es gebietsunverträglich sei. Ein Gewerbegebiet diene schon grundsätzlich nicht der Unterbringung derartiger Anlagen, dafür eigne sich – wenn überhaupt – nur ein Industriegebiet.

Das Landesamt ist der Ansicht, dass es Fragen mit bodenrechtlicher Relevanz nicht zu prüfen habe. Ungeachtet dessen ist es von der Wirksamkeit des Bebauungsplans überzeugt, da nach richtiger Aussage der Gemeinde K im Plangebiet Wohnungen nur in Verbindung mit Gewerbebetrieben genehmigt worden seien. Darüber hinaus gebe es im Geltungsbereich des Bebauungsplans noch vereinzelt freie Flächen, was ebenfalls zutrifft. Auf diesen ließe sich die weitere Entwicklung von Gewerbebetrieben realisieren. Außerdem hält das Landesamt ein Gewerbegebiet durchaus geeignet für Vorhaben, selbst wenn diese einem immissionschutzrechtlichen Genehmigungserfordernis unterliegen.

A möchte daraufhin gerichtlich Rechtsschutz suchen. Ihr Ziel ist es, „gegen die Genehmigung vorzugehen, bevor auf dem Grundstück der B Tatsachen geschaffen werden können“. Das Landesamt sieht dem Verfahren gelassen entgegen, da es der Meinung ist, dass A ihre Einwände ohnehin zu spät erhoben habe.

Frage 1: Hat das Vorgehen der A Aussicht auf Erfolg?

FORTSETZUNG:

Noch während das Verfahren in der Hauptsache läuft, denkt B darüber nach, die Anlage um eine Filteranlage zu erweitern, um die Grenzwerte sicher einzuhalten. Zu diesem Zweck zeigt die B am 12.03.2021 dem Landesamt R eine Änderung der genehmigten Anlage an. Mit Bescheid vom 22.03.2021 teilte das Landesamt der B mit, dass für die geplante Änderung keine Genehmigung erforderlich sei, und bestätigte deren ordnungsgemäße Anzeige. Nachdem jedoch die Klage der A in der Hauptsache keinen Erfolg hat, da neuere Gutachten von der Einhaltung der Grenzwerte ausgehen, sieht die B keinen Grund mehr, in die Anlage die teure Filteranlage einzubauen.

Frage 2: Erlaubt die Genehmigung vom 24.02.2020 weiterhin den Betrieb ohne die Filteranlage?

Bearbeitungsvermerk:

1. Beziehen Sie – ggf. hilfsgutachterlich – alle im Sachverhalt aufgeworfenen Probleme mit ein.
2. Die bauplanungsrechtlichen Vorschriften § 31 Abs. 2 BauGB, § 15 Abs. 1 BauNVO sind nicht zu prüfen.
3. Gehen Sie davon aus, dass für das Vorhaben keine UVP durchzuführen ist.

Auszug aus der Technischen Anleitung zur Reinhaltung der Luft - TA Luft vom 18. August 2021

1 Anwendungsbereich

Diese Technische Anleitung dient dem Schutz der Allgemeinheit und der Nachbarschaft vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen und der Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, um ein hohes Schutzniveau für die Umwelt insgesamt zu erreichen.

Die Vorschriften dieser Technischen Anleitung sind zu beachten bei der

- a) Prüfung der Anträge auf Erteilung einer Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen Anlage (§ 6 Absatz 1 BImSchG), zur Änderung der Lage, der Beschaffenheit oder des Betriebs einer

bestehenden Anlage (§ 16 Absatz 1, auch in Verbindung mit Absatz 4 BImSchG),
[...]

4 Anforderungen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen

4.1 Prüfung der Schutzpflicht

Die Vorschriften in Nummer 4 enthalten

Immissionswerte zum Schutz der menschlichen Gesundheit, zum Schutz vor erheblichen Belästigungen oder erheblichen Nachteilen und Immissionswerte zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Deposition,

[...]

4.2 Schutz der menschlichen Gesundheit

4.2.1 Immissionswerte

Der Schutz vor Gefahren für die menschliche Gesundheit durch die in Tabelle 1 bezeichneten luftverunreinigenden Stoffe ist sichergestellt, wenn die nach Nummer 4.7 ermittelte Gesamtbelastung die nachstehenden Immissionswerte an keinem Beurteilungspunkt überschreitet.

[...]

Tabelle 1: Immissionswerte für Stoffe zum Schutz der menschlichen Gesundheit

Stoff/Stoffgruppe

[...]

Schwefeldioxid

Stickstoffdioxid

[...]

[...]

5 Anforderungen zur Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen

5.1 Allgemeines

5.1.1 Inhalt und Bedeutung

Die folgenden Vorschriften enthalten

Emissionswerte, deren Überschreiten nach dem Stand der Technik vermeidbar ist, [...]

LÖSUNGSSKIZZE:

Frage 1:

Die Zulässigkeitsprüfung soll sich im Rahmen der Antragsbefugnis mit dem Drittschutz auseinandersetzen, der durch die Betreiberpflichten in § 5 Abs. 1 BImSchG vermittelt wird, sowie diesbezüglich die Unterschiede zwischen § 5 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BImSchG herausarbeiten. Im Übrigen sollte die Prüfung insoweit wenig Probleme bereiten, als § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO Gegenstand von Übungsfällen war. Allerdings ist vorliegend auch § 80a VwGO zu berücksichtigen.

In der Begründetheitsprüfung geht es um die Rechtmäßigkeit der Erteilung der Genehmigung nach § 6 BImSchG. Wichtig ist eine systematisch korrekte Prüfung einschließlich der Einbettung der bauplanungsrechtlichen Fragen. Inhaltlich soll mit den Argumenten aus dem Sachverhalt gearbeitet und eine gut begründete Lösung gefunden werden.

Frage 2:

Die Bearbeiter*innen sollen § 15 Abs. 1, 2 BImSchG finden und anhand des Wortlauts des § 15 Abs. 2 S. 1 BImSchG erkennen, dass der Freistellungsbescheid lediglich Wirkungen für die Genehmigungsbedürftigkeit hat, nicht jedoch Aussagen zur Genehmigungsfähigkeit trifft.

VORÜBERLEGUNG ZU FRAGE 1:

A möchte gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zugunsten der B vorgehen und verhindern, dass die B mit der Errichtung der Anlage beginnt. Weder die Einlegung eines Widerspruchs noch einer Anfechtungsklage reichen aus, um zu verhindern, dass die B durch den Beginn der Errichtung der Anlage „Tatsachen schaffen“ kann, weil die Genehmigung für sofort vollziehbar erklärt worden ist, weshalb nur ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß §§ 80 Abs. 5 S. 1, 80a Abs. 3 S. 2 VwGO in Betracht kommt.

Hinweis: In Betracht kommt auch ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gemäß § 80 Abs. IV S. 1 VwGO. Dies wäre hier aber nicht ratsam, da die Behörde die Vollziehung eigens angeordnet hat.

FRAGE 1:¹

Ein Antrag der A auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß §§ 80 Abs. 5 S. 1, 80a Abs. 3 S. 2 VwGO hat Aussicht auf

Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

A. ZULÄSSIGKEIT

Der Antrag der A ist zulässig, wenn im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein. Eine aufdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich, sodass sich die Eröffnung nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO richtet. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt, die keinem anderen Gericht zugewiesen ist.

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die streitentscheidenden Normen ausschließlich einen Hoheitsträger berechtigen oder verpflichten. Streitgegenstand ist die Erteilung einer immissionsschutzrechtlich Genehmigung nach § 6 BImSchG. Zur Erteilung einer solchen Genehmigung sind ausschließlich Hoheitsträger berechtigt bzw. verpflichtet. Es handelt sich daher um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

Weder streiten Verfassungsorgane oder sonst unmittelbar am Verfassungsleben beteiligte Personen über die Auslegung und Anwendung von Verfassungsrecht. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit liegt demnach eine nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit vor. Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich, sodass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet ist.

II. Statthaftigkeit eines Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung

Der statthafte Rechtsbehelf richtet sich nach dem Begehren der Antragsstellerin A, §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO. A begehrt im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes eine gerichtliche Entscheidung, die dazu führt, dass die B nicht unmittelbar mit der Errichtung der ge-

* Die Bearbeiter*innen arbeitet an der Universität Potsdam als akademische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht bei Prof. Dr. Christian Bickenbach.

1 Angelehnt an VGH Mannheim, Beschl. v. 11.05.2023 - 10 S 2610/22, ZUR 2023, 552; VG Stuttgart, Beschl. v. 16.12.2020 - 11 K 2639/20, openJur 2021, 16284 (Vorinstanz).

planten Anlage beginnen kann. Dafür kommen Verfahren nach § 123 VwGO oder nach §§ 80, 80a VwGO in Betracht (Zweispurigkeit des vorläufigen Rechtsschutzes). Nach § 123 Abs. 5 VwGO ist das Verfahren nach §§ 80, 80a VwGO vorrangig. Zu prüfen ist daher, ob es in der Hauptsache um die Anfechtung eines belastenden Verwaltungsakts i.S.v. § 35 S. 1 VwVfG geht. Vorliegend stellt die immissionsschutzrechtliche Genehmigung gemäß § 6 BImSchG einen solchen dar. Im Ergebnis wäre somit in der Hauptsache eine Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 VwGO statthaft. Die Genehmigung wurde gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO für sofort vollziehbar erklärt. Damit ist der Antrag auf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß §§ 80 Abs. 5 S. 1, 80a Abs. 3 S. 2 VwGO statthaft.

III. Beteiligtenbezogene Voraussetzungen

Richtiger Antragsgegner ist analog § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 8 Abs. 2 S. 1 VwGG die Behörde, die die sofortige Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO angeordnet hat.² Mithin ist das Landesamt R richtiger Antragsgegner.

A ist nach § 61 Nr. 1 VwGO, die Behörde nach § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 8 Abs. 1 VwGG beteiligungsfähig.

Die Prozessfähigkeit der A ist nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegeben, die Behörde ist nach § 62 Abs. 3 VwGO zu vertreten.

IV. Antragsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog

Die Antragsbefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO analog bestimmt sich nach der Klagebefugnis in der Hauptsache. Da die A vorliegend nicht selbst Adressatin des Verwaltungsaktes ist, findet die Adressatentheorie keine Anwendung. A müsste daher i.S.d. Schutznormtheorie geltend machen können, durch die der B erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung möglicherweise in eigenen Rechten

verletzt zu sein.

1. Drittschützende Wirkung

Dafür bedarf es einer Norm, die drittschützende Wirkung entfaltet. Dies ist der Fall, wenn diese Norm nicht nur Interessen der Allgemeinheit, sondern zumindest auch Interessen Einzelner zu dienen bestimmt ist.

a) § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG

Als subjektives Recht kommt zunächst der immissionsschutzrechtliche Schutzgrundsatz nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG in Betracht. Danach sind genehmigungsbedürftige Anlagen so zu errichten und zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können. Die Norm bezweckt die Gefahrenabwehr, damit den Schutz von Individualrechtsgütern. Für die Einordnung als subjektives Recht spricht zudem die Erwähnung der Nachbarschaft, woraus sich schließen lässt, dass die Vorschrift auch dem Schutz der Interessen der Nachbarn dient. Mithin ist § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG drittschützend.³

b) § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG

Weiterhin könnte § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG drittschützend sein. Dagegen spricht aber, dass sich der Wortlaut der Norm im Gegensatz zu § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG nicht auf die Nachbarschaft bezieht. Darüber hinaus ist auch der Begriff der Vorsorge regelmäßig mit dem Gedanken der Minderung von Risiken, die unterhalb der Schwelle für schädliche Einwirkungen liegen, verknüpft. Die Vorschrift dient daher grundsätzlich nicht der Begünstigung eines individualisierbaren Personenkreises, sondern dem Interesse der Allgemeinheit an der Verbesserung der allgemeinen Immissionssituation. Mithin entfaltet die Vorsorgepflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG grundsätzlich keine Schutzwirkung

2 Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider, VwGO, 46. EL März 2024, § 78 Rn. 57; Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 80 Rn. 467.

3 St. Rspr., vgl. BVerwG, NVwZ 2004, 610 (611); Jarass, BImSchG, 15. Aufl. 2024, § 5 Rn. 133; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, BImSchG, 105. EL September 2024, § 5 Rn. 114.

zugunsten Drittbetroffener.⁴ Demzufolge wird auch den Emissionswerten des Abschnitts 5 der TA Luft 2021, die die Vorsorgepflicht des § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG hinsichtlich Luftverunreinigungen umsetzen und konkretisieren, eine drittschützende Wirkung grundsätzlich abgesprochen.⁵ Etwas anderes gilt dann, wenn keine Immissionswerte bestimmt sind, sondern lediglich Emissionsgrenzwerte zur entsprechenden Vorsorge festgelegt wurden.⁶ Die Festlegung von Immissionswerten ist vorliegend allerdings in Abschnitt 4 der TA Luft 2021 erfolgt. Mithin kann sich die A nicht auf den drittschützenden Charakter von § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG berufen.

Hinweis: Konkretisierungen der Vorsorgepflicht, die auf unionsrechtlichen Vorgaben beruhen, sind nach der Janecek-Rechtsprechung des EuGH drittschützend.

c) Gebietserhaltungsanspruch

Schließlich kommt als subjektives Recht der A ein Gebietserhaltungsanspruch (Abwehr einer gebietsunverträglichen baulichen Nutzung) in Betracht, der einer Person das Recht gibt, sich gegen den Verstoß eines Bauvorhabens gegen die Festsetzungen des Bebauungsplans zur Art der baulichen Nutzung, § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i.V.m. §§ 2 ff. BauNVO, zu wehren. Die Festsetzungen haben eine nachbarschützende Funktion zugunsten der Planbetroffenen, da diese im Plangebiet eine „rechtliche Schicksalsgemeinschaft“ i.S.e. wechselseitigen Austauschverhältnisses bilden, d.h. sie müssen die Festsetzungen des Bebauungsplans mit Beschränkungen der Nutzungsmöglichkeiten des eigenen Grundstücks hinnehmen und können andererseits die Zulassung einer gebietswidrigen Nutzung eines anderen Grundstücks im Plangebiet abwehren. Die Grundstückseigentümer sind durch die Lage ihrer Anwesen in demselben Baugebiet zu einer Gemeinschaft verbunden, bei der jeder in derselben Weise berechtigt und verpflichtet ist.⁷ Mithin stellt der Gebietserhaltungsan-

spruch ein subjektives Recht dar.

2. A als Teil des geschützten Personenkreises

A müsste vom geschützten Personenkreis der drittschützenden Vorschriften erfasst sein.

Gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG ist die Nachbarschaft als geschützter Personenkreis erfasst. Als Nachbarn einer immissionsschutzrechtlich genehmigten Anlage sind Personen anzusehen, die sich auf Dauer im räumlichen Einwirkungsbereich der Anlage aufhalten, oder Eigentümer von Grundstücken im Einwirkungsbereich der Anlage sind.⁸ Dies ist bzgl. A, deren Grundstück, auf dem sie wohnt und arbeitet, lediglich ca. 100 m von der geplanten Anlage entfernt ist, anzunehmen.

Die Geltendmachung des Gebietserhaltungsanspruchs setzt voraus, dass das Grundstück des Anspruchsberechtigten im selben Plangebiet wie das Vorhaben liegt. Das Grundstück der A liegt in demselben Baugebiet wie das Vorhabengrundstück, sodass A vom geschützten Personenkreis erfasst ist.

3. Möglichkeit der Rechtsverletzung

Nach der Möglichkeitstheorie darf nicht schlechthin ausgeschlossen sein, dass die A in den oben genannten subjektiven-öffentlichen Rechten verletzt ist.

Aufgrund der voraussichtlichen Überschreitung der einschlägigen Immissionsgrenzwerte des Abschnitts 4 der TA Luft, die den in § 5 Abs. Nr. 1 BImSchG enthaltenen Schutzgrundsatz konkretisieren, kommt eine Verletzung der Pflichten aus § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG in Betracht.

Dass die Errichtung und der Betrieb des Tierkrematoriums nicht mit den Festsetzungen des Bebauungsplans hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung vereinbar ist, erscheint zumindest nicht ausgeschlossen. Sollte der Bebauungsplan aufgrund Funktionslosigkeit keine Wirkung mehr entfalten, gilt das zum Gebiets-

4 BVerwGE 65, 313 (320).

5 Vgl. statt vieler OVG Weimar, Urt. v. 16.03.2010 - 1 O 656/07 -, juris.

6 Jarass (Fn. 3), § 5 Rn. 136.

7 Vgl. BVerwG, Urt. v. 16. 09.1993 - 4 C 28/91 -, juris; VGH München, Beschl. v. 23.01.2018 - 15 CS 17.2575 Rn. 18 - juris.

8 Dietlein (Fn. 3), § 5 Rn. 87 f.

erhaltungsanspruch Gesagte ebenso in einem faktischen Baugebiet (§ 34 Abs. 2 BauGB).⁹

4. Zwischenergebnis

Mithin ergibt sich die Antragsbefugnis der A aus einer möglichen Verletzung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG und des Gebietserhaltungsanspruchs.

V. Rechtsschutzbedürfnis

Der eingelegte oder noch einzulegende Rechtsbehelf ist in der Hauptsache nicht offensichtlich unzulässig.

1. Vorherige Erhebung einer Anfechtungsklage oder eines Widerspruchs

Die vorherige oder zeitgleiche Erhebung einer Anfechtungsklage ist wegen § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO nicht erforderlich.

Fraglich ist, ob der Eilantrag ohne vorherige Erhebung des Widerspruchs zulässig ist. Nach h.M. kann die aufschiebende Wirkung nach §§ 80 Abs. 5 S. 1, 80a Abs. 3 S. 2 VwGO nur wiederhergestellt werden, wenn der Widerspruch auch erhoben worden ist.¹⁰ Die Gegenmeinung geht davon aus, dass das Rechtsschutzinteresse in Anlehnung an § 123 Abs. 1 VwGO nicht allein schon deshalb entfallen könne, weil noch kein Rechtsbehelf erhoben worden ist; anderenfalls drohe eine faktische Verkürzung der Rechtsbehelfsfristen.¹¹

Insofern ist der A zu raten, gleichzeitig mit dem Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1, 80a Abs. 3 S. 2 VwGO Widerspruch einzulegen.

2. Vorheriger Antrag auf Aussetzung der Vollziehung

Die Stellung eines vorherigen Antrags bei der Behörde nach § 80 Abs. 4 VwGO ist im Fall des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO aus einem Umkehrschluss des § 80 Abs. 6 S. 1 VwGO nicht erforderlich.¹²

VI. Zuständiges Gericht

Zuständig ist nach § 80 Abs. 5 VwGO das Gericht der Hauptsache.

VII. Zwischenergebnis:

Der Antrag der A ist zulässig.

B. BEILADUNG

Trotz des Charakters eines Eilverfahrens gelten in Hinsicht auf eine Beiladung die Erwägungen wie im Hauptsacheverfahren.¹³ Vorliegend ist die B mithin notwendig beizuladen nach § 65 Abs. 2 VwGO, da ein Erfolg des Rechtsbehelfs die Vollziehbarkeit der Genehmigung unmittelbar berührt und sie damit in negativer Weise betrifft. B ist nach § 61 Nr. 1 VwGO beteiligungsfähig.

C. BEGRÜNDETHEIT

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist begründet, wenn das Interesse des Antragstellers an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (Suspensivinteresse) das Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit (Vollzugsinteresse) überwiegt oder zumindest gleichwertig ist.

Hinweis: Ein gleichwertiges Suspensivinteresse reicht (nur) im Fall der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO aus, weil Widerspruch und Anfechtungsklage in der Regel aufschiebende Wirkung haben. Die Behörde muss daher ein besonderes Vollzugsinteresse begründen. Dagegen hat der Gesetzgeber in den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 - 3 VwGO zu erkennen gegeben, dass das Vollzugsinteresse normalerweise überwiegt, daher reicht ein gleichwertiges Suspensivinteresse nicht aus, sondern es bedarf eines überwiegenden.

Das ist dann der Fall, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung selbst fehlerhaft war (I., str.) oder das Gericht nach einer eigenen summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu dem Ergebnis kommt, dass ein Obsiegen des Antragstellers wahrscheinlich ist, weil der Verwaltungsakt rechtswidrig und dadurch A in ihren Rechten verletzt

9 BVerwGE 94, 151 (156); BVerwG, NVwZ 2004, 1244 (1246); OVG Koblenz, NVwZ 2013, 1627.

10 BVerwG, NVwZ 2020, 1051 Rn. 16; v. Mutius, VerwArch 66 (1975), 405 (412); Schoch (Fn. 2), VwGO, § 80 Rn. 460.

11 Kopp, DÖV 1967, 843 ff.; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 18. Aufl. 2023, Rn. 992.

12 Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 30. Aufl. 2024, § 80 Rn. 138.

13 Kintz, in: BeckOK VwGO, 72. Edition 2025, § 65 Rn. 21.

ist (II.). An dem Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes besteht regelmäßig kein öffentliches Interesse.

I. Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung

1. Begründungserfordernis

Gemäß § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO ist ein besonderes Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes erforderlich, welches schriftlich begründet werden muss.¹⁴ Laut Sachverhalt wurde die Anordnung der sofortigen Vollziehung begründet.

2. Gewährung rechtlichen Gehörs

Umstritten ist, ob es vor Erlass einer Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Anhörung bedarf. Eine behördliche Anhörung des von der sofortigen Vollziehbarkeit nachteilig Betroffenen vor ihrer Anordnung ist nicht erforderlich.¹⁵ § 28 VwVfG ordnet eine Anhörung nur vor Erlass des Grundverwaltungsakts an – und auch das nicht uneingeschränkt. Eine direkte Anwendung des § 28 VwVfG scheidet mithin aus. Auch eine analoge Anwendung der Vorschrift scheidet aus, weil eine Anhörung regelmäßig bereits im Verwaltungsverfahren stattfindet und keine Anhaltspunkte für eine Regelungslücke bestehen, da die Begründungspflichten in §§ 80 Abs. 3, 80a VwGO geregelt werden.¹⁶

3. Zuständigkeit für die Anordnung

Gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO ist die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen oder über den Widerspruch zu entscheiden hat, für die Anordnung der sofortigen Vollziehung zuständig. Das Landesamt hat hier sowohl die Genehmigung erteilt als auch die sofortige Vollziehung angeordnet.

4. Zwischenergebnis

Die Vollziehungsanordnung verstößt nicht gegen die formellen Anforderungen des § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO und ist mithin nicht fehlerhaft.

II. Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes und Rechtsverletzung

1. Ermächtigungsgrundlage

Rechtsgrundlage der streitgegenständlichen Genehmigung ist § 6 BImSchG.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Gründe, die für die formelle Rechtswidrigkeit der Genehmigung sprechen, sind nicht ersichtlich. Insbesondere war das Landesamt R laut Sachverhalt für die Genehmigung zuständig, hat das Genehmigungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt und B hat den gemäß § 10 Abs. 1 BImSchG erforderlichen Antrag gestellt.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist materiell rechtmäßig, wenn das Tierkrematorium genehmigungsbedürftig und -fähig ist.

a) Genehmigungsbedürftigkeit der Anlage, § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG

Bei dem Vorhaben der B müsste es sich um eine Anlage i.S.d. BImSchG handeln, welche genehmigungsbedürftig ist. Gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG sind Anlagen genehmigungsbedürftig, wenn sie in besonderem Maße geeignet sind, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen oder in anderer Weise die Allgemeinheit oder Nachbarschaft zu gefährden, erheblich zu benachteiligen oder belästigen.

aa) Anlage

Dies setzt zunächst eine Anlage i.S.d. § 3 Abs. 5 BImSchG voraus. Nach § 3 Abs. 5 Nr. 1 BImSchG sind Anlagen des BImSchG Betriebsstätten und ortsfeste Anlagen. Der Begriff der Betriebsstätte ist ein Unterfall der ortsfesten Einrichtung und umfasst jede feste Geschäftseinrichtung oder Anlage, die der Tätigkeit eines Unternehmens dient.¹⁷ Darunter fällt das Tierkrematorium, sodass es sich vorliegend um eine Anlage i.S.d. BImSchG handelt.

¹⁴ VGH Kassel, NJW 1983, 2404.

¹⁵ VGH Mannheim, NVwZ-RR 1995, 175; OVG Berlin, NVwZ 1993, 198; *Schoch* (Fn. 2), § 80 Rn. 257 f.

¹⁶ *Schenke* (Fn. 12), § 80 Rn. 82.

¹⁷ *Schulte/Michalk*, in: BeckOK UmweltR, BImSchG, 73. Edition 2025 § 3 Rn. 74.

bb) Genehmigungsbedürftigkeit

Die Genehmigungsbedürftigkeit einer Anlage bestimmt sich konstitutiv nach § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG i.V.m. der 4. BImSchV, welche in Anhang 1 genehmigungsbedürftige Anlagen enumerativ aufführt.¹⁸ Vorliegend ist die Anlage gemäß § 4 Abs. 1 BImSchG i.V.m. Nr. 7.12.1.2 (Anlage zur Beseitigung von Tierkörpern mit einer Verarbeitungskapazität von 50 kg je Stunde bis weniger als 10 t je Tag) des Anhangs 1 zur 4. BImSchV immisionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig. Ausweislich des Sachverhalts beträgt die zur Genehmigung gestellte Verarbeitungskapazität der Anlage 120 kg/h. Insofern ist die Anlage genehmigungsbedürftig.

b) Genehmigungsfähigkeit, § 6 Abs. 1 BImSchG

Fraglich ist, ob das Vorhaben auch genehmigungsfähig ist. Dies ist der Fall, wenn die Anlagenbetreiberin ihre Betreiberpflichten i.S.v. § 6 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 BImSchG erfüllt und keine anderen (außerhalb des BImSchG stehenden) öffentlich-rechtlichen Vorschriften i.S.v. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG dem Vorhaben entgegenstehen.

aa) Betreiberpflichten, § 6 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m § 5 Abs. 1 BImSchG

Zu prüfen ist, ob sichergestellt i.S.v. § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG ist, dass die sich aus § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG (1), § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG (2) sowie § 5 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 (3) ergebenden Betreiberpflichten erfüllt werden.

(1) Schutzgrundsatz, § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG

Aufgrund der von dem Tierkrematorium ausgehenden Stickstoff- und Schwefeldioxidimmissionen könnte ein Verstoß gegen den in § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG enthaltenen Schutzgrundsatz vorliegen. Dafür müsste es sich dabei um schädliche Umwelteinwirkungen han-

deln.

Schädliche Umwelteinwirkungen sind gem. § 3 Abs. 1 BImSchG Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen.

(a) Immissionen

Der Begriff der Immissionen umfasst gemäß § 3 Abs. 2 BImSchG Luftverunreinigungen, d.h. gemäß § 3 Abs. 4 BImSchG Veränderungen der natürlichen Zusammensetzung der Luft, insbesondere durch Gase, wozu Stickstoff- und Schwefeldioxid gehören.¹⁹

(b) Herbeiführung von Gefahren, erheblicher Nachteile oder Belästigungen

Diese Immissionen müssten auch geeignet sein, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen herbeizuführen. In Betracht kommt hier das Vorliegen einer Gefahr. Darunter ist die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadens, d.h. einer erheblichen Beeinträchtigung eines geschützten Rechtsguts (vgl. § 1 BImSchG) zu verstehen.²⁰ Maßstäbe können sich im Bereich der Luftverunreinigungen aus der als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift ergangenen TA Luft 2021 und den darin festgelegten Grenzwerten ableiten lassen. Zwar entfalten solche Verwaltungsvorschriften grundsätzlich keine Außenwirkung, dennoch ist die TA Luft auch gegenüber Gerichten bindend,²¹ sofern sie nicht gegen höherrangiges Recht verstößt, überholt sind, Spielräume eröffnet oder ein atypischer Fall vorliegt.²² Hierfür gibt es keine Anhaltspunkte. Mithin ist aufgrund der Überschreitung der Immissionsgrenzwerte von Schwefel- und Stickstoffdioxid eine Gefahr für die Gesundheit anzunehmen. Diese ist bei Schäden für die Gesundheit auch als erheblich einzustufen.²³

¹⁸ Schmidt-Kötters (Fn. 17), § 4 Rn. 71.

¹⁹ Thiel (Fn. 3), § 3 Rn. 77.

²⁰ Jarass (Fn. 3), § 3 Rn. 30 f.

²¹ BVerwGE 110, 216 (218) = NVwZ 2000, 440; BVerwGE 114, 342 (344 f.) = NVwZ 2001, 1165; BVerwG, NVwZ 2001, 1165; VGH Mannheim, Beschl. v. 14.10.2015 - 10 S 1469/15, Rn. 9; VGH Kassel, ZUR 2009, 87 Rn. 19.

²² Zum Vorstehenden Kahl/Gärditz, Umweltrecht, 13. Aufl. 2023, § 7 Rn. 59 f.

²³ Jarass (Fn. 3), § 3 Rn. 56

(c) Zwischenergebnis

Die Schwefel- und Stickstoffdioxidimmissionen stellen schädliche Umwelteinwirkungen i.S.d. § 3 Abs. 1 BImSchG dar, da die einschlägigen Immissionsgrenzwerte der TA Luft zum Schutz der Gesundheit überschritten werden. Damit liegt eine Verletzung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG vor.

(2) Vorsorgegrundsatz, § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG

Darüber hinaus könnte ein Verstoß gegen den in § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG enthaltenen Vorsorgegrundsatz vorliegen. Die Überschreitung der Emissionsgrenzwerte betreffen hier die Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen. Da vorliegend ohnehin bereits die Grenzwerte, die den Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen oberhalb der bestimmten Schädlichkeitsschwelle der Luftschadstoffe betreffen, überschritten sind, hat die Vorsorge unterhalb der Schädlichkeitsschwelle gegenüber dem Schutzgrundsatz keinen eigenständigen Gehalt.

(3) Abfallvermeidungsgrundsatz und Energieverwendungspflicht, § 5 Abs. 1 Nr. 3, 4 BImSchG

Für einen Verstoß gegen die Betreiberpflichten aus § 5 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 BImSchG bietet der Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

bb) Kein Entgegenstehen anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften, § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG

Möglicherweise könnte die Genehmigung außerdem wegen Entgegenstehen anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG rechtswidrig sein. § 13 BImSchG bewirkt eine formelle Konzentration, sodass im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens auch die Verletzung sonstiger öffentlich-rechtlicher Normen außerhalb des BImSchG zu prüfen ist. In Betracht kommt hier ein Entgegenstehen bauplanungsrechtlicher Vorschriften nach §§ 29 ff. BauGB.

(1) Anwendbarkeit der §§ 29 ff. BauGB

Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der §§ 29 ff. BauGB müsste es sich bei dem Vorhaben um die Errichtung einer baulichen Anlage i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB handeln. Eine bauliche Anlage liegt vor, da es sich bei dem Tierkrematorium um ein auf Dauer fest mit dem Erdreich verbundenes Gebäude handelt, welches hinsichtlich seiner Nutzung von bodenrechtlicher Relevanz ist, da es Belange des § 1 Abs. 6 BauGB (insbesondere § 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. c), lit e) und lit h) BauGB) berührt. Das Tierkrematorium soll auch errichtet werden, sodass die §§ 29 ff. BauGB Anwendung finden.

(2) Zulässigkeit gem. §§ 30 Abs. 1, 31 BauGB**(a) Vorliegen und Wirksamkeit des qualifizierten Bebauungsplans**

Da das geplante Vorhaben im Gebiet eines qualifizierten Bebauungsplans liegt, richtet sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach den §§ 30 Abs. 1, 31 BauGB. Möglicherweise ist der Bebauungsplan aber funktionslos geworden, was zum Außerkrafttreten dessen führen würde.

Ein Bebauungsplan wird funktionslos, wenn und soweit die Verhältnisse, auf die sich die Festsetzungen beziehen, in der tatsächlichen Entwicklung einen Zustand erreicht haben, der eine Verwirklichung der Festsetzungen auf unabsehbare Zeit ausschließt, und dies so offenkundig ist, dass einem Vertrauen in dessen Fortgeltung die Schutzwürdigkeit genommen ist.²⁴ An die Annahme der Funktionslosigkeit sind grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen.²⁵

Für eine Funktionslosigkeit ließe sich anführen, dass Grundstücke im Plangebiet inzwischen zu einem großen Anteil für Wohngebäude genutzt werden, was einem faktischen Mischgebiet entspräche. Hinsichtlich der zeitlichen Komponente führt die A überdies an, dass sich die aktuell überwiegende Wohnnutzung auch auf unabsehbare Zeit fortbestehe. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass aus dem Umstand, dass im Plangebiet auch Wohn-

24 BVerwG, Urt. v. 03.12.1998 - 4 CN 3/97 Rn. 22-, juris; BVerwG, Urt. v. 29.04.1977 - 4 C 39.75 -, juris.

25 BVerwG, Urt. v. 03.12.1998 - 4 CN 3/97 Rn. 22 -, juris.

nutzung vorhanden ist, noch keine Funktionslosigkeit der Festsetzungen folgt, da auch in Gewerbegebieten die Wohnnutzung nicht generell ausgeschlossen ist. Im Gegenteil kann eine Wohnnutzung im Gewerbegebiet gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO ausdrücklich zulässig sein. Vorliegend wurden Wohnungen auch nur im Zusammenhang mit den jeweiligen Betrieben genehmigt. Des Weiteren können zu den gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO zulässigen Gewerbebetrieben auch Beherbergungsbetriebe gehören. Schließlich spricht auch das Vorhandensein freier Flächen im Plangebiet, dass eine Verwirklichung der Festsetzungen nicht auf unabsehbare Zeit ausgeschlossen ist. Folglich sind die Festsetzungen des Bebauungsplans nicht funktionslos.

(b) Allgemeine Zulässigkeit, § 30 Abs. 1 BauGB i.V.m. § 8 Abs. 2 BauNVO

Durch die Festsetzungen des Bebauungsplans werden die Vorschriften der §§ 2-14 BauNVO Bestandteil des Bebauungsplans, § 1 Abs. 3 S. 2 BauNVO. Da vorliegend ein Gewerbegebiet festgesetzt ist, bestimmt § 8 Abs. 2 Nr. 1-4 BauNVO, welche Art der baulichen Nutzung zulässig ist. Gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO sind in Gewerbegebieten Gewerbebetriebe aller Art zulässig, soweit diese Anlagen für die Umgebung keine erheblichen Belästigungen zur Folge haben, vgl. § 8 Abs. 1 BauNVO. Allein der Umstand, dass ein Gewerbebetrieb eine gemäß § 4 Abs. 1 BImSchG immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlage ist, bewirkt noch nicht, dass sie bauplanungsrechtlich nur in einem Industriegebiet gemäß § 9 BauNVO zulässig wäre, wie bereits § 15 Abs. 3 BauNVO zeigt.²⁶ Maßgeblich ist der Grad der Störungen, der von dem Betrieb im konkreten Einzelfall ausgeht. Für die Beurteilung, ob ein Betrieb erhebliche Belästigungen zu Folge hat, ist es zur Konkretisierung des Begriffs geboten, die immissionsschutzrechtlichen Vorschriften heranzuziehen.²⁷ Aufgrund der Überschreitung der einschlägigen Grenzwerte der TA Luft ist daher anzunehmen, dass die Anlage für die Umgebung erhebliche

Belästigungen zur Folge haben wird. Das Vorhaben ist daher nicht allgemein zulässig.

(c) Zulässigkeit kraft Ausnahme, § 31

Abs. 1 BauGB i.V.m. § 8 Abs. 3 BauNVO

Das Vorhaben kann auch nicht gemäß § 31 Abs. 1 BauGB zulässig sein, da wohl schon kein Ausnahmetatbestand des § 8 Abs. 3 BauNVO einschlägig ist. Jedenfalls gilt aber auch hier das zum zulässigen Störgrad des Betriebs der Anlage Gesagte.

(3) Zwischenergebnis

Dem Vorhaben stehen daher auch andere öffentlich-rechtliche Vorschriften iSd § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG entgegen.

c) Zwischenergebnis

Die Genehmigung ist materiell rechtswidrig.

4. Verletzung in eigenen Rechten

Aufgrund des Verstoßes gegen den Schutzgrundsatz aus § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG sowie gegen die Festsetzungen des Bebauungsplans ist eine Verletzung der A in eigenen Rechten grundsätzlich gegeben. Möglicherweise ist eine Berufung der A hierauf allerdings gem. § 10 Abs. 3 S. 5 BImSchG ausgeschlossen, da die A ihre Einwendungen nicht innerhalb der Einwendungsfrist während des Genehmigungsverfahrens vorgebracht hat. Dafür müsste die Vorschrift eine materielle Präklusion regeln, welche im Gegensatz zur formellen Präklusion zu einem Ausschluss der Einwendungen auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren führt.²⁸ § 10 Abs. 3 S. 5 BImSchG spricht jedoch ausdrücklich davon, dass nicht rechtzeitig vorgebrachte Einwendungen im weiteren Genehmigungsverfahren ausgeschlossen sind, mithin enthält die Vorschrift lediglich eine formelle Präklusionsregelung. Eine Verletzung der A in eigenen Rechten liegt daher vor.

III. Überwiegendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit

Ein überwiegendes öffentliches Interesse an

26 Henkel, in: BeckOK BauNVO, 40. Edition 2025, § 15 Rn. 61.

27 BVerwG, Urt. v. 24.09.1992 – 7 C 7.92; Söfker, in: Ernst et al., BauGB, BauNVO, 156. EL September 2024, § 8 Rn. 26.

28 Dietlein (Fn. 3), § 10 Rn. 155.

der sofortigen Vollziehbarkeit besteht hier nicht, da der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und die A in ihren Rechten verletzt. Am Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes besteht grundsätzlich kein öffentliches Interesse.

Hinweis: Dieser Punkt wäre entscheidend, wenn die Erfolgsaussichten in der Hauptsache offen sind (non liquet) oder der Verwaltungsakt offensichtlich rechtmäßig ist.

durch Verweis auf die damaligen Antragsunterlagen auch ausdrücklich Bezug genommen wird, d.h. auch ohne die Filteranlage.

D. GESAMTERGEBNIS

Der Antrag ist zulässig und begründet und hat mithin Aussicht auf Erfolg.

FRAGE 2:²⁹

Durch den Freistellungsbescheid, den das Landesamt auf Grundlage des § 15 Abs. 2 S. 1 BImSchG erlassen hat, wurde die ursprünglich erteilte Genehmigung nicht auf einen Betrieb der Anlage entsprechend der Änderungsanzeige der B vom 12.03.2021 geändert. Ein solcher Freistellungsbescheid hat lediglich die Wirkung, dass die Genehmigungsbedürftigkeit verbindlich geklärt wird (vgl. § 15 Abs. 2 S. 1 a.E. BImSchG: „ob die Änderung einer Genehmigung bedarf“).³⁰ Wirkungen für die Genehmigungsfähigkeit ergeben sich aus dem Freistellungsbescheid nicht.³¹ Die ursprüngliche Genehmigung bleibt durch den Freistellungsbescheid unberührt.³²

Die Änderungsanzeige der B gemäß § 15 Abs. 1 BImSchG stellt keine Willenserklärung dar,³³ weshalb für die B auch keine Rechtspflicht besteht, die angezeigte Änderung umzusetzen.

Mithin schränken weder die Änderungsanzeige noch die daraufhin ergehende Freistellungserklärung die Reichweite der erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ein. Die Genehmigung vom 24.02.2020 erlaubt weiterhin den Betrieb des Tierkrematoriums in der Form, auf die in der Genehmigung

29 Nach VGH Mannheim Beschl. v. 11.5.2023 – 10 S 2610/22, BeckRS 2023, 10290, Rn. 58.

30 Jarass (Fn. 3), § 15 Rn. 65.

31 BVerwG, Beschluss vom 03.01.2022 – 7 B 6.21 – Rn. 13.

32 OVG Magdeburg, Urt. v. 12.11.2020 – 2 L 70/28 – Rn. 69 m. w. N.

33 Schiller(Fn. 3), § 15 Rn. 65 m. w. N.

*strafrecht



Aufsatz:

Strafbarkeit und Strafwürdigkeit des sog. „Containerns“

Zeynep Eraslan*

Dieser Artikel basiert auf einer im Wintersemester 2024 bei Prof. Julia Geneuss vorgelegten Seminararbeit im Schwerpunktbereich „Medien-, Wirtschafts- und europäisches Strafrecht“. Die Arbeit wurde mit der Note „sehr gut“ bewertet (16 Punkte). Die Ausführungen wurden für die Zwecke des Artikels wesentlich verkürzt.

A. EINLEITUNG

Mit Beschluss vom 02.10.2019¹ bestätigte das Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLG) die Verurteilung zweier Studentinnen wegen Diebstahls (§ 242 StGB) im Zusammenhang mit dem sogenannten „Containern“. Dabei handelt es sich um die Entnahme von entsorgten, aber noch genießbaren Lebensmitteln aus den Abfallcontainern eines Supermarktes zum Eigenverbrauch.² Diese Entscheidung hat eine breite Diskussion über die strafrechtliche Einordnung und gesellschaftliche Bewertung dieses Verhaltens ausgelöst. Im Zentrum dieser Kontroverse steht die Problematik der Lebensmittelverschwendung, welche in Deutschland jährlich etwa 11 Millionen Tonnen beträgt, wobei der Handel einen Anteil von rund 800.000 Tonnen ausmacht.³ Häufig werden dabei nicht nur ungenießbare, sondern auch Lebensmittel mit ästhetischen Mängeln oder abgelaufenem Mindesthaltbarkeitsdatum entsorgt, die jedoch weiterhin verzehrbar sind. Die „Containerer“ verstehen sich als Reaktion auf diese Verschwendung und verfolgen das Ziel, durch das Retten dieser Lebensmittel ein Zeichen gegen Lebensmittelverschwendung und für Nachhaltigkeit zu setzen.

Vor dem Hintergrund der enormen Verschwendung hat sich die Bundesrepublik Deutschland, im Rahmen der nationalen Strategie zur Lebensmittelverschwendung, dem Ziel der Vereinten Nationen bis 2030 die Lebensmittelverschwendung zu halbieren, verpflichtet.⁴ Trotz dieser Zielsetzung bleibt das „Containern“ nach der derzeitigen Rechtslage strafbar. Insbesondere werden die Straftatbestände des Diebstahls (§ 242 StGB), der Sachbeschädigung (§ 303 StGB) sowie des Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) erfüllt.

Dementsprechend stellt sich die Frage, ob es sich beim „Containern“ tatsächlich um strafbares und strafwürdiges Verhalten handelt. Zunächst soll unter Berücksichtigung des Beschlusses des BayObLG die Strafbarkeit (**B.**) und im nächsten Schritt die Strafwürdigkeit (**C.**) erörtert werden. Sodann widmet sich die Arbeit den konkreten Vorschlägen zur Entkriminalisierung dieses Verhaltens und deren Bewertung (**D.**) und bietet einen abschließenden Ausblick auf mögliche zukünftige Entwicklungen (**E.**).

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Universität Potsdam mit dem Schwerpunktbereich Medien-, Wirtschafts- und europäisches Strafrecht.

1 BayObLG, NSZ-RR 2020, 104.

2 Dudenredaktion, Duden online, 2014, Containern, <https://www.duden.de/node/133142/revision/1252768> (zuletzt abgerufen: 20.09.2024).

3 Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, Lebensmittelabfälle in Deutschland: Aktuelle Zahlen zur Höhe der Lebensmittelabfälle nach Sektoren, <https://www.bmel.de/DE/themen/ernaehrung/lebensmittelverschwendung/studie-lebensmittelabfaelle-deutschland.html> (zuletzt abgerufen: 08.10.2024).

4 Bundeszentrum für Ernährung, Lebensmittelverschwendung vermeiden, <https://www.bzfe.de/nachhaltiger-konsum/lagern-kochen-essen-teilen/lebensmittelverschwendung/> (zuletzt abgerufen: 20.09.2024).

B. DIE STRAFBARKEIT DES „CONTAINERS“

Das Amtsgericht (AG) Fürstenfeldbruck verurteilte zwei Studentinnen wegen Diebstahls gemäß § 242 Abs. 1 StGB im Zusammenhang mit dem „Container“.⁵ Es sprach eine Verwarnung gemäß § 59 Abs. 1 StGB unter Strafvorbehalt aus und behielt sich eine Geldstrafe von 15 Tagessätzen à 15 Euro vor. Zusätzlich wurden die Studentinnen verpflichtet, jeweils acht Stunden soziale Arbeit bei der Tafel zu leisten.⁶

I. Bayerisches Oberstes Landesgericht

Diese Entscheidung des AG Fürstenfeldbruck wurde vom BayObLG bestätigt, nachdem die beiden Studentinnen Sprungrevision eingelegt hatten.⁷

Die Studentinnen hatten Lebensmittel aus einem verschlossenen Container eines Supermarkts entwendet, der für die Abholung durch ein Entsorgungsunternehmen bereitgestellt war. Mithilfe eines Vierkantschlüssels öffneten sie den Container und nahmen die darin befindlichen Lebensmittel an sich.

Das BayObLG bejahte ebenfalls den Diebstahlstatbestand gemäß § 242 Abs. 1. StGB Die entwendeten Lebensmittel wurden als „fremde Sachen“ im Sinne der Vorschrift eingestuft, da keine Eigentumsaufgabe (Dereliktion) seitens des Supermarkts vorliege.⁸ Entscheidendes Argument sei, dass die Lebensmittel nicht im öffentlichen Raum abgestellt, sondern in einem abgeschlossenen Container gelagert waren, der zur Abholung durch ein Entsorgungsunternehmen bereitstand.⁹ Der Supermarktinhaber wolle sein Eigentum erst mit der Abholung ausschließlich zugunsten des Entsorgungsunternehmens aufgeben, da er bis zur Abholung für die Unbedenklichkeit der Waren verantwortlich bleibe.¹⁰

II. Die Tatbestände im Einzelnen

Dieser Beschluss des BayObLG wirft verschiedene rechtliche Fragestellungen auf, die im Folgenden analysiert werden. Praktisch relevant sind insbesondere die Tatbestände des Diebstahls (§§ 242, 243 StGB), des Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) und der Sachbeschädigung (§ 303 StGB). Weitere Delikte wie Raub (§§ 249, 252 StGB), Erpressung (§§ 253, 255 StGB) oder Qualifikationen (§§ 244, 244a StGB) können theoretisch ebenfalls einschlägig sein, führten jedoch bisher zu keinen bekannten Verurteilungen in Fällen des „Containers“.

1. Diebstahl, § 242 StGB

Zunächst ist der Diebstahl zu betrachten, da dieser in jedem der „Container“ Fälle im Vordergrund steht. Hierbei stellen sich verschiedene Fragen, die nun näher zu beleuchten sind.

a) Eigentumsschutz von wertlosen Sachen

Eine zentrale Frage im Rahmen des § 242 StGB ist, ob dessen Eigentumsschutz auch auf vermeintlich wertlose Sachen, wie entsorgte Lebensmittel, Anwendung findet. Im Grundsatz wird das Strafrecht vom formalen Eigentumsschutz beherrscht, bei dem der wirtschaftliche Wert der Sache unbeachtlich ist.¹¹ Jedoch gibt es Stimmen, die für einen Ausschluss des formalen Eigentumsschutzes plädieren, wenn dem Tatobjekt weder materieller noch immaterieller Wert zukommt.¹² Diese Argumentation stützt sich auf eine vermeintliche Parallele zur Sachbeschädigung nach § 303 StGB, die einen wirtschaftlichen Wert der Sache voraussetze.¹³ Ferner wird darauf hingewiesen, dass es widersprüchlich erscheine, wenn der Täter die Sache, welcher kein Wert zukommt, nicht wegnehmen und behalten, jedoch wegnehmen und zerstören dürfe, ohne sich strafbar zu ma-

5 AG Fürstenfeldbruck, Urt. v. 30.01.2019 – 3 Cs 42 Js 26676/18.

6 AG Fürstenfeldbruck, Urt. v. 30.01.2019 – 3 Cs 42 Js 26676/18.

7 BayObLG NStZ-RR 2020, 104; die Verfassungsmäßigkeit dieser Entscheidung bejahte das BVerfG in NJW 2020, 2953.

8 BayObLG NStZ-RR 2020, 104 f.

9 BayObLG NStZ-RR 2020, 104 (105).

10 BayObLG NStZ-RR 2020, 104 (105).

11 Vgl. OLG Stuttgart, NStZ 2011, 44; *Mitsch*, Strafrecht Besonderer Teil 2 Vermögensdelikte, 3. Aufl. 2015, S. 11; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 71. Aufl. 2024, § 242 Rn. 3a; *Schmitz* in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 10.

12 *Schröder*, JR 1964, 266; *Bosch* in: Eser Strafgesetzbuch: StGB Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 7.

13 Vgl. zu diesem Streit *Wieck-Noodt* in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 303 Rn. 13.

chen.¹⁴

An dieser Argumentation ergeben sich jedoch durchgreifende Zweifel. Der Diebstahl ist ein Zueignungsdelikt und kein Bereicherungsdelikt. Die Annahme, der wirtschaftliche Wert sei für die Strafbarkeit nach § 242 StGB entscheidend, verkennt, dass § 242 StGB auf die Verletzung des Eigentums abzielt und eine Zueignungsabsicht voraussetzt. Die Zueignungsabsicht fehlt bei dem Täter der stiehlt, um die Sache zu zerstören.¹⁵ Ein Widerspruch bestünde lediglich bei der Annahme, es handle sich um ein Bereicherungsdelikt.¹⁶ Zudem ist auch im Rahmen des § 303 StGB ein Vermögenswert der Sache nicht zwingend erforderlich. Entscheidend ist vielmehr die soziale und funktionale Bedeutung der Sache für den Berechtigten.¹⁷ So wird auch bei Sachen ohne Vermögenswert, aber mit einem Affektionsinteresse, der Tatbestand des § 303 StGB erfüllt.¹⁸

Daher bleibt die Wertlosigkeit der entsorgten Lebensmittel für den Eigentumsschutz des § 242 StGB ohne Bedeutung.¹⁹

b) Herrenlosigkeit

Zur Beantwortung der Frage nach der Strafbarkeit stellt sich im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der Fremdheit die Frage, ob die Lebensmittel mit der Entsorgung in die Container herrenlos geworden sind. Als fremd gilt jede Sache, die zumindest im (Mit-)Eigentum einer anderen Person steht.²⁰ Die Eigentumsverhältnisse sind dabei zivilrechtsakzessorisch zu bestimmen.²¹ Da die Lebensmittel ursprünglich

im Eigentum des Supermarktinhabers standen, kann eine Herrenlosigkeit nur durch eine Dereliktion im Sinne des § 959 BGB entstehen. Diese setzt eine Besitzaufgabe voraus, in der Absicht, das Eigentum aufzugeben (Verzichtswille).²² Die hierzu erforderliche, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung ist nach dem tatsächlichen Willen des Supermarktinhabers auszulegen.²³

Grundsätzlich wird eine Eigentumsaufgabe angenommen, wenn der Eigentümer die Sache zu Zwecken der Entledigung entsorgt.²⁴ Dies gilt jedoch nicht, wenn der Eigentümer das weitere Schicksal der Sache weiterhin beeinflussen möchte, etwa indem er das Eigentum nur zugunsten eines bestimmten Dritten, hier des Entsorgungsunternehmens, aufgibt.²⁵ Dies dürfte in der Regel für die Supermarktinhaber einschlägig sein. In der Praxis äußert sich der fehlende Verzichtswille häufig durch das Anbringen von Sicherungsmaßnahmen wie Schlössern oder Zäunen. Diese Vorkehrungen signalisieren, dass der Supermarktinhaber nicht den allgemeinen Verzicht auf das Eigentum beabsichtigt, sondern die Lebensmittel ausschließlich dem Entsorgungsunternehmen überlassen will.²⁶ Folglich bleibt das Eigentum bis zur Abholung durch das Entsorgungsunternehmen erhalten.

Daher sind die entsorgten Lebensmittel weiterhin als fremd im Sinne des § 242 Abs. 1 StGB anzusehen. Nur wenn solche Sicherungsmaßnahmen fehlen, könnte in Ausnahmefällen von einer Dereliktion ausgegangen werden. Demnach scheidet eine Strafbarkeit auch nicht an

14 *Bosch* (Fn. 12), § 242 Rn. 7.

15 Vgl. BGH NJW 1977, 1460; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 138.

16 *Jäger*, JA 2020, 393 (394).

17 *Fischer* (Fn. 11), § 303 Rn. 3; vgl. auch *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, § 1 Rn. 16.

18 *Wieck-Noodt* (Fn. 13), § 303 Rn. 13; *Zaczyk* in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 303 Rn. 1.

19 So auch RGSt 10, 120; 44, 207 (209); 51, 97 (98); *Vogel* in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 44; vgl. auch *Fischer* (Fn. 11), § 242 Rn. 3a.

20 Vgl. BGHSt 6, 377 (378); *Bosch* (Fn. 12), § 242 Rn. 12; *Heger* in: Heger/Kühl Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 242 Rn. 4; *Kudlich* in: Satzger/Schluckebier/Werner, StGB-Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 242 Rn. 11 f; *Vogel/Brodowski* (Fn. 20), § 242 Rn. 18.

21 BGHSt 6, 377 (378); *Rengier* (Fn. 15), § 2 Rn. 9.

22 *Oechsler* in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 959 Rn. 3; *Schmidt* in: Matt/Renzikowski, StGB-Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 242 Rn. 9.

23 *Oechsler* (Fn. 22), § 959 Rn. 3.

24 Vgl. OLG Stuttgart JZ 1978, 691.

25 BayObLG JZ 1986, 967 f.; *Kindhäuser* (Fn. 18), § 242 Rn. 22.

26 *Vergho*, StraFo 2013, 15 (17); *Schmitz* (Fn. 11), § 242 Rn. 35.

der Fremdheit.

c) Tatbestandsausschließendes Einverständnis

Freilich würde das Einverständnis des Supermarktinhabers den objektiven Tatbestand des Diebstahls ausschließen, da dann kein Gewahrsamsbruch stattfindet. Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis liegt bei gesicherten Containern jedoch nicht vor. Der Wille des Supermarktinhabers, die Wegnahme der Lebensmittel zu verhindern, wird durch die Installation von Sicherheitsmaßnahmen eindeutig erkennbar gemacht. Diese Maßnahmen zeigen, dass der Supermarktinhaber die Wegnahme der entsorgten Lebensmittel durch Dritte nicht duldet.²⁷

Auch auf der Rechtfertigungsebene scheidet die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung aus denselben Gründen aus.²⁸

2. Hausfriedensbruch, § 123 StGB

Oft sind die Container in den Hinterhöfen der Supermärkte verortet. Diese räumliche Abgrenzung zum öffentlich zugänglichen Bereich,²⁹ stellt befriedetes Besitztum im Sinne des § 123 Abs. 1 S. 1 Var. 3 StGB dar.³⁰ Betreten „Containerer“ einen solchen abgegrenzten, häufig umzäunten Bereich ohne Einwilligung des Supermarktinhabers, machen sie sich zusätzlich nach § 123 Abs. 1 StGB strafbar. Ist der Zugang zum Container jedoch ungehindert möglich, scheidet eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift aus.

3. Sachbeschädigung, § 303 StGB

Ebenfalls ist eine Strafbarkeit nach § 303 Abs. 1 StGB gegeben, wenn „Containerer“ im Zuge des Öffnens der Container Sicherheitsvorrichtungen wie Schlösser oder Zäune beschädigen oder zerstören.

III. Rechtfertigungsmöglichkeiten

Eine Rechtfertigung nach § 32 Abs. 1 StGB (Notwehr) scheidet bereits mangels rechtswidrigen Angriffs auf ein Individualrechtsgut aus. Bei den Lebensmitteln handelt es sich um Eigentum des Supermarktinhabers, dessen dieser sich gezielt entledigen möchte. Aus § 903 BGB folgt das Recht des Eigentümers mit der Sache nach Belieben zu verfahren. Die beabsichtigte Vernichtung der Lebensmittel führt demnach keine Notwehrlage herbei.³¹

Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB (rechtfertigender Notstand) kann jedoch in Betracht kommen, abhängig von den konkreten Motiven der „Containerer“. Oftmals wird das „Containern“ als Protest gegen Lebensmittelverschwendung oder als Kritik an der Überflussgesellschaft praktiziert.³² Hierbei entwickelt sich nicht selten ein soziales Zugehörigkeitsgefühl, das für manche Antrieb zum „Containern“ ist.³³ Auch wenn das Interesse der „Containerer“ darin liegt, Lebensmittel zu retten, handelt es sich dennoch um fremdes Eigentum, das auf Wunsch des Eigentümers entsorgt wird. Aus rechtlicher Sicht sind diese Lebensmittel daher nicht rettungsbedürftig.³⁴ Zudem ist Telos des § 34 StGB im Rechtsgüterschutz, nicht die Durchsetzung anderer Interessen.³⁵ „Containern“ Personen aufgrund politischer Motive oder sozialer Faktoren, liegt demnach keine Gefahr für ein geschütztes Rechtsgut vor. Somit fehlt es auch an einer Rechtfertigung nach § 34 StGB.

Anders verhält es sich, wenn der Hunger das dominierende Motiv für das „Containern“ ist. Eine unzureichende Ernährung stellt eine Gefahr für die körperliche Unversehrtheit und Gesundheit dar, die als notstandsfähige Rechtsgüter gelten.³⁶ In diesen Fällen kann das „Containern“ als erforderlich betrachtet werden,

27 Schieman, KriPoZ 19, 231 (234).

28 Schieman, KriPoZ 19, 231 (234); Vergho, StraFo 2013, 15 (17); Ähnlich Bode, JA 2016, 589 (592).

29 Schieman, KriPoZ 19, 231 (234 f.).

30 Feilcke in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 14.

31 Rennie, ZIS 7-8/2020, 343 (345).

32 Lemke, Politik des Essens: Wovon die Welt von Morgen lebt, 2012, S. 258; Grewe, Teilen, Reparieren, Mülltauchen. Kulturelle Strategien mit Knappheit und Überfluss, 2017, S. 222 ff.

33 Grewe (Fn. 32) S. 208 f.

34 Vgl. Rennie, ZIS 7-8/2020, 343 (345).

35 Vgl. Neumann (Fn. 18), § 34 Rn. 23.

36 Vgl. BGH NSTz 2018, 226 (227); Rennie, ZIS 7-8/2020, 343 (345); Perron (Fn. 12), § 34 Rn. 18.

wenn keine milderen Mittel zur Abwendung der Gefahr zur Verfügung stehen. Grundsätzlich stehen hungernden Personen Hilfsangebote bei Tafeln oder auch religiösen Einrichtungen zu Verfügung. Eine Beanspruchung fremden Eigentums ist nicht zu gewähren, wenn solche Angebote aktiv abgelehnt werden. Sollte jedoch der Zugang zu solchen Einrichtungen etwa aufgrund mangelnder Kapazitäten scheitern, ist das „Containern“ mangels milderer Mittel als erforderlich anzusehen. Eine Abwägung der Interessen führt in solchen Fällen dazu, dass das Interesse der hungernden Person an der Erhaltung ihrer körperlichen Unversehrtheit und Gesundheit schwerer wiegt als das Eigentumsrecht des Supermarktinhabers.³⁷ In Fällen, in denen alternative Unterstützungsmöglichkeiten verfügbar sind, scheidet eine Rechtfertigung nach § 34 StGB aus. Zwar wird überwiegend vertreten, dass die Bekämpfung wirtschaftlicher Not keinen Rechtfertigungsgrund darstellt,³⁸ jedoch bezieht sich dies vor allem auf Verstöße von Unternehmen, bei denen die Möglichkeit eines Verlustes oder Untergangs als unvermeidlicher Bestandteil der Marktwirtschaft betrachtet wird.³⁹ Diese Sichtweise ist jedoch nicht ohne weiteres auf die Situation eines hungernden Menschen übertragbar, der durch das „Containern“ versucht sein Überleben zu sichern. Vor einer solchen existenziellen Bedrohung muss auch das Eigentumsrecht des Supermarktinhabers zurücktreten.⁴⁰

Weiter stellt sich die Frage, ob der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen gemäß Art. 20a GG als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden kann. Zwar muss ein notstandsfähiges Rechtsgut nicht zwingend individualrechtlicher Natur sein,⁴¹ jedoch handelt es sich bei

Art. 20a GG um eine Staatszielbestimmung.⁴² Diese verpflichtet lediglich den Staat, Maßnahmen zum Schutz der Umwelt und der natürlichen Lebensgrundlagen zu ergreifen, adressiert jedoch nicht das Handeln privater Personen, Unternehmen oder gesellschaftliche Gruppen.⁴³ Art. 20a GG begründet daher keine individuellen Rechte oder Pflichten von Bürgern und kann somit nicht als Rechtfertigungsgrund für strafrechtlich relevantes Verhalten herangezogen werden.⁴⁴ Folglich ist Art. 20a GG hier nicht geeignet, ein notstandsfähiges Rechtsgut im Sinne von § 34 StGB darzustellen.

Eine Rechtfertigung aus § 34 StGB kann sich daher lediglich für hungernde Personen ergeben. Personen, die aus politischen oder sozialen Motiven „Containern“, handeln dagegen weiterhin rechtswidrig.

IV. Entschuldigungs- und Schuldausschlussgründe

Es stellt sich weiter die Frage, wie auf Schuldenebene mit „Containerern“ vorzugehen ist. Im Hinblick auf die Motive der „Containerer“ könnte überlegt werden, ob eine Entschuldigung aufgrund einer Gewissens- oder Überzeugungstat nach Art. 4 Abs. 1 GG in Betracht kommt. Hierunter fallen sittliche Entscheidungen, die sich an Kategorien wie „Gut“ oder „Böse“ orientieren und den Täter in einen inneren Konflikt versetzen, den er nicht ohne große Gewissensnot überwinden kann.⁴⁵ Allerdings wird eine solche Entschuldigung nicht gewährt, wenn sich der Täter aus grundsätzlichen politischen Erwägungen einer Regelung nicht unterwirft.⁴⁶ Solche Täter handeln nicht aus einem inneren moralischen Konflikt heraus, sondern halten die Re-

37 Vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 29 f.; *Rennicke*, ZIS 7-8/2020, 343 (345).

38 BGH NStZ 1997, 189 (190); *Perron* (Fn. 12), § 34 Rn. 35.

39 *Rennicke*, ZIS 7-8/2020, 343 (345); vgl. auch *Perron* (Fn. 12), § 34 Rn. 35.

40 *Rennicke*, ZIS 7-8/2020, 343 (345 f.).

41 BVerfG NJW 2021, 1723 (1727); BGH NStZ 1988, 558.

42 *Murswiek* in: *Sachs GG Kommentar*, 9. Aufl. 2021, Art. 20a Rn. 17 f.

43 *Sachs* (Fn. 42), Art. 20a Rn. 56a.

44 Vgl. *Fischer* (Fn. 11), § 242 Rn. 7. Selbst bei entgegengesetzter Annahme, wäre die Geeignetheit und Angemessenheit einer einzelnen Handlung eines „Containerers“ fragwürdig. So auch *Bui*, ZJS 2023, 2015 (210).

45 BVerfGE 12, 45 (55) = NJW 1961, 355; *Fischer* (Fn. 11), § 17 Rn. 3b; *Rudolphi* in: *FS Welzel*, 1974, S. 605 (632); krit. *Frisch* in: *FS Schroeder*, 2006, S. 11 (16 ff.).

46 Vgl. BGH NJW 1953, 431 (432).

gelung für schlichtweg falsch.⁴⁷ Dies trifft auf politisch motivierte „Containerer“ zu, die sich gegen die Lebensmittelverschwendung und Überflussesgesellschaft stellen. Auch bei „Containerern“, die aufgrund sozialer Faktoren wie Vergnügen handeln, kann keine Gewissensnot festgestellt werden.

Personen, die aus Hunger „containern“, benötigen hingegen keine Entschuldigung, da ihr Handeln bereits durch § 34 StGB gerechtfertigt ist. Für politisch oder sozial motivierte „Containerer“ bleibt die Frage offen, ob sie als Überzeugungstäter einzustufen sind, denn die herrschende Meinung sieht auch diese Täter nicht als entschuldigt an.⁴⁸

V. Strafzumessungsebene

Auf der Strafzumessungsebene kann das Verhalten der „Containerer“ zudem das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB (besonders schwerer Fall des Diebstahls) erfüllen, wenn die Container durch Schlösser oder andere Maßnahmen besonders gegen die Wegnahme gesichert sind. Hierbei ist es ausreichend, dass diese Sicherheitsvorrichtungen die Wegnahme auch nur erschweren,⁴⁹ was auch zu bejahen ist, wenn ein Vierkantschlüssel benötigt wird. Weiter könnte auch dessen Nr. 1 in Betracht kommen, wenn der Container sich in einem umzäunten Bereich befindet. Allerdings greift gemäß § 243 Abs. 2 StGB der Ausschluss des Regelbeispiels, wenn die entwendeten Sachen geringwertig⁵⁰ sind. Im Kontext von entsorgten Lebensmitteln wird regelmäßig davon ausgegangen, dass ihnen aufgrund der Entsorgung nur noch ein sehr geringer oder gar kein Verkehrswert mehr zukommt.⁵¹ In solchen Fällen entfaltet die Verwirklichung des Regelbeispiels keine Indizwirkung für einen besonders schweren Fall. Erfüllen die „Containerer“ lediglich Verge-

hen⁵², wie Sachbeschädigung, Hausfriedensbruch oder Diebstahl und liegt keine Qualifikation vor, die das Delikt zu einem Verbrechen hochstufen würde, kann die Staatsanwaltschaft das Verfahren gemäß §§ 153, 153a StPO wegen Geringfügigkeit oder unter Auflagen und Weisungen einstellen. Diese Praxis der Verfahrenseinstellung scheint bei Fällen des „Containerns“ häufig zur Anwendung zu kommen, was durch die geringe Anzahl von einschlägigen Urteilen belegt wird. Allerdings kam es in Einzelfällen auch zu Verurteilungen, was zeigt, dass die Strafverfolgung unterschiedlich gehandhabt wird.

VII. Stellungnahme

Die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG, konkretisiert von § 903 BGB, gewährt dem Eigentümer das Recht, andere von der Nutzung seines Eigentums auszuschließen.⁵³ Daher ist der strafrechtlichen Beurteilung durch die Gerichte, die Fremdheit der Lebensmittel im Sinne des § 242 Abs. 1 StGB zu bejahen, zuzustimmen. Aus strafrechtsdogmatischer Sicht ist dies nicht zu beanstanden.

Allerdings bleibt ein gewisses Unbehagen bestehen, wenn „Containerer“ strafrechtlich verfolgt werden, obwohl sie sich lediglich entsorgte Lebensmittel zueignen. Insbesondere verstärkt sich dieses Unbehagen, wenn sie in Gruppen von drei oder mehr Personen agieren, und sich dadurch des Bandendiebstahls gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB schuldig machen, dessen Strafraumen sich auf bis zu zehn Jahre erstreckt. Hieran wird erkennbar, dass Tat und schon theoretisch drohender Strafraumen nicht im Verhältnis stehen.

Es könnte eingewandt werden, dass dennoch die Möglichkeit einer Opportunitätseinstellung nach §§ 153, 153a StPO besteht. Allerdings gehen die Staatsanwaltschaften in „Con-

47 Vgl. *Hirsch*, Strafrecht und Überzeugungstäter, 1996, S. 9; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 12 Rn. 118.

48 Vgl. BGH NJW 1953, 431 (432); *Fischer* (Fn. 11), § 46 Rn. 28; *Kinzig* (Fn. 12), § 46 Rn. 15.

49 *Fischer* (Fn. 11), § 243 Rn. 15; *Joecks/Jäger* in: *Joecks/Jäger Studienkommentar StGB*, 13. Aufl. 2021, § 243 Rn. 24.

50 Dies wird bei einem Wert unter 50 €, jedenfalls aber unter 25 € angenommen. Vgl. *Fischer* (Fn. 11), § 243 Rn. 25; *Neumann* (Fn. 18), § 17 Rn. 62.

51 *Schiemann*, KriPoZ 19, 231 (234).

52 *Diemer* in: *KK-StPO*, 9. Aufl. 2023, § 153a Rn. 9.

53 Vgl. *Berger* in: *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, 19. Aufl. 2023, § 903 Rn. 3; *Brückner* in: *MüKo-BGB*, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 903 Rn. 11.

tainern“ Fällen uneinheitlich vor.⁵⁴ Ein Zustand der Rechtssicherheit ist angesichts der unterschiedlichen Einstellungspraxen kaum gewährleistet. Ein Beispiel hierfür ist, dass im Fall vor dem BayObLG die Staatsanwaltschaft München II den Wert der Lebensmittel auf 100 Euro schätzte. Hierbei ist jedoch der tatsächliche Wert der Sache zum Tatzeitpunkt entscheidend,⁵⁵ der bei abgelaufenen oder an Mängeln leidenden Lebensmitteln deutlich geringer sein dürfte.⁵⁶

Obwohl das BVerfG die Verfassungsbeschwerde der Studentinnen nicht zur Entscheidung angenommen hat, deutet die Begründung darauf hin, dass das Strafbedürfnis in solchen Fällen fraglich erscheint. Das BVerfG betonte, dass seine Überprüfung sich nur auf die Verfassungsmäßigkeit beschränkt und nicht die Zweckmäßigkeit, Vernunft oder Gerechtigkeit der Entscheidung des BayObLG umfasst.⁵⁷ Es hob zudem hervor, dass es Aufgabe des Gesetzgebers sei, hier gegebenenfalls verbindliche Regelungen zu schaffen.⁵⁸ Folglich ist eine Strafbarkeit unter aktueller Rechtslage zwar geboten, jedoch steht das Verfassungsrecht einer Entkriminalisierung von „Containern“ grundsätzlich nicht entgegen.

C. STRAFWÜRDIGKEIT DES „CONTAINERS“

Demnach stellt sich im Anschluss die Problematik der Strafwürdigkeit des „Containers“. Diese beschreibt im engeren Sinne die Unvereinbarkeit eines Verhaltens mit einer strafrechtlichen Norm.⁵⁹ Allerdings muss nicht jedes normwidrige Verhalten zwingend durch

das Strafrecht sanktioniert werden, wenn alternative Rechtsbereiche, wie das Zivil- oder öffentliche Recht ausreichend Schutz bieten. Deshalb ergänzt die Strafwürdigkeit im weiteren Sinne auch eine Gerechtigkeits- sowie Zweckmäßigkeitkomponente.⁶⁰

I. Gerechtigkeitskomponente

Die Gerechtigkeitskomponente erfordert, dass gesellschaftliche und normative Aspekte in Einklang gebracht werden.⁶¹

1. Normative Aspekte

Es sind vor allem die Rechtsgutsverletzung, die mögliche Subsidiarität des Strafrechts sowie die Sozialschädlichkeit des „Containers“ zu untersuchen.

Eine Rechtsgutsverletzung ist typischerweise Voraussetzung für die Annahme der Strafwürdigkeit.⁶² Beim „Containers“ liegt ein Eingriff in das durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Eigentumsrecht der Supermarktbetreiber vor, wie auch das Bundesverfassungsgericht bestätigt hat. Dennoch stellt sich die Frage, ob dieser Eingriff eine strafrechtliche Sanktion rechtfertigt, da nicht jede Grundrechtsverletzung ein Strafbedürfnis auslöst.⁶³

Das Strafrecht ist das „schärfste Schwert des Rechtsstaates“⁶⁴ und dient dem Schutz elementarer Werte eines Gemeinschaftslebens.⁶⁵ Nach der Ultima-Ratio-Funktion⁶⁶ soll das Strafrecht jedoch nur dann als letztes Mittel angewendet werden, „wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen un-

54 So auch *Schiemann*, KriPoZ 19, 231 (235).

55 BGHSt 6, 41 (43).

56 Vgl. BGH NSTz 81, 62; Dies sah auch das AG Fürstenfeldbruck so und führt aus, dass die Ware für den Eigentümer wertlos war und verurteilt die Studentinnen nur nach § 242 Abs. 1.

57 NJW 2020, 2953 (2954 Rn. 37).

58 NJW 2020, 2953 (2954 Rn. 37).

59 Vgl. *Erb* (Fn. 11), Einleitung Rn. 31; *Neumann/Saliger* (Fn. 18), Vorbemerkungen zu § 1 Rn. 51.

60 *Neumann/Saliger* (Fn. 18), Vorbemerkungen zu § 1 Rn. 53, 58.

61 *Neumann/Saliger* (Fn. 18), Vorbemerkungen zu § 1 Rn. 67

62 *Roxin/Greco* (Fn. 37), § 2 Rn. 1, 2; *Erb* (Fn. 11), Einleitung Rn. 31; *Jäger* in: SK-StGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2024, Vor § 1 Rn. 1, 3; *Neumann/Saliger* (Fn. 18) Vor § 1 Rn. 109; *Walter* in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 8.

63 *Erb* (Fn. 11), Einleitung Rn. 19; *Neumann/Saliger* (Fn. 18), Vorbemerkungen zu § 1 Rn. 65; vgl. auch BVerfGE 39, 1 (46 ff.).

64 BVerfGE 90, 145 (172).

65 BVerfG NJW 1977, 1525 (1531).

66 BVerfGE 90, 145 (172).

erträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“⁶⁷. Es ist fraglich, ob diese Voraussetzungen beim „Containern“ gegeben sind, zumal es auf die Rettung von Lebensmitteln abzielt, die andernfalls entsorgt und verschwendet würden.⁶⁸

Das Hauptargument für die Anwendung des Strafrechts ist der Schutz des Eigentums. Doch haben die Lebensmittel für den Eigentümer keinen wirtschaftlichen Wert mehr und der Gesellschaft entsteht durch die Verwertung ein Nutzen.

Supermarktinhaber sind auch ohne Anwendung des Strafrechts nicht schutzlos gestellt. Sie können zivilrechtliche Ansprüche gemäß § 823 Abs. 1 BGB geltend machen, insbesondere Schadensersatzansprüche aufgrund der Eigentumsverletzung an den Lebensmitteln sowie für mögliche Schäden an Schlössern oder Zäunen. Sollte den Lebensmitteln aufgrund ihrer Entsorgung kein ökonomischer Wert mehr zukommen, könnte ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB in Betracht gezogen werden. Vor diesem Hintergrund erweist sich der Einsatz des Strafrechts als Ultima-Ratio als nicht zwingend erforderlich.

Ein weiteres zentrales Kriterium für die Beurteilung der Strafwürdigkeit eines Verhaltens ist die Sozialschädlichkeit.⁶⁹ Sie bildet eine Grenze zwischen normativen und moralischen Erwägungen.⁷⁰ Auf der einen Seite stehen die legitimen Interessen der Supermarktinhaber, ihr Eigentum zu schützen. Auf der anderen Seite verfolgen „Containerer“ das Ziel, Lebensmittelverschwendung zu bekämpfen und Ressourcen zu schonen, was auch durch Art. 20a GG verfassungsrechtlich determiniert ist. Lebensmittelverschwendung wird zudem bereits als sozialschädlich eingestuft.⁷¹ Statt die „Containerer“ als Bedrohung für die Gesellschaft zu betrachten, kann argumentiert werden, dass deren Handeln dem übergeordneten Gemeinwohl dient und somit keine tatsächli-

che Bedrohung für die Gesellschaft darstellt. Darüber hinaus ist es wichtig, darauf hinzuweisen, dass es sich beim „Containern“ häufig um Bagatelldelinquenz handelt.⁷² Die „Containerer“ gefährden in erster Linie sich selbst und nicht Dritte, was eine Sozialschädlichkeit weitgehend ausschließt.

2. Gesellschaftliche Überlegungen

Die Supermarktinhaber argumentieren häufig, dass eine Entkriminalisierung des „Containerns“ potenziell zu Umsatzeinbußen führen könnte, wenn mehr Menschen ihre Lebensmittel auf diese Weise statt durch regulären Einkauf beziehen würden. Die Sorge ist, dass dies die Nachfrage nach frischen Produkten in Supermärkten verringern könnte. Allerdings ist der Personenkreis derjenigen die „containern“ sehr überschaubar. Ernsthafte Umsatzeinbußen dürften daher nicht zu befürchten sein. Zahlreiche Supermärkte und Händler engagieren sich bereits in der Spendenpraxis, indem sie überschüssige Lebensmittel an Tafeln abgeben, ohne dabei negative Auswirkungen auf Umsatz oder Kundenstamm zu erfahren. Zudem sind die regulären Kunden und die „Containerer“ kaum identisch, was auch darauf hindeutet, dass eine Entkriminalisierung nicht zu einem signifikanten Verlust an Kunden führen würde. Auch ist es unwahrscheinlich, dass nach einer möglichen Entkriminalisierung eine breite Bevölkerungsschicht ihren Lebensmittelbedarf durch „Containern“ decken würde, da das Entnehmen von Lebensmitteln aus Mülltonnen für viele Menschen unattraktiv ist.⁷³

Darüber hinaus lässt sich anführen, dass Ressourcen, die in Produktion und Transport der Lebensmittel fließen, durch „Containern“ besser nutzbar gemacht werden, anstatt leerzulaufen. Zudem könnte das „Containern“ die Entsorgungskosten für Supermärkte senken, da diese weniger für die Abfallentsorgung durch

67 BVerfGE 88, 203 (258); 120, 224 (240).

68 So auch BT-Drs. 19/9345, S. 1.

69 Vgl. *Erb* (Fn. 11), Einleitung Rn. 39; *Neumann/Saliger* (Fn. 18), Vorbemerkungen zu § 1 Rn. 70

70 Vgl. *Neumann/Saliger* (Fn. 18), Vorbemerkungen zu § 1 Rn. 70.

71 Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, https://www.bundestag.de/resource/blob/543200/9f9f21a92a618c77aa330f00ed21e308/kw49_koalition_koalitionsvertrag-data.pdf. (zuletzt abgerufen: 26.09.2024), Rn. 4133.

72 *Tiedeken*, VerfBlog, 2023/1/17.

73 So auch *Rennicke*, ZIS 7-8/2020, 343 (347).

spezialisierte Unternehmen tätigen müssten. Zusätzlich bietet sich die Gelegenheit zur Reduzierung der Überproduktion, wenn Supermärkte in dem Wissen operieren, dass unverkaufte Lebensmittel weiterhin genutzt werden können. Dies könnte dazu beitragen, dass Überschüsse sinnvoller verwendet und die Produktionsmengen entsprechend angepasst werden. Auch wenn einige Supermarktinhaber nach einer Entkriminalisierung befürchten, Kunden zu verlieren, steht es ihnen frei, die Menge an Lebensmitteln zu reduzieren, die sie ausstellen. Auf diese Weise könnte es gar nicht erst zu übermäßigen Entsorgungen von noch genießbaren Lebensmitteln kommen. Folglich würden sie auch keine Kundschaft verlieren, während gleichzeitig das Ziel, die Lebensmittelverschwendung einzudämmen, verfolgt würde.

Auf politischer Ebene gibt es Bestrebungen, die Kriminalisierung des „Containerns“ zu hinterfragen.⁷⁴ Im Koalitionsvertrag der Bundesregierung wird die Lebensmittelverschwendung als gravierendes Problem anerkannt. Vermeidbare Lebensmittelabfälle, also solche, die zum Zeitpunkt ihrer Entsorgung noch genießbar sind oder bei rechtzeitiger Verwendung noch genießbar gewesen wären⁷⁵, stellen insbesondere die Hürde dar. Lebensmittel, die von Supermärkten weggeworfen werden, fallen häufig in diese Kategorie. Die Gründe für die Entsorgung seitens der Supermärkte sind vielfältig und reichen von der Überschreitung des Mindesthaltbarkeitsdatums über Beschädigungen an Verpackungen bis hin zu Druckstellen an Obst und Gemüse. Dennoch wäre das Wegwerfen in vielen Szenarien vermeid-

bar, etwa durch Preissenkungen für Produkte, deren Haltbarkeit bald abläuft, oder durch eine Reduktion der Produktmengen.

Die Regierung hat sich das Ziel gesetzt, bis 2030 Lebensmittelabfälle zu halbieren, im Einklang mit den Nachhaltigkeitszielen der Vereinten Nationen.⁷⁶ Darüber hinaus fordert der Koalitionsvertrag insbesondere die Klärung haftungsrechtlicher Fragen, um die Lebensmittelspende zu erleichtern.⁷⁷ In diesem Kontext erscheint die Kriminalisierung des „Containerns“ widersprüchlich, da dieses Verhalten im Kern darauf abzielt, noch genießbare Lebensmittel vor der Vernichtung zu bewahren und somit das Problem der Lebensmittelverschwendung anzugehen.

II. Zweckmäßigkeitkomponente

Die Beurteilung der Strafwürdigkeit des „Containerns“ erfordert neben der Gerechtigkeitskomponente auch eine Auseinandersetzung mit der Zweckmäßigkeit der Sanktionierung. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber das passende Mittel wählen muss, um ein bestimmtes Verhalten zu sanktionieren.⁷⁸ Insbesondere müssen negative Nebenfolgen und die Aktualität untersucht werden.

Eine strafrechtliche Sanktion erweist sich als unzweckmäßig, wenn sie unverhältnismäßig viele negative Nebenwirkungen nach sich zieht.⁷⁹ Im Falle des „Containerns“ liegt eine solche negative Folge darin, dass die „Containerer“ zu Straftätern erklärt und kriminalisiert werden, obwohl ihr Handeln im Grunde gesellschaftlich wünschenswerte Ziele verfolgt, wie etwa die Reduzierung von Lebensmittelverschwendung. Eine derartige Kriminalisie-

74 Antrag zur Entkriminalisierung, BT-Dr 19/9345; Gesetzesinitiative „Lebensmittelverschwendung stoppen“, BT-Drs. 19/14358; Petition zur Ergänzung des § 242, Petition 74584, S. 1 ff.; Antrag zur Schaffung eines Gesetzesentwurfes zur Entkriminalisierung, Niedersächsischer Landtag, Dr. 18/2896, S. 1.

75 Universität Stuttgart Institut für Siedlungswasserbau, Wassergüte und Abfallwirtschaft, Ermittlung der weggeworfenen Lebensmittelmengen und Vorschläge zur Verminderung der Wegwerfrate bei Lebensmitteln in Deutschland - Kurzfassung, https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ernaehrung/Lebensmittelverschwendung/Studie_Lebensmittelabfaelle_Kurzfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=3. (zuletzt abgerufen: 05.10.2024), S. 4.

76 Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, Nationale Strategie zur Reduzierung der Lebensmittelverschwendung, <https://www.bmel.de/DE/themen/ernaehrung/lebensmittelverschwendung/strategie-lebensmittelverschwendung.html>. (abgerufen: 05.10.2024; zit.: Nationale Strategie).

77 Vgl. Bündnis 90/Die Grünen, Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, FDP, Bündnis 90/Die Grünen, <https://cms.gruene.de/uploads/assets/Koalitionsvertrag-SPD-GRUENE-FDP-2021-2025.pdf>. (zuletzt abgerufen: 05.10.2024) S. 45.

78 Vgl. Vgl. Neumann/Saliger (Fn. 18), Vorbemerkungen zu § 1 Rn. 60.

79 Vgl. Neumann/Saliger (Fn. 18), Vorbemerkungen zu § 1 Rn. 78.

nung könnte von der eigentlichen Problematik der Überproduktion und Ressourcenverschwendung ablenken und zu einer Stigmatisierung der „Containerer“ führen, was nicht nur den Täter, sondern auch den gesellschaftlichen Diskurs belastet. Darüber hinaus könnte die Kriminalisierung als kontraproduktiv angesehen werden, da sie im Widerspruch zu den Nachhaltigkeitszielen der Vereinten Nationen steht, insbesondere dem Ziel, Lebensmittelverschwendung weltweit zu reduzieren. Des Weiteren erscheint eine strafrechtliche Ahndung als unzeitgemäß, wenn sie nicht auf tatsächliche innenpolitische Herausforderungen antworten kann.⁸⁰ In Deutschland werden jährlich etwa 11 Millionen Tonnen Lebensmittel weggeworfen. Vor diesem Hintergrund kann das „Containern“ als eine private Initiative zur Rettung von Lebensmitteln betrachtet werden. Angesichts der globalen Herausforderungen im Bereich der Ressourcenknappheit und der in politischen Kreisen geführten Debatten über die Lebensmittelverschwendung, erscheint es nicht adäquat „Containerer“ weiterhin strafrechtlich zu verfolgen. Eine Kriminalisierung in diesem Kontext wirkt überholt und entspricht nicht den Anforderungen an eine zeitgemäße Rechtsordnung.

III. Zusammenfassend

Es lässt sich festhalten, dass „Containern“ nicht zwingend durch Mittel des Strafrechts sanktioniert werden muss. Zwar liegt eine Rechtsgutsverletzung vor, doch erscheint es im Lichte der Gerechtigkeits- und Zweckmäßigkeitkomponente unangemessen, eine strafrechtliche Sanktionierung zu fordern. Insgesamt sollte „Containern“ daher nicht als strafwürdiges Verhalten bewertet werden, da der Einsatz des Strafrechts hier weder gerecht noch zweckmäßig ist.

D. ENTKRIMINALISIERUNG DES „CONTAINERNS“

Wird das „Containern“ de lege lata zwar als strafbar, jedoch nicht strafwürdig erachtet, müssen perspektivisch Überlegungen zur Entkriminalisierung angestellt werden. In den vergangenen Jahren wurden bereits verschiedene Vorschläge gemacht, die nach wie vor im Fokus der Diskussion stehen. Diese Vorschläge sollen nachfolgend dargestellt und einer Bewertung unterzogen werden. Maßgeblich sind dabei insbesondere rechtliche sowie gesellschaftliche Erwägungen sowie die Erfolgsaussichten der jeweiligen Ansätze zur Reduzierung der Lebensmittelverschwendung.

I. Ergänzung des § 248a StGB

Im Jahr 2022 legte die inzwischen aufgelöste Fraktion DIE LINKE einen Gesetzentwurf vor, der die Ergänzung des § 248a StGB vorsah.⁸¹ Ziel war es, das „Containern“ unter bestimmten Voraussetzungen aus der Strafverfolgung auszunehmen. Konkret sah der Entwurf vor, dass „von der Verfolgung der Tat abzusehen ist, wenn sich die Tat auf Lebensmittel bezieht, die vom Eigentümer in einem Abfallbehälter, welches der Abholung und Beseitigung durch einen Entsorgungsträger dient, deponiert oder anderweitig zur Abholung bereitgestellt wurden“.⁸²

Zwar würde eine Einschränkung der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG vorliegen, diese wäre jedoch durch die Sozialbindung des Eigentums gerechtfertigt.⁸³ Auch wenn der Entwurf zunächst eine sinnvolle Richtung vorgibt, vermag er das „Containern“ nicht zu entkriminalisieren. Er greift in erster Linie auf eine prozessuale Lösung zurück, indem er lediglich vorsieht von der Verfolgung abzusehen, ohne die zugrunde liegende Strafbarkeit aufzuheben.⁸⁴ Damit wird das Problem auf materiell-rechtlicher Ebene nicht gelöst. Aus diesem Grund wird dem Entwurf zu Recht eine Inkonsistenz unterstellt. Er greift auf eine

⁸⁰ Vgl. Neumann/Saliger (Fn. 18), Vorbemerkungen zu § 1 Rn. 81.

⁸¹ BT Drs. 20/4421.

⁸² BT Drs. 20/4421 S. 2.

⁸³ BT Drs. 20/4421 S. 5.

⁸⁴ Dies erkennt auch die Fraktion selbst vgl. BT Drs. 20/4421 S. 5, dennoch lautet der Gesetzentwurf „Entkriminalisierung des Containerns von Lebensmitteln“.

rein prozessuale Lösung zurück, um ein Problem zu lösen, das seine Wurzeln im materiellen Strafrecht hat.⁸⁵ Sollte dennoch eine solche Lösung bevorzugt werden, wäre die Norm in der Strafprozessordnung besser verortet als im Strafgesetzbuch.

Mit dem „Containern“ sind zudem häufig die Straftatbestände der Sachbeschädigung und des Hausfriedensbruchs verbunden. Diese werden durch den Entwurf nicht von der Verfolgung ausgenommen. Zwar würde das „Containern“ in Bezug auf § 242 StGB von der Verfolgung ausgenommen, jedoch bleiben andere relevante Delikte wie die §§ 123, 303 StGB weiterhin strafbar. Dies steht im Widerspruch zu einer umfassenden Entkriminalisierung des Verhaltens, da die Handlung weiterhin in wesentlichen Aspekten strafrechtlich verfolgt werden könnte. Dies führt zu einer inkonsistenten Regelung, die lediglich Teilaspekte des „Containerns“ abdeckt. Auch die Qualifikationen des Diebstahls scheinen weiterhin verfolgbar zu bleiben. Dies wird kaum intendiert sein, jedoch liest sich der § 248a-E StGB so. Unklar ist nämlich, inwiefern Abs. 1, der den Ausschluss lediglich auf die §§ 242, 246 StGB beschränkt und der entworfenen Abs. 2 zusammenhängen sollen.⁸⁶ Sollte ein Zusammenhang angenommen werden, ergibt sich zusätzlich das Problem, dass lediglich bei Geringwertigkeit von der Verfolgung abgesehen wird, was keine signifikante Änderung der Rechtslage darstellt. Die Intention der Fraktion, Lebensmittel unabhängig von ihrem Wert von der Verfolgung auszunehmen,⁸⁷ vermag der Entwurf nicht vollständig zu erreichen.

Zudem beschränkt sich der Entwurf nach seinem Wortlaut keineswegs auf Abfallbehältnisse von Supermärkten, sondern würde auch privaten Hausmüll erfassen.⁸⁸ Ob dies beabsichtigt war, bleibt unklar.

Darüber hinaus ist es grundsätzlich problematisch, Ausnahmen für Einzelphänomene im besonderen Teil des Strafgesetzbuchs zu verankern.⁸⁹ Das Strafrecht sollte nicht den Anspruch erheben, jedes einzelne gesellschaftliche Problem ausdrücklich auszuklammern. Dafür bestehen Korrektive wie die teleologische Reduktion und prozessuale Einstellungsmöglichkeiten, die es ermöglichen unpassende Fälle auf systemimmanente Weise zu behandeln.⁹⁰ Würden für jedes einzelne Phänomen spezifische Regelungen eingeführt, müsste das Strafgesetzbuch in erheblichem Maße umgestaltet werden, was der Rechtssicherheit abträglich wäre.⁹¹ Folgerichtig müssten solche Ausnahmen nicht nur auf Lebensmittel, sondern auch auf andere wertvolle Ressourcen angewandt werden, deren Erhalt im öffentlichen Interesse liegt.⁹² Dies würde jedoch das Strafgesetzbuch übermäßig ausweiten und zu einem komplexeren und weniger klaren Regelwerk führen. Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Systematik des Strafrechts ist dies daher nicht der vorzugswürdige Ansatz.

II. Ergänzung der Richtlinien für das Strafverfahren und Bußgeldverfahren

Im Januar 2023 schlugen Justizminister Marco Buschmann und Landwirtschaftsminister Cem Özdemir eine Ergänzung der Richtlinien für das Strafverfahren und Bußgeldver-

85 So *El-Ghazi*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 17.04.2023, <https://www.bundestag.de/resource/blob/942750/67c2626df909799bb91e6cf7a34fbce6/Stellungnahme-El-Ghazi.pdf> (zuletzt abgerufen: 20.09.2024), S. 1, 6; *Hohmann*, Schriftliche Stellungnahme zum Entwurf Eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Entkriminalisierung des Containerns von Lebensmitteln, <https://www.bundestag.de/resource/blob/942896/d0f3b746df4a3feff8b90ca99b77e999/Stellungnahme-Hohmann.pdf> (zuletzt abgerufen: 24.09.2024), S. 6; *Kubicziel*, Schriftliche Fassung der Stellungnahme – Entkriminalisierung des Containerns von Lebensmitteln, <https://www.bundestag.de/resource/blob/942898/968b0abb512d8c1b792345189174dcb3/Stellungnahme-Prof-Kubicziel.pdf> (zuletzt abgerufen: 24.09.2024), S. 1.

86 So auch *El-Ghazi* (Fn. 85), S. 8; *Hohmann* (Fn. 85), S. 7.

87 BT Drs. 20/4421, S. 5, 7.

88 So auch *Kelch*, LMuR 2024, 83 (85).

89 So auch *El-Ghazi* (Fn. 85), S. 1 f.

90 So auch *El-Ghazi* (Fn. 85), S. 5 f.

91 Ähnlich *Hoven*, NJW 2020 2953 (2956).

92 *Fischer*, Schriftliche Stellungnahme zu BT Drs. 19/9345, <https://www.bundestag.de/resource/blob/812078/aba0045a272af323ba7cadcf7a67384/fischer.pdf> (zuletzt abgerufen: 24.09.2024), S. 5.

fahren (RiStBV) vor. Diese sah vor, eine neue Ziffer 235a hinzuzufügen, wonach Strafverfahren wegen des „Containerns“ nach § 153 StPO eingestellt werden sollen, sofern neben dem Diebstahl weder Hausfriedensbruch noch Sachbeschädigung begangen wurden und keine Gesundheitsgefahren oder Haftungsrisiken entstehen.⁹³ Damit sollte die unterschiedliche Einstellungspraxis in Deutschland vereinheitlicht werden. Jedoch wurde dieser Vorschlag 2023 vom zuständigen RiStBV-Ausschuss mit der Begründung abgelehnt, dass für eine Regelung im Bereich des „Containerns“ die Bundesregierung zuständig sei.

Gleichwohl hätte eine solche Ergänzung zu mehr Rechtssicherheit beigetragen.⁹⁴ Eine einheitliche Einstellungspraxis für dasselbe Handeln aus denselben Motiven ist nicht nur wünschenswert, sondern unter Berücksichtigung des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) auch geboten.

Der Vorschlag, eine Regelung zum „Containern“ außerhalb des Strafgesetzbuchs zu verankern, ist grundsätzlich positiv zu bewerten. Allerdings bleiben auch hier wesentliche Problematiken bestehen, denn Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung bleiben weiterhin strafbar und verfolgbar. Folglich wird auch in diesem Modell keine echte Entkriminalisierung erreicht. In der Praxis sichern viele Supermarktinhaber ihre Container durch Verschließen oder Umzäunen. Zudem würden „Containerer“ unter diesen Voraussetzungen vermutlich bereits jetzt straffrei bleiben, da fehlende Sicherheitsvorkehrungen ein ausschlaggebendes Argument für die Annahme einer Dereliktion sind.

Darüber hinaus wird durch den Vorschlag nicht das grundlegende Problem der Lebensmittelverschwendung angegangen. Supermärkte können weiterhin verwertbare Lebensmittel entsorgen, indem sie ihre Container abschließen. Personen, die sich gegen diese Praxis einsetzen wollen, hätten immer noch keine legale Möglichkeit, diese Lebensmittel zu retten. Die Annahme, dass nach einer sol-

chen Regelung alle Supermarktbetreiber ihre Container offenlassen, ist äußerst optimistisch und realitätsfern. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich das Verhalten derjenigen, die ihre Container bereits heute abschließen, nicht ändern wird.

Insgesamt bleibt der Vorschlag daher in seiner Reichweite begrenzt und bietet keine umfassende Lösung für das Problem der Lebensmittelverschwendung oder eine tatsächliche Entkriminalisierung des „Containerns“.

III. Verpflichtung zur Weitergabe an karitative Einrichtungen

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, Supermärkte gesetzlich zu verpflichten, überschüssige Lebensmittel an karitative Einrichtungen wie die Tafel zu spenden.⁹⁵ Diese Idee orientiert sich an der französischen Rechtslage. Im Jahr 2016 hat Frankreich ein Gesetz zum Kampf gegen die Lebensmittelverschwendung⁹⁶ verabschiedet, welches große Lebensmittelmärkte mit mehr als 400 Quadratmeter Verkaufsfläche zur Abgabe überschüssiger Lebensmittel verpflichtet. Bei Nichteinhaltung drohen den Supermärkten Geldbußen. Flankiert wird dies durch ein Verbot, Lebensmittel absichtlich ungenießbar zu machen. Darüber hinaus wurden bereits einige Jahre zuvor steuerliche Anreize zur Lebensmittelspende in Form einer Steuermäßigung von 60 % des Spendenbetrags geschaffen.

Eine solche Lösung würde Bedürftigen den Zugang zu Lebensmitteln erheblich erleichtern. Auch erscheint es mehr im Sinne eines Sozialstaats, nicht in einem Müllcontainer herumkramen zu müssen, sondern sich die Lebensmittel bei Tafeln abzuholen. Zudem könnte dieser Umgang auch dazu beitragen, das Bewusstsein für eine nachhaltige Lebensweise zu erhöhen. Dies sind insgesamt äußerst wünschenswerte Auswirkungen.

Obwohl eine gesetzliche Spendenpflicht das „Containern“ nicht entkriminalisieren würde, würde sie ihm im Gegensatz zu den zuvor erörterten Vorschlägen die Grundlage entziehen.

93 Vgl. Bundesministerium der Justiz, Pressemitteilung Nr. 74/2023 vom 10. Januar 2023.

94 So auch Tiedeken, VerfBlog, 2023/1/17.

95 BT Drs. 20/6413; 20/10300, S. 28 f.; *Hoven*, NJW 2020, 2955 (2956); *Rennicke*, ZIS 2020, 343 (348); *Schiemann*, KriPoZ 2019, 231 (237).

96 LOI n° 2016-138.

Wenn in Containern nur noch unverzehrbare Lebensmittel verbleiben, kann davon ausgegangen werden, dass außer dem Entsorgungsunternehmen niemand mehr Interesse an ihnen haben wird. Dies würde dazu führen, dass die Praxis des „Containerns“ in ihrer bisherigen Form obsolet wird.

D. AUSBLICK

Das „Containern“ ist nach der geltenden Rechtslage strafbar. Es besteht jedoch kein erkennbares Bedürfnis, Menschen zu bestrafen, die aus moralischer und sozial wertvoller Gesinnung handeln. Daher sollte dringend von einer strafrechtlichen Sanktionierung und Verfolgung dieser Personen abgesehen werden. Ein vielversprechender Ansatz wäre die Orientierung am französischen Modell, das die Lebensmittelspende stärker reguliert und Anreize schafft.

Die Europäische Kommission empfiehlt, den Zustand der gespendeten Waren zum Zeitpunkt der Spende als Grundlage zur Berechnung der Mehrwertsteuer heranzuziehen. Wenn Lebensmittel keinen oder nur geringen Wert haben, etwa weil die Spende kurz vor Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums erfolgt, könnte die Mehrwertsteuer sogar auf null gesetzt werden.⁹⁷ Eine solche Regelung könnte einen starken Anreiz für Supermärkte schaffen und deren Spendenbereitschaft erheblich steigern.

Auf nationaler Ebene verfügt der Bund gemäß Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 20 GG über die Kompetenz, entsprechende haftungsrechtliche Regelungen zu schaffen. Auf europäischer Ebene regelt Art. 17 der Lebensmittel-Basisverordnung die Haftung von Lebensmittelunternehmen. Es ist den Mitgliedstaaten untersagt, nationale Bestimmungen zu erlassen, welche die Haftung ausschließen. Der Umfang der strafrechtlichen oder zivilrechtlichen Haftung sowie Tatsachen und Ursachen, die zu einer Haftung führen, bleiben jedoch Sache der einzelnen Staaten.⁹⁸ Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber Haftungserleichterungen für Supermärkte einführen könnte, die ihre Lebensmittel spenden. Dies würde die Bereit-

schaft zur Spende überschüssiger Lebensmittel, erheblich erhöhen.⁹⁹

Auch könnten bereits bestehende Food-Sharing Organisationen mit einbezogen werden, um die Verteilung der Lebensmittel nicht nur auf Tafeln zu beschränken. Durch Organisationen wie die „Too good to go GmbH“, werden bereits heute überschüssige Lebensmittel gegen einen geringen Betrag seitens einiger Supermärkte, Bäcker oder Restaurants zur Abholung bereitgestellt.

Die Lösung zur Reduzierung der Lebensmittelverschwendung sollte nicht darin bestehen, Menschen in die Lage zu versetzen, in Müllcontainern nach verwertbaren Lebensmitteln suchen zu müssen. Vielmehr sollte das zugrunde liegende Problem angegangen werden: Supermärkte sollten erst gar keine verzehrbaren Lebensmittel in den Müll werfen. Die gesetzliche Umsetzung einer solchen Regelung bleibt weiterhin eine zentrale Aufgabe für den Gesetzgeber.

⁹⁷ Antwort der Kommission auf eine Parlamentsfrage, E-009571/2014.

⁹⁸ Vgl. EU-Leitlinien für Lebensmittelspenden, 2017/C 361/01, S. 11.

⁹⁹ In diese Richtung zielt auch der Antrag der Fraktion CDU/CSU vom 18.04.2023, BT Drs. 20/6407.

Übungsfall:

Traum vom Eigenheim

Jonas Bröder*

Die Aufgabe wurde im Rahmen der Großen Übung für Strafrecht im Sommersemester 2021 als Hausarbeit an der Universität Potsdam gestellt (Bearbeitungsumfang 25 Seiten). Der erzielte Notendurchschnitt lag bei 5,38 Punkten, die beste Bewertung bei 13 Punkten, die Nichtbestehensquote bei 34,31%. Die Prüfung ist anspruchsvoll und erfordert die sorgfältige Berücksichtigung der (vorgegebenen) zivilrechtlichen Lage. Zentrale Probleme der Bearbeitung sind die Beurteilung der Identitätstäuschung, Prüfung einer Zurechnung nach § 25 II StGB, Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Zueignung und Bewertung eines „Retterfalls“. Gegenstand der Prüfung sind Urkunden-delikte, Betrug, Diebstahl und Brandstiftungsdelikte.

SACHVERHALT:

Käufer K vereinbarte mit der Verkäuferin V, deren Villa für 1.000.000,- € zu kaufen, was dem Wert entsprach. Beide verabredeten allerdings, bei der notariellen Beurkundung des Kaufvertrags als Kaufpreis 500.000,- € anzugeben, damit K (neben einem Teil der Grunderwerbsteuer) auch die Hälfte der eigentlich anfallenden Notarkosten (1.500,- € von 3.000,- €) einsparte. K und V wollten sich die Notarkosten teilen und somit jeder 750,- € einsparen.

Zur notariellen Beurkundung des Kaufvertrages und Auflassung erschien K nicht selbst (er war verhindert), sondern schickte seinen ihm aufs Haar gleichenden Zwillingsbruder B, der sich mithilfe des Personalausweises des K für diesen ausgab. Weder Notar N noch V ahnten hiervon etwas. B wusste um die Abweichung zwischen dem vereinbarten und dem – dann plangemäß – beurkundeten Kaufpreis. Die später von N per Rechnung geltend gemachten Notarkosten (1.500,- €) bezahlte K umgehend. Wie vereinbart überwies V sodann 750,- € an K. K wurde als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen, überwies 500.000,- € an V und zog in die Villa ein. Als V die weiteren 500.000,- € von ihm forderte, verweigerte K,

wie von Anfang an geplant, die Zahlung. Zur gerichtlichen Geltendmachung der Restsumme konnte sich V – das hatte K vorhergesehen – nicht entschließen.

Erbost beschloss V stattdessen, sich das Geld auf andere Weise von K zu beschaffen (wobei es ihr gleichgültig war, ob dies rechtlich zulässig war): Als K einmal verreist war, betrat sie mittels eines Zweitschlüssels, den sie heimlich behalten hatte, die Villa und ging direkt ins Arbeitszimmer. Dort befand sich, wie sie wusste, ein Geheimfach in der Wand, und V hoffte, dass K hier eine sehr große Summe Bargeld aufbewahrte. Zu ihrer Enttäuschung lagen im Geheimfach aber nur 10.000,- €, die sie einsteckte.

Zorn erfüllt beschloss V nun, die Villa niederzubrennen. Sie zündete die Vorhänge im Wohnzimmer an und verließ die Villa. Die Flammen sprangen auf den nicht festverlegten Stoffteppich und den auf diesem Teppich stehenden Holzschrank über. Als die rasch von einem Nachbarn herbeigerufene Feuerwehr den Brand gelöscht hatte, waren nur die Vorhänge, der Teppich und der Schrank verbrannt. Aber das Wohnzimmer und der gesamte Flurbereich waren so verrußt, dass sie erst nach mehrwöchiger kostenintensiver Renovierung wieder bewohnbar wurden. Beim Feuerwehr-

einsatz ereignete sich noch Folgendes: Um Personen, die sich womöglich noch im Haus befanden, zu retten, stürmte Feuerwehrmann F ohne Sauerstoffmaske in die Villa und erlitt eine tödliche Rauchgasvergiftung.

Prüfen Sie die Strafbarkeit von K, V und B nach dem Strafgesetzbuch.

Bearbeitungsvermerk:

Gehen Sie von folgenden zivilrechtlichen Fakten aus:

1. Die Willenserklärungen zu dem beurkundeten Kaufvertrag (Kaufpreis: 500.000,- €) gaben B und V nur zum Schein ab; die Erklärungen waren daher (unheilbar) nichtig gemäß § 117 Abs. 1 BGB.

2. Den von K und V eigentlich gewollten Vertrag (Kaufpreis: 1.000.000,- €) schlossen sie nur mündlich, also ohne Einhaltung des Formerfordernisses nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB mit der Folge der Nichtigkeit gemäß § 125 BGB. Diesen Formmangel heilten aber gemäß § 311b Abs. 1 S. 2 BGB Auffassung und Eintragung des K ins Grundbuch.

3. K wurde mit Eintragung ins Grundbuch gemäß §§ 873, 925 BGB Eigentümer am Villengrundstück.

LÖSUNG:

A. TATKOMPLEX 1: DIE ERSTE MÜNDLICHE ABREDE ZWISCHEN K UND V

I. Strafbarkeit des K nach §§ 263 I, III 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB

K könnte sich, indem er zusagte der V die Villa für 1.000.000.- € abzukaufen gem. §§ 263 I, III 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung über Tatsache

K müsste über Tatsachen getäuscht haben. Täuschen ist das bewusst irreführende Einwirkungen auf das Vorstellungsbild eines Menschen zur Hervorrufung oder Unterhaltung eines Irrtums.¹ Tatsachen sind Vorgänge der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind.² K täuschte darüber, 1.000.000.- € und nicht nur 500.000.- € an V zahlen zu wollen, mithin über eine innere Tatsache.

b) Kausaler zurechenbarer Irrtum

Aufgrund der Täuschung müsste V einen kausalen und zurechenbaren Irrtum erlitten haben. Ein Irrtum ist die Abweichung des Vorstellungsbilds vom tatsächlichen Geschehensablauf.³ Vorliegend ging V davon aus, dass K aufgrund seiner Zusage bereit wäre 1.000.000.- € zu zahlen, tatsächlich wollte er nur 500.000.- € zahlen. Mithin erlitt V aufgrund der Täuschung einen Irrtum

c) Kausale Vermögensverfügung

Wegen des erlittenen Irrtums müsste V eine Vermögensverfügung vorgenommen haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, dass sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.⁴ Als solche kommt zunächst die Willenserklärung der V zum Abschluss des notariell beurkundeten Kaufvertrags (Kaufpreis 500.000.- €) in Be-

tracht. Allerdings war diese gem. § 117 I BGB unheilbar nichtig, stellt mithin keine Vermögensverfügung dar. Die vor dem Notar abgegebene Willenserklärung der V bezüglich der Auflassung (dinglichen Einigung) nach §§ 873, 925 BGB sowie die Beauftragung des Notars, den K als Eigentümer der Villa im Grundbuch einzutragen dagegen, ist ein Tun, das unmittelbar vermögensmindernd wirkt, mithin eine Vermögensverfügung.

d) Kausaler Vermögensschaden

Kausal beruhend auf der Vermögensverfügung müsste V einen Vermögensschaden erlitten haben. Ein Vermögensschaden ist jede unmittelbare Vermögensminderung.⁵ Der Vermögensschaden berechnet sich im Wege der Gesamtsaldierung.⁶ Kausale Folge der Vermögensverfügungen der V war, dass K das Eigentum an der Villa (Wert: 1.000.000.- €) erlangte, V dies also verlor. Fraglich ist, ob V eine gleichwertige Kompensation (gemäß der Saldotheorie) erlangt hat. V hatte Anspruch aus Kaufvertrag, nämlich dem formlos mündlich geschlossenen Kaufvertrag (Kaufpreis: 1.000.000.- €), der zwar zunächst unwirksam wegen Formmangel war (§§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB, § 125 BGB), aber durch die Heilung des Formmangels (nämlich dingliche Einigung und Eintragung des K als Grundstückseigentümer) geheilt wurde gemäß § 311b Abs. 1 S. 2 BGB. Dieser nominelle Betrag (1.000.000.- €) entsprach dem Wert der Villa, was auf den ersten Blick auf eine volle Kompensation (also den Saldo Null) deutet. Allerdings war der Anspruch der V aus Kaufvertrag wirtschaftlich nur 500.000.- € wert, denn K war nicht bereit, mehr als 500.000.- € zu zahlen. Und darüber hinaus hatte V keine Möglichkeit zu beweisen, dass sie einen Anspruch auf Zahlung von 1.000.000.- € hatte. Denn der – für die Beweislage maßgebende – notarielle Kaufvertrag lautete auf 500.000.- €. Dass V mit K münd-

* *Dipl. -Jur. Jonas Bröder ist wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Herrn Prof. Dr. Georg Steinberg an der Universität Potsdam und hat die Aufgabe im Rahmen der Großen Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht konzipiert und in Absprache mit Herrn Prof. Dr. Georg Steinberg veröffentlicht.*

1 BGHSt 46, 196, (199); *Fischer*, StGB, 72. Aufl. 2025, § 263 Rn. 14.

2 BGHSt 19, 235, (238); *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski StGB*, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 12

3 BGHSt 24, 257, (260); *Hefendehl*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 334.

4 BGHSt 14, 170 f.; *Fischer* (Fn. 1), § 263 Rn. 71.

5 BGHSt 3, 102; 34, 201; *Perron*, in: *Schönke/Schröder StGB*, 30. Aufl. 2020, § 263 Rn 99.

6 BVerfGE 130, 48.

lich zuvor einen höheren Kaufpreis vereinbart hatte, konnte sie (die die Beweislast trug) mit keinem Mittel beweisen. Überdies hätte ein solches Argumentieren erfordert, dass sie selbst sich des Betrugs zu Lasten des Notars mit Blick auf die Notargebühren strafbar gemacht hätte

und übrigens, noch gewichtiger – das muss aber nicht erwähnt werden, da außerhalb des Pflichtstoffs – mit Blick auf die Grunderwerbsteuer der Steuerhinterziehung.

Mithin erlitt V wirtschaftlich einen Schaden in Höhe von 500.000.- €.

2. Subjektiver Tatbestand

K handelte vorsätzlich und in der Absicht rechtswidriger Bereicherung.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Besonders schwerer Fall: §§ 263 III S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB

Der Vermögensschaden der V (500.000.- €) liegt deutlich über der allgemein akzeptierten Grenze für das große Ausmaß (50.000 €)⁷. Anhaltspunkte für die Entkräftung der Indizwirkung des Regelbeispiels sind nicht ersichtlich, mithin verwirklichte K einen besonders schwereren Fall.

Mit Hinblick auf eine gelungene Schwerpunktsetzung sind unproblematische Punkte in der gegebenen Kürze festzustellen.

5. Ergebnis

K hat sich gem. §§ 263 I, III S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB strafbar gemacht

B. TATKOMPLEX 2: DER NOTARTERMIN

I. Strafbarkeit der V

1. Nach § 263 I zu Lasten des N

V könnte sich, indem sie einen Kaufpreis von 500.000.-€ angab und den Vertrag unterschrieb gem. § 263 I StGB zu Lasten des N strafbar gemacht haben.

§ 263 III S. 2 Nr. 1 Alt. 2 muss man nicht und sollte man allenfalls sehr kurz prüfen, da die Beteiligten jedenfalls nicht mehrere Taten begehen wollten.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Täuschung über Tatsachen

V täuschte über die tatsächlich vereinbarte Höhe des Kaufpreises, mithin eine Tatsache

bb) Kausaler zurechenbarer Irrtum

Aufgrund der Täuschung der V ging der N davon aus, dass V und K sich auf einen Kaufpreis von 500.000.- € geeinigt hätten, tatsächlich einigten sie sich allerdings auf einen Kaufpreis von 1.000.000.- €. Mithin erlitt N einen kausalen Irrtum

cc) Kausale Vermögensverfügung

Wegen der Annahme, dass die Kaufpreissumme nur 500.000.- € betrug, unterließ N es weitere 1.500.- € Gebühren in Rechnung zu stellen.

dd) Kausaler Vermögensschaden

Der Kaufvertrag kam mit einem Kaufpreis von 1.000.000.- € zustande. Demnach hatte N einen Anspruch in Höhe von 3000,- €. Wegen der Annahme, der Kaufpreis betrage 500.000.- €, wusste N nicht, dass er auf weitere 1500.- € einen Anspruch hatte und machte diese deshalb nicht geltend. Der Anspruch war daher für ihn wirtschaftlich wertlos. Mithin erlitt er einen kausalen Vermögensschaden in Höhe von 1500.- €.

Andere Ansicht allenfalls mit intensiver Begründung vertretbar. Die Nennung einer betreffenden Fundstelle (z.B.: BayObLGSt 1955, 132) reicht jedenfalls nicht aus. Man kann argumentieren, dass die Notargebühren vom beurkundeten, nicht vom tatsächlichen Preis abhängen; alternativ damit, dass die Parteien mutmaßlich keinen höheren Kaufpreis beurkundet hätten, sich der Verlust des Notars also als außerhalb des Schadens liegender entgangener Gewinn erweist.

Wer den Schaden verneint, hat zu prüfen, ob V einen (untauglichen) Versuch beging, der dann vom Wahndelikt abzugrenzen ist.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz

V handelte vorsätzlich.

bb) Absicht rechtswidriger Bereicherung

Sie müsste außerdem in der Absicht rechts-

⁷ BGHSt 48, 360; Duttge, in: Dölling/Duttge/Rössner StGB, 5. Aufl. 2022, § 263 Rn. 100.

widriger Bereicherung gehandelt haben.

(1) Bereicherungsabsicht

V beabsichtigte, dass N die Hälfte der ihm zustehenden Gebühren gegenüber K nicht geltend machte. Dadurch sollten K 750,- € Kosten sparen und V 750,- € erhalten, mithin beide einen Vermögensvorteil in jeweils dieser Höhe erlangen.

(2) Rechtswidrigkeit des erstrebten Vorteils

V hatte keinen einredefreien, fälligen Anspruch auf den erstrebten Vorteil, mithin war dieser rechtswidrig.

(3) Stoffgleichheit

Die Ersparnis des K folgte unmittelbar aus dem Schaden des N. V sollte 750,- € von K erhalten, nicht unmittelbar von N. Dieser Vorteil ergab sich jedoch gerade aus der Minderung der Forderung des N gegenüber K, mithin aus dem Vermögensschaden.

(4) Vorsatz bezüglich (b) und (c)

V handelte vorsätzlich bezüglich der Rechtswidrigkeit des angestrebten Vorteils und der Stoffgleichheit des angestrebten Vorteils und des Vermögensschadens.

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

V handelte rechtswidrig und schuldhaft.

d) Ergebnis

V hat sich gem. § 263 I StGB strafbar gemacht.

2. Nach § 267 I Var. 1 StGB

V könnte sich wegen derselben Handlung gem. § 267 I Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Urkunde

Der notarielle Kaufvertrag müsste eine Urkunde im Sinne des § 267 I StGB sein. Urkunden sind verkörperte Gedankenerklärungen, die den Aussteller erkennen lassen und zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt

sind.⁸ Der notarielle Kaufvertrag war eine verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis rechtlich erheblicher Tatsachen bestimmt war und ihren Aussteller erkennen ließ, mithin eine Urkunde

bb) Herstellen einer unechten Urkunde

Unecht ist eine Urkunde, wenn der vorgebliche und der tatsächliche Aussteller nicht identisch sind.⁹ V ist jedoch vorgebliche und tatsächliche Ausstellerin des Kaufvertrags. Mithin ist die Urkunde nicht unecht.

b) Ergebnis

V hat sich nicht gem. § 267 I Var. 1 StGB strafbar gemacht.

3. Nach § 271 I StGB

V könnte sich wegen derselben Handlung nach § 271 I StGB strafbar gemacht haben.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Öffentliche Urkunde

Der notarielle Kaufvertrag wurde von N als eine mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen (vgl. § 415 I ZPO), ist mithin eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 271 I StGB

bb) Inhaltliche Unrichtigkeit rechtlich erheblicher Tatsachen

Mit Angabe des zu niedrigen Kaufpreises ist die Urkunde inhaltlich unrichtig. Die Höhe des Kaufpreises ist eine rechtlich erhebliche Tatsache, da der Käufer gem. § 433 II BGB zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet ist.

cc) Erstreckung der besonderen Beweiskraft der Urkunde auf diese Tatsachen

N überprüfte als Beurkundender nicht die tatsächliche Höhe des Kaufpreises. Der Notar prüft die Identität der Anwesenden (vgl. § 10 I BeurkG) und beurkundet deren Erklärungen, ohne zu prüfen, ob die Angaben tatsächlich zutreffend sind. Die besondere Beweiskraft erstreckte sich also gerade nicht auf die inhaltliche Richtigkeit des Kaufpreises.

Man kann auch bereits die inhaltliche Unrichtigkeit verneinen mit dem Argument, dass die Urkunde lediglich die – zutreffende – Auskunft dazu gab, was die Parteien erklärten.

⁸ BGHSt 3, 85; 18, 66; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger StGB, 30. Aufl. 2023, § 267 Rn. 2.

⁹ Puppe/Schumann, in: Kindhäuser et al., StGB, 6. Aufl. 2023, § 267 Rn. 79.

b) Ergebnis

V hat sich nicht gem. § 271 I StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des B**1. Nach § 263 I zu Lasten des N**

B hat sich wegen der Angabe eines Kaufpreises von 500.000 € und Unterschreiben des Vertrags gem. § 263 I StGB strafbar gemacht.

Die Prüfung erfolgt parallel zu der Strafbarkeitsprüfung der V nach § 263 I StGB.

2. Nach § 267 I Var. 1 StGB

B könnte sich, indem er dein Personalausweis des K vorlegte und die Urkunde im Namen des K unterschrieb gem. § 267 I Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

a) Objektiver Tatbestand**aa) Urkunde**

Der notarielle Kaufvertrag ist eine Urkunde (s.o.).

bb) Herstellen einer unechten Urkunde

Vermeintlicher Aussteller war K, tatsächlicher B. Allerdings könnte vorliegend ein Fall zulässiger verdeckter Stellvertretung, also dem nicht erkennbaren Handeln unter fremdem Namen vorliegen. Dafür müsste der Namens-träger den Aussteller vertreten wollen, der Namens-träger sich vertreten lassen wollen und es dürfte sich nicht um ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft handeln. Vorliegend wollte B den K vertreten und K wollte sich seinerseits von B vertreten lassen. Außerdem handelt es sich bei dem notariell beurkundeten Kaufvertrag nicht um ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft. Mithin liegt ein zulässiger Fall der verdeckten Stellvertretung vor und die Urkunde ist nicht unecht.

b) Ergebnis

B hat sich nicht gem. § 267 I Var. 1 StGB strafbar gemacht.

3. Nach § 271 I StGB

B könnte sich wegen derselben Handlung nach § 271 I StGB strafbar gemacht haben.

a) Objektiver Tatbestand**aa) Öffentliche Urkunde**

Der notarielle Kaufvertrag ist eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 271 I StGB (s.o.).

bb) Inhaltliche Unrichtigkeit rechtlich erheblicher Tatsachen

Inhalt der Urkunde war, dass K erschienen sei. Allerdings war an seiner statt unerkannt der B anwesend. Mithin war die Urkunde unzutreffend. Die Identität der Urkundsbeteiligten ist dabei auch rechtserheblich.

cc) Erstreckung der besonderen Beweiskraft auf diese Tatsache

Gem. § 10 I BeurkG soll der Notar sich Gewissheit über die Person der Beteiligten verschaffen. N beurkundete, dass K anwesend gewesen sei und die Erklärungen abgab, tatsächlich war allerdings der B an seiner statt anwesend und gab die Erklärungen ab. Die besondere Beweiskraft der notariellen Urkunde bezieht sich gem. § 10 I BeurkG gerade auf die Identität der Beteiligten.

dd) Bewirken

Bewirken im Sinne des § 271 I StGB meint jedes Verursachen.¹⁰ Durch Vorlegen des Personalausweises und Behauptung er wäre der K, verursachte der B, dass die Tatsache inhaltlich falsch beurkundete, bewirkte mithin die falsche Beurkundung.

b) Subjektiver Tatbestand

B handelte vorsätzlich.

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

d) Ergebnis

B hat sich gem. § 271 I StGB strafbar gemacht.

4. Nach § 281 I Alt. 1 StGB

B hat sich wegen Vorlage des Personalausweises des K gem. § 281 I Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

§ 281 ist nicht Teil des Pflichtstoffs. Das Fehlen der Norm im Gutachten sowie kleine Fehler in der Prüfung dürfen nicht moniert werden. Negativ zu bewerten wäre lediglich eine umfangreiche Prüfung des evident erfüllten Tatbestands (falsche Schwerpunktsetzung).

¹⁰ BGHSt 12, 110; Fischer (Fn. 1), § 271 Rn. 15.

III. Strafbarkeit des K

1. Nach §§ 263 I, 25 II StGB

K könnte sich, indem er seinen Personalausweis übergab und den B aufforderte einen Kaufpreis von 500.000 € anzugeben und den Vertrag zu unterschreiben gem. §§ 263 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

Wer eine Strafbarkeit der V wegen versuchten Betrugs festgestellt hat, muss nun einen versuchten Betrug in Mittäterschaft prüfen.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Kausale Erfolgsherbeiführung durch B

K selbst hat den tatbestandlichen Erfolg nicht herbeigeführt, sondern der B (s.o.).

bb) Objektive Voraussetzungen der Zurechnung nach § 25 II

In Betracht kommt, dass der Tatbeitrag des B dem K gem. § 25 II StGB zuzurechnen ist. Dafür müssten K und B aufgrund eines gemeinsamen Tatplans gehandelt haben und die weiteren Voraussetzungen einer Zurechnung nach § 25 II StGB erfüllt sein.

(1) Gemeinsamer Tatplan

K und B handelten aufgrund eines gemeinsamen Tatplans.

(2) Weitere Voraussetzungen

Die weiteren Voraussetzungen einer Zurechnung nach § 25 II StGB sind umstritten. Nach der Ansicht des Bundesgerichtshofs sind im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung maßgebend das Erfolgsinteresse, die Tatherrschaft und der Tatherrschaftswille.¹¹ Vorliegend hatte K großes Interesse an der Erfolgsherbeiführung, da er die Hälfte der Notargebühren einsparen wollte. Außerdem hatte er durch die Instruierung des B und Überlassung des Ausweises als Basis alles Weiteren Tatherrschaft inne und handelte mit Tatherrschaftswillen. Nach dieser Ansicht ist ihm das Handeln des B mithin gem. § 25 II StGB zuzurechnen. Die in der Lehre herrschende Gegenansicht, die Tatherrschaftslehre, fordert dagegen Tatherrschaft des Beteiligten.¹² Wobei nach der engen Tatherrschaftslehre für

die Kreierung von Tatherrschaft ein Tatbeitrag im Ausführungsstadium notwendig sei.¹³ Vorliegend führte K keine Handlung im Ausführungsstadium der Tat aus, hatte nach der engen Tatherrschaftslehre mithin keine Tatherrschaft inne und das Handeln des B ist ihm nicht gem. § 25 II StGB zuzurechnen. Allerdings ist die Lehre zu eng, da sie arbeitsteiliges Handeln nicht adäquat erfasst. Nach der weiten Tatherrschaftslehre hingegen sei ein wesentlicher Beitrag im Vorbereitungsstadium ausreichend für eine Tatherrschaft des Beteiligten.¹⁴ Die Instruierung des B und Überlassung des Ausweises sind wesentliche Beiträge im Vorbereitungsstadium, die maßgeblich für das weitere Geschehen waren. Mithin handelte K nach dieser Ansicht mittäterschaftlich. Die enge Tatherrschaftslehre ist abzulehnen, da nach ihr derjenige nicht bestraft werden kann (z.B. der Bandenchef), der die Tat im Vorfeld plant und durch seinen Tatplan lenkt, im Ausführungsstadium allerdings keinen Tatbeitrag mehr leistet, was nicht das Unrecht der Tat widerspiegeln würde.

Das kann man ebenso gut auch anders sehen.

b) Subjektiver Tatbestand

K handelte vorsätzlich bezüglich der Tatbestandserfüllung und der Zurechnung nach § 25 II StGB.

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte rechtswidrig und schuldhaft.

d) Ergebnis

K hat sich gem. §§ 263 I, 25 II StGB strafbar gemacht

2. Nach §§ 271 I, 25 II StGB

K hat sich wegen derselben Handlung ebenfalls gem. §§ 271 I, 25 II StGB strafbar gemacht.

Die Prüfung kann mit Verweis auf vorherige Subsumtionen kurzgehalten werden.

3. Nach § 281 I Alt. 2 StGB

B hat sich wegen der Übergabe des Personal-

¹¹ BGHSt 28, 346, (348 f.); 37, 289, 291.

¹² Roxin, Täterschaft und Teilnahme, 11. Aufl. 2022, S. 60.

¹³ Gimbernat, ZStW 80 (1968), 915, (933); Herzberg, ZStW 99, 53.

¹⁴ Bloy, GA 96, 425; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 188.

ausweises an den B gem. § 281 I Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

Wiederum musste diese Norm nicht geprüft werden.

C. TATKOMPLEX 3: STRAFBARKEIT DER V WEGEN DER GESCHEHNISSE IN DER VILLA

I. Nach §§ 242 I, 244 IV StGB

V könnte sich, indem sie die Geldscheine einsteckte gem. §§ 242 I, 244 IV StGB strafbar gemacht haben.

1. Grundtatbestand

Zunächst müsste der Grundtatbestand des § 242 I StGB erfüllt sein.

a) Objektiver Tatbestand

V müsste eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben.

aa) Fremde, bewegliche Sache(n)

Sachen sind körperliche Gegenstände.¹⁵ Beweglich sind sie, wenn sie fortgeschafft werden können.¹⁶ Fremd ist eine Sache für den Täter, wenn sie jedenfalls auch im Eigentum eines anderen steht.¹⁷ Die Geldscheine sind körperliche Gegenstände, die fortgeschafft werden konnten und im Alleineigentum des K standen, mithin fremde bewegliche Sachen.

bb) Wegnahme

Diese müsste V weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendig eigenen Gewahrsams.¹⁸ Ob V mit Einstecken des Geldes in der Villa eine Gewahrsamsklave begründete, kann dahinstehen, denn jedenfalls mit Verlassen der Villa begründete sie eigenen Gewahrsam, vollendete somit spätestens dann die Wegnahme

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz

V handelte vorsätzlich.

bb) Absicht rechtswidriger Zueignung

V müsste außerdem in der Absicht rechtswidriger Aneignung gehandelt haben.

(1) Absicht der zumindest zeitweiligen Aneignung

V wollte das Bargeld in Besitz nehmen, um wie ein Eigentümer darüber zu verfügen, es sich also vorübergehend aneignen.

(2) Eventualvorsatz bezüglich dauerhafter Enteignung

Dem K wollte die V die Verfügungsmöglichkeit über das Bargeld dauerhaft entziehen, ihn mithin dauerhaft aus seiner Eigentümerstellung verdrängen.

c) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

Die beabsichtigte Zueignung müsste rechtswidrig sein. V dürfte demnach keinen fälligen einredefreien Anspruch auf Übereignung des Bargeldes haben. Ein solcher bestand allerdings aus § 433 II BGB bezogen auf die noch nicht gezahlten (restlichen) 500.000.- € vom Kaufpreis. V war demnach Gläubigerin einer Geldschuld in dieser Höhe.

Vertreten wird (Wertsumentheorie),¹⁹ dass hier die Zueignung nicht rechtswidrig ist. Es gebe kein Geld von mittlerer Art und Güte, weswegen Geld keine Gattungsschuld (§ 243 BGB) sei und auch nicht als solche zu behandeln sei.²⁰ Dem ist aber nicht zu folgen. Zwar ist die Geldschuld in der Tat keine Gattungsschuld, sondern eine Wertverschaffungsschuld; hinsichtlich einer solchen hat aber der Schuldner das Aussonderungsrecht (also das Recht zu entscheiden, woher und welches Geld er nimmt). Dieses Aussonderungsrecht wird in betreffenden Fällen verletzt, weswegen die Zueignung rechtswidrig ist.

Die Gegenauffassung ist vertretbar. Dann entfällt die Rechtswidrigkeit der Zueignung. Dass V diese Rechtswidrigkeit für möglich hielt, ist dann nur ein Wahndelikt (kein untauglicher Versuch), was im Gutachten nicht thematisiert werden muss. Wer diesen Weg geht, hat § 244 IV nicht zu erörtern (wo auch keine wesentlichen Probleme bestehen). Das einzige interessante Problem, das dieser Lösungsweg abschneidet, ist die Konkurrenzfrage (§ 244 IV StGB zu § 123 StGB); es ist aber unzuläs-

¹⁵ Fischer (Fn. 1), § 242 Rn. 3; Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 25.

¹⁶ RGSt 23, 24; Bosch (Fn. 5), § 242 Rn. 11.

¹⁷ BGHSt 6, 377; Fischer (Fn. 1), § 242 Rn. 5.

¹⁸ RGSt 48, 58, 59; Schmitz (Fn. 15), § 242 Rn. 49.

¹⁹ OLG Celle, NJW 1974, 1833; Gribbohm, NJW 1968, 241.

²⁰ Gribbohm, a. a. O.

sig, ein solches „Abschneiden von Problemen“ bei der Bewertung der Begutachtung negativ einfließen zu lassen.

2. Qualifikationstatbestand § 244 IV StGB

a) Objektiver Tatbestand

aa) Dauerhaft genutzte Privatwohnung

Die Villa, ist eine Räumlichkeit, die dauerhaft zu privaten Wohnzwecken (von K) genutzt wurde und mithin eine dauerhaft genutzte Privatwohnung im Sinne des § 244 IV StGB

Auch das Arbeitszimmer gehört evident zu dieser.

bb) Eindringen mit falschem Schlüssel

V könnte mit einem falschen Schlüssel eingedrungen sein. Ein Schlüssel ist falsch, wenn er nicht (mehr) vom Berechtigten (hier K) zum Öffnen des Raumes bestimmt ist. Das trifft auf den einbehaltenen Zweitschlüssel zu.

b) Subjektiver Tatbestand

V handelte vorsätzlich.

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

V handelte rechtswidrig und schuldhaft.

d) Ergebnis

V hat sich gem. §§ 242 I, 244 IV StGB strafbar gemacht.

II. Nach § 123 I Alt. 1 StGB

V hat sich wegen des Betretens der Villa gem. § 123 I Alt. 1 StGB strafbar gemacht

Fraglich ist allerdings, ob der verwirklichte Hausfriedensbruch konkurrenzrechtlich hinter § 244 IV StGB zurücktritt. Dafür spricht der deutlich untergeordnete Unrechtsgehalt und der Charakter als typische Begleitatt. Zwar gilt das womöglich nicht in allen Fällen (zum Beispiel nicht, wenn die jeweiligen Rechtsgutsinhaber nicht identisch sind); im vorliegenden Fall spricht aber nichts gegen das Zurücktreten des § 123 I Alt. 1 StGB.

Wegen (noch recht) aktueller betreffender BGH-Entscheidungen darf erwartet werden, dass dies – kurz – problematisiert wird.

III. Nach § 306 I Nr. 1 Alt. 1 StGB

V könnte sich, indem sie die Vorhänge anzündete gem. § 306 I Nr. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben.

a) Objektiver Tatbestand

Dafür müsste V zunächst ein fremdes Gebäude in Brand gesetzt haben oder durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben.

aa) Gebäude

Die Villa ist als umschlossener Raum, der dem Aufenthalt von Menschen dienen kann, mithin ein Gebäude im Sinne des § 306 I Nr. 1 StGB.

bb) Fremd

Die Villa stand im Alleineigentum des K, war mithin für V fremd

cc) In Brand setzen

V müsste die Villa in Brand gesetzt haben. Eine Sache ist in Brand gesetzt, wenn sie selbstständig (ohne Fortwirkung des Zündstoffs) brennt.²¹ Bei Gebäuden müssen wesentliche Bestandteile brennen, also solche Bestandteile, die nicht jederzeit entfernt werden könnten, ohne dass dies das Gebäude beeinträchtigt.²² Die Vorhänge, der nicht verlegte Teppich und der nicht eingebaute Schrank könnten jederzeit wieder entfernt werden, ohne dass das Gebäude beeinträchtigt werden würde, waren mithin nicht wesentlich. Folglich hat V das Gebäude nicht in Brand gesetzt.

dd) Durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstören

V könnte das Gebäude allerdings durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben.

(1) Brandlegung

Die Tatvariante des Brandlegens erfasst Beschädigungen, die nicht durch die helle Flamme entstehen.²³ Vorliegend kam es zu schweren Verruungen, mithin Beschädigungen, die nicht durch die helle Flamme entstanden sind.

(2) Teilweises Zerstören

Teilweises Zerstören erfordert eine mit Blick auf den bestimmungsgemäßen Gebrauch wesentliche Beschädigung.²⁴ Wohnzimmer und Flurbereich, also die Villa als Ganzes, war

21 BGHSt 7, 38; 18, 365; Fischer (Fn. 1), § 306 Rn. 14.

22 BGHSt 18, 365; 48, 18; Heine/Bosch (Fn. 5), § 306 Rn. 13.

23 Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 306 Rn. 54.

24 BGH, NStZ 2001, 252; Wrage, JR 2000, 360, (363).

infolge der Verrußung für mehrere Wochen nicht bewohnbar. Der Wohnzweck ist der bestimmungsgemäße Gebrauch der Villa und der Ausfall für mehrere Wochen ist dabei auch nicht unerheblich. Mithin hat V die Villa durch Brandlegung teilweise zerstört.

b) Subjektiver Tatbestand

Dass V das Gebäude in Brand setzen und nicht durch Verrußung unbewohnbar machen wollte, war kein Irrtum nach § 16 I S. 1 StGB, sondern ein Irrtum über eine (gesetzlich normierte) unwesentliche Abweichung vom Kausalverlauf, führt mithin nicht zum Entfall des Vorsatzes. Mithin handelte V vorsätzlich.

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

V handelte rechtswidrig und schuldhaft.

d) Ergebnis

V hat sich gem. § 306 I Nr. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

IV. Nach § 306a I Nr. 1 Var. 1

V könnte sich wegen derselben Handlung gem. § 306a I Nr. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

a) Objektiver Tatbestand

V müsste zunächst den objektiven Tatbestand erfüllt, also ein Gebäude, das der Wohnung von Menschen dient, durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben. Die Villa ist ein Gebäude (s.o.) und sie diente außerdem dem K als Wohnung, ist mithin taugliches Tatobjekt des § 306a I Nr. 1 Var. 1 StGB.

b) Subjektiver Tatbestand

V handelte vorsätzlich.

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

V handelte rechtswidrig und schuldhaft.

d) Ergebnis

V hat sich gem. § 306a I Nr. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

V. Nach § 306a II StGB

V könnte sich wegen derselben Handlung gem. § 306a II StGB strafbar gemacht haben.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Gebäude, § 306 I Nr. 1 Alt. 1 StGB

Die Villa ist ein Gebäude im Sinne des § 306 I Nr. 1 Alt. 1 StGB (s.o.).

bb) Durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstören

V hat die Villa durch Brandlegung teilweise zerstört (s.o.).

cc) Gefahr einer Gesundheitsschädigung

Vorliegend erlitt der F eine Rauchgasvergiftung, die eine krankhafte Abweichung des körperlichen Normalzustands, mithin eine Gesundheitsschädigung darstellt. Logisch zwingend kam es vor Eintreten des Verletzungserfolgs (jedenfalls für eine juristische Sekunde) zu einer konkreten Gefahr einer Gesundheitsschädigung des F.

dd) Kausalität

Hätte V nicht das Gebäude durch Brandlegung teilweise zerstört, wäre der F nicht in die Gefahr einer Gesundheitsschädigung gekommen. Die Handlung der V war mithin kausal.

ee) Objektive Zurechenbarkeit

Fraglich ist, ob die Gefahr der Gesundheitsschädigung des F der V objektiv zurechenbar ist. Der Erfolg ist objektiv zurechenbar, wenn der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im tatbestandstypischen Erfolg realisiert hat.²⁵ In Betracht kommt eine zurechnungsunterbrechende, freiverantwortliche Selbstgefährdung. F hatte als Feuerwehrmann eine berufliche Rettungspflicht, war insofern also handlungspflichtig und nicht frei. Aber diese Pflicht umfasste kein Handeln ohne eigene Sicherung (Helm und Sauerstoffmaske). Im Gegenteil lag hierin ein grober Verstoß gegen die Sicherheitsvorschriften (grobe Fahrlässigkeit). Allenfalls wenn Private Handeln oder Opfer in persönlichem Näheverhältnis stehen, ist die Zurechnung des auf grober Fahrlässigkeit des Helfers beruhenden Verletzungserfolgs diskutabel, nicht aber bei einem professionellen Helfer ohne persönliche Nähebeziehung zu potenziellen Opfern. Mithin stellt das Handeln des F eine Zurechnungsunterbrechung dar und der Erfolg ist der V nicht zurechenbar.

b) Ergebnis

V hat sich nicht gem. § 306a II StGB strafbar gemacht.

²⁵ Greco, JuS 2023, 993, (1001); Seher, Jura 2001, 814.

Die andere Ansicht ist in dieser Situation allenfalls mit sehr guter Argumentation noch vertretbar.

Aus der Verneinung der objektiven Zurechenbarkeit der Gesundheitsschädigung des F zulasten der V folgt zwingend, dass für den V auch die Todesgefahr und der Tod des F nicht zurechenbar sind. Daher müssen § 306b II Nr. 1, § 306c und § 222 nicht geprüft werden. Es ist aber nicht falsch, sie anzusprechen und mit Verweis auf die fehlende Zurechenbarkeit das negative Ergebnis kurz zu begründen.

VI. Nach § 305 I Var. 1 StGB

Der wegen derselben Handlung eventuell mitverwirklichte § 305 I Var. 1 StGB tritt jedenfalls hinter § 306 I Alt. 1 StGB zurück.

Die Prüfung ist entbehrlich.

VII. Nach § 303 I StGB (an den Vorhängen, dem Teppich und dem Schrank)

V hat sich wegen derselben Handlung gem. § 303 I StGB strafbar gemacht.

Die Prüfung ist kurz zu halten.

D. KONKURRENZEN UND GESAMT-ERGEBNIS

Im ersten Tatkomplex ist V strafbar nach § 263 I StGB, im dritten Strafkomples nach §§ 242 I, 244 IV StGB; 306 I Nr. 1 Alt. 1 StGB; § 306a I Nr. 1 Var. 1 StGB; § 305 I Var. 1 StGB; § 303 I StGB. Die §§ 242 I, 244 IV StGB stehen zu den anderen handlungseinheitlichen begangenen Taten aus dem dritten Tatkomplex in Handlungsmehrheit. § 306 I StGB tritt nicht hinter § 306a I StGB zurück, da § 306 I StGB im Gegensatz zu § 306a I StGB das Eigentum schützt und andernfalls nicht zum Ausdruck käme, dass das Gebäude für V fremd war.

Andere Ansicht mit guter Argumentation vertretbar.

§ 303 I StGB bleibt neben § 306 I StGB bestehen, da hier andere Tatobjekte (das Mobiliar) verletzt wurden.

Der im ersten Tatkomplex verwirklichte Betrug steht zu den im dritten Tatkomplex verwirklichten Delikten in Handlungsmehrheit. Eine Gesetzeskonkurrenz ist nicht ersichtlich, mithin steht der Betrug zu den anderen Delikten in Tatmehrheit, § 53.

V ist somit strafbar nach

§ 263 I StGB;

§§ 242 I, 244 IV StGB;

§ 306 I Nr. 1 Alt. 1 StGB, § 306a I StGB, § 303 I StGB, § 52 StGB;

§ 53 StGB.

B ist strafbar nach § 271 I StGB.

K ist im ersten Tatkomplex strafbar nach §§ 263 I, 25 II StGB und §§ 271 I, 25 II StGB; beide Delikte wurden Tateinheitlich (§ 52 StGB) verwirklicht. Dazu kommt im zweiten Tatkomplex §§ 263 I, III 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB. Die Delikte der beiden Tatkomplexe stehen zueinander in Handlungsmehrheit und Tateinheitlichkeit, § 53 StGB.

*schwer -
punkt





Aufsatz:

Internationaler Entscheidungseinklang im Europäischen Kollisionsrecht

Lukas Raßloff*

A. EINLEITUNG UND BEGRIFFSKLÄRUNG

Durch die zunehmende Harmonisierung des Kollisionsrechts auf europäischer Ebene¹ schreitet der internationale Entscheidungseinklang weiter voran.² Dieser wurde bereits lange, bevor an kollisionsrechtliches Einheitsrecht zu denken war, als Ziel international-privatrechtlicher Fragestellungen verstanden.³ Heute wird der Entscheidungseinklang vielfach als eines der zentralen Anliegen im Bereich kollisionsrechtlicher Probleme angesehen,⁴ wobei dessen Bedeutung freilich umstritten ist.⁵

Internationaler Entscheidungseinklang meint die Unabhängigkeit gerichtlicher Entscheidungen davon, in welchem Staat das entscheidende Gericht belegen ist.⁶ Begrifflich zu unterscheiden ist insbesondere der *interne* Entscheidungseinklang, also die Widerspruchsfreiheit von Entscheidungen bezüglich desselben Rechtsverhältnisses innerhalb der

gleichen Rechtsordnung.⁷

Ziel der Darstellung ist es, den Stellenwert des internationalen Entscheidungseinklangs einzuordnen, indem zunächst abstrakt dessen Bedeutung untersucht und sodann ins Verhältnis zu anderen Prinzipien gesetzt wird, mit denen sich der internationale Entscheidungseinklang regelmäßig in einem Spannungsfeld befindet. Im Anschluss sollen die Methoden zur Erzielung internationalen Entscheidungseinklangs bewertet werden, wobei zu berücksichtigen sein wird, inwieweit sie die widerstreitenden Interessen verwirklichen oder vereiteln.

B. STELLENWERT DES INTERNATIONALEN ENTSCHEIDUNGSEINKLANGS

I. Bedeutung des internationalen Entscheidungseinklangs

Um untersuchen zu können, inwiefern die Erzielung internationalen Entscheidungseinklangs erstrebenswert ist, muss zunächst ermittelt werden, welche Vorteile abstrakt hinter dem Prinzip stehen.

* Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Universität Potsdam und hat den Schwerpunkt „Internationales Privatrecht“ absolviert. Der Aufsatz basiert auf einer im Sommersemester 2024 vorgelegten Probeseminararbeit (16P.) im SPB „Internationales Privatrecht“ bei Herrn Prof. Dr. Michael Sonnentag und stellt eine gekürzte Fassung dieser Arbeit dar.

1 Der europäische Gesetzgeber setzt dies insbesondere durch die innerhalb der letzten 15 Jahre in Kraft getretenen Verordnungen zur Verwirklichung eines europäischen Rechtsraumes um; vgl. jeweils Erwägungsgrund 1 der Rom I-VO, Rom II-VO, Rom III-VO, EuErbVO, EuGüVO, EuPartVO, EuUntVO.

2 *Nietner*, Internationaler Entscheidungseinklang im europäischen Kollisionsrecht, 2016, S. 9; *Gössl*, ZfRV 2011, 65 (70); vgl. *Sonnentag*, Der Renvoi im Internationalen Privatrecht, 2001, S. 133.

3 Erstmals beschrieb diese Idee *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Band 8, 1849, S. 26 f.; seiner grundlegenden Arbeit kommt noch heute eine überragende Bedeutung zu; dazu auch *Neuhaus*, RabelsZ 15 (1949/1950), 364 (372 f.); *Behrens*, in: FS Max-Planck-Institut, 2001, S. 381 (388 f.).

4 *Prinz von Sachsen Gessaphe*, in: BeckOGK, 2024, EGBGB Art. 4 Rn. 38 bezeichnet Entscheidungseinklang als „Ideal“; ähnlich *von Hein*, in: MüKoBGB, Band 12, 9. Aufl. 2024, EGBGB Art. 4 Rn. 25.

5 Siehe nur *Schack*, IPRax 2013, 315 (319); *Solomon*, in: FS Schurig, 2012, S. 237 (249 f.).

6 *Neuhaus*, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl. 1976, S. 49 f. auch zu synonym verwendeten Termini; ebenso *Braga*, RabelsZ 23 (1958), 421 (438); *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht), 1959, S. 6; *Nietner* (Fn. 2), S. 1. Bei Mehrrechtsordnungen kommt es innerhalb desselben Staates zudem auf die konkrete Rechtsordnung an, der das Gericht unterliegt.

7 Ausführlich *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, S. 141 f.; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, S. 226; vgl. *Schurig*, in: FS Kegel, 1987, S. 549 (588); *Sonnentag* (Fn. 2), S. 117.

1. Rechtssicherheit und die Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse

Ist internationaler Entscheidungseinklang erreicht, entstehen keine Situationen, in denen die Existenz von Rechtsverhältnissen von unterschiedlichen Rechtsordnungen verschiedentlich beurteilt wird. Solche hinkenden Rechtsverhältnisse⁸ führen neben Schwierigkeiten in der Praxis⁹ zu einer verminderten Rechtssicherheit für die Beteiligten, zu möglicherweise sehr ungünstigen Konsequenzen für die Betroffenen sowie einer geringeren Einzelfallgerechtigkeit und sind daher zu vermeiden.¹⁰ Dies gilt umso mehr, wenn das hinkende Rechtsverhältnis stark mit anderen Rechtsverhältnissen verbunden ist¹¹ oder – wie insbesondere eine Ehe – Quelle weiterer Rechtsverhältnisse ist.¹² Die Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse steht zudem im öffentlichen Interesse an der Sicherheit des Rechtsverkehrs.¹³

Auch abseits des Problems hinkender Rechtsverhältnisse ist die Rechtssicherheit ein wichtiger Aspekt. Durch Erzielung internationalen Entscheidungseinklangs wird Rechtssicherheit

erreicht – ist der Ausgang eines Rechtsstreits unabhängig vom Ort des angerufenen Gerichts, so sind die Rechtsfolgen, die an ein bestimmtes Verhalten geknüpft werden, beständig.¹⁴ Die Wichtigkeit der Rechtssicherheit wird deutlich, wenn man sich bewusst macht, dass ohne Rechtssicherheit die individuelle Planung der Lebensgestaltung anhand des Rechtssystems nicht möglich ist.¹⁵ Rechtssicherheit, die zwar national, nicht aber international besteht, etwa weil eine Rechtsfrage von den Staaten unterschiedlich beantwortet wird, kann zu einem Vertrauensverlust sowohl hinsichtlich der heimischen Rechtsordnung¹⁶ als auch grundsätzlich gegenüber ausländischen Rechtsordnungen führen; mit der – sowohl zur voranschreitenden Globalisierung, als auch zur Intention des europäischen Gesetzgebers diametral entgegengesetzten – Folge, dass Rechtsverhältnisse mit Auslandsberührung gemieden werden.¹⁷ Besonders dramatisch gestaltet sich dies in Fällen der Pflichtenkollision, wenn also ein Verbot in einem Staat zugleich eine Pflicht in einem anderen Staat darstellt.¹⁸ Dass es sich bei der Rechtssicherheit um ein enorm bedeutungsvolles

8 Wall, StAZ 2009, 261; vgl. schon *Endemann*, JW 1914, 113 ff.

9 *Mankowski*, in: FS Coester-Waltjen, 2015, S. 571 (580); *Grünberger*, in: Leible/Unberath, Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?, 2013, S. 81 (148 f.).

10 *Nietner* (Fn. 2), S. 37 f. deutet zudem zutreffend einen Vertrauensverlust in ein funktionierendes Gefüge von Rechtsordnungen als solches an; *Grasmann*, StAZ 1989, 126 f.; zum Schutz berechtigter Erwartungen der Parteien *von Hein* (Fn. 4), EGBGB Art. 3 Rn. 149; ungünstige Folgen im Kindschaftsrecht zeigen die Beispiele bei *Jayme*, in: FS Bosch, 1976, S. 459 f.

11 Beispielfhaft ist die gespaltene Gesellschaft, dazu *Beemelmans*, Die gespaltene Gesellschaft, 1963, S. 5 ff.; *Dorenberg*, Hinkende Rechtsverhältnisse im internationalen Familienrecht, 1968, S. 17.

12 Daher ist die Wichtigkeit der Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse – und damit auch die Erzielung internationalen Entscheidungseinklangs als solches – abhängig von der Art des Rechtsverhältnisses, eine solche Differenzierung nimmt *Sonntag* (Fn. 2), S. 265 f. vor; ähnlich *Nietner* (Fn. 2), S. 38; dies zeigt sich auch durch eine Betrachtung rechtsgebietsspezifischer Probleme, s. etwa im Namensrecht EuGH, *Garcia Avello*, Urt. v. 2.10.2003, Rs. C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539 Rn. 36; EuGH, *Grunkin und Paul*, Urt. v. 14.10.2008, Rs. C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559 Rn. 23; zudem *Kroll-Ludwigs*, in: BeckOGK, 2024, EGBGB Art. 48 Rn. 5 ff.

13 *Sonntag* (Fn. 2), S. 123; *Grasmann*, StAZ 1989, 126 f.; vgl. *Kegel/Schurig* (Fn. 7), S. 140.

14 So der Definitionsansatz der Rechtssicherheit von *Köbler*, Juristisches Wörterbuch für Studium und Ausbildung, 18. Aufl. 2022, S. 388; ausführlich, i.E. zustimmend, von *Arnauld*, Rechtssicherheit – perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts, 2006, S. 101 ff.; vgl. *Aschl*, Staats- und verfassungsrechtliches Lexikon, 6. Aufl. 1988, S. 463.

15 Deutlich *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit (A Theory of Justice, 1971), übersetzt von Hermann Vetter, revid. Fassung anlässlich der deutschen Ausgabe, Frankfurt am Main 1975, S. 266, der als Konsequenz fehlender Rechtssicherheit die begrenzte Freiheit des Menschen ausmacht; eingehend auch von *Arnauld* (Fn. 14), S. 109 ff.; *Köbler* (Fn. 14), S. 388; *Zippelius*, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, 1962, S. 210.

16 Trefflich wirft *Bernitt*, Die Anknüpfung von Vorfragen im europäischen Kollisionsrecht, 2010, S. 37 die Frage auf: „Warum sollten sie die Entscheidung eines Gerichts für richtig halten, wenn jenseits der Landesgrenzen anders entschieden wird?“, *Kropholler* (Fn. 7), S. 37.

17 *Nietner* (Fn. 2), S. 19 f.; vgl. *Bernitt* (Fn. 16), S. 37.

18 *Sonntag* (Fn. 2), S. 123; *Kropholler* (Fn. 7), S. 37; *Wolff*, Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl. 1954, S. 89; *Neuhaus* (Fn. 6), S. 163.

Interesse im Sinne eines zentralen Rechtsgrundsatzes handelt, bestätigt auf nationaler Ebene das Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG,¹⁹ sowie auf europäischer Ebene die ständige Rechtsprechung des EuGH, welcher der Rechtssicherheit durch generalklauselartige Beachtung eine übergeordnete Bedeutung beimisst.²⁰ Die enorme Wichtigkeit der Rechtssicherheit zementiert daher auch die Bedeutung des internationalen Entscheidungseinklangs.

2. Begrenzung von forum shopping

Ein weiteres Argument, das für einen hohen Stellenwert des internationalen Entscheidungseinklangs streitet, ist die Verhinderung von forum shopping.²¹ Regelmäßig bestehen für den Kläger bei gegebener Zuständigkeit mehrerer Gerichte verfahrens- und / oder materiellrechtliche Anreize, ein bestimmtes Forum gezielt auszuwählen.²² Gelangt jedoch jedes Gericht bezüglich desselben Sachverhalts zum identischen Ergebnis, ist die Wahl des Gerichtsorts ohne Einfluss auf den Ausgang des Rechtsstreits. Zwar ist forum shopping an sich nicht illegitim, sondern von der Rechtsordnung akzeptiert²³ und sogar anwalt-

liche Pflicht²⁴. Da forum shopping jedoch die Chancengleichheit der Parteien im Prozess zu Lasten des Beklagten verringert²⁵ und bereits die Aussicht auf ein für den potentiellen Beklagten ungünstiges Forum - da es für diesen einen Anreiz schafft, seinerseits an einem vermeintlich günstigen Gerichtsort zuerst Klage zu erheben - geeignet ist, einen Wettlauf um das Forum zu eröffnen, der aus Gründen der Prozessökonomie und Einzelfallgerechtigkeit zu vermeiden ist,²⁶ ist die Begrenzung des forum shopping begrüßenswert. Zudem erweitert sich der Vorteil der Ausnutzung des forum shopping für den Kläger bei Sachverhalten mit Auslandsberührung in materiellrechtlicher Hinsicht wesentlich, da die Gerichte unterschiedlicher Staaten verschiedenes Kollisionsrecht anwenden, was zur Anwendung verschiedenen Sachrechts führen kann.²⁷ Gerade in internationalen Fällen ist das forum shopping daher zu beschränken, was durch internationalen Entscheidungseinklang erreicht wird.

3. Gleichheit und Gerechtigkeit

Darüber hinaus dient internationaler Entscheidungseinklang auch der Gleichheit. Bereits

19 Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, 2024, GG Art. 20 VII Rn. 50 betont, dass Rechtssicherheit ein Element des Rechtsstaatsprinzips ist; Nietner (Fn. 2), S. 19.

20 Wegweisend EuGH, *De Geus en Uitdenbogaerd / Bosch u.a.*, Urt. v. 6.4.1962, Rs. C-13/61, ECLI:EU:C:1962:11; EuGH, *RSV / Kommission*, Urt. v. 24.11.1987, Rs. C-223/85, ECLI:EU:C:1987:502; Basedow, ZEuP 1996, 570 (577 ff.); von Arnould (Fn. 14), S. 497 spricht von je über 30 Urteilen nur in den Jahren 2001 und 2002, in denen der EuGH einen Verstoß gegen die Rechtssicherheit geprüft hat.

21 Gottwald, ZJP 95 (1982), 3 (6); vgl. Mäsch, RabelsZ 61 (1997), 285 (297).

22 Zu den zahlreichen Gründen Kropholler, in: FS Firsching, 1985, S. 165; Siehr, ZfRV 25 (1984), 124 (126 ff.); ausführlich Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht 8. Aufl. 2021, Rn. 275 ff.

23 Siehr, ZfRV 25 (1984), 124 (133 ff.); Flessner, Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, 1990, S. 132; Mäsch, RabelsZ 61 (1997), 285 (297).

24 Diese kann im Falle der Verletzung ggf. eine Schadensersatzpflicht begründen, Juenger, RabelsZ 46 (1982), 708 (713); Schack (Fn. 22), Rn. 274.

25 Kropholler (Fn. 22), S. 165 (166 ff.); von Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht: Band I, Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 5 Rn. 157; obwohl das Interesse des Klägers an einem für ihn günstigen Gerichtsort in Fällen mit Auslandsbezug aus legitimen Gründen (wie etwa der Ersparnis von Reisekosten und -zeit) erhöht ist, vgl. Geimer, in: Geimer/Schütze, 4. Aufl. 2020, EUGVVO Art. 5 Rn. 2, stellt sich diese Reduktion der Waffengleichheit der Parteien außerhalb der vom Gesetzgeber vorgesehenen Fälle (zB Art. 18 Abs. 1 EUGVVO) gerade nicht nur als gleichsam gerechter Ausgleich der Grundregel actor sequitur forum rei dar, sondern geht über einen solchen hinaus, vgl. Schulz, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht in einem gemeinsamen Markt, 2000, S. 188 ff.; anders Müller-Chen, Die internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Umweltbeeinträchtigungen, 1994, S. 84 ff.

26 Jegher, ZSR NF 118 (1999) I, 31 (33 f.) verwendet die passende Bezeichnung „forum running“; tiefgehend von Bar/Mankowski (Fn. 25), § 5 Rn. 142, 159, die in diesem Zusammenhang vor allem das Problem der Torpedoklagen hervorheben, womit die Erhebung einer negativen Feststellungsklage vor Gerichten mit typischerweise langer Verfahrensdauer gemeint ist, um der anderen Partei zuvorzukommen und deren Klage so zu torpedieren.

27 Schack (Fn. 22), Rn. 279; Kropholler (Fn. 22), S. 165 (169) beschreibt, dass dies insbesondere dem wirtschaftlich starken Kläger zugutekommt, worin ein weiterer Grund für die Begrenzung von forum shopping liege; zumal sich durch forum shopping regelmäßig ohnehin die Kosten des Rechtsstreits erhöhen, von Bar/Mankowski (Fn. 25), § 5 Rn. 158; vgl. Bernitt (Fn. 16), S. 38.

in *vergleichbaren* Fällen gebietet auf nationaler²⁸ wie europäischer²⁹ Ebene der allgemeine Gleichheitssatz³⁰ eine gleiche Behandlung, erst recht muss also *derselbe* Sachverhalt gleich behandelt werden.³¹ Schon in der Gleichbehandlung gleich gelagerter Fälle liegt als rechtsstaatliches Strukturprinzip ein beachtenswertes Ziel: Selbstbindung des Staates in der Form, dass vom Staat konkret getroffene Wertentscheidungen von diesem umfassend berücksichtigt werden, sichert die Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung sowie die Freiheit von Willkür;³² die Verletzung des Gleichheitssatzes erschüttert das Vertrauen in die Rechtsordnung.³³

Geht man überdies zutreffend davon aus, dass für jeden konkreten Rechtsstreit stets ein objektiv gerechtes³⁴ Ergebnis existiert³⁵ und wird zugleich ein Lebenssachverhalt von unterschiedlichen Rechtsordnungen verschiedenlich bewertet, so schlägt sich in dieser Miss-

achtung des Gleichheitssatzes zwangsläufig auch eine Verringerung der Einzelfallgerechtigkeit nieder – nämlich jedenfalls in der einen *oder* der anderen Rechtsordnung. Das erzielte Ausmaß an Gerechtigkeit nach Ausgang des Rechtsstreits ist somit davon abhängig, in welchem Staat über das Rechtsverhältnis entschieden wurde. Ein solches Gerechtigkeitsgefälle wird verhindert, wenn der Rechtsstreit in jedem Staat einheitlich beurteilt wird.³⁶

4. Durchsetzbarkeit gerichtlicher Entscheidungen

Nur wenn ein Urteil auch durchgesetzt werden kann, hat es einen tatsächlichen Nutzen für den Einzelnen.³⁷ Die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in einem anderen Staat ist jedoch aufgrund der staatlichen Souveränität grundsätzlich nicht gesichert.³⁸ Zwar gilt in weiten Teilen des europäischen Kollisionsrechts die Anerkennung kraft Gesetzes³⁹ (und mitunter auch die Voll-

28 Positiviert in Art. 3 Abs. 1 GG, siehe nur BVerfGE 6, 84 (91); *Bleckmann*, Die Struktur des allgemeinen Gleichheitssatzes, 1995, S. 22 ff.; vgl. *Sachs/Jasper*, JuS 2016, 769 ff.

29 Im Unionsrecht handelt es sich um einen ungeschriebenen Rechtsgrundsatz, s. nur EuGH, *Ruckdeschel u.a. / Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, UrT. v. 19.10.1977, Rs. C-117/76, ECLI:EU:C:1977:160 Rn. 7; EuGH, *Deutschland / Rat*, UrT. v. 10.3.1998, Rs. C-122/95, ECLI:EU:C:1998:94 Rn. 62; *Wollenschläger*, in: Huber/Voßkuhle, Band 1, 8. Aufl. 2024, GG Art. 3 Rn. 20; *Tomuschat*, ZaöRV 68 (2008), 327 (335).

30 Demzufolge ist wesentlich Gleiches gleich, wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, BVerfGE 137, 1 (20); BVerfGE 138, 136 (180); *Sachs/Jasper*, JuS 2016, 769.

31 *Kropholler* (Fn. 7), S. 37; *Nietner* (Fn. 2), S. 21; *Neuhaus* (Fn. 6), S. 50.

32 *Bleckmann* (Fn. 28), S. 42; *Gusy*, NJW 1988, 2505 (2506 f.) begründet die Gleichberechtigung weiterhin aus Demokratie- und Freiheitsgründen; vgl. *Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl. 1959, S. 72 f.

33 *Nietner* (Fn. 2), S. 21; *Schurig*, RabelsZ 59 (1995), 229 (242); *Kropholler* (Fn. 7), S. 37.

34 Gerechtigkeit meint nicht nur die Übereinstimmung mit geltendem Recht, BVerfGE 23, 98; vgl. *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1993, S. 194; *Oswald*, NJW 2020, 3701 (3703) betont darüber hinaus, dass aufgrund diesbezüglicher Divergenzen zwar keine moralische Komponente einzubeziehen ist; so auch *Raff*, Kriterien für ein gutes Urteil, 2004, S. 51. Zu beachten ist jedoch der Charakter der Gerechtigkeit als ein „Sollenswert“, der ein dementsprechendes zusätzliches Element fordert, wengleich sich dieses nicht definieren lässt, *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S. 395; siehe auch *Leibholz* (Fn. 32), S. 57 f. Im Ausgangspunkt bietet die Vorstellung *Rawls*‘, wonach die Lösung eines Rechtsstreits gerecht sei, wenn man diese vernünftigerweise akzeptieren kann, wenn man am Streit beteiligt wäre, aber nicht wüsste, in welcher Rolle – Kläger, Beklagter, Richter, Gesetzgeber etc. – eine sinnvolle Orientierung, dazu *Schmidt*, RdA 2015, 260.

35 Vgl. *Henkel* (Fn. 34), S. 395, der im Folgenden detaillierte Ausführungen zum Streit anstellt, ob und in welchem Umfang der Gerechtigkeit überhaupt ein materieller Inhalt entnommen werden kann; vgl. auch *Bleckmann* (Fn. 28), S. 15 ff., 21, der das Ziel des Gerichtsverfahrens als einen gleichmäßigen Ausgleich der Vor- und Nachteile zwischen den Parteien beschreibt. Versteht man die Gerechtigkeit derart utilitaristisch, erscheint die Bejahung der Frage nach der Existenz eines objektiv gerechten Urteils als zwingender Schluss.

36 Darüber, ob dann auch das angesprochene objektiv gerechte Ergebnis erzielt wird, ist allein durch das Vorliegen von internationaler Entscheidungsharmonie freilich noch nichts gesagt.

37 *Bernitt* (Fn. 16), S. 39; *Lindenau*, Die Einführung des renvoi in das internationale Privatrecht Italiens, 2001, S. 39.

38 *Prütting*, in: Germelmann/Matthes/Prütting, 10. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 296; *Windolf/Zemrich*, JuS 2007, 803; *Mosgo/Belova*, WiRO 2018, 321.

39 Art. 36 Abs. 1 EUGVVO; Art. 33 Abs. 1 LugÜ; Art. 36 Abs. 1 EuGüVO; Art. 36 Abs. 1 EuPartVO; Art. 39 Abs. 1 EuErbVO; Art. 17 Abs. 1, 23 Abs. 1 EuUntVO; Art. 30 Abs. 1, 43 Abs. 1 Brüssel Iib-VO.

streckbarkeit ohne Vollstreckbarerklärung⁴⁰) sowie das Verbot der *révision au fond*,⁴¹ also der Nachprüfung in der Sache, sodass internationaler Entscheidungseinklang demnach keine Voraussetzung für die Durchsetzbarkeit gerichtlicher Entscheidungen darstellt. Trotzdem leuchtet es ein, dass die Durchsetzbarkeit gerichtlicher Entscheidungen bei Vorliegen von internationalem Entscheidungseinklang, etwa in nicht geregelten Bereichen des Unionsrechts oder im Verhältnis zu Drittstaaten, reibungsloser verläuft – ein Staat wird ein ausländisches Urteil eher anerkennen, wenn dessen eigene Gerichte in der Sache identisch entschieden hätten.⁴² Internationaler Entscheidungseinklang steht also auch aus diesem Grund im Interesse des Einzelnen an der Durchsetzbarkeit der konkreten Entscheidung und im öffentlichen Interesse an der Vermeidung undurchsetzbarer Rechtslagen.⁴³

II. Internationaler Entscheidungseinklang im Spannungsfeld

Trotz der aufgezeigten, gewichtigen Interessen, die hinter dem Prinzip des internationalen Entscheidungseinklangs stehen, handelt es sich hierbei freilich nicht um das einzige Ziel des Internationalen Privatrechts. In Hinblick auf andere Zwecke des IPR muss untersucht werden, ob diese in einem Zielkonflikt mit dem Internationalen Entscheidungsein-

klang stehen⁴⁴ – in diesem Fall müssten sie ihrer Wichtigkeit entsprechend in Ausgleich gebracht werden.⁴⁵

1. Interner Entscheidungseinklang

Das Interesse an internem Entscheidungseinklang tritt insbesondere in Fällen der *dépeçage* deutlich hervor, wenn also verschiedene Aspekte eines Sachverhalts nach unterschiedlichem Recht beurteilt werden.⁴⁶ Grundsätzlich sind nationale Rechtsordnungen in sich kohärent, aber nicht auf andere Rechtsordnungen abgestimmt – es entsteht durch eine solche Aufspaltung also die Gefahr unstimiger und inkonsistenter Ergebnisse, weil einzelne Fragen aus dem Kontext ihrer jeweiligen Rechtsordnung gerissen werden.⁴⁷

Wendet der Richter im Inland eine Kollisionsnorm ausländischen Rechts an, kann dies im Widerspruch zur inländischen Rechtsordnung stehen.⁴⁸ Wird etwa über eine Rechtsfrage in einem Inlandssachverhalt auf eine bestimmte Art entschieden, so kann sich dieselbe Frage in einem anderen Rechtsstreit mit Auslandsbezug in anderem Kontext stellen und anders beantwortet werden, weil beispielsweise eine ausländische Kollisionsnorm angewendet wurde, die an ein anderes Anknüpfungsmoment anknüpft. Das Bestehen desselben Rechtsverhältnisses wird dann innerhalb der gleichen Rechtsordnung unterschiedlich be-

40 Art. 39 EUGVVO; Art. 34, 45 Brüssel IIb-VO.

41 Art. 52 EUGVVO; Art. 36 LugÜ; Art. 40 EuGüVO; Art. 40 EuPartVO; Art. 41 EuErbVO; Art. 42 EuUntVO, Art. 71 Brüssel IIb-VO.

42 So auch *Lindenau* (Fn. 37), S. 39; *Bernitt* (Fn. 16), S. 40.

43 *Nietner* (Fn. 2), S. 23; *Schurig*, *RabelsZ* 59 (1995), 229 (242).

44 Insofern werden im Folgenden nur einige wichtige kollisionsrechtliche Interessen betrachtet. Zu beachten ist, dass es sehr relevante öffentliche (wie zB Eingriffsnormen) und, gerade durch die Materialisierung des Kollisionsrechts, materiellrechtliche Interessen wie etwa den Gedanken des *favor negotii* und Aspekte des Schwächerechenschutzes gibt, die mit dem Prinzip des internationalen Entscheidungseinklang in Widerspruch stehen, *Kühne*, in: FS *Schurig*, 2012, S. 129 (138 ff.); *Weller*, *IPRax* 2011, 429 (434 f.); *Junker*, *IPRax* 1998, 65 (67).

45 Eine solche Abwägung muss im Einzelfall erfolgen, weil den widerstreitenden Interessen von Fall zu Fall eine unterschiedlich hohe Bedeutung zugeschrieben werden kann. Dies zeigt sich bereits am Prinzip des internationalen Entscheidungseinklangs selbst, der wie gezeigt in Statusverhältnissen eine größere Wichtigkeit beansprucht als in vermögensrechtlichen Verhältnissen. Die folgende Bewertung kann also eine grundsätzliche Weichenstellung vorgeben, von der aber je nach den Umständen des Einzelfalls teilweise abzuweichen ist. Dazu auch *Nietner* (Fn. 2), S. 30 f.; *Alexy*, in: FS *Sonnenschein*, 2003, S. 771 f.; vgl. *Sonnentag* (Fn. 2), S. 125.

46 *Von Hein* (Fn. 4), Einl. IPR Rn. 106; *Mansel*, in: FS *Canaris*, 2017, S. 739 (747 f.); *Aubart*, *Behandlung der dépeçage* im europäischen Internationalen Privatrecht, 2013, S. 5.

47 Prägnant *Kropholler* (Fn. 7), S. 131; *Niederer*, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, 1954, S. 208; beispielhaft sind die Fälle der Normenhäufung und des Normenmangels, *Kegel/Schurig* (Fn. 7), S. 141 f. machen daran das Interesse an innerem Entscheidungseinklang fest; anders gewendet stellt sich die Frage, bis zu welchem Grad eine solche Aufspaltung erfolgen kann, *Jayme*, in: FS *Kegel*, 1987, S. 253 (255).

48 *Sonnentag* (Fn. 2), S. 125; *Nietner* (Fn. 2), S. 31.

urteilt, es mangelt also am internen Entscheidungseinklang. Damit wird der Konflikt zwischen äußerem und innerem Entscheidungseinklang, regelmäßig also zwischen der Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse und der Lösung der „Probleme zuhause“;⁴⁹ offenbar. Relevant ist dieser besonders im Rahmen der Vorfragenproblematik.⁵⁰

Auf den ersten Blick scheint der interne Entscheidungseinklang schon deshalb den uneingeschränkten Vorrang zu beanspruchen, damit die eigene Rechtsordnung stringent bleibt. Für einen solchen prima-facie-Vorrang spricht durchaus der – jedenfalls: scheinbar – logische Widerspruch,⁵¹ dieselbe Rechtsfrage innerhalb der gleichen Rechtsordnung verschiedentlich zu beantworten.⁵² Dies führte zu enormer Rechtsunsicherheit und einem Vertrauensverlust gegenüber der heimischen Rechtsordnung.⁵³ Außerdem stellt sich die Erzielung internationalen Entscheidungseinklangs regel-

mäßig als Koordination verschiedener Rechtsordnungen dar, setzt aber jedenfalls die Auseinandersetzung mit diesen voraus und ist schon deswegen schwieriger zu erreichen als der interne Entscheidungseinklang.⁵⁴ Weiterhin ist es insbesondere wichtiger, ein gerechtes, als ein international weit verbreitetes Ergebnis zu erzielen.⁵⁵ All diese Erwägungen unterstreichen die herausragende Bedeutung des internen Entscheidungseinklangs, auch gegenüber dem internationalen Entscheidungseinklang. Dennoch darf nicht übersehen werden, dass ein Mangel an äußerem Entscheidungseinklang im Einzelfall ungünstigere Konsequenzen haben kann als ein Mangel an innerem, sodass das Interesse an äußerem Entscheidungseinklang auch überwiegen kann – dies gilt insbesondere im Statusrecht, wenn sich das Problem hinkender Rechtsverhältnisse stellt.⁵⁶ Daher ist kein uneingeschränkter, allerdings ein regelmäßiger Vorrang des internen gegenüber dem internationalen Entschei-

49 So, plakativ, von *Bar/Mankowski* (Fn. 25), § 7 Rn. 194.

50 Wenn sich also die Frage stellt, ob das IPR der vom Kollisionsrecht der *lex fori* berufenen ausländischen Rechtsordnung auch auf die Vorfrage anzuwenden ist, oder ob diese durch die Kollisionsnorm der *lex fori* selbst zu beantworten ist; *Hoffmeyer*, Das internationalprivatrechtliche Vorfragenproblem, 1957, S. 9; vgl. *Kropholler* (Fn. 7), S. 221 f.

51 Nur scheinbar ist der Widerspruch, weil sich die Beantwortung der Frage nach der Existenz eines Rechtsverhältnisses in einem bestimmten kollisionsrechtlichen Kontext A nicht auf die Beantwortung der gleichen Frage im Kontext B erstreckt, siehe *Neuhaus* (Fn. 6), S. 347 f. In der Tat ist es somit nicht aus *logischen* Gründen zwingend, dieselbe Rechtsfrage innerhalb der gleichen Rechtsordnung stets gleich zu beantworten. Dies hilft jedoch nicht über die rechtspolitischen Bedenken hinweg, die gleichwohl bestehen. Zu denken ist vor allem an den juristische Laien, dem erklärt werden soll, dass sein Heimatrecht ihn in einem Zusammenhang als verheiratet ansieht, in dem anderen hingegen nicht; vgl. dazu zutreffend *Schurig* (Fn. 7), S. 549 (578 f.), der das Argument der Gegenseite, die sich der rechtspolitischen Kritik durch Ausführungen lediglich zur inneren Logik zu entziehen versuchen, im Folgenden ad absurdum führt; vgl. auch von *Bar/Mankowski* (Fn. 25), § 7 Rn. 197.

52 *Junker*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2022, S. 161 bemerkt, dass „national hinkende“ Rechtsverhältnisse weitaus weniger erträglich sind als international hinkende; *Schurig* (Fn. 7), S. 549 (579); *Raape/Sturm*, Internationales Privatrecht, Band I, 6. Aufl. 1977, S. 290 sprechen von „juristischer Schizophrenie“.

53 *Junker* (Fn. 52), S. 161; so auch *Kegel/Schurig* (Fn. 7), S. 380.

54 *Von Bar/Mankowski* (Fn. 25), § 7 Rn. 194 führen überdies an, es handele sich beim internationalen Entscheidungseinklang um das formalere Ziel; *Schurig* (Fn. 7), S. 549 (574 f.) weist darauf hin, dass es aufgrund der gewaltigen Anzahl an Rechtsordnungen kaum möglich sein wird, mit allen in Einklang zu kommen.

55 *Kegel*, AcP 178 (1978), 118 (120); *Von Bar/Mankowski* (Fn. 25), § 7 Rn. 194. Andernfalls – schlossen sich im Extremfall also alle Rechtsordnungen dem an, was die Mehrheit der Rechtsordnungen verfolgt – käme es zu rechtlichem Stillstand. Dies führte bei sich verändernden Werte- und Gerechtigkeitsvorstellungen jedenfalls für die Zukunft zu einer suboptimalen Verwirklichung von Gerechtigkeit, ggf. auch schon für die Gegenwart, wenn nämlich die Mehrheit der Rechtsordnungen aktuell zu einem Ergebnis kommt, welches der Gerechtigkeit nicht am besten entspricht.

56 *Mörsdorf*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, 18. Aufl. 2023, EGBGB Art. 3 Rn. 47; vgl. *Sonntag* (Fn. 2), S. 125.

dungseinklang anzunehmen.⁵⁷

2. Rechtssicherheit: Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts

Zwar fördert, wie gezeigt,⁵⁸ der internationale Entscheidungseinklang grundsätzlich die Rechtssicherheit. Dennoch kann es Situationen geben, in denen äußerer Entscheidungseinklang im Konflikt mit der Rechtssicherheit steht.⁵⁹ Dies ist insbesondere bei der Beachtung ausländischen Kollisionsrechts der Fall, wichtigstes Anwendungsbeispiel ist der *renvoi*.⁶⁰ Das letztlich anzuwendende Sachrecht wird bei einem Verweis von inländischem auf ausländisches IPR, welches unter Umständen das Recht eines dritten Staates beruft, für die Parteien nur selten eindeutig vorherzusehen sein, wodurch die Rechtssicherheit beeinträchtigt ist.⁶¹ Das Spannungsfeld verdichtet sich, wenn man sich vor Augen führt, dass das Hauptanliegen des *renvoi* gerade die Erzielung internationalen Entscheidungseinklangs – und damit auch die Erzielung von Rechtssicherheit, etwa in Form der Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse – ist.⁶² Dass demzufolge die Beachtung ausländischen Kollisionsrechts und der internationale Entscheidungseinklang die Rechtssicherheit gleichzeitig fördern und beeinträchtigen, ist deswegen nicht paradox,

weil unterschiedliche Facetten der Rechtssicherheit angesprochen sind: Durch die Erzielung internationalen Entscheidungseinklangs aufgrund der Beachtung ausländischen Kollisionsrechts wird die *Beständigkeit* der Entscheidungen gefördert, während die *Vorhersehbarkeit* des anzuwendenden (Sach-)Rechts beeinträchtigt wird. Diese beiden Aspekte der Rechtssicherheit⁶³ sind es, die im Spannungsverhältnis zwischen internationalem Entscheidungseinklang und Rechtssicherheit tatsächlich in Konflikt miteinander stehen.

Freilich wurde das Ausmaß dieses Problems im europäischen Kontext durch die weitgehende Vereinheitlichung des Kollisionsrechts, welches eine Rück- und Weiterverweisung meist ausschließt,⁶⁴ drastisch reduziert.⁶⁵ Es stellt sich aber nach wie vor in den nicht harmonisierten Gebieten, insbesondere lässt Art. 4 Abs. 1 EGBGB einen *renvoi* grundsätzlich zu.

Versucht man, die Beständigkeit und Vorhersehbarkeit des Rechts einer Abwägung zu unterziehen, stellt sich das Grundproblem, dass beide Komponenten in sehr enger Beziehung zueinander stehen – was sich bereits daraus ergibt, dass es sich um Teilelemente eines gemeinsamen Grundprinzips handelt – und sich

57 Wie hier etwa *Lorenz*, in: *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BGB, Band 5, 4. Aufl. 2020, EGBGB Einl. Rn. 72; für einen pauschalen Vorrang aber *Mäsch*, in: *Leible/Unberath*, Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?, 2013, S. 201 (211); *Kegel/Schurig* (Fn. 7), S. 381; *von Bar/Mankowski* (Fn. 25), § 7 Rn. 194; diesen ablehnend *Sonnentag* (Fn. 2), S. 125; *von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, S. 245. Die angeführte Argumentation beansprucht Geltung für das nationale wie auch das europäische Kollisionsrecht, *Freitag*, in: *NK-BGB*, Band 1, 4. Aufl. 2021, EGBGB Art. 3 Rn. 32; *Lorenz* (Fn. 57), EGBGB Einl. Rn. 72. Zudem ist in Erwägungsgrund 10 der Rom III-VO der Grundsatz der selbstständigen Anknüpfung von Vorfragen beschrieben, dies ist ein Indikator für die hohe Bedeutung des internen Entscheidungseinklangs auch aus Sicht des europäischen Gesetzgebers.

58 Siehe oben B.I.1.

59 *Nietner* (Fn. 2), S. 33.

60 Also die Verweisung auf ein anderes als das eigene Recht durch das Kollisionsrecht einer Rechtsordnung, welche ihrerseits durch das IPR eines anderen Staates berufen wurde (Rück- oder Weiterverweisung); *Sonnentag* (Fn. 2), S. 6; *von Hein* (Fn. 4), EGBGB Art. 4 Rn. 1; *Schack*, IPRax 2013, 315; *Kropholler* (Fn. 7), S. 163.

61 *Schack*, IPRax 2013, 315 (320); *Nietner* (Fn. 2), S. 33; vgl. *Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 2011, S. 134.

62 *Meyer-Sparenberg*, Staatsvertragliche Kollisionsnormen, 1990, S. 143; *Schack*, IPRax 2013, 315; *Baetge*, JuS 1996, 600 (603); *Ferid*, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 1986, Rn. 3-84. Indem der inländische Richter die ausländische Kollisionsnorm anwendet, erzielt er das gleiche Ergebnis wie der ausländische Richter, wodurch der internationale Entscheidungseinklang gefördert wird, indem die getroffenen Entscheidungen beständig sind.

63 Nach *Zippelius* (Fn. 61), S. 132 f. sind die Orientierungssicherheit (hierunter lässt sich die *Vorhersehbarkeit* des Rechts einordnen, *Zippelius* spricht von Klarheit und Transparenz) und die Realisierungssicherheit (dazu zählt die *Beständigkeit*) die Komponenten der Rechtssicherheit. Vgl. auch *von Arnald* (Fn. 14), S. 104 ff., er nennt die Verlässlichkeit, Berechenbarkeit und Erkennbarkeit als Strukturelemente der Rechtssicherheit. Nach seiner Terminologie ist die *Beständigkeit* ein Teilaspekt der Verlässlichkeit des Rechts, während die *Vorhersehbarkeit* eng mit der Erkennbarkeit des Rechts zusammenhängt.

64 Art. 20 Rom I-VO, Art. 24 Rom II-VO, Art. 11 Rom III-VO, Art. 32 EuGüVO und EuPartVO; die Ausnahme stellt insofern Art. 34 EuErbVO dar, welcher einen *renvoi* – in begrenztem Umfang – zulässt.

65 *Schack*, IPRax 2013, 315 (317 f.); *Nietner* (Fn. 2), S. 76.

wechselseitig beeinflussen.⁶⁶ Abstrakt kommt beiden Aspekten eine sehr große Bedeutung zu, denn sie sind maßgeblich für die Verwirklichung von Ordnung und Rechtsfrieden.⁶⁷ Möglicherweise könnte jedoch auf die Vorhersehbarkeit des anwendbaren Sachrechts verzichtet werden, wenn nur die Beständigkeit der Entscheidungen ohnehin *in jedem Fall* gesichert wäre.⁶⁸ Allerdings setzt dies vollständig erreichten internationalen Entscheidungseinklang voraus. Dies ist zumindest sehr schwierig,⁶⁹ wenn nicht sogar unmöglich,⁷⁰ zu erreichen.⁷¹ Auch im Übrigen hängt die Gewichtung des Stellenwerts der Beständigkeit der Entscheidungen und Vorhersehbarkeit des anzuwendenden Rechts von vielerlei Faktoren ab,⁷² wodurch die Sinnhaftigkeit einer Abwä-

gung im Einzelfall statt einer pauschalen Bewertung deutlich wird.⁷³

3. Praktische Erwägungen

Der inländische Richter kennt sich im eigenen Recht, welches er studiert hat und ganz überwiegend praktiziert, in der Regel am besten aus. Dieses anzuwenden ist für ihn daher am einfachsten.⁷⁴ Das sog. Heimwärtsstreben, also die Neigung des Richters, möglichst die ihm bekannte *lex fori* anzuwenden, ist aus diesem Grund nachvollziehbar.⁷⁵ Sie kann jedoch im Gegensatz zum internationalen Entscheidungseinklang stehen, wenn das Gericht des Forumstaates anders als ausländische Gerichte entscheidet. Nach Möglichkeit inländisches Recht anzuwenden kann sinnvoll sein, wenn der Richter unsicher im Umgang mit dem aus-

66 Vgl. *Zippelius* (Fn. 61), S. 133, wobei freilich zu beachten ist, dass die Begriffspaare Beständigkeit und Vorhersehbarkeit einerseits und Realisierungsgewissheit und Orientierungssicherheit andererseits nicht deckungsgleich sind. Insbesondere ergibt sich eine geringere beidseitige Abhängigkeit daraus, dass es vorliegend nicht um die Bewertung von Beständigkeit und Vorhersehbarkeit innerhalb der gleichen Rechtsordnungen geht. Die jeweils gegenseitige Relevanz der Elemente geht aus *Zippelius*'s Ausführungen gleichwohl deutlich hervor.

67 Darin sah *Hobbes* die Legitimation des Staates als solchen (Nachweis bei *Zippelius* (Fn. 61), S. 132); vgl. auch *Bentham*, *Theory of Legislation*, 1864, S. 142 ff., der als maßgebliches Kennzeichen der Gesellschaft die durch ihre Gesetze geschaffene (Rechts-)Sicherheit ansieht; vgl. auch *Kegel/Schurig* (Fn. 7), S. 141.

68 Denn das Spannungsverhältnis zwischen internationalem Entscheidungseinklang und Rechtssicherheit besteht „nur“ dann, wenn internationaler Entscheidungseinklang nicht vollkommen erreicht ist – andernfalls wirkte sich die Beachtung ausländischen Kollisionsrechts nicht auf das Ergebnis aus, unabhängig davon, ob das *Sachrecht*, welches zu diesem Ergebnis führt, schwer vorherzusehen ist. Andere Gründe könnten der Überlegung freilich gleichwohl entgegenstehen.

69 Dies zeigt bereits das europäische Kollisionsrecht: Zwar wird durch dessen Vereinheitlichung innereuropäischer Entscheidungseinklang mehr und mehr verwirklicht, jedoch gilt dieser nicht für alle Rechtsgebiete und insbesondere nicht im Verhältnis zu außereuropäischen Staaten. Hinzu kommen die Sonderstellungen Irlands (sowie ursprünglich des Vereinigten Königreichs) und Dänemarks – vgl. nur die Erwägungsgründe 46 Rom I-VO, 40 Rom II-VO, 41 EUGVVO, 82 und 83 EuErbVO – die sogar dem Entscheidungseinklang innerhalb der EU im Wege stehen. Der „Brexit“ markierte zudem insoweit einen Meilenstein, als erstmals ein Mitglied aus der Europäischen Union ausgetreten ist, was dem internationalen Entscheidungseinklang weiter entgegenwirkt.

70 *Müller-Freienfels*, in: FS Vischer, 1983, S. 223 (229) spricht von einer „Utopie“; *Sturm*, in: *Ius Commune VII – Vorträge zum 200. Geburtstag von F.C. von Savigny*, 1979, S. 92 (108) von einem „Phantom“.

71 Daher bedarf die Erwägung, ob auf die Vorhersehbarkeit des anzuwendenden Sachrechts einseitig zugunsten einer vollständigen Beständigkeit der Entscheidungen verzichtet werden könnte, keiner weiteren Untersuchung.

72 Neben dem Grad des erzielten internationalen Entscheidungseinklangs ist an den Grad der Komplexität der einschlägigen Rechtsnormen zu denken: Der Wunsch nach Vorhersehbarkeit des anzuwendenden Rechts dürfte umso größer werden, desto unbestimmter, semantisch uneindeutiger die (im Kontext des IPR: Kollisions-) Normen ausgestaltet sind und desto diffiziler die Rechtsanwendung dieser Normen wird. Zu den Folgen unklarer wie unübersichtlicher Rechtsnormen, die ins „Chaos“ einer entwerteten Rechtsordnung ausufern können, *Zippelius* (Fn. 61), S. 134 f. Das Interesse an einer Vermeidung solcher Zustände gilt im IPR ebenso wie im nationalen Recht, *Kegel/Schurig* (Fn. 7), S. 141.

73 Dieses Ergebnis wird durch diejenigen Literaturstimmen unterstrichen, die einen *renvoi* nur in bestimmten Fällen zulassen wollen, etwa eine Differenzierung nach Sachgebieten vornehmen; vgl. beispielsweise *Neuhaus* (Fn. 6), S. 275 f.; *Sonnentag* (Fn. 2), S. 268.

74 *Kropholler* (Fn. 7), S. 43; *Sonnentag* (Fn. 2), S. 142 f.; vgl. *von Hoffmann/Thorn* (Fn. 57), S. 251.

75 Begriff von *Nussbaum*, *Deutsches Internationales Privatrecht – unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts*, 1932, S. 43; plakativ *Meili*, *Die internationalen Unionen über das Recht der Weltverkehrsanstalten und des geistigen Eigentums*, 1889, S. 76, der beschreibt, „die Klänge der heimatlichen Glocken werden auch im Rechte wohl stets einen besonderen Zauber ausüben.“; *Lindenau* (Fn. 37), S. 48.

ländischen Recht ist.⁷⁶ Dann müssen aufwändige und teils teure Gutachten eingeholt werden, die die Entscheidung wesentlich verzögern können – somit ergeht die Entscheidung bei Anwendung der *lex fori* in aller Regel deutlich schneller, kostengünstiger und auch qualitativ besser.⁷⁷ An schnellen, unkomplizierten und günstigen Verfahren besteht ein Ordnungsinteresse, zugleich stellt es sich als Interesse der betroffenen Parteien dar.⁷⁸ Zu beachten ist jedoch, dass der Gerechtigkeit trotz dieser Erwägungen durch die Anwendung ausländischen Rechts besser gedient sein kann – der Gesetzgeber zeigt diese Wertung, indem er ein anderes Recht als die *lex fori* beruft, denn die gesetzgeberische Entscheidung beinhaltet eine Interessenabwägung, in die auch die Praktikabilität Einzug findet.⁷⁹ Zudem wird der Rechtsverkehr immer internationaler, auch die Auslandsrechtsforschung verbessert sich stetig, wodurch sich die praktischen Unterschiede im Laufe der Zeit zumindest verringern.⁸⁰ Wichtige Bedeutung kommt der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen zu, die eine zentrale Annahme des Kollisionsrechts darstellt.⁸¹ Innerhalb der Europäischen Union gilt überdies das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens, nach welchem von einer Gleichwertigkeit der Justizsysteme der Mitgliedstaaten ausgegangen wird,⁸² was für die Anwendung des räumlich besten Rechts zulasten eines Heimwärtsstre-

bens spricht. Es streiten also auch Argumente der Gleichbehandlung und Gerechtigkeit für den internationalen Entscheidungseinklang.⁸³ Insgesamt ist daher grundsätzlich dem internationalen Entscheidungseinklang der höhere Stellenwert beizumessen, anderes gilt in Ausnahmefällen.⁸⁴

III. Stellungnahme

Teilweise wird der internationale Entscheidungseinklang als „der Leitgedanke des Kollisionsrechts überhaupt“⁸⁵, teilweise als bloßes „Hilfsprinzip“⁸⁶ verstanden. Diese Gegensätzlichkeit lässt bereits die Bandbreite der vertretenen Meinungen erkennen. Eine Einordnung des Stellenwerts des internationalen Entscheidungseinklangs ist notwendig für die Frage, ob sich das Kollisionsrecht an diesem Prinzip ausrichten und es aktiv zu verwirklichen versuchen sollte.

Internationaler Entscheidungseinklang dient nicht lediglich hochrangigen abstrakten – mitunter schwer zu fassenden und umzusetzenden – Interessen wie der Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, sondern verhindert insbesondere auch konkret für den Einzelnen untragbare rechtliche Zustände, indem es etwa die Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse sichert und die Durchsetzung gerichtlicher Entscheidungen fördert. Zudem steht der internationale Entscheidungseinklang nicht in einem diesem

76 Kropholler (Fn. 7), S. 43 beschreibt die Überforderung des Richters bei der Anwendung ausländischen Rechts sowie nicht zuletzt, dass die Möglichkeit der Anwendung anderen als des deutschen Rechts teilweise überhaupt nicht in Betracht gezogen wird; vgl. Wolff (Fn. 18), S. 76; insbesondere wird ein Richter den „Geist der fremden Rechtsordnung“ nur unzureichend erfassen und damit berücksichtigen können, Flessner (Fn. 23), S. 59.

77 Prägnant Drobnig, RabelsZ 34 (1970), 636 (639 f.); Kegel/Schurig (Fn. 7), S. 143; Nietner (Fn. 2), S. 32. Die Rechtsanwendung kann sich noch weiter verkomplizieren, etwa durch die Beachtung eines *renvoi*.

78 Flessner (Fn. 23), S. 120; Kegel/Schurig (Fn. 7), S. 143; Lindenau (Fn. 37), S. 49 f.; Keller/Siehr, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, 1986, S. 467.

79 Vgl. Mäsch, RabelsZ 61 (1997), 285 (298); Lindenau (Fn. 37), S. 51. Allerdings lässt der deutsche Gesetzgeber in den Fällen des Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB dem Heimwärtsstreben die größere Bedeutung gegenüber dem internationalen Entscheidungseinklang zukommen.

80 Schurig, RabelsZ 59 (1995), 229 (241); Lindenau (Fn. 37), S. 50; Keller/Siehr (Fn. 78), S. 467. Auch bestimmte europäische Verordnungen dienen genau diesem Zweck, etwa die EuMVVO und die EuVTVO.

81 Ausführlich Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, 1981, S. 51 ff. Er spricht von einem „Grundaxiom des IPR“, so auch in RabelsZ 59 (1995), 229, 242.

82 Vgl. Erwägungsgrund 26 Brüssel Ia-VO; Wiedemann, Vollstreckbarkeit, 2017, S. 139; Mankowski, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band I, 5. Aufl. 2021, Art. 39 EuGVVO Rn. 5.

83 Dazu oben unter B.I.3.

84 Im Ergebnis ähnlich Lindenau (Fn. 37), S. 51; Neuhaus (Fn. 6), S. 270 f.; vgl. Beitzke, in: FS Smend, 1952, S. 1 (18).

85 So Wolff (Fn. 18), S. 74 ff.; siehe auch Zweigert, in: FS Raape, 1948, S. 35 (50 f.); ähnlich Neuhaus, RabelsZ 15 (1949/50), 364 (380); vgl. auch Braga, RabelsZ 23 (1958), 421 (438 f.).

86 Beitzke (Fn. 84), S. 1 (18); Mäsch, RabelsZ 61 (1997), 285 (297) bezeichnet das Ziel des internationalen Entscheidungseinklangs als „fragwürdig“; Schurig (Fn. 7), S. 549 (573 f.) als nur „formales Ziel“.

Prinzip immanenten Zielkonflikt mit anderen wichtigen kollisionsrechtlichen Interessen, wengleich ein solches Spannungsfeld in bestimmten Situationen typischerweise besteht.

Es handelt sich beim internationalen Entscheidungseinklang damit nicht um ein bedingungslos zu verwirklichendes Ideal des IPR, durchaus aber um ein Leitziel des Kollisionsrechts in dem Sinne, als es, bei entsprechender Würdigung entgegenstehender Interessen, angesichts seiner starken Signifikanz aktiv und umfassend zu erreichen versucht werden sollte. Es stellt sich somit als ein Gerechtigkeits- und nicht nur als formales Ziel des IPR dar, bildet jedoch nicht dessen Hauptmotiv. Insbesondere sollte der Stellenwert des internationalen Entscheidungseinklangs nicht mit dem Argument dessen schwieriger Umsetzbarkeit unterlaufen werden.⁸⁷

C. ERZIELUNG INTERNATIONALEN ENTSCHEIDUNGSEINKLANGS

Im Folgenden sollen die Möglichkeiten zur Erzielung internationalen Entscheidungseinklangs untersucht und bewertet werden. Internationaler Entscheidungseinklang ist kein Selbstzweck: Entscheidungsharmonie soll vielmehr erreicht werden, um die dahinter liegenden Interessen⁸⁸ zu verwirklichen.⁸⁹ Es muss also überprüft werden, ob eine Maßnahme den internationalen Entscheidungseinklang als *Bündel der ihm zugrundeliegenden*

Interessen erzielt. Bewertungsmaßstab der Möglichkeiten zur Erzielung internationalen Entscheidungseinklangs sind also stets die konkret zu verwirklichenden Vorteile dieses Prinzips und nicht lediglich die Frage, ob die Gerichte verschiedener Rechtsordnungen durch die Ergreifung einer bestimmten Maßnahme eher zu identischen Entscheidungen gelangen. In die Bewertung einzubeziehen sind zudem die Interessen, mit denen die Möglichkeiten zur Verwirklichung internationalen Entscheidungseinklangs jeweils im Spannungsverhältnis stehen.

I. Vereinheitlichung des Rechts

1. Vereinheitlichung des Sachrechts

Die offensichtlichste Möglichkeit, internationalen Entscheidungseinklang zu erzielen, ist die Vereinheitlichung des Sachrechts. Sind die Rechtsordnungen identisch, ist Entscheidungseinklang die Folge.⁹⁰ Allerdings setzt eine Angleichung aller Rechtsordnungen eine gänzliche Beseitigung rechtlicher Differenzen voraus. Diese Unterschiede lassen sich auf eine Vielzahl an historischen, kulturellen, politischen, religiösen und anderen gesellschaftlichen Einflussfaktoren zurückführen, die die Rechtssysteme der Staaten tiefgreifend voneinander unterscheiden.⁹¹ Sie gänzlich einzuebennen ist – neben dem praktisch nicht zu bewältigenden Koordinierungsaufwand, den dies erfordert – unmöglich, weil die jeweiligen

87 So aber *Lindenau* (Fn. 37), S. 57; ebenso *Flessner* (Fn. 23), S. 132. Jedoch ist die Orientierung auch an einem praktisch nicht oder nur unvollkommen zu erreichenden Leitbild sinnvoll, weil dadurch eine Anregung zur Umsetzung für den Gesetzgeber geschaffen wird, Rechtsüberzeugung entstehen und das angestrebte Ziel von der Rechtsordnung internalisiert werden kann, sodass diesem zumindest graduell zur Wirksamkeit verholfen werden kann; vgl. auch *Zippelius* (Fn. 61), S. 95. Dies ist ebenso für die Rechtspraxis dienlich, der so ein weiterer Maßstab an die Hand gegeben wird. Darüber hinaus hat die Vergangenheit gezeigt, dass sich kollisionsrechtliche Prognosen, gerade auch was die mögliche Erzielung internationalen Entscheidungseinklangs anbetrifft, häufig als unzutreffend – genauer: als zu pessimistisch – herausstellen: So schrieb *Nussbaum*, Grundzüge des internationalen Privatrechts, S. 41 im Jahr 1952, hinkende Rechtsverhältnisse seien „unlöslich mit dem politischen Aufbau der Welt verflochten“ (Hervorhebung d. Verf.). *Coester-Waltjen*, in: FS Jayme, 2004, S. 121 (123 f.) hielt 2004 die Kollisionsrechtsvereinheitlichung im Bereich des Familienrechts für sehr schwierig umsetzbar, *Salger*, IWRZ 2018, 99 (101) die Harmonisierung von Verbraucherschützendem Recht. Es ist daher durchaus fraglich, ob internationaler Entscheidungseinklang nicht doch schneller und/oder umfangreicher verwirklicht werden kann, als bisher – mit sehr guten Gründen – angenommen wird.

88 Oben unter B.I.

89 Anders gewendet: Um die Nachteile zu vermeiden, die sich aus fehlendem internationalem Entscheidungseinklang ergäben. Andeutungsweise *Lindenau* (Fn. 37), S. 52.

90 Selbst dann könnte sich jedoch noch das Problem der unterschiedlichen Auslegung ergeben, jedenfalls ohne oberstes globales Gericht; *Nietner* (Fn. 2), S. 26; vgl. *Mäsch*, RabelsZ 61 (1997), 285 (298). Es würden im Übrigen die Vorhersehbarkeit des anzuwendenden Rechts sowie die praktischen Gründe und damit sogar die Interessen verstärkt, die regelmäßig im Kontrast zum internationalen Entscheidungseinklang stehen.

91 *Salger*, IWRZ 2018, 99 (101) bezeichnet nationale Kulturen als „Hemmschuh“ der Rechtsvereinheitlichung; *Schack* (Fn. 22), Rn. 266; vgl. *Kahn*, JherJb 30 (1891), 1 (143).

Identitäten der Rechtssysteme zu stark voneinander abweichen.⁹² Zwar kann es in einzelnen Bereichen möglich und auch sinnvoll sein, materielles Einheitsrecht zu verwirklichen.⁹³ Gerade in Rechtsgebieten, die tief mit dem kulturellen Kern eines Staates verbunden sind – wie typischerweise etwa das Familien- und Erbrecht – wird man jedoch keine globale Einigkeit erzielen können. Überdies wäre eine vollständige Harmonisierung des materiellen Rechts auch bedauernswert, denn die Folge wäre rechtlicher Stillstand in allen Staaten, welche sodann in einem Rechtssystem gefangen wären, das unflexibel und wenig anpassungsfähig wäre an sich verändernde gesellschaftliche Werte – die es aufgrund ihrer enormen Verschiedenheiten ohnehin nicht zu treffend abbilden könnte.⁹⁴

2. Vereinheitlichung des Kollisionsrechts

Eine Alternative ist die Harmonisierung des Kollisionsrechts. Diese ist innerhalb der EU ohnehin schon sehr weit fortgeschritten.⁹⁵ Verweist das IPR jeden Staates auf das gleiche anzuwendende Sachrecht, wird Entscheidungseinklang ebenfalls erzielt, ohne dass die materiellen Differenzen der einzelnen Rechtsordnungen ausgeräumt werden müssten.⁹⁶ Jedoch wird einer der Zwecke, wegen denen internationaler Entscheidungseinklang erstrebenswert

ist, nicht in vollem Umfang erreicht – zwar verhindert ein harmonisiertes IPR ein forum shopping aus materiellrechtlichen Gründen. Da jedoch gemäß dem Grundsatz *forum regit processum* jeder Staat sein eigenes Prozessrecht anwendet,⁹⁷ bleiben diese Gründe für ein forum shopping trotz Vereinheitlichung des Kollisionsrechts unverändert bestehen.⁹⁸ Doch sind es gerade auch die prozessualen Gründe für das forum shopping – zu denken ist beispielsweise an ein vorteilhafteres Beweisrecht, an andere Kosten und Dauer des Verfahrens, die Besetzung des Gerichts (zB in Hinblick auf Geschworene) – die im Einzelfall den Ausschlag geben können und mitunter noch gewichtiger sind als die materiellrechtlichen Ursachen.⁹⁹ Bei der Vereinheitlichung des Kollisionsrechts, die teilweise als „Königsweg“ zur Erzielung internationalen Entscheidungseinklangs bezeichnet wird,¹⁰⁰ handelt es sich daher nicht um einen solchen.¹⁰¹ Gleichwohl werden durch die Harmonisierung des IPR die anderen Interessen, die hinter dem internationalen Entscheidungseinklang stehen, verwirklicht. Insbesondere ist die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts im Gegensatz zur Vereinheitlichung des materiellen Rechts ein realisierbares Ziel, wie bereits die Praxis des europäischen Gesetzgebers zeigt. Daher handelt es sich bei der Vereinheitlichung des

92 Nietner (Fn. 2), S. 25; Salger, IWRZ 2018, 99 (102) zu Problemen bereits im Kaufrecht (konkret: beim CISG); vgl. Schack (Fn. 22), Rn. 266.

93 Erfolgreichstes Beispiel ist das Wiener UN-Kaufrecht (CISG), welches inzwischen von 97 Staaten ratifiziert wurde; dazu Magnus, ZEuP 2006, 96; Salger, IWRZ 2018, 99 ff. Darüber hinaus lassen sich etwa das CMR, CVR und CRTD nennen.

94 Neuhaus/Kropholler, RabelsZ 45 (1981), 73 (80 f.); vgl. Lutter, Europäisches Gesellschaftsrecht, 1979, S. 9 f. Es mag daher bezweifelt werden, dass die Vereinheitlichung des materiellen Rechts ein „schöner Traum“ ist, so aber Kahn, JherJb 30 (1891), 1 (143).

95 Gössl, ZfRV 2011, 65 (70); Remien, in: Leible/Unberath, Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?, 2013, S. 223 (224); Schwemmer, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht, 2018, S. 1 ff.

96 Die Harmonisierung des IPR ist daher wesentlich einfacher zu erreichen als die des Sachrechts, Kropholler, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts I, 1982, S. 262; Nietner (Fn. 2), S. 25; Kropholler, Internationales Einheitsrecht, 1975, S. 179 f.

97 Trautmann, ZEuP 2006, 283; Geimer, in: Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2024, Rn. 319.

98 Schack (Fn. 22), Rn. 279; Bernitt (Fn. 16), S. 40; Juenger, RabelsZ 46 (1982), 708 (712).

99 Juenger, RabelsZ 46 (1982), 708 (711 f.) mit anschaulichem Beispiel für einen solchen Fall; Siehr, ZfRV 25 (1984), 124 (126 ff.); Lindenau (Fn. 37), S. 33 f.; vgl. Kropholler (Fn. 22), S. 165.

100 So etwa Buschbaum, GPR 2014, 4; ebenso Nietner (Fn. 2), S. 25, obwohl sie später beschreibt, dass Unterschiede im Prozessrecht zu verschiedenen Ergebnissen führen können. Auch ohne die Verwendung dieser Bezeichnung wird vielfach davon ausgegangen oder zumindest impliziert, dass die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts gänzlich der Vermeidung von forum shopping dient, vgl. nur Kropholler (Fn. 7), S. 37; Wagner, StAZ 2007, 101 (105); vgl. von Hoffmann/Thorn (Fn. 57), S. 11.

101 Juenger, RabelsZ 46 (1982), 708 (712); vgl. Schack (Fn. 22), Rn. 279; vgl. Lindenau (Fn. 37), S. 34. Es kann zudem bei Mehrstaaten unter Umständen ausnahmsweise dann nicht zur Erzielung von internationalem Entscheidungseinklang kommen, wenn alle Staaten, denen der Mehrstaater angehört, von der effektiven Staatsangehörigkeit des eigenen Staates ausgehen, Sonnentag (Fn. 2), S. 133.

Kollisionsrechts auch um ein sehr erstrebenswertes Ziel.

II. Reduzierung von Zuständigkeiten

Wären in jedem Fall nur die Gerichte eines Staates international zuständig, so entfielen das Problem der Erzielung internationalen Entscheidungseinklangs: Jedes Gericht würde zum selben Ergebnis kommen,¹⁰² weil nur die Gerichte einer einzigen Rechtsordnung zuständig wären.¹⁰³ Die Nachteile, die sich aus mangelndem internationalen Entscheidungseinklang ergeben können, bestünden nicht.¹⁰⁴ Der Reduzierung konkurrierender Zuständigkeiten stehen jedoch Interessen des internationalen Zivilverfahrensrechts entgegen – dort sind konkurrierende Zuständigkeiten, unter denen der Kläger wählen kann, wünschenswert.¹⁰⁵ Sie sind regelmäßig auch erforderlich, da andernfalls durch Erschwerung der Rechtsverfolgung bei internationalen Sachverhalten der Justizgewährungsanspruch der Parteien bei stets ausschließlicher internationaler Zuständigkeit der Gerichte eines einzigen Staates

drastisch beeinträchtigt würde.¹⁰⁶ Dies bedeutet nicht, dass eine Reduzierung konkurrierender internationaler Zuständigkeit überhaupt nicht erstrebenswert wäre – sie ist bis zu einem gewissen Grad angebracht, insbesondere im Falle exorbitanter bzw. beziehungsarmer Gerichtsstände.¹⁰⁷ Es handelt sich jedoch nicht um das Patentrezept zur Erzielung internationalen Entscheidungseinklangs.¹⁰⁸

III. Kollisionsrechtliche Anerkennung von Rechtslagen

Ein weiteres Instrument, um internationalen Entscheidungseinklang zu erreichen, ist die kollisionsrechtliche Anerkennung ausländischer Rechtslagen,¹⁰⁹ ohne dass das eigene Kollisionsrecht Anwendung findet.¹¹⁰ Die im Ausland ergangene rechtliche Beurteilung einer tatsächlichen Sachlage wird also auch im Inland als wirksam behandelt,¹¹¹ was internationalen Entscheidungseinklang fördert.¹¹² Zwar sprechen praktische Erwägungen auch für die kollisionsrechtliche Anerkennung, weil die Rechtsanwendung erheblich verein-

102 Vorausgesetzt, eine einheitliche Rechtspraxis existiert. Maßgeblich ist insoweit aber ohnehin das oberste Gericht – ob unterinstanzliche Gerichte innerhalb der gleichen Rechtsordnung zum identischen Ergebnis kommen, ist keine Frage des internationalen Entscheidungseinklangs.

103 *Sonntag* (Fn. 2), S. 133 f. weist jedoch darauf hin, dass sich durch eine Veränderung der Anknüpfungstatsachen die international zuständigen Gerichte ändern könnten, was internationalem Entscheidungseinklang in diesen Fällen entgegenstehen könnte; *Kuhn-Adler*, *Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz*, 1998, S. 24 f.; *Nietner* (Fn. 2), S. 28.

104 Die Reduzierung konkurrierender Zuständigkeiten stünde grundsätzlich auch nicht im Widerspruch zu den angesprochenen Prinzipien, mit denen internationaler Entscheidungseinklang häufig im Spannungsverhältnis steht.

105 *Schack* (Fn. 22), Rn. 269; *Heldrich*, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, 1969, S. 63; dass im IZVR konkurrierende Zuständigkeiten im Gegensatz zum IPR nicht problematisch sind, zeigt sich schon daran, dass das IPR nach der *engsten* Verbindung sucht, während im IZVR eine *hinreichend enge* Beziehung genügt, dazu *Mankowski*, in: FS *Heldrich*, 2005, S. 867 (869); allgemein zu den Unterschieden des IPR und IZVR, aufgrund derer spezifische Interessen innerhalb der Rechtsgebiete verschieden zu gewichten sind *Neuhaus*, *RabelsZ* 20 (1955), 201 (253 ff.).

106 *Von Hoffmann/Thorn* (Fn. 57), S. 11; *Kropholler* (Fn. 96), S. 261; *Nietner* (Fn. 2), S. 28.

107 *Kropholler* (Fn. 7), S. 636 f.; *Schack* (Fn. 22), Rn. 280; *Heldrich* (Fn. 105), S. 161; vgl. *Mäsch*, *RabelsZ* 61 (1997), 285 (298); *Lindenau* (Fn. 37), S. 35.

108 Zum bereits Gesagten treten (wiederum) praktische Probleme einer Vereinheitlichung hinzu, vgl. *Wagner*, *IPRax* 2001, 533 ff. ua. zum Haager Zuständigkeitsübereinkommen; außerdem würden widerstreitende Interessen der Parteien ohne konkurrierende Zuständigkeiten nicht angemessen aufeinander abgestimmt, sondern vielmehr einem Teil der Interessen ihre Bedeutung abgesprochen, so auch *Nietner* (Fn. 2), S. 29.

109 Dabei meint eine Rechtslage „die isolierte rechtliche Beurteilung eines Sachverhalts durch das Recht [...] eines Staates“, so *Nordmeier*, *StAZ* 2011, 129 (131); ebenso *Grünberger* (Fn. 9), S. 81 (87); durch die Anerkennung wird eine solche Rechtslage akzeptiert bzw. übernommen.

110 Es geht gerade nicht um die Anerkennung von Entscheidungen im internationalen Zivilprozessrecht; *Coester-Waltjen* (Fn. 87), S. 121 (122); *Grünberger* (Fn. 9), S. 81 (86); vgl. *Jayme/Kohler*, *IPRax* 2001, 501 f.

111 *Funken*, *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht*, 2009, S. 25; *Coester-Waltjen*, *IPRax* 2006, 392; *Grünberger* (Fn. 9), S. 81 (87).

112 Präziser wiederum: die hinter dem internationalen Entscheidungseinklang stehenden Interessen. Ungelöst bleibt indes auch hierbei das Problem der prozessualen Beweggründe des forum shopping.

facht wird,¹¹³ zugleich wird jedoch das Kollisionsrecht verkompliziert – letztlich wird das System des Kollisionsrechts dadurch mehrschichtig, dass anstelle der eigenen Kollisionsnormen diejenigen des Ursprungsstaats maßgeblich für die Ermittlung des anzuwendenden Sachrechts sind.¹¹⁴ Dadurch kann der Anerkennungsstaat keine Aussage darüber treffen, wie eng der in Frage stehende Lebenssachverhalt mit dem anzuwendenden Sachrecht verbunden ist, es wird also von einem zentralen Leitgedanken – nämlich der Suche nach dieser engsten Verbindung – des IPR abgerückt.¹¹⁵ Das Anerkennungsmodell birgt weitere Schwierigkeiten, zB in Hinblick auf die mögliche Ausnutzung lockerer Regelungen in einem Staat, um davon mittels Anerkennung in einem anderen Staat zu profitieren. Sicherlich ließe sich dieses Vorgehen durch verbindliche Mindeststandards verhindern.¹¹⁶

Es offenbart aber, dass die kollisionsrechtliche Anerkennung von Rechtslagen ein ganzes Füllhorn voller potentieller Probleme mit sich bringt, deren Bewältigung von der konkreten Ausgestaltung des Anerkennungssystems abhängt.¹¹⁷ Ein Vorschlag für ein solches System, welches diese Probleme überzeugend zu lösen vermag, existiert aber nicht.¹¹⁸ Selbst wenn es diesen jedoch gäbe, stellte sich die Frage nach dem Vorteil gegenüber der Vereinheitlichung des Kollisionsrechts.¹¹⁹ Gleichzeitig bestehen einige strukturelle Nachteile des Anerkennungsmodells ungeachtet dessen konkreter Umsetzung fort.¹²⁰

113 So muss weder Kollisions- noch (ggf. ausländisches) Sachrecht angewendet werden, dies führt zu schnellerer und eindeutiger Klärung der Verhältnisse; dazu *Coester-Waltjen* (Fn. 87), S. 121 (123), die aufgrund dessen auch eine gesteigerte Voraussehbarkeit als Aspekt der Rechtssicherheit und höheren Vertrauensschutz betont; *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651 (724); *Coester-Waltjen*, *IPRax* 2006, 392 (400).

114 *Coester-Waltjen* (Fn. 87), S. 121 (123); zu diesem „verkappten zweiten Kollisionsnormsystem“ auch *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651 (724); *Kohler*, in: FS Spellenberg, 2006, S. 22 ff.; *Wengler*, in: Picone/Wengler, Internationales Privatrecht, 1974, S. 435 (436 ff.); *Wengler*, in: *Wengler*, BGB, Band 6, 12. Aufl. 1981, S. 395 ff. Diese Auswirkung mag innerhalb der Europäischen Union wegen des harmonisierten Kollisionsrechts in vielen Bereichen nicht allzu stark sein, dies gilt jedoch nicht im Verhältnis zu Drittstaaten.

115 Vgl. BGHZ 75, 32 (41); *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651 (724); *Remien* (Fn. 95), S. 223 (225); *von Hein* (Fn. 4), Einl. IPR Rn. 29.

116 Allgemein zu der Problematik eines anderweitigen „race to the bottom“ *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651 (668); *Coester-Waltjen*, *IPRax* 2006, 392 (398); vgl. *Coester-Waltjen* (Fn. 87), S. 121 (128), die generell die Frage hervorhebt, ob auf die Gleichwertigkeit der Rechtsordnung des Ursprungsstaats vertraut werden kann; schon dieser Frage steht im Bereich des Familienrechts (unter der Voraussetzung unterschiedlicher Kollisionsnormen) *Kohler*, *IPRax* 2003, 401 (407) skeptisch gegenüber.

117 Dazu zählen etwa das Anerkennungsziel (Gleichstellung oder Wirkungserstreckung?), der Umfang des Anerkennungsprinzips (auch private oder nur [bestimmte?] behördliche Akte?), die von der Anpassung erfassten Rechtsgebiete, die Frage nach der Verbindung der Rechtslage zum Ursprungsstaat (muss eine solche bestehen und wenn ja, in welchem Umfang?) und ggf. weitere Anerkennungsvoraussetzungen, zudem mögliche Anerkennungshindernisse, Rechtsschutzmöglichkeiten gegen anerkannte Rechtslagen sowie nicht zuletzt die Frage, wie ein Anerkennungssystem neben das (bzw. anstelle des) aktuelle Verweisungskonzept treten würde; siehe *Sonnenberger*, in: FS Spellenberg, 2010, S. 371 (389); *Coester-Waltjen*, *IPRax* 2006, 392 (393); *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, (719 ff.); *Coester-Waltjen* (Fn. 87), S. 121 (126); *Stürner/Weller*, *IPRax* 2006, 400.

118 Deutlich *Sonnenberger* (Fn. 117), S. 371 (389); vgl. auch *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651 (723 ff.); *Kohler*, *IPRax* 2003, 401 (412).

119 *Sonnenberger* (Fn. 117), S. 371 (389 f.) stellt klar, dass sich auch aus der Ergänzung des bestehenden verweisungsrechtlichen um ein anerkennungsrechtliches Konzept keine Vorteile ergäben. Selbst *Coester-Waltjen*, deren Arbeit fundamental zur Diskussion um die kollisionsrechtliche Anerkennung von Rechtslagen beigetragen hat, räumt in FS Jayme, 121, 123 f. ein, dass es sich bei der Harmonisierung des Kollisionsrechts um den „weiterführenden Weg“ handele, dieser jedoch schwieriger als ein Anerkennungsmodell zu erreichen sei – heute, 20 Jahre später, hat sich das Gegenteil bewahrheitet. Zu bedenken ist schließlich, dass der Grad der Sinnhaftigkeit eines Anerkennungssystems auch vom in Frage stehenden Rechtsgebiet beeinflusst wird, *Funken* (Fn. 111), S. 83; auch *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651 (728 ff.).

120 Siehe bereits oben Fn. 114 und 115. Dazu zählt auch die Gefahr einer zunehmenden generellen Spaltung des Kollisionsrechts in ein solches des EU-Binnenmarkts und in Bezug zu Drittstaaten, die freilich auch durch die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts verwirklicht wird; dazu *Mankowski*, *IPRax* 2004, 385 (391); *Coester-Waltjen*, *IPRax* 2006, 392 (400); *Siehr*, in: FS Jayme, 2004, S. 873 (884); *Schack*, in: FS Kegel, 2002, S. 179 (196 f.).

IV. STELLUNGNAHME

Von den betrachteten¹²¹ Möglichkeiten zur Erzielung internationalen Entscheidungseinklangs handelt es sich daher bei der Vereinheitlichung des Kollisionsrechts um die erfolgversprechendste. Sie ist in sehr weiten Teilen realistisch umsetzbar und findet durch den europäischen Gesetzgeber bereits große Anwendung, sodass auch kein systematischer Wechsel notwendig ist. Insbesondere erreicht sie die Ziele, die hinter dem Interesse an internationalem Entscheidungseinklang stehen, überwiegend,¹²² ohne zugleich schwerwiegende Nachteile zu verwirklichen.

121 In der Diskussion tauchen weitere Maßnahmen auf, die allerdings ihre eigenen Schwächen mitbringen. Die Verwendung international gebräuchlicher Anknüpfungen – bestes Beispiel ist die Anknüpfung an die *lex rei sitae* für dingliche Rechte an beweglichen Sachen – erzielt zwar Entscheidungseinklang mit all den, aber auch *nur* mit den Rechtsordnungen, die dieses Anknüpfungsmoment ebenfalls verwenden. Sie birgt zudem die Gefahr einer kollisionsrechtlichen Starre. Siehe dazu bereits oben Fn. 55, zudem *Nietner* (Fn. 2), S. 27. Eine großzügige Praxis der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen vermeidet zwar hinkende Rechtsverhältnisse, begrenzt so aber lediglich teilweise die aus mangelndem internationalen Entscheidungseinklang entstehenden Nachteile. Sie setzt zu spät – erst nach der Entscheidung des Gerichts – an, um internationalen Entscheidungseinklang zu verwirklichen; vgl. *Sonmentag* (Fn. 2), S. 134 f.; *Nietner* (Fn. 2), S. 29.

122 Wie angesprochen muss – einzig – den prozessualen Gründen für ein *forum shopping* anderweitig begegnet werden. Ansätze, um diesem Ziel näher zu kommen, könnten die Harmonisierung des Beweisrechts, die Zulässigkeit einer Leistungsklage trotz rechtshängiger negativer Feststellungsklage, generelle Änderungen der Bestimmungen über die Rechtshängigkeit, die Beschränkung der Kognitionsbefugnis von Gerichten in bestimmten Fällen oder auch die Einführung eines europäischen Gerichtssystems unterhalb des EuGH sein; vgl. auch *Tilmann/von Falck*, GRUR 2000, 579 (586); *Kropholler* (Fn. 22), S. 165 (171).

*aus der
fakultät

§

Legal-UP

§

Legal-UP

Erfahrungsbericht:

Erfahrungsbericht zum Soldan Moot Court 2024

Nora Hohrmann, Henrik Schulz, Henry Kochanowski und Leon Langer*

Der Erfahrungsbericht entstand im Rahmen der Teilnahme des Teams der Universität Potsdam am Soldan Moot Court 2024, an welchem sich die Universität Potsdam regelmäßig mit engagierten Studierenden beteiligt. Der Soldan Moot Court ging 2024 in die 12. Runde und simuliert anhand eines fiktiven zivilrechtlichen Falls ein deutsches Gerichtsverfahren, bei dem die Studierenden als Interessenvertreter diesen Fall rechtlich analysieren, Beweismittel würdigen, eigene Auffassungen im Rahmen einer Klageschrift und einer Klageerwidern ausarbeiten und diese mündlich vortragen. Unter der Schirmherrschaft von Frau Professorin Hähnchen und Herrn Professor Thöne sowie unter der Betreuung der Coaches Jan Breede und Christoph Lachner erreichte das Team der Universität Potsdam bei der Simulation der mündlichen Verhandlung in Hannover das Halbfinale.

A. EINFÜHRUNG IN DEN MOOT COURT UND BETEILIGTE

Das Team der Universität Potsdam nahm erfolgreich am Soldan Moot Court 2024 teil. Von Juli bis Anfang Oktober letzten Jahres traten wir, die Mooties Nora Hohrmann, Henrik Schulz, Henry Kochanowski und Leon Langer, unter Betreuung der Coaches Jan Breede und Christoph Lachner gegen 30 andere Teams aus ganz Deutschland an und erreichten bei den mündlichen Verhandlungen in Hannover das Halbfinale.

Der Soldan Moot Court ist ein jährlich stattfindender Wettbewerb zwischen deutschen juristischen Fakultäten, bei dem ein zivilrechtlich und vom anwaltlichen Berufsrecht geprägter, fiktiver Fall aufgerollt und verhandelt wird. Hauptzweck des Moot Courts ist ein erster, praxisnaher Einblick in die Arbeit von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten. Der diesjährige Fall befasste sich hauptsächlich mit Fragen der Anwaltschaft im Regressprozess sowie eines beruflichen Tätigkeitsverbots aufgrund der Vertretung widerstreitender Interessen i.S.d. § 43a Abs. 4 der Bundesrechtsanwaltsordnung. Die Schirmherrschaft für die

Universität Potsdam übernahmen Frau Professorin Hähnchen sowie Herr Professor Thöne.

B. DIE SCHRIFTSATZPHASE

Der Moot Court begann Anfang Juli mit der Veröffentlichung der Fallakte. Im ersten Monat befassten wir uns mit der Aufgabe, einen Klageschriftsatz zu verfassen. Daran anschließend hatten wir wiederum einen Monat Zeit, auf die Klage einer anderen Universität zu erwidern. Da die Fallakte dieses Jahr genau 62 Seiten umfasste, stellte es zunächst eine Herausforderung dar, diese zu durchdringen und eine sinnvolle Struktur für unsere Schriftsätze zu erarbeiten. Außerdem arbeiteten wir uns gemeinsam in uns zunächst völlig unbekannte Rechtsgebiete wie das anwaltliche Berufsrecht und das Versicherungsrecht ein. Der Lehrstuhl Hähnchen stellte dem Team einen eigenen Raum zur Verfügung. Dieser Raum wurde in den heißen Phasen quasi täglich frequentiert. Entsprechend vertraut fühlte sich der Raum nach einiger Zeit an. Von sommerlich heiß und tief stehender Sonne bis herbstlich kühl und aufsteigendem Mond war alles dabei. Das intensive Arbeiten an den

* Der Erfahrungsbericht wurde gemeinschaftlich durch die Mooties Nora Hohrmann, Henrik Schulz, Henry Kochanowski und Leon Langer sowie den Coaches Jan Breede und Christoph Lachner verfasst.

Schriftsätzen schweißte uns als Team sehr zusammen. Besonders prägend waren die Abgaben unserer Schriftsätze, die – trotz aller guter Vorsätze – stets kurz vor Mitternacht erfolgten. Hierbei wurde in den letzten Stunden vor Abgabe noch gemeinsam an allerlei Layout- und Kürzungsproblematiken geknodelt. Dafür war die Freude dann nach der erfolgreichen, fristgerechten Abgabe umso größer.

C. PLEADINGS UND PRE-MOOTS

Nach den Schriftsatzphasen rückte der Fokus auf die mündlichen Verhandlungen. Erfahrung mit dem Plädieren und Verhandeln hatten wir alle nicht. Entsprechend kalt erwischten uns die Coaches, als es an einem Donnerstagsmorgen plötzlich hieß: Wir verhandeln jetzt. Dafür teilte sich unser Team in Kläger- und Beklagenseite auf. Während Henry und Henrik sich dazu entschieden, als Kläger aufzutreten, vertraten Leon und Nora die Beklagenseite. Vom ersten sehr holprigen Pleading bis zum Wettbewerb in Hannover konnten wir unsere Argumentationstechnik und rhetorischen Fähigkeiten stark weiterentwickeln. Dies gelang uns insbesondere dadurch, dass wir uns in den letzten Wochen vor Hannover fast täglich intern zum Pleaden trafen. Hierbei half uns das Feedback und das Ausprobieren verschiedener Verhandlungsführungen durch unsere Coaches sehr weiter. Highlights der Vorbereitung auf Hannover waren zudem die Pre-Moots in Hamburg und Berlin, wobei der Pre-Moot in Berlin zum ersten Mal stattfand. Hier konnten wir das Pleaden gegen Teams anderer Universitäten üben, was für einen sehr bereichernden Argumentationsaustausch sorgte. Bei den Abendveranstaltungen in Hamburg und Berlin konnten wir uns mit den anderen Teams dann noch in entspannter Atmosphäre austauschen. In Berlin fand der Abend bei einigen Runden Bierball einen gebührenden Ausklang.

Außerdem hatten wir die tolle Möglichkeit, bei einem Pleading mit Anwältinnen der Kanzlei Streitbörger unsere Verhandlungstechnik durch hilfreiche, praxisnahe Tipps noch weiter auszubauen. Hierfür wurden wir in den Kanzleiräumen in Potsdam mehr als nur freundlich empfangen. Bereits beim Erstellen unserer Klageschrift standen uns die Anwältinnen der Kanzlei Streitbörger mit wertvollen Ratschlä-

gen zur Seite und luden uns auch zur ausführlichen Besprechung in die Kanzlei ein. Dafür sind wir ihnen sehr dankbar.

D. VERHANDLUNGEN IN HANNOVER

Am 9. Oktober reisten wir schließlich nach Hannover für die mündlichen Verhandlungen. Nach einem gelungenen Begrüßungsabend folgten am Donnerstag und Freitag die Verhandlungen in der Gruppenphase gegen die Teams der Universitäten Greifswald, Erlangen, Bayreuth und Leipzig. Von den insgesamt 31 Teams kamen lediglich die besten acht in das Viertelfinale weiter, weshalb ein überzeugendes Auftreten von Anfang an entscheidend war. Nach vier packenden Verhandlungen in der Gruppenphase hieß es, auf die Verkündung der Viertelfinal-Paarungen am Samstagmittag zu warten. Das Feedback der Jurorinnen und Juroren ließ uns hierbei zuversichtlich auf die KO-Phase blicken.

Vor der Verkündung am Samstag genossen wir jedoch noch den Bankett-Abend, der dieses Jahr im Welfenschloss der Leibniz Universität Hannover stattfand. Bei leckerem Essen und toller Musik der BRAK-Brothers konnten wir so noch einmal besonders die Zeit in Hannover genießen und weitere Kontakte knüpfen.

Am nächsten Tag folgte schließlich die Verkündung, auf die wir gespannt blickten. Umso größer war die Freude, als wir als letztes Team des Viertelfinales in der Verhandlung gegen das Team II der FU Berlin aufgerufen wurden. Für Nora und Leon ging es in einer intensiven Verhandlung um den Einzug in das Halbfinale. Die Anspannung bei der anschließenden Verkündung der Halbfinal-Paarungen war größer denn je – ebenso der Jubel, als unser Einzug in das Halbfinale verkündet wurde. So ging unsere Reise weiter und im zweiten Halbfinale traten Henrik und Henry gegen den späteren Gesamtsieger, das Team II der Universität Leipzig an. Eine ausgewogene und ebenso intensive Verhandlung später wurde zwar unser Ausscheiden bekannt gegeben, nichtsdestotrotz überwog der Stolz über das Erreichte. So gingen vier Tage wertvoller Erfahrungen zu Ende und wir fuhren erschöpft, aber glücklich nach Potsdam zurück.



Henrik Schulz, Leon Langer, Nora Hörhmann und Henry Kochanowski an der Leibniz-Universität Hannover, im Continental-Hochhaus, am 11.12.24

E. FAZIT UND AUSBLICK

Die letzten Monate haben uns als Team zusammengeschweißt, aber auch jeden Einzelnen fachlich sowie persönlich wachsen lassen. Der Wettbewerb ermöglichte uns einen authentischen Einblick in den Anwaltsberuf und ist eine ausgezeichnete Möglichkeit, sich mit anderen Mooties zu vernetzen (und vielleicht in der Zukunft das ein oder andere Mal vor Gericht wiederzusehen). Das Ziel der Veranstalter, bei den Studierenden das Interesse zu wecken, später als Rechtsanwältin oder Rechtsanwalt zu arbeiten, wurde bei uns vollumfänglich erfüllt.

Interessierten Studierenden empfehlen wir von ganzem Herzen, an diesem Wettbewerb teilzunehmen. Eine Teilnahme ist dabei schon ab dem zweiten Fachsemester möglich, Vorkenntnisse vor allem im Bereich des anwaltlichen Berufsrechts sind nicht erforderlich. Zwischen den intensiven Schriftsatzphasen und den anschließenden Pleadings bleibt auch – ein gewisses Engagement vorausgesetzt – genug Zeit, Urlaub zu machen und universitären Verpflichtungen (z.B. Hausarbeit) nachzukommen. Wertvolle Fähigkeiten für eine

Teilnahme sind Improvisationsvermögen, ein Bewusstsein für Eigenverantwortung, ein ausgeprägter Teamgeist sowie Durchhaltevermögen.

Nach einer gelungenen Teilnahme besteht darüber hinaus die Möglichkeit, mit der gewonnenen Erfahrung die nachfolgenden Teams u.a. als Coach zu begleiten, um so die erfolgreiche Teilnahme der Universität Potsdam am Soldan Moot Court auch für die zukünftigen Auflagen nachhaltig zu sichern.

Wir bedanken uns bei unseren Coaches Jan und Christoph und allen anderen Unterstützenden für die vergangenen Monate und freuen uns schon sehr darauf, nächstes Jahr bei der nächsten Ausgabe des Soldan Moot Courts wieder dabei zu sein!

Ein Blick in die Schlüsselqualifikation „Legal-UP“ – die studentische Rechtsberatung an der Universität

Hedwig Vogel; Mohamad Soliman; Justin Perko*

Wir studieren J u r a – oder, für die matetrikenden, segelschuhbegeisterten oder perlenohrringtragenden Mitmenschen, Rechtswissenschaft. Doch Hand aufs Herz: Warum eigentlich?

Abseits der Aussicht auf sechsstelligen Einstiegsgehälter in Großkanzleien beginnen nicht wenige Studierende dieses Studium mit ehrbaren Zielen. Sie möchten Menschen helfen, für Gerechtigkeit kämpfen oder schlichtweg etwas „Gutes“ in der Welt bewirken. Kurz gesagt: Sie beginnen ihr Studium mit Idealismus.

Doch schnell holt sie die Rechtswissenschaft mit eher theoretischen Fragestellungen wie dem gutgläubigen Dritterwerb einer Hypothek, dem Dreiecksbetrug oder Annexanträgen ein und man kann sich die Frage stellen: Wie verliert man dabei nicht den Blick für das „wahre Leben“?

Zum Beispiel mit *Legal-UP*, der Law Clinic der Universität Potsdam, in die wir Euch mit diesem Beitrag einen ersten Einblick gewähren wollen. Denn mit *Legal-UP* könnt Ihr im Rahmen der Schlüsselqualifikation oder als Ehrenamtler*innen bereits während Eures Studiums einen Hauch Praxisluft schnuppern.

A. SEIT WANN GIBT ES LEGAL-UP?

Die studentische Rechtsberatung *Legal-UP* wurde im Jahr 2022 an der Fakultät unter der Schirmherrschaft von *Frau Prof. Dr. Susanne*

Hähnchen gegründet.¹ Bereits 2011 initiierte *Prof. Dr. Hähnchen* eine studentische Rechtsberatung an der Universität Bielefeld, gefolgt von „*CariLaw*“ ebenfalls in Bielefeld im Jahr 2017 in Kooperation mit der Caritas.² Zuvor bestand bis zum frühen Tod von *Prof. Dr. Götz Schulze* eine studentische Rechtsberatung für das Integrationsrecht an der Universität Potsdam

B. WAS MACHT LEGAL-UP?

Innerhalb einer solchen studentischen Rechtsberatung sollen Studierende unter der Anleitung von professionellen Anwält*innen ihre ersten Rechtsberatungen von realen Fällen üben und vornehmen. Grundlage für die studentische Beratungstätigkeit bildet § 6 II RDG. Gemäß § 6 II RDG dürfen unentgeltliche Rechtsdienstleistungen erbracht werden, sofern sie unter der fachlichen Anleitung von Volljurist*innen erfolgen.³ Dabei sind wir kontinuierlich auf der Suche nach engagierten Volljurist*innen, die uns ehrenamtlich unterstützen und ihr Fachwissen einbringen möchten. Der Arbeitsaufwand der Volljurist*innen ist dabei jeweils auf zwei Beratungstermine begrenzt. Durch ihr Engagement erhalten unsere Studierenden die Möglichkeit, ihr theoretisches Wissen praxisnah anzuwenden.⁴

Die Mitarbeit von Euch Studierenden kann auf zwei Wegen erfolgen: über das Absolvieren einer Schlüsselqualifikation oder eine ehrenamtliche Tätigkeit (idealerweise nach dem Absolvieren der Schlüsselqualifikation).

* Die Autor*innen sind Mitarbeiter*innen des Lehrstuhls von *Prof. Dr. Susanne Hähnchen* und Projektkoordinatoren der studentischen Rechtsberatung *Legal-UP*.

1 Gründungsteam: *Franke, Vanessa; Paasch, Fabienne; Soliman, Mohamad*.

2 Dazu *Hähnchen*, ZPR 2016, 84.

3 Für weitere Informationen siehe hierzu: *Franke/Paasch/Soliman*, AnwBl 2023, 357.

4 Falls Sie uns als Volljurist*in gerne unterstützen möchten, schreiben Sie an legal-up@uni-potsdam.de.

C. ABLAUF DER SCHLÜSSELQUALIFIKATION

Im Rahmen Eurer nach § 6 I Nr. 4 BbgJAG i.V.m. § 5a III 1 DRiG für die staatliche Pflichtfachprüfung verpflichtend zu absolvierenden Schlüsselqualifikation erhaltet Ihr einen ersten Einblick in die Welt der Rechtsberatung. Dabei findet zum Beginn jedes Semesters eine Einführungsveranstaltung statt, in der Ihr grundlegende Kenntnisse der Rechtsberatung sowie ausgewählte Soft-Skills erlernt. Gut gerüstet beginnt Ihr dann mit Eurem ersten Mandat.

Mandatsanfragen werden bei uns digital über unser Kontaktformular eingereicht und anschließend von uns sorgfältig ausgewählt.⁵ Denn nicht jede Anfrage eignet sich für die Bearbeitung durch Studierende. Zwar berät *Legal-UP* grundsätzlich in allen Rechtsgebieten, doch unter Beachtung unserer fachlichen und organisatorischen Möglichkeiten müssen wir bei der Mandatsannahme einige Einschränkungen machen. Als Leitlinie dient Euch hierbei unsere Beratungsvereinbarung, die die Mandatsannahme strukturiert und transparent erklärt.⁶

Nachdem passende Mandate gefunden wurden, wird jeweils ein Mandat an zwei Studierende vergeben, die bei der Bearbeitung als Team zusammenarbeiten. Mit der Zuteilung erhaltet Ihr ein Data-Sheet mit allen relevanten Informationen zum Fall sowie einen Link zu unserer E-Akte, denn anders als unsere Gerichte und viele Anwaltskanzleien arbeiten wir schon 100% digital. In unserer E-Akte befindet sich dann das zugrunde liegende Rechtssuchen unseres Mandaten und allgemeine Hinweise und Dokumente für Euch.

Um den Anforderungen des § 6 II RDG zu entsprechen und zugleich eine gleichbleibend hohe Qualität der Rechtsberatung zu garantieren, erhalten die Studierenden neben den Fallinformationen auch die Kontaktdaten des*r Volljurist*in. Diese haben sich für den spezifischen Fall bei uns gemeldet, engagieren sich

damit ehrenamtlich und tragen maßgeblich zur Arbeit unserer studentischen Rechtsberatung bei. Die Volljurist*innen übernehmen dabei die fachliche Überwachung und Anleitung der Studierenden während des Beratungsprozesses.

Die Beratung erfolgt dann grundsätzlich in zwei Gesprächen. Im ersten Termin wird der Sachverhalt ausführlich erörtert und, falls erforderlich, werden weitere Dokumente von den Mandant*innen angefragt. Im zweiten Gespräch präsentieren die Studierenden den Rechtsuchenden eine juristische Lösung, die zuvor mit dem Volljuristen bzw. der Volljuristin abgestimmt wurde.

Dabei liegt die Terminkoordination für die Beratungsgespräche in der Verantwortung der Studierenden. Diese können nach Absprache mit den betreuenden Volljurist*innen entweder vor Ort (z.B. in unserem Büro oder der Kanzlei des*r Volljurist*in) oder digital stattfinden.

Das Ergebnis sowie die erarbeitete Lösung werden von den Studierenden dann in unserer E-Akte dokumentiert, an uns gesendet und von unserem Team geprüft. Nach erfolgreicher Abgabe der E-Akte erwerben die Studierenden die Schlüsselqualifikation im Sinne des § 6 I Nr. 4 BbgJAG i.V.m. § 5a III 1 DRiG, die als Zulassungsvoraussetzung für die staatliche Pflichtfachprüfung von den Prüfungsämtern anerkannt wird.

D. EHRENAMTLICHE TÄTIGKEIT BEI LEGAL-UP

Neben dem Erwerb der Schlüsselqualifikation besteht die Möglichkeit, sich ehrenamtlich bei *Legal-UP* zu engagieren. Idealerweise sollten Interessierte bereits die entsprechende Schlüsselqualifikation und die Zwischenprüfungen absolviert haben. Der Ablauf der Rechtsberatung gleicht sich weitgehend mit dem unter B. beschriebenen Verfahren.

Doch die ehrenamtliche Tätigkeit bei *Legal-UP* ist weit mehr als eine „Lebenslauf-Verschönerung“. Sie bietet genau wie die Schlüs-

5 Siehe: *Universität Potsdam*, Studentische Rechtsberatung an der Universität Potsdam, www.legal-up.de (zuletzt abgerufen am 01.02.2025).

6 Siehe: *Legal-UP*, Beratungsrichtlinien, www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/legal-up/Logos/19112024_Beratungsvereinbarung.pdf (zuletzt abgerufen am 01.02.2025).

selqualifikation die Möglichkeit, neue Kommilitoninnen kennenzulernen, wertvolle Erfahrungen zu sammeln und gleichzeitig einen sinnvollen Beitrag zu einer gerechteren Gesellschaft zu leisten. Darüber hinaus eröffnet sie die Möglichkeit, sich effektiv mit den beteiligten Praktikern zu vernetzen und so wertvolle Kontakte für die berufliche Zukunft zu knüpfen. Zusätzlich besteht das Angebot von regelmäßigen Treffen sowie themenbezogenen Vorträgen zu Fragen der Rechtsberatung.

E. DAS ERWARTET EUCH ZUKÜNFTIG: LEGAL-UP - BEST PRACTICE

In Zukunft möchten wir Euch mit auf die juristische Reise von *Legal-UP* nehmen und Euch in der **studere* echte Best-Practice-Fälle aus unserer Beratung vorstellen. Diese Einblicke sollen Euch einerseits zeigen, wie praxisnah und bereichernd die Schlüsselqualifikation „*Legal-UP*“ für Euch sein kann und andererseits Euer juristisches Wissen zu den Themenschwerpunkten des Falls auffrischen.

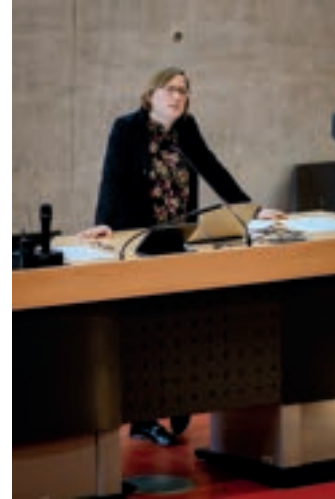
F. UNSERE VISION

Unser Ziel ist es, Recht für jeden zugänglich zu machen – für Studierende die praktischen Erfahrungen sammeln wollen und für Menschen, die rechtliche Unterstützung brauchen, sich aber nicht selbst ermöglichen können. Für die gute Sache bleiben wir dran: für mehr Praxis im Studium, mehr Gerechtigkeit und eine lebendige Gemeinschaft, die gemeinsam etwas bewegt.

Wer ist neu an der Fakultät?

Wir freuen uns Frau Prof. Dr. Geneuss an der Universität Potsdam begrüßen zu dürfen. Anlässlich ihrer beginnenden Tätigkeit an unserer Fakultät, durften wir Frau Prof. Dr. Geneuss interviewen. Anhand Ihrer Antworten möchten wir Ihnen unsere neue Professorin, und insbesondere ihre Forschungsinteressen, näher vorstellen.

Seit 2024 ist Frau Prof. Dr. Geneuss Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsvergleichung an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam. Wir freuen uns sehr darüber, dass Frau Prof. Dr. Geneuss den Ruf an unsere Fakultät angenommen hat und die strafrechtliche Lehre bereichert.



Prof. Dr. Julia Geneuss, Campus Griebnitzsee H03
Bild: Laszlo Liebman

Frau Prof. Dr. Geneuss, warum haben Sie sich entschieden Professorin zu werden und warum haben Sie die Universität Potsdam ausgewählt?

Die Entscheidung, in der Wissenschaft zu bleiben, habe ich erst recht spät getroffen. Ich hatte nach dem ersten Staatsexamen zwar schon überlegt, zu promovieren, mich dann aber doch entschieden, erst das Referendariat zu absolvieren. Es war ein eher glücklicher Zufall, dass ich dann unmittelbar nach dem zweiten Staatsexamen eine Stelle als wissenschaftliche Mitarbeiterin im Bereich des internationalen Strafrechts an der HU Berlin bekommen habe, sonst wäre ich vielleicht in einem Ministerium, bei einer NGO oder bei einer internationalen Organisation gelandet. Während der Promotionszeit habe ich dann gemerkt, dass mir die Wissenschaft liegt und viel Freude bereitet, so dass ich mich entschlossen habe, danach auch noch zu habilitieren. Nach Abschluss der Habilitation an der Uni Hamburg war ich dann erst ein Jahr Professorin an der Uni Bremen. Als ich dann einen Ruf nach Potsdam bekommen habe, habe ich aus verschiedenen Grün-

den zugesagt, unter anderem weil sich aus der Nähe zur Hauptstadt verschiedene Kooperationen im Bereich des internationalen Strafrechts ergeben, die ich für Forschung und Lehre nutzen kann, und auch, weil ich in Berlin wohne.

Was sind Ihre Forschungsinteressen/ Schwerpunkte?

Ich bin Professorin für Strafrecht und beschäftige mich daher, vor allem auch in der Lehre, mit deutschem Straf- und Strafverfahrensrecht. Mein Forschungsschwerpunkt ist das Internationale Strafrecht, ganz konkret das Völkerstrafrecht. Hier beschäftige ich mich beispielsweise mit dem Recht und der Praxis des Internationalen Strafgerichtshofs in den Haag, vor allem aber auch mit dem deutschen Völkerstrafgesetzbuch und den völkerstrafrechtlichen Verfahren, die vor deutschen Gerichten geführt werden. Zudem arbeite ich sehr gerne rechtsvergleichend: Beschäftigt man sich mit der Rechtslage in anderen Staaten, schärft das nochmal den Blick auf das eigene Recht.

Was war im Studium Ihr Lieblingsfach?

Im Studium haben mir sowohl das Strafrecht als auch das Öffentliche Recht am meisten Spaß gemacht. Später fand ich beides vor allem in seinen internationalen Bezügen interessant, also wie das deutsche Strafrecht völkerrechtlich oder unions- und europarechtlich beeinflusst wird. So bin ich dann auch bis heute beim Internationalen Strafrecht geblieben.

Welche Tipps und Empfehlungen haben Sie für die Studierenden?

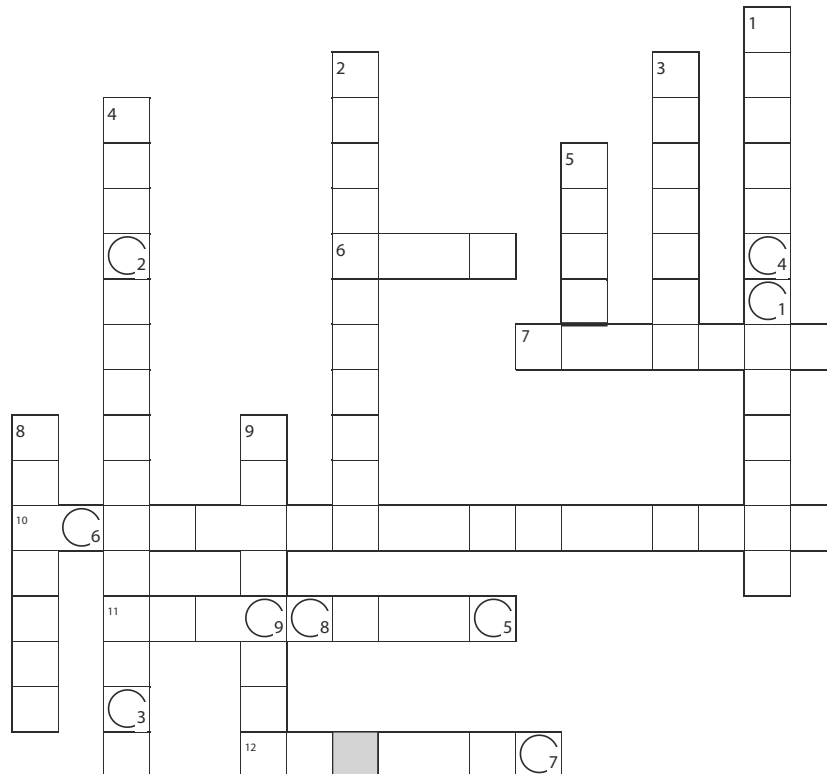
Ich wünsche Studierenden, dass sie die Möglichkeit haben, sich mehr Zeit für das Studium zu nehmen, sich von den eigenen Interessen leiten zu lassen und auch mal Vorlesungen und Seminare zu besuchen, die für den Studienverlauf nicht unmittelbar zwingend sind, über den eigenen Horizont hinauszuschauen und ein Semester im Ausland zu studieren, sich gesellschaftlich und hochschulpolitisch zu engagieren und Freundschaften für das Leben zu knüpfen. Und natürlich: Die Dinge kritisch zu hinterfragen, mit den Dozentinnen und Kommilitonen zu diskutieren und so viele Klausuren mitzuschreiben wie möglich.

Wir bedanken uns ganz herzlich und wünschen ihr eine spannende Zeit an der Universität Potsdam!

KREUZWORTRÄTSEL

Name:

1 Lösungswort



1. Was hat ein Verwaltungsakt, wenn dieser bei dem einem Betroffenen begünstigend wirkt, wiederum bei dem anderen belastend, vgl. § 80a VwGO?
2. Wie nennt man die Aufgabe des Besitzes einer beweglichen Sache durch den Eigentümer, in der Absicht auf das Eigentum zu verzichten? (vgl. § 959 BGB)
3. Eine der vier kreisfreien Städte in Brandenburg?
4. Das Ermittlungsverfahren beginnt bei ... der Staatsanwaltschaft (§ 152 II StPO)
5. Kinder unter ... Jahren können nach der h.M. nicht arglos sein, sofern die natürlichen Abwehrreflexe aktiviert sind, vgl. § 211 I, II Gr. 2 Var. 1 StGB
6. Der EuGH begründete die unmittelbare Anwendung des Unionsrecht in der Entscheidung van Gend & ...? EuGH 05.02.1963 - 26/62
7. Das Äquivalent zur a.l.i.c. für Unterlassungsdelikte ist die ... libera in causa?
8. Wer gilt als Vater des Abstraktionsprinzip?
9. Der Vertrauensschaden schützt das ... Interesse (vgl. §122 BGB).
10. Der Betrug gem. §263 I StGB wird durch das ungeschriebene Tatbestandmerkmal der ... ergänzt.
11. In welchem Urteil wurde die „drei Stufen Theorie“ zur Berufsfreiheit (Art. 12 GG) entwickelt? BVerfGE 7, 377
12. Die Genehmigung (§ 184 I BGB) wirkt?

IMPRESSUM



Gruppenbild von der *studere Redaktion in Haus 1 am Campus Griebnitzsee, Bild von Laszlo Liebman

Fördermitglieder:

Frau Prof. Dr. Albrecht
Herr Prof. Dr. Bickenbach
Frau Cornelia Sophie Lange
Herr Prof. Dr. Steinberg
Herr Prof. Dr. Steinrötter
Herr Johannes Wendt
Frau Franziska Wilke
Herr Prof. Dr. Robert von Steinau-Steinrück
Frau Prof. Dr. Susanne Hähnchen

Werbe- und Förderpartner:

DOMBERT Rechtsanwälte PartGmbB
HSA Rechtsanwälte Hentschke & Partner Part mbB
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Schweitzer Fachinformationen oHG
Verein der Freunde und Förderer der Juristischen Fakultät der Universität
Potsdam

*studere – Rechtszeitschrift der Universität Potsdam e.V.
Campus Griebnitzsee
Raum K.002, Haus 3
August-Bebel-Straße 89
14482 Potsdam

Vorstand: Oskar Wernitz (Vorsitzender), Marieke Kramer (Stellvertre-
tende Vorsitzende), Hedwig Vogel (Finanzerin)

Redaktion: Jasmina Abdallah, Zeynep Eraslan, Paula Gilka, Theresa
Hemmerden, Melena Hermann, Malin Jostes, Jette Joswig, Tabata Kiala,
Nicolas Lindner, Victoria Miehe, Grace Stender, Timo Vonderau, Jasmin
Wiemann, Helene Stenzel, Paula Schmid, Carla Hinte.

Kontakt: studere@uni-potsdam.de

Umschlag und Layout: Laszlo Liebman, Klara Wernitz (Bachelorstu-
diengang Design: Produkt- und Kommunikationsdesign, HTW Dresden)

Druck: Druckhaus Sportflieger, Berlin

ISSN: 1867-6170

*Wir danken allen unseren Partnern für ihre großzügige Unterstüt-
zung, ohne die diese Ausgabe nicht realisierbar gewesen wäre.*

Für den Durchblick im Studium



Christina Eberl-Borges

Einführung in das chinesische Recht

2. Auflage 2025, 259 S.,
brosch., 29,90 €
ISBN 978-3-7560-0393-8
E-Book 978-3-7489-3486-8

Urs Kindhäuser | Eric Hilgendorf

Strafgesetzbuch

Lehr- und Praxiskommentar
10., völlig neu bearbeitete Auflage
2025, 1.529 S., brosch., 59,- €
ISBN 978-3-7560-1352-4
Erhältlich als Printausgabe

Kathi Gassner | Sebastian Seith [Hrsg.]

Ordnungswidrigkeitengesetz

Handkommentar
3. Auflage 2025, 1.057 S.,
geb., 79,- €
ISBN 978-3-7560-0796-7
Erhältlich als Printausgabe

Waldemar Hummer | Christoph
Vedder | Stefan Lorenzmeier

Europarecht in Fällen

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs
der Europäischen Union, deutscher
und österreichischer Gerichte
8. Auflage 2025, 852 S.,
brosch., 39,90 €
ISBN 978-3-8487-7324-4
E-Book 978-3-7489-1332-0

Christoph Brüning

Deutsches Kommunalrecht

5. Auflage 2025, 787 S.,
geb., 89,- €
ISBN 978-3-7560-1398-2
Erhältlich als Printausgabe

Florian Faust

Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil

9. Auflage 2025, 367 S.,
brosch., 26,90 €
ISBN 978-3-7560-1275-6
E-Book 978-3-7489-4026-5

 Nomos
eLibrary nomos-elibrary.de

Bestellen Sie im Buchhandel oder
versandkostenfrei online unter nomos-shop.de

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



Nomos

Wir machen das, was Euch interessiert.

— Praktikum • Mitarbeit • Referendariat

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Potsdam • Düsseldorf

www.dombert.de

