

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)
RAin Stephanie Walz (Stellvertr. Vorsitzende)
RA Frederic Dachs (Schatzmeister)

BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchman
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
RA Dr. Dominik Skauradszun
RIOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
RIILG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
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

AUS DEM INHALT

BEITRAG:

Paul Popescu

Stuttgart 21 und Störung der
Geschäftsgrundlage

KLAUSUR:

Nicole Baldauf und Martin Gebauer

Die „Klassiker“ im Allgemeinen Schuldrecht:
AGB und Konkretisierung

RECHTSPRECHUNG:

BGH

Rechtsscheinhaftung eines aus einer GbR
ausgeschiedenen Gesellschafters für
Altverbindlichkeiten

BVerfG

Euro-Rettungsschirm II - Neunergremium

Inhaltsverzeichnis

Beitrag

- Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe Seite 04
Paul Popescu

Klausuren

1. Die „Klassiker“ im Allgemeinen Schuldrecht: AGB und Konkretisierung Seite 22
Nicole Baldauf und Martin Gebauer
2. Automatische Kennzeichenerfassung und Abschleppen eines Kraftfahrzeugs von privatem Grund in Baden-Württemberg Seite 37
Wolfgang Ziebarth
3. Geldknappheit bei Aldo Seite 53
Christian Pfuhl

Rechtsprechung Zivilrecht

1. Kein absolutes Recht durch Registrierung eines Domainnamens Seite 70
BGH, Urteil vom 18.01.2012 (*Majer*)
2. Haftung des Tierarztes bei fehlerhafter Ankaufsuntersuchung Seite 78
BGH, Urteil vom 22.12.2011 (*Majer*)
3. Rechtsscheinhaftung eines aus einer GbR ausgeschiedenen Gesellschafters für Altverbindlichkeiten Seite 84
BGH, Urteil vom 17.1.2012 (*Follner*)
4. Anwendung des § 281 BGB auf den Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB Seite 92
OLG Karlsruhe, Urteil vom 17.01.2012 (*Majer*)

5. Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen trotz fehlender
Deutschkenntnisse (*Polzer*) Seite 100
LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 02.02.2012

Rechtsprechung Strafrecht

1. Garantenpflicht des Betriebsinhabers zur Verhinderung von Mobbing? Seite 109
BGH, Urteil vom 20.10.2011 (*Baur*)
2. Strafprozessrecht – Urteilsabsprachen und Hinweispflichten des Gerichts Seite 114
BGH, Urteil vom 17.05.2011 (*Baur*)

Rechtsprechung Öffentliches Recht

1. Euro-Rettungsschirm II - Neunergremium Seite 117
BVerfG, Urteil vom 28.02.2012 (*Majer*)
2. Bauplanungsrechtliche Unzulässigkeit eines Krematoriums in einem Gewerbegebiet Seite 119
BVerwG, Urteil vom 02.02.2012 (*Heinz*)
3. Beteiligung des Gemeinderates beim kommunalen Einvernehmen nach § 36 BauGB,
wenn die Gemeinde zugleich untere Baurechtsbehörde ist Seite 125
VGH BW, Urteil vom 09.03.2012 (*Heinz*)

Editorial

Kaum ein Thema hat, vor allem, aber nicht nur in Baden-Württemberg in den vergangenen Jahren die Menschen so stark mobilisiert und polarisiert wie der geplante Neubau des Stuttgarter Hauptbahnhofs, besser bekannt als „Stuttgart 21“. Erst eine durchgeführte Schlichtung unter Heiner Geißler sowie eine in dieser Form bislang einmalige Volksabstimmung – deren Verfassungsmäßigkeit bezweifelt wurde – haben den Streit einigermaßen befrieden können.

Der Beitrag von *Popescu* stellt die zivilrechtliche Konstellation dar und geht auf die auch in der Politik vieldiskutierte Frage ein, ob bei veränderten Machtverhältnissen eine Störung der Geschäftsgrundlage eingetreten ist.

Zur Durcharbeitung empfohlen werden die Klausuren von *Baldauf* und *Gebauer*, die das Wissen zum klassischen Problem der AGB und der Konkretisierung prüft. Sie ist ebenso auch für Anfänger geeignet wie die Klausur aus dem Strafrecht von *Pfuhl*, die Probleme aus dem Vermögensstrafrecht thematisiert. Die Klausur von *Ziebarth* behandelt mit der Kennzeichenerfassung ein aktuelles und bislang wenig erörtertes Problem. Aktuelle examensrelevante Rechtsprechung wie die Entscheidung des BVerfG zum Neunergremium wird ebenfalls wieder dargestellt

Dr. Christian F. Majer
1. Vorsitzender

Stephanie Walz
2. Vorsitzende

Verein der Zeitschrift „Jura-Studium und Examen (JSE)“

Impressum

Redaktion

Alexander Baur
Benjamin Baisch
Dominique Beck
Amela Causevic
RA Frederic Dachs
Guido Ernst
RA Steffen Follner
Fabian Friz
RA Dr. Christian F. Majer
(Schriftleiter)
Philipp Trautmann
Anna Vögelein
RAin Stephanie Walz
(stellv. Schriftleiterin)
Elena L. Wasserbäch

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
(1. Vorsitzender)
RAin Stephanie Walz
(2. Vorsitzende)
RA Frederic Dachs
(Schatzmeister)

E-Mail

redaktion@zeitschrift-jse.de

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchman
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
RA Dr. Dominik Skauradszun
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
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

Dr. Paul Popescu*

Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsab- wicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultie- render Folgen als Vertragsaufhebungsgründe

Der nachfolgende Beitrag untersucht, ob und gegebenenfalls inwieweit ein mehrheitlicher Bürgerentscheid, sowie ein hierauf beruhendes Gesetz, mit welchem dem öffentlichen Auftraggeber die Finanzmittel zur Realisierung eines bereits in Auftrag gegebenen Bauvorhabens entzogen werden sollen, jeweils vergütungsneutrale Auflösungsstatbestände hinsichtlich der zugrundeliegenden Verträge begründen können.

I. Einleitung

Gut strukturierte und unnachgiebige Bürgerbewegungen gegen nicht unbedeutende Bauvorhaben der öffentlichen

Hand in Form von Flughäfen², Windparks, Energietrassen, Autobahnen etc. gehören mittlerweile zum Alltag. In der Medienwelt lösen derartige Initiativen regelmäßig nur ein lokales und kurzzeitiges Interesse aus. Ganz anderes verlief dies jedoch beim Projekt „Stuttgart 21“, welches mit Abstand zum bundesweit bekanntesten und umstrittensten Bauvorhaben zählen dürfte. Die Besonderheit dieses Bahnprojektes besteht zum einen darin, dass die Protestaktionen erst zu einem Zeitpunkt bedeutsames Aufsehen erlangten, zu welchem die planungsrechtlichen Voraussetzungen

* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Ladenburger Neifeind Schmücker Homann in Pforzheim sowie Lehrbeauftragter an der FH Pforzheim.

² Zu Rechtsstreitigkeiten in Zusammenhang mit der Planung, der Errichtung, der Erweiterung, dem Umbau etc. von Flughäfen s. nur beispielhaft BVerwG, NVwZ 2006, 927; BVerwG, DÖV 2002, 305; BVerwG, NVwZ 2001, 566; OVG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2004, 20757; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1998, 221.

und die ihnen zugrunde liegenden Planfeststellungsverfahren für das Projekt – auf der Basis einer weit in der Vergangenheit reichenden Entstehungsgeschichte – längst vollständig abgeschlossen waren. Zum anderen hatte die Unnachgiebigkeit der Demonstrationen den Landtag von Baden-Württemberg dazu gezwungen, über die Fortführung des Vorhabens im Rahmen einer – verfassungsrechtlich äußerst bedenklichen³ – Volksabstimmung zu entscheiden, was zuvor noch nie auf diese Art in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland vorkam. Gegenstand der Volksabstimmung bildete das sog. „S21 - Kündigungsgesetz“⁴, mit welchem – bei einer positiv ausgefallenen Bürgerentscheidung – die Landesregierung verpflichtet werden sollte, keine weitere Finanzmittel für „Stuttgart 21“ zur Verfügung zu stellen. Hintergrund dieses Procedere ist, dass nicht das Land, sondern die Deutsche

Bahn (DB) AG bzw. ihre Tochtergesellschaften, die DB Netz AG, die DB Station & Service AG sowie die DB Energie GmbH als sog. Eisenbahninfrastrukturunternehmen (im Folgenden EIU), Bauherren des Projekts und somit diejenige Person sind, die im Außenverhältnis alle einzelnen Bauleistungen in Auftrag geben. An den hierdurch entstehenden Kosten wird sich das Land Baden-Württemberg – neben anderen Rechtsträgern – in Form von Zuschüssen auf der Basis des mit der DB AG und den EIU am 2. April 2009 geschlossenen Finanzierungsvertrags⁵ beteiligen. Bei einem zustimmenden Volksergebnis hätte sich somit das Problem des „Ausstiegs“ in zweifacher Hinsicht gestellt: Zunächst wäre es fraglich, ob und gegebenenfalls inwieweit es dem Land rechtlich überhaupt gestattet wäre, sich aufgrund der entsprechenden Volksabstimmung vom Finanzierungsvertrag lösen zu können. Beim Vorliegen einer derartigen Befugnis hätte sich anschließend die gleiche Frage für den EIU hinsichtlich der mit den einzelnen Bauunternehmen geschlossenen Verträge gestellt, weil der EIU durch Beendigung des Finanzierungsvertrages unter Umständen wesentliche Finanzmittel ent-

³ Die verfassungsrechtlichen Aspekte der Volksabstimmung bilden nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags. Zu den geäußerten Bedenken siehe etwa die gutachterlichen Ergebnisse von *Dolde* und *P. Kirchhof*, aufrufbar unter beck-online unter dem „becklink 1005708“. Mit dieser Frage hatte sich das BVerfG in seinem Beschluss vom 21.11.2011 – 2 BvR 2333/11 nicht zu befassen, da der dortige Eilantrag bereits aus anderen Gründen als unzulässig zu verwerfen war.

⁴ Vgl. Entwurf über das „Gesetz über die Ausübung von Kündigungsrechten bei den vertraglichen Vereinbarungen für das Bauprojekt Stuttgart 21“, abrufbar unter www.service-bw.de.

⁵ Siehe Landtag von Baden-Württemberg Drucks. 14/4382; ausweislich des § 2 des Finanzierungsvertrages bilden diverse Vereinbarungen mit dem Bund, dem Land und seinen Partnern dessen Grundlage.

zogen worden wären. Das Volk von Baden-Württemberg hat sich gegen den „Ausstieg“ und damit im Ergebnis für die Realisierung des Bahnprojekts entschieden. Die Politik hat aus diesem gesamten „Spektakel“ ihre Lehre gezogen und ist derzeit darum bemüht, die Bürger bei geplanten Bauprojekten der öffentlichen Hand in einem viel früheren Stadium am jeweiligen Planfeststellungsverfahren deutlich intensiver zu beteiligen. Hierzu hat am 11./12. Mai 2012 der 4. Baugerichtstag⁶ in Hamm konkrete Gesetzesvorschläge erarbeitet. Nicht näher eingegangen wird hingegen auf die soeben angesprochene – u. U. für andere Bauvorhaben von enormer Bedeutung werdenden – Fragen, wie sich eine auf Beendigung geschlossener Finanzierungsverträge gerichtete Volksabstimmung tatsächlich auf die einzelnen Rechtsverhältnisse ausgewirkt hätte, was im Folgenden zu beleuchten ist.

II. Die Rechtsverhältnisse zwischen den bei einem Bauvorhaben der öffentlichen Hand beteiligten Personen und die hieraus resultierenden Rechtsfolgen

⁶ Siehe die Thesen der Arbeitsgruppe VIII, abgedruckt in der Sonderbeilage zum Heft 3 der BauR 2012. Zu den Empfehlungen siehe www.heimann-partner.com/dbgt/mp-content/user_upload/dateien/4dbgtgesemp.pdf.

Um auf diese Thematik näher eingehen zu können, bedarf es zunächst der Klärung der Rechtsnatur der einzelnen Verhältnisse zwischen dem Land Baden-Württemberg und den EIU einerseits sowie zwischen den EIU und den verschiedenen Bauunternehmen andererseits. Grundsätzlich begründen alle auf eine Verpflichtung zu einem positiven Tun oder einem Unterlassen gerichteten Äußerungen eines Rechtssubjekts zivilrechtliche Willenserklärungen i. S. d. §§ 104 ff. BGB. Sind an derartigen Obligationen Rechtsträger der öffentlichen Hand beteiligt, können sich allerdings Abgrenzungsschwierigkeiten in Bezug auf die Frage stellen, ob ein aus beidseitigen konsensualen Erklärungen folgender Vertrag ein solcher rein zivilrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur gemäß §§ 54 ff. (L)VwVfG darstellt. Diese Differenzierung orientiert sich dabei nach den von der Rechtsprechung und Literatur zur Abgrenzung der Rechtswegzuständigkeit gemäß §§ 1 I VwVfG; 40 I VwGO; 13 GVG entwickelten Kriterien⁷. Maßgeblich für die Unterscheidung ist letztendlich der Gegenstand des Vertrages und der Umstand, ob der zugrunde liegende Sach-

⁷ Siehe etwa *Bonk*, VwVfG, 7. Aufl., § 54, Rdnrn. 74 ff.; *Schimpf*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit, 1982, S. 69 ff.; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., § 54, Rdnrn. 18 f.; *Grziwotz*, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, 2002, Rdnr. 211.

verhalt im öffentlichen Recht oder im Privatrecht geregelt ist⁸. Die Unterhaltung, das Betreiben sowie der Neu- und Ausbau von Eisenbahnen des Bundes sind verfassungsrechtlich in Art. 87e III und IV GG verankert, deren Einzelheit durch ein Bundesgesetz zu regeln sind⁹. Die Deutsche Bahn Netz AG ist eine 100% -ige Tochtergesellschaft der Deutschen Bahn AG, welche ihrerseits durch den Bund als alleiniger Eigentümer beherrscht wird¹⁰, sodass der Anwendungsbereich des Art. 87e III und IV GG eröffnet ist¹¹. Die hier interessierenden Finanzierungsverträge, welche zudem sich nach der Landesverfassung und dem Landeshaushaltsrecht bemessende

Zuwendungen beinhalten, sind folglich als öffentlich-rechtliche Verträge zu qualifizieren, weil sie einen Sachverhalt zum Gegenstand haben, der ausschließlich vom öffentlichen Recht beherrscht wird. In der Sache selbst entfaltet diese Differenzierung jedoch keine erheblich ins Gewicht fallenden Auswirkungen, zumal der wesentliche Unterschied dieser Vertragswesen lediglich in der nur eingeschränkten Dispositionsbefugnis der Beteiligten beim öffentlichen Vertrag hinsichtlich des Regelungsgegenstandes liegt. Bezüglich der Grundvoraussetzungen für das Zustandekommen¹² des Vertrages, der Bindungswirkung der beiderseits abgegebenen Vertragsversprechen sowie der Auslegung des Inhalts des Vertrages und der Rechtsfolgen bei Vorliegen etwaiger Leistungsstörungen sind im Ergebnis jedoch keine Unterschiede zu verzeichnen¹³. § 62 VwVfG ordnet für den öffentlich-rechtlichen Vertrag beim Feh-

⁸ *BVerwGE*, 138 (140); 25, 299 (301); *BVerwG*, DVBl. 2003, 1550 (1550); *BGHZ* 32, 214 (216); *BGH*, NJW 1971, 1842 (1843); *BGH*, NJW 1986, 2359 f.; *Lange*, JuS 1982, 500 (501 f.); *Busche*, Münchener-Kommentar, BGB, 6. Aufl., Rdnr. 54; Beim öffentlich-rechtlichen Vertrag wird zudem zwischen dem subordinations- und dem koordinationsrechtlichen Rechtsgeschäft unterschieden.

⁹ Zu den Einzelheiten siehe *Möstl*, Maunz/Dürig, GG, 63. Erg.lieferung (2011), Art. 87e, Rdnr. 171.

¹⁰ *Seidl/Mertens*, EU-Wirtschaftsrecht, 29. Erg.lieferung (2011), H.IV.7.e.aa. Rdnr. 107.

¹¹ *Hans Meyer*, DVBl. 2011, 449 ff., welcher der Auffassung ist, dass die hier diskutierten Finanzierungsverträge wegen Verstoßes gegen Art. 104a I GG, welcher verbiete, dass der Bund Landesaufgaben und die Länder Bundesaufgaben finanzieren, nichtig seien. Siehe hierzu auch den Bericht in der Süddeutschen Zeitung vom 10.08.2011, abrufbar unter www.sueddeutsche.de/politik/verfassungsrechtler-meyer-finanzierungsvertraege-zu-stuttgart-sind-unwirksam-1.1130053.

¹² Ein Unterschied besteht in dem grundsätzlichen Schriftformerfordernis aller öffentlich-rechtlichen Verträge gemäß § 55 VwVfG.

¹³ Hierzu siehe etwa *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14, Rdnrn. 18 ff.; *Bonk*, VwVfG, 7. Aufl., § 54, Rdnrn. 28 f., 35 f.; *Krause*, VerwArch 1970, 297 ff.; *OVG Koblenz*, DVBl. 1984, 281; *Kämmerer*, BeckOK VwVfG, Stand 01.01.2012, § 54, Rdnrn. 4 f.; *Haentjens/Terwiesche (Hrsg.)*, Verwaltungsrecht, 2009, Kap. 35, Rdnrn. 1 ff.; *Popescu*, Kein positives Interesse bei anfänglicher Unmöglichkeit und anfänglich unbehebbarer Mängel, 2012, S. 64; *Busche*, Münchener-Kommentar, BGB, 6. Aufl., Vor § 145, Rdnrn. 1 ff.; *BVerwGE* 84, 257 (264); *BGHZ* 84, 257; 90, 310; *BGH*, NVwZ-RR 2003, 874.

len von Spezialregelungen im VwVfG die entsprechende Anwendbarkeit der Bestimmung des BGBs an. Im Gegensatz zu den Finanzierungsverträgen bilden die Bauaufträge – ungeachtet der Rechtsform des jeweiligen Auftraggebers – zivilrechtliche Werkverträge gemäß §§ 631 ff. BGB, weil sie ausschließlich die Leistungsbeschaffung betreffen und damit zu den klassischen Fällen der vom Privatrecht geregelten Austauschverträgen zählen¹⁴. Eine Besonderheit besteht jedoch darin, dass die Deutsche Bahn Netz AG nach der Rechtsprechung der Vergabekammer (VK) Bund als „öffentlicher Auftraggeber“¹⁵ i. S. d. § 98 Nr. 2 GWB eingestuft wird, mit der Folge, dass sie bei der Auswahl der zu beauftragenden Werkunternehmer nicht frei entscheiden kann, sondern vielmehr (öffentlich-rechtlich) verpflichtet ist, das geplante Vorhaben in einem transparenten, wettbewerbsfördernden und gleichbehandelnden Verfahren nach den strengen Vorgaben des

Vergaberechts öffentlich auszuschreiben¹⁶. Infolge dieser öffentlichen Ausschreibungspflicht findet gemäß § 8 III VOB/A¹⁷ das Regelungswerk der VOB/B¹⁸ unabdingbare Geltung, deren Bestimmungen die Auftragsabwicklung regeln und hierbei teilweise lediglich eine ergänzende und teilweise eine vorrangige Funktion mit abschließender Wirkung gegenüber den werkvertraglichen Vorschriften der §§ 631 ff. BGB erfüllen. Das Normgebilde der VOB/B weist nach mittlerweile einhelliger Meinung¹⁹ den Rechtscharakter Allgemeiner Geschäftsbedingungen i. S. d. §§ 305 ff. BGB auf und unterliegt bei deren Vereinbarung „als Ganzes“ i. R. v. Rechtsgeschäften, an denen kein Verbraucher beteiligt ist²⁰, aufgrund von § 310 I 3 BGB keiner isolierten AGB-Kontrolle gemäß § 307 BGB.

¹⁴ Ständige Rspr. vgl. BGHZ 97, 312 (316); = BGH, NJW 1986, 2359; BVerwGE 5, 325 (326 f.). = BVerwG, NJW 1958, 394; BVerwGE 7, 89 (90 f.) = BVerwG, NJW 1959, 115; BVerwGE 14, 65 (71) = BVerwG, NJW 1962, 1535; BVerwGE 35, 103 (104); BGH, NJW 1967, 1911; BVerwG, NZBau 2007, 389; Ruthig, NZBau 2006, 139 f., 214; a. A. nur Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 149 ff.

¹⁵ Beschluss vom 21.1.2004 – VK 2 126/03; Einzelheiten sind umstr. vgl. Haug/Immoor, VergabeR 2004, 308 ff.; Seidl/Mertens, EU-Wirtschaftsrecht, 29. Erg.lieferung (2011), H.IV.7.e.aa. Rdnr. 107.

¹⁶ Zur Systematik und Struktur des Vergaberechts siehe etwa Fehling, Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 1. Aufl., § 97, Rdnrn. 97 ff.; Knauff, NZBau 2010, 657 ff.

¹⁷ Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen des DVA (s. Fn. 8) Teil A zuletzt geändert am 24.10.2011.

¹⁸ Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen des DVA (s. Fn. 8), Teil B zuletzt geändert am 31.07.2009.

¹⁹ vgl. etwa Vygen, Ingenstau/Korbion, VOB, 17. Aufl., Einl., Rdnrn. 12 ff.

²⁰ Bis zum 31.12.2008 war die VOB/B auch Verbrauchern gegenüber partiell gesetzlich in §§ 308 Nr. 5, 309 Nr.8b BGB a. F. und im Übrigen durch die Rechtsprechung privilegiert. Diese richterrechtliche Privilegierung hat der BGH für vor dem 01.01.2009 geschlossene Verträge mit Urteil vom 24.07.2008 - VII ZR 55/07 aufgegeben.

III. Auf Beendigung der Baufinanzierung gerichteter Bürgerentscheid als Vertragsaufhebungsgrund?

Die hier untersuchten Vertragsaufhebungsmöglichkeiten und die ihnen zugrundeliegenden Sachverhaltskonstellationen werden von keiner gesetzlichen Grundlage explizit behandelt. Auch hinsichtlich der Bauverträge sind im Kernbereich des BGB-Werkvertragsrechts für den Besteller²¹ lediglich das sog. „freie“ Kündigungsrecht gemäß § 649 BGB, sowie über den Verweis in § 634 Nr. 2 BGB die Rücktrittsmöglichkeit aufgrund eines Mangels entsprechend der Rechtsfolge nach § 346 I BGB vorhanden, welche in der Baupraxis jedoch so gut wie gar keine Rolle spielt. Die Kündigung aus § 649 BGB ist im Hinblick auf ihre Vergütungsfolge - nach der Vermutungsregelung des § 649 S. 3 BGB mindestens 5 % der Auftragssumme hinsichtlich des nicht mehr ausgeführten Teils der Leis-

tungen²² - nachteilhaft. Die für das mit Wirkung zum 01.01.2002 reformierte Schuldrecht kontrovers diskutierte Kündigungsmöglichkeit aus „wichtigem Grund“²³ erlangt für die hier untersuchte Problematik keine Bedeutung, da diese Frage einen im Verantwortungsbereich des Werkunternehmers liegenden Umstandes betrifft, die fehlende Finanzierung aber der Sphäre des Bestellers entspringt. Im Rahmen der VOB/B sind die Kündigungsrechte des Auftraggebers in § 8 VOB/B enthalten, die systematisch in die „freie“ Kündigung - entsprechend der Regelung des § 649 BGB - und in diejenige aus „wichtigem Grund“ aufgliedert sind. § 8 II Nr. 1 VOB/B enthält das - insolvenzrechtlich nicht unbedenkliche²⁴ - Kündigungsrecht wegen „Vermögensverfall“ des Auftragnehmers. Ein vermögensneutraler Auflösungsstatbestand ist mit-

²¹ Kündigungsmöglichkeiten des Werkunternehmers enthält zum einen § 643 BGB bei nicht erfüllten Mitwirkungshandlungen des Bestellers, auf dessen Regelung die für das Baurecht höchst problematische Vorschrift des § 651 BGB verweist (siehe hierzu etwa *Popescu*, *BauR* 2010, 1485 ff.), sowie zum anderen § 648a V BGB für die nicht rechtzeitig ausgehändigte Bauhandwerkersicherung.

²² Mit Urteil vom 28. 07. 2011 - VII ZR 45/11, hat der BGH klargestellt, dass sich diese Vermutungsregelung nicht auf den gesamten Vertrag, sondern ausschließlich auf den nicht mehr ausgeführten Teil der Leistung beziehe, sodass der Werkunternehmer, der sich hierauf beruft, gehalten ist, die erbrachten Leistungen von denen, die nicht mehr erbracht sind, abzugrenzen. Kritisch hierzu *Peters*, *NZBau* 2012, 149 ff.

²³ Zum vor dem 01.01.2002 geltenden Recht war die Kündigung aus „wichtigem Grund“ kraft Richterrecht anerkannt, siehe etwa *BGH*, *NJW-RR* 1996, 1108. Zum Meinungsstand bzgl. des neuen Schuldrechts vgl. *Kooble*, *Kniffka/Koebeler*, *Kompendium des Baurechts*, 3. Aufl., Teil C, Rdnrn. 85 ff. m. w. N.

²⁴ Zur Problematik im Zusammenhang mit §§ 103, 119, 133 I InsO *Schmitz*, *Ingenstau/Korbion*, *VOB*, 17. Aufl., § 8 II VOB/B, Rdnrn. 8 ff.

hin für beide hier diskutierte Konstellationen weder gesetzlich noch in der VOB/B vorhanden.

1. Die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 60 VwVfG und § 313 BGB

Angesichts dessen kommen somit lediglich die Grundsätze über den Wegfall bzw. der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 60 VwVfG und § 313 BGB in Betracht.

a.) Anwendungsbereich beim VOB/B-Werkvertrag

Fraglich ist jedoch, ob § 313 BGB beim VOB/B-Werkvertrag überhaupt anwendbar ist, zumal die Regelungen der VOB/B, die von der Rechtsprechung in ihrer Gesamtheit außerhalb von Verbrauchergeschäften als „ausgewogenes Regelungswerk“ angesehen werden²⁵, eine abschließende Wirkung gegenüber den Bestimmungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts des BGBs entfalten könnten. Von der Literatur und der Rechtsprechung wird ein Rückgriff auf § 313 BGB für gewisse Regelungstatbestände der VOB/B ausgeschlossen, wie z. B. für das Sachmängelstörungs-

recht²⁶ und insbesondere für das Preisanpassungsrecht nach § 2 II und III VOB/B bei Abweichungen von den bei Vertragsschluss zugrunde gelegten Leistungsmengen im Rahmen eines Einheitspreisvertrages²⁷. Allerdings hat der BGH speziell zum letzteren Tatbestand die parallele Anwendbarkeit des § 313 BGB zugelassen, wenn „eine bestimmte Menge zur Geschäftsgrundlage des Vertrages erhoben worden“ sei „und wegen der Überschreitung dieser Menge ein Wegfall der Geschäftsgrundlage“ vorliege²⁸. § 313 BGB wird somit bei der Einbeziehung der VOB/B in das Vertragsverhältnis nicht per se ausgeschlossen. Eine allgemeingültige Regel, wann § 313 BGB durch einzelne Bestimmungen der VOB/B verdrängt wird und wann nicht, hat sich nicht herauskristallisiert. Vielmehr ist dies nach allgemeinen Prinzipien unter Beachtung der Ratio der jeweiligen Einzelnorm zu beurteilen. Immer dann, wenn der Sinn und Zweck einer Vorschrift ersichtlich und nachvollziehbar, d. h. in gerechtfertigter Weise, eine abschließende Wirkung

²⁵ BGH, Urteil vom 16.12.1982 – VII ZR 92/82 = BGH, NJW 1983, 816; Urteil vom 28.11.2002 – VII ZR 4/00 = BGH, NZBau 2003, 150; BGH, Urteil vom 24.07.2008 – VII ZR 55/07 m. Anm. Popescu, JR 2009, 230.

²⁶ Einen Überblick zum jeweiligen Vorrangverhältnis bei den einzelnen Regelungstatbeständen verschafft beispielhaft Motzke, Ganten/Jagenburg/Motzke, VOB/B, 2. Aufl., Vor § 8, Rdnr. 74; Zum Verhältnis zwischen § 313 BGB und §§ 314, 323 BGB vgl. Feldhahn, NJW 2005, 3381.

²⁷ BGH, Urteil vom 20.03.1969 – VII ZR 29/67; BGH, Urteil vom 18.12.2008 – VII ZR 201/06.

²⁸ BGH, Urteil vom 23.03.2011 – VII ZR 216/08.

entfaltet, ist ein Rückgriff auf andere Regelungen ausgeschlossen.

Der Kündigungstatbestand des § 8 VOB/B, der schon für sich, d. h. hinsichtlich einzelner „wichtiger Gründe“ nach allgemeiner Auffassung²⁹ nicht abschließend ist, kann erst Recht bezüglich anderer Vertragsauflösungstatbestände keine Sperrwirkung entfalten, zumal § 313 BGB und § 8 VOB/B unterschiedliche Schutzaspekte beinhalten. Die Anwendbarkeit des § 313 BGB als solche ist daher allein aufgrund der Geltung der VOB/B nicht zu verneinen.

b.) Regelungsgehalt und Entstehungsgeschichte des Instituts „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ – Gleichstellung zwischen § 313 BGB und § 60 VwVfG

Das Rechtsinstitut des „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“, zu dem zahlreiche Theorien existieren, wurde im Bereich des Zivilrechts durch die Rechtsprechung auf der Basis des Werkes von *Oertmann*³⁰ aus dem Jahr 1923 entwickelt³¹ und wird vielfach als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verstanden³². Seine ursprüngliche Entstehungsgeschichte

betreffen Sachverhalte der Leistungerschwernisse, die außerhalb der Einflussbereiche der Vertragsparteien liegen und die eine Bindung des Schuldners an sein ursprüngliches Leistungsversprechen zu unveränderten Konditionen als verwerflich erscheinen lassen. Zu den klassischen Fällen zählen hauptsächlich Wirtschafts-, Sozial- und Umweltkatastrophen, wie z. B. die drastische Geldentwertung infolge einer Inflation oder die nicht vorhersehbare Entstehung eines Krieges, welche jeweils die Leistungsbeschaffung nur unter erheblich erschwerten Bedingungen ermöglichen. Für all diese Konstellationen gab es im BGB in der Fassung von 1900 keine ausdrückliche Regelung. Im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung wollte der Gesetzgeber diese bis dahin kraft Richterrecht anerkannten Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage gesetzlich nicht mehr ungeregelt lassen, sondern unmittelbar in das BGB integrieren³³. Dem kodifizierten Modell der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB liegt die Zielvorstellung des Gesetzgebers zugrunde, dem Schuldner im Rahmen einer Leistungsstörung nicht allein wegen des Grundsatzes *pacta sunt servanda* ein „unzumutbares“ Festhalten am Vertragsversprechen anzulasten³⁴. Die-

²⁹ *Althaus/Heindl*, Der öffentliche Bauauftrag, (2010), Teil 6, C.I.5., Rdnr. 68 m. w. N.

³⁰ *Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage, 1923.

³¹ Vgl. *RGZ* 103, 328 (332); *BGHZ* 25, 390 (392).

³² So ausdrücklich *BT-Drcks.* 14/6040, S. 174.

³³ *BT-Drcks.* 14/6040, S. 175.

³⁴ *BT-Drcks.* 14/6040, S. 174 ff.

se Konfliktsituation wurde dahingehend gelöst, dass nur eine „schwerwiegende Änderung“ bezogen auf die Leistungerschwerinis überhaupt Berücksichtigung finden soll und dass dem Schuldner in solchen Fällen lediglich ein Anspruch auf Vertragsanpassung eingeräumt wird. Nur wenn eine Anpassung unmöglich oder für einen der Vertragsteile unzumutbar ist, kann Rückabwicklung oder Auflösung des Vertrages beansprucht werden. Dieses legislatorische Konzept, das teilweise als „krönender Abschluss“³⁵ der Weiterentwicklung des Grundsatzes „*clausula rebus sic santibus*“³⁶ angesehen wird, ist auf Kritik geraten, allen voran auf die von *Picker*³⁷, der als Hauptargument gegen § 313 BGB aufführt, dass diese Regelung dem Richter die Bestimmung der Leistungspflichten übertrage und damit die vertragliche Privatautonomie aushöhle. Im Bereich öffentlich-rechtlicher Verträge wurden vergleichbare Leistungsstörungen durch einen uneingeschränkten Rückgriff auf die zivilrechtlichen Rechtsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gelöst. Mit Inkrafttreten des VwVfG am 01.01.1977 wurde auch § 60 VwVfG eingeführt,

³⁵ *Roth*, Münchener-Kommentar, BGB, 5. Aufl., § 313, Rdnr. 42.

³⁶ Hierzu siehe *Krückmann*, Clausula rebus sic santibus, Kriekgsklausel, Streikklausel, AcP 116 (1918), S. 157 ff.

³⁷ *Picker*, JZ 2003, 1035 ff.; *Picker*, FS Konzen (2006), 687 ff.; kritisch *Canaris*, JZ 2004, 214 ff.

dessen Wortlaut bis heute unverändert geblieben ist. Diese Vorschrift, insbesondere deren Satz 1 des ersten Absatzes, hatte lediglich die seinerzeitigen Voraussetzungen des bürgerlich-rechtlichen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gesetzlich fixiert und entspricht im Kern der jetzigen Norm des § 313 I BGB, sodass zwischen diesen beiden Regelungen in der Sache keinerlei Unterschiede bestehen³⁸.

Die in § 60 VwVfG nicht enthaltene Regelung des beidseitigen anfänglichen Irrtums gemäß § 313 II BGB gilt über § 62 VwVfG gleichermaßen auch für den öffentlich-rechtlichen Vertrag, sodass insgesamt eine Gleichstellung vorliegt. Die einzige relevante Besonderheit ist in § 60 I 2 VwVfG zu sehen, der einen übergeordneten Vertragsaufhebungsgrund im Sinne eines „Notrechts“ zum Schutze des Allgemeinwohls enthält und sich als ein von außen kommender und hoheitlicher Eingriff darstellt³⁹. Dessen Tatbestand setzt eine

³⁸ *Littbarski*, Der Wegfall der Geschäftsgrundlage im öffentlichen Recht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 60 Abs. 1 VwVfG, 1982, Europ. Hochschulschriften. Reihe 2, Band 304; *Nierwetterberg*, NVwZ 1989, 535 (539); *D. Lorenz*, DVBl. 1997, 865 f.; *Schwerdtner*, VBl.BW 1998, 9 f.; *Fehling*, Fehling/Kastner, Verwaltungsrecht, 2. Aufl. (2010), VwVfG, § 60, Rdnrn. 6 f.; *Bonk*, VwVfG, 7. Aufl., § 60, Rdnrn. 8 f.

³⁹ Vgl. *Fiedler*, VerwArch 67 (1976), 147; *H. Meyer*, NJW 1977, 1711; *Kawalla*, Der subordinationsrechtliche Vertrag und seine Abwicklung, 1984, S. 143; *Krebs*, VVDStRL 52 (1993), 272; *D. Lorenz*, DVBl. 1997, 865 (866).

hohe Hürde voraus und kann grundsätzlich nur dann in Betracht kommen, wenn die öffentliche Hand infolge der eingegangenen Vertragsverpflichtung außerstande ist, ihre Staatsaufgabe ordnungsgemäß zu erfüllen. Hohe Belastungen des Staatshaushalts können für § 60 I 2 VwVfG hingegen nicht ohne Weiteres ausreichen, sondern setzen vielmehr ein schwerwiegendes, die Allgemeininteressen gefährdendes Finanzdefizit voraus⁴⁰. Derartige besondere Umstände sind für die hier besprochenen Konstellationen ersichtlich nicht gegeben, zumal die Kostenberechnungen des streitgegenständlichen Projekts, die ein langwierig und umfangreich betriebenes Planfeststellungsverfahren durchlaufen haben, weder den Staatsapparat noch die Bevölkerung in eine Notlage bringen.

c.) Die Voraussetzungen der „Störung der Geschäftsgrundlage“ im Einzelnen als Ergebnis einer nicht greifbaren Billigkeitsrechtsprechung

Die aus §§ 313 BGB; § 60 I 1 VwVfG sich ergebenden Vertragsanpassungsmechanismen erweisen sich schon aufgrund ihrer Struktur, die aus vielen von normativen Einzelkriterien geprägten Voraussetzungen bestehen, und insbe-

sondere wegen des nicht ohne Weiteres festzulegenden Merkmals der „Geschäftsgrundlage“ als äußerst schwierig in der Handhabung. Zum alten Schuldrecht wurde hinsichtlich der Definition der Geschäftsgrundlage auf *Oertmanns* subjektive Formel zurückgegriffen. Danach bilde die Geschäftsgrundlage die „durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt gewordenen, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen der Vertragsparteien oder die dem anderen Teil erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen Partei von dem Vorhandsein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, auf denen sich der Geschäftswille der Parteien“⁴¹ aufbaue. Differenziert wurde dabei zwischen der objektiven und subjektiven sowie der kleinen und großen Geschäftsgrundlage. Zum jetzigen § 313 BGB werden in den Gesetzesmaterialien insgesamt - allgemeiner gefasst, ohne dabei jedoch inhaltlich an der bis dahin gültigen Rechtsprechung etwas zu ändern - drei Fallgruppen aufgezählt: Äquivalenzstörungen, Leistungerschwernisse und Zweckstörungen⁴². Während Absatz 1 des § 313 BGB den „Wegfall“ der Geschäftsgrundlage beinhaltet, regelt dessen Absatz 2 das (ursprüngliche) Fehlen der „rein sub-

⁴⁰ Instruktiv *OVG Berlin*, NVwZ-RR 1997, 712 (713 f.).

⁴¹ *BGHZ* 89, 226 (231).

⁴² BT-Drcks. 14/6040, S. 174.

jektiven“ Geschäftsgrundlage, d. h. den gemeinschaftlichen Motivirrtum oder die Fehlvorstellung einer Partei, welche die andere Partei ohne eigene Vorstellung „hingegenommen“ habe⁴³. In § 313 I BGB sind vier Voraussetzungen aufgeführt, die kumulativ vorliegen müssen⁴⁴. Zu den Hauptkriterien gehört, dass die Umstände, die sich nach Vertragsschluss wesentlich verändert haben, nicht zum Inhalt des Vertrages zählen dürfen⁴⁵ und dass die Änderung weder nach der vertraglichen noch nach der gesetzlichen „Risikoverteilung“ dem Verantwortungsbereich einer der Parteien zuzuweisen ist. Schließlich ist erforderlich, dass das Festhalten am unveränderten Vertrag für den einen Teil „unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls“, insbesondere der soeben erwähnten Risikoverteilung, sich als „unzumutbar“ darstellt. Trotz dieser Systematik und den hiermit verbundenen Begründungsversuchen enthält § 313 BGB keine aussagekräftige Kontur, die eindeutig und ohne jegliche Zweifel erkennen lässt, was letztendlich zur Geschäftsgrundlage gehören soll und was nicht. Nicht zuletzt die kaum

noch zu überblickende und zum Rechtsinstitut des „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“ ergangene Einzelfallkasuistik⁴⁶, die höchstproblematischen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen § 313 BGB und § 275 II BGB⁴⁷ und die vielfach bemühten Prozentgrenzen für vergütungsmäßige Anpassungen bei Äquivalenzstörungen, belegen geradezu plastisch, dass das Model der „Störung der Geschäftsgrundlage“ sich insgesamt als wenig praktikabel erweist. Bei genauer Betrachtung kann nahezu alles, was nicht zum Inhalt des Vertrages zählt, zur Geschäftsgrundlage deklariert werden, sodass der Anwendungsbereich des § 313 BGB letztendlich ins uferlose greift. Die Folge hiervon - und das wesentliche Ergebnis des § 313 BGB - ist, dass die eigentliche Frage der Vertragsanpassung bei Bestandsänderungen oder Fehlvorstellungen letztlich nur über die Kriterien der „Wesentlichkeit der Änderung“, der „Risikoverteilung“ und der „Unzumutbarkeit“ in Be-

⁴³ BT-Drcks. 14/6040, S. 174; bzgl. des § 313 II BGB wird auch der „Wegfall“ der rein subjektiven Geschäftsgrundlage“ erwähnt, was inhaltliche jedoch keine Bedeutung haben dürfte.

⁴⁴ BT-Drcks. 14/6040, S. 175

⁴⁵ „Was nach dem Vertragstext Vertragsinhalt ist, kann nicht Geschäftsgrundlage sein“, *BGH*, ZIP 1991, 1600.

⁴⁶ Siehe Einzelfälle etwa bei *Grüneberg*, Palandt BGB, 71. Aufl., § 313, Rdnrn. 50 ff.; *Finkenauer*, Münchener-Kommentar, BGB, 6. Aufl., § 313, Rdnrn. 183 ff.

⁴⁷ Hierzu siehe BT-Drcks. 14/6040, S. 130 (176) sowie zum Meinungsstreit, wie eine Abgrenzung zu erfolgen habe *Schulze/Ebers*, JuS 2004, 265 ff. m. w. N. siehe auch die Auffassung von *Picker*, JZ 2003, S. 1035 ff. welcher zutreffend ausführt, dass es zwischen § 275 II und 313 BGB keine Unterschiede gibt, weil beide Normen im Ergebnis die Aufbürdung eines Mehrleistungsaufwandes zulasten des Schuldners vorsehen, den dieser vertraglich nicht versprochen hat.

zug auf das Festhalten am unveränderten Vertrag entschieden wird. Das alles sind aber Merkmale mit jeweils normativem Charakter, die der Rechtsprechung einen mit Billigkeitserwägungen füllbaren und letztendlich nicht greifbaren Spielraum einräumen. Mit guten Argumenten lässt sich nahezu jeder sachliche oder persönliche Umstand zur Geschäftsgrundlage mit der Folge einer Änderung der ursprünglich festgelegten vertraglichen Konditionen begründen. Speziell zur erörterten Thematik betreffend die Abwicklung der Bauverträge, hatte der BGH im Jahr 1983⁴⁸ unter Verweis auf ältere Entscheidungen⁴⁹ und Literaturlauffassungen zur nicht realisierbaren Finanzierung eines Fertighausvertrages entschieden, dass die „Möglichkeit bzw. Sicherstellung der Finanzierung *regelmäßig* nicht als Geschäftsgrundlage anzusehen“ sei, da „sie unmittelbar in die Sphäre des Kunden“ falle. Dieses Judikat entspricht im Ergebnis auch heutiger allgemeiner Auffassung, die bei finanziellen Schwierigkeiten annimmt, dass eine Verschlechterung in den wirtschaftlichen Verhältnissen einer Partei grundsätzlich „deren Angelegenheit“ sei, sodass eine gegebenenfalls vorzunehmende Vertragsanpassung nur

in Fällen „wirtschaftlicher Notlagen“ oder einer „Existenzgefährdung“ überhaupt erwogen werden könne⁵⁰. Die Eigenschaft der für die Vertragsabwicklung erforderlichen Finanzmittel als „Geschäftsgrundlage“ wird nach dieser Ansicht somit erst über das Korrelat der Risikozuweisung verneint. Mag das aus dieser Meinung zur fehlenden Finanzierung folgende Postulat im Ergebnis richtig erscheinen, so kann diese Thematik dennoch nicht über das Modell der „Störung der Geschäftsgrundlage“ gelöst werden, weil das Konstrukt der §§ 313 BGB; 60 VwVfG schon dem Grunde nach, wie angedeutet, zu keinen sachgerechten Ergebnissen führen kann.

3. Lösung nach dem – gegebenenfalls durch eine (ergänzende) Auslegung zu ermittelnden - Vertragsinhalt

Die soeben skizzenhaft erörterten Schwierigkeiten im Zusammenhang mit den Regelungen der §§ 313 BGB; 60 VwVfG sind nicht nur im Bereich der begrifflichen Festlegung einzelner Tatbestandsmerkmalen angesiedelt, sondern wurzeln vielmehr tief im Fundament und Regelungssystem der „Geschäftsgrundlage“ als Lösungsfaktor einzelner vertraglicher Leistungsstö-

⁴⁸ BGH, Urteil vom 10.03.1983 – VII ZR 302/82 = BGH, NJW 1983, 1489 (1490).

⁴⁹ OLG Oldenburg, NJW 1975, 1788 (1789); BGH, WM 1979, 204 (205).

⁵⁰ Roth, Münchener-Kommentar, BGB, 5. Aufl., § 313, Rdnrn. 206 f. m. w. N.

rungen. Sie belegen – wie nachfolgend zu zeigen ist –, dass nahezu alle von §§ 313 BGB; 60 VwVfG erfassten Fälle⁵¹ grundsätzlich nicht über das Kriterium der Geschäftsgrundlage, sondern über den Inhalt des rechtsgeschäftlich Vereinbarten zu lösen sind.

a.) Der Vertragsinhalt und die daraus resultierenden Leistungsgrenzen als Regelungsfaktor einzelner Leistungsstörungen

Dies wird allen voran anhand der Fälle zur Frage einer möglichen Vergütungsanpassung deutlich, in denen der Werkunternehmer zur Erreichung des vertraglich vereinbarten Werkerfolgs zusätzlich erforderliche Leistungsanstrengungen zu erbringen hat, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses aber nicht bedacht waren. Exemplarisch hierzu kann das aktuelle Urteil des BGH vom 30.06.2011⁵² angeführt werden, bei dem der öffentliche Auftraggeber den Abbruch einer Klinik funktional zu einem Pauschalpreis ausschrieb, gleichzeitig aber in der Leistungsbeschreibung eine Estrichstärke von zirka 3 cm angab. Tatsächlich betrug die Estrichstärke bis zu 7 cm, weswegen der Auftragnehmer eine zusätzliche Vergütung für einen von ihm behaupteten

erheblichen Mehraufwand verlangte. Der BGH hatte in einem ersten Schritt betont, dass Detailangaben (hier die Estrichstärke) bei einer im Übrigen allgemein bezeichneten Leistung (hier der Abriss der *gesamten* Klinik) nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen der §§ 133, 157 BGB entweder überhaupt keine Bedeutung zukomme, sie aber zum Vertragsinhalt oder zur Geschäftsgrundlage gehören können. In einem zweiten Schritt nahm der BGH das Auslegungsergebnis der Vorinstanz zwar hin, wonach es sich bei der Estrichstärke lediglich um eine „Schätzung“ handeln solle, gab dem Berufungsgericht jedoch auf, zu überprüfen, inwieweit die Estrichstärke nicht dennoch zur Geschäftsgrundlage erhoben worden sei. Zur Begründung differenzierte der BGH zwischen der geschuldeten Leistung und dem hierfür notwendigen Aufwand und meinte, dass letzterer zur Geschäftsgrundlage gehören könne. Anhand dieser Methodik wird ersichtlich, dass das System der Geschäftsgrundlage lediglich ein zusätzliches Instrumentarium begründet, mit welchem dem einzelnen Kontrahenten ermöglicht wird, trotz einvernehmlich fixierter Opfergrenzen eine zusätzliche Vermögensposition beanspruchen zu können. Richtig an dieser Entscheidung des BGH ist allein dessen primäre Aussage, wonach die Frage, inwieweit eine

⁵¹ Zu den Ausnahmekonstellationen s. u.

⁵² BGH, Urteil vom 30.06.2011 - VII ZR 13/10 = BGH, BeckRS 2011, 20365.

Leistungsbeschreibung von Relevanz sein kann, nur nach den allgemeinen Grundsätzen über die Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu beantworten ist. Diese Vorschriften betreffen aber ausschließlich die Ermittlung der von den Parteien jeweils geschuldeten Leistungen und des jeweils hiermit verbundenen und von ihnen zu betreibenden Aufwands. Sie gehören daher lediglich zur Klärung des eigentlichen Vertragsinhalts und haben mit einer – wie auch immer gearteten – Geschäftsgrundlage nichts zu tun. Gelangt man – wie der BGH in der oben erwähnten Entscheidung – zu dem Ergebnis, dass eine Detailangabe in einem Leistungsverzeichnis unter vertragsrechtlichen Gesichtspunkten lediglich eine „Schätzung“ darstellt – mithin letztlich preislich keine Bedeutung erlangt –, darf die rechtsgeschäftlich festgelegte Vertragsäquivalenz und die daraus entspringende Vergütung nicht über die „Hintertür“ der Geschäftsgrundlage wieder zunichte gemacht werden. Angesichts dessen wird insgesamt ersichtlich, dass alle Fallkonstellationen einer Leistungsstörung bzw. –erschwerens grundsätzlich – sofern eine Lösung nicht bereits aus anderen vorrangigen und sachlich fundierten Prinzipien folgt, wie z. B. aufgrund von § 275 I BGB bei objektiver Unmöglichkeit – immer nur anhand des – gegebenenfalls durch eine, wenn auch

ergänzende, Auslegung – zu ermittelnden Vertragsinhalts zu lösen ist. Jedem autonom abgegebenen Leistungsversprechen haftet unmittelbar die Grenzen des vom Erklärenden zu betreibenden Aufwands an. Ob der Besteller trotz von der Baurechtsbehörde versagter Baugenehmigung am Werkvertrag⁵³, der Mieter bei ausgefallener Veranstaltung an der Hotelzimmerreservierung⁵⁴ oder der Käufer bei fehlender Verwendung der Kaufsache infolge eines Umsatzrückgangs am Kaufvertrag⁵⁵ gebunden bleiben, ist keine Frage der Geschäftsgrundlage, sondern die des Inhalts des einvernehmlich Vereinbarten. Aus dem Umkehrschluss des § 119 I BGB folgt zwar, dass einseitige Motive einer Partei, die auch der anderen Partei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zugänglich und relevant sind, Einfluss auf das Äquivalenzverhältnis haben können⁵⁶, sodass dem Regelungsgehalt des § 313 II BGB dem Grunde nach durchaus ein zutreffendes Postulat zugrunde liegt. Allerdings betrifft auch dieser Aspekt nur die Reichweite der Vertragserklärung, sodass auch er in den Bereich des Rechtsgeschäftsbestandes zu verorten ist. Der Begriff bzw. der Anwen-

⁵³ BGH, JZ 1966, 409.

⁵⁴ BGH, NJW 1977, 386.

⁵⁵ BGHZ 17, 327.

⁵⁶ Zu diesem Ansatz Popescu, Kein positives Interesse bei anfänglicher Unmöglichkeit und anfänglich unbehebbarer Mängeln, 2012, S. 86.

dungsbereich der „Störung der Geschäftsgrundlage“ kann daher allenfalls nur dort von Bedeutung sein, wo es um die Lösung eines rechtspolitischen Problems außerhalb des Einflussbereiches der Parteien in Form von sozialen, wirtschaftlichen oder sonstigen vergleichbaren Katastrophen geht, für welches die allgemeinen Bestimmungen der Rechtsgeschäftslehre keine Lösung hergeben⁵⁷. Ferner können diese Grundsätze bei Leistungen mit versorgungsrechtlichem Charakter in Betracht kommen. Für all die übrigen Leistungsaustauschverträge ist dieses Modell hingegen obsolet. Die Konsequenz dieser Auffassung ist, dass es zur Klärung der Rechtsfolgen etwaiger Leistungsstörungen keines Rückgriffes auf normativen Kriterien – gemäß §§ 313 BGB, 60 VwVfG – und die hiernach kaum sachgerecht zu beantwortenden Fragen bedarf, ob und gegebenenfalls inwieweit Leistungserschwernisse „wesentlich“ sind und daher ein Festhalten für den Schuldner am ursprünglichen Vertragsverhältnis „unzumutbar“ ist. Zuzugeben ist allerdings, dass auch die vorliegende Ansicht zur Ermittlung des Vertragsinhaltes anhand einer Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB unter Umständen auf wertende Gesichtspunkte angewiesen

ist, die der Judikative einen gewissen weitläufigen Spielraum einräumen können⁵⁸. Dies ist aber ein allgemeines Problem, das den Regelungsvorschriften der §§ 133, 157 BGB im selben Umfang wie bei der Festlegung des im jeweiligen Rechtskreis herrschenden Sorgfaltsmaßstabes gemäß § 276 II BGB anhaftet. Die hier vertretene Ansicht orientiert sich – anders als das jetzige System des § 313 BGB und § 60 VwVfG – strikt an den von beiden Parteien festgelegten Obergrenzen und bürdet dem Schuldner keinen außerhalb des Vereinbarten liegenden Zusatzaufwand auf, dessen zahlenmäßige Bezifferung nur durch nicht näher nachvollziehbaren Prozentwerten etc. bemüht werden kann.

e.) Entgegenstehender Volkswille und nachträglich entfallende Finanzierung begründen nach dem Inhalt des Vertrages grundsätzlich keinen Auflösungsstatbestand

Von diesen Prämissen ausgehend, liegt es auf der Hand, dass ein sich nach Vertragsschluss gegen die Durchführung der Obligation gebildeter Volkswille, sowie die bereits anfänglich nicht vorhandene oder die erst nachträglich

⁵⁷ Flume, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 1992, S. 518 ff.; Picker, JZ 2003, 1035 (1046); Lobinger, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, S. 112 ff.

⁵⁸ In diesem Sinne auch Löwisch/Caspers, Staudinger, BGB (Neubearbeitung, 2009), § 275, Rdnr. 82 zu Pickers Kritik (Fn. 47), am Regelungsgehalt des § 275 II BGB.

„wegfallende“ Finanzierbarkeit des beauftragten Bauprojektes dem jeweiligen Vertragspartner grundsätzlich, d. h. beim Fehlen entsprechend konkreter Vereinbarungen, keine einseitige Rechtsbefugnis einräumen, sich vergütungsneutral vom zugrundeliegenden Werkvertrag lösen zu können. Die monetäre Basis zur Verwirklichung einer Vertragsabwicklung ist die Grundlage der eigenen Leistungsfähigkeit, die als solche ihrerseits die fundamentale Voraussetzung zur Teilnahme am Rechtsverkehr bildet. Mit anderen Worten kommen Verträge überhaupt nur deshalb zustande, weil beide Vertragskontrahenten von der Solvenz und der sonst wie gegebene Leistungsfähigkeit des jeweils anderen Teils ausgehen. In der Regel werden der Inhalt des Vertrages und eine ihm etwaig zugrunde liegende Vertragsauslegung daher immer ergeben, dass Änderung in diesem Bestand keine rechtsgeschäftliche Auflösungstatbestände begründen können, sondern vielmehr den heteronom bestimmten Rechtsfolgen über die allgemeinen Leistungsstörungen nach §§ 280 ff. BGB unterliegen müssen. Zu diesen Grundvoraussetzungen des Zustandekommens von Verträgen zählt primär die grundsätzlich uneingeschränkte Bindungswirkung des selbstbestimmend eingegangenen Vertragsversprechens, aus der unmittelbar

die Existenz und der Schutz des Rechtsverkehrs fließen. Der Umstand als solcher, dass es sich bei dem Kontrahenten um eine in der Trägerschaft der öffentlichen Hand integrierten Person handelt, ist vertragsrechtlich ebenso wenig von Relevanz wie die Tatsache, dass die gewollte Vertragsbeendigung aufgrund eines mehrheitlichen Volksentscheides sowie eines hierauf beruhenden formellen Gesetzes erfolgt. Letzteres betrifft aus rechtsgeschäftlicher Sicht ausschließlich die interne Willensbildung, die auf die einseitige Rückgängigmachung der eingegangenen Verpflichtung abzielt und somit unbeachtlich ist. Dieser Umstand lässt sich ohne Weiteres mit dem Gremienbeschluss einer juristischen Person des privaten Rechts vergleichen, der nach allgemein geltenden Vertragsgrundsätzen bei fehlendem Konsens des anderen Vertragspartners kein einseitiges Auflösungsrecht nach sich ziehen kann, wie z. B. die an den Vorstand einer AG gerichtete mehrheitlich beschlossene – rein interne – Entscheidung der Hauptversammlung, von der weiteren mit dem Dritten vereinbarten Vertragsabwicklung abzusehen. Was die Bauverträge anbelangt ist zudem zu berücksichtigen, dass sich der Normgeber zu einem übergeordneten Schutz des einzelnen, an einem Vergabeverfahren teilnehmenden Bieters entschieden hat. Dieser Gesichtspunkt

wird beispielhaft durch die Vorschrift des § 7 I Nr. 3 VOB/A bestätigt, welche die Aufbüdung eines „ungewöhnlichen Wagnisses“ auf Seiten des Auftragnehmers verbietet. Allen voran wird dieser Schutzaspekt aber durch die primären Ziele⁵⁹ des Vergaberechts zur Förderung und Verstärkung des Wettbewerbs und insbesondere des Mittelstands bestätigt, die allesamt den Einzelnen davor bewahren, in die Teilnahme an einem ruinösen öffentlichen Auftrag gedrängt zu werden. Planerische oder sonstige Fehleinschätzungen der öffentlichen Hand, die insbesondere ihre Ursache in einem lange Zeit vor der Auftragserteilung liegenden Defizit haben, können nicht auf den privaten Bauunternehmer abgewälzt werden.

IV. Fazit

Die autonome Entscheidung einer Person, eine rechtsgeschäftliche Bindung einzugehen, sowie deren eigene Solvenz, bilden die grundlegenden Voraussetzungen zur Teilnahme am Rechtsverkehr, welche das Zustandekommen von Verträgen überhaupt ermöglichen. Leistungerschwernisse in diesem Bereich sind daher nicht über eine – wie auch immer geartete – Geschäftsgrundlage, sondern ausschließ-

lich über den Inhalt des rechtsgeschäftlich Vereinbarten und den daraus resultierenden Opfergrenzen zu lösen. Die allgemeine Vertragsauslegung ergibt, dass ein nachträglich sich gegen die Vertragsdurchführung gebildeter Mehrheitlicher Volkswille sowie die zur Abwicklung weggefallenen Finanzmittel dem einzelnen Kontrahenten in der Regel nicht die Befugnis einräumen, sich vergütungsneutral vom zugrundeliegenden Rechtsgeschäft loszubinden. Ein derartiger Volksentscheid betrifft aus vertragsrechtlicher Sicht nichts anderes als die interne Willensbildung, die auf Rückgängigmachung der eingegangenen Vertragsverpflichtung abzielt und daher rechtlich unbeachtlich ist. Fehlen dem öffentlichen Auftraggeber zur Verwirklichung des Projekts erforderliche Finanzmittel, kann er sich vom zugrundeliegenden Bauvertrag gemäß §§ 8 I VOB/B; 649 BGB nur um den Preis der Zahlung der vollständigen vereinbarten Vergütung abzüglich vom Werkunternehmer infolge der Leistungsbefreiung ersparter Aufwendung „freikaufen“.

⁵⁹ *Fehling*, Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 1. Aufl., § 1, Rdnrn. 45 f, 49 ff.

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

trendence
Graduate Barometer

2011

DEUTSCHLANDS

100

Top-Arbeitgeber Law

job-employer-law

Nicole Baldauf und Prof. Dr. Martin Gebauer *

Die „Klassiker“ im Allgemeinen Schuldrecht: AGB und Konkretisierung

Die folgende Klausur war Gegenstand der Übung für Anfänger im Sommersemester 2011 an der Universität Tübingen.¹ Der Schwerpunkt der Klausur liegt im Bereich des Allgemeinen Schuldrechts. Vorausgesetzt wurde eine gute Kenntnis der klassischen Streitfrage des inhaltlichen Widerspruchs von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Einen zweiten Kernbereich der Klausur bildet die – vielfach noch bei Examenskandidaten unbekannte – Frage nach der Möglichkeit zur Rücknahme der Konkretisierung. Die Klausur eignet sich daher nicht nur für Jurastudenten ab dem zweiten Semester, sondern auch zur Übung für das Erste Staatsexamen.

* Prof. Dr. Martin Gebauer ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen. Nicole Baldauf ist Akademische Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Martin Gebauer.

¹ Die Bearbeitungszeit für die Klausur betrug 120 Minuten. Der Durchschnitt lag bei 6,23 Punkten bei einer Durchfallquote von 37,68 %.

I. Sachverhalt

Im März 2011 möchte der Großhändler V einen Kühlschrank der Marke „Cool& Gut“ an den Kleingewerbetreibenden K verkaufen. V macht dem K dabei ein schriftliches Angebot und verwendet dazu ein vorgedrucktes Formular seines Unternehmens, auf dem sich folgende Klauseln befinden:

§ 1 Alle Geschäfte der Firma V werden ausschließlich zu unseren im Folgenden aufgeführten Verkaufsbedingungen vorgenommen.

[...]

§ 5 Die Firma V schuldet nur die rechtzeitige, ordnungsgemäße Bereitstellung der Ware im firmeneigenen Lager (Tübingen, Au-West-Straße 2).

Am 15. März nimmt K das Angebot des V schriftlich an. Dazu verwendet er einen Vordruck, der von K für alle Geschäftseinkäufe verwendet wird. Auf der Rückseite dieses Formulars finden

sich bereits vorgedruckte Einkaufsbedingungen des K. Diese lauten u.a. wie folgt:

§ 1 Alle Einkäufe der Firma K werden ausschließlich zu den folgenden Einkaufsbedingungen durchgeführt.

[...]

§ 3 Der Vertragspartner schuldet die rechtzeitige, ordnungsgemäße Versendung der Ware durch ein sorgfältig ausgewähltes Transportunternehmen. Entgegenstehende Bedingungen der Geschäftspartner werden nur bei mündlicher oder privatschriftlicher Vereinbarung anerkannt.

Am 17. März stellt V einen Kühlschrank für K im Warenlager zur Abholung bereit. Daraufhin ruft er den K an und benachrichtigt ihn, dass er den Kühlschrank abholen könne. Der K, der davon ausging, dass ihm der Kühlschrank zugesandt wird, ist empört. Am Telefon entwickelt sich ein Streit, indem sowohl V als auch K auf die jeweiligen (oben abgedruckten) Klauseln bestehen.

Unmittelbar nach dem Telefonat kommt der X in das Warenlager des V und sieht dort den für K bestimmten Kühlschrank, der ihm so gut gefällt, dass er ihn sofort zum selben Preis mitnehmen will. V, der ohnehin noch wütend auf K ist, ist mit dem Geschäft ein-

verstanden und übereignet X den Kühlschrank.

Einen Tag später besinnt sich V eines Besseren und stellt für K einen weiteren Kühlschrank, ebenfalls der Marke „Cool& Gut“ im Warenlager bereit. In einem weiteren Telefonat erzählt V dem K, was passiert ist und dass nun ein neuer Kühlschrank auf den K warte. K, der jetzt überhaupt keine Lust mehr auf Geschäfte mit V hat, sagt, das lasse er sich nicht gefallen. V könne doch nicht mal den einen, mal den anderen Kühlschrank aussuchen, wie es ihm gerade gefalle. Der ursprüngliche Kühlschrank sei „sein Kühlschrank“ gewesen, mit dem zweiten habe er nichts zu tun. Jedenfalls wolle er den zweiten Kühlschrank keinesfalls abholen.

Aufgaben

1. Hat V einen Anspruch auf Abnahme des zweiten, neu bereitgestellten Kühlschranks?
2. Gehen Sie nunmehr davon aus, dass V verpflichtet ist, K das Eigentum an dem ursprünglichen, zuerst bereitgestellten Kühlschrank zu verschaffen. Kann in diesem Fall V Zahlung des Kaufpreises verlangen, wenn X nicht

bereit ist, den Kühlschrank an K oder V herauszugeben?

II. Gliederung

A. Anspruch des V gegen K auf Abnahme des neuen Kühlschranks, § 433 II BGB

I. Anspruch durch Abschluss eines Kaufvertrages entstanden

1. Angebot des V
 - a. Vorliegen von AGB
 - b. Wirksamer Einbezug der AGB
 - c. Inhaltskontrolle
2. Annahme durch K
3. Annahme durch V
4. Wertungswiderspruch bei Anwendung des § 150 II BGB

II. Vertragsinhalt, insb. Gegenstand der Abnahmeverpflichtung: erster oder zweiter Kühlschrank

1. Konkretisierung bzgl. des ersten Kühlschranks

2. Rücknahme der Konkretisierung

III. Ergebnis

B. Anspruch des V gegen K auf Zahlung des Kaufpreises für den alten Kühlschrank, § 433 II BGB

I. Anspruch entstanden

II. Anspruch untergegangen

1. Grundsatz: § 326 I 1 BGB

2. Ausnahme: § 326 II 1 2. Alt. BGB

III. Ergebnis

III. Lösung

A. Anspruch des V gegen K auf Abnahme des neuen Kühlschranks, § 433 II BGB

Der Anspruch des V auf Abnahme des neuen Kühlschranks und Zahlung des Kaufpreises hierfür könnte sich aus § 433 II BGB ergeben.² Voraussetzung ist, dass der Anspruch durch Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages zustande gekommen und dieser nicht wieder untergegangen ist.

² Abnahme ist die körperliche Hinwegnahme der vom Verkäufer bereitgestellten Kaufsache. Ihr Zweck ist die Befreiung des Verkäufers von der verkauften Sache, *Chr. Berger*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. (2011), § 433 Rdnr. 28, m.w.N. zum Begriff der Abnahme. Die Abnahme ist im Zweifel bloße Nebenpflicht (anders vor allem bei erkennbarem Interesse des Verkäufers an der Wegschaffung des verkauften Gegenstandes, dazu *BGH*, NJW 1972, 99). Der Anspruch auf Abnahme kann prozessual mit der Leistungsklage durchgesetzt werden; vgl. auch *Chr. Berger*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. (2011), § 433 Rdnrn. 29, 30; *H.P. Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. (2012), § 433 Rdnr. 76 m.w.N.

I. Anspruch durch Abschluss eines Kaufvertrags entstanden?

Der Anspruch aus § 433 II BGB setzt das Vorliegen eines Kaufvertrages voraus. Dieser kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot und Annahme, zustande.

1. Angebot des V

V hat zunächst ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages für einen Kühlschrank der Marke „Cool& Gut“ abgegeben. Dabei hat er seine Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen beigelegt, die wirksamer Bestandteil des Angebots sein sollten.

a) Vorliegen von AGB

Derartige Verkaufs- und Lieferbedingungen sind AGB i.S.d. § 305 I 1 und 3 BGB, da sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, die dem K bei Vertragsschluss gestellt wurden.³ Ein individuelles Aushandeln ist nach Sachverhalt nicht ersichtlich.

b) Wirksamer Einbezug der AGB

Diese AGB müssten wirksam in den Vertrag einbezogen worden sein. Grundsätzlich gilt dafür § 305 II BGB. Gem. § 310 I BGB findet § 305 II BGB

allerdings dann keine Anwendung, wenn beide Vertragsparteien Unternehmer sind. V handelt als Großhändler in Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit und ist mithin Unternehmer, § 14 BGB. K ist Kleingewerbetreibender und wird damit auch gewerblich tätig, § 14 BGB. Es handelt sich folglich um ein Geschäft zwischen zwei Unternehmern, so dass § 310 I BGB eingreift und die strengeren Voraussetzungen von § 305 II BGB nicht erfüllt sein müssen. Allerdings greifen dann bezüglich der Einbeziehung der AGB in den Vertrag die allgemeinen Regeln der §§ 130 ff., 145 ff. BGB.⁴ Die AGB wurden gemeinsam mit dem Angebot versandt, so dass sie mit in den Vertrag einbezogen werden sollten (§ 133 BGB) und dies dem Empfänger auch bewusst sein musste (§ 157 BGB). Sie wurden somit Bestandteil des Angebots.

c) Inhaltskontrolle

Eine Inhaltskontrolle findet nur statt bei Bestimmungen in AGB, die von den gesetzlichen Vorschriften abweichen, § 307 III 1 BGB.⁵ In Betracht kommt hier eine Überprüfung von § 5 der AGB des V. Diese Klausel regelt allerdings, dass

³ Bei Verbraucherverträgen hilft an dieser Stelle zusätzlich die Fiktion des § 305 III Nr. 1 BGB.

⁴ BGHZ 117, 190 (194); Stadler, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. (2011), § 305 Rdnr. 18.

⁵ S. auch Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2005), Rdnr. 94.

V als Schuldner nur die rechtszeitige und ordnungsgemäße Bereitstellung im firmeneigenen Lager in Tübingen schuldet. Geregelt wird folglich der Fall der Holschuld.⁶

Fraglich ist, ob diese AGB-Vorschrift von den gesetzlichen Bestimmungen abweicht, mithin von § 269 BGB. § 269 I BGB ordnet ein stufenweises Vorgehen an: primär ist auf die Parteivereinbarungen abzustellen; fehlen solche, wird durch das Abstellen auf die Umstände des Einzelfalles und die Natur des Schuldverhältnisses eine (ergänzende) Auslegung der Parteivereinbarungen angeordnet.⁷ Erst wenn eine solche Auslegung scheitert, regelt § 269 BGB subsidiär, dass der Leistungsort am Wohnsitz des Schuldners bzw. der gewerblichen Niederlassung des schuldenden Betriebes (§ 269 II BGB) liegt. Der Leistungsort ist also beim Schuldner.

Problematisch ist dann aber, dass der Leistungsort sowohl bei einer Holschuld, als auch bei einer Schickschuld beim Schuldner liegt und damit nach

dem Wortlaut des § 269 BGB unklar bleibt, welche Art der Schuld gesetzlicher Regelfall ist. Nach dem reinen Wortlaut wäre davon auszugehen, dass das Gesetz als Regelfälle sowohl die Hol-, als auch die Schickschuld ansieht, denn in beiden Fällen liegt der Leistungsort beim Schuldner. Aus dem Gesetz könnte man dann lediglich schließen, dass es sich im Zweifel nicht um eine Bringschuld handelt, so dass eine Inhaltskontrolle nur bei Vorschriften in AGB stattfände, die eine Bringschuld zum Gegenstand haben. Folgt man dieser Ansicht⁸ bliebe allerdings trotz Zweifelsregelung in § 269 I BGB unklar, ob bei Scheitern der vorrangigen Auslegung der Parteivereinbarung nun eine Schick- oder eine Holschuld angenommen werden muss. Daher wird vereinzelt vertreten, dass es sich bei dem gesetzlichen Regelfall (nur) um eine Holschuld handelt.⁹

Diese unterschiedliche Betrachtungsweise hat vorliegend jedoch keine Auswirkungen. Die Klausel § 5 der AGB des V bestimmt als Art der Schuld eine Holschuld. Nach beiden oben dargestellten Ansichten handelt es sich aber jedenfalls bei der Holschuld um den gesetzli-

⁶ Bei der Holschuld schuldet der Verkäufer die Aussonderung der Ware, ihre Bereitstellung für den Käufer sowie die Information an den Käufer, dass die Ware abgeholt werden könne. Zu den Voraussetzungen der Holschuld s. Fn. 16 und 17.

⁷ *Krüger*, in: Münchner Kommentar zum BGB, 5. Aufl. (2007), § 269 Rdnr. 9; *Brox*, JuS 1975, 1 (6).

⁸ *S. Krüger*, in: Münchner Kommentar zum BGB, 5. Aufl. (2007), § 269 Rdnr. 5; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, 14. Aufl. (1987), Bd. I, § 14 IV b mit Fn. 10.

⁹ *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 31. Aufl. (2006), § 12 Rdnr. 12.

chen Regelfall. Streit besteht nur darüber, ob gesetzlicher Regelfall auch die Schickschuld ist. An dieser Stelle kann der Streit daher offen bleiben. Eine Inhaltskontrolle kann bei der AGB-Vorschrift nicht stattfinden, § 307 III 1 BGB.

Die AGB-Vorschrift ist wirksam und damit Teil des Angebots des V geworden.

2. Annahme durch K

Eine Annahme läge nur vor, wenn K mit dem Abschluss des Kaufvertrages zu diesem Inhalt einverstanden gewesen wäre. Dies war aber nicht der Fall. Vielmehr nahm K das Angebot des V nur mit dem Inhalt seiner AGB an, die von den AGB des V im Hinblick auf den Erfüllungsort differieren. Die AGB des K enthalten nämlich die Regelung, dass der Verkäufer die Ware zu versenden hat, d.h. die Anordnung einer Schickschuld. In dieser abändernden Annahme des K liegt nach der Auslegungsregel des § 150 II BGB eine Ablehnung des Angebots des V, verbunden mit einem neuen, eigenen Angebot des K.

Dieses neue Angebot des K, inklusive seiner Einkaufsbedingungen, müsste wiederum wirksam sein, um Vertragsbestandteil zu werden. Auch bei § 3 der Einkaufsbedingungen des K handelt es

sich um AGB, die bei Vertragsschluss gestellt wurden. Diese sollten nach dem tatsächlichen (§ 133 BGB) und erkennbaren (§ 157 BGB) Willen des K Vertragsbestandteil werden.

Problematisch ist erneut die Frage der Inhaltskontrolle. Diese ist nach § 307 III 1 BGB nur durchzuführen bei vom Gesetz abweichenden Vorschriften. Unklar ist allerdings, was das Gesetz bzgl. der Art der Schuld vorschreibt, v.a. ob es sich bei dem gesetzlichen Regelfall lediglich um die Hauptschuld oder zusätzlich auch um die Schickschuld handelt. An dieser Stelle muss der Streit entschieden werden, da die in Rede stehende AGB-Vorschrift eine Schickschuld betrifft. Erforderlich ist daher eine Auslegung von § 269 BGB:

Nach dem Wortlaut des § 269 BGB und seiner amtlichen Überschrift wird in der Norm lediglich der Leistungsort, d.h. der Ort der Vornahme der maßgeblichen Leistungshandlung, geregelt. Der Leistungsort ist allerdings nicht gleichzusetzen mit der Art der Schuld. Vielmehr ist der Leistungsort jeweils verschieden – bei Hol- und Schickschuld liegt der Leistungsort beim Schuldner, bei der Bringschuld beim Gläubiger. Regelt das Gesetz also, dass der Leistungsort beim Schuldner liegt,

kommen mehrere Schuldarten in Betracht. Nach dem Wortlaut ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber sich für eine bestimmte Art der Schuld als gesetzlichen Regelfall entschieden hat.

Systematisch kann allerdings § 447 I BGB herangezogen werden. Die Norm spricht in ihrem Wortlaut davon, dass der Verkäufer „auf Verlangen des Käufers“ die verkaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort versendet. Die Norm scheint damit davon auszugehen, dass grundsätzlich der Verkäufer lediglich zur Bereitstellung der Ware verpflichtet ist und nur auf Verlangen des Käufers zusätzlich eine Versendung zu erfolgen hat. Daraus ließe sich schließen, dass es sich bei der Verbindlichkeit des Schuldners grundsätzlich um eine Holschuld handelt. Hinzu kommt die Anordnung des § 447 BGB, dass die Preisgefahr mit Auslieferung an die Transportperson übergeht. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Verkäufer keinen Nachteil dadurch erleiden soll, dass er sich bereit erklärt, die Sache dem Käufer zuzusenden.¹⁰ Die Gefahren der Schickschuld werden dem Schuldner

sozusagen „abgenommen“, was ebenfalls darauf hindeutet, dass der Gesetzgeber als Regelfall die Holschuld im Blick hatte.

Aus einer gemeinsamen Betrachtung von § 269 I BGB und § 447 BGB lässt sich damit schließen, dass es sich bei der Holschuld um den gesetzlichen Regelfall handelt. Bestätigt wird dieses Ergebnis durch die praktische Erwägung, dass eine eindeutige Zweifelsregelung zwischen Hol- und Schickschuld zu befürworten ist. Dies ergibt sich schon daraus, dass § 269 I BGB bereits anordnet, dass im Hinblick auf den Leistungsort eine ergänzende Auslegung des Vertrages und der Parteivereinbarung zu erfolgen hat („Umstände“ des Einzelfalls und „Natur des Schuldverhältnisses“, § 269 I BGB). Nur wenn diese nicht möglich ist, kann subsidiär auf die Zweifelsregelung in § 269 I BGB zurückgegriffen werden. Wenn man dann aber im Gesetz keine eindeutige Regelung zwischen Hol- und Schickschuld vorfindet, also eine Lücke sowohl im Vertrag als auch im Gesetzesrecht vorliegt, muss der Richter frei rechtsschöpfend tätig werden. Er wird sich hierbei wiederum zunächst am Vertrag orientieren, aus dem sich aber nichts ergibt (ansonsten wäre dieses Ergebnis bereits nach § 269 I BGB vorrangig). Wenn dann auch das Gesetz

¹⁰ In diesem Sinne: *RGZ* 96, 258 (259); *OLG Koblenz*, *NJW* 1948, 477 (478); *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl. (1986), Bd. II/1, § 42 II c; *Faust*, in: BeckOK zum BGB, Stand: 01.03.2011, § 447 Rdnr. 1; kritisch: *Beckmann*, in: *Staudinger*, BGB (2004), § 447 Rdnr. 2 f.

keine Regelung enthält, kann der Richter zwischen Hol- und Schickschuld wählen. Dies ist der Rechtssicherheit nicht zuträglich.

Ist folglich nur die Holschuld als gesetzlicher Regelfall zu bezeichnen¹¹, muss im Hinblick auf die Einkaufsbedingungen des K eine Inhaltskontrolle durchgeführt werden. Die Klauselverbote der §§ 308, 309 sowie § 307 I, II BGB stehen der Vereinbarung einer Schickschuld allerdings nicht entgegen.

Die Einkaufsbedingungen des K sind wirksam. Der K hat eine wirksame Willenserklärung abgegeben.

3. Annahme durch V

Dieses erneute Angebot des K müsste von V angenommen worden sein. Die konkludente Annahme könnte in der widerspruchlosen Bereitstellung des Kühlschranks im Warenlager liegen. Ein Vertragsschluss wäre damit bei Anwendung des § 150 II BGB auf die Willenserklärung des K zu bejahen. Der Vertrag wäre unter den Bedingungen des K zustande gekommen.

4. Wertungswiderspruch bei Anwendung des § 150 II BGB

Problematisch ist allerdings, dass infolge dieser reinen Gesetzesanwendung sich immer derjenige durchsetzt, der am hartnäckigsten war und sich am längsten auf die eigenen AGB beruft. Dem Vertragspartner der hartnäckigen Partei wird dann wegen des schlüssigen Handelns der Vertragsdurchführung die Aufgabe der eigenen AGB unterstellt (sog. Theorie des letzten Wortes).¹²

Diese Ansicht fingiert jedoch ein Einverständnis bei demjenigen, der eine derartige Willenserklärung gar nicht abgeben wollte und der teilweise sogar gegen die AGB ausdrücklich protestiert hat. Wenn jemand schweigt, der bereits vorher seinen Willen ausdrücklich kundgetan hat, kann man ihm nach objektivem Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) keine entgegenstehende Willenserklärung unterschieben.¹³ Zudem werden die Parteien, um diesem ihnen unangenehmen Ergebnis zu entgehen, zu ständig neuen Protesten gegen die AGB gezwungen. Der Inhalt des Vertra-

¹¹ Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 31. Aufl. (2006), § 12 Rdnr. 12; Brox, JuS 1975, 1 (6).

¹² Die Theorie des letzten Wortes war bis in die siebziger Jahre herrschende Meinung: s. bspw. BGH, NJW 1963, 1248 ff. Die Theorie des letzten Wortes wird teilweise heute noch im Bereich des UN-Kaufrechts vertreten. Dazu für Interessierte: OLG Köln, 24. 5. 2006, CISG-online 1232; OLG München, 11. 3. 1998, CISG-online 310 (abrufbar auf www.cisg-online.ch).

¹³ H. Schmidt, NJW 2011, 3329 (3333).

ges hinge von Zufälligkeiten ab, nämlich davon, wer früher aufgibt und einen ausdrücklichen Hinweis auf seine AGB unterlässt.¹⁴ Dies führt zu Rechtsunsicherheiten und Beweisschwierigkeiten.

Fraglich ist, wie dieser Wertungswiderspruch rechtlich aufgelöst werden kann.

Bei § 150 II BGB handelt es sich um eine widerlegbare Auslegungsregel, mit der der Gesetzgeber einen Vertragsschluss fördern will, obwohl dieser eigentlich bereits gescheitert ist.¹⁵ Der Anwendung einer Auslegungsregel ist stets die Auslegung selbst vorrangig. In dem Fall sich widersprechender AGB ergibt eine der Anwendung der Auslegungsregel vorrangige Auslegung, dass hier ausnahmsweise von einem partiellen Dissens, also nicht von einem wirksamen Vertragsschluss, im Bereich der sich widersprechenden AGB auszugehen ist. In den Fällen, in denen beide Parteien deutlich zum Ausdruck bringen, dass sie nur zu den eigenen AGB bereit sind, einen Vertrag zu schließen, kann ihnen kein Konsens in diesem Punkt unterstellt werden. Folglich wird § 150 II BGB

auf die Annahme unter Hinweis auf die abweichenden AGB nicht angewendet.¹⁶

Stattdessen handelt es sich um einen offenen partiellen Dissens gem. § 154 BGB, da beiden Vertragsparteien der Widerspruch der AGB hätte deutlich sein müssen.¹⁷ Die Rechtsfolge von § 154 BGB ist, dass „im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen“ ist. Allerdings handelt es sich bei §§ 154, 155 BGB wiederum lediglich um Auslegungsregeln. Der Anwendung von Auslegungsregeln vorrangig ist die Auslegung der Willenserklärungen der Parteien gem. § 133 und § 157 BGB.

Hier wurde mit der Ausführung des Vertrages begonnen, indem der Kühlschrank bereitgestellt wurde. Auch der K wollte grundsätzlich einen Kühlschrank von V kaufen. Dies zeigt, dass die Parteien von einem wirksamen Vertrag ausgegangen sind und den Vertrag auch wollten. Die vorrangige Auslegung führt hier also zum Ausschluss der Anwendung der Auslegungsregeln der §§ 154, 155 BGB und zum Vorliegen eines Kaufvertrages.

¹⁴ H. Schmidt, NJW 2011, 3329 (3333).

¹⁵ Eckert, in: BeckOK zum BGB, Stand: 01.02.2012, § 150 Rdnr. 1.

¹⁶ BGH, NJW 1995, 1671 (1672); Larenz/Wolf, BGB AT, 8. Aufl. (1997), § 43 Rdnr. 32; Heinrichs, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., § 305 Rdnr. 54.

¹⁷ Vertretbar ist auch die Annahme von § 155 BGB, da den Parteien der Widerspruch nicht aufgefallen zu sein scheint. Vgl. dazu Basedow, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. (2007), §305 Rdnr. 102.

Ein Anspruch ist grundsätzlich entstanden. Bezüglich der Teile des Vertrages, die sich nicht decken, besteht eine Lücke im Vertrag. Diese Lücke kann durch den Rechtsanwender anhand einer ergänzenden Vertragsauslegung gelöst werden. Primär ist dabei auf dispositives Gesetzesrecht zurückzugreifen; erst wenn derartige Vorschriften fehlen, wird der Richter mithilfe von Überlegungen zum hypothetischen Parteiwillen die Lücke schließen. Bezüglich der übrigen Vertragsteile gelten die übereinstimmenden Erklärungen der Parteien.

II. Inhalt des Vertrages, insbesondere Gegenstand der Abnahmeverpflichtung¹⁸: erster oder zweiter Kühlschrank?

Ist somit geklärt, dass ein Vertrag geschlossen wurde, ist fraglich, welchen Inhalt der Vertrag hat, insbesondere ob der Vertrag den neuen oder den alten Kühlschrank zum Gegenstand hat.

¹⁸ Die Besonderheit des Falles ist, dass die Konkretisierung nicht erst „wie üblich“ im Rahmen des § 326 BGB relevant wird, sondern bereits im Rahmen des Prüfungspunktes „Anspruch entstanden“. Wenn dies vom Bearbeiter erkannt wird, kann er sich von anderen Bearbeitern deutlich abheben.

1. Konkretisierung bzgl. des ersten Kühlschranks

Ursprünglich bezog sich der Vertrag auf eine Gattungsschuld (Kühlschrank der Marke Cool& Gut). Allerdings hatte V dann später einen Kühlschrank ausgesondert und zur Abholung für K bereitgestellt. Zudem hatte er den K am Telefon benachrichtigt, dass der Kühlschrank zur Abholung bereitsteht. Damit könnte sich die Gattungsschuld durch Konkretisierung in eine Stückschuld (bzgl. des ersten Kühlschranks) umgewandelt haben.

Ob durch diese Vorgänge Konkretisierung eingetreten ist, bestimmt sich nach der Art der Schuld. Handelte es sich um eine Holschuld, wie nach den AGB des V gewollt, würde Konkretisierung mit Aussonderung der Ware und Benachrichtigung des Gläubigers eintreten (hM).¹⁹ Im vorliegenden Fall wäre Konkretisierung im Hinblick auf den ersten Kühlschrank eingetreten, d.h. die Gattungsschuld hätte sich zu einer

¹⁹ Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 31. Aufl. (2006), § 8 Rdnr. 6, § 12 Rdnr. 12; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2005), Rdnr. 224. Wird allerdings eine Frist zur Abholung vereinbart, ist erst dann konkretisiert, wenn diese abgelaufen ist vgl. Emmerich, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. (2007), § 243 Rdnr. 31; Schiemann, in: Staudinger, BGB (2009), § 243 Rdnr. 37; Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2008), Rdnr. 291.

Stückschuld konkretisiert. Würde hingegen eine Schickschuld vorliegen, wie nach den AGB des K gewollt, schuldete V zudem die Übergabe der Ware an eine ordnungsgemäß ausgesuchte Transportperson.²⁰ Eine Übergabe an eine Transportperson war vorliegend noch nicht erfolgt, so dass Konkretisierung noch nicht eingetreten wäre.

Wie oben bereits festgehalten wurde, ist der Vertrag als geschlossen anzusehen. Bezüglich der Art der Schuld liegen jedoch sich widersprechende AGB vor. Bei widersprechenden AGB liegt diesbezüglich eine Lücke im Vertrag vor, die primär durch dispositives Gesetzesrecht zu schließen ist (soweit man nicht vertretbar der „Theorie des letzten Wortes“ folgt). Dies gilt auch bzgl. der Art der Schuld. Wie bereits oben dargestellt, handelt es sich nach einer Betrachtung von § 269 I i.V.m. § 447 I BGB bei dem gesetzlichen Regelfall um eine Holschuld. Folglich ist vorliegend Konkretisierung eingetreten.

[Anmerkung: Vertretbar ist es ebenso, davon auszugehen, dass die Holschuld nicht der gesetzliche Regelfall ist, sondern gesetzlich von einer Hol- oder

Schickschuld ausgegangen wird. Dann würde dispositives Gesetzesrecht bei der ergänzenden Vertragsauslegung nicht weiterhelfen und die Bearbeiter müssen auf den hypothetischen Parteiwillen oder andere abstrakte Indizien, wie Verkehrssitte oder Art der Schuld abstellen. Eine klausurtaktische Lösung entscheidet sich jedenfalls für eine Holschuld, um die Problematik der Rücknahme der Konkretisierung aufgreifen zu können.]

2. Rücknahme der Konkretisierung?²¹

Fraglich ist jedoch, wie das Verhalten des V zu werten ist, dass er den ersten Kühlschrank an X veräußerte, dann aber einen neuen Kühlschrank bereitstellte. Man könnte überlegen, ob V damit die Konkretisierung bzgl. des ersten Kühlschranks zurückgenommen hat und einen Tag später bzgl. des zweiten Kühlschranks nochmals eine Konkretisierung, diesmal jedoch auf diesen zweiten Kühlschrank, erfolgte. Wäre dies möglich, wäre nunmehr der neue Kühlschrank tauglicher Leistungsgegenstand geworden; wäre die Konkretisierung hingegen bindend, verbliebe es bei dem alten Kühlschrank als Vertragsgegenstand.

²⁰ Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2008), Rdnr. 292; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2005), Rdnr. 224.

²¹ Da dieses Problem relativ unbekannt ist, wird bereits das Erkennen der Problematik entsprechend honoriert.

Zu klären ist daher, ob die Konkretisierung, die bzgl. des alten Kühlschranks bereits vorlag, für den Schuldner bindend ist, oder ob sie zurückgenommen werden kann. § 243 BGB beschäftigt sich mit der Frage der Konkretisierung, so dass die Frage anhand einer Auslegung des § 243 BGB zu beantworten ist:

Einen ersten Anhaltspunkt gibt die Regelung des § 243 II BGB. Nach deren Wortlaut „beschränkt sich das Schuldverhältnis“, nachdem der Schuldner alles zur Leistung erforderliche getan hat, auf „diese Sache“. Dass der Schuldner die Konkretisierung bzgl. „dieser Sache“ aufheben kann und eine andere Sache konkretisieren darf, liegt nach dem Wortlaut der Regelung eher fern. Allerdings sagt die Vorschrift auch nichts darüber aus, ob die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die betreffende Sache endgültig ist.²² Der Wortlaut ist insofern für beide Interpretationsmöglichkeiten offen.

Eine genetische Auslegung anhand der Gesetzesmaterialien belegt zwar, dass die Verfasser von § 243 II BGB die Konkretisierung als bindend betrachten.²³ Die vorliegende Konstellation, bei der

der Verkäufer eine zweite Sache aus der Gattung aussondert und der Käufer kein erkennbares Interesse an der Lieferung der zuerst ausgesonderten Sache hat, kam jedoch gar nicht in den Blick der Gesetzesverfasser, so dass eine anfängliche Gesetzeslücke vorliegt.

Diese Lücke ist anhand der gesetzlichen Wertungen, vor allem dem Gesetzeszweck von § 243 II BGB rechtsfortbildend zu schließen. Der Zweck des § 243 II BGB ist primär der Schutz des Schuldners, indem die Gefahr des zufälligen Untergangs auf den Gläubiger verlagert wird, sobald der Schuldner alles zur Leistung der Sache Erforderliche getan hat. Wenn aber der Schuldner keines derartigen Schutzes bedarf, sich sogar selbst eines derartigen Schutzes begibt, indem er die Konkretisierung zurücknimmt, dann ist dies – allein mit Blick auf den Schuldner – möglich. Hinzu kommt, dass dem Gläubiger die Konkretisierung zwar ermöglichen soll, Dispositionen über die Ware zu treffen – denn nach Konkretisierung trägt die Leistungsgefahr der Gläubiger, so dass er auch verfügen können muss. Allerdings hat der Gläubiger in der Konstellation der aus einer Gattung entstandenen Stückschuld grundsätzlich kein Interesse daran, gerade das vom Schuldner ausgesuchte Stück aus einer

²² *Canaris*, JuS 2007, 793 (796).

²³ *Mot. II S. 12, 74; Prot. I, S. 287 f.*; vgl. *Canaris*, JuS 2007, 793 (796). Dazu auch *Emmerich*, in: *MünchKommBGB*, 5. Aufl. (2007), § 243 Rdnr. 35.

Gattung zu erhalten.²⁴ Aus Gläubigersicht ist die Sache noch „ersetzbar“.

Interessengerecht scheint eine vermittelnde Ansicht, die sich an einer Abwägung der Interessen von Gläubiger und Schuldner orientiert. Hat nämlich der Gläubiger kein erkennbares Interesse daran, dass mit dem konkretisierten Gegenstand erfüllt wird, dann muss die Konkretisierung durch den Schuldner auch zurückgenommen werden können, wenn dieser auf den „Schutz“, den ihm die Konkretisierung bietet, verzichten möchte.

In diesem Fall wollte der K einen Kühlschrank der Marke „Cool& Gut“ erwerben. Ein solcher wurde für ihn mit dem neuen Kühlschrank auch ausgesondert. Ob der K nun den ersten oder den zweiten Kühlschrank erhält, ist für ihn ohne Belang. Beide Kühlschränke unterscheiden sich nicht in Funktion, Farbe o.ä. In diesem Fall war die Rücknahme der Konkretisierung also möglich. Der Vertrag bezog sich daher nach der zweiten Konkretisierung auf den neuen Kühlschrank. (a.A. vertretbar)

III. Ergebnis

Die Rücknahme der Konkretisierung des ersten Kühlschranks war möglich,

so dass nunmehr bzgl. des zweiten Kühlschranks konkretisiert wurde. Ein Anspruch auf Abnahme und Zahlung des Kaufpreises für den neuen, zweiten Kühlschrank besteht daher.

[Geht der Bearbeiter dagegen davon aus, dass der Schuldner an die Konkretisierung gebunden ist, wäre wie folgt zu formulieren: Die Konkretisierung bzgl. des ersten Kühlschranks bleibt bestehen und der alte Kühlschrank ist einzig tauglicher Leistungsgegenstand geworden. Der Anspruch aus § 433 II BGB, der sich auf den alten Kühlschrank bezieht, ist aber nunmehr subjektiv unmöglich, da dieser Kühlschrank bereits dem X übereignet wurde und dieser zur Herausgabe nicht bereit ist. Der Anspruch ist damit aufgrund der Unmöglichkeit erloschen, § 275 I BGB. Jedenfalls für den zweiten, neuen Kühlschrank kann V Abnahme und Zahlung des Kaufpreises dann nicht verlangen (da sich der Anspruch hierauf nicht bezieht).]

B. Anspruch des V gegen K auf Zahlung des Kaufpreises für den alten Kühlschrank, § 433 II BGB

I. Anspruch entstanden?

Laut Sachverhalt ist von einem Kaufvertrag über den alten, ursprünglich be-

²⁴ Canaris, JuS 2007, 793 (796).

reitgestellten Kühlschranks auszugehen. Der Anspruch ist daher mit entsprechendem Inhalt entstanden.

II. Anspruch untergegangen

1. Grundsatz: § 326 I 1 BGB

Der Anspruch könnte aber gem. § 326 I 1 BGB untergegangen sein, wenn ein gegenseitiger Vertrag vorliegt und der Schuldner nach § 275 BGB nicht zu leisten braucht.

Der Kaufvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag. Ein mögliches Leistungshindernis könnte sich aus § 275 I BGB ergeben. Erforderlich ist demnach, dass die Leistung subjektiv für den Schuldner oder objektiv für jedermann unmöglich ist. Im vorliegenden Fall war als Leistung die Übereignung eines Kühlschranks vereinbart. Diese ursprüngliche Gattungsschuld hatte sich auch auf den alten Kühlschrank (Voraussetzung nach Fallfrage) konkretisiert, da V diesen ausgesondert und den K benachrichtigt hat. Dieser Kühlschrank ist aber zwischenzeitlich an den X übereignet worden, der zur Herausgabe auch nicht bereit ist. Damit ist die Leistung nicht für jedermann, wohl aber für den V subjektiv unmöglich, § 275 I BGB.

Die Voraussetzungen des § 326 I 1 BGB sind mithin erfüllt und der Anspruch damit grundsätzlich untergegangen.

2. Ausnahme, § 326 II 1 2. Alt. BGB

Eine Ausnahme von dem Untergang der Leistung nach § 326 I 1 BGB ist aber dann zu machen, wenn ein Fall des § 326 II BGB vorliegt. In Betracht kommt hier insbesondere die Konstellation, dass der Gläubiger in Verzug der Annahme ist, § 326 II 1 2. Alt. BGB.

Erforderlich für den Annahmeverzug ist gem. §§ 293, 294 BGB grundsätzlich ein tatsächliches Angebot. Geht man von einer Holschuld aus, genügt gem. § 295 BGB auch ein wörtliches Angebot. Dieses ist durch das Telefonat des V mit K am 17. März erfolgt. Der K befand sich damit ab diesem Zeitpunkt in Verzug der Annahme.

Allerdings setzt § 326 II 1 2. Alt. BGB weiterhin voraus, dass es sich um einen „vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand“ handelt. Und das ist hier nicht der Fall. Denn V hat im Sinne des § 276 BGB zu vertreten, dass er selber leistungsunfähig ist. Er hat den Kühlschrank vorsätzlich an X übereignet.

Die Ausnahme des § 326 II 1 2. Alt. BGB greift daher nicht. Es bleibt bei dem Grundsatz in § 326 I BGB, so dass der

Anspruch auf die Gegenleistung untergeht.

[Anmerkung: Geht man (vertretbar) von einer Schickschuld aus, ist ein wörtliches Angebot grundsätzlich nicht ausreichend, sondern es ist die Übergabe an eine ordnungsgemäß ausgesuchte Transportperson erforderlich. Der K ist damit nicht in Verzug der Annahme, so dass die Ausnahmeregelung des § 326 II 1 2. Alt. BGB nicht greift. Der Anspruch aus § 433 II BGB ist untergegangen.]

III. Ergebnis

Der V hat gegen K keinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises für den ersten Kühlschrank.

Wolfgang Ziebarth, Ass. jur.*

Automatische Kennzeichenerfassung und Abschleppen eines Kraftfahrzeugs von privatem Grund in Baden-Württemberg

Der Fall problematisiert im ersten Teil die bislang wenig behandelte verwaltungsrechtliche Seite der automatischen Kennzeichenerfassung nach baden-württembergischem Polizeirecht.

Im zweiten Teil wird das wichtige Standardproblem des Abschleppens von Kraftfahrzeugen und der damit verbundenen Erstattungsansprüche besprochen. Dabei wird auf eine im baden-württembergischen Recht bestehende Besonderheit hingewiesen, die zu beachten sein kann, wenn sich das Fahrzeug auf einem Privatgrundstück befindet.

I. Sachverhalt

Teil 1

A ist Halterin und Eigentümerin zweier Autos: eines weißen Wartburg und eines schwarzen Trabant. Während der Wartburg vom Landratsamt Tübingen auf das amtliche Kennzeichen „TÜ – TÜ 1000“ zugelassen ist, ist der Trabant nicht zugelassen. Dementsprechend bezahlt A auch nur für den Wartburg Kfz-Steuern und Beiträge zur Kfz-Haftpflichtversicherung.

Trotzdem fährt A gelegentlich auch mit dem Trabant auf öffentlichen Straßen. Dazu montiert sie einfach die Nummernschilder des Wartburg vorübergehend um.

Eines Tages fährt sie auf diese Weise mit dem Trabant auf der Autobahn 81 von Stuttgart in Richtung Süden. An einem Parkplatz kurz nach der Anschlussstelle Villingen-Schwenningen führt der baden-württembergische Polizeivollzugsdienst eine Kontrolle

* Der Verfasser ist Akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungsrecht von Prof. Dr. Michael Ronellenfitsch, Eberhard Karls Universität Tübingen, und an der dortigen Forschungsstelle für Planungs-, Verkehrs-, Technik- und Datenschutzrecht. Der Fall wurde im SS 2011 im Rahmen des Ferienteils des Examinatoriums an der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen besprochen.

durch. Die Kontrolle dient insbesondere dazu, gestohlene Autos, Betäubungsmittel und Schwarzgeld vor dem Transport ins Ausland ausfindig zu machen. Dazu wird der Verkehr verlangsamt und auf eine Spur verengt. Als A an der Kontrollstelle ankommt, weist der Polizeibeamte P sie an, auf den Parkplatz zu fahren und dort anzuhalten.

Dort eröffnet er ihr den Grund des Anhaltens: Sie sei soeben an seinem Kollegen Q vorbeigefahren, der wenige hundert Meter weiter nördlich den Verkehr mit einer neuartigen Technik überwacht. Mit einer Kamera werden automatisch alle vorbeifahrenden Fahrzeuge fotografiert. Aus dem Bild ermittelt ein Computer das amtliche Kennzeichen sowie die Wagenfarbe und das Markenemblem. Aus den ersten Buchstaben des amtlichen Kennzeichens ermittelt die Software die zuständige Zulassungsstelle, im Falle der A aus dem Unterscheidungszeichen (dem ersten „TÜ“) das Landratsamt Tübingen.

Über das Internet findet nun ein Abgleich mit den Dateien der Zulassungsstelle sowie mit bestimmten Sachfahndungsdateien des polizeilichen Informationssystems des Bundeskriminalamts statt. Es wird ermittelt,

1. ob das fotografierte amtliche Kennzeichen überhaupt vergeben ist,

2. ob Farbe und Marke des fotografierten Autos mit den in der Datei der Zulassungsstelle hinterlegten Angaben übereinstimmen und

3. ob das amtliche Kennzeichen oder der Halter im Bestand der o.g. polizeilichen Sachfahndungsdateien enthalten sind, etwa, weil sie mit einer Straftat in Verbindung stehen.

Nur im „Trefferfall“, also wenn etwas nicht stimmt oder nach Kennzeichen oder Halter gefahndet wird, werden die aus dem Foto ermittelten Daten gespeichert, ansonsten sofort gelöscht.

Im Falle der A schlug das System Alarm, weil Farbe und Marke nicht zu den bei der Zulassungsstelle hinterlegten Daten passen. Zur Fahndung ausgeschrieben war weder A noch das amtliche Kennzeichen.

P sei über diesen Trefferfall über Funk von Q informiert worden, weshalb er sie angehalten habe und nun weitere Maßnahmen einleiten müsse, um die Unklarheiten zu beseitigen.

Aufgabe

Prüfen Sie in einem Gutachten, ob das automatisierte Auslesen des Kennzeichens samt der damit verbundenen Datenerhebungen rechtmäßig geschah. Verfassungsrecht ist nicht zu prüfen. Gehen Sie davon aus, dass die bei der

Zulassungsstelle gespeicherten Daten nicht an die Polizei übermittelt werden. Diese erfährt nur, ob die von ihr aus dem Foto ermittelten Daten zum dortigen Datensatz passen.

Teil 2

A stellt ihren fahrtüchtigen Trabant unerlaubt und ohne Nummernschilder in der privaten Grundstückseinfahrt ihres Nachbarn N ab. N weiß nicht, dass das Auto A gehört. Da er nunmehr seine Garage nicht mehr anfahren kann wendet er sich an seine Gemeinde (G).

Bei G weiß auch niemand, wem das Auto gehört. Die Gemeindeverwaltung beauftragt den Abschleppunternehmer U, den Trabant abzuschleppen, was U auch tut.

Als man bei G herausfindet, wem das Auto gehört, fordert G von A in einem Bescheid die Erstattung der Abschleppkosten, die sie an U vorgestreckt hatte. Der Bescheid enthält eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung. Sechs Wochen später legt A Widerspruch gegen diesen Bescheid ein. G und die Widerspruchsbehörde halten an dem Bescheid fest: Er sei klar rechtmäßig, der Anspruch der G bestehe zweifellos, A müsse bezahlen.

Aufgabe

Hätte eine Klage gegen den Bescheid Aussicht auf Erfolg?

II. Gliederung

Teil 1

A. Ermächtigungsgrundlage

B. Voraussetzungen

I. Formell

1. Zuständigkeit
2. Verfahren
3. Form

II. Materiell

1. Kontrolle nach § 26 PolG
2. Gefahrenabwehr oder vorbeugende Bekämpfung von Straftaten
3. Datenerhebung
4. Datenabgleich
5. Speicherung

Teil 2

A. Zulässigkeit

- I. Verwaltungsrechtsweg
- II. Statthafte Klageart
- III. Klagebefugnis
- IV. Vorverfahren
- V. Klagefrist
- VI. Klagegegner
- VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

B. Begründetheit

- I. Ermächtigungsgrundlage
- II. Formelle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids
- III. Materielle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids
 1. Formelle Rechtmäßigkeit des Abschleppens
 2. Materielle Rechtmäßigkeit des Abschleppens
 - a) Rechtmäßigkeit eines fiktiven Wegfahrgebots
 - aa) Ermächtigungsgrundlage eines fiktiven Wegfahrgebots
 - bb) Formelle Rechtmäßigkeit eines fiktiven Wegfahrgebots
 - cc) Materielle Rechtmäßigkeit eines fiktiven Wegfahrgebots
 - b) Unerreichbarkeit des Störers
 3. Ermessen im Rahmen des Kostenbescheids?

III. Lösung

Die Kennzeichenerfassung geschah rechtmäßig, wenn sie sich im Rahmen ihrer Ermächtigungsgrundlage (deren Verfassungsmäßigkeit zu unterstellen ist) hält.

A. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für automatisierte Kennzeichenerfassungen in Baden-Württemberg ist § 22a PolG. Dass der Fall in Baden-Württemberg spielt darf unterstellt werden, ist aber auch über die geographischen Hinweise und falls nötig über § 70 II Nr. 2 PolG herleitbar, aus dem sich die Lage Villingen-Schwenningens in Baden-Württemberg ergibt.

B. Voraussetzungen

Aus der Ermächtigungsgrundlage ergeben sich formelle und materielle Anforderungen an die Maßnahme.

I. Formell

1. Zuständigkeit

Gem. § 22a I 1 PolG ist der Polizeivollzugsdienst (des Landes BW) zuständig.² Dieser hat laut Sachverhalt auch gehandelt.

² Ruder/Schmitt, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2011, Rn. 447a.

2. Verfahren

Eine vorherige Anhörung der Betroffenen war nicht erforderlich, weil gem. § 22a I 1 PolG die Maßnahme heimlich durchgeführt werden kann. Nur so macht sie in der Regel Sinn: Eine offensichtbare Kennzeichenerfassung könnte schlicht umfahren oder durch rechtzeitiges Anhalten gemieden werden. Außerdem könnten Dritte vor ihr gewarnt werden.

Braun sieht dagegen verdeckte Kennzeichenerfassungen kritisch: die Maßnahme sollte, auch zur Abschreckung, offen durchgeführt werden.³ Gleichzeitig lehnt er eine Verpflichtung, durch „Warn- und Hinweisschilder auf [die Maßnahme] aufmerksam zu machen“, ab.⁴ Woher der Betroffene dann aber wissen soll, welchem Zweck die von ihm möglicherweise bemerkte Kamera dient, ist jedoch nicht ersichtlich.

3. Form

Formfehler sind nicht ersichtlich.

Damit wurde die Maßnahme formell rechtmäßig durchgeführt.

³ *Braun*, BayVBl. 2011, 549 (553); ähnlich *Roßnagel*, Kennzeichenscanning - verfassungsrechtliche Bewertung der verdachtslosen automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen - Rechtsgutachten im Auftrag des Allgemeinen Deutschen Automobil-Club e.V., 2008, S. 80 f, sowie ders., NJW 2008, 2547, 2550; a.A. für die bayerische Rechtslage *VG München*, Urteil vom 23.9.2009 - M 7 K 08.3052, MMR 2010, 65.

⁴ *Braun*, BayVBl. 2011, 549 (553).

II. Materiell

Es müssten auch die materiellen Voraussetzungen des § 22a PolG erfüllt sein.

1. Kontrolle nach § 26 PolG

Dazu müsste eine Kontrolle nach § 26 I PolG stattgefunden haben. Es reicht nicht, dass dessen Voraussetzungen vorlagen, vielmehr müsste eine solche Kontrolle auch tatsächlich durchgeführt worden sein („bei Kontrollen nach § 26 I“).⁵

a) Während für Maßnahmen nach § 22a PolG der Polizeivollzugsdienst zuständig ist, ist es nach § 26 I PolG „die Polizei“. Damit ist grundsätzlich nicht der Polizeivollzugsdienst, sondern die Polizeibehörde gemeint, § 60 I PolG. Gem. § 60 III PolG ist der Polizeivollzugsdienst aber auch für Maßnahmen nach § 26 PolG zuständig.

b) Die Kontrolle fand weder statt, um eine der Polizei bekannte, konkrete Gefahr abzuwehren (Nr. 1), noch um konkret gesuchte Straftäter zu ergreifen (Nr. 4 und 5). Sie fand auch nicht an einem besonders gefährdeten (Nr. 3) oder verrufenen (Nr. 2) Ort statt.

⁵ Erforderlich ist also beides: Das Vorliegen der Voraussetzungen und die tatsächliche Durchführung einer Kontrolle nach § 26 I PolG (*Stephan*, in: *Wolf/Stephan/Deger*, PolG, 6. Aufl. 2009, § 22a Rn. 3).

c) Es könnte sich um eine Kontrolle nach Nr. 6 gehandelt haben.

Sie fand auf einer Bundesautobahn statt und diente der Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität („...gestohlene Autos, Betäubungsmittel und Schwarzgeld vor dem Transport ins Ausland ausfindig zu machen“). Die Kontrolle wurde tatsächlich durchgeführt.

Zwischenergebnis: Die Voraussetzungen des § 26 I Nr. 6 PolG lagen vor, die diesbezügliche Kontrolle wurde auch tatsächlich durchgeführt.

2. Gefahrenabwehr oder vorbeugende Bekämpfung von Straftaten

Die Maßnahme müsste „zur Abwehr einer Gefahr oder zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten“ durchgeführt worden sein (§ 26 I PolG).

Obwohl die Maßnahme also „zur“ Gefahrenabwehr zulässig ist, setzt sie das Bestehen einer Gefahr nicht voraus: Sie dient dazu vielmehr dazu, das Bestehen einer Gefahr bzw. Störung zu erkennen. Entsprechend muss es sich bei den fotografierten Personen nicht um Störer handeln. Die Maßnahme ist „ereignis- und verdachtsunabhängig“.⁶

⁶ Braun, BayVBl. 2011, 549 (550).

a) Gemeint ist Gefahr i.S.v. § 1 I PolG,⁷ also eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung.

aa) Eine **Gefahr** liegt vor, wenn der Sachverhalt bei ungehindertem Ablauf wahrscheinlich zu einer Rechtsgutsverletzung führen wird.⁸ Auch eine bereits eingetretene **Störung** rechtfertigt Maßnahmen, die der Gefahrenabwehr dienen: Zwar nennt § 22a I PolG die Störung nicht ausdrücklich als Voraussetzung, sie muss aber erst recht bekämpft werden können. Die Störung zu beseitigen dient zudem der Beseitigung der Gefahr einer länger andauernden Störung.⁹

bb) **Öffentliche Sicherheit** beschreibt die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen, die ungestörte Grundrechtsausübung und die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung.¹⁰

Das ungenehmigte Ein- oder Ausführen von Betäubungsmitteln (§ 29 I 1 Nr. 1 BtMG), das Stehlen von Autos (§§ 242, 243 I Nr. 2 Alt. 2 oder 248b StGB) ist

⁷ Stephan, in: Wolf/Stephan/Deger, PolG, 6. Aufl. 2009, § 22a Rn. 3.

⁸ Deger, in: Wolf/Stephan/Deger, PolG, 6. Aufl. 2009, § 1 Rn. 20.

⁹ Ruder/Schmitt, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2011, Rn. 240.

¹⁰ Deger, in: Wolf/Stephan/Deger, PolG, 6. Aufl. 2009, § 1 Rn. 41.

strafbar. „Schwarzgeld“ kann aus Straftaten gewonnen und/oder nicht ordnungsgemäß versteuert sein.

Gestohlene Autos, Betäubungsmittel und Schwarzgeld aufzufinden dient der Abwehr der durch die jeweilige Tat eingetretenen Störung und verhindert das Eintreten weiterer Störungen, nämlich der Fortführung der ersten Störung und der Verwirklichung von Folgetaten; es dient also der Gefahrenabwehr.¹¹

cc) **Öffentliche Ordnung** meint ungeschriebene Rechtssätze, deren Beachtung unabdingbare Voraussetzung für ein gedeihliches Zusammenleben ist.¹²

Fälle, in denen die öffentliche Ordnung durch Kennzeichenerfassungen geschützt werden könnte, sind kaum vorstellbar. In der Literatur werden Kennzeichenerfassungen zum Schutze der öffentlichen Ordnung als unzulässig angesehen.¹³

Dies geht nach hier vertretener Auffassung jedoch zu weit, denn auch die öffentliche Ordnung ist Schutzgut des Polizeirechts. Sollte nach einer Person oder einem Kennzeichen zum Schutze der öffentlichen Ordnung gefahndet werden, so würde dies auch rechtferti-

gen, einen „Trefferfall“ auszulösen. Ob zum Schutze der öffentlichen Ordnung gefahndet werden darf, richtet sich nach den jeweiligen Fahndungsvorschriften, nicht nach dem Recht der Kennzeichenerfassung.

cc) **Vorbeugende Bekämpfung** von Straftaten meint i.d.R. Maßnahmen wie Beratung und Warnung, aber auch die Sammlung bestimmter Daten („Dateien über mutmaßliche künftige Straftäter (§ 38 PolG), Sammlung von Schuhsohlenabdrücken, Schreibmaschinenschriften etc.“.)¹⁴ Sie ist der Gefahrenabwehr, nicht der Repression zuzuordnen.¹⁵

Hier ist zu beachten, dass die Nicht-Treffer-Fälle nicht gespeichert werden. Die Daten „Unschuldiger“ werden also nicht etwa auf Vorrat gespeichert, um bei Bedarf zur Aufklärung von Straftaten dienen zu können. Zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten kann die Kennzeichenerfassung daher nur dienen, wenn zu diesem Zweck bereits

¹¹ Braun, BayVBl. 2011, 549 (550).

¹² Deger, in: Wolf/Stephan/Deger, PolG, 6. Aufl. 2009, § 1 Rn. 64.

¹³ Zeitler/Trurnit, Polizeirecht für Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2011, Rn. 664.

¹⁴ Deger, in: Wolf/Stephan/Deger, PolG, 6. Aufl. 2009, § 1 Rn. 4b. Zur Schwierigkeit, polizeilichen Informationseingriffe einem präventiven oder repressiven Schwerpunkt zuzuordnen, vgl. Kempfler/Käß, BayVBl. 2011, 556 (558).

¹⁵ BVerfGE 113, 348 (367 f.); Braun, BayVBl., 2011 549 (550); die Ansicht, dass jede, auch untergeordnete, repressive Verwendungsmöglichkeit die Zuordnung zur Gefahrenabwehr verleihe, die Maßnahme daher nur vom Bund geregelt werden könne (so bei Roßnagel, DAR 2008, 61 (63)), ist abzulehnen.

nach einem Kennzeichen gefahndet wird, etwa nach § 25 PolG (Ausschreibung zum Zwecke der Mitteilung über das Antreffen). Dass die Durchführung automatischer Kennzeichenerfassungen auch zu diesem Zweck verfassungskonform geregelt werden kann hat das BVerfG entschieden.¹⁶ Die Regelung ist auch hinreichend bestimmt, weil in § 22a II 3 Nr. 1 PolG ausdrücklich darauf hingewiesen wird.¹⁷

Zwischenergebnis: Die Maßnahme wurde vor allem zur Gefahrenabwehr durchgeführt, diente aber auch der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten.

3. Datenerhebung

Der Polizeivollzugsdienst darf „durch den verdeckten Einsatz technischer Mittel automatisch Bilder von Fahrzeugen aufzeichnen und deren Kennzeichen erfassen.“

Genau das wurde laut Sachverhalt getan.

Eine Gefahr oder Störung durch das Fahrzeug oder seine Insassen ist nicht Voraussetzung für die Kennzeichenerfassung.

Diese durfte gem. § 22a I 2 Nr. 4 PolG „nicht längerfristig“ erfolgen. Wie lange „nicht längerfristig“ ist, ist nicht ausdrücklich geregelt. In der Literatur wird daher die Bestimmtheit der Norm verneint.¹⁸

Zeitler/Trurnit sehen die Voraussetzung, nicht längerfristig zu handeln, nur gegeben an, wenn die Maßnahme auf einem längeren Streckenabschnitt in der ganz überwiegenden Zeit nicht durchgeführt wird.¹⁹ Dabei bleibt aber wiederum unklar, was eine ganz überwiegende Zeit ist und worin der zeitliche Vergleichsmaßstab liegen soll: Hält man 51 oder 90 Prozent „der Zeit“ für „ganz überwiegend“? Müssen 51 oder 90 Prozent eines Tages, einer Woche oder eines Jahres frei von Überwachung bleiben?

Unklar ist auch die örtliche Bezugnahme (längerer Streckenabschnitt): Sie dient wohl dazu, sicherzustellen, dass die Polizei das Verbot der Längerfristigkeit nicht durch nur geringfügige Ortsveränderungen der Anlage umgeht.²⁰ Das Merkmal eines „längeren

¹⁶ BVerfGE 120, 378 (418).

¹⁷ Dieses Erfordernis wird aufgestellt in BVerfGE 120, 378 (418).

¹⁸ *Mußmann*, in: *Belz/Mußmann*, PolG, 7. Aufl. 2009, § 22a Rn. 14; zustimmend *Ruder/Schmitt*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2011, Rn. 447b.

¹⁹ *Zeitler/Trurnit*, Polizeirecht für Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2011, Rn. 669.

²⁰ Vgl. *Kugelman*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2012, Kapitel 7 Rn. 134 und *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ord-

Streckenabschnitts“ mag auf einer Autobahn noch einleuchten. Im Stadtverkehr ist es wegen der vielen Abzweigungen und Alternativstrecken nicht durchzuhalten.

Das Merkmal „längerfristig“ wird im Zusammenhang mit Observationen in § 22 I Nr. 1 PolG definiert: Danach ist die Observation längerfristig, wenn sie „innerhalb einer Woche länger als 24 Stunden [dauert] oder über den Zeitraum einer Woche hinaus [stattfindet]“. Diese Definition kann auf § 22a I 2 Nr. 4 PolG übertragen werden,²¹ zumal das BVerfG sich ausdrücklich darauf bezieht.²²

Kontrollen, die mit einer Verlangsamung und Verengung des Verkehrs auf einer Autobahn verbunden sind, werden typischerweise nicht längerfristig (z.B. über 24 Stunden) durchgeführt. Hiervon kann jedenfalls mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ausgegangen werden.

Fraglich ist, was mit „Kennzeichen“ gemeint ist. In Frage kommt einerseits

das amtliche Kennzeichen i.S.v. § 8 FZV (Verordnung über die Zulassung von Fahrzeugen zum Straßenverkehr).

Denkbar ist aber auch, dass auch andere die Unterscheidung ermöglichende Merkmale (Marke, Farbe) erhoben werden dürfen.

Einen Anhaltspunkt bietet § 22a II 4 PolG, wonach der Abgleich nur mit vollständigen Kennzeichen erlaubt ist. Unvollständige Farben oder Markembleme sind schwer vorstellbar, so dass hier nur das amtliche Kennzeichen gemeint sein kann.²³

4. Datenabgleich

Zudem ist die durchgeführte Plausibilitätsprüfung nicht in § 22a PolG vorgesehen. Farbe und Marke dürfen weder erhoben, noch mit den Daten der Zulassungsstelle verglichen werden. Es darf nur in den Fahndungsdateien geprüft werden, ob das amtliche Kennzeichen zur Fahndung ausgeschrieben ist – Auch dies spricht (sehr deutlich) dafür, dass nur das amtliche Kennzeichen gemeint sein kann.

nungsrecht, 6. Aufl. 2010, § 14 Rn. 18d, die dauerhafte stationäre Kennzeichenerfassungen für unzulässig halten.

²¹ A.A. Zeitler/Trurnit, Polizeirecht für Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2011, Rn. 669; Mußmann, in: Belz/Mußmann, PolG, 7. Aufl. 2009, § 22a Rn. 14.

²² BVerfGE 120, 378 (417).

²³ Hiervon gehen Gesetzgeber, Literatur und Rechtsprechung stillschweigend aus. Ausdrücklich, aber ohne Begründung sprechen vom amtlichen Kennzeichen Würtenberger/Heckmann, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2005, Rn. 672a.

Da die Plausibilitätsprüfung nicht von § 22a PolG gedeckt ist, ist sie mangels EGL rechtswidrig. Dies gilt für die Prüfung

- * ob das fotografierte amtliche Kennzeichen überhaupt vergeben ist,
- * ob Farbe und Marke des fotografierten Autos mit den in der Datei der Zulassungsstelle hinterlegten Angaben zum amtlichen Kennzeichen übereinstimmen.

Der Abgleich mit dem Fahndungsbestand i.S.d. § 22a II PolG ist dagegen rechtmäßig.

5. Speicherung

Wenn ein Trefferfall vorliegt dürfen die rechtmäßig erhobenen Daten auch gespeichert werden.²⁴

Der Trefferfall ist hier aber auf die unzulässige Datenerhebung zurückzuführen. Gefahndet wurde nach dem Kennzeichen nicht.

Nach alledem war die Maßnahme rechtmäßig, soweit die Daten mit dem Fahndungsbestand des BKA abgeglichen wurden. Sie war rechtswidrig, soweit die Plausibilitätskontrolle bei der Zulassungsstelle erfolgte.

Bei rechtmäßiger Anwendung der Vorschrift werden demnach vertauschte bzw. gefälschte Kennzeichen nicht auffallen. Die Zulassung einer solchen Plausibilitätskontrolle de lege ferenda erscheint nicht verfassungswidrig. Insbesondere verletzt sie nicht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im (nicht zu speichernden) Nichttrefferfall, wenn und weil die Daten sofort gelöscht werden.²⁵ Im Trefferfall ist der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch insoweit rechtfertigungsfähig.

Teil 2

Eine Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Aufdrängende Sonderzuweisungen bestehen nicht. Nach § 40 I 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet. Streitentscheidende Normen sind i.v.F. solche des Polizeirechts, insbesondere § 8 PolG. Abdrängende Sonderzuweisungen bestehen nicht. Der Verwaltungsrechtsweg ist daher eröffnet.

²⁴ Ruder/Schmitt, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2011, Rn. 447f.

²⁵ Vgl. BVerfGE 120, 378 (399).

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, § 88 VwGO. A möchte den Kostenbescheid angreifen. Dieser ist ein VA i.S.d. § 35 1 LVwVfG. Richtige Klageart ist daher die Anfechtungsklage, § 42 I Alt. 1 VwGO.

III. Klagebefugnis

A müsste gem. § 42 II VwGO geltend machen, durch den Verwaltungsakt in ihren Rechten verletzt zu sein.

Die Möglichkeit einer Rechtsverletzung ist ausreichend (Möglichkeitstheorie).²⁶ Jedenfalls die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG kann hier beeinträchtigt sein, da A Adressatin eines belastenden VA ist (Adressatentheorie).²⁷

IV. Vorverfahren

Das gem. § 68 II, I VwGO erforderliche Vorverfahren wurde laut Sachverhalt erfolglos durchgeführt. Allerdings hatte A hierbei die Widerspruchsfrist nicht eingehalten: Sie hatte erst nach 6 Wochen Widerspruch eingelegt, obwohl die Frist gem. § 70 I VwGO einen Monat betrug. Hinweise auf Umstände, die eine Wiedereinsetzung in den vorigen

Stand (§ 60 VwGO) ermöglichen würden, sind nicht ersichtlich.

Fraglich ist, welche Folgen dieses Versäumnis hat.

Ausgangs- und Widerspruchsbehörde haben sich nicht auf die Fristversäumung berufen, sondern den Verwaltungsakt nur inhaltlich verteidigt.

Nach st. Rspr. nimmt die Behörde, die „Herrin des Verfahrens“ ist, durch rügelose Sacheinlassung das Verfahren wieder auf. Dazu sei sie berechtigt, solange der VA nicht einen Dritten begünstige. Die Fristversäumung sei in diesen Fällen der Wiederaufnahme unerheblich,²⁸ woraus folge, dass bei Erfolglosigkeit des Widerspruchsverfahrens die Klage zulässig sei.²⁹

Nach der h. Lit. sei diese „Dominanztheorie“³⁰ abzulehnen, da der VA bestandskräftig geworden sei.³¹ Sie führe zu einem Anspruch des verspäteten Widerspruchsführers auf ermessensfehlerfreie Entscheidung darüber, ob eine Sacheinlassung erfolgen solle. Letztlich könne eine Verpflichtungsklage auf Erteilung eines Widerspruchsbescideids

²⁶ Pietzner/Ronellenfitsch, Assessorexamen, 12. Aufl. 2010, § 14 Rn. 10.

²⁷ Vgl. Pietzner/Ronellenfitsch, Assessorexamen, 12. Aufl. 2010, § 14 Rn. 11.

²⁸ BVerwGE 15, 306 (310); 57, 342 (344 f).

²⁹ Dies konstatiert und kritisiert Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 1998, § 18 Rn. 680.

³⁰ Pietzner/Ronellenfitsch, 12. Aufl. 2010, § 17 Rn. 4.

³¹ Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 1998, § 18 Rn. 680; Kopp/Schenke, § 70 Rn. 9.

erhoben werden, der das Versäumen der Widerspruchsfrist „heilt“.³²

Beide Ansichten sind vertretbar. Wer der h.L. folgt, muss die Zulässigkeit der Klage verneinen und hilfsgutachtlich weiterprüfen. Die Lösung folgt der st.Rspr.

V. Klagefrist

Die Klagefrist des § 74 I VwGO ist einzuhalten.

VI. Klagegegner

Gem. § 78 I Nr. 1 VwGO ist richtiger Klagegegner der Rechtsträger der handelnden (Ausgangs-) Behörde. Da die Gemeinde G den Kostenbescheid erlassen hat, ist G zu verklagen.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

A ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und gem. § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig.

G ist eine juristische Person (§ 1 IV GemO), also beteiligtenfähig im Sinne des § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO. Sie kann selbst keine Prozesshandlungen vornehmen und muss sich daher gem. § 62 III VwGO von ihrem Bürgermeister vertreten lassen, § 42 I 2 GemO.

Zwischenergebnis: Die Klage ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit der Kostenbescheid rechtswidrig ist und A in ihren Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO.

I. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für den Kostenbescheid ist § 8 II PolG.³³ Denn das Abschleppen war eine unmittelbare Ausführung i.S.d. § 8 I PolG.

Eine Ersatzvornahme (§ 49 I PolG i.V.m. § 25 LVwVG) kommt nicht in Betracht, weil dies die Vollstreckung eines Grund-VA (Wegfahrverpflichtung) gewesen wäre. A war aber nicht erreichbar/bekannt, also konnte ihr gegenüber kein VA ergehen. Ein Verkehrsschild (Halteverbot o.ä.) war nicht vorhanden, das Auto stand ja in der privaten Einfahrt des N.

Eine Sicherstellung nach § 32 PolG scheidet aus, weil nicht im Interesse der A gehandelt wurde.³⁴

Eine Beschlagnahme nach § 33 PolG käme nur in Betracht, wenn die Polizei

³² Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 1998, § 18 Rn. 682.

³³ Zur Qualität des § 8 II PolG als Ermächtigungsgrundlage z.B. *Mußmann*, in: *Belz/Mußmann*, PolG, 7. Aufl. 2009, § 8 Rn. 15.

³⁴ Vgl. *Wehr*, Examens-Repetitorium Polizeirecht, 2008, Rn. 285.

die Sache in Gewahrsam genommen hätte (auch auf dem Grundstück eines Abschleppunternehmers möglich³⁵). Da Abschleppunternehmer abzuschleppende Autos entweder selbst verwahren oder auf geeignete öffentliche Stellplätze „umstellen“ ist eine Gewahrsamsbegründung durch die Gemeinde eher unwahrscheinlich³⁶ (a.A. i.v.F. vertretbar).³⁷

II. Formelle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids

Zuständig für die Erhebung der Kosten ist „die Polizei“. Damit ist diejenige Stelle gemeint, die die unmittelbare Ausführung durchgeführt hat.³⁸ Dies war G. G war also auch für den Erlass des Kostenbescheids zuständig.

Verfahrens- oder Formfehler sind nicht ersichtlich. Sollte der Kostenbescheid ohne vorherige Anhörung erlassen worden sein, so wurde diese jedenfalls im Widerspruchsverfahren nachgeholt.

III. Materielle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids

Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids ist die Rechtmäßigkeit der zu Grunde liegenden Maßnahme³⁹ (hier: Abschleppen).

1. Formelle Rechtmäßigkeit des Abschleppens

Gem. § 8 I 1 PolG ist für die unmittelbare Ausführung „die Polizei“ zuständig. Dies sind gem. § 59 PolG sowohl die Polizeibehörden,⁴⁰ als auch der Polizeivollzugsdienst.

Zu den Polizeibehörden zählen auch die Gemeinden als Ortspolizeibehörden (§ 61 I Nr. 4 i.V.m. § 62 IV 1 PolG), die gem. § 66 II PolG sachlich zuständig sind, soweit – wie hier – nichts anderes bestimmt ist. Damit war G zuständig.

Verfahrens- oder Formfehler sind nicht ersichtlich, insbesondere konnte A, da nicht als Halterin bekannt, nicht vorher angehört werden.

³⁵ Deger, in: Wolf/Stephan/Deger, PolG, 6. Aufl. 2009, § 8 Rn. 15.

³⁶ Vgl. Deger, in: Wolf/Stephan/Deger, PolG, 6. Aufl. 2009, § 8 Rn. 20.

³⁷ Vgl. zur Abgrenzung auch Pieroth /Schlink /Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2010, § 19 Rn. 4.

³⁸ Deger, in: Wolf/Stephan/Deger, PolG, 6. Aufl. 2009, § 8 Rn. 39.

³⁹ König, in: Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 41. Aufl. 2011, § 12 StVO Rn. 66; Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2010, § 25 Rn. 14.

⁴⁰ Würtenberger/Heckmann, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2005, Rn. 828.

2. Materielle Rechtmäßigkeit des Abschleppens

§ 8 I GG setzt voraus, dass der Erlass eines fiktiven VA,⁴¹ der zu einer vertretbaren Handlung⁴² verpflichtet, rechtmäßig gewesen wäre und nur daran gescheitert ist, dass der Störer nicht (rechtzeitig) erreichbar war.⁴³

a) Rechtmäßigkeit eines fiktiven Wegfahrverbots

aa) Ermächtigungsgrundlage eines fiktiven Wegfahrverbots

Ein Wegfahrgebot hätte auf die polizeiliche Generalklausel, §§ 1, 3 PolG, gestützt werden können.

bb) Formelle Rechtmäßigkeit eines fiktiven Wegfahrverbots

Zuständig nach §§ 1, 3 PolG wäre wiederum die Polizei, also G als Ortspolizeibehörde gewesen (s.o.).

cc) Materielle Rechtmäßigkeit eines fiktiven Wegfahrverbots

Die Generalklausel setzt eine Gefahr für die oder eine Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung voraus.

(1) Ein nicht angemeldetes Auto auf einem privaten Grundstück abzustellen ist nicht schlechthin verboten. Im Gegenteil darf es gerade nicht im öffentlichen Verkehrsraum abgestellt werden. Da es fahrtüchtig ist, erscheint auch ein Verstoß gegen Abfallrecht ö.ä. fernliegend. Denkbar ist zwar, dass eine Störung der öffentlichen Sicherheit darin bestand, dass das nicht angemeldete Auto über öffentliche Straßen auf das Grundstück des N gefahren wurde. Das geht aber aus dem Sachverhalt nicht eindeutig hervor. A kann es auch dort hin abgeschleppt haben. Jedenfalls diente das Abschleppen durch G aber nicht dazu, eine – nicht mehr bestehende – diesbezügliche Gefahr oder Störung abzuwehren.

(2) Das Parkverbot des § 12 III Nr. 3 StVO gilt nur für das Parken vor der Grundstückseinfahrt, nicht für das Parken auf dem Privatgrundstück.⁴⁴

⁴¹ Ruder/Schmitt, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2011, Rn. 353.

⁴² Mußmann, in: Belz/Mußmann, PolG, 7. Aufl. 2009, § 8 Rn. 8 mit dem treffenden Hinweis: „das Gebot, das Absingen nationalsozialistischer Lieder zu unterlassen (unvertretbar) kann nicht durch die unmittelbare Ausführung ersetzt werden“.

⁴³ Vgl. Deger, in: Wolf/Stephan/Deger, PolG, 6. Aufl. 2009, § 8 Rn. 13.

⁴⁴ Außer, es wäre dem öffentlichen Verkehr gewidmet. Siehe Jagusch/Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 33. Aufl. 1995, § 12 StVO, Rn. 47.

(3) Das unerlaubte Benutzen eines fremden Grundstücks verletzt das Privateigentum (vgl. §§ 903, 1004 BGB). Zum Schutz privater Rechte Dritter ist die Polizei aber nur im Rahmen des § 2 II PolG berufen. Hier böte sich für N die Inanspruchnahme zivilgerichtlichen Rechtsschutzes (Beseitigungsanspruch) an, ggfs. im Rahmen vorläufigen Rechtsschutzes; dies scheitert i.v.F. aber daran, dass weder Halter noch Verursacher zu ermitteln sind. Ggfs kann auch das Selbsthilferecht (§ 859 I BGB) das Recht geben, das Auto entfernen zu lassen⁴⁵ – mehr kann ja auch die Polizei nicht tun.

Wenn ein Tätigwerden der Polizei gem. § 2 II PolG vielleicht auch nicht völlig ausgeschlossen ist, so ist es doch zumindest zweifelhaft.⁴⁶

(4) Das unerlaubte Parken vor und in fremden Grundstückseinfahrten ist in Baden-Württemberg jedoch eine Ordnungswidrigkeit (§ 12 I Nr. 2 LOWiG).⁴⁷ Als Ordnungswidrigkeit stellt dieses unerlaubte Parken auch eine Störung

der öffentlichen Sicherheit dar.⁴⁸ Die Polizei konnte daher – ohne die Einschränkungen des § 2 II PolG beachten zu müssen⁴⁹ – ein Wegfahrverbot aussprechen.⁵⁰

(5) Ermessensfehler sind nicht ersichtlich

b) Unerreichbarkeit des Störers

Der Störer müsste unerreichbar gewesen sein, § 8 I PolG.

A war als Halterin Zustandsstörerin gem. § 7 PolG, als verantwortliche Fahrerinnen Verhaltensstörerin i.S.d. § 6 I PolG.⁵¹ In beiden Eigenschaften war sie G jedoch nicht bekannt und mangels Nummernschildern am Auto auch nicht ermittelbar.⁵² Sie war damit nicht (rechtzeitig) erreichbar.

⁴⁵ König, in: Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 41. Aufl. 2011, § 12 StVO Rn. 64; Huttner, Die Gemeinde 1997, 486 (486).

⁴⁶ Bejahend VG Freiburg, NJW 1979, 2060 (2061), da der Besitzer nicht auf sein Selbsthilferecht verwiesen werden dürfe.

⁴⁷ Huttner, in: Praxis der Kommunalverwaltung, Landesgesetz über Ordnungswidrigkeiten (Landesordnungswidrigkeitengesetz – LOWiG), § 12 Rn. 1 ff.

⁴⁸ Huttner, Die Gemeinde 1997, 486 (487).

⁴⁹ Mußmann, in: Belz/Mußmann, PolG, 7. Aufl. 2009, § 2 Rn. 12.

⁵⁰ Vgl. Sailer, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, Kapitel M Rn. 84.

⁵¹ Vgl. dazu Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 722; Sailer, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, Kapitel M Rn. 83; Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2011, Rn. 346.

⁵² Andere Identifizierungsmöglichkeiten sind im Sachverhalt nicht genannt.

3. Ermessen im Rahmen des Kostenbescheids?

Ob die Behörde verpflichtet⁵³ ist, ihre Kosten dem Störer aufzuerlegen, oder ob sie dazu Ermessen⁵⁴ hat, ist umstritten. Auch nach letzterer Ansicht darf nur in atypischen Fällen auf die Erhebung der Kosten verzichtet werden.⁵⁵

Ein solcher atypischer Fall lag hier nicht vor. Ermessensfehler sind nicht ersichtlich, A durfte – oder musste – zur Kostentragung herangezogen werden.

III. Ergebnis

Damit ist der Kostenbescheid rechtmäßig. Er kann A nicht in ihren Rechten verletzen, die Klage ist unbegründet und hat keine Aussicht auf Erfolg.

⁵³ Für eine Pflicht *Mußmann*, in: *Belz/ Mußmann*, PolG, 7. Aufl. 2009, § 8 Rn. 18.

⁵⁴ Für Ermessen *Deger*, in: *Wolf/Stephan/Deger*, PolG, 6. Aufl. 2009, § 8 Rn. 27 unter Berufung auf *VGH BW*, VBIBW 2007, 350-351, wo es jedoch um die Erstattung von Kosten für eine Ersatzvornahme „nach § 49 Abs. 1 PolG i.V.m. § 25 und § 31 Abs. 1, 2 und 4 LVwVG i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 8 LVwVGKO (a.F.)“ ging (aaO, Rn. 16 (Juris)).

⁵⁵ Vgl. die Nachweise in den vorangegangenen beiden Fußnoten.

Christian Pfuhl *

Geldknappheit bei Aldo

I. Sachverhalt

Aldo (A) studiert Jura an der Universität U. Der alltägliche Lernstress verursacht bei A stets einen immensen Hunger. Aus diesem Grund geht A in die Mensa, um sich so richtig satt zu essen. Im Gegensatz zu seinen Kommilitonen gibt sich A aber nicht mit dem billigen „Studentenfutter“ zufrieden, sondern er entscheidet sich standesgemäß für das teure Grillessen, welches 5,90 € kostet. Als er sich in Richtung Kasse bewegt, bemerkt er, dass er seine Mensakarte in der Bibliothek vergessen hat. Da er nur über 1 € Bargeld verfügt, schnappt sich A die Mensakarte des Paul (P), welche dieser unbeaufsichtigt auf seinem Tablett liegen gelassen hatte, als er sich an der Salatbar bediente. A steckt diese

sogleich in seine Hosentasche. Allerdings möchte A die Karte dem P nach Bezahlung des Essens zurückgeben. Als A die Mensakarte – mit der nur bezahlt werden kann, wenn diese mit ausreichend Geld aufgeladen ist, und die keine persönlichen Daten enthält – auf das Lesegerät an der Kasse legt, zeigt dieses an, dass die Mensakarte des P nur 3 € Guthaben hat. Deshalb kommt es zu keiner Abbuchung des Betrages durch das Gerät. Nach dem erfolglosen Bezahlungsvorgang legt A die Mensakarte unbemerkt auf das Tablett des P zurück, der immer noch an der Salatbar steht.

A möchte nun zumindest einen Schluck Wasser trinken. Zu diesem Zweck nimmt er sich eine Flasche Mineralwasser, welche 0,80 € kostet und geht zur Kasse der Mensa. Er überreicht der Kassiererin das 1 € Stück. Die unaufmerksame Kassiererin geht irrig davon aus, dass es sich um ein 2 € Stück handelt, weshalb sie dem A 1,20 € zurückgibt. Der hoch erfreute A steckt das Geld sofort ein und verlässt die Mensa.

* Der Autor ist Rechtsreferendar am Landgericht Konstanz und geprüfte wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Rechtsinformatik und außergerichtliche Konfliktbeilegung von Herrn Prof. Dr. Jörg Eisele, Universität Konstanz.

¹ Der Fall wurde im Rahmen der Zwischenprüfung im SS 2011 an der Universität Konstanz gestellt.

Da A durch alle Klausuren gefallen ist, gibt er das Studium auf. Seine Eltern unterstützen ihn auch nicht mehr, weshalb er an notorischer Geldknappheit leidet. Deshalb entschließt er sich eine Tankstelle zu überfallen. Dazu steckt er eine täuschend echt aussehende Spielzeugpistole in seine Jackentasche. Diese möchte er beim Überfall verwenden, indem er die Spielzeugpistole versteckt in der Jackentasche hält und dadurch dem Tankstelleninhaber vorspiegeln möchte, eine geladene Schusswaffe bei sich zu haben. Daraufhin tritt A in die Tankstelle und ruft mit lauter Stimme „Hände hoch oder ich knall dich ab“. Dabei richtet er – wie geplant – die täuschend echt aussehende Spielzeugpistole in seiner Jackentasche auf den Tankwart Ludwig (L). Dies wird äußerlich durch eine Ausbeulung der Jacke erkennbar. Anschließend springt A hinter den Ladentisch, räumt die geöffnete Kasse aus und steckt das Geld in seine für diesen Zweck mitgenommene Sporttasche. L steht aufgrund der Bedrohungssituation regungslos daneben. Rudi (R), der gerade zum Zahlen in die Tankstelle kommt und alles beobachten konnte, stellt sich dem flüchteten A in den Weg, um diesen aufzuhalten. A zögert nicht lange und schlägt den R nieder, um sich so die Flucht zu ermöglichen. Das Geld ist ihm in diesem Moment egal.

Aufgabe

Strafbarkeit des A nach dem StGB?

Bearbeitervermerk

Auf eine Strafbarkeit wegen des zurückgebliebenen Essens in der Mensa ist nicht einzugehen. §§ 239, 239 a, 239 b StGB sind nicht zu prüfen. Alle erforderlichen Strafanträge sind gestellt.

II. Gliederung

1. Tatkomplex: Einsatz der Mensakarte

A. Strafbarkeit von A gem. § 242 I

B. Strafbarkeit von A gem. §§ 263, 22, 23 I

C. Strafbarkeit von A gem. §§ 263 a I Var. 3, 22, 23 I

2. Tatkomplex: Kauf der Mineralwasserflasche

A. Strafbarkeit von A gem. § 263 I

B. Strafbarkeit des A gem. §§ 263 I, 13 I

3. Tatkomplex: Überfall in der Tankstelle

A. Strafbarkeit von A gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1 a, b

B. Strafbarkeit von A gem. § 252

C. Strafbarkeit gem. § 240 I, II

D. Strafbarkeit von A gem. § 223 I

III. Lösung

1. Tatkomplex: Einsatz der Mensakarte

A. Strafbarkeit von A gem. § 242 I₂

Indem A die Mensakarte des P von dessen Tablett nahm, könnte er sich des Diebstahls gem. § 242 I zum Nachteil des P strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

Bei der Mensakarte handelt es sich um eine für A fremde bewegliche Sache. A müsste diese weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden Gewahrsams, unter Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams³. Indem A die Mensakarte in seine Hosentasche gesteckt hatte, hat er eine Gewahrsamsenklave geschaffen, was dazu führte, dass der bisherige Gewahrsamsinhaber – hier P – in den höchstpersönlichen Tabubereich des A

eingreifen müsste, um auf die Sache zugreifen zu können. Da dadurch der Zugriff wesentlich erschwert ist, liegt bereits zu diesem Zeitpunkt ein Gewahrsamswechsel vor. Eine Wegnahme ist somit gegeben.

2. Subjektiver Tatbestand

Des Weiteren wollte A die Mensakarte auch wegnehmen. Vorsatz bzgl. der objektiven Tatbestandsmerkmale liegt vor.

Ferner müsste zum Zeitpunkt der Wegnahme Zueignungsabsicht seitens des A vorhanden gewesen sein. Der Täter handelt mit Zueignungsabsicht, wenn er die Sache wegnimmt, um sie sich unter Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung (*se ut dominum gerere*) seiner eigenen Vermögenssphäre oder die eines Dritten zumindest vorübergehend einzuverleiben (Aneignungsabsicht) und den Berechtigten dauerhaft aus dessen Position zu verdrängen (Enteignungswille)⁴. Indem A vorliegend die Mensakarte zur Zahlung benutzen wollte, hatte er sie sich zumindest vorübergehend angeeignet. Allerdings wollte A die Mensakarte nach dem Zahlungsvorgang dem P zurückgeben. A wollte P nicht dauerhaft aus

² Alle Paragraphen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

³ *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 242 Rdnr. 22 ff.; *Kindhäuser*, in: NK/StGB, 3. Aufl. (2010), § 242 Rdnr. 27.

⁴ *Eisele*, BT II (2009), Rdnr. 61; *Fischer*, 59. Aufl. (2012), § 242 Rdnr. 33 f.; *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl. (2011), § 242 Rdnr. 21.

dessen Position verdrängen. Es liegt ein ernsthafter Rückführungswille vor und somit eine Gebrauchsanmaßung (*furtum usus*).

Allerdings ist allgemein anerkannt, dass neben der Zueignungsabsicht bzgl. der Sachsubstanz auch eine Zueignungsabsicht hinsichtlich des Sachwertes in Betracht kommen kann (Vereinigungstheorie)⁵. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht jeder wirtschaftliche Wert aus dem Gebrauch der Sache (*lucrum ex negotio cum re*) als Sachwert begriffen werden kann, da ansonsten eine Ausuferung drohen würde, wodurch der Tatbestand seine Konturen verlieren würde⁶. Deshalb wird verlangt, dass der Sachwert in der Sache selbst verkörpert ist respektive mit der Sache verknüpft ist⁷. Die Karte muss mit Geld aufgeladen werden. Durch das Auflegen auf das Lesegerät findet die Bezahlung statt, indem der zu bezahlende Warenwert von der Karte abgebucht wird. Die Karte wird dann um den jeweiligen Betrag entwertet. Bei der Mensakarte

handelt es sich deshalb um eine Geldkarte, die mit Geld gefüllt werden muss, damit sie eingesetzt werden kann. Daher kann zum Ergebnis gekommen werden, dass die Mensakarte einen wirtschaftlichen Wert verkörpert. Es liegt hier ein der Karte innewohnender Sachwert vor. Somit kommt vorliegend eine auf den Sachwert bezogene Zueignungsabsicht in Betracht. Der Umstand, dass es zu keinem Zueignungserfolg kam, da die Mensakarte zu wenig Guthaben verkörperte, steht der Vollendung nicht entgegen⁸. Da A zum Zeitpunkt der Wegnahme der Mensakarte die Absicht hatte, sich den Sachwert anzueignen und ferner den P dauerhaft zu enteignen, lag eine Zueignungsabsicht vor.

Des Weiteren hatte A auch keinen Anspruch auf das Geld, welches auf der Mensakarte gespeichert war. Die Rechtswidrigkeit der Zueignung liegt vor.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Rechtswidrigkeit und Schuld sind ebenfalls zu bejahen.

⁵ BGHSt 4, 236 (238); BGHSt 24, 115 (119); *Eisele*, BT II (2009), Rdnr. 62; *Schmitz*, in: MünchKomm/StGB, Bd. 3 (2003), § 242 Rdnr. 116; *Rengier*, BT I, 13. Aufl. (2011), § 2 Rdnr. 47.

⁶ *Eisele*, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 63; *Schmitz*, in: MünchKomm/StGB, Bd. 3 (2003), § 242 Rdnr. 116; *Rengier*, Strafrecht BT I, 13. Aufl. (2011), § 2 Rdnr. 47; a.A. OLG Frankfurt, NJW 1962, 1879.

⁷ *Eisele*, BT II (2009), Rdnr. 63; *Rengier*, BT I, 13. Aufl. (2011), § 2 Rdnr. 47.

⁸ Beim Diebstahl § 242 StGB handelt es sich um ein Absichtsdelikt in Form eines kupierten Erfolgsdelikts, d.h. zum Zeitpunkt der Wegnahme muss die Absicht vorhanden sein, sich die Sache zuzueignen. Bei der Zueignung handelt es sich um kein objektives Tatbestandsmerkmal (i.U. zu § 246 StGB).

III. Ergebnis

A hat sich des Diebstahls § 242 I StGB strafbar gemacht. Wegen der Geringwertigkeit ist § 248 a StGB zu beachten. Die versuchte Unterschlagung §§ 246 I, 22, 23 I StGB tritt subsidiär zurück.

B. Strafbarkeit von A gem. §§ 263, 22, 23 I

Der versuchte Betrug an der Kasse scheitert daran, dass sich die Kassiererin, aufgrund des konkreten Verkaufsvorgangs – Zahlung mittels Lesegerätes – keine Gedanken machen muss und somit kein Irrtum gegeben ist⁹.

C. Strafbarkeit von A gem. §§ 263 a I Var. 3, 22, 23 I

A könnte sich jedoch des versuchten (Dreiecks-)Computerbetrugs strafbar gemacht haben. Die Versuchsstrafbarkeit folgt aus § 263 a II i.V.m. § 263 II.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Tatentschluss

Dieser setzt Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale voraus. Zum Einen müsste A vorsätzlich hinsichtlich der unbefugten Verwendung von Daten gehandelt haben. Daten sind alle codierten oder codierbaren Informatio-

nen¹⁰. Vorliegend ist auf der Mensakarte das jeweilige Guthaben gespeichert. Dabei handelt es sich mithin um Daten i.S.d. § 263 a¹¹. Nach h.M. setzt das Verwenden voraus, dass Daten unmittelbar in einen Datenverarbeitungsvorgang eingegeben werden¹². Die Mensakarte wird auf das Lesegerät gelegt. Anschließend prüft das Lesegerät das Guthaben, d.h. die gespeicherten Daten. Darin ist eine unmittelbare Eingabe zu sehen. Zum Anderen müsste der Tatentschluss auf eine unbefugte Verwendung der Daten gerichtet sein. Wann eine Verwendung unbefugt ist, ist streitig.

aa) Subjektivierende Auslegung

Nach dieser Auslegung soll die Verwendung unbefugt sein, wenn die Daten entgegen dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Verfügungsberechtigten verwendet werden¹³. So läge nach diesem Ansatz eine unbefugte Verwendung vor, da P mit der

⁹ Obwohl streng genommen bereits die Täuschung scheitern muss, da die Karte keine persönlichen Daten enthält.

¹⁰ Eisele, BT II (2009), Rdnr. 630; Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl. (2011), § 263 a Rdnr. 3.

¹¹ Es ist zu berücksichtigen, dass der Datenbegriff des § 202 a II nicht auf § 263 a übertragbar ist.

¹² Wohlers, in: MünchKomm/StGB, Bd. 4 (2006), § 263 a Rdnr. 29; Kindhäuser, in: NK/StGB, 3. Aufl. (2010), § 263 a Rdnr. 20; a.A. BayObLG, NJW 1991, 439 f.

¹³ LG Freiburg, CR 2009, 716 f; Eisele, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 637; Kindhäuser, in: NK/StGB, 3. Aufl. (2010), § 263 a Rdnr. 27; Rengier, Strafrecht BT I, 13. Aufl. (2011), § 14 Rdnr. 12.

Verwendung nicht einverstanden gewesen wäre.

bb) Computerspezifische Auslegung

Nach diesem Ansatz soll es darauf ankommen, ob sich der der Datenverwendung entgegenstehende Willen im Computerprogramm niedergeschlagen hat. Nach anderer Ansicht soll es entscheidend sein, ob durch eine Datenmanipulation das System nicht ordnungsgemäß bedient wird¹⁴. Nach diesen Ansätzen läge vorliegend keine unbefugte Verwendung vor, da die Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Das Lesegerät wurde ordnungsgemäß bedient. Ferner schlägt sich der entgegenstehende Wille im Programm nicht nieder.

cc) Betrugsspezifische Auslegung

Die herrschende betrugsspezifische Auslegung verlangt eine täuschungsgleiche Handlung. Es ist danach zu fragen, ob die Verwendung der Daten gegenüber einem Menschen als zumindest konkludente Täuschung über die Befugnis zu bewerten wäre¹⁵. Vorliegend wollte A die Mensakarte als Zah-

lungsmittel benutzen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Mensakarte eine Geldkarte ist, die ein bestimmtes Guthaben verkörpert. Durch Bezahlen wird der konkrete Geldbetrag abgebucht. Der fiktive Mensch, auf den abgestellt wird, würde hier aber – wie schon die Prüfung des versuchten Betruges zeigt – keine Berechtigung prüfen. Persönliche Daten des Karteninhabers sind auf der Karte nicht gespeichert. Entscheidend ist nur das Guthaben, welches auf der Karte enthalten ist. Ein Unterschied zwischen der Barbezahlung und der Bezahlung mittels der Mensakarte ist nicht erkennbar. Einer Barbezahlung wäre auch keine konkludente Erklärung über die Berechtigung zu entnehmen. Insbesondere würde sich der oder die Kassierer(in) keine Gedanken machen. Somit liegt auch nach dieser Auslegung keine Unbefugtheit vor.

dd) Stellungnahme

Für die subjektivierende Auslegung könnte der Wortlaut der Vorschrift sprechen. So kann aus dem Merkmal „unbefugt“ geschlossen werden, dass jede gegen fremde Rechte verstößende Verwendung von Daten erfasst werden soll. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass auch bei anderen Vorschriften, die das Merkmal „unbefugt“ enthalten, lediglich darauf abgestellt wird, ob die jeweilige Verhaltensweise ohne

¹⁴ Eisele, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 637; Fischer StGB, 59. Aufl. (2012), § 263 a Rdnr. 10a; Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl. (2011), § 263 a Rdnr. 12.

¹⁵ Eisele, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 637; Fischer StGB, 59. Aufl. (2012), § 263 a Rdnr. 11; Wohlers, in: MünchKomm/StGB, Bd. 4 (2006), § 263 a Rdnr. 37.

Erlaubnis oder vertragswidrig erfolgt¹⁶. Allerdings stellt die grammatikalische Auslegung lediglich den äußeren Rahmen dar und ferner ist der Hinweis auf die anderweitigen Vorschriften nicht einschlägig, da diese unterschiedliche Rechtsgüter schützen¹⁷. Gegen die subjektivierende Auslegung spricht, dass sie keine klaren Grenzen zieht. Nach dieser Lösung wäre jeder vertragswidrige Gebrauch ein Fall des § 263 a¹⁸. Des Weiteren spricht die Entstehungsgeschichte des § 263 a für eine Anlehnung an den Betrugstatbestand § 263. Denn mit der Schaffung des Computerbetruges sollten etwaige Strafbarkeitslücken geschlossen werden, die entstanden, weil eine Maschine nicht getäuscht werden kann¹⁹. Diese Gründe sprechen für die betrugsspezifische Auslegung. Da nach der computerspezifischen Auslegung ebenfalls keine Unbefugtheit gegeben ist, kann eine Entscheidung dahinstehen.

¹⁶ Wohlers, in: MünchKomm/StGB, Bd. 4 (2006), § 263 a Rdnr. 42; so u.a. der zeitgleich geschaffene § 17 II 2 UWG.

¹⁷ Wohlers, in: MünchKomm/StGB, Bd. 4 (2006), § 263 a Rdnr. 42.

¹⁸ LG Freiburg, CR 2009, 716 (718); Eisele, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 637; Rengier, Strafrecht BT I, 13. Aufl. (2011), § 14 Rdnr. 12.

¹⁹ BGH, NStZ 2005, 213; OLG Karlsruhe, NStZ 2004, 333 f.; LG Freiburg, CR 2009, 716 (718); Eisele, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 637; Wohlers, in: MünchKomm/StGB, Bd. 4 (2006), § 263 a Rdnr. 43; Rengier, Strafrecht BT I, 13. Aufl. (2011), § 14 Rdnr. 14.

2. Ergebnis

Somit hat sich A nicht des versuchten Computerbetruges §§ 263 I Var. 3, 22, 23 I strafbar gemacht²⁰.

2. Tatkomplex: Kauf der Mineralwasserflasche

A. Strafbarkeit von A gem. § 263 I

Indem A die 1, 20 € entgegennahm, könnte er sich zum Nachteil der Mensa bzw. dem Träger der Mensa des Betruges § 263 I strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

Dies setzt voraus, dass A getäuscht hat. Täuschung ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen mit dem Ziel der Irreführung über Tatsachen²¹. Eine Täuschung kann ausdrücklich, konkludent oder durch pflichtwidriges Unterlassen vorgenommen werden²². Eine ausdrückliche Täuschung scheidet vorliegend aus, da A

²⁰ Nichts anderes gilt hinsichtlich einer Strafbarkeit gem. §§ 263 a, 22, 23 I StGB zum Nachteil der Mensa bzw. des Trägers der Mensa.

²¹ Eisele, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 495; Fischer StGB, 59. Aufl. (2012), § 263 Rdnr. 14; Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl. (2011), § 263 Rdnr. 6.

²² Rengier, Strafrecht BT I, 13. Aufl. (2011), § 13 Rdnr. 8; Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 263 Rdnr. 12 ff.

keine Erklärung abgegeben hatte. In Betracht kommt aber eine konkludente Erklärung. Eine solche ist ein Verhalten, das nach Auslegung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls und der Verkehrsanschauung als stillschweigende bzw. schlüssige Erklärung über eine Tatsache zu verstehen ist²³. Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass bei schlichter Entgegennahme einer Leistung stillschweigend erklärt wird, dass diese Leistung auch geschuldet wird. Bei dieser Konstellation handelt es sich um ein bloßes Ausnutzen eines Irrtums. Um von einer Täuschung ausgehen zu können, müsste ein auf Verdeckung der Wahrheit gerichtetes Handeln vorliegen²⁴. Hier hatte A das Wechselgeld in Höhe von 1,20 € entgegengenommen. Tatsächlich standen ihm aber nur 0,20 € zu. Somit hat er zu viel Wechselgeld, in Höhe von 1 €, erhalten. Dies beruhte auf einer Unachtsamkeit der Kassiererin. Diese ging davon aus, dass A mit einem 2 € Stück bezahlt hatte. Dieser Irrtum, der aus der Sphäre der Kassiererin stammt, wurde von A lediglich ausgenutzt. Es liegt im Verantwortungsbereich der Kassiererin das Wechselgeld zu prüfen.

²³ Eisele, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 502; Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 263 Rdnr. 14/15.

²⁴ BGHSt 39, 392 (400 f); Kindhäuser, in: NK/StGB, 3. Aufl. (2010), § 263 Rdnr. 138; Rengier, Strafrecht BT I, 13. Aufl. (2011), § 13 Rdnr. 19.

2. Zwischenergebnis

Es lag keine Täuschung durch aktives Tun seitens des A vor.

II. Ergebnis

A hat sich nicht des Betruges gem. § 263 I strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit von A gem. §§ 263 I, 13 I

Indem A das Wechselgeld entgegennahm, ohne die Kassiererin darauf hinzuweisen, dass sie ihm zu viel zurückgegeben hat, könnte er sich des Betruges durch Unterlassen §§ 263 I, 13 I strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

Nach zutreffender h.M. kann der Betrugstatbestand auch durch Unterlassen verwirklicht werden²⁵. Eine Täuschung durch Unterlassen i.S.d. § 13 I StGB kommt in Betracht, wenn dem Täter die Aufklärung möglich und zumutbar ist und er zu jener rechtlich auch verpflichtet ist²⁶. Da der Betrug ein verhal-

²⁵ BGH, NJW 2000, 3013 ff.; BGH, NStZ 2010, 502 f.; OLG Köln, NStZ-RR 2010, 79 f.; Fischer StGB, 59. Aufl. (2012), § 263 Rdnr. 38; ablehnend Naucke, zur Lehre vom strafbaren Betrug, S. 106 ff.

²⁶ Eisele, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 508; Rengier, Strafrecht BT I, 13. Aufl. (2011), § 13 Rdnr. 27.

tensgebundenes Delikt ist, muss das Unterlassen nach überwiegender Ansicht dem aktiven Tun wertmäßig entsprechen (§ 13 StGB)²⁷. Zu berücksichtigen ist, dass der Betrug nicht nur die Verletzung einer bloßen Aufklärungspflicht sanktionieren möchte. Erforderlich ist darüber hinaus, dass der Täter die Einstandspflicht dafür besitzt, dass das Opfer sich nicht selbst schädigt. In diesem Fall wäre ein besonderes Vertrauensverhältnis gegeben²⁸. Somit ist vorliegend zu untersuchen, ob A hier eine Pflicht zur Aufklärung hatte und darüber hinaus auch ein besonderes Vertrauensverhältnis bestand. Eine Aufklärungspflicht kann sich generell aus einer gesetzlichen Anordnung, aus einem besonderen vertraglichen oder außervertraglichen Vertrauensverhältnis,

aus Ingerenz oder aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) ergeben²⁹.

Eine Garantenstellung aus Gesetz oder aus Ingerenz kommt vorliegend nicht in Betracht. Zu prüfen sind vorwiegend Garantenstellungen aus Vertrag sowie aus dem Grundsatz von Treu und Glauben § 242 BGB.

Eine Aufklärungspflicht kann sich aufgrund eines besonderen vertraglichen oder außervertraglichen Vertrauensverhältnisses ergeben³⁰. Ein solches setzt voraus, dass eine enge persönliche Verbundenheit oder eine vermögensbezogene Beratungspflicht gegeben ist³¹ oder dies ausdrücklich vereinbart wurde³². Bei einem schlichten Kaufvertrag (§ 433 BGB) liegen diese Voraussetzungen nicht vor. Eine Garantenstellung aus Vertrag ist somit nicht gegeben.

Ferner kann eine Aufklärungspflicht auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben § 242 BGB hergeleitet

²⁷ Der Anwendungsbereich der Entsprechungsklausel ist sehr strittig. Manche verneinen deren Funktion gänzlich, siehe *Nitze* Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Begehen durch Unterlassen, S. 107 ff; nach wohl h.M. muss zwischen den reinen Erfolgsdelikten und den verhaltensgebundenen Delikten differenziert werden, *Güntge*, Begehen durch Unterlassen, S. 62 f; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (1996), § 59 V/1; nach weiterer Ansicht muss die Entsprechungsklausel bei jedem Delikt beachtet werden, *Freund*, in: MünchKomm/StGB, Bd. 1, 2. Aufl., (2011), § 13 Rdnr. 202 f.; *Roxin*, FS Lüderssen, S. 577 (583 ff) möchte die Entsprechungsklausel nur auf „begehungstäterbezogene Qualifikationsmerkmale“ (bspw. die Verdeckungsabsicht in § 211 StGB) anwenden.

²⁸ *Bringewat*, NSTZ 2011, 131 (135); *Kindhäuser*, in: NK/StGB, 3. Aufl. (2010), § 263 Rdnr. 154.

²⁹ *Eisele*, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 509 ff; *Fischer*, 59. Aufl. (2012), § 263 Rdnr. 38.

³⁰ *Rengier*, Strafrecht BT I, 13. Aufl. (2011), § 13 Rdnr. 29.

³¹ OLG Saarbrücken, NJW 2007, 2868 (2870); *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 263 Rdnr. 18.

³² *Eisele*, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 510; *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl. (2011), § 263 Rdnr. 14; a.A. *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 263 Rdnr. 22.

werden³³. Allerdings sind hinsichtlich des Bestimmtheitsgrundsatzes strenge Anforderungen zu stellen. So kann freilich nicht jede vertragliche Pflicht oder jede Gefahr einer Schädigung ausreichen. Verlangt wird, dass es sich um einen Umstand von wesentlicher Bedeutung handelt und entweder die Gefahr eines hohen Schadens oder eine besondere Schutzbedürftigkeit des Opfers besteht³⁴. Der Schaden ist auf 1 € zu beziffern und somit nicht hoch. Des Weiteren ist die KassiererIn auch nicht besonders schutzbedürftig, da die Überprüfung des Wechselgeldes in ihre Zuständigkeit fällt. Eine Garantienstellung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben § 242 BGB kann nicht hergeleitet werden.

2. Zwischenergebnis

Es liegt keine Garantienstellung vor.

II. Ergebnis

A hat sich nicht des Betruges durch Unterlassen §§ 263 I, 13 I strafbar gemacht³⁵.

3. Tatkomplex: Überfall in der Tankstelle

A. Strafbarkeit von A gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1 a, b

Indem A den L mit der Spielzeugpistole in der Jackentasche bedrohte und die Kasse in der Tankstelle ausräumte, könnte er sich wegen schweren Raubes §§ 249 I, 250 I Nr. 1a, b strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) *Fremde bewegliche Sache*

Bei den erbeuteten Geldstücken handelte es sich um fremde bewegliche Sachen, da sie nicht im Alleineigentum des A standen, nicht herrenlos waren und auch tatsächlich fortbewegt werden konnten.

b) *Wegnahme*

Indem A das Geld in die Sporttasche gesteckt hatte, war die Wegnahme vollendet³⁶.

c) *Nötigungsmittel*

Des Weiteren müsste A den L genötigt haben. Dabei ist zu beachten, dass es sich innerhalb des Raubes um qualifi-

³³ BGHSt 6, 198 f.; OLG Köln, NJW 1980, 2366 f.; OLG München, wistra 2010, 37 (39); Eisele, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 511; Rengier, Strafrecht BT I, 13. Aufl. (2011), § 13 Rdnr. 29.

³⁴ BGHSt 39, 392 (400 f); Eisele, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 511.

³⁵ Ein Diebstahl sowie eine Unterschlagung scheitern an der mangelnden Fremdheit.

³⁶ Siehe zum Gewahrsamswechsel im Tabubereich die obige Prüfung bei § 242 bzgl. der Mensakarte.

zierte Nötigungsmittel handeln muss³⁷. Erfasst werden sollen die Gewalt gegen eine Person sowie die Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben. Vorliegend kommt lediglich die Drohungsvariante in Betracht. Unter Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben ist zu verstehen, dass der Täter dem Opfer eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der körperlichen Integrität in Aussicht stellt, auf die er Einfluss hat oder zumindest vorgibt einen solchen zu haben³⁸. Vorliegend gab A vor in der Lage zu sein, den L in seiner körperlichen Integrität zu beeinträchtigen. In Wirklichkeit spiegelte A dem L nur vor, eine Schusswaffe in seiner Jackentasche auf diesen zu richten. Eine ernsthafte Drohung kann darin nicht gesehen werden. Allerdings kommt es auf die Ernstlichkeit der Drohung gar nicht an. Entscheidend ist, dass das Opfer die Drohung aus seiner Sicht ernst nimmt. Der Drohung kann folgerichtig auch das Element der Täuschung innewohnen³⁹. Indem A den L bedrohte, „ihn abzuknallen“ und dabei vorspiegelte eine

Schusswaffe in der Jackentasche zu haben, hatte er ihn mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben bedroht. Somit liegt ein taugliches Nötigungsmittel vor.

d) Finalzusammenhang

Des Weiteren ist auch der Finalzusammenhang zwischen der Nötigung und der Wegnahme gegeben.

2. Subjektiver Tatbestand

Weiterhin hatte A vorsätzlich gehandelt.

Die Zueignungsabsicht ist hier ebenfalls zu bejahen, da A in der Absicht handelte, das Geld seiner eigenen Vermögenssphäre einzuverleiben (Aneignungsabsicht) und den L dauerhaft aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen (Enteignungswille)⁴⁰.

Des Weiteren war die Zueignung auch objektiv rechtswidrig, da A keinen Anspruch auf das Geld hatte. Dieses Merkmal war auch vom Vorsatz des A erfasst.

II. Qualifikation § 250 I Nr. 1

Weiterhin könnte A die Qualifikation des § 250 I Nr. 1 verwirklicht haben, indem er vorgab eine Schusswaffe in der Jackentasche zu haben.

³⁷ Eisele, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 290; Rengier Strafrecht BT I, 13. Aufl. (2011), § 7 Rdnr. 3.

³⁸ Eisele, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 300; Sander, in: MünchKomm/StGB, Bd. 3 (2003), § 249 Rdnr. 20.

³⁹ Eisele, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 300; Kindhäuser, in: NK/StGB, 3. Aufl. (2010), Vor §§ 249 ff. Rdnr. 24.

⁴⁰ Siehe zur Zueignungsabsicht oben bei § 242.

1. Objektiver Tatbestand

a) Waffe/anderes gefährliches Werkzeug Nr. 1a

Ein Fall der Nr. 1a setzt voraus, dass der Täter beim Raub eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt. Vorliegend hatte A aber nur so getan, als hätte er eine Schusswaffe in seiner Jackentasche. Tatsächlich handelte es sich nur um eine Spielzeugpistole. Es ist fernliegend bei der Spielzeugpistole von einem anderen gefährlichen Werkzeug auszugehen⁴¹. Somit scheidet diese Variante aus.

b) Sonst ein Werkzeug oder Mittel Nr. 1b

Fraglich ist, ob vorliegend die Nr. 1b in Betracht kommt. Von dieser Variante werden Gegenstände erfasst, die der Täter mit der Absicht bei sich führt, um jene erforderlichenfalls zur Überwindung von Widerstand einzusetzen⁴². Das Werkzeug muss nicht objektiv gefährlich sein, was gerade dem Umkehrschluss zur Nr. 1a zu entnehmen ist. Daraus folgt, dass das objektive Unrecht der Nr. 1b unter dem der Nr. 1a liegt. Allerdings wird das Unrecht der

Nr. 1b durch das Erfordernis des Vorliegens der Verwendungsabsicht gesteigert, so dass eine Kompensation gegeben ist⁴³. Vorliegend bedrohte A den L lediglich mit einer Spielzeugpistole. Fraglich ist, ob der Einsatz der Spielzeugpistole ausreichen kann, denn es handelt sich um ein Mittel, das objektiv nicht geeignet ist, den L in eine Gefahr zu bringen.

aa) Scheinwaffenproblematik

Die Frage, ob vorliegend ein Fall der Nr. 1b gegeben ist, muss unter dem Stichwort der „Scheinwaffe“ diskutiert werden. Vor dem 6. StrRG⁴⁴ bestand eine gewisse Unsicherheit, ob objektiv ungefährliche Gegenstände von §§ 244 I Nr. 2, 250 I Nr. 2 StGB a.F. erfasst wurden⁴⁵. Bejaht wurde dies vom BGH, der es ausreichen ließ, dass ein Täter eine ungeladene Schusswaffe zur Drohung mit Gewalt eingesetzt hatte⁴⁶. Im Zuge des 6. StrRG wollte der Gesetzgeber die Rspr. zur Scheinwaffe bestätigen⁴⁷. Untermuert wird dies damit, dass der Strafraum in § 250 I Nr. 1b herunter-

⁴¹ Nach allen Ansätzen handelt es sich hier um kein anderes gefährliches Werkzeug. Insbesondere wollte A die Spielzeugpistole auch nicht als Schlagwerkzeug einsetzen.

⁴² Eisele, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 192; Fischer StGB, 59. Aufl. (2012), § 244 Rdnr. 25.

⁴³ Eisele, Strafrecht BT II, Rdnr. 192; Wesels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 34. Aufl. (2010), § 4 Rdnr. 266.

⁴⁴ 6. StrRG vom 26.01.1998, BGBl I 164.

⁴⁵ Rengier, Strafrecht BT I, 13. Aufl. (2011), § 4 Rdnr. 66; Eser, in: Schönke/Schröder, 24. Aufl. (1991), § 244 Rdnr. 14.

⁴⁶ BGHSt 24, 339 ff.

⁴⁷ BT.Drs. 13/9064, S. 18; Sander, in: Münch-Komm/StGB, Bd. 3 (2003), § 250 Rdnr. 42.

gesetzt wurde. Denn in der alten Rechtslage war dieser Fall mit einer Freiheitsstrafe von nicht unter fünf Jahren bedroht (§ 250 StGB a.F.)⁴⁸. Des Weiteren tritt durch die Gleichstellung der Gewalt mit der Drohungsvariante in systematischer Hinsicht zutage, dass eine Drohung mit einer ungeladenen Scheinwaffe dem Gefährlichkeitspotential der Gewaltanwendung entspricht⁴⁹. Daraus lässt sich konstatieren, dass die Scheinwaffe von Nr. 1b erfasst werden soll⁵⁰. Allerdings bedarf es diesbzgl. einer Einschränkung. Ansonsten würde dies zu einer beinahe uferlosen Anwendung führen⁵¹. Erforderlich ist nach h.M., dass die Einschüchterung auf das äußere Erscheinungsbild des konkreten Gegenstandes zurückgeht und nicht allein auf die Täuschungskraft des Täters. Demnach kommt es darauf an, ob der Gegenstand nach seinem Erscheinungsbild täuschend echt aussieht⁵².

⁴⁸ BGH, NJW 1998, 2914 f; *Eisele*, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 195.

⁴⁹ *Eisele*, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 195; *Rengier*, Strafrecht BT I, 13. Aufl. (2011), § 4 Rdnr. 67.

⁵⁰ Kritisch *Kindhäuser*, in: NK/StGB, 3. Aufl. (2010), § 244 Rdnr. 28 ff.

⁵¹ BGHSt 38, 116 ff; *Eisele*, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 196.

⁵² BGHSt 38, 116 (118 f); BGH, NStZ 2007, 332; *Rengier*, Strafrecht BT I, 13. Aufl. (2011), § 4 Rdnr. 69; s. dazu auch BGH, NStZ 2011, 278, der die Drohung mit einer nach ihrem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlichen Sporttasche und einem Mobiltelefon als Scheinwaffe i.S.d. § 250 I Nr. 1b eingestuft hat (a.A. *Pfuhl*, ZJS 2011, 415 (417 f.)).

Vorliegend hatte A den L mit seiner Spielzeugpistole bedroht, die er versteckt in seiner Jackentasche hielt. Dadurch vermittelte A dem L, dass er eine geladene Schusswaffe bei sich trug. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend um eine täuschend echt aussehende Spielzeugpistole handelte. Daraus könnte gefolgert werden, dass hier ein Fall der Verwendung einer Scheinwaffe gegeben ist, denn aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes ist die täuschend echt aussehende Spielzeugpistole geeignet, eine Drohkulisse aufzubauen⁵³. Es ist jedoch problematisch, dass der Bedrohte den Gegenstand gar nicht wahrnehmen konnte. A hatte die Spielzeugpistole in seiner Jackentasche belassen. Wird aber gerade auf das äußere Erscheinungsbild des Gegenstandes abgestellt, so stellt sich die Frage, ob das Opfer diesen auch sinnlich wahrnehmen muss. So ist es gerade erforderlich, dass sich die Drohkulisse aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes des Gegenstandes aufbaut. Steht hingegen die Täuschungskraft des Täters im Vordergrund, so muss im Einklang mit der Restriktion der Rspr. die Scheinwaffe abgelehnt werden⁵⁴. Bei Verwendung eines objektiv ersichtlich

⁵³ *Eisele*, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 332; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 34. Aufl. (2010), § 4 Rdnr. 266.

⁵⁴ BGHSt 38, 116 (118 f); *Rengier*, Strafrecht BT I, 13. Aufl. (2011), § 4 Rdnr. 68 f.

ungefährlichen Gegenstandes würde bei dem Umstand, dass das Opfer den Gegenstand entweder gar nicht oder nur teilweise wahrnehmen kann, die Täuschungskraft des Täters im Vordergrund stehen⁵⁵, so z.B. beim Labellostift. In einem solchen Fall müsste die Scheinwaffe i.S.d. §§ 244 I Nr. 1b, 250 I Nr. 1b StGB abgelehnt werden. Zu berücksichtigen ist aber, dass vorliegend kein objektiv ersichtlich ungefährlicher Gegenstand gegeben ist. Die täuschend echt aussehende Spielzeugpistole ist ein Gegenstand, der aufgrund seines äußeren Erscheinungsbildes eine Gefährlichkeit vermitteln kann. Die Täuschungshandlung des Täters steht hier nicht derart im Vordergrund, so dass davon ausgegangen werden kann, dass hier ein taugliches Tatmittel gegeben ist. Es ist zu berücksichtigen, dass es bei der Beurteilung lediglich auf die Betrachtung eines objektiven Beobachters ankommt und gerade nicht, dass das Tatopfer im konkreten Einzelfall eine solche selbst macht oder diese vom Täter durch Täuschung unmöglich gemacht wird⁵⁶. Bei der täuschend echt aussehenden Spielzeugpistole ist bei

objektiver Betrachtung von einer Gefährlichkeit auszugehen. Für das Vorliegen einer Scheinwaffe i.S.d. § 250 I Nr. 1b StGB könnte weiter sprechen, dass der Täter im Eskalationsfall jederzeit auf den Gegenstand zurückgreifen kann. In einem solchen Fall läge ohnehin eine Scheinwaffe vor.

Entscheidend ist letztlich, dass der Täter den Gegenstand als Drohmittel verwenden möchte und dieser nach Beurteilung eines objektiven Betrachters geeignet ist, eine Gefährlichkeit zu vermitteln. Somit kann vorliegend von einer Scheinwaffe i.S.d. § 250 I Nr. 1b ausgegangen werden (a.A. vertretbar).

bb) Zwischenergebnis

Demnach handelte es sich bei der täuschend echt aussehenden Spielzeugpistole vorliegend um eine Scheinwaffe i.S.d. § 250 I Nr. 1b.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte auch vorsätzlich hinsichtlich der Verwendung der täuschend echt aussehenden Spielzeugpistole.

III./IV. Rechtswidrigkeit/Schuld

Des Weiteren ist die Tat rechtswidrig und schuldhaft.

⁵⁵ BGH, NStZ 2007, 332 f.

⁵⁶ BGH, StV 2011, 676 f; in diesem Beschluss hatte sich der BGH mit der Konstellation auseinanderzusetzen, dass ein Täter eine Wasserpistole, die offensichtlich ungefährlich ist, in seiner Jackentasche versteckt hielt. Richtigerweise wurde die Scheinwaffe i.S.d. §§ 244 I Nr. 1b, 250 I Nr. 1b verneint.

V. Ergebnis

A hat sich des schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b zum Nachteil des L strafbar gemacht⁵⁷.

B. Strafbarkeit von A gem. § 252

Ferner könnte sich A des räuberischen Diebstahls gem. § 252 strafbar gemacht haben, indem er den R schlug.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

Mit dem schweren Raub §§ 249 I, 250 I Nr. 1b StGB liegt eine taugliche Vortat vor. Ferner wurde A auch alsbald nach der Vollendung von R, mithin auf frischer Tat betroffen. Mit dem Schlag hatte A auch Gewalt gegen eine Person ausgeübt.

2. Subjektiver Tatbestand

Ferner hatte A auch vorsätzlich gehandelt.

Der subjektive Tatbestand verlangt weiter, dass der Täter in der Absicht i.S.d. *dolus directus* 1. Grades handelt, um im

Besitz der gestohlenen Sache zu bleiben. Unter Besitz ist in Anlehnung an § 242 I der Gewahrsam, d.h. die tatsächliche Sachherrschaft, zu verstehen⁵⁸. Allerdings muss die Besitzerhaltungsabsicht nicht einziges Motiv sein. Es muss aber verlangt werden, dass sie bei Vorliegen mehrerer Motive zumindest bewusstseinsdominant ist⁵⁹. Da es A vorliegend darum ging, sich seine Flucht zu ermöglichen und die Beute ihm in diesem Moment egal war, liegt die nötige Besitzerhaltungsabsicht nicht vor.

II. Ergebnis

Somit hat sich A hier nicht des räuberischen Diebstahls § 252 strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit gem. § 240 I, II

Zudem hat sich A wegen Nötigung gem. § 240 strafbar gemacht, indem er gegen R Gewalt angewendet hat.

D. Strafbarkeit von A gem. § 223 I

Indem A den R schlug, hat er sich auch wegen Körperverletzung gem. § 223 I strafbar gemacht. Nach § 230 I 1 ist bei

⁵⁷ Die Nötigung und der Diebstahl treten im Wege der Spezialität zurück. Ferner liegt auch kein Betrug § 263 I StGB wegen des Täuschungselementes vor, da eine Wegnahme gegeben ist. Weiterhin ist auch kein Hausfriedensbruch zu bejahen, da die kriminelle Absicht bei Betreten der Tankstelle äußerlich nicht erkennbar war.

⁵⁸ Eisele, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 388; Rengier, Strafrecht BT I, 13. Aufl. (2011), § 10 Rdnr. 14.

⁵⁹ Eisele, Strafrecht BT II (2009), Rdnr. 388; Sander, in: MünchKomm/StGB, Bd. 3 (2003), § 252 Rdnr. 16.

der einfachen Körperverletzung ein Strafantrag erforderlich.

Gesamtergebnis

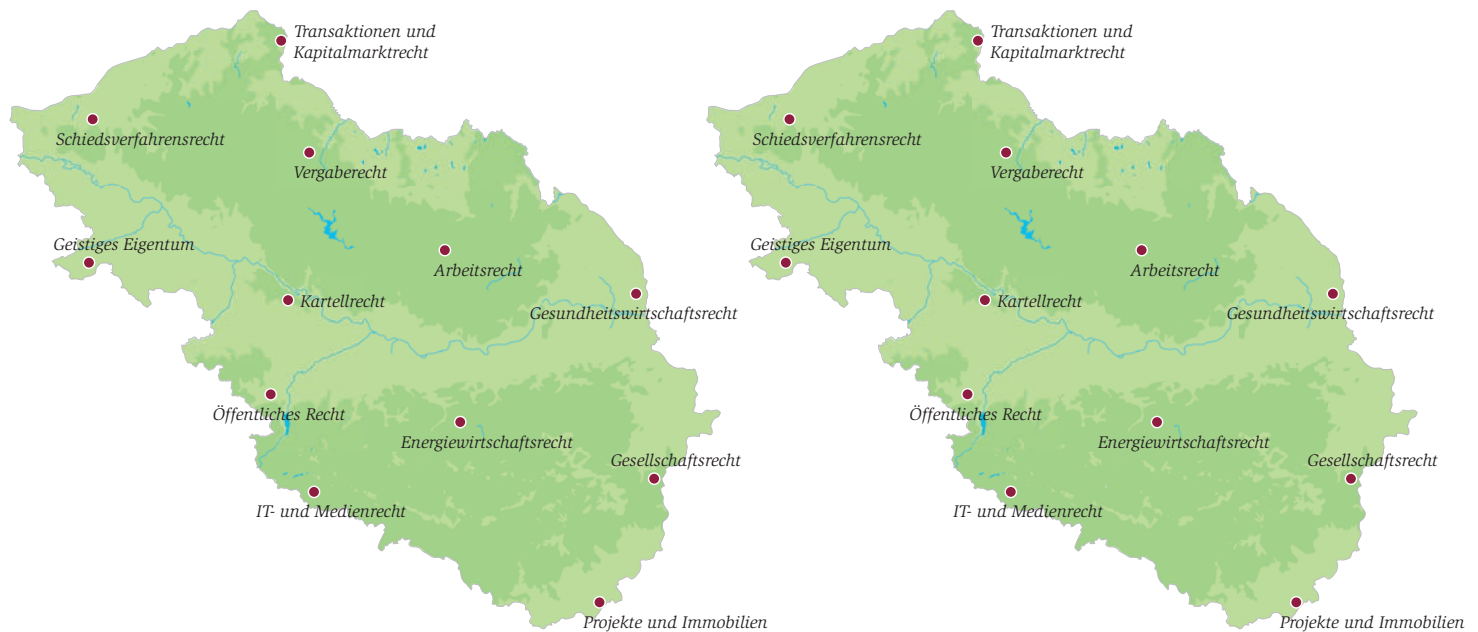
Im ersten Tatkomplex hat sich A wegen vollendeten Diebstahls gem. § 242 I strafbar gemacht. Aufgrund der Geringswertigkeit ist aber ein Strafantrag nach § 248 a erforderlich. Im zweiten Tatkomplex ist A straflos geblieben. Im dritten Tatkomplex hat sich A wegen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1b strafbar gemacht (a.A. vertretbar). Der verwirklichte Diebstahl nach § 242 I und die Nötigung gem. § 240 I, II treten im Wege der Spezialität hinter den schweren Raub zurück. Wegen des Schlages gegen R hat sich A wegen Nötigung gem. § 240 I, II strafbar gemacht. Die verwirklichte Körperverletzung nach § 223 I steht in Tateinheit zur Nötigung, da hier A mit dem Schlag einen weiteren Zweck verfolgt hatte, nämlich die Flucht zu ermöglichen.

Willkommen bei

OPPENLÄNDER

Schöne Aussichten!

Karriere in der Welt der Wirtschaft



*Jetzt auch
in München!*

Ihr Weg bei OPPENLÄNDER Rechtsanwälte

Ihre Anwaltskarriere starten Sie als Angestellte/r mit attraktivem Einstiegsgehalt. Nach 3 Kalenderjahren ist Ihre Aufnahme als assoziierter Partner angestrebt; nach Ablauf zweier weiterer Kalenderjahre die Aufnahme als Partner und Gesellschafter. Weitere Zwischenschritte halten wir nicht für sinnvoll.

Referendarstationen betrachten wir als optimale Gelegenheit zum Kennenlernen. Referendare werden von uns individuell ausgebildet und erhalten eine zusätzliche Vergütung. Promotionsvorhaben unterstützen wir ebenfalls.

Das sollten Sie mitbringen, wenn Sie bei uns beginnen möchten:

- *hervorragende Examina (mindestens „vollbefriedigend“)*
- *vorzugsweise eine Promotion (weitgehend abgeschlossene Dissertation)*
- *Freude an wissenschaftlichem und zugleich praxisbezogenem Arbeiten*

OPPENLÄNDER

RECHTSANWÄLTE

Kein absolutes Recht durch Registrierung eines Domainnamens

BGH, Urteil vom 18.01.2012 - I ZR 187/10, BeckRS 2012, 04156

- 1. 1. Durch die Registrierung eines Domainnamens erwirbt der Inhaber kein absolutes Recht an dem Domainnamen und damit kein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. (amtlicher Leitsatz)**
- 2. Derjenige, der bei einer sogenannten WHOIS-Abfrage bei der DENIC als Inhaber eines Domainnamens eingetragen ist, ohne gegenüber der DENIC materiell berechtigt zu sein, kann diese Stellung im Sinne von § 812 I 1 Fall 2 BGB auf Kosten des Berechtigten erlangt haben. (amtlicher Leitsatz)**

Sachverhalt (vereinfacht und gekürzt):

A ist Inhaber des Unternehmens „NetzWerkStadt“. Auf das Unternehmen wurde im Jahr 1996 bei der DENIC (Deutsches Network Information Center), der Zentralstelle für die Vergabe von Domains die Domain „www.gewinn.de“ registriert. In der Folgezeit wurden bei der DENIC andere Personen als Inhaber der Domain geführt; B schloß schließlich mit C auf einer Domainhandelsplattform einen Kaufvertrag über die Domain. Bei einer WHOIS-Abfrage (einer Abfrage des Inhabers der Domain) bei der DENIC wird B als Inhaber geführt. A verlangt

nun von B Zustimmung zur seiner Eintragung als Inhaber und Administrator der Domain www.gewinn.de bei der DENIC.

Zu Recht?

A. Anspruch auf Zustimmung aus § 823 I BGB

I. Erforderlich ist, dass A ein absolutes Recht im Sinne des § 823 I BGB zusteht.

1. In Betracht kommt zunächst die Registrierung der Domain selbst als absolutes Recht. Ob die Registrierung einer Domain bei der DENIC ein absolutes Recht vermittelt, ist in Rechtsprechung

und Literatur lebhaft umstritten.

a) Teilweise wird vertreten, durch die Registrierung einer Domain entstehe ein absolutes Recht. Das wird damit begründet, dass die Registrierung nur einmal erfolgen könne und deswegen gegenüber Dritten wirksam sei. Zudem sei die Registrierung bei der DENIC nicht privatautonom, sondern es bestehe ein Kontrahierungszwang, da die DENIC eine Monopolstellung habe.

b) Der BGH schließt sich jedoch der herrschenden Gegenauffassung an und bestätigt seine frühere Rechtsprechung:

Durch die Registrierung eines Domainnamens erwirbt der Inhaber der Internetadresse weder Eigentum am Domainnamen selbst noch ein sonstiges absolutes Recht, das ähnlich der Inhaberschaft an einem Immaterialgüterrecht verdinglicht wäre. Der Vertragsschluss mit der Registrierungsstelle begründet allerdings ein relativ wirkendes vertragliches Nutzungsrecht zu Gunsten des Domainnamensinhabers, das ihm ebenso ausschließlich zugewiesen ist wie das Eigentum an einer. Eine Einordnung als deliktsrechtlich geschütztes Recht erfordert dagegen eine absolute, gegenüber jedermann wirkende Rechtsposition. Bei einem Domainnamen handelt es sich aber nur um eine technische Adresse im Internet. Die ausschließliche Stel-

lung, die darauf beruht, dass ein Domainname von der DENIC nur einmal vergeben wird, ist allein technisch bedingt. Eine derartige, rein faktische Ausschließlichkeit begründet kein absolutes Recht.

Die bilanzrechtliche Beurteilung spricht nach dem BGH nicht dagegen:

An dieser Beurteilung ändert der Umstand nichts, dass ein Domainname als immaterieller Vermögensgegenstand im Sinne von § 266 Abs. 2 Buchst. A Ziffer I 1 HGB wegen inhaltlicher Vergleichbarkeit mit einem gewerblichen Schutzrecht dem zu bilanzierenden Anlagevermögen zuzurechnen ist. Diese Einordnung ist allein durch die faktische Ausschließlichkeitsstellung begründet, die für die Einstufung als immaterielles Wirtschaftsgut und damit als immaterieller Vermögensgegenstand im Sinne von § 266 Abs. 2 Buchst. A Ziffer I 1 HGB ausreicht. Die Vergleichbarkeit beruht dagegen nicht auf einer von der Rechtsordnung eingeräumten Rechtsposition, die Voraussetzung für den Schutz als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB ist.

Auch mit dem berechtigten Besitz, welcher nach h.M. ein Recht i.S.d. § 823 I BGB darstellt, sei das nicht vergleichbar:

[25] *Entgegen der Ansicht der Revision ist das Nutzungsrecht des Inhabers eines Domainnamens daher auch nicht mit dem berechtigten Besitz als sonstigem Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB vergleichbar. Die Ausschließlichkeitsrechte des berechtigten Besitzers werden - anders als diejenigen des Inhabers eines Domainnamens - gerade nicht vertraglich begründet, sondern beruhen auf dem gesetzlich geregelten und gegenüber jedem Dritten wirkenden Besitzschutz gemäß den §§ 858 ff. BGB.*

Weiter fordere auch höherrangiges Recht eine solche Einordnung nicht:

Der Revision ist auch nicht darin beizutreten, dass verfassungsrechtliche Vorgaben sowie die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eine Einordnung des ausschließlichen Nutzungsrechts an einem Domainnamen eine Einordnung als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB gebieten.

Soweit das Bundesverfassungsgericht in seinem Kammerbeschluss vom 24. November 2004 dem aus dem Vertrag mit der DENIC folgenden Nutzungsrecht an einem Internetdomainnamen eine eigentumsfähige Position im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG zuerkannt hat, hat dies nicht zwangsläufig eine Einordnung dieses Nutzungsrechts als sonstiges Recht

im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zur Folge. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zählen zu dem gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Eigentum auch die auf dem Abschluss von Verträgen beruhenden obligatorischen Rechte, die als relative Rechte gerade nicht den für absolute Rechte bestimmten Schutz des § 823 Abs. 1 BGB genießen. Dementsprechend unterscheidet auch das Bundesverfassungsgericht deutlich zwischen der Qualifizierung als Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG auf der einen und der Einordnung als sonstiges Recht gemäß § 823 Abs. 1 BGB auf der anderen Seite. In dem Beschluss vom 24. November 2004 wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Inhaber eines Domainnamens weder das Eigentum an der Internetadresse selbst noch ein sonstiges absolutes Recht an dem Domainnamen erwirbt, das ähnlich einem Immaterialgüterrecht verdinglicht wäre; dem Inhaber des Domainnamens stehe vielmehr nur ein vertragliches, relativ wirkendes Nutzungsrecht zu.

Nichts anderes ergibt sich aus dem von der Revision angeführten Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 18. September 2007. Der Gerichtshof hat dort dargelegt, dass das durch den Vertrag mit der DENIC begründete Nutzungsrecht eine ge-

schützte Eigentumsposition im Sinne von Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK darstellt. Einer notwendigen Einbeziehung in den Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB als sonstiges Recht bedarf es nicht, da der Schutz dieser Rechtsposition - wie auch der sonstiger vertraglicher Rechte - bereits durch das Vertragsregime und die dadurch begründeten primären Erfüllungs- und Sekundäransprüche im Falle einer Leistungsstörung hinreichend gesichert ist. Entgegen der Ansicht der Revision ist dieser Schutz nicht dadurch beeinträchtigt, dass die DENIC aufgrund ihrer Position als einzige Vergabestelle für Domainnamen unter der Top-Level-Domain ".de" möglicherweise Einschränkungen bei der Frage der Kontrahierungsfreiheit unterliegt.

Schließlich spricht auch die zwangsvollstreckungsrechtliche Beurteilung nicht für die Annahme eines absoluten Rechts, so der BGH:

Soweit die Revision darauf verweist, dass das dem Inhaber des Domainnamens zustehende Nutzungsrecht ein wirtschaftlich verwertbares Gut darstellt, das nicht nur veräußert oder übertragen werden kann, sondern auch der Pfändung nach § 857 Abs. 1 ZPO unterliegt, verhilft ihr das ebenfalls nicht zum Erfolg. Gegenstand der Pfändung gemäß § 857 Abs. 1 ZPO ist nicht der Domain-

name als solcher im Sinne eines absoluten Rechts, sondern vielmehr die Gesamtheit der schuldrechtlichen Ansprüche, die dem Inhaber des Domainnamens gegenüber der Vergabestelle aus dem Registrierungsvertrag zustehen.

2. Möglicherweise ist jedoch das als absolutes Recht im Sinne des § 823 I BGB weitgehend anerkannte „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ verletzt.

Der BGH verneint das: Der vom Kläger mit dem Hauptantrag gegen die Beklagte geltend gemachte Anspruch ergibt sich auch nicht aus § 823 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Eine solche Haftung setzt voraus, dass der Eingriff gegen den Betrieb als solchen gerichtet, also betriebsbezogen ist und nicht vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betrifft. Ein derartiger "betriebsbezogener" Eingriff fehlt bei einer Beeinträchtigung von Rechten oder Rechtsgütern, die mit der Wesenseigentümlichkeit des Betriebs nicht in Beziehung stehen und daher - auch wenn sie für den Betrieb wichtig sind - den Betrieb weder zum Erliegen bringen noch in seiner Substanz ernstlich beeinträchtigen, wenn sie dem Betriebsinhaber nicht mehr ungestört zur

Verfügung stehen. Die Berücksichtigung einer solchen Störung würde das Gewerbevermögen ohne sachlichen Grund privilegieren.

Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass die Substanz des Betriebs des Klägers durch die Störung seiner behaupteten Stellung als Inhaber des streitgegenständlichen Domainnamens tatsächlich beeinträchtigt wird. Die Revision zeigt auch keinen Vortrag des Klägers auf, den das Berufungsgericht in dieser Hinsicht rechtsfehlerhaft unberücksichtigt gelassen hätte.

3. A hat also keinen Anspruch aus § 823 I BGB.

B. Möglicherweise steht ihm gegen B jedoch ein Anspruch aus § 812 I 1 Var.2 BGB zu.

I. Das setzt zunächst voraus, dass B „etwas“ erlangt hat. Das OLG hatte die Frage verneint. Die Eintragung in die "WHOIS-Datenbank" genieße weder öffentlichen Glauben noch ermögliche sie einen gutgläubigen Erwerb von Rechten an einem Domainnamen. Ebenso wenig komme der Eintragung konstitutive Wirkungen zu. Es handele sich um ein rein privates Verzeichnis der Vertragspartner der DENIC, das die Erreichbarkeit des Inhabers eines Domainnamens bei techni-

schen Schwierigkeiten gewährleisten solle. Darüber hinaus könne bei einer von dem Domainnamen ausgehenden Rechtsverletzung mit Hilfe des Verzeichnisses festgestellt werden, wer möglicherweise in Anspruch zu nehmen sei. Die rechtliche Position des Klägers werde durch die Eintragung der Beklagten als Inhaberin des Domainnamens "gewinn.de" nicht gefährdet.

Der BGH bejaht die Frage jedoch:

Als erlangtes Etwas im Sinne der allgemeinen Eingriffskondition des § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB kommt jeder vermögensrechtlich nutzbare Vorteil in Betracht, der von der Rechtsordnung einer bestimmten Person zugewiesen sein kann. Hierzu zählen nicht nur alle absoluten Rechte, der Besitz sowie Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeiten, sondern ebenso vorteilhafte Rechtsstellungen sonstiger Art, wie beispielsweise unrichtige Eintragungen im Grundbuch, ein Erbschein, ein Testamentsvollstreckenerzeugnis und Urkunden, denen gewisse Rechtswirkungen zukommen oder aber unter ungünstigen Umständen zukommen können, aber auch die Stellung eines Forderungsprätendenten bezüglich eines hinterlegten Geldbetrages. Die auf Kosten des wirklichen Rechtsinhabers erlangte Stellung als Hinterlegungsbetei-

liger verleiht dem anderen Forderungsprätendenten die Macht, die Auszahlung des hinterlegten Betrags an den materiell Berechtigten zu verhindern. Diese Rechtsstellung muss der an dem hinterlegten Gegenstand nicht Berechtigte auf der Grundlage der Eingriffskondition durch Erklärung gegenüber dem Berechtigten oder dem Schuldner nicht nur im Falle einer förmlichen Hinterlegung aufgeben, sondern auch dann, wenn der Schuldner die Leistung an den materiell Berechtigten von der Zustimmung des weiteren Forderungsprätendenten abhängig macht, der wahre Berechtigte mithin nicht ohne die Zustimmung des anderen über sein Recht verfügen kann.

Eine dem Forderungsprätendenten vergleichbare Stellung nimmt auch derjenige ein, der als Inhaber eines Domainnamens in der "WHOIS-Datenbank" der DENIC eingetragen ist, ohne gegenüber der DENIC tatsächlich materiell berechtigt zu sein.

Die Eintragung in der "WHOIS-Datenbank" der DENIC hat nicht nur Bedeutung für die Verwaltung des Domainnamens und die Feststellung des möglichen Anspruchsgegners im Falle einer von dem Domainnamen ausgehenden Rechtsverletzung, sie ist -wie bereits dargelegt (s. oben Rn. 17)- vielmehr auch bedeutsam für die wirtschaftliche Verwertung eines Domainnamens. Die mit

der materiellen Rechtslage übereinstimmende Eintragung des Berechtigten in die "WHOIS-Datenbank" verleiht diesem nach außen hin die Stellung eines Vertragspartners der DENIC und gibt ihm den vermögensrechtlich wirksamen Vorteil, über den Domainnamen nicht nur rechtswirksam, sondern auch tatsächlich verfügen zu können. Die Eintragung eines Nichtberechtigten bewirkt dagegen eine tatsächliche Sperrfunktion, die den berechtigten Inhaber des Domainnamens bei einer Verwertung über sein Recht zumindest behindert.

II. Dies müsste weiterhin „auf Kosten“ des A erfolgt sein. Auch das ist nach dem BGH zu bejahen:

Ein Bereicherungsausgleich nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB setzt allerdings voraus, dass sich der Schuldner eine vermögenswerte Rechtsposition "auf Kosten" des Gläubigers zu eigen macht, deren Nutzen ihm ohne die Gestattung des Rechtsinhabers in rechtmäßiger Weise nicht zukommt. Diese Voraussetzung ist bei der unrichtigen Eintragung der Person erfüllt, die als Inhaber des Domainnamens in der "WHOIS-Datenbank" der DENIC eingetragen ist.

Rechtlicher Anknüpfungspunkt für einen Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB ist die Verletzung einer Rechtsposition, die nach der Rechtsord-

nung dem Berechtigten zu dessen ausschließlicher Verfügung und Verwertung zugewiesen ist. Der erlangte Vermögensvorteil muss dem Zuweisungsgehalt der verletzten Rechtsposition widersprechen. Der Zuweisungsgehalt der geschützten Rechtsposition entspricht einem Verbotsanspruch des Rechtsinhabers, in dessen Macht es steht, die Nutzung des Rechtsguts einem sonst ausgeschlossenen Dritten zur wirtschaftlichen Verwertung zu überlassen. Der Eingriffskondition gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB unterliegt danach jeder vermögensrechtliche Vorteil, den der Erwerber nur unter Verletzung einer geschützten Rechtsposition und der alleinigen Verwertungsbezugnis des Rechtsinhabers erlangen konnte.

Domainnamen kann ebenso wenig wie anderen schuldrechtlichen Rechtspositionen die Zuordnungsfunktion zu ihrem Inhaber abgesprochen werden. Dem steht nicht entgegen, dass schuldrechtliche Ansprüche die beanspruchten Rechtsgüter vor ihrer Erfüllung dem Gläubiger noch nicht zuweisen. Der Gegenstand des einen Bereicherungsanspruch auslösenden Eingriffs ist im Falle der Forderungsanmaßung nicht der zur Erfüllung beanspruchte Gegenstand. Der bereicherungsrechtlich relevante Eingriff erfolgt vielmehr in die Stellung des Forderungsinhabers als solche. Aufgrund

der unterschiedlichen tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen zwischen der bereicherungsrechtlichen Eingriffshaftung auf der einen und dem Deliktsschutz auf der anderen Seite führt die Einbeziehung schuldrechtlicher Positionen auch nicht zu einer dem Deliktsschutz vergleichbaren Haftung für die Verletzung solcher Rechtsgüter, die gerade nicht dem Deliktsschutz unterliegen.

III. Ein rechtlicher Grund ist nicht ersichtlich.

IV. Ein Anspruch des A gegen B auf Zustimmung zur Eintragung als Inhaber bei der DENIC besteht also.

C. Ergebnis

A hat gegen B einen Anspruch auf Zustimmung zur Eintragung als Inhaber bei der DENIC.

Hinweise:

1. Das Urteil betrifft eine wichtige aktuelle und examensrelevante Problematik; der Streitstand zur Einordnung der Registrierung einer Domain als absolutes Recht eignet sich bestens für eine Klausur. Siehe zu Fragen des „Domainenrechts“ ausführlich Becker, GRURint 2010, 940 ff.

2. Generell sind umstrittene Fragen im Zusammenhang mit der Einordnung als absolutes Recht und seinem Schutzzumfang examensrelevant. Daher sollten in diesem Zusammenhang auch Themen wie etwa Fotografieren als Eigentumsverletzung (siehe etwa Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2009, § 823 Rdnr.114), Besitz als absolutes Recht (Wagner a.a.O. Rdnr. 157 ff.) oder auch Fragen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (s. Bamberger, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand 1.2.2012, § 12 Rdnr.93 ff.) wiederholt werden.

3. Dogmatisch angreifbar ist der fehlende Gleichlauf zwischen der Bewertung bei § 823 I BGB und § 812 I 1 Var.2 BGB. Es leuchtet nicht ein, warum die Registrierung der Domain zwar kein absolutes Recht vermitteln soll, ihr aber für die Eingriffskondiktion ein Zuweisungsgehalt zugesprochen wird. Der BGH setzt sich hier dem Vorwurf der Inkonsistenz aus.

(RA Dr. Christian F. Majer)

Haftung des Tierarztes bei fehlerhafter Ankaufsuntersuchung

BGH, Urteil vom 22.12.2011 - VII ZR 7/11, BeckRS 2012, 02049

- 1. Ein Tierarzt, der seine Pflichten aus einem Vertrag über die Ankaufsuntersuchung eines Pferdes verletzt und deshalb einen unzutreffenden Befund erstellt hat, haftet seinem Vertragspartner auf Ersatz des Schadens, der diesem dadurch entstanden ist, dass er das Pferd aufgrund des fehlerhaften Befundes erworben hat. (amtlicher Leitsatz)**
- 2. Beruht der fehlerhafte Befund darauf, dass der Tierarzt einen Mangel des Pferdes nicht erkannt oder seinem Vertragspartner nicht mitgeteilt hat, haftet er mit dem zu Schadensersatz oder Rückgewähr verpflichteten Verkäufer des Pferdes als Gesamtschuldner. (amtlicher Leitsatz)**
- 3. Einem mit einem Gesamtschuldner geschlossenen Vergleich kommt eine beschränkte Gesamtwirkung nur zu, wenn die Parteien den erkennbaren Willen haben, den Gesamtschuldner auch von dem Risiko zu befreien, dass der Vergleich durch einen Gesamtschuldnerausgleich ganz oder teilweise wertlos wird. (amtlicher Leitsatz)**

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

K wollte einen „Trakehner Wallach“ als Dressurpferd erwerben und beauftragte den Tierarzt T mit der Ankaufsuntersuchung. T konnte keine Mängel feststellen. Daraufhin erwarb K von V das Pferd im August 2005 zum Kaufpreis von 60.000 €. Einige Wochen nach dem

Erwerb lahmt das Pferd. Das wäre bei einer gründlicheren Untersuchung auch erkannt worden. Nachdem sich dies als Dauerzustand herausgestellt hatte und der Wallach damit als Dressurpferd ungeeignet war, trat K vom Kaufvertrag zurück. In dem nachfolgenden Rechtsstreit forderte sie von V die Rückzahlung des Kaufpreises sowie die Erstattung von Unterstellkosten, Tierarztkosten und Transportkosten in Höhe von

insgesamt 9.704,47 €. Beinhaltet waren insoweit Kosten für die Unterbringung und tierärztliche Behandlung des Pferdes.

Nach Einholung eines Sachverständigen-gutachtens über den Gesundheitszustand des Pferdes zum Zeitpunkt der Übergabe an K schloss dieser mit V einen Vergleich. Darin verpflichtete sich V, zur Abgeltung der Klageforderungen einschließlich weitergehender Ansprüche wegen des Unterhalts (Aufwendungen für Unterstellungen, Fütterung und Pflege, tierärztliche Untersuchungen und Behandlungen sowie Inanspruchnahme eines Hufschmiedes) an die Klägerin 75.000 € zu zahlen. K und V vereinbarten, dass damit alle Ansprüche der Klägerin gegen den damaligen Beklagten bis einschließlich 31. Dezember 2007 abgegolten sein sollten.

K verlangt nun von T Ersatz der Behandlungs- und Unterbringungskosten des Pferdes für die Zeit vom 8. Februar 2006 bis 29. Dezember 2007 in Höhe von 28.268,77 €.

Zu Recht?

I. Anspruch aus §§ 634 Nr.3, 280 I BGB

1. Anspruch entstanden

K könnte gegen T einen Anspruch auf Ersatz der Behandlungs- und Unterbringungskosten aus §§ 634 Nr.3, 280 I BGB haben.

Ein Vertrag liegt hier vor, auch eine Pflichtverletzung ist zu bejahen:

Nach dem im Revisionsverfahren zu unterstellenden Sachverhalt hat der Beklagte die sich aus dem Vertrag über die Durchführung der Ankaufsuntersuchung ergebenden Pflichten verletzt und insoweit seine Leistung nicht wie geschuldet erbracht. Der mit der Ankaufsuntersuchung beauftragte Tierarzt schuldet einen fehlerfreien Befund. Erfüllt er insoweit seine Pflichten nicht, haftet er, weil der Vertrag als Werkvertrag einzuordnen ist, gemäß § 634 Nr. 4, § 280 I BGB auf Ersatz des Schadens, der bei dem Vertragspartner dadurch entstanden ist, dass er das Pferd aufgrund des fehlerhaften Befundes erworben hat.

2. Nachrangigkeit der Haftung gegenüber der Haftung des V

Problematisch ist hier aber das Verhältnis zu der Haftung des V. V haftet für Mängel des Pferdes nach §§ 434, 437 BGB. Fraglich ist daher, ob K die Schäd-

den überhaupt von T verlangen kann, ohne vorher V in Anspruch zu nehmen. Wenn es sich bei V und T um Gesamtschuldner handelt, kann K den Schaden von jedem der beiden verlangen. Das setzt aber voraus, dass die Verbindlichkeiten von K und V gleichstufig sind.

Die Gleichstufigkeit wird von einem Teil der Rechtsprechung und Literatur verneint:

Das wird damit begründet, dass der Verkäufer das positive, wohingegen der Tierarzt das negative Interesse zu ersetzen habe. Der Käufer müsse deshalb zunächst den Verkäufer in Anspruch nehmen, soweit das positive Interesse auch das gegen den Tierarzt geltend gemachte negative Interesse darstelle.

Außerdem sei der Verkäufer "näher am Schadensgeschehen dran", dem Tierarzt komme nur eine Beratungsfunktion zu. Der BGH schließt sich jedoch der Gegenauffassung an:

Die Gleichstufigkeit der Verpflichtungen ergibt sich daraus, dass sowohl der Verkäufer als auch der Tierarzt die Unterbringungs- und Behandlungskosten mit einer Geldzahlung ersetzen müssen, ohne dass einer der Schuldner nur subsidiär oder vorläufig für die andere Verpflichtung einstehen muss. Auf die Einordnung als Verwendungersatz gemäß § 347 Abs. 2 BGB oder als Schadenersatz kommt es ebenso wenig an wie auf

die Frage, ob ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses oder des positiven Interesses geltend gemacht wird. Auch ist unerheblich, dass der Verkäufer möglicherweise trotz fehlenden Verschuldens haftet, während die Haftung des Tierarztes Verschulden voraussetzt. Entscheidend ist allein, dass sowohl der Verkäufer als auch der Tierarzt verpflichtet sind, die Unterbringungs- und Behandlungskosten zu ersetzen. Insofern wird ein inhaltsgleiches Gläubigerinteresse befriedigt. Sowohl der Verkäufer als auch der Tierarzt haben für die Beseitigung des gleichartigen Vermögensnachteils einzustehen, den der Käufer dadurch erlitten hat, dass jeder von ihnen seine vertraglichen Pflichten nicht erfüllt hat. Es kommt auch nicht darauf an, dass Verkäufer und Tierarzt, bezogen auf das Kaufgeschäft, nicht im selben Lager stehen und kein gemeinsames Interesse verfolgen. Ohne Belang ist auch, dass Verkäufer und Tierarzt unterschiedliche Hauptleistungspflichten zu erfüllen haben

Daran ändern auch nichts die Erwägungen, mit denen eine größere Sachnähe des Verkäufers begründet wird. Diese Erwägungen lassen im Übrigen unberücksichtigt, dass der Tierarzt mit einem fehlerhaften Befund zur Ankaufsuntersuchung die eigentliche Ursache für den Ankauf gesetzt haben kann und bagatel-

lisieren zu Unrecht die Aufklärungsfunktion der Ankaufsuntersuchung.

3. Untergang des Anspruchs aufgrund des zwischen K und V geschlossenen Vergleichs

Möglicherweise ist der Anspruch aber aufgrund des zwischen K und V geschlossenen Vergleichs erloschen. Das setzt allerdings voraus, dass der Vergleich auch zugunsten des T wirken soll.

Der BGH lehnt das ab: Die Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen nicht die Annahme, dass durch den Vergleich der Klägerin mit dem Verkäufer eine Gesamtwirkung eingetreten ist.

Ob ein Vergleich eine Gesamtwirkung haben soll, ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Im Zweifel kommt entgegen der Annahme des Berufungsgerichts einem Vergleich mit einem Gesamtschuldner grundsätzlich keine Gesamtwirkung zu. Eine Gesamtwirkung kann aber angenommen werden, wenn sich aus dem Vergleich ausdrücklich oder den Umständen nach ergibt, dass der Gläubiger den Willen hatte, auch gegenüber dem nicht am Vergleich beteiligten Gesamtschuldner auf weitergehende Ansprüche zu verzichten und ihn deshalb nicht mehr in Anspruch zu nehmen. Eine dahingehende Auslegung

hat das Berufungsgericht nur unvollkommen vorgenommen. Aus dem Umstand, dass nach dem Vergleich die im Rechtsstreit zwischen der Klägerin und dem Verkäufer erhobenen Forderungen abgegolten sein sollten, lässt sich nicht entnehmen, dass auch eine etwaige noch bestehende Forderung gegen den Beklagten abgegolten sein sollte.

Das Berufungsgericht hält es wohl auch für möglich, dass die Parteien eine beschränkte Gesamtwirkung vereinbart haben. Ein Gesamtschuldner kann mit dem Gläubiger gemäß § 423 BGB auch zugunsten anderer Gesamtschuldner vereinbaren, dass deren Inanspruchnahme ausgeschlossen ist, soweit sie sich im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs bei dem die Vereinbarung schließenden Gesamtschuldner schadlos halten könnten. Insoweit kommt ein Vertrag zugunsten des am Vergleich nicht beteiligten Gesamtschuldners in Betracht; dieser ist kraft der gesetzlichen Anordnung des § 423 BGB nicht dadurch ausgeschlossen, dass ansonsten gemäß § 328 BGB ein Erlassvertrag zugunsten Dritter nicht möglich ist.

Dazu, dass die Parteien eine solche beschränkte Gesamtwirkung gewollt haben, hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Allein der Umstand, dass der Vergleichspartner im Innenverhältnis allein haftet reicht in-

soweit nicht aus. Es kommt auf den Willen der Parteien an, ihn auch von dem Risiko zu befreien, dass der Vergleich durch einen Gesamtschuldnerausgleich ganz oder teilweise wertlos wird. Ohne weitere Anhaltspunkte aus dem Vergleich oder den ihm zugrunde liegenden Verhandlungen kann von einem solchen Willen nicht ausgegangen werden. Denn der Gläubiger hat grundsätzlich ein Interesse daran, sich bei dem anderen Gesamtschuldner schadlos halten zu können.

In Frage steht nach dem BGH auch, ob die Haftung des V im Innenverhältnis vorrangig sein soll (auch wenn es darauf nach dem BGH nicht ankommt):

Im Übrigen kann entgegen der nicht begründeten Auffassung des Berufungsgerichts nach den bisherigen Feststellungen nicht davon ausgegangen werden, dass der Verkäufer im Innenverhältnis allein für die Unterbringungs- und Behandlungskosten haftet. Hat sich der Verkäufer, was er im Prozess geltend gemacht hat, ebenso wie die Klägerin auf das Ankaufsgutachten verlassen, kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass der Verkäufer für diese Kosten im Verhältnis zum Beklagten allein haftet. In diesem Fall könnte auch nicht ohne weiteres angenommen werden, dass der Verkäufer deshalb im Innenverhältnis das alleinige oder überwiegende

Verschulden trägt, weil er den Rücktritt nicht sofort akzeptiert hat.

Möglicherweise steht dem jedoch entgegen, dass T durch den Vergleich Rechte verliert. Der BGH lehnt das aber ab: Unbegründet sind die Bedenken des Berufungsgerichts, die Klägerin müsse sich möglicherweise entgegenhalten lassen, sich durch den Vergleich der Ansprüche des Beklagten auf Herausgabe des Pferdes begeben zu haben, die im Falle eines gegen den Beklagten bestehenden Schadensersatzanspruches diesem zugestanden hätten. Dem allein auf Zahlung der Unterbringungs- und Behandlungskosten in Anspruch genommenen Beklagten steht kein Zug um Zug zu verwirklichender Anspruch auf Herausgabe des Pferdes zu. Dafür fehlt es an jeder Rechtsgrundlage.

Der Anspruch des K gegen T auf Schadensersatz besteht also.

Hinweise:

1. Das zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehene Urteil ist für eine Examenklausur hervorragend geeignet. Es betrifft Kernbereiche des Schuldrechts, insbesondere die im Examen beliebte Gesamtschuld. Der Fall sollte Anlass bieten, das Institut der Gesamtschuld nochmals zu wiederholen.

2. Beliebt sind im Examen auch Fälle, in denen Tiere Gegenstand des Kaufvertrags sind. Es bietet sich an, diesen Fall im Examen mit weiteren Problemen des Kaufrechts zu kombinieren (etwa der Frage des unbehebbar Mangels oder der Anwendung des § 476 BGB beim Tierkauf, siehe etwa BGH NJW 2007, 2619).

(RA Dr. Christian F. Majer)

Rechtsscheinhaftung eines aus einer GbR ausgeschiedenen Gesellschafters für Altverbindlichkeiten

BGH, Urteil vom 17.1.2012, Aktenzeichen II ZR 197/10, NZG 2012, 221

1. Erbringt der Schuldner versehentlich eine weitere Zahlung auf seine gegenüber einer GbR begründete Schuld, obwohl er diese bereits durch eine frühere Zahlung getilgt hat, so haftet ein Gesellschafter, der nach dem Abschluss des die Zahlungspflicht begründenden Vertrags, aber vor der versehentlichen Doppelzahlung aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, nicht für die Bereicherungsschuld der Gesellschaft, wenn die Doppelzahlung in dem ursprünglichen Vertrag nicht angelegt war. (amtlicher Leitsatz)

2. Der Gesellschafter, der aus einer bestehenden Gesellschaft ausgeschieden ist, aber weiterhin als Gesellschafter nach außen auftritt, kann als Scheingesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften, wenn er gegen den gesetzten Rechtsschein nicht pflichtgemäß vorgegangen ist und sich ein Dritter bei seinem geschäftlichen Verhalten auf den Rechtsschein verlassen hat. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

A schloss mit der W. & M. GbR, deren Gesellschafterin B und C waren, am 9. Juli 2003 einen Verwaltervertrag für ein von ihm vermietetes Wohnhaus. Der Vertrag hatte eine Laufzeit bis 31. Dezember 2004 und sollte sich jeweils um ein Jahr verlängern, wenn er nicht gekündigt wurde. Als Vergütung

sollte die W. & M. GbR monatlich pro Wohneinheit EUR 15,00 zuzüglich Mehrwertsteuer erhalten, jeweils bis zum 15. eines Monats per Dauerauftrag. A überwies monatlich per Dauerauftrag EUR 208,80 auf ein Konto der W. & M. GbR.

Die B war aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses mit Wirkung vom 30. September 2005 aus der Gesellschaft ausgeschieden und ihr Anteil war auf den einzigen weiteren Gesellschafter C

übergegangen, der die Tätigkeit der Gesellschaft allein fortsetzen sollte. Dem A war das Ausscheiden der B aus der W. & M. GbR nicht bekannt.

Im April 2006 sandte die W. & M. GbR unter dem Datum vom 10. April 2005 dem A eine Rechnung über einen Rechnungsbetrag von EUR 2.505,60 (EUR 2.160 zuzüglich Mehrwertsteuer). Die Rechnung enthielt eine Rechnungsnummer und lautete u.a.: „Vertragsgemäß berechnen wir Ihnen folgende Provisionszahlung: Hausverwaltertätigkeit 2005 für 12 Monate á EUR 180,00.... Wir bitten, den monatlichen Betrag in Höhe von Brutto EUR 2.505,60 jeweils zum 01. des laufenden Kalendermonats auf folgendes Konto zu überweisen...“. Auf dem Briefkopf der Rechnung war B als Gesellschafterin genannt.

Unter dem Datum vom 10. April 2006 sandte die W. & M. GbR dem A eine weitere Rechnung über EUR 2.505,60, diesmal für die Hausverwaltertätigkeit 2006. Auch auf dem Briefkopf dieser Rechnung war die B als Gesellschafterin genannt. Am 20. April 2006 überwies eine Mitarbeiterin des A an „W. & M.“ EUR 5.011,20 unter Angabe der Rechnungsnummern der Rechnungen von 2005 und 2006 als Verwendungszweck auf ein Konto der W. & M. GbR.

Nachdem A bemerkt hatte, dass der W. & M. GbR die Vergütung doppelt

überwiesen wurde, wandte er sich an B und forderte Rückzahlung des zu viel überwiesenen Betrags in Höhe von EUR 5.011,20. B teilte ihm mit, dass sie bereits am 30. September 2005 aus der W. & M. GbR ausgeschieden sei. Außerdem habe sie C nach ihrem Ausscheiden mitgeteilt, dass sie nicht mehr auf dem Briefkopf der W. & M. GbR genannt werden wolle. A möge sich an C halten. C, der die Tätigkeiten der W. & M. GbR inzwischen fortgeführt hatte, geriet jedoch in Zahlungsschwierigkeiten, so dass dieser nicht in der Lage ist, den von A geforderten Betrag zu erstatten.

A kommt in Ihre Kanzlei und erkundigt sich, ob er von B die Rückzahlung des Betrags von EUR 5.011,20 verlangen kann.

I. Anspruch des A gegen B auf Zahlung von EUR 5.011,20 aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB (Leistungskondiktion) i.V.m. § 736 II, §§ 128, 160 I HGB

A kann von B Zahlung von EUR 5.011,20 verlangen, wenn es sich dabei um eine Altverbindlichkeit der W. & M. GbR handelt, für die B einzustehen hat.

1. Passivlegitimation

Zunächst müsste die B die richtige Anspruchsgegnerin und somit passiv legi-

timiert sein. Dies ist der Fall, wenn B für die Verbindlichkeiten der W. & M. GbR einzustehen hat. Der BGH führt hierzu entsprechend seiner ständigen Rechtsprechung aus:

Neben der Gesellschaft haften entsprechend § 128 HGB auch die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, unabhängig von deren Rechtsgrund (vgl. BGH, Urt. v. 24.2.2003 – II ZR 385/99).

Als ehemalige Gesellschafterin der W. & M. GbR ist B somit passiv legitimiert.

2. Verbindlichkeit der Gesellschaft gegenüber A aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB (Leistungskondiktion)

Eine Verbindlichkeit der W. & M. GbR gegenüber A könnte sich hier aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB ergeben. Dies setzt voraus, dass die W. & M. GbR durch eine Leistung des A einen Vermögensvorteil ohne Rechtsgrund erlangt hat.

Eine rechtsgrundlose Leistung des A kommt hier zum einen durch die Überweisung der Mitarbeiterin des A vom 20. April 2006 in Höhe eines Teilbetrags von EUR 2.505,60 in Betracht, soweit die Überweisung auf die Rechnung für das Jahr 2005 erfolgte. Zum anderen könnten die auf die Überwei-

sung vom 20. April 2006 folgenden Überweisungen per Dauerauftrag in Höhe eines weiteren Teilbetrags von EUR 2.505,60 eine rechtsgrundlose Leistung darstellen, soweit sich diese Zahlungen auf die Vergütung der W. & M. GbR für das Jahr 2006 beziehen.

Sowohl bei der Überweisung vom 20. April 2006 als auch bei den darauf folgenden Überweisungen per Dauerauftrag handelte es sich unzweifelhaft um eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens und somit um Leistungen i.S.d. § 812 I 1, 1. Alt. Somit ist zu klären, ob die Zahlungen im Gesamtbetrag von EUR 5.011,20 ohne Rechtsgrund erfolgten. Hierbei ist entscheidend, durch welche Überweisung welche Schuld getilgt wurde.

Hierzu der BGH:

Ein Rechtsgrund für die Zahlung im April 2006 bestand nicht, soweit die Vergütungsforderung aus dem Verwaltervertrag bis April 2006 bereits beglichen war. Soweit die restliche, noch nicht fällige Vergütung für 2006 bereits im April 2006 bezahlt wurde, wurde die Vergütung in der Folgezeit mit dem weiterlaufenden Dauerauftrag rechtsgrundlos geleistet.

Fraglich ist jedoch, ob A tatsächlich eine Leistung an die W. & M. GbR bewirkt hat. Denn diese war zum Zeit-

punkt der Überweisung vom 20. April 2006 und der darauf folgenden Überweisungen per Dauerauftrag aufgrund des Ausscheidens der B bereits erloschen. Dies muss sich A nach der Begründung des BGH jedoch nicht entgegenhalten lassen, da die W. & M. GbR als Scheingesellschaft fortbestanden hat:

Der A hat an die – vermeintlich bestehende – Gesellschaft zwischen der B und C gezahlt. Die Gesellschaft ist auf den Überweisungen als Begünstigte angeführt. Dem A war nicht bekannt, dass die Beklagte aus der Gesellschaft ausgeschieden ist und C den Verwaltervertrag alleine fortführte.

Somit besteht eine Verbindlichkeit der vermeintlich bestehenden W. & M. GbR gegenüber A in Höhe von EUR 5.011,20 aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB.

3. Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für Altverbindlichkeiten

a) Voraussetzungen der Nachhaftung

Da B zum Zeitpunkt der Überweisungen vom und nach dem 20. April 2006 bereits aus der W. & M. GbR ausgeschieden war, ist fraglich, ob B für die nach ihrem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten der W. & M. GbR überhaupt noch in Anspruch genommen werden kann.

Hierfür gilt nach der Rechtsprechung des BGH folgender Grundsatz:

Der Gesellschafter haftet nach § 128 HGB auch nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die während seiner Mitgliedschaft begründet wurden (Altverbindlichkeiten), soweit seine Nachhaftung nicht nach § 736 II BGB in Verbindung mit § 160 HGB begrenzt ist. Für zweigliedrige Gesellschaften, in denen der Betrieb vom letzten verbliebenen Gesellschafter nach dem Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters fortgeführt wird, gelten keine Besonderheiten (BGH, Urt. v. 27.9.1999 - II ZR 356/98).

Die Voraussetzungen für eine Nachhaftung der B sind somit grundsätzlich gegeben.

b) Altverbindlichkeit

Da der Anspruch des A aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB jedoch erst am und nach dem 20. April 2006 entstanden ist, ist fraglich, ob es sich noch um eine Altverbindlichkeit handelt. Denn gemäß § 736 II BGB, § 160 I 1 HGB haftet der ausgeschiedene Gesellschafter einer GbR nur für Verbindlichkeiten, die bis zu seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft begründet waren.

Der Verwaltervertrag zwischen A und der W. & M. GbR wurde bereits am

9. Juli 2003 und damit vor dem Ausscheiden der B aus der Gesellschaft geschlossen. Der Bereicherungsanspruch des A aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB entstand jedoch erst mit und nach der Überweisung vom 20. April 2006 und somit nachdem B aus der Gesellschaft ausgeschieden war.

Altverbindlichkeiten sind alle Schuldverpflichtungen, deren Rechtsgrundlage bis zum Ausscheiden gelegt worden ist, auch wenn die einzelnen Verpflichtungen erst später fällig werden (vgl. BGH, Urt. v. 29.4.2002 - II ZR 330/00).

Die Rechtsgrundlage für die Doppelzahlungen ist nicht bis zum Ausscheiden der B gelegt worden. Bei einem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen einer rechtsgrundlosen Leistung des Bereicherungsgläubigers liegt zwar grundsätzlich eine Altverbindlichkeit vor, wenn der vermeintliche Rechtsgrund, auf den geleistet wurde, bereits beim Ausscheiden bestand; der Zeitpunkt der Leistungshandlung des Gläubigers ist ohne Bedeutung (vgl. Habersack, in: Staub, HGB, 5. Aufl., § 128 Rn. 69; K. Schmidt, in: Münch-Komm. HGB, 3. Aufl., § 128 Rn. 57; Hillmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 128 Rn. 53; Henssler/Strohn/Steitz, HGB § 128 Rn. 52; vgl.

auch OVG Rheinland-Pfalz, ZIP 1986, 1462, 1464). Die Gläubiger vertrauen beim Abschluss eines Geschäfts mit einer Gesellschaft darauf, auf das Privatvermögen der Gesellschafter zurückgreifen zu können.

Diese Möglichkeit muss ihnen erhalten bleiben, wenn ein Gesellschafter ausscheidet (BGH, Urt. v. 6.6.1968 - II ZR 118/66).

Ähnlich ist die Situation, wenn der Gläubiger nach dem Ausscheiden des Gesellschafters rechtsgrundlos an die Gesellschaft aufgrund eines Geschäfts leistet, das zu einem Zeitpunkt abgeschlossen worden ist, zu dem der ausgeschiedene Gesellschafter noch mit seinem Privatvermögen haftete.

Für eine versehentliche Doppelzahlung ist bei der hier gegebenen Fallgestaltung eine Rechtsgrundlage aber nicht schon mit dem ursprünglichen Vertrag gelegt. In einer vertraglich eingegangenen Zahlungsverpflichtung, die für eine zur Tilgung dieser Zahlungsschuld führende Leistung einen tatsächlichen und nicht nur vermeintlichen Rechtsgrund darstellt, ist nicht angelegt, dass die Leistung ein zweites Mal erbracht wird. Der vermeintliche Rechtsgrund für die Überweisung vom 20. April 2006 sowie für die danach erbrachten Leistungen aufgrund des Dauerauftrags war hier

zwar die Zahlungsverpflichtung aus dem Verwaltervertrag und nicht, wie das Berufungsgericht meint, die Rechnungsstellung. Dass bei der Überweisung als Verwendungszweck die Rechnungsnummern angegeben waren, macht die Rechnungen nicht zum Rechtsgrund der Zahlung. Im Verwaltervertrag war aber nicht angelegt, dass der Kläger die Verwaltervergütung neben der regelmäßigen Zahlung durch Dauerauftrag noch einmal bezahlte.

4. Ergebnis

Dementsprechend handelt es sich beim Anspruch des A aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB um keine Altverbindlichkeit, für die B einzustehen hätte.

II. Anspruch des A gegen die B auf Zahlung von EUR 5.011,20 aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB (Leistungskondiktion) i.V.m. § 128 HGB kraft Rechtsschein

Der A könnte gegen die B jedoch einen Anspruch auf Zahlung von EUR 5.011,20 aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB i.V.m. § 128 HGB kraft Rechtsscheins haben.

Da die B zum Zeitpunkt der Rechnungsstellung nach wie vor als Gesellschafterin der W. & M. GbR auf dem Briefkopf der Rechnungen genannt war, könnte diese als Scheingesellschafterin für deren Verbindlichkeiten haften.

1. Rechtsscheinhaftung

Zunächst stellt der BGH die Voraussetzungen der Rechtsscheinhaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters dar:

Der Gesellschafter, der aus einer bestehenden Gesellschaft ausgeschieden ist, aber weiterhin als Gesellschafter nach außen auftritt, kann als Scheingesellschafter haften, wenn er gegen den gesetzten Rechtsschein nicht pflichtgemäß vorgegangen ist und sich ein Dritter bei seinem geschäftlichen Verhalten auf den Rechtsschein verlassen hat.

Personen können als Scheingesellschafter nach Rechtsscheingrundsätzen haften, wenn sie in zurechenbarer Weise den Rechtsschein einer existierenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihrer Zugehörigkeit zu dieser Gesellschaft gesetzt haben oder gegen den durch einen anderen gesetzten Rechtsschein nicht pflichtgemäß vorgegangen sind und der Dritte sich bei seinem geschäftlichen Verhalten auf den Rechtsschein verlassen hat (vgl. BGH, Urt. v. 11.3.1955 – I ZR 82/53; Urt. v. 24.1.1978 – VI ZR 264/76; Urt. v. 24.1.1991 – IX ZR 121/90; Urt. v. 8.7.1999 – IX ZR 338/97; Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00; Urt. v. 3.5.2007 – IX ZR 218/05; Urt. v. 1.6.2010 – XI ZR 389/09).

Bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen trifft die Haftung den Scheingesellschafter sowohl für vertragliche Ansprüche wie auch für außervertragliche Ansprüche (vgl. BGH, Urt. v. 3.5.2007 - IX ZR 218/05).

a) Rechtsschein

Zwar ist B nach ihrem Ausscheiden nicht mehr aktiv als Gesellschafterin der W. & M. GbR aufgetreten und hat dem C zudem untersagt, auf dem Briefkopf der W. & M. GbR weiterhin ihren Namen zu nennen. Für den BGH ist jedoch eindeutig, dass sich B den von C gesetzten Rechtsschein zurechnen lassen muss:

Scheingesellschafter ist auch der Gesellschafter, der aus einer bestehenden Gesellschaft ausgeschieden ist, aber weiterhin als Gesellschafter nach außen auftritt. Wenn nach außen hin für den Rechtsverkehr eine Veränderung in der personellen Zusammensetzung der Gesellschaft nicht sichtbar geworden ist, muss der ausgeschiedene Gesellschafter sich so behandeln lassen, als bestehe der bisherige Rechtszustand weiter (vgl. BGH, Urt. v. 10.3.1988 - III ZR 195/86; Urt. v. 24.1.1991 - IX ZR 121/90).

Für das Auftreten als Gesellschafter kann es genügen, wenn der Gesellschafter im Briefkopf der Gesellschaft genannt

wird (vgl. BGH, Urt. v. 10.3.1988 - III ZR 195/86; Urt. v. 17.10.1989 - XI ZR 158/88; Urt. v. 8.7.1999 - IX ZR 338/97; Urt. v. 29.1.2001 - II ZR 331/00).

Die B ist nach außen weiterhin als Gesellschafterin in Erscheinung getreten. Dem A, der den Verwaltervertrag mit der Gesellschaft abgeschlossen hatte, war ihr Ausscheiden nicht mitgeteilt worden. Im Gegenteil war die B jedenfalls auf dem Briefkopf weiterhin als Gesellschafterin genannt, so auch auf den beiden im April 2006 übersandten Rechnungen, die die Überweisung ausgelöst haben.

B muss sich somit als Scheingesellschafterin der W. & M. GbR behandeln lassen.

b) Vertrauen des A in den von B gesetzten Rechtsschein

A müsste sich auf den von B gesetzten Rechtsschein verlassen haben. Auch dies war nach Ansicht des BGH gegeben:

Der A hat sich, wie die ausdrücklich an die Gesellschaft gerichteten Überweisungen zeigen, bei seinen Zahlungen auf den damit gesetzten Rechtsschein eines Fortbestehens der Gesellschaft mit der Beklagten verlassen.

b) Kein ausreichendes Vorgehen der B gegen den von ihr gesetzten Rechtsschein

Fraglich ist, ob die B pflichtgemäß gegen den von ihr gesetzten Rechtsschein vorgegangen ist, indem sie C die Nennung ihres Namens auf dem Briefkopf der W. & M. GbR untersagt hat.

Dies ist nach Ansicht des BGH jedoch gerade nicht ausreichend:

Zum pflichtgemäßen Vorgehen gegen den gesetzten Rechtsschein genügt es nicht, dass der ausscheidende Gesellschafter dem verbleibenden Gesellschafter die Weiterverwendung von Hinweisen auf die Gesellschaft wie die Namensverwendung im Briefkopf oder auf einem Firmen- oder Kanzleischild untersagt. Er muss vielmehr im Rahmen des ihm Zumutbaren selbst die Handlungen vornehmen, die geeignet sind, den aus der früheren Kundgabe der Stellung als Gesellschafter erwachsenen Rechtsschein zu zerstören (vgl. BGH, Urt. v. 24.1.1991 – IX ZR 121/90).

2. Ergebnis

Da A gegen die vermeintliche W. & M. GbR ein Anspruch auf Zahlung von EUR 5.011,20 aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB zusteht, haftet B als Scheingesellschafterin der W. & M. GbR für diese Verbindlichkeit analog § 128 HGB.

III. Endergebnis

A kann von B somit Zahlung von EUR 5.011,20 verlangen.

Hinweise:

Die dargestellte Entscheidung behandelt mit der Rechtsscheinhaftung eines GbR-Gesellschafters einen Sachverhalt, der um weitere Probleme ergänzt ohne weiteres Gegenstand einer Examensklausur sein kann. In der Originalentscheidung hatte der BGH die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen, da die Beklagte noch Gelegenheit zur Darlegung und zum Beweis der von ihr getroffenen Maßnahmen zur Zerstörung des Rechtsscheins erhalten müsse.

(RA Steffen Follner)

Anwendung des § 281 BGB auf den Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB

OLG Karlsruhe, Urteil vom 17.01.2012 - 12 U 143/11, BeckRS 2012, 02688

Wird die Erfüllung eines Beseitigungsanspruchs gemäß § 1004 Abs. 1 BGB nicht innerhalb einer gesetzten Frist erfüllt, so kann der Berechtigte Schadensersatz statt der Leistung entsprechend § 281 Abs. 1 BGB fordern und ist nicht darauf verwiesen, vorab einen Titel auf Beseitigung der Störung zu erwirken und nach § 887 ZPO vorzugehen. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

A ist Eigentümer eines Grundstücks. Auf dem Nachbargrundstück, auf welchem E ein Erbbaurecht hat, wurden Bauarbeiten durch den Bauträger B durchgeführt. Der Erdaushub wurde auf dem Grundstück des A mit dessen Einverständnis vorübergehend bis zur Beendigung der Bauarbeiten gelagert. Nach Beendigung forderte A B und E mehrfach zur Beseitigung des Aushubs auf. B reagierte überhaupt nicht, E verwies darauf, dass das Sache der B sei. A holte bei Unternehmer D einen Kostenvoranschlag für die Beseitigung ein und verlangte nun die danach zu erwartenden Kosten dafür von B und E.

Zu Recht?

A. Anspruch gegen B

I. Anspruch aus §§ 281 I BGB i.V.m. § 1004 BGB

1. a) Fraglich ist, ob ein Anspruch aus § 1004 BGB als Grundlage für ein Schuldverhältnis in Betracht kommt. Das ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

Teilweise wird in der Literatur die Anwendung des § 281 BGB auf § 1004 BGB verneint. Das wird damit begründet, dass die Norm nicht auf den dinglichen Anspruch des § 1004 BGB passe; es komme wegen der systematischen Stellung ohnehin nur eine analoge Anwendung in Frage, welche aber zu verneinen sei. Auch gehe § 281 IV BGB davon

aus, dass der Primäranspruch aus § 1004 bereits mit der Selbstbeseitigung der Störung erlischt, sodass die Regelung des IV erkennbar unpassend sei. Das OLG Karlsruhe bejaht sie aber mit der Gegenansicht:

„Der Senat vertritt mit einigen namhaften Stimmen in der Literatur die Auffassung, dass auch bei einem Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 Abs. 1 BGB unter bestimmten Voraussetzungen Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 Abs. 1 BGB gefordert werden kann und nicht nur Beseitigung der Störung als solches und erst anschließend aufgrund des auf Beseitigung erstrittenen Titels im Wege der Zwangsvollstreckung gemäß § 887 ZPO die Kosten der Ersatzvornahme gefordert werden können. § 281 BGB ist eine angemessene und auch praktikable Lösung für die Fälle, in denen sich der Störer - wie hier - von Anfang an standhaft weigert, die Beseitigung vorzunehmen oder ersatzweise die Kosten hierfür zu tragen.“

Das OLG begründet die Anwendung mit einem praktischen Bedürfnis:

Der Senat übersieht hierbei nicht, dass § 1004 Abs. 1 BGB einen Zahlungsanspruch vor Beseitigung der Störung hinsichtlich der erforderlichen Kosten nicht gewährt (BGH NJW 1989, 1476). Die Frage, ob § 281 BGB analog auf den negato-

rischen Beseitigungsanspruch angewandt werden kann, wird wenig diskutiert (siehe hierzu Aufsatz von Bezenberger, Justiz 2005, 373 ff.). Auch der Bundesgerichtshof hat nach der Reform des Schuldrechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hierzu bislang nicht Stellung genommen. Die Anwendung von § 281 BGB ist für den Negatoriengläubiger allerdings in zwei Konstellationen von Interesse, nämlich in den Fällen der Selbsterfüllung, also solchen, in denen der Gläubiger die vorhandene Störung seines Eigentums selbst beseitigt und die Kosten beim Störer liquidieren möchte. Denn bei einem Vorgehen über § 281 Abs. 1 BGB wäre der Erstattungsanspruch des Gläubigers nicht wie im Falle der Rückgriffkondition gemäß § 812 Abs. 1 BGB auf den Umfang der beim Störer eingetretenen Ersparnis begrenzt. Der zweite Fall ist der, bei dem der Gläubiger bereit wäre, die Beeinträchtigung seines Eigentums hinzunehmen, aber dafür eine Entschädigung haben möchte, die der Störer nicht zu zahlen bereit ist. Mit Hilfe von § 281 BGB könnte der Gläubiger den Störer dazu zwingen, eine entsprechende Entschädigung zu zahlen.

Weiter ist ein Anspruch gemäß § 281 BGB analog statt nur einem Anspruch für die Erstattung der Kosten gemäß §§ 677, 683, 670 BGB für die Fallkonstellation anzunehmen und damit zu befür-

worten, bei der der Beeinträchtigte nur Frist zur Beseitigung der Störung gesetzt (§ 281 Abs. 4 BGB), aber selbst noch nicht die Beseitigung vorgenommen hat, etwa weil er hierzu aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse gar nicht in der Lage ist. Dem Kläger ist es im vorliegenden Fall nämlich nicht möglich, in Vorlage zu treten und die Kosten sodann gemäß §§ 677, 683 BGB oder im Wege der Rückgriffkondiktion gemäß § 812 Abs. 1 BGB einzuklagen. Hat der Negatorienkläuber die Störung selbst beseitigt, ergibt sich - wie ausgeführt - sein Anspruch grundsätzlich zwar aus §§ 677 ff. BGB bzw. aus § 812 Abs. 1 BGB, erfordert aber, dass der Gläubiger mit seinen eigenen finanziellen Mitteln selbst die Beseitigung herbeigeführt hat. Für einen Anspruch gemäß §§ 679, 683 Satz 1 BGB ist zudem weiter Voraussetzung, dass die Beseitigung dem Willen und Interesse des Störers entsprechen muss, was dann nicht der Fall ist, wenn dieser die Beseitigung verweigert hat. Für diese Fallkonstellation bietet § 281 Abs. 1 BGB eine sachgerechte und angemessene Lösung. Verweigert der Störer wie hier nach Fristsetzung standhaft die Beseitigung der Störung, so kann der Negatorienkläuber gemäß § 281 Abs. 1 BGB analog Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Die Pflichtverletzung der Beklagten Ziffer 2

liegt hierbei nicht in der ursprünglichen Beeinträchtigung des fremden Eigentums, die nicht verschuldet sein muss, sondern in der schuldhaften Nichtbeseitigung der Störung. Der Negatorienkläuber ist im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, wie er stünde, wenn der Störer seine Pflicht erfüllt hätte. Das sind die - zu erwartenden oder bereits getätigten - Aufwendungen des Geschädigten für die Beseitigung der Störung.

§ 1004 BGB bildet also nach dem OLG eine Grundlage für einen Schadensersatzanspruch aus § 281 BGB.

b) Erforderlich ist weiter, dass die Voraussetzungen des § 1004 vorliegen. In dem nach wie vor auf dem Grundstück befindlichen Erdaushub ist nach dem OLG eine Beeinträchtigung zu sehen. B ist auch Störer (Handlungsstörer), da er das Erdreich auf das Grundstück des A verbracht hatte. Eine Duldungspflicht des A besteht nicht, das Einverständnis bezog sich nur auf die Zeit der Bauarbeiten.

Ein Anspruch des A gegen B bestand danach ursprünglich.

2. A hatte B auch eine Frist zur Beseitigung gesetzt, die erfolglos verstrichen ist.

3. A kann also von B Schadensersatz nach § 281 BGB i.V.m. § 1004 I BGB verlangen.

II. Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 I BGB

In Betracht kommt auch ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 I BGB. Das OLG Karlsruhe verneint ihn allerdings:

Ein Anspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Eigentums durch das Nichtentfernen des Erdaushubs besteht nicht. Denn durch die Unterlassung des Entfernen des Erdaushubs hat sich auf dem Grundstück des Klägers nichts verändert. Es fehlt mithin an einer Eigentumsverletzung. Die bereits mit dem Abladen begangene Eigentumsbeeinträchtigung besteht lediglich fort.

III. A hat gegen B also einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 281 BGB i.V.m. § 1004 BGB.

B. Ansprüche des A gegen E

I. Anspruch aus § 281 I BGB i.V.m. § 1004 BGB

1. a) § 1004 BGB ist nach dem OLG taugliche Grundlage für ein Schuldverhältnis (s.o.)

b) Ferner müssten die Voraussetzungen eines Anspruchs nach § 1004 BGB gegeben sein. Problematisch ist hier, ob E, der den Aushub schließlich nicht verursacht hat und damit nicht Handlungsstörer ist, als Störer angesehen werden kann.

Das OLG bejaht dies. Es skizziert zunächst die Voraussetzungen für eine Zustandstörereigenschaft:

Die Beklagte Ziffer 2 ist mittelbare Zustandsstörerin. Der Anspruch gemäß § 1004 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der Adressat einer auf § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB gestützten Beseitigungsklage Störer sein muss. Hier sind zwei Typen von Störern zu unterscheiden, der Handlungs- und der Zustandsstörer. Handlungsstörer ist im vorliegenden Fall der Rohbauunternehmer, die Beklagte Ziffer 1. Denn Handlungsstörer ist derjenige, der die Beeinträchtigung durch sein Verhalten - positives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen - adäquat verursacht hat. Eine Haftung der E scheidet nach diesen Kriterien aus, weil sie - unstreitig - den Erdaushub nicht auf das Grundstück verbracht hat.

Als Zustandsstörer haftet derjenige, der zwar nicht gehandelt, durch dessen maßgebenden Willen aber die Beeinträchtigung aufrechterhalten wird. Während es im öffentlichrechtlichen

Entschädigungsrecht bei der wertenden Zurechnung der Schadensfolgen nach Verantwortungsbereichen und Risikosphären wesentlich auf die Unmittelbarkeit des Eingriffs ankommt, stellt das Haftungssystem des privaten Nachbarrechts auf die Störereigenschaft im Sinne der §§ 1004 Abs. 1, 862 Abs. 1 BGB ab. Diese folgt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht allein aus dem Eigentum oder dem Besitz an dem Grundstück, von dem die Einwirkung ausgeht, und setzt auch keinen unmittelbaren Eingriff voraus. Vielmehr ist ausreichend, aber auch erforderlich, dass die Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks wenigstens mittelbar auf den Willen des Eigentümers oder Besitzers zurückgeht. Ob dies der Fall ist, kann nicht begrifflich, sondern nur in wertender Betrachtung von Fall zu Fall festgestellt werden. Entscheidend ist, ob es jeweils Sachgründe gibt, dem Grundstückseigentümer oder Nutzer die Verantwortung für ein Geschehen aufzuerlegen. Eine Haftung als Zustandsstörer kommt danach gerade in den Fällen in Betracht, in denen die Inanspruchnahme des klägerischen Eigentums durch den Beklagten ursprünglich rechtmäßig war, nämlich durch das Einverständnis des Klägers oder durch eine entsprechende obligatorische Nutzungsberechtigung gedeckt war, dieser rechtfertigende Umstand aber mittlerweile entfallen ist.

Nach diesen Kriterien ist E, so das OLG, als Zustandsstörer anzusehen:

Die Sachgründe für eine wertende Betrachtung liegen darin, dass E als Erbbauberechtigte die rechtliche und auch tatsächliche Sachherrschaft zur Bebauung des Grundstücks einschließlich des dort auszuhebenden Erdreichs hatte. E hat mit B einen Werkvertrag abgeschlossen, der die Rohbauarbeiten für die Erstellung von Reihenhäusern zum Gegenstand hatte. B hat als selbstständige Unternehmerin in Erfüllung des Werkvertrags die Rohbauarbeiten durchgeführt. Im Rahmen dieser Arbeiten hat sie den Erdaushub auf dem Grundstück des Klägers abgelagert und damit die Störung herbeigeführt. Werden störende Arbeiten durch einen selbstständigen Unternehmer in fremdem Auftrag ausgeführt, so sind grundsätzlich beide - Werkunternehmer wie Werkbesteller - für den Anspruch aus § 1004 passivlegitimiert. Die Haftung des Auftraggebers folgt daraus, dass die störende Tätigkeit die Verwirklichung des Werkvertrages und deshalb die Ausübung einer vom Auftraggeber angemessenen Einwirkungsbefugnis bedeutet. Dies gilt in jedem Falle dann, wenn dem Auftraggeber gerade das fragliche störende Verhalten seines Unternehmers zurechenbar ist. Dies ist für solche störenden Verhaltensweisen zu bejahen, die der Auftraggeber bestellt

hat oder die doch eine notwendige oder zumindest übliche Begleiterscheinung der ausbedungenen Arbeiten bilden. Der Auftraggeber dehnt hier eben - ganz ähnlich wie der Verpächter im Falle der Verpachtung zu einem notwendigerweise fremdes Eigentum beeinträchtigenden Gebrauch - mittels des Werkunternehmers seine Herrschaftsmacht in eine fremde Eigentumssphäre aus.

Die Ablagerung von Erdaushub auf einem Bauvorhaben benachbarten Grundstück ist nicht ungewöhnlich. Häufig trifft der Bauherr oder wie hier der Bauunternehmer mit dem Eigentümer des Nachbargrundstücks eine Vereinbarung, dass derartiger Aushub aus Vereinfachungs- und Kostenersparnisgründen vorübergehend auf dem Nachbargrundstück abgelagert werden darf und nach Beendigung der Bauarbeiten von dort wieder entfernt wird. A war ausweislich des Schreibens vom 03.06.2005 mit der Ablagerung des Erdaushubs einverstanden. In dem Schreiben der Bauunternehmerin B wird darauf hingewiesen, dass nach Beendigung der Baustelle der Aushub entsorgt werden wird. Die Ablagerung des Erdaushubs auf seinem Grundstück ist im vorliegenden Fall auch als übliche Begleiterscheinung der von E in Auftrag gegebenen Bauarbeiten anzusehen, die ihr zurechenbar ist. Denn der Bauvertrag mit B sah vor, dass der

Erdaushub auf dem klägerischen Grundstück zwischengelagert wird, um ihn anschließend zu einem nicht unerheblichen Teil wieder für die Auffüllung des Neubauvorhabens der E zu verwenden. Die Lagerung auf dem Grundstück des Klägers erfolgte damit auch und gerade im Interesse der E. Mit der Zwischenlagerung sollten Kosten gespart werden, die ansonsten durch ein Abfahren des Erdaushubs und das Wiederanfahren von Erde für die Verfüllung des Kellerstockwerks angefallen und bei weitem höher gewesen wären als die Kosten einer bloßen Zwischenlagerung, bei der nur der tatsächlich nicht wiederverwendbare Aushub hätte beseitigt werden müssen. E hat daher ebenfalls als Störerin für die Beseitigung der Beeinträchtigung einzustehen.

E kann auch nicht mit Erfolg geltend machen, dass sie nicht Eigentümerin des Grundstücks war. E ist Erbbauberechtigte gewesen und damit zu dem hier fraglichen Zeitpunkt verantwortliche Nutzerin des Grundstücks, von dem der belastete Erdaushub auf das Grundstück des Klägers verbracht worden ist. E ist - wie ausgeführt - mittelbare Zustandsstörerin, weil sie nach Widerruf der Genehmigung zur Lagerung des Erdaushubs die Entsorgung unterlassen hat.

Weder die interne Absprache mit B noch eine Dereliktion ändern nach dem OLG Karlsruhe daran etwas:

Dass das Verbringen des Erdaushubs auf einer internen Absprache der B mit dem Kläger beruhte und B unstreitig nach dem Werkvertrag mit der E auch mit der Abfuhr und Entsorgung des Erdaushubs beauftragt und damit hierfür im Innenverhältnis alleine verantwortlich war, führt zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Denn E hatte - wie ausgeführt - ein wirtschaftliches Interesse daran, dass der Erdaushub auf dem Gelände des Klägers zwischengelagert wird. Der Erdaushub war nämlich für die Verfüllung des Bauvorhabens vorgesehen.

E kann sich wie der Eigentümer einer Sache als Erbbauberechtigte einer Haftung als Zustandsstörer nicht durch Verzicht auf ihr Eigentum entziehen. Eigentum an dem Erdaushub hat E im vorliegenden Fall gemäß § 954 BGB durch die Trennung des streitgegenständlichen Bauaushubs erworben. Darüber hinaus kann sich E, solange sie für die Entsorgung des belasteten Erdaushubs verantwortlich ist, dieser Verantwortung nicht durch Dereliktion entziehen, worauf schon das Landgericht zutreffend abgestellt hat. Die Verantwortlichkeit folgt wieder daraus, dass der Erdaushub mit dem Willen der E zur

Wiederverwendung zwischengelagert worden war.

E ist danach als Störer anzusehen. Auch die übrigen Voraussetzungen des § 1004 BGB liegen vor.

2. Eine Frist wurde erfolglos gesetzt.
3. Der Anspruch aus § 281 I BGB i.V.m. § 1004 BGB besteht also auch gegen E.

II. Ein Anspruch aus § 823 I BGB besteht nach dem OLG nicht (siehe oben).

III. Auch E ist nach § 281 I BGB in Verbindung mit § 1004 BGB also verpflichtet, den Schaden zu ersetzen. Sie haften nach § 840 BGB analog als Gesamtschuldner.

Hinweise:

1. Die vorliegende Entscheidung betrifft eine höchst umstrittene Materie und examensrelevante Materie, nämlich die Anwendung schuldrechtlicher Normen auf den Anspruch aus § 1004 BGB. Die parallele Problematik der Anwendung des § 275 BGB (siehe etwa zuletzt BGH NJW 2010, 2341) war bereits Gegenstand von Examensklausuren. Umstritten ist auch z.B. die Anwendung von § 251 BGB (siehe etwa Gursky, in: Staudinger, BGB, 2006, § 1004 Rdnr. 154 ff.) oder

von § 254 BGB (*Gursky* a.a.O. Rdnr. 157 ff.).

2. Diese Probleme resultieren nicht zuletzt auch daraus, dass die Rechtsnatur und der Inhalt des Anspruchs nach § 1004 BGB in der Literatur heftig umstritten sind (eingehend zur Diskussion *Gursky* a.a.O. Rdnr. 137 ff.; zur Vertiefung s. *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972). Die Rechtsprechung jedenfalls ignoriert diese Fragen häufig und nähert § 1004 BGB immer mehr einem Deliktsanspruch an; sie setzt sich damit dem Einwand aus, dass so das Verschuldenserfordernis aus § 823 I BGB ausgehöhlt wird.

3. Besonders fragwürdig ist die Verneinung des Anspruchs aus § 823 I BGB. Das OLG Karlsruhe erweckt den Eindruck, als ob es eine Substanzverletzung als zwingend ansehen würde, was freilich in Widerspruch zu Rechtsprechung und Lehre zu § 823 I BGB steht.

(*RA Dr. Christian F. Majer*)

Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen trotz fehlender Deutschkenntnisse

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 02.02.2012, Aktenzeichen 11 Sa 569/11, BeckRS 2012, 66863

- 1. Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einen Arbeitsvertrag richtet sich allein nach §§ 145 ff. BGB und nicht nach § 305 Abs. 2 BGB. Es genügt jede, auch stillschweigende Willensübereinkunft.**
- 2. Ein der deutschen Sprache nicht mächtiger Arbeitnehmer, der nach Vertragsverhandlungen in seiner Muttersprache einen deutschsprachigen Formulararbeitsvertrag unterzeichnet, ohne auf dessen Übersetzung zu bestehen, muss auch die nicht zur Kenntnis genommene Ausschlussfrist des Arbeitsvertrags gegen sich gelten lassen. Er steht einem Vertragspartner gleich, der einen Vertrag ungelesen unterschreibt.**

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

P, bei dem es sich um einen portugiesischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Portugal handelt, war vom 24.07.2009 bis zum 31.03.2011 bei B als Kraftfahrer im internationalen Transportwesen zu einer Bruttomonatsvergütung von EUR 900,00 beschäftigt. P ist der deutschen Sprache nicht mächtig. Nachdem die Verhandlungen über die Vertragsinhalte in portugiesischer Sprache geführt worden waren, wurde P ein Formulararbeitsvertrag in deutscher

Sprache vorgelegt. Dieser unterzeichnete den Vertrag, ohne zuvor eine Übersetzung des Vertrags in die portugiesische Sprache erbeten zu haben.

Der Formulararbeitsvertrag beinhaltet u.a. folgende Regelungen:

„§ 4 Vergütung

Die Vergütung ist jeweils am letzten des Monats fällig.

§ 12 Ausschlussfristen

(1) Alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach der

Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich erhoben werden.

(2) Lehnt die Gegenpartei den Anspruch ab oder erklärt sie sich nicht innerhalb eines Monats nach der Geltendmachung des Anspruchs, so verfällt dieser, wenn er nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Ablehnung oder dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird.“

Mit Schreiben vom 13.04.2011 machte P außergerichtlich gegenüber B einen Anspruch auf die bislang nicht erhaltene Arbeitsvergütung für den Monat Dezember 2010 in Höhe von EUR 900,00 brutto geltend. Am 12.05.2011 erhob P eine entsprechende Zahlungsklage.

Besteht der geltend gemachte Zahlungsanspruch?

I. Anspruch entstanden

P stand im Dezember 2010 in einem Arbeitsverhältnis zu B. Der Vergütungsanspruch in Höhe von EUR 900,00 brutto für den Monat Dezember ist daher gemäß § 611 BGB iVm. dem Arbeitsvertrag entstanden.

II. Anspruch erloschen?

Der Anspruch auf die Arbeitsvergütung könnte jedoch gemäß § 12 des Arbeitsvertrags erloschen sein, wenn die darin

enthaltene Ausschlussfrist wirksam zwischen P und B vereinbart wurde.

1. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Bei dem Arbeitsvertrag handelt es sich laut Sachverhalt um einen „Formulararbeitsvertrag“. Somit liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB vor.

2. Wirksame Einbeziehung der Ausschlussfrist in den Arbeitsvertrag

Weiterhin müssten die Ausschlussfristen wirksam in den Arbeitsvertrag einbezogen worden sein.

a) Maßstab des § 305 Abs. 2 BGB?

Die Frage der Einbeziehung der Ausschlussfristen in den Arbeitsvertrag ist nicht am Maßstab des § 305 Abs. 2 BGB zu prüfen.

„§ 305 BGB regelt die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag. Gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB werden allgemeine Geschäftsbedingungen nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragschluss die andere Vertragspartei erkennbar auf diese hinweist und der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Diese Rege-

lung kommt jedoch nach § 310 Abs. 4 S. 2 BGB bei Arbeitsverträgen nicht zur Anwendung. Der Gesetzgeber hat kein Bedürfnis für eine Einbeziehungskontrolle gesehen aufgrund der bereits bestehenden Verpflichtungen des Arbeitgebers aus § 2 Nachweisgesetz, die wesentlichen Vertragsbestimmungen schriftlich auszuhändigen (BT-Ds. 14/6857, S. 54). Wegen dieser klaren gesetzgeberischen Entscheidung scheidet auch eine analoge Anwendung des § 305 Abs. 2 BGB aus.“

b) Maßstab der §§ 145 ff. BGB

„Die Einbeziehung von AGB in den Arbeitsvertrag richtet sich daher allein nach §§ 145 ff. BGB. Es genügt jede, auch stillschweigende Willensübereinkunft.“

Durch seine Unterschrift unter das Vertragsformular hat P das Angebot der B zum Abschluss eines Arbeitsvertrages unter den in diesem Formular geregelten Bedingungen einschließlich der Ausschlussfrist vorbehaltlos angenommen. Die Ausschlussfristenregelung ist daher Vertragsbestandteil geworden. Auch wenn P der deutschen Sprache nicht mächtig ist und die Vertragsbedingungen einschließlich der Ausschlussfrist zum damaligen Zeitpunkt nicht verstanden hat, ist B nicht verpflichtet gewesen, P vor seiner Unterzeichnung eine portugiesische Überset-

zung des Vertrages zukommen zu lassen.

„Es besteht keine allgemeine Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitsvertrag unaufgefordert in die Muttersprache des Arbeitnehmers zu übersetzen. Eine generelle Übersetzungspflicht für Schriftstücke, die von fremdsprachlichen Arbeitnehmern unterzeichnet werden sollen, ist dem geltenden Recht nicht zu entnehmen. Dies gilt insbesondere, wenn sich die Vertragsparteien auf die deutsche Sprache als Verhandlungs- und Vertragssprache einigen. Lässt sich der ausländische Partner hierauf ein, so akzeptiert er damit den gesamten deutschsprachigen Vertragsinhalt einschließlich der zugrundeliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Es ist ihm zuzumuten, sich vor Abschluss des Vertrags selbst die erforderliche Übersetzung zu beschaffen. Anderenfalls muss er den nicht zur Kenntnis genommenen Text der Geschäftsbedingungen gegen sich gelten lassen.“

Die Besonderheit des Falls besteht allerdings darin, dass die Parteien die Vertragsverhandlungen in der portugiesischen Sprache geführt haben. Insofern war B von vornherein erkennbar, dass P der deutschen Sprache nicht bzw. nicht hinreichend mächtig ist. Aus dieser Kenntnis lässt sich jedoch nach Auffassung des LAG Rheinland-Pfalz keine

besondere Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ableiten, den schriftlichen Arbeitsvertrag in der Verhandlungssprache vorlegen zu müssen.

„Bei der Anbahnung eines Vertrages hat eine Partei dem anderen Teil nur diejenigen entscheidungserheblichen Umstände mitzuteilen, über die dieser eine Aufklärung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr (§ 242 BGB) redlicherweise erwarten darf. Danach besteht keine regelmäßige Pflicht einer Partei, von sich aus – ungefragt – einen anderen vor oder bei Vertragsschluss über das damit verbundene Risiko zu unterrichten. Jedermann darf grundsätzlich davon ausgehen, dass sich sein künftiger Vertragspartner selbst über die Umstände, die für seine Vertragsentscheidung maßgeblich sind, sowie über Art und Umfang seiner Vertragspflichten im eigenen Interesse Klarheit verschafft hat. Es ist im allgemeinen nicht rechtliche Aufgabe des Vertragsgegners, gegenüber dem anderen Teil die Nachteile und Gefahren zu verdeutlichen, die mit den Pflichten aus dem beabsichtigten Vertrag verbunden sind, und diese bei einem gegenseitigen Vertrag gegen die Vorteile abzuwägen. Nur ausnahmsweise kann eine Aufklärungs- und Warnpflicht nach Treu und Glauben dann bestehen, wenn wegen besonderer Umstände des Einzelfalles davon auszuge-

hen ist, dass der künftige Vertragspartner nicht hinreichend unterrichtet ist und die Verhältnisse nicht durchschaut.“

Hier hatte die Vorlage eines schriftlichen Vertrags für P eine hinreichende Warnfunktion.

„Er konnte erkennen, dass von ihm eine rechtserhebliche Erklärung verlangt wird. Gerade weil die Vertragsverhandlungen in portugiesisch geführt wurden, konnte er sich in seiner Muttersprache verhandlungssicher ausdrücken und seine Vorstellungen und Wünsche verständlich formulieren. Insofern ist es unangebracht, den des Deutschen gar nicht mächtigen Arbeitnehmer besser zu stellen als einen Arbeitnehmer, der sich ohne hinreichende Kenntnisse der deutschen Sprache auf eine Verhandlung in deutsch eingelassen hat.“

P hatte „ohne weiteres die Möglichkeit, darauf hinzuweisen, dass die bisherigen Verhandlungen in portugiesisch geführt worden sind, weil er der deutschen Sprache nicht mächtig ist. Er hätte den Vertrag mitnehmen können, um ihn sich von einer Person seines Vertrauens übersetzen zu lassen, oder er hätte gleich den Arbeitgeber um ein übersetztes Exemplar des Vertrags bitten können.“

Von diesen beiden Möglichkeiten hat P keinen Gebrauch gemacht. Hierfür hat er die Verantwortung zu tragen. Das Unterzeichnen des Vertrags in Unkenntnis seines Inhalts fällt in den Risikobereich des P. Er muss sich so behandeln lassen wie eine Person, die einen Vertrag ungelesen unterschreibt.

Das LAG Rheinland-Pfalz kommt daher zu dem Zwischenergebnis, dass die in § 12 enthaltenen Ausschlussfrist Teil des Arbeitsvertrags geworden ist.

3. Keine überraschende Klausel im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB

„Nach § 305c BGB werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders nicht mit ihnen zu rechnen braucht, nicht zum Vertragsbestandteil. Die Vereinbarung einer Ausschlussfrist in einem Arbeitsvertrag ist im Arbeitsleben weit verbreitet. Deshalb hat jeder Arbeitnehmer grundsätzlich damit zu rechnen, dass ein vom Arbeitgeber vorgefertigtes Regelwerk, welches Bestandteil seines Arbeitsverhältnisses werden soll, eine solche Verfallklausel beinhaltet.“

Eine überraschende Klausel im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB liegt demnach nicht vor.

4. Unangemessene Benachteiligung?

Die Verfallklausel in § 12 des Arbeitsvertrags könnte P allerdings entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB benachteiligen und daher unwirksam sein.

a) Erste Stufe

Zunächst prüft das LAG Rheinland-Pfalz die Wirksamkeit der ersten Stufe der Ausschlussfrist, also die Regelung, dass „alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach der Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich erhoben werden.“ Hierzu stellt das Gericht fest:

„Die erste Stufe der arbeitsvertraglichen Verfallklausel hält auch einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB stand. Sie benachteiligt den Kläger nicht unangemessen entgegen den Geboten von Treu und Glauben. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (28.09.2005 – 5 AZR 52/05 – BAGE 116, 66) ist eine Frist für die schriftliche Geltendmachung von weniger als drei Monaten im Rahmen einer einzelvertraglichen Ausschlussfrist unangemessen kurz. Diese Grenze wird

in § 12 Absatz 1 des Arbeitsvertrages gewahrt.“

b) Zweite Stufe

Sodann stellt das LAG Rheinland-Pfalz zur zweiten Stufe der Ausschlussfrist, also der Regelung, dass der Anspruch verfällt, wenn er im Falle einer Ablehnung oder Nichterklärung der Gegenpartei nicht innerhalb von zwei Monaten geltend gemacht wird, Folgendes fest:

„Die Verfallklausel in § 12 Absatz 2 des Arbeitsvertrages ist hingegen rechtsunwirksam. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts können zweistufige Ausschlussklauseln in Formulararbeitsverträgen vereinbart werden. Die Mindestfrist für die gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche beträgt aber gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 BGB drei Monate (BAG 25.05.2005 – 5 AZR 572/04 – BAGE 115, 19). Nach § 12 Absatz 2 des Arbeitsvertrages verfällt der Anspruch bereits, wenn er nicht innerhalb von zwei Monaten nach Ablehnung oder nach Ablauf der Erklärungsfrist von 1 Monat nach der Geltendmachung gerichtlich geltend gemacht wird. Eine solche Klagefrist ist mit wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Verjährungsrechts nicht vereinbar und benachteiligt den Kläger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.“

Das LAG Rheinland-Pfalz kommt daher zu dem Ergebnis, dass die zweite Stufe der Ausschlussfrist unwirksam ist:

„Die Unwirksamkeit der zweiten Stufe der Ausschlussklausel führt nach § 306 Abs. 1 und 2 BGB zu ihrem ersatzlosen Wegfall bei Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages im Übrigen.“

c) Blue-pencil-test

Die Unwirksamkeit der zweiten Stufe der Ausschlussfrist führt nach dem sog. blue-pencil-test allerdings nicht zur Unwirksamkeit der gesamten in § 12 des Arbeitsvertrags enthaltenen Verfallklausel, da diese teilbar ist.

„Die Teilbarkeit der Klausel ist mittels einer Streichung des unwirksamen Teils mit einem „blauen Stift“ zu ermitteln (blue-pencil-test). Ist die verbleibende Regelung weiterhin verständlich, bleibt sie bestehen. Maßgeblich ist, ob sie mehrere sachliche Regelungen enthält und der unzulässige Teil sprachlich eindeutig abtrennbar ist. Gegenstand der Inhaltskontrolle sind dann für sich jeweils verschiedene, nur formal verbundene AGB-Bestimmungen. Die erste und die zweite Stufe der Ausschlussklausel in § 12 des Arbeitsvertrages sind inhaltlich getrennt. Dies kommt sprachlich darin zum Ausdruck, dass beide Stufen in getrennten Absätzen geregelt sind. Die beiden Absätze enthalten jeweils eigen-

ständige sachliche Regelungen. Abs. 2 kann gestrichen werden, ohne dass Abs. 1 hiervon in seinem Regelungsgehalt berührt wird. § 12 Abs. 1 des Arbeitsvertrages bleibt bei einer Streichung des nachfolgenden Absatzes äußerlich und inhaltlich unverändert und behält seine Selbstständigkeit und seinen spezifischen Zweck.“

Dementsprechend war die in § 12 Abs. 1 des Arbeitsvertrags enthaltene Verfallfrist bei der Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis durch P zu beachten. Da P den Anspruch auf die Arbeitsvergütung für den Monat Dezember 2010 erstmals mit Schreiben vom 13.04.2011 gegenüber B geltend gemacht hatte, wahrte er die in § 12 Abs. 1 des Arbeitsvertrags enthaltene Verfallfrist nicht, da die Vergütung für den Monat Dezember 2010 nach § 4 des Arbeitsvertrags am letzten des Monats, also am 31.12.2010, fällig geworden war. Daher hätte die Gehaltsforderung für den Monat Dezember 2010 spätestens am 31.03.2011 schriftlich gegenüber B geltend gemacht werden müssen.

5. Ergebnis

B hat die in § 12 Abs. 1 des Arbeitsvertrags enthaltene Verfallfrist nicht gewahrt. Der Anspruch auf die Arbeitsvergütung für Dezember 2010 ist daher mit Ablauf des 31.03.2011 erloschen. B

steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch daher nicht zu.

Hinweise:

1. Die Entscheidung des LAG Rheinland-Pfalz enthält verschiedene Probleme, die auch für allgemeine zivilrechtliche Klausuren relevant sind. Nach den Ausführungen des Gerichts kommt ein Vertrag durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen gemäß §§ 145 ff. BGB auch dann zu Stande, wenn eine der Parteien der Vertragsprache nicht mächtig ist. Dies gilt auch dann, wenn die Vertragsprache von der Verhandlungssprache abweicht. Wäre die Einbeziehung der Klausel über die Ausschlussfrist dagegen am Maßstab des § 305 Abs. 2 BGB zu messen gewesen, wäre davon auszugehen gewesen, dass die Klausel nicht wirksam in den Arbeitsvertrag einbezogen worden wäre. Dies deshalb, weil nach ganz h.M. im Rahmen der „Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme“ (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB) grundsätzlich die Verhandlungssprache, hier also portugiesisch, maßgeblich ist. Sowohl im Falle des Zustandekommens des Vertrags nach §§ 145 ff. BGB als auch im Falle einer wirksamen Einbeziehung der fraglichen Klausel nach § 305 Abs. 2 BGB kann indes im Anschluss die Wirksamkeit einer Anfechtung wegen eines Inhaltsirrtums nach § 119 Abs. 1 Alt. 1

BGB zu prüfen sein, wenn sich der Unterzeichner vom Inhalt des von ihm unterschriebenen Schriftstücks eine bestimmte, allerdings unrichtige Vorstellung gemacht hat (näher hierzu BGH vom 27.10.1994 – IX ZR 168/93, NJW 1995, 190 f.).

2. Bei der Prüfung einer Ausschlussfrist ist darauf zu achten, dass diese im Gegensatz zum Institut der Verjährung eine rechtsvernichtende Einwendung darstellt, die vom Richter von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Zudem ist bei der Prüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu berücksichtigen, dass eine Klausel, die neben der unwirksamen auch unbedenkliche, sprachlich und inhaltliche abtrennbare Bestimmungen enthält insoweit wirksam bleibt, als nach Wegstreichen der unwirksamen Teilregelung ein aus sich heraus verständlicher Klauselrest verbleibt und dieser trotz Wegfalls der unwirksamen Teilregelung eine sinnvolle Regelung enthält.

3. Näher zum Vertragsschluss unter Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gegenüber Fremdmuttersprachlern Schäfer, JZ 2003, 879 ff. Ein guter Überblick zum Thema „Ausschlussfristen“ findet sich bei Husemann, NZA-RR 2011, 337 ff. Eine Zusammenfassung zu den Voraussetzungen des blue-pencil-test samt Beispielen

bieten Basedow in: MüKoBGB, 5. Aufl. 2007, § 306 Rn. 17 ff. und Palandt/Grüneberg, 71. Aufl. 2012, § 306 Rn. 7.

(RA Dr. Nikolaus Polzer)

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

Garantenpflicht des Betriebsinhabers zur Verhinderung von Mobbing?

BGH, Urteil vom 20.10.2011 – 4 StR 71/11 (LG Siegen) = NStZ 2012, 142

Eine Garantenpflicht besteht nur in Bezug auf betriebsbezogene Straftaten, nicht aber auf solche, die lediglich bei Gelegenheit der Tätigkeit im Betrieb begangen werden.

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

A ist beim Bauhof der Stadt H als Vorarbeiter beschäftigt. In seiner Arbeitsgruppe sind S, K und B beschäftigt. Der geschädigte D ist ebenfalls beim Bauhof der Stadt H angestellt, arbeitet aber in einer anderen Arbeitsgruppe. Die Mitarbeiter des A (S, K und B) demütigen den D wiederholt; dabei kommt es auch mehrfach zu körperlichen Übergriffen (Schlägen, Tritten und anderen Misshandlungen – teilweise ausgeführt mit Arbeitswerkzeugen). A als Vorarbeiter von S, K und B (nicht als Vorarbeiter des Geschädigten D!) war bei allen Vorfällen zwar anwesend; eine aktive Tatbeteiligung ist ihm aber ebenso wenig nachzuweisen wie eine psychische Unterstützung.

Strafbarkeit des A wegen gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 Abs. 1, 224 StGB)?

1. Eine Strafbarkeit durch aktive Handlung scheidet nach obigem Sachverhalt aus. In einem Gutachten kurz anzusprechen wäre in gebotener Kürze dennoch eine Strafbarkeit wegen (psychischer) Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung (so auch das LG Siegen); im Ergebnis war dies hier abzulehnen.
2. In Betracht kommt eine Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen (§ 13 Abs. 1 StGB). Der tatbestandliche Erfolg ist eingetreten. A hat eine objektiv notwendige Handlung, die ihm möglich gewesen wäre, um den tatbestandlichen Erfolg abzuwenden, unterlassen.
3. Fraglich ist, ob A eine Garantenstellung im Sinne einer besonderen Pflicht-

tenstellung, die über die für jedermann geltende Handlungspflicht hinausgeht (vgl. BGH NJW 2000, 2754), hatte. Zentrales Problem ist also das Vorliegen einer Garantenpflicht. Eine solche Garantenpflicht könnte aus einer dem A von seiner Arbeitgeberin, der Stadt H, übertragenen Pflicht zum Schutz der Rechtsgüter des Geschädigten D vor Angriffen durch Dritte entstanden sein (A als Beschützergarant). Dies lehnt der BGH jedoch ab; im Urteil heißt es hierzu:

„Dabei kann dahinstehen, ob die Stadt H. eine solche Schutzpflicht – etwa aus § 618 BGB [...] – überhaupt traf und welche konkreten Vorgesetztenpflichten sich ferner aus dem Arbeitsvertrag des Angeklagten mit der Stadt H ergaben. Selbst wenn hier eine solche – grundsätzlich mögliche [...] – arbeitsvertragliche Übertragung einer Schutzpflicht im Interesse nachgeordneter Mitarbeiter anzunehmen sein sollte, würde sich diese jedenfalls nicht auf den Geschädigten erstrecken haben. Dieser befand sich zu keinem der Tatzeitpunkte innerhalb des personellen Verantwortungsbereichs des Angeklagten. Nach den Feststellungen der Strafkammer war der Angeklagte weder der planmäßige Vorgesetzte des Geschädigten, noch war der Geschädigte ihm und der von ihm geführten Kolonne

aus anderen Gründen, etwa vertretungsweise, zugeordnet.“

Eine Garantenstellung könnte sich ferner daraus ergeben, dass der Stadt H die Pflicht zur Überwachung der Mitangeklagten S, K und B obliegt mit dem Ziel, von diesen ausgehende Straftaten zum Nachteil des D zu verhindern und A diese Pflicht im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses übernommen hat (A als Überwachergarant). Dies lehnt der BGH ebenfalls ab; im Urteil heißt es:

„Zwar kann sich aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter je nach den Umständen des einzelnen Falles eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben. Diese beschränkt sich indes auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten und umfasst nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht [...]

Die Beschränkung der Garantenhaftung des Betriebsinhabers auf betriebsbezogene Taten ist unabhängig davon geboten, welche tatsächlichen Umstände für die Begründung der Garantenstellung im Einzelfall maßgebend sind [...] Weder mit einem auf dem Arbeitsverhältnis beruhenden Weisungsrecht gegenüber

Mitarbeitern noch mit der Herrschaft über die „Gefahrenquelle Betrieb“ [...] oder unter einem anderen Gesichtspunkt lässt sich eine über die allgemeine Handlungspflicht hinausgehende, besondere Verpflichtung des Betriebsinhabers begründen, auch solche Taten von voll verantwortlich handelnden Angestellten zu verhindern, die nicht Ausfluss seinem Betrieb oder dem Tätigkeitsfeld seiner Mitarbeiter spezifisch anhaftender Gefahren sind, sondern die sich außerhalb seines Betriebes genauso ereignen könnten [...]

Gemessen daran handelte es sich bei den Misshandlungen des Geschädigten D durch die Mitangeklagten nicht um betriebsbezogene Straftaten. Sie standen weder in einem inneren Zusammenhang zur von den Mitangeklagten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu erbringenden Tätigkeit, noch hat sich in ihnen eine gerade dem Betrieb des städtischen Bauhofs spezifisch anhaftende Gefahr verwirklicht. Insbesondere war den Mitangeklagten die Schikanie des Geschädigten weder als Teil der „Firmenpolitik“ – etwa um einen unliebsamen Mitarbeiter zum Verlassen des Unternehmens zu bewegen – von der Betriebsleitung aufgetragen worden, noch nutzten die Mitangeklagten ihnen durch ihre Stellung im Betrieb eingeräumte arbeitstechnische

Machtbefugnisse zur Tatbegehung aus [...]“

Auch wenn mit der Differenzierung zwischen betriebsbezogenen Straftaten und Straftaten, die nur bei Gelegenheit der Arbeitstätigkeit begangen werden, die Garantenpflicht des A im Grunde genommen bereits abgelehnt zu sein scheint, lässt sich über das aus der Organisationsforschung gut bekannte Phänomen „Mobbing“ eventuell doch noch eine Betriebsbezogenheit der von S, K und B begangenen Straftaten konstruieren. Dieser Überlegung, die auch der Generalbundesanwalt (GBA) im vorliegenden Fall vorgebracht hat, entgegnet der BGH letztlich mit einem Verweis auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot:

„Entgegen der Auffassung des GBA ist eine andere Bewertung auch nicht deshalb geboten, weil die Taten Bestandteil einer Serie wiederkehrender und sich über einen Zeitraum von mehreren Jahren erstreckender Misshandlungen waren. Zwar wird die Betriebsbezogenheit solcher mit dem Begriff „Mobbing“ bezeichneter Tatserien bisweilen mit der Begründung bejaht, dass sich eine in der Betriebsgemeinschaft allgemein angelegte Gefahr verwirkliche, weil für solche Taten der abgegrenzte soziale Raum des Betriebes ohne ausreichende Ausweichmöglichkeiten für das um seinen Ar-

beitsplatz und damit seine wirtschaftliche Existenz fürchtende Opfer konstitutiv seien [...] Damit würde das Merkmal der Betriebsbezogenheit jedoch jedenfalls für Fälle wie den vorliegenden überdehnt. Die Gefahr auch wiederholter, unter Kollegen begangener Körperverletzungen besteht in jedem Unternehmen mit mehr als einem Mitarbeiter, ist also keine gerade dem konkreten Betrieb – hier dem städtischen Bauhof – innewohnende Gefahr [...] Auch ändert sich am Fehlen eines inneren Zusammenhangs zwischen dem Betrieb des Bauhofs bzw. dem Aufgabenbereich der Mitangeklagten und der Misshandlung des Geschädigten nichts dadurch, dass diese wiederholt begangen wurde. Insbesondere verlieren die Körperverletzungstaten hierdurch nicht ihren Charakter als Exzesstaten. Ließe man allein das iterative Moment für die Annahme der Betriebsbezogenheit ausreichen, würde die mit diesem Merkmal bezweckte und im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG gebotene [...] Einschränkung der Haftung des Geschäftsherrn aufgegeben und dieser im Ergebnis doch für eine insgesamt straffreie Lebensführung seiner Mitarbeiter während der Arbeitszeit verantwortlich gemacht.“

Hinweise:

1. Unterlassensdelikte sind nicht einfach. Schon die Vorschrift des § 13 Abs. 1 StGB kann bisweilen Verwirrung stiften. Vollends unübersichtlich wird die (gefühlte oftmals kasuistische) Lage bei den Garantenpflichten. Wer hier den Überblick behält und im vorliegenden Sachverhalt – unabhängig von seiner Entscheidung – sachgemäß argumentiert, wird mit dem Wohlwollen des Korrektors rechnen dürfen.
2. Zu prüfen wäre im vorliegenden Fall noch (der eher unbekannt) § 357 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2 StGB gewesen. Der BGH verneint auch diese Strafbarkeit mit dem Verweis, dass den Straftaten, um die es hier geht, die für § 357 StGB erforderliche Betriebsbezogenheit fehlt.
3. Näher als eine Strafbarkeit nach § 357 StGB liegt freilich eine Strafbarkeit des A nach § 323c StGB, an die bei der Prüfung eines unechten Unterlassensdeliktes stets gedacht werden sollte. Das LG Siegen hatte dies überraschenderweise nicht getan.
4. Jüngst hat auch die Kriminologie Mobbing als Forschungsfeld entdeckt (vgl. das Forschungsvorhaben am Tübinger Institut für Kriminologie). Was aus kriminologischer Sicht die Auslösenden Bedingungen von Mobbing sind

und wie Mobbing (kriminologisch) begegnet werden kann – auf die Antworten der Kriminologie darf man gespannt sein. Das (Straf-)Recht tut sich jedenfalls schwer, was auch die hier dargestellte Entscheidung des BGH abermals zeigt.

(Akad. Mit. Alexander Baur, M.A.)

Strafprozessrecht – Urteilsabsprachen und Hinweispflichten des Gerichts

BGH, Urteil vom 11.05.2011 – 2 StR 590/11 (LG Frankfurt a.M.) = NSTZ 2012, 46 mit Anm. Jahn/Rückert

Die Bindungen des Gerichts infolge einer Urteilsabsprache nach § 257c StPO können seine Hinweispflichten nach § 265 StPO weder einschränken noch verdrängen.

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

B schmuggelt im Auftrag des A Kokain von den Niederlanden aus nach Deutschland. B wird bei einer der Fuhren von der Polizei verhaftet. In der Anklageschrift wird B vorgeworfen, als Gehilfe des A gegen das Betäubungsmittelgesetz (§§ 30, 30a BtMG) verstoßen zu haben. Im anschließenden Strafverfahren lässt sich B auf einen „Deal“ nach § 257c StPO ein: B gesteht und nennt seinen Auftraggeber; das zuständige Landgericht sichert ihm im Gegenzug eine bestimmte Höchststrafe zu.

An diese „Urteilsabsprache“ hält sich das Landgericht auch. Auf Grundlage des infolge des „Deals“ gemachten Geständnisses des B wird dieser vom Landgericht wegen Mittäterschaft

(nicht als bloßer Gehilfe wie in der Anklageschrift noch vorgeworfen) verurteilt. Einen Hinweis auf diese Veränderung der Beteiligungsform gibt das Landgericht nicht.

Hat eine Revision gegen das Urteil Erfolg?

1. Grundsätzlich ist eine Verurteilung nur auf Grund des in der gerichtlich zugelassenen Anklage angeführten Strafgesetzes zulässig. Andernfalls ist nach § 265 Abs. 1 StPO ein Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes durch das Gericht notwendig und dem Angeklagten eine Gelegenheit zur Verteidigung zu geben. Abgesichert wird so durch § 265 Abs. 1 StPO insbesondere der Verfahrensgrundsatz des rechtlichen Gehörs. Auch bei einem Wechsel der vorgeworfenen Beteiligungsform ist ein solcher Hin-

weis prinzipiell erforderlich (so auch BGH aaO mit weiteren Nachweisen).

2. Fraglich ist nun, ob ein Hinweis nach § 265 Abs. 1 StPO entbehrlich war, weil sich das Gericht mit den Verfahrensbeteiligten über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens gemäß § 257c StPO verständigt hatte. Dies verneint der BGH:

„Die mit dem Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. 7. 2009 [...] eingeführte Vorschrift des § 257c StPO und die sich aus einer danach getroffenen Verständigung ergebenden Bindungen des Gerichts haben nicht die Kraft, die Hinweispflichten des § 265 StPO zu relativeren oder gar zu verdrängen. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gilt vielmehr uneingeschränkt auch für den Angeklagten, der einem Verständigungsvorschlag des Gerichts zugestimmt hat. Anders als bei der Hinweispflicht des § 257c Abs. 4 S. 4 StPO, die nur dann eingreift, wenn sich das Gericht von einer getroffenen Verständigung lösen will, weil „rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben“ und das Gericht deswegen den zugesagten Strafrahmen nicht mehr als angemessen erachtet (vgl. § 257c Abs. 4 S. 1 StPO), ist das Gericht der sich aus § 265 StPO ergebenden Pflichten auch dann nicht enthoben,

wenn es sich auch unter geänderten Bedingungen von seiner Strafrahmenezusage nicht lösen will.“

3. Das Urteil müsste ferner auf der eben begründeten Gesetzesverletzung beruhen (§ 337 StPO). Die Anforderungen hierfür sind jedoch gering; der BGH führt ganz auf der Linie seiner bisherigen Rechtsprechung aus:

„Ein Urteil beruht auf einem Rechtsfehler, wenn es möglich erscheint oder jedenfalls nicht auszuschließen ist, dass es ohne ihn anders ausgefallen wäre. An einem Beruhen fehlt es nur, wenn die Möglichkeit, dass der Verstoß das Urteil beeinflusst hat, ausgeschlossen oder nur theoretischer Natur ist [...] Danach ist nicht auszuschließen, dass sich der Angeklagte bei prozessordnungsgemäßigem Verfahren mit Erfolg anders als geschehen gegen den Vorwurf, die festgestellten Taten mittäterschaftlich begangen zu haben, hätte verteidigen können [...]“

Möglicherweise muss man aber zu einer anderen Bewertung kommen, berücksichtigt man, dass sich die Verurteilung des B als Mittäter aus seinem eigenen, im Rahmen einer Verständigung nach § 257c StPO gemachten Geständnis ergibt. Dies lehnt der BGH ab; es reiche hier schon die Möglichkeit aus, dass B – hätte er um eine drohende Verurteilung als Mittäter gewusst – sich eine andere

Verteidigungsstrategie hätte zurechtlegen können:

„Das Beruhen kann entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts nicht bereits im Hinblick auf das Geständnis des Angeklagten ausgeschlossen werden. Zwar hat er nach den Urteilsgründen die Taten und die von ihm entfalteten Tatbeiträge umfassend und in Übereinstimmung mit den Angaben sowohl des Mitangeklagten A als auch des gesondert verfolgten Zeugen H geschildert. Gleichwohl bestand die Möglichkeit, dass er diese Angaben, wäre ihm ihre Bedeutung für die Bewertung der Beteiligungsform mittels Erteilung des rechtlich gebotenen Hinweises verdeutlicht worden, ergänzt und insbesondere hinsichtlich seines Verhältnisses zu dem Mitangeklagten A präzisiert hätte. Auch kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich der Angeklagte in rechtlicher Sicht anders als geschehen verteidigt hätte.“

Hinweise:

1. § 257c StPO ist seit seiner Einführung 2009 eine kontrovers diskutierte Vorschrift. Ebenso kontrovers diskutiert wird auch das vorliegende Urteil: Die Lektüre der Urteilsanmerkung von *Jahn/Rückert* (NStZ 2012, 48), die die hier vom BGH eingeforderte Hinweispflicht *de lege lata* nicht zu erkennen vermögen, ist ohne Einschränkung

empfehlenswert. Auch ein Blick in andere Ausbildungszeitschriften ist lohnenswert, so etwa die Urteilsbesprechung von *Jahn* zu BGH, Beschluss vom 14. 4. 2010 – 1 StR 64/10 in der JuS (JuS 2010, 742, zur Rechtsmittelrücknahme nach Verständigung).

2. Sowohl die Hinweispflichten des § 265 StPO als auch die Regelungen zur Verständigung im Strafverfahren nach § 257c StPO gehören auch im Pflichtfachbereich zum zentralen Bestandteil des geforderten Wissens.

3. Das Urteil kann daneben zum Anlass genommen werden, sich mit den strafprozessualen Verfahrensgrundsätzen (erneut) vertraut zu machen. Gerade anhand von § 257c StPO lassen sich diese gewinnbringend und verständnisfördernd durchdenken.

(Akad. Mit. Alexander Baur, M.A.)

Euro-Rettungsschirm II - Neunergremium

BVerfG, Urteil vom 28.02.2012 - 2 BvE 8/11 BeckRS 2012, 47586

- 1. Der Deutsche Bundestag erfüllt seine Repräsentationsfunktion grundsätzlich in seiner Gesamtheit, durch die Mitwirkung aller seiner Mitglieder, nicht durch einzelne Abgeordnete, eine Gruppe von Abgeordneten oder die parlamentarische Mehrheit. Budgetrecht und haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages werden grundsätzlich durch Verhandlung und Beschlussfassung im Plenum wahrgenommen. (amtlicher Leitsatz)**
- 2. Das in Art. 38 I 2 GG verankerte Prinzip der repräsentativen Demokratie gewährleistet für jeden Abgeordneten nicht nur die Freiheit in der Ausübung seines Mandates, sondern auch die Gleichheit im Status als Vertreter des ganzen Volkes. Differenzierungen in Bezug auf den Abgeordnetenstatus bedürfen zu ihrer Rechtfertigung entsprechend den sich aus dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit ergebenden Anforderungen eines besonderen Grundes, der durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht ist, das der Gleichheit der Abgeordneten die Waage halten kann. (amtlicher Leitsatz)**
- 3. Soweit Abgeordnete durch Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf einen beschließenden Ausschuss von der Mitwirkung an der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung ausgeschlossen werden sollen, ist dies nur zum Schutz anderer Rechtsgüter mit Verfassungsrang und unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig. (amtlicher Leitsatz)**

Sachverhalt (stark vereinfacht und gekürzt):

Im Rahmen der anlässlich der „Griechenland-Krise“ beschlossenen Rettungsmaßnahmen beschloss der Bun-

destag das sog. Stabilisierungsmechanismusgesetz, zuletzt geändert am 14.10.2011. Darin wurde unter anderem bestimmt:

§ 3

(3) In Fällen besonderer Eilbedürftigkeit oder Vertraulichkeit werden die in Absatz 1 bezeichneten Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestages von Mitgliedern des Haushaltsausschusses wahrgenommen, die vom Deutschen Bundestag für eine Legislaturperiode gewählt werden. ²Die Anzahl der zu benennenden Mitglieder ist die kleinstmögliche, bei der jede Fraktion zumindest ein Mitglied benennen kann und die Mehrheitsverhältnisse gewahrt werden. ³Bei Notmaßnahmen zur Verhinderung von Ansteckungsgefahren nach § 1 Absatz 2 Satz 3 liegt die besondere Eilbedürftigkeit oder Vertraulichkeit regelmäßig vor. ⁴In allen übrigen Fällen kann die Bundesregierung die besondere Eilbedürftigkeit oder Vertraulichkeit einer Angelegenheit geltend machen. ⁵Die oben genannten Mitglieder des Haushaltsausschusses können der Annahme der besonderen Eilbedürftigkeit oder Vertraulichkeit in den Fällen der Sätze 3 und 4 unverzüglich mit Mehrheit widersprechen. ⁶Im Falle des Widerspruchs nimmt der Deutsche Bundestag die in Absatz 1 bezeichneten Beteiligungsrechte wahr, bei Widersprüchen in Fällen von Satz 3 der Haushaltsausschuss. ⁷In den Fällen des Absatzes 2 Nummer 3 und 4 sowie im Falle des erstmaligen Antrags eines

Mitgliedstaates des Euro-Währungsgebietes für eine Notmaßnahme, die nicht unter § 1 Absatz 2 Satz 3 fällt, nimmt stets der Deutsche Bundestag seine Beteiligungsrechte wahr.

§ 5

(1) ¹Die Bundesregierung hat den Deutschen Bundestag in Angelegenheiten dieses Gesetzes umfassend, zum frühestmöglichen Zeitpunkt, fortlaufend und in der Regel schriftlich zu unterrichten. ²Die Bundesregierung unterrichtet den Bundesrat schriftlich. ³Einzelheiten bleiben einer Vereinbarung zwischen Bund und Ländern vorbehalten.

(...)

(7) Die Unterrichtsrechte nach den Absätzen 1 bis 6 können in Fällen besonderer Vertraulichkeit nach § 3 Absatz 3 auf die beteiligten Mitglieder des Haushaltsausschusses beschränkt werden, solange die Gründe für die besondere Vertraulichkeit bestehen.

Deswegen haben gegen den Bundestag mehrere Abgeordnete ein Organstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht mit der Behauptung, ihre Rechte aus Art. 38 I 2 GG seien verletzt, eingeleitet. Die Bundesregierung ist dem

Verfahren auf Seiten des Bundestages beigetreten.

Mit Erfolg?

A. Zulässigkeit

Zur Zulässigkeit nimmt das BVerfG nur kurz Stellung:

Der Antrag ist zulässig. Insbesondere ist die Antragsbefugnis der Antragsteller gegeben. Die Antragsteller machen mit ihrem Antrag eigene Rechte, nämlich Rechte aus ihrem Abgeordnetenstatus nach Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG, geltend. Die Antragsteller haben hinreichend substantiiert die Möglichkeit vorgetragen, dass sie infolge der in Fällen besonderer Eilbedürftigkeit oder Vertraulichkeit vorgesehenen Delegation der parlamentarischen Haushaltsverantwortung auf das Sondergremium nach § 3 Abs. 3 StabMechG und der auf dieses Sondergremium beschränkten Unterrichtungspflicht der Bundesregierung nach § 5 Abs. 7 StabMechG in Rechten verletzt werden, die ihnen durch das Grundgesetz übertragen worden sind. Die sechsmonatige Antragsfrist nach § 64 Abs. 3 BVerfGG ist gewahrt, da das Stabilisierungsmechanismusgesetz, das die angegriffenen Regelungen enthält, am 13. Oktober 2011 verkündet und am 14. Oktober 2011 in Kraft getreten ist, und der Antrag am 27. Oktober 2011 beim

Bundesverfassungsgericht eingegangen ist.

Der Beitritt der Bundesregierung auf Seiten des Bundestages (welcher nicht die Zulässigkeit des Antrags der Abgeordneten berührt) war auch zulässig:

Die Bundesregierung konnte dem Organstreitverfahren auf Seiten des Deutschen Bundestages beitreten. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Verfahrensbeitritt nach § 65 Abs. 1 BVerfGG sind erfüllt.

Die Bundesregierung ist als ein im Organstreitverfahren parteifähiges Verfassungsorgan (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 Abs. 1 BVerfGG) zum Verfahrensbeitritt berechtigt. Die Entscheidung über den im Organstreitverfahren gestellten Antrag ist auch für die Pflichten der Bundesregierung gegenüber den Antragstellern von Bedeutung, weil davon abhängt, welches Gremium (Plenum, Haushaltsausschuss, Sondergremium) und damit welche Abgeordnete die Bundesregierung um die nach § 3 Abs. 1 StabMechG erforderliche vorherige Zustimmung ersuchen muss. Die zwischen den Hauptbeteiligten streitige Abgrenzung der Zuständigkeiten von Plenum, Haushaltsausschuss und Sondergremium gilt insoweit auch für das Rechtsverhältnis zur Bundesregierung. Die rechtlichen Interessen von Hauptbeteiligtem und Beigetreter sind ferner gleichgerichtet, da die Bundesre-

gierung ebenso wie der Deutsche Bundestag die Zurückweisung des Antrags und damit die Aufrechterhaltung der § 3 Abs. 3 und § 5 Abs. 7 StabMechG begehrt. Ziel des Verfahrensbeitritts der Bundesregierung ist folglich allein die Unterstützung des Deutschen Bundestages.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn Rechte der Abgeordneten aus Art. 38 I 2 GG verletzt sind.
Das BVerfG leitet diese zunächst her und skizziert sie grob:

Der Deutsche Bundestag ist das unmittelbare Repräsentationsorgan des Volkes. Er besteht aus den als Vertretern des ganzen Volkes gewählten Abgeordneten, die insgesamt die Volksvertretung bilden. Der durch Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistete repräsentative Status der Abgeordneten ist Grundlage für die repräsentative Stellung des Bundestages, der als „besonderes Organ“ (Art. 20 Abs. 2 GG) die vom Volk ausgehende Staatsgewalt ausübt.

a) Seine Repräsentationsfunktion nimmt der Deutsche Bundestag grundsätzlich in seiner Gesamtheit wahr, durch die Mitwirkung aller seiner Mitglieder nicht durch einzelne Abgeordnete, eine Gruppe

von Abgeordneten oder die parlamentarische Mehrheit.

b) Die Wahrnehmung der Repräsentationsfunktion durch den Deutschen Bundestag als Ganzes setzt gleiche Mitwirkungsbefugnisse aller Abgeordneten voraus, die daher auch grundsätzlich über die gleichen Rechte und Pflichten verfügen. Daher ist jeder Abgeordnete berufen, an der Arbeit des Bundestages, seinen Verhandlungen und Entscheidungen teilzunehmen.

c) Zu den Befugnissen der Abgeordneten gehören vor allem das Rederecht das Stimmrecht, das Initiativrecht, die Beteiligung an der Ausübung des Frage- und Informationsrechts das Recht, sich an den vom Parlament vorzunehmenden Wahlen zu beteiligen und das Recht, sich mit anderen Abgeordneten zu einer Fraktion zusammenzuschließen.

Dabei gelten nach dem BVerfG Besonderheiten für haushaltsrechtliche Maßnahmen:

Was die Feststellung des Haushaltsplans angeht, so kommt dem Deutschen Bundestag im Verhältnis zu den anderen beteiligten Verfassungsorganen eine hervorgehobene verfassungsrechtliche Stellung zu. Er trifft mit der Entscheidung über den Haushaltsplan eine wirtschaftliche Grundsatzentscheidung für

zentrale Bereiche der Politik. Über Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand entscheidet der Bundestag in Verantwortung gegenüber dem Volk. Das Budgetrecht des Parlaments gehört zu den Grundlagen der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit im Verfassungsstaat. Es stellt ein zentrales Element der demokratischen Willensbildung dar und dient nicht nur als Instrument umfassender parlamentarischer Regierungskontrolle. Vielmehr aktualisiert sich in dem vom Parlament beschlossenen Haushaltsplan der Grundsatz der Gleichheit der Bürger bei der Auferlegung öffentlicher Lasten als eine wesentliche Ausprägung rechtsstaatlicher Demokratie

(...)

c) Öffentliches Verhandeln von Argument und Gegenargument, öffentliche Debatte und öffentliche Diskussion sind wesentliche Elemente des demokratischen Parlamentarismus. Das im parlamentarischen Verfahren gewährleistete Maß an Öffentlichkeit der Auseinandersetzung und Entscheidungssuche eröffnet Möglichkeiten eines Ausgleichs widerstreitender Interessen und schafft die Voraussetzungen der Kontrolle durch die Bürger. Entscheidungen von erheblicher Tragweite muss deshalb grundsätzlich ein Verfahren vorausgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auf-

fassungen auszubilden und zu vertreten, und das die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Umfang der zu beschließenden Maßnahmen in öffentlicher Debatte zu klären. Vor diesem Hintergrund ergibt sich der Grundsatz der Budgetöffentlichkeit aus dem allgemeinen Öffentlichkeitsprinzip der Demokratie

Das gilt nach dem BVerfG auch und gerade bei Maßnahmen im Zusammenhang mit der EU:

Diese Grundsätze gelten auch bei der Wahrnehmung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages in einem System intergouvernementalen Regierens. Sie verlangen, dass der Deutsche Bundestag der Ort ist, an dem eigenverantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entschieden wird, auch im Hinblick auf internationale und europäische Verbindlichkeiten. Es ist dem Deutschen Bundestag daher untersagt, seine Budgetverantwortung auf andere Akteure derart zu übertragen, dass nicht mehr überschaubare budgetwirksame Belastungen ohne seine vorherige konstitutive Zustimmung eingegangen werden. Würde über wesentliche haushaltspolitische Fragen der Einnahmen und Ausgaben ohne konstitutive Zustimmung des Deutschen Bundestages entschieden oder würden überstaatliche Rechtspflichten ohne entsprechen-

de Willensentscheidung des Deutschen Bundestages begründet, so geriete das Parlament in die Rolle des bloßen Nachvollzuges und könnte seine haushaltspolitische Gesamtverantwortung nicht länger wahrnehmen. Der Bundestag muss daher im unionalen Bereich - unbeschadet einer Mitwirkung nach Art. 23 Abs.2 GG - jede ausgabenwirksame solidarische Hilfsmaßnahme des Bundes größeren Umfangs im Einzelnen bewilligen und, soweit überstaatliche Vereinbarungen getroffen werden, die aufgrund ihrer Größenordnung für das Budgetrecht von struktureller Bedeutung sein können, sicherstellen, dass weiterhin hinreichender parlamentarischer Einfluss auf die Art und Weise des Umgangs mit den zur Verfügung gestellten Mitteln besteht.

Daher gilt:

Bei der Ausübung des Budgetrechts und der Wahrnehmung seiner haushaltspolitischen Gesamtverantwortung muss der Deutsche Bundestag die wesentlichen Entscheidungen selbst treffen.

Das BVerfG zieht ferner die Parallele zur Kreditaufnahme:

Diese Anforderung folgt aus dem Demokratieprinzip und wird für den Bereich der Staatsverschuldung durch den qualifizierten Gesetzesvorbehalt in Art. 115 Abs.1 GG bestätigt und spezifiziert. Nach

dieser Vorschrift, deren verfassungsrechtliche Vorläufer bis in die Zeit der Paulskirche zurückreichen, bedarf nicht nur die staatliche Kreditaufnahme, sondern auch die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und sonstigen Gewährleistungen, die zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können, einer Ermächtigung durch Bundesgesetz. Das Grundgesetz stellt in dieser Hinsicht die Gewährleistungsübernahme - die als Haftung für die Verbindlichkeiten Dritter eine „potentielle Neuverschuldung“ darstellt - der unmittelbaren Staatsverschuldung insofern ausdrücklich gleich. Die Exekutive soll nicht im Wege der Kreditaufnahme und/oder der Gewährleistungsermächtigung das Budgetrecht des Parlaments aushöhlen oder umgehen können. Die Vorschrift des Art. 115 Abs. 1 GG erweist sich damit als Konkretisierung des demokratischen Parlamentsvorbehalts. Sie sichert das Budgetrecht auch für künftige Haushaltsjahre und verpflichtet das Parlament, die für die Entwicklung des Gesamtschuldenstands wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen und sie nicht durch allgemein formulierte Ermächtigungen der Exekutive zu überlassen. Zugleich gewährleistet Art. 115 Abs. 1 GG die Aufmerksamkeit des Parlaments sowie der interessierten Öffentlichkeit für aktuelle oder potentielle Belastungen des Staatshaushalts und ermöglicht eine

- nicht zuletzt auch verfassungsgerichtliche – Kontrolle.

Das BVerfG erkennt allerdings prinzipiell die Möglichkeiten von Einschränkungen dieses Rechts der Abgeordneten an:

Freiheit und Gleichheit des Mandats (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) sind jedoch nicht schrankenlos gewährleistet, sondern können durch andere Rechtsgüter von Verfassungsrang begrenzt werden. Die Funktionsfähigkeit des Parlaments ist ein solches Rechtsgut von Verfassungsrang.

Allerdings gelten dafür wiederum besondere Anforderungen:

Ausgangspunkt und Grundlage für die Ausgestaltung und Beschränkung der Abgeordnetenrechte ist das Prinzip der Beteiligung aller Abgeordneten an den Entscheidungen des Deutschen Bundestages; es ist Richtmaß für die Ausgestaltung von Organisation oder Geschäftsgang des Parlaments. Soweit Abgeordnete durch Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf einen beschließenden Ausschuss von der Mitwirkung an der parlamentarischen Entscheidungsfindung ausgeschlossen werden sollen, ist dies nur zum Schutz anderer Rechtsgüter mit Verfassungsrang und unter strikter Wahrung des Grundsatzes

der Verhältnismäßigkeit zulässig. Die Befugnis zur Selbstorganisation erlaubt es dagegen nicht, den Abgeordneten Rechte vollständig zu entziehen.

Und nicht nur die Freiheit des Mandats, sondern auch die Gleichheit ist gewährleistet, so das BVerfG:

Das in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG verankerte Prinzip der repräsentativen Demokratie gewährleistet für jeden Abgeordneten nicht nur die Freiheit in der Ausübung seines Mandates, sondern auch die Gleichheit im Status als Vertreter des ganzen Volkes. Dieser Grundsatz fußt letztlich auf dem durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG garantierten Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit. Beide besonderen Gleichheitssätze stehen im Hinblick auf das durch sie konkretisierte Prinzip der repräsentativen Demokratie in einem unauflösbaren, sich wechselseitig bedingenden Zusammenhang. Ungeachtet der strukturellen Unterschiede zwischen Wahlrecht und freiem Mandat der gewählten Abgeordneten bedürfen daher Differenzierungen in Bezug auf den Abgeordnetenstatus zu ihrer Rechtfertigung entsprechend den sich aus dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit ergebenden Anforderungen eines besonderen Grundes, der durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht ist, das der Gleichheit der Abgeordneten die Waage halten kann. Die Anforderungen

an einen solchen Grund entsprechen denen, die an Differenzierungen innerhalb der Wahlrechtsgleichheit zu stellen sind, weil diese auf der zweiten Stufe der Entfaltung demokratischer Willensbildung, das heißt im Status und der Tätigkeit des Abgeordneten fortwirkt. Organisationsmaßnahmen des Deutschen Bundestages, die wegen des Umfangs der delegierten Befugnisse oder wegen des von der Übertragung betroffenen Sachgebiets besonders tief in die grundsätzlich gleichen Statusrechte aller Abgeordneten eingreifen, unterliegen deshalb einer strengen verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Dies gilt insbesondere für die Delegation von Entscheidungsbefugnissen zur selbständigen und plenareretzenden Wahrnehmung auf Untergremien des Deutschen Bundestages.

Es gilt auch bei Vorliegen eines rechtfertigenden Grundes das Gebot der Verhältnismäßigkeit, so das BVerfG:

Überträgt der Deutsche Bundestag zur Wahrung anderer Rechtsgüter von Verfassungsrang einem von ihm aufgrund seiner Selbstorganisationsbefugnis eingerichteten Ausschuss oder einem anderen Untergremium einzelne der von ihm zu erfüllenden Aufgaben zur selbständigen und plenareretzenden Wahrnehmung und bestehen dafür Gründe, die dem Gebot der gleichberechtigten Mitwirkung aller Abgeordneten die Waage

halten, darf die Beschränkung der Statusrechte der gewählten Abgeordneten und die damit verbundene Ungleichbehandlung nicht weiter reichen, als dies unbedingt erforderlich ist. Damit unverhältnismäßige Beeinträchtigungen von Statusrechten der Abgeordneten vermieden werden, muss der Grundsatz der Spiegelbildlichkeit gewahrt bleiben. Zudem dürfen die Informations- und Unterrichtungsmöglichkeiten für die nicht beteiligten Abgeordneten nicht über das unabdingbar notwendige Maß hinaus beschränkt werden.

Die Besetzung der Ausschüsse des Deutschen Bundestages und anderer Untergremien des Plenums muss dem Grundsatz der Spiegelbildlichkeit entsprechen. Das folgt aus der Freiheit und Gleichheit des Mandats nach Art. 38 Abs. 1 GG und aus der Repräsentationsfunktion des Bundestages (Art. 20 Abs. 2 GG). Wird die Repräsentation des Volkes in Ausschüsse oder andere Untergremien verlagert, weil dort die Entscheidungen des Parlaments tendenziell vorbestimmt oder gar für das Parlament als Ganzes getroffen werden, so müssen diese Gremien auch in ihrer politischen Prägung dem Plenum entsprechen. Das gilt namentlich, wenn sie wesentliche Teile der dem Bundestag zustehenden Informations-, Kontroll- und Untersuchungsaufgaben wahrnehmen.

Nachdem das BVerfG nun ausführlich die Grundsätze skizziert hat, die hier gelten, folgt nun die konkrete Subsumtion:

Nach diesen Maßstäben ist der Antrag überwiegend begründet. § 3 Abs. 3 StabMechG verletzt die Antragsteller in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG, soweit er sie nicht nur für die Fälle der Ankäufe von Staatsanleihen, die die Europäische Finanzstabilisierungsfazilität am Sekundärmarkt tätigt (...) von der Mitwirkung an der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages ausschließt. § 5 Abs. 7 StabMechG lässt eine verfassungskonforme Auslegung zu, nach der die Bundesregierung den Deutschen Bundestag unverzüglich nach Fortfall der Befassung des Sondergremiums rechtfertigenden Gründe über diese Gründe und die von dem Sondergremium gefassten Beschlüsse unterrichten muss.

§ 3 Abs. 3 StabMechG schließt die Antragsteller von wesentlichen, die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages berührenden Entscheidungen in vollem Umfang aus. Dieser Ausschluss ist nicht durch hinreichend gewichtige, an der Funktionsfähigkeit des Parlaments orientierte Gründe gerechtfertigt.

§ 3 Abs. 3 StabMechG ordnet an, dass alle Beteiligungsrechte, die dem Deutschen Bundestag nach § 3 Abs. 1 StabMechG als Ganzem zustehen, in Fällen besonderer Eilbedürftigkeit oder Vertraulichkeit vom Sondergremium wahrgenommen werden (Satz 1 und 2). Bei Notmaßnahmen zur Verhinderung von Ansteckungsgefahren nach § 1 Abs. 2 Satz 3 StabMechG wird das Vorliegen eines solchen Falles regelhaft vermutet (Satz 3); im Übrigen - also bei Darlehen der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität an einen Mitgliedsstaat der Euro-Gruppe und bei Ankäufen von Staatsanleihen auf dem Primärmarkt - kann die Bundesregierung die besondere Eilbedürftigkeit oder Vertraulichkeit einer Angelegenheit geltend machen. Diese Regelung hat zur Folge, dass das Sondergremium in einem Bereich beschließt, der die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages berührt, und damit zu einer selbständigen und plenarersetzenden Wahrnehmung von Aufgaben ermächtigt ist.

Ein Eingriff in die Rechte aus Art. 38 I 2 GG liegt vor, so das BVerfG:

Dadurch wird in die Rechte der im Sondergremium nicht vertretenen Abgeordneten eingegriffen, über eine Angelegenheit des Deutschen Bundestages zu beraten und zu ihr zu reden, das Frage- und Informationsrecht des Parlaments auszu-

üben und schließlich darüber abzustimmen. Ebenfalls beschränkt werden das Recht auf den Erhalt der Informationen, die eine sachverständige Beurteilung des Haushaltsplans ermöglichen, auf eigenständige Beurteilung des Haushaltsentwurfs und entsprechender, die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages berührender Vorlagen der Bundesregierung, sowie das Kontrollrecht über grundlegende haushaltspolitische Entscheidungen.

Zwar kann ein solcher Eingriff, so das BVerfG, grundsätzlich gerechtfertigt sein:

Die Einrichtung eines Untergremiums zur selbständigen und plenareretzenden Wahrnehmung von Aufgaben des Deutschen Bundestages unterfällt dem Selbstorganisationsrecht des Parlaments, dem insoweit grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt. Der Ausschluss der in einem solchen Untergremium nicht vertretenen Abgeordneten von ihren Mitwirkungsbefugnissen kann prinzipiell auch im Hinblick auf die besondere Eilbedürftigkeit oder Vertraulichkeit einer Angelegenheit gerechtfertigt werden.

Als Grund, der einen Eingriff in die durch Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleisteten Abgeordnetenrechte legitimieren kann, kommt dem Grundsatz der Funktionsfä-

higkeit des Deutschen Bundestages besondere Bedeutung zu, der Verfassungsrang genießt. Er kann es rechtfertigen, dass der Deutsche Bundestag in Fällen besonderer Eilbedürftigkeit oder Vertraulichkeit Vorkehrungen für ein zügiges Handeln und gegen das Bekanntwerden geplanter Maßnahmen trifft, wenn ansonsten eine sachangemessene parlamentsinterne Entscheidungsfindung nicht gewährleistet ist.

Die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundestages in Fällen besonders eilbedürftiger Entscheidungen ist ein anerkannter Belang und kann es angezeigt sein lassen, Beratung und Beschlussfassung über einen Gegenstand nicht im Plenum durchzuführen, wenn dieses nicht kurzfristig genug zusammentreten und aufgrund der Zeitnot nicht sachgerecht beraten und beschließen kann. So hat es das Bundesverfassungsgericht für den Bereich des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts zugelassen, dass bei Gefahr im Verzug einstweilen die Bundesregierung über den Einsatz der Streitkräfte entscheidet

Allerdings muss ein Eingriff aus diesem Grund wiederum besonderen Anforderungen genügen:

Bei der Beschränkung der Statusrechte der Abgeordneten ist jedoch der Grund-

satz der Verhältnismäßigkeit zu wahren und ein angemessener Ausgleich zwischen der Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages einerseits sowie den damit kollidierenden Statusrechten der Abgeordneten andererseits sicherzustellen. Die Delegation von Entscheidungsbefugnissen des Deutschen Bundestages auf das Untergremium, verbunden mit der Befugnis zur selbständigen und plenarersetzenden Wahrnehmung dieser Zuständigkeiten steht in einem Spannungsverhältnis zu dem die Befassung des Plenums gebietenden Grundsatz der Budgetöffentlichkeit, der als Ausprägung des die Demokratie prägenden Transparenzgebotes ebenfalls Verfassungsrang genießt. Der damit einhergehende weitgehende Entzug von Abgeordnetenrechten bedarf besonders gewichtiger Gründe. Erfolgt die Delegation der Entscheidungsbefugnisse im Interesse besonderer Eilbedürftigkeit oder Vertraulichkeit, muss sie deshalb auf wenige Ausnahmen mit begrenztem Anwendungsbereich beschränkt bleiben und zwingend erforderlich sein. Diesen Anforderungen wird die Einrichtung des in § 3 Abs. 3 StabMechG vorgesehenen Sondergremiums weder unter dem Gesichtspunkt der besonderen Eilbedürftigkeit noch demjenigen der Vertraulichkeit gerecht. Auch die Regelvermutung des § 3 Abs. 3 Sätze 3 und 4 StabMechG entspricht nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben.

Eine Eilbedürftigkeit, die nach diesen Maßgaben einen Eingriff rechtfertigen könnte, kann das BVerfG nicht erkennen.

Sollen Abgeordnetenrechte zur Verwirklichung eines verfassungsrechtlich abgesicherten Belangs wegen besonderer Eilbedürftigkeit weitgehend entzogen werden, setzt dies voraus, dass die Maßnahme bei Befassung des Plenums ihren Zweck aus zeitlichen Gründen verfehlen würde, dass es daher der in Aussicht genommenen Größe des Sondergremiums bedarf und dass sie unmittelbar im Anschluss an die Beratung und Beschlussfassung auch tatsächlich umgesetzt werden soll und umgesetzt wird. Dies lässt sich auf der Grundlage der mündlichen Verhandlung und den vom Bundesfinanzministerium übergebenen „Leitlinien“ im Ergebnis für keine der im Maßnahmenkatalog der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität aufgeführten Notmaßnahmen feststellen.

Auch sind weder im Gesetzgebungsverfahren noch im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht Gründe erkennbar geworden, deretwegen ein „kleinstmögliches“ Untergremium notwendig sein soll, um besonders rasch zusammentreten zu können. Zwar erfordert die Ladung von neun Mitgliedern einen geringeren Verwaltungsaufwand als die Ladung des Haushaltsausschusses mit 41 Mitglie-

den und einer entsprechenden Anzahl von Stellvertretern oder gar des Plenums mit seinen 620 Abgeordneten. Auf der anderen Seite sind für die Mitglieder des Sondergremiums keine Stellvertreter vorgesehen, so dass bereits die Verhinderung weniger Mitglieder zu seiner Beschlussunfähigkeit führen könnte, was einer besonderen Eilbedürftigkeit gerade zuwider liefe. Berücksichtigt man darüber hinaus, dass für sämtliche Maßnahmen der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität eine Vielzahl von vorbereitenden Handlungen und Ausführungsmaßnahmen durch den ersuchenden Staat und die Europäische Finanzstabilisierungsfazilität vorgesehen sind, spricht auch dies in aller Regel gegen eine besondere Eilbedürftigkeit. In diesem Sinne hat sich auch der Vertreter der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität während des Gesetzgebungsverfahrens geäußert. Die weitgehende Beschränkung der Statusrechte der Abgeordneten durch die Delegation von Befugnissen des Bundestages auf das Sondergremium zur selbständigen und plenarersetzenden Wirkung ist daher mit Gründen besonderer Eilbedürftigkeit nicht zu rechtfertigen.

(...)

Fraglich ist, ob der Ausschluss der Unterrichtung des Plenums nach § 5 VII StabMechG die Rechte der Abgeordne-

ten aus Art.38 I 2 GG verletzt. Das BVerfG verneint das, denn der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung hat Vorrang vor der Feststellung der Verfassungswidrigkeit.

§ 5 Abs. 7 StabMechG verletzt die Antragsteller nicht in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG. Die Bestimmung ist so auszulegen, dass die Unterrichtsrechte des Plenums nur so lange suspendiert sind, wie die Gründe für die besondere Vertraulichkeit bestehen; nach Fortfall dieser Gründe muss die Bundesregierung den Deutschen Bundestag unverzüglich von sich aus über die Befassung des Sondergremiums und die sie rechtfertigenden Gründe unterrichten.

Der Grundsatz, dass die Statusrechte der Abgeordneten nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß im Interesse der Funktionsfähigkeit des Parlaments zurückgesetzt werden dürfen, gilt auch für die Informationsrechte der Abgeordneten und auch in zeitlicher Hinsicht. Eine umgehende nachträgliche Unterrichtung der Abgeordneten ist auch deshalb unumgänglich, weil der Bundestag andernfalls gehindert wäre, in der gebotenen Weise seine Kontrollfunktion in Bezug auf die Durchführung der gesetzlichen Delegationsregelung wahrzunehmen, Erfahrungen mit ihr zu sammeln und

einen politischen Willen über ihre Beibehaltung zu bilden.

§ 5 Abs. 7 StabMechG steht einer dementsprechenden Auslegung nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift können die Unterrichtsrechte nach § 5 Abs. 1 bis 6 StabMechG in Fällen besonderer Vertraulichkeit gemäß § 3 Abs. 3 StabMechG auf die beteiligten Mitglieder des Haushaltsausschusses beschränkt werden, solange die Gründe für die besondere Vertraulichkeit bestehen. Diese Bestimmung erzwingt weder noch gestattet sie es, dem Bundestag die Informationen, die er zur Ausübung seiner Kontrollfunktion benötigt, über den genannten Zeitraum hinaus vorzuenthalten.

Hinweise:

1. Mit dieser Entscheidung stärkt das BVerfG die Rechte der Abgeordneten. Das ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund von Diskussionen über die Beteiligung der Fraktionen beim Rederecht der Abgeordneten von hohem aktuellem Interesse.

2. Es handelt sich um eine wichtige Entscheidung zum Staatsorganisationsrecht, das zum Pflichtfachstoff im ersten Staatsexamen gehört. Trotz Ihrer

Länge sei sie allen Examenskandidaten zur Lektüre empfohlen, nicht zuletzt auch wegen der lehrbuchartigen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts.

(RA Dr. Christian F. Majer)



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

Bauplanungsrechtliche Unzulässigkeit eines Krematoriums in einem Gewerbegebiet

Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 02.02.2012 – 4 C 14.10

- 1. Ein Krematorium mit Abschiedsraum als säkulare Bestattungseinrichtung ist eine Anlage für kulturelle Zwecke im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO.**
- 2. Dieses verträgt sich nicht mit der Zweckbestimmung eines Gewerbegebietes und kann daher weder im Wege einer Ausnahme nach § 31 Abs. 1 BauGB i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO zugelassen werden.**
- 3. Vielmehr bedarf es zur Bewältigung der gegenläufigen Nutzungskonflikte, die mit der Ansiedlung eines Krematoriums mit Abschiedsraum verbunden sind, gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB einer Bauleitplanung, weswegen auch eine Zulassung über eine Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB nicht in Betracht kommt.**

Sachverhalt (vereinfacht):

Streitgegenstand ist eine Baugenehmigung zur Errichtung eines Krematoriums mit Abschiedsraum in einem mit qualifiziertem Bebauungsplan festgesetzten Gewerbegebiet. Das Krematorium liegt am nördlichen Rand des Gewerbegebietes und grenzt an ein Waldgebiet mit Wiese und Aufforstungen an. Die technischen Bereiche des Krematoriums sind nach Süden zum Gewerbegebiet ausgerichtet, während die Bereiche für Besucher, insbesondere der Abschiedsraum, in Richtung des Waldgebietes liegen. Das Krematorium wird

über eine außerhalb des Gewerbegebietes verlaufende Straße ausreichend erschlossen. Die Beklagte hat der Beigeladenen eine Baugenehmigung im Wege einer Ausnahme erteilt. Der Kläger, dessen Grundstück im Geltungsbereich des Bebauungsplan liegt, hat nach erfolglosem Widerspruchsverfahren fristgerecht Klage gegen die erteilte Baugenehmigung erhoben. Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen, der Verwaltungsgerichtshof die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Auf die vom Verwaltungsgerichtshof zugelassene Revision hat das Bundesverwaltungsgericht unter Abänderung der

Urteile der Vorinstanzen die Baugenehmigung und den diesbezüglichen Widerspruchsbescheid aufgehoben.

Wesentliche Entscheidungsgründe:

I. Zulässigkeit der Anfechtungsklage

1. Statthafte Klageart

Der Kläger begehrt hier im Wege der Drittanfechtung die Aufhebung einer der Beigeladenen durch die Beklagte erteilten Baugenehmigung. Die Baugenehmigung ist gemäß § 35 LVwVfG ein Verwaltungsakt, so dass die Anfechtungsklage statthaft ist.

2. Klagebefugnis

Der Kläger richtet sich hier im Wege der Drittanfechtung gegen einen der Beigeladenen erteilten Verwaltungsakt. Er muss daher im Sinne von § 42 Abs. 2 VwGO ein möglicherweise verletztes subjektiv-öffentliches Recht geltend machen. Der Kläger ist durch die Baugenehmigung möglicherweise in seinem Recht aus Art. 14 GG verletzt und damit klagebefugt im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO. Er kann sich auf den bauplanungsrechtlichen Nachbarschutz berufen. Die Festsetzung von Baugebieten durch einen Bebauungsplan hat nachbarschützende Funktion zugunsten der Grundstückseigentümer im jeweiligen Plangebiet. Diese können sich selbst

dann gegen die Zulassung einer gebietswidrigen Nutzung wenden, wenn sie durch diese selbst nicht unzumutbar beeinträchtigt werden (sogenannter Gebietserhaltungsanspruch).

Zwischenergebnis

Die (Dritt-)Anfechtungsklage gegen die Baugenehmigung ist zulässig.

II. Begründetheit der Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage ist begründet, da der zugrunde liegende Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

Die dem Beigeladenen erteilte Baugenehmigung (§ 58 LBO) ist rechtswidrig. Dem genehmigungsbedürftigen Vorhaben (§ 49 LBO) stehen von der Baurechtsbehörde (§§ 48, 46 LBO) zu prüfende öffentlich-rechtliche Vorschriften, nämlich solche bauplanungsrechtlicher Art, entgegen.

Das Vorhaben (§ 29 BauGB) befindet sich in einem durch qualifizierten Bebauungsplan festgesetzten Gewerbegebiet, so dass sich die Zulässigkeit von Vorhaben nach § 30 Abs. 1 BauGB i.V.m. § 8 BauNVO bestimmt (vgl. auch § 1 Abs. 3 S. 2 BauNVO).

1. Keine Zulässigkeit nach § 30 Abs. 1 BauGB i.V.m. § 8 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO

Das Krematorium mit Abschiedsraum ist nicht nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO allgemein zulässig, da ein solcher Gewerbebetrieb der Zweckbestimmung des Gebietes widerspricht (Gebietsverträglichkeit).

Das Bundesverwaltungsgericht führt zunächst allgemein zu dem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der „Gebietsverträglichkeit“ aus: *„Die Zulässigkeit eines bestimmten Vorhabens innerhalb eines Baugebiets der Baunutzungsverordnung richtet sich nicht allein nach der Einordnung des Vorhabens in eine bestimmte Begriffskategorie (Nutzungs- oder Anlagenart), sondern auch nach der Zweckbestimmung des jeweiligen Baugebiets. Die Prüfung der Gebietsverträglichkeit rechtfertigt sich aus dem typisierenden Ansatz der Baugebietsvorschriften der Baunutzungsverordnung. Der Verordnungsgeber will durch die Zuordnung von Nutzungen zu den näher bezeichneten Baugebieten die vielfältigen und oft gegenläufigen Ansprüche an die Bodennutzung zu einem schonenden Ausgleich im Sinne überlegter Städtebaupolitik bringen. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn die vom Verordnungsgeber dem jeweiligen Baugebiet zugewiesene allgemeine Zweckbestim-*

mung den Charakter des Gebiets eingrenzend bestimmt.“

Sodann wird das Gericht konkreter und umreißt abstrakt die Voraussetzungen, unter welchen Vorhaben mit der allgemeinen Zweckbestimmung eines Baugebietes unvereinbar sein können: *„Von maßgeblicher Bedeutung für die Frage, welche Vorhaben mit der allgemeinen Zweckbestimmung eines Baugebiets unverträglich sind, sind die Anforderungen des jeweiligen Vorhabens an ein Gebiet, die Auswirkungen des Vorhabens auf ein Gebiet und die Erfüllung des spezifischen Gebietsbedarfs. Entscheidend ist, ob ein Vorhaben dieser Art generell geeignet ist, ein bodenrechtlich beachtliches Störpotenzial zu entfalten, das sich mit der Zweckbestimmung des Baugebiets nicht verträgt. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass im Geltungsbereich eines ausgewiesenen Baugebiets grundsätzlich auf jedem Baugrundstück die nach dem Katalog der Nutzungsarten der jeweiligen Baugebietsvorschrift zulässige Nutzung möglich sein soll. Das typische Störpotenzial kann nicht nur im Störgrad, sondern auch in der Störempfindlichkeit eines Vorhabens liegen.“*

Das Bundesverwaltungsgericht stellt zudem klar, dass es im Rahmen dieser Beurteilung nicht auf die konkrete Bebauung in der Nachbarschaft ankommt,

so dass es in casu unerheblich ist, dass das Krematorium durch den gewählten Standort, seine bauliche Gestaltung und die Ausrichtung der auf Publikumsverkehr ausgerichteten Bereiche eine pietätvolle Bestattung gewährleistet. Die Prüfung der Gebietsverträglichkeit ist der Einzelfallprüfung auf der Grundlage des § 15 Abs. 1 S. 1 BauNVO systematisch vorgelagert.

In der Subsumtion bedeutet dies, dass ein Krematorium mit Abschiedsraum sich nicht mit der allgemeinen Zweckbestimmung eines Gewerbegebietes verträgt. Gewerbegebiete dienen gemäß § 8 Abs. 1 BauNVO vorwiegend der Unterbringung von nicht erheblich belästigenden Gewerbebetrieben. Ein Gewerbegebiet ist nach dessen Leitbild produzierenden und artverwandten Nutzungen vorbehalten; dort wird gearbeitet. Ein Krematorium mit Abschiedsraum erweist sich jedoch in besonderer Weise als störempfindlich, da es ähnlich wie ein Friedhof einen Ort der Ruhe, des Friedens und des Gedenkens an die Verstorbenen darstellt. Es kommt auf ein würdevolles Umfeld an. Der übliche Umgebungslärm und die allgemeine Geschäftigkeit eines Gewerbegebietes stehen dazu in Widerspruch, zumal nicht zu erkennen ist, dass sich diesbezüglich die gesellschaftlichen

Anschauungen im Umgang mit dem Tod wesentlich geändert haben.

2. Keine Zulässigkeit nach § 31 Abs. 1 BauGB i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO

Ausnahmsweise können in einem Gewerbegebiet Anlagen für kulturelle Zwecke zugelassen werden. Das Krematorium mit Abschiedsraum als Gemeinbedarfsanlage im Sinne von 5 Abs. 2 Nr. 2 BauGB ist zwar zunächst eine solche Anlage für kulturelle Zwecke.

Das Bundesverwaltungsgericht führt hierzu aus: *„Anlagen für kulturelle Zwecke sind nicht auf die traditionellen Bereiche der Kunst, Wissenschaft und Bildung beschränkt. Der offen angelegte Begriff ist für eine dem Wandel der Zeiten anpassungsfähige Auslegung offen. Die Zweckbeschreibung bezeichnet Anlagen, die in einem weiten Sinne einen kulturellen Bezug aufweisen. Ein Krematorium mit Abschiedsraum als säkulare Bestattungseinrichtung hat einen kulturellen Bezug, der in der gesellschaftlichen Vorstellung von dem Umgang mit dem Tod wurzelt. Zur Feuerbestattung gehört nicht nur die Beisetzung der Asche des Verstorbenen in einer Grabstätte, sondern auch der Vorgang der Einäscherung der Leiche. Die Einäscherung ist Teil des Bestattungsvorgangs. Diese Form der Bestattung ist Ausdruck*

einer gesellschaftlich anerkannten Bestattungskultur, zu der es auch gehört, in einem kontemplativen Umfeld von den Verstorbenen Abschied nehmen zu können.“

Jedoch ist auch bei der ausnahmsweisen Zulassung von Vorhaben das Kriterium der „Gebietsverträglichkeit“ zu beachten, so dass mit den obigen Ausführungen (vgl. II. 1.) eine ausnahmsweise Zulassung des Vorhabens nicht in Betracht kommt.

3. Keine Zulässigkeit nach § 31 Abs. 2 BauGB

Mit der Möglichkeit des § 31 Abs. 2 BauGB stellt der Gesetzgeber ein Instrument zur Verfügung, das im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit und der Wahrung der Verhältnismäßigkeit für Vorhaben, die den Festsetzungen eines Bebauungsplans zwar widersprechen, sich mit den planerischen Vorstellungen aber gleichwohl in Einklang bringen lassen, ein Mindestmaß an Flexibilität schafft. Eine Befreiung scheidet hier aber bereits daran, dass es zur Bewältigung der gegenläufigen Nutzungskonflikte, die mit der Ansiedlung eines Krematoriums mit Abschiedsraum verbunden sind, einer Planung im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB bedarf.

Das Bundesverwaltungsgericht führt hierzu aus: *„Eine Befreiung ist ausgeschlossen, wenn das Vorhaben in seine Umgebung nur durch Planung zu bewältigende Spannungen hineinträgt oder erhöht. Generelle, das heißt typischerweise mit der Zulassung eines bestimmten Vorhabens verbundene Nutzungskonflikte, die eine auf die Standortfrage ausgerichtete Planung mit Abwägung gegenläufiger Interessen erforderlich machen, lassen sich nicht im Wege einer Befreiung bewältigen. Was den Bebauungsplan in seinen „Grundzügen“, was seine „Planungskonzeption“ verändert, lässt sich nur durch (Um-)Planung ermöglichen und darf nicht durch einen einzelfallbezogenen Verwaltungsakt der Baugenehmigungsbehörde zugelassen werden.“*

Ein Krematorium mit Abschiedsraum ist gekennzeichnet durch die Besonderheit der Gleichzeitigkeit von Störgrad und Störempfindlichkeit. Das führt – insbesondere mit Blick auf das im Bestattungsgesetz niedergelegte Kriterium der würdevollen Bestattung (vgl. z.B. § 25 BestattG BW) – zu bodenrechtlich relevanten Spannungen, die nur durch Planung zu lösen sind. Der Schutz der Bestattung und des Totengedenkens fordert Rücksichtnahme durch die Nachbarschaft; zugleich ist Rücksichtnahme auf Nachbarn gefordert. Eine

Koordination dieser widerstreitenden Belange lässt sich sachgerecht nur im Wege einer Abwägung (vgl. § 1 Abs. 7 BauGB) unter Würdigung der öffentlichen und nachbarlichen Interessen sicherstellen.

4. Rechtsverletzung des Klägers nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO

Durch den dem Kläger zustehenden Gebietserhaltungsanspruch (vgl. oben I. 2.) liegt eine subjektive Rechtsverletzung vor.

Zwischenergebnis:

Die (Dritt-)Anfechtungsklage gegen die Baugenehmigung ist begründet.

III. Ergebnis:

Die Klage ist zulässig und begründet.

Hinweise:

Zu Ausbildungszwecken wurde der in Nordrhein-Westfalen spielende Sachverhalt auf Baden-Württemberg übertragen.

Die Originalentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist aus der Sicht des Gerichts als Revisionsgericht abgefasst. Für Ausbildungszwecke wurden hier die relevanten Gesichtspunkte der Entscheidung in das klassische Auf-

bauschema für die Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung einer Klage eingearbeitet. Soweit sich beispielsweise in der Prüfung nicht alle Punkte wiederfinden, waren diese unproblematisch. In einer Klausur zur ersten juristischen Prüfung wäre hierauf – anders als in einer Klausur zur zweiten juristischen Staatsprüfung – einzugehen gewesen.

Mit Blick auf § 212a BauGB wäre im Examen zudem an einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz (Anordnung der aufschiebenden Wirkung) nach §§ 80a, 80 Abs. 5 VwGO zu denken.

Insbesondere im zweiten juristischen Examen könnte zudem die Frage interessieren, welche planerischen Möglichkeiten der Gemeinde hier zur Verfügung stehen. In der Originalentscheidung gibt das Bundesverwaltungsgericht hierzu einige Hinweise.

(RD Jochen Heinz)

Beteiligung des Gemeinderates beim kommunalen Einvernehmen nach § 36 BauGB, wenn die Gemeinde zugleich untere Baurechtsbehörde ist

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 09.03.2012 – 1 S 3326/11

1. Im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. BVerwG, Urteil vom 19.08.2004 – 4 C 16.03 = BVerwGE 121, 339) ist der Anwendungsbereich des § 36 BauGB bei einer Gemeinde, die zugleich untere Baurechtsbehörde ist, nicht eröffnet.
2. In einer solchen Gemeinde ist für die Erteilung von Baugenehmigungen und für sonstige bauplanungsrechtliche Entscheidungen nach den §§ 31, 33 bis 35 BauGB allein der (Ober-)Bürgermeister zuständig; dem Gemeinderat steht nach dem baden-württembergischen Landesrecht keine Mitentscheidungskompetenz zu.
3. Der Gemeinderat ist durch den (Ober-)Bürgermeister in einer Weise über planungsrechtlich relevante Bauanträge zu informieren, die es diesem ermöglicht, durch Einsatz der planungsrechtlichen Instrumente der §§ 14 ff. BauGB auf das konkrete Bauvorhaben zu reagieren.

Sachverhalt (vereinfacht):

Der Kläger ist Gemeinderat bei der Großen Kreisstadt W. Er ist dort Mitglied des beschließenden Ausschusses für Technik und Umwelt. Der Kläger begehrt vom beklagten Oberbürgermeister die mitentscheidende Beteiligung des Gemeinderates an vom Beklagten nach Maßgabe des § 36 BauGB

zu treffenden bauplanungsrechtlichen Entscheidungen.

In der Hauptsatzung der Großen Kreisstadt W. war bis zum 23.09.2009 folgende Bestimmung enthalten: „Auf den Ausschuss für Technik und Umwelt werden die Genehmigung, Antrag oder Einvernehmen nach §§ 14 Abs. 2, 15, 19 und 36 BauGB übertragen.“ In der nunmehr geltenden geänderten Fassung der Hauptsatzung ist eine ent-

sprechende Bestimmung nicht mehr enthalten. Im Übrigen beschreibt die Hauptsatzung in § 2 die Rechtsstellung, Aufgaben und Zuständigkeiten des Gemeinderats wie folgt: „Der Gemeinderat ist die Vertretung der Bürger und das Hauptorgan der Stadt. Er legt die Grundsätze für die Verwaltung fest und entscheidet über alle Angelegenheiten, die er nicht den beschließenden Ausschüssen, dem Oberbürgermeister oder einem Ortschaftsrat zur Entscheidung übertragen hat und soweit nicht der Oberbürgermeister kraft Gesetzes zuständig ist.“

Der Kläger hat nach erfolglosem Schriftverkehr mit dem Beklagten Klage beim Verwaltungsgericht erhoben und beantragt, festzustellen, dass sein Ausschluss und seine Nichtbeteiligung bei Entscheidungen nach §§ 31, 33 bis 35 BauGB durch den Beklagten seine Rechte als Stadtrat verletzt.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen.

Die Berufung des Klägers hiergegen wurde vom Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg zurückgewiesen.

Wesentliche Entscheidungsgründe:

I. Zulässigkeit der Anfechtungsklage

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Bei der Klage handelt es sich um einen sogenannten kommunalverfassungsrechtlichen Organstreit, bei dem Gemeindeorgane oder Organteile über den Bestand und die Reichweite zwischen- oder innerorganschaftlicher Rechte streiten. Trotz der weitläufigen Bezeichnung als „Kommunalverfassungsverfahrensstreitverfahren“ handelt es sich nicht um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit im Sinne von § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO, denn dem Streit fehlt die sogenannte „doppelte Verfassungsunmittelbarkeit“, das heißt, es streiten keine Verfassungsorgane um die Anwendung bzw. Auslegung von Verfassungsrecht.

2. Statthafte Klageart

Der kommunalverfassungsrechtliche Organstreit ist keine Klageart sui generis. Vielmehr ist das Klagebegehren in die durch die VwGO zur Verfügung gestellten Klagearten einzuordnen. Im vorliegenden Fall ist die Klage als Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO zulässig. Der Kläger kann in seiner Funktion als Mitglied des Gemeinderats Feststellungsklage mit der Behauptung erheben, sein Ausschluss und seine

Nichtbeteiligung bei Entscheidungen auf Grundlage der §§ 31, 33 bis 35 BauGB verletze angesichts der neu gefassten Hauptsatzung seine Rechte als Stadtrat. Da sich die Beteiligten damit aus Anlass eines konkreten Sachverhalts über Bestand und Reichweite zwischenorganschaftlicher Rechte und Pflichten streiten, besteht zwischen ihnen ein im kommunalverfassungsrechtlichen Organstreit feststellungsfähiges Rechtsverhältnis.

3. Klagebefugnis

§ 42 Abs. 2 VwGO gilt bei der Feststellungsklage und auch in der Situation des kommunalverfassungsrechtlichen Organstreits entsprechend.

Der Verwaltungsgerichtshof führt hierzu aus: *„Nach dem die VwGO beherrschenden Prinzip des subjektiven Rechtsschutzes ist eine Klage nur zulässig, wenn und soweit der jeweilige Kläger sich auf eine Rechtsposition berufen kann, die ihm durch das Gesetz eingeräumt ist. Eine Klage, die auf die Feststellung einer allein objektivrechtlichen Überschreitung oder Unterschreitung von Kompetenzen eines Organs gerichtet ist und nicht dem weiteren Erfordernis genügt, dass der Kläger durch rechtswidriges Organhandeln in einer ihm gesetzlich eingeräumten Rechtsposition verletzt sein kann, bleibt auch im Gewand des kommunalverfassungsrecht-*

lichen Organstreits eine unzulässige Popularklage.“

Im vorliegenden Fall erscheint angesichts des Wegfalls der zuvor bestehenden Beschließungs- und Entscheidungskompetenz des Ausschusses für Technik und Umwelt durch die Neufassung der Hauptsatzung eine Verletzung der organschaftlichen Rechte des Klägers zumindest möglich.

4. Beteiligtenfähigkeit

Die Beteiligtenfähigkeit sowohl des Klägers als auch des Beklagten sind nach § 61 Nr. 1 VwGO analog gegeben. Im körperschaftsinternen Organstreit sind stets diejenigen Organe beziehungsweise Organteile am verwaltungsgerichtlichen Verfahren beteiligt, zwischen denen Streit besteht.

5. Berechtigtes Feststellungsinteresse

Das berechtigte Feststellungsinteresse schließt jedes als schutzwürdig anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art ein. Der Kläger kann hier ein rechtliches Interesse an der möglichen Verletzung seiner organschaftlichen Rechte anlässlich der Änderung der Hauptsatzung dar- tun.

Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig.

II. Begründetheit der Feststellungsklage

1. Passivlegitimation

Beim kommunalverfassungsrechtlichen Organstreit gilt nicht das Rechtsträgerprinzip. Richtiger Beklagter ist vielmehr das Organ, dem die behauptete Kompetenz- oder Rechtsverletzung anzulasten wäre. Dies ist hier der Oberbürgermeister der Großen Kreisstadt W.

2. Bestehen eines Rechtsverhältnisses

Ein Rechtsverhältnis, das dem begehrten Feststellungsantrag zugrunde liegt, besteht nicht. Für den Kläger ergibt sich keine Mitentscheidungskompetenz in den Fällen der Anwendung der §§ 31, 33 bis 35 BauGB.

2.1 Keine Mitentscheidungskompetenz aus § 36 BauGB

Der Verwaltungsgerichtshof weist hier diesbezüglich darauf hin, dass in der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sowie des Verwaltungsgerichtshofs geklärt ist, dass § 36 BauGB keine Anwendung findet, wenn die Gemeinde zugleich staatliche untere Baurechtsbehörde ist. Dies ist hier der Fall, denn die Große Kreisstadt W. ist

gemäß § 46 Abs. 1 Nr. 3 LBO BW i.V.m. §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 19 LVG BW untere Baurechtsbehörde.

In den Worten des Verwaltungsgerichtshofs: *„In Fällen der Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde ist das Einvernehmen der Gemeinde nicht nur entbehrlich, sondern der Gemeinde fehlt auch die Befugnis, sich den Anwendungsbereich des § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB selbst zu eröffnen und die sich aus der Vorschrift ergebenden Rechtsfolgen nutzbar zu machen. Es ist ihr daher nicht nur verwehrt, einem Bauherrn die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens als Grund für die Ablehnung seines Baugesuchs entgegenzuhalten; sie kann sich auch nicht etwa gegenüber der Widerspruchsbehörde auf die Versagung berufen. § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB ist auf das Verhältnis von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde eines anderen Rechtsträgers zugeschnitten und gilt nicht im Verhältnis zwischen Ausgangs- und Widerspruchsbehörde.“*

In dieser Auslegung des § 36 BauGB liegt auch kein Verstoß gegen höherrangiges Recht. Die Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG in Form der Planungshoheit kommt nur der Gemeinde als solcher zugute, nicht aber ihren Organen. Es gibt keine verfassungsrechtlichen Vorgaben, die den Bundesgesetzgeber verpflichten wür-

den, für den Fall von Identität der Gemeinde und Genehmigungsbehörde ein gesondertes Verfahren zur internen Abstimmung zwischen verschiedenen Gemeindeorganen einzuführen.

2.2 Keine Mitentscheidungskompetenz aus einer analogen Anwendung des § 36 BauGB

Ebenso wenig kommt eine analoge Anwendung des § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB zur Begründung von Rechten des Klägers in Betracht. Denn in einer „Versagung des Einvernehmens“ - analog § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB - läge ein hoheitlicher Eingriff in die durch die Vorschriften der Landesbauordnung konkretisierte Baufreiheit des betreffenden Bauherrn aus Art. 14 GG, der nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) einer gesetzlichen Grundlage bedürfte, so dass eine solche Analogie den Bauherrn in seinem Eigentumsgrundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verletzen würde.

2.3 Keine Mitentscheidungskompetenz aus landesrechtlichen Vorschriften

2.3.1 Bauordnungsrechtliche Zuständigkeitsregelungen

Eine Mitentscheidungskompetenz des Klägers kann nicht aus Zuständigkeitsregelungen hergeleitet werden. Nach §§

46 Abs. 1 Nr. 3, 48 Abs. 1 LBO BW sind grundsätzlich die unteren Verwaltungsbehörden für die Erteilung der Baugenehmigung zuständig. Untere Verwaltungsbehörde ist hier nach §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 19 LVG BW die Große Kreisstadt W. Es handelt sich hierbei nach § 15 Abs. 2 LVG BW um eine Pflichtaufgabe nach Weisung (vgl. auch § 2 Abs. 3 GemO BW). Diese wird gemäß der Regelung des Landesverwaltungsgesetzes bzw. gemäß § 44 Abs. 3 S. 1 GemO BW vom Oberbürgermeister erfüllt. Hiervon geht auch die kommunalrechtliche Zuständigkeitsverteilung des § 24 Abs. 1 S. 2 GemO BW aus. Dem Oberbürgermeister ist es insbesondere verwehrt, Weisungsaufgaben dem Gemeinderat zur Entscheidung zu unterbreiten. Eine Zuständigkeit des Gemeinderates auf dem Gebiet der Weisungsaufgaben könnte jedoch nur durch sondergesetzliche Regelung begründet werden.

2.3.2 Bauordnungsrechtliche Beteiligungsregelungen

Eine Mitentscheidungskompetenz des Klägers wird auch nicht durch die Regelungen in der Landesbauordnung Baden-Württemberg zur Beteiligung der Gemeinde bei Bauanträgen begründet (vgl. §§ 53 Abs. 4, 54 Abs. 2 Nr. 2 LBO BW). Diese Vorschriften normieren ein Anhörungsrecht der Gemeinde in deren

Gebiet ein Bauvorhaben durchgeführt wird. Diese Regelungen gelten allerdings nur für den Fall, dass die Gemeinde nicht selbst Baurechtsbehörde ist. Ist sie selbst Baurechtsbehörde, bedarf es keiner Anhörung.

2.3.3 Kommunalrechtliche Zuständigkeitsregelungen

Eine Mitentscheidungskompetenz des Klägers lässt sich auch nicht aus dem in § 43 Abs. 5 GemO BW niedergelegten Grundsatz des organfreundlichen Verhaltens ableiten. Der Wortlaut der Vorschrift ist auf eine „Unterrichtung“ des Gemeinderates angelegt, nicht jedoch auf eine Mitentscheidungskompetenz. Die Frage der Reichweite der Unterrichtung ist jedoch bezogen auf den klägerischen Antrag, der auf Beteiligung bzw. Mitentscheidung gerichtet ist, nicht Gegenstand des Verfahrens.

2.4 Keine Mitentscheidungskompetenz aus satzungsrechtlichen Vorschriften

Eine Mitentscheidungskompetenz des Klägers ergibt sich auch nicht aus § 2 der Hauptsatzung der Großen Kreisstadt W. Einer Auslegung der Satzung in dieser Hinsicht stünde die gesetzliche Aufgabenzuweisung an den Oberbürgermeister entgegen. Über diese gesetzliche Regelung können die Gemeinden sich auch nicht kraft ihres

Satzungsrechts hinwegsetzen. Der Verwaltungsgerichtshof weist in diesem Zusammenhang auf folgendes hin: *„So weit kommunalrechtliche Satzungen in Gemeinden, die zugleich untere Baurechtsbehörde sind, noch Regelungen über das gemeindliche Einvernehmen enthalten, sind diese daher mit der Änderung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Jahr 2004 gegenstandslos geworden. Auch eine entsprechende Anwendung dieser Regelungen kommt nicht in Betracht, da sie der gesetzlichen Aufgabenzuweisung widerspräche.“*

Zwischenergebnis

Die Klage ist unbegründet.

III. Ergebnis

Die zulässige Klage ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat daher zu Recht die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers war daher kostenpflichtig durch den Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg zurückzuweisen.

Hinweis:

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs ist in mehrerer Hinsicht examensrelevant. Prozessual wird die Thematik des kommunalverfassungsrechtlichen Organstreits behandelt,

wobei dies angesichts der hierzu gefestigten Rechtsprechung im Examen als Grundlagenwissen vorausgesetzt werden kann. Materiell-rechtlich betrifft der Fall zunächst die Auslegung des § 36 BauGB im Sonderfall von Identität von unterer Baurechtsbehörde und Gemeinde. Daneben arbeitet der Verwaltungsgerichtshof fast lehrbuchreif die Kompetenzen der Gemeindeorgane auf.

In rechtspolitischer Hinsicht hat sich das Gericht am Ende seiner Entscheidung zu einem Ausblick hinreißen lassen, wenn ausgeführt wird: *„Soweit man die geltende Rechtslage als unbefriedigend ansieht und ein Regelungsdefizit ausmacht, kann dieses nur durch den Gesetzgeber behoben werden, wobei mehrere – gegenläufige – Lösungen vorstellbar sind. Zum einen wäre der Bundesgesetzgeber nicht gehindert, das über das von der gemeindlichen Planungshoheit geforderte Mindestmaß hinausgehende formelle Einvernehmensefordernis des § 36 Abs. 1 . 1 BauGB aufzuheben. Zum anderen könnte der Landesgesetzgeber ein gemeindeinternes Einvernehmensefordernis einführen. Des Weiteren wird in der rechtspolitischen Diskussion vorgeschlagen, den Anwendungsbereich der Fiktionssanktion des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB auch auf Gemeinden zu erstrecken, die zugleich untere Bau-*

rechtsbehörde sind.“ Eine solche rechtspolitische Diskussion könnte insbesondere in der mündlichen Prüfung geführt werden.

(RD Jochen Heinz)