Universität Potsdam

Norman Weiß (Hrsg.)

Rechtsentwicklungen im vereinten Deutschland

Potsdamer Studien zu Staat, Recht und Politik | 3

Norman Weiß (Hrsg.)
Rechtsentwicklungen im vereinten Deutschland

Potsdamer Studien zu Staat, Recht und Politik | 3

Norman Weiß (Hrsg.)

Rechtsentwicklungen im vereinten Deutschland

Universitätsverlag Potsdam

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

Universitätsverlag Potsdam 2011
http://info.ub.uni-potsdam.de/verlag.htm

Am Neuen Palais 10, 14469 Potsdam
Tel.: +49 (0)331 977 4623 / Fax: 3474
E-Mail: verlag@uni-potsdam.de

Die Schriftenreihe **Potsdamer Studien zu Staat, Recht und Politik** wird herausgegeben von Norman Weiß.

ISSN (print) 1869-2443
ISSN (online) 1867-2663

Das Manuskript ist urheberrechtlich geschützt.
Druck: docupoint GmbH Magdeburg

ISBN 978-3-86956-018-2

Zugleich online veröffentlicht auf dem Publikationsserver der Universität Potsdam:
URL http://pub.ub.uni-potsdam.de/volltexte/2011/3618/
URN urn:nbn:de:kobv:517-opus-36180
[http://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:kobv:517-opus-36180]

Vorwort

In diesem Band sind die Beiträge versammelt, die auf der gemeinsam vom MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam und der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam veranstalteten Tagung „Rechtsentwicklung im vereinten Deutschland" am 20. November 2009 als Vorträge gehalten wurden. Leider war es Herrn Prof. Dr. Joachim Vogel, Eberhard-Karls-Universität Tübingen, aufgrund zahlreicher anderer Verpflichtungen nicht möglich, seinen Vortrag zum Thema „Europäisierung des Strafrechts" beizusteuern. Hinzugekommen ist ein für die Veröffentlichung abgefasster Beitrag des Herausgebers, der den Versuch unternimmt, einen die drei Fachsäulen überspannenden Bogen zu schlagen.

Potsdam, im Januar 2011
Norman Weiß

Inhalt

Vorwort *5*

Rechtsentwicklungen in der Bundesrepublik Deutschland nach 1990: externe und interne Bedingungen, eingeschlagene Pfade und (vorläufige) Ergebnisse
Norman Weiß *7*

Zwischen Vereinheitlichung und Vielfalt – Die Verwaltungsentwicklung im vereinten Deutschland
Veith Mehde *33*

Deutschland und das Völkerrecht nach der Wiedervereinigung: Ein Wechselspiel zwischen Entgrenzung und Begrenzung der auswärtigen Gewalt
Heike Krieger *53*

Die Europäisierung des Arbeitsrechts – dargestellt am Beispiel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs
Martin Franzen *71*

Informationsdefizite bei der Ausübung kaufrechtlicher Gewährleistungsrechte – Regelungslücke im reformierten Schuldrecht des vereinten Deutschlands?
Sebastian Mock *87*

IT-Strafrecht – Entstehung eines Rechtsgebiets
Karsten Altenhain *117*

Autoren

Rechtsentwicklungen in der Bundesrepublik Deutschland nach 1990: externe und interne Bedingungen, eingeschlagene Pfade und (vorläufige) Ergebnisse

Norman Weiß

I.

Wenn im Herbst des Jahres 2009 eine Konferenz unter dem Titel „Rechtsentwicklungen im vereinten Deutschland" durchgeführt wird, noch dazu an der Universität Potsdam, in dem Gebäude,[1] das einst die Akademie für Staat und Recht, ursprünglich gar nach Walter Ulbricht benannt, beherbergte und im Sperrgebiet der Berliner Mauer lag, so mag die Vermutung naheliegen, die Konferenz beschäftige sich mit der rechtlichen Aufarbeitung von Teilungsfolgelasten.[2]

Veranstalter und Referenten hatten demgegenüber verabredet, sich weder den zahlreichen Teilungsfolgelasten sowie deren rechtlichen und politischen Implikationen noch dem Jahrestag des freudigen Ereignisses selbst zuzuwenden. Dass es dem deutschen Volk 1989/90 gelungen war, die staatliche Einheit in freier Selbstbestimmung und friedlich nach in-

[1] Hierzu *Manfred Görtemaker* (Hrsg.), Die Universität Potsdam, Geschichte – Bauten – Umgebung, 2001, S. 98ff.

[2] Dies unternahm während des noch laufenden Prozesses eine verdienstvolle Konferenz in Heidelberg, vgl. *Othmar Jauernig/Peter Hommelhoff* (Hrsg.), Teilungsfolgen und Rechtsfriede, 1996. Dort äußerte sich *Hans Otto Bräutigam*, Vermag das Recht zur Bewältigung der Teilungsfolgen Rechtsfriede zu schaffen, ebd., S. 161-171, skeptisch zur alleinigen Problemlösungsfähigkeit des Rechts. Für eine umfassende Betrachtung aus derselben Zeit vgl. die Beiträge in *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IX: Die Einheit Deutschlands, Festigung und Übergang, 1997. Eine spätere Bilanz aus verfassungsrechtlicher Sicht findet sich bei *Hartmut Bauer*, Die Verfassungsentwicklung des vereinten Deutschland, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I: Historische Grundlagen, 3. Aufl. 2003, § 14, Rn. 12-48.

nen wie nach außen zu vollenden,[3] verdient zweifellos Respekt für die handelnden Individuen mit und ohne Amt, Dankbarkeit sowie ehrendes Angedenken. Notwendig ist darüber hinaus das Einweben dieses prächtigen Fadens in das Erinnerungsbild der Bundesrepublik Deutschland und seine Integration in das Verfassungsnarrativ.[4] Gerade in der Lehre stellt dies eine stets wiederkehrende Herausforderung dar. Doch die Konferenz wollte eine andere, nicht minder wichtige Bilanz ziehen.

Die Frage, der die Konferenz nachging, lautet: Wie haben sich einzelne Rechtsgebiete in den zurückliegenden zwanzig Jahren weiterentwickelt? Wir betrachten damit einen Zeitraum neuer Bedingungen, Möglichkeiten, Notwendigkeiten und Herausforderungen. Der vorliegende Beitrag unternimmt es, diese Matrix zu skizzieren.

II.

In der Folge des Zwei-plus-Vier-Vertrags[5] ist das Land souverän; alliierte Vorbehalte und Verantwortung für Deutschland als Ganzes gehören der Vergangenheit an. Im Vertrag von Maastricht[6] (1992) wurde die Europäische Union gegründet und während der Zeit danach, mal sachte, mal stärker mäandernd weiterentwickelt,[7] um die „immer engere Union der Völker Europas" (Art. A Abs. 2 Vertrag von Maastricht, heute Art. 1 Abs.

[3] Vgl. *Michael Kilian*, Der Vorgang der deutschen Wiedervereinigung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Grundlagen (Fn. 2), § 13, S. 597-667. Siehe außerdem *Tilman Mayer* (Hrsg.), 20 Jahre Deutsche Einheit, Erfolge, Ambivalenzen, Probleme, 2010.

[4] Generell zu dieser Funktion der Verfassung: *Peter Häberle,* Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998, S. 920ff.; *ders*., Europäische Verfassungslehre, 6. Aufl. 2009, S. 31ff. und passim. *Golo Mann* betont im Vorwort von 1991 zur Neuauflage seiner Deutschen Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts, Geschichte sei Erzählung, die analysiert werden müsse (*Golo Mann*, Deutsche Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts, Erstveröffentlichung 1958, Neuauflage 1992, Vorwort, S. 15). Zwei Beispiele für diese Erzählung der Wiedervereinigung seien genannt: *Heinrich August Winkler*, Der lange Westen, 2. Band: Deutsche Geschichte vom „Dritten Reich" bis zur Wiedervereinigung, 5. Aufl. 2002, S. 489ff.; *Edgar Wolfrum*, Die geglückte Demokratie, Geschichte der Bundesrepublik Deutschland von ihren Anfängen bis zur Gegenwart, 2006 (Tb. 2007), S. 431ff.

[5] Vom 12. September 1990, BGBl. 1990 II 1317 (in Kraft seit dem 15. März 1991).

[6] Vom 7. Februar 1992, BGBl. 1992 II 1251 (in Kraft seit dem 1. November 1993).

[7] Die Dialektik von Krise und Reform wird prägnant auf den Punkt gebracht von *Olaf Leiße*, Wandel durch Annäherung: Zur Steuerung der Reformpolitik in der Europäischen Union, in: ders. (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 9-20.

2 EUV) zu verwirklichen.[8] Das Internet steht erst seit 1993 der Bevölkerung zur Verfügung. Im Jahre 1997 haben gerade einmal 4,1 Millionen Menschen in Deutschland das Internet gelegentlich genutzt, im Frühjahr 2010 sind demgegenüber 49 Millionen Menschen in Deutschland gelegentlich „online", von denen 48,1 Millionen eine Onlinenutzung während der letzten vier Wochen vor der Befragung angeben.[9]

Mit der Auflösung der UdSSR im Jahre 1991 werden bisherige Sowjetrepubliken in die Unabhängigkeit und die Staaten ihres mitteleuropäischen Cordon sanitaire in die tatsächliche Selbstbestimmung entlassen. Ein neues kulturelles und politisches Setting[10] eröffnet Handlungsspielräume: Die internationale Zusammenarbeit blüht auf, die Vereinten Nationen sind von der Fessel der Blockkonfrontation befreit und dürfen zeigen, dass sie effektiv arbeiten können.[11] Der mitunter schleppende und stets fragile Helsinki-Prozess nimmt neue Fahrt auf und erreicht mit der Charta von Paris[12] einen vielversprechenden Höhepunkt.[13] Die bislang auf Westeuropa beschränkte Europäische Gemeinschaft und der Europarat erleben eine neue Blüte und nehmen zahlreiche Mitglieder aus dem früheren sowjetischen Machtbereich auf. Die europäische Integration wird durch die Vergemeinschaftung immer weiterer Politikbereiche vertieft und gipfelt in der Währungsunion.[14]

8 Der mit dem Verfassungsvertrag (29. Oktober 2004) intendierte qualitative Sprung scheiterte spektakulär an Abstimmungen in Frankreich und den Niederlanden, so dass im Vertrag von Lissabon (13. Dezember 2007) der übliche, evolutive Prozess der Weiterentwicklung gewählt wurde. Hierzu *Albrecht Weber*, Vom Verfassungsvertrag zum Vertrag von Lissabon, in: EuZW 2008, S. 7-14; *Joachim Wuermeling*, Der Reformvertrag – das Ende der Verfassungsvision?, in: Ingolf Pernice (Hrsg.) Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung?, 2008, S. 25-31.

9 Quelle: ARD/ZDF Onlinestudie 2010, in: Media Perspektiven 7-8/2010, S. 334-349 (S. 335), abrufbar unter http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/fileadmin/Online10/07-08-2010_van_Eimeren.pdf (besucht am 11. November 2010).

10 *Ivan T. Berend*, Europe since 1980, 2010, S. 96ff., behandelt "the new cultural and political setting", das sich in den 1980er Jahren abzeichnete.

11 *Volker Rittberger/Martin Mogler/Bernhard Zangl*, Vereinte Nationen und Weltordnung, Zivilisierung der internationalen Politik?, 1997; *Helmut Volger*, Geschichte der Vereinten Nationen, 2. Aufl. 2008, S. 163ff.

12 Vom 21. November 1990, Bulletin der Bundesregierung 1990, S. 1409ff.

13 *Norman Weiß*, 25 Jahre Schlußakte von Helsinki, in: MRM 2000, S. 160-172 (S. 163f.).

14 Zu dieser *Martin Selmayr*, Die Wirtschafts- und Währungsunion als Rechtsgemeinschaft, in: AöR 1999, S. 357-399.

Das Wort *Francis Fukuyamas* vom „Ende der Geschichte“[15], das eingangs des ersten Jahrzehnts gesprochen wurde, galt rasch[16] und gilt vielen noch heute als voreilig[17]. Zwar ist der Kalte Krieg Geschichte,[18] aber das Leben, das morgen Geschichte sein wird, ist seither weitergegangen. Spätestens mit dem 11. September 2001 war klar, dass neue Erschütterungen, andere Gegnerschaften und Risiken das Tempo und die Handlungsspielräume vorgeben: Terrorismus, Klimawandel und internationale Finanzkrise sind die Paradigmen des zweiten Nachwendejahrzehnts geworden und werden es auf absehbare Zeit wohl auch bleiben.[19]

Der Zeitraum kann allerdings – gerade auch in Europa – nicht als reine Erfolgsgeschichte erzählt werden. Die europäische Integration verzettelt sich zwischen Vertiefung und Erweiterung,[20] der Verfassungsvertrag scheitert in den Volksbefragungen zweier EWG-Gründungsmitglieder und wird als volksfernes Elitenprojekt gebrandmarkt[21]. Die weltweite Finanzkrise offenbart Schwächen der Wirtschafts- und Währungsunion, deren unmittelbare Folgen nur mit ungedeckten Schecks in Milliardenhöhe abgewendet werden können.[22]

15 *Francis Fukuyama*, The End of History, in: The National Interest, 27. August 1989, S. 27-46; *ders*., The end of history and the last man, 1992.

16 Vgl. nur die Rezensionen von *Stephen Holmes*, in: New Republic, 23. März 1992, S. 27-32, und *John Dunn*, in: Times Literary Supplement, 24. April 1992, S. 6. Ferner *Gregory Elliott*, The Cards of Confusion: Reflections on Historical Communism and the “End of History”, in: Christopher Bertram/Andrew Chitty (Hrsg.), Has History Ended? Fukuyama, Marx, Modernity, 1994, S. 46-64.

17 Etwa *Hans Vorländer*, Die Wiederkehr der Politik und der Kampf der Kulturen, in: APuZ B 52-53/2001, S. 3-6; erneut *Gregory Elliot,* Ends in Sight, Marx/Fukuyama/Hobsbawm/Anderson, 2008. Differenzierend *Howard Williams/David Sullivan/Gwynn Matthews*, Francis Fukuyama and the End of History, 1997; *Henk de Berg*, Das Ende der Geschichte und der bürgerliche Rechtsstaat, Hegel – Kojève – Fukuyama, 2007.

18 Anschaulich *Bernd Stöver*, Der Kalte Krieg 1947-1991, Geschichte eines radikalen Zeitalters, 2007; *John Lewis Gaddis*, The Cold War: A New History, 2005.

19 Vgl. nur *Ulrich Beck*, Weltrisikogesellschaft, 2007; *Ernst-Otto Czempiel*, Weltpolitik im Umbruch, Die Pax Americana, der Terrorismus und die Zukunft der internationalen Beziehungen, 4. Aufl. 2003.

20 Hierzu *Jeffrey A. Karp/Shaun Bowler*, Broadening and deepening or broadening versus deepening: The question of enlargement and Europe’s ‘hesitant Europeans’, in: European Journal of Political Research 45 (2006), S. 369-390.

21 Vgl. supra Fn. 8 sowie *Max Haller*, Die Europäische Integration als Elitenprozess, Das Ende eines Traums?, 2009, S. 23ff.

22 Vgl. nur *André Schmitz*, Die Wirtschafts- und Finanzkrise 2008/09: Die erste Bewährungsprobe für die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion, in: Integration 2009, S. 388-397; *Günther Chaloupek* (Hrsg.), Finanzkrise und Divergenzen in

Weltweit sieht es nicht besser aus: Abgesehen vom Kontinuum des Nahost-Konflikts[23] ist an den Krieg um Kuwait[24] zu erinnern und sind das Zerfleischen der ehemals jugoslawischen Völker,[25] die Rückkehr des Völkermordes nach Europa und das Auftrumpfen des Nationalismus zu nennen. Beide Krisen – Kuwait und Jugoslawien – wurden zu Bewährungsproben für die Systeme kollektiver Sicherheit.[26] Das gesamte System der UN-Friedensmissionen muss in der Folge auf den Prüfstand und bekommt im sogenannten Brahimi-Bericht[27] einen möglichen Weg in die Zukunft gewiesen.[28] Auf den Völkermord in Ruanda reagierte die internationale Gemeinschaft lange mit Verschleppungstaktik und Versagen, dann, als es zu spät war, mit Fassungslosigkeit.[29] Völkerrechtliche Innovationen, die hieraus unmittelbar folgten, waren die internationalen Ad-hoc-Straftribunale für Ruanda und für das ehemalige Jugoslawien[30] sowie die internationalisierte Verwaltung des Kosovo (UNMIK)[31]. Der

der Wirtschaftsentwicklung als Herausforderung für die Europäische Währungsunion, 2009.

23 Hierzu etwa: *Roger O'Keefe*, Israel/Palestine: Sixty Years On, in: Thomas Giegerich/Alexander Proelß (Hrsg.), Krisenherde im Fokus des Völkerrechts – Trouble Spots in the Focus of International Law, 2010, S. 13-55.

24 Vgl. *Gunther Hellmann*, Der Krieg um Kuwait, in: APuZ 1991 7-8, S. 12-26; *Peter Billing*, Der Konflikt um Kuwait, Vorgeschichte, Verlauf und Lösungsansätze (HSFK-Report 1990/8), 1990.

25 Siehe *Marie-Janine Calic*, Krieg und Frieden in Bosnien-Hercegovina, erw. Neuausgabe 1996; *Peter Imbusch*, Der Staatszerfall in Jugoslawien, in: ders. (Hrsg.), Friedens- und Konfliktforschung, Eine Einführung, 2010, S. 221-248.

26 So auch *Andreas F. Bauer*, Effektivität und Legitimität, Die Entwicklung der Friedenssicherung durch Zwang nach Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen unter besonderer Berücksichtigung der neueren Praxis des Sicherheitsrats, 1996, S. 113ff., 163ff. Vgl. auch *Kathrin Ahlbrecht u.a.*, Konfliktregelung und Friedenssicherung im internationalen System, 2009, S. 160ff., 178ff.

27 Bericht der Sachverständigengruppe für die Friedensmissionen der Vereinten Nationen, UN-Dok. A/55/305-S/2000/809 vom 21. August 2000.

28 Für eine umfassende Einordnung siehe *Manuel Fröhlich*, Keeping track of UN peace-keeping: Suez, Srebrenica, Rwanda and the Brahimi report, in: MPUNYB 2001, S. 185-248. Für eine Bilanz vgl. nur *Thorsten Benner/Philipp Rotmann*, Zehn Jahre Brahimi-Bericht, Die UN-Friedenssicherung steht weiterhin vor großen Herausforderungen, in: VN 2010, S. 115-119.

29 Vgl. zum gesamten Komplex *Linda Melvern*, Ruanda, Der Völkermord und die Beteiligung der westlichen Welt, 2004.

30 Zur Errichtung beider Ad-hoc-Tribunale vgl. *Dagmar Stroh*, Die nationale Zusammenarbeit mit den Internationalen Straftribunalen für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda, 2002, S. 8-46, und *Virginia Morris/Michael P. Scharf*, The International Criminal Tribunal for Rwanda, 1998, S. 75-115.

31 Zu diesem sehr kontrovers diskutierten Thema vgl. *Jürgen Friedrich*, UNMIK in Kosovo: Struggling with Uncertainty, in: MPUNYB 2005, S. 225-293.; *Hansjörg*

Irak-Krieg des Jahres 2003 wird ex post überwiegend als völkerrechtswidrig eingeschätzt.[32] Militärische Gewalt ist als Handlungsoption noch immer nicht tabu, wie beispielsweise das Vorgehen Russlands in Tschetschenien (1994-1996, 1999-2009) und Georgien (2008) zeigt.[33] Der Abwehrkampf gegen den internationalen Terrorismus führte dazu, dass die USA rechtsstaatliche Grundsätze über Bord warfen und Freiheitsrechte missachteten.[34]

Die fortschreitende wirtschaftliche Globalisierung[35] führt zu einer immer stärkeren faktischen Verknüpfung der nationalen Volkswirtschaften, die zahlreiche rechtliche Implikationen mit sich bringt. Dies bezieht sich einerseits auf völkerrechtliche Sonderregime wie die Welthandelsorganisation (WTO)[36] und zielt andererseits auf die langfristigen Folgen der Wirtschaftsmigration[37]. Jenseits aufenthaltsrechtlicher Fragen und

Eiff, Die Vereinten Nationen als Staatengründer? Der Fall Kosovo, in: Sabine von Schorlemer (Hrsg.), Globale Probleme und Zukunftsaufgaben der Vereinten Nationen, 2006, S. 83-95; *Daniel Sven Smyrek*, Internationally Administered Territories – International Protectorates? An Analysis of Sovereignty over Internationally Administered Territories with Special Reference to the Legal Status of Post-War Kosovo, 2006.

32 Einzelheiten zu möglichen rechtlichen und politischen Rechtfertigungsversuchen bietet *Michael Bothe*, Der Irak-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot, in: AVR 2003, S. 255-271. Eindeutig *Thomas Bruha*, Irak-Krieg und Vereinte Nationen, in: AVR 2003, S. 295-313 (S. 297): „völkerrechtswidrige[r] Krieg"; differenzierend *Markus Kotzur,* Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand? Politische Einheitsbildung im Zeichen der Prävention – eine Skizze, in: AVR 2004, S. 353-388 (S. 375ff.).

33 Siehe *Hans Krech*, Der russische Krieg in Tschetschenien (1994-1996), Ein Handbuch; mit einem Sicherheitskonzept zur Einbindung der Russischen Föderation in die NATO und die Europäische Union, 2. Aufl. 2000; *Erich Reiter* (Hrsg.), Die Sezessionskonflikte in Georgien, 2009; *Ronald D. Asmus*, A little war that shook the world, Georgia, Russia, and the future of the West, 2010.

34 Zum Paradigma des Lagers siehe *Giorgio Agamben*, Homo sacer, Die souveräne Macht und das nackte Leben. 2002, S. 127ff., 175ff. Für eine umfassende rechtliche Bewertung vgl. *Dominik Steiger*, Das völkerrechtliche Folterverbot und der „Krieg gegen den Terror", i.V. (Diss. iur. Potsdam 2010).

35 Für einen Überblick zu den Erscheinungsformen von Globalisierung siehe *Maren Becker/Stefanie John/Stefan A. Schirm*, Globalisierung und Global Governance, 2007, S. 13-106.

36 Vgl. *Christian Tietje*, WTO und Recht des Weltwarenhandels, in: ders. (Hrsg.) Internationales Wirtschaftsrecht, 2009, S. 145-214; *Achim Helmedach*, Regieren im Welthandel, Die Welthandelsorganisation als globaler Akteur, in: Helmut Breitmeier (Hrsg.), Sektorale Weltordnungspolitik, 2009, S. 92-112.

37 Näher *Peter A. Köhler*, Staatliche Souveränität und Schutz der Arbeitsmigranten, Nach dem Inkrafttreten der Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer, in: Vereinte Nationen 2004, S. 83-88. Zu den historischen Aspekten vgl. *Heiko Körner*, Internationale Mobilität der Arbeit, Eine empirische und theo-

damit verbundener Anschlussprobleme, die intensiv unter dem Stichwort „Integration" diskutiert werden,[38] stellen sich beispielsweise auch Fragen nach der aufsichtsrechtlichen Behandlung „islamischer Bankgeschäfte"[39]. Insgesamt gesehen, wird es durch die Globalisierung nötig, die Rolle des Nationalstaates zu diskutieren und wohl auch zu modifizieren.[40]

Selbst ein so kursorischer Überblick macht deutlich, dass Bedingungen, Möglichkeiten, Notwendigkeiten und Herausforderungen für das staatliche Handeln nach 1990 sich rasant geändert haben.[41] Dies gilt nach innen wie nach außen und erfasst Regieren, Rechtssetzung und Rechtsanwendung, die sämtlich in ein Mehrebenensystem eingebunden sind.[42] Rechtssystem und politisches System bestehen aus einer staatlichen und einer überstaatlichen Komponente, die beide in sich untergliedert sind. Die Ansatzpunkte für den Wandel sind mithin zahlreich.

III.

Das Zivilrecht steht nicht nur auf einer gefestigten vorkonstitutionellen Tradition und auf den geistigen Leistungen einer einst weltweit geachteten Zivilrechtswissenschaft, sondern ist von diesen bis heute nachhaltig

retische Analyse der internationalen Wirtschaftsmigration im 19. und 20. Jahrhundert, 1990.

38 Hierzu beispielsweise: *Norbert Gestring/Andrea Janßen/Ayça Polat*, Prozesse der Integration und Ausgrenzung, Türkische Migranten der zweiten Generation, 2006; *Frank Kalter* (Hrsg.), Migration und Integration, 2008.

39 Dazu *Matthias Casper*, Islamische Finanztransaktionen ohne Erlaubnis nach dem KWG?, in: ZBB 2010, S. 345-362.

40 Hierzu *Edgar Grande/Markus König/Patrick Pfister/Paul Sterzel*, Politische Transnationalisierung: Die Zukunft des Nationalstaats – Transnationale Politikregime im Vergleich, in: Stefan A. Schirm (Hrsg.), Globalisierung, Forschungsstand und Perspektiven, 2006, S. 119-145.

41 Ausführlicher *Michael Zürn*, Regieren jenseits des Nationalstaats, Globalisierung und Denationalisierung als Chance, 1998; sowie *Beck* (Fn. 19). Zur deutschen Außenpolitik vgl. *Ulrich Roos*, Deutsche Außenpolitik, Eine Rekonstruktion der grundlegenden Handlungsregeln, 2010; *Thomas Jäger/Alexander Höse/Kai Oppermann* (Hrsg.), Deutsche Außenpolitik: Sicherheit, Wohlfahrt, Institutionen und Normen 2. Aufl. 2010.

42 Aus politikwissenschaftlicher Sicht nur *Karl-Rudolf Korte*, Das vereinte Deutschland 1989/1990-2001, 2002, S. 100ff., und *Becker/John/Schirm* (Fn. 35), S. 31ff. Aus juristischer Perspektive etwa *Wolfgang M. Schröder*, Grundrechtsdemokratie als Raison offener Staaten, Verfassungspolitik im europäischen und im globalen Mehrebenensystem, 2003; *Karl-Peter Sommermann* (Hrsg.), Aktuelle Fragen zu Verfassung und Verwaltung im europäischen Mehrebenensystem (Speyerer Forschungsberichte, Bd. 230), 2003.

geprägt. Unter dem Einfluss des Grundgesetzes und der die Grundrechte auch im Zivilrecht zur Geltung bringenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[43] ist dieses in sich ruhende System ebenso wie durch praktische Erfordernisse, die sich etwa aus dem Massencharakter von Rechtsgeschäften ergeben haben, schrittweise modifiziert worden. Der Gesetzgeber hat dazu immer wieder nicht nur Einzelvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches geändert, sondern auch spezielle Gesetze verabschiedet. Oft wurde damit die Rechtsprechung zu bestimmten Fragen in Gesetzesform gebracht,[44] häufig geht es darum, europarechtliche Vorgaben umzusetzen[45]. Beides geschieht oft geräuschlos, kann aber, wie etwa im Falle des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, zu ideologischen Grabenkämpfen führen, in denen sich neben Politikern auch Zivilrechtslehrer hervortun.[46]

Der Ruf nach einer systematischen Revision des Zivilrechts, ja nach einer Neukodifikation, ist im innerstaatlichen Rahmen bislang ergebnislos verhallt.[47] Von der Öffentlichkeit weitgehend unbeachtet arbeiteten hingegen Experten in ganz Europa an einem "Draft Common Frame of Reference" (DCFR). Dieser Referenzrahmen für ein europäisches Schuld- und Sachenrecht soll aus einer rechtsvergleichenden Analyse des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts zu einer systematischen Neuord-

[43] Beginnend mit dem Lüth-Urteil, BVerfGE 7, 198 (206). Vgl. insgesamt *Hans-Martin Pawlowski*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Privatrecht, in: Jürgen Wolter (Hrsg.) Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, öffentliche Recht und Strafrecht, Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz, 1999, S. 39-53; *Matthias Ruffert*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, in: JZ 2009, S. 389-398 jeweils m.w.Nw.

[44] So im Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) vom 9. Dezember 1976, BGBl. I S. 3317, heute §§ 305ff. BGB. Vgl. *Michael Coester*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Roland Michael Beckmann u.a., Eckpfeiler des Zivilrechts (J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen), Neubearbeitung 2008, S. 160-184.

[45] Dies wird besonders augenfällig in dem dem BGB seit dem Jahre 2002 beigegebenen amtlichen Hinweis: „Dieses Gesetz dient der Umsetzung folgender Richtlinien: …" woran sich eine Aufzählung von dreizehn Richtlinien aus den Jahren 1976 bis 2000 anschließt, vgl. BGBl. 2002 I 42 (45).

[46] Beispielsweise *Franz-Jürgen Säcker*, „Vernunft statt Freiheit!" – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner: Referentenentwurf eines privatrechtlichen Diskriminierungsgesetzes, in: ZRP 2002, S. 286-290; *Klaus Adomeit*, Schutz gegen Diskriminierung – eine neue Runde, in: NJW 2003, S. 1162-1163.

[47] Siehe *Joachim Gernhuber*, Das BGB und die Legislative, in: Knut Wolfgang Nörr (Hrsg.) 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland – 40 Jahre Rechtsentwicklung, 1990, S. 115-141 (S. 118ff.).

nung von Kerngebieten des Zivilrechts und einer größeren Kohärenz aller binnenmarktrelevanten Materien des Schuld- und des Sachenrechts führen.[48] Dabei begegnen sich eine aus den Mitgliedstaaten, also gleichsam von unten kommende wissenschaftliche Entfaltung des Europäischen Privatrechts und ein aus Brüssel, mithin von oben kommender Wille zur legislativen Gestaltung dieser Rechtsmaterie.

Angestrebt wird mit dem gemeinsamen Referenzrahmen ein systematisches Set von Referenzregeln, das künftigen Gesetzgebungsvorhaben der Kommission dienen soll, damit die Einbettung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und in das bereits existierende Gemeinschaftsrecht unproblematischer verlaufen, als dies bisher gelegentlich der Fall war. Gerade im Bereich des Verbraucherschutzrechts hatten sich bei der Vorbereitung der Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen[49] und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie[50] größere Schwierigkeiten ergeben. Der Rat hat diese Vorgehensweise ausdrücklich unterstützt,[51] um so die Qualität und Kohärenz aller gemeinschaftlichen Rechtsinstrumente für die Zusammenarbeit in Zivilsachen überprüfen zu können.

Die praktische Bedeutung des Gemeinsamen Referenzrahmens zeigt sich nicht nur an dem hohen Aufwand, der bei der Erarbeitung durch Wissenschaftler und Praktiker aus ganz Europa betrieben worden ist. Auch Parlament, Kommission und Rat haben das Projekt auf ihrer politischen Agenda weit oben angesetzt. Das Europäische Parlament hatte schon im Jahre 1989 und dann wieder 1994 Rat und Kommission zu einer Vereinheitlichung umfassender Bereiche des Privatrechts aufgefordert.[52] Das Parlament forderte die Kommission im Jahre 2001 auf, weitere Schritte zur Rechtsvereinheitlichung zu unternehmen.[53] Diese

48 Überblick über die Hintergründe und den seinerzeitigen Stand der laufenden Arbeiten bei *Christian von Bar/Hans Schulte-Nölke*, Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht, in: ZRP 2005, S. 165-168. Siehe auch *Klaus Richter*, BGB und Europäisches Zivilrecht, Trennungs- und Abstraktionsprinzip im Lichte der Harmonisierung europäischen Privatrechts, in: FS für Elmar Wadle, 2008, S. 927-943. Bilanzierend *Sebastian A. E. Martens*, Ein Europa, ein Privatrecht – Die Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Europäischen Privatrechts, in: EuZW 2010, S. 527-530.

49 Richtlinie 93/13/EWG ABl.EG 1993 Nr. L 95/29.

50 Richtlinie 1999/44/EG ABl.EG 1999 Nr. L 171/12.

51 ABl.EG 2005 Nr. C 53/14.

52 ABl.EG 1989 Nr. C 158/400; ABl.EG 1994 Nr. C 205/518.

53 Resolution des Europäischen Parlaments vom 15. November 2001 zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten (ABl.EG 2002 Nr. C 140/536).

legt inzwischen regelmäßige Fortschrittsberichte zum Thema vor[54] und unterstreicht, mit dem Referenzrahmen kein einheitliches Zivilgesetzbuch schaffen, sondern einen „Werkzeugkasten" bereitstellen zu wollen.[55] Dieser Werkzeugkasten soll als Hilfsmittel für die geplante Überarbeitung der EU-Verbraucherschutzrichtlinien sowie für weitere europäische Gesetzgebungsmaßnahmen dienen. Eine weitere Funktion ist die eines Hilfsmittels auch für die mitgliedstaatliche Gesetzgebung bei der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts. Außerdem soll eine Reserverechtsordnung geschaffen werden, auf die sich die Vertragsparteien, insbesondere in schiedsgerichtlichen Verfahren, einigen können;[56] dies könnte auch Verträge der Kommission mit Dritten einschließen. Schließlich soll er als Grundlage für die Entwicklung eines sogenannten „Optionalen Instruments" dienen; hierbei dürfte es sich um einen noch zu konkretisierenden EU-Rechtsakt handeln.[57] Ob dieses Instrument am Ende als ein Pendant zum UN-Kaufrecht[58] gestaltet wird, ist ebenso offen wie sein Erfolg in der Praxis. In Wissenschaft und Praxis halten sich Skepsis und Hoffnungen wohl die Waage.[59]

[54] Bericht der Kommission – Erster jährlicher Fortschrittsbericht zum europäischen Vertragsrecht und zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands vom 23. September 2005, KOM(2005) 456 endgültig; Bericht der Kommission – Zweiter Fortschrittsbericht zum Gemeinsamen Referenzrahmen vom 25. Juli 2007, KOM(2007) 447 endgültig.

[55] Zu den verschiedenen Optionen infra bei Fn. 62.

[56] Für eine möglichst breite Palette von Optionen spricht sich auch das Europäische Parlament aus, vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. September 2008 zum Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht (ABl.EG 2009/C 295 E/09, S. 31).

[57] Einzelheiten hierzu bei *von Bar/Schulte-Nölke* (Fn. 48), S. 167.

[58] Siehe *Ulrich Magnus*, 25 Jahre UN-Kaufrecht, in: Zeitschrift für europäisches Privatrecht, 14 (2006) 1, S. 96-123; *Burghard Piltz*, Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht, in: NJW 2009 S. 2258-2264.

[59] Nachweise bei *von Bar/Schulte-Nölke* (Fn. 48), S. 168; siehe auch *Wolfgang Hau*, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Europäisches Mietrecht im DCFR, in: WuM 2010, 131-132; kritisch *Nils Jansen/Reinhard Zimmermann*, Was ist und wozu der DCFR?, in: NJW 2009, S. 3401-3406 (S. 3406): der DCFR bestehe „in seinem Kern aus einem unmittelbar anwendungsfähigen kodifikatorischen System privatrechtlicher Regeln". *Hugh Collins*, The European Civil Code: The Way Forward, 2008, hält den CFR demgegenüber für ein letztlich unzureichendes Dokument mit eher technokratischem Zuschnitt. Erforderlich sei vielmehr ein Neustart für ein „echtes" Europäisches Zivilgesetzbuch, das auf Dauer angelegt sein und ein klares Bekenntnis zu sozialer Gerechtigkeit und den Rechten des Individuums enthalten solle.

Im Jahr 2008 wurde der Entwurf veröffentlicht.[60] In zehn Büchern werden das allgemeine und besondere Vertrags- und Schuldrecht, Teile des Sachenrechts und das Recht des Trusts behandelt.

Neben der Kommission hat auch der Rat der Europäischen Union die politische Initiative ergriffen. Er hat im Juni 2009 Leitlinien zu einem Gemeinsamen Referenzrahmen für ein europäisches Vertragsrecht angenommen.[61] Dieser soll in einem ersten Abschnitt die wichtigsten Grundprinzipien des Vertragsrechts festlegen. In diesen Prinzipien sollen sich die Werte widerspiegeln, die dem Vertragsrecht zu Grunde liegen. Ein zweiter Abschnitt soll Definitionen der wichtigsten Begriffe des Vertragsrechts bestimmen und dabei einen Schwerpunkt auf Begriffe des Verbrauchervertragsrechts legen. Außerdem soll der Referenzrahmen Mustervorschriften enthalten, die allgemein und ausreichend weit gefasst sein sollen, um möglichst flexibel anwendbar zu sein. Der Rat hat die künftige Form des Referenzrahmens noch offen gelassen. Er soll aber so ausgestaltet sein, dass er als gemeinsame Inspirationsquelle und als Referenz im Rahmen der Rechtssetzung dienen kann.

In ihrem Grünbuch vom 1. Juli 2010[62] fasst die Kommission die bisherige Entwicklung zusammen und erläutert die verschiedenen Optionen des weiteren Vorgehens. Dabei wird ein breites Spektrum von der bloßen Bekanntgabe der Expertenergebnisse bis hin zu einer Verordnung, mit der ein Europäisches Zivilgesetzbuch eingeführt werden könnte, ausgeschritten. Während es einerseits darauf ankomme, ein einheitliches europäisches Vertragsrechtsinstrument zu schaffen, um die aus den unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Vertragsrechtssystemen resultierenden Schwierigkeiten für das Funktionieren des Binnenmarktes zu überwinden und gleichzeitig einen optimalen Verbraucherschutz zu gewährleisten, müssten andererseits die grundlegenden unionsrechtlichen Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität gewahrt werden. Die meisterliche Komposition des Grünbuchs lässt die Vorteile einer Verordnung – Überwindung der rechtlichen Zersplitterung, Erleichterung des Abschlusses grenzüberschreitender Verträge und wirksame Grundlage

[60] Vgl. jetzt in einer neueren Fassung: *Christian von Bar* u.a. (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Outline Edition, 2009.

[61] Vgl. Pressemitteilung der 2946. Tagung des Rats vom 4./5. Juni 2009, Dok.-Nr. 10551/09.

[62] *Europäische Kommission*, Grünbuch der Kommission „Optionen für die Einführung eines europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen" vom 1. Juli 2010, KOM(2010)348 endg.

für die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten – durch die vorherige Darstellung der Defizite der anderen Optionen so plastisch hervortreten, dass die eventuellen Nachteile gleichsam von selbst in den Hintergrund rücken.

Das Grünbuch bildet den Auftakt einer öffentlichen Debatte zum Thema, die vom 1. Juli 2010 bis zum 31. Januar 2011 dauern soll. Die hieraus folgende Dringlichkeit erklärt, warum dieser Punkt hier etwas ausführlicher behandelt wurde. An ihm werden das gewandelte Szenario der Rechtsentwicklung und der aktuelle Stand der Anwendung des Privatrechts[63] exemplarisch sichtbar.

Das große Ereignis, das in unseren Beobachtungszeitraum fällt, ist die Schuldrechtsreform.[64] Ohne hierauf im einzelnen eingehen zu können, bleibt festzuhalten, dass einerseits verschiedene, von Rechtsprechung und Literatur seit Inkrafttreten des BGB entwickelte Rechtsinstitute wie culpa in contrahendo oder pVV nun gesetzlich geregelt und andererseits bis dato in anderen Gesetzen geregelte Materien (Haustürwiderrufsgesetz, Fernabsatzgesetz, etc.) in das BGB integriert worden sind. Ferner wurden einzelne Materien wie das allgemeine Leistungsstörungsrecht, das Gewährleistungsrecht und das Verjährungsrecht überarbeitet. Schließlich diente die Schuldrechtsreform auch der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft.

Somit hat sich im Bereich des Zivilrechts in den letzten zwanzig Jahren im Vergleich zu den Zeiträumen davor sehr viel getan, und es sind wichtige Weichenstellungen für die weitere Entwicklung getroffen worden.

IV.

Das moderne Strafrecht hat sich im Laufe des 19. Jahrhunderts ausgebildet; basierend auf der gemeineuropäischen Aufklärung und den hierauf beruhenden, von Frankreich ausgehenden Modernisierungsimpulsen[65] kam es zunächst in den deutschen Ländern, dann im Deutschen Reich

[63] Hierzu *Bettina Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, 3. Aufl. 2011.

[64] Aus der Fülle der Literatur seien nur genannt: *Dirk Olzen/Rolf Wank*, Die Schuldrechtsreform, Eine Einführung, 2002; *Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, 2001; *Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke* (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001.

[65] Vgl. *Walter Demel*, Vom aufgeklärten Reformstaat zum bürokratischen Staatsabsolutismus, 1993, S. 105-112. Grundsätzlich *Thomas Nipperdey*, Probleme der Mo-

zur Kodifikation von Strafgesetzbüchern und Strafprozessordnungen. Mit den Reichsjustizgesetzen[66] war dieser Prozess zunächst abgeschlossen.

Von seinem Inkrafttreten (1872) bis zum Jahr 2009 ist das Strafgesetzbuch deutlich mehr als 200 Mal geändert worden.[67] Bis 1914 waren es lediglich achtzehn Änderungen, teils politische Straftatbestände wie der Kanzelparagraph (§ 130a StGB), aber auch der Tatbestand zur Entziehung elektrischer Energie (§ 248c StGB) zur rechtsstaatlich abgesicherten Schließung einer Strafbarkeitslücke. Gleichzeitig erfuhr das Nebenstrafrecht eine immense Ausweitung. Während der Weimarer Republik führten die Entdeckung des Rechtsgutbegriffs und die Weiterentwicklung der Schuldlehre dazu, dass die Arbeiten an einem Entwurf zur Reform des materiellen Strafrechts intensiviert wurden. Die häufigen Regierungswechsel und Reichstagsneuwahlen verzögerten freilich diesen Prozess. Ein maßgeblich von *Gustav Radbruch* beeinflusster Entwurf wurde im November 1924 vom Kabinett verabschiedet, schaffte es aber bis zum Ende der Republik nicht, die parlamentarischen Hürden zu nehmen.

Die Nationalsozialisten interpretierten die Diskussionen und Erkenntnisse der zurückliegenden fünfzig Jahre in ihrem Sinne und entwickelten unter anderem das Gesinnungsstrafrecht zur Bekämpfung gemeinschaftsschädlicher Bestrebungen. Auch das „Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung" vom 24. November 1933 knüpfte eng an Forderungen *Liszts* und Reformentwürfe der Weimarer Zeit an, radikalisierte die früher erhobenen Forderungen freilich gleichzeitig. Die (nachträgliche) Sicherungsverwahrung ist erst im Dezember 2009 vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gestoppt worden.[68]

dernisierung in Deutschland, in: ders., Nachdenken über die deutsche Geschichte, Essays, 2. Aufl. 1986, S. 44-59.

66 Gerichtsverfassungsgesetz, Zivilprozessordnung, Konkursordnung, Rechtsanwaltsordnung und Strafprozessordnung; letztere vom 1. Februar 1877, RGBl. 1877 S. 253; BGBl. 1950 I S. 455 (= Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Konkursrechts vom 12. September 1950, hierzu *Gabriele Hornhardt*, Strafjustiz zwischen Politik und Rechtsstaatlichkeit, Richtlinienkompetenz der Exekutive in den Jahren 1935-1953, 1993, S. 203-208), Neufassung BGBl. 1987 I S. 1074, 1319. Das Strafgesetzbuch selbst wurde bereits am 15. Mai 1871 (RGBl. S. 127) verabschiedet.

67 Dieser Überblick folgt *Thomas Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2009, S. 142ff.; und *Hinrich Rüping/Günter Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5. Aufl. 2007, S. 109ff., 130ff.

68 EGMR, M ./. Bundesrepublik Deutschland vom 17. Dezember 2009, in: NJW 2010, S. 2495-2500. Hierzu *Volkmar Schöneburg*, Rechtsstaat und Sicherheit: Die

Mit dem „Heimtückegesetz“ vom 20. Dezember 1934 und dem „Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre“ vom 15. September 1935 wurden wichtige Elemente der diktatorischen Unterdrückung und der rassistischen Diskriminierungspolitik strafrechtlich gefasst. Der Volksgerichtshof und zahlreiche Sondergerichte schufen die justiziellen Voraussetzungen für eine Handhabung der Strafrechtsnormen im Sinne des Nationalsozialismus. Eine umfassende und systematische Strafrechtsreform wurde zwar diskutiert, konnte aber nach Kriegsausbruch nicht mehr verwirklicht werden. Die überkommenen Entwürfe zeigen klar die geplante vollständige Unterordnung des geschriebenen Strafrechts unter die Anforderungen der nationalsozialistischen Ideologie.

Durch die Besatzungsmächte[69] und unter dem Grundgesetz[70] wurden das Strafrecht und das Nebenstrafrecht zwar entnazifiziert, dennoch haben sich etwa der Tätertyp des Mörders und die Sicherungsverwahrung oder der verschärfte § 175 StGB auch im demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes halten können. In der Praxis war die Bewältigung des nationalsozialistischen Unrechts gleichermaßen wichtig und schwierig.[71] Reformen des materiellen Strafrechts begleiteten die vierzig Jahre bis zur Wiedervereinigung;[72] unter anderem wird das Sexualstrafrecht 1973 beschränkt, der § 175 StGB wird erst 1994 gestrichen. Da der Straftatbestand in der DDR schon früher abgeschafft worden war, wurde die Norm im Beitrittsgebiet zwischen 1990 und 1994 nicht angewandt.

Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, in: MRM 2010, S. 83-90; *Christoph Grabenwarter*, Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland, in: JZ 2010, S. 857-869; *Joachim Renzikowski*, Die Sicherungsverwahrung nach den §§ 66ff. StGB auf dem Prüfstand, Zum Urteil des EGMR vom 17. Dezember 2009 in der Beschwerdesache Mücke gegen Deutschland, in: Ad legendum, 7 (2010) 3, S. 220-229.

69 Vgl. *Markus Etzel*, Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945-1948), 1992.

70 Vor allem im Dritten Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953, BGBl. 1953 I S. 735.

71 Hierzu *Ulrich Klug*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in NS-Prozessen, in: Julius H. Schoeps/Horst Hillermann (Hrsg.), Justiz und Nationalsozialismus, bewältigt – verdrängt – vergessen, 1987, S. 92-117; eindringlich auch *Rudolf Wassermann*, Justiz und politische Kultur in der Bundesrepublik Deutschland, ebd., S. 156-177.

72 *Theodor Lenckner*, 40 Jahre Strafrechtsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland: Der Besondere Teil des StGB, seine Liberalisierung und ihre Grenzen, in: Nörr (Fn. 47), S. 325-345.

Neben den nationalen Diskussionen wirkt inzwischen auch das Europarecht auf das Strafrecht ein.[73] Zwar gibt es noch kein Europäisches (Kriminal-) Strafrecht im engeren Sinne, wohl aber Bemühungen, die auf die Schaffung eines solchen Rechtskorpus abzielen. Im Zentrum dieser Bemühungen steht das „Corpus Juris strafrechtlicher Regelungen zum Schutze der finanziellen Interessen der EU" (Corpus Juris 2000), das ähnlich seinem zivilrechtlichen Pendant als „Tool-box" für Sekundärrechtsakte dient. Überdies sind, wie noch kurz zu zeigen sein wird, durch den Vertrag von Lissabon die strukturellen Voraussetzungen hierfür günstiger als bislang.

Aber auch schon heute ist unterhalb dieser Schwelle eine – längere Zeit wenig bemerkte – Europäisierung des Strafrechts[74] zu beobachten: Erstens enthält das Unionsrecht eine Reihe von in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbaren Sanktionsbestimmungen, etwa zur Verhängung von Geldbußen im Kartellrecht (Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV i.V.m. Art. 23 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1/2003 [Kartellverordnung]).

Zweitens kann das Unionsrecht die Auslegung und Anwendung des nationalen Strafrechts beeinflussen. Das Strafrecht ist keine Zone, die von der Wirkung des Unionsrechts per se ausgenommen wäre; es handelt sich um eine „nicht-unionsrechtsresistente Materie"[75]. Zu berücksichtigen ist freilich die zum Teil sehr ausgeprägte Rückbindung des Strafrechts und seiner Handhabung an gesellschaftliche und damit national unterschiedliche Gegebenheiten. Diese steht einer brachialen Europäisierung sicherlich entgegen:

> *„Die Pönalisierung sozialen Verhaltens ist aber nur eingeschränkt aus europaweit geteilten Werten und sittlichen Prämissen normativ ableitbar. Die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten, über den Rang von Rechtsgütern und den Sinn und das Maß der Strafandrohung ist vielmehr in besonderem Maße dem demokratischen Ent-*

[73] Dieser Abschnitt folgt der ausführlichen Überblicksdarstellung bei *Helmut Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, §§ 7-10.

[74] Grundlegend *Helmut Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, Eine Untersuchung zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht, 2001. Für die ältere, eher zögerliche Entwicklung vgl. auch die Darstellung bei *Klaus Tiedemann*, Die Europäisierung des Strafrechts, in: Karl F. Kreuzer/Dieter H. Scheuing/Ulrich Sieber (Hrsg.), Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, 1997, S. 133-160.

[75] *Satzger* (Fn. 73), § 9 Rn. 1-6; die zitierte Formulierung in der Überschrift vor Rn. 1. Siehe auch *Jörg Eisele*, Einflußnahme auf nationales Strafrecht durch die Richtliniengebung der Europäischen Gemeinschaft, in: JZ 2001, S. 1157-1165.

> *scheidungsprozess überantwortet (vgl. BVerfGE 120, 224 [241 f.]). Eine Übertragung von Hoheitsrechten über die intergouvernementale Zusammenarbeit hinaus darf in diesem grundrechtsbedeutsamen Bereich nur für bestimmte grenzüberschreitende Sachverhalte unter restriktiven Voraussetzungen zu einer Harmonisierung führen; dabei müssen grundsätzlich substantielle mitgliedstaatliche Handlungsfreiräume erhalten bleiben (vgl. BVerfGE 113, 273 [298 f.]).*“[76]

Damit erscheint es durchaus berechtigt, wenn insoweit von einem „strafrechtsspezifischen Schonungsgrundsatz“ gesprochen wird.[77] Dies in Rechnung gestellt, fungiert aber das Primärrecht durchaus als Strafrechtsgrenze, indem etwa bestimmte Sanktionen sich an den Vorgaben für Beschränkungen der Grundfreiheiten oder am Diskriminierungsverbot messen lassen müssen. Denkbar ist umgekehrt auch, dass der Grundsatz der Unionstreue es den Mitgliedstaaten abverlangt, zum Schutze von Rechtsgütern der Europäischen Union Strafrecht zu setzen. Der EuGH hat dies folgendermaßen klargestellt:

> *„Enthält eine gemeinschaftsrechtliche Regelung keine besondere Vorschrift, die für den Fall eines Verstoßes gegen die Regelung eine Sanktion vorsieht, oder verweist sie insoweit auf die nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, so sind die Mitgliedstaaten nach Artikel 5 EWG-Vertrag [heute: Art. 4 Abs. 3 EUV] verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Geltung und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten. Dabei müssen die Mitgliedstaaten, denen allerdings die Wahl der Sanktionen verbleibt, namentlich darauf achten, daß Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden wie nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen nationales Recht, wobei die Sanktion jedenfalls wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein muß. Außerdem müssen die nationalen Stellen gegenüber Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht mit derselben Sorgfalt vorgehen, die sie bei der Anwendung der entsprechenden nationalen Rechtsvorschriften walten lassen.*“[78]

[76] BVerfGE 123, 267 (360).
[77] *Satzger* (Fn. 73), § 9 Rn. 9.
[78] EuGH, Rs. 68/88, Slg. 1989, S. 2965 – Kommission ./. Griechenland, Rn. 23-25.

Heute kann die Union in den Bereichen der Betrugsbekämpfung (Art. 325 Abs. 4 AEUV) und des Zollwesens (Art. 33 AEUV nach Streichung des Strafrechtsvorbehalts, der noch in der Vorgängernorm des Art. 135 Satz 2 EGV enthalten war) selbst Straftatbestände setzen. Wo dies (noch) nicht der Fall ist, bleibt diese allgemeine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Schutz von Rechtsgütern der Union von Bedeutung.

Neben den dargestellten Einflüssen des Primärrechts gibt es eine Reihe von Sekundärrechtsakten, die sich auf das nationale Strafrecht auswirken. Geschah dies vor dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon vor allem im Rahmen der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS) durch Rahmenbeschlüsse,[79] so können heute gemäß Art. 83 AEUV Richtlinien zur Angleichung des materiellen Strafrechts erlassen werden. Diese Richtlinien sind allerdings auf die Bekämpfung der besonders schweren Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension in bestimmten Deliktsbereichen beschränkt, die Art. 83 Abs. 2 AEUV aufzählt: Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität.[80] Die Harmonisierung des Strafrechts muss allerdings erforderlich sein (Art. 67 Abs. 3 AEUV); Art. 83 Abs. 3 AEUV räumt den Mitgliedstaaten überdies die Möglichkeit ein, in Grundsatzfragen das Gesetzgebungsverfahren zu unterbrechen und den Europäischen Rat mit der Frage zu befassen.[81]

Zusätzlich begründet Art. 83 Abs. 2 AEUV eine strafrechtliche Annexkompetenz, die auf jedes Politikfeld Anwendung findet, auf dem die Union bereits Regelungen erlassen hat. Die Norm konkretisiert insoweit den Effet-utile-Gedanken für das Strafrecht. Die Harmonisierung muss „unerlässlich" für die wirksame Durchführung der Unionspolitik auf dem

[79] Etwa den Rahmenbeschluss zur Geldwäsche, ABlEG 2001 Nr. L 182/1 oder den Rahmenbeschluss zum Drogenhandel, ABlEU 2004 Nr. L 335/8.

[80] Eine Richtlinie mit dem Inhalt des Rahmenbeschlusses zu Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, ABlEU 2008 Nr. L328/55, wäre auf dieser Rechtsgrundlage heute nicht mehr möglich.

[81] Dementsprechend sieht das Integrationsverantwortungsgesetz in § 9 Abs. 1 vor, dass der deutsche Vertreter im Rat einen Antrag auf Befassung des Europäischen Rates stellen muss, wenn der Bundestag – bei Länderkompetenzen auch der Bundesrat – ihn hierzu durch einen Beschluss angewiesen hat. Einzelheiten bei *Satzger* (Fn. 73), § 9, Rn. 46ff.; *Christian Schröder*, Lissabon – eine Chance für eine kriminalpolitisch unterlegte Harmonisierung des Strafrechts in Europa, in: Bernd Rill (Hrsg.), Von Nizza nach Lissabon – neuer Aufschwung für die EU, 2010, S. 103-115 (S. 107ff.).

jeweiligen Gebiet sein. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss hierfür „nachweislich feststehen, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht“,[82] wovon eher selten auszugehen sein dürfte.

Die Folgen dieser Rechtssetzungskompetenzen sind schwierig zu beurteilen. Bisherige Ergebnisse machen eher wenig Hoffnung: So kritisieren Strafrechtler die Fassung von § 261 StGB, der Spuren europarechtlicher Determinierung trägt, oder die weiten Bereiche des Wirtschaftsstrafrechts, in dem einerseits Blankettbestimmungen des Nebenstrafrechts auf Sekundärrechtsakte verweisen und andererseits ganze Gesetze eher undurchsichtig gefasst sind.[83]

Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 67 Abs. 1 AEUV) wirkt sich überdies auf den Bereich der Strafverfolgung aus. Angefangen von der Koordinierung und Zusammenarbeit von Polizeibehörden und Organen der Strafrechtspflege über die gegenseitige Anerkennung strafgerichtlicher Entscheidungen bis hin zur Angleichung der nationalen Vorschriften über die Strafverfolgung sind hier höchst sensible Themen angesprochen. Mit OLAF, Europol und Eurojust sind die relevanten Akteure benannt, die diese Zusammenarbeit heute betreiben;[84] der Europäische Staatsanwalt[85] ist noch Zukunftsmusik, aber nun in Art. 86 AEUV vorgesehen.

Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen geht über das althergebrachte Instrument der Rechtshilfe hinaus und baut auf dem nun in Art. 82 Abs. 1 AEUV normierten Prinzip der gegenseitigen Anerkennung auf.[86] Von besonderer Bedeutung ist hier der Europäische Haftbefehl,[87] der die klassische, zwischenstaatliche Auslieferung ablösen sollte, dessen erste Umsetzung aus dem Jahre 2004 in der Bundesrepublik Deutschland vom Bundesverfassungsgericht jedoch als verfassungswidrig eingestuft

82 BVerfGE 123, 267 (412).

83 *Schröder* (Fn. 81), S. 111f.; *Satzger* (Fn. 73), § 9, Rn. 63ff.

84 Zu diesen Institutionen vgl. *Joachim Kretschmer*, Europol, Eurojust, OLAF – was ist das und was dürfen die?, in: JURA 2007, S. 169-175; *Andreas von Arnauld*, Die Europäisierung des Rechts der inneren Sicherheit, in: JA 2008, S. 327-335.

85 Vgl. *Norman Weiß*, Die Reform des Amtsrechts der Staatsanwaltschaft, Europarechtliche und völkerrechtliche Impulse, 2005, S. 29ff.; *Silke Nürnberger*, Die zukünftige Europäische Staatsanwaltschaft: eine Einführung, in: ZJS 2009, S. 494-505.

86 Zu diesem vgl. *Sabine Gleß*, Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, in: ZStW 116 (2004), S. 353-367.

87 Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl.EG 2002 Nr. L 190/5.

wurde.[88] Das neue Europäische Haftbefehlsgesetz versucht, die Rechte der Betroffenen aus Art. 16 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 4 GG entsprechend den bundesverfassungsgerichtlichen Vorgaben zu wahren, wird gleichwohl kritisch gesehen.[89]

Jenseits der hier nur in Ausschnitten und sehr verkürzt dargestellten Europäisierung des Strafrechts ist in jüngerer Zeit auch das sogenannte Völkerstrafrecht bedeutsam geworden.[90] Hierbei handelt es sich um völkerrechtliches Strafrecht, das eine Verantwortlichkeit von Einzelpersonen unmittelbar begründet. Von internationalen Strafgerichten können diese Normen direkt angewendet werden. Dies ist besonders deshalb wichtig, wenn und soweit staatliche Strafverfolgungsbehörden und Gerichte ihrer Pflicht zur Strafverfolgung wegen Verwicklung des betreffenden Staates in die Begehung der Völkerrechtsverbrechen nicht oder nur unzureichend nachkommen. Hauptrechtsquelle des Völkerstrafrechts ist das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998.[91] Seit Mitte der 1990er Jahre gibt es mit der Rechtsprechung der Ad-hoc-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda und weiteren Tribunalen für Sierra Leone und für Kambodscha eine reichhaltige Kasuistik, die sowohl das Allgemeine Völkerstrafrecht als auch das Besondere Völkerstrafrecht ausgeformt und weiterentwickelt hat.[92] Um dem in der Bundesrepublik Deutschland gebührend Rechnung zu tragen, bedurfte es zunächst der Ergänzung von Art. 16 Abs. 2 GG, mit der das absolute Auslieferungsverbot für deutsche Staatsangehörige modifiziert werden musste. Inzwischen ist die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof ebenso geregelt wie die erforderliche Anpassung des materiellen Strafrechts im Völkerstrafgesetzbuch.[93] Damit ist die deutsche Rechtsordnung im Ergebnis unter Beachtung der Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG in Einklang mit dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofs gebracht worden.

88 BVerfGE 113, 273

89 So etwa *Klaus Michael Böhm*, Das neue Europäische Haftbefehlsgesetz, in: NJW 2006, S. 2592-2596.

90 Umfassend *Gerhard Werle*, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. 2008.

91 BGBl. 2000 II 1393 (in Kraft seit dem 1. Juli 2002).

92 Siehe hierzu nur *Satzger* (Fn. 73), §§ 14-17 mit zahlreichen Nachweisen.

93 Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof vom 21. Juni 2002 (BGBl. I S. 2144), zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3198); Völkerstrafgesetzbuch vom 26. Juni 2002, BGBl. I 2254. Zu letzterem nur *Gerhard Werle/Florian Jeßberger*, Das Völkerstrafgesetzbuch, in: JZ 2002, S. 725-734.

Darüber hinaus wächst die Zahl der Fälle, in denen die Übernahme einer völkerrechtlichen Verpflichtung, etwa im menschenrechtlichen Bereich, eine innerstaatliche Strafbewehrung mit umfasst.[94] So muss die Bundesrepublik – und jede andere Vertragspartei auch – beispielsweise nach der Ratifikation des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassismus nicht nur dessen materielle Inhalte in innerstaatliches Recht umsetzen. Sie ist außerdem nach Art. 3 und 4 verpflichtet, entsprechende Strafnormen zu schaffen, um Segregation und Apartheid zu verbieten sowie die sonstige Verbreitung rassistischer Theorien und die Unterstützung rassistischer Organisationen zu strafbaren Handlungen zu erklären. § 130 StGB erfüllt diese Aufgaben nur zum Teil.[95]

Überdies muss die tatsächliche Strafverfolgung sichergestellt werden, wenn die Behörden mit Vorwürfen über Menschenrechtsverletzungen konfrontiert werden.[96] Das erfordert einen entsprechenden rechtlichen Rahmen, die ausreichende Ausstattung der Strafverfolgungsbehörden und eine gesteigerte Sensibilität von Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichten für die Bedeutung dieser Straftaten.[97]

Auch das Strafrecht ist also in den letzten zwanzig Jahren verstärkt einer Impulsgebung von außerhalb der deutschen Rechtsordnung ausgesetzt und muss diese Impulse aufgreifen, damit die Völkerrechtsfreundlichkeit und Kooperationsoffenheit der deutschen Rechtsordnung insgesamt verwirklicht werden kann.

[94] Bekanntestes Beispiel dürfte Art. 20 IPbpR sein: „(1) Jede Kriegspropaganda wird durch Gesetz verboten." „(2) Jedes Eintreten für nationalen, rassischen oder religiösen Haß, durch das zu Diskriminierung, Feindseligkeit oder Gewalt aufgestachelt wird, wird durch Gesetz verboten." Siehe hierzu auch *Norman Weiß*, Praxis des Menschenrechtsausschusses zum Schutz der Presse- und Meinungsäußerungsfreiheit, in: MRM, Themenheft 25 Jahre Internationale Menschenrechtspakte, 2002, S. 65-95 (S. 83f.).

[95] Kritisch die Abschließenden Bemerkungen des Ausschusses zur Beseitigung jeder Form von rassischer Diskriminierung von 1993 (UN-Dok. A/48/18[SUPP]), und erneut im Jahre 2008 (UN-Dok. CERD/C/DEU/CO/18).

[96] Vgl. Art. 2 Abs. 3 IPbpR, Art. 13 EMRK; EGMR, Cicek ./. Türkei, Urteil vom 27. Februar 2001, 25704/9 – st. Rspr. (abrufbar unter http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en); siehe auch *Kai Ambos*, Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen, in: AVR 1999, S. 318-356.

[97] Vgl. die Beiträge im Themenschwerpunkt „Bekämpfung des Menschenhandels im Straf- und Strafprozeßrecht", in: MenschenRechtsMagazin 2007, S. 5-74; *Norman Weiß*, Menschenrechtserziehung – eine verfassungspädagogische Herausforderung für die Polizei, in: Die Polizei Heft 11/2004, S. 313-320.

V.

Im Öffentlichen Recht wirkt sich anders als bei Zivil- und Strafrecht zunächst einmal der Föderalismus[98] aus. Rechtssetzung erfolgt hier zu einem nicht unwesentlichen Teil in den Bundesländern,[99] was das Bild mit zusätzlichen Farbtupfern versieht. Die anderen, bereits angesprochenen Faktoren, also die Umprägung des vorkonstitutionellen Rechts durch das Grundgesetz und insbesondere die Grundrechte,[100] europa- und völkerrechtliche Einflüsse wirken natürlich auch hier und werden in Literatur[101] und Rechtsprechung[102] intensiv diskutiert und rezipiert.

Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)[103] und Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)[104] haben zwei zentrale Bereiche des Verwaltungsrechts den Anforderungen des Grundgesetzes entsprechend modernisiert. Hierzu zählt etwa die Klarstellung in § 1 VwGO: „Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird durch unabhängige, von den Verwaltungsbehörden getrennte Gerichte ausgeübt." Dies war noch unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung nicht der Fall, die in ihrem Art. 107 zwar den Aufbau einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in Reich und Ländern forderte, es aber nach damaliger Interpretation durchaus zuließ, diese enger an die

98 Der seinerseits unter europäischer Einwirkung steht, vgl. nur *Henrik Scheller*, Zur Europäisierung des deutschen Föderalismus – zwischen Synchronisierung und Strukturbruch, in: Leiße (Fn. 7), S. 269-290.

99 Art. 70ff. GG. Die Föderalismusreform des Jahres 2006 hat den Versuch einer Entflechtung von Kompetenzen unternommen; hierzu *Jörn Ipsen*, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle, in: NJW 2006, S. 2801-2806

100 Prägnant hierzu etwa *Uwe Wesel*, Geschichte des Rechts, Von den Frühformen bis zur Gegenwart, 3. Aufl. 2006, S. 562ff.

101 Aus der umfangreichen staatsrechtlichen Literatur vgl. zu den europarechtlichen Einflüssen nur *Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, Ein Studienbuch, 31. Aufl. 2005, § 1 II 7, § 1 III 4ff., § 4 III, § 7 I 4, § 8 III, § 13 III 3, § 14 VII 1, § 15 IV, § 16 II 4f., § 33 II 3, § 33 III 2, § 35 II und III, § 40 II 5, § 44 III 5, § 48 V, § 50 III, § 50 IV 1, § 50 V 1, § 50 VII 3, § 54, § 55 §, 56. Für das Verwaltungsrecht siehe *Dirk Ehlers*, Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, S. 1-251, § 2 II bis VII, § 4, § 5.

102 Aus jüngerer Zeit etwa BVerfGE 111, 307 (Görgülü); 123, 267 (Vertrag von Lissabon). Siehe beispielhaft auch BVerwGE 128, 342-350; 134, 188-196.

103 Vom 21. Januar 1960, in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 21. August 2009 (BGBl. I S. 2870).

104 Vom 25. Mai 1976, in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 1 des Gesetzes vom 14. August 2009 (BGBl. I S. 2827).

Verwaltung anzubinden und ihnen im Vergleich mit den ordentlichen Gerichten weniger Unabhängigkeit zuzugestehen.[105]

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich die Wiedervereinigung als solche im Öffentlichen Recht stärker ausgewirkt hat als in den beiden anderen Rechtsgebieten, insbesondere im Bereich der Leistungsverwaltung und der staatlichen Transfersysteme.[106] Außerdem haben in der Geschichte der Bundesrepublik natürlich auch außerrechtliche Entwicklungen Einfluß auf die Weiterentwicklung gerade des Öffentlichen Rechts ausgeübt. So haben die Planungseuphorie der 1960er Jahre[107] und der Glaube an die Gestaltungsberechtigung und -fähigkeit der öffentlichen Hand zu einem immensen Anwachsen des Verwaltungsrechts geführt. Der gesellschaftliche Diskurs über Demokratisierung hat eine Ausweitung von Beteiligungsrechten[108] gebracht. Die Diskussionen um den Bahnhofsneubau in Stuttgart im Jahr 2010 haben freilich gezeigt, dass hier immer wieder neu darüber nachzudenken ist, ob der erreichte Stand den aktuellen Anforderungen entspricht.[109]

Bestimmte Themen, wie etwa der Umweltschutz,[110] sind ebenfalls durch eine Bottom-up-Diskussion zu verwaltungsrechtlich relevanten Fra-

[105] Hierzu *Norman Weiß*, Historische Entwicklung von Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt in Deutschland und der Europäischen Union, in: ders. (Hrsg.), Rechtsschutz als Element von Rechtsstaatlichkeit, in Vorb. 2011.

[106] Vgl. etwa *Detlef Merten*, Verfassungsprobleme der Versorgungsüberleitung, Zur Erstreckung westdeutschen Rentenversicherungsrechts auf die neuen Länder, 2. Aufl. 1994.

[107] *Niklas Luhmann*, Politische Planung, in: ders., Politische Planung, Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung, 1971, S. 66-89; *Reimut Jochimsen/Peter Treuner*, Staatliche Planung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Richard Löwenthal/Hans-Peter Schwarz (Hrsg.), Die zweite Republik, 25 Jahre Bundesrepublik Deutschland – eine Bilanz, 1974, S. 843-864; *Gabriele Metzler*, Konzeptionen politischen Handelns von Adenauer bis Brandt, Politische Planung in der pluralistischen Gesellschaft, 2005.

[108] *Edwin Czerwick*, Demokratisierung der öffentlichen Verwaltung in Deutschland, Von Weimar zur Bundesrepublik, in: Geschichte und Gesellschaft 29 (2002), S. 183-203; *Christoph Gusy*, Verwaltung zwischen parlamentarischer Steuerung und Partizipation Privater – Von einem deutschen Standpunkt aus betrachtet –, in: EuGRZ 2006, S. 353-361.

[109] Zum Diskussionsstand vor der Eskalation des Protests in Stuttgart vgl. *Hermann Hill* (Hrsg.), Bürgerbeteiligung, Analysen und Praxisbeispiele, 2010. Die Modalitäten von Bürgerbeteiligung im Internet werden bereits seit längerem diskutiert; hierzu etwa *Christoph Wesselmann*, Internet und Partizipation in Kommunen, Strategien des optimalen Kommunikations-Mix, 2002; *Frank Kuhn*, Elektronische Partizipation, Digitale Möglichkeiten – Erklärungsfaktoren – Instrumente, 2006.

[110] Vgl. etwa die Berichte von *Dietrich Rauschning* und von *Werner Hoppe*, Staatsaufgabe Umweltschutz, in: VVDStRL 39, 1980, S. 167-317.

gestellungen geworden. Gerade das Umweltschutzrecht ist ein stetig expandierendes Rechtsgebiet.[111] Um die Lebensgrundlagen zu sichern, wozu auch das Prinzip der Sozialstaatlichkeit aufruft, muss der Staat geradezu seine Steuerungstätigkeit permanent erweitern. Gleichzeitig ist die eigene, nationale Einwirkungsmöglichkeit begrenzt und das erforderliche koordinierte, internationale Vorgehen oftmals nur schwer möglich.[112] Um so intensiver sind die Einwirkungen des europarechtlichen Umweltrechts.[113]

Der vielfältige Einfluß des Europarechts kann auch im Bereich des Öffentlichen Rechts nur an Hand ausgewählter Beispiele deutlich gemacht werden. So kann das Unionsrecht den Unionsbürgern eine im nationalen Rahmen unmittelbar verbindliche und individuell geltend zu machende Rechtsposition vermitteln und dabei die bestehenden Strukturen modifizieren. Es ist dementsprechend möglich, dass eine mangels ordnungsgemäßer Umsetzung unmittelbar anwendbar gewordene Richtlinie auch dann zu individuellen Rechtspositionen führt, wenn der personale Bezug nur mittelbar besteht.[114] Dies ist etwa bei der Luftqualitätsrahmenrichtlinie 1996/62/EG der Fall. Sie begründet in unmittelbarer Anwendung für betroffene Personen einen Anspruch auf Aufstellung eines Aktionsplanes zur Minderung der Feinstaubbelastung.[115] Hierdurch werden die nach deutschem Recht notwendigen Voraussetzungen europarechtlich überformt und im Interesse der unbehinderten Durchsetzung des Europarechts weiterentwickelt.[116]

Die Einbindung der Mitgliedstaaten in das Mehrebenensystem der Europäischen Union hat bekanntermaßen auch Auswirkungen auf

111 Frühzeitig beklagt von *Michael Kloepfer*, Staatsaufgabe Umweltschutz, in: DVBl 1979, S. 639-645 (S. 644). Die heutige Bedeutung wird beispielsweise manifest an den umfangreichen Erläuterungen von *Rüdiger Breuer*, Umweltschutzrecht, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Friedrich Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, S. 591-774.

112 Hierzu *Helmut Breitmeier*, Regieren in der globalen Umweltpolitik, Eine gemischte Bilanz zwischen Erfolgs- und Problemfällen, in: ders. (Hrsg.), Sektorale Weltordnungspolitik: effektiv, gerecht und demokratisch?, 2009, S. 150-170.

113 Ausführlich *Astrid Epiney*, Umweltrecht in der Europäischen Union, 2. Aufl. 2005; *Klaus Hansmann*, Integration gemeinschaftsrechtlicher Anforderungen in das deutsche Umweltrecht, in: Verfassung – Umwelt – Wirtschaft, FS für Dieter Sellner zum 75. Geburtstag, 2010, S. 107-123.

114 Z.B. EuGH Slg 1996, I-6755 Rn. 15f. – Kommission ./. Deutschland; ausführlich *Bernhard W. Wegener*, Rechte des Einzelnen, Die Interessentenklage im europäischen Umweltrecht, 1998.

115 So EuGH, Urteil vom 25. Juli 2008, in: EuZW 2008, S. 573-575, Rn. 47ff.

116 Zum Gesamtkomplex: *Martin Nettesheim*, Subjektive Rechte im Unionsrecht, in: AöR 2007, S. 333-392.

das staatliche Haftungsrecht. Seit der Entscheidung in der Rechtssache Francovich[117] ist ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch der Bürger gegen einen Mitgliedstaat wegen Verletzung von Unionsrecht anerkannt. Nach heftigen Diskussionen in der deutschen Rechtswissenschaft[118] und einer präzisierenden Entscheidung des Gerichtshofs[119] ist dieser Anspruch auch vom Bundesgerichtshof akzeptiert worden.[120] Da der Anspruch seine Grundlagen unmittelbar im Unionsrecht findet, seine Geltendmachung sich aber nach dem mitgliedstaatlichen Recht bestimmt, muss letzteres so ausgestaltet sein, dass es die Verwirklichung des Anspruchs nicht vereitelt oder unnötig erschwert.

Von grundlegender Bedeutung ist schließlich die Frage, wie weit die „immer engere Union der Völker Europas" (Art. 1 Abs. 2 EUV) die Mitgliedstaaten verändern darf. Die europäische Integration ist ausdrücklich prozesshaft angelegt, der Unionsvertrag spricht an dieser Stelle von einer „neue[n] Stufe", so dass sich die Frage nach den Wirkungen auf den Staat nicht nur Europaskeptikern stellt. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Lissabon-Entscheidung unterstrichen, die souveräne Staatlichkeit (Art. 20 Abs. 2 GG) dürfe nicht angetastet werden. Außerdem müsse das föderale Prinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1 GG) beachtet werden. Ferner sei der wirksame Grundrechtsschutz der Bürger (Art. 19 Abs. 4 und 23 Abs. 1 GG) materiell und prozessual zu gewährleisten. Schließlich müsse das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) beachtet werden.[121] Hiergegen ist im Grundsatz nichts einzuwenden, auch wenn einzelne Formulierungen des Urteils auf ein zu enges Integrationsverständnis schließen lassen.[122] Manche vom Bundesverfassungsgericht aufgebaute Sicherung mag sich in der Realität zudem als „weiße Salbe" erweisen.

117 EuGH, Urteil vom 19. November 1991, Slg. 1991, I-5357 – Francovich ./. Italien.

118 Etwa: *Fritz Ossenbühl*, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, in: DVBl. 1992, S. 993-998; *Friedrich Schoch*, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: JZ 1995, S. 109-123.

119 EuGH, Urteil vom 5. März 1996, Slg. 1996, I-1029 – Brasserie du Pêcheur ./. Deutschland.

120 BGH 134, 30 (33ff.). Ausführlich *Stephan Seltenreich*, Die Francovich-Rechtsprechung des EuGH und ihre Auswirkungen auf das deutsche Staatshaftungsrecht, Ein Rückblick fünf Jahre nach dem Ergehen des Francovich-Urteils, 1997.

121 BVerfGE 127, 367 (Leitsätze).

122 Kritisch etwa *Martin Nettesheim*, Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG, in: NJW 2009, S. 2867-2869; positiv zum Beispiel *Klaus Ferdinand Gärditz/Christian Hillgruber*, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, in: JZ 2009, S. 872-880. Mit etwas zeitlichem Abstand und einer unnachahmlichen Mischung aus Abgeklärtheit und Emphase *Josef Isensee*, Integrationswille und Integrationsresistenz des

Mittlerweile hat das Gericht zur Schärfe seiner vorbehaltenen Kontrolle klargestellt, dass seine Aufgabe,

> *„substantiierten Rügen eines Ultra-vires-Handelns der europäischen Organe und Einrichtungen nachzugehen, […] mit der vertraglich dem Gerichtshof übertragenen Aufgabe zu koordinieren [sei], die Verträge auszulegen und anzuwenden und dabei Einheit und Kohärenz des Unionsrechts zu wahren.“* [123]

Diese Ultra-vires-Kontrolle dürfe nur europarechtsfreundlich ausgeübt werden; das Bundesverfassungsgericht habe die Entscheidungen des Gerichtshofs grundsätzlich als verbindliche Auslegung des Unionsrechts zu beachten. Vor der Annahme eines Ultra-vires-Akts der europäischen Organe und Einrichtungen sei deshalb dem Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens die Gelegenheit zur Vertragsauslegung sowie zur Entscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung der fraglichen Rechtsakte zu geben. Solange der Gerichtshof keine Gelegenheit gehabt hatte, über die aufgeworfenen unionsrechtlichen Fragen zu entscheiden, dürfe das Bundesverfassungsgericht für Deutschland keine Unanwendbarkeit des Unionsrechts feststellen.

Die in Art. 23 GG jetzt garantierte Beteiligung der Bundesländer über den Bundesrat am Integrationsprozeß ist aus verfassungsrechtlicher Sicht konsequent. In der unionsrechtlichen Praxis kann sie dazu führen, dass deutsche Interessen weniger effektiv vertreten werden können. Dieses Spannungsverhältnis harrt noch der Auflösung.[124]

VI.

In diesem kurzen Überblick konnten nur Hinweise auf die vielfältigen Einflüsse des Völker- und Europarechts auf die unterschiedlichsten Teile der deutschen Rechtsordnung gegeben werden. Doch konnten diese im-

Grundgesetzes, Das Bundesverfassungsgericht zum Vertrag von Lissabon, in: ZRP 2010, S. 33-37.

123 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 6. Juli 2010 (2 BvR 2661/06), Rn. 56, abrufbar unter www.bundesverfassungsgericht.de.

124 Hierzu ausführlich *Carsten Witzke*, Zur Erforderlichkeit einer effektiven Interessenvertretung der Bundesrepublik Deutschland auf europäischer Ebene, Die Reformbedürftigkeit der Regelungen zur Mitwirkung von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union, 2008.

merhin deutlich machen, dass die auf der zwischen- und überstaatlichen Ebene einerseits bestehenden Handlungsnotwendigkeiten und die andererseits in manchen Bereichen zu beobachtenden erweiterten Handlungsspielräume sich spürbar auch auf die Rechtssetzung in der Bundesrepublik Deutschland ausgewirkt haben. Die Rechtsentwicklung der letzten zwanzig Jahre ist mithin vielfältig und war in den 1980er Jahren nicht eindeutig prognostizierbar. Die folgenden Beiträge in diesem Band werden das anhand ausgewählter Themenstellungen im Detail untersuchen. Es lassen sich folgende Trends ausmachen:

Einerseits handelt es sich um die auch in diesem Beitrag in den Vordergrund gestellten europarechtlichen – und in weitaus geringerem Maße völkerrechtliche – Einflüsse. Diese sind bei genauerem Hinsehen ihrerseits aus unterschiedlichen Quellen gespeist. Zum einen handelt es sich um die Abarbeitung des politischen Programms der Europäischen Union, insbesondere der Errichtung des Binnenmarktes, durch die politischen Organe, die mit Sekundärrechtsakten das Unionsrecht weiterentwickeln und damit auch die nationalen Rechtsordnungen beeinflussen. Zum anderen handelt es sich um die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit, die für die Einhaltung und für die Durchsetzung des Unionsrechts sorgt und außerdem die Integration – im Sinne einer immer engeren Union der Völker Europas – durch eine dynamische Interpretation des Primärrechts vorantreibt. Andererseits gibt es das autonome Handeln der nationalen Akteure, mit dem auf tatsächliche und gesellschaftliche Entwicklungen reagiert und die eigene rechts- und gesellschaftspolitische Agenda verfolgt wird.

Nicht selten vereinigen sich diese Einflüsse gleichzeitig oder konsekutiv, so dass sich die Entwicklungen verstetigen oder beschleunigen. Aber auch negative Auswirkungen durch gegenläufige Tendenzen sind möglich. Überdies ist auch eine gewisse Zufälligkeit nicht von der Hand zu weisen: Die Terroranschläge des 11. September 2001 haben etwa mit Blick auf die Beschränkung von Freiheitsrechten Handlungspfade eröffnet, die in dieser Form zuvor verschlossen waren.

Die Interdependenzen im Mehrebenensystem werfen darüber hinaus insbesondere Fragen zum Verhältnis von effektivem Regieren und demokratischer Legitimation auf. Die Verknüpfung unterschiedlich strukturierter Verhandlungssysteme schafft Dilemmata, die sich kaum gleichzeitig systematisch sauber und zur politischen Befriedigung aller Beteiligten auf allen Ebenen auflösen lassen werden. Je nach eingenommener Perspektive – Top-down oder Bottom-up – ergeben sich Fragen, Antworten und Strategien auf den jeweiligen Ebenen.

Zwischen Vereinheitlichung und Vielfalt – Die Verwaltungsentwicklung im vereinten Deutschland

Veith Mehde

I. Einleitung

Länder und Kommunen in Deutschland haben die Hauptlast der administrativen Vereinigung getragen. Während der Bund die gesetzlichen Rahmenbedingungen schaffen und für eine entsprechende Finanzierung sorgen muss, sind die Länder in der Pflicht, diese im Sinne der Art. 83 ff. GG als eigene Angelegenheiten auszuführen. Außer aus rechtlichen konnte aber auch aus praktischen Gründen eine Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen nur durch die Kommunen in dem vom jeweiligen Land gesetzten Rahmen gewährleistet werden. Aus diesem Umstand ergaben sich auch unterschiedliche Ansätze, die einerseits als Reaktion auf die Besonderheiten in dem jeweiligen Land, andererseits aber auch im Sinne eines kreativen Wettstreits um die beste Verwaltungsstruktur verstanden werden können. Gleichzeitig hat sich aber auch der kooperative Föderalismus grundsätzlich bewährt und als fähig erwiesen, für sachgerechte Lösungen zu sorgen. Zudem zeigt sich immer wieder, dass bestimmte Trends ohne eine zentrale Steuerung wirkmächtig werden. Im Folgenden sollen die zentralen Probleme, die nach der Wiedervereinigung für die Verwaltungsentwicklung prägend wurden, nachgezeichnet und die verwaltungspolitischen Lösungsansätze analysiert werden.

II. Entwicklungsbedingungen und Probleme

Die wichtigsten Weichen für die Verwaltungsentwicklung in Ostdeutschland wurden im Jahr 1990 gestellt. Jedes Land hat sich auf bestimmte Strukturen festgelegt und dadurch die Rahmenbedingungen für seine weitere Entwicklung geschaffen. Überwiegend wurde an Modelle angeknüpft, die aus Westdeutschland – namentlich aus den zur Unterstüt-

zung bereiten Partnerländern – bekannt waren.[1] Wie zu zeigen sein wird, mussten sich aber durchaus nicht nur die Länder und Kommunen in Ostdeutschland auf die neue Situation einstellen. Auch in Westdeutschland ergab sich ein erheblicher Anpassungsbedarf an veränderte Rahmenbedingungen.[2]

II.1. Die konkrete Problemlage nach 1989

Für die ostdeutschen Länder waren die ersten Jahre nach 1989 von einer ganz konkreten Problemlage geprägt, die insbesondere darin bestand, die bundesrepublikanische Rechtsordnung einzuführen. Die Größe der Herausforderung mag man ermessen, wenn man diese mit den Schwierigkeiten vergleicht, welche allein die Umsetzung des Acquis communautaire jedem neuen oder potenziellen Mitgliedstaat der EU bereitet. Die Aufgabe der jeweiligen Parlamente wird in diesem Zusammenhang in der öffentlichen Diskussion gerne anhand der Zahl der Rechtsakte oder auch der Druckseiten gemessen, die von dem Mitgliedstaat in nationales Recht umzusetzen sind, um die Voraussetzungen eines Beitritts zu erfüllen.[3] Hinsichtlich des mit der Bewerbung um Fördermittel und ihrer ordnungsgemäßen Verwendung und Verbuchung verbundenen Aufwands spricht man von Aufnahmekapazitäten. Die ostdeutschen Landtage mussten jene europäischen Richtlinien komplett umsetzen, deren Gegenstände in den Bereich ihrer Gesetzgebungskompetenz fielen. Für die Verwaltungen der Länder stellte sich aber nicht nur die Herausforderung, diese Rechtsgrundlagen anzuwenden, sondern darüber hinaus auch noch die Aufgabe, die ausdifferenzierte bundesrepublikanische Rechtsordnung zu übernehmen und mit Leben zu füllen.

In Anbetracht der damit verbundenen Schwierigkeiten ging es zunächst darum, eine grundständige administrative Arbeitsfähigkeit zu erlangen.[4] Dazu wurden viele mit der bundesrepublikanischen Rechts- und Verwaltungsordnung vertraute Mitarbeiter aus dem Westen rekrutiert – entweder als „Leihbeamte" oder später aufgrund von Ausschreibun-

1 *Klaus König*, Der Verwaltungsstaat in Deutschland, in: VerwArch 88 (1997), S. 545-567 (557).

2 Vgl. dazu auch *Ralf Pagenkopf*, Nichts ist schrecklich, was notwendig ist: oder: Warum die Verwaltung IT-basierte Supportprozesse braucht, in: VM 2008, S. 322-326 (323).

3 Siehe etwa *Jan Bergmann*, Die Osterweiterung der Europäischen Union, in: ZRP 2001, S. 18-23 (19).

4 Vgl. *König* (Fn. 1), S. 558ff.

gen, die Westdeutschen einen unverhofften Zugewinn an Arbeitsmöglichkeiten boten.[5] Die ostdeutschen Bundesländer erhielten Hilfen aus ihren westdeutschen Partnerländern, viele Kommunen konnten sich der Unterstützung ihrer Partnerstädte in den alten Ländern versichern.[6] Hinsichtlich des direkten Bürgerkontakts waren bereits damals in erster Linie die Kommunen in der Pflicht, wobei sich allerdings schnell herausstellte, dass diese Einheiten viel zu klein waren, um eine Verwaltung vorzuhalten, die einen angemessenen Spezialisierungsgrad ermöglichte.[7]

II.2. Überlagernde Effekte

Neben den eben angesprochenen Effekten, die speziell die Einigung betrafen, ergaben sich gleichzeitig einige Entwicklungen, die in der Folgezeit die Politik wesentlich prägen sollten. Diese Effekte wiederum wurden zum Teil lediglich zufällig im selben Zeitraum wirksam, bei einigen von ihnen haben sich allerdings die Wirkungen durch die Vereinigung noch verstärkt. Insbesondere die finanz- und wirtschaftspolitischen Herausforderungen dieser Zeit wurden durch die Integration der DDR und durch das große Transfervolumen vermutlich stärker spürbar, als dies sonst der Fall gewesen wäre. Auch die rechtspolitische Diskussion jener Zeit war davon geprägt, dass man Deutschland mit seiner Rechtsordnung aus unterschiedlichen Gründen „unter Druck" sah.

II.2.1. Finanzdruck

Während die Notwendigkeit, in die Infrastruktur in den neuen Ländern zu investieren und die staatlichen bzw. kommunalen Strukturen aufzubauen, nach wie vor eindeutig erkennbar blieb, war die wirtschaftliche Entwicklung nach einem kurzen Boom direkt nach der Wiedervereinigung von rezessiven Tendenzen geprägt. Die im Sinne einer Investitionstätigkeit grundsätzlich erfreulich breite Nutzung der Abschreibemöglichkeiten für den „Aufbau Ost" führte zu massiven Steuerausfällen. In einer Zeit, in der die neuen Länder den administrativen Umbau noch gar nicht abge-

5 *Klaus König*, Moderne öffentliche Verwaltung – Studium der Verwaltungswissenschaft, 2008, S. 609f.

6 *König* (Fn. 1), S. 557.

7 *Hans-Günter Henneke*, Verwaltungseffizienz und Betroffenenakzeptanz, Leitbildgerechtigkeit und politische Durchsetzbarkeit – Bestimmungsfaktoren für die Gebiets- und Funktionalreform in den ostdeutschen Bundesländern, in: NVwZ 1994, S. 555-561.

schlossen hatten und weiterhin auf massive finanzielle Hilfe angewiesen waren,[8] herrschte in den öffentlichen Haushalten auch im Westen eine massive Finanzknappheit.[9] Folglich begann auch für die westdeutschen Gebietskörperschaften eine intensive Suche nach Einsparmöglichkeiten.[10] Dies führte nicht nur zu einem Zurückschrauben vieler öffentlicher Dienstleistungen, sondern auch zu Überlegungen, wie in der Verwaltung wirtschaftlicher gearbeitet werden könnte, so dass der Finanzdruck zu einem wichtigen Reformmotor wurde.[11] Insbesondere die Entwicklung des Neuen Steuerungsmodells ist, wie noch zu zeigen sein wird, wesentlich auf diese Art des Drucks zurückzuführen. Von den Kritikern des Neuen Steuerungsmodells ist dieser Zusammenhang allerdings als einer der Gründe dafür beschrieben worden, dass allenfalls einzelne Aspekte des Konzepts umgesetzt worden sind.[12]

II.2.2. Wettbewerbsdruck

Praktisch gleichzeitig begann auch die Diskussion um die Wettbewerbsfähigkeit des „Standorts Deutschland".[13] Von der Öffentlichkeit weit mehr als vor der Öffnung des „Eisernen Vorhangs" wahrgenommen, boten sich für deutsche Unternehmen neue Möglichkeiten, Produktionsstätten ins Ausland zu verlegen. Dabei mag auch eine Rolle gespielt haben, dass sich nunmehr Länder mit offenen Grenzen und einem deutlich niedrigeren Lohnniveau in unmittelbarer Nachbarschaft Westeuropas befanden. Grundsätzlich war eine Ansiedlung von Unternehmen in den bis dahin weitgehend geschlossenen Volkswirtschaften in Mittel- und Osteuropa durchaus erwünscht, wurde doch der Nachholbedarf uneingeschränkt anerkannt und eine Anpassung in gewissem Umfang im Interesse einer gesunden gesamteuropäischen Entwicklung für erforderlich gehalten.[14] Soweit die Verlagerung von Produktionsstätten jedoch auf Kosten von Arbeitsplätzen im Inland ging, wurde sie allerdings in erster Linie als Be-

8 Vgl. dazu *Hermann Hill*, Partnerschaft für den Erfolg, in: LKV 1994, S. 377-382 (379).

9 *Hermann Pünder*, Haushaltsrecht im Umbruch, 2003, S. 5ff.

10 *König* (Fn. 1), S. 561.

11 *Veith Mehde*, Die Entwicklung von Verwaltungswissenschaft und Verwaltungsreform in den letzten fünf Jahrzehnten, in: Jan Ziekow (Hrsg.), Entwicklungslinien der Verwaltungspolitik, 2007, S. 25-41 (30f.).

12 Vgl. *Veith Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, S. 150ff.

13 Vgl. dazu *Sachverständigenkommission „Schlanker Staat"*, Abschlußbericht, 1997, passim.

14 *Bergmann* (Fn. 3), S. 22f.

drohung für etablierte Wirtschafts- und Arbeitsstrukturen wahrgenommen. Unter dem Stichwort der Standortsicherung wurde daher überlegt, wie sich die Voraussetzungen für wirtschaftliche Tätigkeit ändern müssten, um Unternehmensansiedlungen zu ermöglichen und gleichzeitig Abwanderungsbewegungen möglichst zu unterbinden. Dabei geriet auch die Effizienz der Verwaltung als ein Standortfaktor in den Blick.[15]

II.2.3. Qualitätsdruck

Eng mit dem Wettbewerbsdruck ist die Frage der Qualität der Verwaltungsleistungen verknüpft. Entsprechende Überlegungen mit unterschiedlichen Zielsetzungen gelangten in das Zentrum der Diskussion. Im Kontext des Neuen Steuerungsmodells ist zum einen die Wirtschaftlichkeit der Verwaltungsleistungen als verbesserungswürdig anerkannt worden. Ein weiterer zentraler Ansatzpunkt findet sich im Gedanken der Bürger- bzw. Kundenorientierung.[16] Die Verwaltung sollte nicht nur wirtschaftlicher arbeiten, sondern den Adressaten ihrer Maßnahmen auch anders als bislang gegenübertreten.[17] Auch das Qualitätsmanagement sollte ein originärer Ansatzpunkt für Reformvorhaben sein. Die Konsequenzen aus dem Wettbewerbsdruck und den Diskussionen um den „Standort Deutschland" zielten allerdings primär in eine andere Richtung.[18] Als ein Nachteil für die Standortbedingungen wurden die im internationalen Vergleich als zu langwierig empfundenen Genehmigungsverfahren wahrgenommen. Schließlich ergab sich ein weiteres Qualitätsproblem hinsichtlich der Leistungsfähigkeit der Verwaltungseinheiten bei der Erfüllung bestimmter, insbesondere technisch oder rechtlich anspruchsvoller Aufgaben. In diesem Zusammenhang stellte sich in erster Linie die Frage, welche Aufgaben man Gebietskörperschaften übertragen konnte, ohne dass es zu einem für ihre Größe unverhältnismäßigen Personalaufwand käme.

15 Vgl. dazu *Hermann Hill*, Öffentliche Verwaltung als Standortfaktor, in: Peter Bußjäger (Hrsg.), Moderner Staat und innovative Verwaltung, 2003, S. 1-6; vgl. auch *ders.*, Effektive Verwaltung in den neuen Bundesländern, in: NVwZ 1991, S. 1048-1052.

16 *Mehde* (Fn. 12), S. 104ff.

17 *Hill* (Fn. 8), S. 380f.

18 Vgl. *Veith Mehde*, Wettbewerb zwischen Staaten, 2005, S. 523ff.

II.2.4. Europäisierungsdruck[19]

Der Anfang der 1990er Jahre wäre auch ohne die Entwicklungen in Osteuropa eine besonders bemerkenswerte Phase im Prozess der europäischen Einigung gewesen. Schon durch das Weißbuch der Europäischen Kommission aus dem Jahr 1985[20] und Art. 8a der EEA erlangte das Jahr 1992 als Zielpunkt für die Verwirklichung des Binnenmarkts große öffentliche Aufmerksamkeit. Innenpolitisch wurden die Konsequenzen diskutiert, die aus einem solchen Binnenmarkt folgen würden.[21] Mit ihrem Beitritt zur Bundesrepublik traten die fünf neuen Länder auch der seinerzeitigen EG bei.[22] Die erheblichen finanziellen Anreize für eine Ansiedlung in Ostdeutschland mussten daher am Maßstab des europäischen Rechts und dabei natürlich insbesondere am Beihilfeverbot gemessen werden. Die Ausnahmevorschrift zum „Ausgleich der durch die Teilung verursachen wirtschaftlichen Nachteile“[23] wurde vom EuG dahingehend interpretiert, dass damit nur solche Nachteile gemeint seien, „die die Isolierung aufgrund der Errichtung oder Aufrechterhaltung dieser Grenze (…) verursacht hat“[24]. Mit der Wiedervereinigung war damit die Rechtfertigung für die Sonderbehandlung weggefallen.

Auch in anderen Rechtsbereichen wurde auf allen Verwaltungsebenen der Einfluss des europäischen Rechts zunehmend unmittelbar spürbar. Für die Verwaltungen der Länder wurde gleichzeitig deutlich, dass auch aus europäischen Fördertöpfen Mittel angezogen werden konnten, die man für den Aufbau und die weitere wirtschaftliche Entwicklung sinnvoll einsetzen konnte. Der im Zuge der Ratifizierung des Maastrichter Vertrages neugeschaffene Art. 23 GG war zudem Ausdruck der politischen Bemühungen, die Länder für den zugunsten der EU eintretenden Verlust von legislativen Kompetenzen zu entschädigen.[25]

[19] Zu Begriff und Bedeutung der Europäisierung vgl. *Rainer Wahl*, Europäisierung: Die miteinander verbundenen Entwicklungen von Rechtsordnungen als ganzen, in: Hans-Heinrich Trute u.a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 869-898.

[20] Vom 14.6.1985, KOM(85), 310 endg.

[21] Vgl. dazu *Mehde* (Fn. 18), S. 533ff.

[22] Vgl. *Hill* (Fn. 15), S. 1050.

[23] Art. 87 Abs. 2 lit. c) EG (Fassung Amsterdam); Art. 92 Abs. 2 lit. c) EGV (Fassung Maastricht).

[24] EuG, Slg 1999, II-3663, Rn. 134 – Freistaat Sachsen u.a./Kommission.

[25] *Rudolf Streinz*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 23, Rn. 4.

III. Die Lösungsansätze

Die eben beschriebenen Probleme sind in der rechts- und verwaltungspolitischen Diskussion stets präsent gewesen, so dass sich eine breite Debatte um die Lösungsansätze ergeben konnte. Dabei fällt auf, dass in den verschiedenen Bundesländern die jeweiligen Lösungsansätze durchaus voneinander abwichen, der Grundtenor aber doch erstaunliche Parallelen aufwies. Selbst dort, wo Abweichungen festzustellen sind, wurden diese in der Regel als besonders rechtfertigungsbedürftig empfunden. Insofern kann man jedenfalls von einer bundesweit wirkungsvollen Diskussion sprechen, auch wenn deren Ergebnissen eine gewisse Vielfalt zu eigen ist.

III.1. Funktional- und Gebietsreform

Ein zentrales verwaltungspolitisches Reformvorhaben war in der unmittelbar auf die Wiedervereinigung folgenden Zeit vor allem die Anpassung der Strukturen der neuen Länder an die bundesrepublikanischen Verhältnisse.[26] In diesem Zuge wurde evident, dass die Kommunen ihre wichtige Rolle beim Erbringen von Dienstleistungen für die Bürger behalten mussten, der Aufbau der Landesverwaltung also nicht eine starke kommunale Ebene würde ersetzen können. Vorrangig war zunächst eine Anpassung der Größenverhältnisse der Kommunen. Die Einwohnerzahlen der Kreise und Gemeinden der DDR waren viel zu gering, um ihnen die vielfältigen Aufgaben zu übertragen, die in den alten Ländern von Kreisen und Gemeinden übernommen wurden.[27] In den ostdeutschen Ländern musste also ein Konzept für die Ordnung der kleineren Gemeinden gefunden[28] und gleichzeitig eine massive Fusion der Landkreise ins Werk gesetzt werden. Dabei spielten Zielgrößen vor allem hinsichtlich der Einwohnerentwicklung eine große Rolle.[29] Inzwischen haben sich die damals zugrunde gelegten Prognosen als wenig tragfähig erwiesen, ist

[26] Zu den historischen Abläufen mit Blick auf die Kommunen vgl. *Wolfgang Bernet*, Zu Grundfragen der kommunalen Gemeindeverwaltungs- und Kreisgebietsreform in den neuen Ländern , in: LKV 1993, S. 393-397.

[27] *Henneke* (Fn. 7), S. 555; *Ernst Pappermann/Frank Stollmann*, Kreisgebietsreform in den neuen Bundesländern: Kriterien für den Zuschnitt des Kreisgebietes und die Bestimmung des Kreissitzes, in: NVwZ 1993, S. 240-246.

[28] *Bernet* (Fn. 26), S. 395 f.; siehe auch den entsprechenden Hinweis bei *Franz-Ludwig Knemeyer*, Kommunale Gebietsreformen in den neuen Bundesländern, in: LKV 1992, S. 177-182 (180); vgl. dazu auch den Sachverhalt der Entscheidung BVerfGE 107, 1.

[29] Vgl. dazu *Knemeyer* (Fn. 28), S. 180; *Pappermann/Stollmann* (Fn. 27), S. 241.

doch die Bevölkerungsentwicklung in einigen Regionen Ostdeutschlands von erheblichen Rückgängen gekennzeichnet.[30] Dies hat wesentlich dazu beigetragen, dass es inzwischen zu einer zweiten Welle von kommunalen Gebietsreformen in Ostdeutschland gekommen ist oder zumindest entsprechende Pläne dafür bestehen.[31]

Die Schaffung größerer Gebietskörperschaften ist dabei kein Selbstzweck, sondern unmittelbar auf die Aufgaben bezogen, die ihnen übertragen werden sollen. Gebiets- und Funktionalreformen sind argumentativ eng miteinander verknüpft.[32] Letztere betreffen in erster Linie die Frage, welche Aufgaben der kommunalen Ebene übertragen werden können, damit das Land diese nicht selbst zu erledigen hat. Es geht also letztlich um eine sachgerechte Verteilung von Zuständigkeiten im Mehrebenensystem. Damit wird gleichzeitig die wesentliche (Vor-)Entscheidung über den erforderlichen Spezialisierungsgrad in den Verwaltungen getroffen. Bestimmte Aufgaben lassen sich sinnvoll nur von technisch, naturwissenschaftlich oder rechtlich besonders geschultem Personal erfüllen. Solche Stellen können aber nur dann sinnvoller Weise vorgehalten werden, wenn sie auch ein hinreichendes Fallaufkommen zu bearbeiten haben.[33] Dabei muss überprüft werden, ob sich durch eine bestimmte Allokation der Aufgabe das Verhältnis zwischen der Zahl der Verwaltungsmitarbeiter und der Einwohnerzahl negativ verschiebt.[34] Derartige „Benchmarks" sind zwar auch in vielerlei Hinsicht anfällig für Fehlinterpretationen. Grundsätzlich lassen sich solche Zahlen aber durchaus in aussagekräftiger Weise generieren.

III.2. Qualitätsaspekte

Die Debatte um die Verwaltung als Element des zwischenstaatlichen Wettbewerbs hat der Frage der Qualität des deutschen Verwaltungshandelns eine neue Bedeutung verschafft. Während möglicherweise ohne dessen Effekte der Leidensdruck für Reformen nicht groß genug gewesen

30 Siehe etwa zur besonders dramatischen Entwicklung in Mecklenburg-Vorpommern den Entwurf der Landesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung der Verwaltung des Landes Mecklenburg-Vorpommern, LT-Drs. 4/1710, S. 104ff.

31 Vgl. dazu *Veith Mehde*, Aktuelle Entwicklungen im Kommunalrecht der Bundesländer, Vom Ende zum Anfang der Geschichte, in: DVBl. 2010, S. 465-471.

32 *Bernet* (Fn. 26), S. 397.

33 *Veith Mehde*, Aktuelle Entwicklungslinien der Verwaltungsreform – Prinzipien, Folgen, Probleme, in: VM 2009, S. 19-33 (24).

34 Vgl. dazu noch einmal den Gesetzesentwurf der Landesregierung Mecklenburg-Vorpommern, LT-Drs. 4/1710, S. 116, 135ff.

wäre, sind durch die erheblichen Probleme nach der Wiedervereinigung auch bestimmte qualitätsbezogene Elemente des deutschen Verwaltungsrechts in das Blickfeld der Verwaltungspolitik geraten.[35] Neben der gleich noch anzusprechenden Adaption von Konzepten aus dem privaten Sektor haben die damit verbundenen Reformen in erster Linie zwei Stoßrichtungen: zum einen die Beschleunigung von Verwaltungsverfahren, zum anderen die Nutzung der Informationstechnik, die in den 1990er Jahren durch die zunehmende Nutzung privater PC und die Verbreitung des Internets einen erheblichen Schub erlebte.

III.2.1. Beschleunigungsgesetzgebung

Die Debatte über die Beschleunigung von Verwaltungsverfahren basierte im Wesentlichen auf der Analyse, dass diese Verfahren in Deutschland im Vergleich zu „konkurrierenden" Ländern, aber auch für den Rechtsschutz suchenden Bürger wesentlich zu lange dauerten.[36] Dies wurde zum einen bei den Infrastrukturprojekten in Ostdeutschland beklagt – mit der Konsequenz, dass Planungen für Verkehrswege durch Investitionsmaßnahmegesetze durchgeführt[37] und damit vielfältige verfassungsrechtliche Bedenken hervorgerufen wurden.[38] Für Ostdeutschland wurden auch für sonstige Planungen Sonderregelungen geschaffen,[39] die mit dem Nachholbedarf in Sachen Infrastruktur gerechtfertigt wurden.[40] Zum anderen geriet in diesem Zusammenhang der Wettbewerb um Investitionen aus dem Ausland in das Blickfeld. „Foreign Direct Investment" wurde als Schlagwort aus der internationalen Diskussion auch in Deutschland ein wichtiger Gegenstand der verwaltungspolitischen Reformvorstellungen.[41] Impulse aus anderen Volkswirtschaften sollten also den Wohlstand im

35 Vgl. *König* (Fn. 1), S. 561ff.

36 Zu der damaligen Dauer von Verfahren vgl. *Hans-Peter Schmieszek*, Die Novelle zur Verwaltungsgerichtsordnung – Ein Versuch, mit den Mitteln des Verfahrensrechts die Ressource Mensch besser zu nutzen, in: NVwZ 1991, S. 522-526 (523).

37 Gesetz über den Bau der ‚Südumfahrung Stendal' der Eisenbahnstrecke Berlin-Oebisfelde, BGBl. I 1993, 1906.

38 Vgl. BVerfGE 95, 1.

39 Gesetz zur Beschleunigung der Planungen für Verkehrswege in den neuen Ländern sowie im Land Berlin, BGBl. I 1991, 2174.

40 Das Bundesverfassungsgericht hat die mit dem Gesetz zur Südumfahrung Stendal verbundene Legalenteignung wie folgt gerechtfertigt: „Die Wiedervereinigung hat eine außergewöhnliche Situation geschaffen. Zum Aufbau der Wirtschaft in den neuen Ländern war und ist der unverzügliche Aufbau der Verkehrsinfrastruktur unabdingbar" (BVerfGE 95, 1 [23]).

41 Vgl. *Mehde* (Fn. 18), S. 66.

Inland heben und insbesondere dabei auch Arbeitsplätze schaffen. Die Anziehungskraft für solche Investitionen geriet zu einem wesentlichen Indikator für die Wettbewerbsfähigkeit eines Landes. Langwierige Genehmigungsverfahren erschienen dabei als ein wesentlicher Standortnachteil.[42]

Mitte der 1990er Jahre war daher die Hochzeit der Beschleunigungsgesetzgebung. Das deutsche Verwaltungsverfahrensrecht bietet für die Beschleunigung von Verfahren mehrere Anknüpfungspunkte, die alle auf Veränderungsmöglichkeiten hin untersucht wurden. Im Ergebnis ist damit eine erhebliche Entwertung des Verfahrens insgesamt verbunden gewesen. So wurden durch eine Änderung der §§ 45 f. VwVfG die Möglichkeiten, formelle Fehler zu heilen oder sie für unbeachtlich zu erklären, wesentlich ausgeweitet.[43] Sie bestehen nunmehr bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Das bedeutet im Ergebnis, dass eine Missachtung von verfahrensrechtlichen Vorgaben – die ja durchaus einen rechtsstaatlich erheblichen Zweck verfolgen – keinerlei Sanktionen mehr unterliegt.[44] Es ist also in der Praxis grundsätzlich ausgeschlossen, einen Prozess gegen die Verwaltung mit dem Argument zu gewinnen, es sei etwa keine Anhörung vor dem Erlass eines belastenden Verwaltungsakts erfolgt.

Zu den Änderungen des Verwaltungsverfahrens gehört auch die im Zuge des 6. VwGO-Änderungsgesetzes[45] in § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO eingefügte Möglichkeit für die Länder, das gerichtliche Vorverfahren für die Bereiche abzuschaffen, in denen dies nicht durch Bundesrecht verbindlich vorgeschrieben ist. Diese Tendenz hat sich allerdings erst im neuen Jahrzehnt nachhaltig durchgesetzt. In einigen Bundesländern ist das Widerspruchsverfahren sogar als Rechtsschutzinstrument im Grundsatz gar nicht mehr statthaft und damit das in § 68 VwGO zugrunde gelegte Regel-/Ausnahmeverhältnis in sein Gegenteil verkehrt worden. Andere

[42] Vgl. dazu die Aussage des Sachverständigenrats „Schlanker Staat", Abschlußbericht, Band 1, 1997, S. 173: „Die Verkürzung von Verwaltungsverfahren ist eines der zentralen Anliegen zur Verbesserung des Standorts Deutschland"; siehe auch *Heribert Schmitz*, 20 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Neue Tendenzen im Verfahrensrecht auf dem Weg zum schlanken Staat, in: NJW 1998, S. 2866-2871.

[43] *Friedrich Schoch*, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III, 2009, § 50, Rn. 131.

[44] *Wolf-Rüdiger Schenke*, „Reform" ohne Ende – Das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG), in: NJW 1997, S. 81-93 (87).

[45] BGBl. I 1996, 1626.

Bundesländer haben jedenfalls für einzelne Regelungsbereiche Ausnahmen vom Erfordernis des Vorverfahrens geschaffen.[46] Eine mittlere Linie liegt in der Einführung eines nur noch fakultativen Vorverfahrens.[47] Dies alles dient einerseits der Beschleunigung von Verfahren, andererseits ist bei der Abschaffung auch damit argumentiert worden, dass es sich um ein Hindernis bei der Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage handele, ohne dass damit die Ziele des Rechtsschutzes erreicht würden.[48]

In eine ähnliche Richtung gehen die Überlegungen zum Suspensiveffekt von Widerspruch und Anfechtungsklage. Gemäß § 80 Abs. 1 VwGO haben diese grundsätzlich aufschiebende Wirkung, und zwar auch in den Fällen, in denen gegen eine Genehmigung vorgegangen wird, die einem Dritten erteilt wurde (vgl. § 80a VwGO). Der Suspensiveffekt kann also potenziell die Wirkungen einer Genehmigung bis zum Abschluss eines gerichtlichen Verfahrens ausschließen. Im Lichte der beschriebenen Überlegungen wurde dies gerade bei Investitionsentscheidungen naturgemäß als nicht wünschenswert angesehen. Es ist daher auch kein Zufall, dass gemäß § 212a BauGB der Suspensiveffekt bei Widersprüchen und Anfechtungsklagen gegen die bauaufsichtsrechtliche Zulassung von Vorhaben nicht besteht. Der Gesetzgeber hat in § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO den Suspensiveffekt ausdrücklich ausgeschlossen in den „durch Bundesgesetz oder für Landesrecht durch Landesgesetz vorgeschriebenen Fällen, insbesondere für Widersprüche und Klagen Dritter gegen Verwaltungsakte, die Investitionen oder die Schaffung von Arbeitsplätzen betreffen". Es liegt auf der Hand, dass der letzte Halbsatz vor allem programmatischen Charakter hat. Für Bundesrecht bedarf es keiner Ermächtigung im einfachen Recht, würde doch ohnehin jedes Gesetz, das den Suspensiveffekt ausschließt, nach der Lex-posterior-Regelung anwendbar sein. Für das Landesrecht handelt es sich um eine weite Ermächtigung, für die der letzte Halbsatz keine ausdrückliche inhaltliche Anforderung regelt. Das Wort „insbesondere" verdeutlicht, dass der genannte Grund keinen Ausschließlichkeitscharakter hat. Im Ergebnis sind die Länder also in der Abschaffung des Suspensiveffekts danach nicht eingeschränkt.[49]

[46] Vgl. dazu *Friederike Heins*, Die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens, Berlin 2010.

[47] *Georg Heiß/Thomas Schreiner,* Zum fakultativen Vorverfahren nach Art. 15 Abs. 1 BayAGVwGO n.F., in: BayVBl 2007, S. 616-619.

[48] Vgl. dazu *Mehde* (Fn. 33), S. 20.

[49] Vgl. *Adelheid Puttler*, in: Helge Sodan/Jan Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 3. Aufl. 2010, § 80, Rn. 66ff.

Ein besonderer Systembruch ist – bei allen Schwierigkeiten der Auslegung in den Details[50] – durch die Einfügung des § 114 S. 2 VwGO erfolgt.[51] Danach kann die Verwaltungsbehörde Ermessenserwägungen auch noch im gerichtlichen Verfahren ergänzen. Damit ist letztlich eine Heilungsmöglichkeit für materielle Fehler in das Gesetz aufgenommen worden, während sich die §§ 45 f. VwVfG ausschließlich auf formelle Fehler beziehen. Durch diese Regelungen hat der Gesetzgeber vollends deutlich gemacht, dass jede Kontrolle der Entscheidungsfindung der Verwaltung als eine Verzögerung angesehen wird, die sich grundsätzlich nur rechtfertigen lässt, wenn die Ergebnisse der Entscheidung vor dem materiellen Recht keinen Bestand haben können.[52] Dies ist vor allem deswegen bemerkenswert, weil sich in dieser Zeit durchaus auch die Erkenntnis durchgesetzt hatte, dass die Steuerung der Verwaltung durch die Politik in vielen Aufgabenbereichen mit großen Schwierigkeiten und auch konkreten Unsicherheiten behaftet ist. Bei der Diskussion um die Kompensationsmöglichkeiten wurde stets auch die Bedeutung des Verwaltungsverfahrens hervorgehoben.[53] Diese Überlegungen sah die Politik ganz offensichtlich durch den externen Druck entwertet, den man in Anbetracht der wirtschaftlichen Schwierigkeiten ganz unmittelbar wahrnehmen konnte.[54] Es lässt sich also sagen, dass die Wiedervereinigung verbunden mit der Diskussion um den „Standort Deutschland" einen Paradigmenwechsel mit sich brachte, der tiefe Spuren im Verwaltungsrecht hinterlassen hat.

50 Vgl. *Michael Gerhardt*, in: Friedrich Schoch/Eberhard Schmidt-Aßmann/Rainer Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, § 114, Rn. 12aff. (Stand: Mai 1997).

51 Vgl. *Schenke* (Fn. 44), S. 88ff.

52 *Heribert Schmitz* (Fn. 42), S. 2866.

53 *Mehde* (Fn. 18), S. 528.

54 Vgl. dazu die Aussage von *Harald Fliegauf*, Nochmals zum sechsten VwGO-Änderungsgesetz: Reform oder Anpassung?, in: NJW 1997, S. 1968-1969 (1969), zur großen Zahl der Richter in Deutschland: „Daß dieser Umstand auch einen gewichtigen Kostenaspekt hat, wird redlicherweise niemand bestreiten können. Ebensowenig kann vernünftiger Weise bestritten werden, dass ein hypertropher Rechtsstaat, der missbräuchlich als Rechtsmittelstaat instrumentiert wurde, die Grenzen der Finanzierbarkeit längst erreicht hat."

III.2.2. Nutzung der Informationstechnik

Die 1990er Jahre waren auch eine Zeit, in der die Möglichkeiten der Informationstechnik zunehmend erkannt wurden. Verwaltungstätigkeit war damals bereits ganz selbstverständlich von der Nutzung dieser Technik abhängig. Zusätzlich wurde aber auch deutlich, dass sich damit nicht nur die Effizienz der Verwaltungstätigkeit, sondern auch die Bürgerfreundlichkeit erheblich verbessern lassen würde. Dies betraf zunächst einmal vor allem die Bereitstellung von Informationen, aber auch die Frage der elektronischen Kontaktaufnahme mit der Verwaltung. Im VwVfG ist die elektronische Fassung unter der Voraussetzung einer qualifizierten elektronischen Signatur der Schriftform gleichgestellt worden (§ 3a). Damit gerät auch die Einbeziehung der Antragsteller in bestimmte Verfahrensschritte in das Blickfeld. Bürgerfreundlichkeit und Effizienz zielen in dieselbe Richtung, wenn man die elektronische Antragstellung als einen Verfahrensschritt gestaltet, welcher eine medienbruchfreie Weiterbearbeitung ermöglicht. Die Bedeutung von Computern in Verwaltungen verschiebt sich damit von jener als Datenträger und Schreibmaschinenersatz hin zu einem Element einer umfassenden Neukonzeptionierung von Entscheidungsabläufen.

Inzwischen zeigt sich allerdings ein negativer Aspekt des eigentlich begrüßenswerten Engagements der verschiedenen Verwaltungsstellen in diesem Bereich: Die fehlende Koordination des Vorgehens. Der Druck auf die Verwaltungen, entsprechende Programme zu entwickeln, war augenscheinlich sehr groß. Als Konsequenz wurden Rechenzentren eingerichtet, die die Entwicklung entsprechender Software in Auftrag gegeben und die Bearbeitung von Verwaltungsvorgängen auf diese abgestimmt haben. Auf diese Weise ist ein Wildwuchs entstanden, der nur mit einem erheblichen Aufwand beseitigt werden kann. Es wird berichtet, dass es in Deutschland fast 120 öffentlich-rechtliche Rechenzentren gebe.[55] Allein für Nordrhein-Westfalen wird angegeben, dass mehr als 100 Einwohnermeldeserver aktiv seien.[56] Daraus entstehen in vielfältiger Weise Probleme. Zum einen haben die relativ kleinen Dienstleister oft Schwierigkeiten, angemessen qualifiziertes Personal zu gewinnen, zumal der Arbeitsmarkt in diesem Bereich insgesamt nicht viele Personen zur

[55] *Matthias Kammer*, Die Chance „Public Merger"!, in: VM 2007, S. 289-295 (290).
[56] *Ulrike Löhr*, Konsolidierung der öffentlichen IT durch Kooperation und Fusion, in: VM 2008, S. 268-272.

Verfügung stellt.[57] Zum anderen ist, wie inzwischen sehr deutlich wird, durch die fehlende Koordination eine große Effizienzreserve gewissermaßen verschenkt worden.

Dabei ist nicht nur die Rede davon, dass natürlich größere Einheiten mit entsprechend größeren Abnahmezahlen in der Regel bessere Tarife aushandeln und von den „Economies of scale" profitieren können.[58] Aus heutiger Sicht erscheint sogar noch problematischer, dass die unterschiedlichen Systeme nicht miteinander vernetzt sind. Die Anmeldung in der einen Behörde führt also nicht zwangsläufig dazu, dass in der anderen automatisiert eine Abmeldung erfolgt.[59] Vielmehr ist eine zusätzliche Kommunikation vonnöten. Aus heutiger Perspektive ist darüber hinaus ein besonders negativ zu Buche schlagender Effekt, dass damit die Potenziale einer Modularisierung nicht in dem eigentlich möglichen Umfang genutzt werden können.[60] Das Konzept der Modularisierung geht auf die Überlegung zurück, dass Prozesse standardisiert und in einzelne Verfahrensschritte aufgeteilt werden können.[61] Diese lassen sich dann auf andere Einheiten verlagern, die wiederum damit ein Maß an Sachkompetenz erreichen, das von einer einzelnen Einheit dieser Art mit eigenen Kräften nicht zu erzielen wäre.[62] Dadurch wäre der Spezialisierungsgrad in den Verwaltungen nicht mehr in derselben Weise wie bislang von der Größe der zuständigen Verwaltungen und damit mittelbar von einer entsprechenden Einwohnerzahl der jeweiligen Gebietskörperschaft abhängig.[63] Denkbar wäre sogar, einzelne dieser Verfahrensschritte auf dem privaten Sektor „einzukaufen" oder aber die Antragsteller[64] enger einzubinden.[65]

57 *Kammer* (Fn. 55), S. 289.

58 Vgl. aber *Kay-Uwe Goetze*, Ist IT-Governance nur etwas für Große?, in: VM 2009, S. 34-40.

59 Vgl. dazu *Karl Tramer*, Elektronischer Datenaustausch im Meldewesen – Modell für überörtlichen Datenaustausch in Deutschland?, in: VM 2007, S. 300-302.

60 Vgl. *Klaus Lenk*, Abschied vom Zuständigkeitsdenken – Bürokratieabbau durch vernetzte Erstellung von Verwaltungsleistungen, in: VM 2007, S. 235-242.

61 *Berni P Heitzer/Hans Fischer*, Geschäftsprozessmanagement als Kernaufgabe der Verwaltungsmodernisierung – Gestaltung und Optimierung von Geschäftsprozessen mit Prozessbausteinen, VM 2008, S. 312-317.

62 *Kay Ruge*, Verwaltungsmodernisierung durch E-Government – Einordnungen aus kommunaler Perspektive, in: NdsVBl. 2008, S. 89-94 (90ff.).

63 *Ruge* (Fn. 62), S. 93; *Timo Schuppan*, Gebietsreform im E-Government-Zeitalter, in: VM 2008, S. 66-78.

64 Vgl. *Michael Hokkeler/Marianne Wulff*, Neue Wege zur Rationalisierung und Qualitätsverbesserung beschreiten – Beispiele für optimierte Prozesse, in: VM 2007, S. 303-306 (304f.).

65 Vgl. dazu *Lenk* (Fn. 60), S. 235ff.

Es liegt auf der Hand, dass die eben beschriebenen Überlegungen zu einer stärkeren Prozessorientierung und Modularisierung sehr schwer zu verwirklichen sind und in der konkreten Ausgestaltung auch erhebliche organisations- und datenschutzrechtliche Probleme mit sich bringen. Allerdings macht es die derzeitige disparate Organisationsstruktur von vornherein unmöglich, überhaupt in diese Richtung zielende Konzepte zu entwickeln oder wenigstens die Organisationsformen zu wählen, bei denen Auslagerungsentscheidungen als rechtlich unproblematisch gelten können. Vor diesem Hintergrund ist auch die Einfügung des neuen Art. 91c GG im Rahmen der Föderalismusreform II zu sehen.[66] Hiermit wird ein Rahmen für die rechtlich verbindliche Zusammenarbeit von Bund und Ländern einschließlich der Standardisierung geschaffen und dem Bund die Errichtung eines Verbindungsnetzes aufgegeben. Damit ist aber bislang nur eine rechtliche Option geschaffen worden, die nunmehr noch mit entsprechenden Inhalten gefüllt werden muss, damit die Potenziale tatsächlich ausgeschöpft werden können.

III.3. Reaktion auf Europäisierung

Die Europäisierung hat auf die Verwaltungen der Mitgliedstaaten auf ganz unterschiedlichen Ebenen massive Auswirkungen gehabt – mit einer tendenziell immer größeren Intensität. Zunächst ging es natürlich um die Beachtung des europäischen Rechts. Auch in der Zeit nach der Wiedervereinigung gab es eine Reihe von politisch gewünschten Vorhaben, bei denen jedenfalls im Nachhinein die Europarechtswidrigkeit in den festen Bestand der Rechtsdogmatik eingegangen ist. Dies betraf etwa die Subventionierung von bestimmten Investitionsvorhaben in der ehemaligen DDR,[67] wobei man wohl insgesamt sagen muss, dass die Europäische Kommission als Aufsichtsbehörde in diesem Punkt eine großzügige Linie eingeschlagen und der deutschen Politik recht große Spielräume gegeben hat. Auf allen Ebenen im Staatsaufbau einschließlich der Kommunen setzte sich die Erkenntnis durch, dass bestimmte traditionelle Förderungsformen an die Grenzen des europäischen Rechts stießen. Zuletzt begleitete die Kommission als für die Anwendung des Beihilferechts zuständige Behörde etwa die Betätigungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland im Bereich der neuen Medien sehr

[66] Vgl. dazu *Martin Schallbruch/Markus Städler*, Neuregelung der Bund-Länder-Zusammenarbeit bei der IT durch Art. 91c GG, in: CR 2009, S. 619-624.

[67] Vgl. etwa EuG, Slg. 1999, II-3663 – Freistaat Sachsen u.a./Kommission.

kritisch.[68] Der entsprechende Konflikt wurde durch die Einführung des auf einen Kompromiss zurückgehenden Drei-Stufen-Tests[69] beendet.

In einigen Fällen hat das europäische Recht nicht nur Handlungsmöglichkeiten der Verwaltungen beschränkt, sondern ganz unmittelbar in deren Gestaltung eingegriffen. Zu nennen ist hier etwa der lange schwelende Konflikt mit der Kommission über die deutschen Sparkassen und Landesbanken, der schließlich das Ende der traditionellen Reichweite von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bedeutete.[70] Als noch wesentlich bedeutsamer hat sich die Europäische Dienstleistungsrichtlinie[71] erwiesen.[72] Sie hat wie wohl kein zweiter Rechtsakt der EU bzw. EG Einfluss auf die deutsche Verwaltungsorganisation genommen. Konkret geht es vor allem um den Einheitlichen Ansprechpartner gemäß Art. 6 der Richtlinie. Danach müssen alle Anträge, die ein ausländischer Dienstleister zu stellen hat, bevor er in dem Mitgliedstaat tätig werden darf, bei einer einzigen Behörde gestellt werden können.[73] Da dies in Deutschland ganz selbstverständlich an Zuständigkeitsgrenzen stößt, folgt daraus die Notwendigkeit einer wirksamen Vernetzung.[74] Verschärft wird die Situation dadurch, dass nach Ablauf einer angemessenen Frist eine Genehmigungsfiktion eintritt.[75] Insofern ist die Effektivität der Vernetzung gewissermaßen eine Voraussetzung dafür, dass überhaupt eine wirksame Entscheidung durch die Verwaltung getroffen werden kann.

Schließlich wurde von den Verwaltungen zunehmend auch gesehen, dass die europäische Entwicklung nicht nur die Befolgung der europäischen Vorgaben erforderte. Vielmehr hängen die Erfolge einer Gebietskörperschaft wesentlich davon ab, dass gegenüber dem komplexen System der europäischen Entscheidungsstrukturen eine aktive Haltung

68 Brief vom 22.4.2007; K(2007) 1761 endg.

69 § 11 f Abs. 4 – 7 RStV.

70 Vgl. Beschluss der Kommission vom 27.3.2002, Abl. C 150/7.

71 RL 2006/123/EG vom 12. Dezember 2006, Abs. 2006 Nr. L 376, S. 36.

72 Vgl. *Timo Schuppan*, Die EG-Dienstleistungsrichtlinie aus E-Government-Sicht: Mode oder Modernisierung?, in: VM 2009, S. 293-298.

73 Man spricht daher auch vom „One-Stop-Shop-Prinzip" (*Jan Ziekow/Alexander Windhofer*, in: Monika Schlachter/Christoph Ohler [Hrsg.], Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 6, Rn. 6).

74 *Hokkeler/Wulff* (Fn. 64), S. 304; *Klaus Lenk*, Organisationsänderung durch Wegsehen – Der riskante Einstieg in One-Stop-Government mit der Dienstleistungsrichtlinie, in: VM 2009, S. 241-250.

75 Zu den Details der Regelung vgl. *Matthias Cornils*, in: Monika Schlachter/Christoph Ohler (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 13, Rn. 6ff.

eingenommen wird.[76] Auf Ebene der Bundes-, ggf. aber auch der Landesverwaltungen impliziert das zunächst einmal die Beobachtung der europäischen Rechtssetzung und eine mögliche Einflussnahme darauf, um auf diese Weise die Interessen der jeweiligen Gebietskörperschaft zu vertreten. In einer EU der 27 wird man zwar naturgemäß nicht erwarten können, dass alle Entscheidungen im eigenen Sinne zu beeinflussen sein werden.[77] Für jede Ebene ist aber unmittelbar gewinnbringend, die Förderprogramme der EU so zu beobachten und zu verstehen, dass die heimischen Antragsteller effektiv beraten und unterstützt werden können. Damit lassen sich wesentliche Impulse für die wirtschaftliche Entwicklung erzielen.

III.4. Adaption von Tendenzen aus der Privatwirtschaft

Unter dem Einfluss des Wettbewerbs-, des Finanz- und des Qualitätsdrucks wurden in der Verwaltungspolitik Maßnahmen zur Verbesserung der Effizienz diskutiert. Die dominierende Zielrichtung war dabei die Übernahme von Konzepten bzw. Instrumenten aus dem privaten Sektor, der den Befürwortern dieser Entwicklung im Vergleich zu dem öffentlichen als wettbewerbsfähiger, flexibler und effizienter erschien.[78] Für die deutsche Verwaltung bedeutete das vor allem, dass ein Anschluss an die internationale Entwicklung gefunden werden sollte, die ebenfalls stark auf die Adaption von Managementmodellen aus dem privaten Sektor ausgerichtet war. In den frühen 1990er Jahren entwickelte die Kommunale Gemeinschaftsstelle (KGSt) eine originär für die deutschen Kommunen entwickelte Form des „New Public Management".[79] In Deutschland sprach man vom „Neuen Steuerungsmodell" (NSM).[80] Die Dominanz dieses Modells in der verwaltungspolitischen Diskussion mag man schon an der Tatsache ermessen, dass sich die Schreibweise mit dem großen „N" einbürgerte.

[76] Vgl. *König* (Fn. 5), S. 821: „Will der Nationalstaat in den internationalen Beziehungen nicht nur ‚policy taker', sondern ‚policy maker' sein, muss er spezifischen Einfluss nehmen, seine Präferenzen frühzeitig zur Geltung bringen".

[77] Vgl. *Ulrich Haltern*, Europarecht – Dogmatik im Kontext, 2. Aufl. 2007, Rn. 204ff.

[78] Kritisch dazu: *König* (Fn. 1), S. 561ff.

[79] Der Bezug zum New Public Management wird hervorgehoben in *KGSt*, Das Neue Steuerungsmodell – Begründung, Konturen, Umsetzung, Bericht 5/1993, S. 23.

[80] Grundlegend: *KGSt*, Dezentrale Ressourcenverantwortung: Überlegungen zu einem neuen Steuerungsmodell, Bericht-Nr. 12/1991; *dies*. (Fn. 79); *dies*., Budgetierung: Ein neues Verfahren der Steuerung kommunaler Haushalte, Bericht Nr. 6/1993.

Es handelte sich um ein Konzept, das darauf zielte, die hierarchische Verwaltung mit ihren traditionellen Instrumenten vollständig zu ersetzen. Zu Grunde lag die Überlegung, dass die Steuerungsmöglichkeiten für die Politik und damit die demokratische Legitimation der Verwaltungsentscheidungen auch nach der Einführung der neuen Mechanismen in einem vergleichbaren Maß bestehen würden. Das NSM sah, so war die Auffassung, für die Steuerung durch Politik und Vorgesetzte sachangemessene Äquivalente für die nicht mehr bestehende Möglichkeit vor, die nachgeordneten Stellen über Einzelweisungen zu beeinflussen.[81] Daher ist es nicht unproblematisch, dass – wie noch zu zeigen sein wird – die Umsetzung in der Praxis eher selektiv erfolgte.[82] Als den größten Erfolg in der Umsetzung muss man ausgerechnet die Einführung von Mechanismen ansehen, die das Verhältnis von Politik und Verwaltung gar nicht unmittelbar betreffen, namentlich die fast flächendeckende Einführung von Bürgerbüros, mit denen der Servicecharakter bei öffentlichen Dienstleistungen deutlicher als je zuvor wahrnehmbar wurde.[83] Dass dieser Anspruch häufig dadurch zum Ausdruck kam, dass die Antragsteller als „Kunden" bezeichnet wurden,[84] hat zu Missverständnissen geführt und den Verfechtern viel Kritik eingebracht, obwohl mit dem Konzept ganz zweifellos keine Verschiebung in der Rechtsstellung des Bürgers, wohl aber eine Abkehr vom Partizipationsgedanken der 1970er Jahre verbunden war.[85]

Effektive Veränderungen in den Entscheidungsstrukturen haben sich durch die Einführung der Budgetierung ergeben.[86] Mit ihr gehen erhebliche Erweiterungen der Spielräume von Verwaltungseinheiten einher.[87] Rechtlich gesprochen werden die in dem Budget zusammengefassten (früheren) Haushaltstitel für uneingeschränkt wechselseitig deckungsfähig und zudem regelmäßig auch für übertragbar erklärt. Durch letzteres konnte auf einfache Weise das Phänomen des „Dezemberfiebers", also der verschwenderischen Geldausgabe am Ende des Hauhaltsjahres, bekämpft

81 Vgl. dazu *Mehde* (Fn. 12), S. 158 ff.

82 Vgl. *Rüdiger Knipp*, Verwaltungsmodernisierung in deutschen Kommunalverwaltungen – Eine Bestandsaufnahme, 2005, S. 12 und S. 14ff.; *Jörg Bogumil u. a.*, Zehn Jahre Neues Steuerungsmodell, 2. Aufl. 2007, S. 37ff.

83 Vgl. *Gerhard Banner*, Logik des Scheiterns oder Scheitern der Logik?, in: Der moderne Staat 2008, S. 447-456 (449).

84 Vgl. *König* (Fn. 1), S. 564f.

85 *Mehde* (Fn. 11), S. 35.

86 Vgl. dazu *Mehde* (Fn. 12), S. 98ff.

87 Kritisch dazu *Lars Holtkamp*, Das Scheitern des Neuen Steuerungsmodells, in: Der moderne Staat 2008, S. 423-446 (434).

werden.[88] Die Deckungsfähigkeit erlaubte es der Verwaltung, Einsparungen dort vorzunehmen, wo Sparpotenziale vorhanden und mit den geringsten negativen Wirkungen umzusetzen waren. Als problematisch wird dabei empfunden, dass der Politik dadurch pauschale Budgetkürzungen ermöglicht werden, ohne dass sie sich schon auf einzelne Bereiche, in denen diese wirksam werden sollten, festlegen müsste.[89]

Als Kompensation für jene Möglichkeiten der Detailsteuerung, welche die Politik im Zuge der Einführung der Budgetierung aufgeben musste, war im NSM eigentlich vorgesehen, mit den Verwaltungen und auch zwischen den verschiedenen Ebenen innerhalb der Verwaltung outputorientierte Kontrakte abzuschließen. Diese sollten auch die Steuerung über Einzelweisungen ersetzen. Die Politik oder die übergeordnete Verwaltungsstelle sollte über das „Ob" der Anfertigung eines bestimmten Produkts entscheiden – die Verwaltung bzw. die jeweils nachgeordneten Stellen, mit denen solche Vereinbarungen abgeschlossen wurden, über das „Wie".[90] Vor dem Hintergrund der aktuell dominierenden Prozessorientierung erscheint dies als eine Vernachlässigung einer ganz wesentlichen Effizienzreserve. Tatsächlich ist aber dieses Element der Zielvereinbarungen nie so wirksam geworden, wie dies in dem NSM vorgesehen war. Dies lässt sich zum einen auf den Unwillen der Politik zurückführen, sich in ihren Einflussnahmemöglichkeiten zu beschränken.[91] Zum anderen bestand die Schwierigkeit, aussagekräftige Produktdefinitionen zu generieren, die Gegenstand einer solchen Vereinbarung hätten sein können.[92] Hier ist allerdings mittlerweile auf kommunaler Ebene ein neuer Impetus zu erwarten. Die Bundesländer haben sich nämlich auf die Einführung der Doppik im kommunalen Haushaltsrecht verständigt,[93] so dass derartige Beschreibungen jetzt zu einem elementaren Bestandteil des kommunalen Budgetverfahrens werden.[94] Insofern kann man gespannt

88 *KGSt* (Fn. 80), S. 19.

89 *Dietrich Budäus*, Modernisierung des öffentlichen Haushalts- und Rechnungswesens, in: Werner Jann u.a. (Hrsg.) Status-Report Verwaltungsreform – Eine Zwischenbilanz nach zehn Jahren, 2004, S. 75-86 (79), hat daher vor einer „Entpolitisierung der Politik" gewarnt.

90 Ausführlich dazu: *KGSt*, Das Verhältnis von Politik und Verwaltung im Neuen Steuerungsmodell, Bericht Nr. 10/1996.

91 Vgl. *Holtkamp* (Fn. 87), S. 428f., 434.

92 Dies wurde schon früh als ein zentrales Problem bei der Umsetzung des NSM identifiziert, vgl. dazu die Darstellung bei *Mehde* (Fn. 12), S. 153f.

93 Vgl. dazu *Felix Krengel*, Zwischenstand beim neuen kommunalen Haushaltsrecht, in: VM 2008, S. 213-219.

94 Vgl. *Gunnar Schwarting*, Der Haushaltsausgleich im neuen kommunalen Haushaltsrecht des Landes Rheinland-Pfalz, in: LKRZ 2007, S. 209-212.

sein, ob damit auch das NSM insgesamt einen neuen Entwicklungsschub wird nehmen können.[95] Als problematisch erscheint allerdings, dass die Einzelregelungen in den verschiedenen Ländern recht unterschiedlich geraten sind, so dass die potenzielle Vergleichbarkeit der Haushaltszahlen erheblichen Schaden nehmen könnte.

IV. Fazit

Die deutsche Verwaltung hat sich seit der Wiedervereinigung erheblich verändert. Auch wenn die Herausforderungen in Ost und West sehr unterschiedlich waren, haben sich einige Trends ergeben, die in allen Regionen Deutschlands gleichermaßen wirksam geworden sind. Dabei ist hinsichtlich der Verwaltungsstrukturen und -abläufe wenig Steuerung über bundesrechtliche Vorgaben erfolgt. Vielmehr sind diese Wirkungen ganz wesentlich dadurch entstanden, dass Argumente allgemein für überzeugend – insbesondere bestimmte Maßnahmen als richtige Reaktion auf externen Druck – gehalten wurden. Eine relativ neue Entwicklung stellt das Eingreifen der EU in die nationale Verwaltungsorganisation dar, wodurch auch Ländern und Kommunen bestimmte Vorgaben für die Gestaltung ihrer Verwaltungen gemacht werden. Zum Teil ergeben sich vereinheitlichende Tendenzen durch Absprachen. Das Beispiel des E-Government zeigt allerdings, dass eine dezentrale Zuständigkeit auch zu ineffizienten Strukturen führen kann. Es bleibt abzuwarten, ob die Einführung der Doppik in einer Weise gelingen wird, die weiterhin eine Vergleichbarkeit zwischen den verschiedenen Haushalten ermöglicht.

[95] In diesem Sinne: *Banner* (Fn. 83), S. 449.

Deutschland und das Völkerrecht nach der Wiedervereinigung: Ein Wechselspiel zwischen Entgrenzung und Begrenzung der auswärtigen Gewalt

Heike Krieger

I. Das Ende des Kalten Krieges und die internationale Neuausrichtung Deutschlands

Sechzig Jahre Bundesrepublik – zwanzig Jahre Mauerfall. Jubiläen dieser Art veranlassen zu einem Rückblick, veranlassen nach Epochen in der immer noch jungen Rechtsgeschichte der Bundesrepublik zu suchen. Dabei liegt die Vermutung nahe, dass Mauerfall und Wiedervereinigung einen besonderen Einschnitt in der Entwicklung des deutschen Rechts darstellen. Steht eine Tagung unter dem Motto „Rechtsentwicklungen im vereinten Deutschland", kann es daher nicht allein darum gehen, zufällige Ereignisse der letzten zwanzig Jahre zu beleuchten. Vielmehr gilt es, die Frage zu beantworten, ob sich Rechtsentwicklungen in dieser Zeit gerade auch als Folge der Wiedervereinigung darstellen. Der Zusammenhang zwischen Wiedervereinigung und Rechtsentwicklungen drängt sich dabei im Völkerrecht besonders auf.

Der Mauerfall markiert das Ende des Kalten Krieges, in dessen Zeichen die internationale Gemeinschaft seit der Nachkriegszeit stand. Dabei haben die dauerhaften Spannungen zwischen den Blöcken und die ideologischen Widersprüche viele völkerrechtliche Entwicklungen gehemmt, wenn nicht sogar verhindert. Augenfälliges Beispiel ist die jahrzehntelange Blockade des UN-Sicherheitsrates aufgrund der Ausübung des Vetorechtes.[1] Als Folge hat der Sicherheitsrat Maßnahmen zur Wahrung des Weltfriedens nach Kapitel VII UN-Charta nur in wenigen Ausnahmefällen ergriffen.[2] Auch wenn das Verhältnis der Bundesrepublik zum Völkerrecht von An-

[1] Siehe dazu *S.D. Bailey/S. Daws*, The Procedure of the UN Security Council, 3. Aufl. 1998, S. 230-237.

[2] Hier sind vor allem die Fälle Südrhodesiens und Südafrikas zu nennen; *J. Frowein/N. Krisch*, Introduction to Chapter VII, in: B. Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations – A Commentary, 2. Aufl. 2002, Rdnr. 7.

beginn im Grundgesetz durch eine offene Staatlichkeit geprägt und schon ausweislich der Präambel und der völkerrechtlich relevanten Vorschriften des Grundgesetzes auf die europäische und internationale Eingliederung gerichtet war,[3] war zugleich die außenpolitische Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik durch die besondere Rechtslage Deutschlands rechtlich und durch die besondere historische Verantwortung für den zweiten Weltkrieg politisch begrenzt.[4] Erinnert sei nur daran, dass die Bundesrepublik und die DDR erst 1973 Mitglieder der Vereinten Nationen wurden.[5] Das Ende des Kalten Krieges und die Normalisierung der Rechtslage Deutschlands erlaubten der Bundesrepublik aber innerhalb kurzer Zeit eine aktivere Rolle in der internationalen Gemeinschaft einzunehmen, die es in manchen Bereichen rechtfertigt, Deutschland als einen Motor völkerrechtlicher Entwicklung zu verstehen. Hierzu dürfte beispielsweise die Errichtung des Internationalen Strafgerichtshof zählen, für die sich Deutschland im Rahmen der sog. Gruppe der gleichgesinnten Staaten besonders engagiert hat.[6] Zugleich hat sich die Regelungsweite und -intensität des Völkerrechts seit Ende des Kalten Krieges geändert. Völkerrechtliche Regelungssysteme wirken in immer größerem Maße auf das nationale Recht und damit auf den Einzelnen ein.[7]

Da Deutschland ein Rechtsstaat mit gerichtsgeprägter Gewaltenteilung ist, hat das Bundesverfassungsgericht diese Entwicklung intensiv begleitet. Während das Gericht dabei einerseits die Handlungsspielräume der auswärtigen Gewalt durch Billigung von Verfassungsänderungen und Auslegung von Verfassungsbestimmung erweitert hat (B.), hat es andererseits zunehmend versucht, dem Einfluss des Völkerrechts auf die innerstaatliche Rechtsordnung und damit auf den Bürger Grenzen zu ziehen und Kontrollmechanismen zu unterwerfen, die sich vor allem aus Anforderungen des Demokratieprinzips, des Rechtsstaatsprinzips und insbesondere des Grundrechtsschutzes ergeben (C.).

3 Z.B. *T. Oppermann*, Deutschland in guter Verfassung? – 60 Jahre Grundgesetz, in: JZ 2009, S. 481ff. (489).

4 Z.B. *O. Luchterhand*, Die staatliche Teilung Deutschlands, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I. 3. Aufl. 2003, § 10, insb. Rdnr. 2, 21-85, 144-153.

5 UN SC Res 335 (1973) vom 22. Juni 1973; UN GA Res 3050 (XXVIII) vom 18. September 1973; s.a. *Luchterhand* (Fn. 4), Rdnr. 64.

6 Siehe z.B. *K. Kinkel*, Der International Strafgerichtshof – ein Meilenstein in der Entwicklung des Völkerrechts, in: NJW 1998, S. 2650ff.

7 *H. Krieger,* Die Herrschaft der Fremden, in: AöR 133 (2008), 315 (316f.).; *K.-P. Sommermann*, Demokratie als Herausforderung des Völkerrechts, in: Völkerrecht als Wertordnung – FS-Tomuschat, 2006, S. 1051-1065 (1053-1055).

II. Schaffung neuer Handlungsspielräume für die auswärtige Gewalt

Die Verfassungsrechtsprechung seit Ende des Kalten Krieges hat die neue größere Rolle Deutschlands im Völkerrecht in weiten Teilen unterstützt. Verfassungsnormen, die dem neuen Engagement im Wege standen, wurden durch verfassungsgerichtlich gebilligte ausdrückliche Verfassungsänderung oder Auslegung an die neuen Anforderungen angepasst, selbst wenn sie bis dahin als Ausdruck der besonderen historischen Verantwortung Deutschlands verstanden worden sind. Beispiele sind die Änderung von Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG und die Interpretation der wehrverfassungsrechtlichen Vorschriften des Grundgesetzes.

II.1. Anpassung verfassungsrechtlicher Standards an internationale Verpflichtungen: Internationale Strafgerichtsbarkeit und Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG

Eine Anpassung verfassungsrechtlicher Standards an internationale Verpflichtungen hat das Bundesverfassungsgericht im Fall des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG gebilligt, obwohl die betroffene Verfassungsbestimmung, wenn auch nicht ausschließlich, so doch zum Teil als Reaktion auf historische Erfahrungen im Dritten Reich verstanden worden ist.[8] Die Bundesrepublik hat an der Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs einen erheblichen Anteil gehabt. Dabei hat sich die Bundesregierung in besonderer Weise amerikanischen Bestrebungen entgegengestellt, „das Vorhaben auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner zu verwässern",[9] wie es der damalige Bundesaußenminister Kinkel formuliert hat. Um nun den Verpflichtungen aus dem Statut nach der Ratifikation zweifelsfrei nachkommen zu können, hat der verfassungsändernde Gesetzgeber Art. 16 Abs. 2 GG, der ein Verbot, Deutsche an das Ausland auszuliefern, enthielt, um einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt ergänzt.[10] Dabei war ange-

[8] Durch Gesetz vom 1. Dezember 2000 wurde dem Artikel 16 Absatz 2 mit Wirkung vom 2. Dezember 2000 folgender Satz angefügt: „Durch Gesetz kann eine abweichende Regelung für Auslieferungen an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof getroffen werden, soweit rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind."

[9] *Kinkel* (Fn. 6), 2650.

[10] BT-Drs. 14/2668; BGBL. 2000 I, S. 1633; *A. Zimmermann/C. Tams*, Art. 16, in K.-H. Friauf/W. Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 15. Erg.-Lief., Rdnr. 64; s.a. *R. Scholz*, Zehn Jahre Verfassungseinheit, in: DVBl. 2000, S. 1377ff. (1383).

sichts des Wortlautes durchaus umstritten, ob eine Grundgesetzänderung überhaupt erforderlich war.[11] Dies hat der verfassungsändernde Gesetzgeber letztlich bejaht. Die nun eingefügte Ausnahme für internationale Gerichtshöfe ermöglicht es, die Verpflichtung aus dem Rom-Statut zur Auslieferung eigener Staatsangehöriger ggf. zu erfüllen.

In engem Zusammenhang mit ihrer neuen außenpolitischen Rolle war die Bundesrepublik bereit, verfassungsrechtlich gezogene Grenzen im Interesse internationaler Zusammenarbeit abzuändern und Hindernisse, die sich auch aus verfassungsprägenden Erfahrungen der NS-Herrschaft ergeben haben, hinten anzustellen. Zwar war das Auslieferungsverbot für eigene Staatsangehörige schon im Laufe des 19. Jahrhunderts entstanden und wurde in Art. 112 Abs. 3 der Weimarer Verfassung niedergelegt,[12] aber die Wiederaufnahme dieses Verbotes in das Grundgesetz stand auch in engem historischen Zusammenhang mit den Erfahrungen des Dritten Reiches. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung zum Europäischen Haftbefehl aus dem Jahr 2005,[13] in der die Änderung von Art. 16 Abs. 2 GG der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterlag, in einer Zusammenschau von Absatz 1 und 2 des Grundrechtes die „Erfahrungen aus der neueren deutschen Geschichte" besonders betont.[14] Es sieht „das Grundrecht, das die Staatsangehörigkeit und den Verbleib in der eigenen Rechtsordnung garantiert" gerade in dem Erlebnis verwurzelt, dass „die nationalsozialistische Diktatur unmittelbar nach dem Staatsstreich 1933 vor allem diejenigen Deutschen jüdischen Glaubens oder jüdischer Abstammung nach und nach aus dem Schutz der deutschen Staats- und Volkszugehörigkeit formalrechtlich dadurch verdrängte und vertrieb, dass die Staatsangehörigkeit als Institution entwertet wurde, und für aktivberechtigte Staatsangehörige einen neuen "völkischen Status" an deren Stelle setzte".[15]

In der Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben, dass durch diese Grundgesetzänderung kein verfassungswidriges Verfassungsrecht geschaffen worden ist. Es sieht die Grundgesetz-

[11] Einerseits: *B. Schöbener/W. Bausback*, Verfassungs- und völkerrechtliche Grenzen der „Überstellung" mutmaßlicher Kriegsverbrecher an den Jugoslavien-Strafgerichtshof, in: DöV 1996, S. 621ff; *A. Zimmermann*, Die Schaffung eines ständigen internationalen Strafgerichtshofes, in: ZaöRV 1998, S. 47 (101ff.); andererseits: *K. Schmalenbach*, Die Auslieferung mutmaßlicher deutscher Kriegsverbrecher an das Jugoslawientribunal in Den Haag, in: AVR 1998, S. 285ff.

[12] *Zimmermann/Tams* (Fn. 10) Rdnr. 66f.

[13] BVerfGE 113, 273.

[14] BVerfGE 113, 273 (294).

[15] BVerfGE 113, 273 (294f.).

änderung im Zusammenhang mit einer „allgemeinen überstaatlichen und internationalen Entwicklung, gegen die das völkerrechtsfreundliche Grundgesetz keine unübersteigbaren Hürden errichtet."[16] Hierfür stellt es einerseits auf die Verpflichtungen Deutschlands aus Art. 25 und Kapitel VII der UN-Charta und die einschlägigen Sicherheitsratsresolutionen zur Errichtung der Ad-hoc-Strafgerichtshöfe ab. Andererseits zieht das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf den ständigen Internationalen Strafgerichtshof den Grundsatz der Komplementarität heran, aufgrund dessen die Vertragsparteien in der Lage sind, „die Auslieferung eigener Staatsangehöriger durch eine geeignete nationale Strafverfolgung abzuwenden"[17]. Zugleich wird die Änderung verfassungsrechtlicher Standards im Interesse internationaler Kooperation ihrerseits wieder durch die besondere historische Verantwortung Deutschlands motiviert: „In den Prozess der Herausbildung einer internationalen Strafjustiz für Verbrechen gegen die Humanität, der mit den Kriegsverbrechertribunalen von Nürnberg und Tokio nach dem Zweiten Weltkrieg begonnen hat, fügt sich die Bundesrepublik Deutschland als Mitglied der internationalen Staatengemeinschaft in besonderer, auch historisch begründeter Verantwortung ein."[18]

II.2. Auslegung von verfassungsrechtlichen Standards für sicherheitspolitische Handlungsspielräume

Ebenso hat das Bundesverfassungsgericht Handlungsspielräume für die auswärtige Gewalt durch Verfassungsinterpretation erweitert. Die unmittelbare Zeit nach Ende des Kalten Krieges war auf Ebene der Vereinten Nationen durch eine Belebung von Kapitel VII der UN-Charta geprägt. Da der UN-Sicherheitsrat von dem Handlungsinstrumentarium der UN-Charta in größerem Umfang Gebrauch machen konnte, veränderten sich die Mittel internationaler Friedenssicherung. Neben die klassischen Blauhelmeinsätze mit Zustimmung der Empfangsstaaten[19] traten neue Formen der internationalen Verwaltung von Gebieten[20] und vor allem robustere

16 BVerfGE 113, 273 (296).
17 BVerfGE 113, 273 (297).
18 BVerfGE 113, 273 (297).
19 Für die Praxis bis 2001 siehe *M. Bothe*, Peace-keeping, in: B. Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations – A Commentary, 2. Aufl. 2002, Rdnr. 14-71.
20 *R. Wolfrum*, International Administration in Post-Conflict Situations by the United Nations and Other International Actors, in: A. von Bogdandy and R. Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 9, 2005, S. 649-696.

Formen der Friedenssicherung:[21] Seit 1990 ermächtigt der Sicherheitsrat Mitgliedstaaten bzw. internationale Organisationen zu militärischen Zwangsmaßnahmen, bei denen die Staaten berechtigt sind, die militärische Gewalt zu ergreifen, die erforderlich ist, um die Ziele des jeweiligen Einsatzes zu erreichen.[22] Hierzu zählen einerseits die Maßnahmen gegen den Irak im Krieg um Kuwait[23] oder die Ermächtigung zur Durchsetzung des Waffenembargos gegen Jugoslawien in der Adria[24], andererseits die Mandate für UNPROFOR in Jugoslawien,[25] UNITAF und UNOSOM II in Somalia,[26] IFOR/SFOR nach dem Dayton Agreement,[27] der KFOR-Einsatz im Kosovo,[28] INTERFET in Osttimor[29] und der ISAF-Einsatz in Afghanistan[30]. Zeitgleich sah sich auch die NATO angesichts des Zusammenbruchs des Warschauer Paktes vor die Herausforderung gestellt, ihre Ziele und Aufgaben an die sich wandelnden sicherheitspolitischen Rahmenbedingungen anzupassen. Sie bildete in den folgenden Jahren ein „Neues Strategisches Konzept" heraus, wonach Krisenreaktionseinsätze neben die Territorialverteidigung getreten sind.[31]

Auf Grund dieser Entwicklungen musste Deutschland entscheiden, ob die Bundeswehr an den militärischen Operationen teilnehmen sollte, wozu sich die Bundesregierung im Hinblick auf das Adria-Embargo 1992[32] und den Somalia-Einsatz 1993[33] entschloss. Dabei stand die Entscheidung im Widerspruch zu einer weitverbreiteten Ansicht in der Literatur, wonach das GG wegen Art. 87a Abs. 2 ausschließlich Einsätze zur Verteidigung zulasse.[34] Wesentlicher Grund für die restriktive Auslegung

21 *Bothe* (Fn. 19), Rdnr. 144-149; *Frowein/Krisch* (Fn. 2), Rndr. 8-10.
22 *Bothe* (Fn. 19), Rdnr. 144; *Frowein/Krisch* (Fn. 2), Art. 42 Rdnr. 5f.
23 UN SC Res 678 (1990).
24 UN SC Res 816 (1993), 787 (1992), 770 (1992).
25 UN SC Res 743 (1992); siehe *Bothe* (Fn. 19), Rdnr. 45-47.
26 UN SC Res 794 (1992), 814 (1993).
27 UN SC Res 1031 (1995).
28 UN SC Res 1244 (1999).
29 UN SC Res 1264 (1999).
30 UN SC Res 1386 (2001), zuletzt 1943 (2010).
31 Neues Strategisches Konzept der NATO vom 24. April 1999; im Internet unter: http://www.nato.int/docu/pr/1999/p99-065d.htm. Das Konzept ist seither bereits zweimal modifiziert worden.
32 Beschluss der Bundesregierung vom 15. Juli 1992; abgdr. in: BVerfGE 90, 286 (307).
33 Beschluss der Bundesregierung vom 21. April 1993, Bulletin der Bundesregierung Nr. 32 vom 23. April 1993, S. 280.
34 Vorbringen der Antragssteller im Verfahren zum Out-of-area-Einsatz vor dem BVerfG, BVerfGE 90, 286 (316); *B. Bähr*, Verfassungsmäßigkeit des Einsatzes der Bundeswehr im Rahmen der Vereinten Nationen, 1994, S. 175ff. (208); *N. Riedel*,

von Art. 87a Abs. 2 GG war dabei die Rolle Deutschlands im Zweiten Weltkrieg. So führten die Beschwerdeführer im Somalia-Verfahren an: „Angesichts des Wirkens deutscher Streitkräfte während des Zweiten Weltkrieges [sei] es ... nicht verständlich, wenn die Verfassung allein den Einsatz der Streitkräfte im Innenbereich eingehend verfassungsrechtlich regelte, den für Deutschland politisch hochsensiblen Außeneinsatz hingegen ganz dem völkerrechtlichen Regime überließe."[35] Im Angesicht dieser Interpretation hatte die Bundesregierung vor der Wiedervereinigung von einer Unterstützung selbst von Blauhelmmissionen weitgehend Abstand genommen. Ein größeres Engagement scheint auch von den Vereinten Nationen nicht erwartet worden zu sein.[36]

Das Bundesverfassungsgericht hat 1994 im Somalia-Urteil dieser Interpretation Art. 24 Abs. 2 GG entgegengehalten, der die verfassungsrechtliche Grundlage für eine Verwendung der Bundeswehr zu Einsätzen im Rahmen von Systemen kollektiver Sicherheit bereithält[37] und dessen Anwendung Art. 87a Abs. 2 GG nicht ausschließt[38]. Danach sind Einsätze der Bundeswehr eben nicht nur zur Verteidigung zulässig, sondern jedenfalls auch im Rahmen eines Systems kollektiver Sicherheit. Zur Begründung beruft sich das Bundesverfassungsgericht darauf, dass Art. 24 Abs. 2 GG zu den ursprünglichen Normen der Verfassung gehört und auch die mit der Mitgliedschaft in einem solchen System verbundenen militärischen Aufgaben erfasst.[39] Das Bundesverfassungsgericht hat das Grundgesetz in einer dem Völkerrecht und der internationalen militärischen Zusammenarbeit zugewandten Weise interpretiert und damit einen deutschen Sonderweg beendet. Damit formuliert das Bundesverfassungsgericht im Somalia-Urteil aber nicht nur materielle Standards für eine weiterreichende außenpolitische Handlungsfreiheit durch die Neuinterpretation von Art. 87a Abs. 2 GG i.V.m Art. 24 Abs. 2 GG, sondern es stellt sich schon kurz nach der Wiedervereinigung dem demokratischen Defizit außenpolitischen Handelns entgegen.

Militärische Sanktionen der UNO nach Art. 42 UN-Charta, in: ZRP 1991, S. 5ff. (7); *J. Wieland*, Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen für einen Einsatz der Bundeswehr, in: DVBl. 1991, S. 1174ff. (1179ff.); siehe auch *K. Dau*, Parlamentsheer unter dem Mandat der Vereinten Nationen, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht 1994, S. 177ff.

35 BVerfGE 90, 286 (315).

36 *G. Hellmann*, Sicherheitspolitik, in: S. Schmidt et. al. (Hrsg.), Handbuch zur deutschen Außenpolitik, 2007, S. 605-617 (610ff.).

37 BVerfGE 90, 286 (345).

38 BVerfGE 90, 286 (355).

39 BVerfGE 90, 286 (345).

Zum Ausgleich für die erweiterten Handlungsbefugnisse hat das Verfassungsgericht nämlich das Erfordernis vorheriger parlamentarischer Zustimmung zu Auslandseinsätzen im Wege der Verfassungsauslegung entwickelt. Auf der Grundlage „wehrverfassungsrechtlicher Vorschriften des Grundgesetzes und ... der deutschen Verfassungstradition seit 1918" stellt das Bundesverfassungsgericht ein allgemeines verfassungsrechtliches Prinzip auf, wonach „der Einsatz bewaffneter Streitkräfte der konstitutiven, grundsätzlich vorherigen Zustimmung des Bundestages unterliegt."[40] Damit weist das Bundesverfassungsgericht die demokratische Verantwortung für den bewaffneten Außeneinsatz dem Bundestag zu und sichert diese Verantwortung über den Parlamentsvorbehalt verfahrensrechtlich ab.[41] Das Bundesverfassungsgericht hat in der Somalia-Entscheidung frühzeitig erkannt, dass die erweiterte Handlungsfähigkeit der auswärtigen Gewalt unter den Bedingungen der Globalisierung zugleich ihre demokratische Legitimation auszuhöhlen droht. Ob die Somalia-Entscheidung allerdings am Beginn einer Entwicklung der Parlamentarisierung der Außenpolitik steht oder aber ebenso wie die Entscheidungen zur Europäischen Integration als „Bereichsausnahme" zu sehen ist, ist in der Interpretation durch die Fachliteratur umstritten.[42]

III. Begrenzung und Kontrolle der Einwirkung völkerrechtlicher Normen auf das innerstaatliche Recht

Betrachtet man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit der Wiedervereinigung zeigt sich jedenfalls eine Tendenz, die Einwirkungen völkerrechtlicher Normen auf das innerstaatliche Recht zu kontrollieren und zu begrenzen. Dabei scheint das Völkerrecht Opfer seines eigenen Erfolges zu werden. Je mehr der Einfluss des Völkerrechts auf den Bürger zunimmt, desto mehr scheint auch die Skepsis gegenüber der internationalen Rechtsordnung anzusteigen. Rechtlich verfestigt sich diese Skepsis im Vorwurf eines Demokratiedefizites, wenn Entscheidungen auf

[40] BVerfGE 121, 135 (154); 90, 286 (382ff. , 387).

[41] BVerfGE 121, 135 (161).

[42] Für eine solche Ausnahme: *C. Calliess*, Auswärtige Gewalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 83 Rdnr. 42; für eine generelle Parlamentarisierungstendenz: *H. Bauer*, Die Verfassungsentwicklung des wiedervereinten Deutschlands, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2003, § 14 Rdnr. 90; *J. Kokott*, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, in: DVBl. 1996, S. 937ff.

internationaler Ebene getroffen werden oder durch internationale Akteure veranlasst sind.[43]

III.1. Einwirkung völkerrechtlicher Normen auf das innerstaatliche Recht

Das Phänomen zunehmender Einwirkung völkerrechtlicher Normen auf die innerstaatliche Rechtsordnung und den Einzelnen wird in der Literatur plakativ unter den Stichworten der „Herausforderungen der Globalisierung" und des „Internationalisierungssogs" diskutiert.[44] Die Entwicklung ist nicht allein auf wirtschaftliche Zusammenhänge im Welthandelsrecht beschränkt,[45] sondern findet sich beispielsweise auch im Bereich von WIPO, ILO und FAO, beim Schutz von Minderheiten, im Umweltrecht, im Flüchtlingsrecht, bei der Welterbekonvention, aber auch im internationalen Sicherheitsrecht. Neuere Forschungsprojekte verwenden bereits den Begriff „exercise of public authority by International Organizations",[46] um die veränderte Rolle der internationalen Organisationen bei Rechtssetzung und Verwaltung zu beschreiben.

Ähnliche Entwicklungen lassen sich bei der Judikatur internationaler Gerichte beobachten. Augenfälligstes Beispiel für Deutschland ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte. Während vor 1990 nur wenige Entscheidungen, insb. der Pakelli-Beschluss,[47] von größerer Bedeutung für das deutsche Rechtssystem waren, betrafen die auch zahlenmäßig ansteigenden Feststellungen der Konventionswidrigkeit nach 1990[48] wichtige Grundfragen des deutschen Rechts: u. a. den Umfang

[43] Siehe aus der umfangreichen Debatte z.B.: *Bauer* (Fn. 42), Rdnr. 91; *Calliess* (Fn. 42), Rdnr. 35-49; *U. di Fabio*, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, S. 127; *M. Herdegen*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer 62 (2003), S. 7ff.; *S. Müller-Franken*, Die demokratische Legitimation öffentlicher Gewalt in den Zeiten der Globalisierung, in: AöR 134 (2009), S. 542ff. (570); *U. Volkmann*, Setzt Demokratie den Staat voraus?, in: AöR 127 (2002), S. 575ff.

[44] *Bauer* (Fn. 42), Rdnr. 91; *Calliess* (Fn. 42), Rdnr. 4.

[45] So vor allem *Bauer* (Fn. 42), Rdnr. 91.

[46] *A. von Bogdandy/R. Wolfrum* et al. (Hrsg.) The Exercise of Public Authority by International Institutions Advancing International Institutional Law, 2010.

[47] EGMR, *Pakelli v. Deutschland*, Serie A Nr. 64, Urteil vom 25. April 1983.

[48] Während der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Fällen gegen Deutschland vor 1990 nur zehnmal eine Konventionswidrigkeit angenommen hatte, hat er seit 1990 in 86 Verfahren festgestellt, dass Deutschland die EMRK verletzt hat; vgl. Bericht über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

der Meinungsfreiheit,[49] der Pressefreiheit,[50] die Rechte von Eltern im Familienrecht,[51] Maßnahmen der Strafverfolgung[52] und die Regelungen der Sicherungsverwahrung[53]. Im Jahr 2010 hat der Gerichtshof sogar ein erstes Piloturteil[54] in einem Verfahren gegen Deutschland erlassen, da er in der überlangen Verfahrensdauer vor deutschen Gerichten ein strukturelles Problem erblickt hat.[55]

Das Bundesverfassungsgericht ist beiden Erscheinungsformen der zunehmenden Ausdifferenzierung und Einwirkung des Völkerrechts auf zwei Wegen begegnet. Bei Maßnahmen der Exekutive, insbesondere in Fällen der Auslegung bzw. Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge durch nachfolgende Staatenpraxis, sucht das Bundesverfassungsgericht eine Balance zwischen demokratischer Kontrolle und außenpolitischer Handlungsfreiheit herzustellen (I). Bei der Einwirkung völkerrechtlicher Gerichtsentscheidungen auf das innerstaatliche Recht behält sich das Bundesverfassungsgericht unter grundsätzlicher Anerkennung der rechtlichen Verbindlichkeit völkerrechtlicher Gerichtsentscheidungen eine Letztentscheidungsbefugnis vor (II).

für Menschenrechte und die Umsetzung seiner Urteile in Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2009, Juni 2010; im Internet unter: http://www.bmj.de/files/-/4706/100708_Rechtsprechungsbericht_2009.pdf.

49 EGMR, *Vogt v. Deutschland*, Serie A Nr. 323, Urteil vom 26. September 1995.

50 EGMR, *von Hannover v. Deutschland*, Reports of Judgments and Decisions 2004-VI, Urteil vom 24. Juni 2004.

51 EGMR, *Kutzner v. Deutschland*, Reports of Judgments and Decisions 2002-I, Urteil vom 26. Februar 2002; EGMR, *Görgülü v. Deutschland*, Application Number 74969/01, Urteil vom 26. Februar 2004.

52 EGMR, *Jalloh v. Deutschland*, Reports of Judgments and Decisions 2006-IX, Urteil vom 11. Juli 2006.

53 EGMR, *M. v. Deutschland*, Application Number 19359/04, Urteil vom 17. Dezember 2009.

54 Zum Piloturteilverfahren: *M. Breuer*, Urteilsfolgen bei strukturellen Problemen, in: EuGRZ 2004, S. 445-450.

55 "*Holds* that the above violations originated in a practice incompatible with the Convention which consists in the respondent State's recurrent failure to help ensuring that proceedings determining civil rights and obligations are completed within a reasonable time and to take measures enabling applicants to claim redress for excessively long civil proceedings at a domestic level; 5. *Holds* that the respondent State must set up without delay, and at the latest within one year of the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 1 of the Convention, an effective domestic remedy or combination of such remedies capable of securing adequate and sufficient redress for excessively long proceedings, in line with the Convention principles as established in the Court's case-law;" EGMR, *Rumpf v. Deutschland*, Application Number 46344/06, Urteil vom 2. September 2010.

III.2. Schrittweise Parlamentarisierung der Außenpolitik bei Maßnahmen der Exekutive?

Die Parlamentarisierung der Außenpolitik wurde durch die Somalia-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts angestoßen. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht das Urteil nicht den Strukturprinzipien der auswärtigen Gewalt unterwirft, sondern als wehrverfassungsrechtliche Problem darstellt,[56] ist die sicherheitspolitische Frage, unter welchen Bedingungen deutsche Streitkräfte im Ausland eingesetzt werden sollen, ebenso eine Frage der allgemeinen Außenpolitik[57] und entfaltet auch hier ihre Bedeutung.

III.2.1. Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Weitere entscheidende Schritte folgten dann allerdings nicht zum Völkerrecht, sondern zur Europäischen Integration. Am Beginn steht dabei die Änderung von Art. 23 GG im Jahr 1992,[58] der mit den Absätzen 2 und 3 dem Bundestag Mitwirkungsmöglichkeiten in Angelegenheiten der Europäischen Union einräumt. Die Vorschrift zielt darauf, demokratische Legitimationsdefizite zu kompensieren, indem sie der Aushöhlung parlamentarischer Kompetenzen entgegentritt, die durch die Verlagerung von Rechtssetzungszuständigkeiten auf die Ebene der Europäischen Union ausgelöst worden ist.[59] Deutlicher noch hat das Bundesverfassungsgericht die Position des Parlamentes in einer Reihe von Urteilen beginnend mit der Maastricht-Entscheidung untermauert, indem es aus Art. 38 GG eine Grenze für die Übertragung von Hoheitsgewalt an die EU folgert. „Im Anwendungsbereich des Art. 23 GG schließt Art. 38 GG aus, die durch die Wahl bewirkte Legitimation und Einflussnahme auf die Ausübung von Staatsgewalt durch die Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages so zu entleeren, dass das demokratische Prinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und 2 GG für unantastbar erklärt, verletzt wird."[60] Dieser Ansatz wurde im Lissabon-Urteil von 2009 weiter vertieft, indem dem Bürger das subjektive Recht

56 *Callies* (Fn. 42), Rdnr. 39.
57 *G. Nolte*, Die „neuen Aufgaben" von NATO und WEU – Völker- und verfassungsrechtliche Fragen, in: ZaöRV 1994, S. 95ff. (117ff.).
58 BGBl. I, 2086.
59 *Bauer* (Fn. 42), Rdnr. 88.
60 BVerfGE 89, 155.

zuerkannt wurde, im Wege der Verfassungsbeschwerde zu rügen, dass „im grundgesetzlichen Organgefüge die Rechte des Bundestages wesentlich geschmälert werden und damit ein Substanzverlust demokratischer Gestaltungsmacht für dasjenige Verfassungsorgan eintritt, das unmittelbar nach den Grundsätzen freier und gleicher Wahl zustande gekommen ist."[61] Zugleich drängt das Bundesverfassungsgericht den Bundestag seine Beteiligungsrechte weiter auszugestalten, indem es das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union[62] wegen eines Verstoßes gegen Art. 38 GG für verfassungswidrig erklärt.[63]

Läßt sich aus alledem aber eine allgemeine Parlamentarisierung der auswärtigen Gewalt ableiten? Gegen diese Annahme spricht, dass das Bundesverfassungsgericht bis ins Jahr 2007 nicht von der Rechtsprechung abgewichen ist, wonach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG nur auf Vertragsänderungen anwendbar ist.[64] Diesen Grundsatz hatte das Bundesverfassungsgericht bereits früh in seiner Pershing-Entscheidung von 1984 aufgestellt. Hier verneint das Bundesverfassungsgericht die Anwendung von Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG auf die Zustimmung der Bundesregierung zur Aufstellung nuklearer Mittelstreckenraketen als einseitigem Völkerrechtsakt.[65] Im Somalia-Urteil ist das Bundesverfassungsgericht dieser Linie weiter gefolgt. Die vier die Entscheidung tragenden Richter sind davon ausgegangen, dass „Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG ... auch einem mit den Vertragspartnern abgestimmten außenpolitischen Handeln auf der bisherigen Vertragsgrundlage nicht entgegen[steht], das ... die völkervertragliche Bindung bewusst vermeidet."[66] Nach dieser Rechtsprechung kommt es auf die Abgrenzung zwischen dynamischer Vertragsauslegung durch nachfolgende Staatenpraxis nach Art. 31 Abs. 3 lit b der Wiener Vertragsrechtskonvention und Vertragungsänderung, die das Zustimmungserfordernis des Art. 59 Abs. 2 GG auslöst, an. Entscheidend hierfür ist der Wille der Vertragsparteien.[67] Wegen der damit verbundenen Missbrauchsgefahr haben die vier abweichenden Richter das subjektive Kriterium abgelehnt, vor dem „Vertrag auf Rädern" gewarnt und auf objektive Kriterien abgestellt, auch wenn diese Richter ebenfalls eine Vertragsänderung im konkreten

61 BVerfGE 123, 267 (341).
62 BT-Drs. 16/8489.
63 BVerfGE 123, 267 (432f.).
64 BVerfGE 118, 244.
65 BVerfGE 68, 1 (80, 83ff.).
66 BVerfGE 90, 286 (360).
67 *Calliess* (Fn. 42), Rdnr. 37.

Fall abgelehnt haben.[68] Trotz dieser erheblichen Kritik ist das Bundesverfassungsgericht auch in der Entscheidung zum Neuen Strategischen Konzept der NATO aus dem Jahr 2001 nicht von den Grundzügen seiner Rechtsprechung zu Art. 59 GG abgewichen.[69] „Die Fortentwicklung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Sinne des Art. 24 Abs. 2 GG, die keine Vertragsänderung ist, bedarf keiner gesonderten Zustimmung des Bundestags." Als Grenze zulässiger Fortentwicklung jenseits von Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG stellt das Bundesverfassungsgericht dabei „die durch das Zustimmungsgesetz bestehende Ermächtigung und deren verfassungsrechtlichen Rahmen gem. Art. 24 Abs. 2 GG" auf.[70] Da auch die Entscheidungen zum Afghanistan-Einsatz aus dem Jahr 2007[71] und zur Luftraumüberwachung in der Türkei aus dem Jahr 2008[72] auf diesen Grundsätzen beruhen, liegt die Annahme nahe, dass die Parlamentarisierung der Außenpolitik durch das Bundesverfassungsgericht beim Einsatz der Streitkräfte nur eine Ausnahme bildet.

III.2.2. Formen der Parlamentarisierung

Entscheidend für die Frage, in welchem Umfang mittlerweile die auswärtige Gewalt im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts parlamentarisiert ist, ist die Frage, was unter Parlamentarisierung zu verstehen ist. Parlamentarisierung als Antwort auf die Demokratiedefizite internationaler Standardsetzung und der Vertragsfortbildung durch nachfolgende Staatenpraxis besteht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht in der analogen Anwendung von Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG auf diese Konstellationen.[73] Eine solche Ausdehnung von Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG stünde vor der Schwierigkeit, gleichmäßige Standards für die Erforderlichkeit einer weiteren Beteiligung des Parlamentes herauszubilden, ohne die außenpolitische Handlungsfähigkeit zu weit einzuengen.[74] Selbst eine Beschränkung auf Konstellationen, die zu erheblichen Grundrechtseingriffen führen oder erhebliche Auswirkungen

68 BVerfGE 90, 286 (372ff.).
69 *Galliess* (Fn. 42), Rdnr. 41.
70 BVerfGE 104, 151; s.a. BVerfGE 121, 135 (158).
71 BVerfGE 118, 244.
72 BVerfGE 121, 135.
73 Dafür *I. Pernice*, Art. 59, in H: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 44.
74 *Nolte* (Fn. 57), 119.

auf die Bundesrepublik zeitigen können,[75] dürfte nicht hinreichend bestimmbar sein.

Parlamentarisierung bedeutet vielmehr die fortdauernde Wahrung demokratischer Verantwortung mittels der Nutzung allgemeiner parlamentarischer Kontrollinstrumente auch nach dem Abschluss völkerrechtlicher Verträge. Das Bundesverfassungsgericht hat in den Entscheidungen von 2007 und 2008 die demokratische Verantwortung, die das Parlament mit der Zustimmung nach Art. 59 Abs. 2 GG übernimmt, stark betont und die verfassungsrechtlichen Grenzen dynamischer Vertragsauslegung auch aus dem Demokratieprinzip hergeleitet. Das „Integrationsprogramm und die damit einhergehende politische Bindung der Bundesrepublik Deutschland werden von den Gesetzgebungskörperschaften maßgeblich mitverantwortet. Mit der Zustimmung zu einem Vertragsgesetz bestimmen Bundestag und Bundesrat den Umfang der auf dem Vertrag beruhenden Bindungen der Bundesrepublik Deutschland und tragen dafür fortdauernd die politische Verantwortung gegenüber dem Bürger im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG."[76] „Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes stellt dem Bundestag ausreichende Instrumente für die politische Kontrolle der Bundesregierung ... zur Verfügung. Die Bundesregierung hat bereits aufgrund allgemeiner parlamentarischer Kontrollrechte nach Art. 43 Abs. 1 GG für ihr Handeln in den Organen der NATO Rede und Antwort zu stehen. Geht sie Verpflichtungen für den deutschen Beitrag zur Aufstellung des Streitkräftedispositivs des Bündnisses ein, wird sie das Budgetrecht des Parlaments in Rechnung stellen und sich insoweit um die politische Zustimmung des Deutschen Bundestags bemühen müssen. Schließlich erfordert die Aufnahme weiterer Staaten den Abschluss eines Beitrittsprotokolls, dem der Bundestag wiederum nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1, Art. 24 Abs. 2 GG zustimmen muss".[77] Auch wenn die Bundesregierung in auswärtigen Angelegenheiten über einen Informationsvorsprung verfügt und außenpolitische Zwänge die nachträglichen Entscheidung des Parlamentes begrenzen dürften, hat das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgebungskörperschaften eine fortwährende Verantwortung zuerkannt, die sie wahrzunehmen haben. Hier mahnt das Bundesverfassungsgericht ähnlich wie bei der Europäischen Integration den Gesetzgeber seiner Verantwortung gerecht

[75] BVerfGE 121, 135 (161) stellt z.B. auf die Gefahr für Leib und Leben der Soldaten ab; s.a. *Calliess* (Fn. 42), Rdnr. 47 unter Verweis auf die Kalkar-Entscheidung BVerfGE 49, 89 (127).

[76] BVerfGE 118, 244 (259f.).

[77] BVerfGE 121, 135 (159).

zu werden. Eine besondere Rolle kommt dabei dem Parlamentsvorbehalt zu, der „ein wesentliches Korrektiv für die Grenzen der parlamentarischen Verantwortungsübernahme im Bereich der auswärtigen Sicherheitspolitik dar[stellt]."[78]

Das Bundesverfassungsgericht hat mit diesen Entscheidungen eine Antwort auf die demokratischen Defizite von Globalisierung und Internationalisierung durchaus in der Parlamentarisierung der auswärtigen Gewalt gesehen. Diese Beteiligung muss aber nicht die Form eines Parlamentsvorbehaltes annehmen. Da die Verantwortung des Parlamentes für einen Vertrag nicht mit der Ratifikation beendet ist, gilt es, die allgemeinen Instrumentarien parlamentarischer Kontrolle auch bei der Anwendung des Vertrages einzusetzen. Hier kann es auch um rechtzeitige Information des Bundestages, um eine Verfahrensbeteiligung etwa mittels der einschlägigen Ausschüsse oder die Wahrnehmung eigener Initiativrechte gehen.[79] Damit zeigt gerade das Urteil zur Luftraumüberwachung Mittel des Parlamentes auf, dem beschworenen Demokratiedefizit entgegenzutreten, ohne die Anwendung des Art. 59 Abs. 2 GG über die Vertragsänderung hinaus auszudehnen.

III.3. Strikter Dualismus als Antwort auf die Einwirkungen völkerrechtlicher Gerichtsentscheidungen auf das nationale Recht

Die Sorge um den Erhalt wesentlicher Elemente der deutschen Verfassung prägt schließlich auch die Rechtsprechung zur Einwirkung völkerrechtlicher Gerichtsentscheidungen auf das nationale Recht. Im Vordergrund steht hier das Rechtsstaatsprinzip und der Grundrechtsschutz, wie die Görgülü-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck bringt. Das Bundesverfassungsgericht stellt in dieser Entscheidung zur Wirkung der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte im innerstaatlichen Bereich ein für allemal fest, dass „alle Träger der deutschen öffentlichen Gewalt grundsätzlich an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gebunden" sind. Diese Bindung ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Konventionsbestimmungen in Verbindung mit dem Zustimmungsgesetz.[80] Wird ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in einem in-

78 BVerfGE 121, 135 (160f.).
79 *Calliess* (Fn. 42), Rdnr. 48.
80 BVerfGE 111, 307 (322f.).

nerstaatlichen Verfahren nicht berücksichtigt, obwohl bestimmte Vorraussetzungen vorliegen, kann dies mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden.[81] Zugleich ist das Bundesverfassungsgericht aber bestrebt, den Vorrang des Grundgesetzes zu wahren, indem es ausführt: „Das Grundgesetz ... verzichtet ... nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität. Insofern widerspricht es nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit, wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise Völkervertragsrecht nicht beachtet, sofern nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abzuwenden ist. Das Grundgesetz will ... keine jeder verfassungsrechtlichen Begrenzung und Kontrolle entzogene Unterwerfung unter nichtdeutsche Hoheitsakte."[82]

Das Bundesverfassungsgericht greift hier auf ein streng dualistisches Verständnis des Verhältnisses von Völkerrecht zu innerstaatlichem Recht zurück,[83] um seine eigene Letztentscheidungskompetenz zu begründen. Das streng dualistische Verständnis des Mehrebenensystems wird zum Mittel, den anspruchsvollen Herausforderungen, die das Völkerrecht an die innerstaatliche Rechtsordnung stellt, zu begegnen. Diese Konzeption geht davon aus, dass im Mehrebenensystem, wie es sich seit der Wiedervereinigung verstärkt herausgebildet hat, Unterschiede zwischen den Ordnungen bestehen müssen, die bestimmbar und bemerkbar bleiben müssen. Schon das Konzept der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes setzt nach dieser Vorstellung das Vorhandensein von mindestens zwei Rechtsordnungen voraus, „die miteinander in ein freundschaftliches Verhältnis treten können." Völkerrechtsfreundlichkeit erfordert danach Dualismus.[84]

Man hat viel darüber gestritten, ob in diesen Aussagen eine Völkerrechtsskepsis des Bundesverfassungsgerichtes zum Ausdruck komme oder ob nicht im Gegenteil die Kritiker dieser Rechtsprechung dem Missverständnis unterlägen, „dass die ‚Völkerrechtsfreundlichkeit' die unbedingte Affirmation überstaatlichen Rechts meine."[85] Letztlich kann die

81 BVerfGE 111,307 (315).

82 BVerfGE 111, 307 (319).

83 „Dem Grundgesetz liegt deutlich die klassische Vorstellung zu Grunde, dass es sich bei dem Verhältnis des Völkerrechts zum nationalen Recht um ein Verhältnis zweier unterschiedlicher Rechtskreise handelt und dass die Natur dieses Verhältnisses aus der Sicht des nationalen Rechts nur durch das nationale Recht selbst bestimmt werden kann..."; BVerfGE 111, 307 (318).

84 *F. Schorkopf*, Völkerrechtsfreundlichkeit und Völkerrechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: T. Giegerich (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat" des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, S. 131ff. (155f.).

85 *Schorkopf* (Fn. 80), 155f..

streng dualistische Sichtweise zwar der Einwirkung des Völkerrechts auf das nationale Recht und den Einzelnen aus innerstaatlicher Perspektive Grenzen ziehen, den Normkonflikt kann sie nicht beseitigen. Aus der Sicht des Völkerrechts bleibt es im Fall der Nichtbefolgung bei einem Normbruch, der völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesrepublik auslösen kann. Vor allem kann die streng dualistische Lösung der Gefahr unterliegen, die grundrechtsschützende Funktion, die solchen Konflikten innewohnen kann, zu übersehen. Im Lissabon-Urteil betont das Bundesverfassungsgericht zwar, dass „demokratische Selbstbestimmung ... auf die Möglichkeit, sich im eigenen Kulturraum verwirklichen zu können, besonders angewiesen [ist. Bestimmte Bereiche des öffentlichen Lebens berühren] in besonderem Maße gewachsene Überzeugungen und Wertvorstellungen, die in spezifischen historischen Traditionen und Erfahrungen verwurzelt sind."[86] Dem Individuum aber, das sich gegen die gewachsenen Überzeugungen, Wertvorstellungen und spezifischen Traditionen stellt, wird manchmal erst die internationale Ebene zum effektiven Menschenrechtsschutz verhelfen. Das machen beispielsweise die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum deutschen Familienrecht und zur Sicherungsverwahrung deutlich. In manchen Fällen ist es erst auf internationaler Ebene möglich, unverhältnismäßige freiheitsbeschränkende (Rechts-)traditionen und (Rechts-)vorstellungen zu erkennen und aufzubrechen. Welche Wertung dabei die Letztverbindlichkeit beanspruchen soll, ist vielleicht weniger eine rechtliche als eine rechtspolitische Frage.

[86] BVerfGE 123, 267 (363).

Die Europäisierung des Arbeitsrechts – dargestellt am Beispiel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Martin Franzen

I. Einleitung

Die europäische Integration hat im Bereich des Arbeitsrechts einen beachtlichen Stand erreicht. Zahlreiche Teilbereiche des Arbeitsrechts sind durch EG-Richtlinien europäisch vorstrukturiert. Ich nenne als Beispiele etwa das Recht des Betriebsübergangs durch die Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG[1], das Recht der Befristung des Arbeitsvertrags durch die Befristungsrichtlinie 1999/70/EG[2] sowie die zahlreichen Gleichbehandlungsrichtlinien. Diese verbieten die Ungleichbehandlung durch den Arbeitgeber hinsichtlich der Arbeitsbedingungen, zunächst seit den 70er Jahren wegen des Geschlechts,[3] später in diesem Jahrzehnt wegen zahlreicher anderer denkbarer Differenzierungskriterien, Alter, Religion und Weltanschauung, Behinderung und sexuelle Ausrichtung[4] sowie ethnische Herkunft[5]. Es ist also dem Arbeitgeber grundsätzlich untersagt, nach diesen Kriterien zu unterscheiden; etwaige Rechtfertigungsgründe muss dieser darlegen und beweisen.

1 Richtlinie 2001/23/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (ABl. EU L 82/16).

2 Richtlinie 1999/70/EG zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (ABl. EU L 175/43).

3 Richtlinie 76/207/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf Arbeitsbedingungen (ABl. EU L 39/40), abgelöst am 15. August 2009 durch die Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (ABl. EU L 204/23).

4 Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EU L 303/16).

5 Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse und der ethnischen Herkunft (ABl. EU L 180/22).

Weitere Beispiele, die in den letzten Jahren ein gewisses Aufsehen erregt haben, sind etwa die Arbeitszeit von Ärzten und anderen Arbeitnehmern im Rahmen des Bereitschaftsdienstes,[6] oder der Urlaub von langzeiterkrankten Arbeitnehmern[7]. Diese Bereiche unterfallen dem Gemeinschaftsrecht aufgrund der Arbeitszeitrichtlinie aus dem Jahr 1994, neugefasst im Jahr 2003.[8] Der EuGH hat hier mit relativ kühnen Urteilen[9] und recht beschränkten normativen Vorgaben dieser Richtlinien[10] die innerstaatlichen Arbeitsrechtsordnungen in diesen Punkten nicht unerheblich umgestaltet. An diesen Beispielen sehen Sie, dass die Rechtsprechung des EuGH im Arbeitsrecht eine erhebliche Rolle spielt.

Ich möchte daher in diesem Vortrag die Europäisierung des Arbeitsrechts anhand der Rechtsprechung des EuGH beleuchten. Die Rechtsprechung des EuGH ist vielfältiger Kritik gerade im Arbeitsrecht ausgesetzt – und zwar aus unterschiedlichen Lagern. Daher möchte ich als Leitlinie die Frage aufwerfen, ob sich in der Rechtsprechung des EuGH ordnungs- bzw. sozialpolitische Grundüberzeugungen des Gerichts nachweisen lassen? Dies soll nachfolgend anhand einiger wichtiger Urteile des EuGH auf verschiedenen arbeitsrechtlich relevanten Gebieten untersucht werden (unter II und III). Dabei werde ich die These entwickeln, dass der EuGH nicht ordnungspolitischen, sondern integrationspolitischen Konzepten anhängt (unter IV).

6 EuGH 3. 10. 2000 – Rs. C-303/98 – Slg. 2000, I-7963 = EAS Richtlinie 93/104/EG Art. 2 Nr. 1 (SIMAP); EuGH 9. 9. 2003 – Rs. C-151/02 – Slg. 2003, I-8389 = EAS Richtlinie 93/104/EG Art. 2 Nr. 2 (Jaeger); EuGH 5. 10. 2004 – Rs. C-397-401/01 – Slg. 2004, I-8835 = EAS Richtlinie 93/104/EG Art. 2 Nr. 3 = NZA 2004, 1145 (Pfeiffer); EuGH 14. 7. 2005 – Rs. C-52/04 – Slg. 2005, I-7111 = EAS Richtlinie 93/104/EG Art. 2 Nr. 4 = NZA 2005, 921 (Feuerwehr Hamburg); EuGH 1. 12. 2005 – Rs. C-14/04 – Slg. 2005, I-10253 = EAS Richtlinie 93/104/EG Art. 2 Nr. 5 = NZA 2006, 89 (Dellas); EuGH 11. 1. 2007 – Rs. C-437/05 (Vorel).

7 EuGH 20. 1. 2009 – C-350/06 und C-520/06 (Schultz-Hoff und Stringer).

8 Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. EU L 299/9).

9 Zur Kritik an der EuGH-Rechtsprechung zum Bereitschaftsdienst siehe nur *Franzen*, ZEuP 2004, 1055. Zur Kritik an EuGH C-350/06 zum Urlaubsrecht siehe etwa *Kamanabrou*, SAE 2009, 233; *Sedlmeier*, EuZA 2010, Heft 1 m. w. N.

10 Siehe etwa Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG und Art. 7 RL 2003/88/EG.

II. Rechtsprechung des EuGH zu einzelnen Rechtsangleichungsmaßnahmen im Arbeitsrecht

II.1. Gleichbehandlung

II.1.1. Geschlechtergleichbehandlung

Die Gleichbehandlungspolitik der Gemeinschaft hat ihren Ausgangspunkt genommen im Bereich der Geschlechtergleichbehandlung, normativ verankert bereits in den Römischen Verträgen mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter beim Entgelt (Art. 119 EWG-Vertrag, jetzt Art. 157 AEU-Vertrag), später in den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts erweitert durch verschiedene Richtlinien, die den Grundsatz der Geschlechtergleichbehandlung auf den Zugang und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie die Arbeitsbedingungen ausdehnten.[11] Dieser Bereich der Geschlechtergleichbehandlung kann als Paradigma gelten für die „dynamische" Rechtsprechung des EuGH, in der dieser die „Politik des Gesetzes"[12] in der Rechtsanwendung zur Verwirklichung bringt. Als europarechtlicher Auslegungsgrundsatz hierfür dient das Prinzip des „effet utile" – diejenige Auslegungsmöglichkeit soll den Vorzug erhalten, welche die im Gemeinschaftsrecht angelegten Rechte effektiv verwirklicht. Dies führt regelmäßig zu Auslegungsergebnissen, die den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts tendenziell ausdehnen.

Der EuGH hat dies bereits in den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts mit bahnbrechenden Entscheidungen im Bereich der Geschlechtergleichbehandlung dokumentiert. So hat der EuGH den damals in Art. 119 EWGV niedergelegten Grundsatz der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen abweichend vom in eine andere Richtung weisenden Wortlaut der Vorschrift in der berühmten „Defrenne"-Entscheidung[13] aus dem Jahr 1976 für unmittelbar anwendbar im innerstaatlichen Rechtsraum erklärt. Damit richtete sich der Entgeltgleichheitsgrundsatz nicht nur an die Mitgliedstaaten und verpflichtete diese, ihre Rechtsordnung entsprechend auszugestalten. Vielmehr konnte nun jedes innerstaatliche Rechtssubjekt sich unmittelbar auf diesen Grundsatz berufen, mit der

[11] Siehe schon oben I.

[12] Zur Politik des Gesetzes als Auslegungselement im Wirtschaftsrecht *Steindorff*, Festschrift Larenz, 1973, S. 217.

[13] EuGH 8. 4. 1976 – 43/75 – Slg. 1976, 455, 472 Rn. 7 (Defrenne).

Folge, dass entgegenstehende innerstaatliche Rechtsvorschriften, Bestimmungen in Tarifverträgen und Arbeitsverträgen unanwendbar waren. Dieses Urteil kann man durchaus als spektakulär bezeichnen, fügte sich jedoch in die Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Anwendung von Bestimmungen des primären Gemeinschaftsrechts.[14]

In den achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts entwickelte der EuGH in den berühmten Urteilen „von Colson, Kamann“[15] und „Harz“[16] aus dem Jahr 1984 Anforderungen an die Sanktion, welche die Mitgliedstaaten verhängen müssen, wenn der Arbeitgeber gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz wegen des Geschlechts verstößt. Diese Anforderungen hat der EuGH später präzisiert;[17] sie sind bis heute maßgeblich geblieben und werden inzwischen in zahlreichen EG-Richtlinien vom europäischen Gesetzgeber normativ zugrundegelegt. Nach diesen EuGH-Urteilen müssen die Mitgliedstaaten Verstöße des Arbeitgebers gegen den Grundsatz der Geschlechtergleichbehandlung effektiv sanktionieren; außerdem darf der Umfang der Sanktionen nicht hinter dem zurückbleiben, was im innerstaatlichen Recht in nicht gemeinschaftsrechtlich angeglichenen Rechtsbereichen gilt (Effektivitäts- und Gleichbehandlungsgrundsatz). Die entsprechenden Anforderungen des EuGH waren in der einschlägigen Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG aus dem Jahr 1976 nicht ausdrücklich niedergelegt; die normative Basis erschöpfte sich in einer Rechtsweggarantie für die einzelnen, sich benachteiligt fühlenden Arbeitnehmer. Auch in dieser Rechtsprechung kommt der „dynamische“, die im Gesetz angelegte Gleichstellungspolitik weiterentwickelnde Ansatz des EuGH bei der Auslegung von EG-Recht zum Ausdruck.

Nur vereinzelt hat der EuGH in diesem Bereich Gelegenheiten zu einer „dynamischen“, die normativen Grundlagen ausdehnenden Rechtsprechungstätigkeit ausgelassen. Zu nennen ist hier beispielsweise das Urteil „Grant“ aus dem Jahr 1998.[18] In diesem Urteil hat es der EuGH abgelehnt, den Grundsatz der Gleichbehandlung wegen des Geschlechts auf die sexuelle Orientierung auszudehnen[19] – allerdings unter dem Vorbehalt des „gegenwärtigen Stands des Gemeinschaftsrechts“[20]. Der EuGH

14 Grundlegend: EuGH 5. 2. 1963 – 6/64 – Slg. 1963, 1, 24 (van Gend, Loos).
15 EuGH 10. 4. 1984 – 14/83 – Slg. 1984, 1891 (von Colson, Kamann).
16 EuGH 10. 4. 1984 – 79/83 – Slg. 1984, 1921 (Harz).
17 Insbesondere EuGH 22. 4. 1997 – C-180/95 – EAS RL 76/207/EWG Art. 6 Nr. 4 (Draehmpaehl).
18 Siehe EuGH 17. 2. 1998 – C-249/96 – EAS Art. 119 EG-Vertrag Nr. 43 (Grant).
19 EuGH 17. 2. 1998 – C-249/96 – EAS Art. 119 EG-Vertrag Nr. 43 Rn. 47 (Grant).
20 Deutlich EuGH 17. 2. 1998 – C-249/96 – EAS Art. 119 EG-Vertrag Nr. 43 Rn. 47, 50 (Grant).

verwies auf den mit dem Vertrag von Amsterdam eingeführten Art. 6a EG-Vertrag (jetzt Art. 19 AEUV), der nach seinem Inkrafttreten eine Kompetenzgrundlage der Gemeinschaft für Maßnahmen zur Bekämpfung verschiedener Formen der Diskriminierung, auch wegen der sexuellen Ausrichtung, enthalten werde.[21] Insoweit hat der EuGH wohl den Primat des gemeinschaftsrechtlichen Gesetzgebers akzeptiert.

II.1.2. Gleichbehandlung aufgrund anderer Merkmale: Alter, Behinderung, Religion, Weltanschauung, sexuelle Ausrichtung, ethnische Herkunft

Damit ist bereits der nächste Komplex angesprochen: weitere Merkmale, die nicht zur Grundlage einer Differenzierung gemacht werden sollten. Die EG hat in diesem Bereich bekanntlich zwei für das Arbeitsleben bedeutsame Richtlinien erlassen, die sogenannte Rahmen-Richtlinie 2000/78/EG[22] und die Richtlinie 2000/43/EG[23]. Beide zusammen wollen grundsätzlich die Ungleichbehandlung wegen Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alters, sexueller Ausrichtung (RL 2000/78/EG) sowie Rasse und ethnische Herkunft (RL 2000/43/EG) untersagen.

Das erste Urteil des EuGH im Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG, das sogenannte „Mangold"-Urteil,[24] war ein Paukenschlag und hat dem EuGH erhebliche Kritik eingebracht. Ich erinnere nur an den Beitrag von Roman Herzog und Lüder Gerken in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung im September 2008, in dem sie die These der Kompetenzüberschreitung des EuGH gerade auch mit diesem Urteil zu belegen suchen.[25] Das Bundesverfassungsgericht wird die Frage der Kompetenzüberschreitung durch das EuGH-Urteil „Mangold" demnächst zu entscheiden haben.[26] Der EuGH hat in diesem Urteil einen Grundsatz

21 EuGH 17. 2. 1998 – C-249/96 – EAS Art. 119 EG-Vertrag Nr. 43 Rn. 48 (Grant).

22 Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG 2000 Nr. L 303/16).

23 Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. EG 2000 Nr. L 180/22).

24 EuGH 22. 11. 2005 – NZA 2005, 1345 (Mangold).

25 *Herzog/Gerken*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 8. 9. 2008, S. 8; ebenso *Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz*, „Mangold" als ausbrechender Rechtsakt, 2009, passim.

26 Das BVerfG hat am 6.7.2010 entschieden; BVerfG 6.7.2010 – EuZW 2010, 828; dazu *Kufer/Weishaupt* EuZA 2011, 233.

des Verbots der Altersdiskriminierung entwickelt, der unabhängig von der Richtlinie 2000/78/EG als ungeschriebener Bestandteil des primären Gemeinschaftsrechts bestehen und damit bereits vor dem Inkrafttreten dieser Richtlinie und Ablauf ihrer Umsetzungsfrist Wirkung für die und in den Mitgliedstaaten entfalten soll. Diese Begründung war für das Ergebnis und das rechtspolitische Anliegen des EuGH notwendig: Hätte lediglich die Richtlinie 2000/78/EG den Maßstab gebildet, wäre nur schwer zu begründen gewesen, wieso die auf dem europarechtlichen Prüfstand stehende Vorschrift des § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG a. F. außer Anwendung bleiben soll.[27] Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts bezieht sich nur auf unmittelbar anwendbares primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht.[28] Richtlinien sind aber nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nur dann unmittelbar anwendbar, wenn die Umsetzungsfrist abgelaufen ist und die konkrete Bestimmung der Richtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau ist, um Rechte des einzelnen zu erzeugen, wobei die Richtlinienbestimmung als solche Privatrechtssubjekte nicht verpflichten kann.[29] Von den sonstigen Voraussetzungen abgesehen, scheiterte eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie 2000/78/EG im vorliegenden Fall jedenfalls daran, dass die Umsetzungsfrist nicht abgelaufen war.

Der EuGH begründet dieses Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts denkbar knapp: Das grundsätzliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters habe seinen Ursprung nicht in der Richtlinie 2000/78/EG selbst, sondern in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten, wie sich aus den Erwägungsgründen 1 und 4 der Richtlinie 2000/78/EG ergebe.[30] Der EuGH geht somit davon aus, dass die Richtlinie den Grundsatz des Verbots der Altersdiskrimierung selbst gar nicht aufstellt, sondern im Völker- bzw. Gemeinschaftsrecht und in den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten bereits vorfindet. Diese Begründung hält näherer Analyse kaum stand und ist auch am Gerichtshof selbst auf Widerstand gestoßen. Generalanwalt *Mazak* hat sie in einem anderen Verfahren zu Altersgrenzen in Tarifverträgen deutlich

[27] Vgl. Generalanwalt *Tizzano*, Schlußantrag EuGH C-144/04 EAS Nr. 1 zu Art. 6 RL 2000/78/EG Rn. 84, 106 ff.; *Reichold*, ZESAR 2006, 55, 57.

[28] Vgl. *Nettesheim*, in *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 249 EGV Rn. 184, Stand: August 2002.

[29] Zu Einzelheiten siehe nur *Nettesheim*, in *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 249 EGV Rn. 158 ff., Stand: August 2002.

[30] EuGH 22. 11. 2005 – C-144/04 – AP Nr. 1 zu Richtlinie 2000/78/EG = NZA 2005, 1345 Rn. 74 f. (Mangold).

kritisiert.[31] Der EuGH ist in anderen Verfahren, in denen es ebenfalls um Fragen der Altersdiskriminierung ging, bislang nicht mehr auf die Begründung des „Mangold"-Urteils zurückgekommen.[32]

In weiteren Urteilen zur Auslegung der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG und 2000/43/EG hat der EuGH die Gelegenheit wahrgenommen, den Diskriminierungsschutz auszudehnen: So hat der Gerichtshof entschieden, dass die Richtlinie 2000/78/EG auch einen Beschäftigten schützt, der nicht selbst Träger eines Merkmals ist, aufgrund dessen nicht differenziert werden darf. Im konkreten Fall ging es um eine Arbeitnehmerin, die geltend machte, wegen ihres behinderten Kindes gekündigt worden zu sein.[33] In einem weiteren Urteil genügte dem EuGH bereits die öffentliche Ankündigung einer diskriminierenden Handlung ohne eine erkennbar benachteiligte Person als diskriminierende Handlung, welche die von der Richtlinie 2000/43/EG geforderten Sanktionen auslöse. Im konkreten Fall hatte ein Inhaber eines Sicherheitsdienstes in einem Zeitungsinterview erklärt, keine Bewerber marokkanischer Abstammung einzustellen, weil seine potentiellen Kunden dies nicht wollten und er daher Aufträge verlöre.[34] In diesem Urteil verleiht der EuGH den Gleichbehandlungsrichtlinien über die individual- und daher primär arbeitnehmerschützende Zielrichtung hinaus arbeitsmarktpolitische Funktionen. Die Richtlinien sollten die soziale Integration in die Arbeitsmärkte fördern.[35] Die Problematik der Kundenerwartungen, die sich durch den Fall förmlich aufdrängt und den Arbeitgeber vor nicht unerhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten stellen kann, hat der EuGH überhaupt nicht angesprochen.

II.2. Betriebsübergang

Ein weiteres Beispiel für die „dynamische", dem „effet utile" verpflichtete Rechtsprechung des EuGH stellt seine Judikatur zur Betriebsübergangs-Richtlinie 77/187/EWG (jetzt: 2001/23/EG) dar. Hier stellte sich vor allem die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Betriebsübergang

31 Generalanwalt *Mazak*, Schlußantrag vom 15. 2. 2007 zu EuGH 16. 10. 2007 – C-411/05, NJW 2007, 3339 (Palacios de la Villa).

32 Vgl. EuGH 16. 10. 2007 – C-411/05, NJW 2007, 3339 (Palacios de la Villa); EuGH 23. 9. 2008 – C-427/06, NZA 2008, 1119 (Bartsch); anders aber EuGH 19.1.2010 – L-555/07 – NJW 2010, 427.

33 EuGH 17. 7. 2008 – C-303/06, NJW 2008, 2763 (Coleman).

34 EuGH 10. 7. 2008 – C-54/07, NJW 2008, 2767 (Feryn).

35 EuGH 10. 7. 2008 – C-54/07, NJW 2008, 2767 Rn. 25, 28 (Feryn).

vorliegt, mit der durch die Betriebsübergangsrichtlinie 77/187/EWG angeordneten Folge, dass ein Betriebserwerber zwingend in die beim Betriebsveräußerer bestehenden Arbeitsverhältnisse eintritt. Die hier ergangene Rechtsprechung des EuGH dürfte neben seiner Rechtsprechung auf dem Gebiet der Gleichbehandlung die innerstaatlichen Arbeitsrechtsordnungen am stärksten geprägt haben, weil sie vor allem die rechtlichen Rahmenbedingungen von Unternehmensumstrukturierungen in Europa betrifft.

Kulminationspunkt dieser EuGH-Rechtsprechung war das Urteil „Christel Schmidt“[36] aus dem Jahr 1994: Eine Sparkasse in Schleswig-Holstein wollte die Reinigungsarbeiten nicht mehr von der bisher damit betrauten einzigen Arbeitnehmerin, sondern von einem Reinigungsunternehmen erbringen lassen. Der EuGH betrachtete diesen Vorgang als Betriebsteilübergang zwischen der Sparkasse und dem Reinigungsunternehmen. Dieses Urteil löste nicht nur in Deutschland, sondern in zahlreichen weiteren Mitgliedstaaten heftige Proteste aus. Es veranlasste die Kommission auf Druck der Bundesregierung, einen Novellierungsvorschlag der Richtlinie 77/187/EWG vorzulegen. In dessen endgültig verabschiedete Fassung wurde schließlich eine wenig aussagekräftige Definition des Begriffs „Betriebsübergang“ aufgenommen. Der EuGH selbst hat in einer Nachfolgeentscheidung aus dem Jahr 1997 gewissermaßen den Rückzug angetreten und festgestellt, dass der bloße Übergang einer Aufgabe keinen Betriebsübergang darstelle.[37]

Für den vorliegenden Zusammenhang ist folgendes wichtig: Der EuGH geht von einem weiten Begriff des Betriebsübergangs aus; er dehnt damit den Anwendungsbereich der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG tendenziell aus und begründet dies primär mit dem arbeitnehmerschützenden Charakter der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG. Allein aus der Perspektive des Gemeinschaftsrechts mag eine solche Herangehensweise nachvollziehbar erscheinen. Nimmt man auch die jeweilige nationale Rechtsordnung in den Blick, auf die das europäisch angeglichene Recht stößt, sieht dies anders aus. Es wird nämlich verkannt, dass die Wirkung einer rechtsangleichenden Richtlinie selbst und damit auch die Wirkungen der Auslegungsergebnisse des EuGH in Konkretisierung dieser Richtlinie in erster Linie davon abhängen, in welchem rechtlichen Umfeld die entsprechende Richtlinie, hier also die Betriebsübergangsrichtlinie, eingebettet ist: In Mitgliedstaaten mit einem ausge-

[36] EuGH 14. 4. 1994 – C-392/92 – Slg. 1994, I-1311 (Christel Schmidt).
[37] EuGH 11. 3. 1997 – C-13/95 – Slg. 1997, I-1259 (Süzen).

dehnten Kündigungsschutz führt eine weite Auslegung des Begriffs des Betriebsübergangs dazu, dass das Kündigungsrisiko auf den Betriebserwerber verlagert wird. Dieser übernimmt die Arbeitnehmer, kann sie aber möglicherweise nicht ohne weiteres entlassen. Dies ist in Mitgliedstaaten mit einem nur rudimentären Kündigungsschutz anders. Dort muss der Betriebserwerber die Arbeitnehmer zwar ebenfalls zunächst übernehmen, kann ihnen aber mehr oder weniger einfach kündigen, wenn er für sie keine Verwendung hat. Daher erstaunt es nicht, dass die EuGH-Rechtsprechung in Sachen „Christel Schmidt" eher in den Mitgliedstaaten abgelehnt wurde, in denen es tendenziell schwieriger ist, Arbeitnehmer wieder zu entlassen. Der Harmonisierungserfolg einer Richtlinie hängt also in erster Linie von dem rechtlichen Umfeld ab, in welches diese Richtlinie eingebettet ist. Dieses aber können Rechtssetzung und Rechtsprechung der europäischen Organe so lange nicht beeinflussen, wie die entsprechenden EG-Richtlinien nur eine Teilharmonisierung des entsprechenden Rechtsbereichs vorsehen.

III. Arbeitsrechtlich relevante Rechtsprechung des EuGH zu den rechtlichen Rahmenbedingungen des Binnenmarkts

III.1. Dienstleistungsfreiheit und Entsendung von Arbeitnehmern

Die rechtlichen Rahmenbedingungen des Binnenmarkts spielen bei der hier vorliegenden Thematik vor allem beim „Import" von Arbeitsbedingungen durch ausländische Dienstleistungserbringer eine Rolle: Ein Unternehmen aus EU-Mitgliedstaat A erbringt Dienstleistungen im Mitgliedstaat B mit Hilfe seiner eigenen Arbeitnehmer. Kann das Unternehmen hierbei seine eigenen Arbeitsbedingungen, die möglicherweise für das Unternehmen günstiger sind als diejenigen im Destinationsstaat, „mitbringen" und in den Destinationsstaat „importieren"? Es geht also um das rechtliche Problemfeld „Dienstleistungsfreiheit und Entsendung von Arbeitnehmern". Dieses hat im Jahr 1996 eine sekundärrechtliche Regulierung durch die EG-Entsenderichtlinie 96/71/EG erfahren.[38]

[38] Richtlinie 96/71/EG vom 16. 12. 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl. EU 1997 Nr. L 18/1).

Der EuGH wurde bereits häufig mit Konstellationen aus diesem Problemfeld befasst. In einer weitzurückreichenden Präjudizienkette – beginnend mit der Entscheidung „Seco" aus dem Jahr 1982[39] – hat der EuGH stets betont, dass das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften oder Tarifverträge der Sozialpartner über Mindestlöhne unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Hoheitsgebiet eine auch nur vorübergehende Tätigkeit ausüben; dies gelte auch für die Durchsetzung dieser Regeln mit den geeigneten Mitteln.[40] Man kann den in der EuGH-Rechtsprechung erreichten Erkenntnisstand folgendermaßen zusammenfassen: Der EuGH betrachtet die Anwendung von arbeitsrechtlichen Vorschriften des Destinationsstaats auf Arbeitnehmer, die im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen in diesen Staat entsandt werden, grundsätzlich als eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Es handelt sich dabei um Regelungen, die zwar unterschiedslos für in- und EG-ausländische Dienstleistungserbringer gelten, sie sind jedoch grundsätzlich geeignet, die Tätigkeit des nicht ansässigen Dienstleisters zu behindern oder zu erschweren.[41] Diese Beschränkung kann jedoch nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein.[42] Dies setzt voraus, dass die Regelung für alle im Hoheitsgebiet des Destinationsstaats tätigen Personen oder Unternehmen gilt und das durch die Regelung geschützte Allgemeininteresse nicht bereits durch Vorschriften geschützt ist, denen der Dienstleistende in seinem Heimatstaat unterliegt.[43] Zu den vom EuGH anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört der Schutz der Arbeitnehmer.[44]

[39] EuGH 3. 2. 1982 – 62, 63/81 – Slg. 1982, 223, 236 f. Rn. 14 (Seco).

[40] EuGH 3. 2. 1982 – 62, 63/81 – Slg. 1982, 223, 236 f. Rn. 14 (Seco); EuGH 27. 3. 1990 – C-113/89 – Slg. 1990 I-1417, 1445 Rn. 18 (Rush Portuguesa); EuGH 9. 8. 1994 – C-43/93 – Slg. 1994, I-3803, 3826 Rn. 23 (Vander Elst).

[41] EuGH 9. 8. 1994 – C-43/93 – Slg. 1994, I-3803, 3823 f. Rn. 14 (Vander Elst); EuGH vom 28. 3. 1996 – C-272/94 – Slg. 1996, I-1905, 1920 Rn. 10 f. (Guiot).

[42] Grundlegend EuGH 25. 7. 1991 – 76/90 Slg. 1991, I-4221, 4244 Rn. 15 (Säger); EuGH 24. 3. 1994 – C-275/92 – Slg. 1994, I-1039, 1093 Rn. 43 (Schindler); EuGH 9.8.1994 – C-43/93 – Slg. 1994, I-3803, 3824 Rdnr. 16 (Vander Elst); EuGH 28. 3. 1996 – C-272/94 -Slg. 1996, I-1905, 1920 Rn. 11 (Guiot).

[43] Siehe etwa EuGH 17. 12. 1981 – 279/80 – Slg. 1981, I-3305, 3325 Rn. 17 (Webb); EuGH 25. 7. 1991 – 76/90 – Slg. 1991, I-4221, 4244 Rn. 15 (Säger); EuGH 9. 8. 1994 – C-43/93 – Slg. 1994, I-3803, 3824 Rdnr. 16 (Vander Elst); EuGH 28. 3. 1996 – C-272/94 – Slg. 1996, I-1905, 1920 Rn. 11 (Guiot); EuGH vom 23. 11. 1999 – C-369, 376/96 – Slg. 1999, I-8453, 8513 Rn. 34 (Arblade).

[44] St. Rspr. seit EuGH 17. 12. 1981 – 279/80 – Slg. 1981, I-3305, 3325 Rn. 17 ff. (Webb).

Vor dem Hintergrund dieser Obersätze verstoßen nach Auffassung des EuGH Vorschriften des Destinationsstaats, welche dem Dienstleister Pflichten auferlegen, deren Zweck der Dienstleister bereits in seinem Niederlassungsstaat erfüllt, grundsätzlich gegen die Dienstleistungsfreiheit. Das grenzüberschreitend tätige Unternehmen wird hierdurch anders als ein nur innerstaatlich agierendes Wirtschaftssubjekt einer Doppelregelung durch Vorschriften des Sitz- und des Tätigkeitsstaat unterworfen. Hierzu zählten beispielsweise die Kostenpflicht für Arbeitserlaubnisse von Arbeitnehmern aus Drittstaaten aufgrund von Vorschriften des Destinationsstaats[45] sowie die Belastung mit Beiträgen zu Sozialkassen, die zu gleichem oder ähnlichem Zweck bereits von Institutionen des Herkunftsstaats des Dienstleisters erhoben werden[46]. Eine Rechtfertigung kommt außerdem nur dann in Betracht, wenn die entsprechenden Beiträge auch Ansprüche der entsandten Arbeitnehmer begründen.[47] Demgegenüber hat der EuGH die Anwendung von Mindestlöhnen des Destinationsstaats für verhältnismäßig und damit grundfreiheitenkonform gehalten.[48] Mindestlöhne dienen zwar in erster Linie dem Schutz des Arbeitsmarkts des Destinationsstaats vor ausländischer sogenannter „Billigkonkurrenz“[49]. Der EuGH hat allerdings in seinen Urteilen „Finalarte“ und „Portugaia“ solche gesetzgeberischen Zweckverfolgungen ausdrücklich für irrelevant erklärt, wenn der Mindestlohn bei objektiver Betrachtung den Schutz der entsandten Arbeitnehmer fördert.[50]

45 Vgl. EuGH 27. 3. 1990 – C-113/89 – Slg. 1990, I-1417 (Rush Portuguesa); EuGH 9. 8. 1994 – C-43/93- Slg. 1994, I-3803 (Vander Elst).

46 Siehe etwa EuGH 28. 3. 1996 – C-272/94 – Slg. 1996, I-1905, 1921 Rn. 14 f. (Guiot); EuGH 23. 11. 1999 – C-369, 376/96 – Slg. 1999, I-8453, 8517 Rn. 48 (Arblade); EuGH 25. 1. 2001 – C-70, 71/98 – Slg. 2001, I-7831 Rn. 50 ff. (Finalarte).

47 Vgl. EuGH 3. 2. 1982 – 62, 63/81 – Slg. 1982, 223, 237 Rn. 15 (Seco); EuGH 23. 11. 1999 – C-369, 376/96 – Slg. 1999, I-8453, 8519 Rn. 52 (Arblade).

48 Vgl. EuGH 3. 2. 1982 – 62, 63/81 – Slg. 1982, 223, 236 f. Rn. 14 (Seco); EuGH 27. 3. 1990 – C-113/89 – Slg. 1990, I-1417, 1445 Rn. 18 (Rush Portuguesa); EuGH 9. 8. 1994 – C-43/93 – Slg. 1994, I-3803, 3826 Rn. 23 (Vander Elst); EuGH 28. 3. 1996 – C-272/94 -Slg. 1996, I-1905, 1920 Rn. 12 (Guiot); EuGH 23. 11. 1999 – C-369, 376/96 – Slg. 1999, I-8453, 8516 Rn. 41 (Arblade); EuGH 15. 3. 2001 – C-165/98 – Slg. 2001, I-2189 Rn. 28 (Mazzoleni); EuGH 24. 1. 2002 – C-164/99 – Slg. 2002, I-787 Rn. 21 f. (Portugaia).

49 So etwa der ausdrückliche Schutzzweck des deutschen AEntG, vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Arbeitnehmer-Entsendegesetz, BT-Drucks. 13/2414, S. 7.

50 Siehe EuGH 25. 10. 2001 – C-70, 71/98 – Slg. 2001, I-7831 Rn. 41 (Finalarte); EuGH 24.1.2002 – C-164/99 – Slg. 2002, I-787 Rn. 28 (Portugaia).

III.2. Die EuGH-Urteile „Viking Line", „Laval" und „Rüffert" aus den Jahren 2007 und 2008

In dem Kontext dieser Rechtsprechung muss man einige jüngere Urteile des EuGH aus den Jahren 2007 und 2008 sehen, die ebenfalls eine lebhafte Debatte ausgelöst haben. Es handelt sich um die Urteile „Viking Line"[51] und „Laval"[52] vom Dezember 2007 sowie „Rüffert"[53] vom April 2008. Im Fall „Viking Line" ging es um Boykottaktionen einer finnischen Gewerkschaft gegen die Absicht eines finnischen Schiffahrtsunternehmens, ein Schiff von einem anderen Standort, nämlich Estland, aus zu betreiben. Im Fall „Laval" bestreikte eine schwedische Gewerkschaft eine Baustelle, auf der ein lettisches Bauunternehmen Bauarbeiten durchführen sollte. In beiden Fällen ging es den beteiligten Gewerkschaften darum, die im Hochlohnland (Finnland, Schweden) geltenden Arbeitsbedingungen entweder zu erhalten (so im Fall „Viking Line") oder erst durchzusetzen („Laval"). In beiden Fällen hat der EuGH das Verhalten der Gewerkschaften an den jeweils einschlägigen Grundfreiheiten (Niederlassungsfreiheit bei „Viking Line", Dienstleistungsfreiheit bei „Laval") gemessen, obwohl sich die Grundfreiheiten im Ausgangspunkt an die Mitgliedstaaten und nicht an Privatrechtssubjekte wenden. Der EuGH hat damit den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausgedehnt, konnte sich hierbei aber auf vorherige Rechtsprechung stützen, welche diese Erweiterung bereits angedeutet hatte.[54] Der EuGH hat dann eine Rechtfertigung der jeweiligen Maßnahmen der Gewerkschaften am Maßstab des Allgemeininteresses „Arbeitnehmerschutz" für denkbar gehalten, wenn die jeweilige Maßnahme verhältnismäßig war, was das vorlegende innerstaatliche Gericht zu prüfen habe. Der EuGH hat damit weder den Arbeitnehmerrechten noch den rechtlichen Rahmenbedingungen des Binnenmarkts einen abstrakten Vorrang eingeräumt, sondern auf eine verhältnismäßige Zuordnung der betroffenen Rechtspositionen gesetzt. Damit fügen sich

[51] EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 – NZA 2008, 124 (Viking Line).
[52] EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 – NZA 2008, 159 (Laval).
[53] EuGH 3. 4. 2008 – C-346/06 – NZA 2008, 537 (Rüffert).
[54] Vgl. EuGH 12. 12. 1974 – Rs. 36/74 – Slg. 1974, 1405 Rn. 17 (Walrave); EuGH 8. 7. 1999 – Rs. C-234/97 – Slg. 1999, I-4773 Rn. 36 (Bobadilla) zur Anwendung der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf Tarifverträge; EuGH 14. 7. 1976 – Rs. 13/76 – Slg. 1976, 1333 Rn. 17 f. (Donà); EuGH 15. 12. 1995 – Rs. C-415/93 – Slg. 1995, I-4921 Rn. 83 ff. (Bosman); EuGH 13. 4. 2000 – Rs. C-176/96 – Slg. 2000, I-2681 Rn. 49 f. (Lehtonen) zur Anwendung der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf Satzungen von international tätigen Sportverbänden.

diese Entscheidungen in die zuvor skizzierte Linie zum Thema „Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerentsendung".[55]

Für den Fall „Laval" kam noch hinzu, dass die EG-Entsenderichtlinie 96/71/EG einschlägig war und die nach dem maßgeblichen schwedischen Kollektivarbeitsrecht wohl zulässigen Aktionen der Gewerkschaft[56] in dieser Richtlinie keine Grundlage fanden. Daher hat der EuGH die Aktionen der schwedischen Gewerkschaft im Fall „Laval" für gemeinschaftsrechtswidrig gehalten. Damit hat der EuGH angedeutet, dass der EG-Entsenderichtlinie 96/71/EG eine abschließende Bedeutung zukommt. Dieser Aspekt wird bei der Diskussion über das „Rüffert"-Urteil des EuGH[57] zu wenig beachtet. In diesem Urteil hat es der EuGH für unzulässig erachtet, dass die Vergabe öffentlicher Bauaufträge nach zahlreichen deutschen Landesgesetzen an die Abgabe von sogenannten Tariftreueerklärungen gebunden wird. Die Auftragnehmer müssen nach diesen Landesgesetzen also zusichern, die einschlägigen Tarifverträge anzuwenden, auch wenn sie dies nach geltendem Tarifvertragsrecht überhaupt nicht tun müssten, insbesondere weil sie nicht tarifgebunden sind. Der EuGH begründet seine Auffassung maßgeblich damit, dass die Entsenderichtlinie 96/71/EG ein solches Verfahren von Tariftreueerklärungen nicht vorsehe, und dürfte die EG-Entsenderichtlinie 96/71/EG insoweit als abschließend betrachten.[58]

In den Stellungnahmen zu diesen skizzierten Urteilen des EuGH überwiegt die Einschätzung, dass der EuGH eine „Schwerpunktsetzung zu Lasten des Gewichts der Arbeitskampffreiheit"[59] und der Gewerkschaft vorgenommen habe.[60] Dies wird vor allem in dem Umstand gesehen, dass der EuGH in den Urteilen „Viking Line" und „Laval" zwar ein europäisches Grundrecht auf kollektive Maßnahmen anerkannt hat, dieses Grundrecht aber keine Konturen entfaltet und daher in der Abwägung auch gegenüber den Marktfreiheiten zurücktreten kann. Aus dieser Perspektive taucht das Grundrecht auf kollektive Maßnahmen lediglich im Rahmen der Beschränkung der Grundfreiheiten durch im Allgemein-

55 Siehe oben C I.

56 Zum kollektiven Arbeitsrecht in Schweden siehe etwa *Köhler*, ZESAR 2008, 65 ff.

57 EuGH 3. 4. 2008 – C-346/06 – NZA 2008, 537 (Rüffert).

58 In dieser Richtung bereits EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 – NZA 2008, 159 Rn. 28 (Laval).

59 So beispielsweise *Zwanziger*, DB 2008, 294, 298.

60 In dieser Richtung etwa *Kocher*, AuR 2008, 13, 15; *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 117; *ders.*, Wbl. 2008, 63, 69; *Reich*, EuZW 2007, 391, 393; *Temming*, ZESAR 2008, 231, 240 ff.; *Wendeling-Schröder*, AiB 2008, 179, 182; *Zwanziger*, DB 2008, 294, 298; tendenziell gegenläufig die Bewertung von *Bayreuther*, EuZA 2008, 395, 404 f.

interesse liegenden Ziele, nämlich dem Arbeitnehmerschutz, auf und scheint daher kein spezifisches Gewicht von der Dignität eines Grundrechts zu entfalten. Andererseits handelt es sich bei „Viking Line" und „Laval" um die ersten Urteile des EuGH, in denen dieser ein Grundrecht auf kollektive Maßnahmen entwickelt hat und die weiteren Konkretisierungen offenstehen können. Jedenfalls erlegen beide Urteile – und in dieser Tendenz ist auch das „Rüffert"-Urteil zu sehen –, demjenigen, welcher das freie Niederlassungsrecht und den freien Dienstleistungsverkehr einschränken möchte, die Begründungslast hierfür auf.[61]

IV. Das Selbstverständnis des EuGH als „Integrationsmotor" als Erklärung für scheinbar gegenläufige ordnungspolitische Ausrichtungen des EuGH

Was zeigt dieser Rundgang durch die Rechtsprechung des EuGH zu völlig unterschiedlichen arbeitsrechtlich relevanten Normkomplexen des Gemeinschaftsrechts? Der erste Eindruck ist folgender: Tendenziell „arbeitnehmerfreundlich" erscheint die Rechtsprechung bei der Verwirklichung der Gleichstellungspolitik der Gemeinschaft, anfangs bezogen auf das Geschlecht, nun auch bezüglich anderer Kriterien, wie Alter und ethnische Herkunft. Dieser Befund trifft ebenso zu im Rahmen der Auslegung arbeitsrechtsangleichender Richtlinien, dargestellt am Beispiel der EuGH-Rechtsprechung zum Betriebsübergang. Geht es demgegenüber um die Verwirklichung des Binnenmarkts – also insbesondere der Grundfreiheiten (freier Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Personen und Kapital) –, vernachlässigt der EuGH zwar den Aspekt des Arbeitnehmerschutzes nicht völlig, dieser spielt aber nur eine Rolle als Abwägungsgesichtspunkt im Rahmen einer zulässigen Beschränkung der Marktfreiheiten.

Diesen scheinbaren Widerspruch kann man folgendermaßen erklären: Der EuGH neigt in seiner Auslegungstätigkeit dazu, den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts schlechthin auszudehnen. Er versteht sich nach wie vor als „Motor der Integration"[62]. Hierzu dienen dem EuGH insbesondere die Auslegungsgrundsätze der „autonomen" Auslegung und des „effet utile". Der Auslegungsgrundsatz der „autonomen"

[61] So das abgewogene Urteil von *Junker*, SAE 2008, 209, 217.

[62] *Stein*, Festschrift 600 Jahre Juristische Fakultät Heidelberg, Richterliche Rechtsfortbildung, 1986, S. 619.

Auslegung besagt, dass Normen des Gemeinschaftsrechts aus dem Gemeinschaftsrecht selbst heraus ausgelegt werden müssen und weder vollständig noch partiell auf das jeweilige einzelstaatliche Rechtsverständnis verweisen, es sei denn, die gemeinschaftsrechtliche Norm enthält einen entsprechenden ausdrücklichen Verweis. Der EuGH begründet dies mit der Notwendigkeit, dass das Gemeinschaftsrecht in allen Mitgliedstaaten einheitlich gelten muss. Dies erscheint bei unmittelbar anwendbaren Normen des Gemeinschaftsrechts, etwa des EG-Vertrags selbstverständlich, bei umsetzungsbedürftigen Normen wie etwa EG-Richtlinien aber keineswegs zwingend. EG-Richtlinien stellen Rahmengesetze dar. Man kann sich fragen, wieso wegen des Grundsatzes der „autonomen" Auslegung jede Auslegungsfrage einer Richtlinie auf der gemeinschaftsrechtlichen Ebene entschieden werden muss. Dies gilt vor allem dann, wenn der Harmonisierungserfolg einer rechtsangleichenden Richtlinie ohnehin nicht von ihrem sachlichen Gehalt, sondern im wesentlichen von ihrer Einbettung in ihr rechtliches Umfeld abhängt, wie dies etwa auf die Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG zutrifft.[63]

Der Auslegungsgrundsatz des „effet utile" besagt, dass die jeweilige auszulegende Vorschrift des Gemeinschaftsrechts „ergiebig", „mit größter Nutzwirkung" ausgelegt und voll ausgeschöpft werden muss. Darüber hinaus richtet der EuGH seine Auslegung an den Vertragszielen und den Zielen des jeweiligen auszulegenden Rechtsakts aus. Dies führt zusammen mit dem Erfordernis der „autonomen" Auslegung zu einem „dynamischen" Charakter der Auslegung: „In dubio pro communitate"[64]. Derartige Auslegungsgrundsätze mögen bei der Auslegung des EG-Vertrags die Integrationskräfte gestärkt und daher entscheidend zur Weiterentwicklung der Europäischen Union beigetragen haben. Bei der Auslegung einfachen Rechts, das nur im Wege der Rechtsangleichung partiell „vergemeinschaftet" wurde – wie gerade Teile des Arbeitsrechts, aber auch anderer Rechtsgebiete wie dem Verbraucherschutz – führt dies in der Tendenz zum Vorrang des gemeinschaftsrechtlich geschützten Interesses. Bei rechtsangleichenden Regelungen im Bereich des Arbeitsrechts ist dies grundsätzlich der Schutz der Arbeitnehmer, der nahezu allen rechtsangleichenden Richtlinien im arbeitsrechtlichen Bereich mehr oder weniger ausdrücklich zugrundeliegt. Gegenläufige Interessen wie etwa diejenigen der Arbeitgeber sind auf der Ebene der Gemeinschaft nicht oder nur rudimentär abgebildet. Dies rührt daher, dass die Gemeinschaftsrechtsordnung eine unvollständige Rechts-

63 Siehe oben B II.
64 *Ipsen*, NJW 1964, 229, 342.

ordnung darstellt; es ist „Recht im Werden“[65]. Das finale, zielorientierte Verständnis des Gemeinschaftsrechts blendet dann nicht auf der Gemeinschaftsrechtsordnung verankerte, gegenläufige, aber gleichwohl im innerstaatlichen Bereich berücksichtigungsfähige und -würdige Interessen aus. Damit wird aber übersehen, dass in dem konkreten, zur Entscheidung anstehenden Lebenssachverhalt im Anwendungsbereich einer rechtsangleichenden Richtlinie die Interessen der anderen, an einem Rechtskonflikt beteiligten Parteien, im Arbeitsrecht insbesondere diejenigen der Arbeitgeber, erfasst und in einen angemessenen Ausgleich mit den Arbeitnehmerinteressen gebracht werden müssen. Man hat deshalb bereits von einer strukturellen „Eindimensionalität“ des Gemeinschaftsrechts gesprochen.[66]

Die Beobachtung, dass die beschriebene „dynamische“ Auslegung des EuGH das Gemeinschaftsrecht ausdehnt, trifft nun in gleicher Weise zu, wenn der EuGH einen Lebenssachverhalt auf der rechtlichen Grundlage der Binnenmarktverfassung, insbesondere der Grundfreiheiten zu beurteilen hat. Dann führen die beschriebenen Auslegungsmethoden in zu einem weiten Verständnis der Grundfreiheiten, die wiederum der Beschränkung bedürfen. Hier ist der Gesichtspunkt des Arbeitnehmerschutzes allerdings lediglich Abwägungsfaktor im Rahmen einer verhältnismäßigen Beschränkung des wirtschaftlichen Betätigungsrechts der Unternehmen, und erscheint daher tendenziell von geringerer Wertigkeit.

V. Fazit

Als Fazit kann man festhalten: Der Rechtsprechung des EuGH liegt nicht ein ordnungs- oder sozialpolitisches Konzept zugrunde, sondern ein integrationspolitisches. Seine Rechtsprechung dehnt tendenziell mit Hilfe der sogenannten „autonomen“ Auslegung und der finalen, am „effet utile“ orientierten Auslegung den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts aus. Dies stärkt den Arbeitnehmerschutz, wenn dieser primärer Schutzzweck einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung ist, wie bei vielen rechtsangleichenden Richtlinien auf dem Gebiet des Arbeitsrechts. Und es stärkt die unternehmerische Freiheit, soweit diese primärer Schutzzweck der Regelung ist, wie etwa im Rahmen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit.

[65] *Everling*, Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Vorträge, Reden, Berichte aus dem Europa-Institut Nr. 151, 1988, S. 25, 36.

[66] Vgl. *Schoch*, JZ 1995, 109, 117 ff.; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 461 ff.

Informationsdefizite bei der Ausübung kaufrechtlicher Gewährleistungsrechte – Regelungslücke im reformierten Schuldrecht des vereinten Deutschlands?

Sebastian Mock

A. Ausgangspunkt

Die Reform des Schuldrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches aus dem Jahr 2002 stellt mit Abstand eine der umfangreichsten Umgestaltungen des Zweiten Buches des BGB seit seiner Schaffung dar.[1] Dabei stand die Reform bzw. die vollumfängliche Neugestaltung der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte im Mittelpunkt, zumal durch die Verpflichtung zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie[2] – jedenfalls für die Fälle des Verbrauchsgüterkaufs – eine Beibehaltung des bis dahin geltenden Kaufrechts nicht möglich war. Inhaltlich haben dabei die Rechte des Käufers bei Lieferung einer mangelhaften Sache durch den Verkäufer im Hinblick auf die Einführung des Nacherfüllungsanspruchs des § 439 BGB eine deutliche Erweiterung bzw. Modifizierung erfahren, womit von der im deutschen (normierten) Kaufrecht bestehenden Beschränkung der Rechte auf Wandelung und Minderung abgewichen wurde. Der Käufer hat nunmehr nach § 437 BGB neben den schon nach altem Recht bestehenden Möglichkeiten der Wandelung (Rücktritt – § 437 Nr. 2 BGB) und der Minderung (§ 437 Nr. 2 BGB) auch das Recht auf Nacherfüllung (§ 437 Nr. 1 BGB) und auch auf Aufwendungs- bzw. Schadenersatz (§ 437 Nr. 3 BGB), wobei letzteres bereits im Rahmen der Grundsätze der positiven Forderungsverletzung trotz

[1] So ausdrücklich GesBegr SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 1 („*Das Schuldrecht des BGB ist auf den Gebieten des Verjährungsrechts, des allgemeinen Leistungsstörungsrechts sowie des Kauf- und Werkvertragsrechts in seinen Grundzügen auf dem Stand des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs stehen geblieben. In dessen nunmehr über einhundertjährigen Geschichte sind zahlreiche und zum Teil gravierende Mängel zutage getreten.*").

[2] Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171 vom 7.7.1999, S. 12ff.

fehlender Normierung anerkannt war.[3] Grundsätzlich bestehen diese Rechte kumulativ, so dass sie nebeneinander anwendbar sind, der Käufer insofern bei der Geltendmachung nicht auf eines der Rechte beschränkt ist. Eine Alternativität besteht nur zwischen der Nachlieferung und der Nachbesserung (§ 439 Abs. 1 BGB), dem Rücktritt und der Minderung (§ 437 Nr. 2 BGB) und dem Schadenersatz und dem Aufwendungsersatz (§ 437 Nr. 3 BGB). Trotz dieser Vielfalt an Rechten besteht beim Käufer typischerweise immer nur ein individuelles Interesse an einem bestimmten oder ggf. mehreren Mängelgewährleistungsrechten. Da diese unterschiedlichen Rechte aber an teilweise verschiedene Voraussetzungen bzw. Ausschlussgründe anknüpfen, stellt sich insofern die Frage, inwiefern der Käufer bei der Rechtsausübung das Risiko tragen muss, dass einzelne Mängelgewährleistungsrechte aufgrund fehlender Tatbestandsvoraussetzungen oder vorliegender Ausschlussgründe nicht bestehen.

B. Informationsrisiken im Mängelgewährleistungsrecht

Bei der Betrachtung dieser (tatsächlichen) Risiken bei der Geltendmachung von Mängelgewährleistungsrechten muss zunächst zwischen der Unsicherheit hinsichtlich des tatsächlichen Vorliegen der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen (siehe B.I.) und den Folgen und den Risiken der Ausübung (siehe B.II.) unterschieden werden.

B.I. Unsicherheiten hinsichtlich des tatsächlichen Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen

Bei den allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen können tatsächliche Unsicherheiten und damit entsprechende Risiken letztlich vollumfänglich auftreten. Dies gilt sowohl für das generelle Vorliegen eines Mangels (siehe B.I.2.), das Bestehen besonderer (siehe B.I.1.) und schließlich für das Bestehen allgemeiner Ausschlussgründe (siehe B.I.3.).

[3] Zur Anwendung dieser Grundsätze im alten Schuldrecht vgl. nur *Otto*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2009, § 280 Rn. A 2.

B.I.1. Vorliegen eines Mangelverdachts

Die §§ 434ff. BGB gehen in ihrer Systematik grundsätzlich von dem Vorliegen eines Mangels aus bzw. enthalten keine spezifischen Vorschriften, inwiefern mit den Unsicherheiten hinsichtlich des Vorliegens eines Mangels in Form eines Mangelverdachts umzugehen ist.

B.I.1.a) Bestehen eines Mangels

Dies gilt zunächst für die Frage, ob überhaupt ein Mangel selbst vorliegt. Insbesondere komplexe und hochwertige Produkte zeichnen sich in der Regel dadurch aus, dass eine gewöhnliche Verwendung (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB) nur sehr schwierig zu bestimmen ist. Dies gilt etwa für nahezu alle Arten von technischen Geräten bzw. Maschinen. Zwar können allgemeine Leistungsmerkmale ohne weiteres überprüft oder gemessen werden, allerdings folgt daraus nicht zugleich, dass damit auch den Voraussetzungen der gewöhnlichen Verwendung entsprochen wird.

> *Beispiel 1: K kauft von V eine bestimmte Anzahl Kühe. Vor der Übergabe erfährt der K, dass die Kühe aus einer Region stammen, in der derzeit eine verheerende Kuhseuche vorliegt. Bei der Übergabe der Kühe kann eine Ansteckung der Kühe mit der Seuche aber nicht festgestellt werden.*
>
> *Beispiel 2: K kauft ein fabrikneues Fahrzeug von V. Kurz nach der Übergabe stellt K ein seltsames Geräusch fest, das er aber nicht zuordnen kann. Seine Werkstatt teilt ihm mit, dass nur eine intensive Untersuchung den Ursprung des Geräusches aufklären kann.*
>
> *Beispiel 3: A kauft im Elektronikgeschäft des V einen hochauflösenden Flachbildschirm für 5.000 Euro. Zuhause angekommen ist er von der Bildqualität etwas enttäuscht, weiß aber nicht, ob diese auf einen Mangel des Fernsehers zurückzuführen ist oder es sich lediglich um ein der Qualität des Fernsehers entsprechendes Bild handelt.*

Die Unsicherheiten hinsichtlich des tatsächlichen Vorliegens eines Mangels liegen in diesen Fällen auf der Hand. Für den Käufer ist es bei komplexen und hochwertigen Produkten in der Regel ohne fremde Hilfe unmöglich, die Mangelhaftigkeit der Kaufsache selbst festzustellen. Dies kann der Käufer meist nur dann, wenn er einen externen Gutachter ein-

schaltet, für den dann allerdings umfangreiche Kosten entstehen können. Auch bei Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist nicht in jedem Fall sichergestellt, dass das Vorliegen eines Mangels ohne weiteres bestimmt werden kann, da die Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich des Mangels nicht zwingend eindeutig ist.

> *Beispiel 4: K kauft von V ein Pferd, bei dem es sich ausdrücklich um ein Reitpferd handeln soll. Bei dem Pferd besteht allerdings ein Abweichen von der physiologischen Norm und eine entsprechend geringe Wahrscheinlichkeit der Entwicklung künftiger klinischer Symptome, die eine Verwendung als Reitpferd ausschließen.*[4]

Die Vornahme einer Beschaffenheitsvereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer kann in diesem Fall für die Frage der Bestimmung des tatsächlichen Vorliegens eines Sachmangels nicht ohne weiteres weiterhelfen, da auch in diesem Fall der Käufer nur unter Einschaltung eines externen Fachmannes hinreichend bestimmen kann, inwieweit tatsächlich ein Sachmangel vorliegt.

Eine Sonderkonstellation stellen in diesem Zusammenhang die Fälle dar, in denen der Verdacht der Mangelhaftigkeit besteht, dieser aber in keiner Weise hinreichend aufgeklärt werden kann, da die dahingehenden technischen Möglichkeiten beschränkt sind.

> *Beispiel 5: K kauft von V ein Haus, dessen Bausubstanz einen Schwammbefall hatte, der aber bereits fachmännisch beseitigt wurde. Allerdings kann nicht mit absoluter Sicherheit ausgeschlossen werden, dass es aufgrund der alten Schwammbefalls erneut zu einem Schwammbefall kommen wird, was bei einem derartigen Schwammbefall durchaus vorkommen kann.*[5]

Für den Käufer stellt sich die Kaufsache in diesen Fällen trotz des fehlenden tatsächlichen Nachweises eines Mangels faktisch als mangelhaft

[4] Vgl. dazu BGH, Urt. v. 7.2.2007 – VIII ZR 266/06, NJW 2007, 1351, der insofern kein Abweichen von der vertraglich vorausgesetzten Verwendung (Reitpferd) angenommen hat.

[5] Vgl. dazu etwa die zugrunde liegenden Sachverhalte in RG v. 11.7.1914 – V 67/14, RGZ 85, 252; BGH v. 20.6.1968 – III ZR 32/66, BB 1968, 1355 = WM 1968, 1220; BGH v. 10.7.1987 – V ZR 152/86, NJW-RR 1987, 1415 = WM 1987, 1285; BGH v. 7.2.2003 – V ZR 25/02, NZM 2003, 409 = WM 2003, 1676; vgl. insofern zum alten Kaufrecht ausführlich *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 486f.

dar, da die Kaufsache jedenfalls vom Wirtschaftsverkehr nicht mehr als mangelfrei angesehen und somit mit einem merkantilen Minderwert versehen wird.

B.I.1.b) Umfang des Mangels

Neben der Frage des Vorliegens eines Mangels kann eine Unsicherheit auch hinsichtlich des Umfangs des Mangels vorliegen. Der Umfang des Mangels ist dabei vor allem für die Frage des Ausschlusses des Rücktritts wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung bzw. des Mangels (§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB) von Bedeutung (siehe dazu ausführlich unten B.I.2.b). Darüber hinaus kann der Umfang des Mangels aber auch einen Ausschluss der Nacherfüllungsansprüche (§ 439 Abs. 1 BGB) wegen unverhältnismäßig hoher Kosten (§ 439 Abs. 3 BGB bzw. § 275 Abs. 2, 3 BGB) begründen (siehe dazu ausführlich unten B.I.2.a)(2)).

B.I.1.c) Zwischenergebnis

Das Vorliegen eines Mangels stellt im System der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte die Grundvoraussetzung für das Bestehen entsprechender Rechte dar. Dabei spielt sowohl das Vorliegen eines Mangels als auch dessen Umfang eine erhebliche Rolle für die Geltendmachung der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte. Auch wenn der Käufer nach Gefahrübergang grundsätzlich uneingeschränkten Zugang zu der Kaufsache hat, folgt daraus nicht zwingend, dass er uneingeschränkt die Mangelhaftigkeit der Kaufsache oder deren Umfang ermitteln kann. Dies ist für ihn oft nur unter Hinzuziehung eines externen Gutachters möglich.

B.I.2. Vorliegen besonderer Ausschlussgründe

Neben dem Vorliegen eines Mangels kann auch das Bestehen möglicher Ausschlussgründe von einzelnen Mängelgewährleistungsrechten mit Unsicherheiten behaftet sein. Dabei muss allerdings zwischen den einzelnen kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechten unterschieden werden.

B.I.2.a) Nacherfüllung

Für die Nacherfüllung kommt dabei neben der Unmöglichkeit (siehe B.I.2.a)(i)) vor allem der Einwand der Unverhältnismäßigkeit (siehe B.I.2.a)(ii)) in Betracht.

(i) Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB)

Der Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs aufgrund einer entsprechenden Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) ist für den Käufer in der Regel nur mit großen Schwierigkeiten zu ermitteln. Dies gilt sowohl für die Nacherfüllung im Wege der Nachlieferung als auch der Nachbesserung, da das Bestehen dieser Ausschlussgründe ausschließlich in der Sphäre des Verkäufers begründet ist. Dies gilt dabei sowohl für die subjektive als auch die objektive Unmöglichkeit. Bei der subjektiven Unmöglichkeit hat der Käufer in der Regel nicht die Möglichkeit zu ermitteln, inwieweit die entsprechende Kaufsache beim Verkäufer oder sogar bei einem leistungsbereiten Dritten[6] noch verfügbar ist. Aber auch die Feststellung einer objektiven Unmöglichkeit kann für den Käufer mit umfangreichen Schwierigkeiten verbunden sein. Dies gilt vor allem bei Massenprodukten, die aufgrund der Entwicklung einer neuen Modellreihe nicht mehr hergestellt werden. Der Käufer verfügt – jedenfalls bei einem Verkauf an einen Endverbraucher – in der Regel nicht über einen Zugang zum Vertriebsnetz des Herstellers des entsprechenden Produktes, so dass er die tatsächliche Verfügbarkeit auch nicht selbst überprüfen kann. Diese Frage hat durch die Rechtsprechung des BGH zum so genannten eingeschränkten Stückschuldbegriff[7] im Rahmen von § 439 Abs. 1 BGB noch weiter an Bedeutung gewonnen, da sie sich somit letztlich für alle Produkte des modernen Massenverkehrs stellt und nicht auf eigentliche Stückschulden im Sinne von § 243 Abs. 2 BGB beschränkt ist.

Beispiel 6: K kauft im Technikmarkt des V einen neuen Fernseher. V weist den K beim Kauf nicht darauf hin, dass es sich bei dem

[6] Vgl. zum Erfordernis des Fehlens eines leistungsbereiten Dritten für die Annahme der subjektiven Unmöglichkeit vgl. *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 275 Rn. 52; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2010, § 275 Rn. 23; *Unberath*, in: Bamberger/Roth, 2. Aufl. 2007, § 275 Rn. 42ff.

[7] BGH, Urt. v. 7.6.2006 – VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 = NJW 2006, 2839; vgl. dazu ausführlich *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 439 Rn. 11 m.w.Nachw.

Fernseher um ein Modell handelt, das nicht mehr hergestellt wird. Später stellt sich der Fernseher als mangelhaft heraus, da die Bildröhre defekt ist.

Aber auch bei der Nacherfüllung im Wege der Nachbesserung kann es für den Käufer unmöglich sein, zu ermitteln, ob die Kaufsache überhaupt nachgebessert werden kann.

Beispiel 7: K kauft von V einen Fernseher, dessen Bildqualität sich aufgrund eines massiven Grünstiches als mangelhaft herausstellt.

Vor allem bei komplexen und hochwertigen Produkten wird der Käufer in der Regel nur mit Hilfe des Verkäufers oder eines Dritten hinreichend ermitteln können, ob eine Nachbesserung für die Kaufsache überhaupt in Betracht kommt. Diese Problematik verschärft sich für den Käufer in den Fällen, in denen er nicht an einer vollständigen, sondern lediglich an einer teilweisen Reparatur der Kaufsache ein Interesse hat.[8]

(ii) Unverhältnismäßigkeit

Die fehlende Informationsmöglichkeit setzt sich in noch größerem Umfang im Rahmen der möglichen Ausschlussgründe wegen relativer Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 3 Satz 2 BGB) bzw. absoluter Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung (§ 439 Abs. 3 Satz 3 BGB) und der Leistungsverweigerungsrechte wegen grob unverhältnismäßigem Aufwand und persönlich zu erbringender Leistungen (§§ 275 Abs. 2, 3 i.V.m. 439 Abs. 3 Satz 1 BGB) fort.

Da eine relative Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 3 Satz 2 BGB) in der Regel bereits anzunehmen ist, wenn die für den Verkäufer entstehenden und nicht üblicherweise anfallenden Kosten[9] der gewählten

[8] Zum fehlenden Ausschluss des Nachbesserungsanspruchs bei Unmöglichkeit einer vollständigen Mangelbeseitigung vgl. nur *Faust*, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2007, § 439 Rdn. 37; *Westermann* (Fn. 7), § 439 Rn. 19.

[9] Zur dahingehenden Relevanz der Verhältnisse des Verkäufers vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 232; *Gruber*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, S. 187, 196; *Grunewald*, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 439 Rn. 10; a.A. aber *Jacobs*, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 385; *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2122; *Faust* (Fn. 8), § 439 Rn. 45; wohl auch *Westermann* (Fn. 7), § 439 Rn. 24.

Nacherfüllungsart die der anderen um mehr als 10%[10] übersteigen, muss der Käufer bei der Wahl zwischen beiden Nacherfüllungsarten letztlich detaillierte Berechnungsgrundlagen des Verkäufers berücksichtigen, zu denen er in der Regel aber keinen Zugang haben wird. Aber selbst wenn man insofern nicht von einer allgemeinen Prozentgrenze ausgeht,[11] bleiben die Kosten der beiden Nacherfüllungsarten für den Verkäufer und damit ein Umstand in der alleinigen Sphäre des Verkäufers das maßgebliche Kriterium für einen möglichen Ausschluss der Nacherfüllung.

> *Beispiel 8: K erwirbt bei V eine hochwertige Kaffeemaschine zum Preis von 400 €, die sich aufgrund eines defekten Heizaggregats als mangelhaft herausstellt. Während die Einbau eines funktionierenden Heizaggregats insgesamt 80 € kosten würde, beläuft sich der Preis einer Neulieferung auf nur 50 €.*

Da insofern letztlich nur Schätzungen für den Käufer in Betracht kommen, besteht aufgrund der geringen 10%-Schwelle ein erhebliches Risiko für den Käufer, fälschlicherweise von einem Bestehen bzw. einem Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs auszugehen, zumal sich die insofern relevanten Werte auf der Seite der Verkäufers[12] kurzfristig ändern können.

In etwas geringem Maße gilt dies auch für die absolute Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 3 Satz 3 BGB), da die Kosten für die Reparatur oder Neubeschaffung der (Ersatz)Kaufsache abzüglich des Wertes der zurückerhaltenen mangelhaften Sache nicht mehr als 100% des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustand betragen dürfen, soweit der Verkäu-

[10] Von einer 10%-Schwelle ausgehend *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2122; *Grunewald* (Fn. 9), § 439 Rn. 10f.; *Haas*, in: Das neue Schuldrecht, 2002, Kapitel 5 Rn. 161; *Huber*, NJW 2002, 1004, 1008; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 446; *D.Schmidt*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl. 2009, § 439 Rn. 30; *Tiedtke/Schmitt*, DStR 2004, 2060, 2063; *Wenzel*, DB 2003, 1887, 1892; a.A. aber und von einer 20%-Schwelle ausgehend LG Ellwangen v. 13.12.2002 – 3 O 219/02, NJW 2003, 517, 517f.; *Kirsten*, ZGS 2005, 66, 73; *Skamel*, DAR 2004, 565, 569; wohl auch *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2010, § 439 Rn. 16; sogar von einer 25%-Schwelle ausgehend *von Westphalen*, in: Henssler/von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Auflage 2003, § 439 Rn. 27; schließlich von einer 30%-Prozentklausel ausgehend wohl *Westermann* (Fn. 7), § 439 Rn. 24.

[11] So etwa *Faust* (Fn. 8), § 439 Rn. 49; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, BGB Neubearbeitung 2004, § 439 Rn. 40ff.; tendenziell auch *Westermann* (Fn. 7), § 439 Rn. 24.

[12] Zur Maßgeblichkeit der Kosten für den Verkäufer siehe Nachweise in Fn. 9.

fer den Mangel nicht zu vertreten hat.[13] Soweit ein solches Verschulden vorliegt, sind dem Verkäufer allerdings Nacherfüllungskosten von bis zu 130% zuzumuten.[14] Schließlich gilt diese Problematik auch bei den allgemeinen Ausschlussgründen der praktischen bzw. persönlichen Unmöglichkeit (§§ 275 Abs. 2, 3 i.V.m. 439 Abs. 3 Satz 1 BGB).

B.I.2.b) Rücktritt und Minderung

Für die Ausübung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte des Rücktritts und des Kaufs (§ 437 Nr. 2 BGB) setzen sich zunächst wieder die im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs bestehenden Risiken[15] hinsichtlich des möglichen Ausschlusses der Ansprüche fort, da jedenfalls für den Fall des Vorliegens eines nicht behebbaren Mangels die (erfolglose) Nacherfüllung Voraussetzung des Rücktritts und der Minderung ist (§§ 437 Nr. 2, 323 BGB). Hinzu kommt aber jedenfalls für den Rücktritt die Frage nach der Unerheblichkeit der Mangelhaftigkeit bzw. Pflichtverletzung (§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB). Eine solche ist nur dann anzunehmen, wenn der Nacherfüllungsaufwand einen bestimmten prozentualen Anteil am Kaufpreis entspricht, ohne dass sich auch in diesem Zusammenhang[16] starre Schwellenwerte ermitteln lassen.[17] Somit bleibt auch hier für den

[13] *Grunewald* (Fn. 9), § 439 Rn. 15; *Huber*, NJW 2002, 1004, 1008; *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 10), Rn. 449; ähnlich *Kirsten*, ZGS 2005, 66, 73 (120%); insofern von einer 150%-Schwelle ausgehend *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2122; *Heinrichs*, ZGS 2003, 258; auf den Minderungsbetrag abstellend *Ackermann*, JZ 2002, 378, 382ff.; offen lassend *Faust* (Fn. 8), § 439 Rn. 52.

[14] *Grunewald* (Fn. 9), § 439 Rn. 15; *Huber*, NJW 2002, 1004, 1008; *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 10), Rn. 450.

[15] Siehe oben B.I.2.a).

[16] Zur Bildung entsprechender Erheblichkeitsschwellen im Rahmen der relativen und absoluten Unverhältnismäßigkeit bei § 439 Abs. 3 BGB siehe oben B.I.2.a)(2).

[17] *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 10), Rn. 488; ebenso *Medicus*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl. 2010, § 323 Rn. 37f.; *Westermann*, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 323 Rn. 27; eine Unerheblichkeit bei bereits 10% annehmend *Gröschler*, NJW 2005, 1601, 1604; *Grüneberg* (Fn. 6), § 323 Rn. 32; für 15% hingegen *Müller/Mathes*, AcP 204 (2004), 732, 748; eine Unerheblichkeit jedenfalls bei Nacherfüllungskosten in Höhe von 2 bis 3% des Kaufpreises *Grothe*, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2007, § 323 Rn. 39. In diesem Zusammenhang auf die Regelung des § 651e BGB abstellend und somit eine Erheblichkeit bei einer möglichen Minderung von 20 bis 50% ausgehend *Ernst* (Fn. 6), § 323 Rn. 243. Schließlich darauf abstellend, ob der Käufer bei Kenntnis der Mangelhaftigkeit die Kaufsache zu einem niedrigerem Preis oder nicht gekauft hätte OLG Brandenburg v. 21.2.2007 – 4 U 121/06, NJW-RR 2007, 928, 929.

Käufer das Risiko der Ermittlung der tatsächlichen Erheblichkeit der Mangelhaftigkeit der Kaufsache.[18]

> *Beispiel 9: Wie in Beispiel 3 erwirbt K einen hochauflösenden Flachbildschirm, bei dem er eine Beeinträchtigung der Bildqualität annimmt.*

Selbst wenn der Käufer insofern sicher sein kann, dass ein Mangel der Kaufsache vorliegt, bleibt für ihn die Unsicherheit, ob es sich dabei um einen erheblichen Mangel handelt oder ob die Nacherfüllungskosten für den Verkäufer nur sehr gering sind. Auch in diesem Zusammenhang ergibt sich daher ein Informationsdefizit für den Käufer bei der Ausübung seiner kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte.

B.I.2.c) Schadenersatz und Aufwendungsersatzanspruch

Bei den kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechten des Schadenersatzes statt der Leistung oder des Aufwendungsersatzes setzen sich die im Rahmen der Nacherfüllung[19] und teilweise auch im Rahmen des Rücktritts[20] (beim großen Schadenersatz) bestehenden Risiken für den Käufer fort, da die erfolglose Fristsetzung zur Nacherfüllung insofern wieder – bei behebbaren Mängeln – Tatbestandsvoraussetzung ist. Soweit es sich allerdings um einen Anspruch wegen anfänglicher oder nachträglicher Unmöglichkeit (§ 311a BGB bzw. §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB) oder Schadenersatz neben der Leistung – bei einer Stückschuld – handelt, bestehen diese Risiken nicht bzw. können die für den Käufer zur Ausübung dieser Rechte erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen ohne weiteres durch ihn selbst ermittelt werden. Handelt es sich hingegen nicht um eine Stückschuld stellt sich auch in diesem Zusammenhang die gleiche Problematik wie beim Nacherfüllungsanspruch.[21]

18 Siehe dazu schon oben B.I.1.b).
19 Siehe oben B.I.2.a).
20 Siehe oben B.I.2.b).
21 Siehe oben B.II.2.a).

B.I.2.d) Zwischenergebnis

Die besonderen Ausschlussgründe für die kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte sehen keine besondere Regelung dahingehend vor, wie die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen zu ermitteln sind bzw. inwiefern die zugrunde liegenden Informationen der jeweils anderen Partei gegenüber offengelegt werden müssen. Insofern wird auch in diesem Zusammenhang daran angeknüpft, ob die relevanten Tatbestandsmerkmale objektiv vorliegen. Dabei ist aber zu beachten, dass jedenfalls hinsichtlich des Vorliegens der Ausschlussgründe des § 439 BGB bzw. § 275 BGB ein Informationsdefizit zu Lasten des Käufers besteht.

B.I.3. Vorliegen sonstiger Ausschlussgründe

Hinsichtlich der sonstigen Ausschlussgründe für die kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte ergeben sich keine weiteren Informationsdefizite hinsichtlich des tatsächlichen Bestehens der entsprechenden Voraussetzungen. So ist etwa bei dem Ausschluss der Rechte aufgrund der der Kenntnis von der Mangelhaftigkeit auf den Kenntnisstand des Käufers (grob fahrlässige Unkenntnis) abzustellen (§ 442 Satz 1 BGB), die anhand der Umstände des Zustandekommens und der Abwicklung des Kaufvertrages für beide Parteien des Kaufvertrages bestimmbar sind bzw. sich für keine der beiden Seiten insofern ein Informationsvorsprung ergibt. Dies gilt ebenso für das Bestehen der Einrede der Verjährung. Die Gewissheit über ein tatsächliches Vorliegen einer Mangelhaftigkeit der Kaufsache ist für die Verjährungshemmung aufgrund dahingehender Verhandlungen irrelevant (§ 203 BGB).

B.II. Auswirkungen der Informationsrisiken

Für die Bestimmung der Auswirkungen der Informationsdefizite im Zusammenhang mit den kaufrechtlichen Gewährleistungsrechten muss wieder zwischen der Frage nach dem Vorliegen eines Mangelverdachts (siehe B.II.1.) und der Frage nach der Ausübung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte (siehe B.II.2.) unterschieden werden.

B.II.1. Unsicherheiten hinsichtlich des Bestehens der Mangelhaftigkeit

Das tatsächliche Bestehen der Mangelhaftigkeit der Kaufsache ist für den Käufer von grundlegender Bedeutung, da ohne eine Mangelhaftigkeit sämtliche Gewährleistungsrechte konsequenterweise nicht bestehen (§ 437 BGB).

B.II.1.a) Zutreffende Beurteilung der Mangelhaftigkeit

Soweit der Käufer zutreffend von der Mangelhaftigkeit der Kaufsache ausgeht, ergeben sich keine weiteren Probleme. Der Käufer kann dann die Mängelgewährleistungsrechte geltend machen. Für den umgekehrten Fall des Fehlens einer Mangelhaftigkeit scheiden Gewährleistungsrechte dann entsprechend aus, werden vom Käufer aber auch nicht geltend gemacht.

B.II.1.b) Unzutreffende Beurteilung der Mangelhaftigkeit

Geht der Käufer aber fälschlicherweise von einer Mangelfreiheit aus und unterlässt es entsprechende Mängelgewährleistungsrechte auch tatsächlich geltend zu machen, kann er daraus keine weiteren Rechte oder etwa eine entsprechende Verlängerung der Verjährung (§ 438 BGB) ableiten. Eine Ausnahme besteht insofern auch nicht für den Fall der arglistigen Täuschung des Käufers hinsichtlich der Mangelfreiheit der Kaufsache bei Abschluss des Kaufvertrages[22], da diese Fallgruppe insofern neben einer entsprechenden Mängelerforschung auch eine entsprechende Kenntnis von der Mangelhaftigkeit und einen Vorsatz beim Verkäufer voraussetzt, was bei einer bloßen unzutreffenden Beurteilung der Mangelhaftigkeit durch den Käufer in der Regel nicht der Fall sein wird.[23]

Soweit der Käufer allerdings unzutreffend von der Mangelhaftigkeit der Kaufsache ausgeht, ergibt sich für ihn ein weitgehendes Kostenrisiko. Dies gilt zunächst für etwaige Investitionen oder Verfügungen, die er im Hinblick auf die von ihm angenommene Mangelhaftigkeit tätigt. Ein Ersatz dieser Aufwendungen nach § 284 BGB scheidet aus, da eine Mangelhaftigkeit bzw. eine Pflichtverletzung des Verkäufers gerade nicht

[22] Vgl. zu dieser Fallgruppe *Gröschler*, NJW 2005, 1601ff.
[23] Vgl. dazu ausführlich *Gröschler*, ebenda.

vorliegt.[24] Darüber hinaus muss der Verkäufer im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung nicht nur die eigenen, sondern auch die Kosten der Gegenseite tragen (§§ 91, 92 ZPO). Eine entsprechende (kaufrechtsspezifische) Erleichterung für den Käufer aufgrund der begründeten Annahme einer Mangelhaftigkeit der Kaufsache besteht grundsätzlich nicht.

B.II.1.c) Bestehen eines Mangelverdachts

Soweit der Käufer lediglich einen Mangelverdacht hat, stellt sich für ihn das Problem der hinreichenden Mängelerforschung, da eine Geltendmachung nicht bestehender Mängelgewährleistungsrechte eine entsprechende Kostentragungslast für den Käufer begründet.[25] Diesem Risiko kann der Käufer zwar durch eine umfangreiche Ermittlung der Mangelhaftigkeit der Kaufsache nachgehen, allerdings trägt er die dafür anfallenden Kosten – meist in Form von Gutachterkosten – zunächst selbst.

B.II.2. „Fehlerhafte" Ausübung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte

Die Ermittlung der Auswirkungen dieser Risiken bei der Ausübung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte ist hingegen deutlich schwieriger zu bestimmen, da in diesem Zusammenhang in der Regel mehrere Rechte nebeneinander bestehen.

B.II.2.a) Nacherfüllung

Dies gilt zunächst für das Recht auf Nacherfüllung, bei dem ein Wahlrecht des Käufers zwischen Nachlieferung und Nachbesserung besteht, das durch Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung mit der konkreten Bezeichnung des Mangels[26] und einer hinreichend Betonung ausgeübt wird, dass der Käufer dem Verkäufer eine letzte Frist zur vertragsgemäßen Lieferung setzen will.[27] Bei diesem Wahlrecht handelt es sich nach der herrschenden Meinung um einen Fall der elektiven Kon-

[24] Zum fehlenden Bestehen von Aufwendungsersatzansprüchen siehe unten C.III.2.a).
[25] Siehe oben B.II.1.b).
[26] *Matusche-Beckmann* (Fn. 11), § 439 Rn. 8; *Weidenkaff* (Fn. 10), § 439 Rn. 6; *Westermann* (Fn. 7), § 439 Rn. 4.
[27] OLG Köln v. 1.9.2003 – 19 U 80/03, OLGR Köln 2003, 319.

kurrenz und nicht um eine Wahlschuld im Sinne der §§ 262ff. BGB.[28] Der Käufer hat im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs des § 439 Abs. 1 BGB mehrere voneinander verschiedene Ansprüche für die Rechtausübung zur Auswahl. Gegen die Annahme einer Wahlschuld (§§ 262ff. BGB) spricht vor allem die damit verbundene Bindung des Käufers bei der Ausübung des Wahlrechts, da die entsprechende Form der Nacherfüllung dann als von Anfang an geschuldet gelten würde und eine die andere Nacherfüllungsvariante bei einem Fehlschlagen bzw. einem Ausschluss der Nacherfüllung konsequenterweise ins Leere gehen würde. Außerdem würde sich anderenfalls – jedenfalls für den Verbrauchsgüterkauf – die Frage nach der Vereinbarkeit mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie stellen.[29] Schließlich kann der Schutzbedürftigkeit des Verkäufers durch die Annahme einer Einrede nach § 242 BGB wegen widersprüchlichen Verhaltens Rechnung getragen werden, wenn der Käufer seine Wahlrechtsausübung ändert, obwohl die zuvor gesetzte Frist noch nicht abgelaufen ist.[30]

Damit können sich Unsicherheiten des Käufers hinsichtlich des Bestehens möglicher Ausschlussgründe für den Nachlieferungs- oder den Nachbesserungsanspruch auf dessen Nacherfüllungsanspruch nicht in Form eines Rechtsverlusts auswirken. Denn wenn der Käufer schon nach Ausübung des Wahlrechts diese Wahl ohne weiteres abändern kann, muss diese erst recht dann gelten, wenn sich der Käufer bei seiner Wahlrechtsausübung (zunächst) auf eine ausgeschlossene Nacherfüllungsvariante festgelegt hat. Dem Käufer bleibt also die jeweils andere Nacherfüllungsvariante erhalten, soweit diese nicht ebenfalls ausgeschlossen ist. Auch wenn kein unmittelbarer Rechtsverlust für den Käufer besteht, läuft dieser dennoch Gefahr, vom Verkäufer lediglich die Nacherfüllungsart angeboten zu bekommen, die für den Verkäufer kostengünstiger ist, ohne dass die andere Nacherfüllungsvariante entsprechend ausgeschlossen ist.

[28] *Bachmann*, Die elektive Konkurrenz, 2010, S. 171ff.; *Faust* (Fn. 8), § 439 Rn. 9; *Matusche-Beckmann* (Fn. 11), § 439 Rn. 7; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, S. 81; *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 10), Rn. 413; *Schroeter*, NJW 2006, 1761, 1761f.;, BB 2003, 589, 591; im Ergebnis ebenso *Westermann* (Fn. 7), § 439 Rn. 4f.; a.A. und von einer Anwendbarkeit der §§ 262ff. BGB ausgehend *Büdenbender*, AcP 205 (2005), 386ff.; *ders.*, in: Anwaltkommentar zum BGB, 2005, § 439 Rn. 1; *Grunewald* (Fn. 9), § 439 Rn. 9; offen lassend *Krüger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 262 Rn. 13.

[29] So vor allem *Schürholz,* Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht, 2005, S. 58ff.; *Spickhoff*, BB 2003, 589, 592.

[30] *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 10), Rn. 413; *Westermann* (Fn. 7), § 439 Rn. 5.

B.II.2.b) Rücktritt und Minderung

Für die Wahl zwischen den Gestaltungsrechten in Form des Rücktritts und der Minderung (§ 437 Nr. 2 BGB)[31] kann sich das Risiko des tatsächlichen Bestehens der entsprechenden Voraussetzungen – neben dem allgemeinen Risiko des Bestehens eines Mangels überhaupt[32] – zusätzlich nur hinsichtlich des Ausschlusses des Rücktritts wegen Unerheblichkeit des Mangels bzw. der Pflichtverletzung (§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB) nachteilig auf den Käufer auswirken. Denn die Ausübung von Gestaltungsrechten ist grundsätzlich verbindlich und kann später nicht widerrufen oder abgeändert werden[33]. Soweit sich der Kaufvertrag aufgrund eines Rücktritts in einen Rückgewährschuldverhältnis gewandelt hat, kann eine Minderung nicht mehr erklärt werden. Ebensowenig kann grundsätzlich nach einer Minderung noch ein Rücktritt erklärt werden. Dies ergibt sich im Gegensatz zum umgekehrten Fall aber nicht aufgrund der vorherigen Umgestaltung des Schuldverhältnisses, sondern vielmehr aus dem Umstand, dass nach einer (vollumfänglichen) Minderung kein Rücktrittsgrund in Form einer (erheblichen) Pflichtverletzung bzw. Mangelhaftigkeit im Rahmen des Schuldverhältnisses mehr besteht bzw. diese durch die Minderung und die damit erfolgte Teilrückzahlung des Kaufpreises ausgeglichen wurde. Da sich die Folgen der Minderung direkt aus § 441 Abs. 3 BGB ergeben, kann insofern in der Regel auch dahinstehen, ob ein Rücktritt nach einer Teilminderung noch möglich ist.

> *Beispiel 11: K kauft einen Fernseher bei V, dessen Fernbedienung nicht funktioniert. Da der K davon ausgeht, dass es sich nur um einen nicht erheblichen Mangel handelt, mindert er entsprechend den Kaufpreis. Tatsächlich handelte es sich um einen erheblichen Mangel, da die Fernbedienung aus sehr hochwertigem Material gefertigt war.*

Daher kann sich für den Käufer das Risiko des tatsächlichen Bestehens der Rücktrittsvoraussetzungen dahingehend verwirklichen, dass er aufgrund der (falschen) Annahme der fehlenden Erheblichkeit des Mangels von einem Rücktritt Abstand nimmt und insofern nur die Minderung

[31] Vgl. zur Rechtsnatur von Rücktritt und Minderung als Gestaltungsrechte nur *Faust* (Fn. 8), § 437 Rn. 43; § 441 Rn. 5.

[32] Siehe oben B.II.1.

[33] So genanntes Dogma von der Unwiderruflichkeit der Umgestaltung des Rechtsver-hältnisses. Vgl. dazu *Grothe* (Fn. 17), § 346 Rn. 6; *Westermann* (Fn. 7), § 437 Rn. 50 mit jeweils weiteren Nachweisen.

erklärt. Dieses Risiko kann auch nicht bei einer späteren Aufklärung des Käufers über die bestehende Erheblichkeit des Mangels ausgeglichen werden, da eine Minderung nach einem Rücktritt ausgeschlossen ist. Der Käufer verfügt dann zwar entsprechend über einen hohen Rückforderungsanspruch aufgrund der Minderung (§ 441 Abs. 4 BGB), kann sich aber nicht mehr vom Vertrag lösen.

B.II.2.c) Schadenersatz statt und neben der Leistung und Ersatz vergeblicher Aufwendungen

Für die Gewährleistungsrechte in Form des Schadenersatzes statt und neben der Leistung und des Ersatzes vergeblicher Aufwendungen kann sich das Risiko des tatsächlichen Bestehens der Rücktrittsvoraussetzungen nur teilweise auswirken. Dabei ist es zunächst für die erneut zunächst verbindliche, nicht aber die anderen Rechte ausschließende Wahlentscheidung[34] zwischen Schadenersatz statt und neben der Leistung und dem Ersatz vergeblicher Aufwendungen ohne Bedeutung, da alle drei Ansprüche unterschiedliche Schutzrichtungen haben (können) und insoweit unterschiedliche Vermögenseinbußen des Käufers ausgleichen sollen.[35] Ein Risiko kann sich für den Käufer insofern nur hinsichtlich einer gegebenenfalls notwendigen Nachfristsetzung für die Nacherfüllung bei behebbaren Mängeln verwirklichen.[36]

B.II.2.d) Kumulation der Gewährleistungsrechte

Bei einer möglichen kumulierten Geltendmachung der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte kann sich das Risiko des tatsächlichen Bestehens der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen letztlich nicht verwirklichen. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass der Nacherfüllungsanspruch aus § 439 Abs. 1 BGB neben allen anderen kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechten steht und dass die Gestaltungsrechte aus § 437 Nr. 2 BGB in Form des Rücktritts und der Minderung auch neben einem Anspruch auf Schadenersatz statt oder neben der Leistung

[34] Insofern besteht jedenfalls zwischen dem Schadenersatz statt der Leistung und dem Aufwendungsersatzanspruch eine elektive Konkurrenz. Vgl. dazu *Bachmann* (Fn. 28), S. 306ff.; *Weidenkaff* (Fn. 10), § 437 Rn. 43a.

[35] Zu den verschiedenen Arten von Pflichtverletzungen, die für den Schadenersatzanspruch in Betracht kommen vgl. nur *Faust* (Fn. 8), § 437 Rn. 49, 51ff.; *Westermann* (Fn. 7), § 437 Rn. 21ff.

[36] Vgl. dazu oben B.II.2.a).

und Ersatz vergeblicher Aufwendungen geltend gemacht werden können (§ 325 BGB).[37]

B.III. Zwischenergebnis

Das geltende Kaufrecht verlangt vom Käufer bei der Ausübung seiner Gewährleistungsrechte zunächst die Feststellung des tatsächlichen Bestehens eines Mangels und nimmt insofern keinerlei Unterscheidung nach der Art oder Komplexität der Kaufsache vor. Das Risiko des tatsächlichen Bestehens eines Mangels bei der Geltendmachung der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte besteht dabei für den Käufer. Die Mängelerforschungskosten sind zunächst einseitig vom Käufer zu tragen. Diese Informationsrisikoverteilung setzt sich auch bei der Ausübung der einzelnen kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte fort. Hier besteht für den Käufer das Risiko zunächst in der Auswahl der „falschen" – also aufgrund bestehender Ausschlussgründe nicht zur Verfügung stehenden – Nacherfüllungsart. Auch wenn der Käufer dadurch nicht in der Geltendmachung der jeweils anderen Nacherfüllungsvariante beschränkt wird, ergibt sich für ihn in jedem Fall ein Verlust in Form einer entsprechend verspäteten Nacherfüllung. Dieser Nachteil setzt sich für den Verkäufer entsprechend fort, wenn eine Nachfristsetzung zur Nacherfüllung vorgenommen wurde, da diese dann entsprechend unwirksam ist. Im Hinblick auf die Auswahl zwischen verschiedenen Gestaltungsrechten wirkt sich das Informationsdefizit sogar dahingehend aus, dass die Ausübung des jeweils anderen Gestaltungsrechts ausgeschlossen ist.

C. Verteilung von Informationsrisiken im System der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte

Das Bestehen allgemeiner Risiken bei der Ausübung von Rechten ist der Zivilrechtsordnung nicht grundsätzlich unbekannt und stellt insofern auch nicht per se ein Rechtsproblem dar. Daher soll in einem ersten Schritt zunächst untersucht werden, inwiefern eine entsprechende andersartige Verteilung der Informationsrisiken überhaupt notwendig ist (siehe C.I.). Sodann soll untersucht werden, inwiefern die allgemeinen

[37] Insofern gilt freilich die logische Einschränkung, dass ein Schadenersatz statt der Leistung nicht neben einer Minderung geltend gemacht werden kann. Zum Verhältnis der Rechtsbehelfe des § 437 BGB untereinander vgl. ausführlich *Bachmann* (Fn. 28), S. 170ff.; siehe auch *Faust* (Fn. 8), § 437 Rn. 169ff.; *Grunewald* (Fn. 9), § 437 Rn. 45ff.

zivilrechtlichen Instrumente eine hinreichende Verteilung der dargestellten Informationsrisiken sicherstellen können (siehe C.II.), bevor konkrete Lösungsansätze diskutiert werden sollen (siehe C.III.).

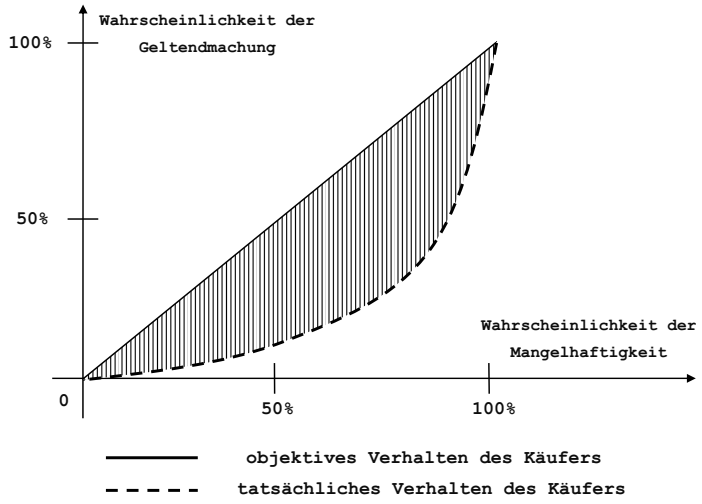
C.I. Notwendigkeit eines Korrektivs?

Eine Korrektur der Verteilung der Informationsrisiken im Zusammenhang mit der Ausübung der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte gerät zunächst in einen Konflikt mit dem Grundsatz der eigenverantwortlichen Informationsbeschaffung zur Rechtsausübung.[38] Grundsätzlich obliegt es jeder Partei selbst, die für sie notwendigen Informationen selbst zu beschaffen, womit zugleich das Risiko der unzutreffenden Ausübung der eigenen Rechte verbunden ist. Dem Käufer steht es bei Abschluss des Kaufvertrages frei, eine entsprechende eigene Überprüfung der Kaufsache durchzuführen oder aber eine solche vom Verkäufer vor Abschluss des Kaufvertrages zu verlangen. Ebenso ist es grundsätzlich der Sphäre des Käufers zuzurechnen, dass er sich im Rahmen des Kaufvertrages für eine Kaufsache entschieden hat, bei der eine Überprüfbarkeit der Mangelhaftigkeit bzw. des Ausschlusses möglicher kaufrechtlicher Gewährleistungsrechte aufgrund einer entsprechenden Komplexität oder gegebenenfalls Seltenheit sehr aufwendig ist. Für die Notwendigkeit einer entsprechenden Erweiterung der Rechte des Käufers spricht aber vor allem der mit den kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechten bezweckte Schutz des Käufers bei einer Mangelhaftigkeit der Kaufsache. Die bestehenden Regelungen der §§ 434ff. BGB bilden dabei die bestehenden Unsicherheiten und Informationsrisiken nicht hinreichend ab, da dem Käufer insbesondere bei komplexen und hochwertigen Produkten neben einer Einschätzung der Mangelhaftigkeit als solcher vor allem ein Zugang zu den für die Ausübung der Mängelgewährleistungsrechte notwendigen Kalkulationsgrundlagen des Verkäufers nicht möglich ist. Diese fehlende Kompensation der bei den kaufrechtlichen Gewährleistungsrechten bestehenden Informationsdefizite begründet letztlich ein Hindernis bei deren Geltendmachung, die den Verkäufer einseitig bevorteilt. Denn während der Verkäufer nur im Fall einer erfolgreichen Geltendmachung der Gewährleistungsrechte mit den Kosten für die Erfüllung der entsprechenden Ansprüche und den Kosten für die Geltendmachung belastet wird, trägt der Käufer diese Kosten immer bei einer erfolglosen Geltendmachung. Das Informationsdefizit hinsichtlich

[38] Zur Informationsasymmetrie im Vertragsrecht allgemein *Fleischer* (Fn. 5), S. 416ff.

des Bestands der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte geht daher einseitig zu Lasten des Käufers und begründet einen entsprechenden Vorteil für den Verkäufer, da die kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte weniger häufig geltend gemacht werden. Diese Problematik besteht dabei nicht nur bei der Frage nach dem tatsächlichen Vorliegen eines Mangels, sondern auch bei der „falschen" Auswahl der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte, da sich der Käufer aufgrund des Informationsdefizits dann entsprechend auf die weniger umfangreichen Mängelgewährleistungsrechte beschränkt. Dies gilt vor allem für die Frage der Unerheblichkeit der Mangelhaftigkeit und den damit verbundenen Ausschluss des Rücktritts für den Käufer.

Insofern ergibt sich für den Verkäufer eine in folgender Graphik dargestellte „Rente", die sich aus dem Abweichen der tatsächlichen Geltendmachung der Mangelhaftigkeit durch den Käufer von der objektiven Wahrscheinlichkeit der Geltendmachung ergibt.



Insofern ist es notwendig, einen angemessenen Ausgleich zwischen der Fremd- und der Eigenverantwortlichkeit für die Informationsbeschaffung von Käufer von Verkäufer zu erreichen und die nach den oben genannten Ausführungen bestehende einseitige Verteilung des Informationsrisikos aufzulösen.

C.II. Auflösung der Informationsrisiken durch allgemeine zivilrechtliche Instrumente

Sofern man also insofern von einer Notwendigkeit der Auflösung der dargestellten Informationsrisiken ausgeht, stellt sich zunächst die Frage nach der Anwendbarkeit allgemeiner zivilrechtliche Instrumente. In Betracht kommen dabei neben den Grundsätzen der Beweislastverteilung (siehe C.II.1.), der Rechtsirrtum (siehe C.II.2.) und ein entsprechender Schaden- bzw. Aufwendungsersatzanspruch (siehe C.III.2.).

C.II.1. Beweislastverteilung

Als allgemeines zivilrechtliches Korrektiv für das dargestellte Informationsdefizit kommt zunächst die allgemeine Beweislastverteilung in Betracht. Die allgemeinen zivilrechtlichen und auch im Kaufrecht anwendbaren Beweisregeln können die dargestellte Problematik des Informationsdefizits allerdings nicht hinreichend bewältigen. Dies ergibt sich zum einen aus dem Umstand, dass den Käufer bei der Ausübung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte die Beweislast für das Bestehen der Mangelhaftigkeit der Kaufsache trifft.[39] Auch wenn dies entsprechend für die Ausschlussgründe bei den einzelnen Gewährleistungsrechten zu Lasten des Verkäufers gilt,[40] besteht vorliegend gerade kein Zusammenhang zwischen der Beweisbarkeit bzw. Beweislast und der Verteilung des Informationsrisikos für die Geltendmachung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte. Denn die Verteilung der Beweislast ermöglicht dem Käufer nicht hinreichend, das Bestehen oder den Umfang seiner kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte zu bestimmen.[41] Liegt keine abschließende Sicherheit über das Bestehen der Mangelhaftigkeit der Kaufsache oder des Vorliegens entsprechender Ausschlussgründe für die einzelnen Gewährleistungsrechte beim Käufer vor, kann dieser auch nicht seine Rechte entsprechend ausüben bzw. dahingehende Dispositionen vornehmen. Insofern kann auch die Beweislastumkehr des § 476 BGB beim Verbrauchsgüterkauf in diesem Zusammenhang nicht weiterhelfen, zumal sich diese Regelung ohnehin nur auf den Zeitpunkt des Vorliegens der Mangelhaftigkeit und nicht auf die Mangelhaftigkeit als solche bezieht.[42] Das

[39] Vgl. dazu *Faust* (Fn. 8), § 434 Rn. 118; *Matusche-Beckmann* (Fn. 11), § 434 Rn. 34; *Westermann* (Fn. 7), § 434 Rn. 48.

[40] Vgl. dazu nur *Faust* (Fn. 8), § 439 Rn. 58.

[41] Im Ergebnis ebenso *Grunewald*, FS Konzen, 2006, S. 131, 136f.

[42] BGH v. 2.6.2004 – VIII ZR 329/03, BGHZ 159, 215 = NJW 2004, 2299.

Beweisrecht bzw. die Beweislastproblematik kann daher zur Lösung des Problems der dargestellten Informationsrisiken keinen Beitrag leisten.[43]

C.II.2. Rechtsirrtum

Als weiteres Korrektiv für die dargestellten Informationsrisiken kommen die Grundsätze des Rechtsirrtums – also des Irrtums über die rechtlichen Konsequenzen der inhaltlich so gewollten Erklärung – und insofern eine mögliche Anfechtung einer entsprechenden Willenserklärung in Betracht. Diese Grundsätze können dabei freilich nur im Rahmen der „fehlerhaften" Ausübung der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte durch den Käufer herangezogen werden, da diese alle die Abgabe einer entsprechend (anfechtbaren) Willenserklärung voraussetzen[44] und insofern jedenfalls eine Fehlvorstellung des Käufers hinsichtlich des Bestehens dieser Rechte bzw. des Nichtbestehens der entsprechenden Ausschlusstatbestände vorliegt.

Der dabei zunächst in Betracht kommende Irrtum über die Rechtslage in Form der Unkenntnis von einer einschlägigen Rechtsnorm kann vorliegend – unabhängig von der ohnehin nicht bestehenden Anfechtungsmöglichkeit[45] – allerdings nicht zur Anwendung kommen, da der Käufer bei einem Mangelverdacht oder einer Unsicherheit hinsichtlich anderen Voraussetzungen der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte lediglich über eine Tatsachenfrage irrt. Aber auch für der Fall, dass die Rechtsfolgen zum Inhalt der Erklärung gemacht werden sollen, ohne dass dies aber nicht hinreichend zum Ausdruck kommt,[46] ist der Rechtsirrtum nicht einschlägig, da der Käufer in der Regel die Rechtsfolgen nicht dahingehend zum Inhalt seiner Erklärung machen wird, sodass eine Zuordnung zu einem bestimmten Gewährleistungsrecht zweifelhaft ist. Letztlich ist die unzutreffende Annahme des fehlenden Vorliegens der Ausschlusstatbestände bei der Ausübung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte ein Irrtum über bloße Tatsachen, der allerdings keinen Inhaltsirrtum nach § 119 Abs. 1 alt. 1 BGB[47] darstellt und insofern auch nicht zur Anfechtung berechtigt.

43 Ebenso für den Mangelverdacht *Faust*, FS Picker, 2010, S. 185, 187f.

44 Siehe oben B.II.2 und die Nachweise in den FnB.II.2

45 Vgl. BGH v. 29.11.1996 – BLw 16/96, BGHZ 134, 152, 155f. = NJW 1997, 653; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 8. Aufl. 1997, § 36 Rn. 75ff.; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 2006, Rn. 831.

46 Vgl. dazu *Bork* (Fn. 44), Rn. 831, 838.

47 *Bork* (Fn. 44), Rn. 831; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 23 4 d) mit jeweils weiteren Nachweisen.

C.II.3. Zwischenergebnis

Die dargestellten zivilrechtlichen Instrumente können die beim Mangelverdacht und der Ausübung kaufrechtlicher Mängelgewährleistungsrechte auftretenden Informationsrisiken für den Käufer nicht hinreichend auflösen bzw. die dargestellte Problematik erfassen.

C.III. Lösungsansätze

Die Lösung dieser Problematik ist daher vielmehr in einer Fortentwicklung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte des Käufers selbst zu suchen.

C.III.1. (Keine) Erweiterung des Mangelbegriffs

Dabei stellt sich zunächst die Frage nach einer entsprechenden Erweiterung des Mangelbegriffs.[48] Unter der Geltung des alten Kaufrechts war bereits anerkannt, dass auch ein so genannter Mangelverdacht bereits einen Mangel begründen kann.[49] Die Rechtsprechung ist dabei aber nur zu den Fällen eines Seuchenverdachts bei Lebensmitteln bzw. der Vermutung eines wiederkehrenden Schwammbefalls eines Hauses nach der Beseitigung des Schwamms ergangen und hat darüber hinaus keine allgemeine Anerkennung gefunden.[50] Da die Rechtsprechung insofern auf

[48] So vor allem LG Bonn v. 30.10.2003 – 10 O 27/03, NJW 2004, 78, ohne dies allerdings hinreichend zu differenzieren; jedenfalls in diese Richtung tendierend *Faust* (Fn. 8), § 434 Rn. 71; *Matusche-Beckmann* (Fn. 11), § 434 Rn. 176f.; *Müggenborg*, NJW 2005, 2810ff.; dagegen aber *Grunewald* (Fn. 41), S. 131, 134ff., die eine Lösung über Aufklärungspflichten anstrebt. Dabei geht es allen Autoren allerdings nur um die Frage der Übertragbarkeit der bisherigen Rechtsprechung, so dass eine entsprechende Beschränkung auf diese Fallgruppen gegeben ist.

[49] Vgl. Nachweis in Fn. 5 (alle für den Fall eines Verdachts des Schwammbefalls eines Hauses nach Entfernung des Schwamms); ähnlich für eine Altlastenproblematik BGH v. 20.10.2000 – V ZR 285/99, NJW 2001, 64 = ZIP 2000, 2257; so auch schon OLG München v. 21.4.1994 – 32 U 2088/94, NJW 1995, 2566; vgl. auch BGH v. 16.4.1969 – VIII ZR 176/66, BGHZ 52, 51 = NJW 1969, 1171 (Verdacht eines Salmonellenbefalls); ebenso BGH v. 14.6.1972 – VIII ZR 75/71, NJW 1972, 1462; im Ergebnis ebenso BGH v. 23.11.1988 – VIII ZR 247/87, NJW 1989, 218 = JR 1989, 460 (Glykol-Weinfall); ebenso im Rahmen des UN-Kaufrechts BGH v. 2.3.2005 – VIII ZR 67/04, NJW-RR 2005, 1218 = WM 2005, 1806; vgl. dazu insgesamt auch *Huber*, in: Soergel, BGB, 12. Aufl. 1991, § 459 Rn. 64; kritisch zu dieser Entwicklung *Grunewald*, in: Ermann, BGB, 10. Aufl. 2000, § 459 Rn. 2, 13; ebenso vor einer Überdehnung des Mangelbegriffs warnend *Fleischer* (Fn. 5), S. 487.

[50] Kritisch dazu vor allem *Grunewald*, in: Ermann, BGB, 10. Aufl. 2000, § 459 Rn. 2, 13.

die aufgrund des Mangelverdachts bestehende geringere Wertschätzung der Kaufsache abgestellt hat, könnte man diese Grundsätze auch auf den heutigen Mangelbegriff des § 434 BGB übertragen. In Betracht käme insofern entweder eine Verletzung einer möglicherweise bestehenden Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder aber ein Abstellen auf die fehlende bzw. eingeschränkte Eignung zur gewöhnlichen Verwendung und der üblichen Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB).[51] Die Übertragung dieser Rechtsprechung auf das neue kaufrechtliche Mängelgewährleistungsrecht würde auch hinsichtlich des – jedenfalls für den Verbrauchsgüterkauf – zu berücksichtigenden europarechtlichen Hintergrunds in Form der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie keinen Schwierigkeiten begegnen, da Art. 2 Abs. 2 lit. c) und d) Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ebenfalls dahingehend ausgelegt werden könnte.

Gegen eine entsprechende Erweiterung der Mangelbegriffs im Rahmen des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB spricht aber, dass damit eine jedenfalls im Grundsatz uneingeschränkte Anwendbarkeit der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte verbunden wäre, die für die Lösung der Problematik des Mangelverdachts nicht notwendig ist und damit über die Interessenlage der Beteiligten hinausgeht. Denn letztlich geht es in diesem Zusammenhang nur um die Frage des Kostentragungsrisikos für die Mängelerforschung. Soweit die Mängelerforschung zu einer Mangelhaftigkeit geführt hat, finden die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte ohnehin vollumfänglich Anwendung. Anderenfalls würden die kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte auch schon bei einer fehlenden Mangelhaftigkeit der Kaufsache zur Anwendung kommen.

Auch wenn somit eine Erweiterung des Mangelbegriffs nicht angezeigt ist, muss eine Ausnahme aber für den Fall der fehlenden Möglichkeit der Beseitigung des Mangelverdachts gemacht werden.[52] Soweit die Mängelerforschung keine endgültige Sicherheit über die Mangelhaftigkeit oder die Mangelfreiheit der Kaufsache bringen kann, muss bereits der Mangelverdacht ausreichen, um die Mängelgewährleistungsrechte zur Anwendung kommen zu lassen. Dies entspricht – jedenfalls teilweise[53] – auch der bisherigen Rechtsprechung zum Mangelverdacht, da insofern auf die fehlende Aufklärbarkeit der Mangelhaftigkeit abgestellt wurde.

[51] Ebenso *Faust*, (Fn. 43), S. 188ff.

[52] A.A. aber *Grunewald* (Fn. 41), S. 131, 139f., die auch für diesen Fall eine Aufklärungspflicht annehmen will. Zur Aufklärungspflicht siehe unten C.III.3.

[53] Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 49 zu den so genannten Schwammbefallfällen.

Dies bedeutet insofern, dass im Beispiel 5 trotz der Unsicherheit hinsichtlich eines tatsächlichen Bestehens der Mangelhaftigkeit des Hauses von einer Mangelhaftigkeit auszugehen ist, da eine Mängelerforschung insofern ausgeschlossen ist bzw. nicht zu einer vollständigen Beseitigung des Mangelverdachts führen kann.

Diese Grundsätze können hingegen bei Beispiel 4 hinsichtlich des Reitpferdes nicht zu einer Mangelhaftigkeit aufgrund eines Mangelverdachts führen, da dahingehende physische Veränderungen bei einem Reitpferd immanent sind und insofern nicht über das übliche Maß einer negativen Veränderung von Tieren hinausgehen. Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich der physische Zustand des Reitpferds entsprechend negativ entwickelt, allerdings herrscht im Zeitpunkt des Gefahrübergangs Klarheit darüber, dass diese Beeinträchtigung (noch) nicht vorliegt.

C.III.2. Pflicht zur Mängelerforschung und Begründung eines Schaden- bzw. Aufwendungsersatzanspruches?

Da es jedenfalls bei Vorliegen eines Mangelverdachts letztlich um den Ersatz der Mängelerforschungskosten des Käufers durch den Verkäufer geht, kommt insofern die Begründung eines entsprechenden Aufwendungsersatz- (siehe C.III.2.a)) oder eines Schadenersatzanspruches (siehe C.III.2.b)) in Betracht. Der Ansatz einer entsprechenden Aufklärungspflicht (siehe C.III.2.c)) ist hingegen abzulehnen.

C.III.2.a) Aufwendungsersatzanspruch

Ein Aufwendungsersatzanspruch des Käufers (§§ 437 Nr. 3, 284 BGB) scheidet allerdings gleich aus mehreren Gründen aus. Zunächst handelt es sich bei den Kosten für die Mängelerforschung nicht um Aufwendungen, die der Käufer im Vertrauen auf die Leistung der Kaufsache durch den Verkäufer gemacht hat. Denn die Kosten für die Mängelerforschung werden durch den Käufer erst aufgebracht, nachdem der Verkäufer dem Käufer die möglicherweise mangelhafte Sache übergeben hat. Der Käufer macht diese Aufwendungen also nicht im Vertrauen auf die ordnungsgemäße Leistung durch den Verkäufer, sondern lediglich zur Ermittlung der ordnungsgemäßen Erfüllung der Leistungsverpflichtung durch den Verkäufer und verfügt insofern schon nicht mehr über einen entsprechenden Vertrauenstatbestand. Schließlich würde ein entsprechender Anspruch

aus §§ 437 Nr. 3, 284 BGB schon dann entfallen, wenn sich der Mangelverdacht eben nicht erhärtet und eine für (alle) kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte erforderliche Mangelhaftigkeit der Kaufsache gerade nicht vorliegt. Ein Aufwendungsersatzanspruch hinsichtlich der Kosten für die Mängelerforschung scheidet daher aus.

C.III.2.b) Schadenersatzanspruch

Darüber hinaus kommt ein Schadenersatzanspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Ersatz der Mängelerforschungskosten in Betracht. Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob es sich dabei um einen Schadenersatzanspruch statt (§§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB) oder einen Schadenersatzanspruch neben der Leistung (§ 280 Abs. 1 BGB) handelt. Da es bei einem möglichen Ersatz der Mängelerforschungskosten nicht um die Frage der ursprünglich mangelhaften oder mangelfreien Leistung geht[54], muss es sich konsequenterweise um einen Schadenersatzanspruch neben der Leistung (§ 280 Abs. 1 BGB) handeln. Die Pflichtverletzung des Verkäufers ist nicht die (fehlende) Mangelhaftigkeit der Kaufsache, sondern konsequenterweise die fehlende Beseitigung des Mangelverdachts als Nebenpflicht des Kaufvertrages. Dies gilt auch für den Fall, dass sich tatsächlich eine Mangelhaftigkeit der Kaufsache ergibt, der Mangelverdacht also tatsächlich begründet ist. Zwar kann der Käufer in diesem Fall einen Schadenersatz statt der Leistung geltend machen (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB), allerdings stellen die Mängelerforschungskosten keine von diesem Schadenersatzanspruch gedeckte Schadensposition dar, da diese lediglich durch den Mangelverdacht und nicht durch die Mangelhaftigkeit als solcher verursacht wurde.

Dabei kann eine solche Nebenpflicht zur Aufklärung des Mangelverdachts aber nur in den Fällen angenommen werden, bei denen ein hinreichender Anhaltspunkt für das mögliche Bestehen einer Mangelhaftigkeit gegeben ist. Denn anderenfalls würde sich die Problematik des Informationsdefizits des Käufers hinsichtlich des tatsächlichen Vorliegens der Mangelhaftigkeit ins Gegenteil verkehrt werden, da der Käufer immer eine vollständige Überprüfung der Kaufsache – auf Kosten des Verkäufers – von diesem verlangen könnte. Derartige hinreichende Anhaltspunkte für das mögliche Bestehen einer Mangelhaftigkeit müssen schon dann als gegeben angesehen werden, wenn ein objektiver Dritter die Kaufsache in

[54] Siehe zu fehlenden Mangelhaftigkeit des Leistens einer Kaufsache mit einem Mangelverdacht C.III.1.

ihrem bei Gefahrübergang bestehenden Zustand aufgrund des Mangelverdachts nicht erwerben würde, es sei denn, dass dieser Mangelverdacht schon bei Abschluss des Kaufvertrages vorgelegen hat.

> *In den Beispielen 1 und 2 ist von solchen hinreichenden Anhaltspunkten für das mögliche Bestehen einer Mangelhaftigkeit auszugehen, da sowohl die Herkunft der Kühe aus einer mit einer Kuhseuche belasteten Gegend als auch die ungewöhnliche Geräuschentwicklung bei dem gekauften Fahrzeug objektiv den Anschein erwecken, dass die Kaufsache mangelhaft ist.*
>
> *Für Beispiel 3 bedeutet dies, dass nur dann von einem Mangelverdacht ausgegangen werden kann, wenn sich die qualitative Beeinträchtigung des Fernsehbildes nicht nur für den Käufer, sondern auch für einen objektiven Dritten darstellt. Insofern kommt es für einen entsprechenden Mängelerforschungsanspruch des K gegenüber dem V bzw. für einen entsprechenden Schadenersatzanspruch darauf an, dass auch andere Laien von einer qualitativen Beeinträchtigung des Fernsehbildes ausgehen, ohne dass es darauf ankommt, dass diese sich auch tatsächlich als Mangel herausstellt.*

Verweigert der Verkäufer in einem solchen Fall eine abschließende Untersuchung der tatsächlichen Mängelfreiheit der Kaufsache bzw. eine anderweitige Beseitigung des Mangelverdachts, kann der Käufer dies selbst bewerkstelligen und die entsprechenden Kosten vom Verkäufer ersetzt verlangen. Dabei ist dem Verkäufer – in Fortführung des Gedanken des Primats der Nacherfüllung[55] – vom Käufer die Möglichkeit einer eigenständigen Untersuchung in Form einer entsprechenden Aufforderung mit Fristsetzung einzuräumen. Nur auf diese Weise kann ein angemessener Interessenausgleich dahingehend erreicht werden, dass der Käufer abschließende Gewissheit über die Mangelhaftigkeit der Kaufsache oder deren Fehlen bei Gefahrenübergang erlangt, ohne dem Verkäufer dahingehend ein übermäßiges Kostenrisiko aufzubürden. Soweit der Käufer bei Vorliegen eines hinreichenden Anhaltspunktes für das mögliche Bestehen einer Mangelhaftigkeit eine Mängelerforschung in die Wege leitet, kann er dabei allerdings nur solche Untersuchungen durchführen lassen, die vor dem Hintergrund des Wertes der Kaufsache und der Schwere des Mangelverdachts angemessen bzw. verhältnismäßig sind. Wird dieser Rahmen

[55] Siehe dazu oben B.II.2.a). Ebenso *Faust*, (Fn. 43), S. 198f.

durch die Mängelerforschung nicht eingehalten, reduziert sich der Schadenersatzanspruch des Käufers entsprechend aufgrund der Verletzung der eigenen Schadenminderungspflicht (§ 254 BGB).

C.III.2.c) Aufklärungspflicht des Verkäufers

Der teilweise[56] entwickelte Ansatz einer Aufklärungspflicht des Verkäufers kann die Problematik des Mangelverdachts nicht abschließend regeln, da er letztlich voraussetzt, dass der Verkäufer tatsächlich von der Mangelhaftigkeit Kenntnis hat bzw. einen entscheidenden Beitrag zur Mängelerforschung leisten kann. Dies wird nur dann der Fall sein, wenn es sich bei der Kaufsache um ein Serienprodukt handelt oder der Verkäufer nicht mehr nur einen Verdacht hinsichtlich der Mangelhaftigkeit, sondern vielmehr faktische Gewissheit hat. Letzterer Fall ist aber weniger ein Problem des Mangelverdachts, als vielmehr ein Problem der Aufklärungspflichten des Verkäufers.[57]

C.III.3. Begründung mängelgewährleistungsrechtlicher Aufklärungspflichten

Für die Problematik der „fehlerhaften" Ausübung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte kann die Begründung einer Pflicht zur Mängelerforschung und der damit korrespondierende Schadenersatzanspruch kein Lösungsansatz darstellen, da es sich insofern um ein Informationsdefizit des Käufers aufgrund des alleinigen Ursprungs der notwendigen Informationen in der Sphäre des Verkäufers handelt.[58] Allerdings wird man in Anlehnung dieser (Neben)Pflicht des Verkäufers eine Aufklärungspflicht des Verkäufers hinsichtlich des Bestehens möglicher Ausschlussgründe der entsprechend vom Käufer geltend gemachten Gewährleistungsansprüche annehmen müssen, da sich nur auf diese Weise das dahingehende Informationsdefizit ausgleichen lässt. Eine solche Aufklärungspflicht kann aber nur dann angenommen werden, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen für die jeweiligen Ausschlussgründe tatsächlich ausschließlich in der Sphäre des Verkäufer begründet sind.

[56] So vor allem *Grunewald* (Fn. 41), S. 131, 139f.
[57] Vgl. dazu ausführlich *Gröschler*, NJW 2005, 1601ff.
[58] Siehe oben B.II.2.

In Beispiel 6 kann der Käufer ohne eine umfassende Analyse des Vertriebsnetzes des Herstellers des Fernsehers und der Bezugsquellen des V nicht feststellen, ob ein Nachlieferungsanspruch tatsächlich gegeben oder wegen § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist. Insofern kann der Käufer eine Auswahl seiner Mängelgewährleistungsrechte nur dann hinreichend vornehmen, wenn er diese Informationen von V erhält. Die Tatsache, dass der V den K bei Abschluss des Kaufvertrages nicht auf den Umstand hingewiesen hat, dass es sich um ein Modell handelt, dass nicht mehr hergestellt wird, begründet keine (Aufklärungs-)Pflichtverletzung des V.

Dies gilt ebenso für Beispiel 7, da der K ohne entsprechende (externe) Hilfe nicht ermitteln kann, ob es sich um einen behebbaren Mangel handelt. Dies ist für den Käufer insbesondere dann relevant, wenn ein Anspruch auf Nachlieferung aufgrund von § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist und der Käufer ein Interesse an einer weiteren Nutzung der Kaufsache hat.

Auch in Beispiel 8 verhält es sich so, dass eine Entscheidung zwischen der Nachlieferung und der Nachbesserung für den Käufer nur dann möglich ist, wenn er die Kostengrundlage des Verkäufers einsehen kann.

Schließlich trifft dies auch für Beispiel 9 zu. Der K kann zwar insofern von einer Mangelhaftigkeit der Kaufsache ausgehen, kann allerdings ohne (externe) Hilfe nicht hinreichend einschätzen, ob die für einen Rücktritt erforderliche Erheblichkeit des Mangels vorliegt.

Eine entsprechende Verletzung der Aufklärungspflicht des Verkäufers kann aber nur dann angenommen werden, wenn der Verkäufer dem Käufer gegenüber unrichtige oder unvollständige Angaben macht. Zudem wird eine (Neben-)Pflichtverletzung dann anzunehmen sein, wenn der Verkäufer einen unangemessenen langen Zeitraum für die Unterrichtung des Käufers über das fehlende Bestehen des jeweiligen Mängelgewährleistungsrechts benötigt. Dies muss in jedem Fall bereits dann angenommen werden, wenn die (angemessene) Nachfristsetzung des Käufers zur Vornahme der entsprechenden Nacherfüllung abgelaufen ist, da dann insofern ein Vertrauenstatbestand auf der Seite des Käufers auf den Bestand des mit der (erfolglosen) Nachfristsetzung verbundenen Mängelgewährleistungsrecht gegeben ist. Eine entsprechende Verletzung dieser

Aufklärungs(neben)pflicht des Verkäufers begründet dann entsprechend einen Schadenersatzanspruch des Käufers, bei dem es sich konsequenterweise auch um einen Anspruch auf Schadenersatz neben der Leistung handelt (§ 280 BGB). Dabei muss allerdings beachtet werden, dass für den Käufer bei einer unrichtigen, unvollständigen oder verspäteten Aufklärung über das Vorliegen der entsprechenden Ausschlussgründe durch den Verkäufer oftmals nur Beeinträchtigungen entstehen, die nicht im Rahmen eines Schadenersatzes ausgeglichen werden können. Soweit aber typischerweise Deckungsgeschäfte vorgenommen oder unterlassen werden, kommt ein Ersatz der entsprechenden Schadenspositionen in Betracht.

D. Ausblick

Die Modernisierung des Kaufrechts war eines der zentralen Anliegen des Gesetzgebers im Rahmen der Schuldrechtsreform von 2002. Dabei stand vor allem die Erweiterung der Rechte des Käufers bzw. deren Anpassung an die bereits zuvor bestehende Vertragspraxis in Form des Nacherfüllungsanspruchs im Vordergrund. Ein zentrales Problem des Kaufrechts in Form des Informationsdefizits des Käufers wurde durch den Gesetzgeber dabei allerdings nicht hinreichend gelöst und stellt sich in zweierlei Hinsicht. Dabei geht es zum einen um die Behandlung des Mangelverdachts, der immer dann vorliegt, wenn der Käufer ohne eine umfangreiche (externe) Untersuchung nicht feststellen kann, ob die Kaufsache tatsächlich mangelfrei oder doch mangelhaft ist. Zum anderen geht es um die Frage, inwiefern der Käufer vor einer „falschen" Ausübung seiner Mängelgewährleistungsrechte aufgrund einer unzureichenden Informationsstandes hinsichtlich möglicher Ausschlussgründe des Verkäufers geschützt werden kann. Diese strukturelle Benachteiligung des Käufers kann dabei bei Vorliegen eines Mangelverdachts durch die Annahme einer entsprechenden Mängelerforschungspflicht des Verkäufers und eines korrespondierenden Schadenersatzanspruches ausgeglichen werden, wenn hinreichender Anhaltspunkte für das mögliche Bestehen einer Mangelhaftigkeit bei Gefahrübergang vorliegen. Der „falschen" Ausübung der Mängelgewährleistungsrechte durch den Käufer kann durch die Annahme einer Aufklärungspflicht des Verkäufers begegnet werden, soweit die Voraussetzungen für das Bestehen der Ausschlussgründe ausschließlich in seiner Sphäre begründet sind.

IT-Strafrecht – Entstehung eines Rechtsgebiets

Karsten Altenhain

I. Einleitung

Der Begriff des IT-Strafrechts ist neu und kann nicht als eingeführt gelten. Manche Autoren verwenden statt seiner den Begriff Informationsstrafrecht[1] oder Medienstrafrecht[2], das Bundeskriminalamt spricht von IuK-Kriminalität, wobei das Kürzel IuK für Informations- und Kommunikationstechnik[3] steht, und der Europarat benutzt den Ausdruck Cybercrime[4]. Bei aller Differenz in der Bezeichnung besteht in der Sache Einigkeit darüber, dass sich das hier mit dem Begriff IT-Strafrecht umschriebene Teilgebiet des Strafrechts aus dem bislang einhellig, auch in früheren Verlautbarungen des Europarates, als Computerstrafrecht[5] bezeichneten älteren Normbestand und dem jüngeren Phänomen des Internetstrafrechts[6] zusammensetzt.

1 *Eric Hilgendorf/Thomas Frank/Brian Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2005, Rn. 772 ff.

2 *Bernd Heinrich*, Medienstrafrecht, in: Artur-Axel Wandtke (Hrsg.), Medienrecht, 2008, Teil 7, Kap. 3.

3 *Bundeskriminalamt*, Kernaussagen zur IuK-Kriminalität vom 8.10.2009, http://www.bka.de/lageberichte/iuk/2008/kernaussagen_iuk_2008.pdf (besucht am 7. Dezember 2009).

4 *Council of Europe*, Convention on Cybercrime, 23.11.2001, ETS No. 185; in der zwischen Deutschland, Österreich und der Schweiz abgestimmten Fassung übersetzt mit „Übereinkommen über Computerkriminalität".

5 Manche Autoren verwenden diesen Begriff nun auch für das IT-Strafrecht insgesamt; so z. B. *Wolfgang Bär*, Computerstrafrecht, in: Heinz-Bernd Wabnitz/Thomas Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007; *Kai Cornelius*, Besonderheiten des Strafrechts und Strafprozessrechts, in: Andreas Leupold/Silke Glossner (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 2008, Teil 8, Rn. 7.

6 Andere Autoren lassen in diesem Begriff auch das ältere Computerstrafrecht aufgehen; so etwa *Marco Gercke/Phillip Brunst*, Praxishandbuch Internetstrafrecht, 2009; *Shimada*, Internetkriminalität – Eine Herausforderung für die Strafrechtsdogmatik, CR 2009, S. 689-692 (689).

Zum Computerstrafrecht werden Straftatbestände gezählt, die voraussetzen, dass der Täter unbefugt auf Daten,[7] Datenträger, Datenverarbeitung (bzw. Datenverarbeitungsvorgänge), Datenübermittlung, Datenverarbeitungsanlagen, Computer oder Computerprogramme zugreift oder auf sie einwirkt. Der weniger gebräuchliche Terminus Internetstrafrecht knüpft nicht derart normativ an, sondern deskriptiv. Er bezeichnet Straftaten, die über das Internet – allgemeiner gesprochen: über Computernetze[8] – verwirklicht werden.[9] Anders als beim Computerstrafrecht geht es nicht um den Zugriff auf Computer oder Daten als solche, sondern um die in den Daten codierten Informationen. Diese sind entweder rechtlich missbilligt – z. B. weil sie pornografisch sind oder Gewalt verherrlichen – oder genießen umgekehrt rechtlichen Schutz, etwa als urheberrechtlich geschützte Musik oder Filme. Unter der Überschrift Internetstrafrecht versammeln sich also Straftatbestände mit ganz unterschiedlichen Voraussetzungen, die alle mittels Daten oder Computern verwirklicht werden können, aber nicht müssen. Wegen seines deskriptiven Ansatzes scheint der Begriff des Internetstrafrechts letztlich uferlos zu sein, da fast jeder Straftatbestand über Computernetze verwirklicht werden kann.

II. Entwicklung des IT-Strafrechts

Ob diese Eigenschaften des Begriffs des IT-Strafrechts – die Mischung normativer und deskriptiver Kriterien und seine aus letzteren resultierende Offenheit – zu seinem Nachteil sind oder gar einer wissenschaftlichen Durchdringung des IT-Strafrechts entgegenstehen, kann hier noch da-

[7] Der im StGB, insb. in § 202 Abs. 2, verwendete Begriff der „Daten" erfasst abweichend vom heutigen Sprachgebrauch nicht nur digitalisierte Informationen, sondern z. B. auch auf Ton- und Magnetbändern, Schallplatten oder Mikrofilmen gespeicherten Informationen; BT-Drucks. 16/3656, S. 10.

[8] Weshalb manche auch von (Daten-)Netzkriminalität sprechen, z. B. *Eric Hilgendorf*, Die Neuen Medien und das Strafrecht, in: ZStW 113 (2001), S. 650-680 (653f.), und *Robert Jofer*, Strafverfolgung im Internet, 1999, S. 34ff., die darunter aber auch Tatbestände des Computerstrafrechts fassen.

[9] Vgl. *Hans-Jürgen Förster*, Internetkriminalität – polizeiliche Maßnahmen der Repression und Prävention, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Internationalisierung des Strafrechts – Fortschritt oder Verlust an Rechtsstaatlichkeit?, 2004, S. 175-183 (178); *Jan Vetter*, Gesetzeslücken bei der Internetkriminalität, 2003, S. 4 f. Ähnlich spricht das *Bundeskriminalamt*, allerdings mit Überschneidungen zur Computerkriminalität, von „Straftaten mit Tatmittel Internet"; Polizeiliche Kriminalstatistik 2008, S. 236, 243, http://www.bka.de/pks/pks2008/index2.html (besucht am 7. Dezember 2009).

hingestellt bleiben. Die folgende Darstellung der Entwicklung des IT-Strafrechts beschränkt sich im Wesentlichen auf Normen, die gewissermaßen zum Begriffskern des IT-Strafrechts gehören: die Straftatbestände des StGB, die der Gesetzgeber gerade mit Blick auf Daten, Computer und Computernetze als Angriffsobjekte und als Mittel zum Angriff geschaffen oder geändert hat.

Ausgeblendet werden die üblicherweise noch zum Computerstrafrecht gezählten Straftatbestände der Datenschutzgesetze und das zumeist dem Internetstrafrecht zugeschlagene urheberrechtliche Nebenstrafrecht. Beide Bereiche unterscheiden sich von den im Folgenden erörterten Straftatbeständen dadurch, dass das Strafrecht zumeist nicht im Mittelpunkt der Rechtsentwicklung stand und nur im Gefolge der Änderungen der zugrundeliegenden Rechtsmaterien ebenfalls Änderungen erfuhr. So führte etwa die Aufnahme der Computerprogramme in den Kreis der gem. § 2 Abs. 1 UrhG geschützten Werke[10] dazu, dass sie seither auch strafrechtlichen Schutz über § 106 UrhG genießen; und die Absenkung der Anforderungen an die Gestaltungshöhe in § 69a UrhG[11] hatte eine Erweiterung auch des strafrechtlichen Schutzes zur Folge.[12] Angesichts dieser Unselbständigkeit verspricht die nähere Befassung mit den Straftatbeständen des Datenschutz- oder Urheberrechts kaum Impulse für die Frage, ob und mit welcher Tendenz sich ein eigenständiges IT-Strafrecht entwickelt hat.

Die folgende Darstellung wird zwei Entwicklungsstränge aufzeigen: zum einen das Computerstrafrecht, dessen Entwicklung 1986 einsetzt, und zum anderen das Internetstrafrecht, dessen Beginn auf das Jahr 1997 festgesetzt werden kann. Der Gesetzgeber hat ihre Entwicklung bis heute, soweit es um die Straftatbestände geht, parallel vorangetrieben.

[10] Gesetz zur Änderung des UrhG vom 24.6.1985, BGBl. I, S. 1137.
[11] Zweites Gesetz zur Änderung des UrhG vom 9.6.1993, BGBl. I, S. 910.
[12] Ein weiteres Beispiel ist die Zulassung der Vervielfältigung zum privaten Gebrauch, § 53 UrhG, die den Anwendungsbereich des § 106 UrhG einschränkt.

II.1. Computerstrafrecht

II.1.1. Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15. Mai 1986

Als Anfang des Computerstrafrechts kann das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG) vom 15. Mai 1986[13] gelten. Mit ihm wurden erstmals computerspezifische Straftatbestände in das StGB aufgenommen:[14] das Ausspähen von Daten (§ 202a StGB), der Computerbetrug (§ 263a StGB), das Fälschen beweiserheblicher Daten (§ 269 StGB), die Datenveränderung und die Computersabotage (§§ 303a, b StGB). Hinzu kamen Erweiterungen bestehender Straftatbestände: Im StGB wurden die Urkundenunterdrückung und die Falschbeurkundung im Amt um das Unterdrücken bzw. Fälschen von Daten erweitert (§ 274 Abs. 1 Nr. 2, § 348 Abs. 1 StGB) und im UWG wurde im Zuge der Erweiterung des Straftatbestands des Verrats von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen auch der Zugriff auf in Form von Daten gespeicherte Geheimnisse einbezogen (§ 17 Abs. 2 Nr. 1a UWG).[15]

Mit den neuen Regelungen reagierte der Gesetzgeber darauf, dass der „*zunehmende Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen in der Wirtschaft und in der Verwaltung neue Arten von Computerkriminalität zur Folge (hat), die mit dem bisher geltenden Recht nicht oder nicht ausreichend bekämpft werden können*".[16] Dieser Bezug zur Wirtschaft und die daraus resultierende Vorstellung von computerbezogenen Wirtschaftsdelikten[17] (statt von Computerdelikten) wurde allerdings nur in einem der neuen Straftatbestände, der Computersabotage (§ 303b StGB), explizit hergestellt. Er setzte voraus, dass die sabotierte Datenverarbeitung „*für einen fremden Betrieb, ein fremdes Unternehmen oder eine Behörde von wesentlicher Bedeutung*" war. Ansonsten kam der Bezug zur Wirtschaft nur noch im Namen

[13] BGBl. 1986 I, S. 721; in Kraft getreten am 1.8.1986.

[14] Bis dahin gab es lediglich im Datenschutzrecht den § 41 BDSG vom 27.1.1977, BGBl. I, S. 201.

[15] Zur neuen Tatvariante des unbefugten Verschaffens eines Geheimnisses „durch Anwendung technischer Mittel" führt der Rechtsausschuss aus (BT-Drucks. 10/5058, S. 40): „Auch das Abrufen von z. B. in Datenverarbeitungsanlagen gespeicherten Daten fällt unter diese Alternative."

[16] BT-Drucks. 10/5058, S. 24; ebenso BT-Drucks. 10/318, S. 11.

[17] *Ulrich Sieber*, Computerkriminalität und Informationsstrafrecht, CR 1995, S. 100-113 (101).

des Gesetzes (2. WiKG) zum Ausdruck[18] und darin, dass der Computerbetrug (§ 263a StGB) in den § 74c GVG aufgenommen wurde[19] und seither beim Landgericht die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer begründen kann. Dass der Verweis auf Wirtschaft und Verwaltung, der sich in den Gesetzesmaterialien wiederholt findet,[20] nicht auch in den anderen Straftatbeständen hergestellt wurde, sollte sich in der Praxis später als Glück erweisen. Andernfalls hätten sie dort wohl gar keine Bedeutung erlangt.

Rückblickend wissen wir, dass sich die tatsächlichen Gegebenheiten, die zu dieser Vorstellung von der Stoßrichtung der Computerkriminalität gegen Wirtschaft und Verwaltung geführt hatten, schon im Jahr 1986 so nicht mehr gegeben waren. Hier wirkte sich womöglich ein Umstand nachteilig aus, der ansonsten, wenn er einmal vorliegt, immer gelobt, ansonsten aber allzu häufig vermisst wird: Die lange und gründliche Vorbereitung eines Gesetzes. Das 2. WiKG stand am Ende eines Prozesses, der 1972 mit der Einberufung einer unabhängigen „Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität – Reform des Wirtschaftsstrafrechts" durch den Bundesjustizminister begann. Unter dem Verweis darauf, dass „*die elektronische Datenverarbeitung … in weiten Bereichen der Wirtschaft und Verwaltung an die Stelle der menschlichen Arbeitskraft getreten*" sei, legte die Kommission 1976 Vorschläge zur Bekämpfung der Computerkriminalität vor, die die Einfügung der §§ 263a und 269 StGB vorsahen, und erwog eine Erweiterung der Sachbeschädigungstatbestände.[21] Die gesamte weitere Diskussion bezog sich auf diese Vorschläge, war fokussiert auf Rechenzentren und drehte sich um Fälle, in denen Mitarbeiter mittels Eingabe falscher Daten oder Programmmanipulationen Arbeitslosengeld, Kindergeld, Rente, Lohn oder durch un-

[18] Allerdings erwog der Rechtsausschuss im Verlauf der Beratungen, das Gesetz umzubenennen in „Strafrechtsänderungsgesetz – Computer-Kriminalität"; s. *Hans Achenbach*, Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, in: NJW 1986, S. 1835-1841 (1837 Fn. 34), der dies als „populistischen Irrweg" bezeichnete.

[19] Art. 8 Nr. 2 b 2. WiKG, BGBl. 1986 I, S. 721 (728). Weitere Voraussetzung ist, dass „zur Beurteilung des Falles besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind".

[20] Die Einführung des § 303a StGB begründete der Rechtsausschuss z. B. mit dem „hohen wirtschaftlichen Wert" der Daten und der „wachsenden Abhängigkeit von ihnen in Wirtschaft und Verwaltung"; BT-Drucks. 10/5058, S. 34.

[21] *Bundesminister der Justiz*, Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. Schlussbericht der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität – Reform des Wirtschaftsstrafrechts – über die Beratungsergebnisse, 1980, S. 152 ff. unter Nr. 3.1, 3.9, 3.14, 3.19.

richtige Rundungen abgezweigte Zinszahlungen ergaunerten und dabei pro Tat Schäden von durchschnittlich 200.000 – 300.000 DM im Jahr 1977[22] und 500.000 – 1,5 Mio. DM im Jahr 1982 anrichteten.[23] In dieses Vorstellungsbild passte, dass der Europarat in einer im Jahr 1981 ausgesprochenen Empfehlung zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität hierzu ausdrücklich auch die Computerdelikte gezählt hatte.[24]

Als das 2. WiKG dann 1986 endlich verabschiedet wurde und in Kraft trat, hatte sich die technische Situation deutlich weiterentwickelt.[25] So war z. B. der IBM-PC 5150 – also der PC, mit dem die massenhafte Verbreitung der Personalcomputer einsetzte – bereits seit fünf Jahren im Handel. Der Computer war damit bereits auf dem Weg in die Büros, Privathaushalte und auch – erinnert sei an den Commodore C64 – auf dem Weg zu den Jugendlichen. Der Computer hatte aber auch auf eine andere, wirtschaftlich relevante Weise die Rechenzentren der Wirtschaft und Behörden verlassen: So gab es 1986 bereits 3.250[26] Geldautomaten. Und gerade ihre Manipulation, die im Gesetzgebungsverfahren gewissermaßen im letzten Augenblick noch vom Rechtsausschuss erkannt wurde und zur Einführung einer auf sie bezogenen Tatbestandsalternative im § 263a StGB („*unbefugte Verwendung von Daten*") führte, bildet bis heute den mit Abstand wichtigsten Anwendungsfall des § 263a StGB[27] und des Computerstrafrechts insgesamt.[28] Aber der Geldautomatenmissbrauch war und ist keine Wirtschaftskriminalität. Der vom Gesetzgeber des 2. WiKG hergestellte Zusammenhang zwischen Computerdelikten und Schutz der Wirtschaft war also nicht zukunftsorientiert. Er hat aber für

22 *Ulrich Sieber*, Computerkriminalität und Strafrecht, 1977, S. 140.

23 *Ulrich Sieber*, Gefahr und Abwehr von Computerkriminalität, in: BB 1982, S. 1433-1442 (1438).

24 Empfehlung Nr. R (81) 12 vom 25.6.1981: „computer crime (e.g. theft of data, violation of secrets, manipulation of computerised data)".

25 Erste Hinweise gab schon *Ulrich Sieber*, Informationstechnologie und Strafrechtsreform, 1985, S. 21.

26 *Wikipedia*, Stichwort Geldautomat, http://de.wikipedia.org/wiki/Geldautomat (besucht am 7. Dezember 2009).

27 In der Rechtsprechung wurde § 263a StGB schnell als einschlägig für den Geldautomatenmissbrauch erachtet; BGH, Beschluss vom 16.12.1987 – 3 StR 209/87, BGHSt 35, 152; BayObLG, Urteil vom 20.11.1986 – RReg. 3 St 146/86, in: NJW 1987, S. 663.

28 In der Polizeilichen Kriminalstatistik für das Jahr 2008 entfielen von den 63.642 zur Computerkriminalität gezählten Fällen 23.689 auf den „Betrug mittels rechtswidrig erlangter Debitkarten mit PIN" und 17.006 auf den (sonstigen) „Computerbetrug"; s. *Bundeskriminalamt*, Polizeilichen Kriminalstatistik 2008, S. 236, http://www.bka.de/pks/pks2008/index2.html (besucht am 7. Dezember 2009).

die weitere Entwicklung Impulse gesetzt, die zum Teil noch heute nachwirken. Zu nennen sind fünf Punkte:

(1) Er hat erstens dazu geführt, dass das Computerstrafrecht lange Zeit als Teil des Wirtschaftsstrafrechts galt und teilweise heute noch gilt,[29] obwohl von Anfang an gerügt wurde, dass ein Zusammenhang zwischen Computer- und Wirtschaftskriminalität „*kaum ersichtlich*" sei.[30]

(2) Er hat zweitens der Rechtsgutsdiskussion eine Richtung gegeben und dazu geführt, dass die Computerdelikte über das ganze StGB verstreut wurden. Mit den neuen Straftatbeständen wurden Angriffe auf die Vertraulichkeit (§ 202a StGB, § 17 Abs. 2 Nr. 1a UWG), Echtheit (§ 269 StGB), Richtigkeit (§ 348 Abs. 1 StGB) oder Verwendbarkeit von Daten (§§ 274 Abs. 1 Nr. 2, 303a StGB) sowie auf den ordnungsgemäßen Ablauf der Datenverarbeitung (§§ 263a, 303b StGB) unter Strafe gestellt. Das 2. WiKG erhob Daten und Datenverarbeitung aber nicht zu Rechtsgütern. Eine Ausnahme war auch hier wieder § 303b StGB; er schützte das Interesse von Wirtschaft und Verwaltung an einem störungsfreien Funktionieren ihrer Datenverarbeitung.[31] Im Regelfall waren Daten und Datenverarbeitung hingegen nur Tatobjekte, über die der Täter Rechtsgüter angriff. Der Gesetzgeber sah in der Computertechnik nicht mehr als eine offene Flanke im Schutz anerkannter Rechtsgüter. Es wollte Wirtschaft und Verwaltung, weil sie auf den Einsatz von Computern angewiesen waren, Schutz vor den damit einhergehenden Gefahren bieten. Im Vordergrund stand daher die Verbesserung des Schutzes anerkannter Rechtsgüter wie Vermögen (§ 263a StGB), Eigentum (§ 303b StGB), Unternehmensgeheimnisse (§ 17 UWG) oder die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs (§§ 269, 274 Abs. 1 Nr. 2, 348 Abs. 1 StGB).[32]

Anders war das nur bei den Straftatbeständen des Ausspähens von Daten und der Datenveränderung (§§ 202a, 303a StGB), die erst in

[29] Z. B. finden sich ausführliche Darstellungen des Computerstrafrechts in den aktuellen Auflagen der Handbücher zum Wirtschaftstrafrecht; vgl. *Bär* (Fn. 5); *Michael Heghmanns*, in: Hans Achenbach/Andreas Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, Kap. VI.

[30] *Fritjof Haft*, Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG) – Teil 2: Computerdelikte, in: NStZ 1987, S. 6-10 (6).

[31] So die damalige h.M., vgl. statt vieler *Hilgendorf/Frank/Valerius* (Fn. 1) Rn. 204. Der Rechtsausschuss sprach von einem „Sondertatbestand" zum „Schutz hochwertiger Wirtschafts- und Industriegüter"; BT-Drucks. 10/5058, S. 35.

[32] Weitere Ergänzungen erfolgten in §§ 271, 273 StGB sowie durch die Gleichstellungsklausel in § 275 StGB.

der letzten Phase des Gesetzgebungsverfahrens eingefügt wurden. Der Rechtsausschuss ordnete die §§ 202a und 303a zwar im StGB in die Abschnitte über die Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs bzw. der Sachbeschädigung ein, war sich dabei aber durchaus bewusst, dass die beiden Tatbestände gar keine Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs oder des Eigentums voraussetzten.[33] Es gehe vielmehr um den Schutz des „*Verfügungsrechts*"[34] über Daten. Bis heute ist dieses beiläufig kreierte eigentumsähnliche Verfügungsrecht das Rechtsgut der §§ 202a, 303a[35] StGB und damit das einzige computerspezifische Rechtsgut.[36]

(3) Mangelnde Computerspezifität ist auch das Stichwort für die dritte Konsequenz, die sich aus dem Ansatz des Gesetzgebers ergab, im Interesse der auf den Einsatz der Computertechnologie angewiesenen Wirtschaft und Verwaltung Lücken im Schutz der Rechtsgüter zu schließen. Er näherte die Tatbestandsfassungen bestehenden Straftatbeständen wie Betrug, Sachbeschädigung oder Urkundenfälschung an. Dabei ging er in § 269 StGB sogar soweit zu verlangen, dass der Täter „*Daten so speichert oder verändert, dass bei ihrer Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde*". Über die Strafbarkeit entscheidet also die Subsumierbarkeit eines hypothetischen Gegenstands unter den Begriff der unechten Urkunde.

Ebenso greift heute die herrschende Meinung zur Auslegung des Straftatbestands des Computerbetrugs (§ 263a StGB) auf die sog. betrugsnahe Auslegung zurück. Sie bildet bei der Frage, ob eine unbefugte Verwendung von Daten vorliegt, einen fiktiven Parallelfall, in dem der Täter statt eines Computers einen Menschen als Gegenüber hat, und bejaht § 263a StGB nur dann, wenn der Täter im fiktiven Parallelfall einen Betrug beginge. Allerdings drohen manche Autoren dabei inzwischen

[33] Explizit BT-Drucks. 10/5058, S. 28 zu § 202a StGB.

[34] BT-Drucks. 10/5058, S. 28, 34; ebenso jüngst BT-Drucks. 16/3656, S. 8 und 11 (zum neuen § 202b StGB).

[35] S. dazu *Altenhain*, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), StGB, 2011, § 303a Rn. 1 m.w.N.

[36] Verändert hat sich inzwischen das Verständnis: Während der Rechtsausschuss (BT-Drucks. 10/5058, S. 34) noch davon ausging, dass sich die Rechtswidrigkeit einer Veränderung gem. § 303a StGB sowohl aus der Verletzung des Verfügungsrechts wie auch aus der Verletzung von Interessen des vom Inhalt Betroffenen ergeben konnte, wird heute nur noch auf die Verletzung des Verfügungsrechts abgestellt, nicht jedoch auf den Betroffenen, dem daher auch kein Antragsrecht gem. § 303c StGB zugestanden wird.

wieder hinter die Erkenntnisse des Gesetzgebers des 2. WiKG zurückzufallen, weil sie bei der hypothetischen Prüfung auch konkludente Erklärungen gegenüber dem fiktiven Menschen einbeziehen.[37] Computer verstehen aber keine Subtexte. Diese Entwicklung entbehrt nicht einer gewissen Ironie. Der Rechtsausschuss, der sich damals mit der Frage auseinandersetzen musste, warum er nicht lediglich den Tatbestand des Betrugs ergänze,[38] befürwortete gerade deshalb einen eigenen Straftatbestand des Computerbetrugs, um die Unterschiede zwischen menschlichem Verstehen, Denken und Handeln und der Informationsverarbeitung bei Computern zu unterstreichen.[39]

(4) Die vierte Auswirkung, die der Bezug zur Wirtschaft hatte, war der Verzicht auf einen Selbstschutz der potentiellen Opfer.[40] [41] Obwohl man wusste, dass umfassende technische Sicherungen einen besseren Schutz bieten würden als das Strafrecht, wollte man die Schaffung solcher Sicherungen nicht durch Gesetz erzwingen. Dafür wurden drei Gründe genannt: Erstens seien gesetzliche Vorgaben „*wegen der fortschreitenden technischen Entwicklung … unvollkommen und wenig praktikabel*“ [42]. Das war zwar richtig; jedoch hätte man durch irgendein Erfordernis immerhin erreicht, dass Daten und Datenverarbeitungsanlagen nicht mehr völlig ungeschützt blieben.

Wichtiger war daher der zweite Grund: Gesetzliche Vorgaben stünden „*in einem Widerspruch zu der persönlichen Freiheit des Betriebsinhabers, den Betrieb unter Abwägung der auftretenden Risiken für wirtschaftliche Ver-*

[37] Grundlegend *Karl Lackner*, Zum Stellenwert der Gesetzgebungstechnik – Dargestellt an einem Beispiel aus dem 2. WiKG, in: Hans-Heinrich Jescheck (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle, 1989, S. 41-60 (53f.); zum Meinungsstand s. *Altenhain* (Fn. 35) § 303a Rn. 12, 15.

[38] Dahin gingen z. B. die Vorschläge von *Fritjof Haft* und *Ulrich Sieber*, s. BT-Drucks. 10/5058, S. 30; s. auch *Theodor Lenckner*, Computerkriminalität und Vermögensdelikte, 1981, S. 45.

[39] BT-Drucks. 10/5058, S. 30: „Computerbetrügereien weisen Besonderheiten auf, die einen eigenen Tatstand auch mit einer vom Betrug teilweise abweichenden Ausgestaltung rechtfertigen.“

[40] Das gilt auch für § 202a Abs. 1 StGB. Mit der dort verlangten besonderen Sicherung der Daten soll der Verfügungsberechtigte sein Interesse an der Geheimhaltung dokumentieren; BT-Drucks. 10/5058, S. 29; ebenso jüngst BT-Drucks. 16/3656, S. 9.

[41] Deshalb kritisch *Achenbach* (Fn. 18) S. 1837; wohl auch *Ulrich Sieber* (Fn. 25) S. 40 f., der das zuvor anders gesehen hatte, s. *ders.*, Computerkriminalität und Strafrecht, Nachtrag 1980, S. 33 f.

[42] BT-Drucks. 10/318, S. 16.

luste und etwaiger Investitionskosten frei zu organisieren." Sie könnten „*für die betroffenen Wirtschaftskreise zu solchen Eingriffen führen, dass dadurch die wirtschaftliche Betätigung unangemessen eingeengt oder erschwert würde*"[43]. Auch das war nur vordergründig plausibel. Zwar ging es im 2. WiKG in erster Linie um den Schutz der Wirtschaft vor Angriffen auf Individualrechtsgüter. Aber das bedeutete nicht, dass der Gesetzgeber den freiwilligen Verzicht, wenn er ihn schon respektierte, auch noch mit den Mitteln des Strafrechts absichern musste.

Der dritte Grund war schließlich, „*dass nach einschlägigen kriminologischen Untersuchungen die generalpräventive Abschreckung von Strafvorschriften gerade bei potenziellen Wirtschaftstätern besonders groß ist, so dass ihre Wirkung durch andere Mittel nur unzureichend ersetzt werden könnte*" [44]. Ob die Vermutung, Wirtschaftsstraftäter ließen sich durch Strafandrohungen besser abschrecken, damals noch überzeugte, sei dahingestellt. Keinesfalls aber war die Annahme zukunftsfähig, nur Wirtschaftstraftäter würden Computerdelikte begehen.

(5) Diese Vorstellung bildete zugleich die fünfte Konsequenz des vom Gesetzgeber hergestellten Zusammenhangs zwischen Computerdelikten und Schutz der Wirtschaft: Mit Blick auf die Großrechner und Rechenzentren der Wirtschaft und Verwaltung lag die Einschätzung nahe, dass Computermanipulationen „*wohl meist nur von Insidern und damit von Personen begangen werden, die ein ihnen entgegengebrachtes Vertrauen missbrauchen*".[45] Darin gründete die Vorstellung, dass die potentiellen Täter der Computerkriminalität zumeist Wirtschaftstraftäter seien. Sie lag offenbar auch der bereits erwähnten Empfehlung des Europarats zugrunde: Danach sollten Computerdelikte mit Strafe bedroht werden, wenn sie zu schwerwiegenden wirtschaftlichen Verlusten führten, ihre Begehung beim Täter ein besonderes wirtschaftliches Wissen voraussetzte oder wenn sie von Geschäftsleuten bei der Ausübung ihres Berufs vorgenommen wurden.[46]

Beim Straftatbestand des Ausspähens von Daten (§ 202a StGB) wollte der Rechtsausschuss deshalb durch das Erfordernis, dass der Täter

[43] BT-Drucks. 10/318, S. 16.
[44] BT-Drucks. 10/318, S. 16.
[45] *Lenckner* (Fn. 38) S. 35.
[46] Empfehlung Nr. R (81) 12 vom 25.6.1981: „when they caused or risked causing substantial loss, presuppose special business knowledge on the part of the offenders, and were committed by businessmen in the exercise of their profession or functions".

sich oder einem Dritten „*Daten verschafft*", den Hacker von der Strafbarkeit ausnehmen. Der Hacker begnüge sich mit dem bloßen Eindringen in ein fremdes Computersystem, verschaffe sich aber keine Daten.[47] Ob die Vorstellung realistisch war, dass man sich Zugang zu einem System verschaffen kann, ohne Daten zu erhalten, mag hier ebenso dahinstehen wie die Frage, wie viele ehrenvolle Hacker es gegeben hat, die sich allein aus sportlichen Gründen oder zur Aufdeckung von Sicherheitslücken nur den Zugang verschafft haben. Wichtig sind im vorliegenden Zusammenhang zwei andere Aspekte: Der Hacker entsprach nicht dem Bild vom potentiellen Täter der Computerkriminalität, und seine Tat wurde als bloße „*Gefährdung*"[48] eingestuft, die man nicht in den Tatbestand einbeziehen wollte, um „*der Gefahr einer Überkriminalisierung*"[49] vorzubeugen.

II.1.2. Das 41. Strafrechtsänderungsgesetz vom 7. August 2007

Die durch das 2. WiKG eingeführten Straftatbestände blieben lange Zeit unverändert,[50] obwohl die schnell fortschreitende Entwicklung der Informationstechnik zu neuen Formen der Computerkriminalität führte:[51] An die Stelle der anfänglich die Diskussion beherrschenden Fälle der Programm- und Inputmanipulationen in Rechenzentren traten der Missbrauch von Geldautomaten und das Leerspielen von Geldspielautomaten, welche die Rechtsprechung unter § 263a StGB subsumierte.[52] Ab Mitte der 90er Jahre kamen der Missbrauch und die Fälschung von Telefonkarten, von Mehrwertdienstnummern und Dialern hinzu; auch hier ging die Rechtsprechung zumeist den Weg über § 263a StGB. Mit dem massiven Auftreten der Schadprogramme seit Anfang der 90iger Jahre, also insbesondere der Computerviren und -würmer, rückten die §§ 202a, 303a und 303b StGB vermehrt ins Blickfeld. Schließlich gewann mit den Phishing-Mails und -Websites § 269 StGB größere Bedeutung. Gleichzeitig zeig-

47 BT-Drucks. 10/5058, S. 28.
48 BT-Drucks. 10/5058, S. 29.
49 BT-Drucks. 10/5058, S. 28.
50 Erste geringfügige Anpassungen erfolgten durch das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 26.1.1998, S. BGBl. I, S. 164. So wurde u. a. bei § 269 StGB ein Verweis auf die Regelbeispiele des § 267 Abs. 3 StGB eingeführt. Die zuvor unbenannten schweren Fälle sollten so einen Maßstab erhalten; BT-Drucks. 13/7164, S. 42.
51 So dann auch die Begründung zum Entwurf des 41. StrÄndG, BT-Drucks. 16/3656, S. 1.
52 BGH, Beschluss vom 10.11.1994 – 1 StR 157/94, BGHSt 40, 331.

ten Phänomene wie Phishing und Pharming aber auch die Grenzen der seit 1986 geltenden Straftatbestände auf.

Der Gesetzgeber reagierte hierauf in den Jahren 2003 und 2007 mit der Erweiterung bestehender und der Einführung neuer Straftatbestände, insbesondere zur Bestrafung von Vorbereitungshandlungen.[53] Anlass war beide Male die Umsetzung inter- und supranationaler Vorgaben: das Übereinkommen des Europarates über Computerkriminalität[54] und die Rahmenbeschlüsse der Europäischen Union über Angriffe auf Informationssysteme[55] und zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln[56].

Im Jahr 2003 schuf der Gesetzgeber einen Vorfeldtatbestand zum Computerbetrug.[57] Gemäß § 263a Abs. 3 StGB wird seither schon derjenige bestraft, der einen Computerbetrug „*vorbereitet, indem er Computerprogramme, deren Zweck die Begehung einer solchen Tat ist, herstellt, sich oder einem anderen verschafft, feilhält, verwahrt oder einem anderen überlässt*".[58] Zuvor hatte der Gesetzgeber, ebenfalls aufgrund europäischer Vorgaben, im Nebenstrafrecht die §§ 4 ZKDSG[59] und 108b Abs. 2 UrhG[60] geschaf-

[53] Ob seither das Phishing in allen seinen Varianten strafbar ist, wird bezweifelt; vgl. die diesbezüglichen Fragen in BT-Drucks. 16/8938.

[54] S. oben Fn. 4.

[55] Rahmenbeschluss 2005/222/JI des Rates vom 24.2.2005 über Angriffe auf Informationssysteme, ABl. EU Nr. L 69 vom 16.3.2005, S. 67.

[56] Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union vom 28.5.2001 zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln, ABl. EG Nr. L 149 vom 2.6.2001, S. 1.

[57] Fünfunddreißigstes Strafrechtsänderungsgesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union vom 28. Mai 2001 zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln (35. StrÄndG) vom 22.12.2003, BGBl. I, S. 2838.

[58] Die praktische Bedeutung des § 263a Abs. 3 ist gering. Es finden sich keine veröffentlichten Entscheidungen, in denen aus § 263a Abs. 3 StGB verurteilt wurde. In der einzigen publizierten Entscheidung des LG Karlsruhe, Beschluss vom 24.4.2006 – 6 Qs 11/06, in: NStZ-RR 2007, S. 19 zu sog. Opos-Karten, kam es gerade nicht zur Verurteilung.

[59] Gesetz über den Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten (Zugangskontrolldiensteschutz-Gesetz) vom 19.3.2002. Auch dieses Gesetz diente der Umsetzung einer Richtlinie, hier der Richtlinie 1998/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten vom 20.11.1998; ABl. EG Nr. L 320 vom 28.11.1998, S. 54.

[60] Eingefügt durch Art. 1 Abs. 1 Nr. 38 Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.9.2003, BGBl. I, S. 1774. Auch dieses Gesetz diente der Umsetzung einer Richtlinie, hier der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimm-

fen, welche die gewerbsmäßige Herstellung, Einfuhr und Verbreitung von Hacker-Werkzeugen zur Umgehung von Zugangs- und Kopiersperren unter Strafe stellen. Weitere Vorfeldtatbestände zu den Straftatbeständen des Ausspähens von Daten (§ 202a StGB), der Datenveränderung (§ 303a StGB) und der Computersabotage (§ 303b StGB) sowie zu dem neuen Straftatbestand des Abfangens von Daten (§ 202b StGB) kamen im Jahr 2007 hinzu:[61] Der neue § 202c StGB, auf den §§ 303a Abs. 3, 303b Abs. 5 StGB verweisen, untersagt „*Passwörter oder sonstige Sicherungscodes, die den Zugang zu Daten ermöglichen, oder Computerprogramme, deren Zweck die Begehung einer solchen Tat ist*", herzustellen, sich zu verschaffen usw.

Zusätzlich wurde in § 202a StGB das sog. Hacker-Privileg beseitigt[62] und in § 303b StGB der zwingende Bezug zur Wirtschaft und Verwaltung entfernt und so auch der privat genutzte Computer erfasst.[63] Außerdem wurde in dem neuen § 202b StGB das „*Abfangen von Daten*" „*aus einer nichtöffentlichen Datenübermittlung oder aus der elektromagnetischen Abstrahlung einer Datenverarbeitungsanlage*" unter Strafe gestellt.

Wie schon beim 2. WiKG geht es dem Gesetzgeber auch 20 Jahre später darum, „*Computerdaten und -systeme gegen Angriffe auf ihre Vertraulichkeit, Integrität und Verfügbarkeit zu schützen*". Anders als damals werden Computer nun aber auch als Angriffsmittel begriffen. Es gilt „*ihrem Missbrauch zur Begehung von Straftaten entgegenzuwirken*"[64]. Diese Formulierung ist auf die Vorfeldtatbestände gemünzt. Hatte sich der Gesetzgeber bei § 263a Abs. 3 StGB noch nicht die Mühe gemacht, die Einführung dieses Vorfeldtatbestands inhaltlich zu begründen,[65] so holte er dies im

ter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft; ABl. EG Nr. L 167 vom 22.6.2001, S. 10.

61 Einundvierzigstes Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität (41. StrÄndG) vom 7.8.2007, BGBl. I, S. 1786.

62 Es genügt nun, dass der Täter „sich oder einem anderen Zugang zu Daten ... verschafft".

63 Der alte § 303b Abs. 1 StGB bildet heute den Qualifikationstatbestand des § 303b Abs. 2 StGB. Im neuen § 303b Abs. 1 StGB reicht es nun aus, dass der Täter „eine Datenverarbeitung, die für einen anderen von wesentlicher Bedeutung ist, … stört". Offen bleibt, wann für eine Privatperson ihre Datenverarbeitung „von wesentlicher Bedeutung" ist; s. dazu *Altenhain* (Fn. 35) § 303b Rn. 3 m.w.N.

64 BT-Drucks. 16/3656, S. 7.

65 Auch im Rahmenbeschluss findet sich dazu nichts. Es heißt dort nur, dass „das gesamte Spektrum der Tätigkeiten abgedeckt (werden muss), die zusammen die Bedrohung durch organisierte Kriminalität auf diesem Gebiet (dem unbaren Zahlungsverkehr) darstellen"; Erwägungsgrund (8), ABl. EG Nr. L 149 vom 2.6.2001, S. 1.

Jahr 2007 bei der Einfügung des § 202c StGB zumindest teilweise nach:[66] Es handele sich strukturell um Beihilfehandlungen. Komme es aber nicht zur Begehung der Haupttat, bliebe die dann lediglich versuchte Beihilfe straflos. Das werde der „*hohen Gefährlichkeit solcher Tathandlungen*" nicht gerecht.[67] Bedenkt man, dass der Gesetzgeber 1986 das Hacking auch deshalb straflos stellen wollte, weil es lediglich die Gefahr eines Ausspähens von Daten begründe, so hat sich nun ein grundlegender Wandel in der Einschätzung der Strafwürdigkeit vollzogen: „*Die generelle Gefährlichkeit und Schädlichkeit von Hacking-Angriffen zeigen sich vor allem in jüngster Zeit auch in Deutschland (z. B. durch den Einsatz von Key-Logging-Trojanern, Sniffern oder Backdoor-Programmen), weshalb an ihrer Strafwürdigkeit und -bedürftigkeit keine Zweifel bestehen*"[68]. Hacking ist in den Augen des Gesetzgebers nicht mehr nur ein harmloses Spiel gutmütiger Nerds, sondern ein derart gefährliches Verhalten, dass es sogar gilt, seine Vorbereitung unter Strafe zu stellen:[69] „*Erfasst werden insbesondere die so genannten Hacker-Tools, die bereits nach der Art und Weise ihres Aufbaus darauf angelegt sind, illegalen Zwecken zu dienen, und die aus dem Internet weitgehend anonym geladen werden können. Insbesondere die durch das Internet mögliche weite Verbreitung und leichte Verfügbarkeit der Hacker-Tools sowie ihre einfache Anwendung stellen eine erhebliche Gefahr dar, die nur dadurch effektiv bekämpft werden kann, dass bereits die Verbreitung solcher an sich gefährlichen Mittel unter Strafe gestellt wird.*"[70]

66 Allerdings nur, weil Art. 6 Abs. 1 lit. a) i) des Übereinkommens des Europarates über Computerkriminalität gem. Art. 6 Abs. 3 nicht zwingend umzusetzen war.

67 BT-Drucks. 16/3656, S. 11. – Da der Versuch der §§ 202a, 202b StGB nicht strafbar ist, hat das die Konsequenz, dass die versuchte Beihilfe zu §§ 202a, b StGB strafbar ist, nicht aber die versuchte Haupttat. Es bleibt nur, hier ebenfalls § 202c StGB anzuwenden, weil der Täter sich das eingesetzte Werkzeug zuvor zu diesem Zweck verschafft hat.

68 BT-Drucks. 16/3656, S. 10.

69 Von einem obligatorischen oder fakultativen Absehen von Strafe im Falle einer Selbstanzeige, wie dies *Sieber* (Fn. 17) S. 103, noch forderte, ist bei § 202a StGB daher keine Rede mehr.

70 BT-Drucks. 16/3656, S. 12. – Ob dem Gesetzgeber der Ausgriff in das Vorbereitungsstadium gelungen ist, kann man bezweifeln. Das BVerfG hat inzwischen einschränkend ausgeführt, dass nur dann die Begehung einer Straftat der „Zweck" eines Computerprogramms sei, wenn es gerade dazu entwickelt worden sei und sich diese Absicht auch im Programm oder in der Art und Weise seines Vertriebs objektiv manifestiere. Die bloße Eignung eines Programms zur Begehung einer Straftat reiche mithin nicht aus; sog. *dual use tools* seien mithin nicht tatbestandsmäßig; BVerfG, Beschluss vom 18.5.2009 – 2 BvR 2233/07, 2 BvR 1151/08, 2 BvR 1524/08, in: ZUM 2009, S. 745 (749); ähnlich zuvor die Bundesregierung, BT-Drucks 16/3656, S. 12, 18.

Zieht man zum Vergleich die oben zum 2. WiKG herausgearbeiteten fünf Punkte heran, so zeigen sich bei zweien deutliche Änderungen:

(1) Auch aus der Sicht des Gesetzgebers ist das Computerstrafrecht nun kein Teil des Wirtschaftsstrafrechts mehr. Dahingehende frühere Einschränkungen wurden aufgelöst; in den Gesetzesmaterialien werden die Belange der Wirtschaft selbst im Zusammenhang mit dem Qualifikationstatbestand des § 303b Abs. 2 StGB nicht mehr hervorgehoben. Möglicherweise gleichermaßen zeitbedingt,[71] erachtet der Gesetzgeber die Computerdelikte heute für systemgefährlich.[72] Das verdeutlichen die neuen Regelbeispiele des § 303b Abs. 4 StGB, wonach mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren bestraft wird, wer durch eine Computersabotage „*die Versorgung der Bevölkerung mit lebenswichtigen Gütern oder Dienstleistungen oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt*". Auch die – in dieser Form im StGB untypische – nahezu flächendeckende Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen zu den Computerdelikten verdeutlicht diese ganz andere Gefahreinschätzung. Sie gründet wesentlich auf der Existenz des Internets, über das Angriffe auf Daten und Rechner geführt und Mittel zur Durchführung solcher Angriffe, etwa sog. Hacker-Tools oder Schadprogramme, bezogen werden können. Damit einhergehend ist auch die Vorstellung verschwunden, nur Personen aus der Wirtschaft seien potentielle Täter (s. oben (5)). Jeder kann Täter oder Opfer eines Computerdelikts werden.

(2) Dieser Wandel hat sich allerdings noch nicht in einer veränderten Sicht auf die Schutzgüter des Computerstrafrechts niedergeschlagen. Es bleibt es bei der Linie des Schutzes anerkannter Rechtsgüter. Diesen Rang hat inzwischen anscheinend auch das 1986 beiläufig geschaffene Verfügungsrecht über Daten; der Gesetzgeber sieht es auch beim neuen Straftatbestand des Abfangens von Daten (§ 202b StGB) als verletzt an.[73] Daneben werde aber auch das „*allgemeine Recht*" des Verfügungsberechtigten „*auf Nichtöffentlichkeit der Kommunikation*" verletzt.[74] Der Ge-

[71] Explizit erwähnt werden Gefahren, die von „kriminellen, extremistischen und terroristischen Gruppen" ausgehen; BT-Drucks. 16/3656, S. 7.

[72] So auch *Jürgen Welp*, Netzsicherheit – Strafrechtliche und strafprozessuale Perspektiven, in: ders. (Hrsg.), kriminalität@net, 2003, S. 113-124 (116f.).

[73] BT-Drucks. 16/3656, S. 8, 11. Mit Blick hierauf warnt *Shimada* (Fn. 6) S. 689 davor, dass die Anerkennung neuer Rechtsgüter dazu verführe, die Strafbarkeit immer weiter auszudehnen.

[74] BT-Drucks. 16/3656, S. 11.

setzgeber verliert sich hier offenbar immer mehr in einem Gestrüpp aus Schutzerwägungen, deren Verhältnis zueinander ebenso unklar bleibt wie das der auf sie gestützten Tatbestände zueinander.[75] Allein bezogen auf den Zugriff auf Informationen während ihrer Übermittlung gibt es neben den §§ 202a und b StGB noch die Straftatbestände der Verletzung des Vertraulichkeit des Wortes (§ 201 StGB) und des Fernmeldegeheimnisses (§ 206 StGB) sowie des Verstoßes gegen das Abhörverbot (§ 148 Abs. 1 Nr. 1 TKG).[76]

(3) Auch bei der Gesetzesformulierung bleibt der Gesetzgeber seiner Linie treu, sich an bestehenden Normen zu orientieren. Das verdeutlicht wiederum der neue § 202b StGB. Er soll eine Lücke des § 202a StGB schließen, die dadurch entsteht, dass dieser eine besondere Sicherung der ausgespähten Daten verlangt – ein Erfordernis, auf das man bei gespeicherten Daten nicht verzichten, aber bei übermittelten Daten nicht bestehen will. Anstelle einer Neufassung des § 202a StGB, der weiterhin auch für übermittelte Daten gilt, fügte der Gesetzgeber den neuen § 202b StGB ein mit dem Ergebnis, dass nun – auch im Strafmaß – unterschieden wird zwischen während des Übermittlungsvorgangs besonders gesicherten Daten und ungesicherten Daten. Bei ersteren ist schon das sich Verschaffen des Zugangs zu den Daten strafbar, bei letzteren erst das sich Verschaffen der Daten. Begründet wird das nicht.

(4) Damit zeigt sich zugleich, dass auch weiterhin kein Selbstschutz verlangt wird. So wird zu dem neuen § 202b StGB ausgeführt, mit der Gesetzesänderung ziele man darauf ab, „*künftig alle nichtöffentlichen Übermittlungen auch von solchen Daten zu erfassen, die nicht durch Sicherheitsvorkehrungen besonders geschützt werden*“[77]. Zu dem damit für übermittelte Daten faktisch bedeutungslos gewordenen Sicherungserfordernis bei § 202a StGB betont auch der Gesetzgeber von 2007, es diene lediglich der „*Manifestation des Geheimhaltungswillens*“ des Verfügungsberechtigten.[78] Übersehen wird bei dem Verzicht auf Selbstschutz, dass dieser zugleich auch Drittschutz sein könnte, z. B. weil ein gesicherter Rechner vom Täter nicht zum Teil eines Botnetzes gemacht werden kann.

[75] Die Anordnung der formellen Subsidiarität verdeutlicht nur, dass § 202b StGB als Lückenfüller gedacht ist, und ist daher eher Ausdruck der Hilflosigkeit.
[76] Vgl. BT-Drucks. 16/3656, S. 11.
[77] BT-Drucks. 16/3656, S. 7.
[78] BT-Drucks. 16/3656, S. 11.

II.2. Internetstrafrecht

II.2.1. Das Informations- und Kommunikationsdienstegesetz vom 22. Juli 1997

Bereits zehn Jahre bevor der Gesetzgeber sich im Computerstrafrecht daran machte, dem tiefgreifenden Wandel der Informationstechnologie Rechnung zu tragen, unternahm er im Jahr 1997 einen ganz anders ausgerichteten Versuch, „*eine verlässliche Grundlage für die Gestaltung der sich dynamisch entwickelnden Angebote im Bereich der Informations- und Kommunikationsdienste zu bieten*". Auch hier ging es schon um das Internet – oder allgemeiner: die Computernetze –, doch mit anderer Stoßrichtung: Regelungsgegenstand waren nun die in den Daten codierten Informationen. Wie gut zehn Jahre zuvor beim 2. WiKG standen wirtschaftliche Erwägungen im Vordergrund. Ziel des Gesetzes war die „*Beseitigung von Hemmnissen für die freie Entfaltung der Marktkräfte im Bereich der neuen Informations- und Kommunikationsdienste und die Gewährleistung einheitlicher wirtschaftlicher Rahmenbedingungen für das Angebot und die Nutzung dieser Dienste*"[79].

Im Mittelpunkt des Informations- und Kommunikationsdienstegesetzes vom 22. Juli 1997[80] stand daher nicht das Strafrecht. Das StGB erfuhr vergleichsweise geringfügige Änderungen: Zum einen wurden den Schriften die „*Datenspeicher*" gleichgesetzt.[81] Durch diese Erweiterung des § 11 Abs. 3 StGB wurde der Anwendungsbereich fast aller Verbreitungs- und Äußerungsdelikte (ausdrücklich[82]) auf Informationen ausgedehnt, die in computerlesbaren Daten codiert sind. Genannt seien hier nur Straftatbestände wie die Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (§ 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB), die Volksverhetzung (§ 130 Abs. 2 StGB), die Gewaltdarstellung (§ 131 Abs. 1) und die Verbreitung von Pornografie (§§ 184 ff. StGB). Eine entsprechende Erweiterung erfolgte im Jugendmedienschutzrecht (§ 1 Abs. 3 GjSM[83]). Des Weiteren wurde der Straftatbestand der Kinderpornografie, soweit er die Wiedergabe ei-

[79] BT-Drucks. 13/7385, S. 1; 13/7934, S. 29.

[80] Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (Informations- und Kommunikationsdienstegesetz – IuKDG) vom 22.7.1997, BGBl. I, S. 1870.

[81] Außerdem wurde der Datenspeicher in den Straftatbestand des Verbreitens von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen (§ 86 StGB) aufgenommen.

[82] Es handelte sich um eine Klarstellung; BT-Drucks. 13/7385, S. 36.

[83] Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte.

nes tatsächlichen Geschehens mit einer höheren Strafandrohung versah, um die Fälle der Wiedergabe eines „*wirklichkeitsnahen Geschehens*" erweitert (§ 184 Abs. 4, 5 StGB a.F.; heute § 184b Abs. 2, 3 StGB). Gedacht wurde dabei „*vor allem an virtuelle Sequenzen in Datennetzen*"[84].

Zu beobachten ist eine ähnliche Vorgehensweise wie im Computerstrafrecht: Der Gesetzgeber erweitert bestehende Straftatbestände, um Lücken zu schließen, die seiner Ansicht nach durch die Informationstechnologie entstanden sind, und zieht dabei Parallelen zwischen realer und virtueller Welt. Dabei werden Unterschiede nicht immer hinreichend bedacht. Hierzu zwei Beispiele:

Bei der Erweiterung des Schriftenbegriffs überblickte der Gesetzgeber die Konsequenzen bei den zentralen Tathandlungen der Verbreitungsdelikte, dem Verbreiten und dem Zugänglichmachen, nicht. So kann das Verbreiten entsprechend seiner herkömmlichen Auslegung, wonach es einer körperlichen Weitergabe der Schrift bedarf, über das Internet gar nicht begangen werden kann. Der BGH sah sich daher veranlasst, für die Datenübertragung im Internet „*einen für diese Form der Publikation spezifischen Verbreitensbegriff*" zu kreieren. Danach ist im Internet ein Verbreiten gegeben, „*wenn die Datei auf dem Rechner des Internetnutzers – sei es im (flüchtigen) Arbeitsspeicher oder auf einem (permanenten) Speichermedium – angekommen ist*".[85] Ebenso wenig bedachte der Gesetzgeber, dass die zweite zentrale Tathandlung der Verbreitungsdelikte, das Zugänglichmachen, zu weit ging, weil derjenige, der über Computernetze Informationen verbreitet, auch durch technische Mittel verhindern kann, dass sie an Minderjährige gelangen. Das BVerwG verneinte deshalb ein Zugänglichmachen im Sinne des § 184 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wenn „*zwischen der pornographischen Darstellung und dem Minderjährigen eine ‚effektive Barriere' besteht*"[86]. Erst 2003 und auch nicht überall fügte der Gesetzgeber entsprechende Einschränkungen im Gesetz ein (§ 184c S. 2 StGB a.F. [heute § 184d S. 2 StGB], § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV).

Bei der Einbeziehung der Wiedergabe eines wirklichkeitsnahen Geschehens ließ sich der Gesetzgeber von Beweisproblemen leiten, was für sich genommen schon fragwürdig ist. Es sollten Fälle erfasst werden, „*in denen zwar nach dem äußeren Erscheinungsbild ein reales Gesche-*

[84] BT-Drucks. 13/7934, S. 41.

[85] BGH, Urteil vom 27.6.2001 – 1 StR 66/01, BGHSt 47, 55 (59f.).

[86] BVerwG, Urteil vom 20.02.2002 – 6 C 13/01, BVerwGE 116, 5 (16) zum Pay-TV; ebenso dann VG München, Urteil vom 19.9.2002 – M 17 K 99.3449, MMR 2003, S. 294 zum Near Video on Demand; BGH, Urteil vom 22.05.2003 – 1 StR 70/03, BGHSt 48, 278 (285) zur Automatenvideothek.

hen wiedergegeben wird, jedoch nicht ausgeschlossen werden kann, dass es sich um fiktive Darstellungen handelt"[87]. Vor dem Hintergrund des Zwecks des Kinderpornografieverbots, jeden Umgang mit solchen Darstellungen zu kriminalisieren um zu verhindern, dass Kinder zu ihrer Herstellung missbraucht werden,[88] ist allerdings dann, wenn es sich nachweislich um die Darstellung eines rein virtuellen Geschehens handelt, fraglich, welcher Bezug hier noch zum Schutzzweck besteht. Die h.M. erachtet ein wiedergegebenes Geschehen daher nur dann als wirklichkeitsnah, wenn ein durchschnittlicher, nicht sachverständiger Beobachter nicht sicher ausschließen kann, dass es sich um ein tatsächliches Geschehen handelt.[89] Die Beweisschwierigkeiten haben sich im Ergebnis also nur verlagert.

Eine gewichtige, nicht auf das Strafrecht beschränkte Neuerung brachte das IuKDG mit der Einführung von speziellen Verantwortlichkeitsregeln für Internetprovider in § 5 TDG.[90] Access- und Network-Provider wurden von jeder strafrechtlichen Haftung für fremde Inhalte freigestellt, Hostprovider sollten nur bei positiver Kenntnis für die von ihnen bereitgehaltenen fremden Inhalten einstehen müssen. Diese als Privilegierungen gedachten Regelungen haben wegen des Vorsatzerfordernisses bei allen Verbreitungs- und Äußerungsdelikten nur geringe Bedeutung. Immerhin wissen aber Access-, Network- und Hostprovider nun von vornherein, dass sie – selbst bei einer gelegentlich wohl vorhandenen Möglichkeitsvorstellung – nicht strafbar sind.

II.2.2. Weitere Änderungen im Internetstrafrecht

Die weitere Entwicklung ist geprägt von einer stetigen Ausweitung der Inhaltsverbote:

– Im Jahr 2003 wurden die Straftatbestände der Volksverhetzung und Gewaltdarstellung sowie die Pornografiedelikte um die Variante der Darbietung solcher Inhalte über Tele- und Mediendienste erweitert

87 BT-Drucks. 13/7934, S. 41.
88 BT-Drucks. 12/4883, S. 8.
89 *Theodor Lenckner/Walter Perron*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder (Begr.), StGB, 27. Aufl. 2006, § 184b Rn. 11.
90 Gesetz über die Nutzung von Telediensten (Teledienstegesetz); eingeführt als Art. 1 IuKDG, BGBl. I, S. 1870. Entsprechende Regeln enthielt der zeitgleich in Kraft getretene § 5 Staatsvertrag über Mediendienste (MDStV) vom 20.1./12.2.1997, GVBl. NRW 1997, S. 158.

(§ 130 Abs. 2 Nr. 2, § 131 Abs. 2, § 184c [heute § 184d] StGB).[91] Dadurch sollen auch Live-Darbietungen im Internet, etwa mittels einer Webcam, bestraft werden können.[92]

– Zusätzlich wurde der Tatbestand der Gewaltdarstellung auf „*menschenähnliche Wesen*"[93] erstreckt (§ 131 Abs. 1 StGB). Hierdurch sollen Darstellungen von Untoten, Zombies oder ähnlichen Wesen gerade auch in Computerspielen erfasst werden. Da der Tatbestand auch die Darstellung von Gewalttätigkeiten in einer die Menschenwürde verletzenden Weise kennt, besteht nun die paradoxe Situation, dass grausame Gewalttätigkeiten an nicht-menschlichen Wesen in einer die Menschenwürde verletzenden Weise dargestellt werden können.
– Zwei Jahre später wurde der Straftatbestand der Volksverhetzung um die Variante der Billigung, Verharmlosung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft erweitert, die ebenfalls über das Internet begehbar ist (§ 130 Abs. 4, 5 StGB).[94]
– Im Jahr 2008 wurden erneut die Pornografiedelikte ergänzt. Insbesondere wurde zur Umsetzung eines Rahmenbeschlusses der EU[95] der neue Straftatbestand der Jugendpornografie eingefügt (§ 184c StGB). Wie bei der Kinderpornografie (§ 184b StGB)[96] besteht auch bei ihm das Problem der nur dem äußeren Schein nach tatbestandsmäßigen

[91] Art. 1 Nr. 18 Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Delikte vom 27.12.2003, BGBl. I, S. 3007 (3009).

[92] BT-Drucks. 15/350, S. 21.

[93] Zweifel an der Bestimmtheit wurden bereits im Gesetzgebungsverfahren laut; BR-Drucks. 603/01/3, S. 2.

[94] Art. 2 Gesetz zur Änderung des Versammlungsgesetzes und des Strafgesetzbuchs vom 24.3.2005, BGBl I, S. 969 (970). – Der weiteren Voraussetzung, dass es durch die Tat zu einer Störung des öffentlichen Friedens kommen muss, hat das BVerfG mit der Bemerkung, dass die anderen Tatbestandsmerkmale „bereits für sich allein die Strafdrohung zu tragen imstande sind", nun wohl jede praktische Bedeutung genommen; Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08.

[95] Rahmenbeschluss 2004/68/JI des Rates vom 22.12.2003 zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie, ABl. EU Nr. L 13 vom 20.1.2004, S. 44.

[96] Art. 1 Nr. 10, 11 Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie vom 31.10.2008, BGBl. I, S. 2149 (2150). – Durch Art. 3 Abs. 1 wurde zugleich auch § 15 Abs. 2 Nr. 1 JuSchG entsprechend erweitert, a.a.O. 2151.

Personen, das sich hier jedoch wegen der Grenzziehung zur zulässigen Erwachsenenpornografie[97] noch stärker bemerkbar macht.[98]

– Und schließlich wurde in diesem Jahr (2009) zur Umsetzung des geänderten Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung[99] der neuen Vorfeldtatbestand des § 91 StGB eingefügt, der gerade mit Blick auf das Internet das Zugänglichmachen von Informationen untersagt, die als Anleitung zu einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat im Sinne des § 89a Abs. 1 dienen können.[100] Das Internet, so die Begründung, werde „zur Beeinflussung und Mobilisierung von lokalen Terrornetzen und Einzelpersonen in Europa eingesetzt und diene darüber hinaus als ‚virtuelles Trainingscamp', indem es Informationen über Mittel und Methoden des Terrorismus" verbreite.[101]

Neben diese Erweiterungen des StGB treten die des Jugendmedienschutzrechts. Das 2003 erlassene Jugendschutzgesetz (JuSchG)[102] lehnt sich nicht nur an die Inhaltsverbote des StGB an. Es definiert weitere Inhalte als schwer jugendgefährdend mit der Konsequenz, dass ihre Verbreitung an Kinder und Jugendliche untersagt ist. Hierzu zählen den Krieg verherrlichende Inhalte[103], Menschenwürde verletzende Darstellungen des Leidens und Sterbens und Darstellungen von Kinder und Jugendlichen in unnatürlicher, geschlechtsbetonter Körperhaltung (§ 15 Abs. 2 Nr. 2 – 4 JuSchG). Den Amoklauf eines Schülers in Emsdetten im November 2006[104] nahm der Gesetzgeber zum Anlass, das JuSchG zum „*Schutz*

97 Sie darf nur nicht Minderjährigen zugänglich gemacht werden. Diese Einschränkung ist nach Ansicht des BVerfG verfassungsgemäß; Beschluss vom 20.9.2009 – 1 BvR 1231/04.

98 Das BVerfG verlangt, dass die auftretende Personen für einen objektiven Betrachter „ganz offensichtlich noch nicht volljährig sind"; Beschluss vom 6.12.2008 – 2 BvR 2369/08 und 2 BvR 2380/08, MMR 2009, S. 178.

99 Rahmenbeschluss 2008/919/JI des Rates vom 28.11.2008 zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung, ABl. Nr. L 330 vom 9.12.2008, S. 21.

100 Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Straftaten vom 30.7.2009, BGBl. I, S. 2437.

101 Erwägungsgrund (4), ABl. Nr. L 330 vom 9.12.2008, S. 21.

102 Jugendschutzgesetz (JuSchG) des Bundes vom 23.7.2002, BGBl. I, S. 2730. Parallel hierzu schlossen die Länder den Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag – JMStV) vom 10.9.2002, Bay. GVBl. 2003, S. 147.

103 Sie bedurften zuvor einer Indizierung, § 1 Abs. 1 S. 1 GjSM.

104 Es war nicht der letzte. Immerhin erkennt man inzwischen, dass in erster Linie die den jugendlichen Tätern zugänglichen Waffen das Problem sind; vgl. die Gemeinsame Pressemitteilung der Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart und der Staatsan-

von Kindern und Jugendlichen vor gewaltbeherrschten Computerspielen"[105] zu ergänzen.[106] Seither gelten auch „*besonders realistische, grausame und reißerische Darstellungen selbstzweckhafter Gewalt, die das Geschehen beherrschen*" (§ 15 Abs. 2 Nr. 3a JuSchG) als schwer jugendgefährdend.[107] Außerdem werden nun explizit auch solche Medien als jugendgefährdend eingestuft, in denen „*Gewalthandlungen wie Mord- und Metzelszenen selbstzweckhaft und detailliert dargestellt werden*" oder „*Selbstjustiz als einzig bewährtes Mittel zur Durchsetzung der vermeintlichen Gerechtigkeit nahe gelegt wird*" (§ 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 JuSchG).

Die ausufernde Entwicklung der Inhaltsverbote hat zu einem schwer durchschaubaren Geflecht einander überlagernder Normen geführt. Exemplarisch seien die auf Gewaltdarstellungen bezogenen Verbote genannt: Absolut verboten ist es, grausame Gewalttätigkeiten gegen Menschen in einer Art zu schildern, die eine Verherrlichung oder Verharmlosung solcher Gewalttätigkeiten ausdrückt. Ebenso verpönt sind Schilderungen grausamer Gewalttätigkeiten gegen Menschen, die das Grausame oder Unmenschliche des Vorgangs in einer die Menschenwürde verletzenden Weise darstellen. Offenbar nicht ganz so schlimm, aber immerhin noch schwer jugendgefährdend sind besonders realistische, grausame und reißerische Darstellungen selbstzweckhafter Gewalt. Jenseits dieser feinsinnigen Differenzierungen verschiedenartig inszenierter Grausamkeiten sind – offenbar nicht grausame, sondern nur – selbstzweckhafte und detaillierte Darstellungen von Mord- und Metzelszenen lediglich einfach jugendgefährdend. Ebenfalls jugendgefährdend sind aber auch „*verrohend wirkende*" oder zu „*zu Gewalttätigkeit anreizende*" Medien. Hinzu kommen Generalklauseln der schweren und der einfachen Jugendgefährdung (§§ 15 Abs. 2 Nr. 5, 18 Abs. 1 S. 1 JuSchG) sowie der graduell darunter liegenden Jugendbeeinträchtigung (§ 5 Abs. 1 JMStV), die die Erfassung weiterer gewalthaltiger Medien ermöglichen. Ähnliche Verbotskaskaden lassen sich für die Bereiche des Sexuellen und Unsittlichen (§ 18 Abs. 1 S. 2 JuSchG), des Nationalsozialismus und Rechtsextremismus sowie für die Aufforderung, Anleitung und Vorbereitung zu bzw. von Straftaten aufzeigen.

Eine klare Linie kann dieser Gesetzgebung nicht entnommen werden; sie setzt entweder uninspiriert europäische Vorgaben um oder reagiert

waltschaft Stuttgart vom 27.11.2009, http://www.generalstaatsanwaltschaft-stuttgart.de (besucht am 7. Dezember 2009).

105 BT-Drucks. 16/8546, S. 6.

106 Erstes Gesetz zur Änderung des Jugendschutzgesetzes vom 24.6.2008, BGBl. I, S. 1075.

107 Eine entsprechende Erweiterung für Telemedien fehlt bislang in § 4 JMStV.

reflexartig auf aufsehenerregende Fälle von Jugendgewalt. Die Fixierung auf Entwicklungen in Europa hat zudem zu einer schwer erträglichen Stagnation in dem auch für das Strafrecht bedeutsamen Telemedienrecht geführt: Hat der Gesetzgeber hier mit dem Teledienstgesetz (TDG) von 1997 noch Neuland betreten, begnügt er sich seither mit geringfügigen Anpassungen an die zwischenzeitlich ergangene Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr.[108] Das TDG und sein Nachfolger, das Telemediengesetz (TMG),[109] kranken jedoch daran, dass der Gesetzgeber keine Regelungen zur Verantwortlichkeit bei Hyperlinks und Suchmaschinen trifft.[110] Das hat gravierende Folgen auch für das Strafrecht: Wenn Gerichte demjenigen, der mit einem Link auf eine fremde Website verweist, diese fremde Website wie eine selbst erstellte zurechnen, weil er sie sich zueigen mache,[111] oder ohne Einschränkung ein Zugänglichmachen des Inhalts der fremden Website bejahen,[112] dann verkennen sie nicht nur die Technik des Links,[113] sondern kriminalisieren auch flächendeckend und damit in eindeutigem Widerspruch zu den Wertungen des TMG das zentrale Verknüpfungsinstrument des World Wide Web.

Misslich ist außerdem, dass der Gesetzgeber sich jeder Aussage zum Internationalen Strafrecht enthält.[114] Das Problem besteht hier darin, dass einerseits die Mehrzahl der Verbreitungsdelikte abstrakte Gefährdungsdelikte sind, andererseits die Zuständigkeit der deutschen Strafjustiz davon abhängt, ob der zum Tatbestand gehörende Erfolg im Inland eingetreten ist (§§ 3, 9 Abs. 1 StGB).[115] Der BGH behalf sich bei einer volksverhetzenden Homepage auf einem australischen Server mit der

[108] Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. EG Nr. L 178 vom 17.7.2000, S. 1.

[109] Eingeführt als Art. 1 des Gesetzes zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste (Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungs-Gesetz – ElGVG) vom 26.2.2007, BGBl. I, S. 179.

[110] Die §§ 7 ff. TMG finden keine Anwendung; *Altenhain*, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 6/1, 2010, vor § 7 TMG Rn. 48 ff.

[111] OLG Celle, Beschluss vom 13.2.2007 – 322 Ss 24/07, MMR 2007, S. 316 (317).

[112] OLG Stuttgart, Urteil vom 24.4.2006 – 1 Ss 449/05, MMR 2006, S. 387 (388).

[113] S. dazu *Altenhain*, Jugendschutz, in: Thomas Hoeren/Ulrich Sieber (Hrsg.), Handbuch Mulitmediarecht, Stand 08/2009, Teil 20, Rn. 24.

[114] Für Informationen aus EU-Staaten gilt auch im Strafrecht das Herkunftslandprinzip des § 3 TMG; *Altenhain* (Fn. 110) § 3 TMG Rn. 5.

[115] Eine Ausnahme bilden die §§ 184a – c StGB, für die das Weltrechtsprinzip gilt, § 6 Nr. 6 StGB.

Konstruktion eines abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikts und ließ es schon ausreichen, dass die Tat ihre Gefährlichkeit im Inland hätte entfalten können[116] – ein Ausweg, der weder überzeugt noch bei allen Verbreitungsdelikten in Betracht kommt.[117]

II.3. Parallelen zwischen Computer- und Internetstrafrecht

Eine Gesetzesänderung, die zeigt, wie weit sich Computer- und Internetstrafrecht bereits angenähert haben, ist die im Jahr 2004 erfolgte Einfügung des Straftatbestands der „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen".[118] Anlass zur Schaffung des neuen § 201a StGB war die Feststellung des Bundesbeauftragten für den Datenschutz, dass vermehrt Bilder im Internet veröffentlicht oder über Mobilfunk versandt wurden, die heimlich von anderen Personen in Privatwohnungen oder Umkleidekabinen gemacht worden waren.[119] Es handelt sich also um ein Beispiel für geschützte Informationen, die der Täter durch den Einsatz der Digitaltechnik erlangt. Auch ein Vergleich der vorstehend aufgezeigten Entwicklungen des Computer- und des Internetstrafrechts anhand der zu ersterem herausgearbeiteten fünf Punkte zeigt deutliche Parallelen und Annäherungen auf:

(1) So stand auch am Anfang des Internetstrafrechts ein Gesetz, das mit Blick auf die Bedeutung dieser technischen Entwicklung für die Wirtschaft deren schutzwürdigen Belange in den Vordergrund stellte. Anders als im Computerstrafrecht lag der Schwerpunkt jedoch nicht auf dem strafrechtlichen Schutz als vielmehr auf der Freistellung von (auch) strafrechtlicher Verantwortung. Die Gesetzgebung zum Internet wich *„deutlich von früheren Konzepten ab, wonach bei neuen Techniken zunächst gefragt wurde, ob nicht ein spezieller Tatbestand der Gefährdungshaftung zu schaffen sei"*.[120] Der Gesetzgeber begriff die weltumspannenden Computernetze

[116] BGH, Urteil vom 12.12.2000 – 1 StR 184/00, BGHSt 46, 212 (221); ebenso VG Düsseldorf, Urteil vom 10.5.2005 – 27 K 5968/02, MMR 2005, S. 794 (796).

[117] Vgl. zur Kritik nur *Heghmanns* (Fn. 29) VI 2 Rn. 9 ff.

[118] Sechsunddreißigstes Strafrechtsänderungsgesetz – § 201a StGB (36. StÄndG) vom 30.7.2004, BGBl. I, S. 2012.

[119] Tätigkeitsbericht 1999 und 2000 des Bundesbeauftragten für den Datenschutz, BT-Drucks. 14/5555, S. 22; darauf Bezug nehmend: BT-Drucks. 14/6117, S. 6; 15/361, S. 3; 15/533, S. 3; 15/2995, S. 5.

[120] So *Frithjof Maennel*, in: Stefan Engel-Flechsig/Frithjof Maennel/Alexander Tettenborn (Hrsg.), Beck'scher IuKDG-Kommentar, 2001, § 5 TDG Rn. 4, einer der Referenten, die den Gesetzentwurf ausgearbeitet hatten.

nicht in erster Linie als Gefahr und begnügte sich daher bei den Straftatbeständen vorerst mit einer Angleichung an den „Offline-Bereich", indem er ihre Anwendungsbereiche auf Informationen in Rechnernetzen ausweitete. Das Internetstrafrecht ist daher nie als Teil des Wirtschaftsstrafrechts verstanden worden. Ebenso wenig wie der Opfer- wurde auch der Täterkreis nie auf bestimmte Personengruppen beschränkt (vgl. hingegen oben unter (5)). Wie beim Computerstrafrecht wird auch beim Internetstrafrecht nun die Gefahr für das Gemeinwesen durch terroristische Angriffe hervorgehoben.

(2) Wie beim Computerstrafrecht hat sich der Gesetzgeber auch im Internetstrafrecht in erster Linie begnügt, bekannte Rechtsgüter zu schützen. Das gilt auch für die spätere Entwicklung, in der er die straf- und jugendschutzrechtlichen Verbreitungsverbote beständig erweitert hat. Die Fortschreibung überkommener Rechtsgüter ist hier ebenso fragwürdig wie im Computerstrafrecht, allerdings weniger deshalb, weil dadurch der Blick auf neue schutzwürdige Belange verstellt wird, sondern vielmehr, weil sie offenbare Legitimationsdefizite unbeachtet lässt. Das gilt etwa für das schon lange in der Kritik stehende Rechtsgut des öffentlichen Friedens, dessen Störung mehrere Verbreitungsverbote verhindern sollen (z. B. §§ 130, 130a, 131, 166 StGB). Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber zugleich weitgehenden Gebrauch von seiner Einschätzungsprärogative macht, ob ein Rechtsgut überhaupt in Gefahr ist. Ein aktuelles Beispiel ist das in diesem Jahr (2009) verabschiedete Gesetz zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen, welches mit der Behauptung, dass „der Großteil der Kinderpornographie im Bereich des World-Wide-Web mittlerweile über kommerzielle Webseiten verbreitet" werde, begründet wird,[121] obwohl die Bundesregierung eingestehen musste, dass sie *„über keine detaillierte Einschätzung des kommerziellen Marktes für Kinderpornographie in Deutschland"* verfügt.[122]

(3) Soweit der Gesetzgeber im Internetstrafrecht auf technische Entwicklungen reagierte, ist er auch hier zumeist den Weg gegangen, Parallelen zum „Offline-Bereich" zu ziehen, etwa indem er den Schriftenbegriff erweiterte und damit zunächst so tat, als bestehe kein strafrechtlich erheblicher Unterschied zwischen Print- und Online-Medien. Allerdings ließ

[121] BT-Drucks. 16/12850, S. 5.
[122] BT-Drucks. 16/13347, S. 7.

sich diese Vorgehensweise wegen der besonderen technischen Möglichkeiten nicht immer durchhalten.

(4) Der nunmehr auch gesetzlich verankerten Forderung nach einer Abschottung bestimmter Informationen (§ 184d StGB, § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV) steht auch im Internetstrafrecht der Verzicht auf das Einverlangen anderer Schutzmaßnahmen zugunsten oder seitens der Opfer gegenüber.[123] Das ist entweder dadurch bedingt, dass Universalrechtsgüter wie der öffentliche Frieden geschützt werden, oder dadurch, dass im Bereich des Jugendmedienschutzes (z. B. § 184 StGB) nur ein Drittschutz durch die personensorgepflichtigen Erwachsenen verlangt werden könnte. Hier geht der Gesetzgeber jedoch von der Prämisse aus, dass der Staat den Eltern beispringen müsse, da sie zu einem hinreichenden Schutz ihrer Kinder nicht in der Lage seien. Dahinter steht unter anderen die These, Eltern seien ihren Kindern am Computer unterlegen, obwohl die heutige Elterngeneration selbst schon mit dem Computer aufgewachsen ist.

Insgesamt haben sich beide Teilbereiche des IT-Strafrechts zu Deliktsgruppen entwickelt, die jedermann unter Einsatz der inzwischen jederzeit verfügbaren Informationstechnik begehen und deren Opfer jedermann[124] wegen der Allgegenwärtigkeit der Informationstechnik im Alltag werden kann. Der Gesetzgeber hat hier jedoch kein in sich geschlossenes, in einem eigenen Gesetz oder Abschnitt des StGB zusammengefasstes Regelwerk geschaffen, sondern sich darauf beschränkt, bestehende Straftatbestände mit Blick auf Daten, Computer oder Computernetze zu erweitern oder in Anlehnung an sie ergänzende Tatbestände zu schaffen, die in erster Linie Lücken schließen sollen. Sein Ziel ist dabei regelmäßig, den Schutz zu gewähren, den die jeweils betroffenen anerkannten Rechtsgüter in vermeintlich vergleichbaren Fällen im Offline-Bereich auch genießen. Soweit der Rechtsgüterschutz ausgeweitet worden ist, wie etwa bei den Verbreitungsdelikten, ist dies grundsätzlich für den Online- und den Offline-Bereich gleichermaßen geschehen. Nur bei der Vorfeldkriminalisierung greift das IT-Strafrecht deutlich weiter aus als die herkömmlichen Straftatbestände. Soweit neue Rechtsgüter anerkannt worden sind, handelt es sich um Analogien, so wie sich das „Verfügungsrecht über Daten" an das Eigentum an Sachen anlehnt.

[123] S. auch *Sieber* (Fn. 17), S. 112 und 113.
[124] Bei den Jugendschutzdelikten wie im Offline-Bereich nur jeder Minderjährige.

III. Schluss

Rechtsgebiete werden entweder, wie das Strafrecht, normativ (formal) nach ihrem sachlichen Regelungsbereich bestimmt oder, wie das IT-Recht, faktisch (material) nach dem tatsächlichen Lebensbereich. Das IT-Strafrecht kann man begreifen als einen nach tatsächlichen Kriterien abgegrenzten Bereich des Strafrechts oder umgekehrt als einen nach normativen Kriterien abgegrenzten Bereich des IT-Rechts. Der in beiden Varianten erfolgende faktische Zugriff findet seine Rechtfertigung in dem im Jahr 1997 ergangenen Teledienstgesetz (TDG) bzw. dem 2003 an dessen Stelle getretenen Telemediengesetz (TMG). Mit ihnen hat der Gesetzgeber für das tatsächliche Phänomen der Computernetze eine Querschnittregelung getroffen, welche die normativ abgegrenzten Rechtsgebiete des Zivil-, Straf- und Öffentlichen Rechts gleichermaßen durchzieht.

Angesichts dieses Befunds erscheinen vereinzelt geäußerte Zweifel daran, ob es sinnvoll ist, von einem Computer-, Internet- oder IT-Strafrecht zu sprechen, unberechtigt. Hinter Polemiken, wer von Computer- oder Datenstrafrecht rede, könne ebenso präzise von „Schreibmaschinenkriminalität“[125] sprechen oder Diebstahl, Unterschlagung und Sachbeschädigung unter dem Begriff „Sachenstrafrecht“[126] zusammenfassen, steht die Sorge, ein eigenständiges Rechtsgebiet des Computer-, Internet- oder IT-Strafrechts verlange nach „einer Sonderdogmatik mit einer eigenen Sprache, eigenen Grundlagen und eigenen Regeln“[127]. Die Gesetzesentwicklung ist darüber mit TDG und TMG hinweggegangen. Es existieren besondere Regelungen mit eigenen Begrifflichkeiten, wie z. B. das TMG mit seinen Regelungen zur „*Verantwortlichkeit*“ (§§ 7 – 10). Diese Normen entfalten auch jenseits ihres unmittelbaren Anwendungsbereichs Wirkungen: Die ihnen zugrunde liegenden Wertungen und die in ihnen zum Ausdruck kommende grundsätzlichen Einschätzung des Gesetzgebers, dass hier ein tatsächlich anders gelagerter Lebenssachverhalt gegeben ist, müssen auch bei der Anwendung der „allgemeinen“ Regeln auf IT-Sachverhalte beachtet werden. Deshalb geht es z. B. nicht an, das Setzen eines Links als Zugänglichmachen oder Zueigenmachen der fremden Website anzusehen.

[125] *Haft* (Fn. 30) S. 6 Fn. 2; s. auch das Zitat bei *Jofer* (Fn. 8) S. 32: „EDV ist so verbreitet wie Kugelschreiber. Wer spricht von Kugelschreiberkriminalität?“

[126] *Welp* (Fn. 72) S. 115.

[127] *Hilgendorf* (Fn. 8) S. 653, der dies strikt ablehnt.

Aber nicht nur die Vorschriften des TMG weisen auf die Existenz eines neuen Rechtsgebietes hin. Es wäre falsch, das IT-Strafrecht im StGB nur als Summe vereinzelter, über das Gesetz verstreuter, punktueller Erweiterungen anzusehen. Nur weil der Gesetzgeber bislang versucht hat, dem Phänomen der IT-Kriminalität ausgehend von bekannten Tatbeständen gerecht zu werden, ohne dabei ein übergreifendes Konzept zu verfolgen,[128] bedeutet das nicht, dass hier keinerlei Gemeinsamkeiten und Zusammenhänge bestehen. Das beginnt bei so elementaren Begriffen wie dem der Daten, den das Gesetz schlicht voraussetzt, bei der Systematisierung der weit verstreuten und sich vielfach überschneidenden Inhaltsverbote mit einheitlicher Schutzrichtung, bei der Legitimation der exklusiven Kriminalisierung von Online-Sachverhalten durch Vorfeldtatbestände oder bei der Fundierung der bislang weitgehend unhinterfragt zugrunde gelegten Schutzgüter, etwa des „Verfügungsrechts" an Daten in dem vom BVerfG[129] entwickelten Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Und es endet bei der Frage, ob das IT-Strafrecht, soweit es sich nicht begrifflich, systematisch und teleologisch strukturieren lässt, der Reform bedarf.

[128] So stellt auch *Sieber* (Fn. 17) S. 110 fest, der Gesetzgeber habe auftretende Probleme nur isoliert gelöst; grundsätzliche Überlegungen zur Rolle des Strafrechts und zu den Zusammenhängen zwischen den einzelnen Reformgesetzen seien kaum erfolgt.

[129] BVerfG, Urteil vom 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, BVerfGE 120, 274.

Autoren

Karsten Altenhain

Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Medienrecht, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Martin Franzen

Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für deutsches, europäisches, internationales Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht, Ludwig-Maximilians-Universität München

Heike Krieger

Prof. Dr. iur., Richterin des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht, Freie Universität Berlin

Veith Mehde

Prof. Dr. iur., Mag. rer. publ., Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht, Leibniz-Universität Hannover

Sebastian Mock

Dr. iur., LL.M. (NYU), Attorney-at-Law (New York), Habilitand am Seminar für Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg.

Norman Weiß

PD Dr. iur., MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam

Der Band enthält die Vorträge einer Konferenz vom November 2009 in Potsdam. Die Texte untersuchen anhand ausgewählter Beispiele die Entwicklungen der zurückliegenden zwanzig Jahre im Zivilrecht, Strafrecht und öffentlichen Recht. Die Bundesrepublik Deutschland sieht sich seit der Wiedervereinigung und dem Ende des Kalten Krieges in einer ganz neuen Situation. Dies gilt für den völkerrechtlichen Rahmen ihrer Außenpolitik, für den Wettbewerb der Rechtsordnungen, für die mit erhöhter Dynamik fortschreitende europäische Einigung und ihre Konsequenzen. Die bei der Grundrechtsinterpretation im Mehrebenensystem auftauchenden Divergenzen und die Auswirkungen technischer Neuerungen auf das Sozialverhalten prägen Rechtswirklichkeit und Rechtsdogmatik.

ISSN 1869-2443
ISBN 978-3-86956-018-2