



### HERAUSGEBER

Verein der Zeitschrift JSE e. V.  
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer  
Konrad-Adenauer-Str. 9  
D-72072 Tübingen

### Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)  
Dipl.-Jur. Sascha Sebastian, M.Mel. (Stellv. Vorsitzender)  
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)  
StA Dr. Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)  
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

### 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  
Prof. 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

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

## AUS DEM INHALT

---

### BEITRÄGE

*Susanne Bertow*

Der neue § 25b AufenthG  
ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?

*Markus Meißner/Philipp Fitzek*

Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)

### KLAUSUREN

*Joachim Renzikowski*

Strafrecht: „Unverhofft kommt oft“

*Michael Hippeli*

Strafrecht: „Der Knallkopf – Anschlag auf den Mannschaftsbus“

*Pius O. Dolzer*

Zivilrecht: „Übungen zur Vor-GmbH“

### RECHTSPRECHUNG

*BGH*

Schadensersatz wegen manipulierter Ebay-Auktion  
(„Shill Bidding“)

*BAG*

Druckkündigung nach außerdienstlicher Straftat

*BGH*

Auslegung des Begriffs Wohnung in § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

*BVerfG*

Das NPD Urteil

---

## INHALTSVERZEICHNIS

---

### Beitrag

**Susanne Bertow**

Der neue § 25b AufenthG

Seite ▶ 63

**Markus Meißner/Philipp Fitzek**

Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)

Seite ▶ 76

### Klausuren

**Joachim Renzikowski**

Examensklausur Strafrecht:

„Unverhofft kommt oft“

Seite ▶ 80

**Michael Hippeli**

Fortgeschrittenenklausur Strafrecht:

„Der Knallkopf – Anschlag auf den Mannschaftsbus“

Seite ▶ 87

**Pius O. Dolzer**

Schwerpunktbereichsklausur Zivilrecht:

„Übungen zur Vor-GmbH“

Seite ▶ 96

### Rechtsprechung

#### Zivilrecht

**BGH**

Schadensersatz wegen manipulierter Ebay-Auktion

(„Shill Bidding“)

Urteil vom 28.08.2016 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 108

**OLG Hamm**

Unwirksamkeit eines Erbverzichts

Urteil vom 08.11.2016 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 112

**BAG**

Druckkündigung nach außerdienstlicher Straftat

Urteil vom 15.12.2016 (*Andreas Schubert*)

Seite ▶ 116

**BAG**

Kündigung eines LKW-Fahrers wegen Drogenkonsums

Urteil vom 10.10.2016 (*Nikolaus Polzer*)

Seite ▶ 119

**BGH**

Zur Rechtsfähigkeit einer ausländischen Gesellschaft,  
die in ihrem Heimatregister gelöscht wurde  
Urteil vom 22.11.2016 (*Steffen Follner*)

Seite ▶ 124

**Rechtsprechung  
Strafrecht****BGH**

Auslegung des Begriffs Wohnung in § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB  
Beschluss vom 11.10.2016 (*Guido Philipp Ernst*)

Seite ▶ 129

**Rechtsprechung  
Öffentliches Recht****BVerfG**

Das NPD-Urteil  
Urteil vom 17.01.2017 (*Finn Mengler/Lorenz Bode*)

Seite ▶ 133

---

## EDITORIAL

---

Die Integration von Ausländern in die deutsche Gesellschaft ist übergeordnetes ausländerpolitisches Ziel und wesentlicher Gesetzeszweck der entsprechenden Regelwerke (BT-Drs. 15/420, S. 68). Doch kann sich diese Integration schwierig gestalten, wenn der lediglich geduldete Ausländer und seine Familienmitglieder fortwährend das Ende des Aufenthalts fürchten müssen. Um diesen als ungerecht empfundenen Zustand abzustellen, entschloss sich der Gesetzgeber mit § 25b AufenthG sozusagen die „Zielerreichung“ des geduldeten Ausländers zu belohnen und ihm im Falle „nachhaltiger Integration“ einen (dauerhaften) Aufenthaltstitel zu gewähren. In ihrem **Beitrag** „Der neue § 25b AufenthG – ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?“ stellt BERTOW die Regelung vor und unternimmt eine erste kritische Würdigung.

Auch im **zweiten Beitrag** geht es um ein Tätigwerden des Gesetzgebers, allerdings auf dem Gebiet des Arbeitsrechts. In ihrer Untersuchung „Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)“ stellen MEIBNER und FITZEK die Neuerungen im namensgebenden Regelwerk vor, zu denen beispielsweise die längst überfällige Definition des Arbeitsvertrages in § 611a BGB und die Einführung einer Höchstüberlassungsdauer für Leiharbeiter gehören.

Die Fallbearbeitung im aktuellen Heft beginnt mit einer **Original-Examensklausur** aus Sachsen-Anhalt. In seiner anspruchsvollen, mit „Unverhofft kommt oft“ betitelten Falllösung widmet sich RENZIKOWSKI Fragen des strafrechtlichen Vermögensschutzes sowie des Vorsatzes bei mehraktigen Geschehen und geht schließlich im Rahmen der Aussagedelikte auch auf prozessuale Fragestellungen ein. Der Sachverhalt der **zweiten Klausur** bedarf eigentlich keiner weiteren Vorstellung. In seiner an Fortgeschrittene gerichteten Ausarbeitung „Der Knallkopf – Anschlag auf den Mannschaftsbus“ arbeitet HIPPELI den Anschlag auf die Fußballmannschaft des BVB didaktisch auf, wobei er neben den Tötungsdelikten auch ausführlich auf mögliche Verstöße gegen das Kapitalmarktstrafrecht eingeht. Die **dritte Klausur** in dieser Ausgabe ist schließlich vornehmlich an Studierende des Schwerpunktbereichs gewidmet. In seinen „Übungen zur Vor-GmbH“ arbeitet DOLZER einige gesellschaftliche Fragestellungen im Zeitraum zwischen formgültigem Satzungsbeschluss und Eintragung der GmbH ins Handelsregister didaktisch auf.

In der Rubrik **Rechtsprechung** geht es dieses Mal vornehmlich um Probleme des **Zivilrechts**. So musste sich der BGH mit der Frage befassen, inwiefern derjenige zum Schadensersatz verpflichtet ist der den Preis einer Ebay-Auktion im Wege des sog. „Shill Bidding“ in die Höhe treibt (FORSCHNER). Aus dem Bereich des Erbrechts ist die Entscheidung des OLG Hamm, welches Kriterien für die Unwirksamkeit eines Erbverzichts entwickeln musste (FORSCHNER). Im Arbeitsrecht geht sodann das BAG den Fragen nach, wann eine sog. „Druckkündigung“ vorliegt (SCHUBERT) und ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein LKW-Fahrer wegen Drogenkonsums außerordentlich gekündigt werden kann (POLZER). Die letzte zivilrechtliche Entscheidung hat ein Problem des internationalen Gesellschaftsrechts zum Gegenstand. Hier sah sich der BGH mit der Frage konfrontiert, ob eine Gesellschaft ausländischen Rechts, die infolge der Löschung im Register ihres Heimatstaates durch eine behördliche Anordnung ihre Rechtsfähigkeit verliert, für ihr in Deutschland belegenes Vermögen als Restgesellschaft fortbesteht (FOLLNER).

Die einzige Entscheidung im **Strafrecht** behandelt eine grundlegende Frage aus dem Bereich der Eigentumsdelikte. Der BGH musste klären, welche Räumlichkeiten vom Begriff der Wohnung in § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB umfasst sind (ERNST).

Im **Öffentlichen Recht** geht es schließlich um das Parteiverbotsverfahren gegen die NPD. Im nunmehr zweiten Anlauf musste das BVerfG darüber befinden, ob die Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 2 GG vorliegen, ob es sich also bei der NPD um eine Partei handelt, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden (MENGLER/BODE).

Prof. Dr. **Christian F. Majer**  
Schriftleiter

Dipl.-Jur. **Sascha Sebastian, M.Mel.**  
Stellvertretender Schriftleiter

---

## BEITRAG

---

Susanne Bertow, B.A.\*

# Der neue § 25b AufenthG

## ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?

### Gliederung

#### Abstract

#### A) Vorbemerkungen zum Duldungsstatus

- I. Rechtliche Einordnung
- II. Rechtsfolgen

#### B) Problematik der Kettenduldung

- I. Ursprung
- II. Rechtlicher Problemabriss

#### C) Untersuchung des § 25b AufenthG

- I. Entstehungsgeschichte
- II. Tatbestandsauslegung

1. Nachhaltige Integration
2. Regelerteilungsvoraussetzungen

- a) Voraufenthalt  
(§ 25b Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AufenthG)
- b) Demokratiebekenntnis  
(§ 25b Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 AufenthG)
- c) Rechts- und Gesellschaftsordnung  
(§ 25b Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 2 AufenthG)
- d) Sicherung des Lebensunterhaltes  
(§ 25b Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AufenthG)
- e) Hinreichende mündliche Deutschkenntnisse  
(§ 25b Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AufenthG)
- f) Tatsächlicher Schulbesuch  
(§ 25b Abs. 1 S. 2 Nr. 5 AufenthG)

3. Versagungsgründe

- a) Verhinderung oder Verzögerung der Aufenthaltsbeendigung  
(§ 25b Abs. 2 Nr. 1)
- b) Ausweisungsinteresse (§ 25b Abs. 2 S. 2)

4. Abgeleitete Aufenthaltsrechte Familienangehöriger

- III. Rechtsfolgen

#### D) Bewertung

- I. Anreize zu Rechtsverletzungen und unerwünschter Zuwanderung

- II. Nachbesserungsbedarf

1. Ausweitung der Ausnahmeregelungen des § 25b Abs. 3 AufenthG
2. Beurteilungsspielräume nutzen
3. Information der potentiell Begünstigten

#### E) Schlussbemerkungen

### Abstract

Ein Leben auf gepackten Koffern? – Langjährig erkannt, umfassend diskutiert und mehrfach bekämpft: Das Phänomen der „Kettenduldungen“ bleibt eine brandaktuelle ausländerrechtliche sowie politische Streitfrage und strapaziert Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung. Es bezeichnet das Dilemma, in dem sich ein ausreisepflichtiger Ausländer befindet, dessen Aufenthalt im Bundesgebiet nicht beendet werden kann, der jedoch ebenso kein Bleiberecht besitzt. Fehlende Reisedokumente, Krankheit oder familiäre Bindungen machen die Rückführung unmöglich. Wird dieser Schwebezustand fortdauernd nicht aufgelöst – weder durch die tatsächliche Ausreise noch durch die Legalisierung des Aufenthalts – befindet sich der Ausländer unter Umständen Jahrzehnte in der verlängerten Duldung. Die Pflicht zur Ausreise bleibt präsent. Was dem Zwecke nach einer lediglich vorübergehenden Aussetzung der Abschiebung entspricht, wird zu einem „Quasi-Aufenthaltsrecht“ umfunktioniert. Über 168.000 Ausländer befinden sich in dieser aufenthaltsrechtlichen Zwickmühle, ungefähr jeder sechste bereits seit 6 Jahren oder länger.<sup>2</sup> Angesichts der Flüchtlingsströme besteht zunehmend Handlungsbedarf, um die Zuwanderung in die Sackgasse der Langzeitduldung zu unterbinden. Diese kennt zwei Auswege: Die tatsächliche Aufenthaltsbeendigung oder die Umwandlung in einen rechtmäßigen Status. Der Gesetzgeber nähert sich der Problematik von beiden Seiten. Gegenstand der Arbeit ist allein letzteres: Die Legalisierung unrechtmäßigen Aufenthaltes.

In der Vergangenheit wurde mit verschiedensten Bleiberechtsregelungen jongliert. Der Beschluss der Innenministerkonferenz 2006 oder die Altfallregelung §§ 104a, b AufenthG bezogen sich auf ein spezifisches Einreisedatum, während die §§ 18a und 25a AufenthG einen eingegrenzten Personenkreis privilegieren. Eine allgemeine Auffangnorm für langfristig geduldete Ausländer findet sich in § 25 Abs. 5 AufenthG iVm. Art. 8 EMRK. In der Theorie kann hiermit jede Lücke geschlossen werden. Die Rechtspraxis zeigt jedoch, dass auch durch dieses Auffangnetz viele Geduldete durchfallen.

Mit der Einführung der gesetzlichen Bleiberechtsregelung § 25b AufenthG am 01.08.2015 nimmt der Gesetzgeber erstmalig eine flexiblere stichtags- und wesensunabhängige Lösung auf, um der Kettenduldung langfristig entgegen zu treten. Schlüssel dieser Regelung ist der Verdienst eines Bleiberechtes anhand von nachhaltigen Integrationsleistungen.<sup>3</sup>

---

\* Die Autorin ist Absolventin des Studiengangs Public Management (B.A.) der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg. Sie dankt Herrn Prof. Dr. Christian F. Majer und Herrn Peter Schweißer für die Förderung dieses Aufsatzes.

<sup>1</sup> Hailbronner, Asyl- u. Ausländerrecht, 3. Aufl. (2013), Rn. 140.

<sup>2</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9556, S. 29.

<sup>3</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 1.

Der Beitrag stellt zunächst die aufenthaltsrechtlichen Rahmenbedingungen des Duldungsstatus dar und geht auf den Ursprung und die rechtliche Problematik der Kettenduldung ein. In einer ausführlichen Analyse des § 25b AufenthG erfolgt die umfassende Herausarbeitung und Auslegung der Tatbestandsmerkmale der Norm, um sich letztendlich der Beantwortung der Frage zu nähern, inwieweit § 25b AufenthG in seiner rechtlichen Ausgestaltung und praktischen Umsetzung zu einer Abschaffung der Kettenduldungen beiträgt und die Koffermentalität beendet.

## A) Vorbemerkungen zum Duldungsstatus

### I. Rechtliche Einordnung

„Wir sind ein Einwanderungsland“,<sup>4</sup> deklariert die Kanzlerin im Jahr 2015 und nimmt diese Eigenschaft einmal mehr in die Charakteristik Deutschlands auf. Doch im Vergleich zu klassischen Einwanderungsländern wie den USA oder Kanada schlägt die Bundesrepublik ihre eigene Richtung ein.<sup>5</sup> Das AufenthG öffnet mit seinem Regelwerk nicht Tür und Tor für Einwanderer, sondern dient der in § 1 AufenthG festgesetzten Bewandnis: Mit Rücksicht auf die Aufnahme- und Integrationsfähigkeit sowie die Wirtschafts- und Arbeitsmarktpolitik wird Zuwanderung zwar ermöglicht und gestaltet, jedoch auch begrenzt. Zugleich bezweckt das AufenthG die Erfüllung der humanitären Verpflichtungen. Die Steuerungsfähigkeit des Migrationsrechts ist in jeglichen aufenthaltsrechtlichen Formen zu gewährleisten – sei es die Kontrolle über rechtmäßigen oder unrechtmäßigen Aufenthalt.<sup>6</sup>

Der rechtmäßige Aufenthalt ist gemäß § 4 Abs. 1 AufenthG an einen Aufenthaltstitel, wie das Visum oder die befristete Aufenthaltserlaubnis, geknüpft. Für eine Erteilung müssen grundsätzlich die allgemeinen Regelerteilungsvoraussetzungen aus § 5 AufenthG sowie die besonderen Voraussetzungen des jeweiligen Aufenthaltstitels vorliegen. Steht dem Ausländer keine Aufenthaltserlaubnis zu – weder aus humanitären Gründen noch aus einem anderen Zweck nach den §§ 16 bis 38a AufenthG – und ist die Rückführung ins Heimatland nicht durchsetzbar, befindet sich der Ausländer in einem Schwebezustand zwischen rechtmäßigem und illegalem Aufenthalt. Da das Ausländerrecht systematisch keinen unregulierten Aufenthalt vorsieht,<sup>7</sup> ist die Duldung nach § 60a AufenthG als letztmögliche aufenthaltsrechtliche Auffangnorm heranzuziehen.<sup>8</sup>

Hauptanwendungsfall ist die Anspruchsduldung gemäß § 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG, wenn die Abschiebung rechtlich oder tatsächlich unmöglich ist.<sup>9</sup> Eine rechtliche Unmöglichkeit liegt einerseits vor, wenn der Ausländer vor Gefahren im Zielstaat geschützt werden soll. Hier müssen insbesondere die Abschiebungsverbote aus § 60 Abs. 2 bis 5 und 7 AufenthG geprüft werden. Rechtlich unmöglich ist die Abschiebung ebenfalls aus inlandsbezogenen Gründen, wenn die Vollstreckung gegen Ver-

fassungs- oder Völkerrecht verstoßen würde. Umfasst sind beispielsweise abschiebungsbedingte Krankheitsfälle oder familiäre Bindungen im Inland.<sup>10</sup> Die tatsächliche Unmöglichkeit der Abschiebung liegt vor, wenn sie aufgrund von objektiven Gegebenheiten nicht vollzogen werden kann.<sup>11</sup> Darunter fällt der häufigste Anwendungsfall: 22% der Duldungen werden erteilt, da die Abschiebung aufgrund von fehlenden Reisedokumenten unmöglich ist.<sup>12</sup>

Die Ermessensduldung nach § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG soll die Möglichkeit eröffnen, Ausländern in besonderen individuell-konkreten inlandsbezogenen Umständen eine Duldung zu erteilen, wenn sich diese Sondersituation deutlich von anderen unterscheidet (Nr. 60a.2.3.o AVwV-AufenthG). Zur Beurteilung eines dringenden humanitären oder persönlichen Interesses muss eine Abwägung zwischen den persönlichen Interessen des Ausländers und den öffentlichen Interessen getroffen werden. Einen dringenden persönlichen Grund stellt beispielsweise die Durchführung einer medizinischen Operation dar, die im Zielstaat der Abschiebung nicht gewährleistet ist.<sup>13</sup> Darüber hinaus regeln § 60a Abs. 2 S. 4 ff. AufenthG explizit den Anspruch auf eine Duldung bei der Aufnahme einer qualifizierten Berufsausbildung für die gesamte Ausbildungsdauer.

### II. Rechtsfolgen

Die Duldung hat in erster Linie begünstigenden Charakter. Während ihrer Geltungsdauer von üblicherweise drei oder sechs Monaten<sup>14</sup> darf der Geduldete faktisch nicht abgeschoben werden, obwohl er vollziehbar ausreisepflichtig ist nach § 50 Abs. 1 iVm. 58 Abs. 2 AufenthG. Der Ausländer erhält einen Status, mit dem er sich ohne strafrechtliche Konsequenzen nach § 95 Abs. 1 Nr. 2c AufenthG im Bundesgebiet aufhalten kann, die Ausweisungspflicht im Sinne von § 48 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG erfüllt und grundsätzlich Anspruch auf Asylbewerberleistungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG besitzt. Ein kleiner Kreis von Geduldeten iSv. § 60a Abs. 2 S. 3 darf seit Oktober 2015<sup>15</sup> am Integrationskurs teilnehmen, wenn Plätze verfügbar sind gemäß § 44 Abs. 4 Nr. 2. Schließlich kann ein geduldeter Aufenthalt die Grundlage für eine Aufenthaltserlaubnis legen, insbesondere nach den §§ 18a, 25a und 25b AufenthG.

Das Rechtsinstitut der Duldung ist jedoch kein Aufenthaltstitel gemäß § 4 AufenthG. Die Ausreisepflicht bleibt vollziehbar bestehen (§ 60a Abs. 3 AufenthG), sodass mit Wegfall des Abschiebungshindernisses unverzüglich abgeschoben werden kann (§ 60a Abs. 5 AufenthG). Demzufolge ist die geduldete Anwesenheit ein „*unrechtmäßigen, nicht sanktionierten Aufenthalt*“.<sup>16</sup>

Wesentliche Rechtsfolge neben der Aussetzung der Abschiebung sind die Regelungen über die räumliche Beschränkung und Wohnsitzauflage nach § 61 AufenthG und die Auswirkungen auf das Recht zur Erwerbstätigkeit. Grundsätzlich gilt das Erwerbstätigkeitsverbot gemäß § 4 Abs. 3 AufenthG. Ausnahmen sind

<sup>4</sup> o.V.: Merkel: Deutschland ist ein Einwanderungsland, in FAZ v. 01.06.2015, S. 1.

<sup>5</sup> Vgl. Thym, Protokoll-Nr. 18/42, S. 25.

<sup>6</sup> Vgl. Hailbronner, Asyl- u. Ausländerrecht, 3. Aufl. (2013), Rn. 131, 140.

<sup>7</sup> Vgl. Riecken, Die Duldung als Verfassungsproblem (2006), S. 247.

<sup>8</sup> Vgl. Will, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht (2008), Rn. 483.

<sup>9</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9556, S. 30.

<sup>10</sup> Vgl. Hailbronner, Asyl- u. Ausländerrecht, 3. Aufl. (2013), Rn. 1188 f.

<sup>11</sup> Vgl. Armbruster, in: HTK zum Ausländerrecht, 07/2014, § 60a II Nr. 2.1.

<sup>12</sup> Vgl. 37.020 von 168.212 Geduldeten, vgl. BT-Drs. 18/9556, S. 30.

<sup>13</sup> Vgl. Armbruster, in: HTK zum Ausländerrecht, 07/2014, § 60a II 3 Nr. 4.

<sup>14</sup> Vgl. Hoffmann, Asylmagazin 11/2010, 369 (373).

<sup>15</sup> Mit der Einführung des Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz v. 20.10.2015, BGBl. I 2015, 1722.

<sup>16</sup> Riecken, Die Duldung als Verfassungsproblem (2006), S. 16.



möglich nach § 32 BeschV iVm. § 42 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG. Im Prinzip ergibt sich ein abgestuftes System: Mit steigender Aufenthaltsdauer und je nach Beschäftigungsart nehmen die Einschränkungen durch die Arbeitsmarktprüfung (Arbeitsbedingungen und Vorrangprüfung) der Bundesagentur für Arbeit ab.<sup>17</sup> Nach vier Jahren entfällt sie gänzlich, da unterstellt wird, dass der Schutz vor Benachteiligung auf dem Arbeitsmarkt nicht mehr von Nöten ist.<sup>18</sup> Dieses Prinzip wird durch Arbeitsverbote gemäß § 60a Abs. 6 AufenthG durchbrochen: Ausländer, die das Abschiebungshindernis mitverschuldet haben und abgelehnte Asylbewerber aus sicheren Herkunftsstaaten iSv. § 29a AsylG, die ihren Asylantrag nach dem 31.08.2015 gestellt haben, sind von vornherein vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen. Diese Einschränkung soll die Attraktivität nach Deutschland zu kommen senken.<sup>19</sup> Im Rahmen des Ermessens kann die Ausländerbehörde auch bei Nichtvorliegen von Versagungsgründen und trotz der Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit eine Erlaubnis aus einwanderungspolitischen Gründen versagen.<sup>20</sup>

## B) Problematik der Kettenduldung

### I. Ursprung

Erstmalig wurde die Duldung im AuslG von 1965<sup>21</sup> eingeführt. Ursprünglich sollte sie das Abdrängen des Ausländers in die Illegalität verhindern und als legalisierende Brücke<sup>22</sup> bis zur Beendigung des Aufenthalts dienen. Ihrer systematischen Stellung in § 17 AuslG 1965 zufolge war sie schon damals ein Instrument des Vollstreckungsrechtes, das als begünstigender Verwaltungsakt die Aussetzung der Abschiebung bewirkte.<sup>23</sup> In der Praxis wurde die Duldung ihrem Zweck entfremdet und zum subsidiären Aufenthaltsrecht umfunktioniert. Ein Grund waren die wenigen Vorgaben im AuslG 1965, die ein weites Ermessen der Behörde zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oder Duldung eröffneten.<sup>24</sup> In welchen Fällen und mit welcher Dauer die Abschiebung ausgesetzt werden sollte, war durch die mangelnde Präzisierung im Gesetz und in der Gesetzesbegründung weitgehend den Behörden überlassen. In Grenzfällen und unklaren Situationen wichen sie auf das flexible Instrument der Duldung aus und umgingen es, sich auf eine bestimmte Ermessenspraxis festlegen zu müssen.<sup>25</sup> So überschneiden sich die Anwendungsbereiche von Duldung und Aufenthaltserlaubnis, wobei die Erteilung eines rechtmäßigen Status schon beinahe einen „Gnadenakt“<sup>26</sup> bedeutete. Die sich ausweitende Praxis von Duldungserteilungen und die damit einhergehenden Kettenduldungen führten zu Kritik an der Missachtung der tatsächlichen und systematischen Funktion des Rechtsinstitutes. Es entstanden Bedenken hinsichtlich der uneinheitlichen Handhabung in den Bundesländern und der Verlagerung weitreichender Entscheidungen in die Verwaltung.<sup>27</sup>

<sup>17</sup> Vgl. von Harbou, Asylmagazin 1-2/2016, 9 (10).

<sup>18</sup> Vgl. Fehrenbacher, in: HTK zum Ausländerrecht, 06/2016, § 32 II BeschV Nr. 6.

<sup>19</sup> Vgl. Fehrenbacher, in: HTK zum Ausländerrecht, 04/2016, § 60a VI Nr. 1-4.

<sup>20</sup> Vgl. von Harbou, Asylmagazin 1-2/2016, 9 (11).

<sup>21</sup> Vgl. Ausländergesetz v. 28.04.1965, BGBl. I 1965, 333.

<sup>22</sup> Vgl. Riecken, Die Duldung als Verfassungsproblem (2006), S. 178.

<sup>23</sup> Vgl. BT-Drs. 04/868, S. 16.

<sup>24</sup> Vgl. Riecken, Die Duldung als Verfassungsproblem (2006), S. 174 f., 179.

<sup>25</sup> Vgl. Riecken, Die Duldung als Verfassungsproblem (2006), S. 177 f.

<sup>26</sup> Kanein, in: Ausländergesetz, 1. Aufl. (1967), S. 42, zitiert bei: Riecken, Die Duldung als Verfassungsproblem (2006), S. 258.

<sup>27</sup> Vgl. Riecken, Die Duldung als Verfassungsproblem (2006), S. 190 f.

## II. Rechtlicher Problemabriss

Rechtlich problematisch ist die Duldung zunächst, wenn ein geduldeter Ausländer einen verfassungs- oder völkerrechtlichen Anspruch auf einen rechtmäßigen Aufenthaltsstatus hat.

Grundsätzlich ist der Schutzbereich der Grundrechte durch den schlichten Aufenthalt des geduldeten Ausländers in der Bundesrepublik eröffnet. Er ist a priori Grundrechtsträger.<sup>28</sup> Ein Staat besitzt jedoch die Souveränität, sich von anderen Staatsvölkern abzugrenzen und die Zugehörigkeit seiner Mitglieder zu bestimmen. Dazu gehört auch das Recht, Aufenthaltsformen und -status unterschiedlich auszugestalten. Diese Entscheidungshoheit rechtfertigt die Schaffung des Duldungsstatus und die damit verbundenen Auflagen.<sup>29</sup> Einen unmittelbaren Anspruch auf einen Aufenthaltstitel kann sich der Ausländer von den Grundrechten demnach nicht ableiten. Trotzdem müssen sich ausländerrechtliche Entscheidungen am bedeutungsgewichtigeren Maßstab des Grundgesetzes orientieren. Besondere Berücksichtigung finden die Menschenrechte, die in den Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 oder Art. 6 GG verankert sind.<sup>30</sup>

Neben der Verfassungsgebundenheit gibt es viele gewohnheitsrechtliche und völkerrechtliche Verpflichtungen, die die grundsätzliche Entscheidungshoheit eines Staates über die Zulassung von Ausländern einschränken, sodass eine freie Ausgestaltung des Ausländerrechts eines Vertragsstaates nicht besteht.<sup>31</sup> Insbesondere Art. 8 EMRK, der den Schutz des Familien- und Privatlebens gewährleistet, kommt große Bedeutung zu, wenngleich eine unmittelbare Ableitung eines Aufenthaltsrechts ebenfalls nicht möglich ist,<sup>32</sup> da die Konvention gegenüber nationalem Recht subsidiär anzuwenden ist. Den Vertragsstaaten ist es vielmehr eigens überlassen, wie sie den Schutz der EMRK durch innerstaatliches Recht gewährleisten.<sup>33</sup> Während dem Schutz des Familienlebens mit dem bloßen Verbleib und damit auch mittels Duldung nach § 60a im Bundesgebiet Rechnung getragen wird, so ist es strittig, ob dies beim Schutz des Privatlebens genügt. Die Alternative wäre die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach der Verwurzelungsrechtsprechung Art. 8 EMRK iVm. § 25 Abs. 5 AufenthG.<sup>34</sup> Zum einen wird die Auffassung vertreten, dass eine Verwurzelung im Bundesgebiet auf der Grundlage eines unrechtmäßigen Aufenthalts nicht vollzogen wird. Aus einem geduldeten Aufenthalt könne sich kein Vertrauen auf den weiteren Verbleib im Inland bilden, da der Ausländer zur Ausreise verpflichtet ist.<sup>35</sup> Eine Auslegung im Sinne der Abschaffung der Kettenduldung könne nicht mehr herangezogen werden, da sich die Systematik und das Verständnis von § 25 Abs. 5 AufenthG während der Gesetzesverhandlungen grundlegend

<sup>28</sup> Vgl. Riecken, Die Duldung als Verfassungsproblem (2006), 63 ff.; so auch BVerfGE 132, 134 (Rn. 89, 120).

<sup>29</sup> Vgl. Riecken, Die Duldung als Verfassungsproblem (2006), S. 91.

<sup>30</sup> Vgl. Hailbronner, Asyl- u. Ausländerrecht, 3. Aufl. (2013), Rn. 179.

<sup>31</sup> Vgl. Thym, EuGRZ 2006, 541 (5549).

<sup>32</sup> Vgl. Gundel, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Grundrechtslehren, Band IX, 3. Aufl. (2011), §198 Rn. 36 ff.

<sup>33</sup> Vgl. EGMR, InfAuslR 4/2007, 140 (Rn. 90).

<sup>34</sup> Ausführlich hierzu Benassi, InfAuslR 7/8/2010, 283-292.

<sup>35</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 30.4.2009 - 1 C 3/08, Rn. 20; vgl. BVerwG, Urt. v. 26.10.2010 - 1 C 18/09, Rn. 14.

verändert hätten.<sup>36</sup> Dieser Auffassung zufolge unterfallen Geduldete nicht dem Schutzbereich von Art. 8 EMRK. Dagegen ist einzuwenden, dass es sich bei Art. 8 EMRK um ein einheitliches und europaweites Menschenrecht handelt, dessen Schutzbereich unabhängig von der nationalen Festlegung eines Aufenthaltsstatus eröffnet sein muss.<sup>37</sup> Der EGMR hat eine eindeutige Klärung unterlassen. Seine bisherige Rechtsprechung deutet darauf hin, dass auch ein bloß geduldeter Aufenthalt im Einzelfall einen Vertrauensschutz begründen kann. Der Aufenthaltsstatus wird als Abwägungspunkt in der Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigt. Ob eine Duldung als Rechtsfolge genügt, hängt demnach von der persönlichen Betroffenheit eines Ausländers und vom Ergebnis einer umfassenden Abwägung ab.<sup>38</sup> Die Dauerhaftigkeit eines Abschiebungshindernisses spricht dafür, dem Ausländer anstelle einer Duldung eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.<sup>39</sup>

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass ein geduldeter Ausländer keinen unmittelbaren Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis hat. Letztendlich nehmen jedoch verfassungsrechtliche Bedenken zu, wenn der ursprüngliche Zweck der baldigen Beendigung des Aufenthalts verfehlt wird und der Duldungsstatus durch die Kettenduldung eher einem subsidiären Bleiberecht gleicht.<sup>40</sup>

### C) Untersuchung des § 25b AufenthG

Das folgende Kapitel beleuchtet das dynamische Bleiberecht § 25b AufenthG. Zunächst erfolgt ein Einblick in die Entstehungsgeschichte der Norm. Anschließend werden die Tatbestandsmerkmale ausgelegt.

#### I. Entstehungsgeschichte

Eine stichtagsunabhängige Bleiberechtsregelung für Geduldete fand ihren ersten Ansatz in der 17. Legislaturperiode. Die Forderungen wurden in verschiedenen Gesetzesanträgen<sup>41</sup> vorgelegt. Schließlich erarbeitete der Bundesrat auf der Grundlage des Gesetzesantrages der Freien und Hansestadt Hamburg<sup>42</sup> den Gesetzesentwurf vom 22.03.2013, der sich wiederum am Konzept der Arbeitsgruppe „Aufenthaltsrecht bei nachhaltiger Integration“ orientiert.<sup>43</sup> Der Gedanke, dass Integrationsleistungen einen Aufenthaltstitel bewirken können, war bereits in den vorherigen Bleiberechtsregelungen implementiert und sollte mit der Einführung eines § 25b fortgeführt werden. Ziel war es, eine abstrakt-generelle Lösung zu finden, die nicht lediglich auf einen engen Personenkreis zugeschnitten ist, sondern all diejenigen Geduldeten erfasst, die aner kennenswerte Integrationsleistungen

erbringen. Eine stichtagsunabhängige Vorschrift sollte Zukunftsoffenheit garantieren, um das Problem der Kettenduldungen nachhaltig anzugehen. Schließlich blieb die Intention bestehen, die Belastung der Sozialsysteme zu verhindern.<sup>44</sup> Zugleich sollten die Ansprüche an die Lebensunterhaltssicherung geschmälert und vergangenes Fehlverhalten im Einzelfall unschädlich für die Erteilung sein. Ziel war es darüber hinaus realistische Anforderungen an eine nachhaltige Integration zu stellen.<sup>45</sup>

Die Bundesregierung sprach sich vorerst gegen eine Legalisierungserweiterung aus, da Geduldete vom Grundsatz her rückgeführt werden müssten. Es wurde mehrheitlich kein Handlungsbedarf gesehen eine scheinbare Regelungslücke zu schließen.<sup>46</sup> Nach der Ablehnung des Entwurfes vom Bundestag am 27.06.2013<sup>47</sup> legte die CDU/CSU und SPD im Koalitionsvertrag der 18. Legislaturperiode dennoch fest, sich für eine zukunfts offene Bleiberechtsregelung einzusetzen.<sup>48</sup> Es erfolgte ein erneutes Aufgreifen des ursprünglichen Gedankens im Gesetzesentwurf zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung vom 29.12.2014. Einerseits wurde die tatsächliche Aufenthaltsbeendigung von vollziehbar Ausreisepflichtigen angestrebt, die keinerlei Aussicht auf ein Bleiberecht haben. Andererseits galt es, diejenigen Geduldeten mit einem rechtmäßigen Aufenthaltsrecht zu belohnen, denen es trotz ihrer prekären aufenthaltsrechtlichen Lage gelungen war, sich nachhaltig in die hiesigen Lebensverhältnisse zu integrieren. Die Einführung des § 25b AufenthG als dynamische abstrakt-generelle Bleiberechtsregelung sowie die Ausweitung der Adressaten des § 25a AufenthG sollten dem Rechnung tragen.<sup>49</sup> Man rechnete mit rund 30.000 Personen, die in den nächsten Jahren ein Bleiberecht durch § 25b AufenthG erhalten würden, wobei aufgrund fehlender statistischer Daten keine Angabe über die Zahl der potentiell Begünstigten vorliegt.<sup>50</sup>

Insgesamt gab es eine positive Resonanz über das geplante Bleiberecht. An mancherlei Stelle wurde Kritik an der Rechtssystematik geübt. So beanstandeten nahezu alle Sachverständigen bei der öffentlichen Anhörung zum Gesetzesentwurf das konterkarierende Zusammenspiel mit der Ausweitung des § 11 AufenthG. Durch die Neuerung des § 11 AufenthG unterfielen nahezu alle Geduldeten dem Einreise- und Aufenthaltsverbot, sodass ein Leerlaufen des neuen Bleiberechts befürchtet wurde.<sup>51</sup> Der beschränkte Familiennachzug sorgte ebenfalls für Kritik<sup>52</sup> und die Versagungsformulierungen nach § 25b Abs. 2 AufenthG warfen Fragen auf<sup>53</sup>. Daraufhin sorgte der Gesetzgeber in § 11

<sup>36</sup> Fritzsche, ZAR 2014, 137 (140f); Bericht zur Evaluierung des Zuwanderungsgesetzes, abrufbar unter [http://www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/151396/publicationFile/14810/evaluierungsbericht\\_zum\\_zuwanderungsgesetz.pdf](http://www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/151396/publicationFile/14810/evaluierungsbericht_zum_zuwanderungsgesetz.pdf) (Stand: 16.08.16), 80; aA. Hailbronner, Asyl- u. Ausländerrecht, 3. Aufl. (2013), Rn. 501.

<sup>37</sup> Vgl. Maierhöfer, ZAR 2014, 370 (372).

<sup>38</sup> Vgl. Benassi, InfAuslR 7/8/2010, 283 (287 f.).

<sup>39</sup> Vgl. Thym, InfAuslR 4/2007, 133 (139).

<sup>40</sup> Vgl. Riecken, Die Duldung als Verfassungsproblem (2006), S. 95.

<sup>41</sup> BR-Drs. 773/11; BR-Drs. 333/12.

<sup>42</sup> BR-Drs. 505/12.

<sup>43</sup> BR-Drs. 505/12 (Beschluss), S. 3.

<sup>44</sup> Vgl. Bericht der länderoffenen Arbeitsgruppe 'Aufenthaltsrecht bei nachhaltiger Integration', abrufbar unter [http://www.fluechtlingsrat-brandenburg.de/wp-content/uploads/2012/01/Bericht\\_Aufenthaltsrecht\\_12-05-23.pdf](http://www.fluechtlingsrat-brandenburg.de/wp-content/uploads/2012/01/Bericht_Aufenthaltsrecht_12-05-23.pdf) (Stand 01.02.2017), S. 11, 14f.

<sup>45</sup> Vgl. Bericht der länderoffenen Arbeitsgruppe 'Aufenthaltsrecht bei nachhaltiger Integration', S. 3.

<sup>46</sup> Vgl. BT-Drs. 17/13424, 12; vgl. Brandt – BT-Plenarprotokoll 17/250, 32218.

<sup>47</sup> BT-Plenarprotokoll 17/250, 32222.

<sup>48</sup> Vgl. Koalitionsvertrag der CDU, CSU, SPD der 18. Legislaturperiode, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/koalitionsvertrag-inhaltsverzeichnis.html> (Stand: 01.02.2017), S. 108.

<sup>49</sup> Vgl. BR-Drs. 642/14, S. 23.

<sup>50</sup> Vgl. BR-Drs. 642/14, S. 26.

<sup>51</sup> Vgl. Brings/Oehl, juwiss, 24.03.2015, S. 2 f.; aA. Thym, Protokoll-Nr. 18/42, S. 113f.

<sup>52</sup> Vgl. Brings/Oehl, juwiss, 25.03.2015, S. 28, 1; vgl. ProAsyl, Protokoll-Nr. 18/42, S. 262.

<sup>53</sup> Vgl. Martini-Emden, Protokoll-Nr. 18/42, S. 77 f.; Bundesvereinigung kommunaler Spitzenverbände, Protokoll-Nr. 18/42, S. 210, 219; ProAsyl, Protokoll-



Abs. 4 AufenthG für eine Klarstellung durch die festgesetzte Regelaufhebung des Verbotes bei einem Anspruch nach § 25b AufenthG. Zwar wurde der Forderung nach einem speziellen Aufenthaltstitel – § 25c AufenthG – für das Nachgehen einer Berufsausbildung nicht entsprochen. Jedoch entschärfte eine längere Duldungserteilung bei einer Berufsausbildung in § 60a Abs. 2 AufenthG die Problematik von Geduldeten auf dem Ausbildungsmarkt.<sup>54</sup> In den Grundzügen entspricht die endgültige Fassung ansonsten dem Gesetzesentwurf. Das neue Bleiberecht trat zum 01.08.2015 in Kraft.<sup>55</sup>

## II. Tatbestandsauslegung

Einem geduldeten Ausländer soll eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25b abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 AufenthG erteilt werden, wenn er sich nachhaltig in die Lebensverhältnisse Deutschlands integriert hat. Eine nachhaltige Integration setzt regelmäßig die Erfüllung der Voraussetzungen in § 25b Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 bis 5 AufenthG voraus, falls hiervon nicht im Zuge des § 25b Abs. 3 AufenthG abzusehen ist und keine Versagungsgründe nach § 25b Abs. 2 AufenthG vorliegen. Die Erteilungssperren des AufenthG wegen eines Einreise- und Aufenthaltsverbots (§ 11 AufenthG) oder eines Asylantrags, der als unbegründet abgelehnt wurde (§ 10 Abs. 3 AufenthG), sind nicht zwingend wirksam. So wird vom ersteren in der Regel nach § 11 Abs. 4 S. 4 und vom letzteren im Ermessen nach § 25b Abs. 5 S. 2 AufenthG abgesehen. Ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht für inländische Familienangehörige ist in § 25b Abs. 4 AufenthG festgelegt.

### 1. Nachhaltige Integration

§ 25b AufenthG ist als Soll-Vorschrift normiert und stellt damit sicher, dass einem Ausländer, der nachhaltig integriert ist, in der Regel eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden muss. In welchem Falle eine nachhaltige Integration regelmäßig anzunehmen ist, definieren die Integrationsmerkmale aus § 25b Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 bis 5 AufenthG. Ein Absehen von der Titelerteilung ist nur in atypischen Situationen möglich, in denen ein Umstand in der Bedeutung so gewichtig ist, dass die erfüllten Regelvoraussetzungen ausgehebelt werden und im Gesamtergebnis ein Integrationsmangel verbleibt. Darüber hinaus ist dem Ausländer trotz einer unvollständigen Erfüllung der Regelvoraussetzungen eine Aufenthaltserlaubnis zu gewähren, wenn andere als in § 25b Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 bis 5 AufenthG aufgeführte, aber gleichbedeutende Integrationsleistungen die bestehenden Defizite aufwiegen.<sup>56</sup> Denkbar dafür ist ein überdurchschnittliches und besonderes soziales Engagement.<sup>57</sup> Ob ein atypischer Fall vorliegt, entscheidet sich nicht anhand verfassungs-, unions- oder völkerrechtlicher Gesichtspunkte, wie im Falle der Regelertei-

lungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 AufenthG. Bei der Abwägung wird lediglich auf den Zweck der nachhaltigen Integration abgestellt.<sup>58</sup>

Um die Anwendung des § 25b AufenthG zu öffnen, muss der Ausländer nach § 25b Abs. 1 S. 1 AufenthG geduldet sein. Dem Wortlaut nach bezieht sich der Personenkreis nicht lediglich auf formell, sondern auch auf materiell Geduldete. Fraglich ist, ob unter Anwendung des Erst-Recht-Schlusses über den Wortsinn hinausgehend Personen mit rechtmäßigem Status eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25b AufenthG erhalten müssten.<sup>59</sup> Diese Auffassung würde dahingegen dem Zweck der Norm zuwiderlaufen. Gerade den lediglich Geduldeten soll eine Perspektive ermöglicht und damit die Kettenduldungen verringert werden. Erfasst werden aus diesem Grund lediglich Geduldete nach § 60a AufenthG gemäß den allgemeinen Anwendungshinweisen (AAH)<sup>60</sup> des Bundesministeriums des Innern (BMI) zu § 25b AufenthG, Teil I.<sup>61</sup>

Hinsichtlich der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 AufenthG enthält die Norm einerseits Erleichterungen und andererseits Verschärfungen. Von der Sicherung des Lebensunterhaltes nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG wird explizit abgesehen. Demensprechend gilt lediglich die Forderung einer überwiegenden Deckung nach § 25b Abs. 1 Nr. 3 AufenthG. Ebenfalls von der Visumpflicht gemäß § 5 Abs. 2 AufenthG wird befreit. Verschärfungen ergeben sich dergestalt, dass eine Täuschung über die Identität, die eine Aufenthaltsbeendigung verzögert, sowie bestimmte Ausweisungsinteressen einer Titelerteilung nunmehr nicht regelmäßig (vgl. § 5 Abs. 1 Nrn. 1a und 2 AufenthG), sondern zwingend (§ 25b Abs. 2 Nrn. 1 und 2 AufenthG) entgegenstehen. Aus diesen Verschärfungen lässt sich gleichwohl nicht ableiten, dass § 5 AufenthG in anderen, nicht aufgeführten Fällen unberücksichtigt bleibt.<sup>62</sup> Die Möglichkeit des Absehens im Ermessen nach § 5 Abs. 3 AufenthG bleibt ebenso unberührt gleichwie bei anderen humanitären Regelungen. Eine Benachteiligung, insbesondere gegenüber § 25a AufenthG, wäre nicht ersichtlich.<sup>63</sup>

### 2. Regelerteilungsvoraussetzungen

Der unbestimmte Rechtsbegriff der nachhaltigen Integration wird durch die Regelerteilungsvoraussetzungen aus § 25b Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 bis 5 AufenthG näher definiert.

#### a) Voraufenthalt (§ 25b Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AufenthG)

Eine nachhaltige Integration setzt zunächst eine achtjährige Voraufenthaltsdauer voraus. Es wird unterstellt, dass dadurch ein stückweises Einfinden in die herrschenden Lebensbedingungen erfolgt.<sup>64</sup> Lebt der Antragsteller mit einem minderjährigen Kind in einer häuslichen Gemeinschaft, verkürzt sich die Frist auf sechs Jahre. Dem Wortlaut entsprechend ist es nicht notwendig, dass es sich um das eigene Kind handelt. Der Gesetzgeber hätte

Nr. 18/42, S. 262; *Kliebe*, Protokoll-Nr. 18/42, S. 106 f; *BAGFW*, Protokoll-Nr. 18/42, S. 164.

<sup>54</sup> BT-Drs. 18/4199, S. 1,4.

<sup>55</sup> Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung vom 27. Juli 2015, BGBl. I 2015, S. 1386.

<sup>56</sup> Vgl. *Zühlcke*, in: HTK zum Ausländerrecht, 01/2016, § 25b I Allgemein; aA. *Röder*, *Asylmagazin* 4-5/2016, 108 (109 f.).

<sup>57</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 42.

<sup>58</sup> OVG NRW, Beschl. v. 21.07.2015 – 18 B 486/14, openJur 2015, 15303, Rn. 13.

<sup>59</sup> Vgl. *Fränkel*, in: Hofmann Ausländerrecht, 2. Aufl. (2016), § 25b Rn. 5.

<sup>60</sup> Allgemeine Anwendungshinweise des BMI zur Einfügung des § 25b AufenthG (AAH zu § 25b AufenthG).

<sup>61</sup> So auch *Hailbronner*, in: Ausländerrecht, 10/2015, § 25b Rn. 10; vgl. VG Aachen, Beschl. v. 24.05.2016 – 8 L 1025/15, Rn. 15; aA. *Röder*, *Asylmagazin* 4-5/2016, 108 (108f).

<sup>62</sup> Vgl. *Zühlcke*, in: HTK zum Ausländerrecht, 01/2016, § 25b I Nr. 2.

<sup>63</sup> Vgl. *Hailbronner*, in: Ausländerrecht, 10/2015, § 25b Rn. 12.

<sup>64</sup> Vgl. *Hailbronner*, in: Ausländerrecht, 10/2015, § 25b Rn. 13.

die Formulierung – wissentlich um den Streitpunkt aufgrund von § 104a Abs. 1 S. 1 AufenthG –<sup>65</sup> anders wählen können, um den Tatbestand auf eigene Kinder zu reduzieren.<sup>66</sup> Auch aus der Gesetzesbegründung lässt sich nichts Gegensätzliches entnehmen.<sup>67</sup> Der Sinn für die Wartezeitverkürzung liegt in der Annahme, dass das Zusammenleben mit einem Kind integrationsdienlich ist. Um diesem Zweck gerecht zu werden, leuchtet es ein, dass zwischen Antragsteller und Kind zumindest ein der elterlichen Sorge ähnelndes Verhältnis bestehen muss.<sup>68</sup> Die Voraufenthaltsdauer ist ein starres, durch den Zeitablauf definiertes Integrationskriterium,<sup>69</sup> das der Ausländer, im Gegensatz zu anderen Integrationsleistungen, nicht beeinflussen kann. Dieser Voraussetzung ist daher weniger Gewicht zuzurechnen und bei einem Mangel durch andere Integrationsmerkmale vorrangig zu kompensieren.<sup>70</sup>

Der Voraufenthalt kann geduldet, gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis sein. Im Gesetzestext wurde keine der Rechtsstellungen priorisiert, sodass man annehmen kann, dass eine Duldung nur im Zeitpunkt der Antragstellung vorliegen muss. Den Anwendungshinweisen des BMI zufolge zeige die Entstehungsgeschichte hingegen, dass sich die Norm vor allem der Legalisierung unrechtmäßigen Aufenthalts widme. Nicht von dieser Intention erfasst sei es, Ausländern eine erneute Chance zu geben, die bereits länger eine Perspektive in Deutschland gehabt haben. Der geduldete Voraufenthalt solle folglich überwiegen (AAH zu § 25b AufenthG, Teil II, B). Dem Zweck entsprechend kommt es darauf an, allen nachhaltig integrierten und aktuell Geduldeten nach § 25b Abs. 1 S. 1 AufenthG eine Bleibeperspektive zu ermöglichen. Es leuchtet nicht ein, einen Ausländer, der es geschafft hat zeitweilig einen Aufenthaltstitel zu erlangen, gegenüber denjenigen zu benachteiligen, die dauerhaft im unrechtmäßigen Status verweilen.<sup>71</sup> Einer Auffassung, die abweichend vom Wortlaut einen überwiegend geduldeten Voraufenthalt fordert, ist daher nicht zu folgen.<sup>72</sup> Des Weiteren ist es dem Wortsinn entsprechend notwendig, dass sich der Ausländer ununterbrochen, mithin ohne jegliche Lücken, im Bundesgebiet befunden hat. Eine rein grammatische Auslegung hätte bei lediglich kurzen Unterbrechungen jedoch unverhältnismäßige Konsequenzen. Zur Vermeidung von Unbilligkeiten räumte die Gesetzesbegründung die Unschädlichkeit einer Unterbrechung von bis zu drei Monaten ein.<sup>73</sup> Darüber hinausgehende genehmigte Ausreisen, dürfen in Anlehnung an § 85 AufenthG ein Jahr zumindest keinesfalls überschreiten.<sup>74</sup> Ebenfalls unbeachtlich

sind erfolglose freiwillige Ausreisen im Zuge der Aufenthaltsbeendigung.<sup>75</sup>

## b) Demokratiebekenntnis (§ 25b Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 AufenthG)

Das Bekenntnis zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung als Tatbestandsmerkmal hielt zum 01.08.2015 erstmalig Einzug ins AufenthG. Da die Gesetzesbegründung keine näheren Ausführungen enthielt, herrschten in der ersten Zeit Unklarheiten, ob die Vorgaben im Einbürgerungsrecht analog herangezogen werden können.<sup>76</sup> Sinn und Zweck in der Einbürgerung ist das Bekenntnis nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StAG, um verfassungsfeindliche Personen, die eine Gefahr für die Staatsordnung darstellen, von der deutschen Staatsangehörigkeit auszuschließen.<sup>77</sup> Es ist allerdings fraglich, ob ein Bewerber um ein humanitäres Bleiberecht mit einem Einbürgerungskandidaten auf eine Stufe gestellt werden kann. Es stellt einen erheblichen Unterschied dar, ob eine Person mit allen Rechten und Pflichten ins Staatsvolk aufgenommen wird, oder ob es sich lediglich um eine befristete Aufenthaltserlaubnis handelt.<sup>78</sup> Eine negative Formulierung, wie in § 25a Abs. 1 Nr. 5 AufenthG, wäre eventuell vorzugswürdiger.<sup>79</sup> Gleichwohl ist das Bekenntnis sowohl im AufenthG als auch im StAG dem Schutz und der Gewähr der freiheitlich demokratischen Grundordnung geschuldet. Nur jemand, der diese Werteordnung kennt, ist fähig sich danach zu richten.<sup>80</sup> Demgegenüber ist die politisch-demokratische Eingliederung einer der Hauptbereiche der Integration und daher essentielle Voraussetzung für eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25b AufenthG.<sup>81</sup> An einen erwachsenen, nachhaltig integrierten Ausländer kann demnach die Erwartung eines solchen Bekenntnisses gestellt werden.<sup>82</sup> Dementsprechend ist auf die Vorschriften des Einbürgerungsverfahrens bei der Umsetzung zurückzugreifen. Zu bekennen sind die Grundsätze nach § 4 Abs. 2 BVerfSchG.<sup>83</sup> Ein rein formelles Bekenntnis, das nicht der inneren Einstellung des Ausländers entspricht, ist nicht ausreichend. Bedeutend ist vielmehr die ernsthafte Hinwendung.<sup>84</sup> Dies setzt das Verständnis der Grundprinzipien voraus, welches Sprachbarrieren oder abstrakte Begriffe erschweren. Um zu garantieren, dass der Antragsteller den Sinngehalt des Bekenntnisses erfasst hat, ist ein persönliches Gespräch, in dem auf die Verständnismöglichkeiten des Ausländers Rücksicht genommen wird, hilfreich.<sup>85</sup> Im Anschluss kann eine schriftliche Erklärung erfolgen. Zeugt das Verhalten des Ausländers von einem Lebenswan-

<sup>65</sup> Hierzu BVerwG, Urt. v. 25.08.2009 – 1 C 20/08, Rn. 17.

<sup>66</sup> Vgl. Fränkel, in: Hofmann Ausländerrecht, 2. Aufl. (2016), § 25b Rn. 8.

<sup>67</sup> Vgl. Fränkel, in: Hofmann Ausländerrecht, 2. Aufl. (2016), § 25b Rn. 8.

<sup>68</sup> Vgl. Hailbronner, in: Ausländerrecht, 10/2015, § 25b Rn. 14.

<sup>69</sup> Vgl. Maierhöfer, ZAR 2014, 370 (375).

<sup>70</sup> Vgl. Röder, Asylmagazin 4-5/2016, 108 (109 f.).

<sup>71</sup> Vgl. Bericht der länderoffenen Arbeitsgruppe 'Aufenthaltsrecht bei nachhaltiger Integration', abrufbar unter [http://www.fluechtlingsrat-brandenburg.de/wp-content/uploads/2012/01/Bericht\\_Aufenthaltsrecht\\_12-05-23.pdf](http://www.fluechtlingsrat-brandenburg.de/wp-content/uploads/2012/01/Bericht_Aufenthaltsrecht_12-05-23.pdf) (Stand 01.02.2017), S. 11, 17 f.

<sup>72</sup> Im Ergebnis: Röder, Asylmagazin 4-5/2016, 108 (110); im Ergebnis: BReg auf die Schriftliche Frage des Abgeordneten Volker Beck, Juni 2016, Arbeits-Nr. 6/154, abrufbar unter: <http://www.volkerbeck.de/wp-content/uploads/2016/07/SF154.pdf> (Stand: 09.09.2016).

<sup>73</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4097, 43; so auch AAH zu § 25b AufenthG, Teil II, B.

<sup>74</sup> Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 14.09.2015 - 7 B 10780/15. OVG, JurionRS 2015, 26038, Leitsatz.

<sup>75</sup> Vgl. Samel, in: Bergmann/Dienelt Ausländerrecht, 11. Aufl. (2016), § 25b Rn. 12.

<sup>76</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 43; vgl. Samel, in: Bergmann/Dienelt Ausländerrecht, 11. Aufl. (2016) § 25b Rn. 14.

<sup>77</sup> Vgl. VG Stuttgart, Urt. v. 20.04.2015 – 11 K 5984/14, openJur 2015, 11602, Rn. 44f.

<sup>78</sup> Vgl. Zühlcke, in: HTK zum Ausländerrecht, 01/2016, § 25b I Nr. 2.3.

<sup>79</sup> Vgl. Samel, in: Bergmann/Dienelt Ausländerrecht, 11. Aufl. (2016), § 25b Rn. 14.

<sup>80</sup> Vgl. BVerwG, Beschl. v. 08.12.2008 - B 58/08, JurionRS 2008, 27137, Rn. 7.

<sup>81</sup> Vgl. Zuwanderung gestalten – Integration fördern, abrufbar unter <http://www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/123148/publicationFile/9076/Zuwanderungsbericht.pdf>. (01.02.2017), S. 203.

<sup>82</sup> Vgl. Fränkel, in: Hofmann Ausländerrecht, 2. Aufl. (2016), § 25b Rn. 16.; vgl. AAH zu § 25b AufenthG, Teil II, C.

<sup>83</sup> Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG) v. 20.12.1990, BGBl. I, S. 2954, 2970.

<sup>84</sup> Vgl. VG Stuttgart, Urt. v. 20.04.2015 – 11 K 5984/14, openJur 2015, 11602, Rn. 44f.

<sup>85</sup> Vgl. VG Stuttgart, Urt. v. 20.03.2014 – 11 K 4764/13, openJur 2014, 21783, Rn. 45.

del, der der freiheitlichen demokratischen Grundordnung widerspricht, ist ein wahrhaftiges Bekenntnis ausgeschlossen. Dies gilt bei besonders schwerwiegenden Ausweisungsinteressen nach § 54 Abs. 1 Nrn. 2 bis 5 AufenthG, oder wenn der Ausländer verfassungsverstößenden Bestrebungen iSv. § 11 Nr. 1 StAG oder Vereinigungen angehört (AAH zu § 25b AufenthG, Teil II, C).

### c) Rechts- und Gesellschaftsordnung (§ 25b Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 2 AufenthG)

Ein weiteres Integrationsmerkmal ist die Kenntnis über Grundlagen der deutschen Rechts- und Gesellschaftsordnung, welche erstmalig für die Erteilung einer humanitären Aufenthaltserlaubnis vorausgesetzt wird. Der Gesetzestext sowie die Gesetzesbegründung nehmen keine Hinweise dahingehend vor, wie diese Kenntnisse nachzuweisen sind.<sup>86</sup> Orientierungshilfe geben an anderer Stelle im AufenthG die Regelungen über die Niederlassungserlaubnis in § 9 Abs. 2 Nr. 8 AufenthG oder die Dauererlaubnis EU in § 9a Abs. 2 Nr. 4 AufenthG. Entsprechend dieser Vorschriften erfolgt ein Nachweis anhand der erfolgreichen Teilnahme am Integrationskurs gemäß § 44 AufenthG oder anderweitig mittels entsprechendem Schulabschluss (Nr. 9.2.1.8 AVwV-AufenthG). Inwieweit dies gefordert werden kann, ist fraglich, zumal grundsätzlich kein Anspruch auf einen Integrationskurs nach § 44 Abs. 1 AufenthG besteht.<sup>87</sup> Daher ist als Nachweis das Bestehen des Tests zum Orientierungskurs gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 2 IntV<sup>88</sup> ausreichend. Neben den zahlreichen Angeboten zur Weiterbildung durch die Medien bietet das BAMF in seinem Online-Testcenter eine gezielte sowie kostenfreie Vorbereitung, sodass die Aneignung der Kursinhalte auch ohne Orientierungskurs eigenständig möglich ist.<sup>89</sup> Es ist auch durchaus zumutbar für den Ausländer, die Mühen für die Erlangung der Kenntnisse und die Testgebühr von 25,00 €<sup>90</sup> auf sich zu nehmen. Dies entspricht gerade dem Sinn und Zweck des Aufenthaltstitels: Dieser soll demjenigen gewährt werden, dem es trotz aufenthaltsrechtlicher Erschwernisse gelingt, sich nachhaltig zu integrieren (AAH zu § 25b AufenthG, Teil II, D).

Im Gegensatz zu § 9 Abs. 2 S. 4 AufenthG befinden sich in § 25b AufenthG keine Ausnahmenvorschriften bei Krankheit oder Behinderung. Gleichwohl bleiben die zumindest erschwerten Bedingungen eines Geduldeten, der keinen Kursanspruch nach § 44 Abs. 1 AufenthG besitzt, unberücksichtigt.<sup>91</sup> Wenn bei einem unbefristeten Aufenthaltstitel nach § 9 AufenthG von den Kenntnissen der Gesellschafts- und Rechtsordnung abgesehen werden kann, so müsste dies doch erst recht im Zuge einer befristeten Aufenthaltserlaubnis möglich sein. Dies ließe eine planwidrige Regelungslücke vermuten, die durch die analoge Anwendung der krankheits- bzw. behindertenbedingten Ausnahmeregelungen aus § 9 Abs. 2 S. 3 bis 5 AufenthG geschlossen

werden müsste.<sup>92</sup> In den AAH zu § 25b AufenthG, Teil II, D verweist das BMI daher auf die Regelungen des § 9 AufenthG. Die Gesetzesmaterialien zeigen jedoch, dass sich die Bundesregierung mit dieser Problematik bereits auseinandergesetzt hat und Ausnahmeregelungen von den Kenntnissen der Rechtsstaatsprinzipien kritisch betrachtet. Die Schwierigkeit für den Ausländer liege nicht in der Erlangung dieser Kenntnisse, sondern im Erlernen der Sprache. Folglich würde lediglich vom letzteren in § 25b Abs. 3 AufenthG abgesehen werden.<sup>93</sup> Es handelt sich demnach nicht um einen unbeabsichtigten Redaktionsfehler im Gesetzgebungsverfahren, sondern um eine willentliche Nichtberücksichtigung im Abweichungskatalog des § 25b Abs. 3 AufenthG. Folglich ist von einer analogen Anwendung nach § 9 Abs. 2 S. 4 AufenthG abzusehen.<sup>94</sup> Das BMI hat sich in den AAH zu § 25b AufenthG ebenso am Willen des Gesetzgebers zu orientieren. Diese sind daher nicht verbindlich für die Verwaltung.<sup>95</sup> Es besteht gleichwohl stets die Möglichkeit, mangelnde Kenntnisse in atypischen Fällen durch andere Integrationsleistungen aufzuwiegen.<sup>96</sup>

### d) Sicherung des Lebensunterhaltes (§ 25b Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AufenthG)

Die eigenständige Lebensunterhaltssicherung iSv. § 2 Abs. 3 AufenthG ist grundlegende Voraussetzung für eine nachhaltige Integration und muss Ziel eines jeden Ausländers sein.<sup>97</sup> § 25b Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AufenthG regelt die grundsätzlichen Bestimmungen, von denen in den Fällen § 25b Abs. 2 S. 3 Nrn. 1 bis 4 AufenthG in der Regel und nach § 25b Abs. 3 AufenthG zwingend abgesehen werden muss.

Die genaue Beurteilung, inwieweit der Lebensunterhalt eines Ausländers nach Maßgabe des § 2 Abs. 3 AufenthG gesichert ist, erfolgt durch die Feststellung, ob ein Leistungsanspruch nach SGB II oder XII bestehen würde gemäß Nr. 2.3.4 AVwV-AufenthG. Dafür werden der Bedarf der gesamten Bedarfsgemeinschaft<sup>98</sup> und das anzurechnende Einkommen bzw. Vermögen gegenübergestellt. Hat der Ausländer einen Leistungsanspruch, unabhängig von einem tatsächlichen Bezug, ist der Lebensunterhalt nicht gedeckt. Öffentliche Leistungen aufgrund eigener Beitragsleistung sind nicht zu berücksichtigen.<sup>99</sup> Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass ein ungesicherter Aufenthaltsstatus die Arbeitssuche erschwert, ist eine überwiegende Deckung ausreichend.<sup>100</sup> Erfasst werden Ausländer, die eine Beschäftigungserlaubnis nach § 32 BeschV erhalten haben, ihren Lebensunterhalt jedoch aufgrund des geringen Lohns oder der unregelmäßigen Beschäftigungsverhältnisse nicht vollständig decken können. Dies spiegelt die Realität eines Geduldeten wider.<sup>101</sup> Wann eine überwiegende Deckung vorliegt, ist gesetzlich nicht genau definiert. Gemäß des Wortlautes müssen mehr als

<sup>86</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 43.

<sup>87</sup> Vgl. VGH BW, InfAuslR 3/2016, 94 (95).

<sup>88</sup> Integrationskursverordnung v. 13.12.2004, BGBl. I, 3370.

<sup>89</sup> Vgl. <http://www.bamf.de/DE/Willkommen/Einbuengerung/Online-Testcenter/online-testcenter-node.html> (Stand: 09.09.2016).

<sup>90</sup> Vgl. Durchführungshinweise Test, Leben in Deutschland, abrufbar unter: [http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/Integrationskurse/Kurstraeger/Traegergrundschreiben/2014/traegergrundschreiben-06\\_20141121\\_anlage-2.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/Integrationskurse/Kurstraeger/Traegergrundschreiben/2014/traegergrundschreiben-06_20141121_anlage-2.pdf?__blob=publicationFile), S. 2.

<sup>91</sup> Vgl. Bundesvereinigung kommunaler Spitzenverbände, Protokoll-Nr. 18/42, S. 210 f.

<sup>92</sup> Röder, Asylmagazin 4-5/2016, 108 (III).

<sup>93</sup> BT-Drs. 18/4199, S. 4.

<sup>94</sup> AA. Welte, ZAR 2015, 376 (379).

<sup>95</sup> BRg auf die Schriftliche Frage des Abgeordneten Volker Beck, Juni 2016, Arbeits-Nr. 6/154, abrufbar unter: <http://www.volkerbeck.de/wp-content/uploads/2016/07/SF154.pdf> (Stand: 09.09.2016).

<sup>96</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4199, S. 4.

<sup>97</sup> BT-Drs. 18/4097, S. 43.

<sup>98</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 43.

<sup>99</sup> Vgl. AVwV-AufenthG zu Nr. 2.3.4.

<sup>100</sup> BT-Drs. 18/4097, S. 43.

<sup>101</sup> Vgl. hierzu Migranten im Niedriglohnssektor, abrufbar unter [http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/WorkeingPapers/wp39-migranten-im-niedriglohnssektor.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/WorkeingPapers/wp39-migranten-im-niedriglohnssektor.pdf?__blob=publicationFile) 63 (Stand 01.02.2017), S. 63.



50 % des Bedarfes durch die eigene Erwerbstätigkeit gesichert sein. Das BMI legt die Vorschrift in den AAH zu § 25b AufenthG, Teil II E restriktiver aus und fordert eine „deutlich“ überwiegende, also großteilige Sicherung. Ein Blick in die Gesetzesmaterialien rechtfertigt dagegen keine derartige Interpretation. Stattdessen ist der Fokus, im Vergleich zu § 104a,<sup>102</sup> weniger stark auf die materielle Sicherung als auf eine sozio-kulturelle Integration gelegt.<sup>103</sup> Vielmehr sollte mit der zeitgleichen Modifikation des § 25a AufenthG gerade eine weitere, von Hindernissen befreite Anwendung erzielt werden.<sup>104</sup> Eine über den Wortlaut hinausgehend restriktive Auslegung des § 25b AufenthG kann daher nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen.<sup>105</sup> Im Hinblick darauf leuchtet es ein, dass dem Erfordernis einer überwiegenden Deckung gerecht wird, wenn das Einkommen aus Erwerbstätigkeit zumindest mehr als 50% beträgt.<sup>106</sup> Wird selbst dieses Ziel nicht erreicht, genügt die Erwartung, dass der Ausländer aufgrund der Schul-, Ausbildungs-, Einkommens- oder familiären Situation, seine Lebenshaltungskosten iSv. § 2 Abs. 3 AufenthG zukünftig eigenständig finanzieren wird. Um eine solche Prognoseentscheidung treffen zu können, ist eine Gesamtschau aller Umstände<sup>107</sup> vorzunehmen, wobei ein jahrelanger Leistungsbezug von vornherein schädlich ist.<sup>108</sup> Insbesondere sind nachhaltige Bemühungen um eine wirtschaftliche Integration zu berücksichtigen sowie die erhöhte Chance auf eine Arbeitsstelle, die sich dem Ausländer mit der erteilten Aufenthaltserlaubnis aufzutun wird.<sup>109</sup> Bei der Verlängerung des Titels müssten die erleichterten Bedingungen zur Arbeitssuche in die Bewertung mit einfließen, da der ursprüngliche Grund für die Anspruchsmilderung in dem Fall hinfällig ist.<sup>110</sup> Das Ziel bleibt stets eine vollständige Eigenbedarfsdeckung (AAH zu § 25b AufenthG, Teil II, E).

Bei bestimmten Personengruppen ist ein tatsächlicher Sozialhilfebezug nach § 25b Abs. 3 S. 3 Nrn. 1 bis 4 AufenthG regelmäßig unschädlich für die Titelerteilung, solange er vorübergehend ist.<sup>111</sup> Die erschwerten Bedingungen ihrer besonderen Lebenssituation, aufgrund derer sie den Lebensunterhalt – vorerst – nicht decken können, werden bedacht. So ist zu erwarten, dass Studierende oder Auszubildende nach erfolgreichem Abschluss eine Beschäftigung finden oder Familien in der Lage sind ohne Leistungsbezug auszukommen, sobald der Mehrbedarf aufgrund minderjähriger Kinder entfällt. Begünstigt sind ebenfalls Alleinerziehende, solange es ihnen nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II unzumutbar ist einer Beschäftigung nachzugehen, oder Personen, die ihren bedürftigen Angehörigen pflegen. Hierbei ist die persönliche familiäre Beziehung relevant. Erforderlich sind haltbare Anzeichen dafür, dass der Leistungsbezug nicht fortauern wird.<sup>112</sup> Im Gegensatz zur Parallelvorschrift in § 104a Abs. 6 Auf-

enthG ist die Behörde in ihrem Ermessen gebunden. Nur in atypischen Ausnahmefällen sind die genannten Personengruppen vom Aufenthaltstitel ausgeschlossen. Des Weiteren sorgt die Ausnahmeregelung in § 25b Abs. 3 AufenthG dafür, dass Personen, die aufgrund einer Krankheit, Behinderung oder aus Altersgründen erwerbsunfähig sind, nicht von einer Aufenthaltserlaubnis ausgeschlossen werden.<sup>113</sup> Sie ähnelt der Ausnahmeregelung im Einbürgerungsrecht, § 10 Abs. 6 StAG. Altersbedingt befreit sind, in Anlehnung an § 104a Abs. 6 AufenthG, über 65-jährige Ausländer. Bei krankheits- oder behinderungsbedingter Erwerbsunfähigkeit sind ärztliche Atteste vorzulegen. Denkbar wäre dies auch in Folge eines Unfalls.<sup>114</sup> Die Befreiung unterliegt einer einzelfallgerechten Entscheidung (AAH zu § 25b AufenthG, Teil IV).

#### e) Hinreichende mündliche Deutschkenntnisse (§ 25b Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AufenthG)

Die sprachliche Integration gilt als vollzogen, sobald der Ausländer hinreichende mündliche Deutschkenntnisse besitzt. Maßgabe dafür ist die Sprachstufe A2 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens, die dem Erfordernis in § 104 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG gleicht. Diese grundlegende Sprachverwendung beinhaltet eine einfache Ausdrucksfähigkeit und ein einfaches Verständnis in vertrauten Alltagssituationen. Die Vorlage eines standardisierten Sprachzertifikates oder die persönliche Vorsprache sind nicht erforderlich, wenn bei bisherigen Gesprächen mit den Behörden kein Dolmetscher nötig war oder die berufliche bzw. schulische Ausbildung einen Nachweis ersetzt.<sup>115</sup> Ein Absehen des Spracherfordernisses ist nach § 25b Abs. 3 AufenthG möglich.

#### f) Tatsächlicher Schulbesuch (§ 25b Abs. 1 S. 2 Nr. 5 AufenthG)

Zuletzt gehört zu einer nachhaltigen Integration die bildungspolitische Eingliederung, die durch den Schulbesuch eines Kindes nachgewiesen wird. Unverzichtbar ist, dass dieser anhaltend und dahingehend ununterbrochen vorliegt.<sup>116</sup> Es zeigt die Bereitschaft der Familie sich für die Förderung und Integration des Kindes nachhaltig einzusetzen und an der Gesellschaft teilzunehmen. Zur hinreichenden Beurteilung sind gemäß den AAH zu § 25b AufenthG, Teil III, H die aktuelle Schulbescheinigung und ein Zeugnis des letzten Jahres erforderlich. Bei mehrfachem unentschuldigtem Fernbleiben vom Unterricht ist individuell festzustellen, inwieweit dies schädlich für die bezweckte bildungspolitische Integration ist. Bei ernsthaften und fehlzeitenbedingten Zweifeln daran, dass sich das Kind sprachlich und sozial eingliedern wird und den angestrebten Schulabschluss erreicht, ist von einer Verfehlung des Zweckes auszugehen. Ein tatsächlicher Schulbesuch liegt in einem solchen Fall nicht vor.<sup>117</sup>

<sup>102</sup> Vgl. hierzu BT-Drs. 16/5065, S. 202.

<sup>103</sup> Vgl. Brings/Oehl, juwiss, 24.03.2015, S. 2.

<sup>104</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 43.

<sup>105</sup> Vgl. Mantel, Anmerkung zu den AAH des BMI § 25b, 19.07.2016, abrufbar unter [http://www.asyl.net/startseite/nachrichten/artikel/55882.html?no\\_cache=1&Hash=12ba34bcb22058ce9b1922282733d4c1](http://www.asyl.net/startseite/nachrichten/artikel/55882.html?no_cache=1&Hash=12ba34bcb22058ce9b1922282733d4c1) (Stand: 01.02.2017).

<sup>106</sup> Vgl. Fränkel, in: Hofmann Ausländerrecht, 2. Aufl. (2016), § 25b Rn. 12; vgl. Hailbronner, in: Ausländerrecht, 10/2015, § 25b Rn. 20; vgl. Röder, Asylmagazin 4-5/2016, 108 (111).

<sup>107</sup> Hailbronner, in: Ausländerrecht, 10/2015, § 25b Rn. 21.

<sup>108</sup> Vgl. OVG Saarlouis, Beschl. v. 16.02.2016 – 2 A 109/15, Nr. II b.

<sup>109</sup> Vgl. Samel, in: Bergmann/Dienelt Ausländerrecht, 11. Aufl. (2016), § 25b Rn. 18.

<sup>110</sup> Vgl. hierzu AVwV-AufenthG zu Nr. 104a.5.3; in diese Richtung Röder, Asylmagazin 4-5/2016, 108 (114).

<sup>111</sup> Vgl. Welte, ZAR 2015, 376 (380f).

<sup>112</sup> Vgl. Hailbronner, in: Ausländerrecht, 10/2015 § 25b Rn. 23 ff.

<sup>113</sup> Vgl. Fränkel, in: Hofmann Ausländerrecht, 2. Aufl. (2016), § 25b Rn. 16.

<sup>114</sup> Vgl. VG Göttingen, Asylmagazin 7/2016, 233 ff.

<sup>115</sup> Hierzu ausführlich BT-Drs. 18/4097, S. 43 f.

<sup>116</sup> Vgl. Hailbronner, in: Ausländerrecht, 10/2015, § 25b Rn. 29.

<sup>117</sup> VGH BW, Beschl. v. 29.07.2008 – 11 S 158/08, openJur 2012, 60661, Rn. 15.

Das entstehende Integrationsdefizit ist zu gewichtig, als dass es in der Abwägung nach § 25b Abs. 1 S. 2 AufenthG ausgeglichen werden könnte. Die nachhaltige Integration ist in Folge dessen ausgeschlossen.<sup>118</sup>

### 3. Versagungsgründe

Selbst wenn eine nachhaltige Integration nach § 25b Abs. 1 AufenthG vorliegt, sind in § 25b Abs. 2 Nrn. 1 und 2 AufenthG Versagungsgründe geregelt, die die Titelerteilung zwingend ausschließen.

#### a) Verhinderung oder Verzögerung der Aufenthaltsbeendigung (§ 25b Abs. 2 Nr. 1 AufenthG)

Der Gesetzgeber sanktioniert drei Handlungen mit dem Ausschluss von der Aufenthaltserlaubnis, um Ungerechtigkeiten gegenüber gewissenhaften Ausländern zu verhindern:<sup>119</sup> Zum einen sind wissentlich und willentlich falsche Angaben schädlich, sofern sie für die Aufenthaltsbeendigung erheblich sind. Hierunter fallen personenbezogene Daten wie Alter, Nationalität oder Familienstand.<sup>120</sup> Dabei wird die Täuschung über Identität oder Staatsangehörigkeit als Versagungsgrund hervorgehoben. Die Gewissheit über die Staatszugehörigkeit und Personalien sind höchstrelevant, wenn nicht sogar am bedeutsamsten für die tatsächliche Rückführung. Ohne das Zutun des Betroffenen grenzt die Identitätsfeststellung nahezu an der Unmöglichkeit.<sup>121</sup> Um die notwendige Zusammenarbeit zwischen Behörde und Ausländer hervorzurufen, wurde die Mitwirkungspflicht in § 48 Abs. 3 AufenthG niedergeschrieben. Daran knüpft § 25b Abs. 2 Nr. 1 Var. 3 AufenthG an.<sup>122</sup> Dem Wortlaut entsprechend ist das bloße Unterlassen dieser Pflicht für eine Verletzung ebenfalls umfasst.<sup>123</sup> Nach herrschender Meinung sind lediglich Handlungen berücksichtigungsfähig, die allein kausal für das Ausreisehindernis sind.<sup>124</sup> In der Praxis ist diese Abgrenzung aufgrund der Komplexität von mittelbaren und unmittelbaren Auswirkungen eines Fehlverhaltens problematisch.<sup>125</sup>

Fraglich ist, ob durch die Formulierung des Versagungsparagrafen im Präsens in § 25b Abs. 2 Nr. 1 AufenthG lediglich Aktuelles zu berücksichtigen ist. Zieht man vergleichbare Bleiberechtsnormen für die systematische Auslegung heran, fällt auf, dass sich die Ausschlussklausel in § 25 Abs. 5 AufenthG trotz der lautenden Gegenwartsform auf vergangenes Verschulden bezieht.<sup>126</sup> Man könnte annehmen, dass § 25b AufenthG als humanitärer Aufenthaltstitel denselben Zweck verfolgt und dergestalt auf dieselbe Art und Weise ausgelegt wird. In diesem Fall wären zurückliegende Fehlritte berücksichtigungsfähig. Bei näherer Betrachtung unterscheiden sich die Normen jedoch in ihrem Zweck. § 25b AufenthG verfolgt die nachhaltige Integration als

vordergründiges Ziel, die der Ausländer durch Integrationsmerkmale beweist.<sup>127</sup> Dagegen stellt § 25 Abs. 5 AufenthG in erster Linie ein humanitäres Auffangrecht dar.<sup>128</sup> Von einer einheitlichen Auslegung kann nach Sinn und Zweck der Vorschriften daher nicht ausgegangen werden.<sup>129</sup> Nichtsdestotrotz liefern die Ausschlussklauseln ähnlichen Inhalts in §§ 25 Abs. 5 und 104a AufenthG Anhaltspunkte dafür, ob eine weitere oder restriktivere Auslegung der Formulierung in § 25b AufenthG vorzunehmen ist. So sieht § 25 Abs. 5 AufenthG eine beispielhafte Aufzählung der Tatbestände vor und § 104a AufenthG schließt durch seine Vergangenheitsform ausdrücklich zurückliegende Fehlritte ein. Währenddessen sind die Versagungsgründe in § 25b AufenthG abschließend<sup>130</sup> sowie im Präsens ausgestaltet. Dies spricht im Vergleich für eine restriktivere Auslegung,<sup>131</sup> sodass man annehmen könnte, dass vergangene Pflichtverletzungen komplett unberücksichtigt bleiben sollen. Dem ist entgegen zu halten, dass sich die Wichtigkeit von rechtstreuem Verhalten durch das gesamte AufenthG zieht und der Gesetzgeber dadurch zum Ausdruck bringt, welch großes Gewicht dies in der Bleiberechtsentscheidung hat. Es wäre nicht Sinn und Zweck der Norm, Unrecht durch einen Aufenthaltstitel zu prämiieren. Zwar soll langjährig Geduldeten eine gesicherte Aufenthaltsperspektive ermöglicht werden, allerdings nicht anhand eines anspruchslosen Legalisierungsprogramms, das das Problem der Kettenduldung ausradiert.<sup>132</sup> Vielmehr soll § 25b AufenthG nachhaltig Integrierten ein Bleiberecht verschaffen und diejenigen davon ausschließen, deren Aufenthalt im Bundesgebiet lediglich auf einer Täuschung fußt.<sup>133</sup> Auch die Gesetzesbegründung zeigt auf, dass kein amnestieartiges Vergessen von vergangener Fehlverhalten vorgesehen ist.<sup>134</sup> Andererseits bringt sie jedoch zum Ausdruck, dass ein permanentes und vergeltendes Festhalten an zurückliegender Rechtsuntreue ebenfalls nicht zweckgemäß ist. Der Gesetzgeber möchte somit einen Mittelweg einschlagen: Ist ein vergangener Fehler nicht allein kausal für das Ausreisehindernis und wirkt er aufgrund dessen nicht mehr in die Gegenwart fort,<sup>135</sup> so besteht die Möglichkeit zur Umkehr und zur Lösung langjähriger ineffektiver Verfahren.<sup>136</sup> Diese Art von Pflichtwidrigkeit bleibt unberücksichtigt. Liegt allerdings eine alleinige Kausalität zwischen Verfehlung und Abschiebungshindernis vor, findet sie Beachtung.

Ob ebendas im Rahmen der zwingenden Versagung nach § 25b Abs. 2 Nr. 1 AufenthG oder der Integrationsabwägung nach § 25b Abs. 1 S. 2 AufenthG geschieht, wurde in der Gesetzesbegründung nicht dargelegt. Zur Entscheidungsfindung wird sich auf die vorherige Feststellung berufen, dass im Gegensatz zu den anderen Bleiberechtsregelungen eine großzügigere Auslegung vorzunehmen ist. Daraus folgt, dass die für das Abschiebungshindernis allein kausale zurückliegende Verfehlungen lediglich

<sup>118</sup> Vgl. *Hailbronner*, in: *Ausländerrecht*, 10/2015, § 25b Rn. 29; vgl. AAH zu § 25b, Teil III, H.

<sup>119</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4097, 44.

<sup>120</sup> Vgl. *Hailbronner*, in: *Ausländerrecht*, 10/2015, § 25b Rn. 32.

<sup>121</sup> Vgl. *Martini-Emden*, Protokoll-Nr. 18/42, 78.

<sup>122</sup> Vgl. *Welte*, ZAR 2015, 376 (381f).

<sup>123</sup> Vgl. *Zühlcke*, in: HTK zum Ausländerrecht, 01/2016, § 25b II Nr. 2; aA: vgl. *Fränkel*, in: *Hofmann Ausländerrecht*, 2. Aufl. (2016), § 25b Rn. 22.

<sup>124</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 44.

<sup>125</sup> Vgl. *Hailbronner*, in: *Ausländerrecht*, 10/2015, § 25b Rn. 32.

<sup>126</sup> Vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 19.04.2011 – 1 C 3/10, Rn. 20; vgl. AVwV-AufenthG zu Nr. 25.5.3, vgl. *Hailbronner*, in: *Ausländerrecht*, 10/2015, § 25 Rn. 213.

<sup>127</sup> Vgl. *Hailbronner*, in: *Ausländerrecht*, 10/2015, § 25b Rn. 33.

<sup>128</sup> Vgl. *Maierhöfer*, ZAR 2014, 370 (377).

<sup>129</sup> AA: *Hailbronner*, in: *Ausländerrecht*, 10/2015, § 25b Rn. 33.

<sup>130</sup> Vgl. *Hailbronner*, in: *Ausländerrecht*, 10/2015, § 25b Rn. 30.

<sup>131</sup> Vgl. *Fränkel*, in: *Hofmann Ausländerrecht*, 2. Aufl. (2016), § 25b Rn. 21.

<sup>132</sup> Vgl. *Fränkel*, in: *Hofmann Ausländerrecht*, 2. Aufl. (2016), § 25b Rn. 1.

<sup>133</sup> Vgl. *Samel* in: *Bergmann/Dienelt Ausländerrecht*, 11. Aufl. (2016), § 25b Rn. 31.

<sup>134</sup> BT-Drs. 18/4097, S. 44.

<sup>135</sup> Vgl. *Zühlcke*, in: HTK zum Ausländerrecht, 01/2016, § 25b II Nr. 2.

<sup>136</sup> BT-Drs. 18/4097, S. 44.



in die Gesamtabwägung der nachhaltigen Integration nach § 25b Abs. 1 S. 2 AufenthG einfließen. Zu einer Versagung kommt es regelmäßig dann, wenn das Fehlverhalten in Art und Dauer so gewichtig ist, dass es die Integrationsleistungen aus § 25b Abs. 1 Nrn. 1 bis 5 AufenthG überwiegt.<sup>137</sup>

#### b) Ausweisungsinteresse (§ 25b Abs. 2 S. 2 AufenthG)

Liegt ein schweres oder besonders schweres Ausweisungsinteresse iSv. § 54 Abs. 1, 2 Nr. 1 und 2 AufenthG vor, führt dies zwangsläufig zur Titelversagung. Hierbei sind lediglich eigene Straftaten schädlich, im Gegensatz zur umstrittenen Bestimmung in § 104a Abs. 3 AufenthG.<sup>138, 139</sup> Andere Straffälligkeiten als in § 25b Abs. 2 Nr. 2 AufenthG genannte bleiben nicht außer Betracht. Vielmehr finden sie im Rahmen der Regelversagung in § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG Berücksichtigung.<sup>140</sup> Dies gilt trotz des Wortlautes in der Gesetzesbegründung, der sich auf § 54 Abs. 2 Nrn. 3 bis 5 AufenthG bezieht,<sup>141</sup> ebenso für Verstöße nach § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG.<sup>142</sup> Eine andere Auffassung würde dem Zweck der Vorschrift zuwiderlaufen: Nur Ausländer, die sich vorbildlich an die Rechtsordnung halten, sollen mit einer Aufenthaltserlaubnis belohnt werden.<sup>143</sup> Darüber hinaus lässt sich rechtsuntreues Verhalten nicht mit einer nachhaltigen Integration in Recht und Gesellschaft vereinbaren und schließt diese grundsätzlich aus.<sup>144</sup> Ein Absehen kommt im Rahmen des § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG in Betracht. Darüber hinaus ist die Tolerierung bestimmter Geldstrafen, im Gegensatz zu §§ 25a, 104a AufenthG, nicht im Gesetzestext aufgenommen. Aufgrund der Historie wird deutlich, dass dies ursprünglich vorgesehen war. Die Formulierung in Tagessätzen war jedoch nicht mit den Neuerungen im Ausweisungsrecht kompatibel und wurde daher beseitigt. Folglich leuchtet es ein, von den ursprünglich beabsichtigten Straftaten abzusehen. Ungeachtet dessen fließen jegliche Straffälligkeiten – ebenso Täuschungshandlungen nach § 25b Abs. 2 Nr. 1 AufenthG – in die nachhaltige Integrationsabwägung nach § 25b Abs. 1 S. 2 AufenthG mit ein.<sup>145</sup>

#### 4. Abgeleitete Aufenthaltsrechte Familienangehöriger

Inländischen Ehegatten bzw. Lebenspartnern sowie minderjährigen ledigen Kindern, die mit dem Begünstigten nach § 25b Abs. 1 AufenthG in einer familiären Lebensgemeinschaft leben, soll nach § 25b Abs. 4 AufenthG ebenfalls eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Die Vorschrift gewährt den Schutz der Familie iSv. Art. 6 GG und Art. 8 EMRK<sup>146</sup> als Leitlinien des AufenthG.<sup>147</sup> Für sie gelten dieselben Voraussetzungen und Versagungsgründe, abgesehen von Aufenthaltszeit und -status. Als Sollvorschrift muss die Aufenthaltserlaubnis regelmäßig erteilt werden, wenn keine atypische Ausnahmesituation vorliegt. Es

handelt sich um eine akzessorische Aufenthaltserlaubnis, die mit dem Fortbestehen der familiären Lebensgemeinschaft steht und fällt.<sup>148</sup> Der Begriff definiert sich als Beistands- und Betreuungsgemeinschaft und setzt, im Unterschied zur häuslichen Lebensgemeinschaft nach § 25b Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AufenthG, nicht zwangsläufig das Zusammenwohnen voraus.<sup>149</sup> Ob eine solche Beziehung besteht, muss im Einzelfall entschieden werden.<sup>150</sup> Ein unabhängiges Aufenthaltsrecht können Ehegatten bzw. Lebenspartner nach § 31 AufenthG erhalten. Der für volljährige Kinder geltende § 34 AufenthG ist nicht aufgeführt. Folglich würden Kinder mit der Volljährigkeit keine Verlängerung nach § 25b Abs. 4 AufenthG und auch keine eigenständige Aufenthaltserlaubnis nach § 34 AufenthG ableiten können. Aus der Stellung des Verweises auf § 31 AufenthG am Ende des § 25b Abs. 4 AufenthG könnte geschlossen werden, dass dieser auch auf das minderjährige Kind Anwendung findet.<sup>151</sup> Dem ist nicht zu folgen. Die Möglichkeit eines Verweises auf § 34 AufenthG wurde bewusst unterlassen. Ebenfalls sind minderjährige Kinder nach dem Wortsinn in der Gesetzesbegründung von § 31 AufenthG ausgeschlossen.<sup>152</sup> Vielmehr soll das Kind einen elternunabhängigen Weg gehen und insbesondere von §§ 25a, 25b AufenthG Gebrauch machen.<sup>153</sup> Eine andere Auffassung lässt den Willen des Gesetzgebers außer Betracht. Ebenfalls entspricht es dem Zweck der Norm, die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht großzügig auszuweiten, sondern angemessen auf den Personenkreis mit einer eigenständigen nachhaltigen Integration zu reduzieren. § 31 ist dergestalt nicht auf minderjährige Kinder anzuwenden.<sup>154</sup>

#### III. Rechtsfolgen

Mit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25b AufenthG öffnet sich eine neue Verfestigungs- und Integrationsperspektive. Der Titel wird auf maximal zwei Jahre befristet, berechtigt zur Erwerbstätigkeit nach § 25b Abs. 5 AufenthG und zur Teilnahme am Integrationskurs nach § 44 Abs. 1 Nr. 1c AufenthG. Der Familiennachzug aus dem Ausland regelt sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 27 ff. AufenthG, wobei § 29 Abs. 3 AufenthG lediglich den Nachzug zu Begünstigten nach § 25b Abs. 1 AufenthG – und diesen eingeschränkt – zulässt. In der vorherigen Fassung war er gänzlich ausgeschlossen<sup>155</sup> und sorgte wegen vermeintlicher Unvereinbarkeit mit Art. 6 GG, Art. 8 EMRK oder der EU-Richtlinie über die Familienzusammenführung<sup>156</sup> für vermehrte Kritik.<sup>157</sup> Befürworter sehen die Beschrän-

<sup>137</sup> OVG NRW, Beschl. v. 21.07.2015 – 18 B 486/14, openJur 2015, 15303, Rn. 18; aA. Röder, Asylmagazin 4-5/2016, 108 (113).

<sup>138</sup> Vgl. hierzu Welte, ZAR 2011, 94 (94-97);

<sup>139</sup> Vgl. Hailbronner, in: Ausländerrecht, 10/2015, § 25b Rn. 38.

<sup>140</sup> Siehe Ausführung unter C II 1.

<sup>141</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 45.

<sup>142</sup> Vgl. Samel, in: Bergmann/Dienelt Ausländerrecht, 11. Aufl. (2016), § 25b Rn. 33; vgl. OVG NRW, Beschl. v. 21.07.2015 – 18 B 486/14, openJur 2015, 15303 Rn. 22.

<sup>143</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 45.

<sup>144</sup> Vgl. Deibel, ZAR 2011, 241 (242).

<sup>145</sup> Vgl. Hailbronner, in: Ausländerrecht, 10/2015, § 25b Rn. 37; vgl. OVG NRW, Beschl. v. 21.07.2015 – 18 B 486/14, openJur 2015, 15303, Rn. 23; aA. Röder, Asylmagazin 4-5/2016, 108 (113 f.).

<sup>146</sup> Vgl. Samel, in: Bergmann/Dienelt Ausländerrecht, 11. Aufl. (2016), § 25b Rn. 37.

<sup>147</sup> Siehe Ausführungen unter B II.

<sup>148</sup> Vgl. Welte, ZAR 2015 376 (383).

<sup>149</sup> Vgl. Wunderle, in: Bergmann/Dienelt Ausländerrecht, 11. Aufl. (2016), § 25a, Rn. 25, vgl. Welte, ZAR 2015 376 (383).

<sup>150</sup> Vgl. Zühlcke, in: HTK zum Ausländerrecht, 01/2016, § 25b IV Nr. 2.2.

<sup>151</sup> VGH BW, Beschl. 02.12.2015 – 11 S 2155/15, openJur 2015, 21323, Rn. 9.

<sup>152</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 45.

<sup>153</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4199, S. 4.

<sup>154</sup> Vgl. Zühlcke, in: HTK zum Ausländerrecht, 01/2016, § 25b IV Nr. 1, aA. Röder, Asylmagazin 4-5/2016, 108 (115).

<sup>155</sup> Vgl. BT-Drs. 17/13424, S. 11; vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 46.

<sup>156</sup> Vgl. Fränkel, in: Hofmann Ausländerrecht, 2. Aufl. (2016), § 25b Rn. 28.

<sup>157</sup> Vgl. Hailbronner, Asyl- u. Ausländerrecht, 3. Aufl. (2013), Rn. 725ff.

kungen im befristeten Charakter der Aufenthaltserlaubnis gerechtfertigt.<sup>158</sup> Dienlich sind die Einschränkungen dem ursprünglichen Zweck: §§ 25b sowie 25a AufenthG sind auf bereits im Inland befindliche Ausländer ausgelegt und sollen grundsätzlich nicht zum weiteren Zuzug ins Bundesgebiet veranlassen.<sup>159</sup> Obwohl im Vergleich zu den ursprünglichen Regelungen eine Öffnung des Familiennachzugs stattfand, bleiben die Beschränkungen ein Streitpunkt.<sup>160</sup>

#### D) Bewertung

Nach der umfassenden Auseinandersetzung mit den Tatbestandsmerkmalen des § 25b AufenthG soll eine Einschätzung erfolgen, welche Bedenken die Norm aufwirft und inwieweit Nachbesserungsbedarf für eine praktikable Umsetzung zu sehen ist.

#### I. Anreize zu Rechtsverletzungen und unerwünschter Zuwanderung

Mit jeder Bleiberechtsregelung gehen Bedenken einher, da hier von zwangsläufig Ausländer profitieren, die ihr Ausreisehindernis eigens zu vertreten haben. In der Praxis ist ein Ausnutzen zu befürchten, indem vorenthaltene Pässe „zum Vorschein kommen“, sobald die Voraussetzungen des § 25b AufenthG erfüllt sind. Die Pflichtverletzung wird daraufhin mit einer Aufenthaltserlaubnis „belohnt“, während eine vorherige Gewissenhaftigkeit die Abschiebung bewirkt hätte.<sup>161</sup> Aus der beschriebenen Ungleichbehandlung resultieren Anreize zur Rechtsverletzung, sodass weitere Geduldete mit der vorsätzlichen Hinauszögerung der Abschiebung auf ein Aufenthaltsrecht spekulieren. Diese Ausstrahlungswirkung beschränkt sich nicht nur auf bereits im Inland befindliche Ausländer. So konnte in anderen Teilen der EU beobachtet werden, wie Bleiberechtsregelungen als Pull-Faktoren ungewollte Zuwanderung ankurbeln. Ebenfalls ist die Förderung der Schlepperpraxis zu befürchten.<sup>162</sup> Zulasten der Steuerungsfähigkeit im AufenthG würde § 25b AufenthG demnach zur „selbsterfüllenden Prophezeiung“<sup>163</sup> werden, da die Entstehung der Norm ihren Adressatenkreis schürt. Diese Konsequenzen sind mit der Einführung des Bleiberechts unumgänglich und sollten nicht aus dem Blick verloren werden. Nichtsdestotrotz wirken Regelungen des AufenthG dem zumindest entgegen. Zu nennen sind die verhängten Arbeitsverbote aufgrund von Täuschungshandlungen oder für Personen aus sicheren Herkunftsstaaten nach § 60a Abs. 6 Nrn. 2 und 3 AufenthG, sodass die Lebensunterhaltsdeckung als relevante Voraussetzung des § 25b AufenthG von vornherein nicht erfüllt werden kann. Selbst wenn diese Kategorisierung nach Herkunftsstaaten an mancherlei Stelle für Kritik sorgt,<sup>164</sup> ist sie ihrem Zweck entsprechend nachvollziehbar: Die gesamten Erschwernisse für Personen aus sicheren Herkunftsländern sowie die beschäftigungsrechtliche Sanktionierung sollen für eine weitere Zuwanderung abschreckend<sup>165</sup> wirken, unbegründete Asylanträge unterbinden und damit den beschriebenen Sogeffekt abschwächen. Ebenfalls

sorgen der umfangreiche Voraussetzungenkatalog sowie die Gesamtabwägung des § 25b AufenthG dafür, dass das Bleiberecht dem Geduldeten nach einem „abgesehenen“ Voraufenthalt nicht automatisch in den Schoß fällt. Nur wenn eine schätzenswerte und erarbeitete Eingliederung in die hiesigen Lebensverhältnisse vorliegt, wird eine Aufenthaltsperspektive eröffnet. Diese Aussicht schafft letztendlich gleichfalls einen erstrebenswerten Anreiz zu Integrationsleistungen.

Dergestalt nimmt der Gesetzgeber die beschriebenen Gefahren in Kauf und entscheidet sich für die Vorrangigkeit einer nachhaltigen Integration gegenüber langjährigen ineffektiven Verfahren und vergangenen Verfehlungen.

## II. Nachbesserungsbedarf

### 1. Ausweitung der Ausnahmeregelungen des § 25b

#### Abs. 3 AufenthG

Der Gesetzgeber fordert erstmalig im Rahmen einer befristeten Aufenthaltserlaubnis ein Demokratiebekenntnis sowie grundlegende Kenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung nach § 25b Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AufenthG. Die Forderungen sind im Vergleich zur Niederlassungserlaubnis oder der Einbürgerung recht hoch angesetzt und können als politischer Kompromiss im Sinne der Kritiker dieser Bleiberechtsregelung angesehen werden.<sup>166</sup> Nicht einleuchtend ist, dass hiervon nicht im Rahmen des § 25b Abs. 3 AufenthG abgesehen wird, wenn der Antragsteller sie krankheits- oder behinderungsbedingt nicht erfüllen kann. Selbst in den Regelungen über die Niederlassungserlaubnis (§ 9 Abs. 1 S. 3 bis 5 AufenthG) oder Einbürgerung (§ 10 Abs. 6 StAG) ist dies der Fall. Eine Ausnahmeregelung müsste folglich erst recht bei der Erteilung eines befristeten Titels in Erwägung gezogen werden. Eine analoge Anwendung des § 9 Abs. 1 S. 3 bis 5 AufenthG ist nicht möglich.<sup>167</sup> Daher wäre es sinnvoll in § 25b Abs. 3 AufenthG ein Absehen von § 25b Abs. 1 S. 2 Alt. 2 AufenthG bei körperlicher, geistiger oder seelischer Krankheit oder Behinderung aufzunehmen.

### 2. Beurteilungsspielräume nutzen

Das Bleiberecht bietet einen umfassenden Beurteilungsspielraum und ist mithin im Vergleich zu den vorherigen Regelungen flexibler ausgestaltet.<sup>168</sup> So löst sich der Gesetzgeber beispielsweise von seinem Fokus auf die materielle Integration, indem er eine überwiegende Lebensunterhaltsdeckung oder eine positive Prognose als ausreichend erachtet und besondere Lebenssituationen stärker berücksichtigt.<sup>169</sup> Insbesondere infolge der Gesamtabwägung aller Umstände und der möglichen Kompensation von Integrationsmängeln nach § 25b Abs. 1 S. 2 AufenthG ist der Raum für eine einzelfallgerechte Entscheidung eröffnet. Um Einzelfallgerechtigkeit zu gewährleisten, sind die Beurteilungsspielräume jedoch zu nutzen.<sup>170</sup> Eine Schwierigkeit in der Umsetzung liegt zum einen in der damit verbundenen Zeitkomponente. Angesichts der flüchtlingsbedingten Überbelastung

<sup>158</sup> Vgl. *Deibel*, 2013, 411 (413).

<sup>159</sup> Vgl. *Hailbronner*, Asyl- u. Ausländerrecht, 3. Aufl. (2013), Rn. 724.

<sup>160</sup> Vgl. *Brings/Oehl*, juwiss, 25.03.2015, S. 1.

<sup>161</sup> Vgl. *Martini-Emden*, Protokoll-Nr. 18/42, 77f.

<sup>162</sup> Vgl. Bericht zur Evaluierung des Zuwanderungsgesetzes, abrufbar unter [http://www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/151396/publicationFile/14810/evaluierungsbericht\\_zum\\_zuwanderungsgesetz.pdf](http://www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/151396/publicationFile/14810/evaluierungsbericht_zum_zuwanderungsgesetz.pdf) (Stand: 16.08.16), S. 95.

<sup>163</sup> *Thym*, Protokoll-Nr. 18/42, 25; vgl. hierzu *Hailbronner*, in: Ausländerrecht, 10/2015, § 25b Rn. 2.

<sup>164</sup> Vgl. BT-Drs. 18/5420, S. 31; vgl. *von Harbou*, Asylmagazin 1-2/2016, 9 (17).

<sup>165</sup> Vgl. *von Harbou*, Asylmagazin 1-2/2016, 9 (17).

<sup>166</sup> Vgl. *Zühlcke*, in: HTK zum Ausländerrecht, 01/2016, § 25b IV Nr. 2.3.

<sup>167</sup> Siehe Ausführungen unter C II 2 c.

<sup>168</sup> Vgl. *Röder*, Asylmagazin 4-5/2016, 108 (109).

<sup>169</sup> *Brings/Oehl*, juwiss, 24.03.2015, S. 2.

<sup>170</sup> 10. Ausländerbericht, Oktober 2014, S. 271.

der Behörden kann eine umfangreiche Prüfung unter Umständen nicht stattfinden. Weiterhin ist die Gefahr von uneinheitlicher Verwaltungspraxis gegeben. So werden beispielsweise verschiedenartige Ansprüche an eine Mitwirkung des Ausländers gestellt.<sup>171</sup> Um dies zu vermeiden, sind im Juli 2016 die AAH des BMI zu § 25b AufenthG erlassen worden. Sie verfolgen eine restriktive Auslegung: Gefordert wird etwa eine „deutlich“ überwiegende Lebensunterhaltssicherung sowie lediglich ein geduldeter Voraufenthalt. Darüber hinaus definiert das BMI ein „herausgehobenes soziales Engagement“ (AAH zu § 25b AufenthG, Teil II, A) grundsätzlich als alleinersichtliches Instrument zum Aufwiegen von Integrationsdefiziten, obwohl die Gesetzesbegründung dies nur als Beispiel heranzieht.<sup>172</sup> Die genannten Einschränkungen begrenzen die vom Gesetz vorgesehenen Ermessensspielräume der Norm.<sup>173</sup> Da die AAH in diesen Punkten über das Gesetz hinausgehen, sind sie rechtlich nicht verbindlich für die Ausländerbehörden.<sup>174</sup> Nichtsdestotrotz tragen die Abweichungen zur Verwirrung bei und es kann eine hinweiskonforme Anwendung aufgrund von Unwissenheit oder zeitlicher Beanspruchung der Ausländerbehörden vermutet werden.<sup>175</sup> Als Konsequenz würde der Beurteilungsspielraum eingeschränkt und § 25b AufenthG in seinem Anwendungsumfang unwillentlich reduziert. Um eine Nutzung des eingeräumten Ermessens zu gewährleisten und die Gefahr einer restriktiven Verwaltungspraxis entgegen zu wirken, müssten die AAH des BMI ausgeweitet werden.

### 3. Information der potentiell Begünstigten

Die bisherige Relevanz des § 25b AufenthG wird von der Bundesregierung als gering eingeschätzt.<sup>176</sup> Genaue Angaben aus dem Ausländerzentralregister über die bisher erteilten Aufenthaltserlaubnisse nach § 25b AufenthG liegen zurzeit nicht vor.<sup>177</sup> Eine quantitative Datenerhebung ergab, dass die Norm bisher wenig Anklang gefunden hat.<sup>178</sup> Ein möglicher Grund könnte in möglicher Unwissenheit der potentiell Begünstigten liegen, denn die Wirkung eines Bleiberechtes hängt gewissermaßen davon ab, inwieweit der Adressatenkreis die Norm kennt und diese auch versteht. Umfasst ist die Unkenntnis über die bloße Existenz der Neuregelung sowie das mangelnde Bewusstsein eines Antragserfordernisses. Ebenfalls liegt unter Umständen Unwissenheit über den unrechtmäßigen Status der Duldung vor. In diesem Fall wird kein Bedarf für einen Statuswechsel gesehen.<sup>179</sup> Um der erfolgshemmenden Unwissenheit abzuwehren, wäre eine mündliche bzw. schriftliche Aufklärung der potentiell Begünstigten bei der regulären Duldungsverlängerung denkbar.<sup>180</sup> Darüber hinaus müssten Ausländerbehörden und Beratungsstellen,

Sozialarbeiter bzw. ehrenamtlich Tätige zusammenarbeiten, um das notwendige rechtliche Wissen zu vermitteln.<sup>181</sup>

### E) Schlussbemerkungen

Grundsätzlich wirkt die Duldung als begünstigender Verwaltungsakt, in dem sie die vollziehbare Abschiebung eines Ausländers vorübergehend aussetzt. Dauernde Verlängerungen im Sinne von Kettenduldungen führen gleichwohl zu einer Umwandlung dieses Zweckes hin zu einem zweitrangigen Aufenthaltsrecht. Aus Verfassungs- und Völkerrecht kann zwar grundsätzlich kein rechtlicher Anspruch auf einen rechtmäßigen Aufenthalt abgeleitet werden. Eine Perpetuierung der Duldung sorgt jedoch für zunehmende Bedenken. Die Schaffung eines Bleiberechtes als Ausweg aus der aufenthaltsrechtlichen Sackgasse ist dergestalt humanitär und ethisch erforderlich.<sup>182</sup>

Mit der Einführung des § 25b AufenthG wird der Gedanke fortgeführt, einen rechtmäßigen Aufenthalt an eine erfolgreiche Integration zu knüpfen. Im Gegensatz zu vorherigen Regelungen spricht die Stichtags- und Wesensunabhängigkeit der Vorschrift einen größeren Adressatenkreis an. Des Weiteren ermöglicht sie durch ihre flexiblere Ausgestaltung in Form von Beurteilungsspielräumen und Ausnahmen eine vermehrte Berücksichtigung einzelner Lebenssituationen. Der Fokus wird erstmalig von einer materiellen hin zu einer ganzheitlichen Integration verlagert. Somit spiegelt die Norm eine materiell, beruflich, sprachlich und sozial integrierte Person wieder, die sich an die Rechtsordnung hält, gesellschaftlich und kulturell Teil hat, Verantwortung trägt und sich zu den politischen Ansichten der Bundesrepublik bekennt. Dieser Integrationskatalog ist gut geeignet, das Profil eines integrierten Ausländers abzubilden und damit die beabsichtigte Zielgruppe des § 25b AufenthG zu erreichen.

Festzuhalten ist, dass das neue Bleiberecht in Form des § 25b AufenthG keine allumfassende Lösung der Langzeitduldung liefert. Befreit aus der Zwickmühle sind lediglich Ausländer, die sich eine Integration trotz des unsicheren Status erarbeitet haben. Diejenigen, die die Voraussetzungen nicht erfüllen oder bei denen Versagungsgründe vorliegen, finden sich im unveränderten Zustand wieder. Aufgrund dessen trägt die Vorschrift lediglich zu einer Reduzierung der Kettenduldungen bei. Gleichwohl ist eine gänzliche Abschaffung nicht vorrangiges Ziel des historischen Gesetzgebers. Bereits in der Vergangenheit wurde durch die nachträgliche Einfügung des § 60a AufenthG in das AufenthG deutlich, dass sich von der Vorstellung einer endgültigen

<sup>171</sup> Neundorf, *juwiss*, 25.03.2015, S. 2.

<sup>172</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4097, S. 42.

<sup>173</sup> Siehe Ausführungen unter C II 2 a und C II 2 d.

<sup>174</sup> Vgl. *Mantel*, Anmerkung zu den AAH des BMI § 25b, 19.07.2016, abrufbar unter [http://www.asyl.net/startseite/nachrichten/artikel/55882.html?no\\_cache=1&cHash=12ba34bc22058ce9b1922282733d4c1](http://www.asyl.net/startseite/nachrichten/artikel/55882.html?no_cache=1&cHash=12ba34bc22058ce9b1922282733d4c1) (Stand: 01.02.2017).

<sup>175</sup> Vgl. Beck, *Bleiberecht: BMI führt Ausländerbehörden in die Irre*, v. 12.07.2016, abrufbar unter: <http://www.volkerbeck.de/2016/07/12/bleiberecht-bmi-fuehrt-auslaenderbehoerden-in-die-irre/> (Stand: 16.09.2016).

<sup>176</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9556, S. 24.

<sup>177</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9556, S. 24.

<sup>178</sup> Die von der Autorin durchgeführte Datenbefragung über die bisherige Anwendung des § 25b AufenthG erreichte die unteren Ausländerbehörden in Baden-Württemberg ein Jahr nach Erlass des § 25b AufenthG. Sie ersuchte

Auskünfte über die Anzahl der gestellten Anträge, Erteilungen, Ablehnungen und die ausstehenden Fälle zu § 25b AufenthG. Im Ergebnis hatte es ungefähr 255 Erteilungen in Baden-Württemberg gegeben. Nur 7,8 % der langjährig Geduldeten hatten überhaupt einen Antrag gestellt. Der durchschnittliche Begünstigte war 36 Jahre alt und hatte einen Voraufenthalt in Deutschland von 16 Jahren.

<sup>179</sup> Vgl. *Zuwanderung gestalten – Integration fördern*, abrufbar unter <http://www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/123148/publicationFile/9076/Zuwanderungsbericht.pdf>. (01.02.2017), S. 166 f.

<sup>180</sup> Vgl. *Zuwanderung gestalten – Integration fördern*, abrufbar unter <http://www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/123148/publicationFile/9076/Zuwanderungsbericht.pdf>. (01.02.2017), S. 12 ff.

<sup>181</sup> Vgl. *Expertise zum IMK-Beschluss v. 17.11.2006*, abrufbar unter [http://www.fluechtlingsrat-brandenburg.de/wp-content/uploads/2009/10/expertise\\_imk\\_beschluss.pdf](http://www.fluechtlingsrat-brandenburg.de/wp-content/uploads/2009/10/expertise_imk_beschluss.pdf) (Stand: 02.02.2017), S. 89 f.

<sup>182</sup> Vgl. *Thym*, Protokoll-Nr. 18/42, S. 25.

Beseitigung der Kettenduldung gelöst wurde.<sup>183</sup> Um dieses Ziel zu erreichen, müsste auf jegliche Anforderungen – ausgenommen ein langjährig geduldeter Aufenthalt – verzichtet werden. Der Gesetzgeber würde somit einen doppelten Schlusstrich unter jedwede Verfehlung, ob kausal für die Abschiebung oder nicht, ziehen. Rechtsverletzungen würden nicht nur geduldet, sondern belohnt und die Anreize weiterer Zuwanderung blieben ungebremst. Trotzdem plädiert der Chef des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge, Frank-Jürgen Weise, für die Legalisierung aller Geduldeten, die vor einem bestimmten Datum eingereist sind.<sup>184</sup> Anstelle eines neuen Ansatzes mittels eines solchen Legalisierungsprogramms sollte eher auf eine zweckentsprechende Anwendung der bisherigen Bleiberechte, insbesondere des neuen § 25b, geachtet werden. Denn selbst wenn keine endgültige Abschaffung der Kettenduldung erreicht wird, haben die Bleiberechte in der Vergangenheit bis heute stetig ihren Anwendungsbereich hin zu einer großzügigeren Bleiberechtsregelung in Form des § 25b ausgeweitet.

Als Einwanderungsland folgt Deutschland nicht den klassischen kanadischen oder US-amerikanischen Beispielen, sondern schlägt mit Bleiberechtsregelungen wie § 25b seinen eigenen Weg ein. Statt legale Einwanderung zu fördern, konzentriert sich das deutsche AufenthG auf die Legalisierung tatsächlichen Aufenthaltes.<sup>185</sup> Dieses Prinzip wird im Zuge der Flüchtlingskrise vermehrt hinterfragt. Es bleibt abzuwarten, ob in Zukunft ein Umdenken von einer Aufenthalts- hin zu einer Einwanderungspolitik stattfindet.

### ► Inhaltsverzeichnis



<sup>183</sup> Vgl. *Fritzschn*, ZAR 2014, 140 (141).

<sup>184</sup> Vgl. (o.V.), Weise will Bleiberecht für geduldete Ausländer v. 21.05.2016, abrufbar unter ►<https://www.tagesschau.de/inland/geduldete-auslaender-101.html> (Stand: 27.09.2016), siehe Anlage 61.

<sup>185</sup> Vgl. *Thym*, Protokoll-Nr. 18/42, S. 25.



---

## BEITRAG

---

Dr. Markus Meißner\*/Philipp Fitzek\*\*

# Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)

## Gliederung

### Abstract

#### A) Was ist Arbeitnehmerüberlassung?

#### B) Warum nutzen Unternehmen

#### Arbeitnehmerüberlassung?

#### C) Warum und für welche Zwecke wurde das AÜG reformiert?

#### D) Was wurde konkret geändert?

- I. Definition des Arbeitsvertrags in § 611a BGB
- II. Bezeichnungsgebot
- III. Einführung einer Höchstüberlassungsdauer
- IV. Neuerungen beim Equal-Pay-Grundsatz
- V. Verbot des Einsatzes als Streikbrecher

#### E) Fazit

### Abstract

In Deutschland sind derzeit rund eine Millionen Leiharbeiter beschäftigt.<sup>1</sup> Dies entspricht ca. 3% der Gesamtbeschäftigten. Die öffentliche Aufmerksamkeit für die oft als Zeitarbeit bezeichnete Leiharbeit ist noch größer, als es die Zahlen ohnehin vermuten lassen. Mit der jüngsten Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) stand die Leiharbeit erneut auf der politischen Agenda. Für angehende Juristen ist dieses Thema nicht nur aufgrund der Aktualität relevant. Mit der Reform des AÜG wurde in § 611a eine Definition des Arbeitsvertrags in das BGB aufgenommen. Zudem sind die Regelungen des AÜG – insbesondere für mündliche Prüfungen – in den Grundzügen zu kennen: Was ist Arbeitnehmerüberlassung? Warum und in welchen Fällen wird sie in der Praxis angewendet? Warum und für welche Zwecke wurde das AÜG reformiert? Welche konkreten Änderungen haben sich durch die Reform ergeben? Diesen Fragen geht der Beitrag im Folgenden nach.

#### A) Was ist Arbeitnehmerüberlassung?

Seit der AÜG-Reform lauten § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 AÜG wie folgt:

*"Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, bedürfen der Erlaubnis. Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen."*

Bei der Arbeitnehmerüberlassung leiht sich der Entleiher Arbeitnehmer des Verleihers, um sie in seinem Betrieb einzusetzen. Während der Überlassung greift der Entleiher auf die Arbeitnehmer des Verleihers zu, als ob es seine eigenen wären. Er bestimmt also insbesondere Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit der Leiharbeiter. Darin unterscheidet sich die Arbeitnehmerüberlassung von dem Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von Dienstleistungs- bzw. Werkverträgen. Bei Dienstleistungs- oder Werkverträgen verfügt der Dienstleister oder Werkunternehmer (Auftragnehmer) über eine eigene Betriebsorganisation und erbringt eigenständig unter Zuhilfenahme seiner Arbeitnehmer die geschuldete Dienst- oder Werkleistung. Die Personalhoheit verbleibt beim Auftragnehmer.

#### B) Warum nutzen Unternehmen Arbeitnehmerüberlassung?

Bei einer in 17 Ländern durchgeführten Meinungsumfrage<sup>2</sup> unter Unternehmen und Fachkräften gaben die Unternehmen folgende Hauptgründe für den Einsatz von Leiharbeitern an:

- 1) Bietet Flexibilität.
- 2) Hilft, kurzfristigen Personalbedarf zu decken.
- 3) Hilft, Kandidaten für Festanstellungen zu gewinnen.
- 4) Ist eine kostengünstige Lösung bei Ressourcenengpässen.
- 5) Bringt externe Expertise in das Unternehmen.

Die Flexibilität ergibt sich vor allem deshalb, weil die Unternehmen bei der Arbeitnehmerüberlassung keine eigenen Arbeitnehmer einstellen müssen.

Die Fachkräfte gaben bei der Frage nach ihrer Motivation, als Leiharbeiter tätig zu werden, an:

- 1) Bietet die Möglichkeit, auch in wirtschaftlich unsicheren Zeiten am Arbeitsmarkt aktiv zu sein.
- 2) Bietet die Möglichkeit, das berufliche Netzwerk weiterzuentwickeln.
- 3) Verbessert die Chancen, danach eine Festanstellung zu finden.

Die Bundesagentur für Arbeit kam in ihrer jährlichen Statistik über Zeitarbeit zu dem Ergebnis, dass "Zeitarbeit [...] eine Beschäftigungsperspektive für Arbeitslose, von Arbeitslosigkeit bedrohte Arbeitnehmer, Berufseinsteiger oder Berufsrückkehrer" darstellt.<sup>3</sup> Dieses Ergebnis gründet darauf, dass beispielsweise

\* Der Autor ist Rechtsanwalt CMS Hasche Sigle in Stuttgart.

\*\* Der Autor ist Werkstudent bei CMS Hasche Sigle in Stuttgart.

<sup>1</sup> Bundesagentur für Arbeit, Bericht: Aktuelle Entwicklungen der Zeitarbeit: <https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Branchen-Berufe/generische-Publikationen/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung.pdf>, (Stand: 10.05.2017), S. 4.

<sup>2</sup> Die Daten stammen aus: Paper Personnel: Zeitarbeit und Interimmanagement weltweit, [http://www.pagepersonnel.de/sites/pagepersonnel.de/files/minisite/global-temp-survey-2014/pdf/PP\\_CEA\\_GTS-EXECUTIVE-SUMMARY\\_DE.pdf](http://www.pagepersonnel.de/sites/pagepersonnel.de/files/minisite/global-temp-survey-2014/pdf/PP_CEA_GTS-EXECUTIVE-SUMMARY_DE.pdf) (Stand: 10.05.2017), S. 1.

<sup>3</sup> Bundesagentur für Arbeit, Bericht: Aktuelle Entwicklungen der Zeitarbeit, <https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Branchen-Berufe/generische-Publikationen/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung.pdf>, (Stand: 10.05.2017), S. 13.



im ersten Halbjahr 2016 ca. 70% der neuen Zeitarbeitsverhältnisse mit Personen abgeschlossen wurden, welche zuvor in keinem Beschäftigungsverhältnis gestanden haben.<sup>4</sup>

### C) Warum und für welche Zwecke wurde das AÜG reformiert?

Wesentliches Ziel der AÜG-Reform war es, die Leiharbeit auf ihre Kernfunktion hin zu orientieren. Nach Ansicht der Bundesregierung sei Arbeitnehmerüberlassung eine etablierte Form des Personaleinsatzes und biete die Möglichkeit, Auftragsspitzen und kurzfristigen Personalbedarf abzudecken.<sup>5</sup> Daher sei sie ihrem Wesen nach vorübergehend. Der dauerhafte Einsatz von Leiharbeitnehmern könne dagegen zur Verdrängung von Stammarbeitnehmern im Einsatzbetrieb führen.<sup>6</sup>

Als Problem sah die Bundesregierung zudem, dass die Leiharbeiter teilweise auch bei längeren Einsatzdauern zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen beschäftigt würden als vergleichbare Stammbeschäftigte.<sup>7</sup> Zudem sollte der Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen und verdeckter Arbeitnehmerüberlassung verhindert werden.<sup>8</sup> Die Bundesregierung meint damit Fälle, bei denen Unternehmen formal einen Dienst- oder Werkvertrag abschließen, tatsächlich aber eine Arbeitnehmerüberlassung durchführen.

### D) Was wurde konkret geändert?

Um den von der Bundesregierung identifizierten Problemen zu begegnen und um die Ziele der Bundesregierung zu realisieren, wurden insbesondere folgende Änderungen vorgenommen:

- 1) Die Definition des Arbeitsvertrags in § 611a BGB sowie die Einführung eines Bezeichnungsgebots zur Verhinderung missbräuchlicher Werkvertragsgestaltungen (I, II).
- 2) Die Einführung einer Höchstüberlassungsdauer für Leiharbeiter, Neuerungen beim Equal-Pay-Grundsatz sowie ein Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher, um die Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen zurückzuführen (III, IV und V).

## I. Definition des Arbeitsvertrags in § 611a BGB

In § 611a BGB wurde der Arbeitsvertrag als Unterfall des Dienstvertrags geregelt:

*"(1) Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.*

*(2) Der Arbeitgeber ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet."*

Der neue § 611a BGB regelt indirekt, wer Arbeitnehmer ist und spricht die Abgrenzung zwischen einer selbständigen Tätigkeit und einer Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses an. Die Regelung soll laut Gesetzesbegründung ausdrücklich eine gesetzliche Niederlegung der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sein, um hierdurch einer bestehenden Rechtsunsicherheit im Rahmen der Abgrenzung von Arbeitnehmereigenschaft und selbständiger Tätigkeit entgegenzuwirken.<sup>9</sup> Ausdrücklich soll durch die Einführung des § 611a BGB keine Veränderung der Rechtslage herbeigeführt werden.<sup>10</sup> Bei der juristischen Arbeit kann zukünftig bei der Definition des Arbeitnehmers auf § 611a BGB zurückgegriffen werden.

## II. Bezeichnungsgebot

Bisher konnten Unternehmen beim Einsatz von Dienstleistungs- bzw. Werkverträgen auf den Einsatz der sogenannten "Fallschirmlösung" vertrauen. Der Fallschirm bestand hierbei in einer vorsorglich eingeholten Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis. Gemeint ist folgender Fall:

Ein Unternehmen hat formal auf Grundlage von Dienstleistungs- oder Werkverträgen Tätigkeiten fremdvergeben. Der Abschluss von Dienstleistungs- oder Werkverträgen hat für Unternehmen den Vorteil, dass die Vorgaben des AÜG wie insbesondere der Equal-Pay-Grundsatz nicht zu beachten sind. Sollte sich in der Praxis – egal ob missbräuchlich oder versehentlich – tatsächlich eine Arbeitnehmerüberlassung ergeben, konnte man durch die vorsorgliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis bestimmte Sanktionen des AÜG umgehen.

Damit ist nun Schluss. Eine vorsorgliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis schützt nicht mehr vor den Sanktionen des AÜG. Nach § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG ist die Arbeitnehmerüberlassung im Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher ausdrücklich als solche zu bezeichnen, bevor der Leiharbeiter überlassen oder tätig wird.

## III. Einführung einer Höchstüberlassungsdauer

Nach § 1b S. 1 AÜG darf ein Leiharbeiter nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen werden. Zwischen zwei Einsätzen bei demselben Entleiher müssen mehr als drei Monate liegen.

Bisher durfte die Überlassung nur "vorübergehend" stattfinden, wobei hierunter jede nicht dauerhafte Überlassung zu verstehen war. Ein Verstoß gegen die nun geltende Höchstüberlassungsdauer stellt eine Ordnungswidrigkeit dar und kann je überlassenen Arbeitnehmer mit einem Bußgeld iHv. bis zu EUR 30.000 geahndet werden. Zudem ordnet § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG an, dass der bisherige Arbeitsvertrag zwischen Leiharbeiter und Verleiher unwirksam ist. Stattdessen wird gemäß § 10 Abs. 1

<sup>4</sup> Bundesagentur für Arbeit, Bericht: Aktuelle Entwicklungen der Zeitarbeit, <https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Branchen-Berufe/generische-Publikationen/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung.pdf>, (Stand: 10.05.2017), S. 13.

<sup>5</sup> BT-Drucks. 18/10064, S. 7.

<sup>6</sup> BT-Drucks. 18/10064, S. 8.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 18/10064, S. 2.

<sup>8</sup> BT-Drucks. 18/10064, S. 2.

<sup>9</sup> BT-Drucks. 18/9232, S. 18.

<sup>10</sup> BT-Drucks. 18/9232, S. 18.

AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher fingiert. Der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer wird aber dann nicht unwirksam, wenn der Leiharbeitnehmer unter Berücksichtigung enger Voraussetzungen erklärt, an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhalten zu wollen (Festhaltungserklärung). Hierdurch soll der Berufsfreiheit, vorliegend der freien Wahl des Arbeitgebers durch den Leiharbeitnehmer, nach Art. 12 GG genüge getan werden.<sup>11</sup>

#### IV. Neuerungen beim Equal-Pay-Grundsatz

Nach § 8 Abs. 1 S. 1 AÜG ist der Verleiher verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren (Gleichstellungsgrundsatz). Ein Tarifvertrag kann gemäß § 8 Abs. 4 AÜG für die ersten neun Monate hinsichtlich des Arbeitsentgelts vom Gleichstellungsgrundsatz abweichen. Eine längere Abweichung ist nur in Ausnahmefällen möglich.

Ein Verstoß gegen den Equal-Pay-Grundsatz kann mit einem Bußgeld iHv. 500.000 € und der Versagung der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis sanktioniert werden. Zudem hat der Leiharbeitnehmer einen einklagbaren Anspruch gemäß § 8 Abs. 1 AÜG auf ein entsprechendes Entgelt.

#### V. Verbot des Einsatzes als Streikbrecher

Wegen § 11 Abs. 5 AÜG darf der Entleiher den Leiharbeitnehmer nicht tätig werden lassen, wenn sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Bisher hatte der Leiharbeitnehmer die Entscheidungsgewalt, ob er in dem bestreikten Betrieb tätig wird. Diese wird ihm nun durch den Gesetzgeber genommen, wodurch es mittelbar zu einer Stärkung der streikenden Gewerkschaft im Entleiherbetrieb kommt.<sup>12</sup>

Ausnahmsweise darf ein Leiharbeitnehmer eingesetzt werden, wenn er ausschließlich Tätigkeiten erledigt, die die streikenden Arbeitnehmer nicht ausgeführt haben.

#### E) Fazit

Mit der AÜG-Reform wird sich die Praxis der Arbeitnehmerüberlassung wesentlich ändern. Die Unternehmen müssen sich insbesondere auf die neue Höchstüberlassungsdauer und den Wegfall der Fallschirmlösung einstellen. Studenten und Referendare sollten sich mit § 611a BGB und den neuen Regelungen des AÜG auseinandersetzen, um bei diesem aktuellen Thema nicht überrascht zu werden.

#### ► Inhaltsverzeichnis



<sup>11</sup> Bissels/Falter, ArbRAktuell 2017, 33 (35).

<sup>12</sup> Bauer/Haußmann, NZA 2016, 803 (805).



## 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

---

## KLAUSUR – STRAFRECHT

---

Prof. Dr. Joachim Renzikowski\*

### „Unverhofft kommt oft“

#### Original Examensklausur und -lösungsskizze

#### Sachverhalt

I. Karl Klever stellt eines Tages beim Studium seiner aktuellen Kontoauszüge hocherfreut fest, dass auf seinem Girokonto ein Betrag von 500.000 Euro verbucht worden ist. Er erkennt sofort, dass es sich um einen Fehler handeln muss. Bevor der überraschende Liquiditätszuwachs wieder korrigiert werden kann, eilt Klever eilends zu seiner Bank, löst sein Konto auf und lässt sich den gesamten Betrag in bar auszahlen.

Zacharias Zähler, ein Bankangestellter, erfährt von diesem nicht alltäglichen Vorgang. Da ihm die Sache seltsam vorkommt, stellt er Nachforschungen an und kommt bald zu dem Ergebnis, dass es sich um eine Fehlbuchung handeln muss. Statt den Fehler unverzüglich seinem Arbeitgeber zu melden, beschließt er, selbst an Klevers Reichtum teilzuhaben. Zu diesem Zweck besucht Zacharias Klever in seiner Wohnung und fordert ihn auf, die Hälfte der Summe herauszugeben. Andernfalls werde er gegen Klever eine Strafanzeige erstatten. Klever geht zum Schein auf dieses Ansinnen ein und verspricht, das Geld am nächsten Abend bei Zacharias vorbeizubringen.

#### Strafbarkeit von Klever und Zacharias?

II. Klever, der nicht im Traum daran denkt, das Geld zu teilen, beschließt nun, Zacharias als unliebsamen Mitwisser zu beseitigen. Als er gegen Abend vereinbarungsgemäß bei Zacharias auftaucht, fällt er sofort über ihn her und drückt ihm ein mitgebrachtes Kissen ins Gesicht. Auf diese Weise will er Zacharias betäuben. Den Bewusstlosen plant Klever in der Saale zu versenken, um auf diese Weise einen Selbstmord vorzutäuschen. Unversehens erstickt Zacharias, sodass Klever eine Leiche in den Kofferraum seines Fahrzeugs lädt und um Mitternacht zu einer gespenstischen Wasserbestattung schreitet. Dass das Geschehen nicht ganz so abgelaufen ist wie geplant, bemerkt Klever nicht.

Als Zacharias wenige Tage später gefunden wird, richtet sich schon bald ein Verdacht gegen Klever. Gegen ihn wird ein Strafverfahren wegen Mordes eingeleitet. In der Hauptverhandlung vor dem Landgericht Halle wird die Verlobte des Angeklagten, Sabrina Schön, als Zeugin vernommen. Dabei versäumt der Vorsitzende, Sabrina über ihr Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren. Um Klever zu schützen, sagt Sabrina aus, sie habe zum fraglichen Tatzeitpunkt die Nacht mit ihrem Karli verbracht. Er habe sie erst am folgenden Vormittag verlassen. Sabrina wusste jedoch, dass Klever den Zähler am Vorabend aufsuchen wollte und hatte bemerkt, dass er erst gegen fünf Uhr morgens leise in die Wohnung zurückgekehrt war. Aufgrund der überwältigenden Indizienkette gegen den Angeklagten glaubt das Gericht

den Angaben der unvereidigten Sabrina nicht und verurteilt Klever zu einer hohen Freiheitsstrafe.

#### Strafbarkeit von Klever und Sabrina?

---

\* Der Autor ist Inhaber der Professur für Strafrecht, Rechtsphilosophie/Rechtstheorie an der Marin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

## Gliederung

### 1. Tatkomplex: „Die Fehlbuchung“

#### A) Strafbarkeit des Klever (K)

##### I. § 263 StGB: Betrug

1. Objektiver Tatbestand
2. Subjektiver Tatbestand
3. Rechtswidrigkeit und Schuld

##### II. §§ 263, 13 StGB: Betrug durch Unterlassen

1. Objektiver Tatbestand:
2. Zwischenergebnis

##### III. § 266 StGB: Untreue

##### IV. § 246 StGB: Unterschlagung

#### B) Strafbarkeit des Zähler (Z)

##### I. §§ 253, 22 StGB: Versuchte Erpressung

1. Vorprüfung
2. Tatenschluss
3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB
4. Rechtswidrigkeit und Schuld
5. Zwischenergebnis

##### II. §§ 266, 13 StGB: Untreue durch Unterlassen

### 2. Tatkomplex: „Die Tötung des Zacharias und ihre gerichtliche Aufarbeitung“

#### A) Strafbarkeit des K

##### I. § 212 StGB: Totschlag

1. Objektiver Tatbestand
2. Subjektiver Tatbestand

##### II. § 227 StGB: Körperverletzung mit Todesfolge

1. Objektiver Tatbestand
2. Subjektiver Tatbestand
3. Rechtswidrigkeit

##### III. §§ 211, 22 StGB: Mordversuch

1. Vorprüfung
2. Tatenschluss
3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB
4. Rechtswidrigkeit und Schuld

#### B) Strafbarkeit der Sabrina Schön (S)

##### I. § 153 StGB: Falsche uneidliche Aussage

1. Objektiver Tatbestand
2. Subjektiver Tatbestand
3. Rechtswidrigkeit und Schuld
4. Aussagenotstand, § 157 StGB

##### II. §§ 258, 22 StGB: Versuchte Strafvereitelung

### Gesamtergebnis



## Gutachten

### Hinweis

Es handelt sich um eine anspruchsvolle Arbeit mit Schwerpunkten. Zunächst geht es um die Frage, ob die Ausnutzung einer Fehlbuchung als strafbarer Betrug zu bewerten ist (vgl. die Besprechung von *Ranft*, JuS 2001, S. 854 ff.). Hier ist eine sorgfältige Diskussion der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB gefordert. Sodann sind Koinzidenzprobleme bei einem mehraktigen Geschehen zu lösen: Vollendeter vorsätzlicher Totschlag oder unbeachtlicher *dolus subsequens* (vgl. die Besprechung von *Gaede*, JuS 2002, S. 1058 ff.). Schließlich führt die Frage nach der Strafbarkeit von Sabrina im Rahmen des § 153 StGB in das Strafprozessrecht und verlangt angesichts der verschiedenen Lösungswege vor allem folgerichtiges und konsequentes Arbeiten am Fall.

### 1. Tatkomplex: „Die Fehlbuchung“

#### A) Strafbarkeit des Klever (K)

##### I. § 263 StGB: Betrug

##### 1. Objektiver Tatbestand

a) Problematisch ist bereits das Merkmal der **Täuschung**. Vielfach erblickt man in der Geltendmachung einer Forderung die konkludente Erklärung, dass dem Fordernden ein entsprechender Anspruch auch materiell zustehe.<sup>1</sup> Der BGH hat jedoch zutreffend darauf hingewiesen, dass eine betrugsrelevante Täuschung die Behauptung einer Tatsache voraussetzt. Tatsachen sind Ereignisse in der Vergangenheit oder Gegenwart, die dem Beweis zugänglich sind. Darin unterscheiden sie sich von einem Werturteil oder Meinungsäußerung, die beide für § 263 StGB grundsätzlich irrelevant sind. Die Behauptung eines Anspruchs als solcher ist aber keine Tatsachenbehauptung.<sup>2</sup> Eine Täuschung kommt vielmehr nur dann in Betracht, wenn durch die Geltendmachung eines Rechts schlüssig Tatsachen mitbehauptet werden, aus denen sich die betreffende Rechtsfolge ergibt.<sup>3</sup> Ob ein Überweisungsauftrag die schlüssige Tatsachenbehauptung enthält, das Konto sei gedeckt<sup>4</sup>, kann dahinstehen. Bei der Auflösung eines Kontos geht es nicht um die Höhe eines Dispositionskredites oder um seine Überschreitung. Da es sich in Wirklichkeit um eine Fehlbuchung handelt, muss K – wahrheitswidrig – als Tatsache die Umbuchung von einem ihm zustehenden Konto behaupten.

Der BGH ließ in dem der Klausur zugrundeliegenden Fall gleichwohl eine Täuschung scheitern. In Auseinandersetzung mit der früheren Rechtsprechung lehnt er eine Differenzierung zwischen bankinternen Buchungsfehlern und externen Fehlüberweisungen ab. Nach dieser Rechtsprechung war das Ausnutzen eines externen Überweisungsfehlers deshalb nicht betrugsrelevant, weil das Konto des Täters tatsächlich ein entsprechendes Guthaben aufwies. Die Inanspruchnahme der Gutschrift war

keine Täuschung des die Auszahlung anordnenden Bankbeamten zum Nachteil der gutschreibenden Bank, weil diese selbst alle Vorgänge korrekt verbucht hatte. Die auszahlende Bank erlitt im Gegensatz zur überweisenden Bank auch keinen Vermögensschaden.<sup>5</sup> Bei der Ausnutzung interner Fehlbuchungen sollte dagegen ein Betrug in Betracht kommen.<sup>6</sup> Der BGH hielt diese Differenzierung für wenig überzeugend. Statt auf die Art des Fehlers komme es allein auf die Wirksamkeit der Gutschrift an. Auch eine Fehlbuchung löse als abstraktes Schuldverhältnis nach § 780 BGB einen entsprechenden Auszahlungsanspruch aus, solange die Gutschrift nicht förmlich storniert worden sei.<sup>7</sup>

Ob sich daraus ein Argument gegen eine konkludente Täuschung ableiten lässt, wird freilich bestritten. So impliziere das Auszahlungsbegehren die Erklärung, die Gutschrift beruhe auf einem ordnungsgemäßen Buchungsvorgang, was die Erklärung einschließe, dass die Voraussetzungen einer Stornierung (z.B. Schreibfehler) nicht vorlägen.<sup>8</sup>

b) Ein Betrug dürfte jedenfalls daran scheitern, dass der auszahlende Angestellte keinem betrugsrelevanten **Irrtum** unterliegt. Regelmäßig überprüft der Schalterbeamte nur den Kontostand, ohne den Weg zurückzuverfolgen, auf dem die Gutschrift zustande gekommen ist. Insofern handelt es sich hier nicht um die Herbeiführung eines Irrtums durch Tun, sondern um das Ausnutzen eines bereits vorhandenen Irrtums über eine ordnungsgemäß zustande gekommene Gutschrift.<sup>9</sup> Der BGH meint dagegen, die Mitarbeiter der Bank seien verpflichtet, auch die Kontodeckung zu prüfen (und verneint mit diesem Argument die konkludente Behauptung eines Auszahlungsanspruchs, s.o.).<sup>10</sup> Hätte der BGH damit recht, wäre an einem täuschenden Verhalten und einem entsprechenden Irrtum kaum zu zweifeln.

c) Werden Täuschung und Irrtum – mit entsprechender Argumentation vertretbar – angenommen, so werfen die objektiven Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB keine Probleme mehr auf. In der Auszahlung der 500.000 Euro liegt eine Vermögensverfügung. Diese Vermögensverfügung führte zu einem Schaden der Bank, da ihr in Wirklichkeit kein entsprechendes Guthaben gegenüberstand.<sup>11</sup> Die jederzeitige Möglichkeit der Rückforderung genügt als Kompensation nicht.

##### 2. Subjektiver Tatbestand

Probleme bereitet jedoch der **Täuschungsvorsatz**. Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, ob sich K einen bestimmten Fehler vorgestellt hat – was der Realität entsprechen dürfte: In den allermeisten Fällen wird es für einen Kontoinhaber unmöglich sein, allein aus den Kontoauszügen festzustellen, ob der Fehler auf einer bankinternen oder auf einer externen Ursache beruht, deren Ausnutzung keine Betrugsstrafbarkeit begründet. Zudem wird diese Differenzierung dem Kontoinhaber gleichgültig sein. Täuschungsvorsatz läge aber nur dann vor, wenn K von einer in-

<sup>1</sup> Vgl. OLG Celle StV 1994, 188; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage (2014), § 263 Rn. 16c mwN.

<sup>2</sup> BGH NJW 2001, 453; aA. Hefendehl, NJW 2001, 281.

<sup>3</sup> Vgl. Ranft, JuS 2001, 854 (855).

<sup>4</sup> So BGH NJW 2001, 453; abl. Ranft, JuS 2001, 855 f.

<sup>5</sup> Vgl. BGHSt 39, 392 ff.

<sup>6</sup> Vgl. OLG Celle StV 1994, 188 ff. mAnm. Schmoller; weitere Nachw. bei Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage (2014), § 263 Rn. 16c.

<sup>7</sup> BGH NJW 2001, 454; ebenso Hefendehl, NJW 2001, 282; anders OLG Celle, StV 1994, 188: kein Auszahlungsanspruch bei Fehlbuchung.

<sup>8</sup> So Ranft, JuS 2001, 856; vgl. auch Hefendehl, NJW 2001, 282.

<sup>9</sup> Vgl. Hefendehl, NJW 2001, 283; Joerden, JZ 1994, 422; Ranft, JuS 2001, 856.

<sup>10</sup> BGH NJW 2001, 453.

<sup>11</sup> Anders, wenn man den Vermögensschaden – als Vermögensgefährdung – bereits in der Fehlbuchung erblickt und eine Schadensvertiefung ablehnt, s. Hefendehl, NJW 2001, S. 284.

ternen Fehlbuchung ausgegangen wäre. Also spricht hier viel dafür, nach dem Zweifelsgrundsatz einen entsprechenden Vorsatz abzulehnen.

Die **Bereicherungsabsicht** wäre dagegen zu bejahen, denn K wusste, dass er auf das Geld keinen Anspruch hatte.

### 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Auf der Rechtswidrigkeits- und der Schuldebene werden keine Probleme aufgeworfen.

## II. §§ 263, 13 StGB: Betrug durch Unterlassen

Wer einen Betrug durch Tun verneint hat, muss prüfen, ob K sich dadurch strafbar gemacht hat, dass er es unterlassen hat, die Mitarbeiter der Bank über die fehlerhafte Gutschrift auf seinem Konto aufzuklären. Vereinzelt wird zwar die Möglichkeit, Betrug durch Unterlassen zu begehen, bestritten.<sup>12</sup> Da aber nach dem Gesetzeswortlaut ein betrugsrelevanter Irrtum auch durch „Unterdrückung wahrer Tatsachen“ „unterhalten“ werden kann, geht offenbar das Gesetz selbst davon aus, dass die Fehlvorstellung des Irrenden nicht zwingend auf einer Mitteilung des Täters, also auf einem Tun beruhen muss. Es spricht also nichts dagegen, § 13 StGB, wie auf andere Erfolgsdelikte, auch auf § 263 StGB anzuwenden.<sup>13</sup>

Voraussetzung ist allerdings, dass K als **Garant** für den Irrtum des Bankangestellten zur Aufklärung verpflichtet war. Eine derartige Offenbarungspflicht lehnt der BGH ab:

So scheidet eine **Garantenstellung aus Ingerenz** aus, da die Kontoführung der hierzu aus dem Girovertrag verpflichteten Bank obliege. Zu der Fehlbuchung habe der Kunde keinen Beitrag geleistet.<sup>14</sup> Nach einer anderen Ansicht soll die Herbeiführung einer Gefahrenlage im Auszahlungsbegehren selbst liegen. Der Kunde schaffe erst durch sein pflichtwidriges Verhalten die Gefahr für einen entsprechenden Irrtum des Bankmitarbeiters.<sup>15</sup> Dagegen spricht jedoch die Überlegung, dass sich der Irrtum des Getäuschten nicht auf Rechte, sondern auf Tatsachen beziehen muss. Der Bankangestellte überprüft jedoch nicht den Weg, auf dem der Kontostand zustande gekommen ist (s.o.).<sup>16</sup>

Auch die Höhe des drohenden Schadens hält der BGH nicht für geeignet, eine Offenbarungspflicht zu begründen. Eine **Garantenstellung** könne sich jedoch **aus Vertrag** ergeben. Dafür müssten die vertraglichen Beziehungen durch ein besonderes Vertrauensverhältnis geprägt sein.<sup>17</sup> Bei einem Girovertrag erschöpfen sich die vertraglichen Beziehungen jedoch in einem gewöhnlichen Leistungsaustauschverhältnis. Mangels einer darüber hinausreichenden besonderen Vereinbarung lehnt der BGH deshalb zu Recht eine Garantenpflicht ab.

### Hinweis

Die gegenteilige Auffassung ist kaum vertretbar. Unabhängig davon, zu welchem Ergebnis man gelangt, setzt eine akzeptable Bearbeitung des § 263 StGB voraus, dass die Frage, in welchen Verantwortungsbereich die Fehlbuchung fällt, thematisiert wurde.

## III. § 266 StGB: Untreue

Der Missbrauchstatbestand greift nicht ein, weil K keine Befugnis hat, über das Vermögen der Bank zu verfügen. Aber auch der Treubruchtatbestand ist nicht einschlägig, weil sich aus dem Kontovertrag zwischen K und der Bank keine Pflicht ergibt, Vermögensinteressen der Bank wahrzunehmen.<sup>18</sup> Vielmehr ist umgekehrt die Bank verpflichtet, die Interessen ihrer Kunden zu wahren. K hat also auch insoweit keine Pflicht verletzt.

## IV. § 246 StGB: Unterschlagung

Eine Unterschlagung scheitert daran, dass das Geld dem K mit der Auszahlung übereignet wurde.<sup>19</sup>

### B) Strafbarkeit des Zähler (Z)

#### I. §§ 253, 22 StGB: Versuchte Erpressung

##### 1. Vorprüfung

Da K nicht auf das Ansinnen des Z eingegangen ist, kommt nur ein Versuch in Betracht, dessen Strafbarkeit sich aus § 253 Abs. 3 StGB ergibt.

##### 2. Tatentschluss

Die Androhung einer Strafanzeige stellt die Drohung mit einem empfindlichen Übel dar. Selbst wenn man bei K ein strafbares Verhalten verneint und es nicht zu einer entsprechenden Sanktion gekommen wäre, hätte die Anzeige jedoch zur Folge gehabt, dass K das gesamte Geld wieder hätte zurückgeben müssen. Insofern wird gelegentlich vertreten, dass ein tatbestandsmäßiger Angriff auf die Willensfreiheit nur dann vorliege, wenn der entsprechende Handlungsspielraum auch rechtlich geschützt sei.<sup>20</sup> Auf unseren Fall bezogen: Da K kein Recht hatte, das abgehobene Geld zu behalten, konnte seine Willensfreiheit auch nicht entsprechend beeinträchtigt werden. Ob die Vertreter der vorstehenden Ansicht diesen Schluss ziehen würden, erscheint zweifelhaft. Denn Z wollte das Geld keineswegs der geschädigten Bank wieder zurückbringen, sondern handelte ausschließlich im eigenen Interesse. K hat indes kein Recht gegenüber der Bank (§ 812 Abs. 1 BGB), wohl aber gegenüber dem Z. Im Übrigen spricht gegen diese Auslegung, dass sie der Selbsthilfe Tür und Tor öffnet, ohne die Verhältnismäßigkeitsgrenzen nach §§ 240 Abs. 2, 253 Abs. 2 StGB zu beachten.<sup>21</sup>

Infolge der Drohung sollte K an Z 250.000 Euro zahlen. Der Streit, ob § 253 StGB eine Vermögensverfügung verlangt<sup>22</sup>, spielt hier keine Rolle. Infolge dieser Zahlung hätte K sein Vermögen

<sup>12</sup> Vgl. – jeweils mit verschiedener Begründung – H. Mayer, Strafrecht. Allgemeiner Teil (1953), S. 152; Grünwald, in: FS Mayer (1966), S. 291; Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip (1972), S. 72.

<sup>13</sup> So auch die hL., vgl. Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage (2014), § 263 Rn. 18.

<sup>14</sup> BGH NJW 2001, 454.

<sup>15</sup> So Joerden, JZ 1994, 423.

<sup>16</sup> S. Ranft, JuS 2001, 857 f.

<sup>17</sup> BGH NJW 2001, 454.

<sup>18</sup> BGH NJW 2001, 455.

<sup>19</sup> BGH bei Dallinger, MDR 1975, S. 22.

<sup>20</sup> Vgl. Jakobs, in: GS-Hilde Kaufmann (1986), S. 791 (797): nur ein Eingriff in die rechtlich garantierte Freiheit kann ein Nötigungserfolg sein.

<sup>21</sup> S. auch Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage (2014), § 240 Rn. 1a.

<sup>22</sup> S. Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage (2014), § 253 Rn. 8 f.

um die entsprechende Summe gemindert. Somit wollte Z einen Vermögensschaden bewirken. Auf den Streit über die verschiedenen Vermögensbegriffe<sup>23</sup> kommt es hier nicht an. Zwar war K infolge der Auszahlung ungerechtfertigt bereichert. Aber selbst nach einem extrem juristischen Vermögensbegriff wäre ein Schaden zu bejahen, da K jedenfalls gegenüber Z in seinem Vermögen durchaus rechtlich geschützt war.

Z handelte schließlich mit der Absicht, sich unrechtmäßig zu bereichern, da er selbst keinen Anspruch auf das Geld hatte.

### 3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Z hat unproblematisch das Stadium des Versuchs erreicht, da er aus seiner Sicht bereits eine tatbestandsmäßige Handlung (Drohung) vorgenommen hat.

### 4. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich, da Z nicht zugunsten der geschädigten Bank, sondern eigennützig handelte. Deshalb stellt sich auch nicht die Frage, ob die Drohung mit einer Anzeige zur Durchsetzung von Ansprüchen verwerflich ist.<sup>24</sup>

Auch an der Schuld des Z bestehen keine Zweifel.

### 5. Zwischenergebnis

Z hat sich somit wegen versuchter Erpressung zu verantworten.

## II. §§ 266, 13 StGB: Untreue durch Unterlassen

Dass Z es unterlässt, die Fehlbuchung seinem Arbeitgeber zu melden, begründet keine Strafbarkeit. Ohnehin enthält der Sachverhalt dazu keine Details. Eine Unterlassungsstrafbarkeit scheidet an der fehlenden Garantenstellung des Z. Wäre Z selbst mit dem Vorgang befasst gewesen, hätte er sicher einschreiten müssen. Die Wiederbeschaffung von anderen fehlgeleiteter Gelder gehört nicht zu seinen dienstlichen Aufgaben.

## 2. Tatkomplex: „Die Tötung des Zacharias und ihre gerichtliche Aufarbeitung“

### A) Strafbarkeit des K

#### I. § 212 StGB: Totschlag

##### 1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 212 StGB ist durch das Erstickern mit dem Kissen, die Ursache für den Tod des Z erfüllt. Der objektive Finalzusammenhang besteht, weil Erstickern mit einem Kissen ein objektiv taugliches Mittel zur Herbeiführung des Todes ist.

##### 2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand des § 212 StGB ist für den Akt des Erstickens jedoch nicht erfüllt. Denn nach dem Sachverhalt hat K nicht erkannt, dass er den Z mit dem Kissen nicht nur bewusstlos gemacht, sondern getötet hat. Es fehlt somit an dem Wissensmoment des Tatvorsatzes. Daran ändert sich nichts

dadurch, dass K bereits von Anfang an den Plan hatte, Z umzubringen.<sup>25</sup> Dieser Plan ist kein „Tötungsvorsatz“ im strengen Wortsinn, denn zum Vorsatz gehört nicht nur ein Wille, sondern auch das Wissen um die Tatbestandsverwirklichung, d.h. die Voraussicht, dass der Tod des Opfers als Wirkung des tatbestandsrelevanten Handelns eintreten könnte.<sup>26</sup>

Dieses Ergebnis wird von einigen nicht hingenommen. K wollte Z töten und hat sein Ziel auch erreicht. Deshalb müsse die Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf als unerheblich bewertet werden. Eine Aufspaltung des einheitlichen Planvollzugs in isolierte Einzelakte würde jeder natürlichen Betrachtungsweise widersprechen.<sup>27</sup>

Die Kategorie der „Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf“ passt hier jedoch nicht. Denn der in einer Abweichung liegende Irrtum wirkt vorsatzausschließend, wenn die Abweichung eine wesentliche ist. Vorausgesetzt wird aber, dass der Täter bei der Vornahme des Tötungsaktes überhaupt annimmt, der Tod des Opfers könne die Wirkung seines Handelns sein. Geht er wie im vorliegenden Fall beim „Erstickern mit dem Kissen“ nicht von dieser Annahme aus, dann fehlt es von vornherein an der Vorstellung irgendeines tötungsgerechten Kausalverlaufs überhaupt. Die Gegenansicht will einen bloßen Tötungsplan zusammen mit dem später beim zweiten Akt gegebenen Vorsatz, der aber für den ersten Akt ein bloßer „dolus subsequens“ ist, zu einem Tatvorsatz hochstilisieren, der eben noch nicht da ist und überzeugt deshalb nicht.<sup>28</sup>

Die vorstehenden Überlegungen greifen indes dann nicht durch, wenn der Täter durch den ersten Akt, die geplante Betäubung, bereits die Schwelle zum Versuch überschreitet.<sup>29</sup> Hier wird folgendermaßen argumentiert: Die – geplante – Betäubung kommt immerhin insofern in der Kausalerklärung des Erfolges vor, als sie immerhin die Wehrlosigkeit des Opfers herbeiführen soll, welches erst in diesem Stadium getötet werden kann. Da also die Ersthandlung aus der Sicht des K bereits eine taugliche Erfolgsherbeiführungsstrategie darstellte, hatte er bereits bewusst eine Vorsatzgefahr für das Leben des Z geschaffen. Auch der vorzeitige Todeseintritt kann K deshalb zum Vorsatz zugerechnet werden, weil es nicht darauf ankommt, was er sonst noch alles zur Erfolgsherbeiführung geplant hatte.<sup>30</sup>

Der BGH stellt in einem vergleichbaren Fall auf den Gesamtplan des Täters ab. Die Ausschaltung der Verteidigungsmöglichkeit des Opfers soll dann noch keinen Tötungsversuch begründen, wenn die eigentliche Tötungshandlung erst in einem größeren örtlichen und zeitlichen Abstand ausgeführt werden soll.<sup>31</sup> Schon nach diesen Grundsätzen scheidet hier ein vorsätzlicher Totschlag aus. Darüber hinaus erscheint die Argumentation widersprüchlich: Wenn zwischen der Herbeiführung der Wehrlosigkeit des Opfers und der dadurch ermöglichten späteren „ei-

<sup>23</sup> Näher dazu Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage (2014), § 263 Rn. 78 ff.

<sup>24</sup> Vgl. etwa BGH bei Dallinger, MDR 1952, 408.

<sup>25</sup> So aber Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage (2006), § 12 Rn. 170.

<sup>26</sup> „Simultaneitätsprinzip“, vgl. Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Auflage (1988), S. 4 ff., 33 ff.; s. auch BGH NJW 2002, 1057 (1058).

<sup>27</sup> Vgl. RG DStR 1939, S. 177; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage (2014), § 15 Rn 58.

<sup>28</sup> Vgl. auch BGH JZ 1983, S. 864 mAnm. Hruschka.

<sup>29</sup> Vgl. Puppe, in: NK-StGB, 4. Auflage (2013), § 16 Rn. 107.

<sup>30</sup> Vgl. Puppe, in: NK-StGB, 4. Auflage (2013), § 16 Rn. 105 und 109.

<sup>31</sup> Vgl. BGH NJW 2002, 1058; s. auch Gaede, JuS 2002, 1059 (1061).



gentlichen Tötungshandlung“ differenziert wird, dann impliziert diese Wortwahl, dass mit dem ersten Akt noch nicht zur Tötung angesetzt wird – unabhängig von jedem räumlich-zeitlichen Abstand.

Gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB kann K also nicht wegen vorsätzlicher Tötung bestraft werden.

#### Hinweis

Selbstverständlich ist mit entsprechender Begründung auch die Gegenansicht vertretbar.

## II. § 227 StGB: Körperverletzung mit Todesfolge

### 1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 223 StGB ist nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil das Opfer gestorben ist. Vielmehr stellt das „Ersticken“ mit dem Kissen eine unangemessene körperliche Misshandlung dar, die zu einer Gesundheitsbeschädigung (Bewusstlosigkeit als Durchgangsstadium zum Tod) führte. Der Tod des Z war die unmittelbare Folge dieser Körperverletzung.

### 2. Subjektiver Tatbestand

K handelte mit Körperverletzungsvorsatz, da er sich die Bewusstlosigkeit des Z als Folge seines Handelns vorstellte. Er hätte dabei erkennen können und müssen, dass er mit einer derart lebensgefährlichen Verhaltensweise den Z töten könnte (§ 18 StGB).

### 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Insbesondere kann sich K gegenüber der versuchten Erpressung durch Z nicht auf Notwehr berufen. Den entsprechenden Angriff des Z hätte K dadurch abwehren können, dass er das abgehobene Geld der Bank zurückgibt, wozu er ohnehin verpflichtet war.

Auch an der Schuld des K bestehen keine Zweifel.

#### Hinweis

Gegenüber § 227 StGB tritt § 222 StGB zurück und braucht deshalb nicht eigens geprüft zu werden. Das Gleiche gilt für § 224, zumal jeder Fall des § 227 zwangsläufig auch ein Fall des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB ist.

## III. §§ 211, 22 StGB: Mordversuch

### 1. Vorprüfung

Ein vollendeter Mord scheidet aus, da man eine Leiche nicht mehr ertränken kann. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1.

### 2. Tatentschluss

K ging davon aus, dass Z nur bewusstlos ist, und stellte sich vor, ihn dadurch zu töten, dass er ihn in die Saale beförderte. Er handelte somit mit Tötungsvorsatz. Wie sich aus § 23 Abs. 3 StGB ergibt, ist auch der untaugliche Versuch am untauglichen Ob-

jekt grundsätzlich strafbar. Ein näheres Eingehen auf diese Vorschrift erübrigt sich, weil nach dem Sachverhalt grober Unverstand nicht ersichtlich ist.

Fraglich ist, ob K qualifizierende Mordmerkmale verwirklicht hat. Für eine heimtückische Begehungsweise enthält der Sachverhalt zu wenig Anhaltspunkte. Die Absicht der Verdeckung einer Straftat setzt voraus, dass K die Abhebung des Geldes – wenn auch möglicherweise unzutreffend (s.o.) – als Straftat gewertet hat.<sup>32</sup> Auch dazu ist der Sachverhalt wenig ergiebig. Einschlägig ist jedoch das Merkmal Habgier, denn K hat Z getötet, um sich die durch die unrechtmäßige Abhebung erlangte Bereicherung zu erhalten.<sup>33</sup> Nach der Gegenansicht soll Habgier ausscheiden, wenn jemand nur einen Vorteil behalten wolle, denn beim Streben nach Entlastung sei die besondere Verwerflichkeit der Motivation nicht mit der gleichen Zwangsläufigkeit indiziert wie beim Erstreben von Zugewinn.<sup>34</sup>

### 3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

K hat zum Mordversuch (bzw. zum Totschlagsversuch) unmittelbar angesetzt, da er aus seiner Sicht eine taugliche Tötungshandlung vorgenommen hat.

### 4. Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## B) Strafbarkeit der Sabrina Schön (S)

### I. § 153 StGB: Falsche uneidliche Aussage

#### 1. Objektiver Tatbestand

S war als Zeugin in einem Strafverfahren verpflichtet, die Wahrheit über den Aufenthalt des K zum Tatzeitpunkt auszusagen (vgl. §§ 57 S. 1, 66c Abs. 1 StPO). An dieser Wahrheitspflicht ändert sich nichts dadurch, dass es um die Aufklärung eines Tatvorwurfs gegenüber ihrem Verlobten ging. Dieser Umstand würde allenfalls ein Zeugnisverweigerungsrecht begründen.

Die Aussage der S war falsch, da der Aussageinhalt nicht mit der objektiven Sachlage übereinstimmte (objektive Theorie) bzw. da sie vom gegenwärtigen Vorstellungsbild der S abwich (subjektive Theorie). Auch nach der Pflichttheorie liegt eine falsche Aussage vor, so dass der Streit zwischen den verschiedenen Aussagetheorien<sup>35</sup> nicht näher zu behandeln ist.

Da § 153 StGB kein Erfolgsdelikt ist, kommt es nicht darauf an, dass das Gericht der S nicht geglaubt hat. Für die Vollendung genügt vielmehr der Abschluss der Zeugenvernehmung.

Umstritten ist allerdings die Frage, ob die Verletzung strafprozessualer Vorschriften bei der Herbeiführung von Aussagen die Tatbestandsmäßigkeit beschränkt.

Das Gericht hat zunächst die Pflicht verletzt, die S über ihr Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO zu belehren (§ 52 Abs. 3 bzw. § 55 Abs. 2 StPO). Denn S war mit K verlobt, so dass ihr schon aus diesem Grund ein Zeugnisverweigerungsrecht zustand. Darüber hinaus war sie nach § 55 Abs. 1 StPO berechtigt, die Auskunft zu verweigern, weil sie K durch eine wahrheitsgemäße Aussage belastet hätte.

<sup>32</sup> Vgl. Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage (2014), § 211 Rn. 33.

<sup>33</sup> Vgl. BGHSt 10,399; NStZ 1993, 386.

<sup>34</sup> Vgl. Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage (2014), § 211 Rn. 17; Mitsch, JuS 1996, 124 f.

<sup>35</sup> Zu den Aussagetheorien s. Wolf, JuS 1991, 177 ff.



Fraglich ist indes, welche Konsequenz mit diesem Verfahrensfehler für die Strafbarkeit der S verbunden ist. Überwiegend hält man Verfahrensverstöße für unbeachtlich. Die Wahrheitspflicht und damit die Tatbestandsmäßigkeit der Falschaussage sollen unberührt bleiben. Derartige Verfahrensmängel könnten allein im Rahmen der Strafzumessung als strafmildernde Faktoren berücksichtigt werden.<sup>36</sup> Diese absolute Trennung zwischen Verfahrensrecht und materiellem Strafrecht wird freilich kritisiert. Dem einem akzessorischen Rechtsgüterschutz verpflichteten Strafrecht widerspreche es, die Rechtspflege auch bei prozessual missbilligten Beweiserhebungen strafrechtlich zu schützen. Nach dieser „Tatbestandslösung“ sind grundsätzlich nur solche Aussagen tatbestandsmäßig, die prozessual verwertet werden können.<sup>37</sup>

Folgt man dieser Mindermeinung, so stellt sich die Folgefrage nach der prozessualen Verwertbarkeit der verfahrensfehlerhaft erlangten Aussage der S (die für die herrschende „Strafzumessungslösung“ unerheblich ist). Dabei spielt es keine Rolle, dass das Gericht tatsächlich den Angaben der S nicht gefolgt ist. Ein Verstoß gegen die nach § 52 StPO erforderliche Belehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht hat nach einhelliger Meinung ein Verwertungsverbot zur Folge. Das folgt aus dem Schutzzweck der Norm.<sup>38</sup> Bei § 55 StPO wird ein Verwertungsverbot dagegen mehrheitlich abgelehnt, da das Auskunftsverweigerungsrecht allein den Zeugen vor einer Selbstbelastung schützen will und den Rechtskreis des Angeklagten nicht berührt.<sup>39</sup> Geht man jedoch davon aus, dass § 55 StPO auch das Interesse des Angeklagten an einer konfliktfreien wahrheitsgemäßen Zeugenaussage schützen soll, lässt sich hier ebenfalls ein Verwertungsverbot begründen.<sup>40</sup>

Ob nach der „Tatbestandslösung“ somit der objektive Tatbestand einer Falschaussage zu verneinen ist, lässt sich gleichwohl mit folgender Überlegung bezweifeln: Unverwertbar wäre ja nur eine den Angeklagten belastende Zeugenaussage. Bei einer den Angeklagten entlastenden Aussage kann das Unterlassen der gebotenen Belehrung keine Rolle spielen, weil hier ein Konflikt zwischen der Zeugenpflicht und der persönlichen Beziehung der Zeugin zum Angeklagten nicht ersichtlich ist. Für die Strafbarkeit nach § 153 StGB kann es aber nicht darauf ankommen, dass das Gericht eine wahrheitsgemäße verwertbare Aussage nicht hätte gewinnen können. Maßgeblich ist vielmehr, dass die erlangte – verwertbare – Aussage falsch ist.

Mit der entsprechenden Begründung sind beide Ansichten vertretbar.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Am Vorsatz der S besteht kein Zweifel.

## 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Eine Rechtfertigung der Tat durch § 34 StGB kommt nicht in Betracht. Unabhängig davon, ob die Falschaussage der S geeignet war, die Gefahr der Strafverfolgung von K abzuwenden, scheidet eine Notstandsrechtfertigung daran, dass das Interesse des K an seiner Freiheit zwangsläufig hinter die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zurücktreten muss.

Auch für eine Entschuldigung nach § 35 Abs. 1 StGB ist kein Raum, zumal K durch seine Tat die Gefahr einer Bestrafung selbst verschuldet hat.

## 4. Aussagenotstand, § 157 StGB

Hingegen kann sich S auf den persönlichen Strafmilderungsgrund des Aussagenotstands berufen, da sie die Gefahr einer Bestrafung von ihrem Verlobten abwenden wollte.

## II. §§ 258, 22 StGB: Versuchte Strafvereitelung

Die Verfolgung des K wurde in keiner Weise verzögert oder erschwert, so dass es an einem Vereitelungserfolg fehlt. Es kommt nur ein nach § 258 Abs. 4 StGB strafbarer Versuch in Betracht. Die Strafbarkeit entfällt jedoch wegen des Strafausschlussgrundes nach Abs. 6, da S die Tat zugunsten ihres Verlobten begeht.

## ► Inhaltsverzeichnis



<sup>36</sup> BGHSt 8, 186; StV 1995, 249; Lackner/Kühl, StGB, 28. Auflage (2014), Vor § 153 Rn. 6; Rengier, BT II, 18. Auflage (2017), § 49 Rn. 36. Begründet wird dies damit, dass die §§ 153 ff. StGB abstrakte Gefährdungsdelikte darstellten und die Rechtspflege auch durch prozessual unverwertbare Falschaussagen gefährdet werden könnte. Zudem erlaubten die §§ 52, 55 StPO lediglich das Schweigen, nicht aber das Lügen. Soweit eine Einschränkung bei Verstößen gegen die §§ 136a, 69 StPO, 396 ZPO anerkannt wird, ist diese Ausnahme hier nicht einschlägig.

<sup>37</sup> S. Geppert, Jura 1988, 498; Rudolphi, in: SK- StGB, Vor § 153 Rn. 33 ff.; begründet wird diese Auffassung weiterhin damit, dass prozessual unverwertbare Aussagen nicht als Entscheidungsgrundlage zu berücksichtigen seien und somit die Rechtspflege auch nicht gefährden könnten.

<sup>38</sup> S. BGHSt 11, 213 (216); Beulke, Strafprozessrecht, 13. Auflage (2016), Rn. 461. Dass S ihr Zeugnisverweigerungsrecht gekannt hätte, ist nicht ersichtlich.

<sup>39</sup> BGHSt 11, S. 216 ff.; Beulke, Strafprozessrecht, 13. Auflage (2016), Rn. 464.

<sup>40</sup> So Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage (2017), § 24 Rn. 48.

## KLAUSUR – STRAFRECHT

ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)\*

### „Der Knallkopf – Anschlag auf den Mannschaftsbus“

#### Fortgeschrittenenklausur

#### Sachverhalt

Für den 11.04.2017 ist in Dortmund ein Fußball-Champions-League-Spiel zwischen den beiden Mannschaften Borussia Dortmund (BVB) und AS Monaco angesetzt. Die Spieler des BVB halten sich in den Tagen vor dem Spiel in einem Dortmunder Hotel zum Training auf. Dort hatte sich am 09.04.2017 für drei Übernachtungen auch der 28jährige Deutsch-Russe S einquartiert und der Rezeptionistin erklärt, dass er ein Hotel mit Sicht auf den Eingangsbereich/Parkplatz wünsche. Nachdem er ein solches Zimmer erhalten hat, bereitet er sich – aus seiner damaligen Sicht – auf das Geschäft seines Lebens vor.

Der BVB ist als Verein organisiert (e.V.), hinter dem wirtschaftlich die Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA (BVB KGaA) steht. Seit 2014 sind die Aktien der BVB KGaA börsennotiert und werden im SDAX gelistet. S kauft am Morgen des 11.04.2017 über sein Notebook unter Nutzung eines WLAN-Einwahlcodes des Hotels 15.000 sog. Put-Optionen auf die Aktie der BVB KGaA mit einer Laufzeit bis zum 17.06.2017. Im Falle eines (stark) sinkenden Kurses der Aktie der BVB KGaA bis zum Laufzeitende würde S über die Hebelwirkung solcher Finanzprodukte ein Vielfaches der bezahlten 78.000 Euro erwirtschaften, sofern er die Put-Optionen wieder verkauft.

Als der ungepanzerter, allerdings mit Sicherheitsglas ausgestatteter BVB-Mannschaftsbus mit sämtlichen Spielern und dem Trainergespann am 11.04.2017 um 19:15 Uhr vom Hotelparkplatz zum Stadion losfährt, zündet S von seinem Zimmer aus zusehend nach wenigen Metern Fahrt per Fernzünder drei in der vergangenen Nacht in der Nähe des Mannschaftsbusses im Gebüsch abgelegte Bomben. Die Bomben mit hoher Sprengkraft waren dabei mit Nägeln gespickt (sog. Nagelbomben). Der Sprengstoff zu den von S selbst hergestellten Nagelbomben stammt aus Beständen der ehemals in der DDR stationierten russischen Streitkräfte.<sup>1</sup> Ein ehemaliger russischer Offizier hatte den Sprengstoff vor dem Abzug der Russen im Jahr 1994 auf ei-

nem ehemaligen russischen Militärgelände in Wünsdorf vergraben und nun innerhalb der „Russian Community“ in Deutschland an S weiterverkauft.

Die Explosion der drei Nagelbomben führt dazu, dass mehrere Nägel die Scheiben/Karosserie des Busses durchschlagen. Zusammen mit der Sprengwirkung selbst entsteht am Bus ein Totalschaden. Die 20 Businsassen überleben aber allesamt wie durch ein Wunder. Lediglich ein BVB-Spieler wird in der Weise durch herumfliegende Glassplitter am Arm verletzt, dass er sich noch am selben Abend in einem Dortmunder Krankenhaus einer Notoperation unterziehen muss. Wenige Tage darauf kann er mit einem Operationsverband am Arm das Krankenhaus wieder verlassen und wird wieder vollständig genesen.

S hatte im Zusammenhang mit dem Ablegen der Nagelbomben in der Nähe des Tatorts mehrere, erst durch gezielte Suche auffindbare Bekenner-schreiben abgelegt, die sowohl auf eine Urheberschaft des Anschlags durch den sog. Islamischen Staat (IS) als auch durch die linke Szene sowie durch Neonazis hindeuten.<sup>2</sup>

Noch am Abend des 11.04.2017 verkaufte S die Put-Optionen wieder. Da der Anschlag jedoch ohne größere Personenschäden von statten gegangen war und das Champions-League-Spiel dennoch (dann am Folgetag) durchgeführt werden sollte und auch wurde, sank der Kurs der Aktie der BVB KGaA am Abend des 11.04.2017 nur geringfügig (von 5,73 Euro auf 5,61 Euro). Demzufolge erzielte S aus dem Verkauf der Put-Optionen nur einen vergleichsweise bescheidenen Gewinn iHv. netto ca. 5.000 Euro.<sup>3</sup>

Wenige Tage darauf wird S verhaftet, zu groß waren die hinterlassenen Spuren. Medienberichten zufolge ließ sich S nach seiner Verhaftung sinngemäß wie folgt ein: „*ich wollte sie alle töten ... mit dem Tod der Businsassen wäre ich Millionär geworden*“.<sup>4</sup>

**Bitte prüfen Sie in einem Gutachten die Strafbarkeit von S nach dem StGB und dem WpHG.**

\* Der Autor ist Mitarbeiter der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Frankfurt am Main und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

<sup>1</sup> Zum Zeitpunkt der Klausurerstellung gab es noch keinerlei Hinweise, woher S den Sprengstoff hatte. Die Spur nach Russland ist daher reine Fiktion seitens des Autors.

<sup>2</sup> Zum Zeitpunkt der Klausurerstellung war die Urheberschaft der aufgefundenen Bekenner-schreiben noch nicht geklärt, die (recht plausible) Zuordnung zu S aus Gründen der Verdachtsablenkung ist daher erneut reine Fiktion seitens des Autors. Sollte sich diese Annahme später als zutreffend erweisen, hätte S allerdings den Ermittlungsaufwand (auch gegen sich) schlagartig erhöht, da sich ab diesem Zeitpunkt Staatsschutz und Bundesanwaltschaft in die Ermittlungen einschalteten und die Zahl der Ermittler vergrößert wurde. Durch den eigentlichen Täter verbreitete falsche Bekenner-schreiben, die den Verdacht auf Terrorgruppen lenken sollen, sind somit ein zweiseitiges Schwert.

<sup>3</sup> Aus den Medienberichten ließ sich zum Zeitpunkt der Klausurerstellung noch nicht entnehmen, ob S die Put-Optionen wieder verkauft hat. Der Verkauf durch S ist daher ebenso reine Fiktion des Autors. Letztlich ändert dies die Prüfung im Gutachten nur marginal, schließlich ist auch die versuchte Marktmanipulation nach § 38 Abs. 4 WpHG strafbar.

<sup>4</sup> Aus Sicht eines Strafverteidigers ist eine solche Einlassung des Mandanten der sprichwörtliche „worst case“, denn damit stehen Tötungsvorsatz und die Verwirklichung von Mordmerkmalen ohne weiteres fest. Hätte S von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht, hätte ihm erst einmal nachgewiesen werden müssen, dass er über die Beschädigung des Busses/Verschreckung der Mannschaft/Verschiebung des Spiels hinaus – was sich ja wohl auch schon negativ auf den Aktienkurs und damit positiv auf den Kurs der Put-Optionen ausgewirkt hätte – weiteren Vorsatz hatte (insbesondere in Bezug auf die schwerwiegenden Tötungsdelikte).

## Gliederung

### A) Strafbarkeit aus §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB

I. Vorprüfung

II. Tatbestand

1. Tatentschluss

a) Vorsatz

b) Mordmerkmale

aa) Habgier

bb) Heimtücke

cc) Gemeingefährliche Mittel

dd) Niedrige Beweggründe

ee) Ermöglichen einer anderen Straftat

2. Unmittelbares Ansetzen

III. Rechtswidrigkeit

IV. Schuld

V. Rücktritt

VI. Ergebnis

### B) Strafbarkeit aus

### §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 5 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB

b) Qualifikationsmerkmale

aa) Waffe oder anderes gefährliches Werkzeug

bb) hinterlistiger Überfall

cc) lebensgefährdende Behandlung

2. Subjektiver Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Ergebnis

### C) Strafbarkeit aus § 308 Abs. 1 StGB

### D) Strafbarkeit aus § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB

### E) Strafbarkeit aus § 303 Abs. 1 StGB

### F) Strafbarkeit aus § 315b Abs. 1 StGB

### G) Strafbarkeit aus § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB

### H) Strafbarkeit aus § 38 Abs. 1 Nr. 2 WpHG iVm. § 39 Abs. 3

lit. d) Nr. 2 WpHG, Art. 15, 12 Abs. 1 MAR

### I) Gesamtergebnis

## Gutachten

### Hinweis

Dieser nur um Nuancen veränderte reale strafrechtliche Fall ist extrem ungewöhnlich gelagert. Denn im Schwerpunkt geht es dabei um Straftaten gegen das Leben und Kapitalmarktstrafrecht, was in dieser Kombination laut dem Präsidenten des Bundeskriminalamts (BKA) „in Deutschland etwas völlig Neues“ ist. Da der Fall so skurril wie auch rechtspolitisch interessant ist, verdient er eine entsprechende Abhandlung. Herauszustreichen ist allerdings, dass im zugrundeliegenden realen Fall bislang weder die Ermittlungen abgeschlossen sind noch dementsprechend eine Verurteilung des Tatverdächtigen stattgefunden hat, so dass natürlich auch mit dieser Klausur nicht an der zunächst bestehenden Unschuldsvermutung gerüttelt werden soll.

### A) Strafbarkeit aus §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB

S könnte sich, indem er die drei Nagelbomben nahe des mit 20 Personen besetzten BVB-Mannschaftsbusses zündete, um mit möglichst vielen Todesopfern ein Absinken des Kurses der Aktie der BVB KGaA und damit einen hohen Kursgewinn aus den späteren Verkäufen seiner Put-Optionen auf diese Aktie zu erreichen, wegen versuchten Mordes nach §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Vorprüfung

Dann dürfte die Tat nicht vollendet und der Versuch müsste bereits strafbar sein.

Die Tat dürfte zunächst nicht vollendet sein. Nichtvollendung liegt dann vor, wenn irgendein Merkmal des objektiven Tatbestands fehlt. Keiner der 20 Insassen des BVB-Mannschaftsbusses (oder eine andere Person) ist tot. Damit ist die Tat des S nicht vollendet.

Zudem müsste der Mordversuch strafbar sein. Nach § 23 Abs. 1 StGB ist der Versuch eines Verbrechens stets mit Strafe bedroht. Verbrechen wiederum sind nach § 12 Abs. 1 StGB rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß eine Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber vorsehen. Mord ist nach § 211 Abs. 1 StGB mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedroht. Somit ist der versuchte Mord strafbar.

#### II. Tatbestand

S müsste zunächst tatbestandsmäßig gehandelt haben.

##### 1. Tatentschluss

S müsste dabei mit Tatentschluss hinsichtlich der Tatbestandsverwirklichung gehandelt haben. Tatentschluss bedeutet die Verwirklichung des gesamten subjektiven Unrechtstatbestands des betreffenden Delikts.

<sup>5</sup> Anprüfbar wären zudem noch die Mordmerkmale „aus Mordlust“ und „grausam“, die aber beide schon wieder etwas weiter weg liegen. Schließlich ist nicht ohne weiteres erkennbar, dass der etwaige Tod der Businsassen dem S besondere Befriedigung bereitet hätte oder der dann durch Spreng- und Splitterwirkung eingetretene Tod mit besonders unbarmherzigen Qualen verbunden gewesen wäre. Anders gewendet: dem S war offensichtlich nur der Tod der Businsassen an sich wichtig. Nicht aber, dass diese lange und intensiv leiden oder er sich daran ergötzen kann.

##### a) Vorsatz

S wollte, dass durch die Spreng- und Splitterwirkung der drei Nagelbomben möglichst alle Businsassen zu Tode kommen. Es war ihm voll bewusst, dass die Explosionskraft der drei Nagelbomben Scheiben und Karosserie des Mannschaftsbusses durchschlagen würde und dass die Nägel eine für Menschenleben verheerende Wirkung haben würden. Es kam ihm auch gerade darauf an, dass Spreng- und Splitterwirkung sowie das Zerfetzen menschlicher Körper durch die Nägel zum Tod der Businsassen führen würden. S handelte somit mit direktem Tötungsvorsatz (dolus directus 1. Grades).

##### b) Mordmerkmale

Weiterhin könnte bei S auch ein Tatentschluss hinsichtlich der Verwirklichung einzelner Mordmerkmale vorgelegen haben. In Betracht kommen dabei die Merkmale „Habgier“ „heimtückisch“, „mit gemeingefährlichen Mitteln“, „aus niedrigen Beweggründen“ und „um eine andere Straftat zu ermöglichen“.<sup>5</sup>

##### aa) Habgier

Zunächst könnte S das Mordmerkmal der Habgier verwirklicht haben.

Habgier erfordert eine ungehemmte, überzogene und sittlich anstößige Steigerung des Erwerbssinns.<sup>6</sup> Das setzt Streben nach einer durch den Tod herbeizuführenden unmittelbaren Vermögensvermehrung oder die Aussicht auf solche Vermehrung voraus.<sup>7</sup> Unzweifelhaft bestand vorliegend eine Aussicht auf eine (deutliche) Mehrung des Vermögens des S gerade aufgrund des Todes der Businsassen. Wesentlicher Bestandteil des Unternehmenswerts der BVB KGaA ist schließlich der Spieler- und Trainerkader, welcher wiederum Garant für Einnahmen aus Turniergeldern, Werbeeinnahmen und Einnahmen für TV-Rechte ist. Gerade durch den Tod der Businsassen wäre der Unternehmenswert der BVB KGaA und damit mit Sicherheit auch der Aktienkurs rapide abgesunken, was wiederum gegenläufig das Vermögen des S im Wege des Wertzuwachses bei den Put-Optionen gemehrt hätte. Darum ging es dem S auch gerade bei seiner Tat.

Das Mordmerkmal der Habgier ist damit zu bejahen.

##### bb) Heimtücke

Fraglich ist, ob auch das Mordmerkmal „heimtückisch“ vorliegt.

Heimtücke meint das Kriterium der Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.<sup>8</sup> Arglos ist, wer sich in der konkreten Tatsituation keines Angriffs auf seine körperliche Integrität von Seiten des Täters versieht.<sup>9</sup> Vorliegend rechneten die Businsassen bei der Abfahrt des Busses mit keinem Angriff auf Leib und Leben. Daher waren sie arglos. Sie müssten aber auch wehrlos

<sup>6</sup> Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 211 Rn. 4; derselbe, JA 2009, 566 (570).

<sup>7</sup> BGH NJW 1993, 1664; Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. (2013), § 211 Rn. 24.

<sup>8</sup> BGHSt 3, 183 ff.; Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. (2013), § 211 Rn. 48 ff.

<sup>9</sup> BGHSt 27, 322 (324); Wendeburg, JA 2017, 25 (26).



gewesen sein. Wehrlos ist ein Opfer, dessen Abwehrmöglichkeiten infolge seiner Arglosigkeit erheblich eingeschränkt sind.<sup>10</sup> Der insoweit zu fordernde Kausalzusammenhang zwischen Arg- und Wehrlosigkeit ist allerdings dann zu verneinen, wenn das arglose Opfer auch bei einem frühzeitigen Erkennen des Angriffs ohne Abwehrchancen gewesen wäre.<sup>11</sup> Stellt man hinsichtlich der Frühzeitigkeit auf den Zeitpunkt unmittelbar vor Tatverwirklichung<sup>12</sup> (Zünden der Nagelbomben) ab, so ergibt sich, dass die Businsassen ohnehin nichts mehr hätten machen können, um der Spreng- und Splitterwirkung zu entgehen. Auf die in Rspr. und Literatur unternommenen Versuche der Begrenzung des Heimtücketatbestands etwa über die Kriterien des „Handelns in feindlicher Willensrichtung“ oder den „besonders verwerflichen Vertrauensbruch“ kommt es damit gar nicht mehr an.<sup>13</sup>

Heimtückisch war das von S versuchte Tötungsdelikt damit nicht.

### cc) Gemeingefährliche Mittel

Weiterhin könnte das Mordmerkmal „mit gemeingefährlichen Mitteln“ verwirklicht worden sein.

Mit gemeingefährlichen Mitteln bedeutet den Einsatz von Mitteln, deren Wirkung auf Leib oder Leben einer Mehrzahl anderer Menschen der Täter nach den konkreten Umständen nicht in der Hand hat.<sup>14</sup> Vorliegend ist daran zu denken, dass S die drei Nagelbomben „auf Sicht“ gezündet hat. Dies spricht an und für sich dafür, dass er jederzeit eine Begrenzung der potenziellen Tatopfer auf die Businsassen in der Hand hatte. Allerdings gilt es auch, hierzu gegenläufige Aspekte zu berücksichtigen. Dazu zählt, dass die Zündung der Nagelbomben vor einem typischerweise belebten Hotel erfolgte und die Spreng- und Splitterwirkung nicht auf wenige Meter begrenzt war. Wenn etwa ein Hotelgast im Moment der Zündung aus dem Hotel gekommen wäre, hätte er ohne weiteres zu Tode kommen können. Außerdem zeigt auch der Umstand, wonach die Zündung der drei Nagelbomben offenbar aufgrund (planungs-)technischer Gründe nicht zum erwünschten Taterfolg geführt hat, dass S die Situation eben nicht vollends unter Kontrolle hatte. Wenn nach Zündung eine zum Tatplan abweichende Minderwirkung der Nagelbomben eintreten konnte, dann war generell auch mit einer anderen bzw. einer höheren Wirkung zu rechnen.

Insgesamt ist das Mordmerkmal mit gemeingefährlichen Mitteln daher zu bejahen.

### dd) Niedrige Beweggründe

Ferner kommt in Betracht, dass S aus niedrigen Beweggründen gehandelt hat.

Niedrige Beweggründe sind alle sonstigen niedrigen Beweggründe jenseits von Mordlust, Habgier oder zwecks Befriedigung des Geschlechtstriebes, die die Motivation der Tat nicht nur als verwerflich darstellen, sondern auf tiefster Stufe stehen und als besonders verachtenswert erscheinen lassen.<sup>15</sup> Allerdings sind diese Kriterien kaum fassbar, da sie teilweise einer moralischen und sittlichen Bewertung unterliegen, die ihrerseits dem stetigen Wandel des Zeitgeistes unterworfen ist. Die Rspr. unternimmt in jüngerer Zeit daher eine Eingrenzung, indem sie auf das Kriterium der Missachtung des personalen Eigenwerts des Getöteten abstellt.<sup>16</sup> Die Literatur zielt dagegen auf ein krasses Missverhältnis zwischen Anlass und Tötungshandlung.<sup>17</sup> Vorliegend ist zu sehen, dass S bis zu 20 Menschen, deren Schicksal ihm persönlich völlig egal war, gezielt töten wollte, um einen gewissen materiellen Vorteil in wahrscheinlich bis zu knapp siebenstelliger Höhe aus einer Art Wette zu erlangen. Dies reicht nach beiden Ansichten aus, um das Mordmerkmal zu erfüllen.

Dabei ist im Binnenverhältnis zum Mordmerkmal der Habgier zu sehen, dass Anlass und Tötungshandlung vorliegend in einem derart krassen Missverhältnis<sup>18</sup> zueinander stehen, dass jedenfalls nach hier vertretener Ansicht ein über allgemeine Habgier hinausreichender Unwertgehalt<sup>19</sup> erkennbar ist, den es über die Bejahung des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe zu erfassen gilt. Dafür spricht bei besonders extremen Fällen von Habgiermorden, dass gerade die Anzahl und Qualität der bejahten Mordmerkmale ein zentrales Kriterium bei der Entscheidung über die Frage ist, ob im Rahmen der Strafzumessung die besondere Schwere der Schuld nach § 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB festgestellt wird, die ihrerseits im bejahenden Fall dann dafür sorgt, dass lebenslange Freiheitsstrafe für den verurteilten Mörder eben nicht nur 15 Jahre Freiheitsentzug bedeutet.

Im Ergebnis hat S daher auch das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe erfüllt.

### ee) Ermöglichen einer anderen Straftat

Schließlich könnte S die Tötung der Businsassen auch noch in Ermöglichungsabsicht hinsichtlich einer anderen Straftat ins Auge gefasst haben.

<sup>10</sup> BGHSt 32, 382 (388); Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. (2013), § 211 Rn. 68.

<sup>11</sup> Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 211 Rn. 24a; Geppert, JURA 2007, 274.

<sup>12</sup> Vgl. Safferling, in: Matt/Renzikowski, StGB, (2013), § 211 Rn. 46; Mitsch, in: AnwaltKommentar-StGB, 2. Aufl. (2015), § 211 Rn. 54.

<sup>13</sup> Vgl. im Überblick Mitsch, in: AnwaltKommentar-StGB, 2. Aufl. (2015), § 211 Rn. 65 ff.; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 211 Rn. 45 ff.

<sup>14</sup> BGH NJW 1985, 1477 (1478); Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 211 Rn. 11.

<sup>15</sup> BGH NJW 1988, 2679 (2682); BGH NStZ-RR 1996, 99; Momsen, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2016), § 211 Rn. 19.

<sup>16</sup> Vgl. BGH NStZ 2015, 690 (691).

<sup>17</sup> Vgl. Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 211 Rn. 29; Haas ZStW 128 (2016), 316 (326).

<sup>18</sup> Laut dem Bundesinnenminister in einer Stellungnahme im TV am 21.04.2017 stelle die reale Tat „einen extrem widerwärtigen Fall der Habgier“ dar.

<sup>19</sup> Auf der Ebene darunter – Tötung eines Menschen zur Erlangung eines geringwertigen Objekts – wäre dieses Missverhältnis wohl nur zur Bejahung der Habgier ausreichend, vgl. BGH NJW 1981, 932 f.; Safferling, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 211 Rn. 16, allerdings noch nicht schlechterdings unerträglich i.S. eines sonstigen niedrigen Beweggrunds, vgl. Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 211 Rn. 18.

Dieses Mordmerkmal verwirklicht, wer beabsichtigt, mit der Tötungshandlung eine andere Straftat schneller, leichter oder überhaupt erst möglich zu machen, wobei diese Straftat später nicht begangen werden muss.<sup>20</sup> Vorliegend ging es dem S darum, durch den Tod der Businsassen die Straftat der Marktmanipulation begehen/vollenden zu können. Daher ist die Ermöglichungsabsicht zu bejahen.

Somit hat S auch das Mordmerkmal „um eine andere Straftat zu ermöglichen“ verwirklicht.

## 2. Unmittelbares Ansetzen

In objektiver Hinsicht setzt der Versuch nach § 22 StGB voraus, das der Täter nach seiner individuellen Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt. Unmittelbares Ansetzen ist dabei mit der sog. gemischt subjektiv-objektiven Theorie als die Aufnahme einer Handlung zu verstehen, die nach dem Plan des Täters ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmündet, wobei der Täter dann subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht's los“ überschreiten muss.

Seiner Vorstellung nach hat S mit dem Bau der Nagelbomben, ihrem Ablegen und der Zündung in der Nähe des BVB-Mannschaftsbusses alles getan, um den Morderfolg zu erreichen. Damit hat er unmittelbar angesetzt.

## III. Rechtswidrigkeit

Die Tat ist rechtswidrig, wenn keine Rechtfertigungsgründe gegeben sind. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. S handelte somit rechtswidrig.

## IV. Schuld

Die Tat ist schuldhaft, wenn keine Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe vorliegen. Auch solche sind nicht ersichtlich. S handelt daher auch schuldhaft.

## V. Rücktritt

S könnte allerdings nach § 24 StGB strafbefreiend vom Mordversuch zurückgetreten sein. Ein Rücktritt ist allerdings immer dann ausgeschlossen, wenn der Versuch bereits fehlgeschlagen ist.<sup>21</sup> Denn dann fehlt es an der bei Wahrnehmung ggf. später zu belohnenden Umkehrmöglichkeit durch den Täter. Ein Versuch gilt als fehlgeschlagen, wenn der Täter davon ausgeht, den angestrebten Erfolg im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit den ursprünglich vorgesehenen oder den ihm in der konkreten Situation zur Verfügung stehenden Mitteln nicht mehr herbeiführen zu können. Vorliegend musste S nach der Zündung der Nagelbomben, die ihm jedoch den avisierten Taterfolg verwehrte, erkennen, dass ihm die Ermordung der Businsassen seinem ursprünglichen Tatplan nach nicht mehr möglich war. Der Versuch war somit fehlgeschlagen, ein strafbefreiender Rücktritt war S daher nicht mehr möglich.

## VI. Ergebnis

S hat sich wegen versuchten Mordes nach §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### B) Strafbarkeit aus

#### §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 5 StGB

S könnte sich durch das Zünden der drei Nagelbomben, die einen Spieler des BVB im Mannschaftsbus durch dann herumfliegende Glassplitter am Arm verletzten, so dass dieser sich einer Notoperation samt einem mehrtägigen Krankenhausaufenthalt unterziehen musste, wegen gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 5 StGB strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

S müsste erneut zunächst tatbestandsmäßig gehandelt haben.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Dabei müsste S den objektiven Tatbestand hinsichtlich des Grunddelikts nach § 223 Abs. 1 StGB und der Qualifikationsmerkmale nach § 224 Abs. 1 StGB erfüllt haben.

##### a) Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB

§ 223 Abs. 1 StGB ist hinsichtlich der Tathandlungen dann erfüllt, wenn es beim Tatopfer zu einer körperlichen Misshandlung oder Gesundheitsschädigung gekommen ist. Eine Gesundheitsschädigung, also jedes Steigern oder Hervorrufen eines krankhaften Zustands<sup>22</sup>, liegt in Anbetracht der Verletzungen des BVB-Spielers zweifellos vor. Zudem könnte eine körperliche Misshandlung gegeben sein. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, durch die das Opfer in seinem körperlichen Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird.<sup>23</sup> Die Verletzungen des BVB-Spielers durch herumfliegende Glassplitter sind auch als körperliche Misshandlung zu begreifen, die kausal auf die Handlungen des S zurückzuführen ist. Der Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB ist damit erfüllt.

##### b) Qualifikationsmerkmale

Fraglich ist, ob die einfache Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB vorliegend auch durch Qualifikationsmerkmale nach § 224 Abs. 1 StGB verstärkt wird. In Betracht kommen die Qualifikationsmerkmale „Waffe oder anderes gefährliches Werkzeug“ (Nr. 2), „hinterlistiger Überfall“ (Nr. 3) und „lebensgefährdende Behandlung“ (Nr. 5).

##### aa) Waffe oder anderes gefährliches Werkzeug

Möglicherweise hat S die Körperverletzung am betroffenen BVB-Spieler mittels einer Waffe oder einem anderen gefährlichen Werkzeug begangen.

Eine selbstgebaute Bombe ist jedenfalls nicht vom Katalog in § 1 Waffengesetz erfasst, so dass die Begehung durch eine Waffe ausscheidet.

<sup>20</sup> Vgl. SK-StGB/Sinn, 133. Lfg. (2012), § 211 Rn. 66; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 211 Rn. 63.

<sup>21</sup> BGH StV 2013, 435 (436); Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 24 Rn. 6.

<sup>22</sup> BGH NJW 1989, 781 (782 ff.); BGH NJW 1998, 833 (835); Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 223 Rn. 24.

<sup>23</sup> BGH NJW 1991, 2918 (2919); BGH StV 2001, 680; Dölling, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. (2013), § 223 StGB Rn. 4.

In Betracht kommt aber die Begehung durch ein anderes gefährliches Werkzeug. Gefährliche Werkzeuge sind Gegenstände, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit oder der Art ihrer Verwendung im Einzelfall dazu geeignet sind, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.<sup>24</sup> Bei einer selbstgebauten Nagelbombe, die gezielt zur Tötung und als Durchgangsstadium dessen zur Körperverletzung eingesetzt wird, ist dies jedenfalls der Fall.

Daher hat S das Qualifikationsmerkmal aus § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt.

### bb) hinterlistiger Überfall

Fraglich ist sodann, ob die Körperverletzung am BVB-Spieler auch mittels eines hinterlistigen Überfalls erfolgte.

Ein Überfall i.S. eines unvorhergesehenen Angriffs lässt sich – analog der Arglosigkeit der Businsassen im Rahmen der Heimtückeprüfung beim versuchten Mord – nicht bestreiten. Allerdings müsste dieser auch hinterlistig erfolgt sein. Hinterlistig ist ein Überfall dann, wenn der Täter planmäßig, in einer auf Verdeckung seiner wahren Absichten berechneten Weise vorgeht, um gerade hierdurch dem Angegriffenen die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren.<sup>25</sup> Das bloße Ausnutzen des Überraschungsmoments reicht hierbei jedoch nicht.<sup>26</sup> Das Zünden der versteckten Nagelbomben durch S stellt aber letztlich nur das Ausnutzen eines solchen Überraschungsmoments dar.

Im Ergebnis hat S das Qualifikationsmerkmal aus § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB somit nicht erfüllt.

### cc) lebensgefährdende Behandlung

Die Körperverletzung am BVB-Spieler könnte schließlich mit einer lebensgefährdenden Behandlung einhergegangen sein.

Dann müsste das Täterverhalten bei der Körperverletzung abstrakt geeignet gewesen sein, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen.<sup>27</sup> Das Zünden einer Nagelbombe in relativer Nähe zum Opfer stellt in jedem Fall eine lebensgefährdende Behandlung dar.

Somit ist auch das Qualifikationsmerkmal aus § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erfüllt.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Als Durchgangsstadium zum beabsichtigten Mord wollte S auch die gefährliche Körperverletzung am letztlich verletzten BVB-Spieler verwirklichen. Der subjektive Tatbestand ist somit erfüllt.

## II. Rechtswidrigkeit

S hat auch rechtswidrig gehandelt.

## III. Schuld

Sein Verhalten war zudem schuldhaft.

## IV. Ergebnis

S hat sich auch wegen gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 StGB strafbar gemacht.

Die vollendete gefährliche Körperverletzung steht aufgrund ihrer Klarstellungsfunktion in Tateinheit (§ 52 StGB) zum versuchten Mord.<sup>28</sup> Dagegen tritt die hier nicht weiter zu prüfende versuchte gefährliche Körperverletzung an den übrigen Businsassen als notwendiges Durchgangsstadium hinter dem versuchten Mord als subsidiär zurück.

### C) Strafbarkeit aus § 308 Abs. 1 StGB

Außerdem wäre an das Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion nach § 308 Abs. 1 StGB zu denken, die dem S vorgeworfen werden könnte.

Zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands muss durch eine Explosion (namentlich von Sprengstoff) eine konkrete Gefahr für Leben oder Gesundheit einer anderen Person bzw. für fremde Sachwerte verursacht worden sein. Dies ist auch der Fall. S hat eine Sprengstoffexplosion ausgelöst und damit Leib und Leben der Businsassen sowie auch den Mannschaftsbus in eine (sich teilweise auch verwirklichte) Gefahr gebracht. Sowohl in Bezug auf die Explosion als auch die Erfolgsqualifikation der Gefährdung hat S mit Vorsatz gehandelt und damit auch den subjektiven Tatbestand erfüllt. Rechtswidrigkeit und Schuld liegen zudem vor.

S hat sich daher auch wegen Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion nach § 308 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Zu Tötungs- und Körperverletzungsdelikten besteht dabei Tateinheit (§ 52 StGB).<sup>29</sup>

### D) Strafbarkeit aus § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Zudem ist an die Vorbereitung eines Explosionsverbrechens nach § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu denken, die dem S zur Last werden könnte.

S hatte sich Sprengstoff von dem nicht näher bekannten russischen Ex-Offizier verschafft. Dies geschah auch als Vorbereitungshandlung für die später begangene Straftat nach § 308 Abs. 1 StGB (Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion). Der objektive Tatbestand ist somit erfüllt.

Auf Ebene des subjektiven Tatbestands muss sich der erforderliche Vorsatz nicht nur auf die Tatbegehung als solche erstrecken, sondern auch darauf, dass die Tathandlung der Vorbereitung einer Tat nach § 308 Abs. 1 StGB dient, die dabei in ihren wesentlichen Umrissen schon geplant ist.<sup>30</sup> Am Vorsatz des S auch für die spätere Explosionsstraftat schon beim sich Verschaffen des Sprengstoffs kann nicht gezweifelt werden.

Da S zudem rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat, liegt die Strafbarkeit nach § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB vor.

<sup>24</sup> BGHSt 3, 105 (109); Zöller, in: AnwaltKommentar-StGB, 2. Aufl. (2015), § 224 Rn. 8.

<sup>25</sup> BGH NSTZ 2005, 40; Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. (2013), § 224 Rn. 22.

<sup>26</sup> BGH NSTZ-RR 2013, 173 (174); Hardtung, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. (2012), § 224 Rn. 29.

<sup>27</sup> Zöller, in: AnwaltKommentar-StGB, 2. Aufl. (2015), § 224 Rn. 17; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 224 Rn. 12.

<sup>28</sup> BGHSt 44, 196; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 211 Rn. 106.

<sup>29</sup> Börner, in: AnwaltKommentar-StGB, 2. Aufl. (2015), § 308 Rn. 9; Bange, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 308 Rn. 25.

<sup>30</sup> BGH NJW 1977, 540; OLG Karlsruhe StV 2012, 348 (349); Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 310 Rn. 9;



Allerdings tritt die Vorbereitung eines Explosionsverbrechens im Fall der späteren Verwirklichung der Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion (und so liegt der Fall auch vorliegend) als subsidiär dahinter zurück.<sup>31</sup>

### E) Strafbarkeit aus § 303 Abs. 1 StGB

Ferner könnte der durch die Zündung der Nagelbomben bedingte Totalschaden am Mannschaftsbus bedeuten, dass S sich auch wegen Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat.

Dann müsste S mit dem Mannschaftsbus eine fremde Sache beschädigt oder zerstört haben. In Betracht kommt die Zerstörung des Mannschaftsbusses. Denn unter Zerstörung fällt nicht nur die Vernichtung der Substanz einer Sache, sondern auch die vollständige Aufhebung ihrer bestimmungsgemäßen Brauchbarkeit<sup>32</sup>. Bei einem KFZ mit Totalschaden ist die Variante der Zerstörung zu bejahen.

S nahm die Zerstörung des Mannschaftsbusses zumindest billigend in Kauf. Da bedingter Vorsatz im Rahmen des § 303 StGB ausreicht, ist somit auch der subjektive Tatbestand erfüllt.

Das Handeln des S war ferner rechtswidrig und schuldhaft.

S hat sich daher auch wegen Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Allerdings wird die Tat nach § 303c StGB grundsätzlich nur auf Antrag verfolgt, es sei denn es besteht ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung. Letzteres ist immer dann der Fall, wenn eine Tat den Rechtsfrieden erheblich stört<sup>33</sup>, was vorliegend letztlich zu bejahen ist.

Im Verhältnis zum Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion dürfte dann Tateinheit (§ 52 StGB) vorliegen.

### F) Strafbarkeit aus § 315b Abs. 1 StGB

Schließlich könnte hinsichtlich der Zündung der Nagelbomben durch S nahe dem anfahrenen Mannschaftsbus auch an einen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr nach §§ 315b Abs. 1 StGB zu denken sein.

S hat jedenfalls mit dem Mannschaftsbus nach § 315b Abs. 1 Nr. 1 StGB als sog. Außeneingriff ein Fahrzeug zerstört und dadurch fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet. Fraglich ist aber, ob er hierdurch auch die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt hat. § 315b StGB erfasst schließlich nur den öffentlichen Straßenverkehr.<sup>34</sup> Öffentlich nutzbare Parkplätze etwa von Restaurants werden als öffentlicher Verkehrsraum angesehen, bei einem Parkplatz eines Hotels nur für Übernachtungsgäste wird dies jedoch verneint.<sup>35</sup> Da vorliegend keine exakten Erkenntnisse über den Verkehrsstandort des Busses zum Zeitpunkt der Tat des S vorliegen, muss (in dubio pro reo) eine Strafbarkeit nach § 315b Abs. 1 StGB ausscheiden.

S hat sich daher nicht wegen eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr nach §§ 315b Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### G) Strafbarkeit aus § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB

Möglicherweise hat sich S aber wegen Vortäuschens über die Beteiligten einer rechtswidrigen Tat nach § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht, indem er mehrere Bekennerschreiben zum Attentat auf den BVB-Mannschaftsbus auslegte, die wider besseres Wissen andere Täter benannten.

Zwar muss sich der Täter aufgrund des nemo tenetur-Prinzips niemals selbst belasten, § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB untersagt allerdings dem Täter einer rechtswidrigen Tat, dass er den Verdacht in täuschender Weise gezielt auf einen Dritten lenkt und hierdurch die Verfolgungsorgane in eine bestimmte Richtung lenkt.<sup>36</sup>

Da Schutzzweck der Norm die Funktionsfähigkeit der inländischen Rechtspflege ist<sup>37</sup> und es somit entscheidend darauf ankommt, dass letzten Endes keine polizeilichen Ressourcen auf eine gezielt falsche Fährte verschwendet werden, kommt es dabei nicht darauf an, dass S den Verdacht mithilfe der falschen Bekennerschreiben auf Personengruppen und nicht auf eine bestimmte Person<sup>38</sup> gelenkt hat. Ganz im Gegenteil dürfte ein solcher Umstand sogar einen noch höheren Verfolgungsaufwand auslösen als der geäußerte Verdacht gegen eine bestimmte Person.

Den vorgenannten objektiven Tatbestand hat S auch evident verwirklicht, als er in den ausgelegten Bekennerschreiben auf bestimmte andere Personengruppen als Täter des Anschlags hinwies.

Sein Handeln erfolgte auch wider besseren Wissens vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

Im Ergebnis hat S sich daher auch wegen Vortäuschens über die Beteiligten einer rechtswidrigen Tat nach § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

Auf Konkurrenzebene wird von Tatmehrheit (§ 53 StGB) auszugehen sein. Denn die Tathandlung der Vorbereitung und des Ablegens der falschen Bekennerschreiben ist als gesonderte Tathandlung unabhängig vom eigentlichen Anschlagskomplex zu begreifen.

### H) Strafbarkeit aus § 38 Abs. 1 Nr. 2 WpHG iVm. § 39 Abs. 3 lit. d) Nr. 2 WpHG, Art. 15, 12 Abs. 1 MAR

Schließlich könnte sich S noch wegen Marktmanipulation nach § 38 Abs. 1 Nr. 2 WpHG iVm. § 39 Abs. 3 lit. d) Nr. 2 WpHG, Art. 15, 12 Abs. 1 MAR strafbar gemacht haben.

<sup>31</sup> Vgl. Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 310 Rn. 14; Weiler, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. (2013), § 310 StGB Rn. 7.

<sup>32</sup> RGSt 55, 169, 170; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 303 Rn. 14.

<sup>33</sup> Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 303c Rn. 4; Altenhain, in: Matt/Renzikowski, StGB, (2013), § 303c Rn. 7.

<sup>34</sup> BGHSt 49, 128; Zieschang, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. (2013), § 315b Rn. 26.

<sup>35</sup> Vgl. BGHSt 16, 7 (10 ff.); ferner Renzikowski, in: Matt/Renzikowski, StGB, (2013), § 315b Rn. 3 f.

<sup>36</sup> Zopfs, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. (2017), § 145d Rn. 33 ff.; Dietmeier, in: Matt/Renzikowski, StGB, (2013), § 145d Rn. 17.

<sup>37</sup> SK-StGB/Rogall/Rudolphi, 143. Lfg. (2014), § 145d Rn. 2; Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 145d Rn. 2.

<sup>38</sup> Nach LK-StGB/Ruß, 12. Aufl. (2009), § 145d Rn. 16 reicht jegliche Form qualifizierten Leugnens der eigenen Täterschaft aus.



**Hinweis**

Hier liegt die eigentliche Schwierigkeit der Klausur. Derartige Nebenstrafrecht wird typischerweise nur im Schwerpunktbereich Strafrecht abgehandelt. In einer Originalklausur würden wahrscheinlich §§ 38, 39 WpHG sowie die maßgeblichen Teile der Marktmissbrauchsverordnung (MAR) zum Sachverhalt mitgeliefert. Gerade für den in der Ausbildung befindlichen Juristen ist die Anwendung der maßgeblichen Normen aufgrund der Gestaltung des § 38 WpHG als Blankettstrafnorm mit mehrfacher Verweisteknik aber nicht gerade einfach.

Als Tatbestandsvariante kommt dabei eine handlungsgestützte Manipulation in Bezug auf die von der MAR erfassten Tatobjekte in Betracht. Hierbei geht es zentral um jegliche sonstige Tätigkeit oder Handlung an Finanzmärkten, die unter Vorspiegelung falscher Tatsachen oder unter Verwendung sonstiger Kunstgriffe oder Formen der Täuschung den Kurs eines Tatobjekts beeinflusst oder hierzu geeignet ist (kurz zusammengefasst: Marktmanipulation durch sonstige Täuschungshandlungen<sup>39</sup>). Hiervon ist jede Täuschungshandlung erfasst, die den Preis des Tatobjekts beeinflusst oder bei der dies wahrscheinlich ist. Insgesamt geht es um Täuschungshandlungen mit Preismanipulationswahrscheinlichkeit.<sup>40</sup> Der Manipulator erlangt dann durch seine Manipulationshandlung einen asymmetrischen Informationsvorsprung, den er ausnutzen kann.<sup>41</sup>

Vorliegend liegt der wohl bislang von keiner Seite bedachte Fall der Begehung einer schweren Straftat (versuchter Mord) als Täuschungshandlung vor, die in manipulativer Weise Auswirkungen auf Preise/Kurse hatte (und bei Vollendung der im Versuchsstadium steckengebliebenen Mordtat noch wesentlich gravierendere Auswirkungen gehabt hätte). Nur S hatte – ähnlich wie ein Insider bei Insiderhandel<sup>42</sup> – das spezifische Wissen, dass sich alsbald die Kurse verändern werden, weil er durch seinen Anschlag hierfür den Grund lieferte.

Täter der Marktmanipulation nach § 38 Abs. 1 WpHG kann jedermann sein.<sup>43</sup> Somit ist S als tauglicher Täter zu greifen.

Fraglich ist, was als taugliches Tatobjekt anzusehen ist. Jedenfalls zählen hierzu Finanzinstrumente nach Art. 3 Abs. 1 MAR iVm. Art. 4 Abs. 1 Nr. 15 der 2. Richtlinie über Finanzinstrumente (MiFID II) und dem Anhang I der MiFID II. Im Wesentlichen geht es um alle in organisierten Handelssystemen gehandelten Finanzinstrumente, wobei Aktien und Optionen jedenfalls hierzu gehören.<sup>44</sup>

Der erforderliche Einwirkungserfolg auf den Preis eines Finanzinstruments ist vorliegend auch klar zu erkennen. Denn durch

den Anschlag auf den BVB-Mannschaftsbus ist der Kurs der Aktie der BVB KGaA ganz offensichtlich abgesunken, der Kurs der entsprechenden Put-Option gestiegen.

Schließlich hat S auch mit dem erforderlichen Vorsatz sowie rechtswidrig und schuldhaft gehandelt.

Insgesamt hat sich S somit auch nach § 38 Abs. 1 Nr. 2 WpHG iVm. § 39 Abs. 3 lit. d Nr. 2 WpHG, Art. 15, 12 Abs. 1 MAR strafbar gemacht

Hinsichtlich Konkurrenzen ist herauszustreichen, dass es – aus verständlichen Gründen – keinerlei Hinweise in Rspr. und Literatur gibt, wie sich Marktmanipulation etwa zu Tötungsdelikten verhält. Indes dürfte auch an dieser Stelle von Tatmehrheit (§ 53 StGB) einerseits zu sämtlichen Strafbarkeiten aus dem gesamten Anschlagskomplex, andererseits zum Vortäuschen über die Beteiligten einer rechtswidrigen Tat auszugehen sein, da letztlich diese drei unterschiedlichen Handlungsstränge (Anschlagskomplex; Vertuschung des Anschlags; Marktmanipulation) herausgearbeitet werden können. Zwar liegt im Anschlagskomplex eine Teilidentität der Ausführungshandlungen zur Marktmanipulation, da der Tötungsversuch (und im Falle der Vollendung der Tötungserfolg) zugleich der kursbeeinflussende Manipulationsfaktor war. Jedoch musste S zusätzlich die Put-Optionen vorher kaufen und später wieder verkaufen. Gerade der letztgenannte Umstand erfordert eine gesonderte, dem Anschlagskomplex nachgelagerte Tathandlung, die die Marktmanipulation hierzu in Tatmehrheit stellt.

**I) Gesamtergebnis**

S hat sich somit insgesamt nach §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB wegen versuchten Mordes, nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 StGB wegen gefährlicher Körperverletzung, nach § 308 Abs. 1 StGB wegen Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion, nach § 303 Abs. 1 StGB wegen Sachbeschädigung, nach § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB wegen Vortäuschens über die Beteiligten einer rechtswidrigen Tat und nach §§ 38 Abs. 1 Nr. 2 WpHG iVm. § 39 Abs. 3 lit. d Nr. 2 WpHG, Art. 15, 12 Abs. 1 MAR wegen Marktmanipulation strafbar gemacht.

**Hinweis**

Dem tut es keinen Abbruch, dass die Bundesanwaltschaft im realen Fall am 21.04.2017 bekannt gegeben hat, dass sie dem Tatverdächtigen zunächst nur „versuchten Mord, gefährliche Körperverletzung und Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion“ zur Last legt. Denn in der Praxis ist es üblich, nur „die Dickschiffe“ zur Anklage zu bringen. Vorliegend überstrahlt der zofache versuchte Mord nahezu alles andere.

<sup>39</sup> *Diversy/Köpferl*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. (2017), § 38 WpHG Rn. 90; *Theile*, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, (2017), § 38 WpHG Rn. 28.

<sup>40</sup> *Diversy/Köpferl*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. (2017), § 38 WpHG Rn. 91.

<sup>41</sup> Vgl. *Trüg*, in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, (2017), § 38 WpHG Rn. 88.

<sup>42</sup> Dabei ist die Abgrenzung zu Insiderhandel in der Variante "Insiderinformationen aufgrund der Vorbereitung oder Begehung von Straftaten erlangt" nicht unbedingt einfach. Entscheidend dürfte aber sein, dass im vorliegenden Fall nicht nur kriminell geschaffenes Insiderwissen ausgenutzt, sondern

durch die kriminellen Machenschaften auch gleich der ganze Aktienkurs der Aktie der BVB KGaA und der hierauf bezogenen Finanzprodukte verändert wurde.

<sup>43</sup> *Diversy/Köpferl*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. (2017), § 38 WpHG Rn. 18; *Trüg*, in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, (2017), § 38 WpHG Rn. 42.

<sup>44</sup> *Diversy/Köpferl*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. (2017), § 38 WpHG Rn. 21, 23; vgl. auch *Trüg*, in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, (2017), § 38 WpHG Rn. 41.

Einmal angenommen, es käme im realen Fall zu einer Anklageerhebung und Verurteilung, dann dürfte besonders spannend sein, ob im Rahmen der Strafzumessung eine fakultative Strafmilderung nach §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB erfolgt, da das im Rahmen der Tateinheitsdelikte (= Anschlagskomplex) schwerste Delikt des versuchten Mordes zwar im Versuch stecken geblieben ist, dennoch eben gleich ein zofacher versuchter Mord im Raum steht.

Sollte aus diesen Gründen von einer fakultativen Strafmilderung abgesehen werden, kommt nach §§ 211 Abs. 1, 52 Abs. 2 S. 1 StGB nur eine lebenslange Freiheitsstrafe in Betracht. Der Tatmehrheit nach § 53 StGB v.a. im Verhältnis zur Marktmanipulation würde dann bei der Strafzumessung im Ergebnis keine Bedeutung mehr zukommen, da bei der Gesamtstrafenbildung nach § 54 Abs. 1 S. 1 StGB ohnehin auf lebenslange Freiheitsstrafe erkannt werden müsste.

### ► Inhaltsverzeichnis



---

# KLAUSUR – ZIVILRECHT

---

Pius O. Dolzer\*

## „Übungen zur Vor-GmbH“ Schwerpunktbereichsklausur

### Sachverhalt

A und B fassen, voller guter Vorsätze für das neue Jahr, am 15. Januar den Entschluss, einen Versandhandel für Musikwaren zu gründen. Dazu wollen sie eine GmbH unter der Firma „A&B - Musik-GmbH“ (nachfolgend M-GmbH) gründen, wobei beide im gleichen Verhältnis beteiligt sein sollen. A soll 12.500 € in bar einbringen, B sein schon bestehendes, kleines Unternehmen (einen Vinyl-Plattenladen) im gleichen Wert. Ihr guter Freund G soll Geschäftsführer werden, wozu sich dieser, ebenfalls überzeugt von dem Vorhaben, bereit erklärt. Am 1. Februar wird der Gesellschaftsvertrag beim Notar geschlossen. Sodann bringen A und B ihre Bar-/Sacheinlagen ein und melden am 1. März die Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister beim zuständigen Gericht an.

A und B sind voller Tatendrang und beschließen, dass die Geschäfte sogleich vollumfassend in Angriff genommen werden sollen. Daher trifft sich G schon am 5. März mit W, Gesellschafter der W-OHG, und kauft bei letzterer im Namen der M-GmbH Werbebanner und Flyer für einen Gesamtpreis von 5.000 €, um den Versandhandel allgemein bekannt zu machen.

Am 1. April wird die M-GmbH ins Handelsregister eingetragen. Der Versandhandel kann aber mit der bestehenden Konkurrenz nicht mithalten, die Geschäfte laufen schlecht. Der am 1. Juni gestellte Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird mangels Masse abgewiesen.

### Abwandlung 1

Das zuständige Registergericht lehnt den Antrag auf Eintragung der GmbH ins Handelsregister am 1. April wegen massiver Überbewertung des Unternehmens (Sacheinlage des B) ab.

### Abwandlung 2

A ist derart von der Idee zur Gründung einer Gesellschaft begeistert, dass er (A) schon einen Tag nach dem gemeinsamen Entschluss von A und B (also am 16. Januar, noch vor Abschluss eines Gesellschaftsvertrags) bei der W-OHG die Werbematerialien kauft. Am 20. Januar kommt allerdings B zu ihm und teilt mit, dass er seine guten Vorsätze fürs neue Jahr inzwischen aufgegeben hat und seinen Plattenladen lieber alleine weiterführt.

**Welche Ansprüche stehen der W-OHG jeweils zu?**

---

\* Der Autor ist wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff) und promoviert zum Aktienrecht.

**Gliederung****A) Ausgangsfall**

I. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen die M-GmbH aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB iVm. § 13 Abs. 1 GmbHG

1. Kaufvertrag zwischen der W-OHG und der M-GmbH
2. Kaufvertrag zwischen der W-OHG und der Vor-GmbH // M-GmbH als Rechtsnachfolgerin der Vor-GmbH
  - a) Kaufvertrag zwischen der W-OHG und der Vor-GmbH
    - aa) Angebot der Vor-GmbH
      - (1) Entstehung der Vor-GmbH
      - (2) Rechtsfähigkeit der Vor-GmbH
      - (3) Wirksame Vertretung der Vor-GmbH durch G
    - bb) Annahme der W-OHG
    - cc) Zwischenergebnis
  - b) Eintritt der M-GmbH als Rechtsnachfolgerin der Vor-GmbH in den Vertrag mit der W-OHG
3. Ergebnis

II. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen G aus § 11 Abs. 2 GmbHG

III. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen A und B aus § 11 Abs. 2 GmbHG

IV. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen A und B aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB iVm. den Grundsätzen der Vorbelastungshaftung

V. Ergebnis zum Ausgangsfall

**B) Abwandlung 1**

I. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen die M-GmbH aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB iVm. § 13 Abs. 1 GmbHG

II. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen die Vor-GmbH aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB

III. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen A und B aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen der Verlustdeckungshaftung

1. Verbindlichkeit der Vor-GmbH aus dem Kaufvertrag
2. Haftung der Gesellschafter A und B für die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH
3. Ergebnis

IV. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen G aus § 11 Abs. 2 GmbHG

V. Ergebnis der Abwandlung 1

**C) Abwandlung 2**

I. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen die Vorgründungsgesellschaft aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB

1. Angebot der Vorgründungsgesellschaft
  - a) Rechtsnatur und Rechtsfähigkeit der Vorgründungsgesellschaft
  - b) Wirksame Vertretung der Vorgründungsgesellschaft durch A
2. Ergebnis

II. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen A und B aus § 433 Abs. 2 BGB iVm. § 128 Abs. 1 HGB analog

III. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen A aus § 179 Abs. 1 HGB

IV. Ergebnis der Abwandlung 2



## Gutachten

### A) Ausgangsfall

#### I. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen die M-GmbH aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB iVm. § 13 Abs. 1 GmbHG

Die W-OHG könnte einen Zahlungsanspruch iHv. 5.000 € gegen die M-GmbH aus einem Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB haben.

#### 1. Kaufvertrag zwischen der W-OHG und der M-GmbH

Möglicherweise ist ein solcher Kaufvertrag am 5. März zustande gekommen, als G bei W die Werbematerialien kaufte. Dem könnte aber § 11 Abs. 1 GmbHG entgegen stehen. Danach besteht eine GmbH vor Eintragung ins Handelsregister „als solche“ nicht. Die M-GmbH wurde erst am 1. April eingetragen. Zum fraglichen Zeitpunkt war die M-GmbH daher nicht existent. Ein Kaufvertrag zwischen der W-OHG und der M-GmbH kommt insofern nicht in Betracht.

#### 2. Kaufvertrag zwischen der W-OHG und der Vor-GmbH // M-GmbH als Rechtsnachfolgerin der Vor-GmbH

Möglicherweise kam ein Kaufvertrag zwischen der W-OHG und der Vor-GmbH zustande, in den die M-GmbH als Rechtsnachfolgerin der Vor-GmbH eingetreten ist.

#### a) Kaufvertrag zwischen der W-OHG und der Vor-GmbH

Es müsste ein Kaufvertrag zwischen der W-OHG und der Vor-GmbH zustande gekommen sein. Dazu bedarf es zweier korrespondierender Willenserklärungen - Angebot und Annahme, §§ 145 ff. BGB.

#### aa) Angebot der Vor-GmbH

Ein Angebot der Vor-GmbH kommt nur in Betracht, wenn diese entstanden und rechtsfähig ist.

### (1) Entstehung der Vor-GmbH

Die Gründung einer GmbH verläuft in einem gestreckten Verfahren, §§ 7 ff. GmbHG.<sup>1</sup> Wichtige Stichtage auf der Zeitachse der GmbH-Gründung sind der gemeinsame Entschluss der Gesellschafter zur Gründung einer GmbH, die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags und schließlich die Eintragung der GmbH ins Handelsregister.<sup>2</sup> Vor der Eintragung in das Handelsregister besteht die GmbH als solche nicht, § 11 Abs. 1 GmbHG.<sup>3</sup> Damit stellt sich die Frage, mit *was* man es vor Eintragung zu tun hat, spricht doch das GmbHG selbst bereits von einer „Gesellschaft“, §§ 7 ff. GmbHG.<sup>4</sup> In diesem Zusammenhang ist die Vorgründungsgesellschaft von der Vorgesellschaft („Vor-GmbH“) zu unterscheiden. Erstere ist Personengesellschaft<sup>5</sup> und besteht grundsätzlich vom Zeitpunkt des gemeinsamen Entschlusses der Gesellschafter zur Gründung einer GmbH bis zur notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrags. Die Vor-GmbH hingegen entsteht mit notarieller Beurkundung des Gesellschaftsvertrags, ist Gesellschaft *sui generis* und unterliegt einem Sonderrecht<sup>6</sup>: Die Regelungen des GmbHG finden Anwendung, soweit diese eine Eintragung ins Handelsregister nicht voraussetzen. Das Recht der Vor-GmbH wurde von der Rechtsprechung nach Vorarbeiten durch das Schrifttum gebildet und wird als gesetzgleiches Richterrecht anerkannt.<sup>7</sup>

Der Gesellschaftsvertrag wurde am 1. Februar notariell beurkundet. Damit ist eine Vor-GmbH entstanden.

### (2) Rechtsfähigkeit der Vor-GmbH

Die Vor-GmbH müsste rechtsfähig sein. Damit stellt sich zugleich die Frage nach ihrer Rechtsnatur.<sup>8</sup> Dass die Vor-GmbH nicht schon als GmbH anzuerkennen ist und damit gemäß § 13 Abs. 1 GmbHG rechtsfähig wäre, ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des § 11 Abs. 1 GmbHG. Die Vor-GmbH ist aber als Rechtsgebilde auf die künftige juristische Person hin angelegt. Wie diese, hat sie bereits eine körperschaftliche Struktur (Drittorganschaft, Mindeststammkapital), sodass eine Qualifikation als Personengesellschaft abzulehnen ist.<sup>9</sup> Sie ist vielmehr Gesellschaft *sui generis*. Ihre Rechtsfähigkeit ergibt sich aus einer Gesamtschau der Normen zum Gründungsrecht der GmbH.<sup>10</sup>

<sup>1</sup> Die Gründungsregelungen dienen dem Gläubigerschutz und sind mitunter Preis für die Haftungsbeschränkung der Gesellschafter; allgemein K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 18 IV 1; Roth/Weller, Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. (2010), Rn. 440 f.; Höfer, „Flex-GmbH“ statt UG- Eine attraktive Schwester für die alte GmbH! (2015), S. 34 f. Zwingend ist ein derartiges Schutzsystem aber nicht, wie ein vergleichender Blick insb. auf das englische Gesellschaftsrecht zeigt; Fleischer, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), Einl. Rn. 288.

<sup>2</sup> Weitere Gründungsschritte, etwa die Anmeldung beim Registergericht zur Eintragung, die Bestellung des Geschäftsführers und die Einbringung der Bar-/Sacheinlagen können für das hier interessierende Recht der Vorgesellschaft unberücksichtigt bleiben. Zum Gründungsverfahren vgl. Roth/Weller, Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. (2010), Rn. 451 f.; Saenger, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2013), Rn. 726 ff.; Schäfer, Gesellschaftsrecht (2010), § 32 Rn. 1 ff.

<sup>3</sup> Für die Aktiengesellschaft vgl. § 41 Abs. 1 S. 1 AktG.

<sup>4</sup> Bei Gründung einer Aktiengesellschaft ist gar von einer errichteten Gesellschaft die Rede, vgl. § 29 AktG.

<sup>5</sup> Die Vorgründungsgesellschaft ist grundsätzlich bloße Innen-GbR. Treten die Gesellschafter nach außen im Rechtsverkehr auf, ist sie Außen-GbR und damit rechtsfähig. Betreibt sie ein Handelsgewerbe, ist sie als OHG zu qualifizieren, § 105 HGB. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 2; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 11 II 2; Saenger, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2013), Rn. 739.

<sup>6</sup> Zur Vor-GmbH vgl. insb. BGHZ 21, 242; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 34 III 3; Roth/Weller, Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. (2010), Rn. 474 ff.; Saenger, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2013), Rn. 740 ff.; Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. (2013), § 21; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 5 ff.; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. (2017), § 11 Rn. 6 ff.; Merkt, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 4 ff.; Michalski/Funke, in: Michalski, 2. Aufl. (2010), § 11 Rn. 42 ff.; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. (2015), S. 443 ff.; Schäfer, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. (2016), § 11 GmbHG, Rn. 13 ff.

<sup>7</sup> BGHZ 21, 242; 53, 210; 65, 378; 80, 129; 134, 333. Zur Entwicklung des Richterrechts der Vorgesellschaft vgl. Raiser, in: FS-Blaurock (2013), S. 385, 391 ff.

<sup>8</sup> Ausführlich Merkt, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 8 ff.

<sup>9</sup> BGHZ 80, 129.

<sup>10</sup> BGHZ 80, 129; Merkt, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 47; Roth/Weller, Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. (2010), Rn. 481. Die Rechtsfähigkeit der Vor-GmbH wird implizit vorausgesetzt: Gemäß § 7 Abs. 1 GmbHG ist die Gesellschaft beim Registergericht zur Eintragung anzumelden; gemäß § 7 Abs. 2 GmbHG müssen zu diesem Zeitpunkt die Einlagen nach Maßgabe des § 7 Abs. 2 GmbHG bereits eingezahlt sein. Dies gilt jedoch nicht mit Blick auf § 9a GmbHG. Nicht die Vor-GmbH, sondern erst die entstandene GmbH ist Gläubigerin dieses Anspruchs, Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 9a Rn. 1. Die Vor-GmbH ist dar-

### (3) Wirksame Vertretung der Vor-GmbH durch G

Ein Angebot der Vor-GmbH liegt vor, wenn diese wirksam durch G vertreten worden ist.<sup>11</sup> G hat am 5. März gegenüber M eine eigene Willenserklärung abgegeben.

G müsste die Willenserklärung im Namen des Vertretenen, hier der Vor-GmbH, abgegeben haben. G handelte jedoch im Namen der M-GmbH, die zum maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht existent war. Doch geht nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts der Wille des Erklärenden im Zweifel dahin, dass der wahre Rechtsträger verpflichtet werden soll, §§ 133, 157 BGB.<sup>12</sup> Dies gilt unabhängig von der Vorstellung des Geschäftspartners. Mithin wurde der Offenkundigkeitsgrundsatz gewahrt.

G müsste mit und innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht gehandelt haben, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB. Als Geschäftsführer der Vor-GmbH ist G grundsätzlich vertretungsbefugt, § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG analog. Doch ist der Umfang der Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer Vor-GmbH umstritten.<sup>13</sup>

Einerseits könnte man in analoger Anwendung des § 37 Abs. 2 GmbHG von einer unbeschränkten und unbeschränkbar Vertretungsmacht des Geschäftsführers der Vor-GmbH ausgehen.<sup>14</sup> Danach hätte G mit und innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht gehandelt, seine Willenserklärung würde für und gegen die Vor-GmbH wirken, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB.

Möglicherweise ist die Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer Vor-GmbH aber auf gründungsnotwendige Geschäfte beschränkt, soweit nicht die Gesellschafter eine Erweiterung der Vertretungsmacht beschließen.<sup>15</sup> Gründungsnotwendig ist ein Geschäft, wenn es zwingende Voraussetzung ist, um eine Eintragung der GmbH ins Handelsregister zu erreichen (Normativsystem). Zu beurteilen ist hier der Kauf von Werbematerialien. Man könnte erwägen, die öffentlichkeitswirksame Anwerbung einer Gesellschaft sei im Rahmen ihrer Gründung notwendig, um einen wirtschaftlichen Erfolg der GmbH herbeizuführen. Das mag ökonomisch, nicht aber juristisch überzeugen. Denn Werbemaßnahmen zielen auf die wirtschaftliche Tätigkeit der GmbH nach Gründung ab, nicht aber auf den Erfolg der Eintragung selbst. Mithin handelt es sich nicht um ein gründungsnotwendiges Geschäft. G hätte nach dieser Ansicht nicht innerhalb der

ihm zustehenden Vertretungsmacht gehandelt; eine wirksame Vertretung gemäß § 164 Abs. 1 S. 1 BGB wäre abzulehnen.

Doch könnte eine Streitentscheidung dahinstehen, wenn die Gesellschafter den Umfang der Vertretungsbefugnis des G erweitert hätten. Hierzu müsste ein entsprechender Gesellschafterbeschluss vorliegen. A und B waren voller Tatendrang und haben beschlossen, dass sämtliche Geschäfte sogleich in Angriff genommen werden sollten. Hierin ist ein einstimmig<sup>16</sup> gefasster Gesellschafterbeschluss<sup>17</sup> zu sehen. Die Geschäfte sollten vollumfassend in Angriff genommen werden, was über bloß gründungsnotwendige Geschäfte hinausgeht und auch Werbe-geschäfte einschließt, §§ 133, 157 BGB. Damit haben A und B die Vertretungsmacht des G entsprechend erweitert. G handelte folglich mit und innerhalb der ihm verliehenen Vertretungsmacht.

Die Willenserklärung des G wirkt für und gegen die Vor-GmbH, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB. Damit ist eine wirksame Willenserklärung der Vor-GmbH zu bejahen.

#### Hinweis

Zum Umfang der Vertretungsmacht:

Für<sup>18</sup> eine auf gründungsnotwendige Geschäfte beschränkte Vertretungsmacht wird angeführt, dass der Zweck der Vor-GmbH in der Eintragung der GmbH ins Handelsregister zu sehen sei. Eine vollständige Identität zwischen der Vor-GmbH und der GmbH sei mit Blick auf §§ 11 Abs. 1 GmbHG abzulehnen.<sup>19</sup> Die Vor-GmbH sei notwendige Vorstufe zur juristischen Person. Dementsprechend sei auch der Umfang der Vertretungsmacht zu beschränken. Dies diene dem Schutz der Gesellschafter vor einer persönlichen Haftung.<sup>20</sup> Sofern die Gesellschafter aber die Geschäfte befürworten, stehe es ihnen frei, durch einen Gesellschafterbeschluss die Vertretungsmacht des Geschäftsführers zu erweitern.<sup>21</sup>

Für<sup>22</sup> eine analoge Anwendung des § 37 Abs. 2 GmbHG wird angeführt: Der Zweck der Vor-GmbH stimme mit

über hinaus parteifähig, insolvenzfähig, grundbuchfähig, handelsregisterfähig, firmenrechtsfähig, vgl. *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2013), Rn. 741.

<sup>11</sup> Zur Anwendung der §§ 164 ff. BGB bei „organschaftlicher Vertretung“ und dem dahinter stehenden Grundlagenstreit vgl. nur *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 10 II ff.

<sup>12</sup> Zu den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts ausführlich *Schubert*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. (2015), § 164 Rn. 117 ff.; *Schäfer*, in: Beck'scher OK BGB, 40. Edition (Stand 01.08.2016), § 164 Rn. 25; *Maier-Reimer*, in: Erman BGB, 14. Aufl. (2014), § 164 Rn. 7; *Ahrens*, JA 1997, 895.

<sup>13</sup> Ausführliche und übersichtliche Darstellung bei *Merkt*, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 59 ff.

<sup>14</sup> *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 34 III 3 b) bb); *K. Schmidt*, in: *Scholz*, GmbHG, 11. Aufl. (2012), § 11 Rn. 72; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. (2015), S. 452; *W.H. Roth*, ZGR 1984, 597 (608 f.).

<sup>15</sup> So die heute h.M.; vgl. nur BGHZ 80, 129; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2013), Rn. 743; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 17; *Merkt*, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 63.

<sup>16</sup> Umstritten ist, ob es eines einstimmigen Beschlusses bedarf oder eine einfache Mehrheit ausreicht. Maßgeblich ist, ob § 47 Abs. 1 GmbHG analoge Anwendung findet. Für Einstimmigkeit *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl.

(2013), Rn. 743; *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. (2013), § 21 Rn. 22; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 17; aA. (Mehrheitsprinzip) *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. (2017), § 11 Rn. 9; *K. Schmidt*, in: *Scholz*, GmbHG, 11. Aufl. (2012), § 11 Rn. 55; *Merkt*, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 31; *Schäfer*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. (2016), § 11 Rn. 22.

<sup>17</sup> Das GmbHG stellt im Vergleich zum AktG geringere Anforderungen an die Einberufung und Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung (§§ 48 ff. GmbHG/§§ 121 ff. AktG). Etwaige Mängel bei der Einberufung sind im Rahmen der Universalversammlung geheilt, § 51 III GmbHG; vgl. nur *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 51 Rn. 31 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Fn 15.

<sup>19</sup> *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 5; *Merkt*, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 11; aA. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 34 III 1 a).

<sup>20</sup> *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. (2013), § 21 Rn. 22; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 17.

<sup>21</sup> *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 17; *Merkt*, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 65.

<sup>22</sup> Vgl. Fn 14.

dem Zweck der GmbH überein, weshalb eine Beschränkung abzulehnen sei.<sup>23</sup> Die Vertretungsmacht sei auch nicht mehr durch das Vorbelastungsverbot beschränkt.<sup>24</sup> Als verkehrerschützende Norm sei § 37 Abs. 2 GmbHG auch in der Vor-GmbH anzuwenden. Die Gesellschafter erschienen demgegenüber nicht schutzbedürftig.<sup>25</sup> Soll in die zu gründende GmbH ein schon bestehendes Unternehmen als Sacheinlage eingebracht werden, so könne dessen Betrieb in der Gründungsphase nicht stillgelegt werden. Mithin seien Geschäfte notwendig, die über die zur Gründung notwendigen Maßnahmen hinausgehen. AA. führt hierzu an, Zweck der Vor-GmbH sei freilich auch, das schon eingebrachte Vermögen zu verwalten.<sup>26</sup>

### bb) Annahme der W-OHG

W hat als Gesellschafter der W-OHG eine Willenserklärung für diese abgegeben, §§ 125 Abs. 1, 126 HGB.

### cc) Zwischenergebnis

Zwei korrespondierende Willenserklärungen liegen vor. Ein Vertrag zwischen der Vor-GmbH und der W-OHG kam zustande.

### b) Eintritt der M-GmbH als Rechtsnachfolgerin der Vor-GmbH in den Vertrag mit der W-OHG

Mit Eintragung der GmbH ins Handelsregister gehen sämtliche Aktiva und Passiva *ipso iure* auf die M-GmbH über (Haftungskontinuität).<sup>27</sup> Dem lassen sich auch nicht Erwägungen zum Gläubigerschutz oder der Unversehrtheitsgrundsatz<sup>28</sup> entgegenhalten. Der Unversehrtheitsgrundsatz und der damit bezweckte Gläubigerschutz werden bereits durch die Vorbelastungshaftung gewahrt. Zudem wären die Gläubiger der Vor-GmbH benachteiligt, würde man zwar die Aktiva, nicht aber die Passiva auf die M-GmbH übergehen lassen.<sup>29</sup> Die M-GmbH ist damit als Gesamtrechtsnachfolgerin der Vor-GmbH in den Kaufvertrag eingetreten.

### 3. Ergebnis

Die W-OHG hat einen Anspruch auf Zahlung von 5.000 € gegen die M-GmbH aus dem Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB.

## II. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen G aus § 11 Abs. 2 GmbHG

Die W-OHG könnte einen Anspruch auf Zahlung von 5.000 € gegen G geltend machen, wenn dieser nach den Grundsätzen der Handelndenhaftung gemäß § 11 Abs. 1 GmbHG einzustehen hätte. Hierzu müsste G vor Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt haben, als Handelnder anzusehen und die Haftung nicht infolge der Eintragung der GmbH erloschen sein.

G hat als Geschäftsführer noch vor Eintragung der GmbH eine Willenserklärung abgegeben. Handelnder ist, wer als Geschäftsführer oder wie ein solcher tätig wird.<sup>30</sup> Mithin ist der Geschäftsführer G Handelnder i.S.v. § 11 Abs. 2 GmbHG. G hat auch im Namen der Gesellschaft gehandelt.<sup>31</sup>

Die Handelndenhaftung hat indes eine Ausgleichsfunktion: Sie dient den Gläubigern als Ausgleich dafür, dass vor Eintragung noch keine vollständige Prüfung der GmbH erfolgte, keine Publizität besteht und die vollständige Aufbringung des Stammkapitals nicht garantiert ist. Mit Eintragung der GmbH ins Handelsregister ist dieser Zweck entfallen. Damit erlischt folglich auch die Handelndenhaftung.

### Hinweis

Zu den Funktionen der Handelndenhaftung<sup>32</sup>:

Ausgehend vom Unversehrtheitsgrundsatz nahm man früher ein strenges Vorbelastungsverbot an. Hiermit korrespondierend wurde in der Handelndenhaftung eine Straf-/Sanktionsfunktion gesehen. Mit Aufgabe des Vorbelastungsverbots<sup>33</sup> entfiel auch die Straffunktion. Hervorgehoben wurde ferner eine Sicherungs- und Druckfunktion. Die Sicherungsfunktion deshalb, weil lange die Rechtsfähigkeit der Vor-Gesellschaft abgelehnt wurde und mithin allein die Handelndenhaftung sicherstellte, dass den Gläubigern wenigstens der Handelnde für eine Haftung zur Verfügung stand (daraus folgte zudem ein extensives Verständnis des „Handelnden“)<sup>34</sup>. Mit Anerkennung der Vor-Gesellschaft als Gesellschaft *sui generis* und eigener Rechtspersönlichkeit<sup>35</sup> war aber auch diese

<sup>23</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 34 III 1 a); K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2012), § 11 Rn. 68; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. (2015), S. 452.

<sup>24</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 34 III 1 a); K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2012), § 11 Rn. 73.

<sup>25</sup> K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2012), § 11 Rn. 73.

<sup>26</sup> Vgl. nur Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 17.

<sup>27</sup> BGHZ 80, 129; 91, 148; Roth/Weller, Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. (2010), Rn. 483 f.; K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2012), § 11 Rn. 151.

<sup>28</sup> Den Gläubigern soll das Stammkapital bei Entstehen der GmbH „unversehrt“ zur Verfügung stehen; vgl. Fastrich, in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. (2017), § 11 Rn. 58; Schäfer, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. (2016), § 11 Rn. 45; zum Verzicht auf den Unversehrtheitsgrundsatz und den Folgen hieraus für Verlustdeckungs- und Vorbelastungshaftung vgl. Kersting, ZHR 2011, 644.

<sup>29</sup> Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. (2013), § 21 Rn. 30; vgl. i.Ü. Timm/Schöne, Fälle zum Handels- und Gesellschaftsrecht, Band II, 8. Aufl. (2014), Fall 1 S. 5.

<sup>30</sup> BGHZ 53, 210; 65, 378; 66, 359; Roth/Weller, Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. (2010), Rn. 477; Saenger, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2013), Rn.

745; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 30; Merkt, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 127.

<sup>31</sup> Nach heute hM. kommt es nicht darauf an, ob im Namen der zu gründenden GmbH oder im Namen der Vor-GmbH gehandelt wurde; Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. (2013), § 21 Rn. 27; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 34. Zu unterscheiden sind (1) der Fall, dass die Wirksamkeit des Vertrags unter die aufschiebende Bedingung der Eintragung gestellt werden soll und (2) der Fall einer Haftung als falsus procurator analog § 179 Abs. 1 BGB. Hier handelte G aber nicht im Namen einer nicht existenten GmbH, sondern im Namen einer tatsächlich bestehenden Gesellschaft, die ggf. falsch bezeichnet wurde (§§ 133, 157 BGB, unternehmensbezogenes Geschäft); vgl. Merkt, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 126.

<sup>32</sup> Zu den Funktionen der Handelndenhaftung vgl. BGHZ 80, 182; Saenger, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2013), Rn. 745; Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. (2013), § 21 Rn. 27; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 28; ausführlich Merkt, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 114 ff.; Michalski/Funke, in: Michalski, 2. Aufl. (2010), § 11 Rn. 84 ff.; K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2012), § 11 Rn. 103.

<sup>33</sup> BGHZ 80, 129.

<sup>34</sup> Vgl. bei Raiser, in: FS-Blaurock (2013), S. 385 (393).

<sup>35</sup> BGHZ 21, 242; 80, 129.



Funktion hinfällig. Die Druckfunktion sollte die Motivation zur Eintragung der GmbH ins Handelsregister fördern. Doch ist dies zweifelhaft, da es kaum in der Macht des Geschäftsführers steht, wie schnell die GmbH eingetragen wird.

Heute wird die Funktion der Handelndenhaftung überwiegend in einer Ausgleichsfunktion gesehen. So ist vor Eintragung der GmbH ins Handelsregister noch keine Publizität hergestellt und auch keine vollständige Überprüfung aller gründungsrechtlichen Voraussetzungen erfolgt (Normativsystem).

### III. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen A und B aus § 11 Abs. 2 GmbHG

A und B fallen nicht alleine wegen ihrer Gesellschafterstellung unter den Handelndebegriff des § 11 Abs. 2 GmbHG. Sie haben auch nicht selbst gehandelt. Darüber hinaus wäre eine etwaige Haftung mit der Eintragung der GmbH ins Handelsregister erloschen. Eine Inanspruchnahme gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG kommt nicht in Betracht.

### IV. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen A und B aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB iVm. den Grundsätzen der Vorbelastungshaftung

Die W-OHG kann von A und B Zahlung von 5.000 € verlangen, wenn die Gesellschafter der M-GmbH für die Verbindlichkeiten der M-GmbH aus dem Kaufvertrag einzustehen haben. Gemäß § 13 Abs. 2 GmbHG haftet den Gläubigern für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen (Trennungsprinzip, *asset partitioning*)<sup>36</sup>. Die GmbH wurde bereits ins Handelsregister eingetragen, sodass die Regelung des § 13 Abs. 2 GmbHG zur Haftungsbeschränkung der Gesellschafter Anwendung findet. Möglicherweise kommt aber eine Haftung der Gesellschafter nach den Grundsätzen der Vorbelastungshaftung in Betracht.<sup>37</sup>

Die Vorbelastungshaftung dient dem Gläubigerschutz (Kapitalaufbringung). Sie ersetzt das früher in Umsetzung des Unversehrtheitsgrundsatzes angenommene Vorbelastungsverbot.<sup>38</sup> Letzteres wurde aufgegeben, da ein Tätigwerden der Gesellschafter in der Vor-GmbH - insbesondere, wenn ein werbendes Unternehmen als Sacheinlage eingebracht werden soll - nicht völlig untersagt werden kann und eine vollumfängliche Haftung der GmbH für die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH schließlich anerkannt wurde.<sup>39</sup> Die Vorbelastungshaftung ist jedoch eine anteilige Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft.<sup>40</sup> Die Annahme einer Innenhaftung entspricht den Strukturwägungen des GmbHG. Auch würde eine Außenhaftung

den Gesellschaftern einen unerwünschten Anreiz geben, die Eintragung der Gesellschaft zu verhindern, um einer persönlichen Haftung zu entgehen.<sup>41</sup>

Ein Anspruch der Gläubiger gegen die Gesellschafter ist folglich abzulehnen. Diese können allenfalls den Anspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter gemäß §§ 829, 835 ZPO pfänden und sich überweisen lassen.

#### Hinweis

Beachte: Keine ausnahmsweise direkte Inanspruchnahme der Gesellschafter im Rahmen der Vorbelastungshaftung

Die hM. erachtet auch die Verlustdeckungshaftung (!) als Innenhaftung, bejaht aber ausnahmsweise eine direkte Inanspruchnahme der Gesellschafter, sofern der Weg über die Vor-GmbH für die Gläubiger unzumutbar ist.<sup>42</sup> Eine solche ausnahmsweise direkte Inanspruchnahme ist in folgenden Fallgruppen anerkannt: es besteht nur ein Gläubiger; es gibt nur einen Gesellschafter; Vermögenslosigkeit. Die oftmals gleichfalls als Fallgruppe genannte „unechte Vor-GmbH“ ist richtigerweise keine Ausnahme von der Innenhaftung, sondern ein anderer, eigenständig zu beurteilender Fall.<sup>43</sup>

Eine Übertragung dieser für die Verlustdeckungshaftung anerkannten Fallgruppen auf die Grundsätze der Vorbelastungshaftung ist abzulehnen.<sup>44</sup> Hierfür spricht schon die Haftungsbeschränkung der Gesellschafter nach Eintragung der GmbH gemäß § 13 Abs. 2 GmbHG. Zudem ist das schutzbedürftige Vertrauen der Gläubiger allein auf eine entsprechend „unterfütterte“ und ordnungsgemäß gegründete GmbH gerichtet, §§ 5 Abs. 1, 7 ff. GmbHG. Eine persönliche Inanspruchnahme der Gesellschafter ginge darüber hinaus. Auch sind die Haftungsgründe für die Vorbelastungs- bzw. Verlustdeckungshaftung verschieden. Während erstere das Vorbelastungsverbot ersetzt und sich aus Gläubigerschutzwägungen (Unversehrtheitsgrundsatz // Kapitalaufbringung) herleiten lässt, folgt die Verlustdeckungshaftung aus allgemeinen Grundsätzen des Unternehmensrechts. Dies stünde einer Gleichbehandlung entgegen. Darüber hinaus stünde eine direkte Inanspruchnahme des Gesellschafter im Falle der Ein-Personen-Gesellschaft im Widerspruch zu § 1 GmbHG, wonach eine Ein-Personen-Gesellschaft ausdrücklich zulässig ist, ohne dass eine Ausnahme von § 13

<sup>36</sup> Zum Trennungsprinzip vgl. *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2013), Rn 15; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 13 Rn. 5 f.; *Merkt*, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 13 Rn 3 ff., 332 ff.; zu ihren Ausnahmen *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 9 I 1; *H.P. Westermann*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2012), Einl. Rn. 10; *Petrak*, GmbHR 2007, 1009; *Wellkamp*, DStR 2003, 210.

<sup>37</sup> Ausführliche Darstellung der Vorbelastungshaftung bei *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 34 III 4. c); *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2013), Rn. 746; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 41 ff.; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2012), § 11 Rn. 139 ff.; *Merkt*, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 155 ff.; vgl. auch BGHZ 80, 129.

<sup>38</sup> BGHZ 80, 129; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 34 III 4 c).

<sup>39</sup> BGHZ 80, 129; *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. (2013), § 21 Rn. 30; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 41.

<sup>40</sup> BGHZ 80, 129; *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. (2013), § 21 Rn. 31; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 41.

<sup>41</sup> BGHZ 134, 333.

<sup>42</sup> Vgl. nur *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2013), Rn. 746; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 20, 21; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2012), § 11 Rn. 88, 90; *Merkt*, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 80 ff.

<sup>43</sup> Die „unechte Vor-GmbH“ ist Personengesellschaft. Die direkte Haftung der Gesellschafter gemäß § 128 HGB (für die GbR in analoger Anwendung) ist damit ihr Regelfall.

<sup>44</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 24.10.2005 - II ZR 129/04 (=ZIP 2005, 2257).



Abs. 2 GmbHG gemacht wird.<sup>45</sup> Schutz vor einer vermögenslosen GmbH gewährt auch schon das Insolvenzrecht. Nicht zuletzt können diese Erwägungen nicht durch die Proklamation der Prozessökonomie beiseite gewischt werden.

#### Hinweis

Zum Umfang der Vorbelastungshaftung:

Die Vorbelastungshaftung ist eine unbeschränkte, anteilige Innenhaftung. Doch ist umstritten, ob die Gesellschafter nur für operative Verluste oder auch für allgemeine Wertverluste aufzukommen haben.

Nach hM.<sup>46</sup> reicht die Vorbelastungshaftung bis zur Höhe der Mindeststammkapitalziffer und umfasst sowohl operative Verluste als auch allgemeine Wertverluste. Die Gesellschafter geben die Garantie eines voll aufgebrauchten Stammkapitals zum Eintragungstichtag (Kapitaldeckungsgarantie). Insofern unterscheidet sie sich von der Verlustdeckungshaftung, wonach die Gesellschafter nur für laufende Geschäfte und also „bis Null“ einzustehen haben. Zudem unterscheidet sie sich insofern von der Differenzhaftung des § 9 Abs. 1 GmbHG, als letztere auf den Stichtag zur Anmeldung der Eintragung beim Registergericht abstellt.

Insb. K. Schmidt tritt dem entgegen.<sup>47</sup> Eine derart weitgehende Kapitaldeckungsgarantie fände keine Anhaltspunkte im Gesetz. Die Verlustdeckungshaftung würde sich vielmehr nach Eintragung der GmbH ins Handelsregister in der Vorbelastungshaftung fortsetzen. Eine Kapitaldeckungsgarantie der Gesellschafter bezöge sich allein auf den Zeitpunkt der Anmeldung, analog § 9 Abs. 1 GmbHG. Demzufolge hätten die Gesellschafter allein für operative Verluste einzustehen, nicht aber für allgemeinen Wertverlust. Dieser Ansicht folgend wäre dann auch zwischen den oftmals synonym verwendeten Bezeichnungen als „Vorbelastungshaftung“/„Unterbilanzhaftung“/„Differenzhaftung“ zu unterscheiden.<sup>48</sup>

#### V. Ergebnis zum Ausgangsfall

Die W-OHG hat einen Anspruch auf Zahlung von 5.000 € gegen die M-GmbH aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB. Ansprüche gegen A, B oder G stehen ihr hingegen nicht zu.

#### B) Abwandlung 1

##### I. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen die M-GmbH aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB iVm. § 13 Abs. 1 GmbHG

Ein Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € aus einem Kaufvertrag mit der M-GmbH kommt nicht in Betracht. Die Eintragung ins Handelsregister wurde abgelehnt, eine GmbH als solche ist nicht entstanden, § 11 Abs. 1 GmbHG.

##### II. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen die Vor-GmbH aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB

Ein Kaufvertrag kam, wie oben gezeigt, zustande. Mithin könnte die W-OHG einen Kaufpreiszahlungsanspruch gegen die Vor-GmbH geltend machen.

Fraglich erscheint allein, wie sich die Ablehnung der Eintragung ins Handelsregister auswirkt. Mit Ablehnung der Eintragung erlischt die Vor-GmbH nicht automatisch, sondern muss liquidiert werden.<sup>49</sup> Die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH bleiben daher von der Ablehnung der Eintragung unberührt; die W-OHG kann die Vor-GmbH i.L. weiter in Anspruch nehmen.

#### Hinweis

Hiervon ist die sogenannte „unechte Vorgesellschaft“ abzugrenzen.<sup>50</sup> Von dieser ist die Rede, wenn die Eintragung ins Handelsregister nicht mehr verfolgt wird, die Gesellschafter aber dennoch weiterhin Geschäfte betreiben. Die Gesellschaft ist in dieser Konstellation als Personengesellschaft (GbR, bei Betrieb eines Handelsgewerbes als OHG) zu behandeln. Damit verbunden ist eine unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter gemäß § 128 HGB (im Falle der GbR analog). Dabei soll die persönliche Inanspruchnahme der Gesellschafter rückwirkend auch für solche Verbindlichkeiten möglich sein, die noch im Zeitpunkt der Vor-GmbH geschlossen wurden, als also eine Eintragung der Gesellschaft noch verfolgt wurde.

##### III. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen A und B aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen der Verlustdeckungshaftung

Die W-OHG könnte von A und B Zahlung von 5.000 € verlangen, wenn diese als Gesellschafter der Vor-GmbH für deren Verbindlichkeiten aus dem Kaufvertrag einzustehen hätten.

##### 1. Verbindlichkeit der Vor-GmbH aus dem Kaufvertrag

Ein Kaufvertrag zwischen der W-OHG und der Vor-GmbH kam zustande (vgl. oben).

<sup>45</sup> BGH, Urt. v. 24.10.2005 - II ZR 129/04, (=ZIP 2005, 2257).

<sup>46</sup> Vgl. Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. (2013), § 21 Rn. 31; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 41; Merkt, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 161 ff.

<sup>47</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 34 III 4 c); K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2012), § 11 Rn. 145 ff.

<sup>48</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 34 III 4 c).

<sup>49</sup> Dabei ist umstritten, ob sich die Liquidation nach den Regelungen der §§ 730 ff. BGB oder nach den §§ 66 ff. GmbHG richtet; vgl. Fastrich, in:

Baumbach/Hueck, 21. Aufl. (2017), § 11 Rn. 31; K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2012), § 11 Rn. 160; Merkt, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 172 ff.

<sup>50</sup> Zur „unechten“ Vorgesellschaft vgl. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 24; K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2012), § 11 Rn. 162; BGHZ 22, 240; Merkt, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 173 ff.

## 2. Haftung der Gesellschafter A und B für die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH

Die Haftung der Gesellschafter in der Vor-GmbH ist umstritten.<sup>51</sup>

a) Zunächst könnte man erwägen, unter Verweis auf § 13 Abs. 2 GmbHG eine Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft abzulehnen; schließlich soll eine GmbH gegründet werden, deren elementares Strukturmerkmal die Haftungsbeschränkung der Gesellschafter ist. Letzteres zugestanden muss dennoch betont werden, dass eine GmbH hier nicht besteht, § 11 Abs. 1 GmbHG. Die Anwendung des § 13 Abs. 2 GmbHG kommt aber vor Eintragung der GmbH ins Handelsregister nicht in Betracht.<sup>52</sup>

### Hinweis

Der Gesetzgeber minimiert durch § 13 Abs. 2 GmbHG das mit Eingehung einer unternehmerischen Tätigkeit einhergehende finanzielle Risiko der Gesellschafter, um einen Anreiz zu wirtschaftlicher Tätigkeit zu schaffen.<sup>53</sup> Dies möge nicht allein dem Gesellschafter, sondern zugleich volkswirtschaftlich vorteilhaft sein (enabling law).<sup>54</sup> In Ausgleich der daraus folgenden Belastung der Gläubiger liegt dem GmbHG ein umfassendes Gläubigerschutzsystem zu Grunde (Regelungen zur Gründung, Kapitalaufbringung und -erhaltung, §§ 7 ff.; 19; 30, 31).<sup>55</sup> Die beschränkte Haftung soll den Gesellschaftern erst zu Gute kommen, wenn das Gründungsverfahren der GmbH ordnungsgemäß abgeschlossen ist.<sup>56</sup> Dazu müssen ein Geschäftsführer bestellt und die Bar- und Sacheinlagen eingebracht, letztere in einem Sachgründungsbericht umschrieben und deren Werthaltigkeit geprüft worden sein.<sup>57</sup> Erst nach diesem Verfahren und mit Eintragung der GmbH ins Handelsregister hat das Registergericht die ordnungsgemäße Errichtung der GmbH bestätigt und tritt eine Publizität infolge der Eintragung ein.

b) Möglicherweise kommt eine persönliche, doch auf die Höhe der Einlage beschränkte (Außen-)Haftung der Gesellschafter in Betracht.<sup>58</sup> Hierfür wird mit Blick auf die Gesellschafter angeführt, dass diese der Aufbringung ihrer Einlagen in dem Wissen, dass es sich um „Risikokapital“ handelt, zugestimmt hätten.

Auch aus Sicht der Gläubiger sei aber eine weitergehende Haftung nicht angezeigt, wenn und soweit durch das Handeln im Namen einer GmbH die beschränkte Haftung der Gesellschafter verlaublich wurde und die Gläubiger daher nicht über den Betrag der Einlagen hinaus schutzbedürftig erschienen.

Doch besteht die Pflicht zur Zahlung der Einlage gegenüber der Gesellschaft und damit im Innenverhältnis (Gesellschaftsvertrag iVm. §§ 14, 19 Abs. 1 GmbHG). Eine Außenhaftung, wie sie für Kommanditisten einer KG gemäß § 171 HGB bekannt ist, besteht für die GmbH-Gesellschafter nicht. Diese ist *lex specialis* des Rechts der KG und kann auf den vorliegenden Fall nicht entsprechend angewandt werden.<sup>59</sup> Auch hätte eine auf die Einlage beschränkte Außenhaftung der Gesellschafter eine Ungleichbehandlung der Gläubiger zur Folge, da nur Vertragsgläubiger, nicht aber Deliktsgläubiger wissen können, dass sie es mit einer GmbH (i.G.) zu tun haben.<sup>60</sup> Unpassend scheint die Haftung zudem mit Blick auf die nach Eintragung folgende Vorbelastungshaftung. Denn danach würden die Gesellschafter bei erfolgreicher Eintragung der GmbH im Zuge der Vorbelastungshaftung unbeschränkt haften, bei Scheitern der Eintragung aber nur beschränkt auf ihre Einlage.<sup>61</sup> Schließlich stünde es anderenfalls in der Kontrolle des Gesellschafters, durch Zahlung der Einlage an die Gesellschaft einer persönlichen Inanspruchnahme zu entgehen. Dies aber käme entweder einer analogen Anwendung des § 171 HGB oder der faktischen Vorwegnahme des § 13 Abs. 2 GmbHG gleich - beides kann nicht überzeugen. Im Ergebnis ist eine beschränkte Außenhaftung abzulehnen.<sup>62</sup>

c) Kann weder eine volle Haftungsbeschränkung noch eine auf die Einlage beschränkte Haftung der Gesellschafter überzeugen, ist eine unbeschränkte Haftung der Gesellschafter zu diskutieren. Dabei ist umstritten, ob es sich um eine Innen- oder Außenhaftung handelt.

Für eine (anteilige) Innenhaftung werden folgende Erwägungen angeführt<sup>63</sup>: Zunächst ermögliche diese durch die Kanalisierung der Ansprüche auf die Gesellschaft ein geordnetes Verfahren zur Befriedigung der Gläubiger. Mit einer Außenhaftung wäre zu befürchten, dass es zu einem Wettlauf der Gläubiger auf den vermögendsten Gesellschafter käme, was es zu vermeiden gelte. Unter Annahme der Innenhaftung käme es auch zu einem Gleichlauf mit der nach Eintragung ins Handelsregister bestehenden Vorbelastungshaftung, die ebenfalls als Innenhaftung

<sup>51</sup> Zur Verlustdeckungshaftung vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 34 III 3 c); Roth/Weller, Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. (2010), Rn 485; Saenger, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2013), Rn. 746; Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. (2013), § 21 Rn. 25 ff.; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 19 ff.; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. (2017), § 11 Rn. 23 ff.; Merkt, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 70 ff.; Schäfer, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. (2016), § 11 Rn. 2 ff.; Altmeyden, NJW 1997, 3272; Kleindiek, ZGR 1997, 427; BGHZ 123, 333; BAG, Urt. vom 22.01.1997 - 10 AZR 908/94 (=NJW 1997, 3331).

<sup>52</sup> BGHZ 134, 333.

<sup>53</sup> Roth/Weller, Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. (2010), Rn. 437 f.; 543 f.; Fleischer, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), Einl. Rn. 19; Roth, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, 8. Aufl. (2015), Einl. Rn. 16 ff.

<sup>54</sup> Roth/Weller, Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. (2010), Rn. 543; Höfer, „Flex-GmbH“ statt UG- Eine attraktive Schwester für die alte GmbH! (2015), S. 29.

<sup>55</sup> Höfer, „Flex-GmbH“ statt UG- Eine attraktive Schwester für die alte GmbH! (2015), S. 34 ff.; mit Blick auf das Mindeststammkapital monographisch: Guntermann, Das Zusammenspiel von Mindeststammkapital und institutioneller Haftungsbeschränkung (2016), passim.

<sup>56</sup> Merkt, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 13 Rn. 332.

<sup>57</sup> Zum Gründungsverfahren vgl. schon Fn 2.

<sup>58</sup> So die frühere Rspr. des BGH, vgl. BGHZ 65, 378; 72, 45; OLG Hamburg, Urt. v. 18.10.1985 - 11 U 92/85 (=ZIP 1985, 1488). Übersichtliche Darstellung bei Merkt, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 73.

<sup>59</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 34 III 3 c), Fn. 96; aA. Ulmer, ZGR 1981, 593 (610).

<sup>60</sup> Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. (2013), § 21 Rn. 25, Merkt, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 73.

<sup>61</sup> Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. (2013), § 21 Rn. 25.

<sup>62</sup> Der BGH gab diese Auffassung zugunsten einer anteiligen Innenhaftung auf, BGHZ 134, 333.

<sup>63</sup> Für eine Innenhaftung vgl. BGHZ 134, 333; Roth/Weller, Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. (2010), Rn. 485; Saenger, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2013), Rn. 746; Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. (2013), § 21 Rn. 25; Merkt, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 79.

ausgestaltet ist. Eine Innenhaftung sei letztlich das typische Strukturmerkmal einer GmbH und gelte daher gleichsam für die Vor-GmbH als GmbH i.Gr.

d) Für eine Außenhaftung analog § 128 HGB werden insb. folgende Erwägungen angeführt:<sup>64</sup>

Die Außenhaftung begünstige die Gläubiger, die sich unmittelbar an den Gesellschafter halten könnten und sich nicht erst umständlich auf die Vor-GmbH verwiesen sähen (Prozessökonomie). Der Weg über die Gesellschaft sei ihnen nicht zuzumuten, kennen doch die Gläubiger mangels Publizität weder die Gesellschafter, noch deren Haftungsquoten. Es sei aber nicht einzusehen, warum den Gläubigern diese Last aufzubürden sei, seien es doch die Gesellschafter, die unternehmerisch tätig werden wollen würden.

Dass es zu einem Wettlauf der Gläubiger käme, könne dem nicht entgegen stehen, gehöre dies doch zum typischen Risiko eines jeden Schuldners. Es sei den Gesellschaftern, die einer Geschäftsaufnahme vor Eintragung zugestimmt haben, auch zuzumuten. Im Falle einer insolventen Vor-GmbH könne der Wettlauf schon nach § 93 InsO vermieden werden, wonach eine persönliche Haftung der Gesellschafter nur durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht werden kann. Im Übrigen könne einem befürchteten Gläubigerwettlauf eine präventive Funktion zugesprochen werden, die die Gesellschafter dazu anhalte, ihre Geschäftsvorhaben sorgfältig zu bedenken.<sup>65</sup>

Das Argument eines Gleichlaufs mit der Vorbelastungshaftung könne ebenfalls nicht überzeugen. Da die Vorbelastungshaftung die Differenz bis zur Stammkapitalziffer deckt, die Verlustdeckungshaftung jedoch nur Verbindlichkeiten und damit nur „bis Null“ reicht, sei ein Gleichlauf schon per se nicht gegeben. Dass die Innenhaftung Strukturmerkmal der GmbH sei, sei zwar zuzugestehen; dass die Innenhaftung daher aber gleichfalls Strukturmerkmal der Vor-GmbH sei, wäre als *argumentum a maiore ad minus* jedenfalls nicht zwingend und mit Blick auf § 11 Abs. 1 GmbHG abzulehnen.

e) Gegen die so vertretene Außenhaftung wird wiederum eingewendet: Eine Außenhaftung analog § 128 HGB sei zu weitgehend und mit dem Charakter der Vor-GmbH als bereits körperschaftlich strukturierter Gesellschaft *sui generis* nicht zu vereinba-

ren.<sup>66</sup> Der Schutz der Gläubiger sei durch eine Innenhaftung zufriedenstellend gewährt. Zudem könne nach den Umständen des Einzelfalls eine Außenhaftung angenommen werden, wenn die Gründe für eine Innenhaftung nicht tragen und eine Inanspruchnahme der Gesellschaft für die Gläubiger in diesem Fall unzumutbar erscheint.

Als Fallgruppen<sup>67</sup> einer solch ausnahmsweise direkten Inanspruchnahme des Gesellschafters im Rahmen der Verlustdeckungshaftung<sup>68</sup> sind anerkannt: (1) Es besteht nur ein Gläubiger;<sup>69</sup> (2) es besteht nur ein Gesellschafter;<sup>70</sup> (3) Vermögenslosigkeit der Vorgesellschaft<sup>71</sup>.

Vorliegend ist die W-OHG einzig bestehender Gläubiger.<sup>72</sup> Ein Wettlauf der Gläubiger ist hier nicht zu befürchten und eine Kanalisierung der Ansprüche auf die Vorgesellschaft nicht notwendig. Mithin können ausnahmsweise die Gesellschafter direkt in Anspruch genommen werden. Damit kann eine Streitentscheidung dahingestellt bleiben.<sup>73</sup>

### 3. Ergebnis

Die W-OHG kann den gegen die Vor-GmbH gerichteten Anspruch unmittelbar gegen die Gesellschafter A und B geltend machen.

#### Hinweis

Lehnt man die von der hM. und der Rspr. vertretene Innenhaftung ab und folgt einer Außenhaftung analog § 128 HGB, so sollte diese Anspruchsgrundlage bereits im Obersatz sowie in der Überschrift zur Anspruchsprüfung genannt werden.

### IV. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen G aus § 11 Abs. 2 GmbHG

Die W-OHG könnte von G die Zahlung von 5.000 € verlangen, wenn dieser gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG vor Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister im Namen der Gesellschaft gehandelt hat und die Haftung nicht im Zuge der Eintragung erloschen ist.

Indem G bei der W-OHG die Werbeprodukte kaufte, hat G vor Eintragung der Gesellschaft im Namen der GmbH gehandelt. Als Geschäftsführer fällt er auch unter den Handelndebegriff des

<sup>64</sup> Für eine Außenhaftung analog § 128 HGB vgl. nur *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 34 III c); *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 22; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2012), § 11 Rn. 91.

<sup>65</sup> *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 34 III 3 c) cc).

<sup>66</sup> *Merkt*, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 79.

<sup>67</sup> Vgl. allgemein *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. (2013), § 24 Rn. 29; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. (2016), § 11 Rn. 21; *Merkt*, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 80 ff. Die oftmals als vierte Fallgruppe angenommene „unechte Vor-GmbH“ ist richtigerweise keine Ausnahme von der Innenhaftung, sondern ein eigenständiger, „anderer“ Fall. Hier handelt es sich gerade nicht um eine Vor-GmbH, sondern um eine Personengesellschaft. Die Gesellschafter haften mithin gemäß § 128 HGB (für die GbR in analoger Anwendung), vgl. bei *Merkt*, aaO., Rn. 81.

<sup>68</sup> (1) Die Fallgruppen können nicht auf die Vorbelastungshaftung übertragen werden, vgl. die Anmerkungen zum Ausgangsfall. (2) Die ausnahmsweise direkte Inanspruchnahme ist zudem von den Fallgruppen der „Durchgriffshaftung“ zu unterscheiden. Während hier zumeist der Gedanke der Prozessökonomie im Vordergrund steht, geht es bei der Durchgriffshaftung

um Missbrauchserwägungen. Zu letzterem vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 9 I 1 sowie Fn 37.

<sup>69</sup> Hier ist ein Wettlauf der Gläubiger nicht zu befürchten und eine Kanalisierung der Ansprüche auf die Vorgesellschaft nicht notwendig; *Merkt*, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 83.

<sup>70</sup> Prozessökonomie; gesteigerte Schutzbedürftigkeit der Gläubiger; *Merkt*, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 82.

<sup>71</sup> Str. Prozessökonomie; Inanspruchnahme der Vorgesellschaft als unnötiger und unzumutbarer Zwischenschritt; allerdings fraglich, wann von „Vermögenslosigkeit“ auszugehen ist. Genau genommen scheidet diese aufgrund der Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter aus, vgl. *Merkt*, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 84.

<sup>72</sup> Bedenke aber die Beweisprobleme in der Praxis.

<sup>73</sup> Anders, soweit nicht allein das Bestehen eines Anspruchs, sondern gar der Haftungsumfang betont werden soll. Hier verbleiben Unterschiede: So handelt es sich bei der von der hM. und dem BGH angenommenen Innenhaftung um eine anteilige, während die von einem Teil der Lit. vertretene Außenhaftung analog § 128 HGB eine gesamtschuldnerische Haftung darstellt.



§ 11 Abs. 2 GmbHG. Eine Eintragung der GmbH ins Handelsregister wurde abgelehnt, mithin ist die Haftung nicht erloschen.

Die W-OHG hat einen Anspruch auf Zahlung von 5.000 € gegen G gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG.

## V. Ergebnis der Abwandlung 1

Die W-OHG kann einen Anspruch auf Zahlung von 5.000 € gegen die Vor-GmbH aus einem Kaufvertrag geltend machen, § 433 Abs. 2 BGB. Sie kann diesen Anspruch auch (ausnahmsweise) unmittelbar gegen die Gesellschafter A und B geltend machen. Zudem kann sie einen Zahlungsanspruch in gleicher Höhe gegen G geltend machen, § 11 Abs. 2 GmbHG.

## C) Abwandlung 2

### I. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen die Vorgründungsgesellschaft aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB

Die W-OHG könnte einen Anspruch gegen die Vorgründungsgesellschaft auf Zahlung von 5.000 € aus einem Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB geltend machen, sofern ein solcher zwischen den Parteien wirksam zustande gekommen ist.

#### 1. Angebot der Vorgründungsgesellschaft

##### a) Rechtsnatur und Rechtsfähigkeit der Vorgründungsgesellschaft

Fraglich ist, welche Rechtsnatur der Vorgründungsgesellschaft zuzusprechen ist und ob ihr Rechtsfähigkeit zukommt.<sup>74</sup>

Die Vorgründungsgesellschaft ist von der Vorgesellschaft sowie der zu gründenden Gesellschaft (GmbH) zu unterscheiden. Während letztere erst mit Eintragung ins Handelsregister entsteht (§ 11 Abs. 1) und die Vorgesellschaft in der Zeit von notarieller Beurkundung des Gesellschaftsvertrags bis zur Eintragung der GmbH ins Handelsregister vorliegt, spricht man von einer Vorgründungsgesellschaft im Zeitraum vom gemeinsamen Entschluss der Gesellschafter zur Gründung einer GmbH bis zum Zeitpunkt der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrags.

Die Vorgründungsgesellschaft ist weder GmbH noch Vorgesellschaft. Mithin kann die Rechtsfähigkeit weder analog § 13 Abs. 1 noch aus den Gründungsregelungen entnommen werden. Die Vorgründungsgesellschaft ist vielmehr Personengesellschaft.<sup>75</sup> Als solche ist sie grundsätzlich Innengesellschaft und wird erst infolge eines Außenauftritts zur Außen-GbR bzw., sofern ein Handelsgewerbe betrieben wird, zur OHG.<sup>76</sup> In letzterem Falle ergibt sich die Rechtsfähigkeit der OHG schon aus § 124 HGB.

Auch die Rechtsfähigkeit der (Außen)-GbR ist heute allgemein anerkannt.<sup>77</sup>

## b) Wirksame Vertretung der Vorgründungsgesellschaft durch A

Es müsste eine wirksame Willenserklärung der Vorgründungsgesellschaft vorliegen. Möglicherweise wirkt die Willenserklärung des A für und gegen die Vorgründungsgesellschaft, § 164 Abs. 1 BGB. Dazu müsste A eine eigene Willenserklärung im Namen der Vorgründungsgesellschaft mit und innerhalb seiner Vertretungsmacht abgegeben haben.

A hat eine eigene Willenserklärung unter Wahrung des Offenkundigkeitsprinzips abgegeben. Doch müsste er auch mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Wäre A Gesellschafter einer OHG, käme ihm Allein-Vertretungsmacht zu, §§ 125, 126 HGB. Als Gesellschafter einer (Außen-)GbR käme ihm „nur“ Gesamtvertretungsmacht zu; §§ 714, 709 BGB. A handelte aber alleine, mithin wäre in letzterem Fall eine wirksame Vertretung abzulehnen.

Damit ist zu entscheiden, ob die Vorgründungsgesellschaft eine GbR oder eine OHG darstellt. Maßgeblich ist, ob ein Handelsgewerbe betrieben wird, § 105 Abs. 1 HGB. Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert, § 1 Abs. 2 HGB. Gewerbe ist jede selbständige, erlaubte und nach außen erkennbare Tätigkeit, die planmäßig, auf Dauer und mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben wird und dabei weder freier Beruf, Urproduktion noch Verwaltung eigenen Vermögens ist.<sup>78</sup> A kaufte lediglich in einem einmaligen Geschäft bei der W-OHG Werbematerialien. Dies könnte zwar eine gewerbliche Tätigkeit begründen. Gewinnerzielungsabsicht kann auch bei Vornahme eines einzigen Geschäfts anzunehmen sein. Allerdings war zu dem Einkauf kein kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich. Mithin wird ein Handelsgewerbe nicht betrieben. Die Vorgründungsgesellschaft ist somit eine GbR; die Vertretungsmacht des A bestimmt sich nach §§ 714, 709 BGB. A handelte allein, B wusste von alledem nichts. Mithin sind die Voraussetzungen einer wirksamen Vertretung gemäß § 164 Abs. 1 BGB nicht erfüllt. Da B erklärte, er wolle von der Idee Abstand nehmen und lieber seinen Plattenladen weiterführen, kommt auch eine Genehmigung gemäß § 177 Abs. 1 BGB nicht in Betracht.<sup>79</sup>

## 2. Ergebnis

Die Willenserklärung des A wirkt nicht für und gegen die Vorgründungsgesellschaft. Ein Vertrag ist mangels korrespondie-

<sup>74</sup> Zur Vorgründungsgesellschaft vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 11 II 1; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2013), Rn. 739; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. (2017), § 11 Rn. 35 ff.; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (2012), § 11 Rn. 6 ff.; *Merkt*, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. (2015), § 11 Rn. 97 ff.; *Michalski/Funke*, in: Michalski, 2. Aufl. (2010), § 11 Rn. 2 ff.

<sup>75</sup> Stellvertretend *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2013), Rn. 739.

<sup>76</sup> Nach *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 11 II 1 c), soll eine eigenständig zu beurteilende Außen-GbR neben der als Vorgründungsgesellschaft bezeichneten Innen-GbR entstehen.

<sup>77</sup> BGHZ 146, 341; vgl. nur *Ulmer/Schäfer*, in: MüKo BGB, 6. Aufl. (2013), § 705 Rn. 303 ff. Zur Rechtsfähigkeit einer Innen-GbR vgl. *Beuthien*, NZG 2011, 161. Allgemein zur Innen-GbR vgl. *Ulmer/Schäfer*, in: MüKo BGB, 6. Aufl. (2013),

§ 705 Rn. 275 ff. Zur Unterscheidung von Innen- und Außengesellschaft vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 58 II 2 a); *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2013), Rn. 38.

<sup>78</sup> Vgl. *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 37. Aufl. (2016), § 1 Rn. 12; *K. Schmidt*, in: MüKo HGB, 4. Aufl. (2016), § 1 Rn. 22, 26; *Kindler*, in: Ebenroth et al., Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. (2014), § 1 Rn. 20 ff.

<sup>79</sup> Beachte: B allein könnte aufgrund der erforderlichen Gesamtvertretung keine Genehmigung aussprechen. Eine Genehmigung müsste vielmehr durch alle Gesellschafter einstimmig erteilt werden. Sofern aber B seine Genehmigung erklärt, könnte eine konkludente Genehmigung auch durch A angenommen werden, sodass im Ergebnis eine wirksame Genehmigung vorliegen würde.



render Willenserklärungen nicht zustande gekommen. Ein Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € aus einem Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB gegen die Vorgründungsgesellschaft ist abzulehnen.

## II. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen A und B aus § 433 Abs. 2 BGB iVm. § 128 Abs. 1 HGB analog

Eine Inanspruchnahme der Gesellschafter der Vorgründungsgesellschaft analog § 128 HGB kommt schon mangels einer Verbindlichkeit der Vorgründungsgesellschaft nicht in Betracht.

### Hinweis

Sofern ein Kaufvertrag mit der Vorgründungsgesellschaft und damit eine Verbindlichkeit derselben zu bejahen wäre, müsste die Haftung der Gesellschafter einer GbR diskutiert werden.<sup>80</sup> Nach heute hM. haften die Gesellschafter einer GbR analog § 128 HGB.

## III. Anspruch der W-OHG auf Zahlung von 5.000 € gegen A aus § 179 Abs. 1 HGB

Möglicherweise kommt ein Anspruch der W-OHG gegen A als *falsus procurator* gemäß § 179 Abs. 1 BGB in Betracht. Dazu müsste A als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt haben und es dürfte weder eine Genehmigung gemäß § 177 Abs. 1 BGB, noch ein Haftungsausschluss gemäß § 179 Abs. 3 BGB vorliegen.

A hat ohne Vertretungsmacht im Namen der Vorgründungsgesellschaft eine Willenserklärung zum Abschluss eines Kaufvertrags abgegeben. Eine Genehmigung liegt nicht vor. Auch konnte weder die W-OHG bzw. W (§ 166 Abs. 1 BGB analog) den Mangel der Vertretungsmacht, noch musste sie ihn kennen, § 179 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 BGB.<sup>81</sup>

Folglich ist eine Haftung des A als *falsus procurator* gemäß § 179 Abs. 1 BGB anzunehmen. Die W-OHG kann nach ihrer Wahl Erfüllung oder Schadensersatz verlangen. Sofern A nachweisen kann, den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt zu haben, käme ihm die Erleichterung des § 179 Abs. 2 BGB zu Gute. Hierfür sind indes keine Anhaltspunkte ersichtlich.

## IV. Ergebnis der Abwandlung 2

Die W-OHG kann von A als *falsus procurator* nach ihrer Wahl Erfüllung oder Schadensersatz verlangen, § 179 Abs. 1 BGB.

### ► Inhaltsverzeichnis



<sup>80</sup> Vergleiche zu diesem Klassiker des Gesellschaftsrechts BGHZ 146, 341; 142, 315; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), § 60 III 2; Saenger, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2013), Rn. 191 ff.; Schäfer, in MüKo BGB, 6. Aufl. (2013), § 714 Rn. 31 ff.

<sup>81</sup> Den Geschäftspartner treffen regelmäßig keine Nachforschungs- und Erkundigungsobliegenheiten; Leipold, BGB I-AT, 6. Aufl. (2010), S. 390; Schu-

bert, in MüKo BGB, 7. Aufl. (2015), § 179 Rn. 53. Die konkrete rechtliche Beurteilung und Qualifikation einer „Gesellschaft“ bei Gründung einer GmbH, also die Unterscheidung von Vorgründungsgesellschaft, Vorgesellschaft und GmbH samt ihrer jeweiligen rechtlichen Qualifikation und Ausgestaltung der Vertretungsmacht kann nicht vorausgesetzt werden.



# KÖPFE

# GESUCHT

Referendare und Praktikanten  
[www.tsp-law.com/karriere](http://www.tsp-law.com/karriere)

Thümmel, Schütze & Partner  
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Schadensersatz wegen manipulierter Ebay-Auktion („Shill Bidding“)

Urteil vom 28. August 2016, Az.: VIII ZR 100/15

1. Das auf der eBay-Internetplattform mit Eröffnung der Auktion erklärte Angebot eines Anbieters ist sowohl nach § 145 BGB als auch nach den zur Erläuterung des Vertragsschlussvorgangs aufgestellten eBay-Bedingungen darauf angelegt, "einem anderen" als dem Anbieter die Schließung eines Vertrages anzutragen. Das Angebot kann deshalb nur durch einen vom Anbieter personenverschiedenen Bieter angenommen werden.

2. Das über ein zweites Mitgliedskonto unzulässig auf ein eigenes Angebot abgegebene Gebot eines Anbieters ist unwirksam und bleibt in der Reihe der abgegebenen Gebote unberücksichtigt. Ein regulärer Bieter muss es deshalb auch nicht übertreffen, um Meistbietender zu werden oder zu bleiben.

3. § 156 BGB findet auf eBay-Auktionen keine Anwendung (Bestätigung der Senatsurteile vom 7. November 2001, VIII ZR 13/01, BGHZ 149, 129, und vom 3. November 2004, VIII ZR 375/03, WM 2004, 2457).

(amtliche Leitsätze)

#### A) Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Der B stellte seinen Golf VI (Zeitwert: 16.500 Euro) auf der Internetauktionsplattform eBay mit einem Startgebot von 1,00 Euro und einer Auktionsdauer von 10 Tagen ein. In den eBay AGB heißt es in § 10 auszugsweise:

„(1) Stellt ein Anbieter auf der eBay-Website einen Artikel im Angebotsformat Auktion ein, gibt er ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrags über diesen Artikel ab. Dabei bestimmt der Anbieter einen Startpreis und eine Frist (Angebotsdauer), binnen derer das Angebot per Gebot angenommen werden kann. Der Bieter nimmt das Angebot durch Abgabe eines Gebots über die Bieten-Funktion an. Das Gebot erlischt, wenn ein anderer Bieter während der Angebotsdauer ein höheres Gebot abgibt. Bei Ablauf der Auktion oder bei vorzeitiger Beendigung des Angebots durch den Anbieter kommt zwischen Anbieter und Höchstbietendem ein Vertrag über den Erwerb des Artikels zustande, [...].“

(2) Jeder Bieter kann bei einer Auktion ein Maximalgebot abgeben. Das Maximalgebot stellt den Höchstbetrag dar, den der Bieter bereit ist, für den Artikel zu bezahlen. Das Maximalgebot bleibt dem Anbieter und anderen Bietern verborgen. Bieten weitere Mitglieder auf den Artikel, so wird das aktuelle Gebot automatisch schrittweise erhöht, sodass der Bieter so lange Höchstbietender bleibt, bis sein Maximalgebot von einem anderen Mitglied überboten wurde.

[...]

(6) Mitglieder dürfen den Verlauf einer Auktion nicht durch die Abgabe von Geboten unter Verwendung eines weiteren Mitgliedskontos oder durch die gezielte Einschaltung eines Dritten manipulieren. Insbesondere ist es dem Anbieter untersagt, selbst Gebote auf die von ihm eingestellten Angebote abzugeben.“

Als das Angebot durch verschiedene Bieter bei 900 Euro stand, begann der K auf das Auto zu bieten. Zunächst mit einem Gebot von 1.000 Euro. Mit diesem Gebot war er der Höchstbietende. In der Folge gab K abwechselnd mit nur noch einem weiteren Benutzer unter dem Benutzernamen B-1234 Gebote ab bis das Höchstgebot bei 17.000 Euro lag. Wie sich später herausstellte, verbarg sich hinter dem Benutzernamen B-1234 ebenfalls B, der mit Geboten von einem weiteren Benutzernamen aus, sein eigenes Angebot in die Höhe trieb. B ersteigerte schließlich das Fahrzeug für 17.000 Euro, der K ging leer aus. Das letzte von K abgegebene Angebot betrug 16.900 Euro.

K forderte B unter Fristsetzung zur Übereignung des VW Golf Zug um Zug gegen Zahlung von 1.000 Euro auf. B verweigert die Erfüllung und teilt mit, dass er das Fahrzeug inzwischen anderweitig veräußert hat. Daraufhin erklärte K den Rücktritt vom Kaufvertrag und verlangte von B Schadensersatz.

#### B) Die Entscheidung des Senats

##### I. Anspruch des K gegen B in Höhe von 15.500 Euro

(§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB, 433 ff. BGB)

Voraussetzung für einen Anspruch des K gegen B auf Zahlung von Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB, 433 ff. BGB ist, dass zwischen den beiden ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist und die Voraussetzungen des § 281 BGB vorliegen.

##### 1. Wirksamer Kaufvertrag zwischen K und B

Fraglich ist zunächst, ob zwischen K und B ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist.

##### a) Vertragsschluss gem. § 156 BGB

Zunächst könnte ein Kaufvertrag nach § 156 BGB zustande gekommen sein, also durch Gebot und Zuschlag.

„[...] Nach der Rechtsprechung des Senats kommt ein Kaufvertrag im Rahmen einer bei eBay durchgeführten Internetauktion nicht gemäß § 156 BGB durch einen auf ein abgegebenes Gebot erst noch eigens erklärten Zuschlag, sondern gemäß §§ 145 ff. BGB durch aufeinander bezogene korrespondierende Willenserklärungen der Parteien - Angebot und Annahme - bei Auktionsende zustande [...]. Dabei richtet sich der Erklärungsgehalt der zu beurteilenden Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) auch nach den Bestimmungen über den Vertragsschluss in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay, denen die Parteien vor der Teilnahme an der Internetauktion zugestimmt haben [...].“



Dementsprechend ist der Kaufvertrag nicht gem. § 156 BGB zustande gekommen.

## b) Vertragsschluss durch Abgabe von Angebot und Annahme

Desweiteren könnte ein Kaufvertrag zwischen K und B durch Angebot und Annahme zustande gekommen sein.

### aa) Angebot durch B

Zunächst könnte B durch das Einstellen des VW Golf ein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages abgegeben haben.

*„[...] Der [B] hat dadurch, dass er die Auktion des zum Verkauf gestellten Fahrzeugs mit einem Anfangspreis von 1 € gestartet hat, ein verbindliches Verkaufsangebot im Sinne von § 145 BGB abgegeben, welches an denjenigen gerichtet war, der zum Ablauf der Auktionslaufzeit als der nach § 148 BGB bestimmten Annahmefrist das Höchstgebot abgegeben haben würde [...]. Dieser Erklärungsinhalt steht so auch im Einklang mit § 10 Abs. 1 Satz 1, 2 der eBay-AGB [...].“*

Das Einstellen des Angebots des B stellt damit ein Angebot im Sinne der § 145 ff. BGB dar.

### bb) Annahme des Angebots

Zweifelhaft ist jedoch, ob das Angebot wirksam angenommen wurde. Hierfür kommen mehrere Annahmeerklärungen in Betracht. Zum einen könnte B das Angebot selbst durch sein Höchstgebot in Höhe von 17.000 Euro angenommen haben. Desweiteren kommt in Betracht, dass K das Angebot durch sein letztes Gebot in Höhe von 16.900 Euro wirksam angenommen hat. Darüber hinaus ist als Lösung in Betracht zu ziehen, dass sämtliche von B abgegebenen Gebote unwirksam sind und damit der Kaufvertrag zum letzten Gebot zustande kam, bevor B in den Bieterprozess eingegriffen hat, also zum Kaufpreis von 1.000 Euro. Dazu der BGH:

*„Das mit Eröffnung der Auktion erklärte Angebot des [B] war von vornherein nur an von ihm personenverschiedene Bieter gerichtet. Denn das in § 145 BGB geregelte Angebot ist bereits definitionsgemäß darauf angelegt, die Schließung eines Vertrages "einem anderen" als dem Anbietenden anzutragen. Dies entspricht dem gängigen, auch von § 10 Abs. 1 eBay-AGB vorausgesetzten Verständnis eines Vertrages als mindestens zweiseitigem Rechtsgeschäft in Gestalt einer von zwei oder mehreren Personen erklärten Willensübereinstimmung über die Herbeiführung eines bestimmten rechtlichen Erfolges. Ein Vertrag setzt deshalb zu seiner wirksamen Entstehung begrifflich mindestens zwei zustimmende Willenserklärungen verschiedener Rechtssubjekte voraus [...]. Mit diesem Erfordernis einer Personenverschiedenheit der Vertragspartner korrespondiert das Erlöschen eines solchen Schuldverhältnisses bei nachträglicher Vereinigung von Gläubiger- und Schuldnerstellung in einer Person [...].“*

Es kann dahinstehen, ob das Erfordernis der Personenverschiedenheit bei Willenserklärungen, die auf das Zustandekommen eines Vertrages abzielen, als eine der Grundvoraussetzungen des Vertragsrechts überhaupt abdingbar wäre. Denn auch die bei der Auslegung der Parteierklärungen zu berücksichtigenden eBay-AGB gehen in § 10 ersichtlich von einer Personenverschiedenheit von Anbieter und Bieter aus. Das wird noch dadurch unterstri-

*chen, dass der Plattformbetreiber es in § 10 Abs. 6 eBay-AGB verbietet, die innerhalb desselben Benutzerkontos technisch ausgeschlossene Abgabe von Eigengeboten durch Nutzung eines weiteren Mitgliedskontos zu umgehen.*

*War danach das in die Auktion eingestellte Angebot des Beklagten zu seiner Annahmefähigkeit begriffsnotwendig an einen anderen gerichtet, konnte es von ihm selbst als vom Adressatenkreis Ausschlossenem bereits mangels Adressateneignung nicht wirksam angenommen werden [...]. Insbesondere hat sein Auftreten unter verschiedenen Benutzernamen die einem wirksamen Vertragsschluss entgegenstehende Identität von Anbieter und Bieter nicht beseitigen können, so dass es auch keiner Entscheidung der Frage bedarf, ob die Eigengebote ansonsten, wie das Landgericht im Einklang mit der Rechtsprechung mehrerer Oberlandesgerichte [...] angenommen hat, als nach § 117 BGB nichtig hätten beurteilt werden müssen. Der Beklagte konnte vielmehr dadurch, dass er im Rahmen der Auktion über zwei Benutzerkonten [...] verdeckt tätig geworden ist, von vornherein nicht Adressat seines eigenen Angebots werden.*

*Das nur an einen - personenverschiedenen - Anderen adressierte und deshalb nicht vom [B] selbst annehmbare Angebot hat der [K] mit seinem bei Auktionsende bestehenden Höchstgebot angenommen. Dieses betrug - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - allerdings nicht [16.900 Euro], sondern lediglich [1000 Euro], weil die Eigengebote des Beklagten unwirksam waren und der Kläger sie deshalb weder überbieten musste noch wollte, um Höchstbietender zu werden.*

*Zwar hat der [K] auf die vom [B] gestartete Auktion innerhalb des ersten Tages der Laufzeit tatsächlich insgesamt fünfzehn Maximalgebote abgegeben beziehungsweise vorangegangene Gebote auf letzten Endes [16.900 Euro] erhöht, nachdem er durch Gebotserhöhungen des [B] (scheinbar) überboten worden war. Jedoch hat das Berufungsgericht bei Auslegung der vom [K] abgegebenen Maximalgebote die Bedeutung der Maximalgebotsfunktion in ihrem Zusammenspiel mit den von den Auktionsteilnehmern (wirksam) abgegebenen Geboten nicht zutreffend so erfasst, wie sie sich nach den in den eBay-AGB formulierten Regeln darstellt, die der Senat wiederum uneingeschränkt selbst auslegen kann [...].*

*Nach § 10 Abs. 2 eBay-AGB veranlasst ein Bieter durch die Eingabe eines den anderen Bietern und dem Anbieter (zunächst) verborgenen Maximalgebotes, dass sein aktuelles Gebot automatisch schrittweise erhöht wird, wodurch der Bieter solange Höchstbietender bleibt, bis sein Maximalgebot von einem anderen Bieter übertroffen wird. Mit dieser Art der Gebotsabgabe wird den Bietern die Möglichkeit eröffnet, bei den nicht auf eine ständige Präsenz der Beteiligten angelegten Auktionen nach vorgegebenen Regeln Maximalgebote abzugeben, um ihnen die Teilnahme im Rahmen des häufig über viele Tage laufenden Bietverfahrens zu erleichtern. Denn anders kann einem in der Praxis dieser zeitlich gestreckten Bietverfahren bestehenden Bedürfnis, den sich entwickelnden Auktionsverlauf aktiv zu begleiten, um auf Gebotserhöhungen von Bietkonkurrenten reagieren zu können, nur schwer Rechnung getragen werden.*

*Vor diesem Hintergrund ergibt die Auslegung der Maximalgebote und -erhöhungen aber, dass der [K] hierdurch noch keine unbe-*



dingten, betragsmäßig bezifferten Annahmeerklärungen abgegeben hat. Er hat vielmehr zunächst nur erklärt, das im Vergleich zum Mindestbetrag oder bereits bestehenden Geboten jeweils nächsthöhere Gebot abzugeben, um dadurch den Mindestbetrag zu erreichen oder bereits bestehende Gebote von Mitbietern um den von eBay jeweils vorgegebenen Bietschritt zu übertreffen und auf diese Weise bis zum Erreichen des von ihm vorgegebenen Maximalbetrages Höchstbietender zu werden oder zu bleiben.

Da die Eigengebote des [B] aber von vornherein nicht geeignet waren, als zum Angebot kongruente Annahmeerklärungen einen Vertragsschluss herbeizuführen, handelte es sich bei ihnen auch nicht um Gebote, die der [K] übertreffen musste und - entsprechend dem Erklärungsgehalt der Maximalgebote - wollte, um Höchstbietender zu werden.

[...]

Demgegenüber nimmt das Berufungsgericht zwar an, im Ergebnis seien die Eigengebote dennoch als für den Auktionsverlauf "beachtlich" zu behandeln und die Maximalgebote des [K] mithin so auszulegen gewesen, dass auch die Gebote des [B] selbst - letzten Endes in Höhe von [16.900 Euro] - überboten werden sollten. Diese Sichtweise ist jedoch unzutreffend.

[...]

Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass sich - wie das Berufungsgericht meint - § 10 Abs. 1 Satz 4 eBay-AGB erkennbar an § 156 Satz 2 BGB "orientiere", für den anerkannt sei, dass das Übergebot, welches das vorangegangene Gebot zum Erlöschen bringe, nicht rechtswirksam sein müsse, weil im Interesse alsbaldiger Rechtsklarheit (bei Versteigerungen) der tatsächliche Hergang entscheidend sei. Zum einen zeichnet § 10 Abs. 1 Satz 4 eBay-AGB die Vorschriften der §§ 145 ff. BGB nach, indem er von dem Gebot eines nach dem Regelungszusammenhang unübersehbar nicht mit dem "Anbieter" personenidentischen "anderen Bieter[s]" spricht. Zum anderen findet nach der Rechtsprechung des Senats § 156 BGB auf eBay-Auktionen ohnehin keine Anwendung, weil es an einem Zuschlag fehlt [...].“

Damit war das letzte von K abgegebene reguläre und damit wirksame Gebot sein erstes Gebot in Höhe von 1.000 Euro. Denn nur vor diesem Gebot wurden weitere reguläre Gebote abgegeben, die K übertreffen musste und wollte.

### c) Zwischenergebnis

Damit ist zwischen K und B ein Kaufvertrag zum Kaufpreis von 1.000 Euro zustande gekommen.

### 2. Weitere Voraussetzungen

#### der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB

K hat dem B auch zunächst eine Frist zur Erfüllung gesetzt. Dass sich B hier gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB exkulpieren kann, ist nicht ersichtlich.

### 3. Höhe des Schadens

Fraglich ist jedoch in welcher Höhe K hier Schadensersatz verlangen kann. Grundsätzlich ist der Geschädigte gem. §§ 249 ff. BGB so zu stellen, wie er stünde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Das schädigende Ereignis ist hier die Nichterfüllung des Kaufvertrags zu einem Kaufpreis in Höhe von

1.000 Euro. Da der Zeitwert des PKW hier 16.500 Euro beträgt, kann K die Differenz zum Kaufpreis und damit Schadensersatz in Höhe von 15.500 Euro verlangen.

### 4. Schadensersatz und Rücktritt

Der von K erklärte Rücktritt schließt einen Anspruch auf Schadensersatz nicht aus, § 325 BGB.

## II. Ergebnis

K hat gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 15.500 Euro gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB.

### Hinweise für Studierende

Der ein oder andere Leser mag sich denken: Bitte nicht schon wieder ein eBay-Fall. Das könnte ich jedenfalls bei der Fülle der eBay-Fälle, die es inzwischen zum BGH geschafft haben, niemandem verdenken. Dennoch lohnt sich ein genauer Blick auf den Fall, denn er enthält ein sehr interessantes zusätzliches Problem, das vom BGH bisher noch nicht behandelt wurde und – soweit ersichtlich – in der Literatur kaum diskutiert wird.

Welche Auswirkung hat es, wenn der Anbieter selbst über einen Fremddaccount das eigene Angebot in die Höhe treibt? Der BGH vertritt – wie vorstehend erörtert – die Auffassung, dass sämtliche durch den Anbieter selbst abgegebenen Gebote unwirksam sind. Das dürfte wohl unstrittig sein. Interessant ist jedoch die daraus gezogene Konsequenz, dass auch sämtliche durch den ordnungsgemäß bietenden Käufer (hier: K) abgegebenen Angebote unwirksam sein sollen, die in der Folge von ihm abgegeben wurden. Das hatte das Berufungsgericht (OLG Stuttgart, Urt. vom 14.04.2015, Az. 12 U 153/14, Juris) noch anders gesehen.

Diese unterschiedlichen Auffassungen haben für das Ergebnis weitreichende Konsequenzen. Laut BGH kann der Käufer die volle Differenz zwischen seinem letzten Gebot, das vor der Manipulation durch den Verkäufer abgegeben wurde (hier 1.000 Euro) und dem Wert des Kaufgegenstands verlangen. Und das, obwohl er durch sein letztes Gebot nach der Manipulation (hier: 16.900 Euro) zum Ausdruck gebracht hat, dass er durchaus bereit wäre, für den Kaufgegenstand einen höheren Preis zu bezahlen. Die Manipulation durch den Verkäufer war ihm ja zum Zeitpunkt der Abgabe des Gebots nicht bekannt. Der Käufer wird so also durch die Manipulation durch den Verkäufer besser gestellt, als er ohne Manipulation gestanden hätte. Dies zu berücksichtigen, gibt es meines Erachtens zwei Möglichkeiten: Entweder auf Ebene des Vertragsschlusses (Unwirksamkeit nur des letzten manipulierten Gebots des Verkäufers) oder auf Ebene der Höhe des Schadens (so das OLG Stuttgart, aaO).

Für welche Auffassung sich der Bearbeiter entscheidet, ist irrelevant, solange nur ausreichend argumentiert wird. Die Entscheidung des OLG Stuttgarts ist für die Schulung der eigenen Argumentation mindestens ebenso lesens-

wert wie die des BGH und überzeugt allein schon deswegen, weil der BGH zu einer dem Schadensrecht fremden „Bestrafung“ des Verkäufers führt.

Dr. *Julius Forschner*, LL.M (Cambridge)

Notarassessor

Würzburg

► **Inhaltsverzeichnis**

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

OLG Hamm

### Unwirksamkeit eines Erbverzichts

Urteil vom 8. November 2016, Az.: 10 U 36/15

**Die Sittenwidrigkeit eines Erbverzichts und damit dessen Unwirksamkeit kann sich aus der gebotenen Gesamtwürdigung mit der dem Verzicht zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vereinbarung ergeben. Das ist insbesondere der Fall, wenn die getroffenen Vereinbarungen ein erhebliches Ungleichgewicht zu Lasten des Verzichtenden ausweisen.**

(Leitsatz des Gerichts)

#### A) Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Der 1995 geborene K ist der Sohn des B aus einer vergangenen Ehe. K wuchs bei seiner Mutter auf. B hat zwei weitere Kinder aus seiner jetzigen Ehe mit E (mit der er im gesetzlichen Güterstand lebt). B ist selbstständig praktizierender Zahnarzt und betreibt ein Dentallabor. Als der K in der 11. Klasse mit erheblichen Schulschwierigkeiten zu kämpfen hatte, bot der B ihm an, in seinem Dentallabor eine Ausbildung zu beginnen. Dieses Angebot nahm K an.

Kurz nach dem 18. Geburtstag des K fuhr B mit K zu dem Notar N in Q. Zuvor hatte B dem K gesagt, er habe eine „Überraschung“ für ihn und müsse dafür mit ihm nach Q fahren. Dort ließen die beiden einen im Auftrag des B vorbereiteten „Erb-, Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsanspruchsverzicht“ beurkunden. Einen Entwurf von dem Vertrag hatte K zuvor nicht erhalten. In dem Vertrag heißt es auszugsweise:

*„Der K verzichtet hiermit für sich auf das ihm beim Tode des B zustehende gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht. Dieser Verzicht betrifft insbesondere Erb-, Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche. Der B nimmt diesen Verzicht an.*

*Als Gegenleistung für den Verzicht erhält der K einen PKW Porsche 911, jedoch nur unter der aufschiebenden Bedingung, dass der K a) sein 25. Lebensjahr vollendet hat und b) seine Gesellenprüfung zum Zahntechniker bis zum 31.12.2017 mit der Note 1 bestanden hat und c) seine Meisterprüfung zum Zahntechniker bis zum 31.12.2021 mit der Note 1 bestanden hat.“*

Bereits kurz nach der Beurkundung, nachdem er mit seiner Mutter telefoniert und ihr von dem Vorgang erzählt hatte, reute K der Vertragsschluss. Er teilte dem Notar telefonisch mit, dass er die Vereinbarung rückgängig machen wolle. Er halte den Vertrag für sittenwidrig.

Kurz darauf verstarb der B überraschend bei einem Autounfall. B hatte seine jetzige Ehefrau testamentarisch zur Alleinerbin eingesetzt. Er hinterlässt ein Vermögen in Höhe von insgesamt 600.000 Euro. In der Folge macht K gegen E ihren Pflichtteilsanspruch aus § 2303 BGB geltend.

#### B) Die Entscheidung des Senats

##### I. Anspruch auf den Pflichtteil in Höhe von 50.000 Euro (§ 2303 BGB)

K ist als Abkömmling gem. § 2303 Abs. 1 BGB grundsätzlich pflichtteilsberechtigt in Höhe der Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Da der B im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft verheiratet war, stünde seiner Ehefrau nach der gesetzlichen Erbfolge die Hälfte des Vermögens zu §§ 1931 Abs. 1, 1371 Abs. 1 BGB. Die andere Hälfte verteilt sich nach der gesetzlichen Erbfolge zu gleichen Teilen auf die Kinder, § 1924 Abs. 1, Abs. 4 BGB. Jedem der Kinder steht also als gesetzlicher Erbteil ein Sechstel zu. Das entspricht einem Anteil des K in Höhe von 100.000 Euro. Der Pflichtteil beliefe sich demnach gem. § 2303 BGB auf 50.000 Euro.

Fraglich ist allerdings, ob dem K überhaupt einen Pflichtteilsanspruch zusteht, da er auf seinen Pflichtteil in notarieller Form verzichtet hat, §§ 2346 Abs. 1, Abs. 2, 2348 BGB. Dieser Pflichtteilsverzicht könnte jedoch unwirksam sein.

##### 1. Unwirksamkeit des Pflichtteilsverzichts (§ 138 Abs. 1 BGB)

Die Unwirksamkeit könnte sich vorliegend aus § 138 Abs. 1 BGB ergeben. Voraussetzung hierfür ist, dass der Erbverzicht sittenwidrig ist.

*„Sittenwidrig und damit nichtig gemäß § 138 Abs.1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, wenn es nach seinem Gesamtcharakter gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Folgt die Sittenwidrigkeit nicht schon allein aus dem Inhalt des Geschäfts, kann sie sich aus einer zusammenfassenden Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts, sowie der äußeren Umstände, die zu seiner Vornahme geführt haben ergeben [...]. Subjektiv ist weder das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit, noch eine Schädigungsabsicht erforderlich, es genügt vielmehr, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen die Sittenwidrigkeit folgt. Dem steht es gleich, wenn er sich der Erkenntnis einer erheblichen Tatsache bewusst oder grob fahrlässig verschließt*

[...].“

Bezogen auf einen Pflichtteilsverzicht stellt sich jedoch die Frage, ob dieser als solcher überhaupt sittenwidrig sein kann. Denn bei dem Pflichtteilsverzicht handelt es sich um ein Verfügungsgeschäft, das für sich genommen wertneutral ist.

*„Zu beachten ist allerdings, dass es sich bei dem Erbverzicht um ein abstraktes erbrechtliches Verfügungsgeschäft handelt, das unmittelbar den Verlust des gesetzlichen Erbrechts und des Pflichtteilsrechts bewirkt [...]. Hiervon zu unterscheiden ist das*

dem Erbverzicht zugrundeliegende Kausalgeschäft. Wird der Erbverzicht gegen eine Abfindung erklärt, liegt ihm ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft zugrunde, das einerseits den Rechtsgrund für den Erbverzicht und andererseits den Rechtsgrund für die Abfindung bildet [...].

Erbverzicht und Abfindungsvereinbarung sind im Grundsatz selbständige Rechtsgeschäfte. Sie können nach dem Parteiwillen aber als ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB verknüpft sein, mit der Folge, dass eine etwaige Unwirksamkeit der Abfindungsvereinbarung auch den Erbverzicht erfasst. Voraussetzung ist, dass nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Geschäftswillen der Parteien beide Geschäfte miteinander "stehen und fallen sollen"

[...]

Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Werden nämlich der Erbverzicht und die Abfindungsvereinbarung - wie hier - in einer Urkunde aufgenommen, spricht nach herrschender Meinung eine tatsächliche Vermutung für einen solchen Verknüpfungswillen [...]. In diesem Fall kann sich eine Unwirksamkeit des Verzichts nach § 138 Abs.1 BGB aus dem Gesamtcharakter der dem Verzicht zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vereinbarung ergeben [...].

Die demnach gebotene Gesamtwürdigung der dem Erbverzicht zugrundeliegenden Vereinbarungen führt hier zu dem Verdikt der Sittenwidrigkeit.

[...]

Nach ihrem Inhalt weisen die in dem Vertrag getroffenen Vereinbarungen ein erhebliches Ungleichgewicht zu Lasten des Verzichtenden aus. Dieses Ungleichgewicht resultiert in erster Linie daraus, dass der Erbverzicht mit sofortiger Wirkung und unbedingt - insbesondere unabhängig vom Eintritt der Bedingungen für die Gegenleistung - vereinbart ist, während die Gegenleistung unter drei kumulativ zu erfüllende Bedingungen gestellt ist, mit der Folge, dass der Erbverzicht bei Nichteintritt auch nur einer der Bedingungen unentgeltlich erlangt ist.

Die Bedingungen für die Gegenleistung stoßen zudem auch für sich betrachtet inhaltlich auf die vom Landgericht aufgezeigten Bedenken:

So hat das Landgericht bei seiner Gesamtwürdigung zu Recht berücksichtigt, dass sich der Wert des als Gegenleistung für den Erbverzicht versprochenen Fahrzeuges durch die mit der ersten Bedingung gesetzte zeitliche Komponente aufgrund des in der Zwischenzeit unweigerlich eintretenden Wertverlustes erheblich reduziert. Soweit der [B] demgegenüber einwendet, tatsächlich habe der [K] das Fahrzeug auch schon vor der Vollendung des 25. Lebensjahres zur Verfügung gestellt bekommen sollen, ergibt sich das nicht aus dem Vertrag. Ein entsprechender Rechtsanspruch auf Nutzung des Fahrzeuges vor Vollendung des 25. Lebensjahrs ist durch den Vertrag gerade nicht begründet. Eine eventuelle Gestattung der vorzeitigen Nutzung hing damit allein vom Gutdünken des [B] ab.

Richtig ist auch, dass die beiden weiteren Bedingungen für den Erhalt des Fahrzeuges geeignet waren, den [K] in zu missbilliger Weise in der Wahl seines beruflichen Werdeganges einzuschränken. Zu Recht betont das Landgericht, dass die starre Vorgabe der

zu absolvierenden Ausbildung in einem bestimmten Zeitrahmen von der Gesellenprüfung bis hin zum Erwerb des Meisterbriefes dem [K] keinerlei Spielraum zu einer beruflichen Umorientierung lässt. Die Bedingungen entfalten so eine knebelnde Wirkung, die einen unzulässigen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des noch jugendlichen [K] darstellt, der seine Ausbildung gerade erst begonnen hatte. Verschärft wird die hierdurch erzeugte Druckwirkung noch dadurch, dass die Bedingung nur bei Erreichen der Bestnote bei den Abschlussprüfungen erfüllt sein sollte. Insofern ist es unerheblich, wenn der [K] nunmehr erklärt, er hätte im Ernstfall nicht wirklich auf dem Erreichen der Bestnote bestanden. Denn auch dies wäre mangels entsprechender vertraglicher Regelung allein in sein Gutdünken gestellt gewesen. Ob die Bestnote auch nach damaliger eigener Einschätzung des [K] leicht zu erreichen war, ist ebenfalls unerheblich. Denn zum einen ist zu bedenken, dass der [K] seinerzeit gerade erst am Beginn seiner Ausbildung stand und daher mögliche Schwierigkeiten noch gar nicht zuverlässig einschätzen konnte. Zum anderen hängen in einer Abschlussprüfung erzielte Ergebnisse erfahrungsgemäß jedenfalls nicht ausschließlich von Umständen ab, die der Absolvent beeinflussen kann.

[...]

Im Vordergrund stehender Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts war für den [B] die Erlangung des Erbverzichts zur Erweiterung seiner Testierfreiheit gegen eine verhältnismäßig geringe Abfindung und gegebenenfalls sogar ohne jegliche Gegenleistung. Dies folgt erkennbar aus der dargestellten Vertragsgestaltung, die unstreitig auf einseitigen Vorgaben des [B] beruht. Soweit der [B] nunmehr behauptet, es sei ihm bei dem Rechtsgeschäft in erster Linie aus Gründen der Fürsorge für seinen Sohn darauf angekommen, diesen zu einer zügigen und erfolgsorientierten Ausbildung zu motivieren, ist dieses Motiv ersichtlich vorgeschoben. Denn zur Erreichung dieses Ziels hätte es nicht der Vertragsgestaltung bedurft, wie sie nach den Vorgaben des [B] umgesetzt worden ist. Vielmehr hätte es genügt, dem [K] das Fahrzeug als Belohnung zu versprechen, wenn er die vorgegebenen Ausbildungsziele erreicht, und gleichzeitig den Erbverzicht ebenfalls an den Eintritt dieser Bedingung zu knüpfen. Den Erbverzicht hingegen mit sofortiger Wirkung und ohne jede Bedingung zu vereinbaren und allein die Abfindung von der Erfüllung strikter Vorgaben abhängig zu machen, zeigt nach der Überzeugung des Senats deutlich, dass der [B] bei diesem Rechtsgeschäft in erster Linie seine eigenen Ziele und Vorstellungen im Blick hatte und nicht das Wohl seines Sohnes. Wäre es dem [B], wie er behauptet, bei der Vertragsgestaltung desweiteren nur darum gegangen, dass der erhebliche Wert des versprochenen Fahrzeuges bei einer späteren Geltendmachung des Pflichtteils berücksichtigt wird, hätte es vollkommen genügt, eine einfache und allgemein übliche Anrechnungsbestimmung in den Vertrag aufzunehmen.

[...]

Für eine Sittenwidrigkeit der getroffenen Vereinbarungen sprechen schließlich besonders deutlich die äußeren Umstände des Geschäftes. Hiernach hat der [B] nämlich die in erheblichem Gegensatz zu seiner eigenen Geschäftsgewandtheit stehende jugendliche Unerfahrenheit und Beeinflussbarkeit seines Sohnes zu seinem Vorteil ausgenutzt.



*Dies folgt schon aus der Wahl des Gegenstandes der in Aussicht gestellten Abfindung. Hier hat sich der [B] ersichtlich zielgerichtet die alters- und persönlichkeitsbedingte nahezu fanatische Begeisterung des [K] für den Sportwagen zu Nutze gemacht. Das Landgericht spricht insoweit zu Recht von einem Rationalitätsdefizit bei dem [K], das dem [B] bestens bekannt war und das er durch die Anschaffung des Fahrzeugs im Vorfeld noch gefördert hat*

*Weitere entscheidende Gesichtspunkte sind der Zeitpunkt des Geschäftes, zwei Tage nach dem 18. Geburtstag des [K], sowie die näheren Umstände der Beurkundung. Der [B] hat für sein Vorhaben bewusst den Eintritt der Volljährigkeit des [K] abgewartet, wohlwissend, dass er eine Zustimmung zu dem Geschäft von Seiten der Mutter des [K] nicht erlangt hätte, geschweige denn die nach § 2347 BGB erforderliche Genehmigung des Familiengerichts. Zum anderen hat er mit der Wahl des Beurkundungstermins den Eindruck erweckt, es handele sich um ein Geburtstagsgeschenk für den [K]. Diese Vorgehensweise war geeignet, dem [K] eine Ablehnung des Angebotes emotional zu erschweren.*

*Zudem hat der [B] den [K] nicht in die Vorbereitung des Beurkundungstermins mit einbezogen. Einen Entwurf der nach seinen Vorgaben gestalteten Vereinbarung hat er dem [K] unstreitig nicht gezeigt und erläutert.*

*Schließlich war der [K] auch nicht in sonstiger Weise über die wesentlichen Bedingungen des Geschäfts im Vorfeld informiert. Dies folgt schon aus dem eigenen Sachvortrag des [B], weshalb es auf die mit der Berufung aufgeworfene Frage der Beweislast und auf die Würdigung der Aussagen der Zeugen M und L im Ergebnis nicht ankommt. Denn nach seinem eigenen Vorbringen will der [B] dem [K] im Vorfeld lediglich mitgeteilt haben, er beabsichtige ihm das Fahrzeug zu schenken, vorausgesetzt er bringe seine Ausbildung mit guten Ergebnissen zu Ende. Wenn er ihm ein solches Fahrzeug schenke, sei das ein vorweggenommenes Erbe. Mit einer solchen wertvollen Schenkung müssten dann auch alle Erb- und Pflichtteilsansprüche erledigt sein. Damit habe sich der [K] einverstanden erklärt. Auch gegenüber den Zeugen M und L habe der [K] geäußert, er werde auf seinen Erb- und Pflichtteil verzichten, wenn er das Fahrzeug geschenkt erhalte.*

*Bei Zugrundelegung dieses Vortrags war der [K] im Vorfeld gerade nicht darüber informiert, dass er den Erbverzicht unbedingt und mit sofortiger Wirkung erklären sollte, unabhängig davon, ob er die Gegenleistung später tatsächlich auch erhält. Die vom [B] behaupteten Erläuterungen im Vorfeld waren daher nicht geeignet, dem [K] das in Wahrheit beabsichtigte Geschäft zu erläutern, sondern im Gegenteil eher geeignet, den wahren Charakter des beabsichtigten Rechtsgeschäfts zu verschleiern und zu beschönigen.“*

Das Rechtsgeschäft verstößt damit objektiv gegen die guten Sitten.

## 2. Subjektive Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB

Weitere Voraussetzung für eine Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB ist jedoch, dass die Parteien die Umstände kennen, die die Sittenwidrigkeit begründen. Dieses Merkmal ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut des § 138 Abs. 1 BGB, der ein subjektives Tatbestandsmerkmal nicht beinhaltet. Das Kriterium wurde aber von der Rechtsprechung entwickelt und ist weitgehend anerkannt, wenn auch in den Details umstritten. In Fällen wie dem

vorliegenden, in denen eine „schwächere“ Vertragspartei durch das Verdikt der Sittenwidrigkeit geschützt werden soll, genügt es, dass die „stärkere“ Vertragspartei die Umstände kennt, die die Sittenwidrigkeit begründen.

[...]

*Die subjektiven Voraussetzungen des § 138 Abs.1 BGB sind ebenfalls erfüllt. Der [B] kannte unstreitig alle aufgezeigten Tatsachen, aus denen die Sittenwidrigkeit des Erbverzichts folgt. Ob er das Verdikt der Sittenwidrigkeit erkannte hat und ob er seinen Sohn gezielt schädigen wollte, braucht nach dem Gesagten nicht näher festgestellt zu werden. [...]*“

Damit liegen auch die subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 138 Abs. 1 BGB vor.

## II. Ergebnis

Demnach ist der Erbverzichtsvertrag vorliegend sittenwidrig und damit nichtig. Dies ergibt sich maßgeblich aus der Sittenwidrigkeit des zugrunde liegenden Kausalgeschäfts, das mit dem Verfügungsgeschäft gem. § 139 BGB ein einheitliches Rechtsgeschäft darstellt. Damit führt die Sittenwidrigkeit des Grundgeschäfts auch zur Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts.

K hat demnach einen Anspruch auf Zahlung des Pflichtteils in Höhe von 50.000 Euro gegen E.

### Hinweise für Studierende

Eine Thematik die den meisten Examenskandidaten fremd sein dürfte. In der Klausur wird der Pflichtteilsverzicht jedoch nur als Einstieg verwendet, um Normen des Allgemeinen Teils zu prüfen, hier namentlich § 138 BGB. Da dieser Ansatz bereits im Sachverhalt angelegt ist, kann von den Klausurbearbeitern erwartet werden, dass sie dies ohne weiteres als Problem erkennen.

Für eine Bewertung im oberen Bereich der Notenskala ist jedenfalls erforderlich, dass deutlich zwischen Erbverzicht als Verfügungsgeschäft und Grundgeschäft getrennt wird und der Zusammenhang dogmatisch sauber über § 139 BGB hergestellt wird.

Die Berechnung der Höhe des Pflichtteils betrifft die Grundzüge des Erbrechts (Erbfolge, Pflichtteil), die in allen Bundesländern zum Pflichtstoff gehören, so dass hier keine Schwäche gezeigt werden sollte, wenn es auch nicht das Kernproblem der Klausur ist.

In der Sache verdient die Entscheidung Zustimmung. Zwar ist es grundsätzlich nicht erforderlich, dass für den Erbverzicht eine Gegenleistung gewährt wird. In der Praxis erfolgen die meisten Erbverzicht unentgeltlich, aus Gefälligkeit, aus altruistischen Motiven oder schlicht um eine sinnvolle Nachfolgeregelung rechtssicher zu ermöglichen. Eine abstrakte Bestimmung, wann das zugrunde liegende Kausalgeschäft sittenwidrig ist und damit in der Regel auch den Erb- oder Pflichtteilsverzicht nichtig macht, ist deshalb nicht möglich. In Fällen wie dem vor-

liegendem, in dem mehrere Umstände zusammen kommen: Überraschungssituation, keine vorherige Befassung mit dem Vertrag, Ausgestaltung der Bedingungen ausschließlich zu Lasten des Sohnes etc. ist es erforderlich, dass die Rechtsprechung korrigierend eingreift und hier die Funktion wahrnimmt, die eigentlich gem. § 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG schon dem beurkundenden Notar obliegt: Darauf hinwirken, dass unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.

Dr. *Julius Forschner*, LL.M (Cambridge)

Notarassessor  
Würzburg

► **Inhaltsverzeichnis**

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesarbeitsgericht

### Druckkündigung nach außerdienstlicher Straftat

Urteil vom 15. Dezember 2016, Az.: 2 AZR 431/15

**Verweigern Beschäftigte die Arbeit, weil der Arbeitgeber einem – unberechtigten – Kündigungsverlangen nicht nachkommt, ist eine Kündigung des Betroffenen nicht als sog. "echte" Druckkündigung sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber den Druck und die dadurch drohenden wirtschaftlichen Nachteile nicht zumindest dadurch abzuwehren versucht, dass er die Beschäftigten auf die Rechtswidrigkeit der Arbeitsniederlegung hinweist und für weitere Zuwiderhandlungen arbeitsrechtliche Maßnahmen in Aussicht stellt.**

(Amtlicher Leitsatz)

#### A) Sachverhalt

Die Beklagte ist Betreiberin eines Containerterminals und beschäftigt ca. 1000 Arbeitnehmer. Der Kläger war seit 2007 bei der Beklagten als Hafenfacharbeiter beschäftigt. Aufgrund des Verdachts einer außerdienstlich begangenen Straftat des Missbrauchs eines Kindes kündigte die Beklagte im September 2011 das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger. Dieser wurde später wegen der Straftat strafrechtlich verurteilt. Der Kläger obsiegte mit seiner Kündigungsschutzklage in erster Instanz. Hierauf kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis erneut im April 2012. Als Grund für die Kündigung gab die Beklagte an, dass Mitarbeiter des Klägers eine weitere Zusammenarbeit mit diesem abgelehnt hätten. Die Rechtswirksamkeit dieser Kündigung steht rechtswirksam fest.

Als der Kläger im Juni und Juli 2013 an zwei Tagen zum Arbeitsantritt wieder im Betrieb erschien, weigerten sich Mitarbeiter der Beklagten sowie Arbeitnehmer von anderen auf dem Gelände Tätigen, die Tätigkeit aufzunehmen, solange sich der Kläger auf dem Terminalgelände aufhalte. Daraufhin kündigte die Beklagte nach Anhörung des Betriebsrats mit Schreiben vom 23. Juli 2013 das Arbeitsverhältnis ein weiteres Mal außerordentlich fristlos, hilfsweise fristgerecht.

Hiergegen hat der Kläger fristgerecht Kündigungsschutzklage erhoben und beantragt festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 23. Juli 2013 nicht aufgelöst worden ist. Der Kläger war der Ansicht, dass weder ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung gegeben, noch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung sozial gerechtfertigt sei. Die Beklagte sei ferner zu verurteilen, ihn zu unveränderten Bedingungen als Hafenarbeiter bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Ihrer Ansicht zufolge sei die außerordentliche, jedenfalls jedoch die ordentliche Kündigung rechtswirksam. Sie habe durch die Weigerung ih-

rer Belegschaft sowie der Arbeitnehmer der auf demselben Gelände tätigen Drittfirmen erhebliche finanzielle Einbußen erlitten. Sie habe sich mehrfach schützend vor den Kläger gestellt. Jedoch sei sie nicht verpflichtet, den Arbeitnehmern, die sich weigerten, mit dem Kläger zusammenzuarbeiten, Abmahnungen oder gar Kündigungen auszusprechen oder Gehaltskürzungen vorzunehmen.

Die Vorinstanzen haben die außerordentliche Kündigung für unwirksam, die ordentliche hingegen für wirksam gehalten. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren hinsichtlich der ordentlichen Kündigung weiter, während die Beklagte mit ihrer Anschlussrevision die vollständige Klageabweisung begehrt.

#### B) Die Entscheidung des Senates

##### I. Anforderungen an eine „unechte“ Druckkündigung

Das BAG hielt die Revision des Klägers für begründet. Die Kündigungen der Beklagten vom 23.07.2013 hätten das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst. Hierzu führte es aus, dass zwar *„das ernstliche Verlangen eines Dritten, der unter Androhung von Nachteilen vom Arbeitgeber die Entlassung eines bestimmten Arbeitnehmers fordert, [...] auch dann einen Grund zur Kündigung iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG bilden [kann], wenn es an einer objektiven Rechtfertigung der Drohung fehlt.“* Allerdings unterliege eine solche „echte“ Druckkündigung strengen Anforderungen. Der Arbeitgeber dürfe insbesondere einem Kündigungsverlangen seitens der Arbeitnehmer nicht ohne Weiteres nachgeben. Vielmehr habe er sich *„schützend vor den Betroffenen zu stellen und alles Zumutbare zu versuchen, um die Belegschaft von ihrer Drohung abzubringen“*. Dies verlange vom Arbeitgeber *„ein aktives Handeln, das darauf gerichtet ist, den Druck abzuwehren“*. Eine Kündigung könne nur dann gerechtfertigt sein, *„wenn trotz solcher Bemühungen die Verwirklichung der Drohung in Aussicht gestellt wird und dem Arbeitgeber dadurch schwere wirtschaftliche Nachteile drohen.“* Die Kündigung müsse jedoch das *„einzig praktisch in Betracht kommende Mittel“* sein, mit welchen die drohenden Schäden abgewendet werden könnten.

Diese Voraussetzungen einer „echten“ Druckkündigung sah das BAG als nicht verwirklicht an.

#### Hinweis

Bei einer „echten“ Druckkündigung folgt der Kündigungsgrund gerade aus der Drucksituation selbst. Im Unterschied hierzu ist bei einer „unechten“ Druckkündigung die Drucksituation lediglich Reflex des bereits in der

Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Kündigungsgrundes.<sup>1</sup>

Die Beklagte habe nicht in ausreichender Weise versucht, die Drucksituation anders als durch das Aussprechen der streitgegenständlichen Kündigung, aufzulösen. Die Kündigung sei nicht durch die Drucksituation iSd. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG „bedingt“ gewesen.

Zwar sei die Drohung der Belegschaft, die Arbeit niederzulegen und die damit einhergehenden wirtschaftlichen Einbußen grundsätzlich geeignet, eine Druckkündigung zu rechtfertigen. Allerdings müsse der Arbeitgeber zuvor alles ihm Zumutbare getan haben, um den Druck auf anderem, als dem Kündigungswege zu abzuwenden. Insbesondere stünden dem Arbeitgeber dann, wenn die Arbeitnehmer mit Arbeitsniederlegung drohten, andere Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung als dies etwa bei der Auftragskündigung durch Geschäftspartner der Fall sei. Die Arbeitnehmer verletzten durch eine Arbeitsverweigerung ihre arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten. Dem Arbeitgeber sei es „stets zumutbar, sie darauf hinzuweisen, dass ihr Verhalten einen schwer wiegenden, nach Abmahnung ggf. zur Kündigung berechtigenden Vertragsbruch darstellt und dass ihnen für die ausfallende Arbeit kein Entgelt zusteht. Ein solcher Hinweis ist zur Abwendung des Drucks nicht ungeeignet.“ Es sei nach Ansicht des BAG nicht ausgeschlossen, „dass die Arbeitnehmer schon dadurch veranlasst werden, ihre Weigerungshaltung zu überdenken“. Ohne eine entsprechende Klarstellung des Arbeitgebers könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Mitarbeiter zu weiteren Arbeitsniederlegungen selbst um den Preis finanzieller Einbußen und rechtlicher Nachteile für den Bestand ihrer eigenen Arbeitsverhältnisse bereit seien.

## II. Berücksichtigung vorangegangener unwirksamer Kündigungen durch den Arbeitgeber

Das BAG hebt zudem hervor, dass insbesondere dann, wenn bereits rechtswirksam festgestellte unwirksame Kündigungen durch den Arbeitgeber erfolgt sind, die Anforderungen an denselben hinsichtlich der Beseitigung der Drucksituation erhöht seien. Er müsse vor allen Dingen „dem aufgrund der vorausgegangen Kündigung möglichen subjektiven Eindruck der weiter eine Entlassung fordernden Mitarbeiter entgegenwirken, eine Druckausübung komme ihm ‘gerade recht’, um doch noch eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erreichen“. Der Arbeitgeber müsse dem Kündigungsverlangen der Belegschaft auch deshalb entgegengetreten, da sich anderenfalls „die Mitarbeiter in ihrem Entlassungsverlangen und in ihrer Bereitschaft, diesem durch den Einsatz von Druck zum Erfolg zu verhelfen, noch bestärkt fühlen. Er muss deutlich machen, dass es für eine Entlassung keinen Grund gibt und dass aus seiner Sicht eine Entlassung ohne das Vorliegen objektiv geeigneter Kündigungsgründe ausgeschlossen ist“.

## III. Keine Ausnahme bei außerdienstlich begangener, moralisch besonders verwerflicher Straftat

Dies gelte auch dann, wenn eine besonders verwerfliche Straftat des Arbeitnehmers, die in keinem dienstlichen Bezug zu seiner

Tätigkeit steht, Grund für die Druckausübung sei. Der Arbeitgeber sei auch dann verpflichtet, „dem möglichen Eindruck entgegen zu wirken, er habe für das Entlassungsverlangen Verständnis“. Gerichtlichen Entscheidungen, wonach eine arbeitsrechtliche Sanktion der vom Kläger begangenen Straftat ausgeschlossen ist, seien sowohl vom Arbeitgeber, als auch der Belegschaft zu akzeptieren. Ein auf die außerdienstlich begangene Straftat gestütztes Entlassungsverlangen sei „daher weder ‘legitim’ noch gar ‘objektiv gerechtfertigt‘“.

## IV. Anforderungen an das Verhalten des Arbeitgebers

Ein bloßes Auffordern der Belegschaft, die Arbeit wieder aufzunehmen ohne den Hinweis auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens und das Inaussichtstellen arbeitsrechtlicher Maßnahmen bei Zuwiderhandlung reiche nicht aus. Insbesondere habe der Arbeitgeber dem möglichen Eindruck entgegenzuwirken, er „lasse es selbst Mitarbeitern mit Vorbildfunktion ‘durchgehen’, sich offen vertragsbrüchig zu verhalten“. Daher müsse er zumindest gegenüber den die Arbeit „ebenfalls verweigernden und ihm zu besonderer Loyalität verpflichteten Führungskräften“ zum Ausdruck bringen, dass er „gerade auch deren Verhalten nicht billige und sich vorbehalte, darauf zumindest mit einer Entgeltkürzung arbeitsrechtlich zu reagieren“. Ein lediglich mit dem auf die ergangenen gerichtlichen Entscheidungen erfolgte Arbeitsauforderung reiche nicht aus, da hierdurch „sowohl die Führungskräfte als auch die übrige Belegschaft in ihrem Glauben [bestätigt würde], es handele sich letztlich um eine ‘legitime’ Druckausübung, der [der Arbeitgeber] [...] nicht ernsthaft entgegneten würde. Die Beklagte hätte überdies klarstellen müssen, dass eine Kündigung mangels objektiv geeigneter Kündigungsgründe ausgeschlossen und sie nicht bereit war, der rechtswidrigen Druckausübung der die Arbeit verweigernden Belegschaft nachzugeben.“

## V. Obiter dictum: Zumutbarkeit der Umsetzung angedrohter Maßnahmen

Im angefügten obiter dictum macht das BAG zudem deutlich, dass der Arbeitgeber die Umsetzung etwaiger angedrohter Maßnahmen nicht „unter Berücksichtigung vermeintlich berechtigter Interessen der Belegschaft für ungeeignet halten“ dürfe, wie es noch die Vorinstanz angenommen hat. Ein berechtigtes Interesse an einer rechtswidrigen Arbeitsniederlegung bestehe insofern nicht. Der Arbeitgeber habe kein „Ermessen bei der Beurteilung, welche Versuche zur Druckabwendung ihm zumutbar sind. Dies bestimmt sich vielmehr, wenn auch unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, objektiv“. Das Landesarbeitsgericht habe das Vorbringen des Arbeitgebers, das Verhalten der Belegschaft sei derart massiv und nachhaltig gewesen, dass der Anspruch von Abmahnungen in der fraglichen Situation nicht als geeignetes Mittel erschien, fälschlicherweise als glaubhaft angenommen. Zwar möge „es im Rahmen tatrichterlicher Würdigung liegen, ob der Ausspruch von Abmahnungen unmittelbar in der ‘aufgeheizten’ Situation anlässlich der Arbeitsantritte des Klägers keinen Effekt gehabt hätte“. Allerdings sei damit nicht gesagt, „wie massiv und nachhaltig die Weigerungshaltung gewesen wäre, wenn die Beklagte den die Arbeit verweigernden Arbeitnehmern schon im Vorfeld des zweiten Arbeitsantritts des Klägers Abmahnungen wegen der vorhergegangenen Arbeitsverweigerung

<sup>1</sup> Vgl. Löwisch/Caspers/Klump, Arbeitsrecht, 11. Aufl. (2017), Rn. 636.



angedroht oder ausgesprochen und/oder Entgeltkürzungen angedroht und/oder vorgenommen hätte“.

## VI. Arbeitsniederlegung von Arbeitnehmern von Drittfirmen

Mangels eines konkreten Berufens auf etwaige entstandene wirtschaftliche Schäden aufgrund der Arbeitsniederlegung von Arbeitnehmern von sich auf demselben Gelände befindender Drittfirmen hält das BAG abschließend fest, dass insofern in Betracht käme „bei den für den Arbeitseinsatz verantwortlichen Repräsentanten der Drittfirmen eine Einwirkung auf ihre Arbeitnehmer anzumahnen“.

## C) Schlussbemerkungen

Das BAG stellt klar, dass der Arbeitgeber stets an die objektiven Kriterien der Rechtsprechung zur Wirksamkeit gebunden ist. Dies gilt auch dann, wenn dem Arbeitgeber das Verhalten seiner Belegschaft, etwa da er deren Ansicht teilt, gelegen kommt oder im Falle außerdienstlicher Straftaten, mögen diese auch noch so verwerflich sein. Der Arbeitgeber muss seiner Fürsorgepflicht nachkommen und sich zunächst schützend vor den Arbeitnehmer stellen, um diejenigen, die eine Kündigung fordern, von ihrer Haltung abzubringen. Hierbei muss er zur Abwendung in Betracht kommender wirtschaftlicher Schäden auch einschneidende Mittel wie das der Abmahnung oder etwaiger Entgeltkürzungen in Betracht ziehen. Erst dann, wenn dies nicht möglich ist, kann eine Drückkündigung wirksam erfolgen. Mag die Entscheidung vor dem Hintergrund der durch den Arbeitnehmer begangenen Straftat der Kindesmisshandlung auf den ersten Blick befremdlich wirken, so wird auf den zweiten Blick deutlich, dass eine anderweitige Beurteilung des BAG zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen würde. Es wäre nicht mehr klar, wann außerdienstliches Fehlverhalten und damit einhergehende Drucksituationen für den Ausspruch einer Drückkündigung ausreichend wären. Insofern verdient die Entscheidung des BAG Zustimmung.

### Abschließende Hinweise für Studierende

Das Arbeitsrecht ist im ersten Staatsexamen eine gern geprüfte Materie, die nicht „auf Lücke“ gesetzt werden sollte. Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen gehört zum prüfungsrelevanten arbeitsrechtlichen Standardrepertoire. Der vorliegende Fall, welcher sich problemlos in eine zivilrechtliche Klausur einbetten lässt, dürfte daher für Aufgabensteller hoch interessant sein. Macht man sich jedoch mit den Grundlinien der Rechtsprechung, die der BAG in der vorliegenden Entscheidung lehrbuchartig aufgeführt hat, vertraut, lassen sich Sachverhalte, wie der der vorliegenden Entscheidung in der Klausur sicher lösen. Interessant sind insofern auch die Ausführungen des BAG zur Zumutbarkeit der Umsetzung angedrohter Maßnahmen im obiter dictum und zur Arbeitsniederlegung von Arbeitnehmern von Drittfirmen. Diese lassen je nach Klausurstellung bei der Fallbearbeitung genügend Raum für argumentative Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt. Um dies an der richtigen Stelle in der Prüfung zu verorten, sollte man sich einen Überblick über die wichtigsten Punkte im Rahmen der Prüfung einer Drückkündigung verschaffen:

### I. Ordnungsgemäße Kündigungserklärung (Form (§ 623 BGB), Vollmacht, Bedingung, Zugang)

### II. Anhörung des Betriebsrates (§ 102 Abs. 1, Abs. 2 S. 3 BetrVG)

### III. Unwirksamkeitsgründe (§ 18 BEEG; § 103 BetrVG § 5; § 22 BBiG; § 9 Abs. 3 MuSchG; § 5 Abs. 2 PflegeZG; §§ 85, 91 SGB IX)

### IV. Klagefrist des §§ 4 S. 1, 7, 13 Abs. 1 S. 2 KSchG

### V. Voraussetzungen außerordentliche Kündigung, § 626 BGB

1. Voraussetzungen unechte Drückkündigung: Vorliegen eines personen- oder verhaltensbedingten Kündigungsgrundes (wenn (-), dann weiter mit 2. )
2. Voraussetzung echte Drückkündigung: betriebsbedingte (Druck-)Kündigung
  - a) Ultima-ratio-Prinzip: Arbeitgeber muss alles Zumutbare tun, um Situation abzuwenden
  - b) Kündigung muss das einzig in Betracht kommende Mittel sein, um durch die Drucksituation drohende Schäden abzuwenden
  - c) Ausschluss: Drucksituation, die der Arbeitgeber selbst hervorgerufen hat

### VI. Kündigungserklärungsfrist, § 626 Abs. 2 BGB

Alternative 1: Wenn die Tatsachen, die den wichtigen Grund ergeben sollen, gemäß § 626 Abs. 2 BGB verfristet sind, ist die Kündigung unwirksam.

Alternative 2: Solange sich Arbeitgeber ernsthaft um eine Abmilderung des Drucks bemüht, ist der Fristbeginn gehemmt.

### VII. Ggf. Umdeutung nach § 140 BGB in ordentliche Kündigung

## Andreas Schubert

Wissenschaftlicher Mitarbeiter  
Forschungsstelle für Hochschul Arbeitsrecht  
(Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch)  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

### ► Inhaltsverzeichnis

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesarbeitsgericht

### Kündigung eines LKW-Fahrers wegen Drogenkonsums

Urteil vom 20. Oktober 2016 – 6 AZR 471/15

1. Ein Berufskraftfahrer darf seine Fahrtüchtigkeit nicht durch die Einnahme von Amphetamin und Methamphetamin ("Crystal Meth") gefährden. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung kann die außerordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses rechtfertigen, wenn der Berufskraftfahrer trotz des Konsums dieser "harten Drogen" seine Fahrtätigkeit verrichtet hat.

2. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Drogenkonsum im privaten Bereich oder während der Arbeitszeit erfolgte.

3. Ob die Fahrtüchtigkeit des Berufskraftfahrers bei den durchgeführten Fahrten konkret beeinträchtigt war und deshalb eine erhöhte Gefahr im Straßenverkehr bestand, ist unerheblich.

4. Bestehen aufgrund eines positiven Drogentests begründete Zweifel an seiner Fahrtüchtigkeit, hat ein Berufskraftfahrer dies dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen, wenn nicht auszuschließen ist, dass die Zweifel bei Antritt der nächsten Fahrt noch bestehen. Die Verletzung dieser Verpflichtung kann einen wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses darstellen.

(Leitsätze des Bearbeiters)

#### A) Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt)\*

B betreibt ein Transportunternehmen, dessen einziger Kunde ein Automobilhersteller ist, für den B mit schweren Lastkraftwagen "Just-in-time"-Lieferungen durchführt. Sämtliche bei B angestellten Arbeitnehmer sind LKW-Fahrer. K, der zu diesem Zeitpunkt seit knapp einem Jahr als LKW-Fahrer bei B angestellt war, nahm – ohne drogenabhängig zu sein – außerhalb seiner Arbeitszeit am Samstag, dem 28.01.2017, Amphetamin und Methamphetamin ("Crystal Meth") ein. Unklar ist, ob K die Drogen nur einmalig konsumierte oder aber bereits zuvor Drogen genommen hatte. Ab dem darauffolgenden Montag erbrachte K in der Frühschicht ab 04:00 Uhr morgens plangemäß seine Arbeitsleistung. Am Dienstag, dem 31.01.2017, wurde er nach Beendigung seiner Tätigkeit für B bei einer Fahrt mit seinem privaten PKW von der Polizei kontrolliert und einem Drogenwischtest unterzogen. Das Ergebnis dieses Tests war positiv. Die Blutuntersuchung ergab später, dass K Amphetamin und Methamphetamin konsumiert hatte.

Am Abend des 31.01.2017 rief K den B an und teilte ihm mit, dass er seine um 04:00 Uhr des folgenden Tages beginnende Tour

nicht fahren könne. Er finde seinen Führerschein nicht. Die Polizei habe ihn kontrolliert und ihm mitgeteilt, er dürfe deswegen nicht mehr fahren. B wies darauf hin, dass die rechtzeitige Belieferung des Kunden sehr wichtig sei und ein Ersatzfahrer nicht zur Verfügung stehe. K erklärte sich schließlich dazu bereit, die Tour durchzuführen und nahm seine Tätigkeit dementsprechend am Morgen des 01.02.2017 auf. Am 13.02.2017 sprach B den K auf das Telefonat vom 31.01.2017 an. Es könne nicht sein, dass die Polizei ein Fahrverbot ausspreche, nur weil man seinen Führerschein nicht vorlegen könne. K berichtete B daraufhin von dem positiven Drogenwischtest vom 31.01.2017.

Mit Schreiben vom 14.02.2017, welches K noch am selben Tag zugeing, kündigte B das Arbeitsverhältnis formal ordnungsgemäß außerordentlich fristlos. Das Kündigungsschreiben lautet auszugsweise wie folgt:

*"Ihnen wurden bereits die Gründe zu Ihrer Kündigung erläutert. Diese sind der illegale Konsum von Betäubungsmitteln. Dies wurde durch einen positiven Drogentest der Polizei am 31.01.2017 festgestellt. Sie teilten dies jedoch nicht unverzüglich uns mit, sondern versuchten die entsprechenden Umstände zu verheimlichen. Die Einnahme von Drogen gaben Sie nach mehrmaligen Nachfragen und Androhung einer weiteren Untersuchung dieser Angelegenheit zu."*

Hat die außerordentliche fristlose Kündigung vom 14.02.2017 das Arbeitsverhältnis zwischen B und K wirksam beendet, wenn zwar einerseits keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Fahrtüchtigkeit des K bei den für B durchgeführten Fahrten konkret beeinträchtigt war oder es zu einer konkreten Gefährdung des Straßenverkehrs gekommen ist, andererseits aber Unternehmen solche Arbeitnehmer, die erkennbar nicht in der Lage sind, eine Arbeit ohne Gefahr für sich oder andere auszuführen, nach der von der Berufsgenossenschaft für Transport und Verkehrswirtschaft als Träger der gesetzlichen Unfallversicherung erlassenen Unfallverhütungsvorschrift mit dieser Arbeit nicht beschäftigen dürfen?

#### Auszug aus § 1 BtMG:

*"(1) Betäubungsmittel im Sinne dieses Gesetzes sind die in den Anlagen I bis III aufgeführten Stoffe und Zubereitungen."*

#### Auszug aus § 3 StVG:

*"(1) Erweist sich jemand als ungeeignet oder nicht befähigt zum Führen von Kraftfahrzeugen, so hat ihm die Fahrerlaubnisbehörde die Fahrerlaubnis zu entziehen."*

\* S. auch BAG, NZA 2016, 1527.

**Auszug aus § 24a StVG:**

*"(2) Ordnungswidrig handelt, wer unter der Wirkung eines in der Anlage zu dieser Vorschrift genannten berauschenden Mittels im Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug führt. Eine solche Wirkung liegt vor, wenn eine in dieser Anlage genannte Substanz im Blut nachgewiesen wird."*

**Auszug aus § 46 Fahrerlaubnis-Verordnung:**

*"(1) Erweist sich der Inhaber einer Fahrerlaubnis als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen, hat ihm die Fahrerlaubnisbehörde die Fahrerlaubnis zu entziehen. Dies gilt insbesondere, wenn Erkrankungen oder Mängel nach den Anlagen 4, 5 oder 6 vorliegen oder erheblich oder wiederholt gegen verkehrsrechtliche Vorschriften oder Strafgesetze verstoßen wurde und dadurch die Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen ausgeschlossen ist. (...)*

*(3) Werden Tatsachen bekannt, die Bedenken begründen, dass der Inhaber einer Fahrerlaubnis zum Führen eines Kraftfahrzeugs ungeeignet oder bedingt geeignet ist, finden die §§ 11 bis 14 entsprechend Anwendung."*

**Hinweis**

Nach Nr. 9.1 der Anlage 4 zu den §§ 11, 13 und 14 der Fahrerlaubnis-Verordnung besteht bei Einnahme von Betäubungsmitteln im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes mit Ausnahme von Cannabis keine Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen.

**B) Die Entscheidung des Senats****I. Wirksamkeit der außerordentlichen fristlosen Kündigung**

Die außerordentliche fristlose Kündigung vom 14.02.2017 hätte das zwischen B und K bestehende Arbeitsverhältnis wirksam mit sofortiger Wirkung beendet, wenn die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB vorlägen und die Kündigung innerhalb der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB erklärt worden wäre.

**1. Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB**

Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände "an sich" und damit typischerweise einen wichtigen Grund darstellt. Falls dies zu bejahen ist, bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht.

Ein wichtiger Grund, der möglicherweise die außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermag, könnte zunächst darin zu sehen sein, dass K am 28.01.2017 Amphetamin und Metamphetamin konsumierte und in den folgenden Tagen gleichwohl seiner Tätigkeit als LKW-Fahrer nachging. Darüber hinaus könnte ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB darin liegen,

dass K den B in dem Telefonat am 31.01.2017 nicht über den positiven Drogentest informierte, sondern fälschlicherweise behauptete, er dürfe wegen eines verlorenen Führerscheins am nächsten Tag nicht fahren.

**a) Konsum von Drogen und anschließende Tätigkeit als LKW-Fahrer**

Zunächst könnte der Umstand, dass K am 28.01.2017 Amphetamin und Metamphetamin konsumierte und in den folgenden Tagen trotz des Drogenkonsums seiner Tätigkeit als LKW-Fahrer nachging, den Ausspruch einer außerordentlichen fristlosen Kündigung rechtfertigen.

**aa) Wichtiger Grund "an sich"**

Die Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten kann "an sich" einen wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB darstellen, der den Ausspruch einer außerordentlichen fristlosen Kündigung rechtfertigen kann. Dies betrifft sowohl auf die Hauptleistungspflicht bezogene Nebenleistungspflichten, die der Vorbereitung, der ordnungsgemäßen Durchführung und der Sicherung der Hauptleistung dienen und diese ergänzen als auch sonstige, aus dem Gebot der Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB erwachsende Nebenpflichten.

Es besteht eine Nebenleistungspflicht des Arbeitnehmers, sich nicht in einen Zustand zu versetzen, in dem er seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht mehr erfüllen oder bei Erbringung seiner Arbeitsleistung sich oder andere gefährden kann. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Fähigkeit zur Erbringung der Arbeitsleistung durch ein Verhalten des Arbeitnehmers während oder außerhalb der Arbeitszeit eingeschränkt wurde. So hat der Arbeitnehmer die Pflicht, seine Arbeitsfähigkeit auch nicht durch Alkoholkonsum in der Freizeit zu beeinträchtigen. Ein Berufskraftfahrer hat aufgrund der besonderen Gefahren des öffentlichen Straßenverkehrs jeden die Fahrtüchtigkeit beeinträchtigenden Alkoholkonsum zu unterlassen.

*"Nimmt ein Berufskraftfahrer Amphetamin und Methamphetamin ein und führt er dennoch im Rahmen seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung ein Fahrzeug des Arbeitgebers, kommt es wegen der sich aus diesem Drogenkonsum typischerweise ergebenden Gefahren nicht darauf an, ob seine Fahrtüchtigkeit konkret beeinträchtigt ist. Der Pflichtenverstoß liegt bereits in der massiven Gefährdung der Fahrtüchtigkeit."*

Dies, so das Bundesarbeitsgericht, entspreche auch den Wertungen des öffentlichen Rechts:

*"Nach § 24a Abs. 2 Satz 1 StVG handelt ordnungswidrig, wer unter der Wirkung eines in der Anlage zu dieser Vorschrift genannten berauschenden Mittels im Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug führt. Die Vorschrift erfasst Fahrten unter der Einwirkung bestimmter Rauschmittel, die allgemein geeignet sind, die Verkehrs- und Fahrsicherheit zu beeinträchtigen. Es handelt sich um einen abstrakten Gefährdungstatbestand, bei dem es auf eine tatsächliche Beeinträchtigung der Fahrsicherheit oder Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer im Einzelfall nicht ankommt. Amphetamin und Methamphetamin sind in der Anlage zu § 24a StVG genannt. Die Einnahme dieser Substanzen bewirkt z.B. erhöhte Risikobereitschaft und Enthemmung."*



Nach Nr. 9.1 der Anlage 4 zu den §§ 11, 13 und 14 der Verordnung über die Zulassung von Personen zum Straßenverkehr (Fahrerlaubnis-Verordnung – FeV) besteht bei Einnahme von Betäubungsmitteln im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes (BtMG) mit Ausnahme von Cannabis keine Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen. Dies gilt unabhängig von der Häufigkeit des Konsums, von der Höhe der Betäubungsmittelkonzentration, von einer Teilnahme am Straßenverkehr in berauschem Zustand und vom Vorliegen konkreter Ausfallerscheinungen beim Betroffenen. Dementsprechend ist die Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 3 Abs. 1 Satz 1 StVG, § 46 Abs. 3, §§ 11 bis 14 FeV bereits dann gerechtfertigt, wenn der Fahrerlaubnisinhaber mindestens einmal sogenannte "harte Drogen" konsumiert hat. Der Fahrerlaubnisbehörde ist insoweit kein Ermessen eingeräumt. Zu den "harten Drogen" zählen auch Amphetamin und Methamphetamin (§ 1 Abs. 1 BtMG iVm. Anlagen II und III zu § 1 Abs. 1 BtMG). [...]

Vor diesem Hintergrund kann davon ausgegangen werden, dass die Einnahme von Amphetamin und Methamphetamin die Fahrtüchtigkeit in einem solchen Maß gefährdet, dass dies für sich genommen bei einem Berufskraftfahrer eine Verletzung des Arbeitsvertrags darstellt, wenn er trotz des Drogenkonsums seine Tätigkeit verrichtet. Die drogenbedingte Gefährdung der Fahrtüchtigkeit bewirkt zumindest abstrakt auch eine Gefährdung der Sicherheit des Straßenverkehrs. Im Rahmen seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtungen ist der Berufskraftfahrer gehalten, eine solche Gefährdung zu verhindern. Er verletzt durch die Drogeneinnahme seine Verpflichtungen daher auch dann, wenn es trotz des Drogenkonsums nicht zu einer konkreten Einschränkung der Fahrtüchtigkeit oder zu kritischen Verkehrssituationen kommt. Es ist für die Prüfung eines Vertragsverstößes auch unbeachtlich, ob der Berufskraftfahrer durch seine Fahrtätigkeit eine Ordnungswidrigkeit nach § 24a Abs. 2 Satz 1 StVG begeht oder ob die Substanz nicht mehr im Blut nachgewiesen werden kann (§ 24a Abs. 2 Satz 2 StVG)."

Ausgehend von diesen Grundsätzen hat K dadurch, dass er am 28.01.2017 Amphetamin und Metamphetamin konsumierte und in den folgenden Tagen gleichwohl seiner Tätigkeit als LKW-Fahrer nachging, in schwerwiegender Weise gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Diese Pflichtverletzung hat K schuldhaft begangen. Er handelte mindestens fahrlässig iSd. § 276 Abs. 2 BGB, indem er seine Fahrt am 30.01.2017 um 04:00 Uhr morgens antrat, obwohl er erst zwei Tage vorher Amphetamin und Methamphetamin zu sich genommen hatte. Ihm musste bewusst gewesen sein, dass eine Fahrt unter Drogeneinfluss angesichts dieser kurzen Zeitdauer noch möglich war. Zudem hat er den LKW auch noch am 01.02.2017 geführt, obwohl ihm das drogenbedingt erhöhte Risiko durch den positiven Drogenwischtest am 31.01.2017 vor Augen geführt wurde. Der Umstand, dass K den B noch am Abend des 31.01.2017 anrief und fälschlicherweise behauptete, er könne die Fahrt am nächsten Morgen wegen eines verlorenen Führerscheins nicht durchführen, lässt darauf schließen, dass er dieses Risiko auch erkannt hatte. Die Problematik einer möglicherweise suchtbedingt fehlenden Steuerbarkeit des Verhaltens stellt sich im Falle des K mangels Drogenabhängigkeit nicht.

## bb) Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls

Darüber hinaus müsste der Umstand, dass K am 28.01.2017 Amphetamin und Metamphetamin konsumierte und in den folgenden Tagen trotz des Drogenkonsums seiner Tätigkeit als LKW-Fahrer nachging, auch unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile einen wichtigen Grund darstellen, der den Ausspruch einer außerordentlichen fristlosen Kündigung rechtfertigt.

*"Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Zu berücksichtigen sind regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Sie scheidet aus, wenn es ein "schonenderes" Gestaltungsmittel – etwa Abmahnung, Versetzung, ordentliche Kündigung – gibt, das ebenfalls geeignet ist, den mit einer außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck – nicht die Sanktion des pflichtwidrigen Verhaltens, sondern die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses – zu erreichen."*

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zunächst unerheblich, dass die Fahrtüchtigkeit des K bei den ab dem 30.01.2017 durchgeführten Fahrten nicht konkret beeinträchtigt war. Schon die "bloße" Einnahme von sogenannten "harten Drogen" wie Amphetamin und Methamphetamin gefährdet nämlich die Fahrtüchtigkeit in einem solchen Maß, dass die Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen entfällt.

Für eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des K durch B spricht auch die Bedeutung des Drogenkonsums des K für den gesetzlichen Unfallversicherungsschutz. Nach der von der Berufsgenossenschaft für Transport und Verkehrswirtschaft als Träger der gesetzlichen Unfallversicherung erlassenen Unfallverhütungsvorschrift dürfen Unternehmen Arbeitnehmer, die erkennbar nicht in der Lage sind, eine Arbeit ohne Gefahr für sich oder andere auszuführen, mit dieser Arbeit nicht beschäftigen. Eine Missachtung dieser Vorgaben kann zum Verlust des Versicherungsschutzes in der gesetzlichen Unfallversicherung führen. B war seit dem 13.02.2017 bekannt, dass K "harte Drogen" konsumiert hatte. Er musste daher davon ausgehen, dass ein weiterer Einsatz des K das Risiko weiterer Fahrten unter Drogeneinfluss und damit Gefährdungen des öffentlichen Straßenverkehrs in sich birgt. Aus Sicht des B bestanden damit auch unabsehbare Risiken bzgl. seiner Haftung und des Versicherungsschutzes. Dies spricht für die Unzumutbarkeit einer weiteren Beschäftigung des K durch B.



Weiterhin hat K eine Pflichtverletzung begangen, durch welche er nicht nur sich selbst, sondern auch andere Verkehrsteilnehmer sowie Güter des B zumindest potentiell in Gefahr gebracht hat. An der Schwere dieser Pflichtverletzung würde sich auch dann nichts ändern, wenn es sich um einen einmaligen Drogenkonsum gehandelt haben sollte. Zu Gunsten des K kann ebenfalls nicht berücksichtigt werden, dass es zu keinem Unfall kam. Zum einen kann dies als ein mehr oder minder zufälliger Umstand bei der Abwägung außer Betracht bleiben. Zum anderen würde das durch den Pflichtenverstoß geschaffene Risiko im Nachhinein unangemessen relativiert.

Auch soziale Belange rechtfertigen kein Überwiegen des Interesses des K an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Das Arbeitsverhältnis zwischen B und K bestand erst seit knapp einem Jahr und damit für einen relativ kurzen Zeitraum. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass B eine Weiterbeschäftigung des K auf einem anderen Arbeitsplatz nicht möglich war, da B ausschließlich Fahrer beschäftigt. Auch der Ausspruch einer Abmahnung als gegenüber einer Kündigung milderer Mittel war entbehrlich. Die Pflichtverletzung des K war so schwerwiegend, dass selbst deren erstmalige Hinnahme durch B nach objektiven Maßstäben unzumutbar und offensichtlich ausgeschlossen war.

Insgesamt war B daher die Fortsetzung des mit K bestehenden Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist auch bei Berücksichtigung der Interessen des K unzumutbar. Die umfassende Interessenabwägung fällt insoweit zugunsten des B aus.

### cc) Zwischenergebnis

Indem er am 28.01.2017 Amphetamin und Metamphetamin konsumierte und in den folgenden Tagen trotz des Drogenkonsums seiner Tätigkeit als LKW-Fahrer nachging, verstieß K in schwerwiegender Weise gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten. Dies stellt unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien einen wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB dar.

### b) Nichtinformation über den positiven Drogentest

Einen wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB könnte es außerdem darstellen, dass K den B in dem Telefonat am 31.01.2017 nicht über den positiven Drogentest und dessen Ergebnis informierte, sondern vielmehr unzutreffend behauptete, er dürfe wegen eines verlorenen Führerscheins am nächsten Tag nicht fahren.

#### aa) Wichtiger Grund "an sich"

Hierzu müsste das Verhalten des K, dass er nämlich B in dem Telefonat am 31.01.2017 nicht über den durchgeführten Drogentest und dessen Ergebnis informierte, wiederum zunächst einen "an sich" wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB darstellen, der eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermag. Das Bundesarbeitsgericht führt hierzu aus:

*"Eine Nebenpflicht des Arbeitnehmers besteht darin, auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen (§ 241 Abs. 2 BGB). Diese Pflicht dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks. Aus ihr leitet sich die allgemeine Pflicht des Arbeitnehmers ab, den Arbeitgeber im Rahmen des Zumutba-*

*ren unaufgefordert und rechtzeitig über Umstände zu informieren, die einer Erfüllung der Arbeitspflicht entgegenstehen. Deshalb hat ein Arbeitnehmer den Verlust seiner Fahrerlaubnis unverzüglich mitzuteilen, wenn er diese für die Erbringung seiner Arbeitsleistung benötigt. Zu den Nebenpflichten gehört auch die Schadensabwendungspflicht, nach welcher der Arbeitnehmer gehalten ist, drohende Schäden vom Arbeitgeber abzuwenden bzw. zu beseitigen, soweit ihm dies möglich und zumutbar ist. In Zusammenhang damit steht die Verpflichtung des Arbeitnehmers, bemerkbare oder voraussehbare Schäden oder Gefahren dem Arbeitgeber unverzüglich anzuzeigen. Verstößt der Arbeitnehmer zumindest bedingt vorsätzlich gegen seine aus § 241 Abs. 2 BGB abzuleitende Pflicht, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren drohende Schäden vom Arbeitgeber abzuwenden, liegt darin eine erhebliche Pflichtverletzung, die den Arbeitgeber grundsätzlich zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt."*

Danach hatte K die Pflicht, B unverzüglich über das Ergebnis des Drogentests vom 31.01.2017 zu informieren.

*"Dies gilt auch angesichts des Umstands, dass der Test auf die polizeiliche Kontrolle einer Privatfahrt zurückzuführen ist. Der Bezug zum Arbeitsverhältnis ergibt sich aus der Einteilung des Klägers in die am nächsten Morgen um 04:00 Uhr beginnende Frühshift. Dem Kläger wurde durch das Ergebnis des Drogenwischtests unmissverständlich verdeutlicht, dass der Drogenkonsum am vorangegangenen Samstag seine Fahrtüchtigkeit noch immer erheblich in Frage stellt. Seine Fähigkeit zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Vertragspflichten als LKW-Fahrer war damit zumindest bezogen auf den nächsten Tag zweifelhaft. Angesichts der mit einem Einsatz des Klägers zumindest abstrakt verbundenen Gefahren für den Straßenverkehr und Güter des Beklagten musste der Beklagte offensichtlich über diese Situation unterrichtet werden, um ihm eine Entscheidung bzgl. der weiteren Vorgehensweise auf zutreffender Tatsachengrundlage zu ermöglichen. Diese Pflicht hat der Kläger nicht erfüllt. Er hat in dem Telefonat (...) die Polizeikontrolle und deren Ergebnis vielmehr wahrheitswidrig dargestellt, indem er behauptet hat, er dürfe nach polizeilicher Auskunft am nächsten Tag den LKW nicht fahren, weil er seinen Führerschein verlegt habe. Über den wirklichen Sachverhalt hat er den Beklagten nicht informiert. Diese Pflichtverletzung stellt einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB dar."*

### bb) Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls

Dass K den B in dem Telefonat am 31.01.2017 nicht über den durchgeführten Drogentest und dessen Ergebnis informierte, sondern vielmehr unzutreffend behauptete, er dürfe wegen eines verlorenen Führerscheins am nächsten Tag nicht fahren, müsste auch unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB darstellen.

Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung ist zu Lasten des K nicht nur die Schwere der Vertragsverletzung zu berücksichtigen, sondern auch die bewusste Täuschung des B über die Geschehnisse am 31.01.2017. K hat durch sein Verhalten dem auch für die kurzfristige Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderlichen Vertrauen des B die Grundlage entzogen. B konnte sich nicht mehr sicher sein, dass K ihn zukünftig über sicherheitsrelevante Vorgänge pflichtgemäß unterrichten wür-

de. Da B allerdings auf die Zuverlässigkeit der Mitteilungen seiner Fahrer angewiesen ist, war ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zumutbar. Der Ausspruch einer Abmahnung war ebenfalls entbehrlich, da K nicht erwarten konnte, dass B die irreführende Darstellung der Polizeikontrolle akzeptieren würde.

### cc) Zwischenergebnis

Somit stellt auch die Tatsache, dass K den B in dem Telefonat am 31.01.2017 nicht über den durchgeführten Drogentest und dessen Ergebnis informierte, sondern vielmehr unzutreffend behauptete, er dürfe wegen eines verlorenen Führerscheins am nächsten Tag nicht fahren, unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen von B und K einen wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB dar.

### c) Gesamtbetrachtung

*"Selbst wenn die beiden angeführten Kündigungsgründe für sich genommen die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigen würden, wäre die außerordentliche Kündigung jedenfalls bei einer Gesamtbetrachtung wirksam. Der Kläger hat durch die für einen Berufskraftfahrer unverantwortbare Gefährdung seiner Fahrtüchtigkeit in Verbindung mit dem Versuch einer Vertuschung des Drogenwischtests die für das Arbeitsverhältnis unabdingbare Vertrauensgrundlage zerstört."*

### d) Ergebnis zu § 626 Abs. 1 BGB

Insgesamt liegt somit ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB vor, der die fristlose Kündigung des zwischen B und K bestehenden Arbeitsverhältnisses rechtfertigt.

### 2. Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist gemäß § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB

Liegen die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB für den Ausspruch einer außerordentlichen fristlosen Kündigung vor, so müsste B die Kündigung gegenüber K gemäß § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB innerhalb von zwei Wochen erklärt haben. Diese Kündigungserklärungsfrist beginnt nach § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Dies ist der Fall, sobald er eine zuverlässige und hinreichend vollständige Kenntnis der einschlägigen Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung darüber ermöglicht, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen soll oder nicht. B hat in dem Telefonat mit K am 13.02.2017 von den für den Ausspruch der außerordentlichen fristlosen Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Die Kündigungserklärung des B ging K am 14.02.2017 zu. Die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB ist somit gewahrt.

## II. Gesamtergebnis

Die außerordentliche fristlose Kündigung vom 14.02.2017 ist gemäß § 626 BGB wirksam und hat das Arbeitsverhältnis zwischen B und K wirksam mit sofortiger Wirkung beendet.

### Hinweise für Studierende

1. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist examensrelevant. Die Prüfung der Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung gemäß § 626 BGB gehört zum arbeitsrechtlichen Pflichtprüfungsstoff der staatlichen Pflichtfachprüfung.
2. In der Klausur sind zunächst die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung gemäß § 626 BGB darzustellen. Sodann ist unter Verwertung der Sachverhaltsinformationen zu prüfen, ob tatsächlich ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB vorliegt, der den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung rechtfertigt. Zuletzt ist zu beachten, dass eine außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 2 BGB dem Kündigungsadressaten innerhalb von zwei Wochen, nachdem der Kündigungsberechtigte von dem Kündigungssachverhalt Kenntnis erlangt hat, zugehen muss. Geht die Kündigung nicht innerhalb dieser Frist zu, so ist die Kündigung zumindest als außerordentliche Kündigung unwirksam. Zu prüfen ist dann, ob die außerordentliche Kündigung möglicherweise in eine wirksame ordentliche Kündigung umgedeutet werden kann. Auf ordentliche Kündigungen findet die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB nämlich keine Anwendung.
3. Einen guten Überblick über die in den letzten Jahren ergangenen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zur Wirksamkeit von außerordentlichen Kündigungen findet sich bei *Schulte Westenberg*, NZA-RR 2016, 337 ff.; NZA-RR 2014, 225 ff. und NZA-RR 2012, 169 ff. Mit den formalen Anforderungen an den Ausspruch einer Kündigung befasst sich *Springer*, BB 2012, 1477 ff.

**Nikolaus Polzer**

Rechtsanwalt  
Noerr LLP, Düsseldorf

► **Inhaltsverzeichnis**

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Zur Rechtsfähigkeit einer ausländischen Gesellschaft, die in ihrem Heimatregister gelöscht wurde

Beschluss vom 22. November 2016, Az.: II ZB 19/15 (=ZIP 2017, 421)

**1. Eine Gesellschaft ausländischen Rechts, die infolge der Löschung im Register ihres Heimatstaates durch eine behördliche Anordnung ihre Rechtsfähigkeit verliert, besteht für ihr in Deutschland belegen Vermögen als Restgesellschaft fort.**

**2. Wenn einzelne Abwicklungsmaßnahmen in Betracht kommen, ist entsprechend § 273 Abs. 4 Satz 1 AktG ein Nachtragsliquidator und nicht entsprechend § 1913 BGB ein Pfleger zu bestellen.**

(Amtliche Leitsätze)

#### A) Sachverhalt (abgewandelt und vereinfacht)

A ist Eigentümerin eines Grundstücks, das in dem beim Amtsgericht Mettmann geführten Grundbuch von G unter Blatt 1524 eingetragen ist. Auf diesem Grundstück lastet eine Buchgrundschuld zugunsten der B Ltd., einer Limited mit Sitz in Nassau/Bahamas, in Höhe von DM 3 Millionen.

Die Grundschuld diente ursprünglich der Sicherung eines von der B Ltd. an die A gewährten Darlehens, welches die A zwischenzeitlich zurückgezahlt hat.

Die B Ltd. wurde im Jahr 1990 vom Vater der A zum Zwecke der privaten Vermögensverwaltung gegründet und im Register von Nassau/Bahamas eingetragen. Am 31. August 2002 ist die B Ltd. in den Registern der Bahamas wegen nicht beglichener Registergebühren gelöscht worden. Nach dem Recht der Bahamas führt die Löschung dazu, dass die betreffende Gesellschaft aufhört zu existieren.

Der Betrieb der Gesellschaft wurde bis 2000 von dem Vater der A von Deutschland aus geführt und dann eingestellt.

Die A beabsichtigt, das Grundstück zu veräußern, was aber wegen der noch für die B Ltd. eingetragenen Grundschuld, die in Vergessenheit geraten ist, unmöglich ist.

#### B) Die Entscheidung des Senates

##### I. Anspruch der A auf Erteilung einer Löschungsbewilligung gegen die B Ltd.

Die A kann von der B Ltd. die Löschung der Grundschuld verlangen, wenn der Sicherungszweck der Grundschuld entfallen ist.

##### 1. Materielle Anspruchsvoraussetzungen

Grundschulden werden überwiegend zur Sicherung eines bestimmten Anspruchs bestellt (Sicherungsgrundschuld, § 1192

Abs. 1a BGB). Hierbei handelt es sich in aller Regel um eine Darlehensforderung. Entfällt der Sicherungszweck der Grundschuld, weil etwa der gesicherte Anspruch getilgt wurde, kann der Eigentümer von dem Grundschuldgläubiger auf Grund der zumindest konkludent zustande gekommenen Sicherungsabrede die Rückgewähr der Grundschuld verlangen.

Der Rückgewähranspruch ist ein schuldrechtlicher Anspruch und richtet sich nach Wahl des Eigentümers auf Übertragung, Aufhebung oder Verzicht der Grundschuld.<sup>1</sup> Die Löschung der Grundschuld erfolgt dadurch, dass der Grundschuldgläubiger dem Eigentümer eine sog. Löschungsbewilligung erteilt. Auf Vorlage der Löschungsbewilligung, die öffentlich zu beglaubigen ist, und bei Briefgrundschulden zusätzlich des Grundschuldbriefs löscht das Grundbuchamt die Grundschuld im Grundbuch (§ 19 GBO).

Ausweislich des Sachverhalts hat A das Darlehen an die B Ltd. zurückgezahlt. Infolge der Tilgung des gesicherten Anspruchs kann die A von der B Ltd. die Rückgewähr der Grundschuld und damit die Erteilung einer Löschungsbewilligung verlangen.

##### 2. Passivlegitimation der B Ltd.

Fraglich ist jedoch, ob die B Ltd. für den Anspruch auf Erteilung der Löschungsbewilligung überhaupt passiv legitimiert ist.

Da die Löschung der B Ltd. nach dem Recht der Bahamas dazu führte, dass die B Ltd. nach dem Recht der Bahamas nicht mehr existiert, könnte der Anspruch der A nicht mehr durchsetzbar sein.

##### a) Rechtsfähigkeit der B Ltd.

Somit ist zunächst zu klären, ob die Löschung der B Ltd. aus den Registern der Bahamas zu einem Verlust ihrer Rechtsfähigkeit geführt hat.

Nach dem Recht der Bahamas ist die B Ltd. erloschen.

Fraglich ist, ob dies nach deutschem Recht anders zu beurteilen ist.

Gesetzliche Bestimmungen, wie eine erloschene Gesellschaft ausländischen Rechts in Deutschland zu behandeln ist, existieren nicht. Daher kann nur ein Vergleich mit einer der Limited vergleichbaren Rechtsform in Deutschland angestellt werden. Da es sich bei der Limited um eine juristische Person handelt, für deren Verbindlichkeiten grundsätzlich nur Gesellschaftsvermögen haftet, ähnelt sie in ihrer Struktur einer GmbH nach deutschem Recht.

<sup>1</sup> Vgl. Eickmann, in: MüKo-BGB, 6. Aufl. (2013), § 1191 Rn. 130 ff.



Nach der im deutschen Recht herrschenden Lehre zum Doppelstatbestand erlischt eine GmbH nur, wenn sie aus dem Handelsregister gelöscht wird und vermögenslos ist.<sup>2</sup>

Da die B Ltd. noch als Inhaberin der Grundschuld im Grundbuch eingetragen ist, steht ihr zumindest noch eine formale Rechtsposition zu. Bei Anwendung deutschen Rechts würde die B Ltd. somit noch fortbestehen.

Sofern auf die B Ltd. deutsches Recht anwendbar ist, könnte sie somit noch rechtsfähig sein.

Danach käme es darauf an, ob auf die B Ltd. das Recht der Bahamas oder deutsches Recht anzuwenden ist.

### b) Fortbestehen der B Ltd. als Restgesellschaft in Deutschland

Nach Auffassung des BGH besteht die B Ltd. jedoch auch bei der Anwendung des Rechts der Bahamas in Deutschland fort. Dies begründet er wie folgt:

*„Die [B Ltd.] gilt für ihr in Deutschland belegen Vermögen als Restgesellschaft als fortbestehend, wenn auf sie das Recht der Bahamas anwendbar ist und sie infolge der Löschung wegen nicht beglichener Registergebühren ihre Rechtsfähigkeit endgültig verloren hat.*

*Eine Gesellschaft ausländischen Rechts, die infolge der Löschung im Register ihres Heimatstaates durch eine behördliche Anordnung ihre Rechtsfähigkeit verliert, besteht für ihr in Deutschland belegen Vermögen als Restgesellschaft fort.*

*Ein Rechtsträger, der in seinem Heimatstaat infolge staatlicher Zwangseingriffe untergegangen ist, lebt hinsichtlich seines von Zwangsmaßnahmen nicht berührten Vermögens außerhalb seines Heimatstaates weiter, und sei es auch nur zum Zwecke der Liquidation (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 11. Juli 1957 II ZR 318/55, BGHZ 25, 134, 143 f.; Urteil vom 6. Oktober 1960 VII ZR 136/59, BGHZ 33, 195, 197 f.; Urteil vom 21. Januar 1965 II ZR 120/62, BGHZ 43, 51, 55 f.; Beschluss vom 1. Juni 1970 II ZB 4/69, WM 1970, 983, 984; Urteil vom 30. September 1991 II ZR 47/91, ZIP 1991, 1423, 1424; Beschluss vom 5. März 2007 II ARZ 2/05, ZIP 2007, 859). Das im Ausland belegene Vermögen wird nicht herrenlos, sondern gehört nach wie vor dem im Interesse der Gesellschafter wie auch der Gläubiger als Restgesellschaft weiterbestehenden Rechtsträger, selbst wenn dieser nach dem Recht seines Heimatstaates erloschen ist (vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 1960 VII ZR 136/59, BGHZ 33, 195, 198; Urteil vom 21. Januar 1965 II ZR 120/62, BGHZ 43, 51, 55; Urteil vom 5. Mai 1977 III ZR 2/75, WM 1977, 730, 732).*

*Diese ursprünglich zu Fallgestaltungen staatlicher Enteignungen entwickelten Grundsätze der Rest- und Spaltgesellschaft sind auf im Ausland infolge einer behördlicher Anordnung gelöschte Gesellschaften übertragbar (vgl. schon OLG Stuttgart NJW 1974, 1627; OLG Jena ZIP 2007, 1709, 1710; OLG Nürnberg NZG 2008, 76; OLG Düsseldorf ZIP 2010, 1852; OLG Hamm ZIP 2014, 1426; KG, ZIP 2014, 1755, 1756; OLG Brandenburg, ZIP 2016, 1871; Borges,*

*IPrax 2005, 134, 137; Leible/Lehmann, GmbHR 2007, 1095, 1097; Schwarz, DB 2013, 799, 800; Krömker/Otto, BB 2008, 964). Auch hier stehen einer Behandlung als herrenlose oder rechtsträgerlose Vermögensmasse die Interessen der bisherigen Vermögensinhaber, aber auch der potenziellen Gesellschaftsgläubiger entgegen.“*

Die B Ltd. gilt somit in Deutschland als fortbestehend und damit als rechtsfähig.

### c) Auf die B Ltd. anwendbares Recht

Fraglich ist weiter, ob auf diese Restgesellschaft als Rechtsträger das Recht der Bahamas oder deutsches Gesellschaftsrecht anzuwenden ist.

Da die B Ltd. nach dem Recht der Bahamas gegründet und im dortigen Register geführt wurde, wäre nach der Gründungstheorie nach wie vor das Recht der Bahamas anwendbar.<sup>3</sup>

Nach der Sitztheorie käme es zur Bestimmung des anwendbaren Rechts auf den tatsächlichen Verwaltungssitz der B Ltd. an.<sup>4</sup>

Da der Geschäftsbetrieb der B Ltd. im Jahr 2000 eingestellt wurde, gibt es keinen Verwaltungssitz mehr. Da die Geschäfte der B Ltd. von Deutschland aus geführt wurden, ließe sich nur an Deutschland als den früheren Verwaltungssitz anknüpfen. Danach wäre auf die B Ltd. deutsches Recht anzuwenden.

Da die B Ltd. als Restgesellschaft jedoch nur in Deutschland als fortbestehend gilt, wendet der BGH grundsätzlich deutsches Recht an:

*„Eine im Inland entstandene Restgesellschaft ist grundsätzlich nach deutschem Recht zu beurteilen, insbesondere auch abzuwickeln und umzugründen (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Oktober 1962 II ARZ 2/61, WM 1963, 81, 83; Beschluss vom 1. Juni 1970 II ZB 4/69, WM 1970, 983, 984; Urteil vom 30. September 1991 II ZR 47/91, ZIP 1991, 1423; aA OLG Jena, ZIP 2007, 1709, 1711). Zu ihrer Vertretung im Rechtsverkehr sind die Organe der im Ausland untergegangenen Gesellschaft nicht mehr befugt, wenn mit dem Erlöschen der Gesellschaft die Funktion der Organe und infolgedessen auch deren Vertretungsmacht endete (vgl. J. Schmidt, ZIP 2008, 2400, 2401).“*

Auf die B Ltd. als Restgesellschaft ist somit deutsches Recht anwendbar.

### 3. Vertretung der B Ltd.

Damit die B Ltd. rechtlich handlungsfähig ist, benötigt sie einen Vertreter. Für eine Ltd. nach dem Recht der Bahamas handeln ihre „Directors“.

Da die B Ltd. nach dem Recht der Bahamas mit der Löschung aus dem dortigen Register beendet ist, gibt es jedoch auch keine Organe mehr, die die B Ltd. vertreten könnten.

Der Ansicht des BGH folgend, dass auf eine ausländische (Rest-)Gesellschaft in Deutschland deutsches Recht anzuwenden ist,

<sup>2</sup> Vgl. Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. (2017), § 60 Rn. 6 f.; mit ausführlicher Begründung: Berner, in: MüKo-GmbHG, 2. Aufl. (2016), § 60 Rn. 33 ff.; aA. noch Ulmer, in: Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl. (1997), Anh. § 60 Rn. 35 ff., der die Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister als konstitutiv für deren Beendigung ansieht.

<sup>3</sup> zur Gründungstheorie vgl. Weller, in: MüKo-GmbHG, 2. Aufl. (2015), Einl. Rn. 333 ff.

<sup>4</sup> zur Sitztheorie vgl. Weller, in: MüKo-GmbHG, 2. Aufl. (2015), Einl. Rn. 320 ff.



wäre es konsequent, auch für die Bestimmung der vertretungsberechtigten Organe deutsches Recht anzuwenden:

„Die Organe einer Restgesellschaft sind gesellschaftsrechtlich zu bestimmen (vgl. BGH, Beschluss vom 12. März 1984 II ARZ 2/83, WM 1984, 698; Beschluss vom 19. November 1984 II ARZ 11/84, WM 1985, 126; Beschluss vom 5. März 2007 II ARZ 2/05, ZIP 2007, 1028, 1029). Dabei ist zu beachten, dass sich der als Restgesellschaft im Inland fortbestehende Rechtsträger in einer Ausnahmesituation befindet, die es rechtfertigt, vorrangig an praktischen Bedürfnissen gemessene Lösungen als wirksam zu behandeln. Selbst wenn sie unter gewöhnlichen Verhältnissen nicht in Betracht kämen, soll damit der Restgesellschaft die Möglichkeit eröffnet werden, die ihr noch verbliebenen Funktionen und Aufgaben sachgerecht wahrnehmen zu können (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Juni 1970 II ZB 4/69, WM 1970, 983, 984; Urteil vom 30. September 1991 II ZR 47/91, ZIP 1991, 1423, 1425; Staudinger/Großfeld, BGB, 1998, IntGesR, Rn. 918).

Zur Bewältigung von Abwicklungsmaßnahmen bei ursprünglich körperschaftlich strukturierten Gesellschaften ist die Bestellung eines Nachtragsliquidators sachgerecht (vgl. OLG Jena, ZIP 2007, 1709, 1711; J. Schmidt, ZIP 2008, 2400, 2401; Krömker/Otto, BB 2008, 964, 965; Leible/Lehmann, GmbHR 2007, 1095, 1098). Damit lassen sich die Interessen der Beteiligten, der Gesellschaft wie auch potenzieller Gläubiger ausreichend wahren, ohne das Bedürfnis nach einer praktikablen Vorgehensweise zu vernachlässigen. In der vorliegenden Fallgestaltung [...], dient die Restgesellschaft allein dazu, die rechtliche Klärung über den Fortbestand einer zu ihren Gunsten eingetragenen Grundschuld herbeizuführen. Der Betrieb der Gesellschaft im Übrigen war bereits langjährig eingestellt und auch organisatorisch existierte sie nicht mehr.

Soweit wie hier nur einzelne Abwicklungsmaßnahmen in Betracht kommen, ist § 273 Abs. 4 Satz 1 AktG entsprechend heranzuziehen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 1988 II ZR 92/88, BGHZ 105, 259, 262; Beschluss vom 23. Februar 1970 II ZB 5/69, BGHZ 53, 264; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 60 Rn. 105). Sind keine anderweitigen Anhaltspunkte vorhanden, ist für die Bestellung des Nachtragsliquidators dasjenige Amtsgericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk sich das Vermögensrecht befindet (vgl. BGH, Beschluss vom 5. März 2007 II ARZ 2/05, ZIP 2007, 1028, 1029).

Anders wäre dies, wenn auf die [B Ltd.] als werbende Gesellschaft deutsches Recht anwendbar wäre. Bei einer Einordnung der [B Ltd.] in die gesellschaftsrechtlichen Rechtsformen nach deutschem Recht käme der [...] Löschung der [B Ltd.] in den Registern des Staates der Bahamas keine Wirkung für die Rechtsfähigkeit und den Fortbestand zu. Die Vertretung im Rechtsverkehr wäre vielmehr aus der gesellschaftsrechtlichen Einordnung der [B Ltd.] nach deutschem Recht zu bestimmen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Oktober 2008 II ZR 158/06, BGHZ 178, 192 Rn. 25 Trabrennbahn).

Bei einer Gesellschaft, die wie vorliegend [...] in einem Drittstaat gegründet worden sein soll, der weder der Europäischen Union oder dem Europäischen Wirtschaftsraum angehört noch aufgrund von Verträgen hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit gleichgestellt ist, beurteilt sich das Gesellschaftsstatut nach den allgemeinen Regeln des deutschen internationalen Privatrechts, denen zu-

folge für die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft das Recht des Staates maßgeblich ist, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat (vgl. nur BGH, Urteil vom 27. Oktober 2008 II ZR 158/06, BGHZ 178, 192 Rn. 12 ff. Trabrennbahn; Urteil vom 12. Juli 2011 II ZR 28/10, BGHZ 190, 242 Rn. 16 f.; Urteil vom 8. September 2016 III ZR 7/15, WM 2016, 1943 Rn. 13).

Sollte sich der tatsächliche Verwaltungssitz der [B Ltd.] zuletzt in Deutschland befunden haben, wäre die Rechtsfähigkeit der [B Ltd.] als in einem Drittstaat gegründeter Gesellschaft und daraus folgend auch ihre Vertretung im Rechtsverkehr nach deutschem Recht zu beurteilen. Der Staat der Bahamas gehört weder zur Europäischen Union bzw. zum Europäischen Wirtschaftsraum noch bestehen völkerrechtliche Verträge, denen zufolge eine nach dem Recht des Staates der Bahamas gegründete Gesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland gleichwohl nach dem Recht ihres Gründungsstaates zu behandeln wäre. Um als Gesellschaft mit beschränkter Haftung rechtsfähig zu sein, hätte die [B Ltd.] im deutschen Handelsregister eingetragen sein müssen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Oktober 2008 II ZR 158/06, BGHZ 178, 192 Rn. 23 Trabrennbahn; Beschluss vom 8. Oktober 2009 IX ZR 227/06, ZIP 2009, 2385 Rn. 5). Je nach Ausgestaltung der gesellschaftlichen Organisationsverhältnisse kann eine in einem Drittstaat gegründete Gesellschaft mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland auch ohne Eintragung im deutschen Handelsregister als rechtsfähige Personengesellschaft, im Fall des Betriebs eines Handelsgewerbes typischerweise als offene Handelsgesellschaft, oder ohne einen solchen als Gesellschaft bürgerlichen Rechts, zu behandeln sein (vgl. BGH, Urteil vom 1. Juli 2002 II ZR 380/00, BGHZ 151, 204, 207; MünchKommBGB/Kindler, IntGesR, 6. Aufl. Rn. 491 ff.). Sollte es an einer gesellschaftlicher Verbundenheit mehrerer Personen fehlen, kommt ein einzelkaufmännisches Unternehmen in individueller Trägerschaft in Betracht (Münch KommBGB/Kindler, IntGesR, 6. Aufl. Rn. 486 ff.).“

Da der Betrieb der B Ltd. von Deutschland aus geführt wurde, wäre nach der Sitztheorie zwar deutsches Recht anwendbar. Der Betrieb der B. Ltd. wurde von dem Vater der A bereits im Jahr 2000 eingestellt, so dass die Gesellschaft nicht mehr werbend tätig ist..

Somit verbleibt es bei der Lösung des BGH für die Restgesellschaft und ist die Bestellung eines Nachtragsliquidators bei dem Amtsgericht Mettmann zu beantragen.

## II. Ergebnis

Die A hat gegen die B Ltd. einen Anspruch auf Erteilung einer Löschungsbewilligung. Zu dessen Durchsetzung muss sie bei dem Amtsgericht Mettmann die Bestellung eines Nachtragsliquidators für die B Ltd. beantragen.

### Hinweise für Studierende

Anhand des vom BGH entschiedenen Falls lässt sich die Abgrenzung zwischen der Sitz- und der Gründungstheorie an einem etwas ungewöhnlichen Sachverhalt wiederholen. Ferner beschäftigt sich das Urteil mit der interessanten Frage, wie nach ausländischem Recht erloschene Gesellschaften zu behandeln sind. Dabei überzeugt die Entscheidung des BGH vor allem aus praktischer Sicht. Würde man auf eine im Ausland erloschene Gesellschaft

deren Gründungsrecht anwenden, wäre die Rechtsdurchsetzung für ihre Gläubiger möglicherweise unmöglich.

In dem dem Urteil zugrundeliegenden Verfahren hatten die Eigentümer die Bestellung eines Pflegers beantragt, der die Löschung der Grundschuld bewilligen sollte (§ 1913 BGB). Die Anordnung einer Pflegschaft hat der BGH jedoch abgelehnt und der dargestellten gesellschaftsrechtlichen Lösung den Vorrang eingeräumt.

### ***Steffen Follner***

Rechtsanwalt  
Menold Bezler  
Stuttgart

#### **► Inhaltsverzeichnis**





## Ankommen und durchstarten

Eine gute Kanzlei bietet Ihnen alle Möglichkeiten, sich als Anwältin oder Anwalt maximal zu entwickeln. Eine ausgezeichnete Kanzlei macht mehr. Sie fördert Ihre anwaltliche Ausbildung bereits im Referendariat. Bei Menold Bezler profitieren alle Referendare (m/w) von einer praxisnahen, examensrelevanten Ausbildung durch feste Betreuer im Wunsch-Rechtsgebiet, der Teilnahme an Mandanten- und Gerichtsterminen sowie von Schulungen im Rahmen unserer eigenen „MB Akademie“, Aktenvortragstrainings und einem wöchentlichen Englischunterricht. Flache Hierarchien, ein enger Zusammenhalt und eine sehr gute Arbeitsatmosphäre prägen unsere Arbeitsweise. Neugierig? Dann informieren und bewerben Sie sich auf [www.menoldbezler.de/karriere](http://www.menoldbezler.de/karriere).



# MENOLD BEZLER

RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt®

Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart und Heilbronner Straße 190, 70191 Stuttgart  
Telefon +49 711 86040-00, [Stefanie.Mueller@menoldbezler.de](mailto:Stefanie.Mueller@menoldbezler.de), [www.menoldbezler.de](http://www.menoldbezler.de)



## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Auslegung des Begriffs Wohnung in § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Beschluss vom 11.10.2016, Az.: 1 StR 462/16 (=NJW 2017, 1186)

**Wohnmobile und Wohnwagen sind jedenfalls dann, wenn sie Menschen zumindest vorübergehend zur Unterkunft dienen, Wohnung im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB.**

(amtlicher Leitsatz)

#### A) Sachverhalt (Vereinfacht)

Der Angeklagte T hebelte die Türe des auf einem Autobahnparkplatz geparkten Wohnmobils des O nachts auf, in dem dieser schlief, betrat dieses und entwendete aus dem Innenraum Os Smartphone, Ringe und Bargeld, um sich zu bereichern. Durch den Aufbruch des Schlosses entstand erheblicher Sachschaden.

In der nächsten Nacht brach er das Türschloss eines von der Polizei auf einer Rastanlage abgestellten und observierten „Lockfahrzeugs“ auf, um „einen hinter der Windschutzscheibe platzierten Geldbeutel zu entwenden, um ihn für sich zu behalten. [...] Durch das Aufbrechen des Wohnmobils entstand ein Sachschaden von 1.000 Euro. Da [...]er möglicherweise wegen der offenen „Präsentation“ der Geldbörse, misstrauisch“ wurde und ihm „das Tatrisiko nunmehr unvertretbar hoch erschien“, brach er sein Vorhaben ab und floh ohne Beute.

#### B) Die Entscheidung des Senats

##### Tatkomplex 1: Das erste Wohnmobil

##### I. Strafbarkeit des A

##### gemäß §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 StGB

A kann sich wegen Wohnungseinbruchdiebstahl strafbar gemacht haben, indem er in das Wohnmobil einbrach und die Wertgegenstände entwendete.

##### 1. Objektiver Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB

Smartphone, Ringe und Bargeld gehörten O, waren also für T fremde, zudem bewegliche Sachen. Sie hat T weggenommen, weil er fremden Gewahrsams brach und - ohne Os Willen - neuen, eigenen Gewahrsam begründete. Der objektive Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB ist gegeben.

##### 2. Objektiver Tatbestand des 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

T muss zur Ausführung des Diebstahls in eine Wohnung eingebrochen sein.

a) Einbrechen setzt voraus, dass die Umschließung, die dem Diebstahl entgegensteht, gewaltsam aufgehoben wird.<sup>1</sup> Dies liegt bei dem Aufhebeln der Eingangstüre vor.

b) Fraglich ist, ob das Wohnmobil eine Wohnung i.S. der Norm darstellt. Hierzu der Senat:

*„Bei [...] auf Autobahnparkplätzen geparkten Wohnmobilen bzw. Wohnwagen [Anm.: im Originalfall wurde ferner in solche eingebrochen], die zu den Tatzeiten von den Insassen zur Übernachtung genutzt wurden, handelte es sich um Wohnungen im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB.“*

Dieses Ergebnis begründet der Senat ausführlich:

**aa)** Bislang hat der Bundesgerichtshof noch nicht entschieden, ob „Wohnmobile oder Wohnwagen als „Wohnungen“ von § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB tatbestandlich erfasst werden. Nach seiner Rechtsprechung handelt es sich allerdings bei Wohnmobilen um eine „andere Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient“ i.S.v. § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn dieses seinem Nutzer jedenfalls vorübergehend als Mittelpunkt seines Lebens dient, was nicht nur in der Nutzung als Fortbewegungsmittel, sondern auch in der Nutzung zum Schlafen sowie zur Zubereitung und Einnahme von Mahlzeiten u.ä. zum Ausdruck kommt [Nachw.]. Die Wohnungseigenschaft verliert ein Wohnmobil nicht aufgrund des Umstandes lediglich zeitweiliger Nutzung [Nachw.]. Dementsprechend bewertet der Bundesgerichtshof ein Wohnmobil sogar dann als zur Wohnung von Menschen dienende Räumlichkeit i.S.v. § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn dieses zur Tatzeit nicht konkret zum Wohnen genutzt wird“.

**bb)** In der Literatur wird unterschiedlich „beurteilt, ob es sich bei Wohnmobilen und Wohnwagen um Wohnungen i.S.v. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB handelt [Nachw.]“.

**cc)** „Die Entstehungsgeschichte und vor allem der Zweck von § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB sprechen dafür, Wohnmobile und Wohnwagen jedenfalls dann als „Wohnungen“ anzusehen, wenn die Tat zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu [...] dem] eine tatsächliche Wohnnutzung stattfindet“.

**(1)** „Der Wohnungseinbruchdiebstahl wurde mit dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 26. Januar 1998 (BGBl. I S. 164, 178) aus dem Katalog der Regelbeispiele des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB aF herausgenommen und zum Qualifikations-tatbestand aufgewertet. Der Einbruchdiebstahl aus Wohnungen ist seither gegenüber den übrigen Einbruchdiebstählen mit einer im Mindestmaß doppelt so hohen Strafe bedroht und kann nicht mehr mit Geldstrafe geahndet werden. Das Geringfügigkeitsprivileg des § 243 Abs. 2 StGB findet auf Wohnungseinbruchdiebstähle keine Anwendung mehr. Eine Regelung für minder schwere Fälle sieht § 244 StGB nicht vor [Anm.: s. dazu noch den Hinweis ganz unten]. Diese mit einer deutlichen Strafschärfung einhergehende Gesetzesänderung erfordert deshalb eine sorgfältige Abgrenzung des Begriffs der Wohnung im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB von den übrigen Räumlichkeiten, die weiterhin dem Schutzbereich des

<sup>1</sup> Schmidt, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 243 Rn. 6 mwN.



§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB unterfallen (vgl. BGH, Beschluss vom 24. April 2008 – 4 StR 126/08, NStZ 2008, 514). Der Wohnungsbegriff des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist dabei eigenständig und anhand des besonderen Schutzzwecks der Vorschrift zu bestimmen [Nachw.].

Der Gesetzgeber hat die Strafschärfung des Wohnungseinbruchdiebstahls mit der Erwägung begründet, es handle sich um eine Straftat, die tief in die Intimsphäre des Opfers eingreife und zu ernststen psychischen Störungen, etwa langwierigen Angstzuständen führen könne; nicht selten seien Wohnungseinbrüche zudem mit Gewalttätigkeiten gegen Menschen und Verwüstungen von Einrichtungsgegenständen verbunden [Nachw.]. Anlass für die Höherstufung des Wohnungseinbruchdiebstahls war somit nicht etwa der besondere Schutz von in einer Wohnung – und damit besonders sicher – aufbewahrten Gegenständen, sondern die mit einem Wohnungseinbruch einhergehende Verletzung der Privatsphäre des Tatopfers [Nachw.]. Bezweckt also der Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB neben dem Schutz des Eigentums den verstärkten Schutz der häuslichen Privat- und Intimsphäre, scheidet dessen Anwendbarkeit aus, wenn der Täter in Räumlichkeiten einsteigt oder einbricht, die nicht diesem besonderen Schutzbereich zuzuordnen sind“.

(2) „Ausgehend vom Schutzzweck der Norm können auch Wohnmobile und Wohnwagen Wohnung im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB sein. Denn bei ihnen handelt es sich um umschlossene Räumlichkeiten, die einen erhöhten Eigentums- und Gewahrsamsschutz bieten und die, wenn sie Menschen zu Unterkunft dienen, eine räumliche Privat- und Intimsphäre vermitteln [Nachw.]“.

(3) „Soweit in der Literatur teilweise vertreten wird, der Schutzbereich des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB beschränke sich auf Räumlichkeiten, die dauerhaft dem Kernbereich der privaten Lebensführung dienen [Nachw.] oder zumindest für längere Zeit den Mittelpunkt des privaten Lebens bilden [Nachw.], folgt dem der Senat nicht. Auch Räumlichkeiten, die, wie es bei Wohnmobilen und Wohnwagen regelmäßig der Fall ist, Menschen nur zur vorübergehenden Unterkunft dienen, sind Wohnungen im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB, wenn sie entsprechend genutzt werden [Nachw.]. Denn auch sie können im Zeitraum ihrer Nutzung als Unterkunft eine räumliche Privat- und Intimsphäre vermitteln [Nachw.]. Auch bei bloß vorübergehendem Gebrauch hat der Nutzer eines Wohnmobils oder Wohnwagens während seines Aufenthalts dort den gewählten Mittelpunkt des privaten Daseins und Wirkens [Nachw.]. Das Vorhandensein von Schlafplätzen kennzeichnet eine Wohnung typischerweise, ohne aber notwendiges Merkmal einer solchen zu sein [Nachw.]. Insbesondere aber dann, wenn ein Wohnmobil oder Wohnwagen zu Schlafzwecken genutzt wird, dient es den Insassen zur Unterkunft und ist Wohnung im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Ausreichend hierfür ist, wenn die Übernachtung im Wohnmobil oder Wohnwagen im Rahmen einer Urlaubsreise stattfindet. Nicht erforderlich ist, dass die bewegliche Unterkunft dauerhaft genutzt wird [Nachw.]“.

(dd) „Wohnmobile und Wohnwagen sind somit jedenfalls dann, wenn sie Menschen zumindest vorübergehend zur Unterkunft dienen, Wohnung im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Für die vorübergehende Nutzung als Wohnung genügt die Übernachtung auf einem Autobahnparkplatz. Das Aufbrechen der Wohnmobile

und Wohnwagen und die anschließende Entwendung von in den Fahrzeugen befindlichen Wertgegenständen, erfüllte [...] den Tatbestand des Wohnungseinbruchdiebstahls gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB.“

### 3. Subjektiver Tatbestand

T handelte (bezüglich Grundtatbestand und Qualifikation) vorsätzlich sowie mit der Absicht auf rechtswidrige Zueignung. Er hatte mindestens bedingten Vorsatz darauf, den rechtmäßigen Eigentümer O dauerhaft aus dessen Stellung zu verdrängen und es kam ihm darauf an, die Wertsachen seinem eigenen Vermögen einzuverleiben.

### 4. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

### 5. Ergebnis

T ist strafbar gem. § 244 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 StGB. Davon verdrängt wird § 242 Abs. 1 iVm. (dem hier ebenfalls verwirklichten Regelbeispiel des) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB.

## II. Strafbarkeit des T gemäß § 303 Abs. 1 StGB

Indem T die Türe des Wohnmobils aufbrach, hat er eine fremde Sache vorsätzlich beschädigt, dabei rechtswidrig und schuldhaft gehandelt. § 303 Abs. 1 StGB ist gegeben.

## III. Strafbarkeit des T gemäß § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB

Indem T vorsätzlich das Wohnmobil ohne Einverständnis des Hausrechtsinhabers O betrat, rechtswidrig und schuldhaft handelte, hat er § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB verwirklicht.

## IV. Konkurrenzen

Da §§ 303 und 123 StGB bei § 244 StGB nicht notwendigerweise mitverwirklicht sind, ist Tateinheit anzunehmen.

## Tatkomplex 2: Das zweite Wohnmobil

### I. Strafbarkeit des T gemäß §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1, Abs. 2, 22, 23, 12 Abs. 2 StGB

T kann sich wegen versuchten Wohnungseinbruchdiebstahls strafbar gemacht haben, indem er das Türschloss des „Lockfahrzeugs“ aufbrach, um den Geldbeutel zu entwenden.

#### 1. Tatbestand

a) T muss Tatentschluss gehabt haben, zur Ausführung des Diebstahls in eine Wohnung einzubrechen.

aa) T bracht das Türschloss des „Lockfahrzeugs“ auf, um den Geldbeutel zu entwenden, um ihn für sich zu behalten, und hatte damit Tatentschluss hinsichtlich eines Diebstahls.

bb) „Da es sich bei dem Lockfahrzeug nicht um ein zu Wohnzwecken eingerichtetes Fahrzeug handelte und eine Fehlvorstellung [...] des T] hierüber nicht festgestellt wurde“ fehlt es am diesbezüglichen Tatentschluss.

b) Der Tatbestand ist zu verneinen.

#### Hinweis

Nötig ist Vorsatz hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale, also (auch) dass T Vorsatz in Bezug auf die Nutzung als Wohnung hatte. Dies sah der Senat als nicht festgestellt an. Daher „hat das Landgericht die Tat

rechtsfehlerfrei nicht als versuchten Wohnungseinbruchdiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, § 22 StGB) eingestuft.“ Das mag man kritisieren mit dem Argument, die Nutzung zu Wohnzwecken dränge sich bei einem auf einer Rastanlage abgestellten Wohnmobil geradezu auf. Und zudem ließe der hinter der Windschutzscheibe platzierte Geldbeutel diese Nutzung vermuten.<sup>2</sup>

## 2. Ergebnis

T ist nicht strafbar gemäß §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1, Abs. 2, 22, 23, 12 Abs. 2 StGB.

## II. Strafbarkeit des T gemäß §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23, 12 Abs. 2 StGB iVm. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB

T kann sich aufgrund derselben Handlung wegen versuchten Diebstahls (in einem besonders schweren Fall) strafbar gemacht haben.

### Hinweis

Vertiefend zu den unterschiedlichen Konstellationen „Grunddelikt“ und Regelbeispiel „versucht“, „Grunddelikt“ vollendet – Regelbeispiel „versucht“: *Ernst*, JURA 2014, 536 (539 f.) sowie Regelbeispiel verwirklicht und „Grunddelikt“ nur versucht: *Fischer*, StGB, 64. Aufl. (2017), § 46 Rn. 97 ff.

## 1. Tatbestand

### a) Tatentschluss

Tatentschluss hinsichtlich eines Diebstahls lag vor (s.o.).

### b) Unmittelbares Ansetzen

T setzte zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar an, indem er das Schloss aufbrach.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## 3. Regelbeispiel

Ein Wohnmobil ist ein Raumgebilde, das dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden und mit künstlichen Vorrichtungen zur Abwehr des Eindringens Unbefugter umgeben ist,<sup>3</sup> also ein umschlossener Raum, in den T einbrach. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB ist verwirklicht.

## 4. Rücktritt

T gab die weitere Tatausführung auf. Dennoch ist er nicht nach § 24 Abs. 1 S. Var. 1 StGB vom Versuch zurückgetreten. Zwar ist nach dem mitgeteilten Sachverhalt von einem nicht fehlgeschlagenen, unbeeendeten Versuch auszugehen. Jedoch fehlt es an der Freiwilligkeit: Da T misstrauisch wurde und ihm „das Tatrisiko nunmehr unvertretbar hoch erschien“, wurde er durch heteronome Gründe (der gesteigerten Gefahr des Entdecktwerdens) zur Aufgabe der Tat veranlasst.

## 5. Ergebnis

T hat sich wegen versuchten Diebstahls (in einem besonders schweren Fall) strafbar gemacht.

## III. Strafbarkeit des T gemäß § 303 Abs. 1 StGB

T kann sich wegen Sachbeschädigung strafbar gemacht haben, indem er das Türschloss des „Lockfahrzeugs“ aufbrach.

### 1. Tatbestand

Den Tatbestand hat er vorsätzlich verwirklicht.

### 2. Rechtswidrigkeit

Ts Handeln kann gerechtfertigt sein. In Betracht kommt das Vorliegen einer rechtfertigenden Einwilligung<sup>4</sup>:

Die eingesetzten Polizeibeamten hatten vor der (nicht sittenwidrigen) Tat für den Inhaber (das betreffende Bundesland) des disponiblen Individualrechtsguts die Einwilligung, also den Willen, auf dasselbe zu verzichten, jedenfalls stillschweigend erteilt. Diese Einwilligung bestand während der Tat fort. Die Erklärung war ferner frei von wesentlichen Willensmängeln. Von der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Verletzten ist auszugehen. Die Voraussetzungen der Einwilligung sind in objektiver Hinsicht erfüllt.

T handelte allerdings weder in Kenntnis der objektiven Umstände noch war er durch sie motiviert, denn T hatte „von der Einwilligung keine Kenntnis.“ Zwar wird vereinzelt die Notwendigkeit eines subjektiven Rechtfertigungselements bezweifelt. Alleine das objektive Vorliegen der Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes sei für eine Rechtfertigung ausreichend.<sup>5</sup> Dem ist mit der hM.<sup>6</sup> entgegenzutreten. Denn das Unrecht besteht aus zwei Elementen, dem Erfolgs- und dem Handlungsunwert. Das nur objektive Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes kann lediglich den Erfolgsunwert der Tat, nicht aber den Handlungsunwert beseitigen. Um diesen und damit das Unrecht insgesamt zu beseitigen, bedarf es des subjektiven Elements.<sup>7</sup>

Danach ist zu notieren, dass die objektiven Einwilligungsvoraussetzungen vorliegen, das subjektive Element allerdings fehlt. Offen bleiben kann daher, aus welchen Bestandteilen sich dieses im Einzelnen zusammensetzen hat.<sup>8</sup> Ts Handeln ist nicht aufgrund einer Einwilligung gerechtfertigt. Es war rechtswidrig.

Die sich aus dem Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements für den Handelnden ergebenden Folgen werden unterschiedlich bewertet: Nach – bisheriger – Rechtsprechung des BGH<sup>9</sup> wurde wegen vollendeter Tat bestraft (sog. Vollendungslösung). AA. nach sind die Versuchsregeln analog anzuwenden.<sup>10</sup> Für die letztgenannte Betrachtungsweise streitet, dass die objektiv gegebene rechtfertigende Lage den mit der Tatbestandsverwirklichung verknüpften Erfolgsunwert kompensiert, was der

<sup>2</sup> Kratz, jurisPR-StrafR 5/2017 Anm. 2, C.

<sup>3</sup> Zu dieser Definition und explizit zu Wohnwagen *Schmidt*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB (2013), § 243 Rn. 4 mN.

<sup>4</sup> Zu ihren Voraussetzungen: *Hinderer/Ernst*, JSE 2013, 260 (264) mN.

<sup>5</sup> *Spendel*, JR 1991, 250 (250) mN.

<sup>6</sup> Sog. Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen, vgl. etwa *Günther*, in: *SK/StGB*, 31. Lfg., § 32 Rn. 131, Vor § 32 Rn. 87; *BGHSt* 2, III (114).

<sup>7</sup> Vgl. dazu *Ernst*, ZJS 2011, 382 (384) mwN.

<sup>8</sup> Hierzu *Rönnau*, JuS 2009, 594 (595 f.).

<sup>9</sup> Urt. v. 27.10.2015 = RÜ 2016, 100.

<sup>10</sup> Sog. Versuchslösung, vgl. etwa *Günther*, in: *SK/StGB*, 31. Lfg., Vor § 32 Rn. 91; *OLG Celle*, Beschl. v. 25.01.2013 - 2 Ws 17 - 21/13 = *JSE* 1/2014, 96 (97, 99) (*Ernst*) mit den entsprechenden Hinweisen.

Situation eines (untauglichen) Versuchs entspricht.<sup>11</sup> Demnach sind die Versuchsregeln analog anzuwenden.<sup>12</sup>

### 3. Schuld

T handelte schuldhaft.

#### Hinweis

Das, was hier nicht zuletzt aus didaktischen Gründen ausführlich erörtert wurde, fasst der Senat in aller Kürze wie folgt zusammen: „Das Aufbrechen des Fahrzeugs war jedoch wegen der insoweit bestehenden [...] seitens der eingesetzten Polizeibeamten erteilten Einwilligung objektiv gerechtfertigt. Denn das „Lockfahrzeug“ war von der Polizei gerade als Diebesfalle aufgestellt worden. Die Polizeibeamten willigten in das Aufbrechen des Fahrzeugs ein, um [...] T] beim Versuch, die hinter der Windschutzscheibe platzierte Geldbörse zu entwenden, beobachten und [...] ihn] wegen dieser Tat überführen zu können. Im Hinblick darauf, dass [...] T] von der Einwilligung keine Kenntnis hatte[n], fehlt es jedoch am subjektiven Rechtfertigungselement. [T hat sich ...] daher trotz Substanzbeschädigung lediglich wegen versuchter Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 3 StGB) strafbar gemacht.“

### 4. Ergebnis

T hat sich wegen versuchter Sachbeschädigung gemäß §§ 303 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23, 12 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

#### Gesamtergebnis:

T hat sich in Tatkomplex 1 nach §§ 244 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1, 123 Abs. 1 Var. 1, 303 Abs. 1, 52 StGB strafbar gemacht und in Tatkomplex 2 nach §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23, 12 Abs. 2 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, §§ 303 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23, 12 Abs. 2, 52 StGB. Beide Tatkomplexe stehen zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit (§ 53 StGB).

#### Hinweise für Studierende

1. Den meisten Raum im vorliegenden Beschluss nimmt die ausführliche Begründung des bereits im Leitsatz vorangestellten Ergebnisses ein.

Hierbei verwundert die Aussage des Senats „Eine Regelung für minder schwere Fälle sieht § 244 StGB nicht vor“ mit Blick auf die in § 244 Abs. 3 StGB (noch) enthaltene Regelung („In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.“). Mit *Mitsch* (NJW 2017, 1188) mag man davon ausgehen, dass diese Textstelle schlicht gedankenlos aus der in Bezug genommenen Entscheidung BGH, NStZ 2008, 514, die aus der Zeit vor der Einführung dieser Vorschrift in § 244 Abs. 3 StGB stammt, herauskopiert wurde. An der Argumentation und am Ergebnis (krit. *Mitsch*, NJW 2017, 1188) ändert dieser Fauxpas hingegen nichts.

Wohnungseinbruchdiebstahl steht seit geraumer Zeit in der politischen Diskussion (s. etwa den nicht erfolgreichen Gesetzesantrag des Freistaats Bayern, BR Drs. 30/15). Nun hat die Bundesregierung am 10.05.2017 den von Bundesminister Maas vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Wohnungseinbruchdiebstahl beschlossen. Welche Änderungen wann Gesetz werden bleibt abzuwarten.

2. Eher nebenbei hält der Senat fest, dass bei Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements, aber Vorliegen der sonstigen (objektiven) Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung entgegen bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung eine Strafbarkeit wegen vollendeter Tat gerade nicht die Folge ist, sondern vielmehr – mit Recht – (nur) wegen Versuch zu bestrafen ist. Ob hiermit ein Rechtsprechungswandel eingeleitet ist, bleibt spannend. Jedenfalls scheint die Problematik einmal mehr in den Fokus genommen worden zu sein – ein möglicher Grund für Aufgabensteller, sie in einer Prüfungsarbeit zu thematisieren.

#### Dr. Guido Philipp Ernst

Staatsanwalt

Lehrbeauftragter

Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen,  
Ludwigsburg

Repetitor

Alpmann/Schmidt (Assessorkurs), Stuttgart

► [Inhaltsverzeichnis](#)

<sup>11</sup> Seier, JuS 1978, 692 (695).

<sup>12</sup> Zum Vorgenannten und Aufbaufragen in der Klausur ausführlich sowie mwN. Ernst, ZJS 2011, 382 (384 f.).

# RECHTSPRECHUNG

## ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

### Das NPD-Urteil

Urteil vom 17. Januar 2017, Az.: 2 BvB 1/13

1. Das Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG stellt die schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde dar. Es soll den Risiken begegnen, die von der Existenz einer Partei mit verfassungsfeindlicher Grundtendenz und ihren typischen verbandsmäßigen Wirkungsmöglichkeiten ausgehen.
2. Das Gebot der Staatsfreiheit politischer Parteien und der Grundsatz des fairen Verfahrens sind für die Durchführung des Verbotsverfahrens unabdingbar.
  - a) Die Tätigkeit von V-Leuten und verdeckten Ermittlern auf den Führungsebenen einer Partei während eines gegen diese laufenden Verbotsverfahrens ist mit dem Gebot strikter Staatsfreiheit nicht vereinbar.
  - b) Gleiches gilt, soweit die Begründung eines Verbotsantrages auf Beweismaterialien gestützt wird, deren Entstehung zumindest teilweise auf das Wirken von V-Leuten oder verdeckten Ermittlern zurückzuführen ist.
  - c) Der Grundsatz des fairen Verfahrens gebietet, dass die Beobachtung einer Partei während eines laufenden Verbotsverfahrens durch den Verfassungsschutz nicht dem Ausspähen ihrer Prozessstrategie dient und dass im Rahmen der Beobachtung erlangte Informationen über die Prozessstrategie im Verfahren nicht zulasten der Partei verwendet werden.
  - d) Ein zur Verfahrenseinstellung führendes Hindernis kommt lediglich als ultima ratio möglicher Rechtsfolgen von Verfassungsverstößen in Betracht. Zur Feststellung des Vorliegens eines unbehebbareren Verfahrenshindernisses bedarf es einer Abwägung zwischen den rechtsstaatlichen Verfahrensanforderungen einerseits und dem Präventionszweck dieses Verfahrens andererseits.
3. Der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne von Art. 21 Abs. 2 GG umfasst nur jene zentralen Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind.
  - a) Ihren Ausgangspunkt findet die freiheitliche demokratische Grundordnung in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG). Die Garantie der Menschenwürde umfasst insbesondere die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität sowie die elementare Rechtsgleichheit.
  - b) Ferner ist das Demokratieprinzip konstitutiver Bestandteil der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Unverzichtbar für ein demokratisches System sind die Möglichkeit gleichberechtigter Teilnahme aller Bürgerinnen und Bürger am Prozess der politischen Willensbildung und die Rückbindung der Ausübung der Staatsgewalt an das Volk (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG).
  - c) Für den Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung sind schließlich die im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Rechtsbindung der öffentlichen Gewalt (Art. 20 Abs. 3 GG) und die Kontrolle dieser Bindung durch unabhängige Gerichte bestimmend. Zugleich erfordert die verfassungsrechtlich garantierte Freiheit des Einzelnen, dass die Anwendung physischer Gewalt den gebundenen und gerichtlicher Kontrolle unterliegenden staatlichen Organen vorbehalten ist.
4. Der Begriff des Beseitigens der freiheitlichen demokratischen Grundordnung bezeichnet die Abschaffung zumindest eines ihrer Wesenselemente oder deren Ersetzung durch eine andere Verfassungsordnung oder ein anderes Regierungssystem. Von einem Beeinträchtigen ist auszugehen, wenn eine Partei nach ihrem politischen Konzept mit hinreichender Intensität eine spürbare Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung bewirkt.
5. Dass eine Partei die Beseitigung oder Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung anstrebt, muss sich aus ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger ergeben.
  - a) Die Ziele einer Partei sind der Inbegriff dessen, was eine Partei politisch anstrebt.
  - b) Anhänger sind alle Personen, die sich für eine Partei einsetzen und sich zu ihr bekennen, auch wenn sie nicht Mitglied der Partei sind.
  - c) Zuzurechnen ist einer Partei zunächst einmal die Tätigkeit ihrer Organe, besonders der Parteiführung und leitender Funktionäre. Bei Äußerungen oder Handlungen einfacher Mitglieder ist eine Zurechnung nur möglich, wenn diese in einem politischen Kontext stehen und die Partei sie gebilligt oder geduldet hat. Bei Anhängern, die nicht der Partei angehören, ist grundsätzlich eine Beeinflussung oder Billigung ihres Verhaltens durch die Partei notwendige Bedingung für die Zurechenbarkeit. Eine pauschale Zurechnung von Straf- und Gewalttaten ohne konkreten



Zurechnungszusammenhang kommt nicht in Betracht. Der Grundsatz der Indemnität schließt eine Zurechnung parlamentarischer Äußerung nicht aus.

6. Eine gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtete Zielsetzung einer Partei reicht für die Anordnung eines Parteiverbots nicht aus. Vielmehr muss die Partei auf die Beeinträchtigung oder Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung „ausgehen“.

a) Ein solches „Ausgehen“ setzt begrifflich ein aktives Handeln voraus. Das Parteiverbot ist kein Gesinnungs- oder Weltanschauungsverbot. Notwendig ist ein Überschreiten der Schwelle zur Bekämpfung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch die Partei.

b) Es muss ein planvolles Vorgehen gegeben sein, das im Sinne einer qualifizierten Vorbereitungshandlung auf die Beeinträchtigung oder Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder auf die Gefährdung des Bestandes der Bundesrepublik Deutschland gerichtet ist.

c) Dass dadurch eine konkrete Gefahr für die durch Art. 21 Abs. 2 GG geschützten Rechtsgüter begründet wird, ist nicht erforderlich. Allerdings bedarf es konkreter Anhaltspunkte von Gewicht, die einen Erfolg des gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland gerichteten Handelns zumindest möglich erscheinen lassen.

d) Die Anwendung von Gewalt ist bereits für sich genommen hinreichend gewichtig, um die Annahme der Möglichkeit erfolgreichen Agierens gegen die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG zu rechtfertigen. Gleiches gilt, wenn eine Partei in regional begrenzten Räumen eine „Atmosphäre der Angst“ herbeiführt, die geeignet ist, die freie und gleichberechtigte Beteiligung aller am Prozess der politischen Willensbildung nachhaltig zu beeinträchtigen.

7. Für die Annahme ungeschriebener Tatbestandsmerkmale ist im Rahmen des Art. 21 Abs. 2 GG kein Raum.

a) Die Wesensverwandtschaft einer Partei mit dem Nationalsozialismus rechtfertigt für sich genommen die Anordnung eines Parteiverbots nicht. Allerdings kommt ihr erhebliche indizielle Bedeutung hinsichtlich der Verfolgung verfassungsfeindlicher Ziele zu.

b) Einer gesonderten Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bedarf es nicht.

8. Die dargelegten Anforderungen an die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei sind mit den Vorgaben, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seiner Rechtsprechung zu Parteiverboten aus der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) abgeleitet hat, vereinbar.

9. Nach diesen Maßstäben ist der Verbotsantrag unbegründet:

a) Die Antragsgegnerin strebt nach ihren Zielen und dem Verhalten ihrer Anhänger die Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung an. Sie zielt auf eine Ersetzung der bestehenden Verfassungsordnung durch einen an der ethnischen „Volksgemeinschaft“ ausgerichteten autoritären „Nationalstaat“. Dieses politische Konzept missachtet die Menschenwürde aller, die der ethnischen Volksgemeinschaft nicht angehören, und ist mit dem grundgesetzlichen Demokratieprinzip unvereinbar.

b) Die Antragsgegnerin arbeitet planvoll und qualifiziert auf die Erreichung ihrer gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichteten Ziele hin.

c) Es fehlt jedoch an konkreten Anhaltspunkten von Gewicht, die es zumindest möglich erscheinen lassen, dass dieses Handeln zum Erfolg führt.

(Amtliche Leitsätze)

#### A) Sachverhalt (gekürzt)

Der Bundesrat stellt im Rahmen eines Parteiverbotsverfahrens gegen die Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) folgende Anträge vor dem BVerfG:

1. Die Nationaldemokratische Partei Deutschlands einschließlich ihrer Teilorganisationen Junge Nationaldemokraten, Ring Nationaler Frauen und Kommunalpolitische Vereinigung ist verfassungswidrig.

2. Die Nationaldemokratische Partei Deutschlands einschließlich ihrer Teilorganisationen Junge Nationaldemokraten, Ring Nationaler Frauen und Kommunalpolitische Vereinigung wird aufgelöst.

3. Es ist verboten, Ersatzorganisationen für die Nationaldemokratische Partei Deutschlands einschließlich ihrer Teilorganisationen Junge Nationaldemokraten, Ring Nationaler Frauen und Kommunalpolitische Vereinigung zu schaffen oder bestehende Organisationen als Ersatzorganisationen fortzusetzen.

4. Das Vermögen der Nationaldemokratischen Partei Deutschlands einschließlich ihrer Teilorganisationen Junge Nationaldemokraten, Ring Nationaler Frauen und Kommunalpolitische Vereinigung wird zugunsten der Bundesrepublik Deutschland für gemeinnützige Zwecke eingezogen.

#### B) Die Entscheidung des Senats

Das vom Bundesrat angestrebte Parteiverbotsverfahren hat Erfolg, soweit es zulässig und begründet ist.

##### I. Zulässigkeit

Das Parteiverbotsverfahren muss sich zunächst als zulässig erweisen.

##### 1. Zuständigkeit

Gem. Art. 21 Abs. 2 S. 2 GG, der einen der übrigen im Grundgesetz vorgesehenen Fälle iSv. Art. 93 Abs. 1 Nr. 5 GG bildet, iVm. § 13 Nr. 2 BVerfGG entscheidet über die Frage der Verfassungswidrigkeit einer Partei das BVerfG, so dass dieses kraft enumerativer Zuweisung für das angestrebte Parteiverbotsverfahren zuständig ist. Die Entscheidung über das Parteiverbotsverfahren

obliegt gemäß § 14 Abs. 2 BVerfGG dem Zweiten Senat des BVerfG.

## 2. Antragsberechtigung

Gem. § 43 Abs. 1 BVerfGG sind der Bundestag, der Bundesrat und die Bundesregierung antragsberechtigt. § 43 Abs. 2 BVerfGG regelt daneben den – nicht einschlägigen – Sonderfall, dass bei landesspezifischen Parteien auch die Landesregierung einen Antrag stellen kann. Der Bundesrat ist nach § 43 Abs. 1 BVerfGG somit antragsberechtigtes Organ.

## 3. Antragsgegner

Die NPD als Antragsgegnerin bildet eine Vereinigung von Bürgern, die dauernd oder für längere Zeit für den Bereich des Bundes oder eines Landes auf die politische Willensbildung Einfluss nehmen und an der Vertretung des Volkes im Deutschen Bundestag oder einem Landtag mitwirken wollen, und die nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere nach Umfang und Festigkeit ihrer Organisation, nach der Zahl ihrer Mitglieder und nach ihrem Hervortreten in der Öffentlichkeit eine ausreichende Gewähr für die Ernsthaftigkeit dieser Zielsetzung bietet, also eine Partei iSd. § 2 Abs. 1 S. 1 PartG. Da § 2 Abs. 1 S. 1 PartG seinerseits eine verfassungsmäßige Konkretisierung iSv. Art. 21 Abs. 3 GG darstellt,<sup>1</sup> ist die NPD taugliche Antragsgegnerin. Im Verfahren wird sie gem. § 44 S. 1 BVerfGG durch ihren Vorstand vertreten, der – mangels abweichender Regelung in der Parteisatzung – gem. § 11 Abs. 3 S. 2 PartG zur gerichtlichen Vertretung der Partei berufen ist.

## 4. Antragsgegenstand

Nach Art. 21 Abs. 2 S. 2 GG sowie § 13 Nr. 2 BVerfGG muss der Antrag die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei zum Gegenstand haben. Der Bundesrat beantragt die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Antragsgegnerin und die Auflösung ihrer Parteiorganisation jeweils einschließlich ihrer Teilorganisationen, das Verbot, Ersatzorganisationen zu schaffen oder fortzusetzen, sowie die Einziehung ihres Vermögens und das ihrer Teilorganisationen. Der Antrag des Bundesrates zielt damit auf die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei ab, so dass der Antragsgegenstand den Vorschriften des Art. 21 Abs. 2 S. 2 GG sowie § 13 Nr. 2 BVerfGG Rechnung trägt.

## 5. Form

Der Verbotsantrag darf nicht formlos erfolgen, sondern muss gem. § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG schriftlich beim BVerfG eingereicht werden. Gem. § 23 Abs. 1 S. 2 BVerfGG sind ferner eine Begründung und die Angabe von Beweismitteln notwendig. Es ist zu unterstellen, dass der Antragsteller diesen Vorgaben Rechnung getragen hat.

## 6. Keine Verfahrenshindernisse

Es bestehen zudem keine – weder im GG noch im BVerfGG ausdrücklich geregelten – nicht behebbaren Verfahrenshindernisse, weil für einen insoweit erforderlichen „Verfassungsverstoß von erheblichem Gewicht“<sup>2</sup> nichts dargetan ist.

<sup>1</sup> BVerfGE 89, 266 (270).

<sup>2</sup> Vgl. dazu im Einzelnen das Urteil des BVerfG ab Rn. 400.

<sup>3</sup> Vgl. v. Coelln, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein u.a., BVerfGG (2014), § 45 Rn. 8.

## 7. Ergebnis zur Zulässigkeit

Das vom Bundesrat initiierte Parteiverbotsverfahren ist demnach zulässig.

## II. Annahme zur Entscheidung

Gem. § 45 BVerfGG gibt das BVerfG dem Vertretungsberechtigten (§ 44 BVerfGG) Gelegenheit zur Äußerung binnen einer zu bestimmenden Frist und beschließt – erst – dann, ob der Antrag als unzulässig oder als nicht hinreichend begründet zurückzuweisen oder ob die Verhandlung durchzuführen ist. Dieses Vorverfahren iSd. § 45 BVerfGG zielt darauf ab, eine hinreichende Begründung des Antrags feststellen zu können, bevor es zur mündlichen Verhandlung kommt. Der Antrag wird durch das BVerfG daher erst zur Entscheidung angenommen, wenn nach oberflächlicher Prüfung der Erfolgsaussichten der Senat die Begründetheit des Antrags für wahrscheinlich hält.<sup>3</sup> Von der Durchführung eines derartigen Vorverfahrens und den hinreichenden Erfolgsaussichten kann gleichfalls ausgegangen werden.

### Hinweis:

Die Prüfung der hinreichenden Begründetheit des Antrags sollte bereits dem Wortlaut des § 45 BVerfGG nach – „Antrag als unzulässig oder als nicht hinreichend begründet zurückzuweisen“ – als eigenständiger Punkt neben der Zulässigkeit angeführt werden. Dies entspricht der besonderen Rolle, die politischen Parteien in unserer Demokratie zukommt. Sie sollen nicht Gefahr laufen, voreilig als verfassungswidrig deklariert zu werden.<sup>4</sup>

## III. Begründetheit

Gemäß § 46 Abs. 1 BVerfGG stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass die politische Partei verfassungswidrig ist, soweit sich der Antrag als begründet erweist. Gem. Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG kann die Verfassungswidrigkeit einer Partei dann angenommen werden, wenn sie „nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden“.

### 1. Begriff der freiheitlich demokratischen Grundordnung

Da eine Gefährdung des Bestands der Bundesrepublik Deutschland an die Existenz der BRD anknüpft und somit vorrangig die – nicht gefährdete – Integrität des Territoriums geschützt werden soll,<sup>5</sup> kommt es für die Frage, ob die NPD tatsächlich als verfassungswidrig einzustufen ist, darauf an, ob sie i.S.v. Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG „nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen“. Dazu führt das BVerfG (Rn. 530 ff.) zunächst allgemein aus:

„Die freiheitliche demokratische Grundordnung beschränkt sich auf diejenigen Prinzipien, die unter Ausschluss jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem

<sup>4</sup> Vgl. v. Coelln, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein ua, BVerfGG (2014), § 45 Rn. 2.

<sup>5</sup> Vgl. Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Strack, GG, 6. Aufl. (2010), Art. 21 Rn. 229.

Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit gewährleisten [...] Der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne von Art. 21 Abs. 2 GG erfordert eine Konzentration auf wenige, zentrale Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind. Ein derartiger reduzierter Ansatz erscheint nicht zuletzt durch den Ausnahmecharakter des Parteiverbots geboten. Die Grundentscheidung der Verfassung für einen offenen Prozess der politischen Willensbildung hat zur Folge, dass auch das kritische Hinterfragen einzelner Elemente der Verfassung möglich sein muss, ohne dass dadurch ein Parteiverbot ausgelöst werden kann. Ein Ausschluss aus dem Prozess der politischen Willensbildung kommt erst in Betracht, wenn dasjenige in Frage gestellt und abgelehnt wird, was zur Gewährleistung eines freiheitlichen und demokratischen Zusammenlebens schlechthin unverzichtbar ist und daher außerhalb jedes Streits stehen muss. [...]

Ihren Ausgangspunkt findet die freiheitliche demokratische Grundordnung in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG). Sie ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes als der oberste Wert des Grundgesetzes [...] anerkannt. Die Menschenwürde ist unverfügbar. Die Staatsgewalt hat sie in allen ihren Erscheinungsformen zu achten und zu schützen [...]. Damit wird dem Staat und seiner Rechtsordnung jede Absolutheit und jeder ‚natürliche‘ Vorrang genommen.

Das Demokratieprinzip ist konstitutiver Bestandteil der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Demokratie ist die Herrschaftsform der Freien und Gleichen. Sie beruht auf der Idee der freien Selbstbestimmung aller Bürger [...]. Das Grundgesetz geht insoweit vom Eigenwert und der Würde des zur Freiheit befähigten Menschen aus und verbürgt im Recht der Bürger, in Freiheit und Gleichheit durch Wahlen und Abstimmungen die sie betreffende öffentliche Gewalt personell und sachlich zu bestimmen, zugleich den menschenrechtlichen Kern des Demokratieprinzips [...].

Schließlich ist der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit unverzichtbarer Teil der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne von Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG. Er zielt auf die Bindung und Begrenzung öffentlicher Gewalt zum Schutz individueller Freiheit [...] und ist durch eine Vielzahl einzelner Elemente geprägt, die in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG nur teilweise normativ verankert sind [...]. Für den Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung sind dabei die Rechtsbindung der öffentlichen Gewalt (Art. 20 Abs. 3 GG) und die Kontrolle dieser Bindung durch unabhängige Gerichte bestimmend.

Zugleich erfordert der Schutz der Freiheit des Einzelnen, dass die Anwendung physischer Gewalt den gebundenen und gerichtlicher Kontrolle unterliegenden staatlichen Organen vorbehalten ist. Das Gewaltmonopol des Staates [...] ist deshalb ebenfalls als Teil der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG anzusehen.“

## 2. Beseitigung oder Beeinträchtigung der freiheitlich demokratischen Grundordnung

Ferner setzt Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG voraus, dass die Partei eine „Beseitigung“ oder „Beeinträchtigung“ der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im oben beschriebenen Sinne anstrebt. Dazu führt das BVerfG aus

(Rn. 550 ff.): „Bei differenzierter Betrachtung bezeichnet der Begriff des ‚Beseitigens‘ die Abschaffung zumindest eines der Wesenselemente der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder deren Ersetzung durch eine andere Verfassungsordnung oder ein anderes Regierungssystem [...].

Dem Begriff des ‚Beeinträchtigen‘ kommt im Vergleich zu dem des ‚Beseitigens‘ ein eigenständiger, den Anwendungsbereich von Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG erweiternder Regelungsgehalt zu. [...] Auf dieser Grundlage ist von einem ‚Beeinträchtigen‘ auszugehen, wenn eine Partei nach ihrem politischen Konzept mit hinreichender Intensität eine spürbare Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung bewirkt. Ein ‚Beeinträchtigen‘ liegt daher bereits vor, wenn eine Partei, selbst wenn sie noch nicht erkennen lässt, welche Verfassungsordnung an die Stelle der bestehenden treten soll, qualifiziert die Außerkraftsetzung der bestehenden Verfassungsordnung betreibt. Ausreichend ist, dass sie sich gegen eines der Wesenselemente der freiheitlichen demokratischen Grundordnung (Menschenwürde, Demokratie, Rechtsstaat) wendet, da diese miteinander verschränkt sind und sich gegenseitig bedingen.“

## 3. Ausgehen auf die Beseitigung oder Beeinträchtigung der freiheitlich demokratischen Grundordnung

Abschließend ist zu klären, wann eine Partei i.S.v. Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG „nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen“. Dazu das BVerfG

(Rn. 557 ff.): „Dass eine Partei die Beseitigung oder Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung anstrebt, muss sich nach dem Wortlaut von Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG aus den ‚Zielen‘ oder dem ‚Verhalten ihrer Anhänger‘ ergeben. Die ‚Ziele‘ und das ‚Verhalten der Anhänger‘ sind dementsprechend die einzigen Erkenntnisquellen für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei. [...]

Eine gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtete Zielsetzung einer Partei reicht für die Anordnung eines Parteiverbots gemäß Art. 21 Abs. 2 GG nicht aus. Erforderlich ist vielmehr, dass die Partei auf die Beeinträchtigung oder Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ‚ausgeht‘. Ein solches ‚Ausgehen‘ setzt bereits begrifflich ein aktives Handeln voraus. Das Parteiverbot ist kein Gesinnungs- oder Weltanschauungsverbot. Notwendig ist vielmehr ein Überschreiten der Schwelle zur Bekämpfung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch die Partei. Ausgehend von der bisherigen Rechtsprechung setzt dies ein planvolles Handeln voraus, das im Sinne einer qualifizierten Vorbereitungshandlung auf die Beeinträchtigung oder Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder auf die Gefährdung des Bestandes der Bundesrepublik Deutschland gerichtet ist. Dass dadurch eine konkrete Gefahr für die durch Art. 21 Abs. 2 GG geschützten Rechtsgüter begründet wird, ist nicht erforderlich. Allerdings bedarf es konkreter Anhaltspunkte von Gewicht, die einen Erfolg des gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland gerichteten Handelns zumindest möglich erscheinen lassen.



Das Tatbestandsmerkmal des ‚Darauf Ausgehens‘ setzt ein planvolles Handeln im Sinne qualifizierter Vorbereitung einer Beeinträchtigung oder Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder einer Gefährdung des Bestandes der Bundesrepublik Deutschland voraus.

Für ein planvolles Vorgehen der Partei ist erforderlich, dass kontinuierlich auf die Verwirklichung eines der freiheitlichen demokratischen Grundordnung widersprechenden politischen Konzepts hingearbeitet wird. Davon kann nur ausgegangen werden, wenn die einzelne Handlung Ausdruck einer der Partei zuzurechnenden Grundtendenz ist [...]. Bestrebungen einzelner Parteianhänger bei sonst loyaler Haltung der Partei zu den Schutzgütern des Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG können nicht zur Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit führen [...]. Verfassungswidrige Einzelaktionen berechtigen grundsätzlich nur zu polizei- oder strafrechtlichen Reaktionen. Ein Parteiverbot kommt erst in Betracht, wenn das verfassungsfeindliche Agieren von Parteianhängern sich nicht nur in Einzelfällen zeigt, sondern einer zugrunde liegenden Haltung entspricht, die der Partei in ihrer Gesamtheit zugerechnet werden kann.

Das planvolle Handeln der Partei muss sich darüber hinaus als qualifizierte Vorbereitung im Hinblick auf die Erreichung ihrer gegen die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG gerichteten Ziele darstellen. Erforderlich ist insoweit ein zielorientierter Zusammenhang zwischen eigenen Handlungen und der Beseitigung oder Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung.

Entsprechend dem Ausnahmecharakter des Parteiverbots als präventives Organisations- und nicht als bloßes Weltanschauungs- oder Gesinnungsverbot kann ein ‚Darauf Ausgehen‘ allerdings nur angenommen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte von Gewicht vorliegen, die es zumindest möglich erscheinen lassen, dass das gegen die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG gerichtete Handeln einer Partei erfolgreich sein kann (Potentialität).

Lässt das Handeln einer Partei dagegen noch nicht einmal auf die Möglichkeit eines Erreichens ihrer verfassungsfeindlichen Ziele schließen, bedarf es des präventiven Schutzes der Verfassung durch ein Parteiverbot als schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde [...] nicht. Ein Parteiverbot kommt vielmehr nur in Betracht, wenn eine Partei über hinreichende Wirkungsmöglichkeiten verfügt, die ein Erreichen der von ihr verfolgten verfassungsfeindlichen Ziele nicht völlig aussichtslos erscheinen lassen, und wenn sie von diesen Wirkungsmöglichkeiten auch Gebrauch macht. Ist dies nicht der Fall, fehlt es an einem ‚Darauf Ausgehen‘ im Sinne von Art. 21 Abs. 2 GG.“

#### 4. Erforderlichkeit ungeschriebener Tatbestandsmerkmale

Zu den Maßstäben für die Verfassungswidrigkeit einer Partei gemäß Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG abschließend das BVerfG

(Rn. 590): „Neben den dargestellten Voraussetzungen eines Parteiverbots ist im Rahmen des Art. 21 Abs. 2 GG für die Annahme weiterer (ungeschriebener) Tatbestandsmerkmale kein Raum. Weder kommt der Wesensverwandtschaft einer Partei mit dem Nationalsozialismus eine die Tatbestandsmerkmale des Art. 21

Abs. 2 GG ersetzende Funktion zu, noch findet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Parteiverbotsverfahren Anwendung.“

#### 5. Anwendung der entwickelten Maßstäbe auf die NPD

Nachdem zunächst die abstrakten Maßstäbe für die Verfassungswidrigkeit einer Partei gemäß Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG entwickelt worden sind, ist nunmehr der Frage nachzugehen, ob die NPD nach den konkreten – und zu würdigenden – Umständen des Einzelfalls i.S.v. Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG „nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen“. Dazu das BVerfG

(Rn. 635 ff.): „Nach diesen Maßstäben ist der Verbotantrag unbegründet. Die Antragsgegnerin strebt zwar nach ihren Zielen und dem Verhalten ihrer Anhänger die Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung an. Da aber konkrete Anhaltspunkte von Gewicht fehlen, die ein Erreichen der von der Antragsgegnerin verfolgten Ziele zumindest möglich erscheinen lassen, fehlt es an einem ‚Darauf Ausgehen‘ im Sinne von Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG.

Das politische Konzept der Antragsgegnerin ist mit der Garantie der Menschenwürde im Sinne von Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar. Sie akzeptiert die Würde des Menschen als obersten und zentralen Wert der Verfassung nicht, sondern bekennt sich zum Vorrang einer ethnisch definierten ‚Volksgemeinschaft‘. Der von ihr vertretene Volksbegriff negiert den sich aus der Menschenwürde ergebenden Achtungsanspruch der Person und führt zur Verweigerung elementarer Rechtsgleichheit für alle, die nicht der ethnischen ‚Volksgemeinschaft‘ angehören. Ihr Politikkonzept ist auf die Ausgrenzung, Verächtlichmachung und weitgehende Rechtlosstellung von Ausländern, Migranten, Muslimen, Juden und weiteren gesellschaftlichen Gruppen gerichtet. Dabei mögen einzelne Äußerungen für sich genommen die Grenze der Missachtung der Menschenwürde durch die Antragsgegnerin nicht überschreiten. Die Vielzahl der diffamierenden und die menschliche Würde missachtenden Positionierungen dokumentieren in der Gesamtschau aber, dass es sich nicht um einzelne Entgleisungen, sondern um eine charakteristische Grundtendenz handelt.“

Ferner das BVerfG ab Rn. 758:

„Die Antragsgegnerin missachtet die freiheitliche demokratische Grundordnung auch mit Blick auf das Demokratieprinzip. Zwar kann diese Haltung dem Parteiprogramm nicht in der erforderlichen Eindeutigkeit entnommen werden. Die Ablehnung der grundgesetzlichen Ausgestaltung freiheitlicher Demokratie ergibt sich aber unter Berücksichtigung sonstiger der Antragsgegnerin zurechenbarer Publikationen und Äußerungen führender Funktionäre. Aus ihnen ergibt sich, dass das politische Konzept der Antragsgegnerin dem aus Art. 20 Abs. 1 und 2 GG folgenden Anspruch auf gleichberechtigte Teilhabe an der politischen Willensbildung widerspricht. Außerdem missachtet die Antragsgegnerin den Grundsatz der Volkssouveränität, da sie die Abschaffung des bestehenden parlamentarisch-repräsentativen Systems und seine Ersetzung durch einen am Prinzip der ‚Volksgemeinschaft‘ orientierten Nationalstaat fordert, ohne darzulegen, wie in diesem der notwendige Legitimationszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft gewährleistet werden soll. [...]



Bei der Antragsgegnerin liegt eine Wesensverwandtschaft mit dem Nationalsozialismus vor. Das Konzept der ‚Volksgemeinschaft‘, die antisemitische Grundhaltung und die Verächtlichmachung der bestehenden demokratischen Ordnung lassen deutliche Parallelen zum Nationalsozialismus erkennen. Hinzu kommen das Bekenntnis zu Führungspersonlichkeiten der NSDAP, der punktuellen Rückgriff auf Vokabular, Texte, Liedgut und Symbolik des Nationalsozialismus sowie geschichtsrevisionistische Äußerungen, die eine Verbundenheit zumindest relevanter Teile der Antragsgegnerin mit der Vorstellungswelt des Nationalsozialismus dokumentieren. Ungeachtet struktureller Unterschiede zwischen der Antragsgegnerin und der NSDAP ergibt sich hieraus eine Bestätigung der Missachtung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch die Antragsgegnerin. [...]

Nach alledem zielt die Antragsgegnerin auf eine Ersetzung der bestehenden Verfassungsordnung durch einen an der ethnischen ‚Volksgemeinschaft‘ ausgerichteten autoritären ‚Nationalstaat‘. Dieses politische Konzept missachtet die Menschenwürde aller, die der ethnischen ‚Volksgemeinschaft‘ nicht angehören, und ist mit dem grundgesetzlichen Demokratieprinzip unvereinbar. Damit strebt die Antragsgegnerin nach ihren Zielen und dem Verhalten ihrer Anhänger nicht nur eine Beeinträchtigung, sondern eine Beseitigung der bestehenden freiheitlichen demokratischen Grundordnung an.“

Somit lässt sich festhalten, dass die NPD ihrer Programmatik nach auf eine Beseitigung der freiheitlich demokratischen Grundordnung zielt und vor allem mit ihrem politischen Konzept der ‚Volksgemeinschaft‘ – unvereinbar mit unserer Grundordnung – die Menschenwürdegarantie in Abrede stellt.

Weitere Voraussetzung gem. Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG ist indes das Merkmal des „Darauf Ausgehens“. Dazu die entscheidenden Erwägungen des BVerfG

(Rn. 845 ff.): „Einem Verbot der Antragsgegnerin steht aber entgegen, dass das Tatbestandsmerkmal des ‚Darauf Ausgehens‘ im Sinne von Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG nicht erfüllt ist. Die Antragsgegnerin bekennt sich zwar zu ihren gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichteten Zielen und arbeitet planvoll und mit hinreichender Intensität auf deren Erreichung hin, so dass sich ihr Handeln als qualifizierte Vorbereitung der von ihr angestrebten Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung darstellt. Es fehlt jedoch an konkreten Anhaltspunkten von Gewicht, die es zumindest möglich erscheinen lassen, dass dieses Handeln der Antragsgegnerin zum Erfolg führt.“[...]

Eine Durchsetzung des verfassungsfeindlichen politischen Konzepts der Antragsgegnerin mit parlamentarischen oder außerparlamentarischen demokratischen Mitteln erscheint ausgeschlossen. Im parlamentarischen Bereich verfügt die Antragsgegnerin weder über die Aussicht, bei Wahlen eigene Mehrheiten zu gewinnen, noch über die Option, sich durch die Beteiligung an Koalitionen eigene Gestaltungsspielräume zu verschaffen. Auch durch die Beteiligung am Prozess der politischen Willensbildung mit demokratischen Mitteln außerhalb des parlamentarischen Handelns besteht in absehbarer Zeit für die Antragsgegnerin keine Möglichkeit erfolgreicher Verfolgung ihrer verfassungsfeindlichen Ziele.

Parlamentarische Mehrheiten zur Durchsetzung ihres politischen Konzepts sind für die Antragsgegnerin gegenwärtig weder durch Wahlen noch im Wege der Koalitionsbildung erreichbar. [...] Auf überregionaler Ebene ist sie gegenwärtig lediglich mit einem Abgeordneten im Europäischen Parlament vertreten. Soweit sie in der Vergangenheit in den Landesparlamenten mehrerer alter Länder, Sachsens und Mecklenburg-Vorpommerns vertreten war, ist ihr eine Verstärkung ihrer parlamentarischen Präsenz nicht gelungen. Etwas anderes ergibt sich im Ergebnis auch nicht für die kommunale Ebene. Selbst wenn die Antragsgegnerin bundesweit über etwa 350 kommunale Mandate verfügt und die Schwankungsbreite ihrer Kommunalwahlergebnisse im Vergleich zu überregionalen Wahlen deutlich höher ausfällt, ist sie von relevanten politischen Gestaltungsmöglichkeiten sehr weit entfernt. Dafür spricht bereits der Umstand, dass sich angesichts einer geschätzten Gesamtzahl von mehr als 200.000 Kommunalmandaten der Anteil der Antragsgegnerin bundesweit lediglich im Promillebereich bewegt.

Konkrete Anhaltspunkte von Gewicht, die eine Durchsetzung des auf die Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerichteten Konzepts der Antragsgegnerin mit demokratischen Mitteln jenseits der parlamentarischen Ebene möglich erscheinen lassen, liegen ebenfalls nicht vor. Vielmehr stehen einer nachhaltigen Beeinflussung der außerparlamentarischen politischen Willensbildung durch die Antragsgegnerin deren niedriger und tendenziell rückläufiger Organisationsgrad sowie ihre eingeschränkte Kampagnenfähigkeit und geringe Wirkkraft in die Gesellschaft entgegen. [...] Die Antragsgegnerin ist auch nicht in der Lage, ihre strukturellen Defizite und ihre geringe Wirkkraft in die Gesellschaft anderweitig zu kompensieren. Dass ihr dies durch ihre Öffentlichkeitsarbeit, die Umsetzung der ‚Kümmerer-Strategie‘, die Konzentration auf den Protest gegen die Asyl- und Ausländerpolitik oder das Bemühen um eine Bündelung aller ‚national gesinnten Kräfte‘ unter ihrer Führung gelingen könnte, ist nicht ersichtlich. Auch unter Berücksichtigung dieser Umstände besteht für die Antragsgegnerin keine realistische Möglichkeit einer Durchsetzung ihrer verfassungswidrigen Ziele im Prozess freier und selbstbestimmter politischer Willensbildung. Ebenso wenig kann davon ausgegangen werden, dass es der Antragsgegnerin gelingt, im Wege ‚nationalrevolutionärer Graswurzelarbeit‘ die Akzeptanz für die Durchsetzung ihres verfassungswidrigen Konzepts zu verbessern. Die im Rahmen des ‚Kampfes um die Köpfe‘ zum Aufbau eines ‚Kümmerer‘-Images von der Antragsgegnerin vorgesehenen Maßnahmen sind für sich genommen nicht auf die Beeinträchtigung oder Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerichtet. Die bloße Beteiligung am örtlichen Gemeinschaftsleben oder die Gewährung persönlicher Hilfestellung stellt keine Bekämpfung der Verfassungsordnung dar. Relevanz im Parteiverbotsverfahren kann diese Arbeit daher nur erlangen, wenn es der Antragsgegnerin gelänge, auf diesem Weg die Zustimmung zu den von ihr vertretenen verfassungswidrigen Zielen zu erhöhen. [...]

Schließlich ist eine ausreichende Stärkung der Schlagkraft der Antragsgegnerin im politischen Willensbildungsprozess durch eine Zusammenarbeit mit parteiungebundenen Kräften nicht zu erwarten. Dies gilt sowohl mit Blick auf den bewegungsförmigen Rechtsextremismus als auch hinsichtlich der Bewegungen gegen die vermeintliche ‚Islamisierung des Abendlandes‘. [...]

Insgesamt ist festzustellen, dass es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist, den von ihr proklamierten ‚Kampf um den organisierten Willen‘ erfolgreich zu gestalten. Ihr kommt keine Führungsrolle gegenüber dem bewegungsförmigen Rechtsextremismus zu. Einer Bündelung der ‚national gesinnten Kräfte‘ unter ihrer Führung steht bereits das Selbstverständnis der parteiungebundenen Gruppierungen entgegen. Zusätzliche Mobilisierungsmöglichkeiten ergeben sich für die Antragsgegnerin daher nur in sehr begrenztem Umfang. Die Chance auf eine erfolgreiche Gestaltung des Prozesses demokratischer Willensbildung im Sinne der Antragsgegnerin wird auf diese Weise nicht eröffnet. Konkrete Anhaltspunkte von Gewicht, die darauf hindeuten, dass die Antragsgegnerin in einer das Tatbestandsmerkmal des ‚Darauf Ausgehens‘ erfüllenden Weise die Grenzen des zulässigen politischen Meinungskampfes überschreitet [...], liegen ebenfalls nicht vor. Die Antragsgegnerin vermag Dominanzansprüche in abgegrenzten Sozialräumen nicht in relevantem Umfang zu verwirklichen. Auch ist die Annahme einer ihr zurechenbaren Grundtendenz zur Durchsetzung ihrer verfassungsfeindlichen Absichten mit Gewalt oder durch die Begehung von Straftaten nicht belegbar. Schließlich fehlen hinreichende Anhaltspunkte für die Schaffung einer Atmosphäre der Angst durch die Antragsgegnerin, die zu einer spürbaren Beeinträchtigung der Freiheit des Prozesses der politischen Willensbildung führt oder führen könnte. Der Umstand, dass die Antragsgegnerin durch einschüchterndes oder kriminelles Verhalten von Mitgliedern und Anhängern punktuell eine nachvollziehbare Besorgnis um die Freiheit des politischen Prozesses oder gar Angst vor gewalttätigen Übergriffen auszulösen vermag, ist nicht zu verkennen, erreicht aber die durch Art. 21 Abs. 2 GG markierte Schwelle nicht.

Der Senat verkennet nicht, dass die von einem einschüchternden, gezielt provokativen oder die Grenzen der Strafbarkeit überschreitenden Verhalten der Mitglieder oder Anhänger der Antragsgegnerin Betroffenen sich in ihrer verfassungsrechtlich gewährleisteten Meinungsäußerungs- und Handlungsfreiheit schwer und nachhaltig beeinträchtigt sehen können. Ausmaß, Intensität und Dichte derartiger Vorfälle überschreiten nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung die aus den dargelegten Gründen [...] hohe Schwelle eines Parteiverbots nach Art. 21 Abs. 2 GG jedoch nicht, da die Antragsgegnerin zu einer prägenden Einflussnahme auf den politischen Prozess nicht in der Lage ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Präsenz der Antragsgegnerin und damit die vom Verhalten ihrer Mitglieder und Anhänger ausgehende einschüchternde Wirkung lokale oder – seltener – einige wenige regionale Schwerpunkte aufweist. Auf Einschüchterung und Bedrohung sowie den Aufbau von Gewaltpotentialen muss mit den Mitteln des präventiven Polizeirechts und des repressiven Strafrechts rechtzeitig und umfassend reagiert werden, um die Freiheit des politischen Prozesses ebenso wie einzelne vom Verhalten der Antragsgegnerin Betroffene wirkungsvoll zu schützen.“

## 6. Zwischenergebnis

Nach den vom BVerfG dargestellten Maßstäben geht die NPD – mangels Potentialität ihrer Einflussnahme – nicht auf die Beseitigung der freiheitlich demokratischen Grundordnung aus. Auch „Entgleisungen“ bzw. verfassungsfeindliches Verhalten einzelner Mitglieder oder Anhänger genügen nicht, um dies anzunehmen. Die hohe Schwelle des Parteiverbots nach Art. 21

Abs. 2 S. 1 GG – so das BVerfG – ist im Falle der NPD nicht erreicht; sie ist dafür derzeit schlicht zu unbedeutend. Insbesondere die Umsetzung ihres verfassungsfeindlichen politischen Konzepts mit parlamentarischen oder außerparlamentarischen demokratischen Mitteln erscheint ausgeschlossen, weshalb nicht von einem „Darauf Ausgehen“ gesprochen werden kann.

## 7. Ergebnis zur Begründetheit

Die in Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG normierten Tatbestandsmerkmale zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei sind für die NPD nicht vollständig erfüllt. Der Antrag des Bundesrates erweist sich als unbegründet.

## IV. Ergebnis

Der zulässige Antrag des Bundesrates ist unbegründet. Das BVerfG wird nicht gemäß § 46 Abs. 1 BVerfGG die Verfassungswidrigkeit der NPD feststellen.

## C) Schlussbemerkung

Die aufbereitete Entscheidung des BVerfG ist nicht nur für Politik und Gesellschaft, sondern auch mit Blick auf künftige Prüfungen im ersten Examen von herausragender Bedeutung.

Eine mit so viel Spannung erwartete und derart breite Beachtung findende Entscheidung des BVerfG eignet sich per se als Vorlage für öffentlich-rechtliche Examenklausuren. Hinzu kommt, dass das BVerfG die Maßstäbe für die Annahme der Verfassungswidrigkeit einer Partei gemäß Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG grundlegend herausarbeitet und dabei viele examensrelevante Fragen des Verfassungsrechts behandelt. Dabei sollten sich Examenkandidaten von der ungewohnten prozessualen Einkleidung in Form eines Parteiverbotsverfahrens nicht über Gebühr einschüchtern lassen, sind doch die Anforderungen an die Zulässigkeit weitgehend dem BVerfGG zu entnehmen. Die sich jenseits des Gesetzeswortlauts ergebenden Besonderheiten haben wir in dieser Bearbeitung – zumindest in den notwendigen Grundzügen – dargestellt. Im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit sollte die vom BVerfG sorgsam vorgenommene Auslegung der Tatbestandsmerkmale des Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG stehen. Das Merkmal „darauf ausgehen“ nimmt insofern für die Prüfung eine Schlüsselrolle ein, zumal darin die hohe Schwelle des Parteiverbots zum Ausdruck kommt. Gerade in diesem Zusammenhang ist in verfassungsrechtlichen Klausuren oder mündlichen Examenprüfungen vom Studenten eine strukturierte Argumentation gefragt.

Bei der Lektüre der 1010 Randnummern (!) umfassenden und mit einem Inhaltsverzeichnis ausgestatteten Entscheidung fällt auf, mit welcher Sorgfalt das BVerfG auch in tatsächlicher Hinsicht der Frage nachgegangen ist, ob die NPD iSv. Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG „darauf ausgeht“, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen. Der erkennende Senat hat in offensichtlich mühsamer Kleinarbeit Erkenntnisse über die Aktivitäten der NPD und ihr zuzurechnenden Funktionen zusammengetragen. Diese tatsächlichen Feststellungen nehmen weite Teile des Urteils ein und lesen sich etwa wie folgt:

(Rn. 936 ff): „Der Kleinstort Jamel stellt in diesem Zusammenhang einen Sonderfall dar, der nicht verallgemeinerungsfähig ist. Dabei ist es der Antragsgegnerin selbst in diesem Fall nicht gelungen, ihren Dominanzanspruch uneingeschränkt durchzusetzen.“

Das bei Wismar am Ende einer Sackgasse gelegene Dorf Jamel hat nach Auskunft des Innenministers von Mecklenburg-Vorpommern in der mündlichen Verhandlung 47 Einwohner, davon 17 Kinder. Die Mehrheit der erwachsenen Einwohner sei dem rechtsextremen Spektrum zuzuordnen. Zentrale Figur des Ortes ist der Abbruchunternehmer und ehemalige Beisitzer des Landesvorstands Mecklenburg-Vorpommern der Antragsgegnerin K. Dieser ist Eigentümer des ‚Thinghauses‘ in Grevesmühlen, in dem sich unter anderem ein ‚Bürgerbüro‘ der ehemaligen Landtagsabgeordneten Pastörs und Köster befand, und auf dessen Gelände 2011 ein Holzkohlegrill mit der Aufschrift ‚Happy Holocaust‘ gesichtet wurde. Seine Frau K. ist ehemalige Landesvorsitzende des RNF. Ebenfalls in Jamel ansässig ist die Familie des ehemaligen Kreisvorsitzenden der Antragsgegnerin S. Insgesamt sollen unter sechs der zehn Anschriften rechtsextremistische Personen gemeldet sein.

Die Majorisierung des Ortes durch Rechtsextremisten findet Ausdruck im Dorfbild. Markant sind vor allem ein hölzerner Wegweiser, der unter anderem Richtung und Entfernung nach Braunau am Inn, dem Geburtsort Adolf Hitlers, und nach der mit dem Zusatz ‚Ostmark‘ versehenen Stadt Wien aufweist, sowie das Wandgemälde einer traditionell gekleideten Familie mit dem in Frakturschrift ausgeführten Schriftzug ‚Dorfgemeinschaft Jamel – frei-sozial-national‘. In Jamel werden rechtsextremistische Veranstaltungen und Konzerte mit überregionaler Beteiligung durchgeführt. So fand am 20. Juni 2015 das ‚11. nationale Kinderfest‘ mit anschließender Sonnwendfeier statt, an der circa 150 Rechtsextremisten, darunter die ehemaligen Landtagsabgeordneten Pastörs und Petereit, der Landesvorsitzende Köster sowie die RNF-Landesvorsitzende in Mecklenburg-Vorpommern Antje Mentzel teilnahmen.

Auch in Jamel ansässig ist ein Ehepaar, das sich gegen neonazistisches Denken wendet und jährlich ein Musikfestival gegen rechts (‚Jamel rockt den Förster‘) durchführt. Im Jahr 2010 kam es ausweislich des rechtskräftigen Urteils des Amtsgerichts Grevesmühlen vom 31. August 2011 [...] bei diesem Festival zu einem tätlichen Angriff, als der im Unternehmen des K. beschäftigte M. mit den Worten ‚Ich bin ein Nazi‘ einem Festivalteilnehmer mehrere Faustschläge versetzte. Darüber hinaus wurde in der Nacht vom 12. auf den 13. August 2015 die neben dem Wohnhaus des Ehepaars befindliche Scheune durch Brandstiftung zerstört [...]. Bereits 2011 soll der Vater des damaligen Kreisvorsitzenden der Antragsgegnerin S. das Ehepaar mit den Worten bedroht haben: ‚Sie sollten an mich verkaufen, so lange Sie noch können‘. Nach der Darstellung des Antragstellers ist das Ehepaar regelmäßigen anonymen Bedrohungs- und Einschüchterungsversuchen ausgesetzt.

Insgesamt besteht kein Zweifel, dass es sich bei Jamel um einen durch rechtsextremes Denken geprägten Ort handelt. Allerdings liegt insoweit ein aufwenige Personen begrenzter, singulärer Sonderfall vor. Eine Übertragbarkeit der Verhältnisse in Jamel auf andere, insbesondere größere Ortschaften ist – wie auch der Sachverständige Prof. Jesse in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat – nicht möglich. Daher ergibt sich – ungeachtet der Frage, inwieweit die Verhältnisse in Jamel der Antragsgegnerin zugerechnet werden können – hieraus kein ausreichender Beleg für die Möglichkeit der Antragsgegnerin, ihre verfassungsfeindlichen Ziele durch die Errichtung von Dominanzzonen in abgegrenzten Sozialräumen durchzusetzen.“

Abschließend weist das BVerfG darauf hin, dass der NPD die notwendigen Auslagen dieses langwierigen Parteiverbotsverfahrens nicht zu erstatten sind:

(Rn. 1009): „Die Entscheidung über die Nichterstattung der notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin beruht auf § 34a Abs. 3 BVerfGG. Danach kommt eine Auslagererstattung im Parteiverbotsverfahren nur ausnahmsweise in Betracht, wenn besondere Billigkeitsgründe vorliegen [...]. Solche Gründe sind hier nicht ersichtlich. Zwar hat das Verfahren im Ergebnis nicht zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Antragsgegnerin geführt. Entgegen ihrer Auffassung standen dem Verfahren aber weder unüberwindliche Verfahrenshindernisse noch sonstige Zulässigkeitserfordernisse entgegen. Nach der materiellen Prozesslage war festzustellen, dass das Handeln der Antragsgegnerin planmäßig auf die Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerichtet ist und ihm lediglich wegen mangelnder Potentialität die Qualität eines ‚Darauf Ausgehens‘ im Sinne des Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG fehlt. Daher ist eine Auslagererstattung trotz des im Ergebnis erfolglosen Verbotsantrags nicht angezeigt.“

Es bedarf keiner hellseherischen Fähigkeiten, um in diesem Schlusspunkt einen Beleg dafür zu erblicken, dass das BVerfG trotz des unterbliebenen Parteiverbots der NPD gegenüber – selbstverständlich – eine ablehnende Haltung einnimmt.

### Ass. iur. **Finn Mengler**

Repetitor für Strafrecht und Strafprozessrecht  
KissAkademie

### Dipl.-Jur. **Lorenz Bode**, LL.M.

Wissenschaftlicher Mitarbeiter  
Lehrstuhl für Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug  
(Prof. Dr. Dr. h.c. Jörg-Martin Jehle)

### ► Inhaltsverzeichnis

# Impressum

## Redaktion

Benjamin Baisch  
 Alexander Bechtel  
 Dominique Beck  
 Prof. Dr. Sarah Bunk  
 Pius Dolzer  
 StA Dr. Guido Philipp Ernst  
 RA Steffen Follner  
 Dr. Karin Hummel, M. A.  
 Lina Kammerer  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
 RA Dr. Andreas Lohbeck  
 Dipl.-Pol. Philipp Louis  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
 (Schriftleiter)  
 RA Dr. Paul Popescu  
 Gabriel Schmidt  
 (Stellvertretender Schriftleiter)  
 Amela Schön  
 Dipl. Jur. Sascha Sebastian, M.mel.  
 (Stellvertretender Schriftleiter)  
 Philipp Trautmann  
 Richterin Anna Vögelein  
 Stephanie Walz  
 Julian Weippert  
 Julia Zaiser

## Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e. V.  
 c/o Prof. Dr. Christian F. Majer  
 Konrad-Adenauer-Str. 9  
 D-72072 Tübingen

### Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer  
 (Vorsitzender)  
 Dipl.-Jur. Sascha Sebastian, M.mel.  
 (Stellvertretender Vorsitzender)  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
 (Schatzmeister)  
 StA Dr. Guido Philipp Ernst  
 (Ressortleiter Strafrecht)  
 Prof. Dr. Arne Pautsch  
 (Ressortleiter Öffentliches Recht)

7. Jahrgang (2017)

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  
 Prof. Dr. Dominik Skauradszun  
 RiOLG a. D. Prof. Dr. Dr. h. c. Rolf Stürner  
 RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
 Prof. 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: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>

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



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011  
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.  
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

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



## Beiträge in früheren Ausgaben

<b>1/2017</b>   <i>Tim P. Holler/Christoph J. Bender</i>	Der Ehebegriff als Methodenproblem
<b>1/2017</b>   <i>Torsten Noak</i>	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt
<b>4/2016</b>   <i>Philipp Tolga Mavituna</i>	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen
<b>4/2016</b>   <i>Markus Meißner</i>	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen
<b>3/2016</b>   <i>Sarah Bunk</i>	Ist Ämterpatronage strafbar?
<b>2/2016</b>   <i>Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst</i>	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?
<b>1/2016</b>   <i>Torsten Noak</i>	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben
<b>4/2015</b>   <i>Sascha Brüggemann</i>	Anonymität im Internet
<b>3/2015</b>   <i>Patrick Christian Otto</i>	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts
<b>3/2015</b>   <i>Christian F. Majer</i>	Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen
<b>2/2015</b>   <i>Simon Pschorr</i>	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle
<b>2/2015</b>   <i>Arne Pautsch</i>	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand
<b>1/2015</b>   <i>Christian Picker</i>	Das neue Mindestlohngesetz
<b>4/2014</b>   <i>Caprice Nina Doerbeck</i>	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?
<b>4/2014</b>   <i>Sascha Brüggemann</i>	Datenkrake NSA
<b>3/2014</b>   <i>Alexander Bechtel</i>	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
<b>2/2014</b>   <i>Christian F. Majer</i>	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung
<b>2/2014</b>   <i>Philipp K. Kauffmann</i>	In dubio pro – Selbstanzeige?
<b>1/2014</b>   <i>Andreas Lohbeck</i>	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?
<b>4/2013</b>   <i>Philipp Kauffmann</i>	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat
<b>4/2013</b>   <i>Stanyo Dinov</i>	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan
<b>3/2013</b>   <i>Sebastian Brüggemann</i>	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit
<b>2/2013</b>   <i>Joachim Renzikowski</i>	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.
<b>1/2013</b>   <i>Andreas Lohbeck</i>	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht

- 1/2013** | *Hartmut Kilger/Christian F. Majer* Die Ethik und die Rechtsanwälte
- 4/2012** | *Tobias Rist* Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
- 3/2012** | *Christian F. Majer* Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten
- 2/2012** | *Paul Popescu* Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
- 1/2012** | *Julius Forschner* Die Haftung von Ratingagenturen
- 1/2012** | *Nicolas Sonder* Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
- 1/2011** | *Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer* Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
- 1/2011** | *Werner Walk/Nils Wiese* Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –

Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter  
▶ [www.zeitschrift-jse.de](http://www.zeitschrift-jse.de).

## Autorinnen und Autoren gesucht!

### Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer review“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de). Unter ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

### Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen