

HERAUSGEBER

Verein der Zeitschrift JSE e.V.
c/o RA Dr. Christian F. Majer
Poststraße 2
D-72072 Tübingen

Vereinsvorstand:

RA Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)
RA Marian Wieczorke (Stellvertr. Vorsitzender)
Gabriel Schmidt (Schatzmeister)
Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)

BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchmann
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
RD Jochen Heinz
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M. (Tübingen)
RA Prof. Rainer Kirchdörfer
Prof. Dr. Alexander Proelß
Prof. Dr. Gottfried Schiemann
Prof. Dr. Jan Schürnbrand
Richter Dr. Dominik Skauradzun
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
PD Dr. Christian Trautsen
RA Dr. Werner Walk
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

AUS DEM INHALT

BEITRÄGE:

Andreas Lohbeck

Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung

Hartmut Kilger / Christian F. Majer

Die Ethik und die Rechtsanwälte

HAUSARBEIT / KLAUSUR:

Alexander Segmiller

Zivilrecht: „Grundstücksschenkung nach inszeniertem Selbstmordversuch“

Patrick Hinderer / Carolin Brenner

Strafrecht: „Gemischtes Allerlei“

RECHTSPRECHUNG:

BGH

Haftung in „Herausforderungsfällen“ bei vorsätzlich herbeigeführtem Schaden durch die Polizei

BGH

Beurteilung der Schuldfähigkeit: Bedeutung der Blutalkoholkonzentration

BAG

Ordentliche verhaltensbedingte Kündigung – Verdeckte Videoüberwachung – Beweisverwertungsverbot

BVerwG

Betrieb eines „Bier-Bikes“ auf öffentlichen Straßen

Inhaltsverzeichnis

Beiträge

Andreas Lohbeck

Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung
– von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht Seite 5

Hartmut Kilger / Christian F. Majer

Die Ethik und die Rechtsanwälte – Zur Aufstellung von Regeln für eine
Rechtsanwaltsethik Seite 25

Hausarbeit

Alexander Segmiller

Grundstücksschenkung nach inszeniertem Selbstmordversuch Seite 36

Klausur

Patrick Hinderer / Carolin Brenner

Gemischtes Allerlei Seite 58

Rechtsprechung Zivilrecht

Haftung in „Herausforderungsfällen“ bei vorsätzlich herbeigeführtem
Schaden durch die Polizei
BGH, Urteil vom 31.01.2012 (*Julius Forschner*) Seite 79

Rückforderung zu viel gezahlter Abschleppkosten bei Abtretung an das
Abschleppunternehmen
BGH, Urteil vom 06.07.2012 (*Julius Forschner*) Seite 84

Ehebruch bzw. Prostitution und grober Undank
BGH, Urteil vom 13.11.2012 (*Christian F. Majer*) Seite 89

Ordentliche verhaltensbedingte Kündigung – Verdeckte Videoüberwachung
– Beweisverwertungsverbot
BAG, Urteil vom 21.06.2012 (*Nikolaus Polzer*) Seite 94

Rechtsprechung Strafrecht

Mehrfache Korrektur des Rücktrittshorizonts BGH, Urteil vom 01.12.2011 (<i>Guido Philipp Ernst</i>)	Seite 106
Beurteilung der Schuldfähigkeit: Bedeutung der Blutalkoholkonzentration BGH, Beschluss vom 29.05.2012 (<i>Guido Philipp Ernst</i>)	Seite 111

Rechtsprechung Öffentliches Recht

Bezeichnung eines Rechtsanwalts als „rechtsradikal“ BVerfG, Beschluss vom 17.09.2012 (<i>Christian F. Majer</i>)	Seite 118
Betrieb eines „Bier-Bikes“ auf öffentlichen Straßen BVerwG, Beschluss vom 28.08.2012 (<i>Jochen Heinz</i>)	Seite 124
Wenn Politik auf Recht trifft... VG Stuttgart, Beschluss vom 18.06.2012 (<i>Jochen Heinz</i>)	Seite 128

Editorial

Die erste Ausgabe der JSE im Jahr 2013 steht ganz im Zeichen der Rechtsanwaltschaft. Der Beitrag von *Lohbeck* stellt die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB), eine neue Gesellschaftsform für Rechtsanwälte als Antwort auf die englische LLP vor und nimmt auch eingehend zu den vorgebrachten Einwänden gegen sie Stellung. Die PartG mbB betrifft Grundfragen des Gesellschaftsrechts und dürfte für die nächste Zeit auch für das erste Staatsexamen höchst interessant werden.

Der Beitrag von *Kilger* und *Majer* nimmt Stellung zur seit einigen Jahren geführten Ethik-Debatte in der Anwaltschaft. Es werden sowohl die Thesen des Papiers der Bundesrechtsanwaltskammer einer kritischen Würdigung unterzogen wie auch die grundsätzliche Frage gestellt, ob die Aufstellung von Ethik-Regeln für die Anwaltschaft überhaupt sinnvoll ist. Examensrelevant ist die Thematik eher für das 2. Staatsexamen, insbesondere im Wahlfach „Rechtsanwalt“ ist die Kenntnis der Materie Pflicht. Unabhängig davon sollte jeder, der sich für den Anwaltsberuf interessiert, sich mit ihr beschäftigen, betrifft sie doch die Berufsausübung eines Anwalts in jeder Hinsicht.

Die Hausarbeit von *Segmiller* aus der Übung für Anfänger im Bürgerlichen Recht behandelt interessante Probleme vorwiegend aus dem BGB AT. Examenskandidaten wird empfohlen, diese als fünfstündige Klausur zu lösen. Die Klausur von *Hinderer* und *Brenner* richtet sich vor allem an Examenskandidaten und enthält neben Problemen aus dem Strafrecht AT und BT auch Fragen aus dem Strafprozessrecht, welches im Examen immer beliebter wird und von den Kandidaten keinesfalls ausgespart werden sollte.

In der Rubrik „Examensrelevante Rechtsprechung“ finden Sie neben weiteren examensrelevanten Entscheidungen die sehr lesenswerten und prüfungsrelevanten Entscheidungen des BAG zur Videoüberwachung und des BVerwG zum Betrieb eines „Bier-Bike“.

RA Dr. Christian F. Majer
Vorsitzender

RA Marian Wieczorke
Stellvertr. Vorsitzender

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
Dominique Beck
Amela Causevic
Pius Dolzer
Guido Philipp Ernst
RA Steffen Follner
Fabian Friz
RAin Karin Hummel
Lina Kammerer
Dr. Philipp Kaufmann
RA Andreas Lohbeck
RA Dr. Christian F. Majer
(Schriftleiter)
RA Dr. Paul Popescu
Gabriel Schmidt
(Stellvertr. Schriftleiter)
Philipp Trautmann
Anna Vögelein
RAin Stephanie Walz
Julian Weippert
RA Marian Wiczorke
(Stellvertr. Schriftleiter)
Julia Zaiser

Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e.V.
c/o RA Dr. Christian F. Majer
Poststraße 2
D-72072 Tübingen

Vereinsvorstand:

RA Dr. Christian F. Majer
(Vorsitzender)

RA Marian Wiczorke
(Stellvertr. Vorsitzender)

Gabriel Schmidt
(Schatzmeister)

Guido Philipp Ernst
(Ressortleiter Strafrecht)

E-Mail

redaktion@zeitschrift-jse.de

ISSN 2195-044X

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
RD Jochen Heinz
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)
RA Prof. Rainer Kirchdörfer
Prof. Dr. Alexander Proelß
Prof. Dr. Gottfried Schiemann
Prof. Dr. Jan Schürnbrand
Richter Dr. Dominik Skauradszun
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
PD Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Werner Walk
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

RA Andreas Lohbeck*

Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht

I. Einleitung

„So verleiht die sie begleitende „Haftung“ der „Schuld“ gleichsam die irdische Schwere!“ – Diesen Satz hat uns Juristen Karl Larenz hinterlassen.¹ Er drückt aus, welche Funktion dem Haftungsrecht zukommt. Das Recht tritt an die Rechtsgenossen als Pflicht heran. Notfalls unterwirft es deren Erfüllung dem Zwang. Soll das Zusammenleben funktionieren, müssen die Rechtsgenossen Pflicht und Zwang anerkennen. Den Interessenausgleich zwischen Recht, Pflicht und Zwang leisten der Gesetzgeber, die Verwaltung und die Rechtspflege.

* Der Autor ist Rechtsanwalt im Fachbereich Gesellschaftsrecht/M&A im Stuttgarter Büro der Kanzlei CMS Hasche Sigle. Der Beitrag ist seinem Vater Dr. iur. Eckhart Lohbeck, Rechtsanwalt in Heilbronn, in Dankbarkeit und tiefer Verbundenheit gewidmet.

¹ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, § 2 IV.

Die Anwaltschaft trägt hierzu wesentlich bei. § 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) deklariert den Rechtsanwalt als unabhängiges Organ der Rechtspflege. Der Rechtsanwalt ist nach § 3 BRAO der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten. Der Gesetzgeber verwendet diese bedeutungsschweren Worte jedoch nicht, um der BRAO eine schmeichelnde Widmung an ihre Adressaten voranzustellen.

Vielmehr klingt aus diesen Worten bereits, dass Rechtsanwälte besondere Verantwortung für Wohl und Wehe ihrer Klientel übernehmen. Deshalb haften Anwälte für berufliche Fehler besonders streng. Dies gilt für den Einzelanwalt ebenso wie für Sozietäten.

Nun plant die Bundesregierung, Zusammenschlüsse von Anwälten als Rechtsform einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB) zu ermöglichen.² Mit der Verabschiedung des Gesetzentwurfs ist im Frühjahr 2013 zu rechnen.

Der folgende Beitrag zeichnet den Weg nach, der zum Gesetzentwurf führte,

² Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer vom 15.08.2012, BT-Drucks. 17/10487. Der Beitrag beschränkt sich auf die berufliche Situation der Rechtsanwälte.

und beleuchtet rechtspolitische Aspekte der vorgeschlagenen Lösung. Dabei steht die Frage im Mittelpunkt, ob sich die geplante PartG mbB und die besondere Pflichtenstellung des Rechtsanwalts vereinbaren lassen. Oder anders ausgedrückt: Wie schwer ist die irdische Schwere, wenn sie im Rahmen der Berufshaftung beschränkt sein kann?

II. Haftung, Schuld und irdische Schwere

Der Zusammenhang zwischen Pflicht, Pflichtverletzung, Schuld und Haftung ist eines der tragenden Prinzipien des Zivilrechts: Menschen machen Fehler. Ereignisse geschehen. Wenn jemand dadurch Schaden nimmt, ist die Frage, ob er diesen selbst tragen muss. Das ist von Rechts wegen der Regelfall: *Casum sentit dominus*. Schäden an einem Gegenstand werden primär von dessen Inhaber getragen.³ Erst wenn und soweit ein Haftungstatbestand greift, kann er seinen Schaden auf einen anderen abwälzen.⁴ Das Unrecht bildet den Haftungsgrund; ein Verschulden begründet die Schadenszurechnung.⁵ Der Geschädigte kann den Schädiger not-

falls per Zwangsvollstreckung dazu zwingen, sein Vermögen wiederherzustellen. *Larenz* malt uns dafür das Bild der *irdischen Schwere* in die Köpfe.

III. Haftung des Anwalts und haftungsbeschränkte Gesellschaft – ein Widerspruch?

Herkömmlich lastet die Schwere besonders stark auf den Schultern des Rechtsanwalts. Und herkömmlich können haftungsbeschränkte Gesellschaften – salopp gesprochen –leichtfüßiger durchs Leben gehen als natürliche Personen.

1. Prinzipien der Anwaltshaftung

Warum lastet die Schwere besonders stark auf den Rechtsanwälten? Ein Rechtsanwalt muss breite Schultern haben, weil er – haftungsrechtlich – eine Idealfigur ist.

Die Haftungsgrundlage bildet regelmäßig ein zwischen Rechtsanwalt und Mandant abgeschlossener Anwaltsvertrag. Verletzt der Anwalt seine Pflichten, die aus diesem Vertrag resultieren, und erleidet sein Mandant dadurch einen Schaden, schuldet der Anwalt Schadensersatz nach § 280 I 1 BGB. Dies gilt nach § 280 I 2 BGB nicht, wenn der Anwalt beweisen kann, dass ihn kein Verschulden trifft.

³ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 2, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Aufl., München 1994, § 75 I 2. a); *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, 5. Aufl., Köln 2009, Rn. 1.

⁴ *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, 5. Aufl., Köln 2009, Rn. 5; *Canaris*, VersR 2005, 577 (581).

⁵ *Hager*, in: Staudinger, BGB, Bearb. 1999, Vorbem zu §§ 823 ff Rn. 24 f.

Die Haftungsgrundlage unterscheidet sich auf den ersten Blick nicht von beliebigen anderen Verträgen. Sieht man aber näher hin, werden brisante Unterschiede deutlich: Der Anwalt hat qua Gesetz eine besondere Pflichtenstellung. Er überschreitet die Schwelle zur Fahrlässigkeit früher als die meisten anderen Schuldner. Deshalb ist er im Vergleich leichter für Schäden haftbar zu machen, die aus seiner Berufsausübung folgen.

Rechtspolitischer Hintergrund der strengen Haftungsregeln für Rechtsanwälte sind die besonderen Sorgepflichten für das dem Anwalt anvertraute Vermögen seines Mandanten.⁶ Rechtsanwälte sollen für enttäushtes Vertrauen einstehen. Sein und Sollen liegen hier jedoch oft weit auseinander. Dass mehr Idealisierungen und weniger rechtstatsächliche Befunde die Feder führen, zeigen bereits wenige gängige Formeln zur Anwaltshaftung:⁷ „Der Rechtsanwalt hat die Verpflichtung, den Mandanten umfassend und möglichst erschöpfend zu beraten.“ Der Rechtsanwalt muss „blitzschnell in der mündlichen Verhandlung reagieren“, „eine umfassende Rechtsprüfung ohne Rechtsirrtum vornehmen“, „auch das

Gericht über dessen Irrtümer belehren“, „selbst die abgelegensten Rechtsvorschriften kennen“, „den Mandanten auch über Möglichkeiten belehren, von denen nicht erkennbar ist, ob sie seinen Mandanten jemals bedeutsam werden“, und schließlich „immer den sichersten und gefahrlosesten Weg beschreiten.“

Die Aufzählung zeigt: Der Rechtsanwalt pflegt eine latente Nähe zur irdischen Schwere der Schuld.

2. Prinzipien gesellschaftsrechtlicher Haftungsbeschränkung

Anders sieht das bei den Gesellschaftern einer haftungsbeschränkten Gesellschaft aus.

Bekanntlich haften juristische Personen mit ihrem eigenen Vermögen, vgl. etwa §§ 13 II GmbHG, 1 I 2 AktG. Das Vermögen der Gesellschafter ist vom Vermögen der Gesellschaft getrennt.⁸ Die Gesellschafter haften deshalb in der Regel nicht persönlich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

Eine besondere Haftungsbeschränkung gilt auch für Kommanditisten. Der Kommanditist hat für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zwar mit seinem gesamten Vermögen einzustehen – aber

⁶ Borgmann, in: Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 10. Aufl., München 2011, § 51 Rn. 3.

⁷ Borgmann, in: Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 10. Aufl., München 2011, § 51 Rn. 2, 4 f. m.w.N.

⁸ Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., München 2010, § 13 Rn. 5 m.w.N.

nur bis zur Höhe seiner Haftsumme.⁹ Wenn er seine Einlage insoweit erbracht hat, ist sein übriges Vermögen vor dem Zugriff der Gläubiger der Kommanditgesellschaft (KG) geschützt.

Rechtspolitisches Ziel einer Haftungsbeschränkung ist es, Unternehmertum und Innovationskraft zu fördern. Das Risiko des Scheiterns ist dem Unternehmertum immanent. Eine Haftungsbeschränkung kann daher in einer Marktwirtschaft die Hemmschwelle senken, eigenes Vermögen zum eigenen und auch zum Nutzen anderer Marktteilnehmer einzusetzen.¹⁰

Deshalb darf – zugespitzt und verkürzt – der böse Kapitalist schalten und walten, wie es seinem Geschäft nützt. Die irdische Schwere kennt er gleichsam nur mittelbar: als geschäftlichen Misserfolg.

3. Liegen Himmel zwischen diesen Welten?

Die beiden Haftungskonzepte scheinen himmelweit auseinander zu liegen. Der Anwalt haftet besonders streng. Bei haftungsbeschränkten Gesellschaften gehört die Milde zum System. Wie passt das zusammen?

Es sind keine Himmel, die diese Welten trennen. Auch den Anwälten steht seit etwa 15 Jahren die Möglichkeit offen, sich zur gemeinsamen Berufsausübung in einer Anwalts-GmbH zusammenzuschließen.¹¹ Die Anwälte in einer Anwalts-GmbH erkaufen sich die grundsätzliche Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen, indem sie die Anwalts-GmbH nach § 59j II 1 BRAO für die Haftung aus beruflichen Fehlern in Höhe von mindestens 2,5 Millionen Euro versichern müssen. Jedoch weist die Anwalts-GmbH einige Nachteile auf. Dadurch taugt diese Rechtsform kaum zur gemeinschaftlichen Berufsausübung für Freiberufler:¹² Eine GmbH unterliegt strengeren Vorschriften der Gestaltung und Gründung als eine Personengesellschaft. Die GmbH muss Bilanzen aufstellen, woraus ein höherer Aufwand in der Buchhaltung resultiert. Jahresabschlüsse sind ab einer bestimmten Größe der Prüfungs- und Offenlegungspflicht unterworfen. Des Weiteren ist die GmbH kraft Rechtsform ein Gewerbebetrieb und somit gewerbesteuerpflichtig. Zu guter Letzt: Bevor der erzielte Gewinn ausgeschüttet werden kann, fällt Körperschaftsteuer an.

⁹ Karsten Schmidt, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl., München 2012, § 172 Rn. 4.

¹⁰ Vgl. z.B. Fleischer, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl., München 2010, Einleitung Rn. 281 ff.

¹¹ Ebenfalls möglich ist inzwischen – mit im Wesentlichen ähnlichen Nachteilen – die Gründung einer Anwalts-AG.

¹² Siehe zum Begriff der Freien Berufe § 1 II PartGG. Zu den Kriterien für die Rechtsformwahl vgl. allg. Schnittker/Leicht, BB 2010, 2971 (2971 ff.).

Die Rechtsform der GmbH & Co. KG¹³ wäre deutlich besser geeignet. Ihre Anerkennung als Zusammenschluss für Rechtsanwälte hat der BGH jedoch abgelehnt.¹⁴ Handelsrechtlich steht § 161 I HGB im Wege. Hiernach setzt die KG zwingend den Betrieb eines Handelsgewerbes voraus. Nach § 2 II BRAO ist der Anwaltsberuf aber gerade kein Gewerbe. Berufsrechtlich sind gleich mehrere Hindernisse zu überwinden: § 59a BRAO lässt als Sozien nur natürliche Personen zu, § 59c II BRAO verbietet für die Anwalts-GmbH die Beteiligung von Rechtsanwaltsgesellschaften.

Deshalb müsste der Gesetzgeber einschreiten und für die Gründung einer Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG entsprechende Voraussetzungen schaffen.

4. Haftungskrise der Freien Berufe

Das Verhältnis zwischen Mandant und Anwalt durchlief in den vergangenen Jahren einen schleichenden Kulturwandel. Anwälte sehen sich immer häufiger Regressforderungen ausgesetzt.¹⁵ Das Risikomanagement ist in größeren

Kanzleien vielfach streng organisiert.¹⁶ Die Gründe sind vielschichtig: Während Anwälte die steigende Komplexität von Mandaten und die unüberschaubare Flut rechtlicher Bestimmungen verantwortlich machen, beobachten Unternehmensjuristen ein gestiegenes Bewusstsein für Haftungsfragen.¹⁷ Jedenfalls sind Unternehmen stärker als früher bereit und verpflichtet, auf mutmaßliche Falschberatung zu reagieren.¹⁸ So ist es nicht verwunderlich, dass sich 71 % der Anwälte in Deutschland im Jahr 2011 dafür aussprachen, eine haftungsbeschränkte Form der Personengesellschaft für Freiberufler einzuführen.¹⁹

5. Erster Befund

Damit lässt sich festhalten: Die Freien Berufe sind immer größeren und schlecht beherrschbaren Haftungsrisiken ausgesetzt. Es besteht ein Bedürfnis, diese Risiken zu begrenzen.²⁰ Andernfalls könnte aus der Anwaltshaftung in Form der verschuldensabhängigen Richtigkeitsgewähr ein Instrument der garantieähnlichen Schadloshaltung werden. Eine klare, ergebnisorientierte

¹³ Hierzu ausführlich *Henssler*, NZG 2011, 1121 (1121 ff.); *Karsten Schmidt*, DB 2009, 271 (271 ff.).

¹⁴ *Römermann/Praß*, NGZ 2012, 601 (602). Bezeichnend: Das BVerfG hatte die Verfassungsbeschwerde mangels ausreichender Begründung nicht zur Entscheidung angenommen, vgl. *BVerfG*, NJW 2012, 993 ff.

¹⁵ *Kilian*, NZG 2000, 1008 (1009 f.) spricht anschaulich von *doomsday claims*; vgl. ferner *Jatzkowski*, JUVE Rechtsmarkt 06/12, 53 (53 ff.).

¹⁶ *Barth*, JUVE Rechtsmarkt 12/12, 40 (41 ff.).

¹⁷ *Jatzkowski*, JUVE Rechtsmarkt 06/12, 53 (55).

¹⁸ *Jatzkowski*, JUVE Rechtsmarkt 06/12, 53 (55).

¹⁹ *Kilian*, NJW 2011, 3413 (3415); *ders.*, AnwBl 2012, 957 (957 ff.) unter Verweis auf eine Studie des Deutschen Anwaltvereins und des Soldan Instituts.

²⁰ So auch die Begründung zum Gesetzentwurf (oben Fn. 2), S. 1.

und nützliche Beratung könnte von ständigen Schutzmaßnahmen gegen Haftungsgefahren überlagert und damit entwertet werden. Dies ist indes nicht der Sinn der Anwaltshaftung. Haftungsbeschränkte Personenhandelsgesellschaften stehen der Anwaltschaft nicht offen. Wer sich von der irdischen Schwere mithilfe der Anwalts-GmbH zu entfernen versucht, findet sich den genannten Nachteilen gegenüber.

IV. Die Partnerschaftsgesellschaft *de lege lata*

Der Gesetzgeber hat versucht, den Bedürfnissen der Freien Berufe mit der 1995 eingeführten Partnerschaftsgesellschaft (PartG) gerecht zu werden.²¹

1. Strukturmerkmale der Partnerschaftsgesellschaft

Die PartG ist eine Personengesellschaft und als solche ein Unterfall der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Nach § 1 IV PartGG finden §§ 705 ff. BGB auf die PartG Anwendung, soweit das PartGG keine abweichende Regelung trifft.

Die PartG steht nach § 1 I PartGG nur den Angehörigen Freier Berufe offen. Sie führt nach § 2 PartG einen gemeinsamen Namen. Die Rechtsform ist für

den Rechtsverkehr durch den Zusatz „Partnerschaft“ oder „und Partner“ kenntlich zu machen. Das Innenverhältnis der Partner untereinander ist vorbehaltlich anderweitiger Regelungen im Partnerschaftsvertrag nach § 6 PartGG weitgehend dem Recht der OHG unterstellt. Die PartG ist zur Eintragung in das Partnerschaftsregister anzumelden. Im Außenverhältnis wird die PartG nach § 7 I PartGG durch Eintragung in das Partnerschaftsregister wirksam. Nach § 7 II PartGG i.V.m. § 124 HGB tritt die Partnerschaft unter ihrem Namen im Rechtsverkehr auf, kann Verbindlichkeiten eingehen und unter ihrem Namen vor Gericht klagen und verklagt werden. Sie ist demnach rechtsfähig.

2. Haftung der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter

Die Außenhaftung für Verbindlichkeiten der Partnerschaft ist in § 8 I, II PartGG geregelt:

„(1) Für Verbindlichkeiten der Partnerschaft haften den Gläubigern neben dem Vermögen der Partnerschaft die Partner als Gesamtschuldner. Die §§ 129 und 130 des Handelsgesetzbuchs sind entsprechend anzuwenden.

(2) Waren nur einzelne Partner mit der Bearbeitung eines Auftrags befaßt, so haften nur sie gemäß Absatz 1 für berufliche Fehler neben der Partnerschaft;

²¹ Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe vom 25. Juli 1994 (PartGG), in Kraft getreten am 1. Juli 1995.

ausgenommen sind Bearbeitungsbeiträge von untergeordneter Bedeutung.“

a) Grundregel der akzessorischen Gesamtschuld

In Personengesellschaften ist das Gesellschaftsvermögen rechtlich gebundenes Sondervermögen, das den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit („zur gesamten Hand“) gehört. § 8 I 1 PartGG drückt aus, was schon aus diesem Grundsatz und aus der Rechts- und Parteifähigkeit nach § 7 II PartGG folgt. Die Gläubiger können ihre Forderungen gegen die Gesellschaft geltend machen. Ihnen steht das Gesellschaftsvermögen zum Begleichen der Forderungen zur Verfügung.

Was sich für die OHG aus § 128 HGB ergibt, enthält § 8 I PartGG ebenfalls: Alle Partner haften daneben als Gesamtschuldner für Verbindlichkeiten der Partnerschaft. Ein Gläubiger kann also die Gesellschaft oder gemäß § 421 BGB beliebig viele ihrer Partner verklagen. Er darf jedoch insgesamt nur einmal die geschuldete Leistung erhalten.

Der Betrieb von Anwaltssozietäten erfordert meist nur geringe Investitionen. Deshalb verfügen Partnerschaftsgesellschaften in der Regel nicht über ein umfangreiches Gesellschaftsvermö-

gen.²² Die wirtschaftliche Konsequenz der in § 8 I PartGG angeordneten Gesamtschuld ist deshalb gravierend. Der Gläubiger muss nicht gegen die Gesellschaft vorgehen, sondern darf Ansprüche in voller Höhe gegen einen Partner geltend machen.²³

b) Sonderregel der Haftungskonzentration für berufliche Fehler

§ 8 II PartGG schafft für berufliche Fehler eine Ausnahme zur akzessorischen Haftung aller Partner. Waren nur bestimmte Partner mit der Mandatsbearbeitung befasst, haften neben dem Gesellschaftsvermögen nur die befassten Partner. Für alle anderen Verbindlichkeiten haften die Partner mit ihrem Privatvermögen akzessorisch nach § 8 I PartGG. Berufliche Fehler bilden jedoch typischerweise die größten Haftungsrisiken in Anwaltssozietäten.

Die Haftungskonzentration klingt insofern gut, als das Gesetz diejenigen von der Haftung befreien soll, die den Schaden des Mandanten nicht herbeigeführt haben. Die Regelung birgt jedoch bei näherem Hinsehen zahlreiche Tücken. Viele Zweifelsfragen sind bis heute ungeklärt, andere hat die Rechtsprechung

²² Römermann/Praß, NZG 2012, 601 (603).

²³ Hahn/Naumann, WM 2012, 1756 (1757). Vgl. zur Gesamtschuld und zum Gesamtschuldnerregress z.B. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, § 37.

für die Anwälte nachteilig entschieden. Beispielsweise hat der BGH jüngst geurteilt, dass nach § 8 II PartGG ein Partner selbst dann persönlich hafte, wenn er erst nach Auftreten des Fehlers hinzugezogen wurde und feststeht, dass er die Situation nicht mehr hätte retten können.²⁴ Auf Kausalität komme es nicht an.²⁵ Diese extensive Auslegung widerspricht dem Ziel, das der Gesetzgeber mit Einführung des § 8 II PartGG verfolgte.²⁶

3. Zweiter Befund

Die PartG bietet keine eigentliche Haftungsbeschränkung, sondern lediglich eine Privilegierung nicht befasster Partner. Der einzelne Partner ist der irdischen Schwere genauso nah, wie wenn er in einer GbR tätig wäre. Er haftet nur nicht für die beruflichen Fehler anderer Partner mit.

V. Rechtsformwettbewerb: PartG und britische LLP

Die PartG erfreut sich gleichwohl großer Beliebtheit: In Deutschland gab es Anfang 2012 rund 3.000 Partnerschaften von Rechtsanwälten; dem standen 535

Anwalts-GmbHs gegenüber.²⁷ Die PartG scheint also trotz der Haftungsnachteile für die Mehrzahl der Sozietäten gegenüber der Anwalts-GmbH vorzugswürdig.

In jüngerer Zeit trat jedoch mehr oder minder überraschende Konkurrenz für die PartG auf den Plan: die britische *limited liability partnership*, kurz: LLP.²⁸ Anwälte können in Deutschland gemeinsam in der Rechtsform der LLP am Markt auftreten.

1. Europarechtlicher Hintergrund

Ohne europarechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht wäre dies nicht möglich gewesen. In ständiger Rechtsprechung galt in Deutschland in Fragen des internationalen Gesellschaftsrechts die Sitztheorie.²⁹

Danach werden die wesentlichen gesellschaftsrechtlichen Fragen nach dem Recht des tatsächlichen Sitzes der Verwaltung der Gesellschaft beantwortet.

²⁷ Vgl. Pressemitteilung der Bundesrechtsanwaltskammer Nr. 2 vom 30. März 2012, abzurufen unter <http://www.brak.de/fuer-journalisten/pressemitteilungen-archiv/2012/presseerklaerung-2-2012/>, zuletzt abgerufen am 6. Januar 2013.

²⁸ Eingeführt durch den *Limited Liability Partnerships Act 2000*, der am 6. April 2001 in Kraft trat. Ähnliches gilt für die U.S.-amerikanische LLP, die je nach Bundesstaat unterschiedlich ausgestaltet ist, vgl. *Weller/Kienle*, DStR 2005, 1060 (1060).

²⁹ Vgl. *Kindler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 11, 5. Aufl., München 2010, IntHGR Rn. 420 ff.

²⁴ BGH, NJW 2010, 1360 (1360).

²⁵ BGH, NJW 2010, 1360 (1361); a.A. teilw. die Literatur, vgl. *Henssler*, in: PartGG, 2. Aufl., München 2008, § 8 Rn. 64 m.w.N.; dagegen *Hahn/Naumann*, WM 2012, 1756 (1758 f.).

²⁶ *Römermann/Praß*, NZG 2012, 601 (602); *ferner Hellwig*, NJW 2011, 1557 (1558).

Der Hauptzweck der Sitztheorie war der Schutz des inländischen Geschäftsverkehrs vor unseriösen Auslandsgründungen (sog. *Race to the bottom*) und die Sicherstellung des *numerus clausus* der Gesellschaftsformen.³⁰

Die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer Gesellschaft nach Deutschland führte danach zu einem Statutenwechsel.³¹ Wäre eine LLP nach Deutschland umgezogen, hätte sie ihren Rechtscharakter als LLP verloren. Denn das deutsche Recht sah keine LLP vor. Sie wäre zu einer deutschen GbR mit den entsprechenden Haftungsfolgen geworden.

Der EuGH machte dieser gefestigten Rechtsprechung durch die Entscheidungen *Centros* im Jahr 1999, *Überseering* im Jahr 2002 und *Inspire Art* im Jahr 2003 Schritt für Schritt ein Ende.³² Der EuGH verhalf der Gründungstheorie zur Geltung, indem er urteilte, dass die in Art. 49 bis 55 AEUV europarechtlich garantierte Niederlassungsfreiheit auch auf in der Europäischen Union gegründete Gesellschaften anzuwenden ist, wenn diese ihren Hauptsitz in einem Mitgliedsstaat haben. Der BGH hat diese Rechtsprechung inzwischen

durch verschiedene Urteile in das deutsche Recht überführt.³³

Eine Gesellschaft gewinnt danach ihre Existenz aus der Gründung in einem Land. Zieht sie mit ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz um, verliert sie nicht die Struktureigenschaften, die ihr das Recht des Gründungsorts verliehen hat.

Auf Grundlage dieser Rechtsprechung haben sich zahlreiche deutsche Anwaltskanzleien als britische LLP formiert, um in Deutschland Rechtsberatung anzubieten.³⁴

2. LLP im Vergleich zur PartG

Die LLP ist gesellschaftsrechtlich ein Hybrid: Sie ist zwar formal eine Personengesellschaft (*partnership*), der Sache nach aber eine juristische Person (*corporate body*).³⁵

³⁰ Näher hierzu *Kindler* ebd.

³¹ BGH, NJW 1986, 2194 (2194).

³² EUGH, NJW 1999, 2027 ff. – *Centros*; EuGH, NJW 2002, 3614 ff. – *Überseering*; EuGH, NJW 2003, 3331 ff. – *Inspire Art*.

³³ BGHZ 154, 185 (189); BGH, NJW 2005, 1648 ff.

³⁴ *Schulze*, jurisPR-HaGesR 10/2012 Anm. 1; *Dahns*, NJW-Spezial 2011, 574 (574); *Hellwig*, NJW 2011, 1557 (1558); *Salger*, DB 2012, 1794 (1794); zweifelnd *Grunewald*, ZIP 2012, 1115 (1116), sowie Stellungnahme des Deutschen Richterbundes Nr. 11/12, abzurufen unter <http://www.drj.de/cms/index.php?id=765>, zuletzt abgerufen am 6. Januar 2013. *Kilian*, NJW 2011, 3413 (3415), zählt unter den 70 größten Kanzleien in Deutschland insgesamt 25 LLP nach britischem oder U.S.-amerikanischem Recht.

³⁵ *Weller/Kienle*, DStR 2005, 1060 (1062 f.); *Henssler/Mansel*, NJW 2007, 1393 (1394); *Triebel/Silny*, NJW 2008, 1034 (1034). Sie wird in Deutschland gleichwohl wie eine Personenge-

Der entscheidende Unterschied zur PartG liegt darin, dass die LLP als eigenes Rechtssubjekt wie eine juristische Person haftet. Jedoch liefert das englische Deliktsrecht eine wesentliche Ausnahme zu diesem Grundsatz: Während in Deutschland die fahrlässige Deliktshaftung bekanntlich auf die in § 823 I BGB geschützten Rechte und Rechtsgüter beschränkt ist, kennt das englische Deliktsrecht den *tort of negligence*, eine fahrlässige Vermögenshaftung. Hat der Anwalt eine persönliche Leistungsverantwortung (*assumption of responsibility*) übernommen und verletzt er die bei der Mandatsbearbeitung geschuldete Sorgfaltspflicht (*duty of care*), haftet er für hieraus entstandene Schäden.³⁶ Die Haftung folgt nicht aus der Gesellschafterstellung, sondern aus der Handlung des Anwalts.

Umstritten ist, ob das englische Deliktsrecht auch auf LLP angewendet werden kann, die in Deutschland tätig sind. Dies beurteilt sich nach dem internationalen Privatrecht (IPR). Regelmäßig findet nach Art. 4 Rom-II-VO deutsches Deliktsrecht Anwendung, wenn ein Schaden in Deutschland eintritt.³⁷

sellschaft besteuert, vgl. *Eilers*, IStR 2008, 22 (22 ff.); *Kienle/Weller*, DStR 2005, 1102 (1103).

³⁶ *Kilian*, NZG 2000, 1008 (1013).

³⁷ *Servatius*, in: *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 1. Aufl., München 2011, IntGesR Rn. 29.

Namhafte Stimmen im Schrifttum wenden hiergegen ein, durch die Anwendung des deutschen Deliktsrechts stünden die Partner besser, als wenn die LLP im Heimatland tätig wäre.³⁸ Um Wertungswidersprüche aufzulösen, verfüge das IPR über das Instrument der Anpassung.³⁹ Die Lösung sei darin zu suchen, den *tort of negligence* dem englischen Gesellschaftsrecht zuzuschlagen, so dass die LLP dieses Haftungskonzept aus dem Heimatland mitbringe.⁴⁰

Nach überwiegender Ansicht im Schrifttum haftet ein Partner einer englischen LLP in Deutschland jedoch „lediglich“ nach deutschem Deliktsrecht.⁴¹ Die Vertreter argumentieren überzeugend, das englische Deliktsrecht sei unspezifischer Bestandteil der Haftungsverfassung der LLP. Die Anwendung englischen Deliktsrechts würde dazu führen, dass hier tätige LLP schlechter behandelt würden als einheimische Gesellschaften. Dadurch wi-

³⁸ *Henssler/Mansel*, NJW 2007, 1393 (1395) m.w.N.

³⁹ *Henssler/Mansel*, NJW 2007, 1393 (1396 f.), auch zur Methode der Anpassung

⁴⁰ *Henssler/Mansel*, NJW 2007, 1393 (1396 f.).

⁴¹ *Hellwig*, NJW 2011, 1557 (1558); *Dahns*, NJW-Spezial 2005, 333 (334); *Weller/Kienle*, DStR 2005, 1002 (1006 f.); sehr überzeugend *Triebel/Silny*, NJW 2008, 1034 (1035 f.); *Schnittker/Leicht*, BB 2010, 2971 (2975); *Schlinker*, NJW 2011, 2091 (2093); *Leuering*, ZIP 2012, 1112 (1113); wohl auch *Römermann/Praß*, NZG 2012, 601 (602); offen *Grunewald*, ZIP 2012, 1115 (1116).

derspreche eine Anpassung den europarechtlichen Vorgaben.

3. Dritter Befund

Die Tatsache, dass sich deutsche Anwaltskanzleien als LLP organisieren, beweist, dass ein Wettbewerb der Rechtsformen im Gang ist und dass die LLP den Wettbewerb teils gewinnt. Unsicherheiten bestehen jedoch wie gesehen nicht nur für den Rechtsverkehr, sondern auch für die Gesellschafter einer LLP in Deutschland. Im Rechtsverkehr kann die Bedeutung des Rechtsformzusatzes schwerer beurteilt werden. Für Anwälte ist die Haftungssituation ungeklärt.

VI. Lösungsansatz des Gesetzgebers: Die geplante PartG mbB

Die Bundesregierung hat auf diese Entwicklungen mit dem Gesetzentwurf zur Einführung der PartG mbB reagiert.⁴² Zentrale Norm wird der künftige § 8 IV PartGG sein:

„Für Verbindlichkeiten der Partnerschaft aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen, wenn

1. die Partnerschaft eine zu diesem Zweck durch Gesetz vorgegebene Berufshaftpflichtversicherung unterhält und

2. ihr Name den Zusatz „mit beschränkter Berufshaftung“ oder die Abkürzung „mbB“ oder eine andere allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthält; anstelle der Namenszusätze nach § 2 Absatz 1 Satz 1 kann der Name der Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung den Zusatz „Part“ oder „PartG“ enthalten.“

1. Inhalt der Regelung

Der erste Halbsatz schließt die Anwendung des § 8 I PartGG aus. Eine persönliche Mithaftung der Partner für Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung scheidet aus. Diese Erleichterung müssen sich die Partner aber durch eine erhöhte Mindestversicherung und einen dem Verkehrsschutz dienenden Rechtsformzusatz erkaufen.

Die erhöhten Mindestversicherungssummen gleichen denjenigen der bisherigen Mindestsummen der Anwalts-GmbH. Im anwaltlichen Berufsrecht wird zu diesem Zweck ein neuer § 51 BRAO eingeführt. Die Mindestversicherungssumme pro Partner soll für jeden Einzelfall 2,5 Millionen Euro betragen. Die Gesamtleistungen des Versicherers können für jedes Versicherungsjahr auf den Betrag der Mindestversicherungssumme multipliziert mit der Zahl der Partner begrenzt werden.⁴³ Besteht die

⁴² Siehe Fn. 2.

⁴³ Salger, DB 2012, 1794 (1796): „weit übertrieben“.

PartG mbB also aus 25 Partnern, muss die Berufshaftpflichtversicherung Gesamtschäden in Höhe von 75 Millionen Euro decken. Die Haftung entfällt nur, wenn die Versicherung im Zeitpunkt der schädigenden Handlung auch tatsächlich besteht.⁴⁴ Soweit die Versicherungssumme bei einem Schadensfall nicht ausreicht, haftet gegenüber Geschädigten allein das Gesellschaftsvermögen.

Aus Gründen des Gläubiger- und Verkehrsschutzes muss die PartG mbB von einer PartG unterscheidbar sein. Hierauf weist der besondere Rechtsformzusatz hin.⁴⁵ Von dem Zusatz „mbH“ wurde abgesehen, weil der Rechtsverkehr diesen Zusatz mit den Regeln der GmbH verbinden könnte, nämlich einer allgemeinen Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen. Dies könnte, so meint die Bundesregierung, Gläubiger in die Irre führen.⁴⁶

2. Einordnung der Regelung

Die PartG mbB soll die Haftungsfrage über eine erweiterte Versicherungslösung für Berufsfehler lösen. Jeder Anwalt muss eine Berufshaftpflichtversi-

cherung unterhalten. Die Anwälte in einer Anwalts-GmbH erkaufen sich die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen mit Mindestversicherungssummen. Diese Lösung soll nun auch für die Haftungsbeschränkung der Personengesellschaft PartG mbB taugen. Das deutsche Recht hätte dann ein zur LLP umgekehrtes Hybrid: Der Sache nach handelt es sich um eine Personengesellschaft, die bei Berufsfehlern den Haftungsprinzipien einer juristischen Person folgt.

VII. Rechtspolitische Analyse

Ein dreifacher Befund konnte als ausschlaggebend für die Reform ausgemacht werden: Die Anwaltschaft befindet sich in einer Haftungskrise, das deutsche Gesellschaftsrecht stellt der Anwaltschaft nur begrenzt taugliche Rechtsformen bereit, die deutschen Rechtsformen stehen im Wettbewerb zur britischen LLP.

Die folgende Analyse soll deshalb anhand von sieben kritischen Thesen näher untersuchen, ob sich die PartG mbB in das System des Gesellschafts- und des anwaltlichen Berufsrechts einordnen lässt, ob ein Regelungsbedarf besteht und durch die neue PartG mbB gedeckt ist und ob die verschiedenen gesellschaftspolitischen Interessen ausreichend berücksichtigt sind.

⁴⁴ Posegga, DStR 2012, 611 (612); Römermann/Praß, NZG 2012, 601 (603).

⁴⁵ Kritisch Schulze, jurisPR-HaGesR 10/2012 Anm. 1.

⁴⁶ Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf (oben Fn. 2), S. 14. Zust. Posegga, DStR 2012, 611 (613).

1. These 1: Die PartG mbB läuft dem System der Berufshaftung zuwider.

An dieser These ist richtig, dass die Haftung des einzelnen Anwalts in einer PartG mbB nicht mehr persönlich und unbeschränkt ausgestaltet sein wird.

Das muss die Haftung des Anwalts als Gesellschafter allerdings schon nach geltendem Recht nicht sein. So urteilte das BayObLG bereits in der grundlegenden Entscheidung zur Zulassung der Anwalts-GmbH, dass die „*unbeschränkte und persönliche Haftung des Rechtsanwalts ... für das Berufsbild nicht mehr maßgebend*“ sei.⁴⁷ Die PartG mbB läuft deshalb nicht gegen die Berufshaftung. Diese bleibt wie gehabt. Die PartG mbB nähert sich vielmehr von der anderen, der gesellschaftsrechtlichen Seite.⁴⁸ Welche Voraussetzungen müssen vorliegen, damit die persönliche Haftung eines Gesellschafters entfällt? Die PartG mbB ist deshalb ein gesellschaftsrechtlicher Ansatz und kein Ansatz der Milderung der anwaltlichen Berufshaftung.

2. These 2: Die PartG mbB ist nicht nötig.

Gegen die PartG mbB wird auch eingewendet, für ihre Einführung bestehe keine rechtspolitische Notwendigkeit.⁴⁹

⁴⁷ BayObLG, NJW 1994, 199, 201; Hellwig, NJW 2011, 1557 (1559); Walpert, ZRP 2012, 127 (127).

⁴⁸ Insoweit a.A. Beck, DZWIR 2012, 447 (447).

⁴⁹ Beuthien, ZRP 2012, 127 (127).

Es hätte dem Wettbewerb am Markt überlassen bleiben sollen, ob sich Kanzleien und Mandanten für eine LLP entscheiden oder nicht.⁵⁰

Die Notwendigkeit zeigt sich jedoch nicht nur an der Konkurrenz zur LLP, sondern auch am gescheiterten Versuch, Anwalts-GmbH & Co. KGs zu gründen. Gewerbetreibenden steht in Deutschland seit langer Zeit die GmbH & Co. KG als haftungsbeschränkte und einfach zu gestaltende Personengesellschaft zur Verfügung. Wenn die Haftung nicht mehr persönlich ausgestaltet sein muss, sollte Freiberuflern der Weg in eine haftungsbeschränkte Personengesellschaft nicht verschlossen bleiben.⁵¹

Außerdem hat Deutschland im Wettbewerb der Rechtsformen gute Erfahrungen mit „law made in Germany“ gemacht.⁵² Das Beispiel der im Jahre 2008 eingeführten Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) (UG) zeigt dies.⁵³ Bis dahin stand die gründungsstrenge GmbH mit der englischen *Limited* im Wettbewerb. Seit Einführung der UG sind die Ltd.-Gründungen in

⁵⁰ Beuthien, ZRP 2012, 127 (127).

⁵¹ Walpert, ZRP 2012, 127 (127).

⁵² Hellwig, NJW 2011, 1557 (1558).

⁵³ Zur UG allg. Römermann, NJW 2010, 905 (905 ff.).

Deutschland stark rückläufig.⁵⁴ Die UG entwickelte sich zum Erfolgsmodell: Zum 1. November 2012 waren in Deutschland 76.377 UG im Handelsregister eingetragen.⁵⁵ Gerade die Anwaltschaft, die als Organ der Rechtspflege fungiert, sollte nicht gezwungen sein, auf eine ausländische Rechtsform auszuweichen.⁵⁶

Rechtssicherheit gewährt eine deutsche Gesellschaftsform besser als eine ausländische. Die ausländische Gesellschaftsform wird von Inländern zu einem bestimmten Zweck genutzt. Da der Gesetzgeber diese Nutzung nicht verbieten kann, sollte er gesetzgeberisch mit einem eigenen Angebot reagieren.

3. These 3: Die PartG mbB ist nicht ausreichend.

Die geplante PartG mbB wird lediglich bei beruflichen Fehlern vor persönlicher Haftung schützen. Allgemeine Verbindlichkeiten folgen § 8 I PartGG.

Dies könnte man als unzureichend ansehen.⁵⁷

Dass nur berufliche Fehler Gegenstand der Haftungsbeschränkung sein werden, ist jedoch gerade das Charmante an der Lösung. Allgemeine Verbindlichkeiten werden nicht von der Berufshaftpflichtversicherung des Anwalts gedeckt.⁵⁸ Ein Haftungsschutz erscheint in diesem Bereich jedoch selbst nach überwiegender Ansicht der Betroffenen nicht erforderlich. Eine Befragung des Deutschen Anwaltvereins ergab, dass die Anwaltschaft nur im Hinblick auf die Haftung wegen beruflicher Fehler Regelungsbedarf sah.⁵⁹ Andere Verbindlichkeiten, etwa aus Kfz-Leasing, Büromiete oder Arbeitsverhältnissen, sind kalkulierbar oder fallen nicht derart ins Gewicht.⁶⁰ Der Gesetzgeber greift also nur dort ein, wo es nötig ist. Damit erweist sich die PartG mbB als normensparsame Lösung, die ihr Regelungsziel doch erreicht.

⁵⁴ Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl., München 2012, Einleitung Rn. 10, wobei die Gründungen schon vor 2009 nachließen.

⁵⁵ http://www.rewi.uni-jena.de/Forschungsprojekt+Unternehmergeellschaft_p_15113-path-11558.html, zuletzt abgerufen am 6. Januar 2013.

⁵⁶ Gehring, ZIP 2012, 1118 (1118); Hellwig, NJW 2011, 1557 (1558).

⁵⁷ Salger, DB 2012, 1794 (1795 f.); Schüppen, BB 2012, 783 (784); Beck, DZWIR 2012, 447 (449); weniger scharf Grunewald, ZIP 2012, 1115 (1117); Schulze, jurisPR-HaGesR 10/2012 Anm. 1.

⁵⁸ Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf (oben Fn. 2), S. 14.

⁵⁹ Zur Befragung vgl. Interview mit Hellwig, abgedruckt bei Lührig, AnwBl 2012, 345 (346). Salger, DB 2012, 1794 (1796). Siehe ferner den Diskussionsbericht bei Gehling, ZIP 2012, 1118 (1118).

⁶⁰ Salger, DB 2012, 1794 (1796).

4. These 4: Die PartG mbB passt nicht ins deutsche Gesellschaftsrecht.

Ein Einwand gegen die Einführung einer PartG mbB liegt in der strukturellen Neuartigkeit.⁶¹

Richtig an dem Einwand ist, dass die Haftungsbeschränkung gewährt wird, ohne dass die PartG mbB eine juristische Person wäre. Die PartG mbB erhält durch Eintragung in das Partnerschaftsregister keine Rechtspersönlichkeit.

Jedoch besteht schon vor Eintragung eine Personengesellschaft. Lediglich die Haftungssituation wandelt sich durch Eintragung nach § 7 I PartGG in eine PartG mbB.⁶² Diese Situation ist vergleichbar mit der in der KG. Zwar besteht die KG bereits ab Abschluss des Gesellschaftsvertrags. Die beschränkte Haftung des Kommanditisten tritt aber regelmäßig erst mit Eintragung seiner Kommanditistenstellung in das Handelsregister ein.⁶³ Das deutsche Recht kennt also die Gründungsabläufe und -wirkungen bereits teilweise aus dem Recht der KG.

Im Unterschied zur KG ist die Haftung des Gesellschafters nicht persönlich beschränkt, sondern situativ bzw. partiell.⁶⁴ Die PartG mbB übernimmt für „normale“ Verbindlichkeiten das Konzept einer GbR oder OHG, für Verbindlichkeiten aus fehlerhafter Berufsausübung das Konzept beschränkter Haftung. Dieses Konzept bedarf allerdings einer Rechtfertigung.

Im deutschen Gesellschaftsrecht lassen sich klassischerweise drei wesentliche Rechtfertigungselemente einer gesetzlichen Haftungsbeschränkung vorfinden: Erkaufen der Haftungsbeschränkung durch ein Mindeststammkapital, strenge Vorgaben bei der Kapitalaufbringung, Absicherung des Gesellschaftsvermögens durch Kapitalerhaltungsvorschriften.⁶⁵ Diese Säulen dienen dem Gläubigerschutz. Der Gläubiger soll sich darauf verlassen können, dass ein gewisses und für ihn im Vorhinein bestimmbares Mindestvermögen zur Deckung der Schulden der Gesellschaft zur Verfügung steht. Keine dieser Bedingungen erfüllt die PartG mbB.

Die Aspekte finden sich aber bei der PartG mbB in anderer Gestalt. Das Erkaufen erfolgt im Wege der höheren Mindestversicherungssumme, die be-

⁶¹ *Beuthien*, ZRP 2012, 127 (127); Stellungnahme des Deutschen Richterbundes Nr. 11/12, abzurufen unter <http://www.drbb.de/cms/index.php?id=765>, zuletzt abgerufen am 6. Januar 2013.

⁶² *Römermann/Praß*, NZG 2012, 601 (603); unzut. a.A. *Beck*, DZWIR 2012, 447 (447).

⁶³ Zur Ausnahme der §§ 161 II, 123 II HGB s. *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch, 35. Auflage, München 2012, § 176 Rn. 1.

⁶⁴ *Posegga*, DStR 2012, 611 (611); *Lerch/Lerch/Junkov*, GmbHReport 2012, R329 (R329).

⁶⁵ *Römermann/Praß*, NZG 2012, 601 (606).

reits für die Anwalts-GmbH gilt.⁶⁶ Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung spiegeln sich letztlich in der Pflicht, diese Versicherung auch tatsächlich zu unterhalten.

Die Abkehr vom kapitalorientierten System ist keine Neuerung: Bei der UG ist das Mindeststammkapital auf einen Euro abgesenkt, §§ 5a I, 5 II 1 GmbHG. Eingebraachte Forderungen im Rahmen von Kapitalmaßnahmen des Insolvenzplans sind praktisch haftungsbefreit. Wer eine Forderung in eine Eigenkapitalbeteiligung tauscht, haftet nicht mehr auf die Differenz, wenn eine eingebrachte Forderung falsch bewertet wurde.⁶⁷ Der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung wird zunehmend ausgehöhlt.⁶⁸

Dadurch fügt sich die PartG mbB in eine rechtspolitische Entwicklung ein, die als grundlegend bezeichnet werden kann. Aus systematischer Sicht verändert sich die Grundlage für die Haftungsbeschränkung von einer abstraktbilanziellen zu einer situativen Betrachtung.⁶⁹ Während das klassische Konzept ein Mindestmaß an Vermögen als Haftungsmasse sichern sollte, liegt die Eigenart der PartG mbB in der Pflicht

zur vorausschauenden Absicherung der Gläubiger in konkreten Schadenssituationen. Weitere Beispiele für diese Entwicklung sind § 90 Abs. 2 Satz 3 AktG, § 64 Satz 3 GmbHG.⁷⁰

Die PartG mbB verbindet damit Merkmale unbeschränkt haftender und haftungsbeschränkter Personengesellschaften miteinander. Richtig ist, dass die PartG mbB keinen Doppelgänger unter den Personenhandelsgesellschaften hat. Sie überträgt jedoch im deutschen Recht bereits vorhandene Konzepte auf die spezifische Haftungssituation von Freiberuflern. Insofern ist das Konzept kein Fremdkörper im deutschen Gesellschaftsrecht.

5. These 5: Die PartG mbB privilegiert die Freien Berufe über Gebühr.

Insbesondere der Deutsche Richterbund zieht in Zweifel, ob der Gesetzgeber die Freien Berufe nicht über Gebühr gegenüber Gewerbetreibenden privilegiert.⁷¹ Den Bedürfnissen könne ebenso durch eine Öffnung der GmbH & Co. KG für Freie Berufe begegnet werden. Weiterhin stehe die PartG mbB nur denjenigen Freien Berufen offen, die eine durch das Gesetz begründete

⁶⁶ Posegga, DStR 2012, 611 (612).

⁶⁷ Sog. *debt-equity-swap*.

⁶⁸ Römermann/Praß, NZG 2012, 601 (606).

⁶⁹ Römermann/Praß, NZG 2012, 601 (606); a.A. Beck, DZWIR 2012, 447 (447).

⁷⁰ Näher Römermann/Praß, NZG 2012, 601 (607).

⁷¹ Stellungnahme des Deutschen Richterbundes Nr. 11/12, abzurufen unter <http://www.drbr.de/cms/index.php?id=765>, zuletzt abgerufen am 6. Januar 2013; ähnlich Grunewald, ZIP 2012, 1115 (1117); Schulze, jurisPR-HaGesR 10/2012 Anm. 1.

Haftpflichtversicherung unterhalten. Darin könne ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz liegen.

Schon nach geltendem Recht genießen Freiberufler weitreichende Privilegien gegenüber Gewerbetreibenden. In einer Gegenüberstellung der Rechte und Pflichten würde die Haftungsbeschränkung nur als einer von vielen Posten auftauchen. Die PartG mbB bedeutet lediglich eine Fortführung der Privilegierung. Daher bedeutet hier – überspitzt – der Zweifel an der PartG mbB zugleich den Zweifel am System der Freien Berufe.

Überdies greift es zu kurz, auf die Vorteile zu schauen, ohne ihren Preis zu berücksichtigen. Wie ausgeführt, muss sich die PartG mbB ihre Haftungserleichterung mit einem erhöhten Versicherungsschutz erkaufen. Wenn also die Partner einer PartG mbB privilegiert sind, sind sie es nicht „über“, sondern „gegen“ Gebühr.

6. These 6: Am Ende zahlt der Mandant die Zeche.

Landet die irdische Schwere beim Geschädigten? Der Deutsche Richterbund hinterfragt, ob die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen durch die höhere Mindestversiche-

rungssumme von 2,5 Millionen Euro vollständig ausgeglichen wird.⁷²

Dieser Einwand stellt die Frage nach dem Schutz des Mandanten gemessen am Entfallen der persönlichen Haftung. Fraglich ist aber, ob dem Mandanten daran überhaupt gelegen und ihm damit gedient ist.

Einem Geschädigten ist gleichgültig, woher die Mittel stammen, sein Vermögen wiederherzustellen. Das Mandanteninteresse geht folglich nicht in Richtung einer persönlichen Haftung, sondern der Deckung von Schäden.⁷³ Dem Mandanten ist mit einem hohen Versicherungsschutz eher gedient als mit der persönlichen Haftung.⁷⁴ Nach dem gesetzlichen Regelfall tritt im Falle der PartG mbB eine Verzehnfachung der bisherigen Mindestversicherungssumme pro Partner ein.⁷⁵ Die Basis der Deckung wird also in der Regel erweitert.

Dabei zahlt gerade nicht der Mandant die Zeche: Das Haftungsrecht entwickelt sich immer mehr hin zu Systemen

⁷² Stellungnahme des Deutschen Richterbundes Nr. 11/12, abzurufen unter <http://www.drb.de/cms/index.php?id=765>, zuletzt abgerufen am 6. Januar 2013.

⁷³ Siehe hierzu den Diskussionsbericht bei *Gehring*, ZIP 2012, 1118 (1118).

⁷⁴ *Walpert*, ZRP 2012, 127 (127); *Hellwig*, NJW 2011, 1557 (1558); *Dahns*, NJW-Spezial 2012, 190 (190).

⁷⁵ *Leuring*, ZIP 2012, 1112 (1115).

kollektiver Schadenstragung.⁷⁶ Die Versicherungslösung ist ein System des Ausgleichs. Dem Schadensersatz des einen (Mandant) steht nicht ein gleich hoher Schaden des anderen (haftender Anwalt) gegenüber. Vielmehr leisten Versicherungen eine Verteilung der Schäden auf viele Schultern. Bezahlen muss dies zunächst die PartG mbB. Ihr fallen die höheren Prämien zur Last.⁷⁷

Der Mandant zahlt die Zeche auch nicht in einem Verlust an Qualität: Dass die Beratungsqualität und das Haftungsrisiko korrelieren, ist zu bezweifeln. Eher korrelieren die Höhe der beim Mandanten durchsetzbaren Vergütung und der gute Ruf einer Kanzlei. Diesen erarbeitet man sich durch hohe Beratungsqualität.

7. These 7: Die Kleinen hängt man, die Großen lässt man laufen.

Unzweifelhaft werden die höheren Versicherungssummen höhere Kosten für die zu einer PartG mbB zusammengeschlossenen Anwälte zur Folge haben. Deshalb könnte gegen die Einführung einer PartG mbB auch einzuwenden sein, die Rechtsform sei eher für Großkanzleien attraktiv und folglich Klientelpolitik.

⁷⁶ Instruktiv *Fuchs*, Deliktsrecht, 7. Aufl., Berlin 2009, S. 3 ff.

⁷⁷ Freilich können bei höheren Kosten die Preise steigen.

Der Einwand ist faktisch richtig.⁷⁸ Höhere Kosten sind eher für größere Kanzleien tragbar. Die PartG mbB steht jedoch rechtlich jedem Zusammenschluss von Anwälten offen.

Das Kostenargument belegt keine Ungleichbehandlung. Die Haftungsrisiken in größeren Einheiten bedingen den Bedarf nach Haftungsbeschränkung. Risiken abzusichern, kostet im System der Berufshaftpflichtversicherung zwangsläufig Geld. Um kleineren Kanzleien den Weg in die PartG mbB durch geringere Kosten zu ebnen, müssten auch geringere Mindestdeckungssummen gelten. Dann aber wäre zu befürchten, dass das Interesse des Mandanten an Deckung von Schäden auf der Strecke bliebe. Die Mindestdeckungssummen (und damit die höheren Kosten) sind damit nicht willkürlich hochgezogene Schwellen, die kleinere Einheiten von der Rechtsform ausschließen sollen. Sie dienen vielmehr dem Regelungsziel des Gesetzgebers, die Interessen von Haftungsbeschränkung einerseits und Verkehrsschutz andererseits in Ausgleich zu bringen.

An dieser Stelle spielt wiederum eine Rolle, dass die PartG mbB die Fragen gesellschaftsrechtlich und nicht über milderes Berufshaftungsrecht löst. Für

⁷⁸ Zum Meinungsbild in der Anwaltschaft vgl. aber *Kilian*, AnwBl 2012, 957 (957 ff.); *ders.*, AnwBl 2013, 14 (14 f.).

Fehler ist der Anwalt berufsrechtlich haftbar wie zuvor. Ein großer und reputationsschädigender Haftungsfall wird eine Großsozietät weiterhin zerreißen können wie bisher.⁷⁹

Anwaltliche Tätigkeit ist von Vertrauen geprägt – nach „außen“ und „innen“. Nach außen macht die PartG mbB nicht gegen Reputationsschäden immun. Nach innen ist das gegenseitige Vertrauen der Partner in die Arbeit der Mitpartner weiterhin essenziell.

VIII. Fazit

Die vorgesehene Einführung einer PartG mbB ist begrüßenswert. Der Gesetzentwurf kann als Musterbeispiel von Normensparsamkeit gelten. Er kommt mit lediglich kurzen Änderungen des PartGG und der BRAO aus.

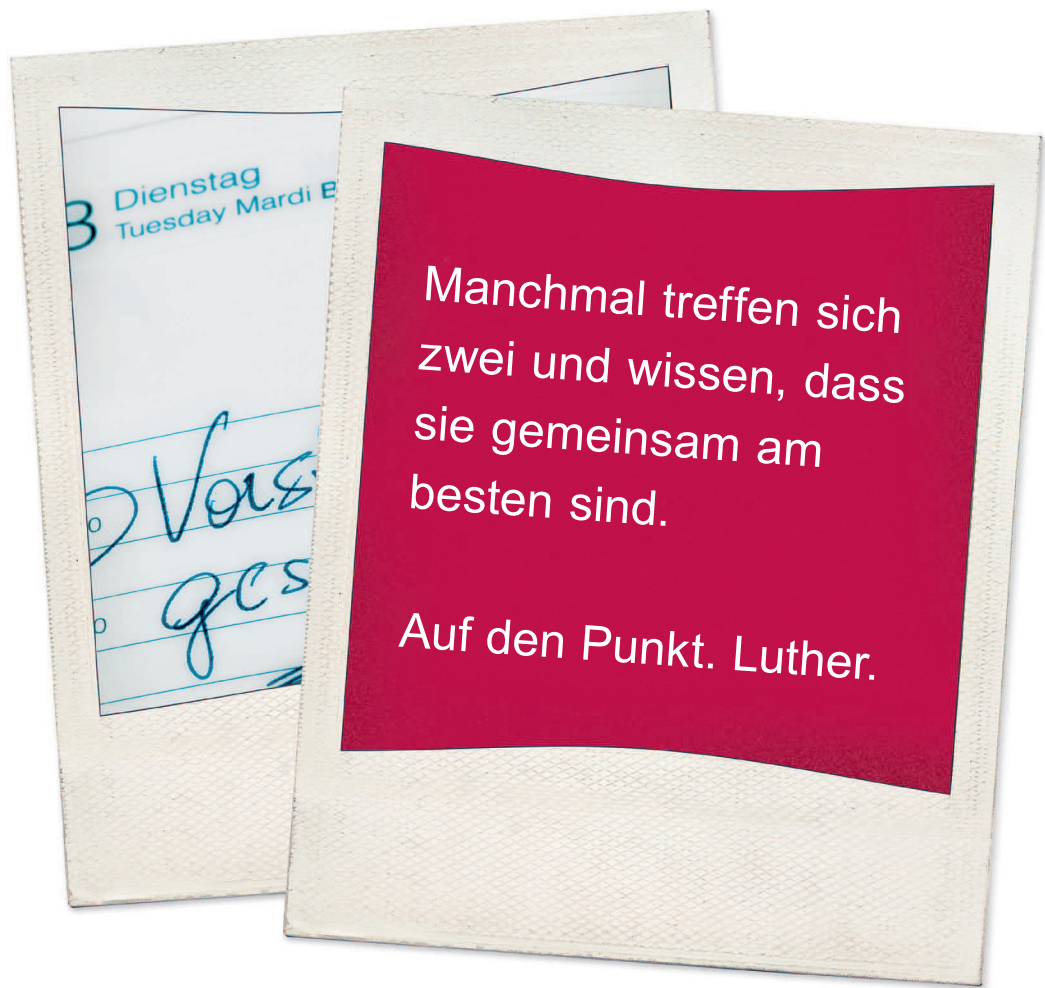
Für Mandanten entstehen keine messbaren Nachteile durch die PartG mbB. Die irdische Schwere landet nicht bei ihnen.

Die PartG mbB ist auch eine angemessene Antwort auf die LLP. Sie hat nicht den Nachteil der unsicheren Haftungsfolgen der LLP. Außerdem entwickelt die PartG mbB gesellschaftsrechtliche Haftungskonzepte weiter.

Ob sich die PartG mbB am Markt etabliert, wird die Zukunft erweisen. Anwälte in einer künftigen PartG mbB könnten sich aber zumindest zum Teil glücklicher schätzen als zuvor. Von den besonders strengen Pflichten und der niedrigen Fahrlässigkeitsschwelle befreit sie die PartG mbB leider nicht. Anwälte werden rechtlich weiterhin die Idealfigur abgeben müssen. Sie können jedoch ein Stück mehr Beruf und Privates trennen. Im Fall des Falles räumen sie schweren Herzens ihr Büro. Zuhause wartet aber die Familie auf sie und nicht der Gerichtsvollzieher. Der Abstand zur irdischen Schwere ist gewachsen.

⁷⁹ Hahn/Naumann, WM 2012, 1756 (1756); Salger, DB 2012, 1794 (1794). Beispielsfall: BGH, NJW 2009, 2949. Hierzu Römermann, NJW 2009, 2924 (2926 f.).

Luther.



Manchmal treffen sich
zwei und wissen, dass
sie gemeinsam am
besten sind.

Auf den Punkt. Luther.

Wir glauben, dass wir diesen Moment mit Ihnen erleben können. Als Beginn einer dauerhaften Partnerschaft. Sie wollen auf höchstem Niveau arbeiten und wir mit Ihnen wachsen. Sie erwarten in Ihrer Entwicklung gefördert zu werden und wir, dass Sie Ihre Ausbildung hervorragend abgeschlossen haben. Ihnen ist es wichtig, Arbeit und Privatleben in Einklang zu bringen und wir setzen auf Ihren Leistungswillen. Wir glauben, das passt zusammen. Überzeugen Sie uns mit Ihrer Bewerbung als

Referendar oder Praktikant (m/w) in Stuttgart

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Eva Seeland-Winkmann, Telefon +49 221 9937 25090, karriere@luther-lawfirm.com

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, München, Stuttgart
Brüssel, Budapest, London, Luxemburg, Shanghai, Singapur



RA Hartmut Kilger / RA Dr. Christian F. Majer*

Die Ethik und die Rechtsanwälte

– Zur Aufstellung von Regeln für eine Rechtsanwalsethik –

I. Einleitung

Das Thema „Ethik und Anwaltschaft“ beschäftigt Juristen und Gesellschaft seit dem Mittelalter. Bereits der im 13. Jahrhundert geborene Johannes v. Buch thematisiert das Verhalten des Rechtsanwalts vor Gericht; er vergleicht dabei den Rechtsstreit vor Gericht mit einem ritterlichen Waffengang.¹ Ein wenig später, nämlich im Jahr 1726, ordnete König Friedrich Wilhelm der I. von Preußen – auch bekannt als der „Soldatenkönig“ – die Pflicht zum Tragen der Anwaltsrobe an, und zwar mit der bekannten, für Rechtsanwälte wenig schmeichelhaften Begründung: *„Wir ordnen und befehlen hiermit allen Ern-*

tes, dass die Advocati wollene schwarze Mäntel, welche bis unter das Knie gehen, unserer Verordnung gemäß zu tragen haben, damit man diese Spitzbuben schon von weitem erkennen und sich vor ihnen huten kann.“

Bis heute gilt der Rechtsanwalt weithin als geldgierig, unmoralisch und skrupellos. In einer Allensbacher Umfrage aus dem Jahr 2008 nennen 27 % der Befragten auf die Frage nach einem Beruf, vor dem sie Achtung haben, den Beruf des Rechtsanwalts (gegenüber 78 % beim Arzt), was einen deutlichen Verlust darstellt. In den 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts lag er bei noch 37 %.²

Aber nicht nur in der Bevölkerung ist der Rechtsanwalt in Misskredit geraten: auch seitens der Juristenkollegen müssen Rechtsanwälte sich immer häufiger unethisches Verhalten vorwerfen lassen. So führte der Große Senat für Strafsachen des BGH in seiner Entscheidung zur „Rugeverkummerung“ im Strafprozess aus dem Jahr 2007³ unter anderem eine angeblich veränderte Berufsethik als Argument für die Änderung der Rechtsprechung des BGH an.⁴

* Hartmut Kilger ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Sozialrecht in Tübingen und war Präsident des Deutschen Anwaltsvereins (DAV). Christian F. Majer ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Majer und Kollegen in Tübingen und Lehrbeauftragter an der Universität Konstanz.

¹ Siehe dazu *Kannowski*, NJW 2008, 713 ff.

² http://www.ifd-allensbach.de/uploads/tx_reportsndocs/prd_0802.pdf, Abruf am 6.12.2012.

³ BGH, NJW 2007, 1419.

⁴ Siehe dazu etwa mit Recht ablehnend aus neuerer Zeit *Bertheau*, NJW 2010, 973. Bemerkenswert ist neben der pauschalen Verunglimp-

Infolgedessen wird seit einiger Zeit die Aufstellung von Regeln der anwaltlichen Berufsethik diskutiert; hierzu hat die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) ein Diskussionspapier entworfen. Der folgende Beitrag nimmt zu diesem und zur Frage der generellen Sinnhaftigkeit solcher Ethik-Regeln Stellung.

II. Einführung in das anwaltliche Berufsrecht

Das Berufsrecht der Rechtsanwälte ist geregelt in der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) sowie der konkretisierend dazu von der Satzungsversammlung erlassenen Berufsordnung (BORA). Sie regeln neben den Voraussetzungen der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft (§§ 8 ff. BRAO) und Bestimmungen über die Selbstverwaltungsorgane der Rechtsanwälte (Anwaltskammern und Anwaltsgerichtshöfe, §§ 60 ff. BRAO) und dem anwaltsgerichtlichen Verfahren (§§ 116 ff. BRAO) auch besondere Pflichten der Rechtsanwälte. Grundpflichten sind nach § 43 BRAO die Unabhängigkeit, die Verschwiegenheit, die Sachlichkeit, das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, die Sorgfalt

fung der Rechtsanwälte in diesem Zusammenhang vor allem, dass die materielle Wahrheit sich oftmals ohne weiteres aus dienstlichen Erklärungen der übrigen Beteiligten ergeben soll, wohingegen man dem Verteidiger dann folglich ein bewusst unwahres Vorbringen vorwirft.

bei Behandlung ihm anvertrauter Vermögenswerte und die Pflicht zur Fortbildung. Besondere Beschränkungen gelten für den Rechtsanwalt hinsichtlich der Werbung, welche nach § 43b BRAO sachlich über die Berufstätigkeit erfolgen muss; nähere Vorschriften zur Konkretisierung enthalten §§ 6 ff. BORA. Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, Beratungshilfemandate zu übernehmen (§ 49a BORA), seine (gesetzliche oder vertraglich vereinbarte) Vergütung unterliegt Beschränkungen (§ 49b BRAO), er muss eine Berufshaftpflichtversicherung abschließen (§ 51 BRAO) und darf sich mit Angehörigen anderer Berufe nur nach Maßgabe des § 59a BRAO zusammenschließen.

III. Rechtspflicht und Ethik

1. Schwierig zu fassen ist in diesem Zusammenhang die Ethik-Dimension anwaltlichen Handelns. Genannt werden zum Teil Bereiche wie das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, die Pflicht zur Fortbildung, der Umgang mit Erfolgshonoraren, das Werberecht sowie Fragen der Kanzleiorganisation.⁵

Diese Aufzählung zeigt exemplarisch, wie schwer die Anwaltsethik in einzelne Bereiche zu fassen ist. Die von *Henssler* genannten Bereiche betreffen nämlich

⁵ So *Henssler*, AnwBl. 2008, 721 ff. Siehe zur Diskussion um einen Ethik-Kodex sogleich unter IV.

die Ethik im eigentlichen Sinne teilweise überhaupt nicht, wie etwa die Fragen der Kanzleiorganisation, teilweise nur am Rande.⁶ Letzteres betrifft beispielsweise die Pflicht zur Fortbildung: unethisch ist es allenfalls, dem Mandanten durch fehlende Rechtskenntnisse Schaden zuzufügen, nicht aber, von Dritten angebotene Kurse nicht zu belegen.⁷

2. Andere Akzente setzt das Papier der Bundesrechtsanwaltskammer zur Ethik-Debatte.⁸ Es nennt als Werte, welche in den §§ 43, 43a BRAO und §§ 2,3 BORA angelegt sind, die Unabhängigkeit, die Verschwiegenheit, das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen „mit den Werten der Geradlinigkeit, Loyalität und Zurückstellung eigener Interessen“, die Gewissenhaftigkeit „mit den Werten Hingabe, Sorgfalt, Vorsicht, Kompetenz und Transparenz“, die Sachlichkeit „mit den Werten Mäßigung, Distanz zur Sache, Wahrhaftigkeit, Professionalität“ sowie die soziale Verantwortung „mit der Pflicht, Zugang zum Recht zu gewähren und der Bereitschaft zu ehrenamtlichem Engagement sowie der Verantwortung für- und untereinander“. Als weitere Bereiche

nennt das Papier „Menschlichkeit mit der Bereitschaft zur Folgenverantwortung, Fairness, Höflichkeit und Kollegialität“ und zuletzt „die Integrität innerhalb und außerhalb des Berufs, zu der die Rechtschaffenheit gehört“.

Im Folgenden werden die Bereiche weiter konkretisiert. Viele Ausführungen darin verdienen Zustimmung, andere allerdings auch Widerspruch. Manche Punkte, die das ethische Handeln in besonderer Weise betreffen, sind darin leider gar nicht aufgeführt.

Im Einzelnen gilt:

a) Zustimmung verdienen die Ausführungen zur Unabhängigkeit eines Rechtsanwalts. Insbesondere die Mahnung an anwaltliche Arbeitgeber, angestellte Rechtsanwälte nicht nur zur bloßen Zuarbeit einzusetzen (A.5.), verdient besondere Erwähnung, da dies einen weit verbreiteten Missstand darstellt.

b) Weitgehende Zustimmung verdienen auch die Ausführungen zum Verbot widerstreitender Interessen, wobei bisweilen Selbstverständlichkeiten angebracht werden.

c) Zustimmung verdienen die Ausführungen zur Gewissenhaftigkeit in Teilen. Richtig ist es, auch für das Massenkassensystem eine Kanzleiorganisation zu fordern, die die „besonderen Anforde-

⁶ Ebenso *Hellwig*, AnwBl. 2009, 465 (471).

⁷ Siehe zur Fortbildungspflicht etwa *Dahns*, NJW-Spezial 2006, 333 ff.; *Kellner*, NJW 2002, 1372.

⁸ Abrufbar unter <http://www.rechtsanwaltskammer-duesseldorf.de/aktuelle-hinweise/neupage/>, Abruf am 6.12.2012. Zustimmend dazu *Ignor*, NJW 2011, 1537 ff.

rungen an die Sorgfalt, Transparenz und Kompetenz anwaltlicher Tätigkeit erfüllt“. Das wird in der Praxis oftmals missachtet.

Schwierigkeiten wirft jedoch die geforderte Orientierung der Rechtsanwälte hinsichtlich ihrer Fortbildung an den Anforderungen für Fachanwälte auf (C.2.b.). Nach § 15 FAO muss ein Fachanwalt „kalenderjährlich auf diesem Gebiet wissenschaftlich publizieren oder an anwaltlichen Fortbildungsveranstaltungen hörend oder dozierend teilnehmen“. Inwiefern eine wissenschaftliche Publikation auf einem beliebigen Gebiet die Fachkompetenz des Rechtsanwalts generell erhöht, bleibt beispielsweise unklar. Unklar bleibt auch, welche Fortbildungen ein Generalist besuchen soll. Nicht zuletzt ist die einseitige Orientierung an Fortbildungsveranstaltungen fragwürdig. Ein Rechtsanwalt muss selbstverständlich die neueste Rechtsprechung und Gesetzgebung bei der Mandatsbearbeitung beherrschen; in welcher Weise er sich diese aber aneignet, muss ihm überlassen bleiben, zumal angesichts der Kosten derartiger Veranstaltungen.⁹

Richtig ist sicherlich, dass zu einer gewissenhaften Mandatsführung „das sorgfältige Abwägen von Prozessrisiken und des Für und Wider von Vergleichen

ohne Rücksicht auf Honorarinteressen“ gehört (C.III.d.) und dass der Rechtsanwalt „über die Interessen seines Mandanten hinaus auch die Folgen seines Handelns für den Mandanten, aber auch dessen Gegner, Dritte und das Gemeinwohl“ bedenkt (C.III.c.). An dieser Stelle wäre eine Ergänzung dahingehend dringend angebracht, dass der Rechtsanwalt nicht allein die wirtschaftlichen Interessen des Mandanten, sondern dessen Interessen insgesamt zu berücksichtigen hat, was in der Praxis leider oft missachtet wird. Zu diesen zählen auch die psychische Belastung eines Mandanten durch den Rechtsstreit oder sein Verhältnis zu seiner Familie in einer familienrechtlichen Auseinandersetzung. Diese Aspekte können es gebieten, auf die Führung eines Rechtsstreites zu verzichten oder einen solchen durch Abschluss eines Vergleichs zu beenden, freilich nur nach Rücksprache mit dem Mandanten. Entgegen einem verbreiteten Irrtum gebieten übrigens Honorarinteressen in der Regel trotz der Einigungsgebühr nicht den Abschluss eines Vergleichs, sondern dessen Ablehnung: weit höhere Honorare sind zu erzielen, wenn ein zunächst außergerichtlich geführter Rechtsstreit in einen gerichtlichen überführt wird oder ein Urteil erstritten wird und sodann Rechtsmittel eingelegt werden; der Abschluss eines Vergleichs ist ja auch in der Berufungsinstanz möglich.

⁹ Siehe zu den leider bislang kaum betonten wirtschaftlichen Aspekten unter VI.

Die Pflicht, neben den Mandanteninteressen noch Drittinteressen zu berücksichtigen, darf allerdings nicht die oft zu beobachtende Unsitte legitimieren, dass sich Rechtsanwälte über den Willen ihrer Mandanten hinwegsetzen und selbst definieren, welches Handeln im Interesse ihres Mandanten liegt, zumal wenn ein Mandant einen Rechtsstreit vermeiden oder beenden will. Ein Rechtsanwalt ist Vertreter und Berater seines Mandanten und nicht sein Vormund oder Betreuer; daran ändert auch seine Stellung als „Organ der Rechtspflege“ (§ 1 BRAO) nichts.¹⁰

d) Sicher richtig ist die Forderung unter C.3.a., dass „nicht nur“ wirtschaftliche Interessen das Handeln des Rechtsanwalts bestimmen dürfen. Die folgende Formulierung, „im Zweifel“ sei den Interessen des Mandanten und der Rechtspflege Vorrang einzuräumen, ist zumindest missverständlich: selbstverständlich ist stets den Interessen des Mandanten sowie der Rechtspflege Vorrang vor den eigenen wirtschaftlichen Interessen einzuräumen. Richtig ist natürlich auch das Postulat, der Rechtsanwalt dürfe eine Hauptverhandlung nicht aus Gebühreninteressen in die Länge ziehen (3.b.); allerdings fragt es sich, ob das Standesrecht der richtige Ort ist, diesem Missstand zu begeg-

nen.¹¹ Der Zusammenhang mit dem Gebührenrecht gilt insbesondere auch für die häufig zu beobachtende und zu Recht monierte Unsitte, den erkennbar bedürftigen Mandanten nicht über die Möglichkeit der Beratungshilfe aufzuklären.¹²

e) Zu begrüßen ist auch die Betonung des Gebots der Sachlichkeit (D.1.),¹³ welches in der anwaltlichen Praxis immer häufiger missachtet wird. Ein legitimes Interesse daran, unsachliche Formulierungen zu verwenden, besteht in keinem Fall, auch dann nicht, wenn das Verhalten der Gegenseite zur Empörung Anlass gibt, wie das Papier zutreffend betont (D.1.b.). Sie sind in jedem Fall der Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege unwürdig. Allerdings stößt eine Ahndung solcher Verstöße durch die Anwaltskammern auf gewisse Schwierigkeiten. An dieser Stelle sind auch die Gerichte dazu aufgerufen, Verstöße gegen das Sachlichkeitsgebot durch anwaltliche Schriftsätze in den jeweiligen Prozessen zu rügen.

¹⁰ Siehe dazu etwa *Augstein*, NStZ 1981, 12 ff.; *Jaeger*, NJW 2004, 1 ff.; *Streck*, AnwBl 2012, 388 ff.

¹¹ Siehe zum Zusammenhang mit dem anwaltlichen Gebührenrecht unten V.

¹² Siehe dazu eingehend unter V.

¹³ Siehe zu diesem *BVerfG*, NJW 1988, 191; *BVerfG*, NJW 1991, 2274. Das *BVerfG* lässt dabei einen weiten Spielraum auch für unsachliche Äußerungen und sieht eine Ahndung erst bei strafbaren Beleidigungen für zulässig an.

Eine Selbstverständlichkeit ist auch die Betonung der Pflicht zur Wahrhaftigkeit und das Verbot der Lüge (D.2.), zumal in diesem Bereich auch die Grenze zur Strafbarkeit wegen Prozessbetruges nicht fern ist. Die Justiziabilität anwaltlicher Verstöße gegen die Wahrheitspflicht ist allerdings hinsichtlich der Strafbarkeit des Rechtsanwaltes insoweit eingeschränkt, als hier besondere subjektive Anforderungen gelten.¹⁴

Die Ausführungen zur Zulässigkeit der anwaltlichen Werbung geben im Wesentlichen den Stand der Gesetzgebung (§ 43b BRAO, §§ 6-10 BORA) und Rechtsprechung¹⁵ zu diesem, im Anschluss an die durch Entscheidungen des BVerfG eingeläutete Liberalisierung viel diskutierten Thema¹⁶ wieder.

Fraglich ist aber, ob Richtlinien für einen Ethik-Kodex tatsächlich geeignete *sedes materiae* für das anwaltliche Werberecht sind. Sicherlich ist irreführende und unsachliche Werbung in gewisser Weise unethisch, allerdings gilt dies für wettbewerbswidriges Verhalten

allgemein, nicht nur für solches der Rechtsanwälte. Die Diskussion um Ethik-Richtlinien droht jedenfalls durch eine Aufnahme dieser umfangreichen und diffizilen Thematik überfrachtet zu werden.

f) Zutreffend betont das Papier auch die soziale Verantwortung des Rechtsanwalts. Die Aufforderung, pro bono und ehrenamtlich tätig zu werden, lässt allerdings einen weiten Spielraum und kann daher auch nur als Appell verstanden werden. Eine wie auch immer geartete Kodifizierung hin zu einer Pflicht zu solchen Tätigkeiten (entsprechend der Pflicht zur Übernahme von Beratungshilfemandaten gemäß § 49a BRAO) würde erhebliche Schwierigkeiten hervorrufen.

IV. Zur Diskussion um einen Ethik-Kodex

Unabhängig von der sachlichen Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Ausführungen im Thesenpapier der BRAK ist allerdings die Frage zu stellen, inwieweit die ethischen Maßstäbe schriftlich niedergelegt oder überhaupt Regeln aufgestellt werden sollten. Insbesondere der Deutsche Anwaltverein nimmt aus grundsätzlichen Erwägungen hier eine entgegengesetzte Position ein.¹⁷

¹⁴ Siehe dazu etwa *Joecks*, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 27 Rn. 52.

¹⁵ Etwa *BVerfG*, NJW 2004, 2656; *BVerfG*, NJW 2000, 1635; *BVerfG*, NJW 2000, 3195; *BGH*, NJW 2003, 504; *BGH*, NJW 2002, 2642. Zu einem möglichen Verstoß gegen die EMRK siehe *EGMR*, NJOZ 2009, 1248.

¹⁶ Siehe dazu beispielsweise *Grunewald/Henssler*, NJW 2003, 1099; *Horn*, NJW 2007, 1413 ff.; *Moellers/Mederle*, WRP 2008, 871 ff.; *Remmert*, NJW 1997, 2785; *Steinbeck*, NJW 2003, 1481 ff.

¹⁷ Siehe die Stellungnahme des DAV vom 18.7.2011, abrufbar unter <http://anwaltverein.de/downloads/stellungnahmen/SN40BRAK->

Die Problematik wird sofort deutlich, wenn man sich die oben zur Pflicht der Fortbildung getroffene Feststellung noch einmal vor Augen hält: „unethisch ist es allenfalls, dem Mandanten durch fehlende Rechtskenntnisse Schaden zuzufügen“. Das allerdings kann auch als Aussage verstanden werden, die mit Ethik überhaupt nichts zu tun hat. Denn es ist selbstverständlich eine klare Verletzung des Anwaltsvertrags, ein Mandat mit fehlenden Rechtskenntnissen zu betreiben. Die Schadensfolgen lassen sich leicht mit juristischen Mitteln bewältigen – es ist gar nicht erforderlich, das fehlende Berufsethos zu bemühen. Nimmt man diese Aussage ernst, stellt sich gebieterisch die Frage, wozu Ethik überhaupt benötigt wird.

Wer noch die – vom BVerfG am 14.7.1987¹⁸ kassierten – alten Standesrichtlinien kennt und erlebt hat, wird diese Bedenken nicht leicht vom Tisch wischen. Sie führten ja nicht nur zu einer kleinkarierten Kontrolle nutzloser Verhaltensanweisungen; vor allem ihr Rechtscharakter war signifikant. Es handelte sich ursprünglich nur um die aufgeschriebene (angebliche) Wirklichkeit: verdiente Repräsentanten der Anwaltschaft (damals fast ausschließlich Herren) hatten niedergelegt, wie sich nach ihrer Ansicht ein anständiger An-

walt verhalte. Ausdrücklich sollte das Ergebnis keine Rechtsquelle sein. Das so produzierte Sammelsurium mutierte nach und nach aber genau dazu: bei der Auslegung des § 43 BRAO galten die Standesrichtlinien als eine Art antizipiertes Sachverständigengutachten. Und so wurden sie auch angewandt: wer gegen die Standesrichtlinien verstieß, handelte berufsrechtswidrig. Diesem Spuk haben die „Bastille“-Entscheidungen des BVerfG zu Recht ein Ende bereitet.

Zu einer Neuauflage darf es nicht mehr kommen. Aber es kommt dazu, wenn man Regeln zu formulieren beginnt. Sie werden zumindest in Deutschland sofort fröhlich administriert, sowie sie aufgestellt sind. Und dann hat man wieder genau das, was man nicht wollte: eine Rechtsquelle – dann allerdings wieder (wie damals) ohne geordnete oder gar demokratische Legitimation. Dabei ist der Ausweg doch so einfach: was man für regelungspflichtig hält, das mag man in die Berufsordnung (BRAO oder BORA) schreiben. Will man das nicht, dann ist das ins Auge gefasst Projekt offensichtlich nicht regelungsbedürftig. Dann sollte es unterbleiben – andernfalls entsteht wieder neben der Rechtsordnung ein Graubereich, der die Freiheit ohne Rechtfertigung einschränkt. Tertium non datur: es gibt nichts im Zwischenraum zwischen Rechtsregeln und Regelabwesenheit.

DiskussionspapierAnwaltsethik.pdf (Abruf am 3.1.2012).

¹⁸ BVerfGE 76, 196.

Insbesondere hat die Ethik dort keinen Platz.

Nimmt man diese Haltung ein, dann stellt sich die Frage, wozu man Ethik überhaupt braucht. Beruht sie auf einer überflüssigen Mode? Durchaus nicht. Drei Beobachtungen sind angebracht:

Es geht gar nicht um Ethik. Ethik bezeichnet man auch als „praktische Philosophie“, da sie sich mit dem menschlichen Handeln befasst. Es soll hier aber nicht philosophiert, sondern die Praxis beeinflusst werden. Tatsächlich geht es um die Frage, welches Berufsethos von Anwälten erwartet werden kann.

Die Frage nach dem Berufsethos beginnt dort, wo Regeln aufhören. Existiert eine Regel, dann ist sie zu befolgen. Erst wenn sie fehlt, stellt sich die Frage, was dann das richtige Handeln sei.

Erst recht stellt sich die Frage nach dem Berufsethos, wenn sich vorhandene Regeln widersprechen. Im Konflikt widerstreitender Rechtsregeln hat sich das berufliche Ethos zu bewähren. Dies kann durchaus auch dazu aufrufen, gegen eine Rechtsregel zu verstoßen – gerade weil sie verantwortungsbewusst ausgeübtem Berufsethos widerspricht.

Es könnte der Eindruck entstehen, die Frage nach dem beruflichen Ethos stelle sich in seltenen Grenzbereichen. Davon

kann keine Rede sein, sie ist täglicher Begleiter. Alle Rechtsregeln können die sich täglich entwickelnde, bunte Wirklichkeit nicht erfassen. Überall tun sich ständig Leerräume auf, die von noch so sorgfältig erarbeiteten Rechtsregeln nicht abschließen erfasst werden, und wo letztlich nichts anderes gefragt ist, als das eigene Gewissen. Dass konträre Rechtsregeln den Anwalt vor immer neue Konflikte stellen, ist Berufserfahrung. In dieser Situation verlässt das äußere Gerüst den Handelnden – es bleibt nur, was er in sich selbst vorfindet. Und schlimm wird es nur, wenn dort nichts vorgefunden werden kann.

Die Freiheit stellt einen hohen Anspruch an die eigene Verantwortung. Je mehr sie in rechtliche Regeln – schriftlich oder nicht schriftlich – eingebunden wird, umso mehr wird Freiheit reduziert. Aber gerade die Freiheit des professionellen Dienstleisters ist das, was dem Interesse des Vertretenen oder der Gerechtigkeit dient.

Deswegen gibt es eine ganz andere Methode, sich mit „Ethik“ zu befassen. Sie zielt auf das Verantwortungsbewusstsein und das Gewissen jedes Berufsträgers. Das ist nur in einem dialektischen Prozess möglich, der darin besteht, Situationen aufzuzeigen, in denen sich ein berufsethisches Problem stellt, und anschließend zu diskutieren, welche Verhaltensweise der eine oder der an-

dere für richtig hält. Nicht die Problemlösung des Einzelfalles ist das Ziel, sondern die Bereitstellung des notwendigen Problembewusstseins. Diesen Weg beschreitet der Deutsche Anwaltverein dadurch, dass er auf Anwaltstagungen und inzwischen in jedem Heft des Anwaltsblatts solche Situationen zur Debatte stellt.

Das Zitat der Spitzbuben mit den schwarzen Mänteln stammt aus absolutistischen Zeiten. Es belegt gerade dieses: dass Ethik nicht mehr von oben verordnet werden kann. Und bezüglich der Allensbacher Adressaten (und dem „Soldatenkönig“ Friedrich Wilhelm des I. von Preußen) dürfte feststehen, dass sie ihre Ansicht über die Anwälte spätestens dann nachhaltig ändern, wenn sie in einer Notsituation an einen kundigen Anwalt geraten. Es ist ja gerade das Problem, dass sie von ihm dann nicht Berufsethos, sondern klare Vertretung ihrer Interessen erwarten.

V. Anwaltliche Ethik und Gebührenrecht

So richtig es ist, die Stellung des Rechtsanwalts von der sonstiger unternehmerisch tätiger Personen abzugrenzen und seine Verantwortung als Organ der Rechtspflege zu betonen, so notwendig ist es auch, die Kehrseite dieser Stellung zu betrachten. Wenn einem Rechtsanwalt die Verpflichtung auferlegt wird, Beratungshilfemandate anzu-

nehmen (§ 49a BAO), muss auch dafür gesorgt werden, dass ein Rechtsanwalt, der viele solcher Mandate bearbeitet, wirtschaftlich arbeiten kann. Gerade in ärmeren Regionen Deutschlands oder einzelnen Bezirken von Großstädten tätige Rechtsanwälte haben oft ein überwiegend von geringem Einkommen lebendes Klientel; die Mehrheit ihrer Mandate besteht aus Prozesskosten- und Beratungshilfemandaten. Nach dem bisherigen Gebührenrecht ist es ihnen kaum möglich, eine Anwaltskanzlei samt Personal wirtschaftlich zu betreiben.¹⁹ Das in weiten Teilen der Bevölkerung vorherrschende Klischee des Rechtsanwalts als Top-Verdiener entspricht in dieser Pauschalität nicht der Realität. Sehr gut verdienenden Rechtsanwälten vorwiegend in international tätigen wirtschaftsrechtlich ausgerichteten Kanzleien steht eine Masse von Rechtsanwälten gegenüber, die nicht selten zu unangemessen niedrigen Löhnen beschäftigt werden,²⁰ oder in ihrer Einzelkanzlei wirtschaftlich ums Überleben kämpfen, auch wenn in

¹⁹ Immerhin sind Bestrebungen im Gange, das seit 1994 unveränderte Gebührenrecht den gestiegenen Kosten anzupassen, das BMJ hat dazu einen Gesetzesentwurf vorgelegt (abrufbar unter http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_2_KostRMOG.pdf?__blob=publicationFile, Abruf am 8.1.2013. Die Regelungen können hier nicht im Einzelnen besprochen werden; siehe zum Entwurf etwa *Winkler*, NJ 2012, 241 ff.

²⁰ Siehe dazu etwa *AnwGH NRW*, NJW 2008, 126; *Seul*, NJW 2002, 197 ff.

den letzten Jahren insoweit eine Besserung festzustellen ist. Berufseinsteigern ohne entsprechende Examensergebnisse sind gute Verdienstmöglichkeiten meist verwehrt, Voraussetzung für eine gut bezahlte Stelle in der Anwaltschaft sind fast durchgängig Prädikatsexamina bzw. die Note „vollbefriedigend“. Die immer wieder publizierten Zahlen zum Durchschnittsverdienst eines Rechtsanwalts haben deswegen nur eine begrenzte Aussagekraft. Der Gesetzgeber, welcher dem Rechtsanwalt wegen seiner Stellung besondere Schranken auferlegt und besondere Anforderungen an ihn stellt, muss gleichzeitig auch dafür sorgen, dass ein Rechtsanwalt wirtschaftlich arbeiten kann. So berechtigt Klagen über den Verfall der Sitten in der Anwaltschaft im Hinblick auf ihre Berufsethik sein mögen, so muss doch auch berücksichtigt werden, dass wirtschaftliche Existenznot einen Verstoß gegen die Berufsethik häufig nahe legt, auch wenn ihn dies nicht rechtfertigt.

Die Funktion des Gebührenrechts beschränkt sich aber nicht darauf, ein wirtschaftliches Auskommen zu ermöglichen, sondern es hat auch darüber hinaus Lenkungsfunktion. Wenn im Papier der BRAK beklagt wird, dass Strafverteidiger aus wirtschaftlichen Gründen in einem Verfahren möglichst viele Verhandlungstage zu bekommen versuchen, so gehören die Regelungen, welche die Gebühren nach den Ver-

handlungstagen bemessen, auf den Prüfstand.

Insgesamt ist das anwaltliche Gebührenrecht eine viel geeignetere Materie als ein ohnehin kaum justizabler Ethik-Kodex.

VI. Fazit

So richtig viele Ausführungen im Papier der BRAK auch sein mögen: die Aufstellung von Ethik-Regeln für die Anwaltschaft ist aus grundsätzlichen Erwägungen abzulehnen. Ethisches Handeln lässt sich nicht in einem Regelwerk erfassen, ethisches Handeln ist gerade dann gefragt, wenn Regeln nicht existieren. Viele Ausführungen des Papiers betreffen zudem Selbstverständliches, der Verstoß gegen die aufgezählten Maximen ist bereits durch das geltende Recht erfasst. Eine Lenkungswirkung gegenüber unerwünschten Erscheinungen in der Praxis lässt sich außerdem durch einen Ethik-Kodex kaum erreichen, hier ist das anwaltliche Gebührenrecht der viel besser geeignete Hebel.

Die Frage nach der Berufsethik ist keine Mode, die kommt und wieder vergeht. Ihre Aktualität ist notwendige Folge einer wachsenden Orientierungslosigkeit der Gesellschaft einerseits und einer immer komplexer werdenden Wirklichkeit andererseits. Die verantwortete Eigenentscheidung ist gefragter denn je

– und sie wird erst recht von denen erwartet, die professionelle Dienstleistung im Rechtsbereich übernehmen. Deswegen besteht die Aufgabe darin, das Bewusstsein der Berufsträger zu schärfen, um sie in Stand zu setzen, ethisch begründete Eigenentscheidungen verantwortlich zu treffen. Insoweit ist die Frage nach der Berufsethik nichts anderes als die nach der Erhaltung der Freiheit. Der unregelte Raum ist viel größer als der, der durch Regeln erreicht werden kann.

Ass. jur. Alexander Segmiller*

Grundstücksschenkung nach inszeniertem Selbstmordversuch

Sachverhalt:¹

(A)nastasia stammt aus einer ehemals reichen Aristokratenfamilie, die in den Wirren der Zeit viel von ihrem Reichtum eingebüßt hat. Unter anderem ist die Stadtvilla, die zugleich das Geburtshaus von As Vater (V)ictor ist, nicht mehr in Eigentum und Besitz der Familie. Der neue Eigentümer ist der Unternehmer (U)lrich. Zum großen Glück von V haben sich A und U bei einem gesellschaftlichen Ereignis für gehobene

Kreise kennen und lieben gelernt. Da A inzwischen schwanger ist, plant das Paar zu heiraten. A, die weiß wie sehr V am Geburtshaus der Familie hängt, bittet U, ihrem Vater V doch das Grundstück samt Haus zu schenken. U ist davon wenig begeistert und lehnt den Vorschlag ab. Als alles Bitten und Betteln nichts nützt, beschließt A, den Druck zu erhöhen: Nachdem sie eine leere Packung Schlaftabletten, eine angebrochene Packung mit brechreizhemmenden Mitteln im Bad ausgelegt und eine Flasche Wein auf dem Couchtisch platziert hat, legt sie sich auf die Couch und wartet auf das Eintreffen des U. Als dieser nach Hause kommt, nimmt A eine unnatürlich verkrampfte Haltung ein. Wie erhofft, glaubt U, seine Geliebte A habe einen Selbstmordversuch unternommen. Der von U herbeigerufene Hausarzt konnte zwar keine akute Lebensgefahr feststellen, meint aber, dass A unter erheblichem Stress stünde. Auf Nachfrage des U belügt ihn A, indem sie ihm erzählt, dass sie den Druck, den ihr Vater auf sie bezüglich der „Sache mit der Stadtvilla“ ausübe, nicht mehr aushalte, sie könne daher in Zukunft für nichts garantieren. U, der zwar an der Geschichte mit V zweifelt, weil ihm die Beziehung zwischen Vater und Tochter immer sehr gut schien, entschließt sich aus Sorge um sein ungeborenes Kind und das Leben der A, die Stadtvilla auf V zu übertragen. Diesen Entschluss teilt er A

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Eberhard-Karls-Universität Tübingen am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsche Rechtsgeschichte und Juristische Zeitgeschichte, Handels- und Gesellschaftsrecht (Professor Dr. Jan Thiessen).

¹ Die nachfolgende Hausarbeit wurde in der Übung für Anfänger im Zivilrecht an der Universität Tübingen im Wintersemester 2012/13 gestellt. Ihr Schwerpunkt liegt auf Problemen des Allgemeinen Teils des BGB. Sie eignet sich daher insbesondere zur Wiederholung des Stellvertretungs- und Anfechtungsrechts, sowie der gesetzlichen Formvorschriften. Siehe hierzu auch die didaktischen Beiträge zum Stellvertretungsrecht von *Lorenz*, JuS 2010, 382 ff., 771 ff. sowie zum Anfechtungsrecht von *Cziupka*, JuS 2009, 887 ff. und *Büchler*, JuS 2009, 976 ff.

auch mit. An der Übertragung der Stadtvilla ist V nicht beteiligt, A nimmt seinen Platz ein, wobei sie, damit ihre Lüge nicht entlarvt wird, sich selbst eine Vollmachtsurkunde ausstellt. Hierzu fälscht sie gekonnt die Unterschrift des V. In der Folge wird V als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen und bezieht die Stadtvilla, wobei er, aufgrund entsprechender Aussagen der A, annimmt, dass U ihn nur aus Liebe zu A in der Villa wohnen lässt. Von seiner Eigentümerstellung oder dem vorhergehenden Verhalten seiner Tochter A hat er keine Kenntnis. Nach dem Einzug des V in die Villa heiraten A und U. Als kurz nach der Hochzeit das gemeinsame Kind geboren wird und keine weiteren Anzeichen für Selbstmord der A bestehen, ist U erleichtert, dass alles geklappt hat. Leider nicht für lange, denn drei Jahre später verliebt sich U neu und verlässt A im Mai 2011. Obwohl die beiden sich daraufhin ihre Hochzeitsgeschenke zurückgeben, erklärt U gegenüber A aufgrund seines schlechten Gewissens, ob der Beendigung ihrer Beziehung, dass er auf die Rückgabe der Villa verzichte. Als sich die beiden im Juli 2012 zufälligerweise wiedersehen, kommt es zum Streit. Dabei entfährt A der Satz: „Wegen einem wie dir hätte ich mich niemals umgebracht, du weißt gar nichts, ich habe dir alles nur vorgespielt“. In diesem Moment erst wird U klar, dass A ihren Selbstmordversuch nur inszeniert

hat. Umgehend setzt er ein Schreiben an V auf, indem er die Geschehnisse schildert und erklärt, dass er die Über-eignung der Villa aufgrund des vorge-täuschten Suizidversuchs der A für „Null und nichtig“ erachte und sofort die Rückübereignung verlange. Daraufhin stellt V seine Tochter A zur Rede und erfährt erst jetzt von seiner Eigen-tümerstellung und den Vorgängen, die dazu geführt haben. Obwohl er vom Verhalten seiner Tochter schockiert ist, will er die wiedergewonnene Stadtvilla nicht hergeben. Er schreibt zurück, dass er seiner Tochter nicht in den Rücken fallen wolle und ihr damaliges Verhal-ten billige. Außerdem habe U, so habe es ihm A, als er sie zur Rede stellte, ge-sagt, dass er, U, nach der Trennung selbst geäußert habe, auf die Stadtvilla verzichten zu wollen.

Aufgabe: In einem umfassenden Rechtsgutachten sind die Ansprüche des U gegen V auf Herausgabe des Grundstücks zu prüfen.

Bearbeitervermerk: Die Vorschriften der Grundbuchordnung (GBO) sind von der Prüfung ausgeschlossen.

Gutachten:

A. Anspruch aus § 985 BGB

U könnte einen Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks gegen V gem. § 985 BGB haben. Dies setzt voraus, dass U Eigentümer des Grundstücks und V unberechtigter Besitzer ist.

I. Eigentum des U?

Ursprünglich war U Eigentümer des Grundstücks. Er könnte sein Eigentum jedoch durch Übereignung und Eintragung an V gem. §§ 873 I, 925 I 1 BGB verloren haben. Voraussetzung ist die wirksame Auflassung, die Eintragung ins Grundbuch und die Berechtigung des U.

1. Wirksame Auflassung

Zweifelhaft ist bereits, ob eine wirksame Auflassung vorliegt. Dazu müssten V und U zwei kongruente Willenserklärungen, gerichtet auf den Eigentumswechsel, abgegeben haben. U hat diesbezüglich seinen Willen erklärt. V selbst aber hat keine Willenserklärung abgegeben. Er könnte jedoch durch A wirksam vertreten worden sein (§ 164 I 1 BGB). A müsste im Namen des V eine Willenserklärung mit Vertretungsmacht in den Rechtsverkehr entäußert haben.

a) Wirksame Stellvertretung

Zwar gibt A eine Willenserklärung im Namen des V, gerichtet auf die Auflassung des Grundstücks, ab, jedoch könnte die erforderliche Vertretungsmacht fehlen.

aa) Vollmachtsurkunde

Eine Bevollmächtigung durch V ist zu keinem Zeitpunkt erfolgt. Die eigenmächtige Ausstellung einer Vollmachtsurkunde erfüllt den Tatbestand des § 172 I BGB nicht.

bb) Rechtsscheinvollmacht

Anzudenken wäre die Möglichkeit entweder einer Duldungs- oder einer Anscheinsvollmacht. Beide Alternativen erfordern jedoch, dass V in zurechenbarer Weise den Rechtsschein einer wirksamen Bevollmächtigung der A setzt. Da V erst durch das Schreiben des U von der Fälschung seiner Unterschrift erfährt, kann davon keine Rede sein.

b) Zwischenergebnis

A ist falsus procurator. Die Auflassungserklärung ist schwebend unwirksam.

c) Genehmigung gem. § 177 I BGB

Die Auflassung könnte aber durch die nachträgliche Zustimmung des V gem.

§§ 177 I, 182 BGB wirksam werden.² Laut Sachverhalt will V die Stadtvilla behalten und billigt daher das Verhalten der A. Der Erklärungstatbestand der Genehmigung ist damit erfüllt. Fraglich ist indes, ob die Genehmigung überhaupt noch möglich ist und weiter, ob sie nicht auch ausnahmsweise der Form des Rechtsgeschäfts bedarf, auf welches sie sich bezieht (§ 182 II BGB).

aa) Möglichkeit der Genehmigung?

Im Schreiben des U an V könnte bereits ein Widerruf des Vertretergeschäfts (der Auflassung) gem. § 178 S. 1 BGB zu sehen sein. Dafür muss der andere Vertragsteil hinreichend deutlich erklären, dass er aufgrund eines Mangels der Vertretungsmacht das Vertretergeschäft widerruft.³ U hat aber vom Mangel der Vertretungsmacht noch keine Kenntnis. Er hat nach dem Gespräch mit A lediglich erkannt, „dass A ihren Selbstmordversuch nur inszeniert hat“. Das Schreiben des U an V kann daher nicht als Widerruf ausgelegt werden.

² Gut vertretbar ist es auch, die Genehmigung zunächst im Ergebnis dahinstehen zu lassen und die Prüfung der Anfechtung vorzuziehen, da wenn diese greift, die Genehmigung der Auflassung gegenstandslos geworden ist.

³ Schramm, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 178 Rn. 8.

bb) Ausnahmsweise: Formbedürftigkeit der Genehmigung?

Grundsätzlich ist die Genehmigung formlos möglich (§ 182 II BGB). Zu erwägen wäre jedoch, ob nicht die Formvorschrift des § 925 I BGB den Gesetzeswortlaut des § 182 II BGB einschränkt.⁴

Eine Ansicht⁵ sieht in § 182 II BGB einen Parallelfall zu § 167 II BGB. Soll ein eigentlich formbedürftiges Rechtsgeschäft formlos genehmigt werden, so komme es darauf an, welche Funktion der Formvorschrift des zu genehmigenden Rechtsgeschäfts zugrunde liegt. Ist jene als Warnhinweis gedacht, sei die Genehmigung formbedürftig. Diene die Formvorschrift hingegen bloßen Dokumentationszwecken, sei die Genehmigung formlos möglich.

⁴ In der Praxis wäre der vorliegende Fall kaum denkbar. Für die Eintragung ins Grundbuch bedarf die schriftliche Vollmacht grundsätzlich zusätzlich noch der öffentlichen Beglaubigung, § 29 I 1 GBO. Fehlt diese, so kann sie zwar „durch eine in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form abgegebene sog. Vollmachtsgeständniserklärung“ nachgeholt werden (BGH, NJW 1959, 883), jedoch ist das im Sachverhalt nicht geschehen. Unterstellt man ein ordentlich und gewissenhaft arbeitendes Grundbuchamt, unterbleibt die Eintragung und damit die Eigentumsübertragung. Die Vorschriften der Grundbuchordnung sind aber laut Bearbeitervermerk von der Prüfung ausgeschlossen.

⁵ Medicus, BGB AT, 10. Aufl., S. 404 Rn. 976, S. 386 Rn. 929; Flume, BGB AT Band II, 4. Aufl., S. 890 (§ 54.6b), S. 860 ff. (§ 52.2b).

Vorliegend wird von der Formvorschrift des § 925 I BGB abgewichen. Tritt die Schutz- und Warnfunktion des § 925 I BGB aufgrund der Formvorschrift des § 311b I 1 BGB bzw. hier des § 518 I 1 BGB in den Hintergrund und dient das Formerfordernis in § 925 I BGB vor allem „dem Ausschluss möglicher Unsicherheiten für den Grundbuchvollzug“, indem „klare Unterlagen für die Grundbucheintragung“ geschaffen werden,⁶ wäre die formlose Genehmigung möglich. Erblickt man demgegenüber den Zweck des § 925 I BGB auch im Schutz bzw. der Warnung des Erklärenden,⁷ so wird man eine Formbedürftigkeit bejahen müssen.

Die Gegenansicht⁸ lehnt unabhängig vom Zweck der Form des zu genehmigenden Rechtsgeschäfts eine Formbedürftigkeit der Genehmigung ab. Die Situation des Genehmigenden sei nicht mit der des Vollmachtgebers vergleichbar, da ein wirksamer Schutz des Vertretenen auch nicht durch die Formbedürftigkeit der Genehmigung erreicht werde. Der Schutz würde vielmehr über den Vertreter vermittelt. Eine Parallele

⁶ *Kanzleiter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., § 925 Rn. 1.

⁷ *Stürner*, in: Soergel BGB, 13. Aufl., § 925 Rn. 1.

⁸ *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 177 Rn. 38; *Bayreuther*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 182 Rn. 22; *Gursky*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 182 Rn. 23, 27; *Leptien*, in: Soergel BGB, 13. Aufl., § 182 Rn. 5; *BGH*, NJW 1994, 1344 (1345) m.w.N. zu beiden Ansichten.

zu § 167 II BGB scheidet damit aus. Auch würde aufgrund der Vielzahl von Formvorschriften mit Warnfunktion die Regelung des § 182 II BGB praktisch überflüssig. Für eine solche Rechtsfortbildung *contra legem* bestehe kein evidenten Rechtsnotstand.⁹ In der hier zu bearbeitenden Sachverhaltskonstellation wäre die Auflassungserklärung damit wirksam genehmigt worden.¹⁰

Der klare Wortlaut des Gesetzes und die praktische Irrelevanz der Fragestellung¹¹ verbieten eine teleologische Reduktion des § 182 II BGB. Hinzu kommt, dass im vorliegenden Fall das Rechtsgeschäft für den Vertretenen zumindest unmittelbar lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Die Genehmigung ist damit nicht formbedürftig.

d) Zwischenergebnis

Die Auflassung ist durch Genehmigung des V *ex tunc* wirksam.

e) Anfechtung durch U

Durch sein an V gerichtetes Schreiben könnte U seine Willenserklärung, gerichtet auf die Übereignung des Grundstücks, angefochten haben.

⁹ *Gursky*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 182 Rn. 23, 27.

¹⁰ *OLG Brandenburg* v. 29.06.2010 – 5 Wx 35/09.

¹¹ Bei Grundstücksgeschäften ist ohnehin eine schriftliche Vollmacht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachzuweisen, § 29 I 1 GBO.

aa) Anfechtungsgrund

U könnte anfechten, wenn ihn V zur Abgabe der Auflassungserklärung durch widerrechtliche Drohung oder arglistige Täuschung veranlasst hat (§ 123 I BGB).¹²

aaa) Anfechtung gem. § 123 I Alt. 2 BGB

V selbst hat U nicht bedroht. Ein tauglicher Anfechtungsgrund könnte aber im inszenierten Selbstmordversuch der A liegen, da U um das Leben seines ungeborenen Kindes und der A fürchtete. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob auch die Drohung eines Dritten zur Anfechtung berechtigt.

(1) Teleologische Einschränkung der Anfechtung bei Drohung durch Dritten?

In Sonderkonstellationen führe die Anfechtung, gegründet auf die Drohung durch einen Dritten, zu unbilligen Ergebnissen: Kenne der Erklärungsempfänger die Anfechtbarkeit, so werde er mit dem Bedrohten schon gar kein Rechtsgeschäft schließen bzw. dieses von einer teureren Gegenleistung abhängig machen, was bei Konstellationen, in denen der Bedrohte ein Interes-

se am Zustandekommen des Vertrags hat, nachteilig sein könne. Zu denken sei hier an Lösegeldfälle, in denen der Bedrohte Kredit bei seiner Bank sucht, um dem Drohenden das Geforderte zukommen zu lassen. Der Erpresste könnte den Kreditvertrag anfechten, mit der Folge, dass die Bank auf dem Schaden sitzen bleibt, sofern der Täter nicht gefasst wird. Um dies zu verhindern, soll die ratio des § 123 II BGB zur teleologischen Reduktion des § 123 I Alt. 2 BGB herangezogen werden. Solange also der unbeteiligte Vertragspartner durch den Vertragsschluss keine Schutzpflichten gegenüber dem Bedrohten verletzt, sei eine Anfechtung ausgeschlossen.¹³

Gegen diese Auffassung spricht aber, dass der Begriff der Schutzpflichten sich erstens nur im Einzelfall bestimmen lässt¹⁴ und zweitens eine Verletzung die Kenntnis bzw. die fahrlässige Unkenntnis der Bedrohungslage voraussetzt. Praktisch wird damit auf das Kennen oder Kennenmüssen der Drohung abgestellt, mithin wird der Fall der Drohung in den Anwendungsbereich des § 123 II BGB mit aufgenommen. Ein solches

¹² Im Gegensatz zu § 119 BGB, der das dingliche Rechtsgeschäft in der Regel nicht erfasst, wirkt die Täuschung bzw. Drohung normalerweise auch auf den Übereignungsvorgang ein (vgl. *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 123 Rn. 24; *Faust*, BGB AT, 2. Aufl., S. 180 [§ 22 Rn. 10]).

¹³ Zu dieser Mindermeinung siehe: *S. Martens*, AcP 207 (2007), 371 (380, 386, 396 ff.).

¹⁴ So bleiben auch die Ausführungen von *S. Martens* (aaO, 397) hierzu vage, wenn er davon spricht „die Reichweite solcher Schutzobliegenheiten“ genauer zu bestimmen um „Wertungswidersprüche zum allgemeinen Programm vorvertraglicher Schutzpflichten zu vermeiden“.

Vorgehen ist aber *de lege lata* nicht möglich.¹⁵ Die Intention des historischen Gesetzgebers und der Umkehrschluss aus § 123 II BGB, der die Anfechtung aufgrund widerrechtlicher Drohung gerade nicht erfasst, sprechen dafür, den Erklärenden vor einer unzulässigen Willensbeeinflussung möglichst gut zu schützen. Es bleibt also bei der gesetzlichen Ausgangslage. Auch die durch einen Dritten begangene Drohung berechtigt den Vertragspartner, seine Willenserklärung anzufechten.¹⁶

(2) Widerrechtliche Drohung

Dem Verhalten der A müsste ein entsprechender Drohcharakter entnommen werden können. Dazu muss dem Erklärenden zumindest eventualvorsätzlich ein Übel in Aussicht gestellt werden, auf welches der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt.¹⁷ Das Übel muss nicht explizit, sondern kann auch konkludent in Aussicht gestellt werden.¹⁸ Darauf, ob die Drohung real ist oder ein bestimmtes Gewicht hat, kommt es nicht an, entscheidend ist die

Sicht des Bedrohten.¹⁹ Durch die Lüge, ihr Vater mache ihr Druck wegen der Sache mit der Stadtvilla, die Behauptung sie wisse einfach nicht mehr weiter und könne für nichts garantieren, sowie den vorgetäuschten Selbstmordversuch entsteht bei U der Eindruck, dass A sich und dem ungeborenen Kind durch einen nochmaligen Selbstmordversuch schaden würde, wenn er nicht, durch die Übertragung des Hauses auf V, den Druck von A nähme. Dieser Eindruck ist von A bewusst erweckt worden. Sie handelte damit vorsätzlich.

Die Drohung mit Selbstmord müsste widerrechtlich sein. Das ist dann der Fall, wenn entweder das Drohmittel, der verfolgte Zweck selbst oder in Relation zum Mittel unter Zugrundelegung der guten Sitten und des Grundsatzes von Treu und Glauben als verwerflich anzusehen sind.²⁰ Vorliegend verstößt bereits die Drohung mit Selbstmord gegen die guten Sitten.²¹ Selbst wenn man dies anders sähe,²² stellt jedenfalls

¹⁵ *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 123 Rn. 115.

¹⁶ *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 123 Rn. 115; *Singer*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 123 Rn. 68; *Hefermehl*, in: Soergel BGB, 13. Aufl., § 123 Rn. 42.

¹⁷ *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 123 Rn. 97.

¹⁸ *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 123 Rn. 100; *BGH*, NJW 1988, 2599 (2601); NJW 1955, 877.

¹⁹ *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 123 Rn. 102; *Singer*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 123 Rn. 66.

²⁰ *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 123 Rn. 103; *Singer*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 123 Rn. 72; *Hefermehl*, in: Soergel BGB, 13. Aufl., § 123 Rn. 44.

²¹ *Rauscher*, Familienrecht, 2. Auflage, Rn. 158; *Balz*, Lebenserhaltung als Haftungsgrund, S. 181.

²² Hierüber lässt sich durchaus mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen streiten, vgl. *Kühl*, in: Kimura/Moser von Fils-

die damit einhergehende Gefährdung des ungeborenen Kindes ein rechtswidriges Drohmittel dar. Die Drohung ist widerrechtlich.

(3) Kausalität & Finalzusammenhang

Die Drohung müsste ferner kausal für die Abgabe der Auflassungserklärung gewesen sein. Der Drohende muss den Bedrohten zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt haben.²³ Daran könnte man hier zweifeln, da A keine konkrete Forderung an U gestellt hat,²⁴ U also aus eigener Überlegung die Auflassung erklärt hat. Grundsätzlich scheidet eine Kausalität damit aus, selbst wenn die Überlegung in einer Zwangslage entstanden ist.²⁵ Allerdings gilt dies

eck, Universalitätsanspruch und partikulare Wirklichkeiten, S. 49 (61).

²³ *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 123 Rn. 112; *Faust*, BGB AT, 2. Aufl., S. 182 (§ 22 Rn. 17).

²⁴ Die andere Ansicht ist vertretbar. Möglich erscheint es, eine konkludente Drohung anzunehmen, wenn man auf das vorherige Fordern der A nach Übertragung der Villa abstellt und auf die Lüge nach dem Selbstmordversuch, V würde Druck ausüben.

²⁵ *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 123 Rn. 113; *Singer*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 123 Rn. 71; *OLG Karlsruhe* v. 12.12.2003 – 14 U 34/03, NZA-RR 2005, 186 (187); *Hefermehl*, in: Soergel BGB, 13. Aufl., § 123 Rn. 43; *RGZ* 59, 351 (353); *Paulus*, Digesten 4.2.21: „Wenn eine [Freigelassene], die wegen Undankbarkeit gegenüber ihrem Freilasser beansprucht wird und die weiß, daß sie wirklich undankbar war, dem Freilasser, weil ihr Status in Gefahr ist, etwas übereignet [...], findet das Edikt keine Anwendung, weil sie selbst die Furcht bei sich erregt hat.“ (abgedruckt und übersetzt:

dann nicht, wenn der Drohende die Zwangslage gerade zur Erlangung der Willenserklärung schafft.²⁶ Darüber hinaus muss die Zwangslage geschaffen worden sein, um den Bedrohten zur Abgabe einer bestimmten Willenserklärung mit einem konkreten Inhalt zu veranlassen (objektiv finaler Zusammenhang zwischen Drohung und Erklärung).²⁷ Die A hat die Zwangslage geschaffen, um den U zur Abgabe der Auflassungserklärung zu bewegen. Damit war die Drohung kausal für die Abgabe der Willenserklärung. Gleichzeitig ist damit der finale Zusammenhang zwischen der Schaffung einer Zwangslage und der Abgabe einer bestimmten Willenserklärung (der Auflassung) etabliert.

(4) Zwischenergebnis

Der Anfechtungsgrund der widerrechtlichen Drohung liegt vor.

bbb) Anfechtung gem. § 123 I Alt. 1 BGB

V selbst hat U nicht getäuscht. In dem von A vorgespielten Selbstmordversuch könnte aber eine Täuschung des U liegen, wenn sich V die Handlungen der A zurechnen lassen muss.

Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, Corpus Iuris Civilis Band II, S. 357).

²⁶ *Hefermehl*, in: Soergel BGB, 13. Aufl., § 123 Rn. 43; *RG*, Recht 1927, Nr. 2196.

²⁷ *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 123 Rn. 99, 114; *Hefermehl*, in: Soergel BGB, 13. Aufl., § 123 Rn. 50.

(1) *Ausschluss der Anfechtung § 123 II 1 BGB*²⁸

Da V erst nach der Trennung der Eheleute A und U von dem vorgetäuschten Selbstmord der A erfährt, könnte eine Anfechtung mangels Kenntnis bzw. fahrlässiger Unkenntnis des V ausscheiden. Voraussetzung dafür ist, dass eine empfangsbedürftige Willenserklärung abgegeben und die Täuschung durch einen Dritten verübt wurde. Die Auflassungserklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Fraglich ist nur, ob A Dritte im Sinne des § 123 II BGB ist.

Dritter im Sinne des § 123 II BGB ist nicht jede Person außer dem Erklärungsempfänger.²⁹ Zur Definition der Person des „Dritten“ werden unterschiedliche Ansätze vertreten.³⁰ Egal, welcher Meinung man folgt: ein Vertreter des Erklärungsgegners ist niemals Dritter.³¹ Dies gilt auch dann, wenn der Vertreter keine Vertretungsmacht besaß, der Geschäftsherr aber später das

geschlossene Rechtsgeschäft genehmigt.³² A handelte zunächst als falsus procurator, jedoch wurde das von ihr abgeschlossene Rechtsgeschäft später durch V genehmigt (siehe A. I. 1. c.). A ist daher nicht als Dritte im Sinne des § 123 II 1 BGB anzusehen.

(2) *Arglistige (widerrechtliche³³) Täuschung*

Der Täuschende müsste vorsätzlich beim Getäuschten einen Irrtum über objektiv nachprüfbare Umstände erregt, bestärkt oder aufrechterhalten haben.³⁴ Die Täuschung kann durch aktives Handeln, ausdrücklich oder konkludent, sowie durch Unterlassen geschehen.³⁵ Auch rein tatsächliche Handlungen genügen.³⁶ Die von A aufgebaute Kulisse (Tablettenpackungen, Alkohol) vermittelte U, wie von A geplant und erhofft, die irrige Vorstellung, A habe versucht, sich selbst das Leben zu neh-

²⁸ Dieser Prüfungspunkt kann ebenso gut am Ende geprüft werden.

²⁹ *Hefermehl*, in: *Soergel BGB*, 13. Aufl., § 123 Rn. 32.

³⁰ Siehe hierzu die Nachweise bei *Armbrüster*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl., § 123 Rn. 64; *Hefermehl*, in: *Soergel BGB*, 13. Aufl., § 123 Rn. 32.

³¹ *Armbrüster*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl., § 123 Rn. 63; *Hefermehl*, in: *Soergel BGB*, 13. Aufl., § 123 Rn. 32; *BGH*, NJW 1956, 705; *RGZ* 72, 133 (136); *RGZ* 61, 207 (212).

³² *Armbrüster*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl., § 123 Rn. 63; *Singer*, in: *Staudinger, BGB*, Neub. 2011, § 123 Rn. 51; *Hefermehl*, in: *Soergel BGB*, 13. Aufl., § 123 Rn. 32; *RGZ* 76, 107 (108 f.). Schon angedeutet in: *RGZ* 72, 133 (137).

³³ Dem Kriterium der Widerrechtlichkeit kommt im vorliegenden Fall keine eigenständige Bedeutung zu. Anders ist dies, wenn dem Täuschenden ein „Recht auf Lüge“ zusteht (vgl. *Armbrüster*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl., § 123 Rn. 18 m.w.N.).

³⁴ *Hefermehl*, in: *Soergel BGB*, 13. Aufl., § 123 Rn. 2 f.

³⁵ *Armbrüster*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl., § 123 Rn. 27.

³⁶ *Hefermehl*, in: *Soergel BGB*, 13. Aufl., § 123 Rn. 5.

men. Die Inszenierung des vorgetäuschten Selbstmords ist eine arglistige Täuschung.

(3) Kausalität

Durch den Irrtum müsste U zur Abgabe einer Willenserklärung veranlasst worden sein. Dies ist gegeben, wenn der Erklärende ohne die Täuschung nicht oder jedenfalls nicht zu diesem Zeitpunkt die Willenserklärung abgegeben hätte.³⁷ An der Kausalität fehlt es aber, wenn der Getäuschte die Täuschung durchschaut³⁸ oder mit ihr gerechnet hat.³⁹ Laut Sachverhalt wusste U, dass keine akute Lebensgefahr bestanden hatte und dass das Verhältnis zwischen A und ihrem Vater V sehr gut war. Allerdings erkennt er die Täuschung erst Jahre später. U hat weder mit einer Täuschung gerechnet, noch hat er sie durchschaut. Ihm ist lediglich fahrlässige Unkenntnis der Täuschung vorzuwerfen. Eine solche schadet jedoch nicht.⁴⁰ Wer zweifelt und verfügt, zeigt

gerade, dass er dennoch irrt. Der Irrtum des U war kausal für die Abgabe seiner Willenserklärung.

ccc) Zwischenergebnis

Die Auflassungserklärung ist sowohl aufgrund arglistiger Täuschung als auch wegen widerrechtlicher Drohung anfechtbar gem. § 123 I BGB.

bb) Anfechtungserklärung § 143 I BGB

Das Schreiben des U an V könnte als Anfechtungserklärung auszulegen sein (§§ 133, 157 BGB). Dazu muss das Wort „anfechten“ nicht verwandt werden. Es genügt, dass sich aus der Willenserklärung eindeutig entnehmen lässt, dass der Anfechtende seine Willenserklärung aufgrund eines Willensmangels nicht mehr gelten lassen will.⁴¹ In seinem Schreiben gibt U klar zu erkennen, dass er die Übertragung des Grundstücks als „Null und nichtig“ ansieht und aufgrund des Verhaltens der A hieran nicht mehr gebunden sein möchte.

Problematisch könnte jedoch sein, dass U nicht geltend macht, hieran „von Anfang an“ nicht mehr gebunden sein zu wollen. Teilweise wird dies verlangt, da für den Anfechtungsgegner sonst nicht erkennbar sei, ob es sich um eine Anfechtungserklärung oder die Ausübung

³⁷ Singer, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 123 Rn. 45; Hefermehl, in: Soergel BGB, 13. Aufl., § 123 Rn. 20; RG v. 20.02.1930 – IV 150/29, JW 1931, 1358 (1359); v. 07.01.1911 – II 128/10, JW 1911, 275.

³⁸ BGH, NJW 1971, 1795 (1798).

³⁹ Singer, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 123 Rn. 45.

⁴⁰ Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 123 Rn. 22; Singer, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 123 Rn. 45; Hefermehl, in: Soergel BGB, 13. Aufl., § 123 Rn. 20; BGH, NJW 1971, 1795 (1798); RG, JW 1911, 275. A.A. noch BGH, NJW 1992, 1506 (1507).

⁴¹ Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 143 Rn. 2.

eines anderen Gestaltungsrechts handelt.⁴² Einem juristischen Laien ist diese Unterscheidung jedoch unbekannt. Um überflüssigen Formalismus zu verhindern, ist, wie sonst auch, nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) auszulegen. U will sich hier von dem Rechtsgeschäft lösen und trägt V Tatsachen vor, die eine Anfechtung rechtfertigen. Ein schützenswertes Interesse des V an einer anderen Auslegung ist nicht zu erkennen. Die Anfechtung wurde wirksam erklärt.

cc) Anfechtungsfrist § 124 I BGB

Die Anfechtung muss aber innerhalb der Jahresfrist des § 124 I BGB erklärt werden. Der Beginn der Frist bestimmt sich gem. § 124 II BGB. Er unterscheidet sich bei widerrechtlicher Drohung und arglistige Täuschung.

aaa) Widerrechtliche Drohung

Die Jahresfrist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem die Zwangslage endet (§ 124 II Alt. 2 BGB). Entscheidend dafür ist, dass sich der Bedrohte nicht mehr bedroht fühlt, also ein rein subjektiver Maßstab.⁴³ Die Zwangslage des

U ist bereits mit der Geburt des gemeinsamen Kindes kurz nach der Hochzeit entfallen, da sich keine weiteren Selbstmordanzeichen bei A zeigen. Eine Anfechtung, gestützt auf eine widerrechtliche Drohung vier Jahre später, ist nicht mehr möglich.

bbb) Arglistige Täuschung

Die Anfechtungsfrist beginnt in diesem Fall erst mit Entdeckung der Täuschung. Notwendig ist positive Kenntnis der Unrichtigkeit der zur Täuschung vorgenommenen Akte. Erforderlich ist, dass der Getäuschte bestimmte Behauptungen über die Täuschung aufstellen kann. Der Verdacht, getäuscht worden zu sein, genügt genauso wenig wie das Unterlassen sich aufdrängender Nachforschungen.⁴⁴ Positive Kenntnis erlangt U erst im Juli 2012. Die Anfechtung der Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung ist noch möglich.

ccc) Ergebnis

Die Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung ist nicht mehr, die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung hingegen noch fristgerecht möglich.

⁴² Zum Streitstand mit Nachweisen siehe: *Segmiller/Dachs*, JSE 2011, 46 (65 f.). Abrufbar unter: http://www.zeitschrift-jse.de/files/JSE_1.pdf#page=47 (Stand: 20.09.2012).

⁴³ *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 124 Rn. 4; *Singer*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 124 Rn. 5; *Hefermehl*, in:

Soergel BGB, 13. Aufl., § 124 Rn. 3; *RG v. 29.10.1928 - V. 618/27*, JW 1929, 242 (243).

⁴⁴ *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 124 Rn. 3; *Singer*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 124 Rn. 4; *Hefermehl*, in: Soergel BGB, 13. Aufl., § 124 Rn. 2 (jeweils m.w.N.).

dd) Zulässigkeit einer Anfechtung

Der Anfechtung aufgrund arglistiger Täuschung könnte jedoch die Bestätigung des angefochtenen Rechtsgeschäfts gem. § 144 I BGB entgegenstehen. Bestätigt werden kann ungeachtet des Anfechtungsgrundes jedes anfechtbare Rechtsgeschäft. Voraussetzung ist, dass die Anfechtung im Zeitpunkt der Bestätigung nicht bereits erklärt wurde, die Anfechtungsfrist noch nicht abgelaufen ist und der Bestätigende die Anfechtbarkeit seiner Willenserklärung kennt oder sie zumindest für möglich erachtet (sog. Bestätigungswille).⁴⁵

Nach der Trennung von A äußert U, dass er auf die Rückgabe der Stadtvilla verzichten wolle. Zu diesem Zeitpunkt ist weder die Anfechtung erklärt noch die Anfechtungsfrist für die arglistige Täuschung abgelaufen.

aaa) Bestätigungserklärung

Gleichgültig ist, ob die Bestätigung explizit erklärt wird oder sich aus schlüssigem Handeln ergibt, wobei im letzteren Fall strengere Anforderungen an die Bestätigung gestellt werden.⁴⁶ Die Rechtsprechung nimmt eine konkludente Bestätigung nur an, wenn „jede andere den Umständen nach einigermassen verständliche Deutung dieses Verhaltens ausscheidet“.⁴⁷

Vorliegend kann im Hinblick auf den Kontext, in dem die Erklärung des U erfolgt (Rückgabe der Hochzeitsgeschenke), ein entsprechendes Erklärungsbewusstsein des U bereits bezweifelt werden.

Abhängig davon, ob die Bestätigungserklärung als empfangsbedürftige oder nicht empfangsbedürftige Willenserklärung verstanden wird, hat dies unterschiedliche Konsequenzen. Ist die Willenserklärung nicht empfangsbedürftig, so kommt es nur auf den Willen des Erklärenden an (§ 133 BGB). Ist die Bestätigungserklärung empfangsbedürftig, so ist eine Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont geboten (§ 157 BGB).

Mit Blick auf die Rechtsicherheit des Anfechtungsgegners soll die Bestätigungserklärung empfangsbedürftig sein.⁴⁸ Ausgehend von der Entstehungsgeschichte der Norm⁴⁹ ist die Bestätigungserklärung aber als nicht emp-

⁴⁵ Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 144 Rn. 2 (m.w.N.).

⁴⁶ Roth, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 144 Rn. 5.

⁴⁷ BGH, NJW 1990, 1106.

⁴⁸ Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 144 Rn. 4; Roth, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 144 Rn. 4; Medicus, BGB AT, 10. Aufl., S. 221 Rn. 534; Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl., S. 802 (§ 44 Rn. 28).

⁴⁹ Protokolle zu § 113 BGB (S. 276), abgedruckt in: Mugdan, Materialien zum BGB, S. 731: Damals wurde bewusst der Zusatz „gegenüber dem Anfechtungsgegner“ gestrichen.

fangsbedürftig anzusehen.⁵⁰ Das Rechtssicherheitsargument verfängt nur dann, wenn der Anfechtungsgegner um die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts weiß oder diese für möglich hält, denn nur dann besteht überhaupt eine Unsicherheit. Kennt der Anfechtungsgegner den Willensmangel des Rechtsgeschäfts nicht, dann gewinnt er durch den Zugang der Bestätigung nichts. Er muss schließlich davon ausgehen, dass die Willenserklärung seines Geschäftspartners wirksam ist.

Soweit eine Willenserklärung nicht empfangsbedürftig ist, bestimmt sich deren Inhalt allein nach dem wirklichen Willen des Erklärenden (§ 133 BGB). Zu prüfen ist somit, ob U mit Bestätigungswillen handelte.⁵¹

⁵⁰ *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, § 144 Rn. 5; *Hefermehl*, in: Soergel BGB, 13. Aufl., § 144 Rn. 1, 3; *Flume*, BGB AT Band II, 4. Aufl., S. 569 (§ 31.7); *Larenz/Wolf/Neuner*, BGB AT, 10. Aufl., S. 493 (§ 41 Rn. 169); *RGZ* 68, 398 (399 f.); *RG*, JW 1911, 359.

⁵¹ Folgt man der anderen Ansicht und sieht in der Bestätigungserklärung eine empfangsbedürftige Willenserklärung, müsste nach dem objektiven Empfängerhorizont (§ 157 BGB) ausgelegt und zusätzlich der Zugang erörtert werden. Die Auslegung kann dahinstehen, da es am Zugang fehlt. Dieser hängt davon ab, ob A Empfangsvertreterin oder Botin ist. Mangels Vollmacht scheidet eine Empfangsvertretung aus. Die Bestätigungserklärung als einseitiges Rechtsgeschäft unterliegt damit den Rechtsfolgen des § 180 S. 3 BGB. Die Bestätigungserklärung ist regelmäßig wirkungslos (*Schilken*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2009, § 180 Rn. 9) bzw. entfaltet Rechtswirkung erst, wenn der falsus

bbb) Bestätigungswillen

U, der die Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung zum Zeitpunkt seiner Erklärung nicht kannte, handelte ohne Erklärungsbewusstsein. Fraglich ist, ob die Erklärung des U trotz möglicherweise fehlendem Erklärungsbewusstsein als Bestätigung der anfechtbaren Aufassungserklärung verstanden werden kann. Dies hängt maßgeblich davon ab, welche Bedeutung man dem Bestätigungswillen beimisst.

Ein Teil der Literatur⁵² sieht hierin keine Frage des subjektiven Willens, sondern knüpft daran an, wie ein objektiver Empfänger die Erklärung verstehen durfte. Wird demnach nicht deutlich, dass erkannte Wirksamkeitszweifel ausgeräumt werden sollen, so liegt schon gar keine Bestätigung vor. Wird dies deutlich, so kann eine Bestätigung nur über eine Anfechtung gem. § 119 BGB vernichtet werden. Legt man die Erklärung des U gem. §§ 133, 157 BGB aus, so gelangt man zum Ergebnis, dass A die Äußerung des U als Bestätigung des anfechtbaren Geschäfts verstehen durfte.

procurator sie an den Vertretenen, als Bote, weitergibt (*Medicus*, BGB AT, 10. Aufl., S. 406 Rn. 983). Zwar gibt A, als sie V alles beichtet, die Willenserklärung des U weiter, jedoch war V bereits ein Widerruf, in Gestalt des Schreibens des U, zugegangen (§ 130 I 2 BGB).

⁵² *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl., S. 219 Rn. 531; *Roth*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 144 Rn. 8.

Gegen die Auslegung der Bestätigungserklärung gem. §§ 133, 147 BGB spricht aber, dass es sich, wie gezeigt, gerade nicht um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt. Einer Auslegung gem. § 157 BGB bedarf es nicht, da es gerade keinen schützenswerten Empfänger gibt.

In der Folge ist nur entscheidend, ob der Erklärende bereits dann mit Bestätigungswillen handelt, wenn er das Rechtsgeschäft nur für möglicherweise anfechtbar hält,⁵³ oder ob positive Kenntnis der Anfechtbarkeit⁵⁴ erforderlich ist.

Bindet man den Erklärenden bereits dann an seine Erklärung, wenn er mit der Möglichkeit rechnet, dass sich sein Gegenüber betrügerisch verhalten hat und sich daraus möglicherweise ein Anfechtungsrecht ergibt, so wird ein ähnliches Ergebnis erreicht wie im Fall des potentiellen Erklärungsbewusstseins. Da vorliegend aber kein schützenswerter Rechtsverkehr betroffen sein kann (nicht empfangsbedürftige Willenserklärung), ist nicht einzusehen,

warum der Erklärende, auch wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden könnte, an seine Erklärung gebunden sein soll. Erforderlich ist daher, dass der Erklärende Kenntnis von der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts haben muss. Dies ist dann der Fall, wenn der Anfechtungsberechtigte die tatsächlichen Umstände, aus denen sich sein Anfechtungsrecht ergibt, kennt und zumindest weiß, dass er aufgrund dieser Umstände etwas gegen das Rechtsgeschäft unternehmen kann (Laienwertung).⁵⁵

U, der den vorgetäuschten Selbstmord der A als solchen nicht erkannte, hat keine Kenntnis der die Anfechtung begründenden Umstände und daher auch keine Kenntnis seines Anfechtungsrechts.

2. Zwischenergebnis

Eine Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts gem. § 144 I BGB durch U ist nicht erfolgt. U hat durch sein an V gerichtetes Schreiben die Auflassungserklärung wirksam angefochten. Die Auflassungserklärung ist damit rückwirkend unwirksam. U ist Eigentümer des Grundstücks geblieben.

⁵³ *Hefermehl*, in: Soergel BGB, 13. Aufl., § 144 Rn. 2; *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, 15. Aufl., Band I Halbband 2, S. 1229; *RGZ* 68, 398 (401); *RGZ* 128, 116 (119).

⁵⁴ *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, § 144 Rn. 3; *Faust*, BGB AT, 2. Aufl., S. 186 (§ 23 Rn. 7); *Flume*, BGB AT Band II, 4. Aufl., S. 569 (§ 31.7); *BGH*, NJW 1990, 1106; NJW 1958, 177; *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 144 Rn. 7 (m.w.N.).

⁵⁵ *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 144 Rn. 7 (m.w.N.).

II. V als Besitzer?

V ist Besitzer der Stadtvilla gem. § 854 BGB.

III. Berechtigung zum Besitz, § 986 BGB

Der Schenkungsvertrag⁵⁶ könnte zugunsten des V ein Recht zum Besitz begründen. Das ist dann der Fall, wenn der Schenkungsvertrag ein Eigentumserwerbsanspruch begründet und eine Besitzübertragung auf den Beschenkten bereits stattgefunden hat.⁵⁷

1. Entstehung des Eigentumserwerbsanspruchs

Die Entstehung eines Eigentumserwerbsanspruchs setzt voraus, dass der Schenkungsvertrag wirksam zustande gekommen ist. Hierfür sind zwei aufeinander bezogene Willenserklärungen notwendig.⁵⁸

⁵⁶ Die Schenkung der Stadtvilla an V ist keine ehebezogene/unbenannte Zuwendung. Sie liegt nur dann vor, wenn ein Ehegatte dem anderen etwas zuwendet. U und A sind aber zum Zeitpunkt der Schenkung noch nicht verheiratet und die Übertragung des Grundstücks erfolgt an V (zur Rechtsfigur der ehebezogenen Zuwendung: J. Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 516 Rn. 60 ff.).

⁵⁷ Siehe hierzu: Baldus, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., § 985 Rn. 16.

⁵⁸ J. Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 516 Rn. 14 (m.w.N.).

a) Fehlende Vertretungsmacht

Problematisch ist abermals die fehlende Vertretungsmacht der A (siehe A. I. 1. a)). Das Rechtsgeschäft könnte jedoch durch nachträgliche Genehmigung des V ex tunc gem. §§ 177 I, 184 I BGB wirksam geworden sein. In diesem Rahmen stellt sich wieder die Frage nach der Formbedürftigkeit der Genehmigung, da das Schenkungsversprechen gem. § 518 I 1 BGB der notariellen Beurkundung bedurft hätte. Der Formzwang des § 518 I 1 BGB bezweckt zwar nur den Schutz des Schenkers, sodass die Annahme grundsätzlich formlos möglich ist, jedoch gilt dies dann nicht, wenn die Annahme aus anderen Gründen, hier § 311b I 1 BGB, formbedürftig ist.⁵⁹ Aus den bereits dargelegten Gründen (siehe A. I. 1. c.) ist aber die Ansicht, die § 182 II BGB teleologisch reduzieren möchte, abzulehnen. Im Ergebnis ist die Genehmigung auch hier formlos möglich.

b) Mangelnde Form des Schenkungsversprechens

Da das Schenkungsversprechen seinerzeit nicht notariell beurkundet (§ 518 I BGB) wurde, könnte sich eine Formnichtigkeit aus § 125 S. 1 BGB ergeben. Dies ist nicht der Fall, da der Formmangel durch die Eintragung ins

⁵⁹ J. Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 518 Rn. 4.

Grundbuch geheilt wurde (§ 518 II BGB).

c) Zwischenergebnis

Der Eigentumserwerbsanspruch ist zunächst wirksam entstanden.

2. Untergang des Eigentumserwerbsanspruchs

a) Widerruf der Schenkung, § 530 BGB

U könnte durch Schreiben an V die Schenkung widerrufen haben. Dazu müsste der Beschenkte eine schwere Verfehlung gegenüber dem Schenker zu verantworten haben, die groben Undank zum Ausdruck bringt.

Fraglich ist zunächst, welches Verhalten des V eine schwere Verfehlung begründet. In Betracht kommt ein Tun, eine Unterlassen oder die Zurechnung des Verhaltens eines Dritten.⁶⁰

Beachtet werden muss jedoch, dass aufgrund des Normzwecks und der Systematik des § 530 BGB die schwere Verfehlung nach der Schenkung bzw. nach Abgabe des Schenkungsversprechens erfolgt sein muss. Geschützt ist nur die Erwartung, für ein Geschenk bzw. das Versprechen eines solchen keinen Un-

dank zu erhalten.⁶¹ Es handelt sich um einen Spezialfall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB).⁶² Erst „durch die *Annahme des Schenkungsantrags* tritt der Beschenkte in jenes ‚Pietätsverhältnis‘, das es gerechtfertigt erscheinen lässt, eine Obliegenheit zur Unterlassung grober Undankbarkeit zu begründen“.⁶³

Jedes Verhalten des V bzw. alle ihm zurechenbaren Handlungen der A vor der Abgabe des Schenkungsversprechens scheiden damit als schwere Verfehlungen aus. Nicht angeknüpft werden kann daher an die Duldung der Täuschung bzw. den inszenierten Selbstmordversuch, da diese zeitlich vor Abgabe des Schenkungsversprechens liegen. Überdies fehlt dem V jegliche Kenntnis von den Handlungen der A. Eine sittliche Pflicht zum Einschreiten kann ihm nicht auferlegt werden.⁶⁴

V könnte aber durch das „Behalten des Grundstücks“ eine schwere Verfehlung

⁶¹ J. Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 530 Rn. 1.

⁶² Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (499), der von „moralischer“ Geschäftsgrundlage spricht.

⁶³ Muscheler, AcP 203 (2003), 469 (499).

⁶⁴ Selbst wenn man dies anders sähe, läge jedenfalls im Verhalten des V kein grober Undank gegenüber U. Dieser würde voraussetzen, dass „der Beschenkte bei seiner Verfehlung die Schenkung und die Eigenschaft des Verletzten als Schenker“ kennt (J. Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 530 Rn. 7). Siehe auch: Wimmer-Leonhardt, in: Staudinger, BGB, Neub. 2005, Rn. 19.

⁶⁰ J. Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 530 Rn. 5 f.; Wimmer-Leonhardt, in: Staudinger, BGB, Neub. 2005, Rn. 8 ff.

begangen haben. Nähme man dies an, so wäre jedoch § 530 BGB überflüssig. Der Beschenkte müsste, um der Rechtsfolge zu entgehen, diese vorwegnehmen, indem er das Geschenk zurückgibt.

Vertretbar ist allenfalls, dass sich V einer schweren Verfehlung schuldig gemacht hat, indem er das Verhalten der A anschließend billigt. V müsste sich aber auch grob undankbar gegenüber U verhalten haben. Abzuwägen sind alle sittlichen und moralischen Umstände des Einzelfalls,⁶⁵ insbesondere „die Beschaffenheit, Bedeutung und Motive der Schenkung sowie Anlass und Art der Verfehlung“ sowie das Verhalten des Schenkers.⁶⁶

Die Stadtvilla ist ein erheblicher Vermögenswert, der aufgrund der Sorge um das Leben von Frau und Tochter verschenkt wird. Von V geht jedoch keine Gefahr für die psychische Stabilität der A aus, wie U auch zutreffend erkennt. Die Schenkung beruht ausschließlich auf den Fehlvorstellungen des U, die dem V jedoch nicht zuzurechnen sind. V hat nach dem Schreiben des U zwei Reaktionsmöglichkeiten: Entweder er billigt das Verhalten seiner Tochter oder er verweigert die

Genehmigung der Stellvertretung durch A. Die Verweigerung der Genehmigung ist gleichbedeutend mit der Rückgabe. Sie kann nicht verlangt werden. Alternativ zu fordern, das Verhalten der Tochter moralisch zu sanktionieren, indem diese „verstoßen“ wird, ist V kaum zumutbar, da er ihr näher steht als seinem ehemaligen Schwiegersohn U.

Selbst wenn man dies anders sähe, müsste im Schreiben des U eine Widerrufserklärung gem. § 531 BGB liegen. Erforderlich ist, dass der Widerrufsgrund erkennbar ist.⁶⁷ Der Widerruf ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und wird daher gem. §§ 133, 157 BGB nach dem objektiven Empfängerhorizont ausgelegt. Die Erklärung des U schildert aber lediglich die Geschehnisse die zur Schenkung führten. Die Billigung, als Anknüpfungspunkt für die schwere Verfehlung und den groben Undank, erfolgt erst in Reaktion hierauf. Die für V erkennbaren Umstände (Inszenierung des Selbstmordversuchs, Duldung der Täuschung) sind keine Widerrufsgründe im Sinne des § 530 BGB.

Ein Widerruf der Schenkung gem. § 530 BGB ist nicht erfolgt.

⁶⁵ *BGH*, NJW 1983, 1611 (1612); NJW 1984, 2089 (2090); NJW 1999, 1623 (1624).

⁶⁶ *Wimmer-Leonhardt*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2005, § 530 Rn. 18.

⁶⁷ *Wimmer-Leonhardt*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2005, § 531 Rn. 1.

b) Anfechtung

Durch das an V gerichtete Schreiben des U könnte dieser den Schenkungsvertrag jedoch angefochten haben. Als Anfechtungsgrund kommt abermals nur die arglistige Täuschung gem. § 123 I BGB in Betracht.

Fraglich ist jedoch, ob U auch den Schenkungsvertrag, also das schuldrechtliche Geschäft anfechten wollte. Grundsätzlich sind die Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte abstrakt voneinander wirksam und die Anfechtung des einen bewirkt nicht die Unwirksamkeit des anderen. Leiden jedoch beide Rechtsgeschäfte an einem Fehler,⁶⁸ so können selbstverständlich beide Rechtsgeschäfte angefochten werden. Vorliegend ist auch das Schenkungsversprechen aufgrund der arglistigen Täuschung durch A zustande gekommen.⁶⁹

Zu prüfen bleibt, ob die Anfechtungserklärung, welche im Schreiben des U zu sehen ist, dahingehend verstanden werden kann, dass diese auch den Schenkungsvertrag betreffen soll. Dagegen scheint zu sprechen, dass U ex-

plizit nur die „Übereignung“ anfecht und „Rückübereignung“ verlangt. Indes ist zu berücksichtigen, dass es sich bei U um einen juristischen Laien handelt, die Auslegung seiner Anfechtungserklärung also nicht am Wortlaut haften bleiben darf, sondern darüber hinaus die allgemeinen Auslegungsregelungen anzuwenden sind.⁷⁰ Die Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB ergibt, dass U sein Grundstück samt Stadtvilla zurückverlangt, was aber scheitern würde, bliebe der Schenkungsvertrag bestehen. Auf der anderen Seite ist bei V, dem Empfänger der Anfechtungserklärung, kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass U nur das dingliche Rechtsgeschäft anfecht, erkennbar. U hat damit den Schenkungsvertrag durch Anfechtung ex tunc vernichtet, was zum Untergang des Eigentumserwerbsanspruchs führt.

3. Zwischenergebnis

V ist nicht zum Besitz der Stadtvilla berechtigt.

IV. Ergebnis

U hat einen Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks gegen V gem. § 985 BGB.

⁶⁸ In diesem Zusammenhang wird auch von sog. Fehleridentität gesprochen (vgl. *Chr. Berger*, in: Jauernig BGB, Buch 3 Vorbemerkungen Rn. 14).

⁶⁹ Der Prüfungsaufbau folgt dem gleichen Muster wie oben und beinhaltet dieselben Probleme, sodass auf eine erneute Darstellung verzichtet wird.

⁷⁰ *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 143 Rn. 2.

B. Anspruch aus § 894 BGB

U könnte gegen V einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung gem. § 894 BGB haben.⁷¹

I. Grundbuchunrichtigkeit

Im Grundbuch ist V als Eigentümer des Grundstücks mit der Stadtvilla eingetragen. U ist jedoch nach wie vor Eigentümer des Grundstücks (siehe A. I.). Die dingliche Einigung (Auflassung) wurde durch Anfechtung unwirksam.⁷² Die wirkliche Rechtslage weicht damit von der Grundbuchlage ab, das Grundbuch ist unrichtig.

II. Beeinträchtigung des U

Zusätzlich erforderlich ist, dass das Eigentumsrecht des wahren Eigentümers durch die falsche Grundbuchlage beeinträchtigt ist.⁷³ Dies ist hier anzunehmen, da aufgrund des § 892 BGB V dem gutgläubigen Erwerber gegenüber als Eigentümer gilt. Würde V die Stadtvilla veräußern, so verlöre U als wahrer Rechtsinhaber sein Eigentum an den gutgläubigen Dritten.

⁷¹ Der Anspruch ist nicht durch § 985 BGB ausgeschlossen (*Baldus*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., § 985 Rn. 48).

⁷² Siehe hierzu: *Kohler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. § 894 Rn. 7, 13.

⁷³ *Kohler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. § 894 Rn 19; *Stürner*, in: Soergel BGB, 13. Aufl., § 894 Rn. 13.

III. Verzicht

Dem Anspruch des U könnte seine eigene Erklärung, auf die Rückgabe der Stadtvilla zu verzichten, entgegenstehen.

1. Erklärung als Verzicht gem. § 397 I BGB

Das negative Schuldanerkenntnis erfasst nur den Verzicht auf einen schuldrechtlichen Anspruch.⁷⁴ Der Grundbuchberichtigungsanspruch ist ein dinglicher Anspruch.⁷⁵ Auf ihn kann daher nicht verzichtet werden.⁷⁶

2. Pactum de non petendo

Denkbar wäre, in der Äußerung des U eine Vereinbarung dahingehend zu sehen, dass er auf die Geltendmachung des Grundbuchberichtigungsanspruchs verzichtet hat. In der Folge stünde V eine Einrede⁷⁷ gegen die Geltendmachung dieses Anspruchs zu. Für eine solche Absprache fehlt U jedoch bereits das Erklärungsbewusstsein. Dies ergibt die Auslegung seiner Aussage gem. §§ 133, 157 BGB. Da er von seinem An-

⁷⁴ *Schlüter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. § 397 Rn. 1.

⁷⁵ *Kohler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. § 894 Rn. 1; *Stürner*, in: Soergel BGB, 13. Aufl., § 894 Rn. 1, 20.

⁷⁶ *RG* v. 05.10.1921 – V. 55/21, *JW* 1922, 218; *Gursky*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 894 Rn. 130.

⁷⁷ *Stürner*, in: Jauernig BGB, § 397 Rn. 6.

fechtungsrecht keine Kenntnis, geschweige denn es ausgeübt hatte, wusste er zum Zeitpunkt der Erklärung auch noch nicht, dass er einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung hat. Genauso wenig hätte er wissen können, dass seine Aussage vom objektiven Empfängerhorizont aus als pactum de non petendo aufgefasst werden könnte. U wollte durch die Erklärung gar keine Rechtsfolge herbeiführen. Daher ist für V keine entsprechend Einrede entstanden.⁷⁸

IV. Ergebnis

U hat ebenfalls einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung gem. § 894 BGB gegen V.

C. Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB

U könnte einen Anspruch gegen V auf Herausgabe des Grundstücks gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB haben.⁷⁹

V hat Besitz und eine mit der materiellen Rechtslage nicht übereinstimmende Grundbuchposition⁸⁰ am Grundstück durch die Leistung des U (bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens) ohne Rechtsgrund (Schenkungsvertrag ist aufgrund der Anfechtung unwirksam) erlangt.

U hat einen Anspruch gegen V auf Herausgabe des Besitzes am Grundstück mit der Stadtvilla bzw. auf Grundbuchberichtigung (sog. schuldrechtlicher Grundbuchberichtigungsanspruch)⁸¹ gem. § 812 I Alt. 1 BGB.

⁷⁸ Sieht man dies anders, müsste die Stellung der A als Vertreterin/Botin problematisiert werden. Das pactum de non petendo ist ein Vertrag (zweiseitiges Rechtsgeschäft). Das Angebot hierzu müsste dem V grundsätzlich zugehen. Ordnet man A als Vertreterin ohne Vertretungsmacht ein, so wäre das pactum de non petendo schwebend unwirksam. Vor der Genehmigung durch V erklärt U konkludent den Widerruf, in dem er in seinem Schreiben die Stadtvilla zurückverlangt (§ 178 I BGB). Geht man hingegen davon aus, dass A kein Angebot im Namen des V über ein pactum de non petendo angenommen hat, wäre sie bestenfalls Empfangsbotin, mit der Folge, dass das Angebot V erst zugeht, als A ihm alles beichtet. Zuvor ist aber durch das Schreiben des U bereits ein Widerruf des Angebots eingegangen ist (§ 130 I 2 BGB). Zur Situation beim einseitigen Rechtsgeschäft gegenüber einem vollmachtlosen Vertreter: Fn. 51.

⁷⁹ Auch vertretbar ist es, auf § 812 I 2 Alt. 1 BGB als Anspruchsgrundlage abzustellen mit dem Argument, dass durch die Anfechtung der Rechtsgrund nur nachträglich entfällt (zum Streitstand: *Lorenz*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2007, § 812 Rn. 88 m.w.N.). Bearbeiter, die einen Schenkungswiderruf für zulässig erachtet haben, gelangen über die Rechtsgrundverweisung des § 531 II BGB zu einem Bereicherungsanspruch gem. § 812 I 2 Alt. 1 BGB (vgl. *J. Koch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 531 Rn. 4 m.w.N.).

⁸⁰ Auf das Eigentum darf hier nicht abgestellt werden, da dieses gerade nicht erlangt wurde (siehe A. I.).

⁸¹ *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., § 812 Rn. 10 (m.w.N.).

D. Gesamtergebnis

U hat einen Anspruch gegen V auf Rückgabe des Grundstücks gem. §§ 985, 812 BGB und Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gem. § 894 BGB.

Auf der Suche nach
besten Perspektiven?



Wir sind eine unabhängige partnerschaftlich strukturierte Rechtsanwalts- und Notarkanzlei mit 60 Berufsträgern in Stuttgart. Unsere Kernkompetenz ist die wirtschaftsrechtliche Beratung von Unternehmen und Unternehmern sowie der öffentlichen Hand. Wir bilden

Referendare (w/m)

in den Anwaltsstationen und der Wahlstation aus.

Von Ihnen erwarten wir ein hervorragendes juristisches Fachwissen, gute Englischkenntnisse, Verständnis für wirtschaftliche Zusammenhänge sowie Team- und Sportsgeist. Im Rahmen einer Nebentätigkeit bieten wir eine attraktive Vergütung.

Möchten Sie in einem Team mitarbeiten, das Ihnen ausgezeichnete Perspektiven bietet? Dann sind Sie bei uns richtig. Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung an Frau Sandra Vollmann. Menold Bezler Rechtsanwälte, Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart, Telefon +49 711 86040-00, Sandra.Vollmann@menoldbezler.de, www.menoldbezler.de

MENOLD BEZLER
RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt

Ass. jur. Dr. Patrick Hinderer / Ref. jur.
Carolin Brenner*

Gemischtes Allerlei

Hinweise:

Die vorliegende Probeexamensklausur aus dem Strafrecht stellt eine Klausur dar, wie sie auch im Ersten juristischen Staatsexamen durchaus vorkommen könnte. Insbesondere in Baden-Württemberg konnte in den letzten Jahren ausgemacht werden, dass Examensklausuren in der Ersten juristischen Staatsprüfung aus mehreren Gerichtsentscheidungen zusammengesetzt werden. Da hierzulande nur noch eine Klausur im Strafrecht geschrieben wird, wird regelmäßig versucht, sowohl AT- als auch BT-Probleme in einer Klausur abzufragen (Ausnahmen gibt es natürlich stets). Die hier gestellte Klausur beginnt daher mit Problemen aus dem Allgemeinen Teil des StGB wie der Notwehr, der Einwilligung und dem Behandlungsab-

bruch (zu Grunde liegt BGH, NJW 2010, 2963), hat dann im zweiten Teil das Vortäuschen einer Straftat gem. § 145d StGB zum Gegenstand (zu Grunde liegt OLG Oldenburg, NStZ 2011, 95), führt die Bearbeiter mit der EG-richtlinienkonformen Auslegung des Betrugstatbestands auf unbekanntes Terrain – hier ist systematische Argumentation und nicht Wissen gefragt – und schließt mit einem klassischen StPO-Problem, der sog. Spontanäußerung.

Sachverhalte:

Teil I.

K liegt seit 4 Jahren im Wachkoma. Sie wird in einem Pflegeheim über einen Zugang in der Bauchdecke (PEG-Sonde) künstlich ernährt. Dem von K mündlich für einen solchen Fall geäußerten Wunsch entsprechend bemüht sich deren Tochter T, die auch zur Betreuerin der K bestellt wurde, um die Einstellung der künstlichen Ernährung. Zwischen T und dem behandelnden Arzt besteht Einvernehmen, dass der Abbruch der künstlichen Ernährung dem wirklichen Willen der K entspricht. Nach Auseinandersetzungen mit der Heimleitung kommt es zu einem Kompromiss, wonach das Heimpersonal sich nur noch um die Pflgetätigkeiten im engeren Sinne kümmern soll, während T die Ernährung über die Sonde einstellen, die erforderliche Palliativversor-

* Die Autoren sind Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Kristian Kühl. Die Klausur wurde an der Universität Tübingen u.a. im Sommersemester 2011 im Examensklausurenkurs für die Erste juristische Staatsprüfung gestellt. Der Notendurchschnitt lag bei 6,2 Punkten, die Durchfallquote bei 34 %.

gung durchführen und ihrer Mutter im Sterben beistehen soll. Als T jedoch die Nahrungszufuhr über die Sonde beendet, weist die Geschäftsleitung des Gesamtunternehmens am nächsten Tag die Heimleitung an, die künstliche Ernährung umgehend wieder aufzunehmen. T wird ein Hausverbot für den Fall angedroht, dass sie sich hiermit nicht einverstanden erklären sollte. Rechtsanwalt R erteilt der T jedoch noch am gleichen Tag den Rat, den Schlauch der PEG-Sonde unmittelbar über der Bauchdecke zu durchtrennen, was die T sodann auch tut. Nachdem das Heimpersonal dies bereits nach einigen weiteren Minuten entdeckt und die Heimleitung die Polizei eingeschaltet hat, wird K eine neue PEG-Sonde gelegt und die künstliche Ernährung wieder aufgenommen. K stirbt zwei Wochen später eines natürlichen Todes.

Teil II.

Eines späten Abends wird die untere Scheibe der gläsernen Eingangstür zum Geschäft des A beschädigt. Ein Anwohner bemerkt dies und wartet auf die von ihm informierte Polizei. Als diese eintrifft, lässt sie zur Eigentumssicherung die untere Glasscheibe der Eingangstür vollständig heraus schlagen und stattdessen eine Holzplatte anbringen. Am nächsten Tag gibt A bei der Polizei wahrheitswidrig an, es sei nicht nur die Türscheibe beschädigt, sondern auch

Ware aus seinem Geschäft entwendet worden. Eine Aufstellung des Gestohlenen will er nachreichen. Der ermittelnde Polizeibeamte ändert in der Ermittlungsakte daraufhin die Bezeichnung der Tat von „Sachbeschädigung“ in „schwerer Diebstahl“. Als er wiederum am nächsten Tag Ermittlungen am Tatort und eine Vernehmung des A durchführen will, trifft er diesen nicht an. Bei der Zeugenvernehmung des A am Folgetag gibt dieser, der sich gegen Einbruchsdiebstahl versichert glaubt, bewusst wahrheitswidrig an, ihm seien durch die beschädigte Tür im Einzelnen bezeichnete Waren im Wert von insgesamt rund 9.500,00 € entwendet worden. Als ihm der Polizeibeamte vorhält, dass nach den bisherigen Ermittlungen ein Einbruchsdiebstahl nicht stattgefunden haben könne, bricht A die Vernehmung ab. In der Folgezeit kommt es nicht zu weiteren Ermittlungen.

Teil III.

Als der leichtgläubige A abends mit seinem Handy im Internet surft, klickt er auf einen Werbebanner für ein kostenpflichtiges Anwendungsprogramm, die sog. „Solarium-App“. Es wird ein Werbevideo abgespielt, in dem sich drei junge Männer unterhalten. In dem Clip meint einer der jungen Männer: „Was haltet ihr eigentlich von Sonnen mit dem Handy? Ich war am Anfang ja auch skeptisch, aber dann habe ich es pro-

biert! Und es funktioniert mit 100% Bräunungsgarantie, echt! Einfach die App runterladen und schon morgen siehst du die ersten Resultate!“ Der A, der in letzter Zeit ganz schön bleich geworden ist, will sich diese Chance nicht entgehen lassen und lädt sich die App zum Preis von 19,99 € auf sein Handy. Tatsächlich steckt hinter der Werbung der Unternehmer D, der weiß, dass die App völlig wirkungslos ist. Am Ende des Monats wird das Konto des A mit 19,99 € neben den regulären Handykosten belastet. Der Telefonanbieter, dem A eine Einzugsermächtigung erteilt hat, lässt das Geld dem D zukommen. Zwar hat sich der A sein Handy jeden Tag – wie in der Anleitung angegeben – 30 Minuten vors Gesicht gehalten, braun geworden ist er aber nicht.

Aufgabe: Wie haben sich R, A und D nach den Strafvorschriften des StGB strafbar gemacht?

Teil IV.

A erscheint von sich aus bei der Polizei und gesteht dem Beamten P₁ schon an der Pforte, einen versuchten Totschlag und eine gefährliche Körperverletzung begangen zu haben. A wird daraufhin von den zwei weiteren Kriminalbeamten P₂ und P₃ zur ärztlichen Untersuchung gefahren, um den A bei der Fahrt noch ein bisschen weiter auszuhorchen.

Während der Fahrt erzählt A weitere Einzelheiten zum Tathergang.

Frage: Können die Aussagen von P₁, P₂ und P₃ im Prozess verwertet werden?

Bearbeitungshinweise: Beachten Sie § 1901a BGB, folgende Vorschriften des UWG sowie die angefügte EG-Richtlinie.

§ 1 UWG – Zweck des Gesetzes

Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

§ 3 UWG – Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.

(...)

§ 16 UWG – Strafbare Werbung

(1) Wer in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für

einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, durch unwahre Angaben irreführend wirbt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(...)

RICHTLINIE 2005/29/EG

KAPITEL 1 – ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN

Artikel 1 – Zweck der Richtlinie

Zweck dieser Richtlinie ist es, durch Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen, zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts und zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen.

Artikel 2 – Definitionen

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

a) "Verbraucher" jede natürliche Person, die im Geschäftsverkehr im Sinne dieser Richtlinie zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können;

b) "Gewerbetreibender" jede natürliche oder juristische Person, die im Ge-

schäftsverkehr im Sinne dieser Richtlinie im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, und jede Person, die im Namen oder Auftrag des Gewerbetreibenden handelt;

c) "Produkt" jede Ware oder Dienstleistung, einschließlich Immobilien, Rechte und Verpflichtungen;

d) "Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern" (nachstehend auch "Geschäftspraktiken" genannt) jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt;

(...)

Artikel 3 – Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie gilt für unlautere Geschäftspraktiken im Sinne des Artikels 5 zwischen Unternehmen und Verbrauchern vor, während und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäfts.

(...)

KAPITEL 2 – UNLAUTERE GESCHÄFTSPRAKTIKEN

Artikel 5 – Verbot unlauterer Geschäftspraktiken

(1) Unlautere Geschäftspraktiken sind verboten.

(2) Eine Geschäftspraxis ist unlauter, wenn

a) sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht

und

b) sie in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet oder des durchschnittlichen Mitglieds einer Gruppe von Verbrauchern, wenn sich eine Geschäftspraxis an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen.

(3) Geschäftspraktiken, die voraussichtlich in einer für den Gewerbetreibenden vernünftigerweise vorhersehbaren Art und Weise das wirtschaftliche Verhalten nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflussen, die aufgrund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf diese Praktiken oder die ihnen zugrunde liegenden Produkte besonders schutzbe-

dürftig sind, werden aus der Perspektive eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe beurteilt. Die übliche und rechtmäßige Werbepaxis, übertriebene Behauptungen oder nicht wörtlich zu nehmende Behauptungen aufzustellen, bleibt davon unberührt.

(...)

Lösungsvorschlag:

Teil I.

R könnte sich infolge des der T erteilten Rates zum Durchtrennen des Sonden-schlauchs wegen Anstiftung zum versuchten Totschlag gemäß §§ 212 I, 22, 23 I Var. 1, 26 StGB¹ strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Teilnahmefähige Haupttat

Es müsste eine vorsätzliche, rechtswidrige Tat der T vorliegen. T könnte einen versuchten Totschlag begangen haben.

Anmerkung: Es muss hier eine Inzidentprüfung der Tat der T erfolgen. Eine solche musste auch der BGH im Originalfall durchführen, da T rechtskräftig wegen unvermeidbaren Verbotsirrtums

¹ Alle Paragraphen im Folgenden ohne Gesetzesangaben sind solche des Strafgesetzbuches.

freigesprochen wurde. Nur Rechtsanwalt R ging in die Revision.

a. Vorprüfung

Die Tat der T wurde nicht vollendet, der Versuch ist wegen des Verbrechenscharakters des Totschlags i.S. von § 12 I strafbar, § 23 I Hs.1.

b. Tatbestand

aa) T müsste Tatentschluss hinsichtlich der Tötung der K gehabt haben. K war als Wachkomapatientin ein taugliches Tatobjekt eines Totschlages, da das menschliche Leben nach h.M. bis zum Hirntod eines Menschen geschützt wird.² Dieser war im vorliegenden Falle – des Wachkomas der K – noch nicht eingetreten. Bei Durchtrennen der Magensonde handelte T mit *dolus directus* ersten Grades, da sie dem Leben ihrer Mutter ein Ende setzen wollte, um deren mündlich geäußerten Willen zu entsprechen. Das Durchtrennen der Magensonde durch T stellt dabei bereits nach seinem äußeren Erscheinungsbild ein aktives Tun und nicht nur ein Unterlassen der weiteren Nahrungszufuhr dar. Folglich handelte T mit Tatentschluss hinsichtlich der Tötung der K.

bb) T setzte nach allen vertretenen Ansichten durch die Ausübung der Tö-

tungshandlung zur Tatverwirklichung unmittelbar an.³

c. Rechtswidrigkeit

aa) T könnte wegen **Nothilfe** zu Gunsten des K gem. § 32 gerechtfertigt sein.

(1) Es müsste eine **Nothilfeflage** vorgelegen haben. Die Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung entgegen dem mündlich geäußerten Willen der K könnte einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff darstellen. Von der Heimleitung bzw. dem Pflegepersonal wird durch die Wiederaufnahme der Nahrungszufuhr in die körperliche Integrität und das Selbstbestimmungsrecht der Patientin eingegriffen.

Problem: Fraglich ist, ob die Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung ein rechtswidriger Ein- bzw. Angriff ist.

Die Beendigung der künstlichen Ernährung durch das Unterlassen der T müsste zunächst zulässig und somit nicht selbst rechtswidrig gewesen sein. Diese sog. passive indirekte Sterbehilfe erfüllt die anerkannten Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Behandlungsabbruch.⁴ Dabei kam es hier auf den wirklichen ausdrücklich geäußerten Willen

² Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., Vor § 211 Rdnr. 4; Fischer, StGB, 59. Aufl., Vor § 211 Rdnr. 14 ff.

³ Gute Übersicht zum Streitstand bei Beulke, KK III, 3. Aufl., Rdnr. 109.

⁴ BGHSt 37, 376; BGH, NJW 2010, 2963, (2965); Fischer, StGB, 59. Aufl., Vor § 211 Rdnr. 32 ff.; Kühl, Jura 2009, 881 (885 f.).

der K an, der vor Eintritt ihrer Einwilligungsunfähigkeit zweifelsfrei festgestellt worden war. Zwischen der Betreuerin T und dem behandelnden Arzt bestand überdies Einvernehmen, dass der Abbruch der künstlichen Ernährung dem Willen der Patientin entsprach. Unter diesen Voraussetzungen durfte die Fortsetzung der künstlichen Ernährung nach den allgemein geltenden Grundsätzen unterlassen werden, ohne dass eine betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich oder veranlasst gewesen wäre.⁵

Die Heimleitung oder das Pflegepersonal sind weder durch den Heimvertrag noch durch die Gewissensfreiheit (Art. 4 I GG) gerechtfertigt. Beide möglichen Rechtfertigungsgrundlagen geben weder der Heimleitung noch dem Pflegepersonal das Recht, sich über das Selbstbestimmungsrecht der Patienten hinwegzusetzen und eigenmächtig in deren verfassungsrechtlich verbürgtes Recht auf körperliche Unversehrtheit einzugreifen.⁶ Folglich lag ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff der Heimleitung bzw. des angewiesenen Pflegepersonals in der Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung vor.

(2) Es lag aber **keine taugliche Nothilfebehandlung** i.S. des § 32 vor. Die vorliegende Verteidigungshandlung der T richtete sich hier nicht gegen Rechtsgüter des Angreifers, die den tatsächlichen Willen der K missachtenden Pfleger, sondern gegen das Leben der Angegriffenen selbst.⁷ Eine Nothilfe scheidet daher aus.

bb) Auch eine Rechtfertigung wegen **Notstandes gem. § 34** kommt nicht in Betracht. Unerheblich ist zwar, dass sich der Eingriff gegen denselben Rechtsgutträger, welchem die gegenwärtige Gefahr (für die Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit und des Selbstbestimmungsrechts) i.S. von § 34 droht, richtet.⁸ Jedoch soll der Eingriff des handelnden Pflegepersonals das höchstrangige Rechtsgut, das Leben der K, schützen. Dieses überwiegt das von T geschützte Erhaltungsgut, das Selbstbestimmungsrecht der Patientin.⁹

cc) Ein Rechtfertigungsgrund könnte aber aus dem **Patientenwillen** abgeleitet werden, die künstliche Ernährung abubrechen bzw. ihre Fortsetzung zu unterlassen.¹⁰ Vorliegender Fall weist

⁵ BGH, NJW 2010, 2963 (2965).

⁶ BGHZ 163, 195 (200) m.w.N.; BGH, NJW 2010, 2963 (2965); Hufen, NJW 2001, 849 (853); Ingelfinger, JZ 2006, 821 (829); Lipp, FamRZ 2004, 317 (324); Uhlenbruck, NJW 2003, 1710 (1711 f.).

⁷ BGH, NJW 2010, 2963 (2965).

⁸ BGH, NJW 2010, 2963 (2965); Fischer, StGB, 59. Aufl., § 34 Rdnr. 7.

⁹ BGH, NJW 2010, 2963 (2965).

¹⁰ BGH, NJW 2010, 2963 (2965); Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., Vor § 211 Rdnr. 28a ff.; Fischer, StGB, 59. Aufl., Vor § 211 Rdnr. 43; Kühl, Jura 2009, 881 (885 f.).

jedoch die Besonderheit auf, dass die direkt auf die Lebensbeendigung abzielende Handlung ein aktives Tun und kein Unterlassen darstellt. Das zunächst erfolgte bloße Einstellen künstlicher Ernährung ist schon wegen seines äußeren Erscheinungsbildes, jedenfalls aber nach dem Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens, nicht als aktives Tun, sondern als Unterlassen und damit als „passives“ Verhalten anzusehen. Das Durchtrennen der Magensonde hingegen ist nach diesen Kriterien jedoch als aktives Tun zu qualifizieren.

Anerkannt ist die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung bisher nur im Fall der sog. **passiven Sterbehilfe durch Unterlassen**.¹¹ Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor.

Vorliegend handelt es sich aber um eine **passive Sterbehilfe durch aktives Tun**. Aktives Handeln im natürlichen Sinne sollte aber nach der früheren Rspr. stets als rechtswidriges Tötungsdelikt i.S. der §§ 212, 216 strafbar sein, in das nicht eingewilligt werden konnte.¹²

Problem: Fraglich ist, ob eine Rechtfertigung durch Einwilligung im Fall der passiven Sterbehilfe durch aktives Tun möglich ist.

*Gegen eine rechtfertigende Wirkung der Einwilligung in einen aktiven Behandlungsabbruch spricht schon das Verständnis des § 216. Danach ist selbst die Tötung auf Verlangen, die ein kriminelles Minus zur Tötung nach Einwilligung des späteren Opfers darstellt, strafbar.*¹³

*Für die rechtfertigende Wirkung einer Einwilligung in die passive Sterbehilfe durch aktives Tun spricht jedoch der mit dem Erlass des Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts am 27.09.2009 eingefügte § 1901a BGB und der Sinn und Zweck dieses sog. Patientenverfügungsgesetzes.*¹⁴ Hierdurch wurde die zivilrechtliche Rechtslage insofern geändert, als dass der Gesetzgeber den betreuungsrechtlichen Rahmen einer am Patientenwillen orientierten Behandlungsbegrenzung festgelegt hat. Das Patientenverfügungsgesetz hatte vor allem auch zum Ziel, Rechts- und Verhaltenssicherheit zu schaffen.¹⁵ Diese vorrangig das Zivilrecht betreffende Änderung muss auch Auswirkungen auf das Strafrecht, vorliegend auf die Beurteilung der Sterbehilfe, haben.

¹¹ BGHSt 37, 376; Fischer, StGB, 59. Aufl., Vor § 211 Rdnr. 33 ff., 58; Rengier, BT I, 15. Aufl., § 7 Rdnr. 5; Kühl, Jura 2009, 881 (885 f.).

¹² BGHSt 37, 376 (379); BGH, NSTZ-RR 2006, 270; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., Vor § 211 Rdnr. 23 ff.; Fischer, StGB, 59. Aufl., Vor § 211 Rdnr. 33 ff.; Kühl, Jura 2009, 881 (884).

¹³ Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 216 Rdnr. 1 m.w.N.

¹⁴ BGH, NJW 2010, 2963 (2965).

¹⁵ BT-Drs. 16/13314, S. 3 f. u. 7 f.

§ 1901a BGB ist Ausdruck des verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts i.S. des Art. 2 GG, welches das Recht zur Ablehnung medizinischer Behandlungen und gegebenenfalls auch lebensverlängernder Maßnahmen umfasst.¹⁶ Der Gesetzgeber hat entschieden, dass der Wille eines aktuell einwilligungsunfähigen Patienten unabhängig von Art und Stadium seiner Erkrankung verbindlich sein und den Betreuer sowie den behandelnden Arzt binden soll, § 1901a III BGB.¹⁷

Ebenfalls in teleologischer Hinsicht ist zu beachten, dass die Grenze zwischen erlaubter Sterbehilfe und einer strafbaren Tötung nach §§ 212, 216 nicht sinnvoll nach Maßgabe einer naturalistischen Unterscheidung von aktivem und passivem Handeln bestimmt werden kann. Probleme ergaben sich insofern schon aus der fragwürdigen Umdeutung eines tatsächlich aktiven Verhaltens, etwa beim Abschalten eines Beatmungsgeräts, in ein „normativ verstandenes Unterlassen“ – mit dem Ziel, dieses Verhalten als „passive Sterbehilfe“ rechtlich legitimieren zu können.¹⁸ Die Einordnung, ob ein Abschalten der Ge-

räte als Unterlassen gewertet werden kann, war dogmatisch problematisch und konnte teilweise von bloßen Zufällen abhängen.

Es ist deshalb aus Rechtssicherheitsgründen sinnvoll und erforderlich, jedes Verhalten, das mit einer solchen Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang steht, gleich zu behandeln. Denn wenn ein Patient das Unterlassen einer Behandlung verlangen kann, muss dies gleichermaßen auch für die aktive Beendigung einer nicht (mehr) gewollten Behandlung gelten.¹⁹

Die drei Voraussetzungen für eine straflose „Sterbehilfe durch Behandlungsunterlassung, -begrenzung oder -abbruch“ sind nach dieser neuen BGH-Rechtsprechung:²⁰ (1) Die betroffene Person muss lebensbedrohlich erkrankt sein. (2) Die betreffende (zu beendende) Maßnahme muss medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet sein. (3) Eine durch Einwilligung gerechtfertigte Sterbehilfe muss objektiv und subjektiv unmittelbar auf die medizinische Behandlung bezogen sein.

Diese neu gefassten Voraussetzungen für eine aktive indirekte Sterbehilfe und damit für eine Rechtfertigung liegen hinsichtlich des Handelns der T vor.

¹⁶ BGH, NJW 2010, 2963 (2965).

¹⁷ S. hierzu auch BT-Drs. 16/8442, S. 11 f.; *Diederichsen*, in: Palandt BGB, 71. Aufl., § 1901a Rdnr. 16 ff., 29.

¹⁸ S. hierzu noch die st. Rspr. in *BGHSt* 40, 257 (265 f.) m.w.N., jetzt jedoch: BGH, NJW 2010, 2963 (2966 f.).

¹⁹ BGH, NJW 2010, 2369.

²⁰ BGH, NJW 2010, 2369 (2967 f.).

2. Zwischenergebnis

T ist folglich aufgrund des Patientenwillens der K gerechtfertigt. Sie hat sich nicht wegen versuchten Totschlags strafbar gemacht.

II. Ergebnis

R ist mangels rechtswidriger Haupttat nicht wegen Anstiftung der T zur versuchten Tötung der K strafbar.

Anmerkung: Eine weitere Möglichkeit – nur bei guter anders lautender Argumentation hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des Handelns der T – ist es, im Rahmen der Schuld zu einem Verbotsirrtum der T zu gelangen. Nach Einholung von anwaltlichem Rat könnte dieser hier auch als unvermeidbar bewertet werden.

Dennoch bliebe eine Strafbarkeit des R dann bestehen, da es sich wegen der limitierten Akzessorietät bei der Anstiftung weiterhin um eine teilnahmefähige Haupttat handeln würde.

Im BGH-Fall wurde dem R ein versuchter Totschlag in Mittäterschaft vorgeworfen. Die berufliche Beziehung zwischen R und T war im Originalfall von längerer Dauer und R begleitete die T vollumfänglich. Dies lässt sich vorliegend jedoch nicht dem Sachverhalt entnehmen.

Teil II.

A könnte sich durch seine gegenüber dem ermittelnden Polizeibeamten geäußerten Angaben hinsichtlich der vermeintlich gestohlenen Ware wegen Vortäuschens einer Straftat gem. § 145d I Nr.1 strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiv

A müsste eine rechtswidrige Tat i.S. des § 11 I Nr. 5 bei einer zur Entgegennahme von Anzeigen zuständige Stelle vorgetäuscht haben. A hat durch die unwahre Behauptung gegenüber der Polizei, ihm seien Waren entwendet worden, die tatsächlich begangene Sachbeschädigung (§ 303 I) zu einem tatsächlich nicht vorliegenden Einbruchsdiebstahl (§§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1) „aufgebauscht“ und folglich durch das Hinzudichten weiterer Umstände die wirklich begangene Straftat verfälscht. Diese als „Täuschung mit Wahrheitskern“ beschriebene Fallkonstellation²¹ bereitet besondere Probleme i.R. des § 145d I. Für die Beurteilung der Strafbarkeit dieses Verhaltens ist der Strafzweck des § 145d heranzuziehen.

§ 145d I Nr. 1 dient als Ergänzung zu § 164 dem Schutz der inländischen staatlichen Rechtspflege und soll – als

²¹ Siehe hierzu ausführlich Krümpelmann, ZStW 96 (1984), 999.

abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet – die ungerechtfertigte und somit sinnlose Inanspruchnahme des Verfolgungsapparates und der damit verbundenen Schwächung der Verfolgungsintensität, die durch das Lenken der behördlichen Ermittlungen in eine falsche Richtung erfolgt, verhindern.²²

Problem: Fraglich ist, ob die erforderliche abstrakte Gefährdung i.S. des § 145d durch das „Aufbauschen“ der Sachbeschädigung zu einem Einbruchsdiebstahl eingetreten ist und diese somit als „Vortäuschung“ qualifiziert werden kann.

Nach einer (*sehr täterfreundlichen*) *Minderheitsmeinung* ist das Tatbestandsmerkmal des Vortäuschens i.S. des § 145d I Nr. 1 nur dann zu bejahen, wenn sich das geschilderte angebliche und das tatsächliche Geschehen nicht – auch nicht nur partiell – überschneiden.²³ Da A mit seiner unwahren Behauptung nicht das Vorliegen einer neuen Tat im prozessualen Sinne vorspiegelte, ist A nach dieser Ansicht nicht nach § 145d I Nr. 1 strafbar.

Die etwas *restriktivere Rechtsprechung* verlangt, dass die unrichtigen Angaben

der Tat ein „völlig anderes Gepräge“ gaben und es folglich **faktisch** zu einem erhöhten Ermittlungsaufwand kam, da nur so dem Schutzzweck der Norm Rechnung getragen werden könne. Vorliegend ist der Tatbestand nach dieser Meinung deshalb nicht erfüllt, weil das Verhalten des A keinen oder zumindest keinen nennenswert höheren Ermittlungsaufwand hervorrief. Die falschen Angaben des A waren nach den nach Tatbegehung sofort festgestellten Tatumständen als solche objektiv ungeeignet, nennenswerte Ermittlungsmaßnahmen auszulösen und taten dies auch nicht. Der Polizei war auf Grund der festgestellten Tatumstände, nämlich der Anwesenheit des die Beschädigung des Türglases meldenden Zeugen am Tatort bis zum Eintreffen der Polizei und wegen der geringen Größe des in die Scheibe geschlagenen Loches, von Anfang an bekannt, dass kein Einbruch in den Laden stattgefunden hatte.

Zwar erfolgte das Aufsuchen des Tatorthes sowie die Vernehmung des A durch den ermittelnden Polizeibeamten, nachdem A seine erste falsche Angabe gemacht hatte, jedoch war dem Polizeibeamten schon zu diesem Zeitpunkt, wie dessen A entgegengehaltener Vorhalt zeigt, bewusst, dass infolge der am Tatort festgestellten Türbeschädigung kein Diebstahl hätte stattfinden kön-

²² BGHSt 6, 251 (255); Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 145d Rdnr. 1; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 145d Rdnr. 2; Hecker, JuS 2011, 81.

²³ Rudolphi/Rogall, in: SK-StGB, 2009, § 145d Rdnr. 18 ff.; wohl auch Wessels/Hettinger, BT I, 34. Aufl., Rdnr. 710.

nen.²⁴ Folglich hat sich A nach Ansicht der Rechtsprechung nicht nach § 145d I Nr.1 strafbar gemacht.

Die *herrschende Lehre* hingegen stellt vor dem Hintergrund des mit einer Tathandlung nach § 145d I Nr. 1 einhergehenden Gefährdungspotenzials i.S. des Schutzzwecks der Norm darauf ab, ob die „aufgebauschte“ Darstellung **geeignet** ist, die Strafverfolgungsbehörde zu einem Ermittlungsaufwand zu veranlassen, der **erheblich** über demjenigen liegt, der zur Aufklärung der tatsächlich begangenen Straftat erforderlich wäre.²⁵ Zwar war der Polizei von Anfang an bekannt, dass aufgrund der am Tatort vorgefundenen Umstände ein Einbruchdiebstahl nicht habe stattfinden können, sodass ein zusätzlicher Ermittlungsaufwand nicht stattgefunden hat. Jedoch waren die Äußerungen des A, er sei nicht Opfer einer Sachbeschädigung, sondern eines Einbruchdiebstahls geworden, aufgrund des scheinbaren Vorliegens eines schwereren Deliktes generell geeignet, einen erheblich höheren Ermittlungsmehraufwand zu veranlassen.²⁶ Hierfür

spricht bereits objektiv, dass die vorgepiegelte Tat nach §§ 242, 243 I Nr. 1 als Officialdelikt von Amts wegen zu verfolgen ist, während es sich bei der tatsächlich begangenen Tat nach § 303 I lediglich um ein Antrags- bzw. Privatklagedelikt handelt (vgl. § 303c ; § 374 I Nr. 6 StPO). Folglich ist ein Vortäuschen i.S.d. § 145d I Nr.1 nach der h.M. zu bejahen.

Stellungnahme: Der zuerst genannte Ansatz vermag nicht zu überzeugen, da er dem Schutzzweck der Norm nicht hinreichend Rechnung trägt. Sofern tatsächlich eine Straftat begangen wurde, würden die Strafverfolgungsbehörden hiernach bei jeder auch noch so groben Entstellung der Tatschilderung schutzlos gestellt und müssten folglich hinnehmen, dass Ermittlungen veranlasst werden, die die Behörden zusätzlich erheblich belasten.²⁷

Nicht überzeugend ist auch die Ansicht der Rechtsprechung, da hiernach § 145d I Nr. 1 in die Nähe eines Erfolgsdelikts gerückt werden würde. Dass das Verhalten des A keinen zusätzlichen Ermittlungsaufwand auf Seiten der Polizei hervorgerufen hat, da dieser von Anfang an bekannt war, dass kein Einbruch begangen worden ist, ist für die Erfüllung des § 145d I Nr. 1 bedeutungslos. Darauf, ob die Vortäuschung ir-

²⁴ So auch die Argumentation des OLG Oldenburg, dargestellt von Hecker, JuS 2011, 81.

²⁵ BayOLG, NJW 1988, 83; OLG Hamm, NStZ 1987, 558 (559); OLG Karlsruhe, MDR 1992, 1166; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 145d Rdnr. 5 ff.; Rengier, BT II, 14. Aufl., § 51 Rdnr. 4 ff.; Zopfs, in: MK-StGB, 2. Aufl., § 145d Rdnr. 23, 25.

²⁶ So die Argumentation von Hecker, JuS 2011, 81.

²⁷ OLG Hamm, NStZ 1987, 558 (559); Zopfs, in: MK-StGB, 2. Aufl., § 145d Rdnr. 25.

gendeinen Erfolg gehabt hat, insbesondere die Behörde unnötig tätig geworden ist, kommt es aufgrund der Qualifizierung des § 145d als abstraktes Gefährdungsdelikt nicht an.²⁸

Entscheidend muss daher vielmehr sein, ob die Vortäuschung des A, er sei nicht nur Opfer einer Sachbeschädigung, sondern eines Einbruchsdiebstahls geworden, generell geeignet ist, einen erheblichen Ermittlungsmehraufwand zu veranlassen. Wie bereits oben erläutert, hat A somit nach der überzeugenden h.M. eine Straftat i.S. des § 145d I Nr.1 vorgetäuscht.

2. Subjektiv

A handelte auch vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A hat sich somit gemäß § 145d I Nr. 1 strafbar gemacht.

Teil III.

D könnte durch das Verkaufen der „Solarium-App“ eines Betrugs zum Nachteil des A gemäß § 263 I schuldig sein.

I. Tatbestand

1. Täuschung über Tatsachen

Zunächst müsste A von D über Tatsachen getäuscht worden sein. Tatsache ist jeder Vorgang oder Zustand, der dem Beweis zugänglich ist.²⁹ Die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit der App ist eine der Nachprüfung zugängliche Tatsache. Trotz marktschreierischer Reklame hat er in den Anzeigen nicht lediglich ein persönliches Werturteil abgegeben, sondern könnte über nachprüfbare Tatsachen getäuscht haben.³⁰ Täuschung ist jede Handlung, die durch Einwirkung auf das innere Vorstellungsbild eines anderen eine Fehlvorstellung über Tatsachen erzeugt.³¹ Eine Täuschungshandlung könnte vorliegend in dem Verkaufsangebot der wirkungslosen „Solarium-App“ liegen.

²⁸ Rengier, BT II, 13. Aufl., § 51 Rdnr. 2; Zopfs, in: MK-StGB, 2. Aufl., § 145d Rdnr. 40; Hecker, JuS 2011, 81.

²⁹ Fischer, StGB, 59. Aufl., § 263 Rdnr. 6; Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 263 Rdnr. 8.

³⁰ BGHSt 34, 199; vgl. auch Tiedemann, in: LK-StGB, 12. Aufl., § 263 Rdnr. 15; Wesels/Hillenkamp, BT 2, 33. Aufl., Rdnr. 496.

³¹ BGH, NJW 2001, 2187; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 263 Rdnr. 6.

a. Bisherige Auslegung von Täuschung und Irrtum bei § 263 I

Der BGH musste einen ähnlichen Fall entscheiden, in dem ein Anbieter Abmagerungs- und Verjüngungspillen sowie „Haarverdicker“ und „Nichtraucherpillen“ vertrieb.³² Der BGH bejahte in diesem Fall eine Täuschung, da der Anbieter über die Wirksamkeit der angebotenen Präparate getäuscht habe.

Auch sei ein Irrtum bei den Opfern erzeugt worden. Für die deutsche Betrugsdogmatik war und ist bisher noch unerheblich, inwiefern das Opfer leichtgläubig oder sogar extrem leichtgläubig ist und damit die Täuschung bei sorgfältiger Prüfung erkennbar gewesen wäre. Leichtgläubigkeit oder Erkennbarkeit der Täuschung bei hinreichend sorgfältiger Prüfung schließt die Schutzbedürftigkeit der potentiellen Opfer und damit gegebenenfalls eine Täuschung nicht aus.³³ Der deutsche Täuschungsschutzstandard ist sehr opferfreundlich. Geschützt wird auch der „exquisit Dumme“.³⁴

b. Auslegung im Lichte der EG-Richtlinie

Anmerkung: Fraglich ist, ob schon an diesem Punkt eine Einschränkung des Betrugstatbestandes möglich bzw. erforderlich ist. Eine andere Möglichkeit wäre, beim Tatbestandsmerkmal Irrtum anzusetzen. Der BGH hat in BGHSt 34, 199 das „Problem des leichtgläubigen Opfers“ auf der Irrtumsebene behandelt. Da die RLuG aber von den unlauteren Geschäftspraktiken spricht, ist es dogmatisch präziser, das Problem bei der Täuschungshandlung abzuarbeiten (so auch schon Kühl ZStW 1997, 777 (784)).

Das Institut der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung nationaler Rechtsnormen, das allgemein anerkannt ist,³⁵ soll für eine Anpassung der innerstaatlichen Rechtsanwendung an die Wertungsvorgaben des Gemeinschaftsrechts sorgen und dessen Geltungsanspruch sichern.³⁶ Mit § 263 ist der Rahmen für die Unterbindung der in der Richtlinie 2005/29/EG genannten unzulässigen Handlungen bereitgehalten. Allerdings ist dieser Rahmen dann über die richtlinienkonforme Auslegung auszufüllen.

³² BGHSt 34, 199; Vgl. auch den ähnlichen Fall bei Hecker, Fallsammlung zum Europäischen und Internationalen Strafrecht – Juristische Examensklausuren, 2012, 89 ff.

³³ BGHSt 34, 199; BGH, NStZ-RR 2004, 110 (111).

³⁴ Samson, JA 1978, 469 (471).

³⁵ Brechmann, Richtlinienkonforme Auslegung, S. 128; Satzger, Europäisierung, S. 518.

³⁶ Hecker, Europäisches Strafrecht, 4. Aufl., § 10 Rdnr. 1; vgl. dazu auch Schramm, ZJS 2010, 615 (617 ff.).

Problem: Fraglich ist, wie eine richtlinienkonforme Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Täuschung“ erfolgen kann.

Die Richtlinie 2005/29/EG beschreibt unlautere Geschäftspraktiken in Art. 5 II RLUG. Verboten sind danach Handlungen, die den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widersprechen und die in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreichen oder an den sie sich richten [...], wesentlich beeinflussen oder dazu geeignet sind, dieses wesentlich zu beeinflussen.

Im *Umkehrschluss* daraus folgt, dass alle Handlungen, die keine unlauteren Geschäftspraktiken darstellen, nach Gemeinschaftsrecht zulässig sind. Es muss wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts – bzw. wegen der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung – also zur Straffreiheit all jener Verkaufspraktiken kommen, deren Sanktionierung gegen das Gemeinschaftsrecht verstieße.³⁷

Voraussetzung für eine taugliche Täuschungshandlung ist demnach vorliegend, dass durch die Handlung das Verhalten eines Durchschnittsverbrauchers beeinflusst werden kann.

Für die EG-Richtlinie wird das europäische Verbraucherleitbild zugrunde gelegt. In seinen Entscheidungen stellt der EuGH immer wieder fest, dass es darauf ankommt, „wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher eine Angabe wahrscheinlich“ versteht.³⁸ Folglich muss durch das Täuschungsverhalten ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher in die Irre geführt werden.

Wenn also nur solche Verhaltensweisen verboten sind, die sich eignen, einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher in die Irre zu führen, dann müssen alle Verhaltensweisen, die hierzu nicht geeignet sind, erlaubt sein und dürfen nicht durch nationales Recht mit Strafe bedroht werden, somit keine Täuschung darstellen.

Anderenfalls entstünde ein Widerspruch zwischen § 16 UWG und § 263 I; denn würde § 263 I nicht eingeschränkt, würde die wettbewerbsrechtliche Erlaubnis des § 16 UWG wieder nivelliert. Mit anderen Worten: lautere Geschäftspraktiken sollen erlaubt sein und nicht über § 263 I sanktioniert und

³⁷ So bereits Soyka, wistra 2007, 129.

³⁸ EuGH, JuS 2000, 76; EuGHE 1995 I, 3599 (3629) Rdnr. 34, 36 – Kommission/Deutschland, Sauce hollondaise; EuGHE 1995 I, 1923 (1944) Rdnr. 24 – Mars; EuGHE 1998 I, 4657 (4691).

damit rein faktisch wieder verboten werden.

c. Stellungnahme

Eine Anpassung des Strafrechts an die europarechtlichen Vorgaben ist zwingend.³⁹ Dass es hierbei grundsätzlich auch dazu kommen kann, dass strengere nationale Dogmatik aufgeweicht wird – wie hier der strenge § 263 I, der keinen viktimologischen Ansatz aufweist –, muss als Konsequenz aus der Harmonisierung der verschiedenen Rechtsordnungen hingenommen werden. Im Übrigen wird der verminderte Opferschutz, da das „exquisit dumme Opfer“ aus dem Schutzbereich des § 263 herausgenommen wird, darüber wieder in gewissem Maße aufgefangen, als der europäische Gesetzgeber die dem Verbraucher zugemutete erhöhte Eigenverantwortlichkeit durch die vermehrte Einführung von Informationspflichten auf Anbieterseite abzufedern versucht.⁴⁰

Gut vertretbar ist es daher, hier eine Einschränkung des § 263 anzunehmen. Geschützt wird bei richtlinienkonformer Auslegung eben nicht mehr

³⁹ Der *BGH* erkennt dies an und nimmt selbst richtlinienkonforme Auslegungen strafrechtlicher Tatbestände vor; bspw. in *BGH*, NStZ 2011, 411 prüft dieser i.R.d. Bestimmung der Strafbarkeit nach § 16 UWG die Vereinbarkeit seiner Auslegung des Verbraucherbegriffes mit dem europarechtlichen Verbraucherleitbild.

⁴⁰ *Soyka*, *wistra* 2007, 127 (129).

der „exquisit Dumme“. Müsste es sich dem Durchschnittsverbraucher aufdrängen, dass die „Solarium-App“ nie funktionieren kann, liegt keine unlautere Werbung und damit keine Täuschung vor. Das Angebot des D ist so offensichtlich nicht wahr, dass ein besonnener, durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher nicht davon in die Irre geführt werden kann. A, der leichtgläubig ist, hätte erkennen können und müssen, dass das Angebot des D sich nicht erfüllen lässt.

Andererseits ist der dem Betrugstatbestand § 263 zugrunde liegende Verbraucherbegriff möglicherweise umfassender. Da der europäische Verbraucherbegriff einerseits den Anwendungsbereich der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken begrenzt, andererseits aber die im Übrigen einschlägige Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (RL 84/450/EWG, ABl. L 250, 17) nur einen Mindest-, aber keinen Höchstschutz vorgibt, ist ein Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht nicht begründet; denn eine Verstärkung des Verbraucherschutzes über den Standard der Richtlinien hinaus ist mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.⁴¹

⁴¹ So die im Zusammenhang beachtenswerte Entscheidung des *BGH*, NStZ 2011, 411 mit Ver-

Falls einer richtlinienkonformen Einschränkung des Tatbestandes mit einer entsprechenden Argumentation und (wohl) auf der Linie des BGH nicht gefolgt wird, ist weiter zu prüfen.

2. Irrtum

D müsste durch die Täuschung einen Irrtum bei A erzeugt haben. Darunter ist jede Abweichung der Vorstellung von der Wirklichkeit zu verstehen.⁴² Diese Voraussetzung liegt vor, da A von der Wirksamkeit der „Solarium-App“ ausgeht.

3. Vermögensverfügung

Eine Vermögensverfügung, d.h. jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar zu einer Vermögensminderung führt,⁴³ des A liegt vor. Der Abschluss eines Kaufvertrages als rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist eine Vermögensverfügung i.S. des § 263.⁴⁴

weis auf BT-Drs. 16/10145, S. 11 f. und Sosnitza, in: Piper/Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Aufl., § 2 Rdnr. 85.

⁴² Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 263 Rdnr. 18; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 263 Rdnr. 54; Wessels/Hillenkamp, BT 2, 33. Aufl., Rdnr. 508.

⁴³ BGHSt 14, 170; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 263 Rdnr. 22; ; Wessels/Hillenkamp, BT 2, 33. Aufl., Rdnr. 620 ff.

⁴⁴ BGHSt 21, 112 f.; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 263 Rdnr. 71; Tiedemann, in: LK-StGB, 12. Aufl., § 263 Rdnr. 173.

4. Vermögensschaden

Aufgrund der Vermögensverfügung müsste dem A ein Vermögensschaden entstanden sein. Nach h.M. erleidet das Vermögen einen Schaden, wenn sein wirtschaftlicher Gesamtwert durch die Verfügung des Getäuschten vermindert wird,⁴⁵ wenn also nicht nur eine Vermögensvermehrung ausbleibt,⁴⁶ sondern entweder die Aktiven ihrem Wert nach verringert werden oder neue Verbindlichkeiten entstehen, ohne dass diese Einbuße durch einen unmittelbaren Zuwachs voll ausgeglichen wird (sog. Gesamtsaldierung).⁴⁷ Hier kommt durch den Abschluss des Kaufvertrages ausschließlich das Vorliegen eines sog. Eingehungsschadens in Betracht, der aber eine schadensgleiche Vermögensgefährdung voraussetzt.⁴⁸ Eine solche ist i.R.d. Eingehungsbetruges gegeben, wenn durch betrügerische Absicht eine Verbindlichkeit begründet wird, bei der zur Zeit des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäftes bereits feststeht, dass dieser nur eine minderwertige Gegenleistung gegenübersteht.⁴⁹ Dies ist vorliegend aufgrund der Wirkungslosigkeit

⁴⁵ BGHSt 16, 220; BGH, NStZ 1997, 32; 1999, 353.

⁴⁶ BGH, NJW 1985, 2428; 1991, 2573; OLG Köln, NStZ 2000, 481.

⁴⁷ Fischer, StGB, 59. Aufl., § 263 Rdnr. 90.

⁴⁸ Hierzu sehr ausführlich Fischer, StGB, 59. Aufl., § 263 Rdnr. 176.

⁴⁹ BGHSt 15, 24 (26 f.); 45, 1 (4); Fischer, StGB, 59. Aufl., § 263 Rdnr. 176.

der Solarium-App bei einem Kaufpreis von € 19.99 zu bejahen.

Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung könnte jedoch aufgrund der Möglichkeit des A zur Anfechtung bzw. Widerruf des Vertrages ausgeschlossen sein.

Problem: Fraglich ist, wie sich ein etwaiges Anfechtungsrecht bzw. Widerrufsrecht auf die Beurteilung der schadensgleichen Vermögensgefährdung auswirkt.

a. Anfechtungsrecht

Das Anfechtungsrecht aus § 123 BGB steht einem Schaden nach ganz h.M. nicht entgegen.⁵⁰ Andernfalls würden gerade die Hauptfälle des Betrugs aus dem Tatbestand herausgenommen. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung wäre zwar binnen Jahresfrist möglich und würde den Vertrag auch ex tunc beseitigen, jedoch bliebe die Beweispflicht und damit das Prozessrisiko bei A. Des Weiteren bestimmt sich die Strafbarkeit des D ausschließlich für den Zeitpunkt der tatbestandsmäßigen Handlung, folglich bei Abschluss des Kaufvertrages zwischen D und A. Zu diesem Zeitpunkt lag keine geldwerte Kompensation des D für die von A eingegangene Verbindlichkeit vor. Folglich genügt der Beurteilung einer konkreten

Vermögensgefährdung die abstrakte Möglichkeit der Schadensverhinderung nicht.⁵¹ Etwas anders kann nur dann gelten, wenn der Getäuschte Kenntnis von den Umständen hat, die ihm die Möglichkeit geben, den drohenden Schaden jederzeit, ohne Mitwirkung des Täters und ohne erheblichen zeitlichen und finanziellen Aufwand zu verhindern. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Es liegt also trotz der Anfechtbarkeit des Verpflichtungsgeschäftes sowie der Widerrufsmöglichkeit eine konkrete Vermögensgefährdung vor.

b. Widerrufsrecht

A hätte seine Willenserklärung auch widerrufen können. Ein Widerrufsrecht könnte sich aus §§ 312 I Nr. 1, 355 I 1 BGB ergeben. Jedoch kann auch ein solches aus den gleichen Gründen wie bei der Möglichkeit der Anfechtung des Vertrages nicht zum Ausschluss des Vermögensschadens führen (s. 4.a.).

Folglich liegt infolge des Vertragsabschlusses eine schadensgleiche Vermögensgefährdung vor. Diese wurde mit der Abbuchung vom Konto des A zum Erfüllungsschaden. Die Abbuchung stellt jedoch aufgrund der Bejahung des Eingehungsbetruges ausschließlich eine Vertiefung des Schadens dar.

⁵⁰ BGHSt 21, 384; 22, 89; 23, 300.

⁵¹ Hierzu ausführlich *Satzger*, Jura 2009, 518 ff.

5. Vorsatz

D handelte mit Wissen und Wollen hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale.

6. Bereicherungsabsicht

D handelte auch mit Bereicherungsabsicht. Er wollte sich durch den Verkauf der wirkungslosen App einen Vermögensvorteil verschaffen.

7. Rechtswidrigkeit der Bereicherung und Vorsatz diesbezüglich

Die Rechtswidrigkeit der Bereicherung liegt vor, wenn sie der materiellen Rechtsordnung widerspricht.⁵² Der Anspruch des D ist nicht durchsetzbar, da A eine rechtsvernichtende Einwendung gem. §§ 123 I, 142 I BGB geltend machen kann. D handelte auch diesbezüglich mit Wissen und Wollen.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungsgründe oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

III. Ergebnis (sofern keine richtlinienkonforme Tatbestandseinschränkung vorgenommen wurde)

D ist strafbar wegen Betruges gemäß § 263 I.

⁵² Statt vieler *BGHSt* 19, 206; *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl., § 263 Rdnr. 61.

Teil IV.⁵³

A. Zeugenvernehmung des P₁

Die Aussage des P₁ könnte möglicherweise nicht verwertbar sein. Dazu müsste zunächst gegen ein Beweiserhebungsverbot verstoßen worden sein. Es könnte ein Verstoß gegen § 136 I 2 StPO vorliegen. Grundsätzlich ist der Beschuldigte vor seiner Vernehmung gemäß § 136 I 2 StPO zu belehren. Eine Vernehmung liegt aber nur vor, wenn der Vernehmende dem Beschuldigten „in amtlicher Eigenschaft gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihm Auskunft verlangt“.⁵⁴

Das Geständnis des A auf der Polizeiwache gegenüber P₁ hat dieser aber im Rahmen einer „Spontanäußerung“ außerhalb einer Vernehmung gemacht. Einigkeit besteht darin, dass solche Spontanäußerungen durch Vernehmung des Vernehmungsbeamten als Zeugen in das Verfahren nach §§ 48 ff. StPO uneingeschränkt eingeführt und verwertet werden können.⁵⁵ Begründet wird dies damit, dass eine Beschuldigtenbelehrung faktisch unmöglich war. Da kein Erhebungsverbot wegen eines

⁵³ Stark verkürzt *BGH*, NJW 2009, 3589; mit ähnl. Abwandlung von *Heintschel-Heinegg*, JA 2010, 231; vgl. auch *Hinderer*, JA 2012, 115 ff.

⁵⁴ *BGHSt* 40, 211 (213); 42, 139 (145); dazu auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., § 25 Rdnr. 11.

⁵⁵ *Beulke*, StPO, 11. Aufl. 2010, § 7 Rdnr. 118 m.w.N.

Verstoßes gegen § 136 I 2 StPO vorliegt, ist die Aussage des P₁ verwertbar.

Diese Ausklammerung der sog. Spontanäußerungen aus dem Vernehmungsbegriff muss aber begrenzt werden.

B. Zeugenvernehmung P₂ und P₃

Hinsichtlich der Angaben des A vor P₂ und P₃ ist ein Verstoß gegen § 136 I StPO zu bejahen. Zum Zeitpunkt der Fahrt zur ärztlichen Untersuchung bestand nämlich bereits ein so starker Tatverdacht gegen A, dass eine Belehrung i.S.v. § 136 I 2 StPO zwingend hätte erfolgen müssen.

Dass A die Angaben nicht auf ein gezieltes Befragen hin – d.h. nicht i.R.e. Vernehmung nach der oben genannten Definition –, sondern von sich aus gemacht hat, kann daran nichts ändern.

Dass Spontanäußerungen grds. voll verwertbar sind, darf von den Ermittlern nicht gezielt ausgenutzt werden, um Belehrungspflichten zu umgehen. Eine solche gezielte Umgehung liegt aber nach Ansicht des BGH nahe, wenn sich *„Polizeibeamte nach einem Spontangeständnis über einen erheblichen Zeitraum Einzelheiten der Tat berichten lassen, ohne den Beschuldigten auf sein*

Aussageverweigerungsrecht hinzuweisen“.⁵⁶

Dieses Erhebungsverbot führt wegen Verstoßes gegen § 136 I StPO auch zu einem Verwertungsverbot.

Bei Ausbleiben der Belehrung ist nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich von einem Verwertungsverbot auszugehen.⁵⁷ Dies macht jedoch nicht die im Einzelfall vorzunehmende Abwägung entbehrlich (Abwägungslehre). Ausgangspunkt ist die Rechtskreistheorie.⁵⁸ Da § 136 I StPO den Beschuldigten schützt, spricht zunächst grds. mehr für ein Verwertungsverbot. Hier ist zwar das im Raum stehende Delikt sehr schwer, das Interesse an der Aufklärung damit hoch. Die Verletzung des strafrechtlichen Grundsatzes, dass der Beschuldigte sich nicht belasten muss und darauf auch hingewiesen werden muss, darf jedoch nicht – und schon gar nicht wie hier bewusst und gezielt – umgangen werden.

C. Ergebnis

Die Angaben von P₁ können verwertet werden; die Angaben von P₂ und P₃

⁵⁶ So die Argumentation bei BGH, NJW 2009, 3589.

⁵⁷ BGHSt 38, 214; vgl. auch Monka, in: Beck-scher Online-Kommentar StPO, Edition 15, § 136 Rdnr. 21 m.w.N.

⁵⁸ Dazu Hinderer, JA 2012, 115 (117 f.) m.w.N.

können nicht im Strafprozess gegen A
verwertet werden.

Haftung in „Herausforderungsfällen“ bei vorsätzlich herbeigeführtem Schaden durch die Polizei

BGH, Urteil vom 31.01.2012 – VI ZR 43/11

1. Der Halter eines Kraftfahrzeuges, der sich der polizeilichen Festnahme durch Flucht unter Verwendung seines Kraftfahrzeuges entzieht, haftet unter dem Gesichtspunkt des Herausforderns sowohl nach § 823 Abs. 1 BGB als auch nach § 7 StVG für einen bei der Verfolgung eintretenden Sachschaden an den ihn verfolgenden Polizeifahrzeugen, wenn dieser Schaden auf der gesteigerten Gefahrenlage beruht und die Risiken der Verfolgung nicht außer Verhältnis zu deren Zweck stehen. (amtlicher Leitsatz)
2. Dies gilt auch in Fällen, in denen der Fahrer eines Polizeifahrzeuges zum Zwecke der Gefahrenabwehr vorsätzlich eine Kollision mit dem fliehenden Fahrzeug herbeiführt, um es zum Anhalten zu zwingen. (amtlicher Leitsatz)
3. Der Anspruch auf Ersatz des dabei an den beteiligten Polizeifahrzeugen entstandenen Sachschadens kann nach § 115 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VVG auch als Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer des Fluchtfahrzeuges geltend gemacht werden. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (vereinfacht):

Der A wollte sich einer Verkehrskontrolle durch Flucht entziehen, wobei er hierbei eine Polizeibeamtin verletzte. Die Polizei nahm die Verfolgung über die Autobahn auf. A wechselte mehrfach die Fahrstreifen, überholte knapp und befuhr auch den Standstreifen. Hierbei kam es zu einigen gefährlichen Situationen. Um den Flüchtigen zu stoppen, entschloss sich die Polizei, mit zwei Fahrzeugen den Verkehr zu verlangsamen, während ein um Hilfe gebe-

tener LKW-Fahrer den Standstreifen blockierte. A versuchte zwischen den beiden Polizeifahrzeugen hindurch zu fahren. Hierbei wurde er (vorsätzlich) von einem noch hinter ihm fahrenden Polizeifahrzeug gerammt und an der Leitplanke zum Stehen gebracht. Durch das Auffahren des Polizeiwagens auf das Fahrzeug des A wurden auch die übrigen Polizeifahrzeuge beschädigt. V ist der Haftpflichtversicherer des A und wird vom Land L auf Schadensersatz in unstreitiger Höhe von 17.000 € für die

Schäden an den Polizeiwagen in Anspruch genommen. Besteht dieser Anspruch?

Falllösung:

Das Land L hat gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 17.000 € gem. § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG, wenn ein solcher Anspruch zunächst gegen A besteht.

I. Anspruch des L gegen A gem. § 823 Abs. 1 BGB

Voraussetzung für einen Anspruch des L gegen A gem. § 823 Abs. 1 BGB ist, dass der A eines der dort genannten Rechte oder Rechtsgüter mindestens fahrlässig verletzt hat. Eine Eigentumsverletzung in Form der Beschädigungen an den Polizeiwagen liegt unproblematisch vor. Fraglich ist allerdings, ob diese Eigentumsverletzung dem A zugerechnet werden kann. Denn unmittelbare Ursache war nicht eine Handlung des A, sondern das vorsätzliche Auffahren durch einen Polizeiwagen. Für die Zurechnung in solchen „Herausforderungsfällen“ hat der BGH bestimmte Kriterien entwickelt und auch im konkreten Fall eine Zurechnung bejaht:

„Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats kann jemand, der durch vorwerfbares Tun einen anderen zu selbstgefährdendem Verhalten heraus-

fordert, diesem anderen dann, wenn dessen Willensentschluss auf einer mindestens im Ansatz billigenwertigen Motivation beruht, aus unerlaubter Handlung zum Ersatz des Schadens verpflichtet sein, der infolge des durch die Herausforderung gesteigerten Risikos entstanden ist [...]. Eine auf solcher Grundlage beruhende deliktische Haftung ist insbesondere in Fällen bejaht worden, in denen sich jemand pflichtwidrig der (vorläufigen) Festnahme oder der Feststellung seiner Personalien durch Polizeibeamte oder andere dazu befugte Personen durch die Flucht zu entziehen versucht und diesen Personen dadurch Anlass gegeben hat, ihn zu verfolgen, wobei sie dann infolge der durch die Verfolgung gesteigerten Gefahrenlage einen Schaden erlitten haben [...].

Voraussetzung für eine deliktische Haftung ist in solchen Fällen stets, dass der in Anspruch genommene Fliehende seinen Verfolger in vorwerfbarer Weise zu der selbstgefährdenden Reaktion herausgefordert hat [...]. Dabei muss sich das Verschulden insbesondere auch auf die Verletzung eines der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter erstrecken, d.h. der Fliehende muss sich bewusst gewesen sein oder zumindest fahrlässig nicht erkannt und bei der Einrichtung seines Verhaltens pflichtwidrig nicht berücksichtigt haben, dass sein Verfolger oder durch diesen ein unbeteiligter Dritter infolge der durch die Verfolgung ge-

steigerten Gefahr einen Schaden erleiden könnte [...].“

Dies ist vorliegend der Fall. Es ist keinesfalls untypisch, dass ein Fliehender von der Polizei auch unter Inkaufnahme von Sachschäden gestoppt wird, um dadurch andere Verkehrsteilnehmer zu schützen und die Strafverfolgung sicher zu stellen. Für A war also nicht nur vorhersehbar, dass ihn die Polizei verfolgt wird, sondern auch, dass es dabei möglicherweise zu Eigentumsverletzungen im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB kommen kann.

Um in solchen Herausforderungsfällen die Haftung nicht ausufern zu lassen, nimmt der BGH eine Verhältnismäßigkeitsabwägung vor und prüft, ob das eingesetzte Mittel zum erstrebten Zweck noch in einer angemessenen Relation steht. Konkret in unserem Fall also, ob es angemessen war, den A unter Inkaufnahme von Sachschäden zu stoppen:

„Wesentlicher Gradmesser für eine Herausforderung zur Verfolgung mit der Überbürdung des gesteigerten Verletzungsrisikos auf den Fliehenden ist insbesondere die angemessene Mittel-Zweck-Relation, nach der die Risiken der Verfolgung und der Beendigung der Flucht nicht außer Verhältnis zu dem Ziel der Ergreifung des Fliehenden stehen dürfen, weil ansonsten die Schädigung

nicht mehr in den Schutzbereich der Haftungsnorm fällt [...].

Der Versicherungsnehmer der Beklagten hat sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts einer Verkehrskontrolle entzogen, dabei eine Polizeibeamtin verletzt und sich danach über viele Kilometer hinweg mit den ihn verfolgenden Polizeifahrzeugen mit hoher Geschwindigkeit eine Verfolgungsjagd mit mehrfachem Fahrstreifenwechsel unter Mitbenutzung des Standstreifens geliefert. Da von diesem rücksichtslosen Verhalten eine erhebliche Gefahr für andere Verkehrsteilnehmer ausging, stand die Entscheidung, die Flucht durch eine Kollision mit dem Fluchtfahrzeug auf die erfolgte Art zu beenden, nicht außer Verhältnis zu dem Ziel der Beendigung der Flucht und der Ergreifung des Fliehenden.“

Zudem müsste A auch fahrlässig gehandelt haben. Wie bereits oben bei der Zurechnung festgestellt wurde, war für A die Reaktion der Polizei vorhersehbar. Fahrlässigkeit ist damit unproblematisch gegeben. Dazu der BGH:

„Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wusste der Versicherungsnehmer der Beklagten, dass er verfolgt wird, und musste auch damit rechnen, dass für seine Verfolger und ihre Fahrzeuge bei seiner Fahrweise nicht nur ein gesteigertes Risiko bestand, während der Verfolgungsfahrt einen Schaden zu er-

leiden, sondern auch bei einer Beendigung der Flucht durch eine bewusst herbeigeführte Kollision mit dem Fluchtfahrzeug. Bei einer Verfolgungsjagd, wie sie im Streitfall stattgefunden hat, ist es nicht fernliegend, dass die Polizeibeamten erforderlichenfalls auch Schäden an den Polizeifahrzeugen in Kauf nehmen, um den Flüchtenden zu stoppen und Schlimmeres zu verhindern.“

Damit hat L gegen A einen Anspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB auf Zahlung von 17.000 €. Dieser kann gem. § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG direkt gegen V geltend gemacht werden.

II. Anspruch des L gegen A gem. § 7 Abs. 1 StVG

Voraussetzung für einen Anspruch gem. § 7 Abs. 1 StVG ist, dass eines der dort genannten Rechte oder Rechtsgüter bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs verletzt worden ist.

Fraglich ist allerdings, ob der Schaden „bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs“ entstanden ist. Hierfür ist nicht etwa erforderlich, dass es sich um einen ordnungsgemäßen Betrieb des Kraftfahrzeugs handelt. Sinn und Zweck des § 7 Abs. 1 StVG ist es gerade, die anderen Verkehrsteilnehmer von allen von der Gefahrenquelle Kraftfahrzeug verursachten Schäden frei zu halten.

„Ein Schaden ist demgemäß bereits dann ‚bei dem Betrieb‘ eines Kraftfahrzeugs entstanden, wenn sich in ihm die von dem Kraftfahrzeug ausgehenden Gefahren ausgewirkt haben, d.h. wenn bei der insoweit gebotenen wertenden Betrachtung das Schadensgeschehen durch das Kraftfahrzeug (mit)geprägt worden ist [...]. Erforderlich ist aber stets, dass es sich bei dem Schaden, für den Ersatz verlangt wird, um eine Auswirkung derjenigen Gefahren handelt, hinsichtlich derer der Verkehr nach dem Sinn der Haftungsvorschrift schadlos gehalten werden soll, d.h. die Schadensfolge muss in den Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen worden ist [...].“

Ein wie hier vorliegender Auffahrunfall ist eine typische Gefahr, die beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs entsteht. Dass der Auffahrunfall von den Polizisten vorsätzlich herbeigeführt wurde, ist eine Frage der Zurechnung, die oben bereits bejaht wurde.

Da keine höhere Gewalt im Sinne des § 7 Abs. 2 StVG vorliegt, hat L gegen A einen Anspruch gem. § 7 Abs. 1 StVG, der gem. § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG direkt gegen V geltend gemacht werden kann.

Hinweise:

Geht es um einen Unfall mit einem Kraftfahrzeug, sollte der Klausurbearbeiter – neben der bekannten Anspruchsgrundlage des § 823 Abs. 1 BGB – immer auch an die Gefährdungshaftungstatbestände in den §§ 7, 18 StVG gegen Halter und Fahrzeugführer denken. Zudem sind Klausurkonstellationen nicht selten, in denen (wie hier) ein Direktanspruch gegen die Haftpflichtversicherung geprüft werden soll. Dieser ergibt sich für die Kfz-Haftpflicht aus § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG. Freilich ist § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG nur der Einstieg in die Klausur. Im Übrigen muss schwerpunktmäßig geprüft werden, ob überhaupt ein Anspruch besteht (vgl. den Wortlaut des § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG „seinen Anspruch auf Schadensersatz“).

(Ref. jur. Dr. Julius Forschner)

Rückforderung zu viel gezahlter Abschleppkosten bei Abtretung an das Abschleppunternehmen

BGH, Urteil vom 06.07.2012 – V ZR 268/11, NJW 2012, 3373

Der Anspruch auf Rückzahlung überhöhter Abschleppkosten richtet sich auch dann gegen den gestörten Grundstücksbesitzer, wenn dieser seinen Schadensersatzanspruch gegen den Störer an das Abschleppunternehmen abgetreten hat (Leitsatz).

Sachverhalt (vereinfacht):

F stellte sein Fahrzeug auf dem Grundstück des E im Bereich einer – deutlich als solcher gekennzeichneten – Feuerwehrezufahrt ab. E hat mit dem Abschleppunternehmer U einen Vertrag geschlossen, in dem sich U verpflichtet, unbefugt abgestellte Fahrzeuge vom Grundstück des E zu entfernen. Als Gegenleistung hat E alle Ansprüche gegen die unberechtigt Parkenden abgetreten. U setzte das Fahrzeug des F um und teilte ihm den Standort erst nach Zahlung von 270 € Abschleppkosten mit. F hält diese Kosten (zutreffend) für überhöht und verlangt von U Rückzahlung der zu viel gezahlten 130 €.

Besteht der Anspruch des F gegen U?

Einleitung:

Die Vielzahl zu Abschleppkosten erlangenen BGH-Entscheidungen lassen

darauf schließen, dass sich das „Befreien“ privater Parkflächen von unberechtigt geparkten Fahrzeugen inzwischen zu einer lukrativen Industrie entwickelt hat. Häufig werden hierfür überhöhte Abschleppkosten verlangt, die der Kfz-Halter aber faktisch zu zahlen gezwungen ist, weil er sonst den Standort seines Autos nicht erfährt. Die andere Möglichkeit, den Unternehmer auf Bekanntgabe des Standorts zu verklagen, wäre deutlich zu zeitaufwendig, so dass sich in der Praxis das Prozessrisiko auf den Kfz-Halter verlagert, der gezwungen ist, den zu viel gezahlten Betrag zurückzufordern. In der vorliegenden Situation stellt sich für den betroffenen Kfz-Halter insbesondere die Frage des richtigen Anspruchsgegners. Im konkreten Fall hatte der Kfz-Halter den Betrag vom Abschleppunternehmer U eingeklagt. Ein Fehler, wie der BGH nunmehr klarstellte.

Falllösung:

**Anspruch des F gegen U aus § 812 I 1
Var. 1 BGB**

Voraussetzung für einen Anspruch des F gegen U gem. § 812 I 1 Var. 1 BGB ist, dass U von F etwas durch Leistung ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

I. Etwas erlangt

U hat von F Abschleppkosten in Höhe von 270 € erlangt.

II. Ohne rechtlichen Grund

Die Abschleppkosten waren 130 € zu hoch angesetzt. U hatte also nur einen Anspruch gegen F in Höhe von 140 €. Die 130 € zu viel bezahlte Abschleppkosten hat U damit ohne rechtlichen Grund erlangt.

III. Durch Leistung des F

Fraglich ist jedoch, ob er diese Abschleppkosten auch durch Leistung des F erlangt hat. Bei unbefangener Betrachtungsweise wäre dies unproblematisch zu bejahen, da F an U gezahlt hat. Der Leistungsbegriff des Kondiktionsrechts ist jedoch weitaus komplexer, als es auf den ersten Blick scheint. In Abtretungssituationen stellt sich namentlich die Frage, ob an den Zessionar (Abtretungsempfänger, hier U) oder an den Zedenten (Abtretender, hier E) geleistet wird und in der Folge auch eben dieser

richtiger Anspruchsgegner des Bereicherungsanspruchs ist. Der BGH führt dazu aus:

„Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs findet, wenn der Schuldner nach Abtretung des Anspruchs an den Zessionar (Abtretungsempfänger) geleistet hat, die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung grundsätzlich nicht direkt in dem Verhältnis dieser Personen statt, sondern zum einen zwischen dem Zessionar und dem Zedenten (Abtretender) und zum anderen zwischen diesem und dem Schuldner (vgl. BGH, Urteil vom 2. November 1988 - IVb ZR 102/87, BGHZ 105, 365, 368 ff.; Urteil vom 10. März 1993 - XII ZR 253/91, BGHZ 122, 46, 50 f.; Urteil vom 24. Februar 2003 - II ZR 385/99, BGHZ 154, 88, 91; Urteil vom 19. Januar 2005 - VIII ZR 173/03, NJW 2005, 1369). Maßgeblicher Grund hierfür ist die sachgerechte Verteilung der Insolvenzrisiken, die nur gewährleistet ist, wenn die Rückabwicklung innerhalb der jeweiligen Kausalverhältnisse erfolgt (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2005 - VIII ZR 173/03, aaO). Dieser Gesichtspunkt hat auch bei einem gesetzlichen Schuldverhältnis, wie es infolge unberechtigten Parkens zwischen dem betroffenen Grundstücksbesitzer und dem Fahrzeugführer entsteht, seine Berechtigung. Auch wenn dem Fahrzeugführer der Grundstücksbesitzer in aller Regel unbekannt sein wird, ist es ihm eher zuzumu-

ten, dessen Insolvenzrisiko zu tragen als dasjenige des von diesem beauftragten Abschleppunternehmens. Während ihm nämlich das Parken auf dem fremden Grundstück unmittelbar zuzurechnen ist, hat er auf die Auswahl des Abschleppunternehmens durch den Gestörten keinerlei Einfluss. Gleichzeitig erscheint es billig, das Insolvenzrisiko des Abschlepp- oder Inkassounternehmens dem Geschädigten als dessen Auftraggeber aufzuerlegen.“

Der BGH legt den Leistungsbegriff also nach Risikobereichen aus und stellt sich die Frage, welches Insolvenzrisiko dem Kondiktionsgläubiger eher „zugemutet“ werden kann.

Auch hier gilt freilich: Keine Regel ohne Ausnahme. Der BGH ist sich offenbar durchaus bewusst, dass in der Konsequenz der Zedent mit einer Inanspruchnahme rechnen muss, obwohl die Tatsache, dass zu hohe Abschleppkosten verlangt wurden, vom Abschleppunternehmer zu verantworten ist. Deshalb fragt der BGH in einem zweiten Schritt, ob das Verhalten des Abschleppunternehmens dem Parkplatzinhaber zuzurechnen ist:

„Demgegenüber ist in dem hier zu beurteilenden Sachverhalt das Verhalten des beklagten Abschleppunternehmens der Grundstücksbesitzerin ohne weiteres zuzurechnen. Indem die Beklagte die Bekanntgabe des Standorts des abge-

schleppten Fahrzeugs von der vorherigen Bezahlung der Abschleppkosten abhängig machte, hat sie der Sache nach ein Zurückbehaltungsrecht an dem Fahrzeug des Klägers ausgeübt. Das ist eine im Grundsatz zulässige und bei Abschleppvorgängen nicht unübliche Rechtsausübung (vgl. Senat, Urteil vom 2. Dezember 2011 - V ZR 30/11, NJW 2012, 528, 529 Rn. 17 f.), mit der die Grundstücksbesitzerin als Auftraggeberin des Abschleppvorgangs rechnen musste. Auch waren ihr aus dem Rahmenvertrag die Kosten bekannt, die die Beklagte für das Umsetzen von Fahrzeugen berechnete. Soweit diese Kosten den erstattungsfähigen Schaden der Grundstücksbesitzerin übersteigen, war eine unter dem Druck des Zurückbehaltungsrechts erfolgte Zuvielzahlung des Klägers somit vorhersehbare Folge des Abschleppauftrags; sie ist deshalb der Rechtsbeziehung zwischen diesem und ihr als Geschädigter zuzurechnen. Eine andere Beurteilung käme nur in Betracht, wenn die Beklagte die Bekanntgabe des Fahrzeugstandorts von einer zusätzlichen, hinter dem Rücken der Grundstücksbesitzerin vereinnahmten Zahlung durch den Kläger abhängig gemacht hätte. So liegt es hier jedoch nicht.“

Das Wort „zurechnen“ darf hier freilich nicht missverstanden werden. Es geht nicht um eine Zurechnung im klassischen Sinn, sondern allein um die Fra-

ge, ob vom Grundsatz der Kondition über das Dreieck eine Ausnahme gemacht wird. Es muss also nicht positiv festgestellt werden, ob ein Verhalten „zuzurechnen“ ist (auf Verschulden kommt es für die Leistungskondition gerade nicht an!), sondern vielmehr geprüft werden, ob auf Grund von Wertungsgesichtspunkten der Leistungsbegriff korrigiert werden muss.

F hat durch die Zahlung an U folglich nicht an diesen geleistet, sondern vielmehr an E. Er hat damit keinen Anspruch gegen U aus § 812 I 1 Var. 1 BGB.

Hinweise:

Die Ansicht des BGH ist – wenig überraschend – in der Literatur nicht unwidersprochen geblieben. Gerade das Argument der gerechten Verteilung von Insolvenzrisiken (vgl. oben) wird mit dem Argument angegriffen, das Insolvenzrisiko werde erst mit der Zahlung übernommen und nicht bereits mit der Begründung des Schuldverhältnisses (Schwab, in: Münchner Kommentar zum BGB, § 812 Rn. 210). In der Klausur ist es nicht wichtig, für welche Ansicht Sie sich entscheiden, wichtig ist, dass das Problem erkannt und vertretbar diskutiert wird. Plausibler erscheint aber in der Tat die Ansicht des BGH. Der Kondiktionsgläubiger hat keinerlei Einfluss darauf, an wen der Zedent seinen Anspruch abtritt. Es bleibt ihm also

für die Zahlung keine Wahl, ob er an den Zessionar leistet oder nicht. Davon zu sprechen, er „übernehme“ das Insolvenzrisiko durch die Zahlung, ist deshalb nicht richtig. Die einzige Tatsache, auf die der Kondiktionsgläubiger Einfluss hat, ist, mit wem er ein Schuldverhältnis eingeht – und sei es wie hier, ein gesetzliches Schuldverhältnis durch rechtswidriges Parken auf dem Grundstück.

Für die Fallbearbeitung sollte man sich vor allem vergegenwärtigen, dass eine Verneinung des Anspruchs gegen den Zessionar nicht dazu führt, dass der Anspruchsteller leer ausgeht, sondern sich vielmehr lediglich an einen anderen Anspruchsgegner zu wenden hat. Der in Anspruch Genommene kann dann seinerseits den Fehlbetrag vom Zessionar zurück verlangen („Kondition übers Dreieck“).

(Ref. jur. Dr. Julius Forschner)

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE



TSP

Köpfe gesucht.

Referendarinnen / Referendare

Praktikantinnen / Praktikanten

TSP ist eine wirtschaftsrechtlich ausgerichtete Kanzlei mit mehreren Standorten im In- und Ausland. Mit mehr als 50 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten beraten wir Unternehmen und Banken umfassend auf allen Gebieten des Wirtschaftsrechts mit starker internationaler Ausrichtung.

Wir freuen uns immer, ambitionierte und qualifizierte Referendare und Praktikanten bei uns aufzunehmen. Dies sehen wir auch als ideale Möglichkeit des gegenseitigen Kennenlernens. Viele unserer früheren Referendare sind heute unsere Kollegen und Partner. Sprechen Sie uns an.

Thümmel, Schütze & Partner | Rechtsanwalt Dr. Andreas Chmel | Urbanstraße 7 | 70182 Stuttgart
T +49 (0)711.1667-152 | Fx +49 (0)711.1667-290 | andreas.chmel@tsp-law.com

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

www.tsp-law.com



Ehebruch bzw. Prostitution und grober Undank

BGH, Urteil vom 13.11.2012 – X ZR 80/11, BeckRS 2012, 25607

1. Das Widerrufsrecht des Schenkers wegen groben Undanks des Beschenkten knüpft an die Verletzung der Verpflichtung zu einer von Dankbarkeit geprägten Rücksichtnahme auf die Belange des Schenkers an, die dieser vom Beschenkten erwarten darf. Ob der Beschenkte diesen Erwartungen in nicht mehr hinnehmbarer Weise nicht genügt hat, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. (amtlicher Leitsatz)

2. Anhaltspunkte dafür, was der Schenker an Dankbarkeit erwarten kann, können dabei neben dem Gegenstand und der Bedeutung der Schenkung für die Vertragsparteien auch die näheren Umstände bieten, die zu der Schenkung geführt und deren Durchführung bestimmt haben. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

M lernte F 1999 kennen, damals arbeitete F als Prostituierte. Sie lebten ab diesem Zeitpunkt in nichtehelicher Lebensgemeinschaft. Im Jahr 2000 übertrug er ihr unentgeltlich ein lebenslanges Wohnrecht an seinem Hausgrundstück; im Jahr 2005 heirateten sie, im Jahr 2008 wurde die Ehe geschieden. Im Jahr 2007 erklärte M den Widerruf wegen grobem Undank. Zur Begründung führte er an, dass sie seit 2001 ein sexuelles Verhältnis zu einem Dritten unterhalten habe und auch entgegen ihrem Versprechen wieder der Prostitution nachgegangen sei.

M verlangt Rückübertragung/Löschung des Wohnrechts. Zu Recht?

A. Anspruch aus §§ 530, 531, 818 BGB

M könnte einen Anspruch aus §§ 530, 531, 818 BGB auf Rückübertragung bzw. Löschung des Wohnrechts haben.

I. Voraussetzung dafür ist eine Schenkung im Sinne der §§ 516, 518 BGB. Keine Schenkung liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn es sich um eine unbenannte Zuwendung zwischen Ehegatten oder Lebensgefährten handelt.

Der BGH nimmt hier eine Schenkung an:

„Eine Zuwendung unter Ehegatten ist nicht Schenkung, sondern ehebezogene

Zuwendung, wenn ein Ehegatte dem anderen einen Vermögenswert um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung und Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft zukommen lässt, wobei er die Vorstellung oder Erwartung hegt, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben und er innerhalb dieser Gemeinschaft am Vermögenswert und dessen Früchten weiter teilhaben werde. Dass die Zuwendung in diesem Sinne der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen sollte, bedarf der tatrichterlichen Feststellung. Entsprechendes gilt für eine Zuwendung im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Solche Feststellungen sind jedoch vom Berufungsgericht weder getroffen worden, noch zeigt die Revisionserwiderung entsprechenden Vortrag der Klägerin als übergangen auf.“

Also liegt eine Schenkung i.S.d. §§ 516, 518 BGB vor.

II. Weiter erforderlich ist eine „schwere Verfehlung“, die gegenüber dem Schenker „grober Undank“ ist. Der BGH führt allgemein dazu aus:

„Nach § 530 Abs. 1 BGB kann der Schenker die Schenkung widerrufen, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers groben Undankes schuldig macht. Dieses die grundsätzliche Unwiderruflichkeit eines Schenkungsversprechens durch-

brechende Recht knüpft an die Verletzung der Verpflichtung zu einer von Dankbarkeit geprägten Rücksichtnahme auf die Belange des Schenkers an, die dieser vom Beschenkten erwarten kann. Entscheidend für die Annahme groben Undanks gegenüber dem Schenker ist mithin, ob der Beschenkte diesen Erwartungen in nicht mehr hinnehmbarer Weise nicht genügt hat.

Der Widerruf setzt deshalb nicht nur objektiv eine Verfehlung des Beschenkten von gewisser Schwere voraus, sondern es ist ferner erforderlich, dass die Verfehlung auch in subjektiver Hinsicht Ausdruck einer Gesinnung des Beschenkten ist, die in erheblichem Maße die Dankbarkeit vermissen lässt, die der Schenker erwarten darf. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Sie sind daraufhin zu untersuchen, ob und inwieweit erkennbar wird, dass der Beschenkte dem Schenker nicht die durch Rücksichtnahme geprägte Dankbarkeit entgegenbringt, die der Schenker erwarten kann. Anhaltspunkte dafür, was der Schenker an Dankbarkeit erwarten kann, können dabei neben dem Gegenstand und der Bedeutung der Schenkung auch die näheren Umstände bieten, die zu der Schenkung geführt und deren Durchführung bestimmt haben.“

Im vorliegenden Fall durfte der Schenker ein anderes Verhalten als das tatsächlich an den Tag gelegte erwarten, so der BGH:

„Ausgangspunkt für die nach den oben dargestellten Grundsätzen vorzunehmende Gesamtwürdigung der Umstände zur Beantwortung der Frage, was der Beklagte als Schenker an Dankbarkeit erwarten durfte, ist hier in erster Linie die übereinstimmende Vorstellung der Parteien, die der Schenkung zugrunde lag. Nach dem jedenfalls revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt stimmten die Parteien darin überein, dass die Klägerin die Prostitution aufgeben wollte. Diese gemeinsame Vorstellung der Parteien fand ihren Ausdruck einerseits darin, dass die Klägerin dem Beklagten versprach, nicht mehr als Prostituierte tätig zu sein. Auf der Grundlage dieses Versprechens übertrug der Beklagte andererseits der Klägerin das Wohnrecht, das ihr eine gesicherte neue Lebensgrundlage verschaffen sollte. Darauf sollte sich die Klägerin auch im Falle des Scheiterns ihrer Beziehung zum Beklagten verlassen können. Dazu enthielt der notarielle Vertrag die Regelung, dass das Wohnrecht bei einem Scheitern der Lebensgemeinschaft zwischen den Parteien nicht nur fortbestehen sollte, sondern der Beklagte in diesem Fall auch die von ihm gewerblich genutzten Nebenräume herausgeben und der Klägerin

das alleinige Nutzungsrecht zustehen sollte.

Damit erhielt die Klägerin eine Schenkung, durch die zeitlebens, unabhängig vom Fortbestand ihrer Beziehung zum Beklagten, ihr Wohnbedarf gesichert war und die damit einen erheblichen wirtschaftlichen Wert verkörperte. Für diese Zuwendung gab es keine andere Veranlassung des Beklagten als die gemeinsame Vorstellung der Parteien, die Klägerin werde, wie sie es dem Beklagten zugesagt hatte, die Prostitution aufgeben.

Bei einer Gesamtwürdigung dieser Umstände, die zu der Schenkung geführt haben, widersprach es objektiv einer von Dankbarkeit geprägten Rücksichtnahme auf die Belange des Beklagten, wenn sich die Klägerin alsbald nach Abschluss des sie begünstigenden notariellen Vertrages über ihr Versprechen hinwegsetzte und die Prostitution wieder aufnahm. Dies lief nicht nur den im Zeitpunkt der Schenkung gemeinsamen Vorstellungen über die zukünftige Lebensgestaltung entgegen, sondern entzog der für die Schenkung maßgeblichen von dem Versprechen der Klägerin, die Prostitution aufzugeben, geprägten Entscheidung des Beklagten, der Klägerin das Wohnrecht schenkweise zu übertragen, die Grundlage.

In diesem Verhalten der Klägerin ist deshalb jedenfalls objektiv eine schwere Verletzung der Verpflichtung zur Rück-

sichtnahme auf die Belange des Beklagten als Schenker zu sehen. Es liegt nahe, diese Verfehlung auch subjektiv als Ausdruck einer Gesinnung der Klägerin zu werten, die in erheblichem Maße die Dankbarkeit vermissen lässt, die der Schenker erwarten kann.“

Eine schwere Verfehlung, welche groben Undank darstellt, ist also auch gegeben.

B. Anspruch aus § 812 I 2 Var. 2 BGB („condictio ob rem“)

In Betracht kommt außerdem ein Anspruch aus § 812 I 2 Var. 2 BGB.

I. Eine Leistung liegt aufgrund der Schenkung vor.

II. Fraglich ist, ob der Zweck der Leistung verfehlt wurde. Das ist hier dann der Fall, wenn es sich bei der Schenkung des Hausgrundstücks um eine zweckgebundene Schenkung handelt, m.a.W. ob die Schenkung zum Zweck erfolgte, dass F nicht mehr die Prostitution ausübte.

Dafür spricht nach dem BGH einiges:

„Nach dem Vortrag des Beklagten kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch von der Klägerin die Intention des Beklagten gebilligt worden ist, mit der Schenkung dauerhaft stabile Lebensverhältnisse für die Klägerin außerhalb der Prostitution zu schaffen, und dass dieser

Zweck der Schenkung verfehlt worden ist. Dabei wird das Berufungsgericht zur berücksichtigen haben, dass desto mehr für eine kausale Verknüpfung zwischen Schenkung und Schenkungszweck spricht, je größer das Interesse des Schenkers an der Zweckerreichung ist.“

III. Es besteht auch ein Rückzahlungsanspruch nach § 812 I 2 Var. 2 BGB.

Hinweise:

1. Die Entscheidung thematisiert klassische Probleme aus dem BGB. Sie sollte Gelegenheit bieten, die Rückforderung zwischen Ehegatten und Partnern in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zu wiederholen, eine Materie, die sich bestens für Examensklausuren eignet.

2. Die Frage der Zweckverfehlungskondiktion konnte der BGH hier nicht abschließend klären, da er als Revisionsinstanz keine neue Beweiserhebung durchführen darf, sondern an den vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt gebunden ist. Es ist daher hier Aufgabe des Berufungsgerichts, den maßgeblichen Sachverhalt zu ermitteln.

3. Vollkommen zu Recht weist der BGH darauf hin, dass grober Undank sich danach bestimmt, was der Schenker an Dankbarkeit erwarten darf, m.a.W. spielen die Vorstellungen des Schenkers eine entscheidende Rolle. Missverständlich ist es allerdings, wenn der

BGH hier nur auf die gemeinsamen Vorstellungen abstellt: Voraussetzung für eine schwere Verfehlung ist das nicht. In der Sache auch liegt es auf der Hand, dass die Ausübung der Prostitution gegenüber dem Partner grober Undank sein kann. Dass die Prostitution „diskret“ ausgeübt wurde, darf entgegen den Vorinstanzen keine Rolle spielen – nicht die öffentliche Wirkung der Prostitution, sondern die Prostitution als solche kann eine schwere Verfehlung sein.

(Rechtsanwalt Dr. Christian F. Majer)

Ordentliche verhaltensbedingte Kündigung – Verdeckte Videoüberwachung – Beweisverwertungsverbot

BAG, Urteil vom 21.06.2012 – 2 AZR 153/11, NZA 2012, 1025

- 1. Entwendet eine Verkäuferin Zigarettenpackungen aus dem Warenbestand des Arbeitgebers, kann dies auch nach längerer Beschäftigungsdauer eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. (amtlicher Leitsatz)**
- 2. Das aus einer verdeckten Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Arbeitsplätze gewonnene Beweismaterial unterliegt nicht allein deshalb einem prozessualen Beweisverwertungsverbot, weil es unter Verstoß gegen das Gebot in § 6b Abs. 2 BDSG gewonnen wurde, bei Videoaufzeichnungen öffentlich zugänglicher Räume den Umstand der Beobachtung und die verantwortliche Stelle durch geeignete Maßnahmen kenntlich zu machen. (amtlicher Leitsatz)**

Sachverhalt (vereinfacht und gekürzt):

Die B-AG betreibt ein bundesweit tätiges Einzelhandelsunternehmen. Die 1958 geborene K war bei der B-AG seit September 1990 als Verkäuferin, zuletzt als stellvertretende Filialleiterin, beschäftigt. Mit Zustimmung des bei ihr gebildeten Betriebsrats installierte ein von der B-AG beauftragtes Überwachungsunternehmen in der Zeit vom 01. bis 22.12.2008 Videokameras in den Verkaufsräumen der Filiale. Am 12.01.2009 wertete die B-AG das ihr übergebene Filmmaterial im Beisein eines Betriebsratsmitglieds aus. Anschließend hielt die B-AG der K vor, diese habe sich heimlich Zigaretten angeeignet.

Nach Anhörung des Betriebsrats und mit dessen Zustimmung kündigte die B-AG mit Schreiben vom 23.01.2009 das mit K bestehende Arbeitsverhältnis frist- und formgerecht zum nächstzulässigen Termin.

Gegen die Kündigung erhob K rechtzeitig Kündigungsschutzklage und bestritt, Zigaretten entwendet zu haben. Die K behauptet, sie habe lediglich ihre Aufgaben erledigt, zu denen es gehöre, Zigarettenregale ein- und auszuräumen und ggf. zu ordnen. Im Übrigen, so die K, sei der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört worden. Dem Betriebsrat sei nicht das komplette Videoband, sondern lediglich ein Zusammenschnitt vorgespielt worden. Überdies verstoße die heimliche Videoaufnahme gegen ihr

Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Daraus folge ein Verwertungsverbot.

Die B-AG vertritt dagegen die Auffassung, aufgrund der vorliegenden Videoaufzeichnungen sei nachgewiesen, dass sich K an zwei Tagen im Dezember 2008 jeweils mindestens eine Packung Zigaretten zugeeignet habe. Zumindest bestehe ein entsprechender Tatverdacht. Die B-AG behauptet, Anlass für die verdeckte Videoüberwachung seien hohe Inventurverluste in der Filiale der K, insbesondere im Bereich Tabak, gewesen. Es habe der Verdacht bestanden, dass Mitarbeiterdiebstähle einen erheblichen Einfluss auf die Inventurdifferenzen gehabt hätten. Auf dem Filmmitschnitt sei zu sehen, wie die K am 06. und am 17.12.2008, jeweils nach Ladenschluss um 20:00 Uhr, einen sog. Zigarettenträger einer Kasse öffne, ihm einige Schachteln Zigaretten entnehme, diese in den Fächern für (Einkaufs-)Tüten verstaue, den Zigarettenträger wieder verschließe, sich zunächst entferne, einige Minuten später wieder an die Kassen zurückkehre, den Tütenfächern die Zigaretenschachteln entnehme und diese in ihrer Bluse verstaue.

Ist die seitens der K gegen die Kündigung vor dem Arbeitsgericht erhobene Klage begründet, wenn der persönliche und betriebliche Anwendungsbereich

des KSchG eröffnet sind und das Arbeitsgericht gerade aufgrund der Inaugenscheinnahme der Videoaufzeichnungen zu der Überzeugung gelangt, dass sich K an zwei Tagen im Dezember 2008 jeweils mindestens eine Packung Zigaretten zugeeignet hat?

I. Fristgemäße Erhebung der Kündigungsschutzklage

K hat laut Sachverhalt rechtzeitig im Sinne des § 4 S. 1 KSchG eine Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung erhoben. Die Kündigungsschutzklage ist damit nicht bereits gemäß § 7 KSchG unbegründet.

II. Wirksamkeit der Kündigungserklärung

Die Kündigung wurde laut Sachverhalt formgerecht erklärt. Insbesondere ist das Schriftformerfordernis des § 623 BGB gewahrt.

III. Ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung

Die B-AG müsste vor Ausspruch der Kündigung gegenüber K den bei ihr gebildeten Betriebsrat gem. § 102 Abs. 1 BetrVG ordnungsgemäß angehört haben. Eine ohne vorherige ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung wäre gem. § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam.

„Der Betriebsrat ist ordnungsgemäß angehört, wenn ihm der Arbeitgeber die aus seiner Sicht tragenden Umstände unterbreitet hat. Danach ist die Anhörung im Streitfall nicht deshalb unvollständig, weil die frühere Arbeitgeberin dem Betriebsrat nur die von dem beauftragten Überwachungsunternehmen zusammengestellten Ausschnitte der Videoüberwachung zur Verfügung gestellt hat. Die Arbeitgeberin war selbst nicht im Besitz des vollständigen Materials. Soweit die Videoauswertung Grundlage ihres Kündigungsentschlusses war, hat sie sie dem Betriebsrat zugänglich gemacht.“

Nach dem Grundsatz der subjektiven Determination liegt somit eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung im Sinne des § 102 Abs. 1 BetrVG vor.

IV. Anwendungsbereich des KSchG

Die ordentliche Kündigung könnte jedoch gem. § 1 Abs. 1, 2 KSchG sozial ungerechtfertigt und damit unwirksam sein. Dies würde allerdings zunächst voraussetzen, dass der Anwendungsbereich des KSchG überhaupt eröffnet ist. Nach dem Sachverhalt ist sowohl der persönliche Anwendungsbereich des KSchG (§ 1 Abs. 1 KSchG) als auch der betriebliche Anwendungsbereich des KSchG (§ 23 Abs. 1 Satz 2 bis 4 KSchG) eröffnet.

V. Soziale Rechtfertigung der Kündigungserklärung

Nach § 1 Abs. 1 KSchG ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung gem. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.

1. Kündigungsgrund

Die Kündigung gegenüber K könnte durch Gründe, die im Verhalten der K liegen, bedingt sein.

„Sie ist durch solche Gründe ‚bedingt‘, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat und eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht. Dann kann dem Risiko künftiger Störungen nur durch die (fristgemäße) Beendigung des Arbeitsverhältnisses begegnet werden. Das wiederum ist nicht der Fall, wenn schon mildere Mittel und Reaktionen von Sei-

ten des Arbeitgebers geeignet gewesen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue zu bewirken.

Beruhet die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Einer Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 iVm. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes demnach nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahe dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist.

Danach ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die ordentliche Kündigung vom 23.01.2009 sei iSv. § 1 Abs. 2 KSchG durch Gründe im Verhalten der Klägerin bedingt, auf der Grundlage des von ihm festgestellten Sachverhalts nicht zu beanstanden.

Begeht ein Arbeitnehmer bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit rechtswidrige und vorsätzliche – ggf. strafbare – Handlungen unmittelbar ge-

gen das Vermögen seines Arbeitgebers, verletzt er zugleich in schwerwiegender Weise seine schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) und missbraucht das in ihn gesetzte Vertrauen. Ein solches Verhalten kann sogar einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB darstellen, und zwar auch dann, wenn die rechtswidrige Handlung Sachen von nur geringem Wert betrifft oder zu einem nur geringfügigen, möglicherweise zu gar keinem Schaden geführt hat.

Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Klägerin am 06. und am 17.12.2008 jeweils zumindest eine Zigarettenpackung aus dem Warenbestand (...) der Beklagten entwendet. Sie hat damit wiederholt vorsätzlich gegen ihre arbeitsvertragliche Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB verstoßen, keine gegen das Vermögen ihrer Arbeitgeberin gerichteten rechtswidrigen Handlungen zu begehen. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, unter diesen Umständen sei die ordentliche Kündigung nicht unverhältnismäßig, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, durch die von der Klägerin begangenen Vermögensdelikte zulasten ihrer Arbeitgeberin sei ein irreparabler Vertrauensverlust entstanden, der dieser eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar gemacht habe. Das Ver-

trauen in die Zuverlässigkeit der Klägerin sei durch die vorsätzlichen Pflichtverletzungen objektiv derart erschüttert gewesen, dass seine Wiederherstellung und ein künftig wieder störungsfreies Miteinander der Parteien nicht mehr zu erwarten seien. Dem Interesse der Arbeitgeberin an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei auch unter Berücksichtigung des Lebensalters und der langen Betriebszugehörigkeit der Klägerin der Vorrang einzuräumen. Ungeachtet des geringen Werts der entwendeten Gegenstände habe die Klägerin die Basis für eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit zerstört.

Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Klägerin hat – den vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt als wahr unterstellt – heimlich und vorsätzlich das in sie gesetzte Vertrauen als Verkäuferin und stellvertretende Filialleiterin zu einer Schädigung des Vermögens ihrer Arbeitgeberin missbraucht. Es ist angesichts dessen revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht angenommen hat, eine Wiederherstellung des Vertrauens sei auch angesichts der unbeanstandeten Betriebszugehörigkeit der Klägerin von 18 Jahren und des geringen Werts der entwendeten Gegenstände nicht zu erwarten gewesen. Für den Grad des Verschuldens und die Möglichkeit einer Wiederherstellung des Vertrauens macht es objektiv einen Unterschied, ob es sich

bei einer Pflichtverletzung um ein Verhalten handelt, das insgesamt auf Heimlichkeit angelegt ist – wie nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts im Streitfall – oder nicht."

Das Verhalten der K rechtfertigt somit grundsätzlich den Ausspruch der ordentlichen Kündigung.

2. Beweisverwertungsverbot

Es könnte jedoch sein, dass hinsichtlich der Videoaufzeichnungen ein sog. Beweisverwertungsverbot eingreift und das Arbeitsgericht die Videoaufzeichnungen bei der Urteilsfindung nicht als Beweismittel berücksichtigen darf.

a) Beweisverwertungsverbot gem. § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG

Die Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot aus einer möglichen Verletzung von § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG folgt, stellt sich für die verdeckte Videoaufzeichnungen aus dem Jahr 2008 nicht, da § 32 BDSG erst mit Wirkung zum 01.09.2009 in Kraft getreten ist.

b) Beweisverwertungsverbot gem. § 6b Abs. 2 BDSG

Die Videoaufzeichnungen stammen aus der Filiale, in der K tätig war. Ein Beweisverwertungsverbot könnte sich hinsichtlich dieser heimlichen Aufnahmen daher möglicherweise aus § 6b Abs. 2 BDSG ergeben. Nach dieser Vor-

schrift ist der Umstand der Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optisch-elektronischen Einrichtungen (Videoüberwachung) sowie die verantwortliche Stelle durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen. Hierzu das BAG:

„Soweit es sich bei den in Augenschein genommenen Aufnahmen um Videoaufzeichnungen öffentlich zugänglicher Räume iSv. § 6b Abs. 1 BDSG gehandelt haben sollte, folgt ein Beweisverwertungsverbot nicht schon aus einer Verletzung des Gebots in § 6b Abs. 2 BDSG, den Umstand der Beobachtung und die verantwortliche Stelle durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen (...). Die Bestimmung gilt u.a. für Videoaufzeichnungen in öffentlich zugänglichen Verkaufsräumen (BT-Drucks. 14/4329 S. 38). Unerheblich ist, ob Ziel der Beobachtung die Allgemeinheit ist oder die an Arbeitsplätzen in diesen Verkaufsräumen beschäftigten Arbeitnehmer.

Im Streitfall haben die in Augenschein genommenen Videoaufzeichnungen möglicherweise deshalb keinen öffentlich zugänglichen Raum iSv. § 6b BDSG betroffen, weil die Verkaufsräume zum Zeitpunkt der der Klägerin zur Last gelegten Vorgänge bereits geschlossen und daher für die Öffentlichkeit nicht mehr zugänglich waren (...). Dies kann letztlich dahinstehen. Ein Verstoß gegen § 6b Abs. 2 BDSG führt nicht zu dem Verbot,

eine im Verhältnis zum überwachten Arbeitnehmer ansonsten in zulässiger Weise beschaffte Information zu Beweis Zwecken zu verwerten.

Unter welchen Voraussetzungen eine Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume zulässig ist, bestimmt § 6b Abs. 1 BDSG. Dies ist nach § 6b Abs. 1 Nr. 3 BDSG u.a. dann der Fall, wenn und soweit sie zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke erforderlich ist und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen. Dass eine Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen ausschließlich offen erfolgen dürfte, ergibt sich aus § 6b Abs. 1 BDSG nicht. Allerdings regelt § 6b Abs. 2 BDSG, dass der Umstand der Beobachtung und die verantwortliche Stelle bei Videoaufzeichnungen in öffentlich zugänglichen Räumen durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen sind. Daraus wird teilweise gefolgert, eine verdeckte Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen sei ausnahmslos unzulässig. Diese Auffassung überzeugt nicht. Falls die verdeckte Videoüberwachung das einzige Mittel zur Überführung von Arbeitnehmern ist, die der Begehung von Straftaten konkret verdächtig sind, kann vielmehr eine heimliche Videoaufzeichnung auch in öffentlich zugänglichen Räumen nach § 6b Abs. 1 Nr. 3 BDSG zulässig sein. Das Kennzeichnungsgebot

gemäß § 6b Abs. 2 BDSG ist weder in § 6b Abs. 1 BDSG noch in § 6b Abs. 3 BDSG als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Verarbeitung oder Nutzung von nach § 6b Abs. 1 BDSG erhobenen Daten aufgeführt. Auch aus der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drucks. 14/4329 S. 28, 30 und 38) ergibt sich nicht, dass die Einhaltung des Gebots nach § 6b Abs. 2 BDSG Voraussetzung für die materiellrechtliche Zulässigkeit der Maßnahme wäre. Nach dem Bericht des Innenausschusses normieren die Absätze 1, 3 und 5 der Vorschrift die Zulässigkeitsvoraussetzungen in den verschiedenen Verarbeitungsphasen (BT-Drucks. 14/5793 S. 61), während die Kennzeichnungspflicht des Abs. 2 lediglich die nach dem Gesetz bestehenden allgemeinen Verfahrenssicherungen ergänzt (BT-Drucks. 14/5793 S. 62).

Im Hinblick auf die ihrerseits durch Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Integritätsinteressen des Arbeitgebers begegnete ein absolutes, nur durch bereichsspezifische Spezialregelungen (vgl. etwa § 100c und § 100h StPO) eingeschränktes Verbot verdeckter Videoaufzeichnungen in öffentlich zugänglichen Räumen verfassungsrechtlichen Bedenken. Ob und inwieweit eine verdeckte Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Verkaufsräume zulässig ist, wenn sie dem Ziel der Aufklärung eines gegen dort beschäftigte Arbeitnehmer bestehenden konkreten Ver-

dachts der Begehung von Straftaten oder anderer schwerwiegender Pflichtverletzungen dient, lässt sich nur durch eine Abwägung der gegenläufigen Grundrechtspositionen unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall beurteilen. Dem trägt auch die Formulierung in § 6b Abs. 1 Nr. 3 BDSG Rechnung. Ein uneingeschränktes Verbot der verdeckten Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume würde dem nicht gerecht. § 6b BDSG ist deshalb – verfassungskonform – dahin auszulegen, dass auch eine verdeckte Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume im Einzelfall zulässig sein kann.

Die nach § 6b Abs. 2 BDSG gebotene Erkennbarkeit der Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume ist auch für die Verarbeitung oder Nutzung der nach § 6b Abs. 1 BDSG erhobenen Daten nicht zwingende materielle Voraussetzung. Nach § 6b Abs. 3 BDSG sind Verarbeitung oder Nutzung dann zulässig, wenn dies zum Erreichen des verfolgten Zwecks erforderlich ist und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen. Von der Einhaltung des Kennzeichnungsgebots gem. § 6b Abs. 2 BDSG hängt beides nicht zwingend ab."

Der Umstand, dass die Videoaufzeichnungen heimlich angefertigt wurden und der Umstand der Beobachtung und die verantwortliche Stelle nicht kennt-

lich gemacht wurden, führt somit nicht zu einem Beweisverwertungsverbot gem. § 6b Abs. 2 BDSG.

c) Beweisverwertungsverbot gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der Videoaufzeichnungen könnte sich jedoch aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ergeben. Hierzu führt das BAG wie folgt aus:

„Aufgrund der bisherigen Feststellungen kann der Senat nicht abschließend entscheiden, ob der Verwertung der Videoaufzeichnungen zum Beweis des Verhaltens der Klägerin ein prozessuales Verbot wegen einer Verletzung von deren allgemeinem Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG entgegenstand.“

(aa) Eingriff in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

„Im gerichtlichen Verfahren tritt der Richter den Verfahrensbeteiligten in Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt gegenüber. Er ist daher nach Art. 1 Abs. 3 GG bei der Urteilsfindung an die insoweit maßgeblichen Grundrechte gebunden und zu einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung verpflichtet. Dabei können sich auch aus materiellen Grundrechten wie Art. 2 Abs. 1 GG Anforderungen an das gerichtliche Verfahren ergeben, wenn es um die Offenbarung und

Verwertung von persönlichen Daten geht, die grundrechtlich vor der Kenntnis durch Dritte geschützt sind. Das Gericht hat deshalb zu prüfen, ob die Verwertung von heimlich beschafften persönlichen Daten und Erkenntnissen, die sich aus diesen Daten ergeben, mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen vereinbar ist.

Bei der Abwägung zwischen dem Interesse an einer funktionstüchtigen Rechtspflege und dem Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hat das Interesse an der Verwertung der einschlägigen Daten und Erkenntnisse nur dann höheres Gewicht, wenn weitere, über das schlichte Beweisinteresse hinausgehende Aspekte hinzukommen, die ergeben, dass das Verwertungsinteresse trotz der Persönlichkeitsbeeinträchtigung überwiegt. Allein das Interesse, sich ein Beweismittel zu sichern, reicht nicht aus. Die weiteren Aspekte müssen gerade eine bestimmte Informationsbeschaffung und Beweiserhebung als schutzbedürftig qualifizieren.

Das durch Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete, auch im Privatrechtsverkehr und insbesondere im Arbeitsverhältnis zu beachtende allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ist – auch in seiner Ausprägung als Recht am eigenen Bild – nicht schrankenlos gewährleistet. Eingriffe können

durch Wahrnehmung überwiegend schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Bei einer Kollision des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit den Interessen des Arbeitgebers ist durch eine Güterabwägung im Einzelfall zu ermitteln, ob dieses den Vorrang verdient. **Danach ist die heimliche Videoüberwachung eines Arbeitnehmers zulässig, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft sind, die verdeckte Videoüberwachung damit praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt und sie insgesamt nicht unverhältnismäßig ist. Der Verdacht muss in Bezug auf eine konkrete strafbare Handlung oder andere schwere Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers gegen einen zumindest räumlich und funktional abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern bestehen. Er darf sich nicht auf die allgemeine Mutmaßung beschränken, es könnten Straftaten begangen werden, er muss sich jedoch nicht notwendig nur gegen einen einzelnen, bestimmten Arbeitnehmer richten. Auch im Hinblick auf die Möglichkeit einer weiteren Einschränkung des Kreises der Verdächtigen müssen weniger einschneidende Mittel als eine verdeck-**

te Videoüberwachung zuvor ausgeschöpft worden sein.

Nach diesen Grundsätzen stellten die verdeckte Videoüberwachung der Klägerin und die Verwertung der zum Beweis für ihr Verhalten angebotenen Videoaufnahmen vom 6. und 17. Dezember 2008 einen Eingriff in das Recht der Klägerin am eigenen Bild als Ausprägung ihres grundrechtlich gewährleisteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar." (Hervorhebungen durch den Verfasser)

(bb) Rechtfertigung des Eingriffs

Der Eingriff in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der K könnte jedoch gerechtfertigt sein. Hierzu finden sich folgende Ausführungen des BAG:

„Ob der Eingriff gerechtfertigt war, steht dagegen noch nicht fest. Das Landesarbeitsgericht hat bisher keine Feststellungen getroffen, aufgrund derer die Annahme berechtigt wäre, es habe der hinreichend konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten der Arbeitgeberin bestanden. Es hat nicht (...) festgestellt, dass und welche Inventurdifferenzen tatsächlich vorgelegen haben. Soweit es ausführt, es habe der Verdacht bestanden, ‚dass Mitarbeiterdiebstähle erheblichen Einfluss auf die festgestellten Inventurdifferenzen‘ gehabt hätten, ist nicht festgestellt, auf welche Tatsa-

chen sich dieser Verdacht gründete und welcher zumindest eingrenzbarer Kreis von Mitarbeitern hiervon betroffen war. Die von der Beklagten behaupteten Inventurdifferenzen hat die Klägerin bestritten. Das Landesarbeitsgericht hat hierzu keine eigenen Feststellungen getroffen. Ob zudem auf Tatsachen gegründete Verdachtsmomente oder Erkenntnisse vorlagen, die die Einschätzung rechtfertigten, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung als die verdeckte Videoüberwachung seien nicht (mehr) in Betracht gekommen, lässt sich aufgrund der bisherigen Feststellungen ebenfalls nicht beurteilen.

Der Umstand, dass der Betriebsrat der Überwachungsmaßnahme zugestimmt hat, vermag die Feststellung der den Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Klägerin rechtfertigenden Tatsachen nicht zu ersetzen. Dass die Betriebsparteien die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung des Eingriffs als gegeben ansahen, genügt nicht. Diese müssen vielmehr tatsächlich vorgelegen haben. Die Betriebsparteien haben höherrangiges Recht zu beachten. Sie können die Grenzen eines rechtlich zulässigen Eingriffs nicht zulasten der Arbeitnehmer verschieben.

Umgekehrt erscheint nach dem Vorbringen der Beklagten nicht ausgeschlossen, dass auf ihrer Seite ein überwiegendes Interesse an der vorgenommenen Video-

überwachung und der Verwertung der dadurch gewonnenen Erkenntnisse bestand. Die Beklagte hat unter Beweisanzug behauptet, in der Filiale der Klägerin hätten erhebliche Inventurverluste in Höhe von monatlich etwa 7.600,00 Euro bestanden, die im Rahmen der üblichen Maßnahmen zur Reduzierung von Inventurdifferenzen nicht hätten aus der Welt geschafft werden können. So seien unter anderem die Anzahl der Inventuren sowie der Früh- und Spätkontrollen erhöht und der Umfang der Warenabschreibungen stärker kontrolliert worden. Die Aufklärungsbemühungen über das Warenwirtschaftssystem hätten ergeben, dass insbesondere im Bereich Tabak erhebliche Verluste aufgetreten seien. Da Tabakartikel unter Haltbarkeitsgesichtspunkten nicht abgeschrieben würden, habe der Verdacht bestanden, dass Mitarbeiterdiebstähle einen erheblichen Einfluss auf die Inventurdifferenzen gehabt hätten. Die Videoüberwachung sei auf die besonders sensiblen Filialbereiche, insbesondere auf die Kassenzone mit Zigarettenschütte, beschränkt worden."

Der durch die heimliche Videoüberwachung verursachte Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der K wäre danach gerechtfertigt, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten der B-AG bestanden hätte, weniger einschneidende Mit-

tel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft worden wären, die verdeckte Videoüberwachung damit praktisch das einzig verbleibende Mittel dargestellt hätte und sie insgesamt nicht unverhältnismäßig gewesen wäre. Der Verdacht müsste in Bezug auf eine konkrete strafbare Handlung oder andere schwere Verfehlung zu Lasten der B-AG gegen einen zumindest räumlich und funktional abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern bestanden haben. Der Verdacht durfte sich nicht auf die allgemeine Mutmaßung beschränken, es könnten Straftaten begangen werden, er musste sich jedoch nicht notwendig nur gegen einen einzelnen, bestimmten Arbeitnehmer richten. Auch im Hinblick auf die Möglichkeit einer weiteren Einschränkung des Kreises der Verdächtigen hätten weniger einschneidende Mittel als eine verdeckte Videoüberwachung zuvor ausgeschöpft werden müssen.

VI. Ergebnis

Die Wirksamkeit der Kündigung gegenüber der K und somit die Begründetheit bzw. Unbegründetheit der seitens der K erhobenen Kündigungsschutzklage hängt somit davon ab, ob die Voraussetzungen einer heimlichen Videoüberwachung durch die B-AG tatsächlich vorlagen. Lagen die Voraussetzungen einer heimlichen Videoüberwachung durch die B-AG vor, so

steht der Verwertung der Videoaufzeichnungen zum Beweis des Verhaltens der K kein prozessuales Verwertungsverbot wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der K aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entgegen. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass die ordentliche Kündigung gegenüber K als verhaltensbedingte Kündigung gem. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt und damit wirksam ist. Die seitens K erhobene Kündigungsschutzklage wäre dann unbegründet.

Da nach der Tatsachenfeststellung des Landesarbeitsgerichts allerdings noch nicht feststeht, ob hinsichtlich der heimlichen Videoaufzeichnungen ein Beweisverwertungsverbot wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der K aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG besteht, verwies das BAG die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurück (§ 72 Abs. 5 ArbGG, § 563 Abs. 1 S. 1 ZPO).

Hinweise:

1. Das BAG bestätigt mit dieser Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung, wonach die heimliche Videoüberwachung eines Arbeitnehmers zulässig ist, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind. **Erstens** muss der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung

oder einer anderen schweren Verfehlung zulasten des Arbeitgebers bestehen. **Zweitens** müssen weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft sein, so dass die verdeckte Videoüberwachung damit praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt. **Drittens** darf sie insgesamt nicht unverhältnismäßig sein. Dabei muss der Verdacht im Hinblick auf eine konkrete strafbare Handlung oder eine andere schwere Verfehlung zulasten des Arbeitgebers gegen einen zumindest räumlich und funktional abgrenzbaren Kreis von Beschäftigten bestehen. Hingegen darf er sich nicht auf die allgemeine Mutmaßung beschränken, es könnten Straftaten begangen werden. Allerdings ist es nicht erforderlich, dass der Verdacht sich notwendig nur gegen einen einzelnen, bestimmten Arbeitnehmer richtet. Außerdem müssen auch in Bezug auf die Möglichkeit einer weiteren Einschränkung des Kreises der Verdächtigen weniger einschneidende Mittel als eine verdeckte Videoüberwachung zuvor ausgeschöpft worden sein.

2. Neu an der Entscheidung ist, dass das BAG feststellt, dass aus der Regelung des § 6b Abs. 2 BDSG nicht gefolgert werden kann, dass eine heimliche Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen per se unzulässig ist und eine heimliche Videoaufzeichnung in

öffentlich zugänglichen Räumen zu einem Beweisverwertungsverbot führt.

3. Die Entscheidung des BAG eignet sich insbesondere als Prüfungsgegenstand einer mündlichen Prüfung, da sie sowohl Bezüge zum Arbeitsrechts als auch zum Datenschutzrecht, zum Verfassungsrecht und schließlich zum Prozessrecht aufweist. Es bleibt allerdings abzuwarten, ob die verdeckte Videoüberwachung von Mitarbeitern auch nach der geplanten Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes noch zulässig sein wird.

4. Einen Überblick zur Zulässigkeit der verdeckten Videoüberwachung durch den Arbeitgeber liefern *Bergwitz*, NZA 2012, 1205 ff. und *Bauer/Schansker*, NJW 2012, S. 3537 ff. Eine Übersicht über die Zulässigkeit von Bagatellkündigungen nach der Emmely-Entscheidung findet sich bei *Walk/Wiese*, JSE 2011, Ausgabe 1, S. 26 ff. sowie *Fuhlrott*, Arbeitsrecht Aktuell 2012, S. 498 ff.

(Rechtsanwalt Dr. Nikolaus Polzer)

Mehrfache Korrektur des Rücktrittshorizonts

BGH, Urteil vom 01.12.2011 – 3 StR 337/11

1. Bei einem Tötungsdelikt liegt ein unbeendeter Versuch vor, [...] wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt noch nicht alles getan hat, was nach seiner Vorstellung zur Herbeiführung des Todes erforderlich oder zumindest ausreichend ist.
2. Ein beendeter Tötungsversuch [...] ist hingegen anzunehmen, wenn der Täter den Eintritt des Todes bereits für möglich hält oder sich keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht.
3. Eine Korrektur des Rücktrittshorizonts ist in engen Grenzen möglich. Der Versuch eines Tötungsdelikts ist daher nicht beendet, wenn der Täter zunächst irrtümlich den Eintritt des Todes für möglich hält, aber nach alsbaldiger Erkenntnis seines Irrtums von weiteren Ausführungshandlungen Abstand nimmt (Fortführung BGH, 19. Juli 1989, 2 StR 270/89, BGHSt 36, 224, BGH, 19. Mai 1993, GSSt 1/93, BGHSt 39, 221 und BGH, 23. Oktober 1991, 3 StR 321/91, BGHR StGB § 24 Abs 1 Satz 1 Versuch, unbeendeter 25).
4. Rechnet der Täter dagegen zunächst nicht mit einem tödlichen Ausgang, so liegt eine umgekehrte Korrektur des Rücktrittshorizonts vor, wenn er unmittelbar darauf erkennt, dass er sich insoweit geirrt hat. In diesem Fall ist ein beendeter Versuch gegeben, wenn sich die Vorstellung des Täters bei fortbestehender Handlungsmöglichkeit sogleich nach der letzten Tathandlung in engstem räumlichem und zeitlichem Zusammenhang mit dieser ändert (Fortführung BGH, 19. Juli 1989, 2 StR 270/89, BGHSt 36, 224 und BGH, 6. Oktober 2009, 3 StR 384/09, NStZ 2010, 146). (amtliche Leitsätze)

Sacherhalt:

„Nach den Urteilsfeststellungen bat der Nebenkläger K. den Angeklagten in seine Wohnung, um durch ein Gespräch eine streitige Angelegenheit zu klären. In der Wohnung begannen der Angeklagte und der Nebenkläger alsbald erneut zu strei-

ten. Daraufhin entschloss sich der Angeklagte spätestens jetzt, K. zu töten. Er zog ein versteckt gehaltenes Messer mit einer Klingenslänge von etwa 8 - 10 cm aus seiner Jackentasche und stieß es kraftvoll und gezielt in den Herzbereich des Geschädigten, wobei er bewusst des-

sen von ihm erkannte Arg- und Wehrlosigkeit ausnutzte. Die Messerklinge drang bis zum Heft in den Körper ein, eröffnete den Brustkorb und verletzte den Herzmuskel. Nachdem der Angeklagte das Messer wieder aus dem Brustkorb herausgezogen hatte und der Nebenkläger aufgestanden war, stach der Angeklagte ein zweites Mal mit dem Messer in Tötungsabsicht gezielt in Richtung des Herzens, traf aber nur das Brustbein. Der Angeklagte, der davon ausging, alles zur Tötung des Nebenklägers Erforderliche getan zu haben, ging nun mit dem Messer in der Hand auf den Geschädigten Ki. zu, der sich ebenfalls in der Wohnung aufhielt. K. hängte sich daraufhin von hinten an den Rücken des Angeklagten, der mit dem vor ihm stehenden Ki. rangelte. Während der Rangelei stach der Angeklagte mit dem Messer in den Bauch des Geschädigten Ki. und verursachte eine Verletzung, die er nicht als lebensgefährlich ansah. In der Folgezeit gelang es K. und Ki., einen Arm des Angeklagten so umzudrehen, dass dieser auf dem Boden fixiert war. Nachdem K. in das Wohnzimmer gegangen war, um telefonisch Hilfe zu holen, brach er verletzungsbedingt zusammen und begann so laut zu stöhnen, dass es der Angeklagte und Ki. deutlich hören konnten. Ki. ließ den Angeklagten los, sah nach K., der stark blutete und nicht mehr ansprechbar war, und verließ die Wohnung, um Hilfe zu holen. Der Angeklagte, der die inzwischen eingetretene

Handlungsunfähigkeit des K. bemerkte und deshalb ‚erst Recht‘ davon ausging, dass dieser versterben werde, steckte das auf den Boden gefallene Messer ein und floh.“

Prozessgeschichte:

„Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die allgemeine Sachrüge gestützten Revision.“

Die Entscheidung:

„Der näheren Erörterung bedarf lediglich die Frage, ob das Landgericht rechtsfehlerfrei einen strafbefreienden Rücktritt vom versuchten Mord verneint hat.“

1. Rücktrittsfähigkeit

(Ungeschriebene) Voraussetzung eines Rücktritts ist nach h.M., dass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist.

Anmerkung: Anderer Ansicht nach sei ein Fehlschlagen nur als Unterfall des unfreiwilligen Rücktritts zu verstehen (Maurach/Gössel/Zipf, StR AT, Teilbd. 2, 7. Aufl. (1989), § 41 Rdnr. 36 ff.). Dem wird entgegengehalten, dass ein Aufgeben der weiteren Tatausführung (§ 24

Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB), ein Verhindern der Vollendung (§ 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB) oder ein ernsthaftes Bemühen, „die Vollendung zu verhindern“ (§ 24 Abs. 1 S. 2 StGB) begrifflich nur dann in Frage komme, wenn der Täter es überhaupt noch für möglich hält, dass die Tat vollendet werden kann (*Kindhäuser*, StR AT, 5. Aufl. (2011), § 32 Rdnr. 5).

Ein Fehlschlagen liegt vor, erkennt der Täter oder nimmt er irrig an, dass er die Vollendung der geplanten Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht oder nicht ohne zeitlich relevante Zäsur herbeiführen kann (*Perron/Bott/Gutfleisch*, JURA 2006, 706 (712)).

Das hat das LG bejaht. Dessen diesbezügliche Begründung gibt der Senat wieder:

„Im Übrigen sei der Versuch auch fehlgeschlagen; denn als sich K. an seinen Rücken gehängt hatte und er gleichzeitig mit dem vor ihm stehenden Ki. gekämpft habe, sei dem Angeklagten klar gewesen, dass er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln seinen ursprünglichen Tötungsvorsatz gegen K. gar nicht mehr hätte umsetzen können.“ Nach Ansicht des Senats *„kann [es indessen] offenbleiben, ob die Auffassung des Landgerichts, es liege jedenfalls ein fehlgeschlagener Versuch vor, rechtlicher Überprüfung standhalten könnte“*.

Gleichwohl erscheint es gut vertretbar, ein Fehlschlagen zu verneinen und die Rücktrittsfähigkeit zu bejahen: Nach den landgerichtlichen Feststellungen liegt es nahe, dass der Angeklagte in dem Moment, in dem er das auf den Boden gefallene Messer einsteckte und floh (also einem Zeitpunkt, der in einem engen zeitlichen Zusammenhang zum davorliegenden Tatgeschehen stand), erkannte, dass er nochmals zu stechen und die Tötung von K. vollenden könnte.

2. Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch

Sie *„bestimmt sich nach dem Vorstellungsbild des Täters nach Abschluss der letzten von ihm vorgenommenen Ausführungshandlung, dem sogenannten Rücktrittshorizont“* (herrschende sog. Lehre vom Rücktrittshorizont).

„Bei einem Tötungsdelikt liegt [...] ein unbeendeter Versuch vor, bei dem allein der Abbruch der begonnenen Tathandlung zum strafbefreienden Rücktritt vom Versuch führt, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt noch nicht alles getan hat, was nach seiner Vorstellung zur Herbeiführung des Todes erforderlich oder zumindest ausreichend ist.“

Ein beendeter Tötungsversuch, bei dem er für einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch den Tod des Opfers durch eigene Rettungsbemühungen verhindern

oder sich darum zumindest freiwillig und ernsthaft bemühen muss, ist hingegen anzunehmen, wenn der Täter den Eintritt des Todes bereits für möglich hält oder sich keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht.

Eine Korrektur des Rücktrittshorizonts ist in engen Grenzen möglich. Der Versuch eines Tötungsdeliktes ist daher nicht beendet, wenn der Täter zunächst irrtümlich den Eintritt des Todes für möglich hält, aber nach alsbaldiger Erkenntnis seines Irrtums von weiteren Ausführungshandlungen Abstand nimmt. Rechnet der Täter dagegen zunächst nicht mit einem tödlichen Ausgang, so liegt eine umgekehrte Korrektur des Rücktrittshorizonts vor, wenn er unmittelbar darauf erkennt, dass er sich insoweit geirrt hat. In diesem Fall ist ein beendeter Versuch gegeben, wenn sich die Vorstellung des Täters bei fortbestehender Handlungsmöglichkeit sogleich nach der letzten Tathandlung in engstem räumlichem und zeitlichem Zusammenhang mit dieser ändert [...].

Nach diesen Maßstäben war der Mordversuch an K. beendet, als der Angeklagte in der Vorstellung die Wohnung verließ, sein Opfer könne aufgrund der Stiche versterben [...].

Sollte der Angeklagte aufgrund des Verhaltens des K., insbesondere dessen Beteiligung an der Rangelei, zwischendurch zu der Vorstellung gekommen sein, es

bestehe für diesen doch keine Lebensgefahr, so lag in dem [...] erneuten Wechsel im Vorstellungsbild des Angeklagten eine nochmalige Korrektur des Rücktrittshorizonts, die zum Vorliegen eines beendeten Versuchs führt. Der erforderliche enge zeitliche und räumliche Zusammenhang zwischen den zwei Messerstichen und dem Wechsel des Vorstellungsbildes lag noch vor. Nach den Feststellungen vergingen vom Zeitpunkt der Stiche bis zum Zusammenbruch des Tatopfers im Wohnzimmer nur wenige Sekunden, maximal eine Minute. Es handelte sich um ein ohne wesentliche Zwischenakte ablaufendes dynamisches Geschehen. Ein fehlender enger zeitlicher Zusammenhang mit einer Tötungshandlung ist von der Rechtsprechung demgegenüber erst bei einer deutlich länger andauernden Zäsur von 15 bzw. zehn Minuten angenommen worden.“

Nach alledem geht der Senat von einem beendeten Versuch aus.

3. Ergebnis

„Da der Tod K.s ohne das Zutun des Angeklagten ausblieb und der Angeklagte auch keine Bemühungen entfaltete, den Todeseintritt zu verhindern“ (nur bei Vorliegen eines unbeendeten Versuchs hätte der Angeklagte durch die bloße freiwillige Aufgabe der weiteren Tatausführung zurücktreten können), ist er nicht zurückgetreten und „das Landgericht [hat] rechtsfehlerfrei einen strafbe-

freienden Rücktritt vom versuchten Mord verneint“. Es „erweist sich der Schuldspruch wegen versuchten Mordes somit [...] als rechtfehlerfrei.“

auch einer mehrfachen Korrektur zugänglich ist.

(Wiss. Ang. RA Guido Philipp Ernst)

Hinweise:

Der Senat nimmt nur zum fraglichen Rücktritt des Angeklagten Stellung, dies dafür ausführlich. I.R.d. Abgrenzung von beendetem zu unbeendetem Versuch (s. dazu auch *BGH*, Urteil vom 26.05.2011 – 1 StR 20/11, JSE 1/2012, 105 f.) stellt er auf den Rücktrittshorizont des Angeklagten ab. Dieser Horizont weist eine „gewisse Beweglichkeit“ auf, ist also nicht als starrer Zeitpunkt aufzufassen (Lehre vom korrigierten Rücktrittshorizont): Ein beendeter Versuch kann sich in einen unbeendeten zurückverwandeln und umgekehrt. „Korrigiert“ wird der Rücktrittshorizont, wenn sich i.R. einer Handlungseinheit, eines einheitlichen Geschehens und insoweit innerhalb „der Tat“ des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB (der Senat spricht von einer Änderung „in engstem räumlichem und zeitlichem Zusammenhang“), die Vorstellungen des Täters bezüglich des möglichen Erfolgseintritts ändern. Die unter dieses Geschehen fallende zeitliche Spanne wird mit dem Begriff der „Rücktrittseinheit“ charakterisiert (zum Vorstehenden *Rengier*, StR AT, 4. Aufl. (2012), § 37 Rdnr. 36). Der Fall zeigt, dass unter den genannten Voraussetzungen der Rücktrittshorizont

Beurteilung der Schuldfähigkeit: Bedeutung der Blutalkoholkonzentration

BGH, Beschluss vom 29.05.2012 – 1 StR 59/12, NJW 2012, 2672

Bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit kommt der Blutalkoholkonzentration umso geringere Bedeutung zu, je mehr sonstige aussagekräftige psychodiagnostische Beweisanzeichen zur Verfügung stehen (Bestätigung und Fortführung von BGH, Urteil vom 29. April 1997, 1 StR 511/95, BGHSt 43, 66). (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt:

„Der Angeklagte begab sich am [Mittag des] 16. Juli 2010 nach Beendigung seiner Arbeit [...] wie nahezu jeden Tag in seine Stammkneipe und trank dort [...] mindestens sechs, maximal zehn Halbe Bier. Teilweise hielt sich der Angeklagte vor der Kneipe auf einer Bank auf, die neben einem Brunnen stand“, in dem Kinder, u.a. der damals siebenjährige Geschädigte, badeten. Diesen nahm der Angeklagte unter dem Vorwand, dort dessen Wäsche zu trocken, mit in seine Wohnung und missbrauchte ihn sexuell. „Als der Junge [...] mit der zwischenzeitlich getrockneten Kleidung die Wohnung des Angeklagten verließ, sagte ihm der Angeklagte noch, „dass das Geschehen ein Geheimnis bleiben solle.“

Das „Landgericht [hat] zur Schuldfähigkeit festgestellt, dass der Angeklagte zur Tatzeit alkoholbedingt enthemmt, je-

doch in seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit weder aufgrund des Alkoholkonsums noch aufgrund sonstiger Umstände i.S.v. § 21 StGB erheblich vermindert war:

Die Strafkammer hat unter Zugrundelegung der jeweils dem Angeklagten günstigsten Parameter (z.B. maximale Trinkmenge, kürzestmögliche Trinkdauer, Alkoholgehalt des Bieres) eine maximale Blutalkoholkonzentration von 3,03 ‰ errechnet. Aussagen von Zeugen (u.a. der Wirt der Stammkneipe des Angeklagten) hat die Strafkammer entnommen, dass der Angeklagte an die angegebenen Trinkmengen gewöhnt war und seine dadurch bedingten Ausfallerscheinungen generell und auch am Tattag ‚nur leicht‘ waren. Den Angaben des Angeklagten entnahm sie, dass er nach einem im Mai 2010 erlittenen Schlaganfall und danach erfolgter Reha täglich sechs bis zehn, gelegentlich auch vier-

zehn Halbe Bier trank, ohne dass es hierdurch zu Beeinträchtigungen in seinem Berufsleben gekommen war. Die Kammer hat sich ferner – nach eigener Prüfung – die Ausführungen des Sachverständigen (der aufgrund eines Rechen-/Schreibfehlers von einer maximalen Blutalkoholkonzentration sogar von 3,46 ‰ ausgegangen war) zu eigen gemacht, wonach das Leistungsvermögen des Angeklagten sowie seine detailscharfe Erinnerung an die Abläufe am Tattag ebenso wie das Vorliegen eines stringenten intentionalen Handlungsbogens mit vielen planerischen Elementen und sinnvollen Reaktionen auf das Verhalten des Kindes gegen die Annahme erheblicher Einschränkung der Steuerungsfähigkeit des Angeklagten sprechen.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren sexuellen Missbrauchs eines Kindes in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung zu fünf Jahren und drei Monaten Freiheitsstrafe verurteilt.“

Die Entscheidung:

Der Senat nimmt ausführlich dazu Stellung, ob „die Strafkammer [zu Recht] ungeachtet einer errechneten Blutalkoholkonzentration zum Tatzeitpunkt von über 3 ‰ eine erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit i.S.v. § 21 StGB“ (und somit eine daraus resultierende

Milderung nach § 49 Abs. 1 StGB) ausgeschlossen und damit zugleich rechtsfehlerfrei die Schuldunfähigkeit des Angeklagten verneint hat.

Dies bejaht der Senat und verwirft A.s Revision als unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO). Er führt dazu aus:

„a) Auszugehen ist [...] von Folgendem:

(1) *Eine Blutalkoholkonzentration in der errechneten Höhe gibt [...] Anlass zur Prüfung einer krankhaften seelischen Störung durch einen akuten Alkohorausgang; die Möglichkeit von Schuldunfähigkeit oder erheblich verminderter Schuldfähigkeit ist dann grundsätzlich zu erörtern.*

(2) *Darüber hinaus war in älterer Rechtsprechung die Auffassung vertreten worden, bei Überschreiten bestimmter Grenzwerte sei die Steuerungsfähigkeit mit einem kaum widerlegbaren Grad an Wahrscheinlichkeit ‚in aller Regel‘ erheblich vermindert. Dies war aus juristischer Sicht wegen des zu geringen Gewichts der Einzelfallgerechtigkeit nie unumstritten, ebenso deshalb, weil Schuldunfähigkeit ‚ein normatives Postulat, aber keine messbare Größe‘ ist. In der forensisch-psychiatrischen Wissenschaft war diese schematisierende Auffassung nahezu einhellig abgelehnt worden, weil die Wirkung von Alkohol auf jeden Menschen unterschiedlich sei. Diese Recht-*

sprechung wurde deswegen aufgegeben [...].

Seither ist gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass es keinen Rechts- oder Erfahrungssatz gibt, der es gebietet, ohne Rücksicht auf die im konkreten Fall feststellbaren psychodiagnostischen Kriterien ab einer bestimmten Höhe der Blutalkoholkonzentration regelmäßig von zumindest ‚bei Begehung der Tat‘ erheblich verminderter Schuldfähigkeit auszugehen [...].

Es ist prinzipiell unmöglich, ‚einer bestimmten Blutalkoholkonzentration für jeden Einzelfall gültige psychopathologische, neurologisch-körperliche Symptome oder Verhaltensauffälligkeiten zuzuordnen. Es existiert keine lineare Abhängigkeit der Symptomatik von der Blutalkoholkonzentration. Aus diesen Gründen ist es prinzipiell unmöglich, allein aus der Blutalkoholkonzentration das Ausmaß einer alkoholisierungsbedingten Beeinträchtigung ableiten zu wollen‘. Es wäre daher auch verfehlt, einem psychodiagnostischen Beweisanzeichen – etwa dem Leistungsverhalten vor, bei oder nach Tatbegehung – von vornherein mit Blick auf eine bestimmte Blutalkoholkonzentration oder mit Blick auf eine zum Erreichen höherer Blutalkoholwerte notwendigerweise bestehende Alkoholgewöhnung eine Aussagekraft zur Beurteilung der Schuldfähigkeit i.S.d. §§ 20, 21 StGB abzusprechen. [...]

(3) Für die Beurteilung der Schuldfähigkeit maßgeblich ist demnach eine Gesamtschau aller wesentlichen objektiven und subjektiven Umstände, die sich auf das Erscheinungsbild des Täters vor, während und nach der Tat beziehen. Dabei kann die – regelmäßig deshalb zu bestimmende – Blutalkoholkonzentration ein je nach den Umständen des Einzelfalls sogar gewichtiges, aber keinesfalls allein maßgebliches Beweisanzeichen (Indiz) sein.

Welcher Beweiswert der Blutalkoholkonzentration (die weniger zur Auswirkung des Alkohols als lediglich zu dessen wirksam aufgenommener Menge aussagt) im Verhältnis zu anderen psychodiagnostischen Beweisanzeichen beizumessen ist, lässt sich nicht schematisch beantworten. Er ist umso geringer, je mehr sonstige aussagekräftige psychodiagnostische Kriterien [...] zur Verfügung stehen. So können die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls eine erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit bei Tatbegehung auch bei einer Blutalkoholkonzentration schon von unter 2 ‰ begründen, umgekehrt eine solche selbst bei errechneten Maximalwerten von über 3 ‰ auch ausschließen.

b) Dies zugrunde gelegt zeigt die Revision keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf.

(1) Die Strafkammer hat den aufgezeigten Maßstab beachtet und ausgehend von der von ihr bestimmten Blutalkoholkonzentration die Frage der Schuldfähigkeit in einer Gesamtschau aller Umstände beurteilt. [...]

(2) Anhaltspunkte, die Strafkammer könnte bei der ihr obliegenden Gesamtwürdigung der zur Verfügung stehenden Indizien oder bei der Beurteilung der Erheblichkeit i.S.v. § 21 StGB den ihr zustehenden tatrichterlichen Beurteilungsspielraum überschritten haben, sind nicht ersichtlich. Insbesondere obliegt es tatrichterlicher Beurteilung, welches Gewicht der Blutalkoholkonzentration im Einzelfall in Zusammenschau mit anderen zur Verfügung stehenden Beweisanzeichen beigemessen werden kann. Die letzte Verantwortung für die Beurteilung der Schuldfähigkeit liegt beim Tatrichter. Die Frage der Erheblichkeit ist eine allein vom Richter zu beantwortende Rechtsfrage.

(3) Es ist auch nicht ersichtlich, dass eine der näher ausgeführten Erwägungen der Strafkammer ungeeignet wäre, zur Stützung des gefundenen Gesamtergebnisses zumal in einer Gesamtschau mit herangezogen zu werden.

Namentlich bei größerer Alkoholaufnahme kommt der [...] Alkoholgewöhnung eine wichtige Bedeutung zu. Ohne Rechtsfehler hebt die Strafkammer ne-

ben anderen Beweisanzeichen auch auf das isoliert gesehen bei trinkgewohnten Personen freilich nur begrenzt aussagekräftige Fehlen erheblicher Ausfallerscheinungen ab. Sie stützt sich dabei nicht nur auf die Angaben eines Kindes oder ebenfalls erheblich alkoholisierten Zechkumpans, sondern u.a. auf den im Umgang mit alkoholisierten Personen nicht unerfahrenen Gastwirt der Stammkneipe des Angeklagten. Die Strafkammer durfte hier auch dem Umstand, dass der Angeklagte trotz erheblichen Alkoholkonsums insgesamt ‚sein Berufsleben ohne Einschränkungen unter Kontrolle‘ hatte, Bedeutung beimessen. Ebenfalls ohne Rechtsfehler durfte die Strafkammer das nahezu gleich bleibende Verhalten des Angeklagten an anderen Tagen, an denen der Angeklagte nach eigenen Angaben weniger Alkohol konsumiert hatte, vergleichend zur Beurteilung der Steuerungsfähigkeit des Angeklagten am Tattag heranziehen. Aussagekraft konnte die Strafkammer hier auch dem (aus dem festgestellten Sachverhalt ersichtlichen) planvollen und zielgerichteten Agieren des Angeklagten vor und bei Tatbegehung [...] aber auch nach Tatbegehung beimessen (z.B. der Hinweis auf eine Geheimhaltungsbedürftigkeit). Die hier mit Blick auf das gesamte Tatgeschehen fernliegende Möglichkeit einer nach der Tat eingetretenen plötzlichen Ernüchterung musste die Strafkammer nicht erörtern.“

Hinweise:

1. Die Prüfung der Schuldfähigkeit erfolgt (formal durch das Gericht, tatsächlich ist das Aufgabe des Sachverständigen, dazu *A. Schiemann*, NJW 2012, 2676 (2676)) in zwei Schritten: Es muss eine der dort genannten seelischen Störungen gegeben sein und aufgrund dieser muss der Täter unfähig sein, das Unrecht der Tat einzusehen (fehlende Einsichtsfähigkeit) oder nach dieser Einsicht zu handeln (fehlende Steuerungsfähigkeit). Eine solche Prüfung wird in Klausuren und Hausarbeiten regelmäßig nicht möglich sein. Doch auch dort kann sich die Frage stellen, ob eine Alkoholisierung die Schuldfähigkeit ausschließt. Dabei kann von dem Folgenden ausgegangen werden:

Der Vollrausch kann eine krankhafte seelische Störung oder a.A. nach eine tiefgreifende Bewusstseinsstörung i.S.v. § 20 StGB darstellen (dazu *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. (2011), § 20 Rdnr. 4, 6).

Die Rspr. hat sog. Schwellenwerte (Faustregeln) festgelegt (diese als willkürlich und keinem medizinischen Erfahrungssatz entsprechend krit. *A. Schiemann*, NJW 2012, 2676 (2676)), wonach bei einer Blutalkoholkonzentration (BAK) zur Tatzeit von 2,0 ‰ und mehr i.d.R. verminderte Schuldfähig-

keit i.S.v. § 21 StGB, bei einer BAK von 3,0 ‰ und mehr i.d.R. Schuldunfähigkeit i.S.v. § 20 StGB gegeben ist; bei Tötungsdelikten wird wegen der erhöhten Hemmschwelle von einem um 10 % höheren Wert ausgegangen (dazu *Verrel/Linke*, in: HK-GS, 2. Aufl. (2011), § 20 Rn. 20, § 21 Rdnr. 4). Die BAK ist zwar ein „gewichtiges [...] Indiz“, doch verbietet sich jegliche schematische Betrachtungsweise. Es ist i.R.e. „Gesamtschau“ bzw. -würdigung des Täterverhaltens vor, während und nach der Tat auf den Einzelfall abzustellen. So kann auch bei niedrigeren Werten als den oben wiedergegebenen verminderte Schuldfähigkeit oder Schuldunfähigkeit gegeben sein ebenso wie (das zeigt vorliegender Fall) auch bei einer BAK von über 3,0 ‰ nicht einmal verminderte Schuldfähigkeit nach § 21 StGB anzunehmen sein kann.

2. Im Anschluss an eine bejahte Schuldunfähigkeit des Täters können in einer Prüfungsarbeit Ausführungen zur Rechtsfigur der *actio libera in causa* (umf. dazu *Kühl*, StR AT, 7. Aufl. (2012), § 11 Rdnr. 6 ff.; *Rönau*, JuS 2010, 300 ff.) oder zu § 323a StGB (hierzu s. nur *Eisele*, StR BT I, 2. Aufl. (2012), Rdnr. 1223 ff.) veranlasst sein. Abgesehen von einer möglichen Beteiligung am Tun des schuldlos Handelnden (§ 25 Abs. 1 Var. 2 StGB, §§ 26 f. StGB) kann auch die Frage zu beantworten sein, ob er

eine Notwehrlage verursachen, also rechtswidrig angreifen kann (was u.a. von *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, S. 283 f. verneint wird, sei doch ein vorsätzlicher *und* schuldhafter Angriff zu verlangen, wohingegen die wohl h.M. lediglich einen rechtswidrigen Angriff, nicht aber ein schuldhaftes Verhalten des Angreifers fordert, *Günther*, in: SK/StGB, 31. Lfg., 7. Aufl., § 32 Rdnr. 28) und ob (mit der wohl h.M. eine Notwehrlage annehmend) der Verteidiger die Gebotenheit als Grenze der Notwehr beachtet hat (Fallgruppe: Angriffe schuldlos Handelnder, s. dazu *Kühl*, StR AT, 7. Aufl. (2012), § 7 Rdnr. 192 ff.).

(Wiss. Ang. RA Guido Philipp Ernst)



MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

Qualität und Klasse zeichnen nicht nur unsere Juristinnen und Juristen aus. Auch unsere Mandanten gehören zu den Besten ihrer Bereiche. Ihre Ansprüche sind ebenso hoch wie individuell. Darum schaffen wir ein vielfältiges Angebot an Fachbereichen und Persönlichkeiten und bieten Ihnen exzellente Mandate, internationale Projekte und ein kollegiales Miteinander.

Wenn Sie für Ihr Talent das ganz besondere Umfeld suchen, sollten wir uns unterhalten.

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E robert.krywalski@cms-hs.com

Berlin | Brüssel | Dresden | Düsseldorf | Frankfurt/Main | Hamburg | Köln | Leipzig | Moskau | München | Shanghai | Stuttgart

Bezeichnung eines Rechtsanwalts als „rechtsradikal“

BVerfG, Beschluss vom 17.09.2012 – 1 BvR 2979/10, NJW 2012, 3712

1. Bedeutung und Tragweite der Meinungsäußerungsfreiheit sind verkannt, wenn eine Äußerung unzutreffend als Tatsachenbehauptung, Formalbeleidigung oder Schmähkritik eingestuft wird mit der Folge, dass sie dann nicht im selben Maß am Schutz des Grundrechts teilnimmt wie Äußerungen, die als Werturteil ohne beleidigenden oder schmähenden Charakter anzusehen sind.
2. Bei der Kennzeichnung eines Beitrags als „rechtsextrem“ und einer Person als „rechtsradikal“ handelt es sich um Meinungsäußerungen, die einer Überprüfung durch eine Beweiserhebung nicht zugänglich sind.
3. Hat die Bezeichnung eines Rechtsanwalts in einer öffentlichen Auseinandersetzung als „rechtsextrem“ und „rechtsradikal“ einen Sachbezug, liegt eine Schmähkritik nicht vor. Sie berührt jedoch wegen der damit verbundenen Prangerwirkung das allgemeine Persönlichkeitsrecht, da sie geeignet ist, das Ansehen in der Öffentlichkeit herabzusetzen. Sie kann zu einer einen Rechtsanwalt in seiner Existenz gefährdenden Bedrohung werden.
4. Im öffentlichen Meinungskampf kann die Bezeichnung eines Rechtsanwalts als „rechtsextrem“ und „rechtsradikal“ durch die Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt sein. (Leitsätze der Redaktion)

Sachverhalt (vereinfacht und gekürzt):

Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen zivilgerichtliche Entscheidungen in einem äußerungsrechtlichen Fall.

A, der Beklagte des Ausgangsverfahrens, ist Rechtsanwalt. K, der Kläger des Ausgangsverfahrens, ebenfalls ein Rechtsanwalt, beschäftigt sich auf seiner Kanzleihomepage und in Veröffent-

lichungen in Zeitschriften mit politischen Themen. So verfasste er mit einem Co-Autor den Text „Die schleichende Revolution der Kosmokraten“, in dem es um die angeblich die Welt beherrschende Gruppe von „Kosmokraten“ geht. Darin heißt es:

„Bis heute sind es aber zumeist die superreichen Familien Englands, Frankreichs und Hollands – größtenteils kharistische, also nicht-semitische Juden –,

die das Wirtschaftsgeschehen in der Welt bestimmen.“

In einem weiteren Artikel mit dem Titel „Art. 146 GG – Die Mär der gesamtdeutschen Verfassung“ befasst sich der Kläger mit dem „transitorischen Charakter“ des Grundgesetzes. Dort heißt es:

„Das Grundgesetz ist lediglich ein ordnungsrechtliches Instrumentarium der Siegermächte.“

In einem Diskussionsforum im Internet setzte sich A mit diesen Veröffentlichungen unter dem Pseudonym „pünktchen“ unter einer Rubrik, die den Namen des K nennt, auseinander und nannte sie „rechtslastigen Dreck“. Nachdem der K unter Androhung rechtlicher Schritte die Löschung dieser Formulierung gefordert hatte, äußerte sich A in dem Forum wie folgt:

„Wieso? Ich finde nun mal, dass Sie rechten Dreck verbreiten. Ich habe oben auch belegt, was ich damit konkret meine.“

Zu dem Artikel „Die Mär von der gesamtdeutschen Verfassung“ schrieb A in dem Forum:

„Er liefert einen seiner typischen rechtsextremen originellen Beiträge zur Besatzerrepublik BRD, die endlich durch einen bioregionalistisch organisierten Volksstaat zu ersetzen sei.“

Ein Unterlassungsbegehren wies A zurück und führte in einem Schreiben an K aus:

„Wer wie Sie meint, die Welt werde im Grunde von einer Gruppe khasarischer Juden beherrscht, welche im Verborgenen die Strippen ziehen, muss es sich gefallen lassen, rechtsradikal genannt zu werden.“

Dieses Schreiben stellte der A einem begrenzten Kreis von Nutzern im Internet zur Verfügung. In diesen Kreis ist allerdings ein „Hacker“ eingebrochen.

Das LG verurteilte mit angegriffenem Urteil A dazu, es zu unterlassen, in Bezug auf K wörtlich oder sinngemäß zu behaupten oder die Behauptung verbreiten zu lassen, dass er rechtsextreme Beiträge verfasst, und/oder dass sich sein Denken vom klassisch rechtsradikalen verschwörungstheoretischen Weltbild nicht wirklich unterscheidet, und/oder dass er es sich gefallen lassen muss, rechtsradikal genannt zu werden. Das OLG wies die Berufung des A mit angegriffenem Urteil zurück. Es führt aus, dass es sich bei den beanstandeten Äußerungen um Meinungsäußerungen handle, weil es einer Wertung bedürfe, ob ein Text rechtsradikale Züge trage bzw. von einem rechtsextremen Gedankengut getragen sei. Eine solche Wertung sei einem Beweis nicht zugänglich. Grob gesagt sei die Grenze der zulässigen Meinungsäußerung bei der

sogenannten Schmähkritik erreicht. Hier handele es sich um Schmähkritik, weil A den K ohne jeden nachvollziehbaren Hintergrund aus völlig anderen Motiven als denen einer sachlichen Auseinandersetzung als rechtsradikal habe brandmarken wollen.

Gegen die Entscheidung des OLG nach Erhebung der Anhörungsfrage nach § 321a ZPO legte A Verfassungsbeschwerde ein. Mit Erfolg?

A. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

B. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Fraglich ist, ob die Verfassungsbeschwerde auch begründet ist.

I. In Betracht kommt hier in erster Linie ein Verstoß gegen die Meinungsfreiheit nach Art. 5 I 1 GG. Das BVerfG führt nun zum Schutzbereich der Meinungsfreiheit aus:

„Unter den Schutz der Meinungsfreiheit fallen nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG Werturteile und Tatsachenbehauptungen, wenn und soweit sie zur Bildung von Meinungen beitragen. Tatsachenbehauptungen werden durch die objektive Beziehung zwischen der Äuße-

rung und der Wirklichkeit charakterisiert und sind der Überprüfung mit Mitteln des Beweises zugänglich. Meinungen sind dagegen durch das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt.“

Das BVerfG sieht in der Entscheidung des OLG auch einen Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts. Dabei stellt es auf den Prüfungsmaßstab im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde ab:

„Bedeutung und Tragweite der Meinungsfreiheit sind verkannt, wenn eine Äußerung unzutreffend als Tatsachenbehauptung, Formalbeleidigung oder Schmähkritik eingestuft wird mit der Folge, dass sie dann nicht im selben Maß am Schutz des Grundrechts teilnimmt wie Äußerungen, die als Werturteil ohne beleidigenden oder schmähenden Charakter anzusehen sind.

Bei den beanstandeten Äußerungen handelt es sich um Meinungsäußerungen, denn es ist nicht durch eine Beweiserhebung festzustellen, wann ein Beitrag ‚rechtsextrem‘ ist, wann sich ein Denken vom ‚klassisch rechtsradikalen verschwörungstheoretischen Weltbild‘ unterscheidet und wann man ‚es sich gefallen lassen muss, rechtsradikal genannt zu werden‘.

Das Urteil des LG ist fehlerhaft, weil es die erste Äußerung offenbar als erwiesen

unwahre Tatsachenbehauptung einordnet und somit aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit herausfallen lässt. Die dennoch durchgeführte Abwägung vermag den Fehler nicht zu heilen, weil sie wesentliche Aspekte nicht berücksichtigt und das LG deswegen den Einfluss des Grundrechts der Meinungsfreiheit nicht ausreichend beachtet hat. Aus dem gleichen Grund greift die von dem LG durchgeführte Abwägung auch hinsichtlich der beiden anderen beanstandeten Äußerungen zu kurz.

Zunächst zutreffend qualifiziert demgegenüber das OLG alle drei Äußerungen als Meinungsäußerungen.“

Nicht geschützt von der Meinungsfreiheit ist eine Meinungsäußerung, die als Schmähkritik anzusehen ist. Das hatte das OLG hier angenommen, nach dem BVerfG aber zu Unrecht:

„Fehlerhaft ist dann aber, dass das OLG die Äußerungen als Schmähkritik einstuft und damit ebenfalls aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit herausfallen lässt. Verfassungsrechtlich ist die Schmähung eng definiert. Sie liegt bei einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage nur ausnahmsweise vor und ist eher auf die Privatfehde beschränkt. Eine Schmähkritik ist dadurch gekennzeichnet, dass nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht. Dies kann hier aber

nicht angenommen werden. Alle Äußerungen haben einen Sachbezug. Die erste Äußerung bezieht sich auf den Text des Kl. ‚Die schleichende Revolution der Kosmokraten‘, die zweite Äußerung auf den Text ‚Art. 146 – Die Mär von der gesamtdeutschen Verfassung‘, und die dritte Äußerung stammt aus einem vorprozessualen Schriftsatz und bezieht sich auf den Unterlassungsanspruch.“

Eingriffe in die Meinungsfreiheit können aber auch gerechtfertigt sein. Eine Schranke bilden nach Art. 5 II GG die „allgemeinen Gesetze“, welche allerdings wiederum im Licht der Meinungsfreiheit auszulegen sind. Das BVerfG führt hierzu aus:

„Verfassungsrechtlich geboten war also eine Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit des Bf. und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kl.

Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit ist nämlich nicht vorbehaltlos gewährt. Es findet seine Schranke in den allgemeinen Gesetzen, zu denen die hier von den Gerichten angewandten Vorschriften der §§ 823 I, II, 1004 I, II BGB i.V.m. Art. 2 I, 1 I GG gehören.

Durch die Attribute ‚rechtsextrem‘ und ‚rechtsradikal‘ ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kl. berührt. Denn mit ihnen ist eine Prangerwirkung verbunden, die geeignet ist, das Ansehen einer Person – zumal als Rechtsanwalt – in der

Öffentlichkeit herabzusetzen. Sie kann zu einer einen Rechtsanwalt in seiner Existenz gefährdenden Bedrohung werden.

Das Ergebnis der Abwägung ist verfassungsrechtlich nicht vorgegeben und hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Das BVerfG ist auf eine Nachprüfung begrenzt, ob die Zivilgerichte den Grundrechtseinfluss ausreichend beachtet haben.

In die Abwägung wird vorliegend einzustellen sein, dass der Kl. weder in seiner Intim- noch in seiner Privatsphäre betroffen ist, sondern allenfalls in seiner Sozialsphäre. Dagegen ist die Meinungsfreiheit des Bf. im Kern betroffen, weil ihm die Äußerung seiner Meinung gerichtlich untersagt wurde. Die Verurteilung zur Unterlassung einer Äußerung muss aber im Interesse des Schutzes der Meinungsfreiheit auf das zum Rechtsgüterschutz unbedingt Erforderliche beschränkt werden.

Der Kl. hat seine Beiträge öffentlich zur Diskussion gestellt. Dann muss zur öffentlichen Meinungsbildung auch eine echte Diskussion möglich sein. Derjenige, der sich mit verschiedenen Stellungnahmen in die öffentliche Diskussion eingeschaltet hat, muss eine scharfe Reaktion grundsätzlich auch dann hinnehmen, wenn sie sein Ansehen mindert. Gegen die Meinung des Bf. könnte sich

der Kl. im Meinungskampf seinerseits wieder öffentlich zur Wehr setzen.“

Ergebnis: Die Verfassungsbeschwerde des A ist begründet.

Hinweise:

1. Die Entscheidung betrifft eine gängige Examensproblematik und eine in Zeiten der Internet-Kommunikation wichtige Frage. Das BVerfG hebt hier zu Recht die Bedeutung der Meinungsfreiheit hervor. Die Entscheidung dürfte auch übertragbar sein auf sonst umstrittene Bezeichnungen wie etwa „Antisemit“ oder „Terrorhelfer“.
2. Verwunderung erregen hier die Entscheidungen des LG und des OLG. Zwar wird der Vorwurf des Rechtsextremismus oder -radikalismus häufig pauschal und undifferenziert erhoben, im vorliegenden Fall scheint er aber einige Berechtigung zu haben, berücksichtigt man die fraglichen Äußerungen des so Bezeichneten. Insoweit ist es nicht ohne weiteres einleuchtend, von einer unwahren Tatsachenbehauptung auszugehen. Auch die Annahme von Schmähkritik liegt hier doch eher fern, so wird doch hier lediglich eine Person mit einer bestimmten politischen Einstellung in Verbindung gebracht.
3. Beleidigungen – auch solche, die keinesfalls gerechtfertigt sind – werden im

Internet alltäglich tausendfach gemacht, unter dem Schutz der Anonymität scheint so etwas vielen leicht zu fallen. Die Schwierigkeiten, dagegen vorzugehen, sind vor allem praktischer Natur, siehe zur Problematik eingehend *Glaser, NVwZ 2012, 1432*.

(Rechtsanwalt Dr. Christian F. Majer)

Betrieb eines „Bier-Bikes“ auf öffentlichen Straßen

BVerwG, Beschluss vom 28.08.2012 – 3 B 8.12

Der Betrieb eines „Bier-Bikes“ auf öffentlichen Straßen ist straßenrechtlich dann nicht mehr Gemeingebrauch, sondern eine erlaubnispflichtige Sondernutzung, wenn eine Gesamtschau der äußerlich erkennbaren Merkmale aus der Perspektive eines objektiven Beobachters ergibt, dass es vorwiegend nicht zur Teilnahme am Verkehr, sondern zu anderen Zwecken benutzt wird. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (vereinfacht):

Die Klägerin vermietet über das Internet so genannte „Bier-Bikes“ für jeden Anlass. Das sind vierrädrige Fahrzeuge mit einer Länge von ca. 5,30 m, einer Breite von etwa 2,30 m und einer Höhe von ca. 2,70 m. Das Leergewicht beträgt rund 1.000 kg. Ein solches „Bier-Bike“ bietet Platz für bis zu 16 Personen, die an den Längsseiten eines in der Mitte angebrachten Tisches sitzen. Gelenkt und gebremst wird das „Bier-Bike“ von einem von der Klägerin gestellten Fahrer, der mit Blick in Fahrtrichtung im Frontbereich des Fahrzeugs sitzt. Das „Bier-Bike“ ist mit einem Bierfass mit einem Fassungsvermögen von bis zu 50 l, einer Zapf- und einer Musikanlage ausgestattet. Angetrieben wird das Gefährt durch Pedale, welche von den an den Längsseiten sitzenden Benutzern getreten werden. Die Fahrtgeschwindigkeit beträgt ca. 6 km/h.

Die Beklagte, die Große Kreisstadt X (85.000 Einwohner) im Bundesland Baden-Württemberg, untersagte nach Anhörung der Klägerin dieser die Benutzung der „Bier-Bikes“ auf öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen im Stadtgebiet. Es handele sich um eine Sondernutzung, die nicht genehmigt sei; zudem ergäben sich Gefahren und Störungen für die öffentliche Sicherheit, was detailliert ausgeführt wurde. Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren hat die Klägerin fristgerecht Klage gegen die Untersagungsverfügung erhoben, insbesondere ist sie der Auffassung, dass der Betrieb der „Bier-Bikes“ vom straßenrechtlichen Gemeingebrauch umfasst sei.

Wesentliche Entscheidungsgründe:

I. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig. Nachdem der Sachverhalt hier keine erwähnenswer-

ten Probleme aufwirft, wird auf eine ausführliche Zulässigkeitsprüfung verzichtet.

II. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn der angegriffene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und die Klägerin in ihren Rechten verletzt (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

1. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die Verfügung der Beklagten ist § 16 Abs. 8 S. 1 des Straßengesetzes Baden-Württemberg (StrG BW), soweit das Verbot öffentliche Straßen im Anwendungsbereich des StrG BW betrifft (also Landes-, Kreis- und Gemeindestraßen). Soweit die Untersagungsverfügung Bundesfernstraßen betrifft, ist § 8 Abs. 7a des Fernstraßengesetzes (FStrG) einschlägige Ermächtigungsgrundlage. Nach diesen im Wortlaut im Wesentlichen identischen Vorschriften kann die für die Erteilung der Erlaubnis zuständige Behörde die erforderlichen Maßnahmen zur Beendigung der Benutzung anordnen, wenn eine Straße ohne die erforderliche Erlaubnis benutzt wird.

Diese straßenrechtlichen Eingriffsgrundlagen sind gegenüber der polizeilichen Generalklausel der §§ 1, 3 PolG BW spezieller.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

Zuständig für die Untersagungsverfügung ist im Anwendungsbereich des Straßengesetzes die Straßenbaubehörde (vgl. §§ 16 Abs. 2 u. 8, 17, 50 StrG BW). Dies ist die Gemeinde, auch soweit es sich um Ortsdurchfahrten von Landes- oder Kreisstraßen handelt.

Im Anwendungsbereich des FStrG ist für die Untersagungsverfügung nach §§ 8 Abs. 1, 22 Abs. 3 FStrG i.V.m. §§ 16 Abs. 2 u. 8, 52b Abs. 2 StrG BW ebenfalls die Gemeinde zuständig, soweit Ortsdurchfahrten von Bundesstraßen betroffen sind.

b) Verfahren

Eine Anhörung der Klägerin hat nach § 28 LVwVfG stattgefunden.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Tatbestandsvoraussetzungen

Die betroffenen Straßen werden ohne die erforderliche Erlaubnis benutzt. Nach § 16 Abs. 1 StrG BW bzw. § 8 Abs. 1 FStrG bedarf die Benutzung einer Straße über den Gemeingebrauch hinaus der Erlaubnis (Sondernutzung). Dagegen ist im Rahmen des Gemeingebrauchs die Benutzung einer öffentlichen Straße erlaubnisfrei. Gemeingebrauch liegt nach § 13 StrG BW bzw.

§ 7 FStrG vor beim Gebrauch der öffentlichen Straße durch jedermann im Rahmen der Widmung und der Straßenverkehrsvorschriften innerhalb der verkehrsüblichen Grenzen.

Der Betrieb der „Bier-Bikes“ auf öffentlichen Straßen ist kein Gemeingebrauch mehr, sondern stellt eine erlaubnispflichtige Sondernutzung dar.

Kein Gemeingebrauch liegt vor, wenn jemand die Straße nicht vorwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen Zwecken benutzt. Die überwiegende Zweckbestimmung der von der Klägerin vermieteten „Bier-Bikes“ ist das Durchführen von Feiern, Partys und ähnlichen Veranstaltungen auf der Straße. Es überwiegt somit der Eventcharakter gegenüber der Ortsveränderung. Es handelt sich um eine rollende Veranstaltungsfläche, da das „Bier-Bike“ nach seiner Bauweise und Konzeption eine rollende Theke ist.

Dass die „Bier-Bikes“ daneben auch der Beförderung von Personen dienen, reicht nicht aus, da es auf eine Gesamtschau der Umstände des Einzelfalls ankommt und die Personenbeförderung allenfalls untergeordneter Nutzungszweck ist.

Bei dieser Bewertung kommt es auf die Sicht eines objektiven Betrachters an, da ein solcher Ansatz schon deshalb geboten ist, um möglichen Schutzbe-

hauptungen des Nutzers in Bezug auf seine Motivation keinen Raum zu geben.

b) Ermessen

Ermessensfehler (§ 114 VwGO) sind der Beklagten keine unterlaufen.

4. Ergebnis

Die zulässige Klage ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage daher für die Klägerin kostenpflichtig (§ 154 Abs. 1 VwGO) mit nachfolgendem Tenor abgewiesen, wobei das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen davon abgesehen hat, das Urteil hinsichtlich der Kosten für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§ 167 Abs. 2 VwGO):

„Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.“

Hinweise:

Die Entscheidung des BVerwG ist aus revisionsrechtlicher Sicht abgefasst, da das Gericht über die Beschwerde der Klägerin über die Nichtzulassung der Revision zu entscheiden hatte. Zu Ausbildungszwecken wurde der Sachverhalt auf die Entscheidung eines Verwaltungsgerichts übertragen.

Die Abgrenzung zwischen straßenrechtlichem Gemeingebrauch und Sondernutzung ist Grundlagenwissen und sollte für eine ordentliche Examensvorbereitung beherrscht werden.

(Regierungsdirektor Jochen Heinz)

Wenn Politik auf Recht trifft...

VG Stuttgart, Beschluss vom 18.06.2012, 2 K 1627/12

1. Ein Verwaltungsakt, der die Fertigstellung eines ohne Baugenehmigung errichteten Rohbaus und seine Nutzung zu Wohnzwecken zulässt, geht über eine bloße Duldung eines rechtswidrigen Zustands hinaus. Er stellt eine bauaufsichtliche Zulassung i.S.v. § 212a BauGB dar. (amtlicher Leitsatz)
2. Für die Gemeinde, auf deren Gebiet das Baugrundstück liegt, besteht in einem solchen Fall das Recht auf mitentscheidende Beteiligung nach § 36 Absatz 1 BauGB. Wird dieses Recht nicht beachtet, ist die Gemeinde in ihrer Planungshoheit und damit in ihrem nach Artikel 28 Absatz 2 GG, Artikel 71 Absatz 1 und 2 LV BW gewährleisteten Selbstverwaltungsrecht verletzt. (amtlicher Leitsatz)
3. Die Bindung der Landesregierung an einen Beschluss des Petitionsausschusses des Landtags (§ 67 Absatz 6 der Geschäftsordnung des Landtags von Baden-Württemberg) enthält eine politische Verpflichtung, stellt aber keine Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in Rechte Dritter (hier der Gemeinde) dar. (amtlicher Leitsatz)
4. Die Rechtskraft eines verwaltungsgerichtlichen Urteils bindet alle Beteiligten des Verfahrens (§ 121 Nummer 1 VwGO). Ist in einem Verfahren ein Anspruch des Bauherrn auf Baugenehmigung verneint worden, unter anderem weil die gemeindliche Planungshoheit durch die Zulassung verletzt wird, darf sich nach Rechtskraft der Entscheidung das im Prozess beteiligte Land bei unveränderter Sach- und Rechtslage nicht zu Lasten der ebenfalls beteiligten Gemeinde über diese Bewertung hinwegsetzen. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (vereinfacht):

Die Antragstellerin, eine Gemeinde, wendet sich gegen einen Bescheid des Ministeriums für Verkehr und Infrastruktur, mit welchem dem beigeladenen Bauherrn mitgeteilt wurde, dass

dessen im Rohbau fertig gestelltes Bauvorhaben im Außenbereich auf der Gemarkung der Antragstellerin fertig gestellt und gemäß dem Beschluss des 15. Landtags von Baden-Württemberg vom 21.07.2011 für das allgemeine Woh-

nen genutzt werden könne. Die untere Baurechtsbehörde beim Landratsamt sowie die höhere Baurechtsbehörde beim Regierungspräsidium erhielten eine Mehrfertigung des Bescheids des Ministeriums, die Antragstellerin jedoch nicht.

Für das im Rohbau fertig gestellte Bauvorhaben des Beigeladenen hatte das Landratsamt zunächst auf der Grundlage des § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BauGB eine Baugenehmigung für den Umbau und die Nutzungsänderung einer Feldscheune zu einem Wohnhaus erteilt. Das Bauvorhaben wurde sodann durch das Landratsamt nach § 64 LBO BW eingestellt, nachdem festgestellt wurde, dass die Substanz der Feldscheune durch den Beigeladenen fast vollständig beseitigt worden war. Die nachträglich beantragte Baugenehmigung lehnte das Landratsamt ab, da die Voraussetzungen für eine Zulassung nach § 35 BauGB nicht vorlagen und die Antragstellerin ihr nach § 36 BauGB erforderliches gemeindliches Einvernehmen versagt hatte. Gleichzeitig wurde seitens des Landratsamts die vollständige Beseitigung des Rohbaus nach § 65 S. 1 LBO BW angeordnet. Den hiergegen eingelegten Widerspruch wies die zuständige Widerspruchsbehörde beim Regierungspräsidium zurück, das nachfolgend geführte Klageverfahren blieb erfolglos (der Antrag auf Zulassung der Berufung

wurden vom Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg abgelehnt).

Der Beigeladene hat beim Landtag von Baden-Württemberg eine Petition eingereicht mit dem Ziel der Aufhebung der Beseitigungsanordnung für das im Rohbau errichtete Gebäude und der Erteilung einer Erlaubnis zur Fertigstellung und Nutzung des Vorhabens als Wohngebäude für sich und seine Familienangehörigen im Wege der Duldung. Der Berichterstatter des Petitionsausschusses führte mit verschiedenen Beteiligten einen informellen Vor-Ort-Termin durch. Anschließend führte eine Kommission des Petitionsausschusses einen Ortstermin mit allen Beteiligten durch und nahm das Vorhaben in Augenschein. Der Petitionsausschuss fasste am 13.07.2011 – ohne Widerspruch der Regierung – einstimmig den Beschluss, die Petition der Regierung zur Berücksichtigung zu überweisen. Der Landtag hat dem am 21.07.2011 zugestimmt. In Folge dieser Entscheidung des Landtags erging der in diesem Verfahren streitgegenständliche Bescheid des Ministeriums.

Die Antragstellerin hat fristgerecht Klage gegen den Bescheid des Ministeriums erhoben und gleichzeitig die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage beantragt. Um letzteres geht es in diesem Verfahren. Der Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Wesentliche Entscheidungsgründe:

I. Zulässigkeit

1. Statthafte Antragsart

Statthafte Antragsart ist hier gemäß der Abgrenzungsnorm des § 123 Abs. 5 VwGO das Verfahren nach §§ 80a Abs. 3 S. 2, 80 Abs. 5 VwGO, da in der Hauptsache gegen den Bescheid des Ministeriums, einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 LVwVfG, eine Anfechtungsklage statthaft ist. Konkret einschlägig ist hier – wegen des gesetzlichen Entfallens des Suspensiveffekts (vgl. dazu sogleich unten 2.) – ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage.

2. Entfall des Suspensiveffekts der Anfechtungsklage

Die in der Hauptsache statthafte Anfechtungsklage hat nach § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 212a BauGB keine aufschiebende Wirkung, da es sich bei dem angegriffenen Bescheid des Ministeriums um eine bauaufsichtliche Zulassung handelt. Das Verwaltungsgericht führt diesbezüglich aus:

„Den Begriff der ‚bauaufsichtlichen Zulassung‘ verwendet das Gesetz als Oberbegriff für alle präventiven Kontrolleraubnisse. Aus dem Vergleich mit der bisherigen Vorschrift des § 10 Absatz 2 BauGB-MaßnahmenG ergibt sich, dass vom Wegfall der aufschiebenden Wir-

kung bei Verwaltungsakten ausgegangen wird, die Investitionen betreffen. Obwohl es sich dabei um eine Ausnahme vom Grundsatz der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen nach § 80 Absatz 1 VwGO handelt, erfordert dieser Grundsatz nach der zugrunde liegenden Konzeption des Gesetzgebers eine weite Auslegung des Begriffs der bauaufsichtlichen Zulassung. Nach Sinn und Zweck dieser Regelung ist diese auch auf den vorliegenden Fall anwendbar, in dem außerhalb eines baurechtlichen Verfahrens im Wege der Duldung ein Bauvorhaben ermöglicht wird. Dem Beigeladenen wird durch die Entscheidung des Ministeriums eine geschützte baurechtliche Rechtsposition verschafft, die dem einer Baugenehmigung weitgehend entspricht. Es wird nämlich nicht nur ein vorhandener baurechtswidriger Zustand ausdrücklich geduldet, sondern dem Beigeladenen wird nach Prüfung der Erschließung und der Statik erlaubt, das im Rohbau befindliche Gebäude fertig zu stellen und auf Dauer auch zu Wohnzwecken zu nutzen. Ihm wird damit unmittelbar die Errichtung bzw. Fertigstellung des Vorhabens gestattet, worauf die Petition ausdrücklich gerichtet war („Erlaubnis“). Solange diese Verfügung Bestand hat, kann gegen das Vorhaben bauplanungsrechtlich und auch bauordnungsrechtlich nicht eingeschritten werden.“

3. Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist nach § 42 Abs. 2 VwGO analog auch antragsbefugt, da sie möglicherweise in der ihr zustehenden Planungshoheit als Ausfluss der in Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 71 Abs. 1 u. 2 LV BW niedergelegten Selbstverwaltungsgarantie verletzt ist.

4. Rechtsschutzbedürfnis

Im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz ist die offensichtliche Zulässigkeit der Anfechtungsklage in der Hauptsache zu prüfen, da nur offensichtlich zulässige Rechtsbehelfe in der Lage sind, einen Suspensiveffekt nach § 80 Abs. 1 VwGO auszulösen. Unzulässigkeitsgründe sind nicht ersichtlich, insbesondere bedurfte es, da die angegriffene Entscheidung des Ministeriums von einer obersten Landesbehörde (vgl. § 7 LVG BW) stammt, nach § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO nicht der Durchführung eines Vorverfahrens, sondern es konnte direkt gegen den Bescheid Klage erhoben werden.

5. Zwischenergebnis

Der Antrag ist zulässig.

II. Begründetheit

1. Richtiger Antragsgegner

Das Land Baden-Württemberg ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog als Rechtsträger des Ministeriums für das Verfahren passivlegitimiert.

2. Überwiegendes Suspensivinteresse

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage der Antragstellerin ist begründet, wenn bei der aufgrund summarischer Prüfung vorzunehmenden Interessenabwägung das Suspensivinteresse der Antragstellerin das Vollzugsinteresse der Antragsgegnerin sowie das Interesse des Beigeladenen überwiegt. Mit anderen Worten muss das Interesse der Antragstellerin, von den Wirkungen der sofort vollziehbaren bauaufsichtlichen Zulassung verschont zu bleiben, Vorrang vor dem gegenläufigen privaten Interesse des Beigeladenen und dem öffentlichen Interesse, von einer sofort vollziehbaren bauaufsichtlichen Zulassung Gebrauch machen zu können, haben. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die zugrunde liegende Entscheidung der Antragsgegnerin offensichtlich rechtswidrig ist.

a) Unzulässiger Eingriff in die Planungshoheit der Antragstellerin

So liegt der Fall hier, denn es bestehen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Ministeriums, weil durch diese in unzulässiger Weise in die verfassungsrechtlich geschützte Planungshoheit der Antragstellerin eingegriffen wurde. Mit der Entscheidung des Ministeriums wird die Verwirklichung eines Vorhabens eines privaten Bauherrn im Außenbereich ohne das nach § 36 Abs. 1 BauGB erforderliche gemeindliche Einvernehmen ermöglicht. Zunächst führt das Gericht allgemein zu Planungshoheit als Ausfluss der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie aus:

„Artikel 28 Absatz 2 GG und Artikel 71 Absatz 1 und 2 LV BW gewährleisten den Gemeinden als Teil der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft das Recht, in eigener Verantwortung im Rahmen der Gesetze für ihr Gemeindegebiet die Bodennutzung festzulegen. Damit die Gemeinden ihrer städtebaulichen Verantwortung gerecht werden können, stehen ihnen Sicherungsinstrumente zur Verfügung, wozu auch die Beteiligungsregelung des § 36 Absatz 1 BauGB gehört. Zur Sicherung der planerischen Handlungsfreiheit trifft der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift Vorsorge dafür, dass die Gemeinde als sachnahe und fachkundige Behörde in Ortsteilen, in denen

sie noch nicht geplant hat, an der Beurteilung der bebauungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen mitentscheidend beteiligt wird. Der Gemeinde wird als Ausfluss der Planungshoheit das Recht zugebilligt, Vorhaben abzuwehren, die mit § 35 BauGB nicht in Einklang stehen. Im Hinblick auf die Interessenlage der Gemeinde kann es keinen Unterschied machen, ob sich die Behörde über ein ausdrücklich versagtes Einvernehmen hinwegsetzt oder rechtsirrig die Baugenehmigungsfreiheit eines Vorhabens annimmt und aus diesem Grunde ein Baugenehmigungsverfahren unter Beteiligung der Gemeinde nicht einleitet. Auch im Falle des Abschlusses eines öffentlichrechtlichen Vertrags zwischen Baubehörde und Bauherrn, der die Belassung eines Gebäudes im Außenbereich zum Gegenstand hat, und an dem die Gemeinde nicht beteiligt worden ist, kann im Ergebnis nichts anderes gelten. Für die Gemeinde stellt ein solcher Vertrag, der ohne ihre Mitwirkung geschlossen wird, eine Umgehung ihrer Rechte aus § 36 BauGB dar.“

Sodann bewertet das Gericht die streitgegenständliche Entscheidung des Ministeriums:

„Für die angefochtene Entscheidung der Antragsgegnerin ergibt sich mit Blick auf die Planungshoheit der Antragstellerin keine andere Beurteilung. Das Ministerium hat entgegen dem ausdrücklichen

Willen der Gemeinde die Fertigstellung und Nutzung eines Vorhabens im Außenbereich zugelassen. Das Einvernehmen hat die Antragstellerin auch zutreffend versagt, da das Vorhaben nach den Regelungen des § 35 BauGB nicht zugelassen werden kann. Insoweit wird auf die rechtskräftige Entscheidung der Kammer betreffend die Versagung der nachträglichen Baugenehmigung und entsprechende Abbruchverfügung Bezug genommen.“

Es kommt daher auch keine Ersetzung eines rechtswidrig versagten gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB i.V.m. § 54 Abs. 4 LBO BW in Betracht, denn die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens war, wie bereits gerichtlich geklärt wurde, rechtmäßig.

b) Unbeachtlichkeit der Petitionsentscheidung des Landtags

Der Beigeladene hat, nachdem rechtskräftig gerichtlich die Erteilung einer nachträglichen Baugenehmigung abgelehnt und die entsprechende Abbruchverfügung bestätigt wurde, von seinem in Art. 2 Abs. 1 LV BW i.V.m. Art. 17 GG niedergelegten Petitionsrecht Gebrauch gemacht. Die für das Petitionsverfahren einschlägigen Regelungen ergeben sich aus Artikel 35a LV BW i.V.m. §§ 65 bis 70 der Geschäftsordnung des Landtags von Baden-Württemberg (LTGO BW). In der Entscheidung des Landtags über

die Petition des Beigeladenen ergibt sich jedoch keine tragfähige rechtliche Grundlage für einen Eingriff in die Planungshoheit der Gemeinde. Das Gericht führt diesbezüglich aus:

„Eine rechtliche Grundlage für einen Eingriff in die Planungshoheit der Antragstellerin ergibt sich nicht aus § 67 Absatz 6 LTGO BW. Die Regierung ist zu der Sitzung des Petitionsausschusses nicht erschienen und hat damit dem Petitionsverlangen auf dem vorgeschriebenen Weg nicht widersprochen mit der Folge, dass sie verpflichtet ist, die Ausführung des Beschlusses des Landtags nachträglich nicht abzulehnen (§ 67 Absatz 6 Satz 3 LTGO BW). Diese Absprache ist jedoch nur politisch bindend zwischen Regierung und Landtag. Diese politische Verpflichtung der Regierung stellt keine Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in Rechte Dritter dar und kann die Mitwirkungsrechte und die Mitverantwortung der Antragstellerin für Baumaßnahmen auf ihrem Gemeindegebiet nicht zu Gunsten des beigeladenen Bauherrn suspendieren. Es ist zwar ohne weiteres möglich, dass die Baubehörden von einmal getroffenen Ermessensentscheidungen Abstand nehmen, auch wenn sie gerichtlich bestätigt sind, und nachträglich ihr Ermessen anders ausüben. Dies ist kein nach Artikel 25 Absatz 1 und Artikel 65 Absatz 2 LV BW, Artikel 20 Absatz 2 und Artikel 92 GG unzulässiger Eingriff in ein gerichtliches

Verfahren. Dies wird auch ausdrücklich in § 67 Absatz 2 Nummer 3 LTGO BW erwähnt, wonach eine Petition zulässig ist, wenn bei gerichtlich bestätigten Ermessensentscheidungen von einer Behörde eine Überprüfung oder Änderung der Entscheidung verlangt wird. Bei der Zulassung eines Bauvorhabens haben die Baubehörden jedoch kein Ermessen auszuüben, denn nach § 58 Absatz 1 LBO BW ist die Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem genehmigungspflichtigen Vorhaben keine von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Ist dies nicht der Fall, kann keine Baugenehmigung erteilt werden. Mit dem Bescheid des Ministeriums wird dem Beigeladenen gestattet, sein im Rohbau befindliches Wohngebäude fertig zu stellen. Dies kommt einer Baugenehmigung gleich. Dass eine solche Möglichkeit nicht im Wege einer Duldung eröffnet ist, hat die Kammer bereits im Urteil zur Ablehnung der Baugenehmigung und Abbruchverfügung zum Ausdruck gebracht. Mit der Entscheidung wird daher in unzulässiger Weise in die der Antragstellerin zustehenden Rechte aus § 36 Absatz 1 BauGB eingegriffen.“

c) Bindungswirkung des vorherigen verwaltungsgerichtlichen Urteils

Das Verwaltungsgericht geht des Weiteren von der Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Ministeriums aus, da

dieses sich mit der hier streitgegenständlichen Entscheidung über die Rechtskraft des Urteils des Verwaltungsgerichts im Verfahren zur Ablehnung der Baugenehmigung und anschließenden Abbruchverfügung hinweggesetzt hat. Das Gericht führt diesbezüglich aus:

„Die Rechtskraft eines verwaltungsgerichtlichen Urteils bindet nach § 121 Nummer 1 VwGO die Beteiligten. In der Sache führt diese Bindung dazu, dass bei unveränderter Sach- und Rechtslage auch für spätere Verwaltungs- und Gerichtsverfahren die vom Gericht entschiedene Frage (der Streitgegenstand) verbindlich und abschließend geregelt ist. Das gilt zum Beispiel auch dann, wenn sich die Frage in einem späteren Verfahren als Vorfrage stellt. Die Bindung wirkt sowohl negativ (Verbot einer Entscheidung für den Unterliegenden) als auch positiv (Festigung der Rechtsposition des in der Sache Obsiegenden). Im vorgelagerten Verfahren hat das Gericht entschieden, dass für den vorhandenen Rohbau der Beigeladene (sc. l. im damaligen Verfahren der Kläger) keinen Anspruch auf Baugenehmigung hat, weil das Vorhaben öffentliche Belange verletzt, zu denen auch die Planungshoheit der Gemeinde (sc. l. im damaligen Verfahren die Beigeladene) gehört. Damit ist auch eine Quasi-Baugenehmigung durch die „aktive Duldung“ ausgeschlossen. Etwas anderes kann nur in dem hier

nicht einschlägigen Fall gelten, dass es um eine Ermessensentscheidung ohne Beteiligung von Rechtspositionen Dritter geht.“

d) Rechtswidrigkeit der Aufhebung der Abbruchverfügung

Mit der Entscheidung über die Duldung hat das Ministerium zugleich die für den Rohbau existierende Abbruchverfügung aufgehoben, welche auf Basis der Ermessensentscheidung des § 65 S. 1 LBO BW ergangen war. Auch hier hat das Ministerium die schutzwürdigen Belange der Antragstellerin nicht ausreichend in die Entscheidung eingestellt. Dazu das Verwaltungsgericht:

„Aus der der Antragstellerin in § 36 Absatz 1 BauGB eingeräumten Rechtsstellung ergibt sich jedoch zumindest ein subjektives Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung der zuständigen Baubehörde. Die Gemeinde kann erwarten, dass die Baubehörden den gemeindlichen Vorrang, die städtebauliche Ordnung zu bestimmen und zu gestalten, beachten, denn ansonsten bliebe eine Missachtung der Rechtsstellung der Gemeinde letztlich sanktionslos, was der Zielsetzung des Artikels 28 Absatz 2 GG nicht entsprechen würde. Dass bei der Entscheidung des Ministeriums die Rechte der Antragstellerin in ausreichender Weise berücksichtigt worden wären, kann nicht festgestellt werden. Das Ministerium hat mit dem angefochtenen Bescheid das

Berücksichtigungsverlangen des Petitionsausschusses umgesetzt und keine weitere Prüfung angestellt, ob damit in Rechte der Antragstellerin eingegriffen wird. Dies belegt auch der Umstand, dass der Bescheid der Antragstellerin nicht zugestellt wurde. Allein der Hinweis im Bescheid auf die einschlägige Landtagsdrucksache kann nach vorläufiger Beurteilung eine aus Sicht der Antragstellerin fehlerfreie Ermessensentscheidung nicht ersetzen. Insbesondere der von der Antragstellerin im Petitionsverfahren angeführten Präcedenzwirkung für eine Vielzahl von Folgefällen dürfte kein ausreichendes Gewicht beigemessen worden sein.“

3. Allgemeine Abwägung

Auch eine an den Folgen orientierte Interessenabwägung führt zu einem Überwiegen der Interessen der Antragstellerin. Es besteht keine besondere Dringlichkeit, dass der Beigeladene sein begonnenes Bauvorhaben fortsetzt. Ihm ist es zumutbar, eine rechtskräftige Entscheidung im Klageverfahren abzuwarten. Dies liegt auch in seinem eigenen Interesse, damit nicht noch mehr Kosten in das Bauvorhaben investiert werden, die sich später als nutzlos erweisen könnten, wenn die Entscheidung des Ministeriums keinen Bestand haben sollte.

4. Zwischenergebnis

Der Antrag ist begründet.

III. Ergebnis

Nach alledem war die aufschiebende Wirkung der Hauptsacheklage der Antragstellerin anzuordnen. Die Kosten waren nach dem im einstweiligen Rechtsschutz ebenfalls anwendbaren § 154 Abs. 1 VwGO dem Antragsgegner aufzuerlegen. Dies gilt jedoch nicht für die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die dieser selbst zu tragen hat, da er keinen Antrag gestellt hat und sich so keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO). Es entspricht daher der Billigkeit, dessen Kosten nicht dem Antragsgegner aufzuerlegen (vgl. § 162 Abs. 3 VwGO).

Für den gerichtlichen Beschluss ergibt sich daher folgender Tenor:

„Die aufschiebende Wirkung der Klage der Antragstellerin gegen die zugunsten der Beigeladenen ergangene Entscheidung des Antragsgegners wird angeordnet.“

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die dieser selbst trägt.

Der Streitwert wird auf 20.000 Euro festgesetzt.“

Hinweis:

Man mag sich für die Bewertung der Entscheidung des Verwaltungsgerichts in Anlehnung an die mathematische Beweisführung schelmisch denken: „quod erat demonstrandum“.

(Regierungsdirektor Jochen Heinz)