

### HERAUSGEBER

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

### Vereinsvorstand:

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

### BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchmann  
Prof. Dr. Jörg Eisele  
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser  
Prof. Dr. Volker Haas  
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)  
RD Jochen Heinz  
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M. (Tübingen)  
RA Prof. Rainer Kirchdörfer  
Prof. Dr. Alexander Proellß  
Prof. Dr. Joachim Renzikowski  
Prof. Dr. Gottfried Schiemann  
Prof. Dr. Jan Schürnbrand  
Richter Dr. Dominik Skauradzun  
RiOLG a. D. Prof. Dr. Dr. h. c. Rolf Stürner  
RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
PD Dr. Christian 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

ISSN 2195-044X  
www.zeitschrift-jse.de  
redaktion@zeitschrift-jse.de

## AUS DEM INHALT

### BEITRAG

*Joachim Renzikowski*

Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.

### KLAUSUREN

*Roy Dörnhofer*

Tierschenkung an einen Minderjährigen

*Guido Philipp Ernst / Caprice Nina Doerbeck*

„Tage wie dieser“ – Nothilfe im StGB

*Daniel Couzinet*

Die weinrechtliche Sinnenprüfung

### RECHTSPRECHUNG

*BVerfG*

Einsatz der Bundeswehr im Inland

*BGH*

Überraschende Entgeltklausel in AGB

*BAG*

Fragerecht des Arbeitgebers nach Ermittlungsverfahren

*LG Köln*

Zirkumzision im Wandel der Zeit

## Inhaltsverzeichnis

### Beitrag

*Joachim Renzikowski*

Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S. – Möglichkeiten  
und Grenzen einer Menschenrechtsbeschwerde

Seite ▶ 142

### Klausuren

*Roy Dörnhofer*

Tierschenkung an einen Minderjährigen

Seite ▶ 160

*Guido Philipp Ernst / Caprice Nina Doerbeck*

„Tage wie dieser“

Seite ▶ 169

*Daniel Couzinet*

Die weinrechtliche Sinnenprüfung

Seite ▶ 183

### Rechtsprechung Zivilrecht

Ausfall des Internets als Vermögensschaden

BGH, Urteil vom 24.01.2013 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 209

Überraschende Entgeltklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

BGH, Urteil vom 26.07.2012 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 215

Zur Verrichtungsgehilfeneigenschaft selbständiger Konzerngesellschaften

BGH, Urteil vom 06.11.2012 (*Steffen Follner*)

Seite ▶ 219

Fragerecht des Arbeitgebers nach erledigtem Ermittlungsverfahren

– sittenwidrige Kündigung

BAG, Urteil vom 15.11.2012 (*Nikolaus Polzer*)

Seite ▶ 229

Zugang einer Kündigungserklärung – Kündigung durch vollmachtlosen Vertreter – Beginn der Klagefrist  
BAG, Urteil vom 06.09.2012 (*Nikolaus Polzer*) Seite ▶ 238

### **Rechtsprechung Strafrecht**

Totschlag durch Unterlassen  
BGH, Urteil vom 21.12.2011 (*Patrick Alf Hinderer / Stephanie Siewert-Schatz*) Seite ▶ 250

Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte? Folgen einer falschen Belehrung  
OLG Celle, Beschluss vom 23.07.2012 (*Guido Philipp Ernst*) Seite ▶ 255

Zirkumzision im Wandel der Zeit: Straffreiheit durch § 1631d BGB?  
LG Köln, Urteil vom 07.05.2012 (*Patrick Alf Hinderer / Guido Philipp Ernst*) Seite ▶ 260

### **Rechtsprechung Öffentliches Recht**

Einsatz der Bundeswehr im Inland – Luftsicherheit  
BVerfG, Beschluss vom 03.07.2012 (*Moritz Stilz / Jonas Ludwig*) Seite ▶ 267

Vollstreckungsfähigkeit einer Auflage  
VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 10.01.2013 (*Jochen Heinz*) Seite ▶ 273

## Editorial

Die Problematik der Strafbarkeit des Inzests bewegte in den letzten Jahren nicht nur die Fachwelt, sondern auch und insbesondere die Öffentlichkeit. In den Medien wurde über Patrick S., welcher mit seiner Schwester mehrere Kinder gezeugt hatte und gegen seine Verurteilung Verfassungsbeschwerde und Beschwerde zum EGMR eingelegt hatte, ausführlich berichtet. Der Beitrag von RENZIKOWSKI thematisiert diesen Problemkreis und geht auch ausführlich auf die Voraussetzungen und Grenzen einer Menschenrechtsbeschwerde zum EGMR ein.

Die Klausur von DORNHÖFER mit Problemen aus dem BGB-AT ist besonders für Anfänger geeignet; Examenskandidaten wird empfohlen, diese im Rahmen einer Lerngruppe zu diskutieren. Dasselbe gilt für die strafrechtliche Klausur aus einer Übung im Strafrecht für Anfänger von ERNST und DOERBECK, welche im Schwerpunkt examensrelevante Probleme aus dem Strafrecht-AT enthält. Zur Lösung unter Examensbedingungen empfohlen wird die Klausur von COUZINET aus dem Examensklausurenkurs der Universität Tübingen, welche in ungewöhnlicher Einkleidung Probleme aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht thematisiert; aufgrund jener und des ausführlichen Sachverhaltes wird sie Examenskandidaten besonders empfohlen, muss mit solchen Schwierigkeiten im Examen doch immer öfter gerechnet werden.

In der Rubrik „Examensrelevante Rechtsprechung“ finden Sie neben weiteren examensrelevanten Entscheidungen die Entscheidung des LG Köln zur Zirkumzision, welche allenthalben für hitzige Diskussionen sorgte, sowie die Entscheidung des BGH zum wichtigen Problem „Internetausfall und Vermögensschaden“ und des BAG zur Sittenwidrigkeit einer Kündigung.

RA Dr. Christian F. Majer  
Schriftleiter

Philipp Louis  
Stellvertretender Schriftleiter

Zeitschrift Jura Studium & Examen

## Impressum

### Redaktion

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

### Herausgeber

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

Vereinsvorstand:

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

ISSN 2195-044X

### Beirat

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

**Webseite:** ▶ [www.zeitschrift-jse.de](http://www.zeitschrift-jse.de)

**E-Mail:** [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de)

Die Zeitschrift JSE erscheint ausschließlich online als PDF-Dokument.  
Alle Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:  
CMS Hasche Sigle | Luther | Menold Bezler | Thümmel, Schütze & Partner

Prof. Dr. Joachim Renzikowski\*

## **Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.**

### **Möglichkeiten und Grenzen einer Menschenrechtsbeschwerde**

Vor einigen Jahren erregte der Fall eines Leipziger Geschwisterpärchens, das vier gemeinsame Kinder hatte, öffentliches Aufsehen. Der Vater der Kinder wurde zu insgesamt dreieinhalb Jahren Gefängnis verurteilt. Die Verfassungsbeschwerde wurde abgewiesen, und auch der Weg nach Straßburg brachte keinen Erfolg. Der Inzestfall wirft viele interessante Rechtsfragen auf. Die meisten können hier nur gestreift werden. Im folgenden Beitrag steht die Beschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) im Mittelpunkt. Grundrechtsschutz in Europa ist die zentrale Aufgabe des EGMR. Gleichwohl wachsen die Bäume auch in Straßburg nicht in den Himmel.

#### **I. Zum Sachverhalt**

#### **II. Was ist Inzest?**

1. Sexueller Missbrauch innerhalb der Familie
2. Der Beischlaf zwischen Verwandten nach § 173 StGB

#### **III. Das Verfahren vor dem EGMR**

1. Voraussetzungen einer Beschwerde zum EGMR
  2. Zum materiellen Recht
    - a) Allgemeines
    - b) Der Schutzbereich von Art. 8 EMRK
    - c) Das Vorliegen einer gesetzlichen Eingriffsermächtigung
    - d) Die Eingriffsschranken des Art. 8 II EMRK
  3. Verfahren und Entscheidung des EGMR
  4. Die Anrufung der Großen Kammer
- #### **IV. Schluss**

### **I. Zum Sachverhalt**

P. S. wurde im Jahr 1976 in schwierige Familienverhältnisse geboren. Sein alkoholabhängiger und gewalttätiger Vater drangsalierte regelmäßig die anderen Familienmitglieder. Nach wiederholten schweren Misshandlungen durch seinen Vater kam P. S. mit drei Jahren in ein Kinderheim. Im Alter von sieben Jahren wurde er von seinen damaligen Pflegeeltern adoptiert und nahm ihren Familiennamen an. Seit dieser Zeit hatte er keinen Kontakt mehr zu seiner Ursprungsfamilie. Im Jahr 2000 begab sich P. S. über das Jugendamt auf die Suche nach seinen leiblichen Eltern. Im Mai gelang ihm der Kontakt zu seiner Mutter und seiner Schwester S. K., von deren Existenz er bis dahin nichts gewusst hatte. S. K. war 1984 geboren, kurz nachdem die Ehe der Mutter und des Vaters geschieden worden war. P. S. zog zu seiner leiblichen Mutter und zu seiner Schwester, weil er sich für sie verantwortlich fühlte. Als

\* Der Autor ist Inhaber der Professur für Strafrecht und Rechtsphilosophie/Rechtstheorie an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und war an der Verfassungsbeschwerde und der Beschwerde zum EGMR beteiligt.

die Mutter – für beide Geschwister überraschend – am 12.12.2000 verstarb, vertiefte sich die Beziehung zwischen P. S. und S. K., die sich nunmehr von der ganzen Welt verlassen fühlte. Sie verliebten sich und hatten einvernehmlich Geschlechtsverkehr miteinander. Aus dieser Beziehung wurden vier Kinder geboren.

Bis auf das letzte Kind wurden alle anderen vom Jugendamt sofort in Pflegefamilien gegeben. Auf Anzeige des Jugendamts wurden ferner gegen beide Strafverfahren eingeleitet. Infolgedessen wurde P. S. drei Mal nach § 173 II 2 StGB verurteilt. Zuletzt wurde auch S. K. wegen Beischlafs zwischen Verwandten schuldig gesprochen, aber das Gericht sah von einer Bestrafung ab und ordnete eine Weisung nach § 10 I Nr. 5 JGG an. Als persönliche Konsequenz aus der letzten Verurteilung ließ sich P. S. sterilisieren.<sup>1</sup> Inzwischen hat P. S. seine Freiheitsstrafe verbüßt.

## II. Was ist Inzest?

### 1. Sexueller Missbrauch innerhalb der Familie

Als Inzest bezeichnet man häufig sexuelle Übergriffe eines Elternteils, meist des Vaters, gegenüber einem Kind. In ganz extremen

<sup>1</sup> Was freilich im Hinblick auf § 173 StGB ganz ohne Belang ist. S. dazu *BVerfGE* 120, 224 (250 f.): „Der Umstand, dass ... der Beischlaf zwischen leiblichen Geschwistern auch in den Fällen, in denen eine Empfängnis ausgeschlossen ist, den Straftatbestand erfüllt, stellt die grundsätzliche Erreichbarkeit der (Teil-)Ziele ... der Vorsorge vor genetisch bedingten Krankheiten nicht in Frage.“

Fällen können sich solche Missbrauchsbeziehungen über Jahre hinweg fortsetzen (vgl. den Fall „Fritzl“ aus Österreich<sup>2</sup>). Für die Opfer sind die Taten oft mit erheblichen Langzeitfolgen verbunden, die die gesamte kognitive und emotionale Entwicklung schwerwiegend beeinträchtigen können. Neben die sexuellen Übergriffe treten als besondere Belastungen Scham und Schuldgefühle, Loyalitätskonflikte bis zu schweren Traumatisierungen, die durch verständnislose bis ablehnende Reaktionen des näheren Umfelds verstärkt werden können.<sup>3</sup>

Wie bei allen Sexualdelikten handelt es sich beim sexuellen Missbrauch an Kindern in der Regel nicht um ein abartiges Triebverbrechen, sondern um ein Aggressionsdelikt, das vorrangig auf die Unterwerfung und Demütigung des Opfers abzielt.<sup>4</sup> Der Übergang vom Prügeln (§ 223 StGB) über die Misshandlung Schutzbefohlener (§ 225 StGB) bis zum sexuellen Missbrauch von Kindern ist häufig fließend.<sup>5</sup> Tatantriebe können aber auch Ersatzhandlungen für eine unerreichte andere Beziehung oder pädophile Neigungen sein.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Informationen dazu unter ▶ [www.wikipedia.de](http://www.wikipedia.de) (Zugriff am 03.03.2013). Hier handelt es sich strafrechtlich betrachtet um einen Fall von Serienvergewaltigung.

<sup>3</sup> S. die Beiträge in *Amann/Wipplinger* (Hrsg.), *Sexueller Missbrauch*, 3. Aufl., S. 51-309 sowie speziell zum Inzest *Hirsch*, *Realer Inzest: Psychodynamik des sexuellen Mißbrauchs in der Familie*, 1999.

<sup>4</sup> Vgl. *Brockhaus/Kolshorn* in: *Amann/Wipplinger* (Hrsg.), *Sexueller Missbrauch*, 3. Aufl., S. 89 (91 f.) m. w. N.

<sup>5</sup> S. dazu *Wetzels*, *Gewalterfahrungen in der Kindheit*, 1997, S. 51 ff., 187 ff.



Neben den §§ 176, 176 a StGB, die umfassend alle Sexualkontakte mit Kindern bis zum Alter von 14 Jahren bestrafen, ist im vorliegenden Zusammenhang vor allem § 174 I Nr. 3 StGB einschlägig, der alle Sexualkontakte zwischen Eltern und ihren noch nicht volljährigen leiblichen oder adoptierten Kindern ohne Rücksicht auf Sorgerecht und Erziehungspflicht erfasst. Ob das Kind ehelich ist, ob das Kindschaftsverhältnis zum Täter durch Adoption nach § 1755 BGB erloschen ist oder ob der Täter das Sorgerecht infolge einer Scheidung verloren hat (§§ 1671, 1672 BGB), ist unerheblich,<sup>7</sup> obwohl gerade in den letzteren Fällen eine persönliche Abhängigkeit ebenso fehlen kann wie wenn das Kind von vornherein getrennt von seinem biologischen Elternteil aufgewachsen ist. Auch wenn der Schutzzweck des § 174 nicht passt, wenn der Täter dem Kind als Fremder gegenübertritt, ist doch der Gesetzeswortlaut eindeutig.<sup>8</sup> Umgekehrt scheiden Stief-,<sup>9</sup> Pflege- und Großeltern aus dem Anwendungsbereich der Norm aus, obwohl zu diesem Personenkreis ganz erhebliche Abhängigkeiten bestehen können.<sup>10</sup> Insofern sind nur die Nr. 1 und 2 einschlägig.

<sup>6</sup> Egg, in: Volbert/Steller (Hrsg.), Handbuch der Rechtspsychologie, 2008, S. 38 (43 f.).

<sup>7</sup> BT-Drucks. 6/3521, S. 24.

<sup>8</sup> Hörnle, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl., § 174 Rdnr. 38. Gerade die Fälle des getrennten Aufwachsens von den Eltern sind übrigens die typischen Konstellationen, in denen es später wahrscheinlich zu einem Inzest kommt, s. dazu sogleich.

<sup>9</sup> BGH bei Miebach, NStZ 1995, 222.

<sup>10</sup> Krit. dazu Hörnle, Festschrift für Schöch, 2010, S. 401 (408 ff.).

Sexuelle Übergriffe können auch zwischen minderjährigen Geschwistern vorkommen. Hier greift § 176 StGB bis zu einem Schutzalter des Opfers von 14 Jahren ein. Im Einzelfall kann sogar § 177 StGB einschlägig sein. § 173 III StGB schließt jedoch für diese Konstellation eine Strafbarkeit ausdrücklich aus.

## 2. Der Beischlaf zwischen Verwandten nach § 173 StGB

Von den vorgenannten Fällen, deren Strafwürdigkeit wegen der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung des Opfers außer Frage steht, ist der klassische Inzest nach § 173 StGB strikt zu unterscheiden. Diese Norm hat einen eigenständigen Anwendungsbereich nur dort, wo das sexuelle Selbstbestimmungsrecht nicht berührt ist, weil der Sexualkontakt einverständlich ist.<sup>11</sup> Die Strafbarkeit beschränkt sich zudem auf Vaginalbeischlaf.<sup>12</sup> Alle anderen Formen von Sexualität werden nicht erfasst.

Inzest ist moralisch anrühlich. Man redet gar nicht erst darüber. Die folgenden kursorischen Bemerkungen sollen den durch vielerlei Vorurteile und Missverständnisse beschwerten Vorhang vor dem Inzesttabu etwas lüften.

<sup>11</sup> S. Ritscher, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., § 173 Rdnr. 9.

<sup>12</sup> Insofern liegt die Auffassung des Gesetzgebers (BT-Drs. 6/3521, S. 18), das Inzestverbot fungiere als Auffangtatbestand zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, wo die Jugendschutztatbestände des Sexualstrafrechts nicht ausreichen, neben der Sache.



Die moderne Verhaltensforschung geht von einer biologischen Inzesthemmung aus, die auf einer negativen sexuellen Prägung beruht.<sup>13</sup> Wissenschaftlich gilt als gesichert, dass das gesamte evolutionäre Konzept der Sexualität auf dem Vorteil beruht, den die mehrgeschlechtliche Vermehrung für die Anpassungsfähigkeit bei der Fortpflanzung bietet. Auf diese Weise entstehen immer neue genetische Konstellationen, die sich an veränderte Umweltbedingungen anpassen können und sich auf diese Weise gegenüber schwächeren Kombinationen durchsetzen. Die denkbare Alternative wäre eine Fortpflanzung durch Teilung oder Vervielfältigung vorhandener Zellen, was dem Klonen entsprechen würde. Diese Methode erschwert jedoch die stets und immer wieder erforderliche Anpassung ganz erheblich. Ein so komplizierter Organismus wie der des Menschen wäre unter solchen Fortpflanzungsbedingungen auf Dauer nicht überlebensfähig und würde aussterben.<sup>14</sup> Inzest steht diesem Konzept entgegen, denn er führt zum Gegenteil dessen, was sich evolutionär durchgesetzt hat, nämlich zu einer nochmaligen Vermengung bereits ähnlich kombinierter Gene. Das widerspricht der biologischen Funktion der Sexualität.<sup>15</sup> Die Evolution hat dieser Alternative daher einen

Riegel vorgeschoben, der allerdings nicht biologisch messbar, sondern entwicklungspsychologisch ausgeprägt ist. Diese entwicklungspsychologische Ausprägung ist unabhängig von den verschiedenen Theorien zur Herkunft des Inzestverbots heute nahezu unbestritten. Es handelt sich um das Phänomen der fehlenden sexuellen Anziehungskraft von Menschen, die miteinander aufgewachsen sind, das WESTERMARCK<sup>16</sup> aufgedeckt hat. Dabei kommt es für die Entstehung dieser Hemmschwelle („Westermarck-Effekt“) nicht einmal auf Verwandtschaft an, sondern allein auf eine frühkindliche gemeinsame Prägung. Dazu gibt es eine Vielzahl empirisch nachweisbarer Beobachtungen, wonach sowohl Menschen als auch Tiere keine sexuelle Anziehung zu solchen Individuen verspüren, mit denen sie – unabhängig von genetischer Verwandtschaft – während ihres Aufwachsens in einem sozialen Näheverhältnis gestanden haben.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Vgl. dazu *Eibl-Eibesfeldt*, Die Biologie menschlichen Verhaltens, 3. Aufl., S. 367 ff.

<sup>14</sup> *Bischof*, Das Rätsel Ödipus. Die biologischen Wurzeln des Urkonflikts von Intimität und Autonomie, 5. Aufl., S. 88 ff., 403 ff.

<sup>15</sup> *Bischof*, Das Rätsel Ödipus. Die biologischen Wurzeln des Urkonflikts von Intimität und Autonomie, 5. Aufl., S. 412.

<sup>16</sup> *Westermarck*, The history of human marriage, London, 1921; ders., „Recent theories of exogamy“, The Sociological Review 26 (1934), S. 22 ff.

<sup>17</sup> S. insbesondere *Shepher*, „Mate selection among second generation kibbutz adolescents and adults: Incest avoidance and negative imprinting“, Archives of Sexual Behaviour 1 (1971), S. 293 ff.; *Wolf*, „Adopt a daughter-in-law, marry a sister: a Chinese solution to the problem of the incest taboo“, American Anthropologist 70 (1968), S. 864 ff.; s. ferner zu Menschenaffen *Pusey*, „Inbreeding Avoidance in Primates“, in: *Wolf/Durham* (Hrsg.), Incest, Inbreeding and the Incest Taboo, 2005, S. 62; zusammenfassend *Bischof*, Das Rätsel Ödipus. Die biologischen Wurzeln des Urkonflikts von Intimität und Autonomie, 5. Aufl., S. 372 ff. et passim.

Die inzestuöse Beziehung zwischen P. S. und S. K. erklärt sich – wie übrigens die meisten derartigen Fälle – aus dem Fehlen einer entwicklungspsychologisch ausgeprägten Hemmung, weil beide nicht zusammen aufgewachsen sind. Hier nun kehrt sich alles ins Gegenteil. Die moderne Attraktionsforschung ist sich inzwischen einig, dass sich physisch ähnlich veranlagte Menschen anziehen.<sup>18</sup> Das führt bei nicht gemeinsam aufgewachsenen Geschwistern mit signifikanter Häufigkeit dazu, dass sie sich zueinander auch sexuell angezogen fühlen, wenn sie sich nach der Pubertät kennen lernen. Es besteht daher besonders bei adoptierten Kindern, die im Erwachsenenalter Kontakt zu ihrer natürlichen Verwandtschaft suchen, eine erhöhte Wahrscheinlichkeit einer sich daraus ergebenden inzestuösen Beziehung.<sup>19</sup>

Vor diesem empirisch gesicherten Hintergrund stellt sich die Frage, welche Funktion einer Bestrafung des Inzest zukommt. Da es sich um pathologische Fälle einer fehlenden Ausprägung der natürlichen Inzestscheu handelt, ist das Strafrecht eigentlich fehl am Platz und es bedürfte viel eher einer psychosozialen Betreuung der Betroffenen und der Aufklärung der „Risikogruppen“.

<sup>18</sup> Vgl. *Murstein*, Who will marry whom, 1976; *Mikula/Stroebe*, in: *Amelang/Ahrens/Bierhoff* (Hrsg.), *Attraktion und Liebe*, 1991, S. 61 ff.

<sup>19</sup> *Grennberg/Littlewood*, „Past Adoption Incest and Phenotypic Matching: Experience, Personal Meanings and Biosocial Implications“, *British Journal of Medical Psychology*, 1995, S. 29 ff.

### III. Das Verfahren vor dem EGMR

Gegen das Urteil des AG Leipzig vom 10.11.2005 legte P. S. Revision zum OLG Dresden ein. Das OLG verwarf die Revision am 30.01.2007 gemäß § 349 II StPO als offensichtlich unbegründet, weil es sich trotz gewisser Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit des § 173 II 2 StGB nicht zu einer Richtervorlage nach Art. 100 I GG durchringen konnte. Die daraufhin angestrebte Verfassungsbeschwerde hat das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 26.02.2008 als unbegründet zurückgewiesen.<sup>20</sup> Nach Auffassung des Verfassungsgerichts sei die Einschränkung der Grundrechte des Beschwerdeführers, namentlich von Art. 2 GG, durch Rechtsgründe gedeckt. So verfolge § 173 StGB die verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Zielsetzungen der Freihaltung des engsten Familienverbandes vor inzestuösen sexuellen Beziehungen,<sup>21</sup> des

<sup>20</sup> *BVerfGE* 120, 224 ff. mit dissenting opinion von *Hassemer*. In der Wissenschaft traf die Entscheidung überwiegend auf Kritik, s. etwa *Hörnle*, *NJW* 2008, 2085 ff.; *Zabel*, *JR* 2008, 453 ff.; *Ziethen*, *NStZ* 2008, 617 ff.; *Noltenius*, *ZJS* 2009, 15 ff.; *Thurn*, *KJ* 2009, 74 ff.; *Roxin*, *StV* 2009, 544 ff.; dagegen in der Sache zustimmend *Kubiciel*, *ZIS* 2012, 282 (283 f.), dessen eigener Vorschlag (s. 287 ff.) die Ungereimtheiten der Norm freilich auch nicht aufhebt.

<sup>21</sup> *BVerfGE* 120, 224 (244 f.): „Familien- und sozial-schädliche Wirkungen des Geschwisterinzests mögen mit sozialwissenschaftlichen Methoden schwer von den Wirkungen anderer Einflüsse isolierbar und daher nicht ohne weiteres greifbar sein [...]. Dies ändert indes nichts an der Plausibilität der Annahme derartiger Wirkungen, wie sie auch in dem vom Senat in Auftrag gegebenen Gutachten des Max-Planck-Instituts dargestellt werden. Als negative Auswirkungen können sich danach ergeben:

Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung vor genetisch geschädigten Kindern<sup>22</sup> sowie der Stabilisierung des Inzesttabus in der Gesellschaft. Zudem wies das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass der Beschwerdeführer vor künftiger Strafverfolgung weiterer intimer Kontakte mit seiner Schwester nicht dadurch geschützt sei, dass er sich

ein vermindertes Selbstbewusstsein, funktionelle Sexualstörungen im Erwachsenenalter, eine gehemmte Individuation, Defizite in der psychosexuellen Identitätsfindung und der Beziehungsfähigkeit, Schwierigkeiten, eine intime Beziehung aufzubauen und aufrechtzuerhalten, Versagen im Arbeitsumfeld, eine generelle Unzufriedenheit mit dem Leben, starke Schuldgefühle, belastende Erinnerungen an die Inzesterfahrung, Depression, Drogen- und Alkoholmissbrauch, Selbstverletzung, Essstörungen, Suizidgedanken, sexuelle Promiskuität und posttraumatische Erlebnisse sowie indirekte Schäden, auch für dritte Familienmitglieder, zum Beispiel durch Ausgrenzung oder soziale Isolation. Die empirischen Studien, auf deren Auswertung diese Erkenntnisse beruhen, werden zwar im Gutachten als nicht repräsentativ bewertet; sie zeigen aber, dass der Gesetzgeber sich nicht außerhalb seines Einschätzungsspielraums bewegt, wenn er davon ausgeht, dass es bei Inzestverbindungen zwischen Geschwistern zu gravierenden familien- und sozialschädigenden Wirkungen kommen kann.“ Diese Ausführungen bezogen sich im Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht (Freiburg) auf Fälle, „in denen es zu sexuellen Handlungen in der Kindheit und Jugend gekommen ist und bei denen wohl überwiegend nicht von einvernehmlichen sexuellen Kontakten ausgegangen werden kann“ (S. 95). Weiter heißt es: „Die Frage, ob Inzest zwischen erwachsenen Geschwistern unter entwicklungspsychologischen Gesichtspunkten zu Problemen führt, lässt sich im Übrigen erschöpfend nur dann beantworten [...], wenn Inzestpaare und ‚Nicht‘-Inzestpaare verglichen werden könnten. Komparative (Längsschnitt) Analysen dieser Art gibt es bislang nicht.“ (S. 96) Das Gutachten kann unter folgender Adresse abgerufen werden:

zwischenzeitlich habe sterilisieren lassen. Nun blieb als letzte Möglichkeit der Gang nach Straßburg.<sup>23</sup>

Wie das GG, so kennt auch die EMRK eine Individualbeschwerde. Nach Art. 34 EMRK kann der Gerichtshof von jeder natürlichen Person angerufen werden mit der Behauptung, von einem Konventionsstaat in ihren Rechten aus der EMRK verletzt worden zu sein.<sup>24</sup> Diese Möglichkeit eines Rechtsstreits zwischen einem Individuum und einem Völkerrechtssubjekt ist bei völkerrechtlichen Verträgen einzigartig. Einen vergleichbaren Rechtsschutz gewährt kein anderes System des internationalen Rechtsschutzes.

### 1. Voraussetzungen einer Beschwerde zum EGMR

Wie bei der Verfassungsbeschwerde unterscheidet man zwischen Zulässigkeit und Begründetheit. Zulässigkeitsvoraussetzungen

► [http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/05-08-inzest\\_gutachten.pdf](http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/05-08-inzest_gutachten.pdf)

<sup>22</sup> BVerfGE 120, 224 (248): „Die ergänzende Heranziehung dieses Gesichtspunktes zur Rechtfertigung der Strafbarkeit des Inzests ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil er historisch für die Entrechtung von Menschen mit Erbkrankheiten und Behinderungen missbraucht worden ist.“

<sup>23</sup> Eine Dokumentation des gesamten Verfahrens bis zur Beschwerdeschrift zum EGMR findet sich unter: ► <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/doku/2008/001/index.php> (abgerufen am 11.03.2013)

<sup>24</sup> Die Entscheidungen der Konventionsorgane (EKMR und EGMR) können abgerufen werden unter: ► [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Das Beschwerdeformular findet sich ebenfalls auf der Homepage des Gerichtshofs.

sind nach Art. 34, 35 EMRK die Partei- und Prozessfähigkeit des Beschwerdeführers,<sup>25</sup> seine Opfereigenschaft, die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs sowie die Einhaltung der sechsmonatigen Beschwerdefrist nach der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung.

Die Opfereigenschaft setzt die Behauptung voraus, in einem Konventionsrecht verletzt worden zu sein (vgl. Art. 34 EMRK: „*to be the victim of a violation*“). Sie entfällt nicht schon dann, wenn die gerügte hoheitliche Maßnahme beendet ist. Vielmehr müssen die nationalen Behörden die Konventionsverletzung ausdrücklich oder dem Grunde nach anerkannt und ihr abgeholfen haben (z. B. durch eine angemessene Entschädigung).<sup>26</sup> Die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs nach Art. 35 I EMRK setzt grundsätzlich voraus, dass der Beschwerdeführer die Möglichkeiten des innerstaatlichen Rechtsschutzes ausgeschöpft hat. Dem beklagten Staat soll so die Chance eröffnet werden, Menschenrechtsverletzungen innerstaatlich zu beheben, gegebenenfalls im Rechtsweg (s. Art. 13 EMRK). Darüber hinaus

entspricht es dem Selbstverständnis des Gerichtshofs als subsidiärem Wächter über die EMRK: Primär sind die nationalen Behörden für die Beachtung und Umsetzung der Konventionsgarantien verantwortlich. Rechtswegerschöpfung bedeutet dabei nicht nur, dass die innerstaatlichen Rechtsmittel ausgeschöpft wurden. Vielmehr muss der Beschwerdeführer auch die für die Menschenrechtsbeschwerde maßgeblichen Gesichtspunkte bereits in den innerstaatlichen Verfahren thematisiert haben.<sup>27</sup> Auf der anderen Seite handhabt der EGMR diese Voraussetzung erheblich großzügiger als das BVerfG, indem er nicht abstrakt die innerstaatliche Rechtslage berücksichtigt, sondern nach effektiven Rechtsschutzmöglichkeiten fragt. So muss etwa ein wegen einer gefestigten Rechtsprechung von vornherein aussichtsloser Rechtsbehelf nicht ergriffen werden.<sup>28</sup>

Art. 35 II und III EMRK nennen weitere Gründe für die Unzulässigkeit einer Beschwerde. Dabei kommt es eher selten vor, dass ein Beschwerdeführer nicht identifiziert werden kann (Art. 35 II lit. a EMRK).<sup>29</sup> Ein häufigerer Grund für eine Zurückweisung wird angenommen, wenn Beschwerdeführer, Sachverhalt und Beschwerdegegenstand mit einer früheren Beschwerde identisch sind

<sup>25</sup> Probleme ergeben sich bei juristischen Personen oder Personengruppen sowie dann, wenn die Beschwerde beim Tod des Beschwerdeführers von Erben oder nahen Angehörigen eingelegt bzw. fortgesetzt wird. Näher dazu *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., § 13 Rdnrn. 6 ff.

<sup>26</sup> Vgl. *EGMR v. 15.07.1982 – 8130/78* (Eckle gegen Deutschland), Tz. 66-70; *EGMR (Große Kammer) v. 01.06.2010 – 22978/05* (Gäfgen gegen Deutschland), Tz. 115-130; zum letzten Fall krit. *Grabenwarter*, NJW 2010, 3128 ff.

<sup>27</sup> S. *EGMR v. 19.03.1991 – 11069/84* (Cardot gegen Frankreich), Tz. 34.

<sup>28</sup> Näher dazu *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., § 13 Rdnrn. 26 ff.

<sup>29</sup> Wenn ein Beschwerdeführer Repressalien befürchten muss, kann er beantragen, dass das Verfahren vertraulich behandelt wird (s. Rule 33 II und 47 III der Verfahrensordnung).



(Art. 35 II lit. b EMRK: „*res iudicata*“). Es gibt gewissermaßen eine Art Rechtskraft der Entscheidungen des EGMR. Etwas anderes gilt dann, wenn wesentliche neue Tatsachen vorgetragen werden.<sup>30</sup> In der Praxis wichtige Unzulässigkeitsgründe enthält Art. 35 III. Nach lit. a 1. Alt. ist eine Beschwerde unzulässig, wenn sie mit der Konvention oder ihren Zusatzprotokollen unvereinbar („*incompatible*“) ist, etwa wenn der Beschwerdeführer nicht betroffen ist (*ratione personae*),<sup>31</sup> wenn die fragliche Maßnahme nicht in den räumlichen Anwendungsbereich der Konvention gemäß Art. 1 EMRK fällt (*ratione loci*)<sup>32</sup> oder vor dem Beitritt zur EMRK stattgefunden hat (*ratione temporis*)<sup>33</sup> oder wenn die Konventi-

on das vom Beschwerdeführer geltend gemachte Recht offensichtlich nicht kennt (*ratione materiae*). Der letzte Fall ist ein Beispiel für die offensichtliche Unbegründetheit der Beschwerde (2. Alt. von lit. a). In der Praxis kommt die Zurückweisung einer Beschwerde als offensichtlich unbegründet („*manifestly illfounded*“) nach Art. 35 III lit. a EMRK sehr häufig vor. Faktisch verbirgt sich dahinter eine Art Annahmementscheidung: Der Gerichtshof soll wegen seiner notorischen Überlastung nicht über Gebühr mit aussichtslosen Beschwerden belastet werden.<sup>34</sup> Freilich überzeugt die Handhabung dieses Zurückweisungsgrundes nicht immer,<sup>35</sup> und für den Beschwerdeführer kann das Fehlen jeglicher inhaltlicher Auseinandersetzung sehr ärgerlich sein. Weiter kann der Gerichtshof nach dem alten Grundsatz „*de minimis non curat praetor*“ Beschwerden wegen der Geringfügigkeit des Nachteils zurückweisen, aber nur falls die Achtung der Menschenrechte keine Sachprüfung gebietet.<sup>36</sup> Ein letzter Unzulässigkeitsgrund ist der Rechtsmissbrauch.<sup>37</sup>

<sup>30</sup> Davon zu unterscheiden ist der Antrag auf Wiederaufnahme eines abgeschlossenen Verfahrens gemäß Rule 80 der Verfahrensordnung. Zum Ganzen s. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., § 13 Rdnrn. 57 ff.

<sup>31</sup> Die Beschwerde ist auch dann *ratione personae* unzulässig, wenn der Rechtsakt dem Konventionsstaat nicht zugerechnet werden kann. In diesem Zusammenhang stellt sich das Problem des richtigen Beschwerdegegners bei Handlungen internationaler Organisationen, deren Mitglieder gleichzeitig Vertragsstaaten der EMRK sind, vgl. dazu *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., § 17 Rdnr. 8.

<sup>32</sup> S. etwa zur Bombardierung eines Fernsehsenders in Belgrad im Rahmen des NATO-Einsatzes im Kosovo-Krieg *EGMR* (Große Kammer) v. 12.12.2001 – 52207/99 (Banković u. a. gegen Belgien u. a.), Tz. 67-82; im Übrigen kann ein Konventionsstaat für Menschenrechtsverletzungen eines anderen Staates mittelbar verantwortlich gemacht werden. Der Klassiker ist *EGMR* v. 07.07.1989 – 14038/88 (Soering gegen Großbritannien), Tz. 85-91 und 111: Verletzung von Art. 3 EMRK bei Auslieferung in die USA, weil dort ein Todesurteil drohte.

<sup>33</sup> S. dazu *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., § 17 Rdnrn. 18 ff.

<sup>34</sup> *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., § 13 Rdnr. 50.

<sup>35</sup> Im Hinblick auf die schwierigen, das Konfrontationsrecht nach Art. 6 III lit. d EMRK betreffenden Probleme hat es sich der EGMR etwa in der Beschwerdesache Monika Haas zu einfach gemacht. S. *EGMR* v. 17.11.2005 – 73047/01 (Haas gegen Deutschland) = NStZ 2007, 103 ff. m. Anm. Esser und Bespr. Gaede, JR 2006, 292 ff.; ferner Gless, StV 2010, 400 ff.

<sup>36</sup> S. dazu *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., § 13 Rdnrn. 53 ff.

<sup>37</sup> So *EGMR* v. 19.01.2010 – 22051/07 (Bock gegen Deutschland) im Fall eines Beamten, der einen Beihilfeanspruch über 7,99 Euro bis nach Straßburg

Die am 03.09.2008 eingelegte Beschwerde von P. S. zum EGMR wies im Hinblick auf die Zulässigkeit keine Probleme auf.<sup>38</sup>

## 2. Zum materiellen Recht

### a) Allgemeines

Strafgerichtliche Urteile können auf verschiedene Weise angegriffen werden. Das Verfahren kann im Hinblick auf die Garantien aus Art. 6 EMRK kritisiert werden. Für das Strafverfahren sind hier insbesondere die einzelnen Verfahrensrechte aus Art. 6 III EMRK einschlägig.<sup>39</sup> Allerdings versteht sich der EGMR keineswegs als „Superrevisionsinstanz“ und betont in ständiger Rechtsprechung, dass die richtige Beweiswürdigung den nationalen Gerichten obliegt.<sup>40</sup> Ein weiterer Anknüpfungspunkt für Beschwerden ist der in Art. 7 EMRK niedergelegte Grundsatz „*nulla poena sine lege*“, der – wie auch Art. 103 II GG – das Gesetzlichkeitsprinzip, den Bestimmtheitsgrundsatz und das Rückwirkungsverbot<sup>41</sup> impliziert. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass der EGMR den Be-

verfolgte.

<sup>38</sup> EGMR v. 12.04.2012 – 43547/08 (Stübing gegen Deutschland), Tz. 33.

<sup>39</sup> Zum Recht auf Verteidigung vgl. *Renzikowski*, Festschrift für Roxin, 2011, S. 1341 ff.; zum Konfrontationsrecht vgl. *Renzikowski*, Festschrift für Mehle, 2009, S. 527 ff.

<sup>40</sup> Vgl. EGMR v. 05.10.2006 – 75204/01 (Klasen gegen Deutschland), Tz. 43; EGMR v. 27.01.2009 – 23220/04 (A. L. gegen Finnland), Tz. 35.

<sup>41</sup> Das der EGMR auf die Sicherungsverwahrung übertragen hat, s. EGMR v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. gegen Deutschland) = NJW 2010, 2495 ff. m. Anm. *Eschelbach* und *Bespr. Kinzig*, NStZ 2010, 233 ff.

griff des Gesetzes nicht auf geschriebenes Recht beschränkt, was für ein Kodifikationssystem wie Deutschland selbstverständlich ist. Vielmehr fällt darunter auch wie im common law das durch die Gerichte etablierte case law, sofern das Recht für den Normadressaten nur hinreichend voraussehbar ist.<sup>42</sup> Infolge dieses vom common-law-Denken geprägten Ansatzes spielt die Gesetzesbestimmtheit in der Rechtsprechung der Konventionsorgane zu Art. 7 EMRK praktisch keine Rolle.

In der Beschwerdesache P. S. ging es nicht um diese strafrechtsspezifischen Gesichtspunkte. Vielmehr war fraglich, ob das Strafurteil eine der anderen Konventionsgarantien verletzte. Gegenstand der Beschwerde war also das konkrete Strafurteil gegen P. S., nicht aber die allgemeine Vereinbarkeit des strafrechtlichen Inzestverbots mit der Konvention. Hier liegt ein wichtiger Unterschied zur Verfassungsbeschwerde: Bei der Verfassungsbeschwerde kann thematisiert werden, ob die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage, auf die sich die angegriffene Maßnahme stützt, mit dem GG vereinbar ist. Der EGMR enthält sich dagegen grundsätzlich jeglicher Stellungnahme zum nationalen Recht und überprüft nur, ob die angegriffene Maßnahme selbst die Konvention verletzt.

Anknüpfungspunkt für die Beschwerde von P. S. war Art. 8 EMRK, namentlich das Recht

<sup>42</sup> S. dazu insbesondere EGMR v. 22.11.1995 – 20166/92 (S. W. gegen Großbritannien), Tz. 35-47.

auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Art. 8 EMRK erfüllt dieselbe Funktion wie Art. 2 I GG, indem er dem Einzelnen umfassend den Freiheitsraum garantiert, den er für die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit braucht.<sup>43</sup> Wie in der Grundrechtsdogmatik auch kann man die Prüfung folgendermaßen strukturieren:

- Ist der Schutzbereich der Konventionsgarantie betroffen?
- Ist der Eingriff gesetzlich geregelt?
- Ist der Eingriff mit den Schranken der Konventionsgarantie vereinbar?

### b) Der Schutzbereich von Art. 8 EMRK

Beeinträchtigt war zunächst das Recht auf Achtung des Familienlebens. Der konventionsrechtliche Begriff der Familie setzt nicht voraus, dass zwei Personen ihre Beziehung rechtlich formalisiert haben, was hier wegen des Eheverbotes nach § 1307 BGB ohnehin ausgeschlossen war. Vielmehr genügt nach der Rechtsprechung des EGMR die faktische Beziehung.<sup>44</sup> Ein wesentliches Element der Familie ist die elterliche Sorge für die gemeinsamen Kinder.<sup>45</sup> Dieser „faktisch-funktionelle“ Begriff der Familie ergibt sich vor allem aus ihrer gesellschaftlichen Aufgabe und ihren spezifischen Funktionen wie das Her-

vorbringen, Pflegen und Erziehen von Kindern, die Überlieferung von Traditionen und Wertvorstellungen und der Gewährung eines sozialen Rückhalts für den Einzelnen, die allesamt nicht vom Bestand einer Ehe abhängen. Unabhängig von einem Zusammenleben der Eltern fällt auch die Beziehung zu ihren Kindern *ipso jure* in den Bereich des Familienlebens.<sup>46</sup> Die familiäre Bindung zwischen den Eltern und ihren Kindern endet nicht schon dadurch, dass ein Kind der Fürsorge des Staates unterstellt wird.<sup>47</sup>

Die Achtung des Familienlebens gemäß Art. 8 EMRK verlangt, dass die Familie ein gemeinsames Leben entsprechend der Bindung untereinander führen kann. Die strafgerichtliche Verurteilung griff ebenso wie schon die gesetzliche Strafdrohung des § 173 II 2 StGB in die Beziehung von P. S. zu seinen Kindern ein, ganz abgesehen davon, dass der Familie in der Vergangenheit das Sorgerecht für drei Kinder entzogen worden war, weil sie aus einer Inzestverbindung hervorgegangen waren. Außerdem war die Zeugung der Kinder von den Strafgerichten als Strafschärfungsgrund bewertet worden.

Betroffen war ebenfalls der Anspruch auf Achtung des Privatlebens. Nach ständiger Rechtsprechung umfasst das Privatleben nach Art. 8 I EMRK „*die physische und psy-*

<sup>43</sup> S. dazu *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., § 22 Rdnrn. 1 f.

<sup>44</sup> Vgl. *EGMR v. 13.07.2000 – 25735/94* (Elsholz gegen Deutschland), Tz. 43.

<sup>45</sup> *EGMR v. 27.10.1994 – 18535/91* (Kroon u. a. gegen Niederlande), Tz. 30.

<sup>46</sup> Vgl. *EGMR v. 11.10.2001 – 31871/96* (Sommerfeld gegen Deutschland), Tz. 32.

<sup>47</sup> Vgl. *EGMR v. 08.07.1987 – 9749/82* (W. gegen Großbritannien), Tz. 59; *EGMR v. 13.07.2000 – 39221 und 41963/98* (Scozzari und Giunta gegen Italien), Tz. 169.



chische Integrität der Person unter Einschluss des Sexuallebens“.<sup>48</sup> Die damit grundsätzlich anerkannte Freiheit des Sexuallebens beruht auf Toleranz und Pluralismus als den Grundwerten einer demokratischen Gesellschaft. Außerdem ist das Sexualleben ein zentraler Aspekt der Privatsphäre, solange es sich im privaten Bereich abspielt.<sup>49</sup>

Schließlich stellte die Freiheitsentziehung aufgrund der strafgerichtlichen Verurteilung einen Eingriff in das Privatleben dar, der an den Schranken des Art. 8 II EMRK gemessen werden muss.<sup>50</sup> Die Beeinträchtigung des Privatlebens dauerte nach der Entlassung aus der Strafhaft an, denn P. S. war trotz seiner Sterilisation weiterhin von Strafe bedroht, sollte er mit seiner Schwester erneut Geschlechtsverkehr ausüben. Hierzu hat der EGMR im Fall Norris gegen Irland ausgeführt, dass schon allein die Existenz eines Strafgesetzes einen andauernden und direkten Eingriff in das Privatleben des betroffenen Normadressaten darstellt, weil sein Zweck gerade in der Verhinderung des inkriminierten Verhaltens durch seine Kennzeichnung als ungesetzlich und unerwünscht liegt.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> EGMR v. 26.03.1985 – 8978/80 (W und Y gegen Niederlande), Tz. 22.

<sup>49</sup> Vgl. auch EGMR v. 22.10.1981 – 7525/76 (Dudgeon gegen Großbritannien), Tz. 52, 60.

<sup>50</sup> Vgl. EGMR v. 21.02.1975 – 4451/70 (Golder gegen Großbritannien), Tz. 44; unzutreffend Kubuciel ZIS 2012, 282 (284).

<sup>51</sup> EGMR v. 26.10.1988 – 10581/83 (Norris gegen Irland), Tz. 32; s. auch EGMR v. 22.10.1981 – 7525/76 (Dudgeon gegen Großbritannien), Tz. 41.

### c) Das Vorliegen einer gesetzlichen Eingriffsermächtigung

Eingriffe in das in Art. 8 I EMRK geschützte Recht müssen gemäß Art. 8 II EMRK zunächst gesetzlich geregelt sein. Wie bereits erläutert umfasst der Gesetzesbegriff der Konvention nicht nur Gesetze im formellen und materiellen Sinn, sondern schließt auch Gewohnheits- und Richterrecht ein, sofern folgende Voraussetzungen vorliegen: Die Eingriffsgrundlage muss dem Bürger zugänglich sein, um dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit zu genügen. Gemeint ist damit vor allem die Publizität des Rechtssatzes, die bei Gewohnheits- oder Richterrecht Probleme bereiten kann. Der Rechtssatz muss ferner für den Bürger verständlich sein, so dass er sein Verhalten danach einrichten kann. Schließlich – und das verweist schon auf die konkreten Eingriffsschranken in Art. 8 II EMRK – muss mit dem Eingriff ein legitimes Ziel verfolgt werden.<sup>52</sup>

Im Fall P. S. war diese Voraussetzung erfüllt. Unabhängig von allen Fragwürdigkeiten ist § 173 II 2 StGB ein Gesetz i. S. der Konvention. Sein Anwendungsbereich ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut. Auch die Anwendung der Vorschrift durch die deutschen Gerichte begegnete im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt in Art. 8 II EMRK keinen Bedenken.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Vgl. EGMR v. 26.04.1979 – 6538/74 (Sunday Times gegen Großbritannien), Tz. 47, 49.

<sup>53</sup> EGMR v. 12.04.2012 – 43547/08 (Stübing gegen Deutschland), Tz. 57.

#### d) Die Eingriffsschranken des Art. 8 II EMRK

Die maßgebliche Frage war, ob die Verurteilung von P. S. mit der Schrankenregelung in Art. 8 II EMRK vereinbar war.<sup>54</sup> Demzufolge muss der Eingriff in das Privatleben nach Art. 8 I EMRK in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein, insbesondere zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Diese Formulierung erinnert an die Beschreibung der Schranken der Handlungsfreiheit in Art. 2 I GG.

Der EGMR hat hierzu folgende grundsätzliche Maßstäbe formuliert. So muss die Schrankenregelung von Art. 8 II EMRK eng ausgelegt werden, da sie eine Ausnahme zu einem von der Konvention geschützten Recht enthält.<sup>55</sup> Zugleich betont der Gerichtshof seit jeher den Ermessensspielraum der Vertragsstaaten bei der Anwendung der Konvention. Da der Gerichtshof sich nicht als „Superrevisionsinstanz“ versteht, überprüft er nicht, ob das nationale Recht richtig angewendet worden ist, sondern nur, ob im konkreten Einzelfall die Garantien der Konvention beachtet worden sind.<sup>56</sup> Schließlich verlangt Art. 8 II EMRK eine Verhältnismäßig-

keitsabwägung. Entscheidende Gesichtspunkte sind die Schwere des Grundrechtseingriffs und die Bedeutung des betroffenen Schutzbereichs: Je intimer der betroffene Bereich der Privatsphäre erscheint, desto schwerer müssen die Gründe wiegen, die einen Eingriff rechtfertigen können.<sup>57</sup> Nicht zuletzt kommt es auf die Bedeutung des einschlägigen Schrankenziels an. So darf etwa trotz mangelnden Konsenses in den Vertragsstaaten über die Schutzbedürftigkeit der Moral nicht auf eine unbegrenzte Ermessensfreiheit des nationalen Gesetzgebers geschlossen werden. Vielmehr muss auch insoweit ein „*dringendes soziales Bedürfnis*“ für den Grundrechtseingriff ermittelt werden.<sup>58</sup>

Die Beschwerdebegründung musste folglich nachweisen, dass – unabhängig von der Beurteilung des § 173 II 2 StGB *in abstracto* – kein „*dringendes soziales Bedürfnis*“ für die Bestrafung von P. S. bestand. Grundsätzlich ist dies auf zwei Wegen möglich: Man zeigt, dass das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel schon per se mit der Konvention unvereinbar ist, oder man weist nach, dass die Maßnahme *in concreto* nicht geboten ist, um ein an sich akzeptables Ziel zu erreichen.

Dem Schutz der Familie kommt grundsätzlich auch konventionsrechtliche Bedeutung zu. Insbesondere das Kindeswohl ist ein im

<sup>54</sup> So auch *EGMR v. 12.04.2012 – 43547/08* (Stübing gegen Deutschland), Tz. 58.

<sup>55</sup> S. *EGMR v. 06.09.1978 – 5029/71* (Klass u. a. gegen Deutschland), Tz. 42.

<sup>56</sup> Vgl. *EGMR v. 24.03.1988 – 10465/83* (Olsson gegen Schweden), Tz. 68; *EGMR (Große Kammer) v. 08.07.2003 – 31871/96* (Sommerfeld gegen Deutschland), Tz. 86; *EGMR v. 03.12.2009 – 22028/04* (Zaunegger gegen Deutschland), Tz. 45.

<sup>57</sup> S. *EGMR v. 22.10.1981 – 7525/76* (Dudgeon gegen Großbritannien), Tz. 52; *EGMR v. 26.10.1988 – 10581/83* (Norris gegen Irland), Tz. 46.

<sup>58</sup> *EGMR v. 26.10.1988 – 10581/83* (Norris gegen Irland), Tz. 43-45.

Rahmen von Art. 8 II EMRK relevanter Gesichtspunkt.<sup>59</sup> Hierzu wurde vorgetragen, dass § 173 StGB etwa wegen der Beschränkung auf Vaginalverkehr, der Ausklammerung homosexueller Kontakte sowie sexueller Handlungen mit Stief-, Pflege- oder Adoptivkindern inkonsequent sei und daher in Wahrheit andere Zwecke verfolgt würden. Ferner handele es sich im Fall von P. S. nicht um einen Inzest innerhalb einer bestehenden Familie, sondern gerade die inzestuöse Beziehung mit seiner Schwester habe eine neue Familie begründet. In diesem Fall müsse außerdem berücksichtigt werden, dass durch die Adoption von P. S. die Familienbande zu seiner Schwester gemäß §§ 1754 I, 1755 I BGB erloschen seien.

Auch der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung ist ein legitimes Ziel, welches gegebenenfalls mit den Mitteln des Strafrechts verfolgt werden muss.<sup>60</sup> Sexuelle Handlungen fallen dann nicht mehr unter das in Art. 8 I EMRK geschützte Privatleben, wenn sie ohne Einwilligung des Sexualpartners vorgenommen werden.<sup>61</sup> Allerdings fand der strafbare Geschlechtsverkehr zwischen P. S. und seiner Schwester jeweils einverständlich statt. Bemerkenswerterweise wurde auch S. K. nach § 173 II StGB schuldig gesprochen.

<sup>59</sup> Vgl. *EGMR v. 13.09.2005 – 36536/02* (B. und L. gegen Großbritannien), Tz. 37, 39.

<sup>60</sup> S. *EGMR v. 22.10.1981 – 7525/76* (Dudgeon gegen Großbritannien), Tz. 49; *EGMR v. 04.12.2003 – 39272/98* (M. C. gegen Bulgarien), Tz. 185.

<sup>61</sup> Vgl. *EGMR v. 17.02.2005 – 42758/98 und 45558/99* (K. A. und A. D. gegen Belgien), Tz. 83-88.

Der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung ist unbestritten ein legitimes Ziel der Konvention. Insoweit rügte die Beschwerde, dass kein Staat Geburtenkontrolle mit den Mitteln des Strafrechts durchsetzen dürfe. Andernfalls dürften strafbewehrte Fortpflanzungsverbote für Personen mit einer erheblich höheren genetischen Belastung normiert werden. Auf diese Weise könne der Staat über das Lebensrecht von Behinderten entscheiden, ohne dass einer derartigen Politik durch die EMRK Grenzen gesetzt werden könnten. Die Begründung des Inzestverbotes mit der Vorsorge vor Erbkrankheiten stehe daher in einem fundamentalen Widerspruch zum absoluten Verbot gesetzgeberischer Aktivitäten zur Durchsetzung eugenischen Gedankenguts nach Art. 3 II GRC und zum Verbot jeglicher Diskriminierung von Behinderten nach Art. 21 I GRC.<sup>62</sup>

Als letzter Aspekt blieb der Schutz der Moral, der in Art. 8 II EMRK ausdrücklich als Schranke genannt wird. Darunter fallen Anschauungen, die für die staatliche Gemeinschaft konstitutiv sind und die im Sinne eines Tabus nicht mehr hinterfragt werden. Der Sinn solcher Tabus besteht in der Stabilisierung des Rechtssystems durch die Betonung des für jede Rechtsordnung unverzichtbaren Grundkonsenses über die tragenden Werte. Vorstellungen über die Grenzen eines angemessenen Sexuallebens haben seit jeher

<sup>62</sup> Die Erwiderung der Bundesregierung hat gerade diese Argumentation und den Hinweis auf die nationalsozialistische Rassenideologie empört zurückgewiesen.

in allen Kulturen einen besonderen Stellenwert. Auf der anderen Seite ist jede staatliche Regulierung des Sexuallebens ein besonders gravierender Eingriff in das Privatleben.<sup>63</sup> Die Beschwerdebeurteilung verwies auf die Grundsätze, die der EGMR in den Entscheidungen zur Strafbarkeit der Homosexualität formuliert hatte: So ist ein Eingriff in das Privatleben „notwendig“, wenn dafür ein dringendes soziales Bedürfnis besteht.<sup>64</sup> Dieser Maßstab gilt ebenso, wenn es um den Schutz der Sexualmoral geht. Auch hier haben die Konventionsstaaten keinen Entscheidungsspielraum, der jeder Kontrolle durch den EGMR entzogen wäre.<sup>65</sup> Ungeachtet des grundsätzlich anerkannten Ermessensspielraums der Konventionsstaaten, inwieweit und durch welche Mittel die Moral geschützt wird, darf das Gewicht des Eingriffs in das

<sup>63</sup> In der Aufklärung war daher die Überzeugung verbreitet, dass Inzest keine Straftat sein kann. So schreibt etwa *Hommel* in seiner Übersetzung der „*Dei delitte e delle pene*“ von *Beccaria* (Des Herrn Marquis von Becarria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen, Neudruck 1966, S. 15): „Seine Schwester zu heiraten, ist bei den Christen Sünde, aber kein bürgerliches Unrecht. Denn das Verbrechen oder Unrecht heißt nur dasjenige, wodurch ich jemanden beleidige [= verletze, J. R.]. Bloß dieses ist der Gegenstand bürgerlicher Strafgesetze.“ Dieses Programm findet sich in Art. 5 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.08.1789: „Das Gesetz hat nur das Recht, solche Handlungen zu verbieten, die der Gesellschaft schädlich sind.“ Infolgedessen wurde die Strafbarkeit des Inzests im Code pénal Napoléon von 1810 abgeschafft.

<sup>64</sup> *EGMR v. 22.10.1981 – 7525/76* (Dudgeon gegen Großbritannien), Tz. 51; *EGMR v. 26.10.1988 – 10581/83* (Norris gegen Irland), Tz. 41.

<sup>65</sup> *EGMR v. 26.10.1988 – 10581/83* (Norris gegen Irland), Tz. 44, 45; s. auch *EGMR v. 22.10.1981 – 7525/76* (Dudgeon gegen Großbritannien), Tz. 59.

Privatleben nicht außer Acht gelassen werden. Eine Regulierung des Sexuallebens, die in den intimsten Bereich des Privatlebens eingreift, muss sich daher auf „*besonders wichtige Gründe*“ stützen.<sup>66</sup> Vor allem muss der Eingriff verhältnismäßig sein.<sup>67</sup> Eine gewisse Rolle spielte der Umgang mit Homosexualität in den anderen Konventionsstaaten. So folge aus abweichenden Regelungen in anderen Rechtsordnungen noch nicht automatisch, dass ein Verbot der Homosexualität konventionswidrig sei.<sup>68</sup> Auf der anderen Seite wies der Gerichtshof darauf hin, dass in den Mitgliedstaaten die Toleranz gegenüber Homosexualität gewachsen sei.<sup>69</sup> Schließlich seien keine Anzeichen dafür zu erkennen, dass ein Verzicht auf die Strafbarkeit der Homosexualität die gesellschaftlichen Moralvorstellungen erschüttert habe. Allein die Entrüstung über solche Vorfälle rechtfertige eine Strafbarkeit nicht.<sup>70</sup>

Überträgt man diese Grundsätze auf den Inzest, sei – so die Beschwerdebeurteilung – auch angesichts der besonderen Umstände dieses Falles eine Bestrafung des Beschwerdeführers nicht geboten, um das Inzesttabu

<sup>66</sup> *EGMR v. 22.10.1981 – 7525/76* (Dudgeon gegen Großbritannien), Tz. 52; *EGMR v. 26.10.1988 – 10581/83* (Norris gegen Irland), Tz. 46.

<sup>67</sup> *EGMR v. 22.10.1981 – 7525/76* (Dudgeon gegen Großbritannien), Tz. 53.

<sup>68</sup> *EGMR v. 22.10.1981 – 7525/76* (Dudgeon gegen Großbritannien), Tz. 56.

<sup>69</sup> *EGMR v. 22.10.1981 – 7525/76* (Dudgeon gegen Großbritannien), Tz. 60.

<sup>70</sup> *EGMR v. 22.10.1981 – 7525/76* (Dudgeon gegen Großbritannien), Tz. 60; *EGMR v. 26.10.1988 – 10581/83* (Norris gegen Irland), Tz. 46.

in der deutschen Bevölkerung aufrechtzuerhalten. Allein die Existenz einer derartigen Anschauung rechtfertigt die Bestrafung einverständlicher inzestuöser Sexualkontakte noch nicht. Freilich: Die Auffassungen in den einzelnen Konventionsstaaten zur Strafbarkeit des Inzests sind divergent. Immerhin hat der EGMR im Fall *Christine Goodwin* ausgeführt, dass die EMRK auch im Vorgriff auf künftige Entwicklungen in den Mitgliedsstaaten dynamisch und evolutiv ausgelegt werden muss.<sup>71</sup>

Abschließend machte die Beschwerdebegegründung geltend, dass die Bestrafung von P. S. unverhältnismäßig gewesen sei. Wenn man in solchen Fällen Inzest vermeiden wolle, seien andere Instrumente vordringlich, insbesondere Beratung bei Adoptiv- und Pflegekindern sowie psychosoziale Betreuung. Eine positive Bewertung des Inzests sei mit dem Verzicht auf Bestrafung nicht verbunden.<sup>72</sup>

### 3. Verfahren und Entscheidung des EGMR

Nach der Annahme der Beschwerde durch den Gerichtshof und der Zuweisung an die fünfte Kammer wurde die Bundesregierung informiert und um eine Stellungnahme gebeten. In ihrer Beschwerdeerwiderung wiederholte die Bundesregierung im Wesentlichen

die Argumente des BVerfG und verwies zudem auf den Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 8 II EMRK. Angesichts der vorgelegten Gerichtsentscheidungen war eine weitere Ermittlung der Tatsachen nach Art. 38 EMRK nicht erforderlich. Die Beschwerdesache kann gemäß Rule 54 III, 59 III der Verfahrensordnung mündlich verhandelt werden. Von dieser Möglichkeit macht der Gerichtshof wegen der hohen Arbeitsbelastung kaum noch Gebrauch, und so kam es auch im vorliegenden Fall nicht dazu.<sup>73</sup>

Mit Urteil vom 12.04.2012 verneinte die fünfte Kammer einstimmig eine Verletzung von Art. 8 EMRK. In der Begründung betont der Gerichtshof zwar zunächst, dass die Beurteilung der Notwendigkeit der Maßnahme umso strenger Anforderungen unterliegt, je mehr der Einzelne davon betroffen ist. Daher müssten die Gründe für die Einschränkung des Sexuallebens besonders gewichtig sein. Andererseits sei bei sensiblen Fragen der Moral und der Ethik vor allem dann richterliche Zurückhaltung angebracht, soweit zwischen den Mitgliedstaaten noch kein Konsens herrsche. In diesen Fällen könnten die einzelnen Staaten eher einschätzen, was den Anschauungen der Bevölkerung entspricht. Einvernehmliche Sexualkontakte zwischen erwachsenen Geschwistern seien bislang noch in 28 von 44 Mitgliedsstaaten

<sup>71</sup> *EGMR v. 11.07.2002 – 28957/95* (*Christine Goodwin gegen Großbritannien*), Tz. 74, 84 und 85.

<sup>72</sup> S. auch *EGMR v. 26.10.1988 – 10581/83* (*Norris gegen Irland*), Tz. 46.

<sup>73</sup> Zum Verfahrensablauf s. auch *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., § 13 Rdnrn. 1 ff., 61 ff., 69 ff.



strafbar und würden auch anderswo nicht rechtlich gebilligt. Ein Trend zur Entkriminalisierung sei nicht ersichtlich. Nicht zuletzt habe das BVerfG, wie auch die dissenting opinion belege, sich gründlich und umfassend mit der Rechtsfrage auseinandergesetzt.<sup>74</sup>

#### 4. Die Anrufung der Großen Kammer

Gegen das Urteil der fünften Kammer blieb als letzte Möglichkeit der Antrag auf Verweisung der Rechtssache an die Große Kammer innerhalb von drei Monaten nach Art. 43 EMRK. Die Große Kammer fungiert hier als eine Art Rechtsmittelinstanz, und es ist durchaus schon vorgekommen, dass eine Kammerentscheidung auf diesem Weg komplett umgestürzt wurde.<sup>75</sup>

Art. 43 II EMRK errichtet jedoch hohe Hürden für einen Verweisungsantrag. Es muss sich um eine schwerwiegende Frage der Auslegung oder von allgemeiner Bedeutung handeln. Was darunter zu verstehen ist, lässt sich kaum vorhersagen. Im Endeffekt steht

<sup>74</sup> *EGMR v. 12.04.2012 – 43547/08* (Stübing gegen Deutschland), Tz. 59-67; zur Berufung auf den „margin of appreciation“ auch *Kubiciel*, ZIS 2012, 282 (284 ff.); *Jung*, GA 2012, 617 (619 f.).

<sup>75</sup> Ein Beispiel ist *EGMR v. 10.11.2004 – 67335/01* (Achour gegen Frankreich), Tz. 35-51; *EGMR (Große Kammer) v. 29.03.2006 – 67335/01* (Achour gegen Frankreich), Tz. 44-61. In dem Fall ging es um die Frage, ob die rückwirkende Verlängerung des Zeitraums, in dem ein Rückfall zu einer härteren Bestrafung führt, mit Art. 7 I EMRK vereinbar ist. Die Pointe lag darin, dass der Beschwerdeführer die zweite Tat, die ihn zu einem Wiederholungstäter machte, erst begangen hatte, nachdem die Strafschärfung in Kraft getreten war.

der Großen Kammer weitgehend frei, womit sie sich beschäftigen will.

Im Inzestfall wurde vorgetragen, dass der Frage der Bestrafung von reinen Moralwidrigkeiten eine allgemeine Bedeutung zukomme, und weiterhin, dass sich die Kammer letztlich unter Verweisung auf den nationalen Ermessensspielraum vor einer inhaltlichen Stellungnahme zu den Beschwerdegründen gedrückt habe. Es ist keine große Überraschung, dass der Richterausschuss am 24.10.2012 den Antrag ablehnte. Damit war das Thema für den EGMR erledigt (s. Art. 44 II lit. c EMRK).

#### V. Schluss

Der Beitrag sollte zunächst anhand eines prominenten Beispiels die Verfassungsbeschwerde zum BVerfG und die Beschwerde zum EGMR veranschaulichen und dabei Gemeinsamkeiten und Unterschiede aufzeigen.

Gleichzeitig sollten Grenzen des Menschenrechtsschutzes in Europa deutlich werden. Im Inzestfall hat sich der EGMR eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Einwänden durch den Hinweis erspart, dass die Bestrafung des Inzests bislang in den Konventionsstaaten unterschiedlich beurteilt werde. Diese richterliche Zurückhaltung findet sich auch sonst. So wollte der EGMR etwa aus dem Recht auf Eheschließung nach Art. 12 EMRK keine Pflicht zur rechtlichen Anerkennung einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft ableiten. Gleichge-

schlechtliche Lebenspartnerschaften würden zwar zunehmend anerkannt, aber noch habe sich die Mehrheit der Konventionsstaaten anders entschieden.<sup>76</sup> Ebenso beurteilte der EGMR das österreichische Verbot der Samenspende bei künstlicher Befruchtung, wies bei der Gelegenheit aber darauf hin, dass sich diese Sichtweise zukünftig ändern könne.<sup>77</sup> Die richterliche Zurückhaltung ist Ausdruck der Subsidiarität und bedeutet einen Vertrauensvorschuss für die nationalen Höchst- und Verfassungsgerichte, wenn sie sich mit dem Fall intensiv auseinandergesetzt haben.<sup>78</sup>

Problematisch an dieser Judikatur ist, dass sie die Geltung von Menschenrechten letztlich zur Disposition einer Staatenmehrheit stellt. Andererseits zeigt sich, dass die Reichweite der Menschenrechte nicht ausschließlich eine juristische, sondern auch eine politische Frage ist. Möglicherweise befürchten die Richter, durch zu starkes Vorpreschen Konventionsstaaten zu verprellen und die eigene Autorität zu schwächen.<sup>79</sup> In Straßburg wachsen die Bäume also – ebenso wenig wie in Karlsruhe – in den Himmel. Aber vielleicht kann das auch gar nicht anders sein, sondern beruht auf der praktischen Weisheit der Wächter über Grund- und Menschen-

rechte, die freilich dem betroffenen Beschwerdeführer nicht immer einleuchtet.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

<sup>76</sup> EGMR v. 24.06.2010 – 30141/04 (Schalk und Knopf gegen Österreich), Tz. 105-110.

<sup>77</sup> EGMR (Große Kammer) v. 03.11.2011 – 57813/00 (S. H. u. a. gegen Österreich), Tz. 91-118.

<sup>78</sup> Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., § 18 Rdnr. 23.

<sup>79</sup> In diese Richtung Jung, GA 2012, 617 (620).





## 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](mailto:robert.krywalski@cms-hs.com)

---

Berlin | Brüssel | Dresden | Düsseldorf | Frankfurt/Main | Hamburg | Köln | Leipzig | Moskau | München | Shanghai | Stuttgart

Ass. jur. Roy Dörnhofer\*

## Tierschenkung an einen Minderjährigen

### Übungsklausur

#### Sachverhalt:

Der 17 Jahre alte M wohnt in einer dörflichen Gemeinde im Haus seiner Eltern. Der im Haus daneben wohnende Nachbar S hält eine Katze, die Nachwuchs bekommen hat. Da der M sehr tierfreundlich ist und auch während des Urlaubs des S öfters dessen Tiere beaufsichtigt und gepflegt hat, übergibt der S dem M eine junge Katze mit der Abrede, dass der M sie nun behalten könne. Erfreut bringt der M das Tier nach Hause, ohne dass seine Eltern davon etwas wussten. Nach zwei Tagen bereut der S, dass er die junge Katze weggegeben hat, und ficht das Geschäft mit dem M an und verlangt die Katze heraus.

Zu Recht?

#### Lösung:

##### I. Anspruch aus § 985 BGB

Der S könnte gegen den M einen Anspruch auf Herausgabe der Katze haben, § 985 BGB.

Dazu müsste der S Eigentümer und der M Besitzer einer Sache sein, wobei dem M kein

Recht zum Besitz nach § 986 I 1 Alt. 1 BGB zustehen dürfte.

##### 1. Besitzer

Zunächst ist fraglich, ob die Vorschrift über den Herausgabeanspruch überhaupt anwendbar ist, da es sich bei der Katze um ein Tier handelt, also nicht um einen körperlichen Gegenstand nach § 90 BGB, vgl. § 90a S. 1 BGB. Allerdings sind auf Tiere die Vorschriften über Sachen entsprechend anzuwenden, § 90a S. 3 BGB.

Der M übt infolge der Übergabe des Tieres seitens des S die tatsächliche Sachherrschaft über dieses aus und hat auch einen natürlichen Besitzwillen, sodass er unproblematisch unmittelbarer Besitzer ist, § 854 I BGB.

##### 2. Eigentümer

Zu prüfen ist nun, ob der S noch Eigentümer des Tieres ist. Dabei muss ermittelt werden, wie sich die Eigentumsverhältnisse historisch entwickelt haben.

Da die zunächst vom S gehaltene Katze laut Sachverhalt Nachwuchs bekam, wurde der S als Eigentümer der Muttersache auch Eigentümer der getrennten Erzeugnisse, § 953 BGB. Erzeugnisse sind alle organischen Produkte eines Tieres, § 99 I BGB, also auch die Jungen.

Der S könnte das Eigentum an der jungen Katze aber durch eine rechtsgeschäftliche

\* Der Autor war als Richter am Landgericht tätig und ist Verfasser von Fallsammlungen zum BGB.

Übereignung nach § 929 S. 1 BGB an den M verloren haben. Dazu müssten sich die Parteien hinsichtlich der Übertragung des Eigentums geeinigt und der M Besitz an dem Tier erlangt haben.

### a) Übergabe

Der S hat dem M die Katze übergeben und damit jeglichen Besitz verloren, während der M den unmittelbaren Besitz nach § 854 I BGB erwarb. Damit lag eine Übergabe vor.

Fraglich könnte sein, wie es sich auf eine solche Besitzverschaffung auswirkt, dass der M wegen seines Alters nicht voll geschäftsfähig gewesen ist, §§ 2, 106 BGB, sodass es grundsätzlich einer Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedurft hätte. Bei der Übergabe handelt es sich aber um einen Realakt, weshalb die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit nach §§ 104 ff. BGB nicht anwendbar sind.<sup>1</sup> Für den Besitzerwerbswillen ist somit nur die Fähigkeit erforderlich, eine auf Dauer angelegte Beziehung zur Sache begründen zu können.<sup>2</sup> Von einer solchen Fähigkeit des M kann mangels anderweitiger Anhaltspunkte im Sachverhalt ausgegangen werden. Damit ist eine wirksame Übergabe gegeben.

### b) Einigung

Des Weiteren müssten sich die Parteien über den Eigentumsübergang geeinigt haben.

<sup>1</sup> Berger, in: *Jauernig*, BGB, 14. Aufl. 2011, § 854 Rdnr. 10.

<sup>2</sup> Berger, in: *Jauernig*, BGB, 14. Aufl. 2011, § 854 Rdnr. 11.

### aa) Vertrag

Die dingliche Einigung kommt durch einen Vertrag zustande, sodass also zwei sich inhaltlich deckende Willenserklärungen in der Form von Angebot und Annahme erforderlich sind, §§ 145, 147 BGB. Ein solcher Vertrag muss nicht notwendigerweise ausdrücklich geschlossen werden, sondern kann auch durch konkludentes Verhalten erfolgen.

Hier haben sich die Parteien zwar nicht ausdrücklich hinsichtlich des Übergangs des Eigentums geeinigt, durch die Übergabe der Katze liegt jedoch eine konkludente Einigung vor.

### bb) Lediglich rechtlich vorteilhaft, § 107 BGB

Fraglich ist des Weiteren, ob der M sich wirksam mit dem S nach § 929 S. 1 BGB über den Eigentumsübergang an der Katze einigen konnte. Dies erscheint problematisch, da der M bei Abgabe seiner Willenserklärung im Rahmen der dinglichen Einigung mit 17 Jahren nur beschränkt geschäftsfähig war, §§ 2, 106 BGB, sodass grundsätzlich zur Wirksamkeit seiner Erklärung eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nötig gewesen wäre. Eine solche Einwilligung liegt nicht vor, da die Eltern als gesetzliche Vertreter gem. §§ 1626 I, 1629 I BGB von der Übergabe der Katze keine Kenntnis hatten, weshalb der Einigungsvertrag schwebend unwirksam sein könnte, § 108 I BGB. Eine Einwilligung wäre aber nicht nötig, wenn der M durch den Ei-

gentumserwerb an dem Tier lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt hätte, § 107 BGB. Fraglich ist, wie sich die Bewertung des rechtlichen Vorteils bei der Schenkung eines Tieres an einen Minderjährigen darstellt.

An sich ist der Erwerb von Eigentum für den M lediglich rechtlich vorteilhaft, weil dadurch sein Rechtskreis nur erweitert wird und er keine rechtlichen Verpflichtungen eingeht. Dem könnte entgegenstehen, dass der M durch die Übergabe der Katze einen etwaigen Anspruch auf Übereignung aus dem Schenkungsvertrag durch Erfüllung nach § 362 I BGB verlieren würde, was einen rechtlichen Nachteil darstellen könnte. Allerdings fehlt dem beschränkt Geschäftsfähigen nach herrschender Meinung (Theorie der realen Leistungsbewirkung) die Empfangszuständigkeit, sodass die Pflicht zur Übereignung nicht erlöschen kann.<sup>3</sup> Insofern ist deshalb kein rechtlicher Nachteil gegeben.

Problematisch könnten aber die mit dem Erwerb eines Tieres verbundenen besonderen Verpflichtungen sein. Während der Haltung eines Tieres entstehen Folgekosten, wie etwa für das Futter oder die Behandlung durch einen Tierarzt. Solche Belastungen des Tierhalters stellen wirtschaftliche Nachteile dar.<sup>4</sup> Auf wirtschaftliche Erwägungen kommt es im Anwendungsbereich des § 107 BGB je-

doch nicht an, sondern nur die rechtliche Belastung ist entscheidend. Durch die Folgekosten wird der M somit beim Erwerb des Eigentums an der Katze nicht rechtlich belastet.

In die Betrachtung müsste zudem eine mit dem Erwerb der Katze verbundene Tierhalterhaftung nach § 833 S. 1 BGB einbezogen werden. Grundsätzlich kommt es für diese Haftung zwar nicht auf die Eigentümerstellung an, denn Halter ist, wem aus eigenem Interesse auf längere Zeit die Bestimmungsmacht über das Tier zusteht, wer für dessen Kosten aufkommt und das wirtschaftliche Risiko seines Verlustes trägt.<sup>5</sup> Im Normalfall dürfte aber der Eigentümer eines Tieres auch zu dessen Halter werden und sich somit der Tierhalterhaftung nach § 833 S. 1 BGB aussetzen. Darüber hinaus muss der Halter die Regelungen des Tierschutzgesetzes (TierSchG) beachten, und es können öffentlich-rechtliche Steuern für das Tier anfallen. Dabei handelt es sich durchaus um rechtliche Nachteile. Fraglich ist, ob sie hier zu berücksichtigen sind. Nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sind Willenserklärungen, die für den Minderjährigen irgendeinen unmittelbaren Rechtsnachteil zur Folge haben.<sup>6</sup> Die Tierhalterhaftung aus § 833 S. 1 BGB sowie die Pflichten des TierSchG und anfallende Steuern sind jedoch rechtliche Nachteile, die nicht unmittelbar aus dem Rechtsgeschäft folgen, sondern allenfalls mittelbare Nachteile

<sup>3</sup> Stürner, in: *Jauernig*, BGB, 14. Aufl. 2011, § 362 Rdnr. 2; *Medicus/Petersen*, BR, 23. Aufl. 2011, Rdnr. 171; *Boecken*, BGB AT, 2. Aufl. 2012, Rdnr. 349.

<sup>4</sup> *Leenen*, BGB AT, 2011, § 9 Rdnr. 31; *Scholl/Claeßens*, JA 2010, 765 (768).

<sup>5</sup> *Teichmann*, in: *Jauernig*, BGB, 14. Aufl. 2011, § 833 Rdnr. 3.

<sup>6</sup> *Stürner*, AcP 173, 421 ff.



le darstellen.<sup>7</sup> Derartige mittelbare Nachteile können keine Berücksichtigung finden, da jedes Rechtsgeschäft die Gefahr birgt, irgendwelche rechtlichen Nachteile nach sich zu ziehen, sodass ein zustimmungsfreies Geschäft nach § 107 BGB nicht mehr abgeschlossen werden könnte. Demgemäß ist der Eigentumserwerb für den M lediglich rechtlich vorteilhaft.

Allerdings könnte im Fall der Schenkung eines Tieres an einen Minderjährigen eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen des § 107 BGB gelten. So wird die Ansicht vertreten, dass die Entscheidung, ob ein beschränkt Geschäftsfähiger ein Tier erhalten solle, dem Kernbereich der elterlichen Sorge unterliege, weshalb im Einzelfall darüber zu befinden sei, ob das Kind nach seinen individuellen Fähigkeiten in der Lage sei, den Anforderungen einer Tierhaltung gerecht zu werden. Selbst wenn es nicht Aufgabe des § 107 BGB sei, der elterlichen Sorge im Außenverhältnis Wirksamkeit zu verleihen, müsse über § 90a BGB für den Fall der Schenkung eines Tieres eine Ausnahme gemacht werden. Die Schenkung eines Tieres an einen beschränkt Geschäftsfähigen bedürfe deshalb ausnahmslos der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, da die Personensorge und § 90a BGB hier die allgemeinen Grundsätze des § 107 BGB überlagerten.<sup>8</sup>

Diese Auffassung erscheint allerdings als zu weitgehend. Es ist nicht ersichtlich, warum schon der Erwerb des Tieres wegen der Überlagerung des § 107 BGB für den Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters unmöglich sein soll. Sofern die Eltern als gesetzliche Vertreter nach §§ 1626 I, 1629 I BGB mit dem Erwerb des Tieres nicht einverstanden sind oder sich später aus erzieherischen Gründen gegen eine Haltung entscheiden, haben sie aufgrund ihrer Personen- und Vermögenssorge nach § 1626 I 2 BGB jederzeit die Möglichkeit, es an den Schenker oder einen anderen zu veräußern. Im Übrigen spricht auch die Wertung in § 11c TierSchG dagegen, eine generelle Zustimmungspflicht anzunehmen. Ab dem vollendeten 16. Lebensjahr soll ja gerade keine Zustimmung des Erziehungsberechtigten für die Abgabe eines Wirbeltieres an einen Minderjährigen nötig sein. Man kann wohl davon ausgehen, dass ein Kind ab diesem Alter in der Lage ist, den Anforderungen einer Tierhaltung gerecht zu werden. Eine Einschränkung der Vorschrift des § 107 BGB ist deshalb nicht geboten.

Der dingliche Einigungsvertrag ist somit lediglich rechtlich vorteilhaft für den M, weshalb keine Zustimmung der Eltern nötig war.

<sup>7</sup> Boecken, BGB AT, 2. Aufl. 2012, Rdnr. 339; Ellenberger, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 107 Rdnr. 3.

<sup>8</sup> Timme, JA 2010, 174 (175 f.).

**cc) Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz, § 134 BGB i. V. m. § 11c TierSchG**

Es ist aber fraglich, ob der Einigungsvertrag aus anderen Gründen nichtig ist. Das wäre der Fall, wenn die Schenkung eines Tieres nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig wäre und dies auch das dingliche Rechtsgeschäft erfassen würde.

Ein Verbotsgesetz kann jede Rechtsnorm sein, Art. 2 EGBGB. Darunter fällt somit auch das hier eventuell einschlägige TierSchG.

Nach § 11c TierSchG dürfen ohne Einwilligung der Erziehungsberechtigten Wirbeltiere an Kinder oder Jugendliche bis zum vollendeten 16. Lebensjahr nicht abgegeben werden.

Unabhängig von der Frage, ob es sich dabei überhaupt um ein Verbotsgesetz handelt,<sup>9</sup> ist der M hier aber schon 17 Jahre alt, weshalb die Vorschrift gar nicht eingreift.

Der Einigungsvertrag ist deshalb nicht wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig.

<sup>9</sup> Der Vertrag sei nach § 134 BGB nichtig: Rossi, JA 2004, 500 (504); Hackbarth/Lückert, Tierschutzrecht, 2. Aufl. 2002, § 11c, S. 129; John, Tierrecht, 2007, § 11c, S. 34.

**dd) Nichtigkeit wegen Anfechtung, § 142 I BGB**

Der dingliche Einigungsvertrag könnte aber von Anfang an (ex tunc) nichtig sein, wenn der S eine wirksame Anfechtung seiner Willenserklärung erklärt hätte, § 142 I BGB. Laut Sachverhalt hat er die Herausgabe der Katze nach erfolgter Anfechtungserklärung verlangt. Selbst wenn ihm aber ein Anfechtungsgrund hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäfts (hier: Schenkungsvertrag) zustehen sollte, wäre das dingliche Erfüllungsgeschäft infolge des Abstraktionsprinzips grundsätzlich losgelöst vom zugrunde liegenden Kausalgeschäft anzusehen. Eine Ausnahme wäre lediglich beim Vorliegen einer Fehleridentität gegeben. Diese ist dann anzunehmen, wenn das Verpflichtungsgeschäft und das Verfügungsgeschäft am selben Fehler leiden und beide Geschäfte deshalb unwirksam sind.<sup>10</sup> Eine solche Fehleridentität kann etwa bei einer arglistigen Täuschung gem. § 123 I BGB angenommen werden,<sup>11</sup> ist jedoch bei dem vorliegend einzig in Betracht kommenden Inhaltsirrtum nach § 119 I Alt. 1 BGB nicht gegeben.

**c) Einigsein/Berechtigung**

Des Weiteren waren sich die Parteien auch noch zur Zeit der Übergabe über den Eigentumsübergang einig, und der S war auch Berechtigter hinsichtlich der Verfügung über die Katze.

<sup>10</sup> Petersen, JURA 2004, 98 (99).

<sup>11</sup> RGZ 70, 55 (57).

#### d) Folge

Somit hat der S das Eigentum an der Katze wirksam auf den M übertragen.

### 3. Ergebnis

Der S hat keinen Anspruch auf Herausgabe des Tieres gegen den M aus § 985 BGB.

## II. Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB

Der S könnte gegen den M einen Anspruch auf Herausgabe der Katze aus ungerechtfertigter Bereicherung haben, § 812 I 1 Alt. 1 BGB.

Es müssten dann die Voraussetzungen einer Leistungskondition gegeben sein.

### 1. Etwas erlangt

Der M hätte dann etwas erlangt, wenn eine Verbesserung seiner Vermögenslage eingetreten wäre, was in dem Erwerb von Eigentum, aber auch in der Einräumung von Besitz gesehen werden kann.<sup>12</sup> Hier hat er das Eigentum und den unmittelbaren Besitz an der Katze erlangt, also einen vermögenswerten Vorteil (siehe oben).

### 2. Leistung

Diese Besitzverschaffung müsste des Weiteren auf einer Leistung des S beruhen.

Unter Leistung wird die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens verstanden.<sup>13</sup> Eine solche Mehrung war offensichtlich bei der Übergabe des Tieres durch den S gegeben, da er bewusst seine Katze dem M zugewandt hatte.

Somit liegt eine Leistung des S vor.

### 3. Ohne Rechtsgrund

Die Leistung des S hätte des Weiteren ohne Rechtsgrund erfolgen müssen. Ein solcher könnte in einem zwischen den Parteien abgeschlossenen Schenkungsvertrag gesehen werden. Ein wirksamer Vertrag würde dann einen Rechtsgrund zum Behaltendürfen der Katze darstellen.

#### a) Schenkungsvertrag, § 516 I BGB

In der Übergabe der Katze und der Absprache zwischen S und M könnte ein Vorgehen liegen, das einen Schenkungsvertrag begründen sollte.

#### aa) Zuwendung eines Gegenstandes

Der S hat hier das Tier aus seinem Vermögen in das des M überführt, indem sich beide einig waren, dass der M dieses behalten könne, also Eigentum daran erwerben sollte. Durch diesen Vorgang trat auch sogleich eine Bereicherung des M ein, weshalb eine Zuwendung des S gegeben ist.

<sup>12</sup> BGH, ZIP 2000, 460 (461).

<sup>13</sup> BGHZ 40, 272 (277); BGHZ 58, 184 (188).



**bb) Einigsein über Unentgeltlichkeit**

Beide waren auch darüber einig, dass der M für das Tier keine Gegenleistung erbringen sollte, sodass eine Unentgeltlichkeit gewollt war.

**cc) Form, § 518 I 1 BGB**

Fraglich ist, ob der Schenkungsvertrag deshalb nichtig ist, weil das Schenkungsversprechen des S nicht notariell beurkundet wurde, §§ 125 S. 1, 518 I 1 BGB. Grundsätzlich ist zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, die notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich. Dies betrifft aber nur das Versprechen, dass in der Zukunft eine Zuwendung erfolgen soll. Es könnte hier eine Handschenkung gem. § 516 I BGB vorliegen, bei der die notarielle Form nicht beachtet werden muss. Vorliegend hat der S dem M die Katze übereignet, also eine Verfügung darüber getroffen, und sogleich die Unentgeltlichkeit mit dem M vereinbart. In dieser Absprache ist eine Rechtsgrundabrede zu sehen, die kein Verpflichtungsgeschäft darstellt, sondern lediglich einen Grund für das Behaltendürfen festlegt, weshalb die Vorschrift über die notarielle Beurkundung nicht anwendbar ist.

Damit scheidet der Schenkungsvertrag nicht an der fehlenden notariellen Beurkundung. Im Übrigen wäre durch die erfolgte Übereignung eine Bewirkung der Leistung und damit eine Heilung nach § 518 II BGB eingetreten.

**b) Lediglich rechtlich vorteilhaft, § 107 BGB**

Fraglich ist aber, ob der M eine wirksame Willenserklärung in der Form der Annahme im Rahmen des Schenkungsvertrags abgeben konnte, da er erst 17 Jahre alt und damit als Minderjähriger nur beschränkt geschäftsfähig war, §§ 2, 106 BGB. Der Minderjährige kann grundsätzlich einen einseitig verpflichtenden Vertrag – wie etwa einen Schenkungsvertrag – abschließen, wenn er der Beschenkte ist, weil dieser als lediglich rechtlich vorteilhaft anzusehen ist.<sup>14</sup>

Auch hier könnten wieder dieselben Bedenken hinsichtlich der Haftung des Tierhalters, der Steuerpflicht und der Folgekosten angeführt werden. Wie oben dargelegt, handelt es sich aber nur um wirtschaftliche bzw. mittelbare Nachteile, die auch hier unberücksichtigt bleiben müssen.

Somit bedurfte die Vertragsannahme keiner Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des M.

**c) Anspruch weggefallen, § 142 I BGB**

Der Vertrag könnte aber von Anfang an (ex tunc) nichtig sein, falls der S eine wirksame Anfechtung seiner Willenserklärung erklärt hat, § 142 I BGB. Laut Sachverhalt hat er die Herausgabe der Katze nach erfolgter Anfechtung

<sup>14</sup> Boecken, BGB AT, 2. Aufl. 2012, Rdnr. 342; Brox/Walker, BGB AT, 35. Aufl. 2011, Rdnr. 38.

tung verlangt. Dann müsste ihm zunächst ein Anfechtungsgrund zugestanden haben.

Dem S könnte hier der Anfechtungsgrund des Inhaltsirrtums gem. § 119 I Alt. 1 BGB zustehen. Dann müssten Wille und Erklärung bei Abgabe der Willenserklärung auseinandergefallen sein.

Vorliegend wusste der S aber, dass er die konkrete Katze an den M verschenkt hatte und wollte dies auch. Er bereute im Nachhinein lediglich seine Entscheidung. Dies stellt aber keinen rechtlich relevanten Anfechtungsgrund dar. Vielmehr handelt es sich um einen einseitigen Motivirrtum, der Überlegungen, Gründe und Erwartungen bezüglich der abgegebenen Willenserklärung betrifft und im Interesse des Rechtsverkehrs unbeachtlich ist.<sup>15</sup>

Nachdem weitere Anfechtungsgründe nicht ersichtlich sind, konnte der S den Vertrag nicht wirksam anfechten.

#### 4. Ergebnis

Der S hat auch aus ungerechtfertigter Bereicherung keinen Anspruch gegen den M auf Herausgabe der Katze.

<sup>15</sup> Jauernig, in: Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 119 Rdnr. 17.

### III. Anspruch aus §§ 531 II, 812 I 2 Alt. 1, 530 I BGB

Der S könnte gegen den M einen Anspruch auf Rückgabe der Katze wegen Widerrufs der Schenkung gem. §§ 531 II, 812 I 2 Alt. 1, 530 I BGB haben.

Dann müsste der M etwas durch Leistung des S erlangt haben, wobei der Rechtsgrund weggefallen ist. Bei der Verweisung in § 531 II BGB handelt es sich nach herrschender Meinung um eine Rechtsgrundverweisung, so dass die Voraussetzungen des § 812 I 2 Alt. 1 BGB geprüft werden müssen.<sup>16</sup>

#### 1. Etwas erlangt

Hier hat der M den Besitz und das Eigentum an der Katze vom S erhalten, weshalb von einem geldwerten Vorteil auszugehen ist.

#### 2. Leistung

Es handelte sich zudem um eine Leistung des S (siehe oben).

#### 3. Wegfall des rechtlichen Grundes

Der Rechtsgrund für die Leistung des S müsste sodann nachträglich weggefallen sein. Das wäre der Fall, wenn der S den Schenkungsvertrag wirksam widerrufen hätte und dieser somit als Rechtsgrund für die vollzogene Schenkung entfallen wäre.

<sup>16</sup> Wimmer-Leonhardt, in: Staudinger, BGB, 2005, § 531 Rdnr. 6; Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 531 Rdnr. 1.

Ein wirksamer Widerruf setzt voraus, dass eine Widerrufserklärung sowie ein Widerrufsrecht gegeben sind. Hier könnte ein Widerruf nach § 530 I BGB in Betracht kommen.

Ein solches Widerrufsrecht für den S wäre dann gegeben, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker groben Undanks schuldig gemacht hätte, wobei zur Feststellung dieser Merkmale eine Gesamtwürdigung aller Umstände stattfinden muss. Der S bereute hier lediglich die unentgeltliche Weggabe der Katze, ohne durch irgendein Verhalten des M motiviert gewesen zu sein. Somit sind keinerlei Anhaltspunkte für einen groben Undank des M gegeben. Es besteht kein Widerrufsrecht für den S.

#### **4. Ergebnis**

Der S hat keinen Anspruch auf Herausgabe der Katze wegen Widerrufs der Schenkung.

#### **IV. Anspruch aus § 861 I BGB oder § 1007 I, II BGB**

Der S könnte gegen den M einen Anspruch auf Herausgabe der Katze aus § 861 I BGB oder § 1007 I, II BGB haben.

##### **1. Voraussetzungen**

Für die Annahme einer verbotenen Eigenmacht nach § 858 I BGB muss dem Besitzer ohne dessen Willen der Besitz entzogen wer-

den. Da der S das Tier aber freiwillig herausgegeben hat, liegt keine solche verbotene Eigenmacht des M vor. Dem S ist die Katze auch nicht gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhandengekommen, und der M war bei Besitzerwerb gutgläubig hinsichtlich seines Besitzrechts.

##### **2. Ergebnis**

Der S hat keinen Anspruch auf Herausgabe der Katze gegen den M aus § 861 I BGB oder § 1007 I, II BGB.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RA Guido Philipp Ernst und Caprice Nina Doerbeck\*

## „Tage wie dieser“

### Übungsklausur<sup>1</sup>

#### Sachverhalt:

Es ist einer dieser schwarzen Tage für O: Er hat seinen Job verloren und sein Vermieter droht ihm mit der Kündigung, wenn er nicht alsbald die ausstehende Miete bezahle. Nun sitzt er am Tresen seiner Stammkneipe und beklagt sein Leid. Daher entdeckt T, der ein paar Barhocker weiter entfernt sitzt, in O ein ideales Opfer und beschließt, dessen desolante Gemütslage auszunutzen. Er beginnt damit, O zu hänseln. O reagiert darauf zunehmend gereizt. T freut sich und schießt sich so richtig auf O ein. Denn er möchte O unbedingt zur Weißglut bringen, so dass sich dieser nicht mehr beherrschen kann, ihn angeht und er O straflos eine saftige Abreibung verpassen kann. Als T schließlich O mit einem Schimpfwort belegt, kocht dieser vor Wut. O

nimmt einige große Schluck Bier und schnappt sich einen Bierkrug des Wirts W. Dann setzt er sich wutentbrannt in Richtung T in Bewegung, um diesem mit dem Krug „ordentlich eins überzuziehen“, so dass T endlich den Mund hält. Das sieht H, der genau in diesem Moment die Kneipe betritt. H eilt herbei, um den seiner Meinung nach grundlosen Angriff auf T abzuwehren. Dies gelingt ihm in letzter Sekunde nur noch durch einen gezielten, wuchtigen Tritt in Os Bauchgegend, mit dem er ihn von den Beinen holt. Durch diesen Tritt mit Hs schwerem Stiefel erleidet O einige Prellungen und er lässt von T ab; der Bierkrug wird beschädigt. Dies sind die von H als notwendig erkannten Folgen seines Eingreifens.

Zu prüfen ist die Strafbarkeit Hs nach dem Strafgesetzbuch. Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt. Es ist davon auszugehen, dass sich T nach § 185 Var. 1 StGB strafbar machte, indem er O mit dem Schimpfwort belegte.

#### Inhaltsverzeichnis

A. Strafbarkeit Hs gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand
2. Subjektiver Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit

III. Erlaubnistatbestandsirrtum

IV. Ergebnis

B. Strafbarkeit Hs gem. § 229 StGB

\* Guido Philipp Ernst ist als Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht (Prof. Dr. H.-L. Günther), Eberhard Karls Universität Tübingen, und als Rechtsanwalt tätig. Caprice Nina Doerbeck ist Studentische Hilfskraft am selben Lehrstuhl.

<sup>1</sup> Aktualisierte und überarbeitete Fassung der im WS 2010/2011 an der Eberhard Karls Universität Tübingen in der von Prof. Dr. H.-L. Günther geleiteten Übung für Anfänger im Strafrecht (3. Semester) gestellten Klausur (Bearbeitungszeit: 120 Minuten). Der Durchschnitt der 210 abgegebenen Klausuren betrug 4,3 Punkte bei einer Durchfallquote von 38,11 %.

C. Strafbarkeit Hs gem. § 303 I Var. 1 StGB

I. Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit

1. Nothilfe (§ 32 II Var. 2 StGB)

2. Rechtfertigende (aggressive) Notstandshilfe nach § 904 S. 1 BGB

3. Rechtfertigende (defensive) Notstandshilfe nach § 228 S. 1 Var. 2 BGB

III. Ergebnis

D. Endergebnis

**Lösungsvorschlag**

**A. Strafbarkeit Hs gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2 StGB<sup>2</sup>**

H kann sich durch den Tritt einer Körperverletzung Os schuldig gemacht haben.

**I. Tatbestand**

**1. Objektiver Tatbestand**

**a) Objektiver Tatbestand des § 223 I StGB**

aa) H kann O körperlich misshandelt haben i. S. v. § 223 I Var. 1 StGB. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, durch die das Opfer in seinem körperlichen Wohlbefinden nicht nur uner-

<sup>2</sup> Hinweis zur Prüfungsreihenfolge (erst Körperverletzung, dann Sachbeschädigung): Eine chronologische Prüfung ist hier nicht möglich, da die zu prüfenden Delikte an dieselbe Handlung anknüpfen. Daher empfiehlt es sich, zuerst das schwerer wiegende Delikt zu prüfen, vgl. dazu *Hinderer*, JuS 2009, 625 (625): „Dickschiffe voraus“.

heblich beeinträchtigt wird.<sup>3</sup> Ein Tritt in die Bauchgegend ist eine solche Behandlung. Berücksichtigt man die daraus resultierende Folge, beeinträchtigte diese Behandlung O in seinem körperlichen Wohlbefinden nicht nur unerheblich. Er trug Prellungen davon. Prellungen sind ein typisches Beispiel für die Folgen einer körperlichen Misshandlung.<sup>4</sup> Eine solche liegt vor.

bb) Weiterhin kann H den O auch i. S. v. § 223 I Var. 2 StGB an der Gesundheit geschädigt haben. Unter einer Gesundheitsschädigung wird ein Hervorrufen oder (nicht unerhebliches) Steigern eines krankhaften Zustands verstanden; kennzeichnend ist das Erfordernis eines Heilungsprozesses.<sup>5</sup> Prellungen stellen einen krankhaften Zustand dar; sie machen einen Heilungsprozess erforderlich. Eine Gesundheitsschädigung ist gegeben.

cc) Hs Tritt kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der konkrete, tatbestandliche Erfolg entfällt, weshalb sein Handeln kausal<sup>6</sup> für den Erfolg war. Auch schaffte H eine rechtlich missbilligte Gefahr des Erfolgseintrittes, die sich im konkreten tatbestandlichen Erfolg realisierte.<sup>7</sup> Die objektive Zurechenbarkeit ist zu bejahen.

<sup>3</sup> *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl., § 223 Rdnr. 4; *Kindhäuser*, LPK, 5. Aufl., § 223 Rdnr. 2; vgl. *Dölling*, in: HK-GS, 2. Aufl., § 223 Rdnr. 4 jew. m. w. N.

<sup>4</sup> *Kindhäuser*, LPK, 5. Aufl., § 223 Rdnr. 3.

<sup>5</sup> *Kindhäuser*, LPK, 5. Aufl., § 223 Rdnr. 4 m. w. N.; vgl. *Wessels/Hettinger*, BT I, 36. Aufl., Rdnr. 257.

<sup>6</sup> Zur Äquivalenztheorie vgl. *Wessels/Beulke*, AT, 42. Aufl., Rdnr. 156; *Hoffmann-Holland*, AT, 2. Aufl., Rdnr. 99.

dd) Der objektive Tatbestand des § 223 I StGB ist gegeben.

### b) Objektiver Tatbestand des § 224 I StGB

aa) H kann die Körperverletzung mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs i. S. v. § 224 I Nr. 2 Var. 2 StGB begangen haben.

Unter einem solchen Werkzeug ist jeder (bewegliche<sup>7</sup>) Gegenstand zu fassen, welcher nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen.<sup>8</sup> Die potentielle Gefährlichkeit eines Gegenstandes im Einzelfall reicht aus, ohne dass es darauf ankommt, ob dessen Einsatz gegen den Körper des Opfers tatsächlich erhebliche Verletzungen hervorgerufen hat.<sup>9</sup>

(1) Vorliegend kann nicht auf den Fuß abgestellt werden. Denn Körperteile des Täters stellen keine Werkzeuge dar, selbst dann nicht, wenn sie mit gefährlicher Wirkung eingesetzt werden.<sup>11</sup> Es widerspräche dem na-

türlichen Sprachgebrauch, dem die Auslegungsgrenze bildenden noch möglichen Wortsinn, qualifizierte man ein Körperteil als „Werkzeug“, also als Gegenstand.<sup>12</sup>

(2) Abzustellen ist vielmehr auf den Schuh, der den Fuß umgibt (Schlagwort „beschuheter“ Fuß, besser „befußter“ Schuh). Für die Beantwortung der Frage, ob ein Schuh ein Werkzeug im genannten Sinne sein kann, kommt es auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an, wie auf die Art und Beschaffenheit des Schuhs (leichte Sandale oder schwerer Stiefel), auf die Intensität des Tritts (leicht oder wuchtig) und den Aufprallort (weniger empfindliches oder besonders empfindliches Körperteil wie Gesicht oder Bauchgegend).<sup>13</sup> H trug schwere Stiefel und trat wuchtig zu. Ziel des Tritts war der Bauch, ein empfindliches Körperteil. Insgesamt war der Tritt geeignet, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. § 224 I Nr. 2 Var. 2 StGB ist gegeben.

bb) H hat die Körperverletzung nicht „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung“ i. S. v. § 224 I Nr. 5 StGB begangen.

Ob durch die Behandlung eine konkrete Lebensgefährdung eingetreten sein muss,<sup>14</sup> es

<sup>7</sup> Zur sog. Grundformel vgl. *Krey/Esser*, AT, 5. Aufl., Rdnr. 332; *Wessels/Beulke*, AT, 42. Aufl., Rdnr. 179.

<sup>8</sup> H. M., vgl. *Dölling*, in: *HK-GS*, 2. Aufl., § 224, Rdnr. 3; *Wessels/Hettinger*, BT I, 36. Aufl., Rdnr. 275; *Kretschmer*, JURA 2008, 916 (918) jew. m. w. N.; *Krüger*, NZV 2006, 112 (112); *BGH*, NStZ-RR 05, 75 (75).

<sup>9</sup> *BGH*, NStZ 2010, 151 (151); *Wessels/Hettinger*, BT I, 36. Aufl., Rdnr. 275; *Kretschmer*, JURA 2008, 916 (918) je m. w. N.

<sup>10</sup> *BGH*, NStZ 2010, 151 (151).

<sup>11</sup> H. M., vgl. *Kindhäuser*, LPK, 5. Aufl., § 224, Rdnr. 9; *BGH*, GA 1984, 124 (125); *Kretschmer*, JURA 2008, 916 (919); *Eckstein*, NStZ 2008, 125 (126) jew. m. w. N.; a. A. *Hilgendorf*, ZStW 112 (2000), 811 (833).

<sup>12</sup> Vgl. zu diesem engen Wortlautverständnis mit weiteren Bspen. *Koch/Wirth*, ZJS 2009, 90 (91).

<sup>13</sup> Vgl. *Stree/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröde*, StGB, 28. Aufl., § 224 Rdnr. 5 m. w. N.; *BGH*, NStZ 2010, 151 (151); *Zöller*, ZJS 2010, 671 (674).

<sup>14</sup> So *Paeffgen*, in: *NK/StGB*, Bd. 2, 3. Aufl., § 224 Rdnr. 28, 27: „konkretes Gefährungsdelikt“; *Küper*, FS für Hirsch, 1999, S. 595 (614).



also aus objektiver Sicht bloß vom Zufall abhängig ist, ob das Opfer dem Tod entgeht, oder bereits die objektive Eignung der Behandlung zur (abstrakten) Gefährdung des Lebens (im Einzelfall) genügt,<sup>15</sup> kann hier dahin stehen. Denn auch nach der zuletzt genannten Meinung muss das Täterverhalten unter den gegebenen Umständen im Allgemeinen dazu geeignet erscheinen, den Tod eines Menschen herbeizuführen;<sup>16</sup> eine nur fern liegende Möglichkeit des Todeseintritts genügt nicht.<sup>17</sup> Diese Schwelle einer abstrakten Lebensgefährdung i. S. d. Schaffung einer ernsthaften Ex-ante-Gefahr eines Lebensgefährdungserfolges ist trotz des wichtigen (einmaligen) Tritts mit einem Stiefel, in Anbetracht der Zielrichtung Bauch, noch nicht erreicht.

Die Nummer 5 ist zu verneinen.

cc) Der objektive Tatbestand des § 224 I Nr. 2 Var. 2 StGB liegt vor.

Anm.: Grundsätzlich ist auch eine getrennte Prüfung von Grundtatbestand und Qualifikation möglich. Jedoch scheint vorliegend ein gemeinsamer Prüfungsaufbau zwingend. Nach dem Sachverhalt drängt sich die Notwendigkeit einer Stellungnahme zu § 224 I

<sup>15</sup> Rengier, BT II, 13. Aufl., § 14, Rdnr. 50; Wessels/Hettinger, BT I, 36. Aufl., Rdnr. 282; Eisele, BT I, 2. Aufl., Rdnr. 341 jew. m. w. N.; nun auch Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 224 Rdnr. 12 und Rdnr. 2 a. E.: „abstraktes Gefährdungsdelikt“.

<sup>16</sup> Kindhäuser, BT 1, 5. Aufl. (2012), § 9 Rdnr. 22.

<sup>17</sup> Lilie, in: LK/StGB, Bd. 6, 11. Aufl., § 224 Rdnr. 36.

StGB auf. Aufgrund des Vorliegens eines Erlaubnistatbestandsirrtums sind Ausführungen zur Qualifikation nur bei einer gemeinsamen Prüfung sinnvoll.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Dass O Prellungen erleidet, war die von H als notwendig erkannte Folge seines Handelns. H handelte somit bezüglich der Körperverletzung mit *dolus directus* 2. Grades.<sup>18</sup> Denn die als notwendig erkannten Folgen der Handlung werden von dem Handelnden in den Willen aufgenommen, auch wenn ihm an diesen Folgen nichts liegt.<sup>19</sup> Weiterhin wusste H um die Umstände, aus denen die Gefährlichkeit seines Tritts mit dem beschuhten Fuß resultierten (§ 224 I Nr. 2 Var. 2 StGB).

## II. Rechtswidrigkeit

### Nothilfe (§ 32 II Var. 2 StGB)

Hs Handeln kann durch Nothilfe gerechtfertigt sein.

a) Die Nothilfelage verlangt, dass ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff gegenüber demjenigen, dem Hilfe geleistet wird (hier T), vorliegt. Ein Angriff, also eine Bedrohung rechtlich geschützter Güter durch menschli-

<sup>18</sup> Der direkte Vorsatz bezieht sich auf tatbestandliche Umstände, um die der Täter weiß oder deren Eintritt er als Nebenfolgen seines Handelns als sicher voraussieht, Kindhäuser, AT, 5. Aufl., § 14 Rdnr. 9.

<sup>19</sup> RGSt 5, 314 (317); Wessels/Beulke, AT, 42. Aufl., Rdnr. 213



ches Verhalten,<sup>20</sup> des O auf T lag vor. Dieser war gegenwärtig, da er gerade stattfand. Er richtete sich gegen Ts körperliche Unversehrtheit, also ein notwehrfähiges Rechtsgut. Fraglich ist, ob der Angriff rechtswidrig war. Das ist zu verneinen, wenn Os Handeln gerechtfertigt war. T beleidigte O, worin ein Angriff Ts auf Os Ehre lag. Ein Angriff ist (jedenfalls) von seinem Beginn bis zu seiner Beendigung gegenwärtig;<sup>21</sup> er dauert bis zu seinem vollständigen Abschluss fort.<sup>22</sup> Eine Beleidigung ist bereits mit ihrem Vollzug (Ausprechen des Schimpfwortes) vollständig abgeschlossen. Der Angriff auf die Ehre des Betroffenen (O) ist nicht mehr gegenwärtig, es sei denn, dieser wird (objektiv erkennbar) fortgesetzt.<sup>23</sup> Für letzteres ist hier nichts erkennbar, zumal zwischen der Beleidigung und Os Angriff eine gewisse Zeitspanne lag. Ts Angriff war in dem Zeitpunkt, in dem O dem T „ordentlich eins überziehen“ wollte, nicht (mehr) gegenwärtig. Mangels Notwehrlage stand O kein Notwehrrecht gegenüber T zu. Sein Handeln war nicht gerechtfertigt, sondern rechtswidrig. Eine Nothilfelage ist gegeben.

Anm.: Auch eine Rechtfertigung des Verhaltens Os durch § 34 StGB scheidet aus; es fehlt eine Notstandshilfelage. Unter Gefahr (i. S. v.

<sup>20</sup> Rönna/Hohn, in: LK/StGB, Bd. 2, 12. Aufl., § 32 Rdnr. 77; Stemler, ZJS 2010, 347 (347).

<sup>21</sup> Günther, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rdnr. 65; vertiefend zum Beginn eines Angriffs Ernst, ZJS 2011, 382 (383).

<sup>22</sup> Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 32 Rdnr. 4.

<sup>23</sup> Kindhäuser, AT, 5. Aufl., § 16 Rdnr. 19; vgl. Duttge, in: HK-GS, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 12.

§ 34 StGB) ist ein dynamischer, auf Veränderung angelegter Vorgang zu verstehen, welcher bei ungestörtem Verlauf in eine Schädigung eines notstandsfähigen Rechtsgutes zu münden droht.<sup>24</sup> Die Hänseleien begründeten keine Gefahr (für Os Ehre). Bagatellartige Rechtsgutsbeeinträchtigungen genügen den Anforderungen an eine Gefahr noch nicht.<sup>25</sup> Die (einmalige) Beleidigung Os stellte auch keine Gefahr (mehr) dar: Hat sich die Gefahr bereits realisiert, ist also der drohende Schaden eingetreten, abgeschlossen und irreversibel, liegt keine Gefahr mehr vor.<sup>26</sup>

b) Die Nothilfehandlung richtete sich gegen Angreifer O.

c) Die Nothilfehandlung muss sich innerhalb der Grenzen der Nothilfe bewegt haben.

aa) Hs Handlung war *erforderlich*, da sie geeignet war, den Angriff ganz abzuwehren, und das „Prinzip des mildesten Mittels“ beachtet wurde. O wollte T mit dem Bierkrug verletzen und H T in letzter Sekunde zur Hilfe kommen. Schonendere Mittel als den Tritt gab es nicht.

Anm.: I. R. d. Erforderlichkeit gelten auch bei der *Nothilfe* die allgemeinen Grundsätze, allerdings sind bei der Bestimmung des mildesten Mittels auch die Mittel des Angriffs

<sup>24</sup> So Günther, in: SK/StGB, Bd. 1, 33. Lfg., § 34 Rdnr. 18; Ernst, ZJS 2012, 654 (655).

<sup>25</sup> Günther, in: SK/StGB, Bd. 1, 33. Lfg., § 34 Rdnr. 18.

<sup>26</sup> So Günther, in: SK/StGB, Bd. 1, 33. Lfg., § 34 Rdnr. 18; Ernst, ZJS 2012, 654 (655 f.).

fenen einzubeziehen<sup>27</sup> (was hier zu keinem anderen Ergebnis führt).

bb) Die Handlung kann jedoch nicht geboten gewesen sein. Die Grenze der Gebotenheit soll Rechtsmissbräuchlichkeit ausschließen.<sup>28</sup> Zwar findet i. R. d. Notwehr grundsätzlich keine Güterabwägung und keine Verhältnismäßigkeitsprüfung statt, doch können unter bestimmten Voraussetzungen Einschränkungen des Notwehrrechts in Betracht kommen. Ist dem Angegriffenen aus besonderen Gründen an Stelle rigoroser Trutzwehr ein anderes Verhalten (Hinnahme des Angriffs, Ausweichen usw.) ohne Preisgabe berechtigter Interessen zuzumuten und bedarf die Rechtsordnung der Bewährung durch nachdrückliches Niederschlagen des Angriffs nicht, sind sozioethische Einschränkungen zu erwägen.<sup>29</sup>

Eine anerkannte Fallgruppe ist die Notwehrprovokation, die gegeben ist, wenn das (vorangegangene) Verhalten des Angegriffenen die (spätere) Notwehrlage herbeiführte. T

<sup>27</sup> *Krey/Esser*, AT, 5. Aufl., Rdnr. 568; *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB, Bd. 2, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 206; Dazu ein Beispiel (nach *Erb*, in: MK/StGB, Bd. 1, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 185 m. w. N.): Nicht zulässig ist es, einem geübten Boxer, der sich gegen einen unbewaffneten Angriff mühelos verteidigen kann, bewaffneten Beistand zu leisten, nur weil der Nothelfer dem Angreifer mit bloßen Fäusten nicht gewachsen wäre. Der Nothelfer ist dann (ungeachtet der minderen Effektivität seines Vorgehens) auf die Mittel beschränkt, die dem Angegriffenen zur sicheren Abwehr des Angriffs genügen würden.

<sup>28</sup> Vgl. *Günther*, in: SK/StGB, Bd. 1, 31. Lfg., § 32 Rdnr. 102; *Wessels/Beulke*, AT, 42. Aufl., Rdnr. 342.

<sup>29</sup> *Wessels/Beulke*, AT, 42. Aufl., Rdnr. 342; *Ernst*, ZJS 2012, 654 (656).

wollte unbedingt, dass sich O nicht mehr beherrschen kann und ihn angeht. Os Angriff wurde vom Angegriffenen T herausgefordert, um O unter Ausnutzung (unter dem „Deckmantel“) der Notwehr ungestraft verletzen zu können. Eine Notwehrprovokation i. F. d. Absichtsprovokation liegt vor.

(1) Ob das (provozierende) Vorverhalten rechtlich<sup>30</sup> oder nur sozioethisch<sup>31</sup> missbilligenswert sein muss, kann hier im Hinblick auf die strafbare Beleidigung offen bleiben. Der ferner geforderte enge zeitliche und räumliche Zusammenhang zwischen Vorverhalten und Angriff<sup>32</sup> ist gegeben.

(2) Fraglich sind die Folgen des Vorliegens der Absichtsprovokation. Zu beachten ist, dass in einem Fall<sup>33</sup> wie hiesigem bei der Frage nach etwaigen Einschränkungen i. R. d. Gebotenheit auf den Angegriffenen (potentiell Notwehr ausübenden, hier T) abzustellen ist und diese für den Nothelfer (hier H) Geltung haben. Denn die Nothilfe ist als ein von der Notwehr abgeleitetes Recht grundsätzlich unter den gleichen Voraussetzungen wie die Notwehr möglich und gerechtfertigt.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> *Roxin*, AT I, 4. Aufl., § 15 Rdnr. 73; *Günther*, in: SK/StGB, Bd. 1, 31. Lfg., § 32 Rdnr. 124 f.; *Krey/Esser*, AT, 5. Aufl., Rdnr. 559.

<sup>31</sup> *BGH*, StV 2006, 234 (234); *Wessels/Beulke*, AT, 42. Aufl., Rdnr. 348; *Kretschmer*, JURA 2012, 189 (193) je m. w. N.

<sup>32</sup> *Erb*, in: MK/StGB, Bd. 1, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 237; *BGH*, StV 2006, 234 (234) m. w. N.

<sup>33</sup> Bei einer Provokation durch den Nothelfer mag anderes gelten, dazu *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB, Bd. 2, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 260.

<sup>34</sup> *Kindhäuser*, AT, 5. Aufl., § 16 Rdnr. 2; *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB, Bd. 2, 2. Aufl., § 32

Der Angriff wird vom Nothelfer nicht aus eigenem Recht abgewehrt, sondern er nimmt mit der Verteidigung ein Recht war, das akzessorisch zu den Befugnissen des Angegriffenen ist.<sup>35</sup> Das bedeutet jedoch auch, dass die Nothilfe den identischen Einschränkungen unterliegt wie die Notwehr. Unterläge der in Notwehr Handelnde (hier T) sozialetischen Einschränkungen (aufgrund einer Absichtsprovokation), so gelten diese Einschränkungen auch für den Nothelfer (hier H).<sup>36</sup>

(a) Nach der Rechtsfigur der sog. *actio illicita in causa* soll das Recht zur Notwehr zwar bestehen bleiben, der Provokateur sich jedoch wegen der vorhergehenden absichtlichen Verursachung der Tat (*actio illicita in causa*) strafbar machen.<sup>37</sup> Begründet wird dies etwa mit einer Parallele zur *actio libera in causa* oder der mittelbaren Täterschaft. Die Provokation (diese Handlung und nicht die Verteidigungshandlung ist nach dieser Ansicht der Anknüpfungspunkt für den strafrechtlichen Vorwurf) wird als der tatbestandsmäßige und rechtswidrige Beginn der später gerechtfertigten, den Angreifer beeinträchtigenden Verteidigungshandlung begriffen. War das

gesamte Geschehen, begonnen mit der Provokation bis hin zur Verteidigung, absichtlich durchgeführt, gelangt diese Figur zu einer Strafbarkeit des Verteidigers wegen vorsätzlicher (Körper-)Verletzung, wenn er den Angreifer (dann in Notwehr gerechtfertigt) verletzt. Eine Notwehr Ts und damit eine Nothilfe seitens H ist danach uneingeschränkt möglich bzw. die Grenze der Gebotenheit gewahrt.

(b) Eine andere Ansicht billigt dem Angegriffenen das Notwehrrecht zu, da die Rechtsordnung vom Provozierten verlange, der Provokation zu widerstehen.<sup>38</sup> Eine Notwehr Ts wäre uneingeschränkt möglich. Weil Gleiches für den Nothelfer gilt, war hiernach Hs Handlung geboten.

(c) Einer weiteren Meinung nach soll das Notwehrrecht des Angegriffenen eingeschränkt bestehen bleiben. Es sei vom Provokateur zunächst (soweit möglich) ein Ausweichen gefordert, dann wird Schutzwehr und schlussendlich (zunächst verhaltene) Trutzwehr als zulässig erachtet (sog. Dreistufentheorie).<sup>39</sup> Werden diese Einschränkungen nicht beachtet, sei die in der Verteidigung liegende Straftat nicht nach § 32 StGB gerechtfertigt.<sup>40</sup> Die Einschränkungen seien einerseits umso höher, je schwerer die

Rdnr. 204; vgl. *Krey/Esser*, AT, 5. Aufl., Rdnr. 568; auch *Kühl*, JURA 1993, 233 (235) m. N.

<sup>35</sup> *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB, Bd. 2, 2. Aufl., § 32 Rdnrn. 259, 204.

<sup>36</sup> Vgl. *Günther*, in: SK/StGB, Bd. 1, 31. Lfg., § 32 Rdnr. 127; *Zieschang*, AT, 3. Aufl., Rdnr. 233; *Erb*, in: MK/StGB, Bd. 1, 2. Aufl., § 32, Rdnr. 238; *Rönnau/Hohn*, in: LK/StGB, Bd. 2, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 259.

<sup>37</sup> Dazu etwa *Bertelt*, ZStW 84 (1972), 1 (14 ff.); *Frister*, AT, 5. Aufl., Kap. 16 Rdnr. 30.

<sup>38</sup> *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, S. 112, 303; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, 10. Aufl., § 17 Rdnr. 38 m. w. N.

<sup>39</sup> Vgl. *Kühl*, AT, 7. Aufl., § 7, Rdnr. 258 ff.; *Günther*, in: SK/StGB, Bd. 1, 31. Lfg., § 32 Rdnr. 127.

<sup>40</sup> *Kühl*, AT, 7. Aufl., § 7 Rdnr. 260.

Provokation war,<sup>41</sup> andererseits seien sie umso geringer, je schwerer das von dem Angriff drohende Übel sei.<sup>42</sup> Gravierende Beeinträchtigungen eigener Rechtsgüter müssten vom Angegriffenen nicht hingenommen werden.<sup>43</sup> Stellt man dies hier in Rechnung (die Hänseleien und die Beleidigung auf der einen, der Angriff mit dem Bierkrug auf der anderen Seite), erscheint eine (gedachte) Verteidigung Ts mit geringem Schädigungspotential als zulässig, zumal für ein Ausweichen oder eine rein defensive Verteidigung keine Zeit vorhanden war. Werden diese Einschränkungen auf H übertragen, war der Tritt in den Bauch eine zulässige Verteidigungshandlung. Demnach wäre die Grenze der Gebotenheit gewahrt.

(d) Schlussendlich wird vertreten, Folge des absichtlich provozierten Angriffs sei, dass sich der Angegriffene bei seiner Verteidigung nicht auf das Notwehrrecht berufen kann.<sup>44</sup> Die Begründung dieses Ergebnisses variiert: Es wird angeführt, der Angegriffene handele rechtsmissbräuchlich und in Wahrheit sei er der Angreifer.<sup>45</sup> Ein Verteidigungswille fehle ihm. Als „Repräsentant und Bewahrer der Rechtsordnung“ habe er sich disqualifiziert, sei in Bezug auf den provozierten Angriff

nicht im Geringsten schutzwürdig.<sup>46</sup> Auch wird geltend gemacht, der Angegriffene habe den Angriff des Provozierten in seinen Gesamtplan eingerechnet, daher liege in seinem Verhalten ein der Einwilligung sowie der bewussten Risikoübernahme vergleichbarer Verzicht auf Rechtsgüterschutz.<sup>47</sup> Danach stünde T das Notwehrrecht nicht zu. Identisches hat für Nothelfer H zu gelten.<sup>48</sup> Eine Rechtfertigung nach § 32 StGB entfällt danach; Hs Handeln wäre rechtswidrig.

(e) Nach den drei erstgenannten Meinungen war Hs Handlung geboten, nach der letztgenannten hingegen nicht. Fraglich ist, welcher dieser Ansichten zu folgen ist.

Die Rechtsfigur der *actio illicita in causa* sieht sich (u. a.<sup>49</sup>) dem Einwand ausgesetzt, dass nicht erklärbar ist, wie eine in der Provokation liegende Beleidigung als Körperverletzung bestraft werden kann.<sup>50</sup> Bei einer erfolglos gebliebenen Provokation müsste konsequenterweise Versuch angenommen werden, was nicht angehen kann.<sup>51</sup> Dieser Lösungsweg ist zu verwerfen.

<sup>41</sup> Vgl. Günther, in: SK/StGB, Bd. 1, 31. Lfg., § 32 Rdnr. 127.

<sup>42</sup> Kühl, AT, 7. Aufl., § 7 Rdnr. 260.

<sup>43</sup> Kindhäuser, AT, 5. Aufl., § 16 Rdnr. 53.

<sup>44</sup> Heinrich, AT, 3. Aufl., Rdnr. 375; Roxin, AT I, 4. Aufl., § 15 Rdnr. 65 m. w. N.; Duttge, in: HK-GS, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 31; Wessels/Beulke, AT, 42. Aufl., Rdnr. 347.

<sup>45</sup> Wessels/Beulke, AT, 42. Aufl., Rdnr. 347; Heinrich, AT, 3. Aufl., Rdnr. 375.

<sup>46</sup> Duttge, in: HK-GS, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 31 m. w. N.

<sup>47</sup> Maurach/Zipf, AT, Teilbd. 1, 8. Aufl., § 26 Rdnr. 43.

<sup>48</sup> Anders Kasiske, JURA 2004, 832 (838), der Einschränkungen des Nothilferechts für nicht begründbar hält, da der Nothelfer selbst nicht vorwerfbar provoziert hat.

<sup>49</sup> Ausführliche Kritik bei Stuckenberg, JA 2001, 894 (901 ff.).

<sup>50</sup> Vgl. Kühl, AT, 7. Aufl., § 7 Rdnr. 243 m. w. N.; ferner Heinrich, AT, 3. Aufl., Rdnr. 377.

<sup>51</sup> Heinrich, AT, 3. Aufl., Rdnr. 377.

Die an zweiter Stelle genannte Meinung stützt sich hauptsächlich auf den der Notwehr zu Grunde liegenden Gedanken der Rechtsbewährung. Dieser Gedanke versagt aber gerade gegenüber dem Provokateur. Denn er setzt sich in Widerspruch zur Rechtsordnung und möchte das Recht der Notwehr dazu missbrauchen, den Provozierten unter dem „Deckmantel“ der Notwehr unbestraft verletzen zu können.<sup>52</sup> Dieser Ansicht kann hier daher nicht gefolgt werden.

Nach der Ansicht, die dem Provokateur ein eingeschränktes Notwehrrecht zugesteht, verdrängt das Selbstschutzprinzip das Rechtsbewährungsprinzip. Dem wird entgegengehalten, dass der Gedanke des Selbstschutzes hier gegenüber dem Provokateur versage. Denn dieser hätte sich bereits durch das Unterlassen der Provokation selbst schützen können.<sup>53</sup> Daher wird dieser Auffassung hier die Gefolgschaft verweigert.

Aufgrund der Schwächen der anderen Ansichten soll hier der letztgenannten gefolgt werden.

d) H hat die Grenze der Gebotenheit überschritten. Somit ist sein Handeln nicht durch § 32 StGB gerechtfertigt und damit rechtswidrig.

Anm.: § 34 StGB ist vorliegend nicht anwendbar. § 32 StGB ist gegenüber dem De-

fensivnotstand die speziellere Regelung.<sup>54</sup> Liegt eine Notwehr- bzw. Nothilfeflage vor, ist § 32 StGB wegen Überschreitens der Grenzen der Notwehr/Nothilfe (nicht erforderliche Verteidigung oder – wie hier – nicht gebotene Verteidigung) oder fehlendem subjektivem Rechtfertigungselement zu verneinen, ist diese Rechtfertigungssituation abschließend durch § 32 StGB geregelt; § 34 StGB findet keine Anwendung.<sup>55</sup>

Beachte: Der Anwendungsbereich des § 34 StGB ist allerdings eröffnet, wenn § 32 StGB aufgrund fehlender Notwehr- bzw. Nothilfeflage ausscheidet (weil bspw. der Angriff noch nicht gegenwärtig ist [sog. notwehrähnliche Lage]<sup>56</sup>) oder weil die Notwehr-/Nothilfehandlung in Rechtsgüter Dritter eingreift.<sup>57</sup>

### III. Erlaubnistatbestandsirrtum

Es kann die Strafbarkeit aus vorsätzlichem Delikt aufgrund des Vorliegens eines Erlaubnistatbestandsirrtums (auch mit guten Gründen Erlaubnistatumstandsirrtum genannt<sup>58</sup>; hier i. F. d. Putativnothilfe) zu verneinen sein.

Anm.: An welcher Stelle des Prüfungsaufbaus der Erlaubnistatbestandsirrtum angesprochen wird, richtet sich nach dessen rechtlicher Behandlung. Für eine Verortung

<sup>52</sup> Vgl. *Heinrich*, AT, 3. Aufl., Rdnr. 374.

<sup>53</sup> *Heinrich*, AT, 3. Aufl., Rdnr. 376.

<sup>54</sup> *Günther*, in: SK/StGB, Bd. 1, 33. Lfg., § 34 Rdnr. 59; *Rogall*, NStZ 2008, 1 (4) m. N.

<sup>55</sup> *Rengier*, AT, 4. Aufl., § 19 Rdnr. 4.

<sup>56</sup> Dazu *Kühl*, AT, 7. Aufl., § 8 Rdnr. 57.

<sup>57</sup> *Rengier*, AT, 4. Aufl., § 19 Rdnr. 4.

<sup>58</sup> *Kühl*, AT, 7. Aufl., § 13 Rdnr. 63 und 67.



nach der „üblichen“ Rechtswidrigkeitsprüfung spricht, dass stets die (objektiven) Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes verneint sein müssen, bevor auf die Frage nach einem Erlaubnistatbestandsirrtum eingegangen werden kann. Wer letztlich der rechtsfolgenverweisenden Variante der eingeschränkten Schuldtheorie folgt, behandelt diese Streitfrage erst auf Schuldebene.<sup>59</sup> Ist allerdings eine Entscheidung zwischen den zur rechtlichen Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums vertretenen Ansichten nicht nötig, könnte die Verortung in der Schuld einer Vorfestlegung gleichkommen, weshalb hiesiger „neutraler“ Prüfungspunkt jedenfalls in derartigen Fällen vorzugswürdig erscheint.<sup>60</sup>

1. Ein Erlaubnistatbestandsirrtum liegt vor, wenn sich der Täter Umstände vorstellt, die, wenn sie tatsächlich vorlägen, die Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes erfüllen.<sup>61</sup>

Somit ist zuerst<sup>62</sup> zu untersuchen, ob H ein solcher Rechtfertigungsgrund zur Seite stünde, träfe seine Vorstellung zu. H stellte sich

<sup>59</sup> So etwa *Stiebig*, JURA 2009, 274 (276); *Kindhäuser*, AT, 5. Aufl., § 29 Rdnr. 27; *Wessels/Beulke*, AT, 42. Aufl., Rdnr. 892.

<sup>60</sup> Vgl. *Rengier*, AT, 4. Aufl., § 30 Rdnr. 9; ähnlich *Kühl*, AT, 7. Aufl., § 13 Rdnr. 77, der, der eingeschränkten Schuldtheorie folgend, den Erlaubnistatbestandsirrtum „ohne Beschreiten der Prüfungsstufe Schuld“ prüft. Zu den Aufbaumöglichkeiten allgemein *Stiebig*, JURA 2009, 274 (276).

<sup>61</sup> *Heinrich*, AT, 3. Aufl., Rdnr. 1123; *Stiebig*, JURA 2009, 274 (274); vgl. *Bülte/Becker*, JURA 2012, 319 (325); *BGH*, JSE 3/2012, 101 (102 f.) (*Ernst*); *BGH*, JSE 4/2012, 117 (120) (*Ernst/Doerbeck*).

die Situation der Nothilfe, § 32 II Var. 2 StGB, ohne sozialetische Einschränkungen aufgrund einer Absichtsprovokation vor: Denn er hatte keine Kenntnisse von den Vorgängen, die sich in der Kneipe abspielen, bevor er sie betrat. Zudem wollte H den Angriff auf T abwehren, weswegen er in Kenntnis der objektiven Umstände und durch sie motiviert handelte. Daher kann dahingestellt bleiben, ob ein subjektives Rechtfertigungselement überhaupt zu fordern ist (so die sog. Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen<sup>63</sup>), oder ob schon das Vorliegen der objektiven Rechtfertigungselemente zur Rechtfertigung<sup>64</sup> führt. Des Weiteren kann offen bleiben, ob sich dieses Rechtfertigungselement (wenn es für notwendig erachtet wird) aus den beiden hier gegebenen Bestandteilen zusammensetzen hat,<sup>65</sup> oder ob das Vorliegen bereits eines dieser Bestandteile genügt. H befand sich somit in der Situation eines Erlaubnistatbestandsirrtums.

<sup>62</sup> Anm.: Die Prüfung des Erlaubnistatbestandsirrtums erfolgt in zwei Schritten: Zunächst ist die Situation (also der von ihm vorgestellte Rechtfertigungsgrund) aus der subjektiven Sicht des Täters zu prüfen, erst danach ist der Meinungsstreit darzustellen und ggf. zu entscheiden, *Heuchemer*, JuS 2012, 795 (797); s. dazu auch *Kühl*, AT, 7. Aufl., § 13 Rdnr. 64.

<sup>63</sup> *Günther*, in: SK/StGB, Bd. 1, 31. Lfg., § 32 Rdnr. 131, vor § 32 Rdnr. 87; *Kühl*, JURA 1993, 233 (233); *Rönnau*, JuS 2009, 594 (594 f.); *BGHSt* 2, 111 (114); *Ernst*, ZJS 2011, 382 (384).

<sup>64</sup> *Spendel*, JR 1991, 250 (250) m. N.

<sup>65</sup> *Krey/Esser*, AT, 5. Aufl., Rdnr. 457 ff.

## 2. Die rechtliche Einordnung des Erlaubnistatbestandsirrtums ist umstritten.

a) Nach der sog. Vorsatztheorie ist das Unrechtsbewusstsein Teil des Vorsatzes.<sup>66</sup> Wer sich gerechtfertigt glaubt, handele ohne Unrechtsbewusstsein, weswegen der Vorsatz im subjektiven Tatbestand entfalle. § 16 I 1 StGB wird direkt angewendet. Danach handelte H ohne Vorsatz.

b) Für die sog. Lehre von den negativeren Tatbestandsmerkmalen,<sup>67</sup> die einen zweistufigen Deliktsaufbau verfolgt, bilden Rechtfertigungsgründe den (negativen) Teil des Tatbestandes. Tatbestand und Rechtswidrigkeit werden in einem „Gesamt-Unrechtstatbestand“ zusammengefasst. Zum Vorsatz gehöre die Vorstellung vom Fehlen negativer Tatbestandsmerkmale. Fehle diese Vorstellung (wie in der Situation eines Erlaubnistatbestandsirrtums), entfiele der Vorsatz aufgrund (direkter) Anwendung von § 16 I 1 StGB. Danach handelte H ohne Vorsatz.

c) Nach der sog. strengen Schuldtheorie ist die irriige Annahme eines Rechtfertigungsgrundes ein Fall des Verbotsirrtums.<sup>68</sup> Diese Theorie begreift den Vorsatz als Tatvorsatz und das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als

ein vom Vorsatz getrenntes selbständiges Schuldelement.<sup>69</sup> Der Täter handelt danach vorsätzlich, die Schuld entfällt gem. § 17 StGB nur bei Unvermeidbarkeit des Irrtums. Es fragt sich also, ob H den Irrtum nicht vermeiden konnte. An die Unvermeidbarkeit werden jedoch hohe Anforderungen gestellt.<sup>70</sup> Dem Handelnden wird, vor jeder Handlung, die Anspannung des Gewissens und der Einsatz aller geistigen Erkenntniskräfte abverlangt; aufgetretenen Zweifeln muss er nachgehen.<sup>71</sup> Hierfür muss allerdings ein Anlass bestehen.<sup>72</sup> H kam erst unmittelbar vor dem Angriff auf T in die Kneipe und hatte daher keine Kenntnis von den die Notwehr/-hilfe ausschließenden Umständen. Infolge des sich für H eindeutig darstellenden Geschehens und dessen Dynamik (Hilfe nur noch in letzter Sekunde) bestand für H kein Anlass, an der Rechtmäßigkeit seines Handelns zu zweifeln. Der Irrtum war für ihn unvermeidbar, er handelte demnach ohne Schuld.

d) Nach der sog. eingeschränkten Schuldtheorie fällt der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes aus dem Bereich des § 17 StGB heraus.<sup>73</sup> Es können zwei „Ausprägungen“ festgestellt werden.

<sup>66</sup> Vgl. *Geerds*, JURA 1990, 421 (429) zu einer modifizierten Vorsatztheorie.

<sup>67</sup> Vgl. dazu aus jüngerer Zeit *Schünemann/Greco*, GA 2008, 777 (792); *Schroth*, FS für Arthur Kaufmann, 1993, 595 ff. (insb. 598 f.).

<sup>68</sup> *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. (1969), § 22 III 1 f (S. 168); *Zieschang*, AT, 3. Aufl., Rdnr. 355, 359.

<sup>69</sup> So *BGHSt* 2, 194 (208).

<sup>70</sup> Zu diesen ausf. *Hinderer*, JA 2009, 864 (865).

<sup>71</sup> *OLG Frankfurt/M.*, NStZ-RR 2003, 263 (263).

<sup>72</sup> *Kühl*, AT, 7. Aufl., § 13 Rdnr. 62 m. w. N.

<sup>73</sup> Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, 10. Aufl., § 21 Rdnr. 43.

aa) Die Anhänger der sog. eingeschränkten Schuldtheorie im engeren Sinne wenden auf den Erlaubnistatumstandsirrtrum § 16 I StGB analog an.<sup>74</sup> Denn weder § 17 StGB noch § 16 StGB sei (direkt) anwendbar. Es bestehe also eine Regelungslücke. Diese sei planwidrig, da nach keiner Ansicht ein Erlaubnistatbestandsirrtrum rechtlich irrelevant ist. Weil der Täter sich nur in tatsächlicher, nicht aber in rechtlicher Hinsicht irrt, sei eine Vergleichbarkeit mit § 16 StGB zu bejahen. Unter Unrechtsaspekten bestehe zwischen Tatbestandsmerkmalen und Rechtfertigungsgründen kein Unterschied, daher müsse ein Erlaubnistatumstandsirrtrum zu den gleichen Rechtsfolgen führen wie ein Tatumstandsirrtrum nach § 16 I 1 StGB.<sup>75</sup> Durch diese tätergünstige und daher erlaubte Analogie entfalle eine Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Tatbegehung mangels Vorsatz,<sup>76</sup> Vorsatzunrecht<sup>77</sup> bzw. Handlungsunwert.<sup>78</sup> Danach entfiele eine Strafbarkeit Hs wegen vorsätzlicher Tatbegehung.

bb) Auch nach der sog. rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie

<sup>74</sup> Kindhäuser, AT, 5. Aufl., § 29 Rdnr. 19; Kühl/Hinderer, JURA 2012, 488 (490).

<sup>75</sup> Wessels/Beulke, AT, 42. Aufl., Rdnr. 476.

<sup>76</sup> M. Heinrich, in: Krey/Hellmann/ders., BT 1, 15. Aufl., Rdnr. 579; Roxin, AT I, 4. Aufl., § 14 Rdnr. 64.

<sup>77</sup> Kindhäuser, AT, 5. Aufl., § 29 Rdnr. 26; Kühl, AT, 7. Aufl., § 13 Rdnr. 73 und ders./Hinderer, JURA 2012, 488 (490): sog. vorsatzunrechtsverneinende eingeschränkte Schuldtheorie.

<sup>78</sup> Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen (1986), S. 33; ders., NStZ 1990, 32 (33); Exner, ZJS 2009, 516 (524).

schließt die irrige Vorstellung einer rechtfertigenden Sachlage eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat aus. Der Erlaubnistatumstandsirrtrum wird in seinen Rechtsfolgen dem in § 16 I StGB geregelten Tatbestandsirrtrum gleichgestellt.<sup>79</sup> Es entfalle allerdings die Vorsatzschuld,<sup>80</sup> also der Vorsatz als Schuldform.<sup>81</sup> Hiernach handelte H schuldlos, da die Vorsatzschuld entfällt.

e) Nach allen Ansichten entfällt eine Strafbarkeit Hs aus dem hier geprüften Vorsatzdelikt.<sup>82</sup> Da eine Beteiligung nicht in Rede steht, kommt es hier nicht darauf an, ob bei H der (Unrechts-)Vorsatz oder die Schuld entfällt und ob eine teilnahmefähige vorsätzliche rechtswidrige Haupttat vorliegt (was im letztgenannten Fall unproblematisch zu bejahen, im erstgenannten hingegen zweifelhaft ist und zu der Frage führt, ob die Vorsätzlichkeit der Haupttat selbst dann vorliegt, wenn sich der Haupttäter in einem Erlaubnistatbestandsirrtrum befindet<sup>83</sup>).

<sup>79</sup> Wessels/Beulke, AT, 42. Aufl., Rdnr. 478; Hoffmann-Holland, AT, 2. Aufl., Rdnr. 449; vgl. BGHSt 31, 264 (286 f.).

<sup>80</sup> Wessels/Beulke, AT, 42. Aufl., Rdnr. 478 f.; Rengier, AT, 4. Aufl., § 30 Rdnr. 19 f.; Hoffmann-Holland, AT, 2. Aufl., Rdnr. 449; Maurach/Zipf, AT, Teilbd. 1, 8. Aufl., § 37 Rdnr. 43 und 23; Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl., § 41, IV 1 d; s. auch BGH, JSE 3/2012, 101 (104) (Ernst).

<sup>81</sup> Wessels/Beulke, AT, 42. Aufl., Rdnr. 479, zur sog. Doppelfunktion des Vorsatzes s. dort Rdnr. 142 ff., insb. Rdnr. 147.

<sup>82</sup> Abgesehen von der strengen Schuldtheorie ist allerdings über § 16 I 2 StGB (in direkter, analoger oder auf die Rechtsfolgen bezogener Anwendung) eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit denkbar. Dazu sogleich.

<sup>83</sup> Dies bejahend Kühl, AT, 7. Aufl., § 20 Rdnr. 143; ders./Hinderer, JURA 2012, 488 (491); vertiefend

#### IV. Ergebnis

H ist nicht nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2 StGB zu bestrafen.

#### B. Strafbarkeit Hs gem. § 229 StGB

Indem H dem O in die Bauchgegend trat, hat er sich keiner fahrlässigen Körperverletzung Os schuldig gemacht. Vorausgesetzt ist, dass seine Fehlvorstellung auf einem Sorgfaltsmangel beruhte. Dies ist aber gerade nicht der Fall (s. schon o. die Ausführungen zur Unvermeidbarkeit des Irrtums<sup>84</sup>).

#### C. Strafbarkeit Hs gem. § 303 I Var. 1 StGB

Indem H den O durch den Tritt von den Beinen holte, kann er sich einer Sachbeschädigung zu Lasten Ws schuldig gemacht haben.

#### I. Tatbestand

Durch den Tritt holte H den O von den Beinen, der sich in Ws Eigentum befindliche und daher für H fremde Bierkrug, den O in der Hand hielt, ist dadurch kausal und objektiv zurechenbar beschädigt worden. H handelte mit *dolus directus* 2. Grades (vgl. schon o.). Der Tatbestand ist gegeben.

<sup>84</sup> Heinrich, AT, 3. Aufl., Rdnr. 1136 ff.

<sup>84</sup> Diese Anforderungen übersteigen nach wohl h. M. die zur Meidung eines Fahrlässigkeitsvorwurfs gebotene Sorgfalt, OLG Frankfurt/M., NStZ-RR 2003, 263 (263) m. w. N. In Folge dessen entfällt erst recht ein Fahrlässigkeitsvorwurf.

#### II. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob H rechtswidrig handelte.

#### 1. Nothilfe (§ 32 II Var. 2 StGB)

Nothilfe kann vorliegen. Die Notwehrhandlung darf sich nur gegen den Angreifer und nicht gegen Rechtsgüter Dritter richten.<sup>85</sup> Für die Nothilfehandlung kann nichts anderes gelten. Von diesem Grundsatz wird z. T. eine Ausnahme gemacht, wenn sich der Angreifer Sachen eines Dritten bei seinem Angriff (als „Werkzeug“) bedient. Dann soll § 32 StGB auch Einwirkungen auf diese Sachen erfassen.<sup>86</sup> Indes ist das Recht der Notwehr auf den „bilateralen“ Konflikt zwischen Angreifer und Angegriffenem fixiert.<sup>87</sup> Nur gegenüber ersterem, als den für die Notwehrlage Verantwortlichen, lässt sich das „schneidige“ Notwehrrecht mit seinen scharfen Eingriffsbefugnissen rechtfertigen.<sup>88</sup> Daher ist von § 32 StGB nur eine den Angreifer und dessen Rechtsgüter beeinträchtigende Verteidigungshandlung erfasst.<sup>89</sup> § 32 StGB entfällt vorliegend.

<sup>85</sup> Günther, in: SK/StGB, Bd. 1, 31. Lfg., § 32 Rdnr. 84; Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 299 f.; Wessels/Beulke, AT, 42. Aufl., Rdnr. 334; Duttge, in: HK-GS, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 18; Erb, in: MK/StGB, Bd. 1, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 122; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 32 Rdnr. 31.

<sup>86</sup> Vgl. Kindhäuser, AT, 5. Aufl., § 16 Rdnr. 25 f.

<sup>87</sup> Günther, in: SK/StGB, Bd. 1, 31. Lfg., § 32 Rdnr. 84; i. E. auch Erb, in: MK/StGB, Bd. 1, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 122.

<sup>88</sup> Kühl, AT, 7. Aufl., § 7 Rdnr. 84.

<sup>89</sup> Günther, in: SK/StGB, Bd. 1, 31. Lfg., § 32 Rdnr. 84 f.; Kühl, AT, 7. Aufl., § 7 Rdnr. 84 jew. m. w. N.; Frister, AT, 5. Aufl., Kap. 16 Rdnr. 19.

## 2. Rechtfertigende (aggressive) Notstandshilfe nach § 904 S. 1 BGB

Die Abwehrhandlung muss sich gegen eine Sache richten, von der die Gefahr gerade nicht ausgeht. Die Gefahr für Ts körperliche Integrität ging (jedenfalls auch) von dem Bierkrug aus. Ohne selbigen als „Werkzeug“ wäre die Qualität des Angriffs Os und die daraus resultierende Gefahr für Ts Rechtsgüter eine andere gewesen. § 904 S. 1 BGB ist nicht einschlägig.

## 3. Rechtfertigende (defensive) Notstandshilfe nach § 228 S. 1 Var. 2 BGB

Es kommt eine Rechtfertigung nach § 228 S. 1 Var. 2 BGB (Defensivnotstandshilfe gegen Sachen<sup>90</sup>) in Betracht.

a) Notstandshilfelage: Eine von der Sache (Krug) ausgehende gegenwärtige Gefahr für das notstandsfähige Rechtsgut körperliche Unversehrtheit Ts ist gegeben: Liegt (wie hier, s. o.) ein Angriff i. S. v. § 32 II StGB vor, ist durch dieselbe Handlung erst recht eine insofern weitere gegenwärtige Gefahr für dasselbe Rechtsgut gegeben.

b) Die Notstandshilfehandlung liegt in der Beschädigung des Krugs (angriffsunterstützendes Rechtsgut eines unbeteiligten Dritten<sup>91</sup>), von dem die Gefahr ausgeht (s. o.). Er ist ein Element der Bedrohung und gefährdet

<sup>90</sup> Terminologie nach Krey/Esser, AT, 5. Aufl., Rdnr. 578.

<sup>91</sup> Zu dieser Terminologie vgl. Erb, in: MK/StGB, Bd. 1, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 124

als ein solches einen Dritten („eine durch sie drohende Gefahr“ i. S. v. § 228 S. 1 BGB).<sup>92</sup>

c) Grenzen der Notstandshilfe: Die Erforderlichkeit ist gegeben (s. o.). Auf die Interessenabwägung wirkt sich aus, dass zur Gefahrenabwehr nicht (wie beim Aggressivnotstand) in Rechtsgüter unbeteiligter Dritter eingegriffen, sondern die Sache, die selbst Gefahrenquelle ist, beeinträchtigt wird. I. R. v. § 228 S. 1 BGB genügt, dass der schädigende Sacheingriff nicht außer Verhältnis zur abzuwendenden Gefahr steht. Dies ist (im Hinblick auf die für die körperliche Unversehrtheit abzuwendende Gefahr) der Fall. Die Grenzen der Notstandshilfe sind gewahrt.

d) Das subjektive Rechtfertigungselement liegt gleichfalls vor.

e) § 228 S. 1 BGB ist gegeben. Hs Handlung war nicht rechtswidrig.

## III. Ergebnis

H ist nicht strafbar gem. § 303 I Var. 1 StGB.

## D. Endergebnis

H ist nicht strafbar.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

<sup>92</sup> Vgl. Rogall, NStZ 2008, 1 (2).



Dr. Daniel Couzinet\*

## Die weinrechtliche Sinnenprüfung

### Übungsklausur<sup>1</sup>

#### Sachverhalt:

A betreibt nordöstlich von Stuttgart ein Weingut und ist bekannt für die von ihm erzeugten qualitativ hochwertigen Weine. 2011 erzeugte A 5.000 Liter Rotwein der Sorte Spätburgunder. Für diesen Wein möchte A wie bereits in den Vorjahren die Bezeichnung „Qualitätswein b. A.“ erlangen.

Abgefüllter inländischer Wein darf nach § 19 I Weingesetz (WeinG) als „Qualitätswein b. A.“ nur bezeichnet werden, wenn für ihn eine amtliche Prüfungsnummer zugeteilt worden ist. Dies setzt nach § 19 III Nr. 1 WeinG i. V. m. § 21 I Nr. 2 Weinverordnung (WeinV) u. a. voraus, dass der Wein in Aussehen, Geruch und Geschmack frei von Fehlern ist. Hierzu wird nach § 24 I WeinV i. V. m. § 12 der baden-württ. Verordnung zur Durchführung weinrechtlicher Vorschriften (WeinRDV) eine sog. Sinnenprüfung durch eine Kommission aus mehreren sachkundi-

gen Personen durchgeführt, die eine Verkostung des Weins vornehmen. Dabei muss der Wein gemäß Anlage 9 der WeinV in den Merkmalen „Geruch“, „Geschmack“ und „Harmonie“ jeweils mindestens 1,5 Punkte bei einer Punkteskala von 0 bis 5 Punkten und im Durchschnitt der Bewertungen für alle drei Merkmale (sog. Qualitätszahl) 1,50 Punkte erzielen. „Harmonie“ ist hierbei definiert als „Zusammenwirken von Geruch, Geschmack und sensorischen Vorbedingungen“.

Die Zusammensetzung der Kommissionen ist in § 12 II-IV WeinRDV BW und deren Arbeitsweise in der in § 12 V WeinRDV BW vorgesehenen Geschäftsordnung geregelt. Gemäß Ziff. 2.1.2 der Geschäftsordnung obliegt die organisatorische Durchführung der Sinnenprüfung – d. h. das Richten der Probeflaschen, Herrichten des Proberaums, Einschicken der Proben, Einladen der Prüfer, Entgegennahme der Bewertungen der Prüfer und Errechnung der durchschnittlichen Punktzahl der einzelnen Bewertungsmerkmale und der Qualitätszahl – u. a. dem vorliegend zuständigen Württembergischen Weinbauverband e. V., einem privatrechtlichen Verein, dessen Mitglieder diverse Weinbaubetriebe, Weingärtnergenossenschaften und Weinkellereien sind. Nach Ziff. 2.1.3 sind die beim Weinbauverband mit der Durchführung der Qualitätsprüfung befassten Personen vor der Aufnahme ihrer Tätigkeit von der zuständigen Prüfungsbehörde auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Obliegenheiten zu verpflichten. Hierbei ist auf die strafrecht-

\* Der Autor ist Assistent am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Kirchenrecht der Eberhard Karls Universität Tübingen (Prof. Dr. Karl-Hermann Kästner).

<sup>1</sup> Die Aufgabe wurde im Wintersemester 2012/13 im Semesterklausurenkurs der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen gestellt (abgegebene Arbeiten: 83; nicht bestanden: 30; Durchfallquote: 36,14 %; Schnitt: 5,45 Punkte).

lichen Folgen einer Pflichtverletzung hinzuweisen. Ziff. 3.2.6 sieht vor, dass die Sinnenprüfung verdeckt vorzunehmen ist. Nach Ziff. 3.2.7 bewertet jedes Mitglied der Prüfungskommission jede vorgestellte Probe selbständig nach den zu prüfenden Bewertungsmerkmalen. Anschließend errechnet nach Ziff. 3.2.11 ein Mitarbeiter des Weinbauverbandes die durchschnittliche Punktzahl der Bewertungsmerkmale und den Durchschnitt der Qualitätszahl und übergibt die Berechnung der Prüfungsbehörde. Eine Besprechung des Prüfungsergebnisses während der Prüfung ist dabei zulässig. Nach Ziff. 3.3.1 ist die Prüfungsbehörde nicht an die Bewertung durch die Mitglieder der Prüfungskommission gebunden, soll jedoch nur in begründeten Fällen hiervon abweichen.

Im März 2012 beantragt A für die 2011 erzeugten 5.000 Liter Spätburgunder Rotwein die Zuteilung einer amtlichen Prüfungsnummer. Dies wird mit Bescheid vom 15.03.2012 von der hierfür nach § 1 I WeinRDV zuständigen Staatlichen Lehr- und Versuchsanstalt für Wein- und Obstbau Weinsberg (LVWO) abgelehnt, da der Wein nicht fehlerfrei sei. So hätten zwei von vier Mitgliedern der zuständigen Prüfungskommission den Wein in sämtlichen Bewertungsmerkmalen mit 0 Punkten bewertet, die anderen zwei Mitglieder mit jeweils 1,5 Punkten, woraus sich als Qualitätszahl 0,75 ergebe, weshalb die Voraussetzungen der Zuteilung einer amtlichen Prüfungsnummer nicht erfüllt seien.

Hiergegen erhebt A fristgerecht Widerspruch, der mit Bescheid der zuständigen Widerspruchsbehörde vom 25.03.2012 zurückgewiesen wird, da auch eine im Rahmen des Widerspruchsverfahrens durchgeführte erneute Sinnenprüfung zu einem negativen Ergebnis geführt habe. So hätten zwei Mitglieder der Prüfungskommission den Wein in sämtlichen Bewertungsmerkmalen wiederum mit 0 Punkten, ein Mitglied mit jeweils 1,5 Punkten und ein Mitglied mit jeweils 2 Punkten bewertet, woraus eine Qualitätszahl von 0,88 folge.

Gegen den Widerspruchsbescheid erhebt A am 16.04.2012 Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht Stuttgart. Zur Begründung führt A aus: Die Bewertung durch die Prüfungskommissionen sei fehlerhaft, da der Wein tatsächlich nach Geruch, Geschmack und Harmonie von außerordentlich hoher Qualität sei, was auch das von ihm vorgelegte Gutachten des Weinbausachverständigen Prof. Dr. Dr. h. c. Weinle (W) belege. Die LVWO als zuständige Prüfungsbehörde sei ebenso wenig an die Entscheidung der Prüfungskommissionen gebunden wie das Verwaltungsgericht, sondern beide hätten ein eigenständiges Urteil zu bilden. Dies folge für das Verwaltungsgericht bereits aus Art. 19 IV GG. Ferner würden seine Grundrechte sowohl durch die Nichtzuteilung der amtlichen Prüfungsnummer verletzt als auch dadurch, dass Privatpersonen, denen jegliche demokratische Legitimation fehle, als Mitglieder der Prüfungskommissionen eine für ihn so

folgenreiche Entscheidung treffen dürften. Schließlich liege in der Übertragung der Durchführung der Sinnenprüfung auf den privaten Weinbauverband ein Verstoß gegen Verfassungsrecht, da eine solche „Privatisierung“ nicht nur gegen Verfassungsprinzipien verstoße, sondern es bereits fraglich sei, ob hierfür eine bloße „Geschäftsordnung“ als Rechtsgrundlage ausreiche.

Da die zuständige Kammer des Verwaltungsgerichts ratlos ist, nimmt sie selbst eine Verkostung des Weins vor. Da der Wein allen Richtern schmeckt und sie im Übrigen auch das von A vorgelegte Gutachten für plausibel halten, neigen sie dazu, der Klage stattzugeben. Der Kammer kommen jedoch Zweifel, als der ihr zur Ausbildung zugewiesene Rechtsreferendar R berichtet, er habe in einer Vorlesung gehört, dass sich ein Gericht nicht so einfach über Beurteilungen derartiger Kommissionen hinwegsetzen dürfe. Daraufhin beauftragt der Vorsitzende R mit der Erstattung eines Gutachtens zu den Erfolgsaussichten der Klage des A.

**Aufgabe 1:** Erstellen Sie das erbetene Gutachten zu allen von der Klage des A aufgeworfenen Rechtsfragen. Gehen Sie davon aus, dass die WeinRDV aufgrund einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage im WeinG erlassen wurde. Gehen Sie ferner davon aus, dass die sonstigen Voraussetzungen für die Zuteilung einer amtlichen Prüfungsnummer vorliegen. Unionsrechtliche Fragen sind nicht zu prüfen.

Nachdem sich der Rechtsstreit seit April 2012 hinzieht, ohne dass ein Urteil ergangen ist, lässt die LVWO auf Betreiben des A im Januar 2013 eine erneute Sinnenprüfung vornehmen, die diesmal positiv ausfällt, worauf die LVWO für die 5.000 Liter Spätburgunder Rotwein eine amtliche Prüfungsnummer zuteilt. A möchte nunmehr zumindest festgestellt haben, dass die Nichtzuteilung einer amtlichen Prüfungsnummer durch die LVWO rechtswidrig war. Nachdem ihn sein Rechtsanwalt darauf hinweist, dass er für den Zeitraum ab März 2012 aufgrund der nicht möglichen Vermarktung des Weins als „Qualitätswein b. A.“ Schadensersatz verlangen könne, beantragt A in der anberaumten mündlichen Verhandlung, festzustellen, dass *„die Nichtzuteilung einer amtlichen Prüfungsnummer durch Bescheid der LVWO vom 15.03.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25.03.2012 rechtswidrig gewesen ist“*. Dem widerspricht der Vertreter des beklagten Landes, da A die beantragte Feststellung nicht rückwirkend begehren könne.

**Aufgabe 2:** Ist die von A vorgenommene Klageänderung zulässig?

### Auszug aus dem Weingesetz (WeinG):

§ 19 Qualitätsprüfung der Qualitätsweine b. A. und bestimmter Qualitätsschaumweine

(1) Abgefüllter inländischer Wein darf als Qualitätswein b. A. oder Qualitätswein [...] nur bezeichnet werden, wenn für ihn auf Antrag eine amtliche Prüfungsnummer zugeteilt worden ist. [...]

(3) Eine amtliche Prüfungsnummer wird einem Erzeugnis nach Absatz 1 oder 2 nach systemati-

scher organoleptischer und analytischer Untersuchung zugeteilt, wenn es

1. die für dieses Erzeugnis typischen Bewertungsmerkmale aufweist [...]

#### § 21 Ermächtigungen

(1) Das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates zur Sicherung und Steigerung der Qualität für [...] Qualitätswein b. A. [...]

1. vorzuschreiben, unter welchen weiteren Voraussetzungen die amtliche Prüfungsnummer zuzuteilen ist; [...]

3. das Prüfungsverfahren [...] zu regeln, [...]

### **Auszug aus der u. a. aufgrund § 21 WeinG erlassenen Weinverordnung (WeinV):**

#### § 21 Qualitätsprüfung

(1) Eine Prüfungsnummer wird einem Qualitätswein b. A. zugeteilt, wenn

1. [...]

2. er in Aussehen, Geruch und Geschmack frei von Fehlern ist. [...]

#### § 24 Prüfungsverfahren

(1) Die zuständige Stelle hat eine Sinnenprüfung zu veranlassen, sofern nicht bereits auf Grund der vorliegenden Unterlagen der Antrag zurückzuweisen oder abzulehnen ist. Sie trifft ihre Entscheidung nach Überprüfung der eingereichten Unterlagen und dem Ergebnis der Sinnenprüfung. Sie kann

1. eine andere Einstufung als die beantragte vornehmen,

2. eine nochmalige oder eine weitergehende Untersuchung veranlassen sowie

3. die Vorlage weiterer sachdienlicher Unterlagen verlangen.

#### § 25 Zuständige Stelle

(1) Die zuständige Stelle des Landes, in dem die bei der Herstellung des Erzeugnisses verwendeten Weintrauben geerntet worden sind, trifft die nach § 19 Absatz 1 [...] des Weingesetzes erforderlichen Entscheidungen. [...]

(2) Bei den nach Absatz 1 zuständigen Stellen können zur Mitwirkung an den Prüfungen Kommissionen bestellt werden.

### **Auszug aus der baden-württ. Verordnung des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz zur Durchführung weinrechtlicher Vorschriften (WeinRDV):**

#### § 12 Prüfungskommissionen

(1) Zur Mitwirkung an den Prüfungen und Herabstufungen werden bei den zuständigen Behörden Prüfungskommissionen für die Durchführung von Sinnenprüfungen bestellt. [...]

(2) Das Ministerium beruft als Mitglieder der Prüfungskommissionen Personen aus der Weinwirtschaft, Bedienstete der amtlichen Weinüberwachung, der Landwirtschaftsbehörden, des Staatlichen Weinbauinstituts Freiburg (WBI), der Staatlichen Lehr- und Versuchsanstalt für Wein- und Obstbau Weinsberg (LVWO) sowie sonstige sachkundige Personen. Die Berufung der Personen aus der Weinwirtschaft erfolgt für

1. das bestimmte Anbaugebiet Baden auf Vorschlag des Badischen Weinbauverbandes e. V., Freiburg,

2. das bestimmte Anbaugebiet Württemberg auf Vorschlag des Weinbauverbandes Württemberg e. V., Weinsberg.

Die übrigen Mitglieder, soweit sie nicht Bedienstete der amtlichen Weinüberwachung, der Landwirtschaftsbehörden, des WBI sowie der LVWO sind, werden im Benehmen mit den Weinbauverbänden berufen. Zu den Vorschlägen der Weinbauverbände sind die übrigen Verbände der Weinwirtschaft zu hören. Die Berufung erfolgt für die Dauer von drei Jahren.

(3) Wiederberufung sowie Abberufung aus wichtigem Grund sind zulässig. Die Mitglieder von Prüfungskommissionen sind unabhängig und nicht an Weisungen gebunden. Sie werden zur gewissenhaften Ausübung ihrer Tätigkeit und zur Verschwiegenheit hierüber verpflichtet.

(4) Eine Prüfungskommission besteht aus vier Mitgliedern. Sie setzt sich zusammen aus

1. drei Personen aus der Weinwirtschaft, wobei an die Stelle eines dieser Mitglieder eine sonstige sachkundige Person treten kann,

2. einem Bediensteten der amtlichen Weinüberwachung oder einer Landwirtschaftsbehörde oder des WBI oder der LVWO. [...]

(5) Das Ministerium regelt die Arbeitsweise der Prüfungskommissionen durch eine Geschäftsordnung.

## Lösungsskizze<sup>2</sup>

### Aufgabe 1:

Zu prüfen sind *Zulässigkeit und Begründetheit* der von A erhobenen Klage.

#### A: Zulässigkeit

##### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (§ 40 I VwGO)

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs richtet sich mangels auf- und abdrängender Spezialzuweisungen nach § 40 I VwGO. Hierzu müsste es sich bei den streitentscheidenden Normen um solche des öffentlichen Rechts handeln. Dies ist der Fall, da § 19 I i. V. m. § 25 I WeinG einseitig die zuständige Behörde zur Zuteilung einer amtlichen Prüfungsnummer verpflichtet, und zwar gerade

<sup>2</sup> Der Fall ist *BVerwGE* 129, 27 ff. nachgebildet; ähnliche Falllösung bei *Faßbender*, *JuS* 2012, 332 ff.

in ihrer Eigenschaft als Hoheitsträger,<sup>3</sup> da der Staat hier im Rahmen einer Staatsaufgabe, nämlich des Schutzes der Verbraucher vor täuschenden Beschaffenheitsangaben, tätig wird.<sup>4</sup> Hieran ändert auch die Übertragung der Durchführung der Sinnenprüfung auf einen privatrechtlichen Verein und die Besetzung der Prüfungskommissionen mit mehrheitlich außerhalb der Verwaltung stehenden Personen nichts, da die abschließende Zuteilungsentscheidung nach § 19 I i. V. m. § 25 I WeinG ausschließlich der zuständigen staatlichen Behörde obliegt. Da die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art ist, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I VwGO eröffnet.

##### II. Statthafte Klageart

Statthafte Klageart könnte die Verpflichtungsklage nach § 42 I Alt. 2 VwGO sein, wenn es sich bei der Zuteilung einer amtlichen Prüfungsnummer um den Erlass eines Verwaltungsaktes handelt, wofür auf die Begriffsbestimmung des § 35 S. 1 BVwVfG zurückzugreifen ist.<sup>5</sup> Problematisch ist allein das Begriffsmerkmal der Regelung, da die Zuteilung der amtlichen Prüfungsnummer auch die bloße Feststellung eines tatsächlichen Zustandes des zur Prüfung gestellten Weines darstellen könnte. Abgesehen davon, dass

<sup>3</sup> Zu dieser Voraussetzung nur *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 8. Aufl., 2011, § 11 Rn. 17.

<sup>4</sup> Zu diesem Schutzzweck des WeinG vgl. § 25 WeinG.

<sup>5</sup> Zu letzterem *Ehlers*, in: *Ehlers/Schoch* (Hrsg.), *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, 2009, § 23, Rn. 7.



auch Feststellungen „Regelung“ sein können und folglich auch feststellende Verwaltungsakte existieren, geht die Wirkung der Zuteilung einer amtlichen Prüfungsnummer über eine bloße Feststellung eines tatsächlichen Zustands hinaus, da der rechtliche Status des zur Prüfung gestellten Weines dahin geändert wird,<sup>6</sup> dass der Antragsteller nunmehr berechtigt ist, für diesen den Zusatz „Qualitätswein b. A.“ zu verwenden und ihn entsprechend zu vermarkten. Hierfür ist die Zuteilung der amtlichen Prüfungsnummer konstitutiv.<sup>7</sup> Die Verleihung eines solchen Rechts stellt jedoch eine Regelung i. S. des § 35 S. 1 BVwVfG dar.<sup>8</sup>

Statthafte Klageart ist somit die Verpflichtungsklage nach § 42 I Alt. 2 VwGO.<sup>9</sup>

### III. Klagebefugnis (§ 42 II VwGO)

Nach § 42 II VwGO setzt die Erhebung der Verpflichtungsklage die Geltendmachung der Verletzung eines eigenen Rechts des Klägers voraus, die zumindest möglich erscheinen muss.<sup>10</sup> Vordergründig enthalten § 19 I WeinG und der diesen konkretisierende § 21 I WeinV lediglich eine objektive Ver-

pflichtung der Behörde, die amtliche Prüfungsnummer bei Vorliegen der Voraussetzungen zuzuteilen. Dass hiermit dem Antragsteller zugleich ein subjektives Recht auf Zuteilung verliehen wird, folgt indes aus der allgemein zur Subjektivierung objektivrechtlicher Normen herangezogenen Schutznormtheorie,<sup>11</sup> da diese Verpflichtung gerade auch im wirtschaftlichen Interesse des Erzeugers besteht. Hierfür spricht ferner eine Auslegung im Lichte von Art. 12 I GG: Zwar ist das Grundrecht der Berufsfreiheit, auf das sich A unzweifelhaft berufen kann, nicht unmittelbar einschlägig, da die Grundrechte in erster Linie Abwehrrechte und nicht Leistungsrechte sind. Indes ist der Vorbehalt der Zuteilung einer Prüfungsnummer mit einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt vergleichbar, da es auch in § 19 I WeinG nicht darum geht, den Verkauf von „Qualitätswein b. A.“ schlechthin zu verbieten, sondern die Verwendung dieser Bezeichnung von einer vorherigen staatlichen Kontrolle abhängig zu machen.<sup>12</sup> Diese stellt jedoch einen Eingriff in die Berufsfreiheit der Erzeuger dar, der dazu führt, dass die gesetzliche „Schranke“ zu öffnen ist, wenn die Qualitätsanforderungen des Gesetzes erfüllt sind. Dies hat sich u. a. darin niederschlagen, dass in diesem

<sup>6</sup> Ebenso *Faßbender* (Fn. 2), S. 334.

<sup>7</sup> Dazu *Boch*, Weingesetz, 2012, § 19 Rn. 1.

<sup>8</sup> Vgl. nur *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S. 9 Rn. 6; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 2013, Rn. 447.

<sup>9</sup> Ebenso ohne nähere Begründung auch *BVerwGE* 129, 27 (29 f.); *Rathke/Boch*, in: *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, 2010, § 19 WeinG (Stand: Juli 2010) Rn. 16a.

<sup>10</sup> Zur Möglichkeitstheorie nur *Würtenberger*, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl., 2011, Rn. 274.

<sup>11</sup> Zu dieser nur *Kopp/Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), 18. Aufl., 2012, § 42 Rn. 78; *Maurer* (Fn. 8), § 8 Rn. 2, 6 ff.; *Scherzberg*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2010, § 12 Rn. 9; *Ramsauer*, JuS 2012, 769 (770 f.).

<sup>12</sup> *Rathke/Boch* (Fn. 9), § 19 WeinG (Stand: Juli 2010) Rn. 8; zum präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nur *Maurer* (Fn. 8), § 9 Rn. 51.

Fall dem Antragsteller ein subjektives Recht auf Zuteilung der amtlichen Prüfungsnummer zuzuerkennen ist.<sup>13</sup>

Mithin kann A ein subjektives Recht auf Zuteilung der amtlichen Prüfungsnummer aus § 19 I WeinG und § 21 I WeinV geltend machen, dessen Verletzung auch möglich erscheint, da nicht auszuschließen ist, dass die Zuteilung in rechtswidriger Weise abgelehnt wurde.

#### **IV. Richtiger Klagegegner (§ 78 I VwGO)**

Nach § 78 I Nr. 1 VwGO, der nach zutreffender Ansicht eine Regelung der passiven Prozessführungsbefugnis trifft,<sup>14</sup> ist die Klage gegen den Rechtsträger der für die Zuteilung der amtlichen Prüfungsnummer zuständigen Behörde – d. h. vorliegend nach § 1 I WeinRDV BW die Staatliche Lehr- und Versuchsanstalt für Wein- und Obstbau Weinsberg (LVWO) – zu richten. Bereits dem Namen dieser Behörde ist zu entnehmen, dass es sich um eine staatliche Behörde handelt, weshalb die Klage gegen das Land Baden-Württemberg zu richten ist.

#### **V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit (§§ 61, 62 VwGO)**

A als natürliche Person ist beteiligtenfähig nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO und prozessfähig nach § 62 I Nr. 1 VwGO. Das Land ist betei-

ligtenfähig nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO (juristische Person) und muss nach § 62 III VwGO im Prozess gesetzlich vertreten werden.

#### **VI. Ordnungsgemäße Durchführung eines Vorverfahrens (§§ 68 ff. VwGO)**

Das nach § 68 II i. V. m. § 68 I VwGO erforderliche Widerspruchsverfahren wurde ordnungsgemäß durchgeführt.

#### **VII. Klagefrist (§ 74 VwGO)**

Die Klage wurde innerhalb eines Monats eingelegt, so dass die Klagefrist unabhängig von der Frage, ob vorliegend die Monatsfrist des § 74 II i. V. m. § 74 I 1 VwGO oder aufgrund möglicherweise fehlender Rechtsbehelfsbelehrung im Widerspruchsbescheid – wozu der Sachverhalt keine Angaben enthält – die Jahresfrist nach § 58 II 1 VwGO gilt, eingehalten ist.

#### **VIII. Rechtsschutzbedürfnis**

Gründe für ein ausnahmsweises Entfallen des Rechtsschutzbedürfnisses sind nicht ersichtlich; insbesondere hat A einen vorherigen Antrag bei der zuständigen Behörde gestellt.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> *Hufen* (Fn. 3), § 15 Rn. 21.

<sup>14</sup> Dazu mit w. Nachw. nur *Kopp/Schenke* (Fn. 11), § 78 Rn. 1.

<sup>15</sup> Zu dieser im Rahmen der Verpflichtungsklage allgemein geforderten Voraussetzung nur *Hufen* (Fn. 3), § 15 Rn. 30.

## IX. Ergebnis

Die Klage des A ist als Verpflichtungsklage zulässig.

### B: Begründetheit

Die Verpflichtungsklage ist nach § 113 V 1 VwGO begründet, wenn die Ablehnung des Verwaltungsaktes rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist. Dies kann für den Fall, dass dem Kläger ein gebundener Anspruch auf Erlass des Verwaltungsaktes zusteht, dahin zusammengefasst werden, dass die Verpflichtungsklage begründet ist, wenn der vom Kläger geltend gemachte Anspruch tatsächlich besteht, da es dann auf die Rechtmäßigkeit der Versagung nicht ankommt.<sup>16</sup> Dies gilt indes nur für den Fall des gebundenen Anspruchs, bei dem das Gericht die von § 113 V 1 VwGO geforderte Spruchreife selbst herstellen kann und muss. Demgegenüber gewinnt die Rechtmäßigkeit der Versagung immer dann eigenständige Bedeutung, wenn das Gericht die Spruchreife nicht selbst herstellen kann, da dann bei Rechtswidrigkeit der Versagung zwar die Versagung aufzuheben ist, nicht hingegen die Behörde zum Erlass des erstrebten Verwaltungsaktes zu verpflichten ist, da immer

noch eine rechtmäßige Versagung seitens der Behörde ergehen kann, weshalb in diesen Fällen lediglich ein Bescheidungsurteil ergeht.<sup>17</sup>

Dies ist zunächst der Fall bei sämtlichen Begünstigungen, die im Ermessen der Behörde stehen und bei denen der Kläger lediglich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hat. Hierunter fällt § 19 I WeinG nicht, da dieser dem Antragsteller einen Anspruch einräumt, der gerade nicht im Ermessen der Behörde steht. Allerdings könnte einer Spruchreife entgegenstehen, dass der zuständigen Behörde hinsichtlich der Beurteilung der Tatbestandsvoraussetzungen des Anspruchs – insbesondere hinsichtlich der Freiheit von Fehlern nach § 21 I Nr. 2 WeinV – ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht, was im Folgenden zu prüfen ist. Da auch bei Bestehen eines Beurteilungsspielraums das Gericht die behördliche Entscheidung nur auf das Vorhandensein von Beurteilungsfehlern überprüfen darf, kann das Gericht beim Vorliegen von Beurteilungsfehlern ebenfalls nur ein Bescheidungsurteil erlassen.<sup>18</sup>

Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob die Versagung der Zuteilung einer amtlichen Prüfungsnummer formell und materiell rechtmäßig, insbesondere bei Bestehen eines

<sup>16</sup> Wolff, in: Wolff/Decker, VwGO/VwVfG-Studien-Komm., 3. Aufl., 2012, § 113 VwGO Rn. 131; Hufen (Fn. 3), § 26 Rn. 1; insofern kann von dem in § 113 V 1 VwGO normierten Rechtswidrigkeitsaufbau ein Anspruchsaufbau unterschieden werden (Detterbeck [Fn. 8], Rn. 1389); ähnlich unter Unterscheidung von Vornahme- und Bescheidungsklage Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl., 2009, Rn. 96 f.

<sup>17</sup> Dazu Hufen (Fn. 3), § 26 Rn. 24.

<sup>18</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl., 2012, Rn. 838; Hufen (Fn. 3), § 26 Rn. 23.

Beurteilungsspielraums frei von Beurteilungsfehlern war.<sup>19</sup>

## I. Ermächtigungsgrundlage für Versagung

Ermächtigungsgrundlage für die Versagung der Zuteilung einer amtlichen Prüfungsnummer ist § 19 I WeinG i. V. m. § 21 I WeinV.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit der Versagung

### 1. Zuständigkeit

Laut Sachverhalt hat die nach § 1 I WeinRDV zuständige Staatliche Lehr- und Versuchsanstalt für Wein- und Obstbau Weinsberg (LVWO) gehandelt.

<sup>19</sup> Da die nachfolgende Lösung ergeben wird, dass der zuständigen Behörde hinsichtlich der Beurteilung der Fehlerfreiheit des Weins tatsächlich ein Beurteilungsspielraum zusteht und die Sache somit vom Gericht nicht selbst spruchreif gemacht werden kann, wird nachfolgend der im Gesetz vorgesehene Prüfungsaufbau, der die Rechtmäßigkeit der Versagung zum Gegenstand hat, gewählt, da nach Auffassung des Klausurstellers damit die Fragen der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit der Versagung am besten „untergebracht“ werden können (ebenso *Gersdorf* [Fn. 16], Rn. 96 f.). Im Übrigen differieren die der einschlägigen Lehrbuchlit. angebotenen Aufbauvarianten. Möglich ist insbesondere auch folgender modifizierter Anspruchsaufbau, der danach fragt, ob ein Anspruch auf beurteilungsfehlerfreie Entscheidung besteht und dieser Anspruch erfüllt wurde (so *Wolff* [Fn. 16], § 113 VwGO Rn. 131, 143 ff.; *Detterbeck* [Fn. 8], Rn. 1389). Dieser Anspruch ist insbesondere dann nicht erfüllt, wenn die Behörde beurteilungsfehlerhaft entschieden hat, so dass auch in diesen Aufbau die Frage der Rechtmäßigkeit der Versagung gut integriert werden kann.

## 2. Verfahren

Der Sachverhalt liefert keine Anhaltspunkte, dass gegen die in der WeinRDV und der Geschäftsordnung normierten Verfahrensanforderungen verstoßen wurde. Indes ist bereits fraglich, ob diese ihrerseits mit höherrangigem Recht vereinbar sind. Zu unterscheiden sind dabei zwei mögliche Verstöße, nämlich erstens die Errichtung der pluralistischen, überwiegend mit außerhalb der Verwaltung stehenden Personen besetzten Prüfungskommissionen, denen die Vornahme der eigentlichen Sinnenprüfung obliegt, und zweitens die Übertragung der Durchführung der Sinnenprüfung auf die privaten Weinbauvereine.

Beide Punkte fallen nicht nur unter den Begriff des Verwaltungsverfahrens, versteht man hierunter „*Weg und Form der Willensbildung der Verwaltung von der Vorbereitung und dem Beginn des Verwaltungshandelns bis zur Entscheidung selbst und deren Durchsetzung*“,<sup>20</sup> sondern diese Prüfung ist auch von entscheidender Relevanz für die weitere Falllösung: Würde sich nämlich ergeben, dass die Errichtung der Prüfungskommissionen nicht mit höherrangigem Recht vereinbar ist, so würde sich die Frage, ob entsprechenden weisungsfreien und pluralistisch zusammengesetzten Gremien ein Beurteilungsspielraum zukommt, für die konkreten, vorliegend in Rede stehenden Gremien gar nicht

<sup>20</sup> So *Pünder*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 11), § 13 Rn. 1 unter Verweis auf *BVerfGE* 37, 363 (390); 55, 274 (320 f.).

mehr stellen. Gleiches gilt für die Übertragung der Durchführung der Sinnenprüfung auf die privaten Weinbauvereine, da das von diesen geführte Verfahren gleichsam das „Trägerverfahren“ für die eigentliche Sinnenprüfung bildet, die in der Luft hängen würde, würde dessen Übertragung auf die Weinbauvereine gegen höherrangiges Recht verstoßen.

#### **a) Errichtung pluralistisch besetzter Prüfungskommissionen**

Die auf Grundlage der § 25 II WeinV und § 12 I WeinRDV errichteten Prüfungskommissionen könnten, da sie mehrheitlich mit Personen besetzt sind, die außerhalb der Verwaltung stehen und für ihre Berufung private Verbände ein Vorschlagsrecht haben, ferner aufgrund ihrer Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit, gegen Verfassungsprinzipien verstoßen, nämlich gegen das demokratische Legitimationsgebot, gegen das Rechtsstaatsprinzip, gegen den beamtenrechtlichen Funktionsvorbehalt (Art. 33 IV GG) und gegen Grundrechte des A. Schließlich könnte es an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für die Errichtung fehlen.

#### **aa) Vereinbarkeit mit demokratischem Legitimationsgebot (Art. 20 II 1 GG)**

##### **(1) Vorliegen legitimationsbedürftiger Staatsgewalt (Art. 20 II 1 GG)**

Das aus Art. 20 II 1 GG, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, folgende Gebot de-

mokratischer Legitimation des Staatshandelns hat die Ausübung von Staatsgewalt zur Voraussetzung. Hierunter ist nach ständiger Formulierung des BVerfG „*jedenfalls alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter*“ zu verstehen.<sup>21</sup> Ohne Zweifel fällt hierunter die Entscheidung der LVWO über die Zuteilung der amtlichen Prüfungsnummer nach § 19 I WeinG. Ob demgegenüber auch die Bewertung der Prüfungskommissionen im Rahmen der Sinnenprüfung hierzu zu rechnen ist, hängt davon ab, welche Bindungswirkung diese Bewertung für die Entscheidung der LVWO entfaltet; insbesondere könnte die Ausübung von Staatsgewalt verneint werden, sollte es sich hierbei um rein vorbereitende Maßnahmen ohne eigenständigen Entscheidungsgehalt handeln.<sup>22</sup>

Gegen eine strikte Bindung spricht zunächst § 24 I 2 WeinV, wonach die zuständige Stelle ihre Entscheidung u. a. „*nach dem Ergebnis der Sinnenprüfung*“ trifft, ferner § 25 II WeinV i. V. m. § 12 I 1 WeinRDV, wonach Prüfungskommissionen zur „*Mitwirkung*“ an den Prüfungen bestimmt werden. Nicht maßgeblich ist demgegenüber Ziff. 3.3.1 der Geschäftsordnung (im Folgenden GO), wonach die Prüfungsbehörde nicht an die Bewertung durch die Mitglieder der Prüfungskommissionen gebunden ist und nur in be-

<sup>21</sup> BVerfGE 83, 60 (73); 93, 37 (68); 107, 59 (87); aus der Lit. nur Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR II, 3. Aufl., 2004, § 24, Rn. 12; Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. 1, 2011, § 7 Rn. 219; Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl., 2010, § 7 Rn. 25.

<sup>22</sup> Dazu Kloepfer (Fn. 21), § 7 Rn. 221.



gründeten Fällen hiervon abweichen soll, da es sich hierbei lediglich um eine Verwaltungsvorschrift des Innenrechts handelt. Andererseits spricht die Formulierung des § 24 I 2 WeinV, wonach die zuständige Stelle ihre Entscheidung „nach dem Ergebnis der Sinnenprüfung“ trifft, dafür, dass diesem Ergebnis nicht nur rein vorbereitender Charakter zukommt, sondern diese – so wie es auch in Ziff. 3.3.1 GO zum Ausdruck kommt – zumindest im Regelfall an die Bewertung der Prüfungskommissionen gebunden ist.<sup>23</sup> Hierfür spricht ferner der Zweck der Errichtung der Kommissionen, die gerade durch ihre pluralistische Zusammensetzung mit sachkundigen Personen eine höhere Gewähr für eine sachrichtige Entscheidung bieten.<sup>24</sup> Diese Auslegung wird ferner bestätigt durch § 24 I 3 Nr. 2 WeinV, wonach die zuständige Stelle eine nochmalige oder eine weitergehende Untersuchung veranlassen kann, was im Hinblick auf die Durchführung einer Sinnenprüfung nur Sinn macht, wenn die zuständige Stelle die Bewertung der Prüfungskommission nicht ohne weiteres durch eine eigene ersetzen kann.<sup>25</sup> Dem steht auch nicht § 24 I 3 Nr. 1 WeinV entgegen, wonach die zuständige Stelle eine andere Einstufung als die beantragte vornehmen kann, da dies allein das Außenverhältnis zum Antragsteller betrifft und keine Rückschlüsse auf die Bindung an die Bewertung der Kommissionen

zulässt.<sup>26</sup> Kommt somit der Bewertung durch die Prüfungskommissionen im Regelfall Bindungswirkung für die Entscheidung der LVWO zu, so stellt diese Ausübung von Staatsgewalt i. S. von Art. 20 II 1 GG dar, die der demokratischen Legitimation bedarf.

## (2) Demokratische Legitimation der Prüfungskommissionen

Nach dem herrschenden, vom BVerfG geprägten Legitimationsmodell vollzieht sich die Legitimation der Verwaltung über eine personelle und eine sachlich-inhaltliche Legitimation. Während die personelle Legitimation in einer ununterbrochenen, auf individuellen Einsetzungs- und Berufungsakten beruhenden und auf das Volk zurückführenden Legitimationskette besteht, äußert sich die sachliche Legitimation in den inhaltlichen Vorgaben des Gesetzes und in der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Verwaltung, die wiederum in deren grundsätzlicher Weisungsgebundenheit zum Ausdruck kommt.<sup>27</sup> Während die personelle Legitimation vorliegend insofern bejaht werden kann, als den Weinbauverbänden für die Personen aus der Weinwirtschaft nach § 12 II 2 WeinRDV zwar ein Vorschlagsrecht zukommt, die Berufung der vorgeschlagenen Personen jedoch individuell durch die zu-

<sup>23</sup> Ebenso Rathke/Boch (Fn. 9), § 19 WeinG (Stand: Juli 2010) Rn. 16a.

<sup>24</sup> BVerwGE 129, 27 (34).

<sup>25</sup> BVerwGE 129, 27 (35); ebenso Faßbender (Fn. 2), S. 336.

<sup>26</sup> Ebenso BVerwGE 129, 27 (35); Faßbender (Fn. 2), S. 336.

<sup>27</sup> Zusammenfassend mit Nachw. aus der Rspr. des BVerfG Maurer (Fn. 21), § 7 Rn. 28; aus der Lit. grundlegend Böckenförde (Fn. 21), § 24, Rn. 14 ff.; dem folgend etwa Grundgesetz, 2. Aufl., 2007, S. 94.

ständige Prüfungsbehörde erfolgt, womit das Erfordernis der Legitimationsketten gewahrt ist, erscheint eine hinreichende sachlich-inhaltliche Legitimation als fraglich, da die gesetzlichen Vorgaben an die Tätigkeit der Kommissionen äußerst dünn und deren Mitglieder zudem nach § 12 III 2 WeinRDV weisungsfrei gestellt sind. Inwieweit derartige „ministerialfreie“ Bereiche<sup>28</sup> innerhalb der Verwaltung, die der Leitungsgewalt des Ressortministers und somit der parlamentarischen Verantwortlichkeit entzogen sind, zulässig sind, ist umstritten: Während eine Ansicht einen sachlichen Grund fordert,<sup>29</sup> muss dieser nach anderer Ansicht in der Verfassung selbst angelegt sein.<sup>30</sup>

Ein sachlicher Grund ist vorliegend darin zu sehen, dass bereits die kollegiale Struktur der Kommissionen, die im Zusammenwirken verschiedener Prüfer eine höhere Sachrichtigkeit und eine „Neutralisierung“ von Subjektivismen bewirkt,<sup>31</sup> ein Weisungsrecht notwendig ausschließt, da eine Weisungsunterworfenheit der einzelnen Mitglieder die Vorteile der kollegialen Struktur wieder zunichtemachen würde. Fordert man weitergehend einen in der Verfassung selbst angelegten Grund, so kann darauf abgestellt werden,

<sup>28</sup> Zum Begriff *Kloepfer* (Fn. 21), § 7 Rn. 225, § 18 Rn. 200 f.; *Böckenförde* (Fn. 21), § 24, Rn. 24; für weisungsfreie Kollegialgremien innerhalb der Verwaltung umfassend *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993; zusammenfassend *Müller*, JuS 1985, 497 ff.

<sup>29</sup> So *Böckenförde* (Fn. 21), § 24, Rn. 24.

<sup>30</sup> In diesem Sinne etwa *Dreier*, in: ders., GG II, 2. Aufl., 2007, Art. 20 (Demokratie) Rn. 126.

<sup>31</sup> So *BVerwGE* 129, 27 (34).

dass die pluralistische und weisungsfreie Besetzung der Prüfungskommissionen einer höheren Sachrichtigkeit und somit auch den grundrechtlichen Interessen (hier Art. 12 I GG) derjenigen dient, die die Zuteilung der amtlichen Prüfungsnummer begehren.<sup>32</sup> Die Errichtung der pluralistisch besetzten und weisungsfreien Prüfungskommissionen ist somit mit Art. 20 II 1 GG vereinbar.

### **bb) Vereinbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip**

Die diesbezüglichen Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips lassen sich dahin zusammenfassen, dass die Errichtung pluralistischer Prüfungskommissionen die Gewähr dafür bieten muss, dass die im Rahmen der Sinnenprüfung zu beachtenden Rechtsvorschriften eingehalten werden und die Prüfungskommissionen sich nicht von sachfremden Erwägungen oder Willkür leiten lassen. Ferner müssen die Mitglieder der Kommission hinreichende Gewähr für Neutralität und Unbefangenheit bieten. Dies ist zu bejahen: Zunächst ist zu beachten, für die Bewertung nur äußerst vage Vorgaben in Gestalt hochgradig unbestimmter Rechtsbegriffe (vgl. die in Anlage 9 der WeinV genannten Merkmale „Geruch, Geschmack und Harmonie“) bestehen und ansonsten auf außerrechtliche Wertungen und Erfahrungen verwiesen wird. Gerade die Zusammensetzung der Prüfungs-

<sup>32</sup> In diese Richtung auch die Argumentation des BVerfG zu Art. 5 III GG im Fall der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften (*BVerfGE* 83, 130 [150]).

kommissionen mit sachkundigen Personen, die in der Verwaltung nicht vorhanden wären, ist geeignet, eine höhere Richtigkeitsgewähr bei der Anwendung dieser Rechtsbegriffe zu bieten. Die Sachlichkeit und Neutralität der Kommissionen wird neben dem Umstand, dass die Sinnenprüfung nach Ziff. 3.2.6 GO verdeckt erfolgt, schließlich dadurch hergestellt, dass die Mitglieder der Kommissionen nach § 12 III 3 WeinRDV zur gewissenhaften Ausübung ihrer Tätigkeit und zur Verschwiegenheit zu verpflichten sind.

### cc) Vereinbarkeit mit beamtenrechtlichem Funktionsvorbehalt nach Art. 33 IV GG

Ferner könnte der beamtenrechtliche Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG der Errichtung mit außerhalb der Verwaltung stehenden Personen besetzter Gremien Grenzen ziehen.

### (1) Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse

Zunächst bedarf es der Klärung, was unter der „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ zu verstehen ist: Während eine Auffassung dies eng im Sinne der „klassischen“ Eingriffsverwaltung versteht, dehnen andere diesen Begriff auch auf die Leistungsverwaltung aus.<sup>33</sup> Für ein tendenziell weites, auch

<sup>33</sup> Zu diesem Streit mit w. Nachw. nur *Kunig*, in: *v. Münch/Kunig*, GG I, 6. Aufl., 2012, Art. 33 Rn. 47 f.; *Battis*, in: *Sachs*, GG, 6. Aufl., 2011, Art. 33

die Leistungsverwaltung erfassendes Verständnis spricht, dass die Bereiche des Eingriffs und der Leistung oft nur schwer zu trennen sind, wie gerade das vorliegende Beispiel zeigt, da A einerseits eine staatliche Leistung begehrt, andererseits aber das Verbot, die Kennzeichnung „Qualitätswein b. A.“ ohne Zuteilung der Prüfungsnummer zu verwenden, einen Eingriff in seine Grundrechte darstellt. Insofern ist in der Bewertungstätigkeit der Prüfungskommissionen eine Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse zu sehen.

### (2) Ständige Aufgabe

Ferner müsste die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als „ständige Aufgabe“ anfallen. Hiermit ist gemeint, dass die Verwaltungstätigkeit auf Dauer angelegt ist und sich mit einer gewissen Häufigkeit wiederholt.<sup>34</sup> Hieran fehlt es jedoch bei der Sinnenprüfung, da diese Verwaltungsaufgabe nur unregelmäßig anfällt.<sup>35</sup> Hierdurch sollen solche Verwaltungstätigkeiten aus dem Funktionsvorbehalt ausgeschlossen werden, für die es verwaltungsökonomisch sinnlos wäre, ständig einen besonders geschulten Beamtenapparat vorzuhalten.

Rn. 55 f.

<sup>34</sup> Vgl. *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 12. Aufl., 2012, Art. 33 Rn. 41: „kontinuierlich und auf unabsehbare Dauer“.

<sup>35</sup> Ebenso *BVerfGE* 83, 130 (150) für die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften.

### (3) Übertragung an Berufsbeamte im Regelfall

Schließlich sieht Art. 33 IV GG die Übertragung der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse auf Berufsbeamte („Angehörige des öffentlichen Dienstes [...], die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“) als Rechtsfolge nur „in der Regel“ vor, was eine qualitative und quantitative Dimension aufweist.<sup>36</sup> Während in qualitativer Hinsicht ein sachlicher Grund für die Übertragung auf Personen, die nicht in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, erforderlich ist,<sup>37</sup> dürfen derartige Aufgaben in quantitativer Hinsicht nicht das Gesamtbild der Verwaltungstätigkeit prägen.<sup>38</sup> Beides ist vorliegend der Fall, da der mit der Errichtung der Kommissionen verfolgte Zweck, Sachverstand für die Entscheidung zu gewinnen, der in der öffentlichen Verwaltung nicht ständig vorgehalten werden kann, einen sachlichen Grund darstellt. Ebenso prägt diese Art der Aufgabenerfüllung nicht das Gesamtbild der Verwaltung des Landes Baden-Württemberg, da es sich um eine Verwaltungsaufgabe handelt, die nur einen – zudem weniger gewichtigen – Bruchteil der gesamten Verwaltungstätigkeit des Landes ausmacht.

<sup>36</sup> Hense, in: *Epping/Hillgruber*, Beck-OK GG (Stand: 01.01.2013), 2013, Art. 33 Rn. 30; *Kloepfer* (Fn. 21), § 22 Rn. 171.

<sup>37</sup> *Kunig* (Fn. 33), Art. 33 Rn. 50; enger *Pieroth* (Fn. 34), Art. 33 Rn. 42.

<sup>38</sup> In diese Richtung *BVerfGE* 9, 268 (284).

Somit verstößt die Einbeziehung von nicht der Verwaltung angehörender Personen in die Kommissionen nicht gegen Art. 33 IV GG.

### dd) Vereinbarkeit mit Grundrechten des A

Vorliegend kann sich A als Erzeuger von Wein auf die Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG berufen. Auch stellt die Regelung des § 19 I WeinG, wonach A die Bezeichnung „Qualitätswein b. A.“ nur verwenden darf, wenn diese ihm in einem staatlichen Prüfungsverfahren zugeteilt wurde,<sup>39</sup> einen Eingriff in seine Berufsfreiheit dar, da dem A bei fehlender Zuteilung eine an sich bestehende Vermarktungs- und Verwendungsmöglichkeit untersagt ist. Der in dieser staatlichen Qualitätskontrolle liegende Eingriff ist als Regelung der Berufsausübung, für deren Rechtfertigung nach der sog. Drei-Stufen-Theorie bereits vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls ausreichen,<sup>40</sup> jedoch durch den Zweck des Schutzes der Verbraucher vor irreführenden und unzutreffenden Qualitätsbezeichnungen gerechtfertigt. Gegenüber diesem in § 19 I WeinG liegenden Eingriff stellt die Errichtung pluralistischer und mit außerhalb der Verwaltung stehender Personen besetzter Prüfungskommissionen keinen eigenständigen und weitergehenden Eingriff dar; im Ge-

<sup>39</sup> Dazu *Rathke/Boch* (Fn. 9), § 19 WeinG (Stand: Juli 2010) Rn. 8.

<sup>40</sup> Grundlegend *BVerfGE* 7, 377 (405); aus der Lit. nur *Hufen*, Staatsrecht II, 3. Aufl., 2011, § 35 Rn. 30; *Manssen*, Staatsrecht II, 9. Aufl., 2012, Rn. 617; zur heutigen Bedeutung der Stufenlehre *Kämmerer*, in: v. *Münch/Kunig*, GG I (Fn. 33), Art. 12 Rn. 59 ff.

genteil wird die Eingriffsqualität des § 19 I WeinG tendenziell gemildert, indem die Zusammensetzung der Prüfungskommissionen wie ausgeführt für eine höhere Richtigkeitsgewähr der Bewertungen sorgt.

Die Errichtung der Prüfungskommissionen verstößt somit nicht gegen Art. 12 I GG.

### ee) Erfordernis einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage

Für die Errichtung von pluralistischen und weisungsfreien Gremien wird allgemein eine gesetzliche Grundlage gefordert (sog. institutioneller bzw. organisatorischer Vorbehalt des Gesetzes).<sup>41</sup> Dies folgt daraus, dass ansonsten die Exekutive aus eigener Machtvollkommenheit das institutionelle Gefüge der Gewalten dadurch verändern könnte, dass sie außerhalb der Verwaltung stehende Personen in die Verwaltungsorganisation einbezieht und einzelne Bereiche der Verwaltungstätigkeit durch Einräumung von Weisungsfreiheit der parlamentarischen Kontrolle entzieht. Inwieweit diese Regelungen im Parlamentsgesetz selbst erfolgen müssen, richtet sich nach der Wesentlichkeitstheorie.<sup>42</sup> Dabei dürfte es angesichts der eher geringen Grundrechtsbetroffenheit (dazu soeben) ausreichend sein, dass der parlamentarische Gesetzgeber in § 21 I Nr. 3 WeinG die Exekutive zur Regelung des Prüfungsverfahrens er-

mächtigt hat, wohingegen die eigentliche Errichtung erst in den auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen erfolgt (vgl. § 25 II WeinV und § 12 WeinRDV).

Damit ist eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Errichtung der Prüfungskommissionen vorhanden.

### b) Übertragung der Durchführung der Sinnenprüfung auf private Weinbauvereine

Ausgehend von der Unterscheidung zwischen *Organisations-* (bzw. formeller), *Aufgaben-* (bzw. materieller) und *funktionaler* (bzw. Erfüllungs-) *Privatisierung*<sup>43</sup> kann die vorliegende Übertragung der Durchführung der Sinnenprüfung auf die privaten Weinbauvereine als funktionale Privatisierung in der Form der Verfahrensprivatisierung<sup>44</sup> eingeordnet werden. Bei dieser werden von einer fortbestehenden Staatsaufgabe Teilbeiträge vorbereitenden und/oder durchführenden Charakters – hier die in Ziff. 2.1.2 GO genannten Tätigkeiten – auf Private übertragen,<sup>45</sup> die als Verwaltungshelfer bezeichnet werden.<sup>46</sup> Allerdings bleibt die übertragende

<sup>41</sup> Vgl. nur Krebs, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR V, 3. Aufl., 2007, § 108, Rn. 102.

<sup>42</sup> Dazu mit Nachw. nur Kloepfer (Fn. 21), S. 10 Rn. 121 ff.

<sup>43</sup> Dazu nur Maurer (Fn. 8), § 23 Rn. 61 ff.; Burgi, in: Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 11), § 10 Rn. 10 ff., 31 ff., 36 ff.; ders., in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR IV, 3. Aufl., 2006, § 75, Rn. 6 ff.; Schoch, JURA 2008, 672 (676).

<sup>44</sup> Burgi, in: Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 43), § 10 Rn. 31.

<sup>45</sup> Burgi, in: HbStR IV (Fn. 43), § 75, Rn. 7; Maurer (Fn. 8), § 23 Rn. 62.

<sup>46</sup> Burgi, in: Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 43), § 10 Rn. 32.



staatliche Stelle weiterhin für die sachgerechte Erledigung der Aufgabe zuständig und verantwortlich, womit kein Wechsel der Aufgabenträgerschaft stattfindet.<sup>47</sup> Probleme der Vereinbarkeit mit Verfassungsprinzipien stellen sich hinsichtlich derselben Punkte wie im Rahmen der Errichtung der Prüfungskommissionen.

**aa) Vereinbarkeit mit demokratischem Legitimationsgebot (Art. 20 II 1 GG)**

Hierzu ist wiederum zu fragen, ob es sich bei den auf die Weinbauverbände übertragenen Aufgaben um die Ausübung von Staatsgewalt i. S. von Art. 20 II 1 GG handelt. Dies ist zu verneinen, da diese Aufgaben rein vorbereitender und durchführender Art sind und keinerlei inhaltlichen Einfluss auf die Bewertungen haben. Folglich fehlt es bereits an einer legitimationsbedürftigen Ausübung von Staatsgewalt.

**bb) Vereinbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip**

Hinsichtlich der Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips gilt das oben zu den Prüfungskommissionen Ausgeführte mit dem Unterschied, dass die Gefahren aus einer möglicherweise fehlenden Neutralität und Unparteilichkeit aufgrund des rein durchführenden Charakters der den Weinbauverbänden übertragenen Aufgaben sehr viel geringer wiegen,

weshalb das Bedürfnis nach entsprechenden „Sicherungen“ ebenfalls deutlich geringer ist.

**cc) Vereinbarkeit mit beamtenrechtlichem Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG**

Dieser rein durchführende Charakter der den Weinbauverbänden übertragenen Aufgaben führt ferner dazu, dass der Anwendungsbereich von Art. 33 IV GG bereits im Ansatz nicht eröffnet ist, da diese Aufgaben wie ausgeführt keine inhaltlichen Auswirkungen auf die von den Prüfungskommissionen zu treffenden hoheitsrechtlichen Bewertungen haben, es mithin an der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse fehlt.

**dd) Vereinbarkeit mit Grundrechten des A**

Wurde oben festgestellt, dass die Errichtung der pluralistisch besetzten Prüfungskommissionen keinen eigenständigen Eingriff in die Berufsfreiheit des A begründet, so muss dies erst recht für die Aufgaben rein durchführender Art gelten, die den Weinbauverbänden nach Ziff. 2.1.2 GO übertragen sind.

**ee) Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage**

Nach allgemeiner Auffassung unterliegt die funktionale Privatisierung keinem Gesetzesvorbehalt, was daraus folgt, dass hier keine Veränderung des institutionellen Gefüges

<sup>47</sup> Maurer (Fn. 8), S. 23 Rn. 62.

oder der Aufgabenträgerschaft erfolgt.<sup>48</sup> Insofern ist es ausreichend, dass die Übertragung auf den Weinbauverband durch die Geschäftsordnung als Verwaltungsvorschrift erfolgt.

### 3. Form und Zwischenergebnis

Da Formfehler der Versagung nicht ersichtlich sind, erfolgte die Durchführung der Qualitätsprüfung *formell rechtmäßig*.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit der Versagung

### 1. Voraussetzungen der Zuteilung einer amtlichen Prüfungsnummer

Da laut Sachverhalt die sonstigen Voraussetzungen für die Zuteilung einer amtlichen Prüfungsnummer gegeben sind, ist an dieser Stelle einzig zu prüfen, ob der Wein im Rahmen der durchzuführenden Qualitätsprüfung nach § 21 I Nr. 2 WeinV in Aussehen, Geruch und Geschmack frei von Fehlern ist. Da einerseits beide mit dem Wein des A befassten Prüfungskommissionen das Vorliegen dieser Voraussetzungen verneinten, andererseits aber das Gericht aufgrund einer eigenen Bewertung der Klage stattgeben möchte, ist zu klären, auf wessen Beurteilung es vorliegend ankommt.

Bei den soeben genannten Voraussetzungen nach § 21 I Nr. 2 WeinV handelt es sich ebenso wie bei den in Anlage 9 der WeinV ge-

nannten, den Gegenstand der Sinnenprüfung bildenden Merkmalen „Geruch, Geschmack und Harmonie“ um sog. unbestimmte Rechtsbegriffe, hinsichtlich derer die Prüfungskommissionen über einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum verfügen könnten. Derartige Beurteilungsspielräume sind nach herrschendem Verständnis strikt von Ermessensspielräumen (vgl. § 40 VwVfG und § 114 VwGO) zu trennen:<sup>49</sup> Während das Ermessen einen Spielraum der Verwaltung auf der Rechtsfolgenseite einer Rechtsnorm bezeichnet, geht es bei Beurteilungsspielräumen um auf der Tatbestandsebene angesiedelte unbestimmte Rechtsbegriffe. Hierbei ist angesichts Art. 19 IV GG und dem hieraus abgeleiteten Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes<sup>50</sup> davon auszugehen, dass auch Rechtsbegriffe, die über eine gewisse Unbestimmtheit verfügen – so etwa die „Gefahr“ im Polizeirecht – grundsätzlich einer vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Unter welchen Voraussetzungen ausnahmsweise von einem gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum auszugehen ist, ist im Folgenden zu klären. Sollte ein solcher Beurteilungsspielraum anzuerkennen sein, wäre maßgeblich auf die Bewertungen der Prüfungskommissionen abzustellen, die vom Gericht lediglich auf Beurtei-

<sup>48</sup> Burgi, in: HbStR IV (Fn. 43), § 75, Rn. 24.

<sup>49</sup> Statt aller Maurer (Fn. 8), § 7 Rn. 26 ff.; Schoch, JURA 2004, 612 (614 f.).

<sup>50</sup> Dazu nur Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 6. Aufl., 2010, Art. 19 Abs. 4 Rn. 459 ff.; Papier, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR VIII, 3. Aufl., 2010, Rn. 90 ff.

lungsfehler zu überprüfen wären; anderenfalls wäre die Bewertung durch das Gericht maßgeblich.

## 2. Bestehen eines Beurteilungsspielraums hinsichtlich § 21 I Nr. 2 Weinverordnung

### a) Voraussetzungen für das Bestehen eines Beurteilungsspielraums

Diesbezüglich lassen sich drei Ansätze unterscheiden:

#### aa) Fallgruppenbildung

Ein erster Ansatz orientiert sich an allgemein – wenngleich mit Nuancierungen – anerkannten Fallgruppen,<sup>51</sup> nämlich (1.) prüfungs- und prüfungsähnliche Entscheidungen, (2.) beamtenrechtliche Beurteilungen, (3.) wissenschaftliche und künstlerische Wertungen durch fachlich weisungsfreie Gremien und Ausschüsse und (4.) Wertungen und Prognosen.<sup>52</sup> Aufgrund ihrer pluralisti-

<sup>51</sup> Im Folgenden wird der Aufzählung von *Hufen* (Fn. 3), § 25 Rn. 36 ff. gefolgt; ähnliche Fallgruppenbildung bei *Maurer* (Fn. 8), § 7 Rn. 37 ff.; *Schoch* (Fn. 49), S. 616 f.; *Jestaedt*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 11), § 11 Rn. 46.

<sup>52</sup> Unklarheiten über die Reichweite der Fallgruppen, die sich zugleich in der Bezeichnung niederschlagen, finden sich im Rahmen der Fallgruppen (3.) und (4.); so wird teilweise unter Weglassung des Merkmals der Weisungsfreiheit maßgeblich auf die pluralistische Zusammensetzung derartiger Gremien abgestellt (so *Schenke* [Fn. 18], Rn. 758; ähnlich *Rennert*, in: *Eyermann, VwGO*, 13. Aufl., 2010, § 114 Rn. 73), während der Anwendungsbereich der Wertungen und Prognosen in Fallgruppe (4.) teilweise auf Risikoentscheidungen bzw. Risikobewertungen

sehen Zusammensetzung und ihrer in § 12 III 2 WeinRDV vorgesehenen Weisungsfreiheit lassen sich die Prüfungskommissionen unproblematisch unter die dritte Fallgruppe subsumieren. Allerdings kann eine ausschließlich fallgruppenorientierte Begründung von Beurteilungsspielräumen schon deshalb nicht befriedigen, weil hierbei offenbleibt, warum Entscheidungen derartiger Gremien angesichts Art. 19 IV GG gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar sein sollen. So könnte gerade die Weisungsfreiheit dieser Gremien ein Grund für eine verstärkte gerichtliche Kontrolle sein.<sup>53</sup> Zudem zeigt das Beispiel der Prüfungskommissionen für die weinrechtliche Sinnenprüfung, bei der das BVerwG noch im Jahr 1993 einen Beurteilungsspielraum verneint hatte,<sup>54</sup> dass man diesbezüglich auch zu einer anderen Bewertung gelangen kann, was die Suche nach weiteren Begründungen erforderlich macht.

#### bb) Funktionsgrenzen der Rechtsprechung

Ein zweiter Ansatz bemüht den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gewaltenteilung und nimmt eine reduzierte gerichtliche Kontrolldichte dann an, wenn die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung erreicht sind.<sup>55</sup> Dies

beschränkt wird (so *Maurer* [Fn. 8], § 7 Rn. 41; *Eifert*, ZJS 2008, 336 [341]).

<sup>53</sup> Dazu *Maurer* (Fn. 8), § 7 Rn. 45 unter Berufung auf die teilweise fragwürdige Legitimation derartiger Gremien; ähnlich *Jestaedt* (Fn. 51), § 11 Rn. 49.

<sup>54</sup> BVerwGE 94, 307 (311 f.); nunmehr aufgegeben in BVerwGE 129, 27 (33).

<sup>55</sup> *Maurer* (Fn. 8), § 7 Rn. 34; *Schoch* (Fn. 49), S. 616; *Rennert* (Fn. 52), § 114 Rn. 67.

soll dann der Fall sein, wenn die Verwaltung aufgrund ihrer Entscheidungsstrukturen und -verfahren strukturell besser geeignet ist als die Verwaltungsgerichte, eine bestimmte Entscheidung zu treffen. Als Gründe hierfür werden genannt die Schwierigkeit des gerichtlichen Nachvollzugs einer Entscheidung oder ihre Wertungsabhängigkeit, ferner die Abhängigkeit von subjektiven Wertungen des Entscheidenden und besondere Entscheidungssituationen.<sup>56</sup> Dies ist unmittelbar einsehbar für Prüfungsentscheidungen, wenn ein Gericht auch unter Heranziehung von Sachverständigen etwa einen Abituraufsatz im Fach Deutsch nicht adäquat bewerten kann, ist jedoch auch auf den vorliegenden Fall übertragbar, wenn man fragt, über welche Befähigung das Verwaltungsgericht zur Beurteilung der Qualität des Weins verfügt. Hier spricht viel dafür, dass eine Entscheidung nach dem persönlichen Geschmack der Richter rein subjektiv und wesentlich irrationaler als die Entscheidung der Prüfungskommissionen wäre.

### cc) Normative Ermächtigungslehre

Ein dritter, als normative Ermächtigungslehre bezeichneter Ansatz stellt darauf ab, ob der Gesetzgeber die gerichtliche Kontrolle hinsichtlich einzelner Tatbestandsmerkmale beschränkt und somit die Verwaltung zu einer gerichtlich nur eingeschränkt überprüf-

baren Entscheidung ermächtigt hat.<sup>57</sup> In diese Richtung geht auch die Aussage des BVerfG, wonach es das aus Art. 19 IV GG folgende Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht ausschliesse, „dass durch den Gesetzgeber eröffnete Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume [...] die Durchführung der Rechtskontrolle durch die Gerichte [einschränken]“.<sup>58</sup> Zutreffend ist an diesem Ansatz, dass die Grundlage für die gerichtliche Kontrollreduktion in einer Entscheidung des Gesetzgebers zu suchen ist, der aufgrund seiner demokratischen Legitimation zuvörderst die Abgrenzung der Kompetenzbereiche von Verwaltung und Judikative vorzunehmen hat. Problematisch ist jedoch, dass die wenigsten gesetzlichen Ermächtigungen eine ausdrückliche Aussage zur Kontrolldichte enthalten, sondern diese erst durch Auslegung gewonnen werden müssen.<sup>59</sup>

Vorliegend könnten als derartige Ermächtigungen aufgefasst werden § 25 II WeinV und § 12 I WeinRDV, ferner die Vorschriften über die Zusammensetzung der Prüfungskommissionen in § 12 II-IV WeinRDV. Allerdings treffen diese Vorschriften zumindest ausdrücklich keine Aussagen über die Kontrolldichte, ebenso wie die normative Ermächti-

<sup>56</sup> So die Aufzählung bei *Hufen* (Fn. 3), § 25 Rn. 34; vgl. ferner die bei *Jestaedt* (Fn. 51), § 11 Rn. 52 genannten Kriterien.

<sup>57</sup> *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 2003, Art. 19 Abs. 4 (Stand: Februar 2003) Rn. 185 f.; von *Maurer* (Fn. 8), § 7 Rn. 34 wird die normative Ermächtigungslehre als „inzwischen als herrschend“ bezeichnet; ferner *Jestaedt* (Fn. 51), § 11 Rn. 34 ff.

<sup>58</sup> *BVerfGE* 129, 1 (21 f.) mit w. Nachw. aus der Rspr. des BVerfG; in diese Richtung auch *BVerwGE* 129, 27 (33).

<sup>59</sup> *Eifert* (Fn. 52), S. 339; ebenso *BVerwGE* 129, 27 (33). – Ausnahmen in § 71 V 2 GWB und § 10 II 2 TKG.

gungslehre selbst keine Kriterien enthält, nach denen diese Auslegung vorzunehmen ist.

#### **dd) Kombinationstheorien und Zwischenergebnis**

Zunehmend wird deshalb eine Kombination aller drei Ansätze vertreten, wonach eine erste Einordnung über die anerkannten Fallgruppen zu erfolgen hat und im nächsten Schritt zu fragen ist, ob gesetzliche Vorschriften existieren, die im Sinne einer normativen Ermächtigung zu reduzierter gerichtlicher Kontrolle ausgelegt werden können. Im Rahmen dieser Auslegung spielen sodann im dritten Schritt die Erwägungen zu den Funktionsgrenzen der Rechtsprechung eine Rolle.

Danach ergibt sich für den vorliegenden Fall: Die zur Sinnenprüfung berufenen Prüfungskommissionen fallen erstens unter die Fallgruppe der pluralistisch besetzten Gremien. Zweitens existieren wie ausgeführt mehrere gesetzliche Vorschriften, die diesen Prüfungskommissionen einen spezifischen Prüfung- und Bewertungsauftrag zuweisen und im Sinne der normativen Ermächtigungslehre verstanden werden können. Dass eine solche Interpretation zutreffend ist, folgt schließlich aus funktionell-rechtlichen Erwägungen, nämlich der Abhängigkeit der Bewertungsentscheidung von subjektiven Wertungen, die wiederum maßgeblich von der Sachkunde und dem Vorwissen der zur Mitwirkung berufenen Personen bestimmt wer-

den,<sup>60</sup> ferner daraus, dass das kontrollierende Verwaltungsgericht diese Sachkunde und dieses Vorwissen im Regelfall gerade nicht aufweist und somit die Bewertung der Prüfungskommissionen nicht angemessen nachvollziehen kann. Ferner ist die spezifische Situation der Entscheidungsfindung in einer mehrköpfigen (kollegialen) Prüfungskommission zu berücksichtigen, in der Subjektivismen einzelner Mitglieder quasi „neutralisiert“ werden können<sup>61</sup> und unterschiedliche Positionen zu einem Ausgleich gebracht werden können, was zur Rationalität und Sachlichkeit der Bewertung beiträgt.<sup>62</sup>

Somit ist ein Beurteilungsspielraum für die Bewertung durch die Prüfungskommissionen anzuerkennen,<sup>63</sup> weshalb es für die Frage, ob die Zuteilungsvoraussetzungen nach § 21 I Nr. 2 WeinV vorliegen, ausschließlich auf die Bewertungen der Prüfungskommissionen ankommt.

#### **b) Vereinbarkeit eines Beurteilungsspielraums mit Grundrechten**

Dieser Beurteilungsspielraum verstößt auch nicht gegen Grundrechte des A:

<sup>60</sup> Das BVerwG spricht diesbezüglich von der „fachlichen Legitimation“ entsprechender Gremien (*BVerwGE* 129, 27 [33 f.]).

<sup>61</sup> So *BVerwGE* 129, 27 (34).

<sup>62</sup> *BVerwGE* 129, 27 (33); ebenso *Decker*, in: *Posser/Wolff*, Beck-OK VwGO (Stand: 01.01.2013), 2013, § 114 Rn. 36.4; *Faßbender* (Fn. 2), S. 335.

<sup>63</sup> So nunmehr auch *BVerwGE* 129, 27 (32 f.); ebenso *Rathke/Boch* (Fn. 9), § 19 WeinG (Stand: Juli 2010) Rn. 16c.



**aa) Vereinbarkeit mit Art. 12 I GG**

Was einen Verstoß gegen die Berufsfreiheit des A nach Art. 12 I GG betrifft, so hat das BVerfG verschiedentlich aus einer intensiven Betroffenheit von Grundrechten das Erfordernis einer – gleichsam kompensatorischen – intensiveren gerichtlichen Kontrolle gefolgert.<sup>64</sup> Indes ist zu beachten, dass diese Aussage einerseits für die Kunstfreiheit nach Art. 5 III GG, die als vorbehaltloses Grundrecht nur durch andere Verfassungsgüter beschränkt werden kann, und andererseits für die ärztliche Vorprüfung und somit eine subjektive Zulassungsschranke i. S. der Drei-Stufen-Theorie<sup>65</sup> getroffen wurde, wohingegen vorliegend lediglich weit weniger intensiv eingreifende Berufsausübungsregelungen betroffen sind, für deren Rechtfertigung bereits vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls ausreichen. Eine solche vernünftige Erwägung des Gemeinwohls stellt jedoch die Einräumung eines Beurteilungsspielraums dar, da dadurch gerade wie ausgeführt die Sachrichtigkeit des im Erfordernis der Zuteilung einer amtlichen Prüfungsnummer liegenden Eingriffs sichergestellt werden soll. Zudem wurde bereits ausgeführt, dass dieser Eingriff durch den Schutz der Verbraucher gerechtfertigt ist, so dass eine Verletzung von Art. 12 I GG durch die Einräumung eines Be-

urteilungsspielraums an die Prüfungskommissionen zu verneinen ist.<sup>66</sup>

**bb) Vereinbarkeit mit Art. 19 IV GG**

Schließlich könnte in der Anerkennung eines Beurteilungsspielraums ein Verstoß gegen Art. 19 IV GG liegen, der einen effektiven Rechtsschutz und somit eine wirkungsvolle gerichtliche Kontrolle fordert.<sup>67</sup> Indes ist nach allgemeiner Auffassung die normative Einräumung behördlicher Beurteilungsspielräume bei Vorliegen eines sachlichen Grundes nicht ausgeschlossen, wovon auch das BVerfG ausgeht.<sup>68</sup> Dies lässt sich zunächst dann begründen, wenn man auf die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung abstellt, da es sich dann um einen in der Gewaltenteilung angelegten Grund handelt, der den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes verfassungsimmanent begrenzt. Eine weitere Begründung geht dahin, dass Art. 19 IV GG zwar den Schutz der subjektiven Rechte garantiert, diese Rechte selbst jedoch nicht definiert, sondern anderweitig definierte subjektive Rechte voraussetzt.<sup>69</sup> Ist aber ein einfach-gesetzlich definiertes Recht von vornherein nur unter dem „Vorbehalt“ eines behördlichen Beurteilungsspielraums eingeräumt, kann auch Art. 19 IV GG keinen weitergehenden Schutz gewähren. Insofern verstößt die Einräumung eines Beurteilungs-

<sup>64</sup> So für die Kunstfreiheit des Art. 5 III GG *BVerfGE* 83, 130 (145 f.) und für die Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG *BVerfGE* 84, 59 (79).

<sup>65</sup> Dazu *Hufen* (Fn. 40), § 35 Rn. 31.

<sup>66</sup> Ebenso *Faßbender* (Fn. 2), S. 336.

<sup>67</sup> Vgl. nur *Huber* (Fn. 50), Art. 19 Abs. 4 Rn. 459 ff.; *Papier* (Fn. 50), Rn. 90 ff.

<sup>68</sup> Dazu mit Nachw. oben Fn. 58.

<sup>69</sup> Allg. Auffassung; vgl. nur *Huber* (Fn. 50), Art. 19 Abs. 4 Rn. 386 mit w. Nachw.

spielraums an die Prüfungskommissionen auch nicht gegen Art. 19 IV GG.

### c) Vorliegen von Beurteilungsfehlern

Besteht somit hinsichtlich der Beurteilung der Qualität des Weines des A ein Beurteilungsspielraum der Prüfungskommissionen, so ist dieser vom Verwaltungsgericht lediglich auf das Vorliegen von Beurteilungsfehlern zu überprüfen.<sup>70</sup>

#### aa) Relevante Beurteilungsfehler

Hinsichtlich der Frage, welche Beurteilungsfehler dies sind, bestehen unterschiedliche Auffassungen: Während eine Ansicht analog zu den Ermessensfehlern des § 114 S. 1 VwGO von Beurteilungsausfall, Beurteilungsüberschreitung und Beurteilungsfehlergebrauch ausgeht,<sup>71</sup> orientieren sich andere an der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zu Prüfungsentscheidungen und unterscheiden Verfahrensfehler, Fehler in der Ermittlung des Sachverhalts, Einführung sachfremder Erwägungen, Verstöße gegen den Gleichheitssatz und die Missachtung allgemeiner Bewertungsgrundsätze.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Kopp/Schenke (Fn. 11), § 114 Rn. 28; Hufen (Fn. 3), § 25 Rn. 40; im vorliegenden Zusammenhang ferner BVerwGE 129, 27 (32 f.).

<sup>71</sup> Schenke (Fn. 18), Rn. 772 ff.

<sup>72</sup> So Hufen (Fn. 3), § 25 Rn. 40; ähnlich Maurer (Fn. 8), § 7 Rn. 43; Kopp/Schenke (Fn. 11), § 114 Rn. 28; ferner im vorliegenden Zusammenhang BVerwGE 129, 27 (39): „Das Gericht hat zu überprüfen, ob die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten worden sind, ob die Behörde bzw. ihre Prüfungskommission von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs aus-

### bb) Vorliegen von Beurteilungsfehlern und Zwischenergebnis

Da der Sachverhalt keine Anhaltspunkte für das Vorliegen derartiger Beurteilungsfehler enthält, ist von einer Beurteilungsfehlerfreiheit der Bewertung durch die Prüfungskommissionen auszugehen. Da die LVWO als für die Zuteilung der amtlichen Prüfungsnummer zuständige Behörde wie ausgeführt an diese Bewertung im Regelfall gebunden war und für ein Vorliegen eines atypischen Falles, der ein ausnahmsweises Abweichen von dieser Bewertung rechtfertigen würde, nicht ersichtlich ist, war auch die Entscheidung der LVWO, die Zuteilung einer amtlichen Prüfungsnummer zu verweigern, fehlerfrei und rechtmäßig.

### IV. Subjektive Rechtsverletzung

Ist somit die Versagung der Zuteilung einer amtlichen Prüfungsnummer rechtmäßig, kann A hierdurch auch nicht in subjektiven Rechten verletzt sein.

### C: Ergebnis

A hat keinen Anspruch auf Zuteilung einer amtlichen Prüfungsnummer. Die Klage des A ist zwar zulässig, aber *unbegründet*.

gegangen ist, ob sie ferner den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat, ob sie sich des Weiteren bei der eigentlichen Beurteilung an allgemein gültige Wertungsmaßstäbe gehalten und schließlich das Willkürverbot nicht verletzt hat.“

## Aufgabe 2:

Gefragt ist nach der Zulässigkeit der von A vorgenommenen Klageänderung.

### I. Zulässigkeit der Klageänderung

#### 1. Ausgangspunkt: Zulässigkeit einer Klageänderung nach § 91 VwGO

Grundsätzlich – d. h. vorbehaltlich spezieller Regelungen – bemisst sich die Zulässigkeit einer Klageänderung nach § 91 VwGO. Nach dessen Abs. 1 ist die Änderung einer Klage zulässig, wenn die übrigen Beteiligten einwilligen oder das Gericht die Änderung für sachdienlich hält.

#### 2. Spezialgesetzliche Regelung der Klageänderung in § 113 I 4 VwGO

Eine § 91 VwGO ausschließende spezielle Regelung ist jedoch in § 113 I 4 VwGO zu sehen,<sup>73</sup> der für den Fall der Erledigung eines Verwaltungsaktes nach Klageerhebung – und in sog. doppelt analoger Anwendung auch für den Fall der Erledigung eines Verpflichtungsbegehrens nach Klageerhebung<sup>74</sup> – vorsieht,

<sup>73</sup> Kopp/Schenke (Fn. 11), § 91 Rn. 8 ff.; Wolff, in: Posser/Wolff, Beck-OK VwGO (Fn. 62), § 91 Rn. 7. – Dies wird teilweise auch mit § 173 S. 1 VwGO i. V. m. § 264 Nr. 2 ZPO begründet, wonach es nicht als Änderung der Klage anzusehen ist, wenn ohne Änderung des Klagegrundes der Klageantrag in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird (so Ehlers, in: Rechtsschutz im Öffentlichen Recht [Fn. 5], § 26, Rn. 15).

<sup>74</sup> Zu dieser (doppelt) analogen Anwendung des § 113 I 4 VwGO nur Hufen (Fn. 3), § 18 Rn. 43; Eh-

lers (Fn. 73), § 26, Rn. 29.  
75 BVerwGE 129, 27 (29 f.); 109, 74 (78); 89, 354 (355 f.).

dass das Gericht auf Antrag durch Urteil ausspricht, dass der Verwaltungsakt bzw. die Unterlassung des Verwaltungsaktes rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse hieran hat. In dieser Umstellung des Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsantrags zu einem Feststellungsantrag ist ein spezialgesetzlicher Fall der Klageänderung zu sehen, der aufgrund der spezifischen Erledigungssituation innerhalb des laufenden Verwaltungsprozesses dadurch privilegiert ist, dass die Klageänderung nicht an die Voraussetzungen des § 91 VwGO gebunden ist. Dahinter steht die gesetzliche Wertung, dass eine entsprechende Änderung des Klageantrags in dieser prozessualen Situation stets sachdienlich ist, da der ursprüngliche Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsantrag einerseits nicht mehr zum Ziel führen kann, der Kläger andererseits aber auch nicht um die Früchte des bisherigen Prozesses gebracht werden soll.

Dies gilt allerdings nur dann, wenn der Streitgegenstand der Fortsetzungsfeststellungsklage demjenigen der bisherigen Klage entspricht.<sup>75</sup> Streitgegenstand der Verpflichtungsklage ist dabei nicht die Feststellung, dass der Verwaltungsakt, mit dem die Versagung ausgesprochen wurde, rechtswidrig ist, sondern die Feststellung, dass die Weigerung der Behörde in dem für das Verpflichtungsbegehren entscheidenden Zeitpunkt, den beantragten Verwaltungsakt zu erlassen,

lers (Fn. 73), § 26, Rn. 29.

<sup>75</sup> BVerwGE 129, 27 (29 f.); 109, 74 (78); 89, 354 (355 f.).

rechtswidrig ist.<sup>76</sup> Eine Weiterführung des Verfahrens mit dem Antrag, der ablehnende Bescheid sei rechtswidrig gewesen, ist deshalb nur zulässig, wenn sich der hierfür maßgebliche Zeitpunkt mit demjenigen des bisherigen Verpflichtungsbegehrens deckt.<sup>77</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt für die Begründetheit der Verpflichtungsklage ist nach herrschender Auffassung der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung,<sup>78</sup> der somit auch für den nach § 113 I 4 VwGO umgestellten Fortsetzungsfeststellungsantrag maßgeblich ist.

Hieraus folgt für den vorliegenden Fall: A hat sein ursprüngliches Verpflichtungsbegehren aufgrund der durch die nachträgliche Zuteilung der amtlichen Prüfungsnummer eingetretenen Erledigung der Verpflichtungssituation nach § 113 I 4 VwGO in zulässiger Weise in einen Fortsetzungsfeststellungsantrag geändert. Diese nach § 113 I 4 VwGO ohne weitere Voraussetzungen zulässige Klageänderung ändert aber nichts am maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Begründetheit der Klage des A, so dass auch für die Fortsetzungsfeststellungsklage allein der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgeblich wäre. Damit wäre dem Rechtsschutzanliegen des A jedoch nicht gedient, da dieser ausweislich der im Sachverhalt genannten Motive eine Amtshaftungs-

klage gegen das Land aufgrund des entgangenen Gewinns durch die ihm nicht mögliche Vermarktung des Weins als Qualitätswein anstrengen möchte. Nach der heute herrschenden Meinung ist die vorherige Durchführung einer Fortsetzungsfeststellungsklage vor Erhebung der Amtshaftungsklage zwar nicht mehr erforderlich, da auch das Zivilgericht die verwaltungsrechtliche Dimension des Falles vollumfänglich zu prüfen hat; ist jedoch eine verwaltungsgerichtliche Klage bereits anhängig, so kann das in § 113 I 4 VwGO genannte berechtigte Interesse nach ebenfalls herrschender Meinung gerade darin bestehen, den späteren Amtshaftungsprozess dadurch vorzubereiten, dass die verwaltungsrechtlichen Fragen vorab im Verwaltungsprozess geklärt werden.<sup>79</sup> Dieser Zweck würde jedoch nicht erreicht, würde sich bei Erfolg der Fortsetzungsfeststellungsklage der Feststellungsausspruch lediglich auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung beziehen. Vielmehr muss A, um eine präjudizielle Wirkung für einen Amtshaftungsprozess zu erzielen, erreichen, dass die Rechtswidrigkeit der Versagung bereits ab dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung (in Gestalt des Widerspruchsbescheids) festgestellt wird.

<sup>76</sup> BVerwGE 89, 354 (356).

<sup>77</sup> BVerwGE 89, 354 (356).

<sup>78</sup> Dazu mit w. Nachw. nur Kopp/Schenke (Fn. 11), § 113 Rn. 217; Hufen (Fn. 3), S. 24 Rn. 14 (mit Nennung der Ausnahmen in Rn. 15).

<sup>79</sup> Vgl. nur Ehlers (Fn. 73), § 26, Rn. 56 und Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., 2010, § 113 Rn. 277 unter Hinweis auf die präjudizielle Wirkung des verwaltungsgerichtlichen Urteils nach § 121 VwGO.

### 3. Zweite Klageänderung des A

Dies kann A nur dadurch erreichen, dass er die nach § 113 I 4 VwGO zulässig geänderte Klage dahin erweitert, dass er die Feststellung ab dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung begehrt, worin eine weitere – zweite – Klageänderung zu sehen ist. Da diese zweite Klageänderung jedoch nicht mehr von § 113 I 4 VwGO umfasst und insofern nicht privilegiert ist, findet auf diese die Vorschrift des § 91 VwGO uneingeschränkt Anwendung.<sup>80</sup>

### 4. Zulässigkeit der zweiten Klageänderung

Somit ist die Erstreckung des Feststellungsbegehrens auf den Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung mangels Einwilligung des Klagegegners – so hat laut Sachverhalt der Vertreter des beklagten Landes dieser Klageänderung ausdrücklich widersprochen – nur zulässig, wenn das Gericht sie für sachdienlich hält. Die Sachdienlichkeit ist dabei objektiv im Hinblick auf die Prozesswirtschaftlichkeit zu beurteilen und anzunehmen, wenn der Streitstoff im Wesentlichen gleich bleibt und die Zulassung die endgültige Beilegung des Streites fördert und einen neuen Prozess vermeidet.<sup>81</sup> Demgegenüber ist Sachdienlichkeit zu verneinen, wenn durch die Klageänderung ein gänzlich neuer Streitstoff

eingeführt wird<sup>82</sup> und/oder mit einer erheblichen Verzögerung des Prozessendes zu rechnen ist.<sup>83</sup> Vorliegend wird ein weiterer Prozess in Gestalt des Amtshaftungsprozesses zwar nicht vermieden, aber bei Erfolg der Klage des A aufgrund der präjudiziellen Wirkung des verwaltungsgerichtlichen Urteils (vgl. § 121 VwGO) erheblich verkürzt, weshalb – da der Streitstoff unverändert bleibt – Sachdienlichkeit unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit zu bejahen ist.

## II. Ergebnis

Da die Voraussetzungen der Sachdienlichkeit gegeben sind, wird das Verwaltungsgericht die Klageänderung des A nach § 91 I VwGO für *zulässig* erklären.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

<sup>80</sup> Ebenso *BVerwGE* 129, 27 (30).

<sup>81</sup> *Kopp/Schenke* (Fn. 11), § 91 Rn. 19; *Wolff* (Fn. 73), § 91 Rn. 26.

<sup>82</sup> *Kopp/Schenke* (Fn. 11), § 91 Rn. 20.

<sup>83</sup> *Wolff* (Fn. 73), § 91 Rn. 27.



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

## **Ausfall des Internets als Vermögensschaden**

**BGH, Urteil vom 24.01.2013 – III ZR 98/12, WM 2013, 580**

**Es kann einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellen, wenn dem Inhaber eines DSL-Anschlusses die Möglichkeit genommen wird, seinen Zugang zum Internet zu nutzen, ohne dass ihm hierdurch Mehraufwendungen entstanden oder Einnahmen entgangen sind. (Leitsatz)**

**Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt):**

Zwischen K und der T-GmbH, einem Telekommunikationsunternehmen, bestand ein Vertrag über die Bereitstellung eines DSL-Anschlusses. Über den Anschluss wurde auch der Telefon- und Faxverkehr abgewickelt (Voice und Fax over IP). Zum 15.12.2011 vereinbarten die Parteien einen Tarifwechsel. Ab diesem Datum war der Anschluss außer Betrieb. K mahnte die fehlende Funktionstüchtigkeit noch am gleichen Tag und in der Folgezeit mehrfach bei T an, ohne dass die T die Funktionstüchtigkeit wiederherstellte. Der K kündigte deshalb den Anschluss fristlos aus wichtigem Grund am 15.01.2012 und wechselte zu einem anderen Dienstleister. Der neue Dienstleister richtete den Anschluss zum 16.02.2012 ein.

Neben den Mehrkosten für den Vertragsschluss mit dem neuen Anbieter und für die Nutzung eines Mobiltelefons in der Ausfallzeit verlangt K auch Schadensersatz für den Fortfall der Möglichkeit, den DSL-Anschluss während dieses Zeitraums für Festnetz, Fax und Internetverkehr zu nutzen. Hierfür begehrt K 50 Euro pro Tag, also insgesamt 3.150 Euro.

Hat K gegen die T-GmbH einen Schadensersatzanspruch für den Ausfall des Anschlusses in Höhe von 50 Euro pro Tag?

**Falllösung:**

**I. Anspruch des K gegen die T GmbH auf Zahlung von 50 Euro pro Tag gem. §§ 280 I, II, 286 II Nr. 1 BGB bis zum 15.01.2012**

K könnte gegen die T einen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, II, 286 II Nr. 1 BGB haben. Voraussetzung ist, dass zwischen K und T ein Vertrag bestand und sich die T mit der Leistung in Verzug befand. Verzug ist die schuldhaftige Nichtleistung trotz Fälligkeit und Mahnung, wenn nicht die Mahnung gem. § 286 II Nr. 1 BGB entbehrlich ist.

### **1. Einordnung des Vertrages**

Zwischen K und T bestand ein Nutzungsvertrag über einen Internetanschluss, inklusive Telefon- und Faxfunktion. Dieser Vertrag könnte sowohl als Dienst als auch als Werkvertrag einzuordnen sein. Für den Anspruch

gem. §§ 280 I, II, 286 II Nr. 1 BGB ist die Einordnung zwar unerheblich, der BGH geht aber in ständiger Rechtsprechung von der Einordnung als Dienstvertrag aus:

*„Die werkvertraglichen Regelungen der §§ 631 ff. BGB werden dem Bild der geschuldeten Leistungen gleichfalls nicht gerecht. Die Leitungskapazitäten des Providers sind begrenzt, und die Übertragungsgeschwindigkeit schwankt je nach Netzauslastung gleichfalls. Der Anbieter kann daher nicht einen bestimmten Erfolg, das jederzeitige Zustandekommen einer Verbindung in das Internet mit einer bestimmten Datenübertragungsgeschwindigkeit, versprechen, und der Kunde kann einen solchen Erfolg nicht erwarten [...]. Der Provider schuldet daher nur die Bereithaltung des Anschlusses und das sachgerechte Bemühen um die Herstellung der Verbindung in das Internet.“*

Zwischen K und T besteht also ein Dienstvertrag, der den Provider dazu verpflichtet, dem Kunden einen Internetanschluss bereit zu halten und sich um eine Herstellung der Verbindung in das Internet zu bemühen.

## 2. Pflichtverletzung und Mahnung

Der Internetanschluss des K funktionierte seit der Vertragsumstellung nicht mehr. Hierin liegt eine Verletzung der Pflicht, dem Kunden einen Internetanschluss bereit zu halten. Auch wenn nur das Bemühen um eine Verbindung im Rahmen der Kapazitäten geschuldet ist, so stellt jedenfalls der dauer-

hafte Komplettausfall eine Pflichtverletzung dar. Anhaltspunkte, dass sich die T gem. § 286 IV BGB exkulpieren könnte, bestehen nicht. T befand sich also in Verzug, wenn eine Mahnung erfolgte oder die Mahnung entbehrlich war.

K hat noch am gleichen Tag die fehlende Funktionsfähigkeit bei T angemahnt, sodass dahinstehen kann, ob eine Mahnung hier gem. § 286 II Nr. 1 BGB entbehrlich ist, wofür aber bei wiederkehrenden Leistungen wie hier (tägliche Bereitstellung des Internetanschlusses) einiges spricht.

## 3. Schaden

Dem K müsste jedoch auch ein Schaden entstanden sein. Für die nicht von der Fallfrage umfassten Schadensposten (Mehrkosten für Vertragswechsel und Mobiltelefon) liegt unproblematisch ein Vermögensschaden im Sinne des § 249 I BGB vor. Fraglich ist jedoch, ob auch der bloße Ausfall des Internetanschlusses, also die Möglichkeit, den Anschluss in dieser Zeit zu nutzen, einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellt.

Einen Schadensersatz für den Ausfall der Nutzungsmöglichkeit eines Wirtschaftsguts bejaht der BGH nur ausnahmsweise in solchen Fällen, in denen die Nutzungsmöglichkeit sich auf die materiale Grundlage der Lebenshaltung signifikant auswirkt:

*„Der Ersatz für den Verlust der Möglichkeit zum Gebrauch einer Sache muss grundsätz-*

lich Fällen vorbehalten bleiben, in denen die Funktionsstörung sich typischerweise als solche auf die materiale Grundlage der Lebenshaltung signifikant auswirkt. Andernfalls bestünde die Gefahr, unter Verletzung des § 253 BGB die Ersatzpflicht auf Nichtvermögensschäden auszudehnen. Auch würde dies mit den Erfordernissen von Rechtssicherheit und Berechenbarkeit des Schadens in Konflikt geraten [...]. Deshalb beschränkt sich der Nutzungsausfallersatz auf Sachen, deren ständige Verfügbarkeit für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise von zentraler Bedeutung ist [...] und bei denen die Nutzungseinbußen an objektiven Maßstäben gemessen werden können [...]. Der Tatrichter soll den Schadensersatz nicht an unkontrollierbaren subjektiven Wertschätzungen festmachen müssen, die ihm der Geschädigte angibt, sondern an Werten, die der Verkehr dem Interesse an der konkreten Nutzung beimisst [...]. Hierzu kann auf die Verkehrsanschauung abgehoben werden, wenn diese auch nicht darüber entscheiden kann, wo die Grenze des § 253 BGB verläuft [...].“

Für den vorliegenden Fall beurteilt der BGH den Ausfall der Nutzungsmöglichkeit differenziert. Für das Faxgerät verneint der BGH einen Anspruch, weil es sich nicht um ein Wirtschaftsgut handle, das für den Einzelnen bei seiner eigenwirtschaftlichen Lebenshaltung typischerweise von zentraler Bedeutung sei:

„Keinen Ersatz kann er für die entfallene Möglichkeit, sein Telefaxgerät zu nutzen, beanspruchen. Ein solcher Apparat ist zumindest im privaten Bereich bei Anwendung des gebotenen strengen Maßstabs kein Wirtschaftsgut, dessen ständige Verfügbarkeit für den Einzelnen bei seiner eigenwirtschaftlichen Lebenshaltung typischerweise von zentraler Bedeutung ist und dessen Funktionsstörung sich als solche auf die materiale Grundlage der Lebenshaltung signifikant auswirkt. Das Telefaxgerät dient der Fernübertragung von Abbildungen, zu denen insbesondere auch Texte gehören. Die Übermittlung der Bilder mittels Signalen über Telekommunikationsnetze (vgl. § 3 Nr. 24, 27 TKG) ersetzt dabei die Versendung von Ausdrucken oder Datenträgern auf dem herkömmlichen Post- oder Kurierweg. Die Telefaxtechnik weist gegenüber diesem den Vorteil auf, dass der Versand weniger aufwändig ist, da das Einlegen in Umschläge, das Adressieren, das Frankieren und der Einwurf in einen Briefkasten beziehungsweise Übergabe an einen Kurierdienst entfallen. Zudem erfolgt der Transport erheblich schneller, und durch den Ausdruck eines Sendeberichts kann sich der Absender leichter als bei Nutzung der gewöhnlichen Post vergewissern, ob die Sendung den Adressaten erreicht hat. Für den Empfänger einer Fernkopie hingegen wirkt sich lediglich der Zeitgewinn aus. Die Vorteile des Telefaxverkehrs gegenüber der Inanspruchnahme der klassischen Transportwege stellen lediglich Erleichterungen dar, die sich in einem höheren Komfort für die Versender und einer Be-



*schleunigung der Übermittlung erschöpfen. Fällt der Fernkopierer aus, ist damit für den Nutzer lediglich ein vergleichsweise geringes Maß an Umständlichkeit verbunden, das sich nicht signifikant auf seine Lebensgestaltung auswirkt. Hinzu tritt, dass die Nutzung des Telefaxes mittlerweile an Bedeutung verliert, weil es zunehmend – und zwar auch im Rechtsverkehr beim Abschluss von (Verbraucher-)Geschäften des täglichen Lebens (vgl. § 126b BGB) – durch die Versendung von Text- und Bilddateien mit elektronischer Post verdrängt wird.“*

Für das Telefon bejahte der BGH zwar, dass es sich um ein Wirtschaftsgut handle, dessen Ausfall grundsätzlich einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstelle. Durch das vorhandene Mobiltelefon sei jedoch die Erreichbarkeit in gleicher Weise gewährleistet gewesen, so dass nur die Mehrkosten hierfür ersatzfähig sind, nicht aber der Ausfall als solcher, weil ein gleichwertiges Ersatzgerät zur Verfügung stand.

Für den Internetanschluss stand bis zur Aktivierung des neuen Anschlusses kein gleichwertiger Ersatz zur Verfügung, sodass der BGH hier allein in der fehlenden Nutzungsmöglichkeit einen ersatzfähigen Vermögensschaden sah:

*„Die Nutzbarkeit des Internets ist ein Wirtschaftsgut, dessen ständige Verfügbarkeit seit längerer, jedenfalls vor dem hier maßgeblichen Jahreswechsel [...] beginnender Zeit auch*

*im privaten Bereich für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise von zentraler Bedeutung ist und bei dem sich eine Funktionsstörung als solche auf die materiale Grundlage der Lebenshaltung signifikant auswirkt. Das Internet stellt weltweit umfassende Informationen in Form von Text-, Bild-, Video- und Audiodateien zur Verfügung. Dabei werden thematisch nahezu alle Bereiche abgedeckt und verschiedenste qualitative Ansprüche befriedigt. So sind etwa Dateien mit leichter Unterhaltung ebenso abrufbar wie Informationen zu Alltagsfragen bis hin zu hochwissenschaftlichen Themen. Dabei ersetzt das Internet wegen der leichten Verfügbarkeit der Informationen immer mehr andere Medien, wie zum Beispiel Lexika, Zeitschriften oder Fernsehen. Darüber hinaus ermöglicht es den weltweiten Austausch zwischen seinen Nutzern, etwa über E-Mails, Foren, Blogs und soziale Netzwerke. Zudem wird es zunehmend zur Anbahnung und zum Abschluss von Verträgen, zur Abwicklung von Rechtsgeschäften und zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten genutzt (von der unübersehbaren Vielfalt z. B. nur: Fernabsatzkäufe, Hotel-, Bahn- und Flugbuchungen, Erteilung von Überweisungsaufträgen, Abgabe von Steuererklärungen, An- und Abmeldung der Strom-, Gas- und Wasserversorgung sowie der Müllabfuhr, Verifikation von Bescheinigungen). Nach dem unbestritten gebliebenen Sachvortrag des Klägers bedienen sich nahezu 70 % der Einwohner Deutschlands des Internets, wobei dreiviertel hiervon es sogar täglich nutzen. Damit hat sich das*



*Internet zu einem die Lebensgestaltung eines Großteils der Bevölkerung entscheidend mitprägenden Medium entwickelt, dessen Ausfall sich signifikant im Alltag bemerkbar macht. Die Unterbrechung des Internetzugangs hat typischerweise Auswirkungen, die in ihrer Intensität mit dem Fortfall der Möglichkeit, ein Kraftfahrzeug zu nutzen, ohne weiteres vergleichbar sind.“*

Damit liegt im bloßen Ausfall der Nutzungsmöglichkeit des Internets ein Vermögensschaden. Mit 50 Euro pro Tag dürfte der Schadensersatz jedoch deutlich zu hoch bemessen sein. Der BGH hat den Fall zur erneuten Verhandlung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, damit dieses Feststellungen zur Schadenshöhe treffen kann:

*„Auf die vorliegende Fallgestaltung übertragen bedeutet dies, dass der Kläger einen Betrag verlangen kann, der sich nach den marktüblichen, durchschnittlichen Kosten richtet, die für die Bereitstellung eines DSL-Anschlusses mit der vereinbarten Kapazität ohne Telefon- und Faxnutzung für den betreffenden Zeitraum angefallen wären, abzüglich der vorgenannten Positionen [Anm. des Autors: die abzuziehenden Positionen beziehen sich auf Telefon und Fax]. Gegenzurechnen ist das Entgelt, das der Kläger während des Ausfalls des Anschlusses der Beklagten gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zu leisten brauchte. Bei der Berechnung der Differenz wird zu beachten sein, dass die Tarife für einen lediglich kurzzeitig bereit gestellten DS-*

*L-Anschluss pro Tag regelmäßig erheblich über denjenigen liegen, die bei einer langfristigen Vertragsbindung, wie sie die Parteien eingegangen sind, vereinbart werden.“*

K hat damit einen Anspruch auf Schadensersatz, der sich an der Höhe der marktüblichen, durchschnittlichen Kosten für die Bereitstellung eines Internetanschlusses mit (sehr) kurzfristiger Vertragslaufzeit richtet. Dieser Betrag dürfte deutlich unter den von K geltend gemachten 50 Euro pro Tag liegen.

## **II. Anspruch des K gegen die T-GmbH auf Zahlung von 50 Euro pro Tag gem. § 628 II BGB ab dem 16.01.2012**

Für die Zeit nach dem 15.01.2012 besteht kein Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, II, 286 BGB, weil mit Beendigung des Vertragsverhältnisses kein Verzug mehr vorliegen kann. Ein Ersatz für die danach entstandenen Schäden könnte sich jedoch aus § 628 II BGB ergeben. Wie oben bereits ausgeführt, liegt ein Dienstvertrag vor, so dass § 628 II BGB hier anwendbar ist. Die Kündigung wurde hier durch ein vertragswidriges Verhalten der T-GmbH bzw. ihrer handelnden Organe (vgl. § 31 BGB) veranlasst, so dass der Schaden ab dem 16.01.2012 gem. § 628 II BGB ersatzfähig ist. Für die Schadenshöhe gilt das oben Gesagte.

### **Hinweise:**

Die Entscheidung des BGH wirft mehrere für die Prüfung relevante Fragen auf. Nicht nur

die Frage nach der Einordnung des Vertrags über die Bereitstellung des Internetanschlusses („Access Provider Vertrag“) ist problematisch – und in anderen Fällen durchaus relevant. Auch die Frage nach einem ersatzfähigen Schaden war bisher ungeklärt und wurde vom BGH nunmehr entschieden. Spannend dürfte in diesem Zusammenhang vor allem die nachfolgende Entscheidung des Berufungsgerichts sein, in der Feststellungen zur Schadenshöhe getroffen werden. DSL-Anschlüsse können meist nicht mit sofortiger Wirkung bereitgestellt werden, weil die Anschlussfreischaltung durch den Anbieter eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt. Es war dem K also nicht möglich, die Zeit des Nutzungsfortfalls sofort durch einen anderen DSL-Provider zu überbrücken. Es gibt jedoch inzwischen eine Vielzahl von Angeboten über so genannte „Surfsticks“, die über das Mobilfunknetz arbeiten und die – je nach Tarif – auch nur nach einzelnen Nutzungstagen ohne Vertragslaufzeit abgerechnet werden und innerhalb der üblichen Postlaufzeiten bereitgestellt werden können. Der Schaden darf also keinesfalls höher bemessen werden, als ein solcher (kurzfristig zu beschaffender) alternativer Internetzugang mit Abrechnung nach Nutzungstagen gekostet hätte. Dies gilt wegen § 254 II 1 BGB auch, wenn der Geschädigte von einer solchen Möglichkeit keinen Gebrauch macht.

Was man sich für Klausuren über den konkreten Fall hinaus merken sollte, ist, dass der Nutzungsausfall nur unter bestimmten Vor-

aussetzungen einen Vermögensschaden darstellt. Um § 253 BGB nicht zu umgehen, stellt der BGH hieran strenge Anforderungen. Nur wenn sich der Nutzungsausfall auf Gegenstände bezieht, deren ständige Verfügbarkeit für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise von zentraler Bedeutung ist, kann allein in der fehlenden Nutzungsmöglichkeit ein Schaden zu sehen sein.

*(Dr. Julius Forscher)*

► [Inhaltsverzeichnis](#)

## Überraschende Entgeltklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

BGH, Urteil vom 26.07.2012 – VII ZR 262/11, NJW-RR 2012, 1261

Wird eine Leistung (hier: Grundeintrag in ein Branchenverzeichnis im Internet) in einer Vielzahl von Fällen unentgeltlich angeboten, so wird eine Entgeltklausel, die nach der drucktechnischen Gestaltung des Antragsformulars so unauffällig in das Gesamtbild eingefügt ist, dass sie von dem Vertragspartner des Klauselverwenders dort nicht vermutet wird, gemäß § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil. (Leitsatz)

Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt):

Die K unterhält ein Branchenverzeichnis im Internet. Um Eintragungen zu gewinnen, übersendet sie Gewerbetreibenden ein Formular, welches sie als „Eintragungsantrag Gewerbedatenbank ...“ bezeichnet. Auf der linken Seite des Formulars befinden sich unter der (unterstrichenen) Aufforderung „Bitte ggf. streichen/korrigieren“ mehrere Zeilen, die für Unternehmensdaten vorgesehen sind (Firma, Straße, Postleitzahl, Ort, Geschäftsführer, Branche, Telefon/Fax). Sodann folgt eine Unterschriftenzeile, deren Beginn mit einem fettgedruckten „X“ hervorgehoben ist. Darunter heißt es in vergrößerter Schrift:

„Rücksendung umgehend erbeten“ und sodann (unterstrichen) „zentrales Fax“; es folgt die fett und vergrößert wiedergegebene Faxnummer der K.

Auf der rechten Seite befand sich eine Spalte mit kleiner gedruckter Schrift und dem Hinweis:

„Sehr geehrte Damen und Herren, die Aufnahme in unser gewerblich geführtes Verzeichnis erfolgt erst nach Rücksendung des Formulars. Wir bieten Ihnen die Veröffentlichung Ihrer nebenstehenden Daten in unserem Branchenverzeichnis [www.xyz-branchenverzeichnis.org](http://www.xyz-branchenverzeichnis.org) im Internet gemäß umseitiger Nr. 4 AGB gegen Entgelt an. Vertragslaufzeit zwei Jahre, die Kosten betragen 650 Euro netto pro Jahr [...].“

Diese Klausel war mit einer fett gedruckten Überschrift versehen, die lautete:

„Hinweise zum Ersteintragungsantrag, Leistungsbeschreibung sowie Vertragsbedingungen, Vergütungshinweis sowie Hinweis nach § 33 BDSG (Bundesdatenschutzgesetz).“

Der Geschäftsführer der B füllte das ihm unaufgefordert zugesandte Formular aus, ohne die rechte Spalte zu lesen, und sandte es zurück. Die Klägerin trug die Beklagte in das Verzeichnis ein und stellte dafür 773,50 Euro brutto (650 Euro plus 19 Prozent Umsatzsteuer) in Rechnung.

Hat die K gegen B einen Anspruch auf Zahlung von 773,50 Euro?

**Falllösung:**

**Anspruch der K gegen B auf Zahlung von 773,50 Euro gem. § 631 Abs. 1 BGB**

Voraussetzung für einen Anspruch gem. § 631 Abs. 1 BGB ist, dass zwischen K und B ein Werkvertrag zustande gekommen ist und die entsprechende Entgeltvereinbarung auch Bestandteil dieses Vertrages wurde.

**1. Vertragsschluss**

K hat zweifelsfrei eine Willenserklärung auf Abschluss eines entgeltlichen Werkvertrages abgegeben. B hingegen hat die rechte Spalte und damit auch die Entgeltklausel nicht gelesen und deshalb nicht zur Kenntnis genommen. Es ist deshalb zweifelhaft, ob auch B eine auf einen entgeltlichen Werkvertrag gerichtete Willenserklärung abgegeben hat.

Maßgeblich für die Auslegung einer Willenserklärung ist gem. §§ 133, 157 BGB der verobjektivierte Empfängerhorizont. Es ist also zu fragen, wie ein durchschnittlicher, redlicher Empfänger die Willenserklärung bei verständiger Würdigung verstehen durfte. Für den Empfänger – hier K – war nicht ersichtlich, dass B die Entgeltklausel nicht gelesen hatte. Wer eine Willenserklärung in Form eines unterschriebenen Formulars entgegen nimmt, kann grundsätzlich davon ausgehen, dass dieses Formular gelesen wurde. Dem steht

auch nicht entgegen, dass die Entgeltklausel „im Kleingedruckten versteckt“ war. Im Sachverhalt fehlen Anhaltspunkte dafür, dass K davon ausging, dass die Empfänger der Schreiben die Entgeltklausel nicht lesen würden, sodass K hätte erkennen müssen, dass der Vertragspartner trotz der ausdrücklichen Nennung eines Preises von einer unentgeltlichen Vereinbarung ausging. B hat also ebenfalls eine Willenserklärung auf Abschluss eines Werkvertrages abgegeben.

Zwischen K und B ist somit ein Werkvertrag zustande gekommen.

**2. Entgeltklausel als Bestandteil des Vertrages**

Fraglich ist jedoch, ob auch die im Kleingedruckten versteckte Entgeltklausel Bestandteil dieses Vertrags wurde. Dem könnte § 305c Abs. 1 BGB entgegenstehen. Diese Vorschrift findet gem. § 310 Abs. 1 BGB auch im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen („B2B“) Anwendung. Nach § 305c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Dazu der BGH:

*„Überraschenden Inhalt hat eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann, wenn sie von den Erwartungen des Vertrags-*

*partners deutlich abweicht und dieser mit ihr den Umständen nach vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht [...]. Generell kommt es dabei nicht auf den Kenntnisstand des einzelnen Vertragspartners, sondern auf die Erkenntnismöglichkeiten des für derartige Verträge in Betracht kommenden Personenkreises an [...]. Auch der ungewöhnliche äußere Zuschnitt einer Klausel und ihre Unterbringung an unerwarteter Stelle können die Bestimmung zu einer ungewöhnlichen und damit überraschenden Klausel machen [...].“*

Diese Voraussetzungen sieht der BGH im vorliegenden Fall als gegeben an:

*„Auch ein gewerblicher Vertragspartner, der der Klägerin mittels des von ihr verwendeten Formulars einen Eintragungsauftrag erteilt, braucht mit einer Entgeltabrede dieser Art nicht zu rechnen. Die Revision weist ohne Erfolg darauf hin, dass bereits in der Überschrift der schmalen rechten Spalte von einem ‚Vergütungshinweis‘ die Rede sei und Vertragskosten und -laufzeit im Text der Längsspalte vorgestellt würden.*

*Das Berufungsgericht geht von der Revision unbeanstandet davon aus, dass Eintragungen in Branchenverzeichnisse im Internet zwar nicht generell, aber in einer Vielzahl von Fällen unentgeltlich angeboten werden. Die berechnete Kundenerwartung wird in der vorliegenden Fallgestaltung nicht hinreichend deutlich korrigiert. Die Bezeichnung des Formulars als ‚Eintragungsantrag Gewerbeda-*

*tenbank‘ macht nicht hinreichend deutlich, dass es sich um ein Angebot zum Abschluss eines entgeltlichen Vertrages handelt. Der Hinweis auf die Vergütungspflicht in der Längsspalte geht im ihn umgebenden Fließtext unter. Das gilt bereits für den Begriff ‚Vergütungshinweis‘ in der Überschrift und erst recht für die Höhe der Vergütung und die Laufzeit des Vertrags. Die Aufmerksamkeit auch des gewerblichen Adressaten wird durch Hervorhebung im Fettdruck und Gestaltung auf die linke Spalte gelenkt. Die in der Längsspalte mitgeteilte Entgeltspflicht ist demgegenüber drucktechnisch so angeordnet, dass eine Kenntnisnahme durch den durchschnittlich aufmerksamen gewerblichen Adressaten nicht zu erwarten ist.“*

Damit wurde die Entgeltklausel gem. § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil. K hat gegen B keinen Anspruch auf Zahlung von 773,50 Euro gem. § 631 Abs. 1 BGB.

#### **Hinweise:**

Eine Entscheidung, die volle Zustimmung verdient und äußerst lehrreich ist, was die Grundstruktur des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen angeht. Zunächst sollte man sich vor Augen führen, dass bevor man in die Prüfung des § 305c Abs. 1 BGB einsteigt, man zuerst nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen prüfen muss, ob überhaupt eine Willenserklärung mit dem in Rede stehenden Inhalt abgegeben wurde.



Ist dies nicht der Fall, erübrigt sich eine Prüfung des § 305c Abs. 1 BGB.

Darüber hinaus sollte man sich merken, dass vorweg immer § 310 Abs. 1 BGB geprüft und so der Anwendungsbereich der §§ 305-309 BGB abgesteckt werden muss. Es empfiehlt sich also bei der Prüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Klausur immer in der Reihenfolge: Anwendbarkeit (§ 310), Einbeziehungskontrolle (§§ 305-306a), Inhaltskontrolle (§§ 307-309) vorzugehen, wobei im Rahmen der Inhaltskontrolle wiederum die speziellen Verbote der §§ 308, 309 BGB vor § 307 BGB zu prüfen sind.

Letztlich sollte man beachten, dass die häufig verbreitete Weisheit, dass die Hauptleistungspflicht keiner AGB-Kontrolle unterliegt, zu pauschal ist. Richtigerweise unterliegt die Hauptleistungspflicht keiner *Inhaltskontrolle* gem. §§ 307 ff. BGB, jedoch uneingeschränkt der *Einbeziehungskontrolle* der §§ 305-306 BGB. Eine Inhaltskontrolle findet für die Hauptleistung nicht statt, weil diese nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Anwendung kommt, „*durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden*“, § 307 Abs. 3 BGB. Durch die Vereinbarung einer Hauptleistung wird aber gerade nicht von gesetzlichen Bestimmungen abgewichen. Dem liegt der rechtspolitische Gedanke zugrunde, dass die Hauptleistung (von den Grenzen des § 138 BGB abgesehen) keiner „Gerechtigkeitskon-

trolle“ unterliegen, durch die Einbeziehungskontrolle aber vermieden werden soll, dass die Vereinbarung einer Hauptleistung im Kleingedruckten versteckt wird.

(Dr. Julius Forschner)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

**Zur  
Verrichtungsgehilfeneigenschaft  
selbständiger  
Konzerngesellschaften**

**BGH, Urteil vom 06.11.2012 – VI ZR 174/11,  
NJW 2013, 1002**

**1. Ob ein Geschäftsherrn-/Verrichtungs-  
gehilfenverhältnis besteht, beurteilt sich  
nach den tatsächlichen Umständen.**  
(amtlicher Leitsatz)

**2. Zu den Voraussetzungen eines solchen  
Verhältnisses zwischen konzernangehö-  
rigen Gesellschaften.** (amtlicher Leitsatz)

**Sachverhalt (vereinfacht übernommen  
von OLG Oldenburg, Urt. v. 07.06.2011 –  
9 U 26/10, BeckRS 2012, 25333; Vorinstanz  
zu BGH NJW 2013, 1002 und zum Teil ab-  
gewandelt):**

K ist Apothekerin und betrieb in Stuttgart die S-Apotheke, die sie von der C GmbH gemietet hatte. Im Jahr 2004 entschloss sich K, in dem Einkaufszentrum N in Wilhelmshaven eine Apotheke zu eröffnen. Diese Möglichkeit ergab sich deshalb, weil die Firma A&O zum Ende des Jahres 2004 ihr Mietverhältnis gekündigt hatte und aus N ausziehen wollte, wodurch größere Teilflächen zur Neuvermietung frei wurden.

Das Einkaufszentrum stand im Eigentum der Rechtsnachfolgerin der D. Bank AG („D.-

Bank“). Das gesamte Vermietungsgeschäft wurde von der AC GmbH („A.“) organisiert und durchgeführt. Sämtliche Aktien an der D.-Bank und sämtliche Geschäftsanteile an der A. wurden von deren gemeinsamer Muttergesellschaft, der D.-Bank Holding SE, gehalten.

K beauftragte die M GmbH („M“), die sich auf die Vermittlung von Apothekenstandorten spezialisiert hatte, Verhandlungen über eine Anmietung von Räumen für einen Apothekenbetrieb in N zu führen. M wandte sich an die A. und führte mit dieser Gespräche über die Anmietung einer Teilfläche in N. Da die Anmietung der Teilfläche durch K noch nicht sicher war und es mehrere Interessenten gab, wollte die M die Teilfläche direkt anmieten und im Anschluss an die K oder einen anderen Apotheker untervermieten.

M verhandelte mit der Centermanagerin B., einer Angestellten der A., am 26.11.2004 über die Bedingungen eines Mietvertrags. Die K nahm an diesem Gespräch nicht persönlich teil. Während des Gesprächs fragte die M danach, wie hoch im Durchschnitt die tägliche Besucherzahl in N sei. Die Centermanagerin B. antwortete daraufhin, dass im Durchschnitt von einer täglichen Besucherzahl von rund 28.000 Personen ausgegangen werden könne. Die M fragte nicht weiter nach, worauf diese Angabe beruhe oder wie diese Zahl ermittelt worden sei. Mit dieser Besucherzahl wurde N seinerzeit auch im Rahmen eines Internetauftritts sowie in Werbeflyern be-

worben. Dieser Angabe lag eine Begutachtung über das Besucheraufkommen aus dem Jahre 2003 durch ein von der A. beauftragtes Marktforschungsinstitut zugrunde. Im Rahmen dieser Begutachtung wurde die Untersuchung über das Besucheraufkommen an drei Werktagen und einem Samstag in der Zeit vom 02.12. bis 09.12.2003 durchgeführt. Auf den Umstand, dass die Untersuchung mithin zu Beginn der Vorweihnachtszeit stattfand und die Besucherzahl deshalb möglicherweise nicht repräsentativ sein könnte, wies die Centermanagerin B. nicht ausdrücklich hin, wurde danach von der M allerdings auch nicht gefragt. Die tatsächliche Besucherzahl außerhalb der Vorweihnachtszeit betrug zwischen 17.000 und 19.500 Besuchern täglich.

Am 14./21.02.2005 schlossen die A. in Vertretung der D.-Bank und die M einen Mietvertrag über eine Fläche von 400 m<sup>2</sup> zu einer Gesamtbruttomiete von 12.685 Euro monatlich. Hierin wird die K als Untermieterin bereits benannt. Der Untervermietung hat die A. zugestimmt. Am 16.06.2005 schlossen sodann die M und die K einen Untermietvertrag über eine monatliche Gesamtmiete von 14.302,85 Euro.

Ab September 2005 minderte die K die Miete. Dies begründete sie damit, dass die Umsätze deutlich niedriger als erwartet seien, was darauf beruhe, dass die durchschnittliche Besucherzahl deutlich niedriger sei als von B. angegeben. In der Folge minderte

auch die M als Hauptmieterin die Miete ab November 2005.

In der Folgezeit musste die M Insolvenz anmelden.

Die D.-Bank veräußerte das Einkaufszentrum N im Jahr 2006 an eine weitere Konzerntochter des D.-Bank-Konzerns, die P GmbH. Im Jahr 2008 wurden die Anteile an der P GmbH auf eine englische Investorengruppe und die Anteile an der A. an die I-Gruppe übertragen.

K verklagt daraufhin die D.-Bank auf Schadensersatz. Sie behauptet, dass sie bei korrekter Angabe der Besucherzahl ihre gewinnbringende Apotheke in Stuttgart nicht aufgegeben hätte. Dadurch sei ihr ein finanzieller Schaden in Höhe von 100.000 Euro entstanden.

Steht der K der geltend gemachte Anspruch zu?

**I. Anspruch der K gegen die D.-Bank aus §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 280 Abs. 1 BGB auf Zahlung von 100.000 Euro**

Ein Anspruch der K gegen die D.-Bank aufgrund eines Verschuldens bei Vertragsverhandlungen besteht nicht, weil nicht die K die Vertragsverhandlungen mit B. als Vertreterin der D-GmbH geführt hat, sondern M.

Zwar kommt in Betracht, dass M als Vertreterin der K gehandelt hat. Da M die Fläche in N

jedoch selbst anmieten wollte, handelte M in eigenem Namen.

## **II. Anspruch der K gegen die D.-Bank aus §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte auf Zahlung von 100.000 Euro**

Aufgrund der Nennung einer unzutreffenden Durchschnittsbesucheranzahl durch die A. könnte K nach den Grundsätzen eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte ein Schadensersatzanspruch gegen die D.-Bank zustehen.

Dies setzt nach der Rechtsprechung des BGH voraus, dass

*„wenn der Dritte bestimmungsgemäß mit der Leistung in Berührung kommt, der Vertragspartner ein Interesse an der Einbeziehung des Dritten hat, dies für den Schuldner erkennbar ist und der Dritte keine eigenen vertraglichen Ansprüche desselben Inhalts hat (BGH, Urt. v. 20.03.1995 – II ZR 205/94, BGHZ 129, 136, 167, 169; v. 22.07.2004 – IX ZR 132/03, NJW 2004, 3630, 3632).“*

Der BGH konzentriert sich in der hier dargestellten Entscheidung gleich auf den problematischen Aspekt, ob der K nicht eigene vertragliche Ansprüche zustehen (hierzu Ziff. 5).

Aus didaktischen Gründen werden im Folgenden jedoch die einzelnen Prüfungsschritte bei einer Schadensersatzpflicht aus einem

Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte dargestellt.

### **1. Anwendungsbereich**

Gegenstand der geltend gemachten Pflichtverletzung ist, dass B. der M im Rahmen der Vertragsverhandlungen eine zu hohe durchschnittliche Besucherzahl nannte. Ein (Miet-)Vertrag zwischen M und der D.-Bank, in dessen Schutzbereich K einbezogen worden sein könnte, bestand zu diesem Zeitpunkt noch nicht.

Die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte sind jedoch bereits im Stadium der Vertragsanbahnung anwendbar, so dass ein Dritter auch in den Genuss vorvertraglicher Schutzpflichten kommt (vgl. BGHZ 66, 51, 58 („Gemüseblatt-Fall“); GOTTWALD, in: MünchKomm. BGB, 6. Aufl., § 328 Rn. 172; DAHM, JZ 1992, 1167, 1170; STRAUCH, JuS 1982, 823, 826).

Sofern man die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte anerkennt, ist eine Einbeziehung Dritter auch in vorvertragliche Schutzpflichten nur konsequent. Andernfalls würde ein Drittschutz nur bei Zustandekommen eines Vertrages entstehen. Rechtfertigung für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ist aber gerade, dass der Dritte seine Rechtsgüter wie ein Vertragsteil dem Einfluss des anderen Vertragsteils preisgibt. Eine vergleichbare Gefährdungslage kann aber gleichermaßen bei der Aufnahme von Vertragsverhandlungen bestehen. Auch hinge der

Schutz des Dritten andernfalls von der Zufälligkeit ab, ob die Vertragsverhandlungen im Zeitpunkt der Schädigung bereits zu einem Vertragsschluss geführt haben (vgl. BGHZ 66, 51, 58).

Der Anwendungsbereich des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte ist somit auch im vorvertraglichen Stadium eröffnet.

## 2. Leistungsnähe

Die K müsste mit der geschuldeten Leistung bestimmungsgemäß in Berührung gekommen sein.

Als potentielle Untermieterin war die K letztlich denselben Gefahren aus einer Verletzung vorvertraglicher Pflichten ausgesetzt wie die M als potentielle Hauptmieterin.

Eine Leistungsnähe der K ist somit zu bejahen.

## 3. Gläubignähe

M müsste ferner ein Interesse an der Einbeziehung der K in den vorvertraglichen Schutzbereich gehabt haben.

Die Rechtsprechung ging in der Vergangenheit davon aus, dass eine solche Gläubignähe nur in eng begrenzten Ausnahmefällen anzunehmen ist, etwa dann, wenn den Gläubiger eine Fürsorgepflicht trifft, er für das „Wohl und Wehe“ des Dritten verantwortlich ist (vgl. BGHZ 66, 51, 57). Dies betraf insbe-

sondere Dritte, die aufgrund einer familiären Beziehung oder eines Arbeitsverhältnisses in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis zu dem Gläubiger standen.

Zwar wurde M von K damit beauftragt, für diese Verhandlungen mit der A. über eine Anmietung einer Teilfläche in N zu führen. Ein soziales Abhängigkeitsverhältnis der K gegenüber M ergibt sich daraus jedoch nicht.

Folglich wäre eine Gläubignähe der K abzulehnen.

Die Wohl-und-Wehe-Rechtsprechung wurde von der Literatur jedoch als zu eng kritisiert und auch die Rechtsprechung lässt nun in weiteren Fällen eine Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich (vor-)vertraglicher Pflichten zu. Dies setzt voraus, dass die Leistung drittbezogen ist.

Danach muss die geschuldete Leistung bestimmungsgemäß zumindest auch gegenüber dem Dritten erbracht werden oder die Interessen eines Dritten schützen, dem durch die konkrete (vor-)vertragliche Pflichtverletzung ein Schaden droht (vgl. JAGMANN, in: STAUDINGER, BGB, 2004, § 328 Rn. 101).

Die D.-Bank war der M durch ihre Verhandlungsgelhilfin A. zur ordnungsgemäßen Aufklärung über die Eigenschaften des Mietobjekts verpflichtet. Der durchschnittlichen Besucherzahl kommt bei einem Einkaufszentrum erhebliche Bedeutung zu, da sich daraus auf eine entsprechende Laufkundschaft



und einen entsprechenden Umsatz schließen lässt.

Da letztlich K die Apotheke in N betreiben und das unternehmerische Risiko des Apothekenbetriebs übernehmen wollte, hat diese noch ein größeres Interesse als M, dass ihr die korrekte durchschnittliche Anzahl der Besucher genannt wird.

Da M die Teilfläche an K untervermieten wollte, war sie ihrerseits K zur Aufklärung über die Eigenschaften des Mietobjekts verpflichtet. Da M im Falle der unzutreffenden Aufklärung eine Inanspruchnahme durch K droht, haben K und M insoweit ein gleichgerichtetes Interesse.

Die Nennung der korrekten durchschnittlichen Anzahl der Besucher stellt im vorliegenden Fall somit eine drittbezogene Pflicht dar.

#### 4. Erkennbarkeit

Die M hatte die A. informiert, dass sie die von ihr gemietete Fläche untervermieten wollte.

Somit war der A. bekannt, dass nicht nur die M, sondern auch deren potentielle Untermieter ein Interesse an einer ordnungsgemäßen Aufklärung über die durchschnittliche Anzahl der Besucher in N hatten.

Da die A. als Verhandlungsgehilfin der D.-Bank handelte, ist der D.-Bank das Wissen der A. gemäß § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen.

Für die D.-Bank war das Interesse an der Einbeziehung der K somit erkennbar.

#### 5. Schutzbedürfnis

Die K ist nicht schutzbedürftig, wenn ihr vertragliche Ansprüche zustehen.

Zwischen der K und M bestand ein Untermietvertrag, aus dem sich entsprechende Ansprüche der K gegen M ergeben könnten. M ist jedoch mittlerweile insolvent, so dass ein Vorgehen gegen diese wirtschaftlich aussichtslos wäre.

Dies stellt laut dem BGH jedoch kein Argument für ein Schutzbedürfnis der K dar:

*„Eine Einbeziehung des Untermieters in den Schutzbereich des Hauptmietvertrags scheidet regelmäßig deshalb aus, weil dem Untermieter eigene vertragliche Ansprüche gegen den Hauptmieter zustehen (BGH, Urt. v. 15.02.1978 – VIII ZR 47/77, BGHZ 70, 327, 329 f.; v. 02.07.1996 – X ZR 104/94, BGHZ 133, 168, 173 f.; v. 20.12.1978 – VIII ZR 69/78, WM 1979, 307, 308). Dass der Anspruch gegen den eigenen Vertragspartner wegen dessen Insolvenz wirtschaftlich praktisch wertlos ist, ändert hieran nichts, denn die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte sollen dem Dritten nicht das Insolvenzrisiko seines Vertragspartners abnehmen (BGH, Urt. v. 22.07.2004 – IX ZR 132/03, NJW 2004, 3630, 3632).“*

K stützt ihre Ansprüche jedoch nicht auf eine Verletzung vertraglicher Pflichten, sondern darauf, dass ihr im Rahmen der Vertragsverhandlungen die durchschnittliche Besucheranzahl nicht korrekt mitgeteilt wurde. Dieser Anspruch wäre daher auf ein Verschulden bei Vertragsverhandlungen zu stützen, so dass K gerade kein gleichwertiger vertraglicher Anspruch zustehen würde.

Auch dieses Argument lässt der BGH nicht gelten:

*„Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass die Klägerin [K] hier keine Garantieansprüche wegen Mängeln, sondern Ansprüche wegen einer Pflichtverletzung der D.-Bank bei Vertragsverhandlungen mit der Streithelferin der Klägerin [M] gemäß § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB geltend macht. Die Revision meint, da hier nicht die für Haupt- und Untermieter inhaltsgleiche Haftung nach § 536a BGB betroffen sei, sondern eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss, die sich nach den jeweiligen konkreten Umständen der Vertragsverhandlungen richte, stehe der Klägerin [K] kein eigener gleichartiger vertraglicher Schadensersatzanspruch gegenüber ihrer Vertragspartnerin zu. Für die Beurteilung, ob dem Dritten eigene gleichwertige (vgl. BGH, Urt. v. 02.07.1996 – X ZR 104/94, BGHZ 133, 168, 176) Schadensersatzansprüche zustehen, die eine Einbeziehung in den Schutzbereich des fremden Vertrags entbehrlich machen, kommt es indes nicht auf die Anspruchsgrundlage, son-*

*dern auf die Voraussetzungen und den Umfang des Schadensersatzanspruchs an. Hierauf bezogen entspricht aber der eigene vertragliche Anspruch der Klägerin [K] gegen ihre Streithelferin [M] als Vermieterin des Untermietvertrages deren Anspruch gegen die D.-Bank als Vermieterin des Hauptmietvertrages.*

*Der Schadensersatzanspruch der vormaligen Streithelferin [M] gegen die D.-Bank wegen vorvertraglicher Pflichtverletzungen durch die behauptete fehlerhafte Auskunft über die zu erwartenden Besucherzahlen geht von seinen Voraussetzungen und seinem Umfang nicht über die vertraglichen oder vorvertraglichen Schadensersatzansprüche hinaus, die der Klägerin [K] gegen ihre Streithelferin [M] zustehen.*

*Grundlage der Haftung der Streithelferin [M] gegenüber der Klägerin [K] kann nur eine Pflichtverletzung aus einem selbständigen Beratungs- oder Auskunftsvertrag oder eine Verletzung vorvertraglicher Beratungs- und Auskunftsansprüche (vgl. BGH, Urt. v. 03.12.1991 – XI ZR 300/90, BGHZ 116, 209, 211 f.) im Zusammenhang mit dem Abschluss des Untermietvertrags sein. Die Streithelferin [M] war verpflichtet, die an die Klägerin [K] zu vermietenden Räume daraufhin zu überprüfen, ob sie zum wirtschaftlichen Betrieb einer Apotheke geeignet sind. Die sich aus der Verletzung dieser Pflicht ergebenden Schadensersatzansprüche sind auf das negative Interesse gerichtet. Danach ist die Klägerin*

*[K] so zu stellen, wie sie bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Beratungs- und Auskunftspflicht stünde (vgl. BGH, Urt. v. 06.04.2001 – V ZR 394/99, NJW 2001, 2875, 2876; v. 11.06.2011 – V ZR 144/09, WuM 2011, 524 Rn. 8). Wenn die Streithelferin [M] sich ohne eigene Prüfung auf die Auskunft der für die A. tätigen Centermanagerin B. verlassen hat, wäre ihr dies als schuldhafte Pflichtverletzung zuzurechnen.*

*Die vertraglichen Schadensersatzansprüche der Streithelferin [M] gegen die D.-Bank gehen darüber nicht hinaus. In diesem Verhältnis kommt ebenfalls ein Anspruch wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen (§ 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB) in Betracht, der auf das negative Interesse gerichtet ist. Die D.-Bank hat nach dem Vortrag der Klägerin durch falsche Angaben zu den Besucherzahlen ihre Auskunftspflicht verletzt. Ein Verschulden der Centermanagerin B. ist der D.-Bank gemäß § 278 Satz 1 BGB zuzurechnen. Auch der hieraus resultierende Anspruch setzt Verschulden voraus, dessen Fehlen zur Beweislast des Anspruchsgegners, hier also der D.-Bank, steht. Mithin bedarf es einer Einbeziehung in den Schutzbereich des mit der D.-Bank geschlossenen Hauptmietvertrages nicht.“*

## 6. Ergebnis

Der K steht gegen die D.-Bank aus den Grundsätzen eines Vertrags mit Schutzwir-

kung für Dritte somit kein Schadensersatzanspruch zu.

### III. Anspruch der K gegen die D.-Bank aus § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Zahlung von 100.000 Euro

Schließlich kommt ein Anspruch der K gegen die D.-Bank auf Schadensersatz aus § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB in Betracht. Die A. müsste dazu Verrichtungsgehilfin der D.-Bank gewesen sein und die K widerrechtlich geschädigt haben.

#### 1. Konzernschwesterengesellschaft als Verrichtungsgehilfin

Die A. müsste von der D.-Bank zu einer Verrichtung bestellt worden sein.

Die D.-Bank hatte die A. als deren Schwesterengesellschaft mit der Organisation und Durchführung der Vermietung der Flächen in N beauftragt.

Ob ein Konzernverhältnis oder Auftragsverhältnis zur Begründung der Eigenschaft eines Verrichtungsgehilfen ausreicht, ist jedoch zweifelhaft.

Zunächst stellt der BGH die Voraussetzungen dar, die für einen Verrichtungsgehilfen vorliegen müssen:

*„Maßgebend für die Einordnung als Verrichtungsgehilfe sind die faktischen Verhältnisse. Verrichtungsgehilfe im Sinne von § 831 BGB*

*ist nur, wer von den Weisungen seines Geschäftsherrn abhängig ist. Ihm muss von einem anderen, in dessen Einflussbereich er allgemein oder im konkreten Fall ist und zu dem er in einer gewissen Abhängigkeit steht, eine Tätigkeit übertragen worden sein. Das dabei vorausgesetzte Weisungsrecht braucht nicht ins Einzelne zu gehen. Entscheidend ist, dass die Tätigkeit in einer organisatorisch abhängigen Stellung vorgenommen wird. Es genügt, dass der Geschäftsherr die Tätigkeit des Handelnden jederzeit beschränken oder entziehen oder nach Zeit und Umfang bestimmen kann (vgl. Senatsurteil vom 10.03.2009 – VI ZR 39/08, VersR 2009, 784 Rn. 11; BGH, Urt. v. 30.06.1966 – VII ZR 23/65, BGHZ 45, 311, 313; v. 25.02.1988 – VII ZR 348/86, BGHZ 103, 298, 303; v. 12.06.1997 – I ZR 36/95, VersR 1998, 862, 863).*

*Der Personenkreis, der nach diesen Grundsätzen ‚zu einer Verrichtung bestellt‘ ist, unterscheidet sich von dem Kreis der Erfüllungsgehilfen im Sinne von § 278 BGB durch den Mangel an Selbstständigkeit und Eigenverantwortlichkeit. Während selbständige Unternehmen ohne weiteres Erfüllungsgehilfen sein können, setzt die Qualifikation als Verrichtungsgehilfe Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit voraus (MünchKommBGB/Wagner, 5. Aufl., § 831 Rn. 14).“*

Für ein Abhängigkeitsverhältnis und eine Weisungsgebundenheit der A. könnte sprechen, dass diese zum Zeitpunkt der Vertrags-

verhandlungen mit M demselben Konzern angehörte.

§ 17 Abs. 1 AktG qualifiziert rechtlich selbständige Unternehmen als „abhängig“, wenn ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss ausüben kann. Gemäß § 17 Abs. 2 AktG wird von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen vermutet, dass es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist. Was unter Mehrheitsbesitz zu verstehen ist, wird in § 16 Abs. 1 AktG definiert. Danach steht ein Unternehmen in Mehrheitsbesitz, wenn einem anderen Unternehmen die Mehrheit der Anteile an diesem Unternehmen gehört.

Danach ist die A. ein von der D.-Bank Holding SE abhängiges Unternehmen. Über das Konzernverhältnis ist es vorstellbar, dass auch die D.-Bank über ihre Muttergesellschaft Einfluss auf den Geschäftsbetrieb der A. nimmt und somit ein mittelbares Abhängigkeitsverhältnis zwischen A und der D.-Bank besteht. Ein konzernrechtliches Abhängigkeitsverhältnis stellt jedoch kein soziales Abhängigkeitsverhältnis dar, das grundsätzlich Voraussetzung für die Eigenschaft eines Verrichtungsgehilfen ist.

Ferner war die A. über das Auftragsverhältnis mit der D.-Bank deren Weisungen unterworfen.

Das OLG Oldenburg bejahte die Eigenschaft der A. als Verrichtungsgehilfin der D.-Bank:

„Dass die [A.] als Verrichtungsgehilfin für die [D.-Bank] aufgetreten ist, in deren Namen sie die Verhandlungen über den Abschluss eines Mietvertrages geführt und diesen schließlich in Vertretung für die [D.-Bank] geschlossen hat, steht außer Frage. Das gilt auch vor dem Hintergrund, dass die [A.] das Vermittlungs- und Vermietungsgeschäft in selbstständiger Unternehmensform durchgeführt hat. Entscheidend ist, dass sie auch als selbstständige Unternehmerin in eine Organisationsstruktur der [D.-Bank] eingebunden und zumindest insoweit deren Weisungen unterworfen war, dass ihre Handlungen beschränkbar und bestimmbar waren (vgl. m. w. N.: Palandt-Sprau, [70. Aufl.], § 831, Rn. 5). Die [A.] hat den Mietvertrag mit der Streitverkündeten [M] als Vertreterin der [D.-Bank] abgeschlossen. Eine derart übertragene Tätigkeit ist kennzeichnend für die Einordnung eines Handelnden als Verrichtungsgehilfe (vgl. Palandt-Sprau, a. a. O.).

Ebenso unzweifelhaft ist, dass die Angestellte B. für die [A.] als Verrichtungsgehilfin aufgetreten ist.“

Der BGH indes kommt zu einem anderen Ergebnis:

„[An einem Abhängigkeitsverhältnis] fehlt es in der Regel bei selbständigen Unternehmen, unabhängig davon, ob sie mit dem Unternehmen, für das sie eine bestimmte Aufgabe wahrnehmen, in einem Konzernverhältnis stehen. Die Übertragung von Aufgaben auf

ein bestimmtes Unternehmen innerhalb eines Konzerns dient regelmäßig gerade dem Zweck, durch die selbständige – nicht weisungsgebundene – Erledigung der Aufgabe andere Teile des Konzerns zu entlasten. Der pauschale Vortrag der Klägerin [K], dass das gesamte Vermietungsgeschäft für das Einkaufszentrum von der A. für die Rechtsvorgängerin der Beklagten [D.-Bank] organisiert und durchgeführt wurde, führt im Streitfall nicht zu einer anderen Wertung. Dies mag zwar eine Erfüllungsgehilfeneigenschaft der A. für die D.-Bank begründen, die für einen Verrichtungsgehilfen erforderliche Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit ergibt sich daraus aber nicht. Die Klägerin [K.] hat insoweit auch keine konkreten Umstände aufgezeigt, die eine Abweichung von dem für selbständige Unternehmen geltenden Grundsatz rechtfertigten.“

## 2. Ergebnis

Da die A. keine Verrichtungsgehilfin der D.-Bank war, steht der K gegen die D.-Bank kein Anspruch aus § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB zu.

## IV. Endergebnis

K steht der gegen die D.-Bank geltend gemachte Schadensersatzanspruch somit nicht zu.

## Hinweise:

Das dargestellte Urteil bietet die Problematik eines Schulfalls („Gemüseblatt-Fall“) in einer



im Wirtschaftsleben häufigen Fallkonstellation. Bei der Frage der Verrichtungsgehilfeneigenschaft von Konzerngesellschaften bieten sich gute Argumentationsmöglichkeiten. Die Entscheidung bietet eine gute Grundlage für eine Examensklausur auch im allgemeinen Zivilrecht. Die Schwierigkeit besteht bei der Lösung zunächst darin, sich den Sachverhalt zu erschließen und zu erkennen, in welchen Personenverhältnissen welche rechtlichen Beziehungen bestehen. Bei der Prüfung der einzelnen Anspruchsgrundlagen ist streng zwischen Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen zu trennen.

Mit dem Hinweis, dass die Klägerin keine konkreten Umstände aufgezeigt habe, die eine Abweichung von dem Grundsatz des BGH rechtfertigen würden, hält sich der BGH nach wie vor die Möglichkeit offen, abhängig vom Einzelfall die Verrichtungsgehilfeneigenschaft eines selbständigen Unternehmens zu bejahen. So entschied der BGH bereits mit Urt. v. 28.02.1989 – XI ZR 70/88 (BeckRS 2010, 17069), dass eine GmbH, die als Repräsentantin eines mit ihr gesellschaftsrechtlich nicht verbundenen Unternehmens tätig ist, dessen geschäftlichen Richtlinien sie unterworfen ist, Verrichtungsgehilfin dieses Unternehmens ist.

Zur Vertiefung zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte: BROX/WALKER, Allgemeines Schuldrecht, 37. Aufl., § 33. Einführung in das Konzernrecht bei ASSMANN/KÜBLER, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., § 29.

(RA Steffen Follner)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

## **Fragerecht des Arbeitgebers nach erledigtem Ermittlungsverfahren – sittenwidrige Kündigung**

**BAG, Urteil vom 15.11.2012 – 6 AZR 339/11, DB 2013, 584**

**An der Informationsbeschaffung durch die unspezifizierte Frage nach eingestellten Ermittlungsverfahren an den Stellenbewerber besteht grundsätzlich kein berechtigtes Interesse des potenziellen Arbeitgebers. Eine solche Frage ist damit im Regelfall nicht erforderlich i. S. v. § 29 Abs. 1 Satz 1 DSGVO NRW. Das ergibt sich aus den Wertentscheidungen des § 53 BZRG. Eine allein auf die wahrheitswidrige Beantwortung einer solchen Frage gestützte Kündigung verstößt deshalb gegen die objektive Wertordnung des Grundgesetzes, wie sie im Recht auf informationelle Selbstbestimmung zum Ausdruck kommt, und ist nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam. (amtlicher Leitsatz)**

### **Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):**

K ist ausgebildeter Diplomingenieur. Er warb sich am 17.07.2009 bei der Bezirksregierung D als sog. Seiteneinsteiger für eine Tätigkeit als Lehrer an einer Hauptschule des Landes Nordrhein-Westfalen. Das Land Nordrhein-Westfalen teilte K daraufhin mit, er werde ein Einstellungsangebot erhalten

und forderte ihn auf, das Formular „*Einstellung in den öffentlichen Dienst – Belehrung und Erklärung*“ auszufüllen und zu unterschreiben. Ziff. 2 „*Vorstrafen und anhängige Straf- oder Ermittlungsverfahren*“ dieses Formulars lautet:

#### 2.1 Belehrung

Nach § 53 des Bundeszentralregistergesetzes darf sich ein/e Bewerber/in als unbestraft bezeichnen und braucht er/sie den einer Verurteilung zu Grunde liegenden Sachverhalt nicht zu offenbaren, wenn die Verurteilung nicht in ein Führungszeugnis oder nur in ein solches für Behörden aufzunehmen oder im Zentralregister zu tilgen ist.

Ein/e Bewerber/in ist verpflichtet, gegenüber einer obersten Landesbehörde auch über diejenigen Verurteilungen Auskunft zu geben, die nicht in ein Führungszeugnis oder nur in solche für Behörden aufzunehmen sind.

#### 2.2 Erklärung

Ich versichere hiermit, dass ich – nicht ( ) – wie folgt ( ) vorbestraft bin:

#### 2.3 Erklärung

Ich versichere, dass gegen mich kein gerichtliches Strafverfahren und kein Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft wegen eines Vergehens oder Verbrechens anhängig ist oder innerhalb der letzten 3 Jahre anhängig gewesen ist. [...]

Ohne zu Ziff. 2.2 oder Ziff. 2.3 Angaben zu machen, unterschrieb K die Erklärung am 07.09.2009. Am 08.09.2009 begründeten das Land Nordrhein-Westfalen und K ein vom 15.09.2009 bis zum 14.09.2010 zur Erprobung befristetes Arbeitsverhältnis, wobei zusätzlich eine Probezeit von sechs Monaten vereinbart wurde. Am 15.09.2009 nahm K die Tätigkeit auf. Im Oktober 2009 ging ein an-

onymes Schreiben bei der Schule des K und der zuständigen Bezirksregierung ein, in dem darauf hingewiesen wurde, K stehe unter dem Verdacht des Kindesmissbrauchs. Mit Schreiben vom 22.10.2009 leitete die Bezirksregierung dieses Schreiben an die Staatsanwaltschaft mit der Bitte weiter, strafrechtsrelevante Vorfälle mitzuteilen. Die daraufhin übersandte Vorgangsliste vom 03.11.2009 enthielt verschiedene Einträge über in den Jahren 2008 und 2009 eingestellte und abgeschlossene Ermittlungsverfahren:

Nach Zustimmung des Personalrats kündigte das Land Nordrhein-Westfalen mit Schreiben vom 12.11.2009 das Arbeitsverhältnis mit K ordentlich innerhalb der Probezeit zum 30.11.2009.

Das Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten in Nordrhein-Westfalen (Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen – DSGVO NRW) in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.06.2000 bestimmt zur Zulässigkeit der Datenverarbeitung in Arbeitsverhältnissen:

#### § 1 Aufgabe

Aufgabe dieses Gesetzes ist es, den Einzelnen davor zu schützen, dass er durch die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen in unzulässiger Weise in seinem Recht beeinträchtigt wird, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner Daten zu bestimmen (informationelles Selbstbestimmungsrecht).

#### § 2 Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz gilt für die Behörden, Einrichtungen und sonstigen öffentlichen Stellen des

Landes [...] soweit diese personenbezogene Daten verarbeiten. [...]

(3) Soweit besondere Rechtsvorschriften auf die Verarbeitung personenbezogener Daten anzuwenden sind, gehen sie den Vorschriften dieses Gesetzes vor. [...]

#### § 4 Zulässigkeit der Datenverarbeitung

(1) Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nur zulässig, wenn

a) dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift sie erlaubt oder

b) die betroffene Person eingewilligt hat. [...]

#### § 29 Datenverarbeitung bei Dienst- und Arbeitsverhältnissen

(1) Daten von Bewerbern und Beschäftigten dürfen nur verarbeitet werden, wenn dies zur Eingehung, Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses oder zur Durchführung organisatorischer, personeller und sozialer Maßnahmen, insbesondere auch zu Zwecken der Personalplanung und des Personaleinsatzes, erforderlich ist oder eine Rechtsvorschrift, ein Tarifvertrag oder eine Dienstvereinbarung dies vorsieht. [...]

§ 53 des Bundeszentralregistergesetzes lautet:

(1) Der Verurteilte darf sich als unbestraft bezeichnen und braucht den der Verurteilung zugrunde liegenden Sachverhalt nicht zu offenbaren, wenn die Verurteilung

1. nicht in das Führungszeugnis oder nur in ein Führungszeugnis nach § 32 Abs. 3, 4 aufzunehmen oder

2. zu tilgen ist.

(2) Soweit Gerichte oder Behörden ein Recht auf unbeschränkte Auskunft haben, kann der Verurteilte ihnen gegenüber keine Rechte aus Absatz 1 Nr. 1 herleiten, falls er hierüber belehrt wird.

Hat die ordentliche Kündigung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 12.11.2009 das Arbeitsverhältnis mit K wirksam zum Ablauf des 30.11.2009 beendet?

### **I. Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 1 Abs. 1 KSchG**

Die Kündigung könnte zunächst gemäß § 1 Abs. 1, 2 KSchG unwirksam sein, wenn sie nicht sozial gerechtfertigt wäre. Eine Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 1 Abs. 1, 2 KSchG käme allerdings nur dann in Betracht, wenn der persönliche Anwendungsbereich des KSchG auch eröffnet wäre. Dies wiederum würde voraussetzen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und K ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hätte. Diese Voraussetzung liegt nicht vor, da das Arbeitsverhältnis zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und K zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung lediglich ungefähr zwei Monate bestanden hatte.

Die Kündigung ist somit nicht gemäß § 1 Abs. 1, 2 KSchG unwirksam.

### **II. Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 612a BGB i. V. m. § 134 BGB**

Die gegenüber K erklärte Kündigung könnte weiterhin gemäß § 612a BGB i. V. m. § 134 BGB unwirksam sein. Dies würde allerdings voraussetzen, dass das Land Nordrhein-Westfalen einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme be-

nachteiligt hätte, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausgeübt hat. Diese Voraussetzungen liegen indes nicht vor, wie das BAG feststellt:

*„Im Zeitpunkt der Frage nach laufenden oder abgeschlossenen Ermittlungsverfahren war der Kläger noch nicht Arbeitnehmer, sondern Stellenbewerber. Das Maßregelungsverbot des § 612a BGB erfasst nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes nur Arbeitnehmer. Es soll nach dem Willen des Gesetzgebers die geltende Rechtslage klarstellen und das Maßregelungsverbot insbesondere bei Kündigungen auf alle Arbeitnehmer erstrecken, also auch auf solche, für die das Kündigungsschutz- oder Betriebsverfassungsgesetz nicht gilt (BT-Drucks. 8/3317 S. 10, 16). Auf Stellenbewerber findet § 612a BGB damit keine Anwendung. Dies gilt auch dann, wenn die Rechtsausübung wie im vorliegenden Fall noch im Anbahnungsverhältnis, die nachteilige Maßnahme aber erst im später geschlossenen Arbeitsverhältnis erfolgt. Das Maßregelungsverbot soll verhindern, dass Arbeitnehmerrechte deshalb nicht wahrgenommen werden, weil der Arbeitnehmer mit Benachteiligungen rechnen muss. Es soll den Arbeitnehmer in seiner Willensfreiheit bei der Entscheidung darüber schützen, ob er ein Recht ausüben will oder nicht. Der Fall der Rechtsausübung vor Begründung des Arbeitsverhältnisses, die erst im späteren Arbeitsverhältnis zu Nachteilen führt, wird demnach vom Schutzzweck des § 612a BGB nicht erfasst.“*

Die gegenüber K erklärte Kündigung ist somit nicht gemäß § 612a BGB i. V. m. § 134 BGB unwirksam.

### **III. Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 138 Abs. 1 BGB**

Die Kündigung könnte jedoch gemäß § 138 Abs. 1 BGB wegen Sittenwidrigkeit unwirksam sein.

#### **1. Anwendbarkeit des § 138 Abs. 1 BGB**

Hierzu müsste § 138 Abs. 1 BGB allerdings auf die Kündigung von Arbeitsverhältnissen anwendbar sein. Zweifel hieran könnten sich deshalb ergeben, weil der allgemeine Kündigungsschutz von Arbeitnehmern spezialgesetzlich im KSchG geregelt ist und daher nicht ohne Weiteres auf Generalklauseln des BGB zurückgegriffen werden kann.

Allerdings ist nicht zu verkennen, dass das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist. Art. 12 Abs. 1 GG gewährt zwar keinen unmittelbaren Schutz gegen den Verlust des Arbeitsplatzes auf Grund privater Disposition, dem Staat und seinen Institutionen obliegt es aber, den Arbeitnehmer auch dort, wo die Bestimmungen des KSchG nicht greifen, vor einer sitten- oder treuwidrigen Kündigung des Arbeitgebers zu schützen und ein verfassungsrechtliches Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme zu gewährleisten. Der objektive Wertgehalt der Grundrechte ist hierbei zu berücksichtigen.

Demnach sind die Generalklauseln des BGB anwendbar, wenn der Anwendungsbereich des KSchG nicht eröffnet ist.

#### **2. Prüfungsmaßstab**

Während der gesetzlichen Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG ist der Arbeitnehmer indes lediglich vor einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers geschützt. In der Wartezeit erfolgt daher grundsätzlich nur eine Missbrauchskontrolle. Sittenwidrig ist eine Kündigung im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB, wenn sie dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht, d. h. die Kündigung unter keinem tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkt der Durchsetzung rechtmäßiger und legitimer Interessen des Arbeitgebers dient. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls. In sachlicher Hinsicht geht es darum, Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen.

#### **3. Objektive Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB**

Zu den objektiven Voraussetzungen einer Sittenwidrigkeit führt das BAG lehrbuchartig aus:

*„Die im Formular ‚Einstellung in den öffentlichen Dienst – Belehrung und Erklärung‘ abgefragten Informationen zu abgeschlossenen Ermittlungsverfahren waren für die Bewerbung des Klägers um eine Stelle als Lehrer*



nicht erforderlich und damit nicht durch § 29 DSG NRW gestattet. Die [...] allein auf die wahrheitswidrige Beantwortung der unspezifizierten Frage nach staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren, die in den letzten drei Jahren anhängig gewesen sind, gestützte Kündigung vom 12. November 2009 verstieß deshalb gegen die objektive Wertordnung des Grundgesetzes, wie sie im Recht auf informationelle Selbstbestimmung, bei dem es sich um eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts handelt, zum Ausdruck kommt.

In den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und der vor allem auch bei der Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln maßgebliche Bedeutung zukommt. Bei der Auslegung und Anwendung dieser Generalklauseln müssen deshalb die Zivilgerichte die Grundrechte als ‚Richtlinien‘ beachten. § 138 BGB als eine dieser Generalklauseln ist darum am Maßstab von Wertvorstellungen, die in erster Linie von den Grundsatzentscheidungen der Verfassung bestimmt werden, zu konkretisieren.

Zu den nach diesen Grundsätzen für die Anwendung des § 138 BGB maßgeblichen Wertvorstellungen des Grundgesetzes gehört auch das informationelle Selbstbestimmungsrecht als Ausprägung des durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Per-

sönlichkeitsrechts. Die gesetzlichen Anforderungen an eine zulässige Datenverarbeitung im DSG NRW konkretisieren und aktualisieren den Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts und regeln, in welchem Umfang Eingriffe in dieses Recht zulässig sind. Dies stellt § 1 DSG NRW ausdrücklich klar. Hat wie hier der Betroffene nicht in die Datenverarbeitung eingewilligt, ist nach dem Gesamtkonzept des DSG NRW die Datenverarbeitung nur zulässig, wenn dies durch eine verfassungsgemäße Rechtsvorschrift erlaubt ist. Fehlt es an der danach erforderlichen Ermächtigungsgrundlage oder liegen deren Voraussetzungen nicht vor, ist die Erhebung, Verarbeitung und/oder Nutzung personenbezogener Daten verboten. Dieser das deutsche Datenschutzrecht prägende Grundsatz ist in § 4 Abs. 1 Satz 1 DSG NRW kodifiziert. Die der Argumentation des beklagten Landes zugrunde liegende Annahme, Fragen nach bestimmten Sachverhalten vor der Einstellung seien erlaubt, sofern es keine Vorschrift gebe, die eine solche Frage untersage, ist demnach unzutreffend.

Die nach dem Datenschutzrecht erforderliche Erlaubnis für die Erhebung von Daten über abgeschlossene staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren durch die unspezifizierte Frage nach solchen Verfahren im Einstellungsfragebogen lässt sich der allein als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommenden Vorschrift des § 29 Abs. 1 Satz 1 DSG NRW nicht entnehmen. Die unspezifizierte Frage nach abgeschlossenen Ermittlungsver-

fahren war für die Begründung und Durchführung des Arbeitsverhältnisses des Klägers mit dem beklagten Land nicht erforderlich im Sinne dieser Vorschrift und damit nicht gestattet. Dies folgt aus den Wertentscheidungen des Gesetzgebers in § 53 BZRG. Der Kläger durfte deshalb die eingestellten Ermittlungsverfahren verschweigen. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen.

Die Bezirksregierung D ist als Landesmittelbehörde [...] eine Behörde, die gemäß § 2 Abs. 1 DSGVO NRW die Vorschriften des DSGVO NRW zu achten hat. Die Frage nach abgeschlossenen Ermittlungsverfahren ist als Beschaffen von personenbezogenen Daten eine Erhebung von Daten und damit eine Datenverarbeitung i. S. v. § 3 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 DSGVO NRW. Auch nicht automatisierte Datenerhebungen werden gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 vom DSGVO NRW erfasst.

§ 29 DSGVO NRW stellt eine eigenständige Regelung zum Bewerber- und Beschäftigtendatenschutz im öffentlichen Dienst des Landes Nordrhein-Westfalen dar, die gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 BDSG den seit dem 1. September 2009 geltenden § 32 BDSG in ihrem Anwendungsbereich verdrängt und die ausdrücklich auch Bewerber und damit die Zulässigkeit von Fragen im Bewerbungs- und Einstellungsverfahren erfasst.

Das DSGVO NRW legt allerdings nicht selbst fest, wann eine solche Datenverarbeitung

durch Fragen des potentiellen Arbeitgebers im Bewerbungs- und Einstellungsverfahren erforderlich und damit zulässig ist. Zur Ausfüllung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs kann auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Fragerecht des Arbeitgebers im Bewerbungsverfahren zurückgegriffen werden. Mit der Anknüpfung an den Begriff der ‚Erforderlichkeit‘ wird die bis dahin vorwiegend richterrechtlich geprägte Rechtslage nicht geändert, sondern lediglich konkretisiert und kodifiziert. Ausgehend von dem [...] bereits dargelegten Gesamtkonzept des DSGVO NRW besteht damit ein grundsätzliches Frageverbot, das nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn die Datenerhebung erforderlich ist, in ein von § 29 DSGVO NRW gedecktes Fragerecht umschlägt. Dabei sind an das Vorliegen der Erforderlichkeit nach dem Willen des Gesetzgebers strenge Anforderungen zu stellen (Drucksache des Landtags Nordrhein-Westfalen 10/1565 S. 64).

Fragen nach personenbezogenen Daten vor der Eingehung eines Arbeitsverhältnisses sind danach nur dann i. S. v. § 29 Abs. 1 Satz 1 DSGVO NRW erforderlich, wenn der künftige Arbeitgeber ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Frage bzw. der Informationsbeschaffung im Hinblick auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses hat und das Interesse des Arbeitnehmers an der Geheimhaltung seiner Daten das Interesse des Arbeitgebers an der Erhebung dieser Daten nicht überwiegt. Bei der erforderlichen Abwägung ist Art. 33

*Abs. 2 GG zu beachten, soweit es um die Einstellung in den öffentlichen Dienst geht. Geeignet i. S. v. § 33 Abs. 2 GG ist nur, wer dem angestrebten Amt in körperlicher, psychischer und charakterlicher Hinsicht gewachsen ist. Zur Eignung gehören die Fähigkeit und innere Bereitschaft, die dienstlichen Aufgaben nach den Grundsätzen der Verfassung wahrzunehmen, insbesondere die Freiheitsrechte der Bürger zu wahren und rechtsstaatliche Regeln einzuhalten.*

*Das Bundesarbeitsgericht hat nach diesen Grundsätzen ein berechtigtes Interesse des öffentlichen Arbeitgebers anerkannt, sich bei einem Bewerber um ein öffentliches Amt nach anhängigen Straf- und Ermittlungsverfahren zu erkundigen, wenn bereits ein solches Verfahren Zweifel an der persönlichen Eignung des Bewerbers für die in Aussicht genommene Tätigkeit begründen kann.*

*An der Informationsbeschaffung durch die unspezifizierte Frage nach eingestellten Ermittlungsverfahren an den Stellenbewerber besteht dagegen grundsätzlich kein berechtigtes Interesse des potentiellen Arbeitgebers. Eine solche Frage ist damit im Bewerbungsverfahren im Regelfall nicht erforderlich i. S. v. § 29 Abs. 1 Satz 1 DSGVO NRW. Dies ergibt sich aus den Wertentscheidungen des § 53 BZRG. [...] Nach § 53 Abs. 1 BZRG dürfen Verurteilte sich als unbestraft bezeichnen und brauchen den der Verurteilung zugrunde liegenden Sachverhalt nicht zu offenbaren, wenn die Verurteilung nicht in das Führungs-*

*zeugnis oder nur in ein Führungszeugnis nach § 32 Abs. 3, Abs. 4 BZRG aufzunehmen ist. Das Verschweigerecht besteht nach entsprechender Belehrung des Verurteilten gemäß § 53 Abs. 2 BZRG allerdings nicht, soweit Gerichte oder Behörden hinsichtlich nicht getilgter Verurteilungen ein Recht auf unbeschränkte Auskunft haben. Anspruch auf unbeschränkte Auskunft nach dem Register haben die in § 41 BZRG genannten Behörden. Auch diesen Stellen ist im von § 41 BZRG geregelten Umfang jedoch nur Auskunft über die in das Register eingetragenen Sachverhalte zu gewähren. Nach § 3 BZRG i. V. m. mit §§ 4 bis 8 BZRG ist im hier interessierenden Zusammenhang auch in den Fällen des § 53 Abs. 2 BZRG nur Auskunft über strafgerichtliche Verurteilungen zu erteilen. Eingestellte staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren sind in diesen Vorschriften nicht aufgeführt. Solche Verfahren sind nicht in das Register einzutragen. Für diese Entscheidung des Gesetzgebers waren rechtsstaatliche Bedenken ausschlaggebend. Ohne Schuldnachweis erschienen dem Gesetzgeber die aus einer Eintragung möglicherweise folgenden nachteiligen Wirkungen nicht vertretbar. Eingestellte Ermittlungsverfahren sind daher weder in ein Führungszeugnis aufzunehmen noch ist über sie gegenüber Gerichten und Behörden i. S. v. § 53 Abs. 2 BZRG Auskunft zu erteilen. Besteht aber ein Verschweigerecht bereits in den von § 53 BZRG ausdrücklich geregelten Fällen, ist ein solches Recht erst recht anzunehmen, wenn nach Vorgängen gefragt wird, die von vornherein nicht in ein Führungszeugnis*

*aufzunehmen sind und über die selbst den in § 53 Abs. 2 BZRG genannten Stellen keine Auskunft erteilt werden kann.*

*Unerheblich ist nach diesen Grundsätzen [...], welcher Sachverhalt den Ermittlungen zugrunde lag. Endet ein Strafverfahren durch Einstellung nach §§ 153 ff. StPO, kann der Betroffene ohne strafähnliche Sanktion resozialisiert werden. Er steht weiter unter dem Schutz der Unschuldsvermutung. Diese Vermutung hat als besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips Verfassungsrang und ist kraft Art. 6 Abs. 2 EMRK zugleich Bestandteil des positiven Rechts der Bundesrepublik Deutschland. Sie schützt den Beschuldigten auch vor Nachteilen, die Schuldspruch oder Strafe gleichkommen, denen aber kein rechtsstaatliches prozessordnungsgemäßes Verfahren zur Schuldfeststellung vorausgegangen ist. Bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld wird seine Unschuld vermutet. Kommt es nicht zu einem richterlichen Schuldspruch, gilt die Unschuldsvermutung fort. Im Unterschied zu laufenden Ermittlungsverfahren, bei denen die Rechtsprechung die Frage nach solchen Verfahren zulässt, weil noch ungewiss ist, ob dem Bewerber ein Verschweigerrecht nach § 53 BZRG zukommen wird, steht nach Einstellung des Ermittlungsverfahrens aufgrund der Unschuldsvermutung dem Betroffenen das Verschweigerrecht nach § 53 BZRG zu.“*

Vor diesem Hintergrund kommt das BAG zu dem Ergebnis, dass die Frage nach eingestell-

ten Ermittlungsverfahren vor der Einstellung von K durch das beklagte Land nicht erforderlich i. S. v. § 29 Abs. 1 DSGVO NRW war. Das Interesse des K an der Geheimhaltung der eingestellten Ermittlungsverfahren überwog das Interesse des Landes Nordrhein-Westfalen an der Erhebung dieser Daten. K durfte deshalb die eingestellten Ermittlungsverfahren verschweigen. Die gegenüber K erklärte Kündigung ist somit sittenwidrig und gemäß § 138 Abs. 1 BGB unwirksam.

#### **4. Subjektive Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB**

Schließlich müssten auch die subjektiven Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB vorliegen, um die Sittenwidrigkeit der erklärten Kündigung begründen zu können. Hierfür ist ausreichend, dass der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen die Verletzung des Datenschutzes folgt, bzw. sich bewusst oder grob fahrlässig der Kenntnis dieser Tatsachen verschließt. Hierzu merkt das BAG Folgendes an:

*„Für die Verwirklichung des Tatbestandes des § 138 Abs. 1 BGB ist nicht erforderlich, dass das beklagte Land erkannt hat, dass es gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen verstößt und damit das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Klägers verletzt hat. Ebenso wenig ist erforderlich, dass es in Schädigungsabsicht gehandelt hat. Es genügt vielmehr, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen die Verletzung des Daten-*



*schutzes folgt, bzw. sich bewusst oder grob fahrlässig der Kenntnis dieser Tatsachen verschließt. Das beklagte Land macht nicht geltend, dass ihm seine eigenen Normen des Datenschutzes unbekannt sind.“*

### 5. Ergebnis

Die gegenüber K am 12.11.2009 erklärte Kündigung widerspricht dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Sie ist daher sittenwidrig und gemäß § 138 Abs. 1 BGB unwirksam.

#### Hinweise:

1. Die Entscheidung des BAG und der darin angesprochene Themenkomplex des Kündigungsschutzes außerhalb des KSchG sind sehr examensrelevant. Die Prüfung der Wirksamkeit einer Kündigung gehört zum arbeitsrechtlichen Pflichtprüfungsstoff der staatlichen Pflichtfachprüfung.
2. Die Kunst besteht in der Klausur darin, systematisch die Wirksamkeit der erklärten Kündigung zu prüfen. Zunächst ist zu untersuchen, ob dem gekündigten Arbeitnehmer Kündigungsschutz nach dem KSchG zusteht. Sollte dies nicht der Fall sein, ist in einem weiteren Schritt darzustellen, dass es dem Staat dennoch obliegt, ein verfassungsrechtliches Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme zu gewährleisten und die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses daher ausnahmsweise auch dann unwirksam sein kann, wenn das KSchG im konkreten Fall nicht greift.

Dogmatische Anknüpfungspunkte für die weitere Prüfung sind dann § 138 Abs. 1 BGB und/oder § 242 BGB. Im Rahmen der §§ 138 Abs. 1, 242 BGB ist allerdings keinesfalls die Sozialwidrigkeit der Kündigung im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG zu prüfen. Vielmehr erfolgt lediglich eine Prüfung dahingehend, ob die erklärte Kündigung gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden bzw. gegen Treu und Glauben verstößt. Bei dieser Prüfung ist insbesondere der objektive Wertgehalt der Grundrechte zu beachten.

3. Im Rahmen einer Examensklausur kann vor der Prüfung der Wirksamkeit einer Kündigung zudem die Wirksamkeit einer Anfechtung gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB wegen einer möglichen arglistigen Täuschung durch den Arbeitnehmer zu prüfen sein. Eine solche Anfechtung kommt in erster Linie dann in Betracht, wenn der Bewerber im Rahmen des Bewerbungsverfahrens eine seitens des Arbeitgebers zulässig gestellte Frage zumindest bedingt vorsätzlich wahrheitswidrig beantwortet. Die Ausführungen des BAG zum Verschweigerecht des Bewerbers sind dann im Rahmen des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB ausführlich darzustellen. Im Rahmen der Prüfung des § 138 Abs. 1 BGB kann dann teilweise auf diese Ausführungen verwiesen werden.

4. Ein guter Überblick über den Kündigungsschutz außerhalb des KSchG findet sich bei BERKOWSKY, NJW 2009, 113 ff. und FUHLROTT/HOPPE, ArbRAktuell 2009, 204 ff.

(RA Dr. Nikolaus Polzer)

► [Inhaltsverzeichnis](#)



**Zugang einer Kündigungserklärung – Kündigung durch vollmachtlosen Vertreter – Beginn der Klagefrist**

BAG, Urteil vom 06.09.2012 – 2 AZR 858/11, DB 2013, 520 und BAG, Urteil vom 22.03.2012 – 2 AZR 224/11, NJOZ 2012, 2088

1. Eine verkörperte Willenserklärung ist zugegangen, sobald sie in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist und für diesen unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von dem Schreiben Kenntnis zu nehmen. Dabei ist es unerheblich, ob und wann er die Erklärung tatsächlich zur Kenntnis genommen hat und ob er daran durch Krankheit, zeitweilige Abwesenheit oder andere besondere Umstände einige Zeit gehindert war. Ein an die Heimatschrift des Arbeitnehmers gerichtetes Kündigungsschreiben kann diesem deshalb selbst dann zugehen, wenn der Arbeitgeber von einer urlaubsbedingten Ortsabwesenheit weiß. (Orientierungssatz)

2. Im Falle des (formwirksamen) Ausspruchs einer Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht beginnt die Klagefrist des § 4 KSchG erst mit dem Zugang der Genehmigung des Arbeitge-

bers beim Arbeitnehmer. (amtlicher Leitsatz)

**Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):**

B betreibt das Krankenhaus M. K war dort seit dem Jahr 1983 als „OP-Pfleger“ beschäftigt. In der Zeit vom 12. bis 27.06.2009 hatte K Erholungsurlaub und hielt sich im Ausland auf. Bei seiner Rückkehr aus dem Erholungsurlaub am 27.06.2009 fand K in seinem Briefkasten ein auf den 25.06.2009 datiertes Kündigungsschreiben und ein weiteres auf den 26.06.2009 datiertes Kündigungsschreiben vor. In dem Schreiben vom 25.06.2009 erklärte B eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen „Arbeitszeitbetrugs“ am 02.06.2009. In dem Schreiben vom 26.06.2009 erklärte sie eine außerordentliche Kündigung, weil K am 12.06.2009 unentschuldig der Arbeit ferngeblieben sei, um seinen Urlaub „mit dem Flug nach K. vorzeitig anzutreten“.

Am 09.07.2009 erhob K Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung vom 26.06.2009. Mit Schriftsatz vom 17.07.2009, der am selben Tag beim Arbeitsgericht einging, erhob K auch gegen die Kündigung vom 25.06.2009 Kündigungsschutzklage.

Mit Schriftsatz vom 18.08.2009, dem K am 20.08.2009 zugegangen, trägt die B sachlich zutreffend vor, die Kündigung vom 25.06.2009 sei an diesem Tag gegen 13 Uhr in den Hausbriefkasten des K eingeworfen worden.

Hat die seitens K am 17.07.2009 erhobene Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung vom 25.06.2009 die Frist des § 4 Satz 1 KSchG gewahrt, wenn am Wohnort des Klägers jedenfalls bis 14:00 Uhr gewöhnlich mit Postzustellungen zu rechnen ist?

Falls die seitens K am 17.07.2009 erhobene Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung vom 25.06.2009 die Frist des § 4 Satz 1 KSchG nicht gewahrt hat, kann K mit Aussicht auf Erfolg am 03.09.2009 beantragen, die gegen die außerordentliche Kündigung vom 25.06.2009 gerichtete Klage nachträglich zuzulassen.

#### **Abwandlung:**

Gegenüber K wurden die auf den 25.06.2009 und 26.06.2009 datierten Kündigungen nicht ausgesprochen. Vielmehr erhielt K erst am 15.12.2009 ein auf Firmenpapier der B verfasstes Kündigungsschreiben. Das Schreiben enthält eingangs die Angabe „Unsere Ref.: P. D/sk“ und endet unter der vollständig aufgeführten Firma der B mit zwei handschriftlichen Zeichnungen. Die linke beginnt mit „ppa.“ und stellt den Schriftzug des Prokuristen V dar. Die rechte beginnt mit „i. V.“ und ist die Zeichnung der Personalverantwortlichen und Handlungsbevollmächtigten D.

Am 02.02.2010 erhob K gegen die Kündigung Klage. Mit Schreiben vom 28.05.2010 wies K die Kündigung zurück und forderte B zur Genehmigung auf. Mit einem von zwei Prokuristen unterzeichneten Schreiben vom

01.06.2010, welches dem K am Folgetag zuzuging, genehmigte B die Kündigung vorsorglich.

Hat die seitens K am 02.02.2010 erhobene Kündigungsschutzklage die Frist des § 4 Satz 1 KSchG gewahrt?

#### **A. Grundfall**

##### **I. Fristgemäße Erhebung der Kündigungsschutzklage**

Will ein Arbeitnehmer geltend machen, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, so muss er gemäß § 4 Satz 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Klage nicht aufgelöst ist. Die seitens K am 17.07.2009 erhobene Kündigungsschutzklage hätte die Frist damit nur dann gewahrt, wenn sie innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigungserklärung erhoben worden wäre.

##### **1. Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung**

Fraglich ist, wann das auf den 25.06.2009 datierte Kündigungsschreiben dem K zugegangen ist. Das BAG führt hierzu aus:

„Nach § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB wird eine unter Abwesenden abgegebene Willenserklärung in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie dem Empfänger zugeht.“

*Eine verkörperte Willenserklärung ist zugegangen, sobald sie in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist und für diesen unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von dem Schreiben Kenntnis zu nehmen. Zum Bereich des Empfängers gehören auch von ihm vorgehaltene Empfangseinrichtungen wie z. B. ein Briefkasten. Ob die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand, ist nach den ‚gewöhnlichen Verhältnissen‘ und den ‚Gepflogenheiten des Verkehrs‘ zu beurteilen. So bewirkt der Einwurf in einen Briefkasten den Zugang, sobald nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Entnahme zu rechnen ist. Dabei ist nicht auf die individuellen Verhältnisse des Empfängers abzustellen, sondern im Interesse der Rechtssicherheit zu generalisieren. Bei Hausbriefkästen ist mit einer Leerung im Allgemeinen zum Zeitpunkt der üblichen Postzustellzeiten zu rechnen, die allerdings stark variieren können.*

*Wenn danach für den Empfänger unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand, ist es unerheblich, ob und wann er die Erklärung tatsächlich zur Kenntnis genommen hat und ob er daran durch Krankheit, zeitweilige Abwesenheit oder andere besondere Umstände einige Zeit gehindert war. In diesem Fall trifft den Empfänger die Obliegenheit, die nötigen Vorkehrungen für eine tatsächliche Kenntnisnahme zu treffen. Unterlässt er dies, so wird der Zugang durch solche – allein in seiner Person liegende – Gründe nicht ausgeschlossen. Ein*

*an die Heimatanschrift des Arbeitnehmers gerichtetes Kündigungsschreiben kann diesem deshalb selbst dann zugehen, wenn der Arbeitgeber von einer urlaubsbedingten Ortsabwesenheit weiß.*

*Daran hält der Senat auch angesichts der Kritik der Revision fest. Es besteht keine rechtliche Notwendigkeit, dem Urlaub des Arbeitnehmers allein in der Rechtsbeziehung zum Arbeitgeber eine zugangshemmende Wirkung zukommen zu lassen, während dies im sonstigen Rechtsverkehr nicht der Fall ist. Ist ein Arbeitnehmer infolge von Urlaubsabwesenheit unverschuldet an einer rechtzeitigen Klageerhebung nach § 4 Satz 1 KSchG gehindert, besteht die Möglichkeit einer nachträglichen Zulassung seiner Klage gemäß § 5 KSchG. Dem Arbeitgeber wiederum muss es möglich sein, den Zugang einer Kündigung auch während einer urlaubsbedingten Abwesenheit des Arbeitnehmers zu bewirken, nicht zuletzt, um Erklärungsfristen wie etwa nach § 626 Abs. 2 BGB wahren zu können.*

*Danach ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, dem Kläger sei das Kündigungsschreiben vom 25. Juni 2009 durch Einwurf in seinen Hausbriefkasten gegen 13:00 Uhr noch am selben Tag zugegangen, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. [...] Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, das Kündigungsschreiben vom 25. Juni 2009 sei dem Kläger am selben Tag i. S. v. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB zugegangen, weil nach den objektiv zu bestimmenden gewöhnlichen Verhält-*

nissen bei einem Einwurf in den Hausbriefkasten gegen 13:00 Uhr mit einer Kenntnissnahme noch am selben Tag zu rechnen gewesen sei.

Allerdings lässt sich dem nicht – wie nach der Zweitbegründung des Landesarbeitsgerichts – die Annahme zugrunde legen, es sei wegen der zwischenzeitlich erfolgten ‚Liberalisierung‘ der Briefzustellung mit Einwürfen in einen vorgehaltenen Hausbriefkasten – allgemein oder ortsüblich – noch bis 17:00 Uhr eines Tages zu rechnen. Das Landesarbeitsgericht hat zu den tatsächlichen Grundlagen einer solchen – gewandelten – Verkehrsanschauung keine Feststellungen getroffen. Es ist auch nicht ersichtlich, auf welches möglicherweise eigene Erfahrungswissen es insoweit abgestellt hätte.

Hingegen ist die Erstbegründung des Landesarbeitsgerichts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Danach war am Wohnort des Klägers jedenfalls bis 14:00 Uhr gewöhnlich mit Zustellungen zu rechnen. Hierfür stützt sich das Landesarbeitsgericht maßgeblich auf die Auskunft der Deutschen Post AG vom 16. Juli 2010. Dieser zufolge beginnt die Zustellung am Wohnort des Klägers in der Regel um 8:15 Uhr und endet ‚mit Erreichung der gesetzlichen Arbeitszeitvorschriften‘. Der beispielhaft beigelegte Dienstplan weist für den zuständigen Zusteller eine Dienstzeit an vier von sechs Arbeitstagen bis 14:05 Uhr aus.

Es hält sich innerhalb des Wertungsspielraums der Tatsacheninstanz, wenn das Landesarbeitsgericht auch angesichts der Ausführungen im letzten Absatz der Auskunft nicht davon ausgegangen ist, am Wohnort des Klägers sei mit Briefzustellungen gewöhnlich nur bis zu einem Zeitpunkt vor 14:00 Uhr, oder gar – mit Blick auf den Streitfall – vor 13:00 Uhr zu rechnen gewesen. Die Deutsche Post AG hat dort mitgeteilt: ‚Bei normalen Sendungsaufkommen und der Tatsache, dass sich der Zustellabschnitt in der ersten Hälfte befindet, können wir von einer Zustellzeit gegen Mittag ausgehen‘. Zum einen bezeichnet die Angabe ‚gegen Mittag‘ keine eindeutige Uhrzeit. Zum anderen ergibt sich aus dem Hinweis auf den Umfang des Sendungsaufkommens und die Lage des Zustellabschnitts, dass zeitliche Schwankungen oder Veränderungen nicht ausgeschlossen sind.

Darauf, ob die Beklagte bei Einwurf des Kündigungsschreibens vom 25. Juni 2009 Kenntnis vom Aufenthalt des Klägers im Ausland hatte, kommt es entgegen der Auffassung des Klägers nicht an. Maßgeblich ist allein, ob unter gewöhnlichen Umständen mit einer Kenntnissnahme des Kündigungsschreibens durch den Kläger noch am 25. Juni 2009 zu rechnen war. Hierfür ist im Interesse der Rechtssicherheit auf die üblichen Zustellzeiten der Briefpost abzustellen, nicht auf persönliche Besonderheiten des Erklärungsempfängers.“

Das auf den 25.06.2009 datierte Kündigungsschreiben ist K somit noch am 25.06.2009 im Sinne des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB zugegangen.

## 2. Ablauf der Frist des § 4 Satz 1 KSchG

Um die Dreiwochenfrist des § 4 Satz 1 KSchG zu wahren, hätte K gegen die Kündigung vom 25.06.2009 spätestens am 16.07.2009 (§§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB) Kündigungsschutzklage erheben müssen. Hierzu führt das BAG aus:

*„Die Kündigung ist jedoch erst mit der am 17. Juli 2009 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klageerweiterung zum Gegenstand des Verfahrens gemacht worden. Die am 9. Juli 2009 zur Niederschrift bei der Rechtsantragsstelle erhobene Klage hat die Klagefrist in Bezug auf diese Kündigung nicht gewahrt. Sie richtete sich nur gegen die Kündigung vom 26. Juni 2009 und enthielt keinen allgemeinen Feststellungsantrag. Nach der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Würdigung der Vorinstanzen handelte es sich bei den Kündigungserklärungen vom 25. und 26. Juni 2009 nicht etwa nur um eine einzige, lediglich doppelt verlautbarte Kündigung. Es lagen vielmehr zwei eigenständige Kündigungen vor. Das Arbeitsgericht und ihm folgend das Landesarbeitsgericht stellen rechtsfehlerfrei darauf ab, die Kündigungsschreiben ließen sich auch nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont nur als zwei nebeneinander gewollte, jeweils eigenständig auf eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtete Wil-*

*lenserklärungen verstehen. So tragen die Kündigungsschreiben verschiedene Daten, die Beklagte hat darin jeweils ausdrücklich eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers ausgesprochen und sie hat die Kündigungen auf unterschiedliche, in den Kündigungsschreiben im einzelnen näher ausgeführte Kündigungssachverhalte gestützt.*

*Im Streitfall kann dahinstehen, ob besondere Umstände in Betracht kommen, unter denen sich ein Arbeitgeber nach § 242 BGB ausnahmsweise nicht auf einen Zugang eines an die Heimatanschrift gerichteten Kündigungsschreibens berufen kann, wenn er die Urlaubsanschrift des Arbeitnehmers kannte. Der Kläger hat nicht behauptet, der Beklagten sei seine Urlaubsanschrift bekannt gewesen.“*

Das BAG kommt somit zu dem Ergebnis, dass die seitens K am 17.07.2009 erhobene Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung vom 25.06.2009 die Frist des § 4 Satz 1 KSchG nicht gewahrt hat.

## II. Antrag auf nachträgliche Klagezulassung

Ein Antrag auf nachträgliche Zulassung der gegen die Kündigung vom 25.06.2009 gerichteten Kündigungsschutzklage gemäß § 5 KSchG hätte Erfolg, wenn der Antrag zulässig und begründet wäre.



### **Zulässigkeit des Antrags**

Der Antrag auf nachträgliche Klagezulassung müsste zunächst zulässig sein. Das BAG führt hierzu wie folgt aus:

*„Der Antrag ist gemäß § 5 Abs. 2 und Abs. 3 KSchG zulässig. Er ist insbesondere innerhalb der Frist des § 5 Abs. 3 Satz 1 KSchG gestellt worden. Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, der Kläger habe entsprechend seinem Vorbringen erst am 20. August 2009 erfahren, dass das Kündigungsschreiben vom 25. Juni 2009 noch an diesem Tag in seinen Briefkasten eingeworfen worden sei. Mit seinem am 3. September 2009 beim Arbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz hat der Kläger folglich innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 5 Abs. 3 Satz 1 KSchG beantragt, die gegen diese Kündigung gerichtete Klage nachträglich zuzulassen.“*

Der Antrag auf nachträgliche Klagezulassung ist somit zulässig.

### **Begründetheit des Antrags**

Der Antrag müsste weiterhin begründet sein. Dies wäre dann der Fall, wenn K „nach erfolgter Kündigung trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, die Klage rechtzeitig beim Arbeitsgericht zu erheben. Dabei ist ihm das Verschulden eines (Prozess-)Bevollmächtigten an der Versäumung der gesetzlichen Klagefrist nach § 4 Satz 1 KSchG gemäß § 46

*Abs. 2 Satz 1 ArbGG i. V. m. § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen.“*

Diese Voraussetzung liegt im Falle des Klägers nicht vor, da es ihm möglich gewesen wäre, „rechtzeitig bis zum Ablauf der Drei-Wochen-Frist am 16. Juli 2009 Klage auch gegen die Kündigung vom 25. Juni 2009 zu erheben. Er hat nach seiner Rückkehr am 27. Juni 2009 die Kündigung vom 25. Juni 2009 zusammen mit derjenigen vom 26. Juni 2009 in seinem Briefkasten vorgefunden.

*Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, das Vorbringen des Klägers, er habe keine Kenntnis davon gehabt, dass er gegen jede einzelne Kündigung vorgehen müsse, schließe sein Verschulden nicht aus. Es gehört zu den für jeden Arbeitnehmer geltenden Sorgfaltspflichten, sich zumindest nach Ausspruch einer Kündigung unverzüglich darum zu kümmern, ob und wie er dagegen vorgehen kann.*

*Ob der Kläger selbst das Unterbleiben der rechtzeitigen Klageerhebung gegen die Kündigung vom 25. Juni 2009 zu vertreten hat, weil er dem am 13. Juli 2009 unter Vorlage beider Kündigungsschreiben mandatierten Rechtsanwalt das Mandat noch während des Laufs der Klagefrist wieder entzogen hat, bedarf keiner Entscheidung. Selbst wenn dieser die Versäumung der Klagefrist zu vertreten hätte, müsste sich der Kläger das nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen. Ebenso kann wegen dieser Bestimmung dahinstehen, ob eine u. U.*

auch nach Mandatierung seines jetzigen Prozessbevollmächtigten noch mögliche rechtzeitige Klageerweiterung infolge von dessen oder infolge eigenen Verschuldens des Klägers unterblieben ist.

Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, die Klagefrist gegen die Kündigung vom 25. Juni 2009 sei nicht wegen eines unverschuldeten Irrtums der Prozessbevollmächtigten darüber, wann die Kündigung dem Kläger zugegangen sei, versäumt worden. Vielmehr habe der Bevollmächtigte angesichts des Datums des Kündigungsschreibens und des zweifelsfrei erkennbaren Umstands, dass dieses nicht mit der Post befördert worden sei, einen Zugang bereits am 25. Juni 2009 in Betracht ziehen müssen. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Ein Irrtum über die für die Fristberechnung erheblichen tatsächlichen Umstände kann nur dann zur nachträglichen Klagezulassung führen, wenn er unverschuldet ist. Das war hier nicht der Fall. Vielmehr muss auch die mögliche Unrichtigkeit einer Parteiinformation in Betracht gezogen und müssen bestehende Zweifel ausgeräumt werden.“

Der Antrag auf nachträgliche Zulassung der gegen die Kündigung vom 25.06.2009 gerichteten Kündigungsschutzklage gemäß § 5 KSchG ist somit unbegründet und hat keine Aussicht auf Erfolg.

### III. Ergebnis des Grundfalls

Die seitens K am 17.07.2009 erhobene Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung vom 25.06.2009 hat die Frist des § 4 Satz 1 KSchG nicht gewahrt. Auch ein Antrag auf nachträgliche Zulassung der gegen die Kündigung vom 25.06.2009 gerichteten Kündigungsschutzklage gemäß § 5 KSchG hat keine Aussicht auf Erfolg.

### B. Abwandlung

„Will der Arbeitnehmer geltend machen, eine Kündigung sei sozial ungerechtfertigt oder aus ‚anderen Gründen‘ rechtsunwirksam, muss er gemäß § 4 Satz 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung beim Arbeitsgericht Klage auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Wird die Unwirksamkeit der Kündigung nicht rechtzeitig geltend gemacht, gilt die Kündigung gemäß § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam. Eine verspätet erhobene Kündigungsschutzklage ist deshalb als unbegründet abzuweisen.“

### I. Dem Arbeitgeber zurechenbare Kündigungserklärung

Ob die seitens K am 02.02.2010 erhobene Kündigungsschutzklage die Frist des § 4 Satz 1 KSchG gewahrt hat, hängt von dem Beginn der Klagefrist ab. Der Beginn der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG wiederum setzt voraus, dass die Kündigungserklärung dem

Arbeitgeber zurechenbar ist. Das BAG führt insoweit wie folgt aus:

*„Nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung setzt der Beginn der Klagefrist [...] den Zugang einer vom Arbeitgeber stammenden, ihm jedenfalls zurechenbaren Kündigung voraus.*

*Die Erweiterung des § 4 Satz 1 KSchG auf ‚sonstige Unwirksamkeitsgründe‘ durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 erfolgte im Interesse einer raschen Klärung der Frage, ob eine Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet hat oder nicht (BR-Drucks. 421/03 S. 11 und 19). Die dreiwöchige Klagefrist dient vor allem dem Schutz des Arbeitgebers. Er soll nach Ablauf von drei Wochen nach Zugang und einer Zeitspanne für die Klagezustellung darauf vertrauen dürfen, dass seine Kündigung das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat. Dieses Schutzes bedarf der Arbeitgeber nicht, wenn weder er selbst noch ein Vertreter mit Wirkung für und gegen ihn gekündigt hat. Schon dieser Umstand spricht gegen die Ansicht, die Klagefrist werde auch durch eine dem Arbeitgeber nicht zuzurechnende Kündigung in Gang gesetzt. Hinzu kommt, dass es andernfalls u. U. ein Dritter in der Hand hätte, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, ohne dass zumindest eine Partei des Arbeitsvertrags dies tatsächlich wollte. Versäumte der Arbeitnehmer die Einhaltung der Klagefrist, träte die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG ein, ohne dass der Arbeitgeber die Möglichkeit gehabt hätte, dies*

*zu verhindern. Er wäre vielmehr darauf angewiesen, dass die (ohne Befugnis) ausgesprochene Kündigung auch vom Arbeitnehmer nicht akzeptiert und klageweise angegriffen wird.*

*Eine Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht ist dem Arbeitgeber nicht zuzurechnen, weil sie nicht von seinem Willen getragen ist. Die erforderliche Zurechenbarkeit wird erst durch eine (nachträglich) erteilte Genehmigung hergestellt. Eine solche ist gemäß § 180 Satz 2, § 177 Abs. 1 BGB möglich, wenn der Erklärungsempfänger die Vertretungsmacht nicht ‚bei der Vornahme‘ beanstandet hat. Materiellrechtlich kann die Genehmigung sowohl gegenüber dem Vertreter als auch dem Erklärungsempfänger erklärt werden (§ 182 Abs. 1 BGB). Da aber § 4 Satz 1 KSchG den Beginn der Frist an den Zugang der Kündigungserklärung knüpft und damit von der Kenntnismöglichkeit des Arbeitnehmers abhängig macht, ist auch für die Genehmigung – ebenso wie im Fall des § 4 Satz 4 KSchG – auf ihren Zugang beim Arbeitnehmer abzustellen. Die materiellrechtliche Rückwirkung der Genehmigung (§ 184 Abs. 1 BGB) ist für den Lauf der Klagefrist ohne Bedeutung. Das Interesse des Arbeitgebers an der raschen Klärung der Frage, ob die Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet hat, beginnt im Fall der Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht erst mit der Genehmigung. [...]*

*Die Klagefrist ist mit Zugang des Kündigungsschreibens am 15. Dezember 2009 nur dann in Gang gesetzt worden, wenn zu diesem Zeitpunkt eine entsprechende Vollmacht der erklärenden Personen bestand.“*

Der bloße Rechtsschein einer solchen Bevollmächtigung führt dagegen nach der Rechtsprechung des BAG nicht dazu, dass die Kündigungserklärung dem Arbeitgeber zurechenbar wäre:

*„§ 4 KSchG dient dem Schutz des Arbeitgebers. Die gewohnheitsrechtlich anerkannte Figur der Anscheinsvollmacht dient hingegen dem Schutz des Arbeitnehmers als des Erklärungsempfängers. In dessen Interesse aber liegt eine Zurechenbarkeit der Kündigung zum Arbeitgeber gerade nicht. Der Arbeitgeber wiederum ist bei Vorliegen eines bloßen Rechtsscheins wegen des Fehlens einer tatsächlich von seinem Willen getragenen Erklärung nicht im Sinne von § 4 KSchG schutzbedürftig.“*

## **II. Ergebnis der Abwandlung**

Ob die seitens K am 02.02.2010 erhobene Kündigungsschutzklage die Frist des § 4 Satz 1 KSchG gewahrt hat, hängt im Ergebnis somit davon ab, ob die die Kündigung ausprechenden Personen bei deren Zugang am 15.12.2009 Vertretungsmacht für B besaßen. Hierzu abschließend das BAG:

*„Sollte die behauptete Vollmacht bereits bei Zugang der Kündigung am 15. Dezember 2009*

*bestanden haben, hätte der Kläger mit der Klageerhebung am 2. Februar 2010 die Frist des § 4 Satz 1 KSchG nicht gewahrt, so dass die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG eingetreten und die Klage deshalb unbegründet wäre. Sollte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangen, dass die erforderliche Vertretungsmacht am 15. Dezember 2009 nicht vorgelegen hat, wäre die Frist des § 4 Satz 1 KSchG mit dem Zugang der Genehmigung bei dem Kläger, also sogar erst nach Klageerhebung angelaufen. Die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG wäre in diesem Fall nicht eingetreten.“*

## **B. Hinweise**

1. Mit seiner Entscheidung vom 22.03.2012 (Urteil vom 22.03.2012 – 2 AZR 224/11, NJOZ 2012, 2088) bestätigt das BAG seine ständige Rechtsprechung, wonach maßgeblich für den Zugang einer verkörperten Willenserklärung ist, dass die Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt und dieser unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hat. Unerheblich ist dagegen die tatsächliche Kenntnisnahme durch den Empfänger. Der Erklärungsempfänger muss dafür Sorge tragen, dass ihn Erklärungen, die während seiner Abwesenheit in seinen Machtbereich gelangen, auch tatsächlich erreichen.

2. Mit der Entscheidung vom 06.09.2012 (Urteil vom 06.09.2012 – 2 AZR 858/11, DB 2013, 520) bestätigt das BAG eine Entscheidung

aus dem Jahr 2009 (Urteil vom 26.03.2009 – 2 AZR 403/07, NZA 2009, 1146), wonach bei einer Kündigung durch einen vollmachtlosen Vertreter der Zugang der Genehmigung beim Arbeitnehmer maßgeblich für den Beginn der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG ist.

3. Sehr umstritten ist, ob und gegebenenfalls bis zu welcher Uhrzeit nachmittags in den Briefkasten eingeworfene Briefe noch am selben Tag zugehen. In der Rechtsprechung wurde diese Frage bereits häufig aufgeworfen. So hat das BAG in einer etwas älteren Entscheidung entschieden, dass ein Zugang am selben Tag jedenfalls dann abzulehnen ist, wenn der Brief gegen 16:30 Uhr eingeworfen wird (Urteil vom 08.12.1983 – 2 AZR 337/82, NZA 1984, 31). Das LAG München hat entschieden, dass in großen Städten ein Zugang am selben Tag erfolgt, wenn das Schriftstück bis 14:00 Uhr eingeworfen wird (Beschluss vom 05.03.2008 – 7 Ta 2/08 – juris). Dagegen soll eine Kündigung, die am letzten Tag der Sechs-Monats-Frist des § 1 Abs. 1 KSchG um 16:00 Uhr in den Wohnungsbriefkasten des Arbeitnehmers eingelegt wird, nach Ansicht des LAG Berlin jedenfalls dann noch an diesem Tag zugehen, wenn der Arbeitnehmer nach vorangegangenen Verhandlungen über einen Aufhebungsvertrag damit rechnen muss, dass der Arbeitgeber ihm das Kündigungsschreiben noch an diesem Tag durch einen Boten überbringen lässt (Urteil vom 11.12.2003 – 16 Sa 1926/03, NZA-RR 2004, 528). Nach Ansicht des LAG Köln soll ein Kündigungsschreiben, das nach

16:00 Uhr in den Briefkasten des Arbeitnehmers eingeworfen wird, dagegen grundsätzlich nicht mehr am Tag des Einwurfs zugehen (Urteil vom 19.07.2010 – 4 Sa 721/10, NZA-RR 2011, 180).

4. Die beiden Entscheidungen des BAG eignen sich als Prüfungsgegenstand einer Examensklausur, weil sie Probleme des allgemeinen Teils des BGB mit arbeitsrechtlichen Besonderheiten verknüpfen. Übertragen werden kann die Problematik des Zugangs einer Kündigungserklärung zum Beispiel auch auf die Frage, ob die Kündigungsfrist nach § 622 BGB oder die Kündigungserklärungsfrist nach § 626 Abs. 2 BGB eingehalten wurde. Auch für die Frage, ob die Kündigungserklärung noch innerhalb der Sechs-Monats-Frist des § 1 Abs. 1 KSchG ausgesprochen wurde und sich der Arbeitnehmer daher nicht auf einen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz berufen kann, ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung von entscheidender Bedeutung. Im Rahmen der Frage, ob die Kündigungserklärung dem Arbeitgeber zugerechnet werden kann, können vertretungsrechtliche Probleme aus dem allgemeinen Teil sowie dem Handels- und Gesellschaftsrecht integriert werden.

5. Im Rahmen einer mündlichen Prüfung kann insbesondere die Frage relevant werden, wie der Arbeitgeber den fristgemäßen Zugang einer Kündigung sicherstellen und im Streitfall beweisen kann. Die Beweislast



für den (fristgemäßen) Zugang einer Kündigungserklärung trägt derjenige, der sich auf den fristgemäßen Zugang beruft, d. h. üblicherweise der Arbeitgeber. Um hier Beweisschwierigkeiten zu vermeiden, sollte die Kündigung dem Arbeitnehmer persönlich ausgehändigt und der Empfang der Kündigungserklärung durch den Erklärungsempfänger schriftlich bestätigt werden. Alternativ kann auch die Übersendung mittels eines Boten gewählt werden, der im Prozess als Zeuge aussagen kann. Hierzu muss dem Boten der Inhalt des Schreibens bekannt sein. Der Bote sollte förglich Gelegenheit haben, dieses zu lesen. Auch sollte die Einkuvertierung vom beauftragten Boten beobachtet werden, um den Vortrag des Arbeitnehmers, er habe keine Kündigung, sondern nur ein unbeschriebenes Blatt erhalten, widerlegen zu können. Der gesamte Vorgang – von der Einkuvertierung bis zum Einwurf in den Briefkasten – ist schriftlich zu protokollieren. Der Bote (und etwaige weitere Zeugen) sollten das Protokoll schließlich unterschreiben (vgl. BISSELS, jurisPR-ArbR 39/2010, Anm. 1).

6. Einen Überblick zu den wesentlichen Problemen im Zusammenhang mit dem Zugang von Willenserklärungen bieten NOACK/UHLIG, JA 2012, 740 ff. sowie speziell zu Kündigungen MÜLLER, Fachanwalt Arbeitsrecht 2012, 356 ff. und RÖBKE, Fachanwalt Arbeitsrecht 2011, 260 ff.

*(RA Dr. Nikolaus Polzer)*

# KÖPFE

# GESUCHT

Referendare und Praktikanten  
[www.tsp-law.com](http://www.tsp-law.com)

Thümmel, Schütze & Partner  
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

## Totschlag durch Unterlassen

BGH, Urteil vom 21.12.2011 – 2 StR 295/11 (LG Trier); NStZ 2012, 319 = BeckRS 2012, 05508

**1. Begründet ein Garant durch die Eröffnung einer Gefahrenquelle die Möglichkeit, dass hierdurch Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden können, so macht er sich strafbar, wenn er die aus der Gefahrenquelle resultierende Gefahr nicht abwendet und dadurch Personen zu Schaden kommen.** (Leitsatz der Bearbeiter)

**2. Fehlt es an einer ernst gemeinten und freiverantwortlichen Entscheidung des Opfers sich zu töten, dann ist das Nichtverhindern des Todes durch einen Garanten als Totschlag durch Unterlassen zu beurteilen.** (Leitsatz der Bearbeiter)

### Sachverhalt (vereinfacht und gekürzt):

Nach einem Streit mit seiner Verlobten verbrachte A einige Zeit bei seiner früheren Freundin O in deren Studenten-WG. Die damalige Beziehung der beiden war seitens A durch sexuelle Machtspiele, dominant-aggressives Verhalten sowie emotionale Erpressung und seitens O durch Hörigkeit und Liebe geprägt.

A brachte eine Flasche „Cleanmagic“ mit, ein freiverkäufliches Reinigungsmittel, das A aufgrund eingehender vorangegangener In-

ternetrecherche in genau dosierten Mengen als Drogenersatz verwendete. O, die um die Gefährlichkeit des Mittels wusste, aber nicht im selben Maß wie A hierüber informiert war, lehnte den ihr angebotenen Konsum jedoch ab.

Die Flasche stellte A daraufhin frei zugänglich auf den Wohnzimmertisch.

Als O nach einigen Tagen erfuhr, dass A weiterhin an seiner Beziehung zu seiner Verlobten festhält, war sie von A, der Liebe ihres Lebens, tief enttäuscht. Deshalb nahm sie aus einem spontanen Entschluss heraus die Flasche Reinigungsmittel und schüttete – ohne zuvor Suizidgedanken geäußert zu haben – 30 ml in ein Glas, das sie mit einem Getränk auffüllte und schließlich etwa zur Hälfte austrank, so dass sie etwa 15 bis 25 ml des Reinigungsmittels zu sich nahm.

Bereits 6 bis 7 ml bewirken bei einer Person von Statur der O Bewusstlosigkeit, Verflachung der Atmung und Atemstillstand.

A hatte dies bemerkt und wusste aufgrund der aufgenommenen Dosis und der schnellen Resorptionszeit um die Lebensgefährlichkeit, weshalb er O dazu aufforderte sich zu übergeben, was O jedoch erst fünf Minuten nach der Aufnahme tat. O wurde daraufhin bewusstlos.

A suchte nun im Internet nach Informationen über geeignete Gegenmaßnahmen. Einen Notarzt rief er dagegen nicht, vielmehr

beobachtete er lediglich die Situation, wobei er durchaus mit dem Tod der O rechnete.

Etwa eine Stunde nach der Einnahme erkundigte sich die Mitbewohnerin M nach O. A hatte jedoch beschlossen, keine Hilfe hereinzulassen, und erklärte stattdessen, O würde schlafen. Weitere eineinhalb Stunden später beendete A seine Internetrecherche und verließ die Wohnung. Kurz darauf entdeckten die Mitbewohnerin und deren Freund die leblose O und riefen den Notarzt, der O aber nicht mehr retten konnte. Hätte A unmittelbar nach der Einnahme einen Notarzt gerufen, hätte O zumindest innerhalb der ersten 30 Minuten nach der Einnahme noch gerettet werden können.

### **Prozessgeschichte:**

A wurde durch das LG wegen Totschlags durch Unterlassen zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt. Die hiergegen eingelegte und auf Sachrüge gestützte Revision des A blieb ohne Erfolg.

Hat sich A wegen §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB durch Unterlassen strafbar gemacht, indem er keine Hilfe herbei rief?

### **I. Tatbestand**

A müsste es gem. § 13 Abs. 1 StGB unterlassen haben, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB gehört.

Im Rahmen des (1.) objektiven Tatbestandes liegen der (a.) Erfolgseintritt (Tod der O) und die (b.) Nichtvornahme der physisch-realen Rettungshandlung (Nicht-Rufen des Notarztes) vor. Auch an der erforderlichen (c.) Kausalität bestehen keine Zweifel, da nach der im Unterlassensdeliktsbereich zu bemühen- den Quasi-Kausalitäts-Formel die Rettungshandlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausbliebe.

Probleme ergeben sich jedoch bei der (d.) objektiven Zurechnung.

Anmerkung: Der Aufbau der Entscheidung des 2. Senats des BGH, in welcher das Problem der Eigenverantwortlichkeit der O nach Prüfung der Garantenstellung aufgeworfen wird, dürfte dem Umstand geschuldet sein, dass die Rspr. die Figur der objektiven Zurechenbarkeit, die als normatives Korrektiv gegenüber einer uferlos weiten Ursachenhaf- tung zu verstehen ist, eigentlich gar nicht im Rahmen des objektiven Tatbestands verortet. Die Rspr. löst die in der Literatur nach der Kausalität verorteten Problemfelder zum einen über die sog. objektive Voraussehbarkeit, also im Bereich des subjektiven Tatbestands, bei manchen Fallgruppen aber auch im objektiven Tatbestand.

Zurück zum Fall: Die objektive Zurechenbarkeit eines Erfolgs ist nach der „Lehre der Erfolgzurechnung“ dann gegeben, wenn der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr ge-

schaffen hat, die sich letztlich im eingetretenen Erfolg realisiert hat. Der Kern der Frage lautet: *Bis zu welcher Grenze kann ein straf-tatbestandlicher Erfolg einer Person als deren Werk zugerechnet werden?*

Eine der Fallgruppen, bei der die Zurechenbarkeit verneint wird – dogmatisch sauberer wäre es also eigentlich, von den Fallgruppen der objektiven Unzurechenbarkeit zu sprechen –, betrifft Handlungen des Opfers selbst, die aufgrund eines eigenverantwortlichen Entschlusses zu einer Selbstgefährdung führen (sog. eigenverantwortliche Selbstgefährdung). Diese darf nicht mit der Fremdgefährdung verwechselt werden, in die eingewilligt werden kann, und die möglicherweise gerechtfertigt ist (dazu ausf. HINDERER/BRUTSCHER, JA 2011, 907 ff.).

Vorliegend hat O bewusst und gewollt und auch in Kenntnis der Gefahr eine Getränkemischung mit dem Reinigungsmittel zu sich genommen. Zugerechnet werden soll im Fall aber nicht eine bloße Gefährdung der O, sondern deren Tod; eine eigenverantwortliche Selbsttötung setzt aber einen entsprechenden Todeswunsch des Suizidenten voraus.

Der BGH verneint dies und führt aus:

*„Eine eigenverantwortlich versuchte Selbsttötung der Geschädigten lag nicht vor. Fehlt es an einer ernst gemeinten und freiverantwortlichen Entscheidung des Opfers sich zu töten, dann ist das Nichtverhindern des Todes durch*

*einen Garanten als Totschlag durch Unterlassen zu beurteilen (vgl. Wessels/Hettinger StrafR BT, Bd. 1, 34. Aufl., Rn 54). Das LG hat rechtsfehlerfrei angenommen, dem spontanen Trinken des Reinigungsmittels habe kein ernstlicher Selbsttötungsentschluss zu Grunde gelegen. Da die Geschädigte in Anwesenheit des Angekl. von dem Reinigungsmittel trank, ist davon auszugehen, dass sie dies tat, um auf sich aufmerksam zu machen. Es lag kein freiverantwortlicher Selbsttötungsentschluss zu Grunde. Dies wird daraus deutlich, dass sie der Aufforderung des Angekl., sich zu erbrechen, Folge leistete.“*

A ist der Tod der O danach also als sein Werk zuzurechnen.

Weiter erforderlich ist nunmehr aber das Vorliegen einer (e.) *Garantenstellung*, da eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts gem. § 13 Abs. 1 StGB nur in Betracht kommt, wenn der Täter rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt.

Der BGH führt hierzu – knapp wie in der gesamten Entscheidung – aus:

*„Nach allgemeinen Grundsätzen hat jeder, der Gefahrenquellen schafft, die erforderlichen Vorkehrungen zum Schutz anderer Personen zu treffen (vgl. BGHSt 53, 38, 42). [...] Strafbar ist die Nichtabwendung einer Gefahr aus der vom Garanten eröffneten Gefahrenquelle dann, wenn eine nahe liegende Möglichkeit begründet wurde, dass Rechtsgüter*



anderer Personen verletzt werden können. Der Angekl. hatte durch Abstellen der Flasche mit dem gefährlichen Mittel auf dem Wohnzimmertisch im Zimmer der Geschädigten eine erhebliche Gefahrenquelle geschaffen. Er hatte der Geschädigten früher den Konsum angeboten, weshalb auch die Möglichkeit bestand, dass sie davon trinken würde. Eine Handlungspflicht für den Angekl. wurde in dem Augenblick begründet, in dem er wahrnahm, dass die Geschädigte tatsächlich davon trank. Da er nach den Feststellungen genau um die rasche Wirkung und die besondere Gefährlichkeit der Einnahme des Mittels durch Menschen wusste und erkannte, dass die Geschädigte eine erhebliche Menge des Mittels getrunken hatte, hätte er, nachdem er bemerkt hatte, dass sie die Flüssigkeit nicht so gleich erbrach, unverzüglich den Notarzt rufen müssen.“

Die Garantenstellung des A gegenüber O folgt also aus Ingerenz, d. h. aus vorausgegangenem, die nahe Gefahr des Erfolgseintritts begründendem Verhalten. A hatte nach Auffassung des Senats und des Tatgerichts also eine Überwachungsgarantenstellung gegenüber O inne.

Dass i. S. der (f.) Entsprechungsklausel des § 13 Abs. 1 a. E. StGB das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht, muss hier im Fall des Erfolgsdelikts des § 212 Abs. 1 StGB nicht näher ausgeführt werden; einer tiefergehenden Prüfung bedarf dies nur in den Fällen

der sog. verhaltensgebundenen Delikte – z. B. bei § 211, § 164, § 253 oder auch § 263 –, also bei Tatbeständen, deren Unrecht sich erst aus einer dem Delikt eigentümlichen Begehungsweise ergibt.

A handelte auch mit Wissen und Wollen und damit mit Vorsatz, sodass der (2.) subjektive Tatbestand erfüllt ist.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld** liegen vor.

**III. Ergebnis:**

A hat sich danach wegen Totschlags durch Unterlassen an O gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

**Hinweise:**

Das Ergebnis des BGH begegnet durchaus Bedenken. Zweifelhaft erscheinen sowohl die Annahme der fehlenden Eigenverantwortlichkeit der O als auch die Begründung für das Vorliegen der Garantenstellung, und zwar nicht nur einzeln, sondern v. a. in der Gesamtschau.

Kann das Abstellen eines Reinigungsmittels tatsächlich eine Überwachungsgarantenstellung begründen?

Allein aus dem Hinstellen der Flasche freiverkäuflichen Reinigungsmittels ergibt sich nämlich – zumindest für andere erwachsene Personen – noch gar keine Gefahr; hinzu-

kommen musste erst noch das Trinken durch die O selbst und darüber hinaus die Einnahme einer zu hohen Dosis. Die Überwachungsgarantenstellung muss aber dort enden, wo die Eigenverantwortlichkeit anderer Personen beginnt.

Damit stellt sich die Frage, ob nicht schon im Bereich der objektiven Zurechenbarkeit das Ergebnis näher liegt, dass sich O eigenverantwortlich selbst gefährdet hat. Dass tatsächlich A den Tod der O zu verantworten hat, würde jedenfalls voraussetzen, dass O wirklich ohne Suizid-Gedanken gehandelt hat und A dies erkannt hat. Denn eine Teilnahme an einer Selbsttötung wäre mangels teilnahmefähiger Haupttat straflos. Spätestens mit dem Erbrechen muss A aber klar geworden, sein, dass O nicht sterben wollte.

Anmerkung: Auch hier ist wieder zu beachten, dass für Kandidaten der Ersten juristischen Staatsprüfung Vorsicht bei der Lektüre von Revisionsentscheidungen geboten ist; diese beschränken sich auf die Prüfung, ob die vom Tatgericht ermittelten Feststellungen im Urteil den Schuldspruch tragen. Verfehlt wäre es daher, den Suizid-Unwusch der O in Frage zu stellen oder den Vorsatz des A näher zu untersuchen.

Auch wenn man das Ergebnis des LG Trier, welches vom BGH bestätigt wurde, in dogmatischer Hinsicht anzweifeln mag, sei noch kurz auf die Frage eingegangen, weswegen weder das Tatgericht noch der BGH an das

Wegschicken der Mitbewohnerin M angeknüpft hat. A könnte hierdurch einen rettenden Kausalverlauf abgebrochen haben. Es käme dann ein Totschlag durch aktives Tun gem. § 212 Abs. 1 StGB in Betracht, bei dem sich beide im Fall aufgetretenen Probleme nicht stellen würden. Von einem eigenverantwortlichen Handeln des Opfers kann zu diesem Zeitpunkt keinesfalls ausgegangen werden; auch die Frage nach der Garantenstellung stellt sich nicht.

Jedoch ist zu beachten, dass nach den Feststellungen die O nur in den ersten 30 Minuten nach Einnahme noch hätte gerettet werden können. Das Wegschicken der Mitbewohnerin ereignete sich aber erst ca. eine Stunde nach der Einnahme des Reinigungsmittels. Wäre O in diesem Fall schon „unrettbar verloren“ gewesen, käme man bei der Anwendung der *condicio-sine-qua-non*-Formel zu dem Ergebnis, dass das Wegschicken nicht kausal für den Tod der O war. Denn würde man das Wegschicken hinwegdenken, entfielen der Erfolg nicht, sondern er wäre ebenso eingetreten.

*(Akad. Mit. RA Dr. Patrick Alf Hinderer / Ref. iur. Stephanie Siewert-Schatz, Dipl.-Verw.-Wirtin (FH))*

► [Inhaltsverzeichnis](#)

## Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte? Folgen einer falschen Belehrung

OLG Celle, Beschluss vom 23.07.2012 –  
31 Ss 27/12 = StV 2013, 25 ff.

**1. Eine i. S. d. § 113 Abs. 3 S. 1 StGB nicht rechtmäßige Diensthandlung stellt einen rechtswidrigen Angriff gegen den Betroffenen dar, gegen welchen grundsätzlich Notwehr oder Nothilfe (§ 32 StGB) möglich ist.** (Leitsatz des Bearbeiters)

**2. Eine Diensthandlung ist rechtswidrig im Sinne von § 113 Abs. 3 S. 1 StGB, wenn Polizeibeamte einen Betroffenen falsch belehrt haben (konkret: Belehrung über eine allgemeine Verkehrskontrolle nach § 36 Abs. 5 StVO bei Vorliegen des Verdachts einer Trunkenheitsfahrt).** (amtlicher Leitsatz)

### Sachverhalt (vereinfacht und gekürzt):

Der spätere Angeklagte A, der im Straßenverkehr mit seinem Pkw unterwegs ist, fällt den Polizeibeamten K und B auf, da er deren Meinung nach ein „auffällig rotes Gesicht“ hat, weshalb sie ihn verdächtigen, er fahre alkoholisiert. Sie wollen diese „Annahme im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle [...] überprüfen“. Obwohl A ihr Anhaltesignal bemerkt, fährt er „auffallend zügig“ weiter. Als er dann später doch anhält und das Auto verlässt, eröffnet ihm K, „eine allgemeine Ver-

kehrskontrolle durchführen zu wollen“ und fordert ihn auf, sich auszuweisen, Fahrzeugpapiere und Führerschein vorzuweisen. Darauf schreit A die Beamten nur an. K fordert A erneut auf, „ihm die Fahrzeugpapiere auszuhandigen“. Auf seine Frage nach der Berechtigung für deren Vorgehen erklärt ihm K, er (K) habe „jederzeit das Recht [...], eine Fahrzeugkontrolle nach § 36 Abs. 5 StVO durchzuführen und die Verkehrstauglichkeit des Fahrers zu überprüfen“. Als K A erklären will, „dass dieser das Anhaltesignal missachtet habe“, schubst A K „etwa einen halben Meter nach hinten“ gegen eine Wand. Nun versucht B, A wieder zu belehren. Doch A schreit und schimpft „darauf einfach weiter, so dass die Beamten nicht zu Wort [... kommen], den Angeklagten vernünftig zu belehren“. Aufgrund von As Verhalten gehen die Beamten „weiterhin davon aus, dass dieser verkehrsuntüchtig sei“, und wollen ihn ergreifen. Erst einige Zeit später kann K A „wegen des Verdachts der Straftaten der Beleidigung und des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte über dessen Rechte als Beschuldigter“ belehren. Später stellt sich heraus, dass A weder Alkohol getrunken hatte noch unter dem Einfluss von Medikamenten stand.

Im Wesentlichen hat sich der Senat mit der Frage befasst, ob A sich nach § 113 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat.

### Vorab zur Orientierung:

#### I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand
  - a. Amtsträger oder Soldat der Bundeswehr, der zur Vollstreckung berufen ist
  - b. Vornahme einer Vollstreckungshandlung; Gleichstellung in § 114 StGB
  - c. Widerstandleisten oder tätliches Angreifen
2. Subjektiver Tatbestand
- II. Rechtmäßigkeit der Diensthandlung
  - i. S. v. § 113 Abs. 3 StGB
- III. Rechtswidrigkeit
- IV. Schuld
- V. Strafzumessungsregel des § 113 Abs. 2 StGB

Der Senat beginnt seine Ausführungen sogleich mit der Prüfung der (II.) Rechtmäßigkeit der Diensthandlung i. S. v. § 113 Abs. 3 StGB:

*„Der Tatbestand des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte setzt nach Maßgabe von § 113 Abs. 2 StGB als objektive Bedingung der Strafbarkeit voraus, dass die maßgebliche Diensthandlung, der ein Widerstand entgegen gesetzt wird, rechtmäßig ist.“*

Anm.: Umstr. ist, wie die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung dogmatisch einzuordnen ist: Tatbestandsmerkmal, Rechtfertigungsgrund, objektive Bedingung der Strafbarkeit oder Strafausschließungsgrund (ausf. EISELE, StrR BT I, 2. Aufl. (2012), Rn. 1529 m. w. N., der eine Prüfung im Anschluss an den Tatbestand anempfiehlt).

*„Kann die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung hingegen nicht festgestellt werden, lässt*

*deren Unrechtmäßigkeit die Rechtswidrigkeit entfallen und macht dies die Diensthandlung zum rechtswidrigen Angriff gegen den Betroffenen, gegen den grundsätzlich Notwehr zulässig ist [Nachw.]. Dies erfasst auch eine hiermit in Zusammenhang stehende Körperverletzung [Nachw.]. Dies gilt nach Maßgabe von § 113 Abs. 4 Satz 2 StGB jedenfalls dann, solange das Einlegen eines Rechtsbehelfs nicht zumutbar ist.“*

Insoweit komme es „nicht auf die materielle Richtigkeit der Diensthandlung [so aber eine zunehmende Ansicht (sog. Lehre vom materiellen Rechtmäßigkeitsbegriff), etwa EISELE, StrR BT I, 2. Aufl. (2012), Rn. 1536], sondern auf deren formelle Rechtmäßigkeit“ an (sog. Lehre vom strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff), „also auf das Vorliegen einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage, die sachliche und örtliche Zuständigkeit des handelnden Polizeibeamten zum Eingreifen und das Einhalten der wesentlichen Förmlichkeiten. Hierzu zählt auch eine ordnungsgemäße Belehrung eines Betroffenen.“

A ist „ausdrücklich über eine Kontrolle nach § 36 Abs. 5 StVO belehrt worden“. Zu der Frage, ob dies die richtige „gesetzliche Eingriffsgrundlage“ ist und infolge dessen eine „ordnungsgemäße Belehrung“ gegeben ist, führt der Senat aus:

*„Zwar ermächtigt die Vorschrift des § 36 Abs. 5 StVO [...] Polizeibeamte zum Durchführen einer Verkehrskontrolle einschließlich*

der Verkehrstüchtigkeit von Verkehrsteilnehmern und sind nach der VwV zu dieser Norm Verkehrskontrollen sowohl solche zur Prüfung der Verkehrstüchtigkeit der Führer oder der nach den Verkehrsvorschriften mitzuführenden Papiere als auch solche zur Prüfung des Zustands der Fahrzeuge. Allgemeine Verkehrskontrollen in diesem Sinne sind [...] in dessen lediglich präventive verkehrsbezogene Maßnahmen, die ergriffen werden, um vorbeugend die Ordnung und Sicherheit des Straßenverkehrs zu gewährleisten, ohne dass ein augenblickliches Bedürfnis zur Regelung des Straßenverkehrs bzw. zum Erhalten seiner Ordnung und Sicherheit vorliegt oder eine Veranlassung zum repressiven Einschreiten zum Verfolgen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit besteht [Nachw.]. Für eine allgemeine Verkehrskontrolle auf der Grundlage von § 36 Abs. 5 StVO ist demzufolge kein Raum, wenn das Anhalten eines Verkehrsteilnehmers wegen des konkreten Verdachts einer Verkehrsstraftat oder Verkehrsordnungswidrigkeit erfolgt [Nachw.]. Die gegenteilige Auffassung, die ein Eingreifen auf der Grundlage von § 36 Abs. 5 StVO und eine hierauf gestützte Pflicht zur Herausgabe der Papiere auch bei Vorliegen einer konkreten Verdachtslage für zulässig erachtet [Nachw.], vermag nicht zu überzeugen. Denn ein Verstoß gegen eine im Rahmen einer Verkehrskontrolle erfolgende Weisung ist seinerseits bußgeldbeehrt, und es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber einen konkret Betroffenen oder Straftäter durch Sanktionen veranlassen will, an der Erforschung oder der Ahndung einer

von ihm begangenen und beendeten Ordnungswidrigkeit oder Straftat aktiv mitzuwirken.“

Da die Beamten nach Ansicht des Senats den „konkreten Verdacht des Vorliegens einer Straftat“ (§ 316 StGB) bzw. „einer entsprechenden Ordnungswidrigkeit“ hatten, hätten sie (so der Senat weiter) A diesbezüglich belehren müssen. Dadurch soll verhindert werden, dass sich dieser selbst belastet (nemo tenetur seipsum accusare, vgl. dazu A. LILIE, FD-StrafR 2012, 336926 a. E.). Das Vorgehen der Polizeibeamten stützte sich

„nicht auf die Vorschrift in § 36 Abs. 5 StVO, sondern auf die besonderen Regelungen der StPO und des Polizeirechts [Nachw.] etwa auf §§ 163b i. V. m. § 163a Abs. 4 Satz 1 StPO, 53 OWiG. [...] Eine Belehrung über den konkret vorhandenen Verdacht des Fahrens unter Alkoholeinfluss ist [indessen] nicht erfolgt. Dass eine solche beabsichtigt war und dies nur am Verhalten des Angeklagten gescheitert ist, ist den [...] Feststellungen nicht zu entnehmen. Vielmehr ist der Angeklagte auch nach seiner Frage nach der Berechtigung der Beamten ausdrücklich über eine Kontrolle nach § 36 Abs. 5 StVO belehrt worden und es ist selbst, nachdem der Angeklagte sich vorübergehend beruhigt hatte und bevor er zum Überprüfen seiner Fahrtüchtigkeit auf das Polizeirevier verbracht worden war, zwar eine Belehrung im Hinblick auf einen Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte und eine Körper-



*verletzung erfolgt, indessen nicht über den Verdacht einer Trunkenheitsfahrt.“*

*„Dies kann für die Frage nach der formellen Rechtmäßigkeit des Handelns von Polizeibeamten, vorliegend vor allem im Hinblick auf das Einhalten der wesentlichen Förmlichkeiten einschließlich einer formal ordnungsgemäßen Belehrung, nicht ohne Folgen bleiben. Die fehlerhafte, weil bei Vorliegen eines konkreten Verdachts ausdrücklich auf § 36 Abs. 5 StVO gestützte, Belehrung des Angeklagten muss demnach zur Rechtswidrigkeit der maßgeblichen Diensthandlung führen.“*

Daraus folgt für den Senat, dass sich A nicht nach § 113 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat.

#### **Hinweise:**

1. Der Senat kann es sich herausnehmen, seine Ausführungen auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Diensthandlung i. S. v. § 113 Abs. 3 StGB zu konzentrieren (in einer Prüfungsarbeit sollten wenigstens ein paar Worte zum Tatbestand verloren werden). Denn die Frage der Rechtmäßigkeit ist der Dreh- und Angelpunkt der Entscheidung.

a. Bei Überprüfung der (formellen) Rechtmäßigkeit musste zur „gesetzlichen Eingriffsgrundlage“ und zum Vorliegen einer „ordnungsgemäße[n] Belehrung“ Stellung bezogen werden. In einer Prüfung können so Kenntnisse aus anderen Bereichen als dem StGB sozusagen über die Hintertür abgeprüft werden.

b. Der vom Senat nur angedeutete (hier nicht entscheidungserhebliche) Streit um den Rechtmäßigkeitsbegriff kann etwa Auswirkungen zeitigen, sollte sich der Vollstreckende irren:

Zwar besteht kein Unterschied, wenn sich der Irrtum auf die rechtlichen Eingriffsvoraussetzungen bezieht. Dann ist die Vollstreckungshandlung rechtswidrig (FISCHER, StGB, 60. Aufl. (2013), § 113 Rn. 18 m. w. N.). Anders ist das jedoch bei einem Irrtum in tatsächlicher Hinsicht: Einzig auf Grundlage der Lehre vom strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff ist die Vollstreckungshandlung – unabhängig von der materiellen Rechtslage – rechtmäßig, vorausgesetzt der Vollstreckende konnte nach pflichtgemäßer Würdigung der tatsächlichen Umstände annehmen, zur betreffenden Handlung berechtigt sowie verpflichtet zu sein. Hierbei sind sich die Vertreter dieser wohl h. M. uneins darüber, ob schon eine einfach fahrlässige Fehleinschätzung oder erst grobe Fahrlässigkeit die Handlung unrechtmäßig macht (s. RENGIER, StrR BT 2, 13. Aufl. (2012), § 53 Rn. 17 m. w. N.). Dieses Irrtumsprivileg wird abgelehnt, liege ihm ein nicht mehr zeitgemäßes Staatsverständnis zu Grunde, nämlich eine Bevorzugung staatlicher Organe zu Lasten des Bürgers (EISELE, StrR BT I, 2. Aufl. (2012), Rn. 1536 dort auch ausf. Krit.). Nur wenn die irrtümliche Einschätzung des Sachverhaltes die Rechtmäßigkeit der konkreten Handlung nicht ausschliesse (z. B. bei Eingriffen aufgrund von Verdachts- oder Prognosetatbe-

ständen), sei ein Irrtum des Vollstreckungsbeamten unschädlich (s. dazu KINDHÄUSER, LPK-StGB, 5. Aufl. (2013), § 113 Rn. 26).

c. Weiterhin hat die nicht gegebene Rechtmäßigkeit der Diensthandlung weitreichende Folgen:

aa. Der von ihr betroffene, Widerstand leistende Bürger macht sich nicht nach § 113 Abs. 1 StGB strafbar (was schon aus § 113 Abs. 3 S. 1 StGB und nicht erst aus § 32 StGB folgt). Relevanz erlangt § 32 StGB hinsichtlich widerrechtlicher „Begleiterscheinungen“ einer an sich rechtmäßigen Diensthandlung (bspw. gegen nicht gerechtfertigte Schläge) sowie insofern, als durch den Widerstand gegen eine nicht rechtmäßige Diensthandlung andere Straftatbestände (etwa §§ 223 StGB ff.) erfüllt werden (so ESER, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 28. Aufl. (2010), § 113 Rn. 36 f. m. w. N.).

bb. Infolge einer nicht rechtmäßigen Diensthandlung können sich die handelnden Amtswalter selbst strafbar machen, wenn sie etwa körperliche Gewalt gegen eine dann in Notwehr handelnde Person einsetzen.

2. Durch das am 05.11.2011 in Kraft getretene 44. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (BGBl I, 2130) wurde u. a. § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB neu gefasst. Welche Anforderungen an diesen Werkzeugbegriff zu stellen sind, ist noch nicht abschließend geklärt, genügt doch bereits das Beisichführen in Ver-

wendungsabsicht (s. dazu FAHL, JURA 2012, 593 ff.; SINGELSTEIN/PUSCHKE, NJW 2011, 3473 ff., dort zudem allg. zu den Änderungen). Zu Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte vertiefend (wenn auch noch ohne diese Änderungen) BOSCH, JURA 2011, 268 ff.; ZÖLLER/STEFFENS, JA 2010, 161 ff.

3. Abschließend sei noch eine Anmerkung gestattet zur Annahme des Senats, die Polizeibeamten hätten einen „konkreten Verdacht des Vorliegens einer Straftat“ bzw. „einer entsprechenden Ordnungswidrigkeit“ gehabt, ihr Vorgehen habe sich „etwa auf §§ 163b i. V. m. § 163a Abs. 4 Satz 1 StPO, 53 OWiG“ gestützt: § 163b StPO erfordert das Vorliegen eines Anfangsverdachts, also konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte (s. § 152 Abs. 2 StPO), „die nach der kriminalistischen Erfahrung die Begehung einer verfolgbaren Straftat als möglich erscheinen lassen“ (EISENBERG/CONEN, NJW 1998, 2241 (2243)). Bloße, nicht durch konkrete Umstände belegte Vermutungen oder reine denktheoretische Möglichkeiten genügen nicht (BGH, Beschl. v. 01.06.1994 – 1 BJs 182/83 StB 10/94 = NStZ 1994, 499 (500); vgl. auch EISENBERG/CONEN, NJW 1998, 2241 (2243) m. w. N.). Dass einzig ein „auffällig rotes Gesicht“ für einen „konkreten Verdacht“ im genannten Sinne ausreicht, erscheint fraglich, kann dieses doch diverse andere Ursachen als etwa eine Alkoholisierung haben (auch krit. TERNING, DAR 2012, 730 (733); LAMPE, jurisPR-StrafR 20/2012 Anm. 2, C., III. 1.).

(RA Guido Philipp Ernst)

▶ [Inhaltsverzeichnis](#)

## **Zirkumzision im Wandel der Zeit: Straffreiheit durch § 1631d BGB?**

LG Köln, Urteil vom 07.05.2012 – 151 Ns 169/11 = NJW 2012, 2128

- 1. Eine lege artis vorgenommene Beschneidung ist weder von vornherein noch wegen Sozialadäquanz aus dem Tatbestand der Körperverletzung auszuscheiden.** (Leitsatz der Bearbeiter)
- 2. Die Beschneidung eines nicht einsehens- und urteilsfähigen männlichen Kindes kann durch wirksame Einwilligung der personensorgeberechtigten Eltern unter den Voraussetzungen des § 1631d BGB gerechtfertigt sein.** (Leitsatz der Bearbeiter)

### **Sachverhalt:**

*„Am 04.11.2010 führte der Angeklagte [A] in seiner Praxis [...] unter örtlicher Betäubung die Beschneidung des zum Tatzeitpunkt vierjährigen J. mittels eines Skalpells auf Wunsch von dessen Eltern durch, ohne dass für die Operation eine medizinische Indikation vorlag. Er vernähte die Wunden des Kindes mit vier Stichen und versorgte ihn bei einem Hausbesuch am Abend desselben Tages weiter. Am 06.11.2010 wurde das Kind von seiner Mutter in die Kindernotaufnahme der Universitätsklinik in Köln gebracht, um Nachblu-*

*tungen zu behandeln. Die Blutungen wurden dort gestillt.“*

### **Vorab:**

Das Urteil ist bekannt, es bewegte die (Welt-)Öffentlichkeit wie kaum eine andere Entscheidung einer kleinen Strafkammer, die rechtswissenschaftlichen Anmerkungen hierzu und zum Thema an sich sind inzwischen Legion (s. etwa nur JAHN, JuS 2012, 850 ff.; MUCKEL, JA 2012, 636 ff.; HERZBERG, ZIS 2012, 486 ff.; ausführlich und höchst informativ SCHRAMM, Die Beschneidung von Knaben aus strafrechtswissenschaftlicher Sicht, in: HEIL/KRAMER, Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik. Zur Debatte um das Kölner Urteil, S. 134 ff.). Eine weitere (mittlerweile rechtsgeschichtlich angehauchte) Urteilsaufbereitung soll hier nicht geboten werden. Inzwischen trat der Gesetzgeber auf den Plan und schuf § 1631d BGB (s. u.). Daher soll die Kölner Entscheidung nur Anknüpfungs- und Ausgangspunkt für die Frage sein, wie dieser Sachverhalt nach (heute) geltendem Recht zu würdigen wäre – etwa in einer Prüfungsarbeit. Um die Entscheidung des Landgerichts nochmals ins Gedächtnis zu rufen:

### **Prozessgeschichte und damalige Entscheidung**

Die Staatsanwaltschaft Köln erhob Anklage wegen gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB). Das AG Köln sprach A frei, da es sein Handeln auf

Grund wirksamer Einwilligung der Eltern (§ 1627, 1631 Abs. 1 BGB) als gerechtfertigt ansah.

Gegen dieses Urteil legte die Staatsanwaltschaft Berufung ein, die i. E. keinen Erfolg hatte. Das Landgericht Köln sah jedoch die („einfache“) Körperverletzung nicht als gerechtfertigt an. Gleichwohl verurteilte es A nicht, da es zu seinen Gunsten einen Verbotssirrtum i. S. des § 17 StGB annahm, der unvermeidbar gewesen sei.

### Reaktion des Gesetzgebers:

Der Gesetzgeber sah sich berufen und fügte durch das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20.12.2012 (BGBl. I 2012 S. 2749) m. W. v. 28.12.2012 § 1631d – Beschneidung des männlichen Kindes

(1) Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.

(2) In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen gemäß Absatz 1 durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind.

in das BGB ein.

### Folgen für den Sachverhalt:

A kann sich wegen Körperverletzung gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB (zu Lasten Js) strafbar gemacht haben, indem er die Beschneidung mittels Skalpell durchführte.

### I) Tatbestand

#### 1) Objektiver Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB

Eine körperliche Misshandlung nach § 223 Abs. 1 Var. 1 StGB liegt vor, wenn A den J unangemessenen und übel so behandelt hat, dass dadurch das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wurde, eine Gesundheitsschädigung nach § 223 Abs. 1 Var. 2 StGB, wenn A bei J einen Zustand hervorgerufen, aufrechterhalten oder gesteigert hat, der negativ vom Normalzustand abweicht (pathologischer Zustand).

Das Entfernen der Vorhaut stellt eine üble und unangemessene Behandlung dar, deren Folge ein nicht nur unerheblicher Substanzverlust ist. Die Variante 1 ist gegeben. Gleiches gilt für die Variante 2, da ein Heilungsprozess notwendig wurde.

Fraglich ist allerdings zunächst, ob es sich vorliegend um einen ärztlichen Heileingriff handelt, der aus dem Tatbestand der Körperverletzung auszuschließen sein könnte.

Die wohl h. L. will bei einem medizinisch indizierten und lege artis vorgenommenen Heileingriff den objektiven Tatbestand von § 223 Abs. 1 StGB verneinen (s. WESSELS/HETTINGER, BT I, 36. Aufl. (2012), Rn. 325; ausf. SCHREIBER, in: FS für Joachim Hirsch, 1999, 713 (713, 715 ff.)).

Die st. Rspr. und Teile der Lit. bejahen demgegenüber die Tatbestandsmäßigkeit: Selbst bei einem medizinisch indizierten und lege artis vorgenommenen Heileingriff liege eine tatbestandliche Körperverletzung vor (s. BGH, Urt. v. 05.07.2007 – 4 StR 549/06 = MedR (2008) 26, 158 (159) = StV 2008, 189 (190); STERNBERG-LIEBEN, StV 2008, 189 (190)). Dient der ärztliche Eingriff dagegen experimentellen oder rein kosmetischen Zwecken oder – wie hier – sonst nicht der Heilbehandlung, ist nach allgemeiner Ansicht der Tatbestand erfüllt (s. WESSELS/HETTINGER, BT I, 36. Aufl. (2012), Rn. 330). Die Beschneidung ist hier kein medizinisch intendierter Heileingriff (nach ESCHELBACH, in: v. HEINTSCHEL-HEINEGG, BeckOK/StGB, Edition 21 (01.12.2012), § 223 Rn. 9.1 sei sogar „in der absoluten Mehrzahl aller im Inland vorkommenden Fälle“ von Zirkumzision keine medizinische Indikation gegeben; selbst Phimose sei nicht per se eine Krankheit. In die ähnliche Richtung PAEFFGEN, in: NK/StGB, 4. Aufl. (2013), § 228 Rn. 103a m. w. N.; anders SPICKHOFF, FamRZ 2013, 337 (339)). Der Streit kann daher vorliegend dahingestellt bleiben.

Fraglich ist ferner, ob eine religiöse Beschneidung „unter dem Gesichtspunkt der sogenannten ‚Sozialadäquanz‘ vom Tatbestand ausgeschlossen“ ist. Es könnte dieser „Vorgang sozial unauffällig, allgemein gebilligt und geschichtlich üblich und daher dem formellen Strafbarkeitsverdikt entzogen sein“ (dazu jüngst wieder EXNER, JURA 2013, 103 (106) m. w. N.). Dagegen spricht aber, dass es widersprüchlich wäre, einen ärztlichen Heileingriff – so insb. die Rspr. – tatbestandlich als Körperverletzung einzustufen, hingegen bei einer medizinisch nicht indizierten Zirkumzision eine Körperverletzung wegen Sozialadäquanz zu verneinen. Gegen eine Lösung über das Merkmal der Sozialadäquanz spricht in den Worten der Kammer ferner, dass „dem Erfordernis tatbestandsspezifischer Verhaltensmissbilligung keine selbstständige Bedeutung“ zukommen kann. „Die Sozialadäquanz eines Verhaltens ist vielmehr lediglich die Kehrseite dessen, dass ein rechtliches Missbilligungsurteil nicht gefällt werden kann. Ihr kommt nicht die Funktion zu, ein vorhandenes Missbilligungsurteil aufzuheben.“

Damit ist der „äußere Tatbestand von § 223 Abs. 1 StGB [...] erfüllt“. – Insofern gilt, was das LG feststellte, noch heute (ausf., scharf, m. w. N. und lesenswert dazu, dass die „Beschneidung von Säuglingen und Knaben [...] keine Bagatelle [...], sondern eine Körperverletzung“ ist, ESCHELBACH, in: v. HEINTSCHEL-HEINEGG, BeckOK/StGB, Edition 21



(01.12.2012), § 223 Rn. 9.1 ff.; i. E. ebenfalls FISCHER, StGB, 60. Aufl. (2013), § 223 Rn. 43).

## 2) Objektiver Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB

Ein gefährliches Werkzeug ist bekanntlich jeder (nach h. M. bewegliche) Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (KRETSCHMER, JURA 2008, 916 (918)). Diese Voraussetzung sieht das LG als nicht erfüllt an: *„Das Skalpell ist kein gefährliches Werkzeug im Sinne der Bestimmung, wenn es – wie hier – durch einen Arzt bestimmungsgemäß verwendet wird“* (zust. etwa RIXEN, NJW 2013, 257 (261); anders ESCHELBACH, in: V. HEINTSCHEL-HEINEGG, BeckOK/StGB, Edition 21 (01.12.2012), § 223 Rn. 9.11 m. w. N., der bei einem medizinisch nicht indizierten Eingriff wie bei vorliegender Zirkumzision die Anwendung des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB als nicht ausgeschlossen betrachtet und zudem weitere Qualifikationstatbestände wie etwa § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB erwägt).

Der objektive Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB ist gegeben.

## II) Rechtswidrigkeit

As Handeln kann aufgrund einer (wirksamen) Einwilligung gerechtfertigt sein.

a) *„Eine Einwilligung des [...] vierjährigen Kindes lag nicht vor und kam mangels hinreichender Verstandesreife auch nicht in Betracht“*, wie das LG feststellte.

b) In Betracht kommt eine Einwilligung der Eltern Js als dessen gesetzliche Vertreter und Sorgeberechtigte: Den Eltern kommt nach § 1626 Abs. 1 S. 1 BGB die elterliche Sorge zu, sie umfasst u. a. die Vertretung des Kindes (§ 1629 Abs. 1 S. 1 BGB) und die Personensorge (§§ 1626 Abs. 1 S. 2 Var. 1, 1631 BGB). Die elterliche Sorge und damit die Einwilligungsbefugnis etwa in Bezug auf Integritätseingriffe findet im Kindeswohl seine Grenze (§ 1627 S. 1 BGB). Während noch die Kammer im hier als Ausgangspunkt dienenden Fall zur Kindeswohlwidrigkeit gelangte (sie nahm eine Abwägung der kollidierenden Grundrechtssphären, auf Elternseite *„Artikel 4 Abs. 1, 6 Abs. 2 GG“* und auf Seite des Kindes *„Artikel 2 Abs. 1 und 2 Satz 1 GG“*, vor) und auch in der Lit. eine medizinisch nicht indizierte Beschneidung stets als eine Gefährdung des Kindeswohls angesehen wird (exemplarisch ESCHELBACH, in: V. HEINTSCHEL-HEINEGG, BeckOK/StGB, Edition 21 (01.12.2012), § 223 Rn. 35.6 m. w. N.), existiert nunmehr mit § 1631d BGB eine (andere) gesetzliche Wertung (hierdurch hat *„die Frage der Rechtmäßigkeit der Beschneidung von männlichen Kindern ausdrücklich eine gesetzliche Regelung erfahren“*, BVerfG, Kammerentscheidung (1. Senat 1. Kammer) v. 13.02.2013 – 1 BvQ 2/13 – juris Rn. 10). Dem Recht der Eltern wurde grundsätzlich der

Vorrang gegeben (dazu Begründung des Entwurfes der Bundesregierung, BT-Drs. 17/11295, S. 14: Es soll mit der Neuerung klar gestellt werden, „*dass die Personensorge der Eltern grundsätzlich auch das Recht umfasst, [...] in eine Beschneidung ihres nicht einsichts- und urteilsfähigen Sohnes einzuwilligen*“).

Sind (wie hier) die Voraussetzungen des § 1631d BGB erfüllt sowie die sonst üblicherweise im Strafrecht an die Einwilligung zu stellenden Anforderungen, entfällt die Rechtswidrigkeit. Zu letzteren rechnen: die Erteilung der Einwilligung vor der nicht sittenwidrigen Tat und ihr Fortbestehen während derselben, der Wille, auf das dispositive Individualrechtsgut zu verzichten, muss ausdrücklich oder stillschweigend kundgegeben worden sein und die Erklärung frei von wesentlichen Willensmängeln sein, Einsichts- sowie Urteilsfähigkeit des Verletzten sind nötig, wobei Stellvertretung desselben im Willen möglich ist, soweit sie mit dem Wesen der Einwilligung als Rechtsschutzverzicht vereinbar ist (Bsp.: Sorgeberechtigte, § 1629 Abs. 1 BGB) und schlussendlich hat das subjektive Rechtfertigungselement beim Täter vorzuliegen (s. zum Vorstehenden LACKNER/KÜHL, StGB, 27. Aufl. (2011), § 228 Rn. 4 ff., Vor §§ 32 ff. Rn. 13 f.)

### **Ergebnis:**

A ist demnach nicht strafbar gem. § 223 Abs. 1 StGB.

### **Hinweise:**

1. Aus der Gesetzesformulierung des § 1631d Abs. 1 S. 1 BGB sowie der Begründung des Entwurfs der Bundesregierung ergibt sich, dass durch die Neuregelung nicht etwa ein Rechtfertigungsgrund *sui generis* geschaffen werden sollte. In letzterer heißt es: Es „*wird die Berechtigung der Eltern zur Einwilligung in eine Beschneidung von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht. Diese ergeben sich teilweise bereits aus anderen Normen und allgemeinen Grundsätzen, so dass insoweit eine zusätzliche Erwähnung in § 1631d Absatz 1 Satz 1 BGB-E nicht erforderlich ist*“, BT-Drs. 17/11295, S. 17. Ferner resultiert dies aus einem Vergleich mit den zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 1901a ff. BGB über den Behandlungsabbruch. Die Beachtung der dort genannten Voraussetzungen wird als echte Wirksamkeitsvoraussetzung für die Einwilligung in den Behandlungsabbruch gewertet (vgl. die Anm. v. JÄGER, JA 2011, 309 (311) zu BGH, Beschl. v. 10.11.2010 – 2 StR 320/10 = NStZ 2011, 274 m. sehr krit. Anm. VERREL, S. 276 ff.).

2. Beachtlich erscheint, dass es für die Durchführung der Beschneidung in § 1631d Abs. 1 S. 1 BGB nicht auf ein religiöses (oder sonstiges) Motiv ankommt. Damit gerät das verfassungsrechtliche Gewicht von Art. 4 GG (gegen eine Einstellung des Art. 4 GG in die Abwägung FISCHER, StGB, 60. Aufl. (2013), § 223 Rn. 48) zur Legitimation des in der Beschneidung liegenden Eingriffs in die körper-

liche Integrität des Kindes in Wegfall (dazu SPICKHOFF, FamRZ 2013, 337 (338, 339): „*alles andere als überzeugend*“ (S. 338)).

3. Probleme und vom Gesetzgeber wohl kaum gewollte Konsequenzen könnte der Ausschlussstatbestand des § 1631d Abs. 1 S. 2 BGB aufwerfen. Zu dieser Vorschrift heißt es in der Entwurfsbegründung der Bundesregierung (BT-Drs. 17/11295, S. 18): „*Eltern sind aber nicht berechtigt, in Ausübung ihrer elterlichen Sorge in die Beschneidung ihres Sohnes einzuwilligen, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks im Einzelfall das Kindeswohl gefährdet wird.*“ Vergegenwärtigt man sich, dass das LG Köln in seiner diese Neuerung i. E. auslösenden Entscheidung der Einwilligung der Eltern ihre rechtfertigende Wirkung gerade deshalb versagte, weil es eine Kindeswohlgefährdung bejahte, ist diese Regelungstechnik jedenfalls überraschend. Es widerspräche zwar sicherlich dem gesetzgeberischen Willen, doch erscheint es vom Wortlaut der Norm gedeckt, mit einer vergleichbaren Argumentation wie der des LG eine Kindeswohlgefährdung zu vertreten und damit den Ausschlussstatbestand des § 1631d Abs. 1 S. 2 BGB auszulösen (ebenfalls krit. SPICKHOFF, FamRZ 2013, 337 (341)). Dann wäre zwar der Sinn des § 1631d Abs. 1 S. 1 BGB fraglich, doch wäre der Einwilligung ihre rechtfertigende Wirkung genommen, die Ansicht, eine Zirkumzision sei nicht rechtfertigungsfähig, hätte ein Ventil gefunden, und auf der nächsten Prüfungs-

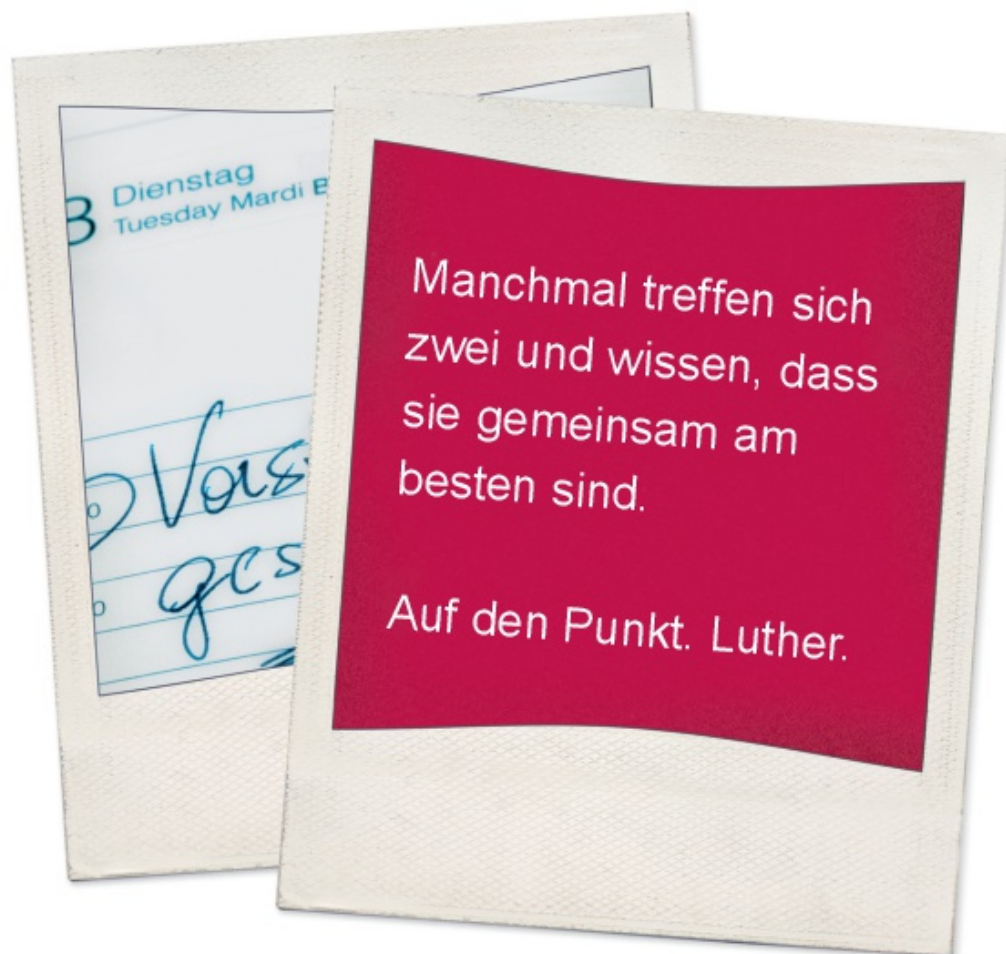
ebene stellte sich doch wieder die Frage nach der Schuld entgegenstehenden Gründen.

4. § 1631d BGB hat das Bundesverfassungsgericht bereits beschäftigt (Kammerentscheidungen (1. Senat 2. Kammer), v. 08.02.2013 – 1 BvR 102/13; (1. Senat 1. Kammer), v. 13.02.2013 – 1 BvQ 2/13). Weitere Verfahren werden wahrscheinlich folgen. Auf die erste inhaltliche Befassung mit der Neuerung kann man gespannt sein – ebenso darauf, welche Folgen § 1631d Abs. 1 S. 2 BGB in der Praxis zeitigen wird.

(*Wissenschaftliche Angestellte und RAe*  
Dr. Patrick Alf Hinderer /  
Guido Philipp Ernst)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

# Luther.



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

Auf den Punkt. Luther.

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

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Eva Seeland-Winkmann, Telefon +49 221 9937 25090, [karriere@luther-lawfirm.com](mailto:karriere@luther-lawfirm.com)

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



Rechtsberatung. Steuerberatung. Luther.





## **Einsatz der Bundeswehr im Inland – Luftsicherheit**

BVerfG, Beschluss vom 03.07.2012 – AZ 2 PBvU 1/11, NVwZ 2012, 1239<sup>1</sup>

1. Die Gesetzgebungszuständigkeit für die §§ 13 bis 15 des Luftsicherheitsgesetzes (LuftSiG) in der Fassung des Artikels 1 des Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben vom 11. Januar 2005 (Bundesgesetzblatt I Seite 78) ergibt sich aus Artikel 73 Nummer 6 des Grundgesetzes in der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c) vom 28. August 2006 (Bundesgesetzblatt I Seite 2034) geltenden Fassung.

2. Artikel 35 Absatz 2 Satz 2 und Absatz 3 des Grundgesetzes schließen eine Verwendung spezifisch militärischer Waffen bei einem Einsatz der Streitkräfte nach diesen Vorschriften nicht grundsätzlich aus, lassen sie aber nur unter engen Voraussetzungen zu, die sicherstellen, dass nicht die strikten Begrenzungen unterlaufen werden, die einem bewaffneten Einsatz der Streitkräfte im Inneren durch Artikel 87a Absatz 4 GG gesetzt sind.

3. Der Einsatz der Streitkräfte nach Artikel 35 Absatz 3 Satz 1 des Grundgesetzes ist, auch in Eilfällen, allein aufgrund eines Beschlusses der Bundesregierung als Kollegialorgan zulässig.

### **Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):**

Der zweite Senat des BVerfG wollte in einem Verfahren der abstrakten Normenkontrolle, in dem es um die Vereinbarkeit der §§ 13, 14 Abs. 1, 2 und 4 und § 15 LuftSiG mit dem GG ging, von der Rechtsauffassung des ersten Senats abweichen. In einer ersten Entscheidung aus dem Jahr 2006 leitete der erste Senat die Gesetzgebungskompetenz unmittelbar aus Art. 35 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 GG her und nahm an, dass Art. 35 GG den Einsatz spezifisch militärischer Waffen generell ausschließe. Auch bestehe keine Eilkompetenz des Verteidigungsministers nach Art. 35 Abs. 3 Satz 1.

Das Plenum hatte daher drei Fragen zu klären: (1.) Woraus ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz für §§ 13, 14 Abs. 1, 2 und 4 und § 15 LuftSiG, (2.) lässt Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 einen Einsatz der Streitkräfte mit spezifisch militärischen Waffen nicht zu und (3.) sind § 13 Abs. 3 Satz 2 und 3 LuftSiG mit Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG unvereinbar, soweit sie eine Eilkompetenz des Bundesministers der Verteidigung vorsehen.

1. Gesetzgebungskompetenz für §§ 13, 14 Abs. 1, 2 und 4 und § 15 LuftSiG:

<sup>1</sup> Unter Zugrundelegung des Plenumsbeschlusses hat der 2. Senat mittlerweile die Hauptsache entschieden (BVerfG Beschluss vom 20.03.2013 – AZ 2 BvF 1/05).



Im Rahmen der formellen Verfassungsmäßigkeit ging es um die Frage, worauf sich die Gesetzgebungskompetenz für die §§ 13, 14 Abs. 1, 2 und 4 und § 14 LuftSiG stützen lässt. Der erste Senat hatte die Gesetzgebungskompetenz allein aus Art. 35 Abs. 2 und Abs. 3 GG hergeleitet. Zu Art. 35 Abs. 2 und Abs. 3 GG führt das Plenum nunmehr aus, dass dieser für das „Bundesrecht, das den Einsatz der Streitkräfte im Katastrophennotstand regelt, keine ausdrückliche Kompetenzgrundlage [bietet]. Ihrem Wortlaut nach regeln diese Bestimmungen, soweit sie den Einsatz der Streitkräfte betreffen, materielle und prozedurale Voraussetzungen für einen solchen Einsatz. Ungeschriebene Gesetzgebungsbefugnisse des Bundes in Sachnormen außerhalb des VII. Abschnitts des Grundgesetzes (Art. 70 ff.) aufzusuchen, liegt auch in systematischer Hinsicht und nach dem Schutzzweck der föderalen Zuständigkeitsordnung, die grundsätzlich nicht durch die Normen des materiellen Verfassungsrechts, sondern durch gesonderte, strikt auszulegende [...] und in ihrer Reichweite von materiellrechtlichen Vorgaben unabhängige Kompetenzvorschriften bestimmt ist, nicht nahe. Gegen eine solche Kompetenzzuschreibung spricht zudem, dass sich aus ihr nur schwer Klarheit über die Rechtsnatur der zugeschriebenen Kompetenz – ausschließlich oder konkurrierend – gewinnen lässt.“

Vielmehr ergebe sich die Gesetzgebungskompetenz aus einer Annexkompetenz zum

Kompetenztitel „Luftverkehr“ in Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG<sup>2</sup>:

*„Nach tradierter und im Grundsatz unbestrittener Auffassung steht dem Bund, soweit er für ein bestimmtes Sachgebiet die Gesetzgebungszuständigkeit hat, als Annexkompetenz auch die Gesetzgebungsbefugnis für die damit in einem notwendigen Zusammenhang stehenden Regelungen zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung in diesem Bereich zu [...].*

*[...] Dies gilt auch für das Sachgebiet ‚Luftverkehr‘. Die Gesetzgebungszuständigkeit für den Luftverkehr umfasst daher als Annex jedenfalls die Befugnis, Regelungen zur Abwehr solcher Gefahren zu treffen, die gerade aus dem Luftverkehr herrühren.“*

Die Notwendigkeit des Zusammenhangs, aus der sich die Annexkompetenz ergibt, zwischen der dem Bund zugewiesenen Regelungskompetenz und „*einschlägigen Regelungen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung*“ bedürfe einer strengen Prüfung. „*Dies gilt erst recht, wenn die sachgebietliche Kompetenz zu den ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes, insbesondere also zu den in Art. 73 GG aufgeführten, gehört.*“

<sup>2</sup> Die Entscheidung des BVerfG bezog sich noch auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG a. F.; dieser hat allerdings durch die Föderalismusreform 2006 keine Änderung erfahren, so dass die Entscheidung auch auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG n. F. übertragen werden kann.

Bei einer dezentralen Regelungskompetenz wäre „die Sicherheit des Luftverkehrs nicht in gleichem Maße sichergestellt“. Daher sei „der erforderliche notwendige Zusammenhang gegeben“.

2. Die zweite Vorlagefrage thematisierte eine Frage der materiellen Verfassungsmäßigkeit des LuftSiG, namentlich ob und inwieweit der Einsatz der Streitkräfte als solcher wie auch der Einsatz spezifisch militärischer Gewalt als zulässig erachtet wird. Nach Ansicht des Plenums schließt „Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG [...] eine Verwendung spezifisch militärischer Waffen bei Einsätzen der Streitkräfte nach diesen Bestimmungen nicht grundsätzlich aus [...]“(a), ein Einsatz sei aber nur unter engen Voraussetzungen zulässig, „die insbesondere sicherstellen, dass nicht die strikten Begrenzungen unterlaufen werden, die nach Art. 87a Abs. 4 GG einem Einsatz der Streitkräfte zum Kampf in inneren Auseinandersetzungen gesetzt sind“(b).

a) Ausgangspunkt ist die Regelung des Art. 87a Abs. 2 GG, wonach die Streitkräfte – außer zur Verteidigung – nur eingesetzt werden dürfen, „soweit das Grundgesetz es ausdrücklich zulässt“.

Sowohl Art. 87 Abs. 4 GG als auch Art. 35 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 sehen einen Streitkräfteinsatz im Innern vor, beschränken diesen aber auf äußerste Ausnahmefälle: „Nicht zuletzt um diesen differenzierten und restriktiven Regelungen der Verfassung Rechnung zu

tragen, sah der Erste Senat den Streitkräfteinsatz im Rahmen des Art. 35 GG auf Mittel begrenzt, die nach dem Gefahrenabwehrrecht des Einsatzlandes der Polizei zur Verfügung stehen oder verfügbar gemacht werden dürfen.“

Jedoch folge eine Beschränkung der zulässigen Mittel eines Einsatzes nach Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG weder aus dem Wortlaut (i.), noch aus der Systematik (ii.), noch aus dem Sinn und Zweck (iii.) des Art. 35 GG. Auch aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich nichts anderes (iv.).

„Eine Beschränkung der damit zugelassenen Einsätze auf die Verwendung polizeilicher Einsatzmittel muss dem Wortlaut der Bestimmungen nicht entnommen werden. Sie ergibt sich insbesondere nicht zwingend daraus, dass Art. 35 GG den Einsatz der Streitkräfte nur zur ‚Unterstützung der Polizeikräfte‘ (Abs. 3 Satz 1) beziehungsweise zur polizeiunterstützenden ‚Hilfe‘ (Abs. 2 Satz 2 i. V. m. Satz 1) vorsieht. Mit welchen Mitteln die Hilfe oder Unterstützung geleistet werden darf, ist damit noch nicht festgelegt.“

i. Im Wege der systematischen Auslegung verweist das Plenum auf Art. 87 Abs. 4 Satz 1 GG, der für den Fall des inneren Notstandes einen Einsatz der Streitkräfte nur „zur Unterstützung“ der Polizei zulässt. Dieser Einsatz sei aber, „jedenfalls soweit es um die Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer geht, nicht von vornherein

auf die Mittel, die den unterstützten Polizeien zur Verfügung stehen [...]“, beschränkt. Sowohl Art. 35 Abs. 2, Abs. 3 als auch Art. 87a Abs. 4 Satz 1 sprechen von „Unterstützung“. *„Die Identität der Formulierungen deutet trotz der unterschiedlichen Zusammenhänge, in denen sie verwendet werden, darauf hin, dass ihnen keine unterschiedliche Bedeutung zukommen sollte, zumal die Bestimmungen im Gesetzgebungsverfahren durch Aufspaltung einer ursprünglich einheitlichen Regelung entstanden sind und daher nicht davon auszugehen ist, dass dem Gesetzgeber die Übereinstimmung des Wortlauts nicht vor Augen stand.“*

ii. Schließlich stärkte das Plenum seine Argumentation, indem es betont, dass Art. 35 Abs. 2, 3 eine wirksame Gefahrenabwehr ermöglichen soll, was sich auch im Wortlaut *„wirksame Bekämpfung“* niederschlägt. Daher müssen auch die Mittel eingesetzt werden, damit möglichst effektiv die Gefahr bekämpft wird.

iii. Auch die Entstehungsgeschichte stehe dem Einsatz militärischer Mittel nicht entgegen: Zwar hatte der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht *„ein[en] Einsatzfall wie de[n] in § 13 Abs. 1 i. V. m. § 14 Abs. 1 LuftSiG geregelt[e] [...] als typische[n] Anwendungsfall der Verfassungsbestimmung zum Katastrophennotstand [...], sondern vor allem die Erfahrung der norddeutschen Flutkatastrophe des Jahres 1962 vor Augen [...]“*. Dies schließe gleichwohl aber nicht aus, *„Art. 35 Abs. 2 und*

*3 GG auch auf andersartige von Wortlaut und Systematik der Vorschrift erfasste Bedrohungslagen anzuwenden, und zwing[e] nicht zu einer angesichts heutiger Bedrohungslagen nicht mehr zweckgerechten Auslegung des Art. 35 Abs. 2 und 3 GG.“*

b) Nachdem also Art. 35 Abs. 2 und Abs. 3 auch den Einsatz spezifisch militärischer Kampfmittel nicht grundsätzlich ausschließe, legt das Plenum die engen Voraussetzungen dar, unter denen ein Einsatz der Streitkräfte als solcher wie auch der Einsatz spezifischer militärischer Gewalt zulässig sei. Namentlich seien zwei Hürden zu überwinden: Zum einen müsse ein *„besonders schwerer Unglücksfall“* i. S. d. Art. 35 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 GG vorliegen (i.), zum anderen sei der Einsatz der Streitkräfte wie der Einsatz spezifischer militärischer Abwehrmittel nur als *„ultima ratio“* zulässig (ii.).

i. Zunächst sei das Merkmal des *„besonders schweren Unglücksfalls“* in Art. 35 Abs. 2 Satz 2 GG sehr restriktiv zu interpretieren: *„nur Ereignisse von katastrophischer Dimension [seien erfasst]; es genügt nicht bereits jede Gefahrensituation, die ein Land mittels seiner Polizei nicht zu beherrschen imstande ist [...]. Besonders schwere Unglücksfälle sind vielmehr ungewöhnliche Ausnahmesituationen. Eine Betrauung der Streitkräfte mit Aufgaben der Gefahrenabwehr, die über die Bewältigung solcher Sondersituationen hinausgehen, kann daher nicht auf Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1 GG gestützt werden.“*

Freilich stehe es der Annahme eines Unglücksfalls nicht entgegen, dass dieser absichtlich herbeigeführt werde, geschweige denn, dass die zu erwartenden katastrophalen Schäden noch nicht eingetreten sind, deren Eintritt aber unmittelbar droht. Die Abwehr eines solchen absichtlich herbeigeführten Unglücksfalls, also eines Angriffs, werde jedoch nur dann von Art. 35 GG umfasst, wenn dieser nicht bereits dem Art. 87a Abs. 4 GG unterfalle.

Begründet wird diese Sperrwirkung durch Art. 87a Abs. 4 GG, indem *„der Zweck des Art. 87a Abs. 2 und das Verhältnis der den Katastrophennotstand betreffenden Bestimmungen zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Einsatz der Streitkräfte im inneren Notstand (Art. 87a Abs. 4 GG) [...]“* herangezogen werden, welche nicht durch eine extensive Auslegung des Art. 35 konterkariert werden dürfen. *„Art. 87a Abs. 2 zielt darauf, die Möglichkeit für einen Einsatz der Streitkräfte im Innern zu begrenzen [...]“*, und auch Art. 87a Abs. 4 unterwerfe den Einsatz der Streitkräfte zur Bewältigung innerer Auseinandersetzungen besonders strengen Beschränkungen. *„Diese Beschränkungen dürfen nicht dadurch umgangen werden, dass der Einsatz anstatt auf Grundlage des Art. 87a Abs. 4 GG, auf der des Art. 35 Abs. 2 oder Abs. 3 GG erfolgt.“* Art. 87a Abs. 4 GG i. V. m. Art. 91 GG entfalte daher eine Sperrwirkung für den Einsatz der Streitkräfte nach anderen Bestimmungen, soweit es um die *„Regelung*

*der Abwehr innerer Unruhen, die von nicht-staatlichen Angreifern ausgehen“*, geht.

ii. Doch selbst beim Vorliegen eines *„besonders schweren Unglücksfalls“* ist der Einsatz der Streitkräfte wie der Einsatz spezifisch militärischer Abwehrmittel *„nur als ultima ratio zulässig“*. Im Bezug auf das Ob des Streitkräfteeinsatzes verankert das Plenum die Restriktion an dem Wort *„erforderlich“* in Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG. Die *„Erforderlichkeitsklausel“* des Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG zielt auf die Subsidiarität der Bundesintervention im Verhältnis zu den Ländern. Im Übrigen folge *„die strenge Beschränkung auf das Erforderliche – sowohl was das Ob als auch was das Wie, einschließlich der konkreten Einsatzmittel, angeht – für Einsätze nach Art. 35 Absatz 2 Satz 2 wie für Einsätze nach Absatz 3 Satz 1 GG dem in Art. 87a Abs. 2 GG zum Ausdruck gebrachten Willen des Verfassungsgebers zur engen Begrenzung des zulässigen Streitkräfteeinsatzes im Innern [...]“*. Abschließend stellt das Plenum klar, dass eine umfassende Gefahrenabwehr für den Luftraum mittels der Streitkräfte auf Art. 35 Abs. 2 und Abs. 3 nicht gestützt werden kann.

3. Schließlich befasst sich das Plenum mit der Frage, ob eine Eilkompetenz des Verteidigungsministers (gem. § 13 Abs. 3 Satz 2 und 3 LuftSiG) bestehe, also mit der Frage der Vereinbarkeit von § 13 LuftSiG mit Art. 35 GG – einer Frage der materiellen Verfassungsmäßigkeit. *„Der Einsatz der Streitkräfte nach*



Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG ist, auch in Eilfällen, allein aufgrund eines Beschlusses der Bundesregierung als Kollegialorgan zulässig.“ Das Plenum arbeitet die im GG angelegte systematische Unterscheidung „zwischen Befugnissen und Zuständigkeiten der Bundesregierung und solchen einzelner Bundesminister (s. etwa einerseits Art. 84 Abs. 2, Art. 87a Abs. 4 Satz 1, Art. 91 Abs. 2 Satz 3, Art. 108 Abs. 7 GG, andererseits Art. 65 Satz 2, Art. 65a, Art. 95 Abs. 2, Art. 112 Satz 1 GG)“ heraus.

Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG weist die Befugnis zum Einsatz von Streitkräften der Bundesregierung zu. „Die Bundesregierung besteht nach Art. 62 GG aus dem Bundeskanzler und den Bundesministern. Der Einsatz der Streitkräfte im überregionalen Katastrophennotstand setzt danach einen Beschluss der Bundesregierung als Kollegium [...] voraus. [...]“ Auch eine Delegation der zugewiesenen Beschlusszuständigkeit auf ein einzelnes Mitglied komme nicht in Betracht:

„Staatsorganisationsrechtliche Kompetenzen stehen im Grundsatz nicht zur freien Disposition ihrer Träger [...]. Sie sind daher grundsätzlich weder verzichtbar noch beliebig delegierbar. Darin unterscheiden sie sich von subjektiven Rechten, über die der Inhaber im Prinzip verfügen kann.“

Eine Eilkompetenz sei – anders als in verschiedenen Grundgesetzbestimmungen für den Fall der Gefahr in Verzug (Art. 13 Abs. 2,

Abs. 3 Satz 4, Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 Satz 2, 2. Halbsatz GG) – in Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG nicht vorgesehen.

„Danach besteht eine Delegationsbefugnis der Bundesregierung oder eine Befugnis des Gesetzgebers zu abweichender Zuständigkeitsbestimmung auch für Eilfälle nicht [...].“ Auch aus der Ressortzuständigkeit der Minister (Art. 65 S. 2) und aus der „Zuweisung der Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte an den Bundesminister der Verteidigung (Art. 65a GG) können eine abweichende Auslegung [...] nicht [begründet werden], weil Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG für die Befugnis, über den Einsatz der Streitkräfte im überregionalen Katastrophennotstand zu entscheiden, eine demgegenüber speziellere Regelung trifft.“

Auch aus teleologischer Sicht ergebe sich nichts anderes: Wegen der „nach Wortlaut und Systematik eindeutigen ausschließlichen Kompetenzzuweisung an die Bundesregierung kann eine abweichende Zuständigkeit nicht aus einem auf wirksame Gefahrenabwehr gerichteten Zweck des Art. 35 Abs. 3 GG [...] abgeleitet werden. Der Verfassungsgeber hat Einsätze der Streitkräfte bewusst nur unter engen Voraussetzungen zugelassen. Für die Auslegung der betreffenden Vorschriften, die in einer politisch hochumstrittenen Materie als Ergebnis ausführlicher, kontroverser Diskussionen zustande gekommen sind, gilt das Gebot strikter Texttreue [...].“



## Hinweise:

1. Dieser Beschluss ist nicht nur wegen der Ausführungen zu einer Annexkompetenz, sondern auch wegen der sauberen methodischen Vorgehensweise des BVerfG, welche gerade auch in Klausuren erwartet wird, von Bedeutung für die juristische Ausbildung. Ferner eignet sich dieser Beschluss, insbesondere in Kombination mit dem Urteil aus dem Jahr 2006,<sup>3</sup> deshalb gut für eine Examenklausur, da sowohl grundrechtliche als auch staatsorganisationsrechtliche Fragestellungen enthalten sind, bei deren Lösung vieles vertretbar ist. Lesenswert ist insb. auch die abweichende Meinung des Richters Gaier.
2. Zur Vertiefung der Problematik bietet es sich an, den hier dargestellten Ausführungen des Plenums diejenigen des Ersten Senats aus dem Jahr 2006 gegenüberzustellen. Nur auf diese Weise kann die ganze Bedeutung dieses Plenarbeschlusses verstanden werden.

(Moritz Stilz / Jonas Ludwig)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

## Vollstreckungsfähigkeit einer Auflage

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 10.01.2013, 8 S 2919/11

1. **§ 2 LVwVG ermöglicht nur die Vollstreckung eines im Sinne des § 37 Absatz 1 LVwVG inhaltlich hinreichend bestimmten – vollstreckungsfähigen – Verwaltungsakts.**
2. **Ist ein Verwaltungsakt wegen inhaltlicher Unbestimmtheit nicht vollstreckungsfähig, schließt dieser Mangel Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung aus. Das gilt auch dann, wenn der Bestimmtheitsmangel „nur“ zur Rechtswidrigkeit, nicht aber zur Unwirksamkeit des Verwaltungsakts infolge Nichtigkeit (§ 43 Absatz 3 i. V. m. § 44 Absatz 1 LVwVG) führt.**
3. **Die mit einer bestandskräftigen Baugenehmigung für ein Gebäude verbundene Auflage, „die Außenwände in einem landschaftlich unauffälligen Farbton zu gestalten“, ist nicht vollstreckungsfähig.**

**Sachverhalt (zu Ausbildungszwecken vereinfacht und auf eine erstinstanzliche verwaltungsgerichtliche Entscheidung übertragen)**

Der Kläger ist Landwirt. Das beklagte Land erteilte ihm durch das Landratsamt T. am

<sup>3</sup> BVerfG, NJW 2006, 751 ff.

24.07.2007 eine Baugenehmigung zur Errichtung eines Milchvieh-Laufstalles mit Melkhaus und geschlossener Güllegrube auf einem Grundstück im Außenbereich der Gemeinde X. Die Nebenbestimmung Nr. 15 zur Baugenehmigung ordnet als „naturschutzrechtliche Maßnahme“ an:

*„Die geschlossenen Außenwände des Milchviehlaufstalles sind mit einer sägerauen Holzverschalung zu verkleiden. Sollte ein Anstrich erfolgen, ist ein dunkelbrauner Farbton zu verwenden. Sofern das Melkhaus nicht mit einer sägerauen Holzverschalung verkleidet werden sollte, sind die Außenwände in einem landschaftlich unauffälligen Farbton zu gestalten.“*

Der Kläger errichtete das Melkhaus ohne Verkleidung mit sägerauer Holzverschalung und strich die Außenwände in grüner Farbe. Das beklagte Land sah darin einen Verstoß gegen die Nebenbestimmung zur Baugenehmigung. Es forderte den Kläger nach einer Besichtigung der Örtlichkeit unter Hinweis auf die Möglichkeit einer Vollstreckung der Nebenbestimmung auf, die Außenwände des Melkhauses zur Vermeidung einer erheblichen Beeinträchtigung des Landschaftsbildes in landschaftlich unauffälligem Farbton zu streichen. Der Kläger lehnte eine Änderung des Außenanstrichs ab.

Mit Bescheid vom 15.06.2009 verfügte das beklagte Land gegenüber dem Kläger:

*„Für den Fall dass Sie der Auflage Nr. 15 (naturschutzrechtliche Auflage) aus der Baugenehmigung vom 24.07.2007 nicht bis spätestens 28.07.2009 nachkommen und die Außenwände des Melkhauses nicht in einem landschaftlich unauffälligen Farbton anstreichen (alternativ mit einer sägerauen Holzverschalung verkleiden), wird gegen Sie ein Zwangsgeld in Höhe von 400,00 Euro festgesetzt werden.“*

Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren beim zuständigen Regierungspräsidium T. (zurückweisender Widerspruchsbescheid vom 20.11.2009) hat der Kläger vor dem zuständigen Verwaltungsgericht S. fristgerecht Klage erhoben.

## **Wesentliche Entscheidungsgründe**

### **I. Zulässigkeit**

#### **1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 Absatz 1 Satz 1 VwGO eröffnet. Streitentscheidende Normen sind hier öffentlich-rechtliche Vorschriften, nämlich solche des Landesverwaltungsvollstreckungsgesetzes Baden-Württemberg (LVwVG). Mangels „doppelter Verfassungsunmittelbarkeit“ liegt keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor, denn es streiten keine Verfassungssubjekte über die Anwendung oder Auslegung von Verfassungsrecht. Auf- oder abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich.

## 2. Statthafte Klageart

Der Kläger begehrt die Aufhebung der Androhung eines Zwangsgelds (§ 20 LVwVG), also die Aufhebung eines Verwaltungsakts im Sinne des § 35 des Landesverwaltungsverfahrensgesetzes (LVwVfG), weswegen die Anfechtungsklage gemäß § 42 Absatz 1 erste Alternative der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) statthaft ist.

## 3. Klagebefugnis

Der Kläger ist als Adressat eines belastenden Verwaltungsakts zumindest möglicherweise in seinem Recht aus Artikel 2 Absatz 1 GG verletzt und somit gemäß § 42 Absatz 2 VwGO klagebefugt.

## 4. Vorverfahren

Das Vorverfahren wurde gemäß §§ 68 ff. VwGO mit dem durch die zuständige Widerspruchsbehörde erlassenen zurückweisenden Widerspruchsbescheid erfolglos durchgeführt.

## 5. Frist

Die Klage wurde gemäß § 74 Absatz 1 VwGO fristgerecht erhoben.

## II. Begründetheit

Die Klage wurde gemäß § 78 VwGO gegen den *richtigen Beklagten*, das Land Baden-Württemberg, erhoben. Das Landratsamt T. (zuständige untere Baurechtsbehörde

gemäß §§ 48, 46 Absatz 1 Nummer 3 der Landesbauordnung i. V. m. § 15 Absatz 1 des Landesverwaltungsgesetzes) handelt hier gemäß § 1 Absatz 3 Satz 2 der Landkreisordnung als staatliche Behörde.

Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt (§ 113 Absatz 1 Satz 1 VwGO).

*Ermächtigungsgrundlage* für die Androhung des Zwangsgeldes ist § 20 LVwVG.

### 1. Formelle Rechtmäßigkeit

Mit dem Landratsamt T. hat gemäß § 4 LVwVG die zuständige Behörde das Zwangsgeld angedroht. Eine Anhörung des Klägers war gemäß § 28 Absatz 2 Nummer 5 LVwVfG nicht erforderlich. Die Formvorschriften des § 37 LVwVfG wurden gewahrt.

### 2. Materielle Rechtmäßigkeit

Für die Rechtmäßigkeit der Zwangsgeldandrohung müssen die diesbezüglichen allgemeinen sowie besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen des LVwVG vorliegen. Gemäß § 2 LVwVG können Verwaltungsakt vollstreckt werden, wenn sie unanfechtbar geworden sind oder wenn die aufschiebende Wirkung eines Rechtbehelfs entfällt. Ungeschriebene Voraussetzung des § 2 LVwVG ist aber, dass der zu vollstreckende Verwaltungsakt inhaltlich hinreichend bestimmt ist (§ 37 Absatz 1 LVwVfG).

Dazu führt der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg aus:

„Denn die für Einleitung und Durchführung der Verwaltungsvollstreckung erforderliche konkrete Feststellung, dass der Pflichtige seine Verpflichtung aus dem Verwaltungsakt noch nicht erfüllt hat (vgl. auch § 20 Absatz 1 Satz 2 LVwVG), ist nur bei einem inhaltlich hinreichend bestimmten Verwaltungsakt möglich. Ist ein Verwaltungsakt wegen inhaltlicher Unbestimmtheit nicht vollstreckungsfähig, schließt dieser Mangel Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung aus. Das gilt auch dann, wenn der Bestimmtheitsmangel ‚nur‘ zur Rechtswidrigkeit, nicht aber zur Unwirksamkeit des Verwaltungsakts infolge Nichtigkeit (§ 43 Absatz 3 i. V. m. § 44 Absatz 1 LVwVfG) führt. Denn auch ein – bestandskräftiger oder sofort vollziehbarer – wirksamer, aber inhaltlich unbestimmter Verwaltungsakt ist nicht vollstreckungsfähig. Insoweit erfährt der tragende Grundsatz des Verwaltungsvollstreckungsrechts, dass es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungsmaßnahme auf die Rechtmäßigkeit einer Grundverfügung nicht ankommt eine Ausnahme. Die Unbestimmtheit der Grundverfügung ‚infiziert‘ eine zu ihrer Durchsetzung ergehende Vollstreckungsmaßnahme. Das Bestimmtheitsgebot nach § 37 Absatz 1 LVwVfG erfordert zum einen, dass der Adressat einer Regelung in der Lage sein muss zu erkennen, was von ihm gefordert wird, und zwar in dem Sinne, dass der behördliche Wille keiner unterschiedlichen sub-

jektiven Bewertung zugänglich ist. Zum Anderen muss der Verwaltungsakt Grundlage für Maßnahmen zu seiner zwangsweisen Durchsetzung sein können. Im Einzelnen richten sich die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit eines Verwaltungsakts nach den Besonderheiten des jeweils anzuwendenden und mit dem Verwaltungsakt umzusetzenden materiellen Rechts, insbesondere nach dem Regelungsgehalt des Verwaltungsaktes und dem mit ihm verfolgten Zweck. Dabei muss sich die ‚Regelung‘ (§ 35 Satz 1 LVwVfG) nicht unmittelbar und allein aus dem Entscheidungssatz ergeben. Es reicht aus, wenn sie sich aus dem gesamten Inhalt des Bescheides, insbesondere seiner Begründung, sowie den weiteren, den Beteiligten bekannten oder ohne Weiteres erkennbaren Umständen, unzweifelhaft erkennen lässt. Will oder muss die Behörde dem Betroffenen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit die Freiheit überlassen, selbst auszuwählen, mit welchem Mittel das mit dem Verwaltungsakt verfolgte Ziel erreicht werden soll, kann oder muss sie sich auf die Angabe eines Zieles beschränken. Das gilt gerade auch bei Verpflichtungen, welche in die durch Artikel 14 Absatz 1 Satz 1 GG geschützte Verfügungsbefugnis über das Grundeigentum eingreifen. Insoweit kann es demzufolge geboten sein, die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Anordnung zur Durchsetzung baurechtlicher Vorschriften gering zu halten. Auch ein solcher, nur das Ziel regelnder Verwaltungsakt kann vollstreckungsfähig sein, vorausgesetzt, das Ziel ist inhaltlich hinreichend bestimmt bezeichnet.“

Gemessen an diesen Voraussetzungen ist die zu vollstreckende Nebenbestimmung zur Baugenehmigung inhaltlich nicht hinreichend bestimmt. Die Nebenbestimmung schreibt dem Kläger zur Sicherstellung der gesetzlichen (insbesondere naturschutzrechtlichen) Voraussetzungen (vgl. §§ 13 ff. des Bundesnaturschutzgesetzes) für die Erteilung der Baugenehmigung (§ 58 LBO) ein positives Tun im Sinne einer erzwingbaren Auflage gemäß § 36 Absatz 1, Absatz 2 Nummer 4 LVwVfG vor. Zwar bezeichnet die Auflage noch den Gegenstand der Handlungspflicht (Außenwände des Melkhauses) hinreichend bestimmt, nicht jedoch den weiteren Regelungsinhalt, dass diese „in einem landschaftlich unauffälligem Farbton zu gestalten sind“. Der insoweit zum Ausdruck kommende behördliche Wille ist einer unterschiedlichen subjektiven Bewertung zugänglich.

Dazu der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg:

*„Das Landratsamt hat sich zur Erreichung des mit der Auflage verfolgten naturschutzrechtlichen Zieles, eine erhebliche Beeinträchtigung des Landschaftsbildes durch die farbliche Gestaltung der Außenwände des Melkhauses zu vermeiden, erkennbar darauf beschränken wollen, dem Kläger als Bauherrn lediglich dieses Ziel vorzuschreiben, ihm aber die Auswahl der konkreten Farbe selbst zu überlassen. Das ist zwar im Grundsatz rechtlich nicht zu beanstanden. Sie hat ihr natur-*

*schutzrechtliches Ziel jedoch, auch wenn die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Anordnung zur Durchsetzung baurechtlicher Vorschriften gegebenenfalls gering zu halten sind, inhaltlich nicht hinreichend bestimmt. Ihre Formulierung ‚landschaftlich unauffälliger Farbton‘ eröffnet einen weiten Wertungsspielraum, der ohne eine weitere Konkretisierung offen lässt, welcher farbliche Außenanstrich noch oder nicht mehr zulässig ist. Sie bezieht sich nach der auch für den Kläger erkennbaren Zielrichtung der – nicht weiter begründeten – Auflage zur Baugenehmigung zwar nicht auf irgendeine Landschaft, sondern nur auf diejenige in der Umgebung des Melkhauses. Sie präzisiert aber nicht hinreichend, welche – dem Kläger prinzipiell freigestellte – Farbtöne in dieser Landschaft ‚auffällig‘ oder ‚unauffällig‘ sind. Zwar mag die Formulierung einzelne für jeden vor Ort und zu jeder Jahreszeit und Witterung eindeutig als landschaftlich auffällig erkennbare Farbtöne wie Rot oder Gelb ausschließen oder umgekehrt für jeden dort eindeutig als landschaftlich unauffällig erkennbare Farbtöne in Dunkelbraun zulassen. Im Übrigen ist jedoch in Anbetracht sowohl der Variationsbreite möglicher Farbtöne (vgl. etwa den RAL-Farbkatalog) und Lichtverhältnisse als auch jahreszeitlich- und witterungsbedingt unterschiedlicher Farben der Landschaft selbst (grüne Wiesen im Sommer, weiße schneebedeckte Wiesen im Winter) eine klare, keiner unterschiedlichen subjektiven Bewertung zugängliche und insbesondere auch für eine mögliche Vollstreckung der Auflage nötige Abgrenzung*



eines ‚landschaftlich auffälligen‘ von einem ‚landschaftlich unauffälligen‘ Farbanstrich des genehmigten Melkhauses in der konkreten Umgebung des Bauvorhabens nicht möglich. Das gilt gerade auch für grüne Farbtöne, wie der RAL-Farbkatalog verdeutlicht. Will die Behörde eine erhebliche Beeinträchtigung des Landschaftsbildes durch den Außenanstrich eines Gebäudes im Außenbereich vermeiden, muss sie deshalb entweder dem Bauherrn – vor allem, wenn er damit einverstanden ist – eine Auswahl zulässiger konkreter Farbtöne positiv vorgeben oder aber, wenn sie nicht übermäßig in seine Verfügungsbefugnis eingreifen will, sich darauf beschränken, nur eine Auswahl unzulässiger konkreter Farbtöne zu bezeichnen. Dass dies ohne Weiteres möglich und zumutbar ist, zeigt schon die Tatsache, dass das Landratsamt in Satz 2 derselben Nebenbestimmung für den Anstrich der sägerauen Holzverschalung des Milchviehlaufstalles den Farbton ‚dunkelbraun‘ vorgeschrieben hat. Es ist auch nicht Aufgabe des Klägers, sich nach Erlass der Baugenehmigung bei der Behörde nach der Zulässigkeit des von ihm gewählten Farbtons zu erkundigen. Aus § 36 Absatz 2 Nummer 4 i. V. m. § 37 Absatz 1 LVwVfG folgt vielmehr das Gegenteil. Schon aus dem Regelungsgehalt der Auflage selbst muss hinreichend bestimmt oder jedenfalls bestimmbar sein, welcher Farbanstrich vorgeschrieben ist. Unklarheiten muss der Adressat nicht in Eigeninitiative aufklären. Diese gehen vielmehr zu Lasten der Behörde.“

Sodann befasst sich das Gericht noch mit der Frage, ob mit Blick auf die festgestellte Unbestimmtheit der Auflage eine gleichsam geltungserhaltend-reduzierende Auslegung der Nebenbestimmung in Betracht kommt.

Dies lehnt der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg mit folgender Begründung ab:

„Einer gleichsam geltungserhaltend-reduzierenden Auslegung der Nebenbestimmung steht hier bereits der erkennbare Wille der Behörde entgegen, dem Kläger nur das Ziel vorzuschreiben, ihm aber die Auswahl der konkreten farblichen Gestaltung selbst zu überlassen. Ungeachtet dessen schließen aber auch Sinn und Zweck des Bestimmtheitsgebots sowie die berechtigten Interessen des Adressaten eines belastenden Verwaltungsakts eine solche Auslegung aus. Das Bestimmtheitsgebot dient der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit. Unklarheiten im objektiven Erklärungswert gehen zu Lasten der Behörde. In vielen Fällen unbestimmt weit gefasster Handlungsgebote ließe im Nachhinein ein bestimmbarer und vollstreckungsfähiger ‚Kern‘ identifizieren. Denn jedem unbestimmten Handlungsgebot wird zumeist auch irgendeine Handlung zuzuordnen sein, die eindeutig darunter oder auch nicht mehr darunter fällt, unabhängig davon, ob der Verwaltungsakt den Anforderungen des § 37 Absatz 1 LVwVfG entspricht oder nicht. Dadurch würde der Zweck des Bestimmtheitsgebots unterlaufen, gerade auch die Grenzen des

*durch den Verwaltungsakt geforderten Handelns hinreichend bestimmt aufzuzeigen. Die Behörde könnte den Verfügungssatz des Handlungsgebots in der Grundverfügung zunächst unbestimmt weit fassen und im Vollstreckungsverfahren geltend machen, jedenfalls ein ganz bestimmtes, von ihr selbst – im Nachhinein bezeichnetes – Handeln sei vom Verwaltungsakt erfasst und der Verwaltungsakt insoweit vollstreckungsfähig. Damit würden Sinn und Zweck des Bestimmtheitsgebots verfehlt, dem Adressaten schon mit Erlass der Grundverfügung zu verdeutlichen, welches konkrete Tun von ihm erwartet wird, und eine ohne Weiteres vollstreckungsfähige Grundlage zu schaffen.“*

### **Ergebnis**

Die Androhung des Zwangsgelds ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen subjektiven Rechten. Die Anfechtungsklage daher begründet.

Das Verwaltungsgericht wird wie folgt tenorieren, wobei die Kostenentscheidung aus § 154 Absatz 1 VwGO folgt und das Gericht gemäß § 167 Absatz 2 VwGO nach pflichtgemäßem Ermessen davon absieht, die Kostenentscheidung für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

### **Tenor der gerichtlichen Entscheidung**

Der Bescheid des Landratsamts T. vom 15.06.2009 in Gestalt des Widerspruchsbe-

scheids des Regierungspräsidiums T. vom 20.11.2009 wird aufgehoben.

Das beklagte Land trägt die Kosten des Verfahrens.

### **Hinweis:**

Der Entscheidung liegt die Überprüfung der Androhung eines Zwangsmittels in der Verwaltungsvollstreckung zugrunde. Diese Überprüfung folgt einem besonderen vollstreckungsrechtlichen Aufbau, unterteilt nach dem Vorliegen der allgemeinen sowie besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen. In der Regel wird die Rechtmäßigkeit der der Vollstreckung zugrunde liegenden Verfügung nicht mehr geprüft. Von diesem Grundsatz gibt es jedoch, vor allem mit Blick auf Artikel 19 Absatz 4 GG, Ausnahmen wie beispielweise diejenige des vorliegenden Falles, in dem die Grundverfügung nicht hinreichend bestimmt war.

*(Regierungsdirektor Jochen Heinz)*

► [Inhaltsverzeichnis](#)