

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)
RA Marian Wieczorke (Stellvertretender Vorsitzender)
Gabriel Schmidt (Schatzmeister)
RA Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)

BEIRAT

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

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

AUS DEM INHALT

BEITRAG

Sebastian Brüggemann

Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit

KLAUSUREN

Christian F. Majer

Die Himalaya-Bergtour

Eva Feldmann

Rücktritt vom Vertrag beim mangelhaften Auto

Volker Haas

Bau einer Stadthalle

RECHTSPRECHUNG

BVerfG

Zur Verfassungskonformität der Antiterrordatei

BGH

Heimliche Tonbandaufnahme und Verwertungsverbot

BAG

Personenbedingte Kündigung – Alkoholsucht

OLG Schleswig

Ohne-Rechnung-Abrede und Gewährleistungsrechte

Inhaltsverzeichnis

Beitrag

Sebastian Brüggemann

Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche
Verantwortlichkeit

Seite ▶ 285

Klausuren

Christian F. Majer

Examensklausur Zivilrecht:
Die Himalaya-Bergtour

Seite ▶ 303

Eva Feldmann

Anfängerklausur Zivilrecht:
Rücktritt vom Vertrag beim mangelhaften Auto

Seite ▶ 312

Volker Haas

Hausarbeit Strafrecht für Fortgeschrittene:
Bau einer Stadthalle

Seite ▶ 319

Rechtsprechung Zivilrecht

Wirksamkeit des Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäfts bei
verbotener Einlagenrückgewähr durch eine Aktiengesellschaft
BGH, Urteil vom 12.03.2013 (*Steffen Follner*)

Seite ▶ 344

Gutgläubiger Erwerb und Handeln unter fremden Namen
BGH, Urteil vom 01.03.2013 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 355

Ohne-Rechnung-Abrede und Gewährleistungsrechte
OLG Schleswig, Urteil vom 12.12.2012 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 361

Personenbedingte Kündigung – Alkoholsucht
BAG, Urteil vom 20.12.2012 (*Nikolaus Polzer*) Seite ▶ 367

Rechtsprechung Strafrecht

Heimliche Tonbandaufnahme und Verwertungsverbot
BGH, Beschluss vom 23.10.2012 (*Guido Philipp Ernst*) Seite ▶ 376

Teilweise Zerstörung gemischt genutzter Gebäude durch
Brandlegung und § 306a StGB; Versuchsbeginn bei
Verwendung von Zeitzündern zur Auslösung eines Brandes
BGH, Beschluss vom 06.03.2013 (*Guido Philipp Ernst / Alexander Bechtel*) Seite ▶ 380

Rechtsprechung Öffentliches Recht

Zur Verfassungskonformität der Antiterrordatei
BVerfG, Urteil vom 24.04.2013 (*Moritz Stilz / Jonas Ludwig*) Seite ▶ 390

Versäumung der Antragsfrist nach § 47 II 1 VwGO
BVerwG, Beschluss vom 18.02.2013 (*Jochen Heinz*) Seite ▶ 408

Gemeinschaftsunterkunft für Asylbewerber im Gewerbegebiet
VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 14.03.2013 (*Jochen Heinz*) Seite ▶ 413

Editorial

Die vorliegende Ausgabe der Zeitschrift Jura Studium & Examen beginnt mit einem höchst aktuellen Beitrag, der für einen nicht geringen Teil der Leserschaft auch von ganz persönlichem Interesse sein dürfte – ein für eine strafrechtliche Thematik wohl eher seltener Umstand. Der Aufsatz von BRÜGGEMANN widmet sich der Frage der urheberstrafrechtlichen Verantwortlichkeit von Nutzern von Streaming-Diensten im Internet wie etwa YouTube oder kinox.to.

Die Übungsklausur von FELDMANN zur Sachmangelhaftung im Kaufrecht eignet sich wegen ihres relativ einfachen Gegenstandes, dem Rücktritt vom Kaufvertrag bei einem mangelhaften Auto, hervorragend für Anfänger. Eine komplexere zivilrechtliche Problematik behandelt die Examensklausur von MAJER, in der es um eine verunglückte Bergtour im Himalaya und daraus entstehende Ansprüche der Beteiligten untereinander geht. Ebenfalls zur Lösung unter Examensbedingungen empfohlen wird die Hausarbeit von HAAS zum Bau einer Stadthalle, welche die strafrechtlichen Verantwortlichkeiten von Amtsträgern und Auftragnehmern im Rahmen von Korruption bei einem öffentlichen Bauauftrag zum Thema hat.

In den Rechtsprechungs-Rubriken finden Sie wie gewohnt examensrelevante und interessante Entscheidungen aus den letzten Monaten, unter anderem das Urteil des BVerfG zur Verfassungskonformität der Antiterrordatei, den Beschluss des BGH zum Verwertungsverbot bei heimlichen Tonbandaufnahmen oder das Urteil des OLG Schleswig zu der Frage, ob dem Auftraggeber eines Ohne-Rechnung-Geschäftes Gewährleistungsrechte zustehen.

Prof. Dr. Christian F. Majer
Schriftleiter

Philipp Louis
Stellvertretender Schriftleiter

Zeitschrift Jura Studium & Examen

Impressum

Redaktion

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

Herausgeber

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

Vereinsvorstand:

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

ISSN 2195-044X

Beirat

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

Webseite: ▶ www.zeitschrift-jse.de

E-Mail: redaktion@zeitschrift-jse.de

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

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

Dr. Sebastian Brüggemann, M. A.*

Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit

Aktuelle Musiktitel, Kinofilme und TV-Serien erfreuten sich schon immer als nahezu universelles Konversationsthema großer Beliebtheit auf Studentenpartys, gleich nach dem, zugegeben ein wenig drögen und einfalllosen, Dauerbrenner: „Was studierst Du eigentlich so?“ War Jura vor ein paar Jahren an dieser Stelle noch die falsche Antwort, zumindest wenn einem an der Fortführung der Konversation mit dem Fragesteller oder der Fragestellerin gelegen war, hat sich dies mit der zwangsweisen Abschaltung der Webseite kino.to und dem anschließenden Strafprozess gegen deren Betreiber schlagartig geändert. Die Kontroverse um die Urheberrechtsdurchsetzung im Internet war mit einem Male in der Mitte der Gesellschaft angekommen, was nicht zuletzt auch an den Drohungen der Staatsanwaltschaft lag, nicht nur gegen die Betreiber, sondern auch gegen die Nutzer der Webseite vorzugehen. Wer sich an dieser Stelle noch nicht betroffen wähnt, für den sei angemerkt: YouTube funktioniert – nutzerseitig – nach demselben Prinzip.

* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Sozietät SGT in Stuttgart und Lehrbeauftragter für Internetrecht an der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen.

I. Einleitung

Klassisches Peer-to-Peer-Filesharing (P2P) ist out. Auch wenn in diesem Zusammenhang etliche Rechtsfragen nach wie vor ungeklärt sind, hat sich zwischenzeitlich rumgesprochen, dass das Vervielfältigen (§ 16 UrhG) und Zugänglichmachen (§ 19a UrhG) urheberrechtlich geschützter Werke in den so genannten „Tauschbörsen“ eine Rechtsverletzung darstellt und als solche auch verfolgt wird. Fast jeder kennt jemanden, dem eine Abmahnung wegen illegalen Filesharings ins Haus geflattert ist, oder zumindest jemanden, der jemanden kennt. Gleichzeitig fällt es schwer, auf die lieb gewonnenen Gewohnheiten des bisher auf diesem Wege befriedigten Medienkonsums zu verzichten. Zu sehr hat man sich an die Angebotsvielfalt, die Aktualität und den Benutzerkomfort gewöhnt, den das Internet in dieser Hinsicht bietet. Ganz zu schweigen von dem Kostenvorteil. Was liegt da näher als der Umstieg auf andere Distributionsformen? Neben den Sharehostern erleben vor allem Videoportale wie YouTube, MyVideo und bis vor kurzem eben auch kino.to, das mit kinox.to¹ unmittelbar nach Schließung bereits einen Nachfolger gefunden hatte, einen rasanten Anstieg der

¹ Daneben existieren noch zahlreiche weitere Alternativen wie etwa movie2k.to (vgl. *Schuster*, heise online vom 10.02.2013, Filmwirtschaft sieht sich immer professionelleren Raubkopierern gegenüber, ▶ <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Filmwirtschaft-sieht-sich-immer-professionelleren-Raubkopierern-gegenueber-1801222.html> [Stand: 31.03.2013]).

Nutzerzahlen.² Während letztgenannte Angebote bei den meisten Nutzern immerhin noch Zweifel an der Rechtmäßigkeit ihres Handelns hervorrufen, ist man auf den etablierten Plattformen schon längst ein paar Clips weiter.

Die grundlegende Frage bleibt jedoch: Begehe ich als Nutzer eine Rechtsverletzung und mache ich mich gar strafbar, wenn ich mir die neusten Kinofilme, TV-Serien oder aktuelle Musikvideos auf YouTube oder kino(x).to anschau, und macht es für die rechtliche Bewertung einen Unterschied, welches Portal ich nutze?³

II. Streaming

Im Gegensatz zum klassischen Server- oder P2P-Download werden die Daten beim Streaming sukzessive übertragen, was eine Echtzeitwiedergabe ermöglicht, ohne die Datei vollständig heruntergeladen zu haben. Bedingt durch die Netzinfrastruktur werden Dateien zum Versand in mehrere kleine Datenpakete unterteilt. Ruft der Nutzer ein be-

stimmtes Werk, z. B. einen Film, auf einer Webseite auf, initiiert er damit einen Datenübertragungsvorgang, bei dem die einzelnen Datenpakete auf dem eigenen PC zwischengespeichert, dekodiert und letztendlich wiedergegeben werden. Hinsichtlich der Übertragungsart wird zwischen „Live“ und „On Demand“ Streaming unterschieden.⁴ Bei Live-Übertragungen kann der Nutzer weder Anfangs- noch Endzeitpunkt selbst bestimmen, er kann nicht vor- oder zurückspulen und hat auch ansonsten keinen Einfluss auf die Übertragung. Beim Streaming auf Abruf (On Demand) dagegen ist es der Nutzer, der den Übertragungsvorgang durch die Wiedergabe des Werkes initiiert. Er selbst kann Anfangs- und Endzeitpunkt der Übertragung bestimmen, vor- und zurückspulen oder schlicht die Wiedergabe pausieren und zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufnehmen. Unabhängig von der Übertragungsart bedürfen beide Formen des Streamings zur Wiedergabe der Zwischenspeicherung der Datenpakete auf dem PC des Nutzers. Diese erfolgt in Abhängigkeit vom gewählten Verfahren und der zur Wiedergabe verwendeten Software⁵ mehr oder weniger flüchtig im Arbeitsspeicher oder in einem temporären Verzeichnis der lokalen Festplatte. Insbesondere On-Demand-Dienste nutzen diese Möglich-

² Vgl. *Jansson*, c't 2010, Heft 15, 28 (28); *Schwan*, heise online vom 28.05.2013, Wachstum bei Streaming-Diensten in Deutschland, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Wachstum-bei-Streaming-Diensten-in-Deutschland-1872019.html> [Stand: 27.06.2013]; zu ähnlichen Ergebnissen kommt auch die Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“, BT-Drs. 17/7899, S. 54, 63.

³ Die Frage der (urheber-)rechtlichen Zulässigkeit der (rezeptiven) Nutzung von Streaming-Diensten hat der österreichische OGH mit Beschluss vom 11.05.2012 dem EuGH vorgelegt (vgl. *ÖstOGH Wien*, GRUR Int. 2012, 934).

⁴ Vgl. *Büscher/Müller*, GRUR 2009, 558 (558); *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (678); *Stieper*, MMR 2012, 12 (12 f.).

⁵ Dabei handelt es sich häufig um so genannte Plug-Ins gängiger Media-Player, die eine Medienwiedergabe direkt im jeweiligen Internetbrowser ermöglichen (vgl. *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (678)).

keit, um Schwankungen und Engpässen bei der Datenübertragung vorzubeugen und dem Nutzer einen möglichst ungestörten Werkgenuss zu ermöglichen. Dabei werden die gespeicherten Datenpakete in der Regel in gewissen zeitlichen Intervallen wieder überschrieben und spätestens mit dem Ausschalten des PC gelöscht. Einige Programme erstellen dagegen aus den übertragenen Datenpaketen eine vollständige Kopie, die bis zum nächsten Neustart auf dem System des Nutzers verbleibt und durch das Verschieben in ein anderes Verzeichnis als dauerhafte Vervielfältigung erhalten werden kann. Ebenso besteht die Möglichkeit, mittels entsprechender Software Mitschnitte zu erstellen und dauerhaft zu speichern.

III. YouTube oder kino.to – Die Systemfrage

Technisch wie rechtlich muss beim Streaming zwischen unterschiedlichen Handlungsstadien sowie den einzelnen am Vorgang Beteiligten unterschieden werden. Vor dem eigentlichen Streaming steht das Hochladen der Datei auf einen Server bzw., sofern ein solcher Zwischenschritt erforderlich ist, das Verlinken auf eine derart zum Abruf bereitgehaltene Datei. Die meisten Streaming-Plattformen bieten neben eigenem (lizenziertem) Content ihren Nutzern die Möglichkeit, eigene Inhalte auf ihre Server hochzuladen und somit zur Ansicht freizugeben. Ob es sich dabei um so genannten „user generated“ Content handelt, also Werke, deren Ur-

heber der Einsteller selbst ist, oder um fremde (urheberrechtlich geschützte) Werke, lässt sich nicht immer auf den ersten Blick unterscheiden. Hat sich etwa der Nutzer bei der Erstellung seines eigenen Werkes bei denen anderer bedient und dabei die Grenze der zulässigen freien Benutzung (§ 24 UrhG) überschritten, handelt es sich um eine zustimmungspflichtige Bearbeitung (§ 23 UrhG). Verfügt der Einsteller nicht über die erforderlichen (Lizenz-)Rechte an dem Werk, verstößt er bereits durch das Hochladen der Datei gegen das Vervielfältigungsrecht des Urhebers (§ 16 UrhG). Auch die Art der Übertragung ist rechtlich von Bedeutung. Zwar handelt es sich in beiden Fällen um Formen der öffentlichen Wiedergabe (§ 15 II UrhG), jedoch unterliegt das Live-Streaming dem Senderecht (§ 20 UrhG),⁶ während die individuelle Abrufmöglichkeit des On-Demand-Streaming dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) unterliegt.⁷ Verfügen Anbieter und/oder Nutzer nicht über die erforderlichen Rechte an dem gestreamten Werk, verstoßen sie mit der Bereitstellung der Datei auf einem Streaming-Portal zum einen gegen das Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG), zum anderen gegen das Sende- (§ 20 UrhG) bzw. das Recht der

⁶ Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum UrhG, 3. Aufl., § 19a Rdnr. 34 f.; Büscher/Müller, GRUR 2009, 558 (558); Koch, GRUR 2010, 574 (575).

⁷ OLG Stuttgart, ZUM 2008, 698 (699); OLG Hamburg, BeckRS 2009, 17540; Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 19a Rdnr. 6; Hoeren, MMR 2008, 139 (140); Büscher/Müller, GRUR 2009, 558 (558 f.); Koch, GRUR 2010, 574 (576).

öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG).⁸

1. Rechtliche Einordnung von Streaming-Diensten

Die rechtliche Beurteilung von Streaming-Portalen kann immer nur im Einzelfall anhand der konkret erbrachten Dienstleistung beurteilt werden: Zeichnet er sich selbst für die eingestellten Inhalte verantwortlich oder erschöpft sich sein Beitrag in der Bereitstellung einer weitestgehend automatisierten Infrastruktur, die es dem Nutzer ermöglicht, selbstständig Dateien einzustellen? Einige Streaming-Portale wiederum halten keine eigenen Serverkapazitäten vor, sondern ermöglichen den Nutzern auf ihrer Webseite lediglich, auf diese zu verlinken – mitunter auch in Form so genannter Embedded-Links.⁹

a) Streaming-Portale als Rechtsverletzer

Zeichnen sich die Betreiber des Streaming-Portals für die dort abrufbaren Inhalte selbst

⁸ Busch, GRUR 2011, 496 (497).

⁹ Im Falle eines embedded („eingebunden(en)“) Links ist die Verlinkung in den übrigen Fließtext bzw. die Umgebung der Webseite integriert. Dies gilt sowohl für Text als auch Videos, Musik oder Bilder. Der Betrachter der verlinkenden Webseite kann sie direkt auf der Webseite betrachten, ohne dass deren Betreiber sie zum Abruf bereithält. Die eigentliche Informationsquelle befindet sich nach wie vor an ihrem Ursprungsort. Einzige Ausnahme bildet die textuelle Einbettung, bei der der embedded Link als Teil des Fließtextes dargestellt wird, dabei aber lediglich auf die fremde Quelle verweist. Zur Betrachtung des verlinkten Inhalts muss der Nutzer den Link aufrufen und wird dann zur entsprechenden Information weitergeleitet.

verantwortlich, ohne über die nötigen Lizenzrechte zu verfügen, haften sie als Rechtsverletzer vollumfänglich (§ 97 UrhG), insbesondere auch auf Schadensersatz. Bereits das Hochladen eines urheberrechtlich geschützten Werkes auf den Server begründet einen Verstoß gegen das Vervielfältigungsrecht des Urhebers (§ 16 UrhG). Je nach Übertragungsart verletzt das (Live-)Streaming bzw. das Bereithalten des Werkes zum Abruf das Sende-recht (§ 20 UrhG) oder das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) des Urhebers. Neben die zivilrechtliche Delikts-haftung tritt die (urheber-)strafrechtliche Verantwortlichkeit nach §§ 106 ff. UrhG.

b) Verantwortlichkeit als Störer

Beschränkt sich der Beitrag des Portalbetreibers auf die Bereitstellung der Infrastruktur, richtet sich seine Verantwortlichkeit nach den Grundsätzen der Störerhaftung (§ 97 UrhG). Als (mittelbarer) Störer haftet, wer in irgendeiner Weise willentlich und adäquat-kausal an der Herbeiführung der Rechtsverletzung mitgewirkt hat,¹⁰ allerdings nur auf Unterlassung und Beseitigung, nicht aber auf Schadensersatz.¹¹ Dennoch ist es notwendig, diese Form der Gefährdungshaftung zu beschränken, um eine ausufernde Beanspru-

¹⁰ BGH, MMR 2001, 671 (673); BGH, GRUR 2002, 618 (619); BGH, MMR 2004, 668 (671); BGH, ZUM 2007, 646 (646); Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rdnr. 33; Volkmann, Der Störer im Internet, 2005, S. 60; ders., CR 2008, 232 (232); Krüger/Apel, MMR 2012, 144 (144 f.).

¹¹ BGH, ZUM 2010, 696 (967); Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rdnr. 33, 54; Krüger/Apel, MMR 2012, 144 (144).

chung Dritter, deren Tatbeitrag sich in der Bereitstellung der technischen Infrastruktur erschöpft, zu vermeiden. Neben der Schaffung und dem Betrieb einer Gefahrenquelle ist die Störerhaftung des Portalbetreibers an die Verletzung einer Verkehrspflicht geknüpft. Deren Umfang wiederum wird im Wesentlichen von den Haftungsprivilegierungen des Telemediengesetzes (§§ 7 ff. TMG) bestimmt,¹² die den infrastrukturellen Besonderheiten des Internets Rechnung tragen. Dies führt im Ergebnis dazu, dass Access-, aber auch Hostprovider nach § 7 II 1 TMG nicht verpflichtet sind, die durchgeleiteten oder gespeicherten Inhalte einer proaktiven Überprüfung zu unterziehen.¹³ Eine Verpflichtung, Inhalte zu überprüfen, zu sperren oder gegebenenfalls zu löschen, besteht erst mit dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung. Eigene Nachforschungen über die näheren, die Rechtswidrigkeit begründenden Umstände sind den Providern dagegen nicht zumutbar. Streaming-Portale, deren angebotene Inhalte auf unternehmenseigenen Servern bereit gehalten werden, sind rechtlich als Hostprovider (Streamhost) einzuordnen und haften als solche erst, wenn sie nach Kenntniserlangung von der Rechtswidrigkeit bestimmter Inhalte untätig bleiben (§ 10 TMG).¹⁴

¹² OLG Hamburg, MMR 2009, 405 (407); Freytag, CR 2000, 600 (605); Spindler/Volkmann, WRP 2003, 1 (3 f.); Volkmann, CR 2003, 440 (441); Breyer, MMR 2009, 14 (16).

¹³ A. A. LG Hamburg, ZUM 2012, 596 (596 ff.).

¹⁴ Vgl. Ott, ZUM 2008, 556 (560 ff.); das OLG Hamburg geht noch darüber hinaus, indem es das Untätigbleiben des Sharehosters als Gehilfenbeitrag

Anders verhält es sich, wenn sich die Daten nicht auf unternehmenseigenen Servern des Portalbetreibers befinden, dieser also gerade nicht als Hostprovider in Erscheinung tritt, sondern lediglich auf diese verlinkt. In diesem Falle fungiert das Streaming-Portal lediglich als eine Art Index, der den Nutzern das Auffinden der gelisteten Dateien ermöglicht. Maßgebliches Kriterium zur Bestimmung des Verkehrspflichtenumfanges sind Umfang und Reichweite des Dienstes sowie das Verhältnis zwischen rechtmäßiger und rechtswidriger Nutzung. Aber auch sie unterliegen grundsätzlich der Haftungsprivilegierung der §§ 7 ff. TMG.¹⁵

Ein weiteres, wesentliches Kriterium ist das Verhältnis des Betreibers zu den Inhalten seiner Nutzer, was sich etwa in der Art des Angebots und insbesondere bei dessen Bewerbung äußert.¹⁶ Hier ist zu unterscheiden, inwieweit diese inhaltliche „Nähe“¹⁷ rein technisch bedingt ist (YouTube)¹⁸ oder ob eine Identifikation mit dem Verletzer stattfindet, indem offen und unmissverständlich mit dem Zugang zu urheberrechtsverletzenden Inhalten geworben wird (kino(x).to). Erstere erhöht lediglich den Pflichtenumfang, wo-

i. S. d. § 27 StGB wertet (OLG Hamburg, BeckRS 10248).

¹⁵ BGH, GRUR 2008, 702 (702); OLG Zweibrücken, MMR 2009, 541 (541 f.); Ott, ZUM 2008, 556 (561); anders Volkmann, CR 2008, 232 (237).

¹⁶ So etwa das OLG Hamburg, GRUR-RR 2006, 148 (150); OLG Hamburg, MMR 2009, 405 (408 f.); Hören/Neubauer, WRP 2012, 508 (510).

¹⁷ Vgl. Wilmer, NJW 2008, 1845 (1849); ähnlich Leister, GRUR 2006, 801 (809 ff.).

¹⁸ Wilmer, NJW 2008, 1845 (1849).

hingegen letztere eine (strafbare) Form der Teilnahme darstellt.¹⁹ Wo genau letztendlich die Grenze zwischen inhaltlicher Neutralität und einem sich Zueigenmachen fremder Inhalte verläuft, ist in Rechtsprechung und Literatur nach wie vor umstritten.²⁰

2. Das System kino.to

Während YouTube als Streamhoster neben eigenen, lizenzierten Inhalten seinen Nutzern die nötige Infrastruktur bereitstellt, (eigene) Inhalte ins Internet zu stellen, handelte es sich bei der Webseite kino.to lediglich um einen Indexdienst, auf dem Links zu aktuellen Kinofilmen und TV-Serien bereitstanden.²¹ Diese Verknüpfung ermöglicht dem Nutzer den einfachen Abruf der Dateien von deren eigentlichem Speicherort, wobei die Wiedergabe entweder in einem neuen Browserfenster oder direkt als Embedded-Link auf kino.to selbst erfolgt.²² Derart unlizenzierter Content findet sich zwar auch auf YouTube, tritt angesichts der Fülle des dort an lizenzierten oder freien Inhalten verfügbaren Materials deutlich in den Hintergrund.

Das System kino.to zeichnete sich dagegen durch eine weitere Besonderheit aus, die über den Betrieb der Webseite hinausging und letztendlich die Gesellschaft zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen e. V. (GVU)

dazu bewog, bei der Staatsanwaltschaft Dresden gegen die Betreiber Strafanzeige wegen Verdacht auf Bildung einer kriminellen Vereinigung zur gewerblichen Begehung von Urheberrechtsverletzungen zu erstatten, die am 08.06.2011 zu einer europaweit koordinierten Durchsuchung mehrerer Wohn- und Geschäftsräume und zur Festnahme von 13 Personen führte.²³ Im Rahmen der Ermittlungen stellte sich heraus, dass die Hintermänner von kino.to neben der Webseite kino.to²⁴ auch für die dort verlinkten Inhalte verantwortlich waren. Zum System kino.to gehörten auch die überwiegend in Russland angemieteten Server (Hosts), auf denen die verlinkten Inhalte gespeichert und zum Abruf bereitgehalten wurden. Diese wurden zu großen Teilen nicht von den Nutzern der Webseite, sondern von einem kleinen Kreis (bezahlter) Zulieferer bereitgestellt. Die Popularität des an sich kostenlosen Angebots bescherte den Betreibern neben zahlenden „Premiumkunden“ stattliche Werbeeinnahmen.²⁵ Sowohl Betreiber als auch Zulieferer haben dabei wiederholt Urheberrechtsverletzungen begangen und sich auf diese Weise eine dauerhafte Einnahmequelle erschlossen. Zum Zeitpunkt der Stilllegung umfasste das

¹⁹ So auch *Dustmann*, CR 2006, 68 (69); *Wilmer*, NJW 2008, 1845 (1849).

²⁰ Vgl. *LG Hamburg*, MMR 2010, 833 (833); *Christiansen*, MMR 2010, 835 (835 ff.).

²¹ Vgl. *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (678).

²² Vgl. *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (678).

²³ Vgl. *Kompka*, Telepolis vom 08.06.2011, Europaweite Razzien gegen kino.to, <http://www.heise.de/tp/blogs/6/149966> [Stand: 25.03.2013].

²⁴ Entsprechend der Landeskennung „.to“ war die Domain „kino.to“ im Königreich Tonga, einem zu Polynesien gehörenden Inselstaat im Südpazifik, registriert (vgl. *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (682)).

²⁵ *LG Leipzig*, MMR-Aktuell 2012, 333573; *LG Leipzig*, MMR-Aktuell 2012, 330987.

Angebot der Seite 135.000 Filme, TV-Serien und Dokumentationen und verzeichnete mitunter bis zu vier Millionen Nutzer täglich.²⁶

3. Die Strafverfahren im Überblick

Am 14.06.2012 wurde der Gründer und eigentliche Betreiber des Systems kino.to vor dem LG Leipzig wegen gewerbsmäßiger Urheberrechtsverletzung zu einer Freiheitsstrafe von viereinhalb Jahren und einer Geldstrafe von 3.700.000 Euro verurteilt,²⁷ der verantwortliche Programmierer zu drei Jahren und zehn Monaten.²⁸ Beide hatten gleich zu Prozessbeginn ihre Taten gestanden, welche das Gericht als „die schwerste bisher bekanntgewordene Straftat zum Nachteil von Urheberrechten“ bezeichnete.²⁹ Auch haben weder die Androhung von Strafverfolgung³⁰ noch die Strafurteile gegen die Betreiber bei den Nutzern zu einem Umdenken geführt,³¹ wie die nahezu unveränderten Nutzerzahlen kostenpflichtiger Angebote und der Erfolg des kino.to-Nachfolgers kinox.to zeigen.

²⁶ LG Leipzig, MMR-Aktuell 2012, 333573.

²⁷ LG Leipzig, MMR-Aktuell 2012, 333573.

²⁸ LG Leipzig, MMR-Aktuell 2012, 330987.

²⁹ LG Leipzig, MMR-Aktuell 2012, 330987.

³⁰ Die Staatsanwaltschaft Dresden kündigte an, zumindest gegen die Premium- und damit die zahlenden Nutzer des Streaming-Portals strafrechtlich vorzugehen (vgl. *Kompa*, Filmverwerter drohen kino.to-Nutzern mit Strafrecht, Telepolis vom 13.02.2012, ▶ <http://www.heise.de/tp/blogs/6/151421> [Stand: 28.03.2013]).

³¹ So auch *Stieper*, MMR 2012, 12 (12).

IV. Der Nutzer im Visier der Staatsanwaltschaft

1. Systematische Abhängigkeit – Die Akzessorietät des Urheberstrafrechts

Zur Einleitung eines Strafverfahrens gegen die Nutzer von Streaming-Portalen wie kino(x).to bedarf es zunächst des Anfangsverdachts, dass diese in strafrechtlich relevanter Form fremde Urheberrechte verletzt haben. Anders als im Falle der gewerblich handelnden Seitenbetreiber (§§ 106, 108a UrhG) kommt in diesen Fällen lediglich eine unerlaubte Verwertung nach § 106 UrhG bzw. ein Eingriff in verwandte Schutzrechte nach § 108 UrhG in Betracht. Während es sich bei § 108a UrhG um ein Officialdelikt handelt,³² können die Nutzer allenfalls wegen eines Vergehens (§§ 106, 108 UrhG) belangt werden, bei denen es sich zudem um relative Antragsdelikte (§ 109 UrhG) handelt.³³ Als solches bedarf es zumindest eines besonderen öffentlichen Interesses, um die Strafverfolgung der Nutzer weiter zu betreiben.

Neben technischen wie prozessualen Hindernissen sieht sich die Staatsanwaltschaft Dresden bei der Umsetzung ihrer vollmundigen Ankündigung strafrechtlicher Konsequenzen für die Nutzer von kino.to auch ma-

³² *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 3. Aufl., § 108a Rdnr. 3.

³³ Vgl. *Schäfer*, Die Bedeutung des Urheberstrafverfahrensrechts bei der Bekämpfung der Internetpiraterie, 2010, S. 95; *Grobelny*, Die Rechtsdurchsetzung im Internet, 2011, S. 114.

teriell-rechtlich mit weiteren Problemen konfrontiert. So enthalten die urheberrechtlichen Strafnormen der §§ 106 ff. UrhG keine eigenen, objektiven Tatbestandsvoraussetzungen, sondern stellen lediglich die Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke sowie Eingriffe in verwandte Schutzrechte unter Strafe. Wann eine Nutzungshandlung eine Verletzung von Urheberrechten begründet, richtet sich wiederum nach den allgemeinen, urheberzivilrechtlichen Vorschriften, insbesondere den §§ 16, 19a UrhG. Das Urheberstrafrecht verhält sich somit streng akzessorisch zum zivilrechtlichen Teil.³⁴ Dies hat zur Folge, dass auch die Schrankenregelungen der §§ 53 ff. UrhG bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Handelns zu berücksichtigen sind. Im Bereich des Urheberstrafrechts kommt ihnen gar eine tatbestandsbeschränkende Wirkung zu.³⁵ Angesichts der Verwendung zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe im Bereich der Schrankenregelungen, wie z. B. dem des Offensichtlichkeitserfordernisses in § 53 I UrhG und der nicht kommerziellen Natur der Verletzungshandlung, erscheint im Verhältnis zur hohen Strafandrohung des § 106 UrhG eine weite Auslegung der Rechtfertigungsgründe geboten.³⁶ Dies jedoch liefe dem Schutzgedanken des Urheberrechts entgegen, demnach die Schrankenregelungen entsprechend ihrem Regel-Ausnahme-Verhältnis grundsätzlich

restriktiv auszulegen sind.³⁷ Hier dürften jedoch die Grundsätze des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 II GG („nulla poena sine lege (certa)“), wonach im Strafrecht nicht nur eine Analogie zulasten des Täters ausscheidet, sondern auch der Tatbestandsausweitung im Wege juristischer Auslegungsmethoden enge Grenzen gesetzt sind,³⁸ Vorrang vor den Interessen der Rechteinhaber haben.³⁹

2. Das Betrachten von (Video-)Streams – Urheberrechtsverletzung oder freier Werkgenuss

Während das Bereitstellen eines urheberrechtlich geschützten Werkes auf einem Streaming-Portal ohne die hierfür erforderlichen (Lizenz-)Rechte eine Rechtsverletzung begründet, fällt die rechtliche Beurteilung der empfängerseitigen Nutzungshandlungen keineswegs so eindeutig aus. Während der Werkgenuss selbst frei ist, entzündet sich der Streit an der hierfür erforderlichen Zwischenspeicherung. Diese ist unumgänglich, soll ein digital gespeichertes Werk in eine den menschlichen Sinnen zugängliche Form umgewandelt werden. Der urheberrechtliche Vervielfältigungsbegriff erfasst dabei jede auch nur flüchtige körperliche Festlegung des Werkes oder Teilen desselben, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen in irgendeiner Art und Weise unmittelbar

³⁴ Weber, in: Dammann, Gedächtnisschrift für Manfred Wolf, 2011, 755 (756).

³⁵ Weber, in: Dammann, Gedächtnisschrift für Manfred Wolf, 2011, 755 (756).

³⁶ So auch Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677 (680).

³⁷ Vgl. Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677 (680).

³⁸ Hoffmann, WRP 2006, 55 (56); Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677 (680).

³⁹ So auch Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677 (680).

oder mittelbar wahrnehmbar zu machen.⁴⁰ Für die rechtliche Beurteilung des Streaming kommt es daher zunächst nicht darauf an, ob die einzelnen Datenpakete sukzessive von den nachfolgenden überschrieben werden oder am Ende der Wiedergabe noch eine vollständige Kopie auf dem System des Nutzers vorhanden ist. Soweit die vorhandenen Datenfragmente vom Umfang her den Schutzbereich des Urheberrechts eröffnen,⁴¹ liegt eine Vervielfältigung (§ 16 UrhG) vor und wird somit in die Rechte des Urhebers eingegriffen.⁴² Diese Voraussetzung dürfte im Falle einer möglichen Wiedergabe regelmäßig gegeben sein. Betroffen ist allerdings nicht nur die Nutzung von Streaming-Portalen, sondern jede Form der Wiedergabe digitaler Medien, angefangen beim Abspielen einer DVD.

Als ob dieses Szenario nicht schon absurd genug wäre, gilt es zu bedenken, dass nicht nur

⁴⁰ BGH, GRUR 1955, 492 (494); BGH, GRUR 1983, 28 (29); BGH, NJW 1991, 1231 (1234); Brinkel, Filesharing, 2006, S. 99; Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 16 Rdnr. 6, 9, 12; Heerma, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum UrhG, 3. Aufl., § 16 Rdnr. 13.

⁴¹ BGH, GRUR 2000, 703 (705); BGH, GRUR 2008, 693 (695); Busch, GRUR 2011, 496 (499); Eichelberger, K&R 2012, 393 (394); ausführlich Wandtke/v. Gerlach, GRUR 2013, 676 (677 f.).

⁴² So auch Kroitzsch, in: Nicolini/Ahlberg, UrhG, 2. Aufl., § 16 Rdnr. 5; Heerma, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum UrhG, 3. Aufl., § 16 Rdnr. 13, 16; Büscher/Müller, GRUR 2009, 558 5(60); Radmann, ZUM 2010, 387 (389); Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677 (678); Busch, GRUR 2011, 496 (499); Stieper, MMR 2012, 12 (13); Eichelberger, K&R 2012, 393 (394); Wandtke/v. Gerlach, GRUR 2013, 676 (678); a. A. Koch, GRUR 2010, 574 (575), der eine lediglich flüchtige Zwischenspeicherung nicht als Vervielfältigung i. S. d. § 16 UrhG betrachtet.

die Wiedergabe digitaler Werke, sondern auch deren Übertragung über das Internet eine Zwischenspeicherung seitens der Accessprovider erfordert – das so genannte „Caching“. „Leider ist dieses Internet in deinem Land nicht verfügbar“, müsste daher die an den Streit zwischen YouTube und der Gema angelehnte Fehlermeldung lauten, die beim Öffnen des Internetbrowsers zukünftig erscheint. Dass dem nicht so ist, verdanken wir der Schrankenregelung des § 44a UrhG, der eine Ausnahmeregelung für vorübergehende Vervielfältigungshandlungen vorsieht.⁴³ Sie sind zulässig, sofern sie flüchtig oder begleitend erfolgen und einen wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen. Dieses Verfahren wiederum muss einer ansonsten rechtmäßigen Nutzung dienen und darüber hinaus keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung erlangen (§ 44a S. 1 Nr. 2 UrhG).⁴⁴ Immerhin, letztere Voraussetzung ist zweifelsohne erfüllt.⁴⁵ Das Streaming eines Werkes dient dessen Betrachtung, also dem rezeptiven Werkgenuss des Nutzers,

⁴³ Erwägungsgrund 33 der InfoSoc-Richtlinie (2001/29/EG), S. 12 f.; BT-Drs. 15/38, S. 18.

⁴⁴ Erwägungsgrund 33 der InfoSoc-Richtlinie (2001/29/EG), S. 12 f.; BT-Drs. 15/38, S. 18, erfassen ausdrücklich auch die Vorgänge des Browsing oder Caching; Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 16 Rdnr. 12.

⁴⁵ Vgl. Koch, GRUR 2010, 574 (575 f.); Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677 (680 f.); Stieper, MMR 2012, 12 (14 f.), der allerdings solche Zwischenspeicherungen ausnehmen will, die nach Beendigung des Programms bis zum Neustart des PC auf der Festplatte des Nutzers verbleiben.

und erlangt darüber hinaus keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung.⁴⁶

Anders stellt es sich bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Nutzungshandlung dar. Eine weit verbreitete Ansicht stellt in diesem Zusammenhang auf das äußere Erscheinungsbild des Streaming-Portals sowie dessen Angebot ab. Jedem müsse klar sein, dass es sich bei Portalen wie kino(x).to, die ganze (Kino-)Filme oder TV-Serien zum Abruf bereithalten, nicht um lizenzierte Angebote handle und deren Nutzung demzufolge ebenfalls illegal sein müsse. Derlei Angebote finden sich allerdings auch auf YouTube – zumindest eine gewisse Zeit über. Die sicherlich schwierige Frage der Grenzziehung erübrigt sich vorliegend jedoch. Anders als bei der Anfertigung einer Privatkopie nach § 53 UrhG stellt die Schrankenregelung des § 44 UrhG eben nicht auf die (offensichtliche) Unrechtmäßigkeit der Quelle ab, sondern allein auf die Rechtmäßigkeit der Nutzung.⁴⁷ Dies setzt voraus, dass sie „vom Rechteinhaber zugelassen“ bzw. „nicht durch Gesetze beschränkt“ ist.⁴⁸ Die Zustimmung der Rechteinhaber dürfte in den seltensten Fällen

in Betracht kommen, weshalb hier vor allem die zweite Alternative an Bedeutung gewinnt. An einer gesetzlichen Beschränkung fehlt es beispielsweise, wenn eine ansonsten nach dem Urheberrechtsgesetz erlaubnispflichtige Nutzungshandlung einer gesetzlichen Schrankenregelung wie etwa der Privatkopie (§ 53 UrhG) oder eben § 44a UrhG unterliegt.⁴⁹ Da letztere sich offensichtlich nicht aus sich selbst heraus zu rechtfertigen vermag⁵⁰ und das Privatkopienprivileg nach der jüngsten Gesetzesänderung zumindest die Nutzung von kino(x).to nicht erfasst,⁵¹ bedarf es einer anderen einschlägigen Schrankenregelung. Eine solche ist nicht ersichtlich. Hieraus auf die Rechtswidrigkeit der Nutzung von Streaming-Portalen zu schließen, wäre dennoch verfrüht. Der Rechtfertigung in Form einer Schrankenbestimmung bedarf es nämlich nur dann, wenn die betreffende Handlung in das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers eingreift. Die Formulierung „nicht durch Gesetze beschränkt“ bezieht sich auf die Nutzung, zwecks derer die vorübergehende Vervielfältigung erfolgt, nicht auf die Vervielfältigung selbst. Der rein re-

⁴⁶ Meschede, Der Schutz digitaler Musik- und Filmwerke vor privater Vervielfältigung nach den zwei Gesetzen zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 2006, S. 92; Schäfer, Die Bedeutung des Urheberstrafverfahrensrechts bei der Bekämpfung der Internetpiraterie, 2010, 83; Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677 (680 f.).

⁴⁷ So auch Radmann, ZUM 2010, 387 (391); Stieper, MMR 2012, 12 (15); Eichelberger, K&R 2012, 393 (396).

⁴⁸ Erwägungsgrund 33 der InfoSoc-Richtlinie (2001/29/EG), S. 12 f.; BT-Drs. 15/837, S. 18.

⁴⁹ Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 3. Aufl., § 44a Rdnr. 8; Loewenheim, in: Schrickler/Dietz, UrhG, 4. Aufl., § 44a Rdnr. 9; Radmann, ZUM 2010, 387 (390); Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677 (681); Eichelberger, K&R 2012, 393 (396).

⁵⁰ Ähnlich Lauber/Schwipps, GRUR 2004, 293 (295); Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677 (681); Busch, GRUR 2011, 496 (502).

⁵¹ Ausführlich zur offensichtlichen Rechtswidrigkeit der zur Vervielfältigung verwandten Vorlage bzw. der Rechtswidrigkeit ihrer öffentlichen Zugänglichmachung im Falle von kino.to, Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677 (679 f.).

zeptive Werkgenuss aber ist frei. Er unterliegt von vornherein nicht dem Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers⁵² und damit keiner gesetzlichen Beschränkung i. S. d. § 44a UrhG.⁵³ Selbst der Umstand, dass sich derartige Werkgenuss vielfach aus rechtswidrigen Quellen speist, vermag daran nichts zu ändern.⁵⁴ Der bloße Werkgenuss wird nicht etwa deshalb zur zustimmungspflichtigen Nutzungshandlung, weil es an einer rechtmäßigen Verwertungskette fehlt und der Nutzer diesen Zustand perpetuiert.⁵⁵ Eine Analogie zur Neuregelung des § 53 I 1 UrhG scheidet mangels Vergleichbarkeit aus. Während dort lediglich der Anwendungsbereich der Schrankenregelung eingegrenzt wurde, würde im vorliegenden Fall eine bisher zustimmungsfreie Handlung zustimmungspflichtig. Allein auf die Schrankenregelung bezogen fehlt es dagegen an einer planwidrigen Regelungslücke. Die durch das Strea-

ming-Verfahren aufgeworfenen rechtlichen Fragestellungen sind, wenn auch von zunehmender Aktualität, nicht neu. Der Gesetzgeber hat bereits zahlreiche Möglichkeiten, die Schrankenregelung des § 44a UrhG entsprechend des § 53 UrhG anzupassen, verstreichen lassen. Allein die Nutzung von Streaming-Portalen wie etwa kino(x).to stellt für sich gesehen noch keine Urheberrechtsverletzung dar.⁵⁶

Umstritten ist dagegen, bis wann noch von einer vorübergehenden Zwischenspeicherung gesprochen werden kann und wann von einer dauerhaften Vervielfältigung auszugehen ist. Je nachdem, welche Software bei der Wiedergabe des gestreamten Werkes zum Einsatz kommt, erfolgt lediglich eine flüchtige Zwischenspeicherung im Arbeitsspeicher bis hin zur vollständigen Vervielfältigung auf der lokalen Festplatte, die erst beim Neustart des Systems gelöscht wird. Sofern letztere allein der Wiedergabe dient, muss sie wohl auch als flüchtig angesehen werden,⁵⁷ da ihre Lebensdauer ohne weiteres Zutun des Nutzers begrenzt ist. Art und Umfang der (Zwischen-)Speicherung werden nicht vom Nutzer, sondern in Abhängigkeit von der verwendeten Wiedergabesoftware bestimmt und

⁵² BT-Drs. 4/270, S. 28 f.; *Meschede*, Der Schutz digitaler Musik- und Filmwerke vor privater Vervielfältigung nach den zwei Gesetzen zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 2006, S. 92; *Mitsdörffer/Gutfleisch*, MMR 2009, 731 (733); *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (681); *Eichelberger*, K&R 2012, 393 (395 f.).

⁵³ *Meschede*, Der Schutz digitaler Musik- und Filmwerke vor privater Vervielfältigung nach den zwei Gesetzen zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 2006, S. 92; *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (681); *Eichelberger*, K&R 2012, 393 (395 f.); so wohl auch EuGH, GRUR 2012, 156 (164 ff.).

⁵⁴ Im Erg. auch *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (681); *Stieper*, MMR 2012, 12 (15); *Eichelberger*, K&R 2012, 393 (396).

⁵⁵ *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (681); *Stieper*, MMR 2012, 12 (15); a. A. *Busch*, GRUR 2011, 496 (502).

⁵⁶ Ähnlich auch *Mitsdörffer/Gutfleisch*, MMR 2009, 731 (733), die jedoch zwischen der bloßen (rechtmäßigen) Betrachtung und einer (rechtswidrigen) Betrachtung unter Umgehung so genannter Geo-Sperren differenzieren; *Eichelberger*, K&R 2012, 393 (396); a. A. *Radmann*, ZUM 2010, 387 (388); *Busch*, GRUR 2011, 496 (502 f.).

⁵⁷ So auch *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (681, Fn. 44); a. A. *Stieper*, MMR 2012, 12 (14 f.).

sind somit notwendiger Bestandteil des jeweiligen (technischen) Verfahrens. Greift der Nutzer die (zwischen-)gespeicherten Daten hingegen mittels spezieller Aufnahmesoftware während oder im Anschluss an die Wiedergabe ab, erstellt er eine eigenständige, dauerhafte Vervielfältigung, welche nicht mehr durch die Schrankenregelung des § 44a UrhG gerechtfertigt ist.⁵⁸ Hier greift allenfalls das Privatkopierprivileg des § 53 UrhG.⁵⁹

3. Der Nutzer als Teilnehmer

Die Strafbarkeit der am System kino.to mitwirkenden Personen richtet sich nach §§ 106, 108 i. V. m. § 108a UrhG. Sowohl die Betreiber als auch die entgeltlich tätigen Zulieferer haben durch den Betrieb des Portals kino.to gewerbsmäßig fremde Urheber- oder verwandte Schutzrechte verletzt. Fraglich ist daher, welchen Anteil die Nutzer hieran hatten.

a) Strafbarkeit nach §§ 106, 108 i. V. m. § 108a UrhG, 27 StGB

Beim Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit handelt es sich um ein persönliches strafscharfendes Merkmal (§ 28 II StGB), so dass der Teilnehmer für eine Verurteilung nach § 108a UrhG selbst gewerbsmäßig gehandelt haben muss.⁶⁰ Gewerbsmäßig handelt, wer die Ur-

heberrechtsverletzung in der Absicht begeht, sich durch wiederholte oder auch nur fortgesetzte Begehung eine fortlaufende, dauerhafte Einnahmequelle von einigem Umfang zu erschließen.⁶¹ Dies war bei den Betreibern und Zulieferern von kino.to unzweifelhaft der Fall. Die rein passive und vor allem private Nutzung von Streaming-Portalen dürfte sich jedoch kaum hierunter subsumieren lassen. Denkbar wären allenfalls Konstellationen, in denen private Nutzer unter Verletzung fremder Urheberrechte (z. B. durch Einbinden von Musik) selbst produzierte Medieninhalte auf YouTube oder anderen Portalen einstellen und sich über einen derartigen „Channel“ (Werbe-)Einnahmen oder andere geldwerte Vorteile verschaffen.

b) Strafbarkeit nach §§ 106, 108 i. V. m. § 109 UrhG, 27 StGB

Scheidet eine strafbare Beihilfe zur gewerbsmäßigen Urheberrechtsverletzung aus, verbleibt noch die Beihilfe zur einfachen Urheberrechtsverletzung (§§ 106, 108 UrhG). Die Nutzer müssten folglich durch den Werkgenuss die Betreiber von kino.to vorsätzlich bei deren Urheberrechtsverletzungen Hilfe geleistet haben (§ 27 StGB). Die fraglichen Urheberrechtsverletzungen (§§ 16, 19a, 20 UrhG) sind im Zeitpunkt des Abrufs aber längst verwirklicht,⁶² ohne dass es des Zutuns des Nutzers bedürfte. Insbesondere § 19a UrhG erfordert zur Tatbestandsverwirkli-

⁵⁸ Vgl. Koch, GRUR 2010, 574 (575).

⁵⁹ Ausführlich Janisch/Lachenmann, MMR 2013, 213 (216 ff.).

⁶⁰ Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 3. Aufl. 2008, § 108a Rdnr. 2; Hildebrandt, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum UrhG, 3. Aufl., § 108a Rdnr. 2.

⁶¹ Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 3. Aufl. 2008, § 108a Rdnr. 5.

⁶² OLG Hamburg, BeckRS 10248.

chung lediglich die Möglichkeit des Abrufs, nicht aber, dass ein solcher bereits erfolgte. Der Umstand, dass die rechtsverletzenden Handlungen ohne die Aussicht auf eine Audienz wohl unterblieben wären, betrifft das tätereigene Absatzrisiko, begründet aber im konkreten Fall keine Kausalität. Auch eine psychische Beihilfe kommt in Ermangelung einer kommunikativen Einwirkung auf den Täter nicht in Betracht. Letztendlich scheidet die Annahme einer strafbaren Beihilfe ohnehin am Erfordernis des doppelten Gehilfenvorsatzes. Die wenigsten Nutzer von Seiten wie kino.to dürften auch nur eine vage Vorstellung über die dahinter stehenden Urheberrechtsverletzungen gehabt haben, ganz zu schweigen davon, dass sie einen Beitrag hierzu leisten könnten. Aus Sicht der Nutzer steht der (kostenlose) Werkgenuss im Vordergrund, wenn dies nicht gar ihre einzige Motivation begründet – eine strafbare Beihilfehandlung wird sich hieraus allerdings nur schwerlich konstruieren lassen.

c) Strafbarkeit der „Premiumnutzer“

Fraglich ist, ob sich an der soeben gefundenen Beurteilung etwas ändert, wenn der einzelne Nutzer nicht nur indirekt durch seine Aufmerksamkeit zur Generierung von Werbeeinnahmen beigetragen, sondern das Angebot durch einen monatlichen Beitrag direkt finanziert hat. Hinsichtlich des doppelten Gehilfenvorsatzes gilt aber auch hier das oben Gesagte. Der entgeltpflichtige Status als Premiumnutzer dient aus Sicht der Nut-

zer nicht der Unterstützung der hinter dem System kino.to stehenden Urheberrechtsverletzungen, sondern dem eigenen, uneingeschränkten Werkgenuss. Auch stellt der Werkgenuss und die damit verbundene flüchtige Vervielfältigung keine Perpetuierung des durch die Zugänglichmachung begründeten rechtswidrigen Zustands dar, wie sie etwa dem Straftatbestand der Hehlerei (§ 259 StGB) zugrunde liegt.⁶³ Die Ankündigung der Dresdener Staatsanwaltschaft, gegen diese spezielle Nutzergruppe vorzugehen, geht dabei auch weniger auf strafrechtliche Erwägungen zurück als vielmehr auf den Umstand, dass deren Bezahlvorgänge sich im Gegensatz zur bloßen Nutzung nachverfolgen lassen.

V. Rechtsverfolgung im Internet

Internetbezogene Straftaten stellen die Strafverfolgungsbehörden regelmäßig vor Herausforderungen. Das Internet kennt zwar länderbezogene Domainendungen wie etwa „.de“ oder eben auch „.to“, begründet aber eine globale Infrastruktur, der Landes- und somit Zuständigkeitsgrenzen weitestgehend fremd sind. Gleichzeitig relativiert sich der Beweiswert von Informationen in einem überwiegend digitalen Umfeld zusehends, je weniger Bezug das Delikt zur analogen Welt aufweist. Zwar ist niemand im Netz wirklich anonym, die Möglichkeiten, seine Identität zu verschleiern oder eine Lokalisierung zu

⁶³ Maier, in: MüKo StGB, 2. Aufl. 2012, § 259 Rdnr. 1.

erschweren, sind vielfältig.⁶⁴ Umgekehrt lassen sich digitale „Beweismittel“ einfach generieren oder editieren. Der Zustand ständiger (Ver-)Änderung und Aktualisierung ist vielleicht noch der beständigste im Netz. Nicht zuletzt handelt es sich beim Internet um ein Kommunikationsmedium, was für die (kommunikations-)grundrechtliche Beurteilung von Ermittlungsmaßnahmen im Netz nicht ohne Folgen bleibt.

1. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf Internetsachverhalte

Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf Internetdelikte richtet sich nach § 3 (Inlandstaten) i. d. R. i. V. m. § 9 StGB (Handlungs- oder Erfolgsort).⁶⁵ Es gilt das Territorialitätsprinzip,⁶⁶ demzufolge deutsches Strafrecht auch bei im Ausland begangenen Tathandlungen Anwendung findet, soweit ihnen innerhalb Deutschlands eine schädigende oder auch nur rechtsgutsgefährdende Wirkung zukommt, deren Vermeidung die jeweilige Strafnorm bezweckt.⁶⁷ Wie bei Internetsachverhalten üblich, wurde auch im Falle kino.to auf den Ort bzw. die Orte abgestellt, von denen die betroffenen Inhalte zu erreichen waren. Bei einer Verletzung des Rechts der öffentlichen Zugänglich-

machung aus § 19a UrhG lässt sich hieraus ohne weiteres eine Anwendung nationalen Strafrechts begründen, selbst wenn sich die fraglichen Inhalte auf Servern in Russland befinden. In der Konsequenz führt dies bei Internetdelikten zu einer faktischen Allzuständigkeit deutschen Strafrechts.

2. Die IP-Adresse – Grenzen eines Identifikationsmerkmals

Wenn in der Politik mal wieder die Forderung nach dem Ende der Anonymität im Internet laut wird, ist lediglich von der faktischen Anonymität die Rede, die sich im Internet aus der Verwendung des TCP/IP-Protokolls ergibt. Aufgrund der dezentralen Architektur des Internets erfolgen Kommunikationsvorgänge nicht auf direktem Wege, sondern über zahlreiche (Internet-)Knotenpunkte. Damit eine Datei von ihrem Ausgangs- an ihren Bestimmungsort gelangen kann, enthalten die einzelnen Datenpakete sowohl die Quell- als auch Zielinformationen, bei denen es sich um nichts anderes als um die IP-Adressen der beteiligten Endgeräte handelt. Die IP-Adresse dient ähnlich der Postanschrift zur Identifizierung und Adressierung der am Kommunikationsvorgang beteiligten Anschlüsse, weshalb ihr bei der Aufklärung von Internetsachverhalten eine Schlüsselrolle zukommt.⁶⁸ Dabei ist zwischen der öffentlichen, beim Kommunikationsvorgang nach außen hin sichtbaren IP-

⁶⁴ Zum Begriff der „faktischen Anonymität“ auf Basis des TCP/IP-Protokolls vgl. *Raabe*, CR 2003, 268 (269); sowie zu Anonymisierungsdiensten, *Brügge-mann*, Der Drittauskunftsanspruch gegen Internet-provider, 2012, S. 41 ff.

⁶⁵ *Hilgendorf/Wolf*, K&R 2006, 541 (541).

⁶⁶ *BGH*, NJW 1997, 138 (138).

⁶⁷ *BGH*, CR 2001, 260 (260).

⁶⁸ *Dietrich*, NJW 2006, 809 (809); *Federrath*, ZUM 2006, 434 (435); *Solmecke*, K&R 2007, 138 (140).

Adresse eines Internetanschlusses (also der vom Internetprovider zugewiesenen Kennung i. d. R. des Routers) und der privaten, die einzelnen Endgeräte innerhalb des dahinter stehenden (Heim-)Netzwerks kennzeichnenden, zu unterscheiden. Hierin liegt zugleich die erste Schwachstelle in ihrer Eigenschaft als Identifikationsmerkmal. Über eine Abfrage beim Accessprovider lässt sich nur die Person des Anschlussinhabers ermitteln, bei dem es sich jedoch nicht zwingend auch um den eigentlichen Rechtsverletzer handelt. Ein Problem, das insbesondere in Verfahren wegen illegalen P2P-Filesharings zunehmend die Gerichte beschäftigt.⁶⁹

Der überwiegende Anteil der IP-Adressen des derzeitigen Protokollstandards (IPv4) wird aufgrund des begrenzten Adressraums von den Access Providern dynamisch vergeben. Die Zuteilung einer IP-Adresse erfolgt jedes Mal mit dem Aufbau der Internetverbindung aufs Neue und ist auf den Zeitraum der Verbindungsdauer begrenzt. Die Identifizierung des Inhabers einer bestimmten IP-Adresse ist somit auch zeitabhängig, was bei der Datenerhebung und dem späteren Abgleich mit den Log-Dateien des Providers eine weitere Fehlerquelle eröffnet.⁷⁰ Erschwerend kommt hinzu, dass die Provider gesetzlich nicht verpflichtet sind, Verkehrsdaten wie die IP-

Adresse überhaupt oder über einen längeren Zeitraum hinweg zu speichern. In der Praxis hat sich unter Billigung der Rechtsprechung eine Speicherdauer von sieben Tagen etabliert⁷¹ – das Zeitfenster der Staatsanwaltschaft Dresden, gegen die (einfachen) Nutzer des Streaming-Portals kino.to vorzugehen.

Für die Durchführung eines erfolgreichen Datenabgleichs mit den Log-Dateien der Accessprovider müssten besagte IP-Adressen der Staatsanwaltschaft jedoch erst einmal zur Verfügung stehen. Angebote wie kino(x).to dürften jedoch regelmäßig darauf verzichten, die Daten ihrer Nutzer zu erheben und zu speichern. Ein strafrechtliches Vorgehen gegen die Nutzer von kino.to war daher bereits aus technischen Gründen von vornherein wenig erfolgversprechend.

3. Auskunftsrechte der Strafverfolgungsbehörden

Sofern eine IP-Adresse im Zusammenhang mit einer möglichen Straftat erhoben wurde, lassen sich anhand ihrer durch den Abgleich mit den Log-Dateien des zuständigen Accessproviders Name und Anschrift des Anschlussinhabers ermitteln. Da es sich bei letzteren lediglich um Bestandsdaten (§ 3 Nr. 3 TKG) handelt, die im Gegensatz zu Verkehrsdaten (§ 3 Nr. 30 TKG) wie der IP-Adresse nicht dem Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG, § 88 TKG)

⁶⁹ Ausführlich hierzu *Brüggemann*, Der Drittauskunftsanspruch gegen Internetprovider, 2012, S. 86 ff.

⁷⁰ *OLG Stuttgart*, ZUM 2012, 174 (175); *Gietl/Mantz*, CR 2008, 810 (815); *Bleich/Heidrich/Stadler*, c't 2010, Heft 19, 138 (139); *Lutz*, VuR 2010, 337 (341).

⁷¹ Im Erg. *BGH*, CR 2011, 178 (180); kritisch hierzu *Wüstenberg*, CR 2011, 254 (255); *OLG Frankfurt*, CR 2011, 96 (96); *Spindler*, ZUM 2008, 640 (646).

unterliegen, wurde in der Rechtsprechung vertreten, die Voraussetzungen des Auskunftsverfahrens richteten sich nach § 113 TKG und nicht nach den weit restriktiveren Vorschriften der StPO. Die Ermittlung selbst erfolgt jedoch unter Rückgriff auf die IP-Adresse und somit ein Verkehrsdatum, das Rückschlüsse auf die näheren Umstände des konkreten Kommunikationsvorgangs zulässt und somit dem Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses unterliegt. § 113 TKG stellt in den vorliegenden Fällen daher keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage dar. Der zwischenzeitlichen Auskunftserteilung nach §§ 100g, 100h StPO i. V. m. § 113a TKG im Rahmen der Einführung der Vorratsdatenspeicherung zum 01.01.2008 hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom März 2010 eine klare Absage erteilt.⁷²

Bis zum 30.06.2013 greift die vom BVerfG beschlossene Übergangsregelung, wonach die Auskunftserteilung auch über dynamische IP-Adressen auf der Grundlage des § 113 TKG vorübergehend zulässig ist.⁷³ Das Gericht sah dies aufgrund des hohen Stellenwerts der Ermittlungsmaßnahme gegenüber einer eher formell- denn materiell-rechtlich begründeten Verfassungswidrigkeit der Norm als geboten an. Voraussetzung der Auskunftserteilung ist daher lediglich, dass die Daten zur Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten erforderlich sind. Daran hat sich in der am 21.03.2013 beschlossenen Neu-

fassung nichts geändert,⁷⁴ so dass es lediglich eine Frage der Zeit sein dürfte, bis auch diese Regelung vom Verfassungsgericht kassiert wird.

VI. Fazit

Von den persönlichen Folgen der Verurteilung für die Betroffenen abgesehen hat die Schließung des illegalen Streaming-Portals kino.to keine nennenswerten Auswirkungen gezeigt. So groß das Interesse der Medien an der Auseinandersetzung zwischen der Dresdener Staatsanwaltschaft und den Demonstrierenden anfänglich war, so schnell ist die gesellschaftliche Aufmerksamkeit wieder verblasst. Die Nutzer solcher Angebote hatten ohnehin nie wirklich (strafrechtliche) Konsequenzen zu befürchten. Soweit sie sich bei der Nutzung von Streaming-Portalen auf den Genuss der angebotenen Inhalte beschränken, ist die damit verbundene flüchtige Vervielfältigung als notwendiger Teil des technischen Verfahrens gemäß § 44a Nr. 2 UrhG gerechtfertigt, selbst wenn es sich, wie im Falle von kino(x).to, um eine offensichtlich rechtswidrige Quelle handelt. Dieses Ergebnis mag aus Sicht der Rechteinhaber unbefriedigend ausfallen, zumal es sich um ein Massenphänomen handelt. Auf der anderen Seite würde eine andere Wertung den bisher freien Werkgenuss, sofern er (technisch) auf eine bestimmte Art und Weise erfolgt, dem Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers unterwerfen. Dieser könnte bestimmen, wann, wo

⁷² BVerfG, CR 2010, 232 (232).

⁷³ BVerfG, NJW 2012, 1419 (1430).

⁷⁴ Vgl. BT-Drs. 17/12879.

und wie bzw. wie oft sein Werk gelesen, betrachtet oder gehört wird, der modernen Technik sei Dank bis hinein in den letzten Winkel unserer Privatsphäre, denn dort findet in aller Regel der Werkgenuss statt.⁷⁵ Dass es sich dabei nicht um eine bloße Utopie handelt, zeigen die aktuellen Trends der Gaming-Branche, die durch den Onlinezwang⁷⁶ den an sich freien Werkgenuss faktisch zum Nutzungsrecht degradiert.

Aufzeichnungen und Mitschnitte dagegen fallen je nach Angebot unter die Privatkopierschranke des § 53 UrhG, soweit sie nicht von einer offensichtlich rechtswidrig erstellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlage herrühren. Hier gewinnt dann auch die Systemfrage, kino(x).to oder YouTube, an Bedeutung.

Der Fall kino.to zeigt deutlich, wie weit verbreitet die Nutzung von Streaming-Diensten ist und wie unbedarft sie erfolgt. Für die jüngere Generation stellt sie einen selbstverständlichen, bisweilen integralen Bestandteil ihres alltäglichen Mediennutzungsverhaltens dar, wohingegen die technischen wie rechtlichen Restriktionen den meisten nach wie vor fremd sind und bleiben. Für Unrechtsbewusstsein bleibt da wenig Raum. Mit der

technischen Komplexität der Sachverhalte steigen auch die Anforderungen an den Gesetzgeber, einen möglichst umfassenden Ausgleich zwischen den Schutzinteressen der Urheber und dem Recht der Nutzer auf kulturelle Teilhabe und Privatheit zu schaffen. Das geltende Urheberrecht ist zweifelsohne reformbedürftig. Ebenso unerlässlich ist es allerdings, dass auch wir Nutzer, als Teil dieses Prozesses, unsere (liebgewonnen) Nutzungsgewohnheiten kritisch hinterfragen.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

⁷⁵ Alternativ auch in den Räumen des Juristischen Seminars, aber in diesem Falle würde wohl kaum jemand auf den Gedanken verfallen, die Lektüre der dort vorhandenen Werke als Genuss zu bezeichnen.

⁷⁶ *Ihlenfeld*, golem.de vom 17.03.2013, Sim City – Maxis verteidigt Onlinezwang, ► <http://www.golem.de/news/sim-city-maxis-verteidigt-onlinezwang-1303-98225.html> [Stand: 31.03.2013].

Auf der Suche nach
besten Perspektiven?



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

Referendare (w/m)

in den Anwaltsstationen und der Wahlstation aus.

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

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

MENOLD BEZLER
RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt

Prof. Dr. Christian F. Majer*

Die Himalaya-Bergtour

Examensklausur Zivilrecht¹

Sachverhalt:

Der DAV Summit Club (S), eine Teilorganisation des Deutschen Alpenvereins, bietet regelmäßig Touren zu hohen Berggipfeln an. Im Frühsommer 2008 hatte S die Besteigung des Cho Oyu, mit 8.188 m der sechsthöchste Berg der Erde, im Himalaya an der Grenze zwischen Nepal und Tibet (chinesisches Staatsgebiet) auf dem Programm. Neben sieben weiteren Teilnehmern bucht A die Tour inklusive Hin- und Rückreise für 7.000 Euro. Geplant ist die Besteigung von der tibetischen Seite aus. Bei der Ankunft in der tibetischen Hauptstadt Lhasa werden die Tourteilnehmer vom chinesischen Militär überprüft; da T, einer der Tourteilnehmer, die tibetische Flagge als Aufnäher an verborgener Stelle auf einem seiner Gepäckstücke trägt, wird das Gepäck gründlich durchsucht; die Gruppe wird mehrere Tage in der tibetischen Hauptstadt Lhasa festgehalten und immer wieder verhört. Verspätet erfolgt dann der Aufbruch zum Basislager des Cho Oyu. Nach einigen Tagen Aufenthalt dort auf 5.700 m Höhe, welche zur Akklimatisierung, d. h. Anpas-

sung an die Höhe, notwendig waren, bricht die Gruppe zum Cho Oyu auf. Auf etwa 7.000 m Höhe erhält der Bergführer B, welcher die Tour leitet, über Funk die Nachricht, dass für die nächsten Tage heftige Stürme angekündigt sind. Er beschließt umzukehren. A protestiert energisch, da er nach zwei gescheiterten Versuchen endlich einen „Achttausender“ besteigen wollte und mit einem Erfolgserlebnis zurückkehren wollte. B jedoch bleibt hart, die Gruppe macht sich also auf den Rückweg. Kurz vor Erreichen des Basislagers, in Gelände, das ein Anseilen nicht erforderlich macht, wird die Gruppe doch noch von einem Schneesturm erwischt. Tourteilnehmer C, welcher der letzte der Gruppe ist, verschwindet plötzlich im Schneetreiben. A, welcher unmittelbar vor ihm geht, registriert sein Verschwinden, unternimmt jedoch nichts, da er selbst Angst um sein Leben hat. Eine Benachrichtigung des B kommt wegen des Sturms nicht in Betracht. C wird später erfroren aufgefunden; er hätte gerettet werden können, wenn er unmittelbar nach seinem Verschwinden gesucht worden wäre, was für A auch erkennbar war. Ob A den Tod oder gesundheitliche Schäden davongetragen hätte, wenn er C gesucht hätte, kann nicht geklärt werden. Das Reisegepäck der Gruppe, darunter auch Sachen im Eigentum des A, wurde durch Steinschlag, welcher durch den Sturm verursacht wurde, beschädigt.

Falls die Gruppe nicht in Lhasa aufgehalten worden wäre, hätte sie den Cho Oyu bestei-

* Der Verfasser ist Inhaber einer W2-Professur an der Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

¹ Die Klausur wurde im Examensklausurenkurs der Universität Konstanz im Sommersemester 2013 gestellt.

gen können und wäre auch auf dem Rückweg nicht in einen Schneesturm geraten.

Aufgabe 1:

Zurück in Deutschland verlangt A von S Schadensersatz, zudem möchte er einen Teil des Reisepreises zurück. E, welche die Alleinerbin von C ist, verlangt von S und A Ersatz der Kosten für die Suchaktion und für die Bergung des Leichnams sowie dessen Rücktransport.

1. Hat E Ansprüche gegen S und A?
2. Hat A Ansprüche gegen S?
3. Hat S Ansprüche gegen T?

Von der Anwendbarkeit deutschen Rechts ist jeweils auszugehen. Auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ist gegebenenfalls auch hilfs-gutachtlich einzugehen.

Aufgabe 2:

E erhebt am 10.07.2008 gegen S beim örtlich zuständigen AG Tübingen Klage auf Zahlung von 4.000 Euro. Die Klage wird durch Nachlässigkeit des Gerichts noch nicht zugestellt. Am 30.08.2008 erhält E einen Scheck von S i. H. v. 500 Euro; auf dem Begleitbrief wird von S ausgeführt, mit Einlösung des Schecks seien alle Ansprüche erledigt. E löst den Scheck am 03.09.2008 ein, will aber keineswegs auf die übrigen 3.500 Euro verzichten. Am 05.09.2008 wird die Klage dem S zuge-

stellt. E bittet Rechtsanwalt R um Auskunft, was jetzt zu unternehmen sei.

Erstatten Sie die von R zu erteilende Auskunft!

Vom Bestehen einer Forderung des E i. H. v. 4.000 Euro ist bei Aufgabe 2 auszugehen.

Gliederung:

Aufgabe 1:

I. Ansprüche der E

1. Ansprüche der E gegen S

a) Vertragliche Ansprüche

b) Deliktische Ansprüche

2. Ansprüche der E gegen A

a) Vertragliche Ansprüche

b) Deliktische Ansprüche

3. Verhältnis der Schuldner

II. Ansprüche der A gegen S

1. Anspruch auf teilweise Rückzahlung des Reisepreises gemäß §§ 651d I, 638 III, IV, 346 I BGB

2. Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 651f I BGB

III. Ansprüche der S gegen T

Aufgabe 2

Lösung:

Aufgabe 1:

I. Ansprüche der E

1. Ansprüche der E gegen S

a) Vertragliche Ansprüche

Eigene vertragliche Beziehungen zwischen E und S bestehen nicht; jedoch ist E gemäß § 1922 BGB in die Rechte des C eingetreten und damit auch in seine reisevertraglichen Ansprüche. Hier kommt ein Schadensersatzanspruch aus § 651f I BGB in Betracht. Jedoch ist fraglich, ob diese übergangsfähig sind; Ansprüche, die ganz auf die Person des Erblassers zugeschnitten sind, sind nicht vererblich. Das gilt auch für weite Teile der reiserechtlichen Ansprüche wie etwa die Erbringung von Reiseleistungen am Urlaubsort. Grundsätzlich besteht aber auch die Pflicht des Reiseveranstalters, den Rücktransport des Reisenden zu besorgen. Diese Pflicht dürfte sich auch auf den Leichnam beziehen; es liegt im Interesse des Reisenden, dass nach seinem Tod während der Reise sein Leichnam an seinen Heimatort überführt wird. Dabei handelt es sich also um eine Pflicht, welche nicht als höchstpersönlich anzusehen ist (a. A. vertretbar). Es besteht also ein Anspruch des Erben auf Rücktransport des Leichnams; darin enthalten ist auch der Anspruch auf Bergung des Leichnams. Für die Suchaktion gilt, dass eine Pflicht zum Schutz des Reisenden vor Gefahren durch

Verirren in unwegsamem Gelände besteht; diese Pflicht kann nicht dadurch entfallen, dass sich im Nachhinein herausstellt, dass der Reisende bereits verschollen war.

Ein Anspruch auf Ersatz der Kosten für Suchaktion, Bergung und Rücktransport des Leichnams aus § 651f I i. V. m. § 1922 BGB besteht also.

b) Deliktische Ansprüche

Ein Anspruch aus § 823 I BGB besteht mangels Verschulden nicht. Insbesondere hat S keine Verkehrssicherungspflicht bei dem Geschehen im Schneesturm verletzt.

2. Ansprüche der E gegen A

a) Vertragliche Ansprüche

Vertragliche Ansprüche kommen mangels vertraglicher Beziehungen zwischen E bzw. C und A nicht in Betracht.

b) Deliktische Ansprüche

Ein Anspruch auf Ersatz der Kosten könnte sich aus §§ 823 I, 844 I i. V. m. § 1922 BGB ergeben.

aa) Das setzt zunächst die Verletzung eines gemäß § 823 I BGB geschützten Rechtsguts voraus. In Betracht kommt hier eine Verletzung des Lebens des C dadurch, dass A nicht umkehrte, um diesen zu suchen. Da der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf dem Unterlassen liegt, ist nur dann eine Verlet-

zung des Lebens gegeben, wenn eine Pflicht zum Handeln bestand. Eine solche kann resultieren aus einer Gefahrgemeinschaft wie einer Gruppe von Bergsteigern, die gemeinsam eine Bergtour unternimmt.² Hier waren A und C Mitglieder einer solchen Gruppe, eine Pflicht zum Eingreifen des A bestand also. Weiter ist erforderlich, dass sein Handeln den Tod abgewendet hätte. Hier hätte C überlebt, wenn man ihn unmittelbar nach seinem Verschwinden gesucht hätte. Die hypothetische Kausalität ist also auch zu bejahen.

bb) Möglicherweise war A jedoch gemäß § 34 StGB gerechtfertigt. Das setzt eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben voraus. Falls A sich durch ein Suchen des C an Leib oder Leben gefährdet hätte, wäre er gerechtfertigt.

Hier kann nicht aufgeklärt werden, ob eine Notstandslage vorlag. Maßgeblich ist also, wer die Beweislast für das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes trägt. Nach der (herrschenden) Lehre vom Erfolgsunrecht wird eine unerlaubte Handlung bei einem Eingriff in die in § 823 I BGB genannten Rechtsgüter indiziert; danach ist die Rechtfertigung eine Ausnahme, die nach allgemeinen Beweislastregeln (derjenige, der sich auf die Rechtsfolgen einer Norm beruft, trägt die Beweislast für die Voraussetzungen der betreffenden Norm) vom Schädiger zu beweisen ist.³ Der Nachweis einer Notstandslage kann hier nicht geführt werden. Es ist also davon auszugehen, dass A nicht gemäß § 34 StGB gerechtfertigt war. Abgesehen davon scheitert eine Rechtfertigung nach § 34 StGB an dem Rechtsgrundsatz, wonach das eigene Leben nicht ein anderes wesentlich überwiegen kann.

Fraglich ist, ob A schuldhaft handelte. Hier könnte A gemäß § 35 StGB entschuldigt sein. Eine gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben des A bestand möglicherweise; die Abwehr einer solchen Gefahr (hier durch das Weiterlaufen) wäre auch erforderlich gewesen. Allerdings kann ein Nachweis dieser Gefahr nicht geführt werden. Fraglich ist, wer hierfür die Beweislast trägt. Zwar sind Vorsatz und Fahrlässigkeit vom Gläubiger nachzuweisen; Entschuldigungsgründe sind jedoch nach allgemeinen Beweislastregeln von demjenigen zu beweisen, der sich darauf beruft,⁴ also hier von A. Ein Beweis des Vorliegens des Entschuldigungsgrunds gelingt nicht, von seinem Vorliegen kann also nicht ausgegangen werden.

cc) A konnte auch erkennen, dass die unterlassene Rückkehr zum Tod des C führte, er handelte also zumindest fahrlässig.

dd) Ersatzfähiger Schaden: Gemäß § 844 I BGB sind die Beerdigungskosten vom Schädiger zu tragen. Hier handelt es sich zwar

² Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 13 Rdnr. 24; Wagner, in: Münchner Kommentar zum BGB, 5. Aufl., § 823 Rdnr. 253.

³ So BGH, NJW-RR 2005, 172 (172) für die Einwilligung.

⁴ BGH, NJW 1999, 2895.

nicht um Beerdigungskosten i. e. S., aber es sind Aufwendungen, um die Beerdigung durchzuführen. Die Kosten sind damit ersatzfähig, soweit es um die Bergung und den Rücktransport geht.⁵ Auch die Suchaktion ist damit ersatzfähig, da sie die notwendige Voraussetzung der Bergung war.

ee) Ein Anspruch der E gegen A auf Ersatz der Kosten für die Suchaktion, die Bergung und den Rücktransport besteht also ebenfalls, §§ 823 I, 844 I i. V. m § 1922 BGB.

3. Verhältnis der Schuldner

Fraglich ist, ob E den Schaden nach Belieben in voller Höhe von beiden Schuldnern verlangen kann, von beiden nur einen Teil, oder ob sie einen der beiden vorrangig in Anspruch nehmen muss.

Eine volle Inanspruchnahme nach Belieben setzt voraus, dass es sich bei A und S um Gesamtschuldner handelt. § 840 betrifft seinem Wortlaut nach nur das Verhältnis mehrerer deliktischer Schädiger, wird jedoch von der überwiegenden Meinung auch dann angewandt, wenn einer der Schädiger auf vertraglicher Grundlage, der andere auf deliktischer haftet.⁶

⁵ RGZ 139, 393 (394); vgl. BGHZ 32, 72 (75) = NJW 1960, 910 (911); *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., § 844 Rdnr. 18; *Wenker*, VersR 1998, 557 (558 f.).

⁶ RGZ 77, 317 (323); 82, 436 (439); 84, 415 (430); 92, 401 (408); BGHZ 6, 3 (25) = NJW 1952, 1087 (1089); BGHZ 59, 97 (99 ff.) = NJW 1972, 1802 (1802 f.); *BGH*, NJW 1990, 2882 (2883f.); *Schiemann*, in: *Erman*, BGB, 12. Aufl., § 840 Rdnr. 3.

E kann also nach ihrer Wahl A oder S in Anspruch nehmen.

II. Ansprüche des A gegen S

1. Anspruch auf teilweise Rückzahlung des Reisepreises gemäß §§ 651d I, 638 III, IV, 346 I BGB

a) Zwischen A und S besteht ein Reisevertrag, da eine Gesamtheit von Reiseleistungen geschuldet wird, § 651a.

b) Fraglich ist jedoch, ob ein Reisemangel i. S. v. § 651c I BGB vorliegt.

Aa) Mehrtätiger Aufenthalt in Lhasa: Ein nicht eingeplanter, mehrtätiger Aufenthalt an einem Ort, der nur zur Durchreise vorgesehen war, kann grundsätzlich einen Reisemangel darstellen. Dass der Aufenthalt durch das chinesische Militär verursacht wurde, ist nicht relevant (vgl. §§ 651d I, 651c I BGB). Die Einstandspflicht erstreckt sich auch auf Dritte, die nicht dem Einflussbereich des Reiseveranstalters zugehörig sind.⁷ Nach dem heute herrschenden „weiten“ Mangelbegriff ist es auch nicht erforderlich, dass ein bestimmter Teil der Reise mangelhaft ist; geschuldet ist die Reise als Gesamtleistung.⁸

Bb) Nichterreichen des Gipfels: Fraglich ist, ob das Nichterreichen des Gipfels wegen der

⁷ *Tonner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 651c Rdnr. 3; *Sprau*, in: *Palandt*, BGB, 72. Aufl., § 651c Rdnr. 2.

⁸ Vgl. zum Ganzen *Tonner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 651c Rdnr. 4 m. w. N.

wetterbedingten Umkehr als Mangel angesehen werden kann. Das OLG Frankfurt a. M. hatte in einem ähnlichen Fall (Besteigung des Kilimandscharo) eine wetterbedingte Umkehr als Reisemangel angesehen, sofern nicht auf das Risiko der Unmöglichkeit der Besteigung durch schlechtes Wetter hingewiesen wurde.⁹ Der Fall dürfte hier jedoch nicht übertragbar sein; dass aufgrund der hohen Lebensgefahr bei einer Besteigung eines Achtausenders eine wetterbedingte Umkehr gegebenenfalls notwendig sein kann, bedarf keines gesonderten Hinweises, die Kenntnis dieses Umstandes kann von den Teilnehmern erwartet werden. Das Nichterreichen des Gipfels infolge der wetterbedingten Umkehr kann also nicht als Reisemangel bezeichnet werden.

cc) Schneesturm: Fraglich ist ferner, ob das Hineingeraten in den Schneesturm und die damit zusammenhängenden Ereignisse als Reisemangel gewertet werden können. Grundsätzlich wären Witterungseinflüsse vom weiten Mangelbegriff umfasst; die Grenze findet die Einstandspflicht des Reiseveranstalters jedoch in Umständen, die von jedermann hingenommen werden müssen („allgemeines Lebensrisiko“).¹⁰

dd) Die Reise war also wegen des mehrtägigen Aufenthalts in Lhasa als mangelhaft anzusehen. Damit besteht auch grundsätzlich

das Minderungsrecht. Gemäß § 651d II BGB ist eine Minderung allerdings ausgeschlossen, wenn der Reisende es schuldhaft unterlässt, den Mangel anzuzeigen. Eine Anzeige des Mangels ist während des Aufenthalts nicht erfolgt. Allerdings ist eine Anzeige entbehrlich, wenn der Veranstalter den Mangel kennt oder eine Abhilfe nicht möglich ist.¹¹ Hier kannte der Reiseleiter den Mangel, eine Abhilfe war zudem nicht möglich; die Anzeige gemäß § 651d II BGB war also entbehrlich.

c) A kann also die Rückzahlung eines Teils des Reisepreises zurückverlangen, §§ 651d, 638 III, IV, 346 I BGB.

2. Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 651f I BGB

Möglicherweise hat A gegen S darüber hinaus einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 651f I. Als ersatzfähiger Schaden kommt das beschädigte Gepäck und, sofern man einen Anspruch der E gegen A bejaht (s. o.), die Belastung mit dieser Verbindlichkeit in Betracht.

a) Ein Mangel der Reise liegt vor (s. o.).

b) Fraglich ist, ob dieser auf einem Umstand beruht, den S zu vertreten hatte. Dass S Kenntnis vom Vorhandensein des Aufnehmers mit der tibetischen Flagge hatte, kann nicht angenommen werden. Die Unkenntnis be-

⁹ OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2002, 272.

¹⁰ Tonner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 651c Rdnr. 16; Sprau, in: Palandt, BGB, 72. Aufl., § 651c Rdnr. 2.

¹¹ Tonner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 651d Rdnr. 12; Sprau, in: Palandt, BGB, 72. Aufl., § 651d Rdnr. 4.

ruht auch nicht auf Fahrlässigkeit, da eine Pflicht des Reiseveranstalters, das Gepäck der Reisetilnehmer zu durchsuchen bzw. genau zu inspizieren, nicht angenommen werden kann.

Eine Zurechnung der Handlungen des chinesischen Militärs scheidet aus. Aber auch eine Zurechnung des Verschuldens des T kommt nicht Betracht; Mitreisende können nicht als Erfüllungsgehilfe des Reiseveranstalters angesehen werden, weil sich dieser ihrer nicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient.

Ein Vertretenmüssen i. S. d. § 651f I BGB liegt also nicht vor.

Hilfsgutachten:

c) Ersatzfähigkeit der Schäden: Unterstellt, der Mangel wäre von S zu vertreten, ist nun zu prüfen, ob die Schäden auch ersatzfähig sind. Das setzt zunächst voraus, dass sie durch den Mangel adäquat kausal verursacht wurden. Im naturwissenschaftlichen Sinn war der Aufenthalt in Lhasa kausal für die Beschädigung des Gepäcks: Wäre die Gruppe planmäßig vorangekommen, wäre sie nicht in den Schneesturm geraten, welcher zur Beschädigung des Gepäcks geführt hat. Jedoch muss der Schaden auch vom Schutzzweck der Norm umfasst sein. Das ist nicht der Fall, wenn sich in der Schädigung nur das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht.¹² Schäden,

die aufgrund ungünstigen Wetters eintreten, stellen sich als Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos dar¹³ und sind daher nicht vom Schutzzweck der Norm umfasst.

Die durch den Schneesturm hervorgerufenen Schäden sind also nicht ersatzfähig.

d) Es besteht also kein Anspruch auf Schadensersatz aus § 651f BGB.

III. Ansprüche der S gegen T

Fraglich ist, ob S gegen T einen vertraglichen Anspruch auf Schadensersatz wegen des Zwischenaufenthaltes in Lhasa hat.

Als Grundlage für einen Schadensersatzanspruch kommt hier § 280 I BGB in Betracht. Den Reisenden trifft neben seiner Hauptleistungspflicht zur Bezahlung des vereinbarten Reisepreises auch die Pflicht, Handlungen zu unterlassen, die den Ablauf der Reise stören. Hier könnte das Mitführen eines Gepäckstücks, auf dem eine Tibet-Flagge aufgenäht ist, als eine solche Handlung gesehen werden. Dagegen spricht jedoch, dass das Tragen des Aufnehmers generell unbedenklich ist und somit ansonsten von T verlangt werden müsste, die Tasche zuhause zu lassen. Außerdem ist das Tragen eines derartigen Aufnehmers eine politische Bekundung, welche von der Meinungsfreiheit geschützt ist. Andererseits könnte man auch von den Teilnehmern eine Rücksicht auf die Machtverhältnisse im

¹² *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB, 72. Aufl., Vorb. v. § 249 Rdnr. 29 f.; *Schubert*, in: BeckOK-BGB, § 249 Rdnr. 50.

¹³ *LG Frankfurt*, NJW-RR 1987, 495; *Geib*, in: BeckOK-BGB, § 651c Rdnr. 16.

Ausland erwarten, die politische Brisanz ist ja bekannt. Das Tragen der Tasche kann daher nicht als Pflichtverletzung gewertet werden (a. A. vertretbar).

Aufgabe 2:

Fraglich ist, ob die Klage weiterverfolgt werden kann bzw. welche Folgen eine teilweise Klagabweisung hätte.

Negative Folge könnte hier das Kostenrisiko sein. Es fragt sich hier aber, ob überhaupt ein Kostenrisiko besteht. Im vorliegenden Fall ist es möglich, dass die Klage i. H. v. 500 Euro (1/8 der Gesamtsumme) abgewiesen wird und E nur teilweise obsiegt. Gemäß § 92 I 1 ZPO werden die Kosten bei teilweisem Obsiegen verhältnismäßig geteilt. Demnach ist ein Kostenrisiko gegeben. Jedoch kann gemäß § 92 II Nr. 1 ZPO eine vollständige Kostentragung angeordnet werden, wenn die Zuvielforderung weniger als 10 Prozent beträgt,¹⁴ was hier aber nicht der Fall ist. Eine Entscheidung nach § 92 II Nr. 1 ZPO ist also nach h. M. nicht möglich.

Der Erfolg der Klage hängt davon ab, ob der Anspruch durch Annahme des Schecks untergegangen ist.

Ein vollständiger Anspruchsuntergang kann nur dann angenommen werden, wenn im Einlösen des Schecks i. H. v. 500 Euro ein Er-

lass bezüglich des Anspruchsrestes angenommen werden kann, wie es in dem Begleitschreiben ja auch intendiert ist („Erlassefall“). Jedoch bestimmt sich die Auslegung einer Willenserklärung nicht nach dem Parteiwillen, sondern gemäß §§ 133, 157 BGB nach dem objektiven Empfängerhorizont. Es ist also zu fragen, ob ein objektiver Betrachter die Einlösung des Schecks als Erlass des Restes verstehen durfte. Bei einer Summe, die lediglich 1/8 der Gesamtforderung enthält, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Einlösende auf den Rest verzichten wollte; das Einlösen des Schecks ist also nicht als Erlass gemäß § 397 I BGB bezüglich des Restes anzusehen. Im Übrigen ist ohnehin zweifelhaft, ob bei Handlungen, bei denen – wie hier – auf den Zugang verzichtet wurde (§ 151 BGB), nicht auf den inneren Willen abzustellen ist.

Fraglich ist, ob der Anspruch in voller Höhe weiterverfolgt werden kann. I. H. v. 500 Euro ist er ja durch Erfüllung erloschen, kann also nicht mehr weiterverfolgt werden.

In Betracht kommt zur Vermeidung einer teilweisen Abweisung der Klage mit negativer Kostenfolge eine einseitige Erledigterklärung; dabei handelt es sich um eine Änderung der Klage in eine Feststellungsklage, die gemäß § 264 Nr. 2 ZPO als zulässig anzusehen ist.¹⁵

¹⁴ Herget, in: Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 92 Rdnr. 10; Hüßtege, in: Thomas/Putzo, ZPO, 32. Aufl., § 92 Rdnr. 8.

¹⁵ Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 91a Rdnr. 34; Hüßtege, in: Thomas/Putzo, ZPO, 32. Aufl., § 91a Rdnr. 32.

Das setzt voraus, dass die Klage ursprünglich zulässig und begründet war und durch ein erledigendes Ereignis nach Rechtshängigkeit unzulässig oder unbegründet wurde. Die Klage wurde durch Hingabe und Annahme des Schecks i. H. v. 500 Euro unbegründet, fraglich ist aber, ob dies nach Rechtshängigkeit erfolgte.

Rechtshängigkeit tritt mit Zustellung der Klage ein, § 261 I ZPO. Hier wurde die Klage erst nach Einlösung des Schecks und damit nach Eintritt des erledigenden Ereignisses zugestellt. Der E könnte jedoch die Rückwirkung des § 167 I ZPO zugute kommen. Danach wird die Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Klagerhebung vorgenommen, wenn die Zustellung „demnächst“ erfolgt. Das gilt allerdings nach dem eindeutigen Wortlaut nur dann, wenn durch die Zustellung eine Frist gewahrt werden soll oder die Verjährung neu beginnen oder gehemmt werden soll. Das ist hier nicht der Fall, eine Rückwirkung nach § 167 I ZPO kann also nicht eintreten.

Eine einseitige Erledigterklärung kommt also nicht in Betracht.

E könnte jedoch die Klage i. H. v. 500 Euro zurücknehmen. Zwar trägt grundsätzlich derjenige das Kostenrisiko, der die Klage zurücknimmt, § 269 II 2 ZPO. Bei Erledigung zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit kann aber gemäß § 269 III 3 ZPO nach billigem Ermessen über die Kosten entschie-

den werden. Die Erledigung durch das Einlösen des Schecks ist hier zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit eingetreten, eine abweichende Kostenentscheidung ist also möglich.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Dr. Eva Feldmann*

Rücktritt vom Vertrag beim mangelhaften Auto

Anfängerklausur Zivilrecht¹

Sachverhalt:

Der private Käufer K erwarb am 17.09.2010 von dem gewerblichen Verkäufer V ein Neufahrzeug der Marke XY zu einem Kaufpreis in Höhe von 13.140 Euro. Das Fahrzeug wurde ihm auch an demselben Tag übergeben. In der Folgezeit bemängelte K gegenüber V mehrfach ein klackendes Motorgeräusch, das manchmal beim Schalten auftrat. V erhielt den Pkw mehrfach, um das bemängelte Problem zu beheben. Beim zweiten Mal wurde eine Antriebswelle ausgetauscht. K musste jedoch feststellen, dass das Motorgeräusch nach wie vor zu hören war.

Mit Schreiben vom 28.10.2010 forderte K dann V unter Fristsetzung bis zum 02.11.2010

* Die Verfasserin ist Rechtsanwältin der Kanzlei Feldmann Rechtsanwälte in Dortmund, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht und Zivilprozessrecht (Prof. Dr. Barbara Völzmann-Stickelbrock) der FernUniversität Hagen und Lehrbeauftragte an der BiTS Iserlohn und der FH Südwestfalen.

¹ Der Übungsfall ist anhand einer Entscheidung des OLG Saarbrücken (Urteil vom 20.03.2013, -1 U 38/12-11, BeckRS 2013, 06070) konzipiert worden. Er zeigt das Gewährleistungssystem im Kaufrecht sowie die Anforderungen an die Mangelhaftigkeit der Kaufsache auf. Bearbeitungszeit: zwei Stunden. Zugelassene Hilfsmittel: unkommentierte Gesetzestexte.

auf, den Fahrzeugmangel zu beheben und das Fahrzeug an ihn wieder herauszugeben. Die Herausgabe erfolgte, ohne dass das Geräusch behoben war.

Nach Ablauf der Frist möchte K nun von dem Vertrag zurücktreten. V ist hiermit nicht einverstanden. Er meint, dass zum einen das bemängelte Geräusch bei allen Fahrzeugen dieser Fahrzeugserie auftritt, und zum anderen, dass das bemängelte Geräusch in keinem Verhältnis zu einem Rücktritt stehe. Immerhin sei, was zutrifft, weder die Fahrsicherheit noch der Komfort beeinträchtigt. Auch ein merkantiler Minderwert sei nicht festzustellen.

Kann K vom Vertrag mit V zurücktreten?

Lösungsvorschlag:

A. Anspruch des K gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 13.140 Euro Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs gemäß §§ 437 Nr. 2, 434, 440, 323, 346 ff. BGB haben.

Das setzt voraus, dass zwischen den Parteien ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen wurde, die Kaufsache mangelhaft und K zum Rücktritt berechtigt ist.

I. Wirksamer Kaufvertrag

Zunächst müsste zwischen K und V ein wirksamer Kaufvertrag gemäß § 433 BGB geschlossen worden sein. Ein Kaufvertrag im Sinne des § 433 BGB ist ein schuldrechtlicher Vertrag, in dem sich der Verkäufer zur Veräußerung eines Vermögensgegenstands und der Käufer zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises verpflichtet.²

Hier erwarb K von V am 17.09.2010 von dem Beklagten B ein Neufahrzeug der Marke XY zu einem Kaufpreis in Höhe von 13.140 Euro. Somit ist ein wirksamer Kaufvertrag gemäß § 433 BGB zwischen K und V geschlossen worden.

II. Sachmangel

Die Kaufsache müsste gemäß § 434 BGB mit einem Sachmangel behaftet sein.

Das Vorhandensein eines Sachmangels bedeutet, dass der Istzustand der Kaufsache von ihrem Sollzustand negativ abweicht. Zu unterscheiden ist zwischen dem Fehlen einer vereinbarten Beschaffenheit (§ 434 I 1 BGB) und der Eignung zu der vertraglich vorausgesetzten Verwendung (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB). Dem gleich steht die fehlende Tauglichkeit zur gewöhnlichen Verwendung (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB) unter Einschluss der durch Werbeaussagen oder sonstige Äußerungen des

Herstellers und anderer Personen geweckten Erwartungen.³

1. Vereinbarung einer Beschaffenheit

Die Beschaffenheit ist die einer Sache unmittelbar anhängende Eigenschaft z. B. hinsichtlich ihrer Größe, Gewicht, Material, Nutzbarkeit, Haltbarkeit und sonstiger Qualität.⁴ Das Fehlen von Geräuschen beim Schaltvorgang ist daher eine Beschaffenheit im Sinne des § 434 I BGB.

Zusätzlich muss die Beschaffenheit von den Parteien vertraglich explizit vereinbart worden sein. Hier fehlen jedoch Anhaltspunkte für eine solche konkrete vertragliche Vereinbarung der Beschaffenheit.

Somit liegt keine Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 434 I 1 BGB vor.

2. Vertraglich vorausgesetzte Verwendung

Das Vorliegen einer vertraglich vorausgesetzten Verwendung gemäß § 434 I 2 Nr. 1 BGB kommt dann in Betracht, wenn keine vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt. Eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung bedeutet, dass eine Vereinbarung zwischen den Parteien hinsichtlich der Verwendung nicht getroffen wurde, für den Verkäufer jedoch aufgrund sonstiger Umstände er-

² Jauernig/Berger, BGB, 14. Aufl. 2011, § 433 Rn. 1.

³ Münchener Kommentar/Westermann, BGB, 6. Aufl. 2012, § 434 Rn. 6.

⁴ Schulze/Ebers, Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 462.

kennbar ist, von welchen Verwendungsmöglichkeiten der Käufer bei Vertragsschluss ausging und welche er damit voraussetzte.⁵

Hier ist auch nicht ersichtlich, dass K bei Vertragsschluss von einer bestimmten Verwendungsmöglichkeit außerhalb des üblichen Fahrens ausging. Es ist auch nicht ersichtlich, dass sich die Parteien bei Vertragsschluss überhaupt irgendwelche Gedanken zu möglichen Kupplungsgeräuschen gemacht haben.

Somit liegt keine vertraglich vorausgesetzte Verwendung gemäß § 434 I 2 Nr. 1 BGB vor.

3. Gewöhnliche Verwendung

Das Fahrzeug könnte sich aber nicht zur gewöhnlichen Verwendung gemäß § 434 I 2 Nr. 2 BGB eignen. Unter gewöhnlicher Verwendung versteht man eine Beschaffenheit, die bei Sachen der gleichen Art und Güte üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Das bedeutet, dass die Kaufsache nach allgemeinen Vorstellungen verwendbar sein muss.⁶

Fraglich ist, ob hier das Fahrzeug aufgrund der Geräuschentwicklung beim Schaltvorgang nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei einem Neufahrzeug üblich ist und die der Käufer erwarten kann.

Welche Beschaffenheit üblich ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, wie beispielsweise dem Alter und der Laufleistung des Fahrzeugs, der Anzahl der Vorbesitzer und der Art der Vorbenutzung. Für das, was der Käufer erwarten darf, kann auch der vereinbarte Kaufpreis von Bedeutung sein.⁷

Für die Sollbeschaffenheit gemäß § 434 I 2 Nr. 2 BGB kommt es dabei weder auf die konkret vorhandene Vorstellung des jeweiligen Käufers noch auf seinen durchschnittlichen technischen Informationsstand, sondern allein darauf an, welche Beschaffenheit der Käufer „nach der Art der Sache“ erwarten kann. Maßstab ist danach die objektiv berechnete Käufererwartung, die sich in Ermangelung abweichender Anhaltspunkte an der üblichen Beschaffenheit gleichartiger Sachen orientiert. Dagegen ist nicht entscheidend, welche Beschaffenheit der Käufer tatsächlich erwartet und wie er auf eine hiervon abweichende Beschaffenheit reagiert.⁸

Hier ist an dem Fahrzeug ein klackendes Motorgeräusch vorhanden, das beim Schalten auftritt. Es ergeben sich keine Anhaltspunkte, wonach dieses Geräusch bei bauartähnlichen Fahrzeugen anderer Fabrikate ebenfalls auftritt. Fraglich ist aber, ob sich dadurch, dass, wie V meint, das bemängelte Geräusch bei allen Fahrzeugen des gleichen Typs auftritt, etwas anderes ergibt.

⁵ Dauner-Lieb/Langen/Büdenbender, BGB, Band 2, 2. Aufl. 2012, § 434 Rn. 21.

⁶ Schade, Wirtschaftsprivatrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 292.

⁷ BGH, NJW 2008, 53, 54.

⁸ BGH, NJW 2009, 2807, 2808; NJW 2009, 2056, 2057.

Bei Serien- oder Konstruktionsfehlern kann bei der Beurteilung der Frage der Mangelhaftigkeit im Sinne von § 434 I 2 Nr. 2 BGB als Vergleichsmaßstab nicht allein auf Fahrzeuge des gleichen Typs abgestellt werden. Es ist vielmehr ein herstellerübergreifender Vergleich anzustellen. Maßstab ist das Niveau, das nach Typ, Alter und Laufleistung vergleichbare Fahrzeuge anderer Hersteller erreichen und das der Markterwartung entspricht.⁹

Wie bereits ausgeführt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass diese Geräusche auch bei ähnlichen Fahrzeugen anderer Fabrikate auftreten. Damit ist die Geräuschbildung gegebenenfalls Stand der konkreten Fahrzeugserie, nicht jedoch Stand der Technik. Der Käufer eines Neufahrzeugs der vorliegenden Art kann jedoch erwarten, dass im Zuge des Schaltvorgangs keine anomalen Geräusche auftreten.

Somit liegt in dem Motorgeräusch ein Abweichen des Istzustandes von dem gewöhnlichen Sollzustand. Zu berücksichtigen ist, dass K ein Neufahrzeug erworben hat. Bei einem Neufahrzeug kann der Käufer erwarten, dass beim Schaltvorgang keine anomalen, d. h. nicht durch den Fahrbetrieb hervorgerufene bzw. bedingte Geräusche wahrnehmbar sind.

Daher liegt ein Mangel gemäß § 434 I 2 Nr. 2 BGB vor.

⁹ OLG Düsseldorf, NJW-RR 2008, 1230.

III. Zur Zeit des Gefahrübergangs

Der Mangel müsste auch zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen haben. Gemäß § 446 S. 1 BGB geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung mit der Übergabe der verkauften Sache auf den Käufer über. Unter dem Begriff der Übergabe versteht das Gesetz die Übertragung des unmittelbaren Besitzes auf den Käufer.¹⁰

Hier erwarb K das Fahrzeug am 17.09.2010. Das Fahrzeug wurde ihm auch an demselben Tag übergeben. K rügte dann in dem folgenden Monat mehrfach den Mangel. Zum einen liegt hier, wie gesehen, ein Konstruktionsfehler der gesamten Fahrzeugserie vor, so dass ein solcher Mangel dem Fahrzeug von Anfang an innewohnte.

Zum anderen könnte auch die Vermutung des § 476 BGB greifen. Gemäß § 476 BGB wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn sich bei einem Gebrauchsgüterkauf innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel zeigt.

Hierfür müsste zunächst ein Verbrauchsgüterkauf gemäß § 474 I 1 BGB vorliegen. Ein Verbrauchsgüterkauf setzt danach voraus, dass ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft. Ein Verbraucher ist gemäß § 13 BGB jede natürliche

¹⁰ Bamberger/Roth/Faust, Beck'scher Online-Kommentar BGB, Edition 26, § 446 Rn. 6.

Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Ein Unternehmer hingegen ist gemäß § 14 I BGB eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

Hier ist K privater Käufer und V gewerblicher Verkäufer. Ein Fahrzeug ist auch eine bewegliche Sache gemäß § 90 BGB. Damit liegt ein Gebrauchsgüterkauf gemäß § 474 I 1 BGB vor. Der Sachmangel des Motorgeräusches zeigte sich auch innerhalb des ersten Monats nach der Übergabe, so dass hier gemäß § 476 BGB vermutet wird, dass das Fahrzeug bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war.

IV. Nachfristsetzung und erfolgloser Ablauf der Nachfrist

Des Weiteren müsste K dem V gemäß § 323 I BGB eine Nachfrist zur Mängelbeseitigung gesetzt haben, welche erfolglos abgelaufen ist. Unter einer Fristsetzung versteht man die Aufforderung zur Bewirkung der Leistung binnen einer hinreichend bestimmten Frist.¹¹

Hier hat K dem V mit Schreiben vom 28.10.2010 eine Frist bis zum 02.11.2010 gesetzt. Fraglich ist, ob diese Frist angemessen war. Die gesetzte Nachfrist muss so lang sein, dass der Schuldner die Leistung tatsächlich

erbringen kann. Allerdings muss sie es dem Schuldner, der noch nichts zur Erbringung der Leistung unternommen hat, nicht ermöglichen, mit der Leistungserbringung erst zu beginnen. Im Rahmen der Sachmangelhaftung soll die Frist ausreichend lang bemessen sein, um dem Schuldner eine faire Chance zur Nacherfüllung zu geben. Damit wird die Länge der Frist auch insoweit von den Umständen des Einzelfalls, der Eigenart des geschuldeten Produkts, der Vertriebsstruktur des Schuldners etc. abhängen.¹² Bedenklich ist hier, dass V unter Berücksichtigung des Feiertages am 01.11.2010 nur ca. drei Tage zur Nacherfüllung zur Verfügung hatte. Allerdings ist ebenso zu berücksichtigen, dass sich das Fahrzeug bereits bei ihm in der Werkstatt befand und ihm der gerügte Mangel bereits seit geraumer Zeit bekannt war.

Somit hat der K eine angemessene Nachfrist im Sinne des § 323 I BGB gesetzt.

Hinweis:

Soweit man hier die Angemessenheit der Nachfristsetzung ablehnt, könnte man auch eine Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung gemäß § 326 V BGB prüfen. Hiernach ist eine Fristsetzung entbehrlich, soweit die Nacherfüllung unmöglich ist. Das bedeutet, dass sowohl die Nachbesserung als auch die Neulieferung unmöglich im Sinne des § 275 I-III BGB sein muss.¹³

¹² BGH, NJW 1985, 855, 857.

¹³ Bamberger/Roth/Faust, Beck'scher Online-Kommentar BGB, Edition 26, § 440 Rn. 11.

¹¹ Jauernig/Stadler, BGB, 14. Aufl. 2011, § 323 Rn. 8.

Hier liegt ein Konstruktionsfehler vor, so dass weder eine Reparatur noch die Neulieferung eines Fahrzeugs desselben Fabrikats den Mangel behoben hätten.

Somit ist eine Nachfristsetzung gemäß §§ 440, 326 V BGB entbehrlich.

V. Kein Ausschluss des Rücktritts wegen unerheblicher Pflichtverletzung

Schließlich dürfte der Rücktritt auch nicht gemäß § 323 V 2 BGB wegen einer unerheblichen Pflichtverletzung des V ausgeschlossen sein. Nach § 323 V 2 BGB kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.

Problematisch ist daher, ob das auftretende Motorgeräusch beim Schaltvorgang unerheblich ist. Unerheblich ist die Pflichtverletzung, wenn durch sie das Leistungsinteresse des Gläubigers unter Berücksichtigung einer umfassenden Interessenabwägung wie dem Beseitigungsaufwand und seiner Beeinträchtigungen nicht spürbar gestört wird.¹⁴ Für die Feststellung ist der Zeitpunkt der Rücktrittserklärung maßgeblich.¹⁵ Auch richtet sich die Frage der Erheblichkeit eines Mangels sich nicht danach, ob der Mangel mit geringem Aufwand beseitigt werden kann, so dass auch nicht behebbare Mängel dann unerheblich sein können, wenn sie nur zu einer geringfügigen Beeinträchtigung der Sache und zu einer Einschränkung der Gebrauchstauglich-

keit unterhalb der Wesentlichkeitsgrenze führen.¹⁶

Ist der Mangel behebbar, ist der Rücktritt gemäß § 323 V 2 BGB mithin dann ausgeschlossen, wenn die Kosten seiner Beseitigung im Verhältnis zum Kaufpreis geringfügig sind. Liegt dagegen ein unbehebbarer Mangel oder ein solcher vor, der nur mit hohen Kosten behebbar ist, kommt es für die Frage der Erheblichkeit der Pflichtverletzung auf das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung an.

Hier ist der Mangel nicht behebbar. Es handelt sich um einen Konstruktionsfehler der gesamten Fahrzeugserie. Damit ist für die Frage der Erheblichkeit im Sinne von § 323 V 2 BGB auf das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung abzustellen. Hierfür ist auch maßgeblich, ob die Gebrauchstauglichkeit eingeschränkt ist.¹⁷ Für die Frage der Gebrauchstauglichkeit spielt neben der Einsatzfähigkeit und der Fahrsicherheit auch der Fahrkomfort eine Rolle, wobei ein bloßer Komfortmangel in der Regel weniger stark ins Gewicht fällt.¹⁸

Weiterhin ist im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung auch entscheidend, ob der Mangel zu einem merkantilen Minderwert des Fahrzeugs führt.¹⁹ Dieser Umstand ist nicht nur dann von Bedeutung, wenn es aufgrund der Art des Mangels – im entschiedenen Fall die

¹⁴ Vgl. BT-Drucks. 14/6040, 187.

¹⁵ BGH, NJW 2009, 508.

¹⁶ OLG Düsseldorf, NJW 2005, 2236.

¹⁷ BGH, NJW 2009 508, 509.

¹⁸ Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl. 2012, Rn. 1036, 1039.

¹⁹ BGH, NJW 2008, 1517, 1519.

Eigenschaft als Unfallfahrzeug – ausgeschlossen ist, dass sich dieser Mangel in einer Beeinträchtigung der Gebrauchs- oder Funktionsfähigkeit niederschlägt, sondern ist alternativ zu prüfen.²⁰

Im vorliegenden Fall verweist V darauf, dass weder Sicherheit noch Komfort durch das Geräusch beeinträchtigt seien. Dies entspricht auch der Wahrheit. K kann hier das Fahrzeug jederzeit benutzen, ohne dass eine durch das spezielle Geräusch entstehende Gefahr entstände. Auch tritt das Geräusch nicht bei jedem Schaltvorgang auf. Weiterhin fehlt es an einer merkantilen Wertminderung des Fahrzeugs.

Damit ist von einer nur geringfügigen Beeinträchtigung auszugehen, die zu einer Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit unterhalb der Wesentlichkeitsgrenze führt.²¹

Somit ist der Rücktritt gemäß § 323 V 2 BGB ausgeschlossen.

B. Ergebnis

K hat gegen V keinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 13.140 Euro Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs gemäß §§ 437 Nr. 2, 434, 440, 323, 346 ff. BGB.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

²⁰ Vgl. *Reinking/Eggert*, Der Autokauf, 11. Aufl. 2012, Rn. 3516.

²¹ Anmerkung: andere Ansicht vertretbar.

Prof. Dr. Volker Haas*

Bau einer Stadthalle

Hausarbeit Strafrecht für Fortgeschrittene¹

Die in dem schönen Baden-Württemberg liegende Gemeinde G glaubt, sich trotz erheblicher Schulden eine neue Stadthalle leisten zu müssen. Den Zuschlag für den Bau zum Preis von 7.000.000 Euro erhält aufgrund eines förmlichen Ausschreibungsverfahrens das durch Vorstandsmitglied V im Rahmen seiner satzungsmäßigen Einzelermächtigung abgegebene Angebot des Unternehmens „Stabilitas Bau AG“. Zuvor hatte Vorstandsmitglied V unter klarem Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht (§ 1 GWB) mit den Vertretern der Mitbewerber vereinbart, dass sein Unternehmen das niedrigste Angebot einreicht, während die anderen Unternehmen so genannte höhere „Schutzangebote“ abgeben sollen, was auch geschieht. Als „Abstandszahlung“ an die Konkurrenten wurde von den Beteiligten ein Betrag von insgesamt 300.000 Euro festgelegt. Es kommt jedoch aus nicht weiter aufklärbaren Gründen zu keiner Auszahlung der Beträge.

Nach Vertragsschluss sehen sich aufgrund der wirtschaftlich schwierigen Lage der „Sta-

bilitas Bau AG“ ihre fünf Vorstandsmitglieder genötigt zu erörtern, ob man nicht „in diskreter Weise“ die Stadthalle mit Beton einer „kostengünstigeren Güteklasse“ erstellen könne. Schließlich soll über den Vorschlag abgestimmt werden. Dabei bedarf es nach der Satzung der AG für die Entscheidung dieser Sachfrage der absoluten Mehrheit der Stimmen der Vorstandsmitglieder. Bei der Abstimmung plädieren zunächst vier Vorstandsmitglieder für die zur Diskussion gestellte Strategie. Anschließend votiert auch Vorstandsmitglied V für das vertragswidrige Vorgehen. Der einstimmige Beschluss des Vorstands wird umgesetzt und die Stadthalle ohne Wissen der Gemeinde teilweise mit Beton geringerer Qualität errichtet.

Nach Abschluss der Bauarbeiten erlangt Bürgermeister B durch einen glaubhaften und beweiskräftigen Hinweis Kenntnis von dem Preiskartell der Bewerber. Er setzt sich daher mit dem Prokuristen P der „Stabilitas Bau AG“, mit dem er bisher in der Regel das Geschäftliche besprochen hatte, in Kontakt, um anzufragen, welche „Lösungen“ für die Preisabsprache denkbar seien. Prokurist P versteht sofort, worauf Bürgermeister B hinaus will, und gibt diesem zu verstehen, „realistische Möglichkeiten ausloten zu wollen“. Wenige Zeit später meldet er sich wieder bei Bürgermeister B und erklärt, dass er „die Angelegenheit“ mit dem Vorstand beraten habe. Die „Stabilitas Bau AG“ werde sich bei kooperativem Verhalten in Form eines mehrwöchigen Segeltörns und tatkräftiger Wahlkampf-

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Heidelberg.

¹ Die Hausarbeit wurde in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht an der Universität Heidelberg gestellt.

hilfe erkenntlich zeigen. Bürgermeister B ist über diese Zusage hocherfreut und sichert seinerseits zu, „den unangenehmen Vorfall nicht überbewerten und daher auf sich beruhen lassen zu wollen“. Prokurist P geht freilich davon aus, dass die Zusage nicht eingehalten werden wird, weil er sein Vorgehen in Wirklichkeit nicht mit dem Vorstand abgestimmt hat. Lediglich Vorstandsmitglied V war heimlich von einem Mitarbeiter über die neue Lage und das beabsichtigte Vorgehen von Prokurist P vollständig unterrichtet worden. Vorstandsmitglied V hätte daher das „Kooperationsangebot“ von Prokurist P ohne weiteres verhindern können, verzichtete jedoch darauf, weil es auch in seinem Interesse liegt, dass das Preiskartell nicht aufgedeckt wird.

Wenig später, nach erfolgter Bauabnahme, weist Vorstandsmitglied V den Prokuristen P, der über die Verwendung des minderwertigen Betons nicht informiert ist, an, der Gemeinde G die Schlussrechnung zu schicken und diese zur Zahlung des gesamten vereinbarten Angebotspreises in Höhe von 7.000.000 Euro aufzufordern. Sachbearbeiter S der Gemeinde G, der für die Rechnungsprüfung und Zahlung zuständig ist, weiß weder etwas von der Preisabsprache noch etwas von der vertragswidrigen Verwendung des Betons geringerer Güte. Er überweist daher den vereinbarten Angebotspreis in der Vorstellung, dass die „Stabilitas Bau AG“ der Leistungsbeschreibung entsprechend erfüllt hat. Tatsächlich jedoch ist aufgrund der vor-

schriftswidrigen Verwendung des minderwertigen Betons die Statik der Stadthalle erheblich gestört. Als während des nächsten Winters eine außergewöhnlich große Menge feuchten Schnees fällt, kann der Beton die Dachkonstruktion nicht mehr halten. Nur einem glücklichen Zufall ist es zu verdanken, dass sich zum Zeitpunkt des Einsturzes lediglich der Hausmeister H in dem Gebäude befindet, der durch einen herabfallenden Balken erheblich verletzt wird, Gott sei Dank aber mit dem Leben davonkommt. Mit einem Einsturz der Stadthalle hatte keiner der informierten Beteiligten gerechnet – insbesondere auch nicht Vorstandsmitglied V.

Wie haben sich V, P und B strafbar gemacht?

Bearbeitervermerk: Es sind nur Tatbestände des StGB zu prüfen. Die §§ 240, 253, 258, 258a, 298 f. und 319 StGB sind nicht zu erörtern. Es kann unterstellt werden, dass sich B wegen Bestechlichkeit und P wegen Bestechung strafbar gemacht hat. Die Preisordnung PR Nr. 1/72 über den Preis für Bauleistungen bei öffentlichen oder mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen vom 06.03.1972 ist zur Zeit der Ausschreibung nicht mehr in Kraft gewesen. Jedoch regelt der Vertrag zwischen der Gemeinde G und der „Stabilitas Bau AG“ in Übereinstimmung mit dem geltenden Vergaberecht, dass sich im Falle einer unzulässigen Beschränkung des Wettbewerbs durch eine Preisabsprache der Preis für die Bauleistung automatisch auf den Selbstkostenpreis ermäßigt, der vorab

verbindlich auf die Höhe von 6.000.000 Euro festgelegt wurde.

Lösungsskizze „Bau einer Stadthalle“²

1. Strafbarkeit des V nach § 263 I, III Nr. 2 StGB: Eingehungsbetrug in einem besonders schweren Fall zu Lasten der Gemeinde G durch den Abschluss des Vertrages aufgrund der Preisabsprache

1) Tatbestand

TB obj: V müsste zunächst falsche Tatsachen vorgespiegelt haben. Eine ausdrückliche Täuschung über Tatsachen ist nicht ersichtlich. Es könnte jedoch eine konkludente Täuschung vorliegen. Nach Auffassung der Rechtsprechung enthält sowohl bei einer öffentlichen Ausschreibung als auch bei einer freihändigen Vergabe mit Angebotsanfragen durch öffentliche oder private Auftraggeber an zumindest zwei Unternehmen die Angebotsabgabe vor dem gesetzlichen Hintergrund des § 1 GWB regelmäßig die konkludente Erklärung, dass dieses Angebot ohne vorherige Preisabsprache zwischen den Bietern zustande gekommen ist. Die Abgabe voneinander abweichender Angebote erwecke regelmäßig den Eindruck, dass jeder Unternehmer selbständig und unabhängig von dem anderen kalkuliert habe.³ Dieser Stand-

punkt ist auch in der Literatur anerkannt.⁴ Eine Preisabsprache ist ein Vorgang der Vergangenheit, der des Beweises fähig ist, und somit eine Tatsache. Der erforderliche Tatsachenbezug der konkludenten Erklärung ist somit zu bejahen und das Merkmal der Täuschung erfüllt. Des Weiteren müsste sich der Auftraggeber infolge der Täuschung geirrt haben. Bei lebensnaher Auslegung des Sachverhalts ist davon auszugehen, dass der Vertreter der Gemeinde G der Fehlvorstellung erlegen ist, dass dem Angebot der „Stabilitas Bau AG“ keine Absprache zugrunde lag. Ein Irrtum ist daher gegeben.⁵ Sodann bedarf es einer irrtumsbedingten Vermögensverfügung. Eine Vermögensverfügung ist nach ganz h. M. jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das zu einer unmittelbaren Vermögensminderung führt.⁶ Die Rechtsprechung konzipiert – worauf in der Literatur zutreffend hingewiesen wird⁷ – den Submissionsbetrug grundsätzlich als Eingehungsbetrug,⁸ so dass nur der Zuschlag bzw. der Vertragsschluss die Vermögensverfügung darstellen kann. Die unmittelbare Vermögensminderung ließe sich damit begründen, dass durch den Vertragsschluss das Vermögen des Auftraggebers mit der Verpflichtung zur Zah-

² Die Ansichten, die in der nachfolgenden Lösungsskizze zugrunde gelegt werden, entsprechen nicht notwendig der wissenschaftlichen Auffassung des Autors. Sie sind daher nicht zitierungsfähig!

³ BGHSt 16, 367, 371; 47, 83, 87; OLG Hamm, NJW 1958, 1151, 1152.

⁴ Cramer/Perron, in: Sch/Sch, 28. Auflage 2010, § 263, Rn. 16 f.; Geerds, DWiR 1992, 120, 121; Hoyer, in: SK, Band IV, Stand der Bearbeitung: Februar 2004, § 263, Rn. 248; Rönna, JuS 2002, 545; Satzger, Der Submissionsbetrug, 1994, S. 60.

⁵ So auch Geerds, DWiR 1992, 120, 121.

⁶ BGHSt 14, 170, 171.

⁷ Rönna, JuS 2002, 545, 546 f.

⁸ BGHSt 16, 367, 373; 47, 83, 88.

lung des Werklohns (in welcher Höhe auch immer) belastet wird.⁹

Fraglich ist jedoch, ob ein Vermögensschaden vorliegt. Voraussetzung wäre, dass der unmittelbare Vermögensnachteil nicht durch einen äquivalenten Vermögensvorteil ausgeglichen wird (Prinzip der Gesamtsaldierung). Dies wäre der Wert der versprochenen Gegenleistung, also der Wert des Anspruchs auf den Bau der Stadthalle. Grundsätzlich ist für den Wert einer Leistung der Markt- oder Wettbewerbspreis maßgeblich, der durch Angebot und Nachfrage entsteht. Ein derartiger Markt- oder Wettbewerbspreis existierte jedoch in Bezug auf den Bau der Stadthalle nicht, weil es sich um ein Unikat und keine standardisierte Ware gehandelt hat¹⁰ und der Wettbewerb durch die Abrede ausgeschaltet wurde. Ursprünglich wollte die Rechtsprechung im Sonderfall einer beschränkten Ausschreibung auf den angemessenen Preis unter Berücksichtigung von Zeitaufwand, Lohn- und Materialkosten sowie einer gewissen Gewinnmarge abstellen.¹¹ Dagegen spricht jedoch, dass es einen angemessenen Preis nicht gibt.¹² Nach Auffassung der neueren Rechtsprechung besteht beim Submissionsbetrug der Vermögensschaden in der Differenz zwischen der vertraglich vereinbarten

Auftragssumme und dem hypothetischen Wettbewerbspreis, der bei Beachtung der für das Vergabeverfahren geltenden Vorschriften erzielbar gewesen wäre. Als Indizien dafür, dass der hypothetische Wettbewerbspreis niedriger ausgefallen wäre, wurde erstens die Existenz des Submissionskartells als solches anerkannt, da diese erfahrungsgemäß nur dann gebildet werden, wenn sie den Kartellmitgliedern höhere Preise bringen, zweitens die Aufhebung des Geheimwettbewerbs, da erfahrungsgemäß unter dem Druck des Wettbewerbs und in Unkenntnis der Angebote der Konkurrenz schärfer kalkuliert wird, und drittens die Vereinbarung und Leistung erheblicher Ausgleichszahlungen an andere Kartellmitglieder.¹³ Nunmehr werden durch die jüngste Rechtsprechung Ausgleichszahlungen – nämlich die an die anderen an der Absprache beteiligten Unternehmen bezahlten Abstandssummen – als nahezu zwingendes Beweisanzeichen angesehen, dass der ohne Preisabsprache erzielbare Preis den tatsächlich vereinbarten Preis unterschritten hätte.¹⁴ Solche sachwidrigen Rechnungsposten wären bei einer wettbewerbskonformen Preisbestimmung nicht in die Angebotssumme eingeflossen.¹⁵

Kritisch wird gegen die Rechtsprechung eingewandt,¹⁶ dass ein Vermögensschaden

⁹ So Rönna, JuS 2002, 545, 547.

¹⁰ Siehe BGHSt 38, 186, 191; Rönna, JuS 2002, 545, 547; Hefendehl, in: MK zum StGB, Band 4, 1. Auflage 2006, § 263, Rn. 376.

¹¹ BGHSt 16, 367, 373.

¹² So die allgemeine Meinung in der Literatur; siehe nur Tiedemann, in LK, Band 9/1, 12. Auflage 2012, § 263, Rn. 165.

¹³ BGHSt 38, 186, 194 f.

¹⁴ BGHSt 38, 186, 190 ff; 47, 83, 88; BGH, wistra 1994, 346, 347; 1997, 336, 340.

¹⁵ BGHSt 47, 83, 89; BGH, wistra 1997, 336, 340.

¹⁶ Hintergrund der Kritik war die damals noch geltende Preisverordnung Pr. Nr. 1/72.

durch die Annahme des Angebots nicht eintreten könne, wenn sich im Falle eines wettbewerbswidrigen Preiskartells der Werklohn automatisch auf den Selbstkostenpreis reduziert.¹⁷ In der Tat kann man dann die Schadensfeststellung beim Eingehungsbetrug nicht mehr durch einen Vergleich der synallagmatischen Verpflichtungen ermitteln. Dagegen wird wiederum eingewandt, dass die Forderung der ausschreibenden Stelle (besser: ihr Vermögen) konkret gefährdet sei, da und insofern diese Stelle von der wirklichen Höhe der Forderung nichts wisse.¹⁸ Überdies wird geltend gemacht, dass sich die Schadensermittlung auf rein spekulative Erwägungen stütze, da sich der Preis in einer tatsächlichen Wettbewerbssituation aufgrund zahlreicher variabler Größen bilde. Bei der Schadensfeststellung der Rechtsprechung handle es sich daher um ein normatives Konstrukt im Sinne einer reinen Schadensfiktion.¹⁹ In der Sache stützt die Rechtsprechung – wie auch Teile der Literatur²⁰ – den Vermögensschaden auf den Verlust einer vermögenswerten Erwerbssaussicht (Exspektanz) des Ausschreibenden, nämlich die Aussicht, die Bauleistung für einen unter Beachtung der Wettbewerbsregeln entstehenden Preis zu erhalten.

¹⁷ So Geerds, DWiR 1992, 120, 122; vgl. Ranft, wistra 1994, 41, 44 f., der allerdings die Kategorie der schadensgleichen Vermögensgefährdung ablehnt; siehe auch Hohmann, NStZ 2001, 566, 570.

¹⁸ Tiedemann, (Fn. 12), § 263, Rn. 165.

¹⁹ Rönna, JuS 2002, 545, 549; vgl. auch Geerds, DWiR 1992, 120, 121; Hohmann, NStZ 2001, 566, 570.

²⁰ Übereinstimmend in der Sache Baumann, Oehler-FS, 1985, 291, 302: Vereitelung der Chance auf einen marktgerechten Preis; vgl. die Erörterung bei Rönna, JuS 2002, 545, 547.

ten.²¹ Voraussetzung der in der Literatur umstrittenen Anerkennung einer rein faktischen Exspektanz als Vermögensposition ist, dass die Aussicht eine solche Gewissheit erlangt hat, das sie nach der Verkehrsauffassung einen messbaren wirtschaftlichen Wert besitzt.²² Da jedoch die Beteiligten des Kartells von vornherein nicht die Bereitschaft hatten, auf der Grundlage einer selbständigen Kalkulation die Bauleistung zu einem günstigeren Preis zu erbringen, fehlt es schon an der Durchsetzungswahrscheinlichkeit der Gewinnaussicht. Letztlich wird die Gemeinde G lediglich um einen bloßen Vermögensvorteil gebracht – nämlich um die Chance, ein noch günstigeres Angebot zu erhalten.²³

Die Schwierigkeiten kann man nicht dadurch umgehen, dass man auf die Kategorie der schadensgleichen Vermögensgefährdung abstellt.²⁴ Sind die Voraussetzungen einer Exspektanz gegeben, dann führt dessen Vereitelung zu einem Vermögensschaden und nicht nur zu einer Vermögensgefährdung. Und sind die Voraussetzungen einer Exspektanz nicht gegeben, würde die Anerkennung einer schadensgleichen Vermögensgefährdung die Ausgestaltung des Betrugs als Verletzungsdelikt missachten.²⁵ Die Kategorie

²¹ So die zutreffende Diagnose von Hefendehl, (Fn. 10), § 263, Rn. 378.

²² BGHSt 17, 147, 148; BGH bei Holtz, MDR 1981, 98, 100; Tiedemann, (Fn. 12), § 263, Rn. 135.

²³ Geerds, DWiR 1992, 120, 122; Hefendehl, (Fn. 10), § 263, Rn. 379; Hohmann, NStZ 2001, 566, 570; Mitsch, JZ 1994, 877, 889; Rönna, JuS 2002, 545, 547; Ranft, wistra 1994, S. 41, 43.

²⁴ So das OLG Frankfurt, NJW 1990, 1057 ff.

²⁵ Hefendehl, (Fn. 10), § 263, Rn. 374.

der schadensgleichen Vermögensgefährdung hat lediglich die Funktion einer Vorverlagerung der Vollendung.²⁶ Die Anhänger einer personalen Vermögenslehre, die Vermögen als wirtschaftliche Potenz eines Rechtssubjekts, die auf der Herrschaftsgewalt über Objekte beruht, definieren, befürworten teilweise die Existenz eines Vermögensschadens. Der Zweck der Ausschreibung werde verfehlt, wenn der Wettbewerb zwischen den Teilnehmern ausgeschlossen werde.²⁷ Gegen diesen Standpunkt ist jedoch einzuwenden, dass nicht die Ausschreibung die Vermögensverfügung darstellt und insoweit auch nicht die Zweckverfehlungslehre angewendet werden kann. Ganz generell droht überdies die personale Vermögenslehre die Unterscheidung zwischen dem bloßen Eingriff in die Dispositionsfreiheit und einem wirklichen Vermögensschaden einzuebnen.²⁸

Würde man – anders als hier vertreten – einen Eingehungsbetrag bejahen, dann müsste man die Beteiligung des B an diesem Betrug durch Unterlassen prüfen. Denn B hätte aufgrund seiner beweiskräftigen Kenntnisse die Auszahlung des Differenzbetrags zwischen Angebots- und Selbstkostenpreis verhindern können. Da der eigene Vermögensvorteil nicht stoffgleich wäre, B aber nicht den zielgerichteten Willen hat, die Stabilitas Bau AG zu bereichern, käme im Ergebnis nur Beihilfe in Betracht. Prüft und bejaht der Bearbeiter nur einen Eingehungsbe-

trug, stellt sich das weitere Problem einer Beihilfe nach Vollendung, aber vor Beendigung der Tat.

2) Ergebnis

V hat sich durch die Preisabsprache nicht wegen eines Eingehungsbetrugs zu Lasten der Gemeinde G strafbar gemacht. Die Gegenauffassung ist ebenso vertretbar.

2. Strafbarkeit des V nach § 263 StGB: Erfüllungsbetrag zu Lasten der Gemeinde G durch Abschluss des Vertrages bzw. durch die Aufforderung zur Zahlung

1) Tatbestand

TB obj: Man könnte des Weiteren einen unechten Erfüllungsbetrag in Erwägung ziehen. Vermögensverfügung wäre dann die Auszahlung der 7.000.000 Euro der Gemeinde G durch S. Als Täuschung wäre wiederum die Abgabe des Angebots seitens V heranzuziehen,²⁹ die eventuell in das Erfüllungsstadium hineingewirkt hat. Teilweise wird in der Literatur auf eine neue Täuschungshandlung in Form der Leistungsaufforderung abgestellt, die im vorliegenden Fall allerdings durch den Prokuristen P auf Anweisung von V vorgenommen wurde. Das Vorspiegeln falscher Tatsachen soll in der konkludenten Behauptung liegen, dass ein entsprechender Anspruch gegenüber der Gemeinde G als

²⁶ Rönna, JuS 2002, 545, 548.

²⁷ Siehe Otto, ZRP 1996, 300, 305 ff.

²⁸ So Hoyer, (Fn. 4), § 263, Rn. 112.

²⁹ Vgl. Hohmann, NStZ 2001, 566, 570 und Joecks, wistra 1992, 247, 252: Fortwirken der Täuschung.

Schuldner bestehe.³⁰ Es stellt sich aber die Frage, warum bei der Leistungsaufforderung erneut konkludent erklärt werden soll, dass der Angebotspreis nicht auf einer Preisab-sprache beruht. Hier wird daher auf ein mög-liches Fortwirken der Täuschung durch die Abgabe des Angebots abgestellt.

Weitere Voraussetzung für die Verwirkli-chung des Betrugstatbestandes wäre, dass im Zeitpunkt der Auszahlung der 7.000.000 Euro als Vermögensverfügung ein Irrtum vorlag. Laut Sachverhalt war der mit der Zahlung beauftragte Sachbearbeiter S nicht über das Preiskartell informiert. Würde man auf seine Sicht abstellen, müsste ein Irr-tum bejaht werden. Fraglich ist allerdings, ob sich nicht der Sachbearbeiter S das Wissen des B, der in der Zwischenzeit einen glaub-haften und beweiskräftigen Hinweis auf die unzulässige Preisab-sprache erhalten hat, zu-rechnen lassen muss. In einem Fall, in dem ein Beigeordneter die Unrichtigkeit der ein-gereichten Abrechnungen kannte, hat der BGH geäußert, dass es nicht auf die Gutgläu-bigkeit des Sachbearbeiters ankäme, da die-ser seine Verfügungsbefugnis ausschließlich aus den Befugnissen des ihm übergeordneten Beigeordneten ableite, und daher einen Irr-tum abgelehnt.³¹ Würde man dieser Recht-sprechung folgen, würde ein unechter Erfül-lungsbetrug ausscheiden. In einem weiteren Fall hat die Rechtsprechung einen Betrug be-jaht: Hier hatte der Täter gegenüber einem

Versicherungsagenten falsche Angaben in ei-ner Schadensanzeige gemacht. Die geschä-digte Versicherung leistete aufgrund eines Irrtums. Das BayObLG begründete die Be-trugsstrafbarkeit damit, dass bei einer Kollu-sion zwischen dem Täter und der Hilfsperson eine an sich mögliche Wissenszurechnung durch die mittäterschaftliche Handlungs-zurechnung nach § 25 II StGB überlagert wer-de.³² Der Fall unterscheidet sich vom vorlie-genden Sachverhalt dadurch, dass nicht eine Hilfsperson, sondern der Bürgermeister als Organ der Gemeinde G über die Kenntnis verfügte. Die Literatur geht teilweise kon-struktiv nicht von einer Wissenszurechnung aus, sondern möchte im Rahmen der objekti-ven Zurechnung die Regeln der eigenverant-wortlichen Selbstschädigung anwenden.³³ Bei einem Handeln oder Unterlassen eines Organs einer juristischen Person wird jedoch vereinzelt eine eigenverantwortliche Selbst-schädigung abgelehnt, wenn das Organ seine Befugnisse überschreitet. Nur dann, wenn das Organ innerhalb der ihm nach außen eingeräumten Befugnissen gehandelt hat, könnte es auch eine wirksame Einwilligung erteilen.³⁴ Da hier ein evidenter Missbrauch vorliegen würde, wäre eine Einwilligung nicht wirksam.³⁵ Zum Teil wird generell eine

³² BayObLG, NStZ 2002, 91, 92.

³³ Cramer/Perron, (Fn. 4), § 263, Rn. 41a; Eisele, ZStW 116 (2004), 15, 22 ff.; Rengier, Strafrecht BT/I, 15. Auflage 2013, § 13, Rn. 54.

³⁴ So Eisele, ZStW 116 (2004), 15, 26 f.

³⁵ Zur Anwendung der allgemeinen zivilrechtlichen Regeln beim Missbrauch der Vertretungsmacht eines Bürgermeisters als Organ siehe Geis, Kommunalrecht, 2. Auflage 2011, § 11, Rn. 63.

³⁰ Siehe Geerds, DWiR 1992, 120, 122; vgl. auch Ranft, wistra 1994, 41, 44.

³¹ BGH, NStZ 2006, 623, 624.

Wissenszurechnung abgelehnt. Es gebe keinen Grund, warum bei Einschaltung von Wissensvertretern das Irrtumsrisiko auf das Opfer verlagert und damit der Täter entlastet werde. Vielmehr stelle sich die Frage, ob der Wissensvertreter selbst eine betrugsrelevante Täuschung durch Unterlassen verwirkliche.³⁶

Lehnt man eine Wissenszurechnung ab, stellt sich die weitere Frage, ob die Erfüllung der vermeintlichen Forderung durch S als Vermögensverfügung einen Vermögensschaden begründen kann. Ein Teil der Literatur würde einen unechten Erfüllungsbetrug bejahen, weil der Sachbearbeiter S für die Gemeinde G einen höheren Vermögenswert herausgegeben hat als tatsächlich geschuldet.³⁷ Dies war nach dem Vertrag und der in ihm geregelten Klausel der so genannte Selbstkostenpreis, der in Höhe von 6.000.000 Euro festgelegt wurde.³⁸ Ein Teil der Literatur bestreitet die Existenz eines Vermögensschadens mit dem Argument, dass dieselbe Täuschung zunächst eine (wirtschaftlich wertlose) Gewinnaussicht in Form der vereinbarten Preisreduktion begründet und später diese Gewinnaussicht lediglich wieder zerschlagen habe.³⁹ Scheide ein Eingehungsbetrug aus, weil nicht festgestellt werden könne, dass die Leistung des Täu-

schenden weniger wert sei als die des Getäuschten, könne die spätere Zahlung des Getäuschten nicht zu einem Schaden führen. Es sei bisher herrschende Meinung und Rechtsprechung, dass Schadensersatz- und Minderungsansprüche angesichts der dolosen Absichten des Täuschenden keinen Vermögenswert besäßen und die Vereitelung der Durchsetzung solcher Ansprüche mithin auch nicht zu einem Vermögensschaden führen könne.⁴⁰

Diese Argumentation überträgt den Meinungsstand des Normalfalls eines unechten Erfüllungsbetrugs beim Kaufvertrag, bei dem die Täuschung schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses lediglich in das Erfüllungsstadium fortwirkt, auf den hier gestellten Fall. Täuscht der Verkäufer über verkehrswesentliche Eigenschaften, beispielsweise über die bisherige Kilometerleistung eines Gebrauchtwagens, dann ist streitig, ob ein (unechter) Erfüllungsbetrug dann vorliegt, wenn an sich Leistung und Gegenleistung gleichwertig sind, weil der Kaufpreis dem Marktpreis auch unter Berücksichtigung der tatsächlichen Kilometerleistung entspricht. Die Mindermeinung begründet einen Vermögensschaden damit, dass der Betrogene mehr zahle, als er aufgrund seines Minderungsrechts zahlen müsse.⁴¹ Die wohl überwiegende Ansicht,⁴² insbesondere die aber nicht

³⁶ Kindhäuser, in: NK, Band 3, 4. Auflage 2013, § 263, Rn. 180.

³⁷ Siehe z. B. Tiedemann, (Fn. 12), § 263, Rn. 165; Satzger, ZStW 109 (1997), 357, 370 f.

³⁸ Vgl. Hefendehl, (Fn. 10), § 263, Rn. 481.

³⁹ So Hoyer, (Fn. 4), § 263, Rn. 251 unter Berufung auf Joecks, wistra 1992, 247, 252 und Hefendehl, JuS 1993, 805, 813.

⁴⁰ Joecks, wistra 1992, 247, 252; sich anschließend Hefendehl, JuS 1993, 805, 813.

⁴¹ Lenckner, MDR 1961, 652, 653 ff.; Puppe, JZ 1984, 531 ff.; Schneider, JZ 1996, 914, 916 ff.

⁴² Siehe Fischer, StGB, 60. Auflage 2013, § 263, Rn. 178.

konsistente Rechtsprechung,⁴³ lehnt im Wege einer Gesamtbetrachtung einen Vermögensschaden ab. Eingehung und Erfüllung werden als einheitlicher Geschäftsvorgang betrachtet. Der Getäuschte sei zwar durch den Vertragsschluss (pro forma) reicher, durch die von vornherein bezweckte Vereitelung der Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche zugleich aber ärmer geworden, weil die genannten Ansprüche von vornherein wirtschaftlich wertlos seien. Anders als beim echten Erfüllungsbetrug habe der Getäuschte mit dem Vertragsschluss gegenüber dem erfüllungsunwilligen und erfüllungsunfähigen Täter keine wirklich vermögenswerte Position erworben.⁴⁴ Allerdings wird vereinzelt der Übertragung dieser Rechtslage auf den vorliegenden Fall widersprochen.⁴⁵

Im Übrigen stellt sich die Problematik nicht anders, wenn man die Vermögensverfügung beim unechten Erfüllungsbetrug in dem Unterlassen der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs konstruiert, der auf der Verheimlichung der unzulässigen Preisabsprache beruht und zivilrechtlich seine Grundlage in der Haftung aus c. i. c. oder § 823 II BGB i. V. m. § 1 GWB findet.⁴⁶ Der

Schadensersatzanspruch ist, sofern er zivilrechtlich überhaupt konstruierbar ist, nach der Gegenauffassung aus jenem Grund wirtschaftlich wertlos, aus dem auch der vertragsrechtliche Minderungsanspruch rechtlich unerheblich ist.⁴⁷

2) Ergebnis

V hat sich durch die Preisabsprache auch nicht wegen eines unechten Erfüllungsbetrugs zu Lasten der Gemeinde G strafbar gemacht.

3. Strafbarkeit des B nach § 266 I 2. Var., II StGB (Treubruchstatbestand): Untreue in einem besonders schweren Fall zu Lasten der Gemeinde G durch die Nichtoffenlegung der Preisabsprache bzw. durch die Nichtgeltendmachung der Preisreduktion

1) Tatbestand

TB obj: B müsste als Bürgermeister der Gemeinde G Adressat einer Vermögensbetreuungspflicht gewesen sein. Die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen muss den typischen und wesentlichen Inhalt des rechtlich begründeten oder rein faktischen Treueverhältnisses bilden, also dessen Hauptgegenstand und nicht dessen bloße Nebenpflicht sein. Es muss sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls um eine nicht ganz unbedeutende Angelegenheit mit einem Aufgabenkreis von eini-

⁴³ BGHSt 16, 220, 221; *BayObLG*, NJW 1999, 663 f.; zu den Durchbrechungen siehe *BGH*, wistra 1984, 225 f.; *OLG München*, NJW 1978, 435 f.

⁴⁴ So die präzise Darstellung des Standpunkts durch *Tiedemann*, (Fn. 12), § 263, Rn. 201 f.

⁴⁵ Vgl. *Tiedemann*, (Fn. 12), § 263, Rn. 165.

⁴⁶ Siehe *Satzger*, ZStW 109 (1997), 357, 372 ff., mit genauer Beschreibung der zivilrechtlichen Schadensbegründung; *Tiedemann*, (Fn. 12), § 263, Rn. 165.

⁴⁷ *Satzger*, ZStW 109 (1997), 357, 375.

gem Gewicht und einigem Grad von Verantwortlichkeit handeln. Anzeichen dafür sind Art, Umfang und Dauer der Tätigkeit, ein etwaiger Entscheidungsspielraum des Verpflichteten und das Maß seiner Selbständigkeit.⁴⁸ Ein Bürgermeister ist nach der Rechtsprechung typischerweise gegenüber der Gemeinde treupflichtig.⁴⁹ Diese Ansicht ist zutreffend, da ein Bürgermeister im Rahmen seiner Aufgabe als Leiter der Gemeindeverwaltung, der die Gemeinde auch nach außen vertritt, nur dem Wohl der Gemeinde verpflichtet ist.⁵⁰ B müsste als Bürgermeister seine Vermögensbetreuungspflicht verletzt haben. Die Verletzung kann auch in einem Unterlassen bestehen. Des Rückgriffs auf § 13 I StGB bedarf es nicht, weil sich die Garantenstellung schon aus der Vermögensbetreuungspflicht ergibt und schon vom Wortlaut her die Pflicht auch durch ein Unterlassen verletzt werden kann.⁵¹ B hatte die Amtspflicht, aufgrund seiner beweiskräftigen Hinweise das wettbewerbswidrige Preiskartell aufzudecken und die Reduktion des Preises auf den Selbstkostenpreis gegenüber der AG geltend zu machen, weil nur eine solche Handlung dem Interesse der Gemeinde G entsprach. Schließlich muss der Gemeinde G

durch die Pflichtverletzung ein Vermögensnachteil entstanden sein. Nach h. M. entspricht der Begriff des Vermögensnachteils dem Begriff des Vermögensschadens bei § 263 StGB. Dieser liegt im vorliegenden Fall darin, dass die Gemeinde G nicht die automatische Reduktion ihrer Forderung geltend gemacht hat, mithin in der Auszahlung der nicht geschuldeten 1.000.000 Euro an die Stabilitas Bau AG.

TB subj: B hat vorsätzlich gehandelt. Er wusste, dass er gegen die Vermögensbetreuungspflicht verstößt und dadurch einen Schaden zu Lasten der Gemeinde G verursachen würde.⁵²

2) Rechtswidrigkeit und Schuld

Da weder Rechtfertigungsgründe noch Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe zugunsten von B eingreifen, handelte B rechtswidrig und schuldhaft.

⁴⁸ BGHSt 1, 186, 189; 22, 190, 191; *Kindhäuser*, (Fn. 36), § 266, Rn. 33; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, 35. Auflage 2012, Rn. 771.

⁴⁹ BGH, GA 1956, 121, 122; NStZ 2003, 540, 541; *wistra* 2007, 259, 260; *BayOBLG*, JR 1989, 299, 300; in der Literatur siehe *Perron*, (Fn. 4), § 266, Rn. 25; *Schünemann*, (Fn. 12), § 266, Rn. 129.

⁵⁰ *Meyer*, KommJur 2010, 81, 84.

⁵¹ So *Dierlamm*, (Fn. 10), § 266, Rn. 124; in der Sache ebenso *Schünemann*, (Fn. 12), § 266, Rn. 54.

⁵² Vgl. *BGH*, *wistra* 1986, 25; NStZ 1986, S. 455, 456; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, (Fn. 48), Rn. 781.

3) Regelbeispiel des § 266 II StGB i. V. m. § 263 III Nr. 2 und Nr. 4 StGB

B müsste zunächst gemäß § 266 II StGB i. V. m. § 263 III Nr. 2 StGB einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeigeführt haben. Die Wertgrenze wird von der Rechtsprechung bei 50.000 Euro taxiert.⁵³ Es liegt auch kein bloßer Gefährdungsschaden vor. Der Verlust ist tatsächlich eingetreten.⁵⁴ B war sich dieser Umstände auch bewusst.

Gemäß § 266 II StGB i. V. m. § 263 III Nr. 4 StGB müsste B seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger missbraucht haben. Ein Missbrauch der Befugnisse liegt vor, wenn der Täter im Rahmen seiner grundsätzlich gegebenen Zuständigkeit handelt.⁵⁵ Im vorliegenden Fall macht B aber nicht von speziellen Befugnissen Gebrauch. Ein Missbrauch der Stellung kommt dann in Betracht, wenn die Handlung des Täters zwar außerhalb seines Zuständigkeitsbereichs liegt, der Täter aber dabei dennoch die durch das Amt gegebenen Handlungsmöglichkeiten ausnutzt.⁵⁶ Da B es hier als Bürgermeister lediglich unterlässt, seine Informationen weiterzugeben bzw. die Preisreduktion gegenüber der AG geltend zu machen, ist fraglich, ob man sagen kann, dass B Handlungsmöglichkeiten ausgenutzt hat, die ihm erst durch das Amt gegeben worden sind. Eine enge Ausle-

⁵³ BGHSt 48, 360, 361; kritisch *Fischer*, (Fn. 42), § 263, Rn. 215a.

⁵⁴ BGHSt 48, 354, 356 ff.

⁵⁵ *Fischer*, (Fn. 42), § 263, Rn. 221; *Cramer/Perron*, (Fn. 4), § 263, Rn. 188 f.

⁵⁶ *Fischer*, (Fn. 42), § 263, Rn. 221.

gung des Regelbeispiels ist insofern geboten, weil die Amtsträgereigenschaft als solche erst die Vermögensbetreuungspflicht konstituiert und nicht einzusehen ist, warum dieser Umstand als solcher zugleich eine besonders schwere Begehungsweise begründen können soll. Man kann auch zu einem anderen Ergebnis kommen. Entscheidend ist insoweit wieder die Argumentation.

4) Ergebnis

B hat sich durch die Nichtoffenlegung der Preisabsprache und Nichtgeltendmachung der Preisreduktion der Untreue in einem besonders schweren Fall gegenüber der Gemeinde G strafbar gemacht.

4. Strafbarkeit des B nach den §§ 332, 335 II Nr. 1 StGB i. V. m. § 336 StGB: Bestechlichkeit im Amt in einem besonders schweren Fall durch die Annahme des Versprechens

Es kann laut Bearbeitervermerk unterstellt werden, dass sich B als Amtsträger wegen Bestechlichkeit in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht hat.

5. Strafbarkeit des P nach § 334 I i. V. m. § 336 StGB: Bestechung des B durch die Zusage eines Segeltörns und von Wahlkampfhilfe

Es kann des Weiteren laut Bearbeitervermerk unterstellt werden, dass sich P wegen Bestechung des B strafbar gemacht hat. Er hat ab-

sichtlich einen Vorteil als Gegenleistung für die künftige Unterlassung der gebotenen Diensthandlung seitens B angeboten bzw. versprochen.

6. Strafbarkeit des P nach den §§ 266 I, II, 263 III Nr. 2, 26 StGB: Anstiftung zur Untreue in einem besonders schweren Fall durch die Abgabe des Angebots gegenüber B

1) Tatbestand

TB obj: Die Untreue des B in einem besonders schweren Fall stellt eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat dar. Dazu müsste P den B bestimmt haben. Die noch h. M. definiert Bestimmen als Hervorrufen des Tatentschlusses durch offenen geistigen Kontakt: Eine bloße Anregung soll dafür genügen.⁵⁷ Im vorliegenden Fall hat P durch das Angebot bei B die Entscheidung motiviert, seine Kenntnisse über die unzulässige Preisabsprache für sich zu behalten und die Preisminderung nicht geltend zu machen. Der Umstand, dass nicht feststeht, dass B ohne die Bestechung möglicherweise ebenfalls seine Vermögensbetreuungspflicht verletzt hätte, schließt die Ursächlichkeit nicht aus. Ein Fall des *omnimodo facturus* liegt nicht vor. Zwar hat B selbst den P erst auf den Gedanken gebracht, ihn durch das Unterbreiten einer Lösung einen Grund zu bieten, von der Offenlegung seiner Kenntnisse abzusehen. Dies ändert aber nichts daran, dass sich B erst auf-

grund der Unterbreitung der Gegenleistung dazu entschlossen hat, die Sache auf sich beruhen zu lassen. Folgt man der h. L., stünde das Bestimmen zur Tat daher im vorliegenden Fall außer Zweifel. Die Gegenauffassung verlangt hingegen vor allem aufgrund der tätergleichen Bestrafung, dass der Anstifter gerade die Handlung des Haupttäters als eine an ihn zu erbringende Leistung einfordern muss. Dies ist die so genannte Lehre von der *Motivherrschaft*, die einen gemeinsamen Tatentschluss zwischen Anstifter und Angestiftetem verlangt.⁵⁸ Läge man dieses Kriterium zugrunde, wäre die Verwirklichung des Anstiftungstatbestandes zu verneinen und anschließend psychische Beihilfe zu bejahen. Hier wird der h. M. gefolgt, weil sie seit Einführung des RStGB dem historisch gewachsenen Verständnis der Anstiftung entspricht, das schon immer das bloße Anraten einbezogen hat.

TB subj: P handelte in der Absicht, den B dazu zu veranlassen, seine Kenntnisse für sich zu behalten und nicht die Preisminderung geltend zu machen. Er wusste auch, dass B seine Vermögensbetreuungspflicht verletzen würde.

⁵⁷ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 42. Auflage 2012, Rn. 568.

⁵⁸ So Hoyer, in: SK, Band I, Stand der Bearbeitung: Oktober 2000, § 26, Rn. 13; Joecks, in: MK zum StGB, Band 1, 2. Auflage 2011, § 26, Rn. 20; der Sache nach auch Jakobs, Strafrecht AT, 2. Auflage 1991, 22/22; Puppe, GA 1984, 101 ff.: Lehre vom Unrechtspakt.

2) Rechtswidrigkeit und Schuld

Da weder Rechtfertigungsgründe noch Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe zugunsten von P eingreifen, handelte dieser rechtswidrig und schuldhaft.

3) Strafmilderung des § 28 I StGB

Nach ganz h. M. stellt die Vermögensbetreuungspflicht ein besonders persönliches Merkmal dar, die die Strafbarkeit des B begründet, so dass die Strafmilderung eingreift.⁵⁹ Die Gegenauffassung, die sich darauf beruft, dass sich die Beschränkung des Täterkreises allein aus der besonderen Anfälligkeit des Vermögens ihm gegenüber erklärt,⁶⁰ ist ebenfalls vertretbar.

4) Ergebnis

P hat sich der Anstiftung zur Untreue in einem besonders schweren Fall zu Lasten der Gemeinde G strafbar gemacht.

7. Strafbarkeit des P nach § 263 I StGB: Betrug zu Lasten der Gemeinde G durch die Zusage der Gegenleistung

1) Tatbestand

TB obj: P müsste falsche Tatsachen vorgespielt haben. P hat gegenüber B der Wahrheit

zuwider geäußert, die Angelegenheit mit dem Vorstand beraten zu haben. Diese Tatsache ist insofern von Relevanz, weil sie die Fähigkeit betrifft, die stellvertretende Zusage gegenüber B auch einhalten zu können. B unterliegt auch offensichtlich einem Irrtum. Es ist ferner davon auszugehen, dass B es aufgrund seines Irrtums unterlässt, seine Kenntnisse aufzudecken und die Preisminderung für die Gemeinde G geltend zu machen. Ob darin jedoch eine Vermögensverfügung liegt, ist mehr als fraglich, da es sich hier um einen Dreiecksbetrug handeln würde. Ob auch außerhalb des Besitzbetrugs – wie im vorliegenden Fall – ein Näheverhältnis etc. zu verlangen ist, ist alles andere als geklärt. Auf jeden Fall muss der Verfügende bezüglich der Vermögensinteressen des Vermögensinhabers gutgläubig sein.⁶¹ Im vorliegenden Fall war B jedoch bösgläubig. Er wusste, dass sein Unterlassen den Interessen der Gemeinde G gerade widersprechen würde. Sein Irrtum betraf ausschließlich sein eigenes Interesse, einen Vermögensvorteil zu erlangen. Die strafrechtsdogmatisch maßgebliche Funktion des Irrtums, nämlich dass dem Verfügenden der vermögensschädigende Charakter seiner Disposition vorenthalten wird, greift im hier gestellten Sachverhalt nicht ein.

2) Ergebnis

P hat sich durch die Täuschung nicht wegen Betrugs zu Lasten der Gemeinde G strafbar gemacht.

⁵⁹ So *BGH*, StV 1995, 73; NStZ 1997, 281; NStZ-RR 2008, 6; 2009, 102; *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Auflage 2011, § 266, Rn. 2; *Fischer*, (Fn. 42), § 266, Rn. 185; *Dierlamm*, (Fn. 10), § 266, Rn. 243.

⁶⁰ *Perron*, (Fn. 4), § 266, Rn. 52.

⁶¹ Vgl. *OLG Celle*, NJW 1994, 142 f.

8. Strafbarkeit des V nach den §§ 334, 336, 13 I StGB: Bestechung durch die Nicht-hinderung der Zusage des P gegenüber B

1) Tatbestand

TB obj: V hat das von P abgegebene Leistungsversprechen gegenüber dem Bürgermeister B nicht verhindert. Da ihm infolgedessen nur ein Unterlassen zum Vorwurf gemacht werden könnte, bedarf es einer Garantenstellung gemäß § 13 I StGB. In Betracht zu ziehen wäre insoweit eine Geschäftsherrenhaftung des V. Umstritten ist, ob Betriebsinhaber, Organe und leitende Angestellte eines Unternehmens eine Garantenpflicht zur Verhinderung betriebsbezogener Straftaten von Untergebenen haben und falls ja, unter welchen Umständen eine Betriebsbezogenheit zu bejahen und nicht nur von einer Straftat bei Gelegenheit einer betrieblichen Tätigkeit auszugehen ist. Die Rechtsprechung und die h. M. in der Literatur bejahen im Grundsatz die Existenz einer Garantenstellung.⁶² V wäre im vorliegenden Fall als Vorstandsmitglied tauglicher Adressat einer Garantenstellung, Prokurist P wäre aufgrund seiner Weisungsgebundenheit als Untergebener zu qualifizieren. Zu erörtern ist daher, ob im vorliegenden Fall die notwendige Betriebsbezogenheit vorliegt. Teilweise wird insoweit darauf abgestellt, ob der Untergebener im eigenen oder im Interesse des Betriebs bzw. für den Betrieb handelt. Diesem Kriterium zufolge wäre

die Betriebsbezogenheit zu bejahen.⁶³ Des Weiteren beruft man sich darauf, ob sich die Straftat außerhalb des Betriebs ebenso ereignen würde.⁶⁴ Auch die Rechtsprechung knüpft an dieses Kriterium an, das erfüllt sein soll, wenn die Straftat in einem inneren Zusammenhang mit der Tätigkeit des Mitarbeiters steht oder wenn sich gerade eine dem Betrieb innewohnende Gefahr verwirklicht.⁶⁵ Diesem Kriterium zufolge wäre die Betriebsbezogenheit ebenfalls gegeben. Teilweise wird für maßgeblich gehalten, ob der Untergebene die Straftat unter Ausnutzung der tatsächlichen oder rechtlichen Wirkungsmöglichkeiten begeht, die ihm seine Beschäftigung im Betrieb bietet (was bei einer Bestechung bejaht wird),⁶⁶ bzw. ob der Untergebene seine betriebliche Stellung und den Betrieb zu einer Straftat missbraucht.⁶⁷ Letzteres ist bei der Handlung des P schon eher zweifelhaft. Dafür könnte man argumentieren, dass P nur aufgrund seiner Betriebszugehörigkeit glaubhaft dem B zusagen konnte, dass sich die „Stabilitas Bau AG“ erkenntlich zeigen werde. Die Gegenauffassung verneint eine umfassende Geschäftsherrenhaftung. Sie begrenzt die Garantenstellung des Betriebsinhabers und von Leitungspersonen auf gegenständliche Gefahrenquellen (also

⁶² BGH, NJW 2012, 1237 ff.; siehe Ransiek, Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 36; Schünemann, ZStW 96 (1984), 287, 310.

⁶³ So z. B. Bottke, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, 1994, S. 68 f.; Schünemann, wistra 1982, 41, 45, unter der Voraussetzung, dass eine Verbandsstat und keine Exzesstat vorliegt.

⁶⁴ So Roxin, Strafrecht AT, Band 2, 2003, § 32, Rn. 139.

⁶⁵ BGH, NJW 2012, 1237, 1238.

⁶⁶ Schall, Rudolphi-FS, 2004, 267, 282 f.

⁶⁷ Stree/Bosch, (Fn. 4), § 13, Rn. 53.

Sachgefahren), wenn auch die Gefahren sich erst durch das Verhalten von Angestellten aktualisieren.⁶⁸ Teilweise wird auch betriebliches Vermögen als derartige Gefahrenquelle eingestuft. Ihr Einsatz zu Zwecken der Beamtenbestechung wird im Sinne einer restriktiven Handhabung aber ausgeschlossen.⁶⁹

Die Existenz einer Garantenstellung wird zum einen darauf gestützt, dass das betriebsbezogene Verhalten des Untergebenen aufgrund des Weisungsrechts der Kontrolle und Herrschaft des Vorgesetzten unterliegt.⁷⁰ Vereinzelt stützt man sich insoweit auch auf den Informationsfundus der Vorgesetzten und der daraus resultierenden Herrschaft über die weisungsgebundenen Mitarbeiter.⁷¹ Zum anderen wird die Garantenstellung darauf gestützt, dass der Betrieb für sich schon eine Gefahrenquelle darstellt, die unter si-

cherheitsgewährender Kontrolle bleiben muss,⁷² und dass daher der Vorgesetzte die Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Bedingungen der betrieblichen Tätigkeit zu gewährleisten hat. Es geht also dieser Auffassung nach nicht um eine Pflicht zur Verhinderung von Straftaten Untergebener, sondern letztlich um die Pflicht zur Überwachung von Betriebsgefahren.⁷³ Die Gegenauffassung beruft sich demgegenüber auf die Eigenverantwortlichkeit der Untergebenen und das Fehlen einer durch das Recht eingeräumten Befehlsgewalt wie bei Soldaten.⁷⁴ Gegen die Garantenstellung spräche, dass eine § 357 StGB entsprechende Vorschrift fehle. Aus § 130 OWiG soll nichts Gegenteiliges abzuleiten sein, da durch diese Vorschrift die Verletzung der Aufsichtspflicht nur als Ordnungswidrigkeit verfolgt werde.⁷⁵ Die Gegenauffassung meint hingegen, dass § 130 OWiG gerade Ausdruck der gesetzlichen Anerkennung einer Garantenstellung des Geschäftsherrn sei.⁷⁶

Man könnte ferner an eine Garantenstellung des V aus vorangegangenem gefährlichem Tun (Ingerenz) denken. Dann müsste man behaupten können, dass V durch die rechtswidrige Preisabsprache die naheliegende Gefahr geschaffen hat, dass P eine Bestechung

⁶⁸ Rudolphi/Stein, in: SK, Band I, Stand der Bearbeitung: September 2009, § 13, Rn. 35a; Otto, JURA 1998, 409, 413; Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 118 ff.; ähnlich Gimbernat, Roxin-FS, 2001, 651, 661 ff., der verlangt, dass die Straftat in der Einwirkung auf einen betriebsbezogenen Gefahrenherd besteht; siehe ferner Kirchner, Die Unterlassungshaftung bei rechtmäßigem Vorverhalten im Umweltrecht, 2003, S. 85 f., 155 f., der eine Garantenstellung selbst dann verneint, wenn die Gefahr durch das eigenverantwortliche Handeln des Arbeitnehmers aktiviert wird.

⁶⁹ So Brammsen, Unterlassungshaftung in formalen Organisationen, in: Individuelle Verantwortlichkeit und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, hrsg. von Amelung, 2000, S. 128.

⁷⁰ Schünemann, ZStW 96 (1984), 287, 318; sich anschließend Roxin, (Fn. 64).

⁷¹ So Schünemann, wistra 1982, 41, 45.

⁷² Roxin, (Fn. 64), § 32, Rn. 134 ff.

⁷³ Ransiek, (Fn. 62), S. 36.

⁷⁴ Rudolphi/Stein, (Fn. 68), § 13, Rn. 35, 35a; ebenso Otto, JURA 1998, 409, 413.

⁷⁵ Rudolphi/Stein, (Fn. 68), § 13, Rn. 35a.

⁷⁶ So Rogall, ZStW 98 (1986), 573, 615.

des Bürgermeisters B begeht.⁷⁷ Dies wird man angesichts des bloß mittelbaren Zusammenhangs verneinen müssen. Zu berücksichtigen ist, dass die Preisabsprache nicht wegen der Möglichkeit der späteren Bestechung des B durch den Prokuristen P verboten ist.

Bejaht man wie hier gleichwohl im Ergebnis eine Garantenstellung, stellt sich die weitere Frage, ob das unechte Unterlassen eine Strafbarkeit wegen einer täterschaftlichen Bestechung oder lediglich wegen Beihilfe zur Bestechung des P begründet, weil es gerade darin besteht, das vorsätzlich rechtswidrige Verhalten des P nicht verhindert zu haben. Voraussetzung dafür wäre jedoch, dass überhaupt das Unterlassen dem Tun gemäß § 13 I 2. HS StGB entspricht. Nach h. M. betrifft die Modalitätenäquivalenz die so genannten verhaltensgebundenen Delikte, bei denen das Verhalten des Täters tatbestandlich näher umschrieben ist. Es wird insoweit gefordert, dass das Unterlassen in seinem sozialen Sinngehalt mit der Tatbestandshandlung übereinstimmen muss.⁷⁸ Im vorliegenden Fall verlangt der Tatbestand des § 334 StGB ein Anbieten oder Versprechen. Das Unterlassen der Verhinderung des Anbietens oder Versprechens steht jedoch in seinem sozialen Sinngehalt dem Anbieten oder Versprechen nicht gleich. Kritisch ist allerdings gegen die-

se Sichtweise geltend zu machen, dass das Unterlassen ohnehin den Tatbestand de facto nicht erfüllt. Es muss daher ausreichen, wenn dem Unterlassungstäter kraft seiner Garantenstellung (auch) das tatbestandliche Verhalten zugerechnet werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn durch das gebotene Handeln nicht nur der eigentliche Erfolg im Sinne der Rechtsgutsschädigung, sondern auch das tatbestandlich näher umschriebene Verhalten hätte abgewendet werden können.⁷⁹ Im vorliegenden Fall hätte V das Anbieten oder Versprechen selbst verhindern können, so dass eine Täterschaft in Betracht käme. Wer die Entsprechungsklausel für erfüllt hält, müsste daher nunmehr entscheiden, ob das Unterlassen bloße Teilnahme oder sogar Täterschaft begründet.

Die Rechtsprechung stellt grundsätzlich auf die innere Haltung des Unterlassenden (*animus auctoris*) ab. Sie unterscheidet – auch unter Berücksichtigung von Tatherrschaftsgesichtspunkten – danach, ob die innere Haltung Ausdruck eines sich die Tat des anderen zu eigen machenden Täterwillens aufzufassen ist oder seine innere Haltung davon geprägt ist, dass der Unterlassende sich dem Handelnden – etwa weil er dessen bestimmendem Einfluss unterliegt – im Willen unterordnet und das Geschehen ohne innere Billigung und ohne Interesse am Taterfolg im Sinne eines bloßen Gehilfenwillens lediglich ablaufen lässt.⁸⁰ Folgt man dieser Ansicht,

⁷⁷ BGHSt 43, 381, 396 f.; BGH, NJW 1992, 1246, 1247; NStZ-RR 1997, 292; NStZ 1998, 83, 84; NJW 1998, 1568, 1573; NStZ 2000, 583; NJW 2000, 2754, 2756; NStZ 2009, 381.

⁷⁸ Siehe *Stree/Bosch*, (Fn. 4), § 13, Rn. 4; *Lackner/Kühl*, (Fn. 59), § 13, Rn. 16; *Kühl*, Strafrecht AT, 7. Auflage, 2012, § 18, Rn. 123.

⁷⁹ *Rudolphi/Stein*, (Fn. 68), § 13, Rn. 18.

⁸⁰ BGH, NJW 1960, 1821; StV 1986, 59 f.; NStZ 1992, 31 f.

müsste man V als Täter qualifizieren, weil er sich nicht dem Willen des P unterordnet, sondern laut Sachverhalt aus eigenem Interesse nicht interveniert. Nach einer weiteren Auffassung hat derjenige, der den die Tatherrschaft ausübenden Täter nicht an seinem Tun hindert, nur die Stellung eines Gehilfen.⁸¹ Folglich könnte V nur als Gehilfe strafrechtlich haftbar gemacht werden. Eine weitere Lehre qualifiziert die Unterlassungsdelikte als Pflichtdelikte, bei denen der Garant schon dadurch zum Täter wird, dass er die außerstrafrechtliche Sonderpflicht verletzt, die ihm gebietet, den Erfolg abzuwenden.⁸² Diese Lehre müsste daher eine Täterschaft des V annehmen. Schließlich wird ferner nach Art der Garantstellungen differenziert: Der Beschützergarant, der einen fremden tatbestandlichen, vorsätzlichen und schuldhaften Übergriff auf das unter seiner Obhut stehende Rechtsgut nicht hindert, soll Täter eines Unterlassungsdelikts, nicht nur Teilnehmer an der Haupttat des Begehungstäters sein. Hingegen soll der Überwachungsgarant, also derjenige, der für eine Gefahrenquelle verantwortlich ist, nur Teilnehmer an der fremden Haupttat sein, wenn und soweit die bloße Veranlassung oder Beihilfe ebenfalls nur Teilnahme begründen würde.⁸³ Folgt man diesem Ansatz, wäre nur eine Beihilfe gegeben. Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass einem Sicherungsgaranten, der für

eine andere Person verantwortlich ist, das Verhalten dieser Person unabhängig davon zugerechnet werden kann, ob die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft vorliegen oder nicht. So sind zum Beispiel Strafvollzugsbeamte dafür verantwortlich, dass Strafgefangene als Gefahrenquelle keine Straftaten begehen. Dies gilt auch dann, wenn die Strafgefangenen zurechnungsfähig sind. Gegen die Übertragung des Tatherrschaftsgedankens spricht, dass die Fähigkeit, den Erfolg abzuwenden, für alle Fälle der Unterlassungshaftung erforderlich ist, und die Tatherrschaft keinen darüber hinausgehenden Gesichtspunkt benennt. Entscheidend ist letztlich, wofür der Garant genau verantwortlich ist und was ihm deshalb zugerechnet werden kann.⁸⁴ Erfüllt der Zurechnungsgegenstand den Tatbestand, ist der Garant Täter, sofern die sonstigen personalen Voraussetzungen in seiner Person erfüllt sind. Im vorliegenden Fall ist V unmittelbar für das betriebsbezogene Verhalten des P verantwortlich, so dass sein Unterlassen Täterschaft begründet.

Es müsste ferner hypothetische Kausalität vorliegen. V hätte laut Sachverhalt das Verhalten von V und damit den Erfolg ohne weiteres durch die gebotene Handlung unterbinden können. Fraglich ist indes, ob die Verhinderung des Verhaltens von P überhaupt dem V zumutbar gewesen ist. V musste immerhin damit rechnen, dass Bürgermeister B

⁸¹ Gallas, JZ 1960, 686 ff.; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Auflage 1996, § 64 III 5.

⁸² Roxin, in: LK, Band 1, 11. Auflage, Stand der Bearbeitung: 01.02.1992, § 25, Rn. 206 ff.

⁸³ Herzberg, JuS 1975, 171, 173.

⁸⁴ Vgl. den ähnlichen Ansatz von Freund, (Fn. 58), § 13, Rn. 266 ff.

im Falle fehlender Kooperationsbereitschaft die Preisabsprache aufdecken würde. Die Gefahr eigener Strafverfolgung ist jedoch der Rechtsprechung zufolge grundsätzlich zuzumutbar.⁸⁵ Die h. M. in der Literatur hält die Vornahme der Handlung dann für unzumutbar, wenn die Interessen des Berechtigten erheblich in ihrem Gewicht hinter den Interessen des Täters zurückstehen.⁸⁶ Dies ist im hier gestellten Sachverhalt nicht der Fall.

TB subj: V kannte die Tatsachen, aus denen sich seine Verantwortlichkeit als Geschäftsherr ergab. Er wusste auch, dass der Bürgermeister B durch den Prokuristen P bestochen werden sollte.

2) Rechtswidrigkeit und Schuld

Da weder Rechtfertigungsgründe noch Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe zugunsten von V eingreifen, war sein Unterlassen rechtswidrig und schuldhaft.

3) Ergebnis

V hat sich wegen Bestechung durch Unterlassen strafbar gemacht.

9. Strafbarkeit des V nach den §§ 266 I, II, 263 III Nr. 2, 26, 13 I StGB: Anstiftung zur Untreue in einem besonders schweren Fall durch die Nichthinderung der Zusage des P gegenüber B

1) Tatbestand

TB obj: Die durch B begangene Untreue in einem besonders schweren Fall zu Lasten der Gemeinde G stellt die vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat dar. Des Weiteren müsste das Bestimmen des Haupttäters vorliegen. Im vorliegenden Fall hat P den B angestiftet. Die Anstiftungshandlung des P kann jedoch dem V zugerechnet werden, da wiederum die Geschäftsherrenhaftung eingreift. Geht man indes oben nur von einer Teilnahme durch Unterlassen seitens V aus, würde sich die Frage stellen, wie das Verhalten des V zu qualifizieren ist. Hilft ein Beteiligter einem anderen bei der Anstiftung durch positives Tun, ist die Einordnung der Unterstützungshandlung umstritten: Die h. M. qualifiziert ein solches Verhalten als mittelbare Beihilfe zur Haupttat,⁸⁷ die Gegenauffassung behauptet, dass die Anstiftung die Tat sei, zu der Beihilfe geleistet werde. Eine Beihilfe zur Haupttat scheidet aus, weil die Beihilfe zur Anstiftung die Haupttat nicht fördere.⁸⁸ Gegen diesen Lösungsweg spricht allerdings, dass die Anstiftung keine teilnahmefähige Haupttat darstellt.⁸⁹

⁸⁵ BGH, NJW 2003, 522, 525.

⁸⁶ Stree/Bosch, (Fn. 4), Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 156.

⁸⁷ So BGH, NStZ 1996, 562; 2000, 421, 422; Hoyer, (Fn. 58), § 27, Rn. 37; Roxin, (Fn. 64), § 26, Rn. 178.

⁸⁸ Heine, (Fn. 4), § 27, Rn. 18.

⁸⁹ Hoyer, (Fn. 58), § 27, Rn. 37.

TB subj: V wusste, dass er die Anstiftung des P zur Untreue des B in einem besonders schweren Fall nicht verhinderte, obwohl er dazu als Vorgesetzter die Möglichkeit besaß.

2) Rechtswidrigkeit und Schuld

Da weder Rechtfertigungsgründe noch Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe zugunsten von V eingreifen, war sein Unterlassen rechtswidrig und schuldhaft.

3) Strafmilderung nach § 28 I StGB

Da die Vermögensbetreuungspflicht – wie oben ausgeführt wurde – ein besonderes persönliches Merkmal darstellt, greift auch zugunsten von V die Strafmilderung ein.

4) Ergebnis

V hat sich wegen Anstiftung zur Untreue in einem besonders schweren Fall durch Unterlassen strafbar gemacht.

10. Strafbarkeit des V nach den §§ 263 I, III, 25 I 2. Var. StGB: Besonders schwerer Erfüllungsbetrug in mittelbarer Täterschaft zu Lasten der Gemeinde G durch die Aufforderung zur Zahlung des Angebotspreises in Höhe von 7.000.000 Euro

1) Tatbestand

TB obj: V müsste falsche Tatsachen vorge spiegelt haben. Laut Sachverhalt war es jedoch Prokurist P, der der Gemeinde G die

Schlussrechnung zugeschiekt und sie zur Zahlung des Angebotspreises in Höhe von 7.000.000 Euro aufgefordert hat. Beim Einfordern einer Leistung wird generell schlüssig erklärt, dass ein entsprechender Anspruch besteht, genauer: dass die anspruchsbegründenden Tatsachen vorliegen.⁹⁰ Man könnte vorliegend den Umstand problematisieren, dass schon in der Übergabe der Werkleistung im Rahmen der Abnahme die konkludente Erklärung liegt, dass das Werk vertragsgemäß hergestellt und nach Kenntnis des Unternehmens keine gravierenden, verborgenen Mängel enthalte.⁹¹ Dies schließt allerdings eine weitere konkludente Erklärung nicht aus. Zu bedenken ist, dass auch nach Abnahme Mängel zum Vorschein kommen und geltend gemacht werden können. Die Abnahme hat insoweit lediglich eine Beweislastumkehr zur Folge. Erfüllungsbetrug ist gerade auch der Fall der Veranlassung der anderen Vertragspartei zur Erbringung der Gegenleistung.⁹² Da die Erklärung aufgrund der vorsätzlichen Verwendung minderwertigen Betons nicht der tatsächlichen Lage entsprach, ist somit eine Täuschung gegeben.

V hat die objektive Täuschung des P nicht selbst vorgenommen. Sie könnte ihm jedoch kraft mittelbarer Täterschaft gemäß § 25 I 2. Var. StGB zugerechnet werden. Da P bezüglich der Verwendung des minderwertigen Betons ahnungslos war, könnte eine mittel-

⁹⁰ BGH, NStZ 1994, 188 f.

⁹¹ Fischer, (Fn. 42), § 263, Rn. 35; vgl. OLG Düsseldorf, VersR 2001, 644 f.

⁹² Vgl. Küper, Strafrecht BT, 8. Auflage 2011, S. 386.

bare Täterschaft kraft überlegenen Sachwissens in Erwägung zu ziehen sein. Eine Irrtumsherrschaft des Hintermanns aufgrund eines Tatbestandsirrtums gemäß § 16 StGB ist der klassische Ausgangsfall mittelbarer Täterschaft.⁹³ Die h. M. hält es für ausreichend, wenn dabei der Hintermann den Irrtum des Vordermanns ausnutzt,⁹⁴ die Gegenauffassung verlangt hingegen, dass der Hintermann den Irrtum des Tatmittlers selbst hervorrufen muss oder den Irrtum als Garant nicht aufklärt.⁹⁵ Da hier P auf Anweisung des V handelt, betrifft die Zahlungsaufforderung unmittelbar den Verantwortungsbereich von V, so dass dieser für den Irrtum des P verantwortlich ist.

Es ist davon auszugehen, dass sich der Sachbearbeiter S geirrt hat und insoweit ein täuschungsbedingter Irrtum vorliegt. Sollte man der Auffassung sein, dass es überhaupt nicht auf die Vorstellung des Sachbearbeiters S ankommt, sondern auf die Vorstellung der Vertretungsberechtigten, dass diese sich aber schon in einem Irrtum befinden würden, dann käme nur die Tatbestandsvariante des Unterhalten eines Irrtums in Betracht. Das bloße Ausnutzen eines Irrtums reicht allerdings nicht aus. Voraussetzung für die Erfüllung dieser Tatbestandsvariante wäre im vorliegenden Fall vielmehr, dass der vorhandene

Irrtum pflichtwidrig nicht aufgeklärt wird.⁹⁶ Eine Garantenstellung würde im vorliegenden Fall aus der Täuschung über die vertragsgemäße Herstellung des Bauwerks resultieren. Eine vorsätzliche Täuschung stellt ein rechtswidriges Vorverhalten dar. Eine Garantenstellung aus Ingerenz wäre zu bejahen.⁹⁷ Zu einem anderen Ergebnis würde man allerdings dann gelangen, wenn man der Rechtsprechung folgt, die eine Garantenstellung kraft Ingerenz bei vorsätzlichem Vorverhalten dann ablehnt, wenn sich das aktive Tun auf denselben Erfolg bezieht wie das spätere Unterlassen.⁹⁸ Gegen diese Ansicht ist jedoch einzuwenden, dass das spätere Unterlassen lediglich auf Konkurrenzebene hinter dem Begehungsdelikt zurücktritt. Es gibt keinen Grund, warum der vorsätzlich handelnde Täter anders als der fahrlässig handelnde Täter keine Pflicht haben soll, den tatbestandlichen Erfolg abzuwenden.⁹⁹

Die notwendige Vermögensverfügung besteht in der Auszahlung des Geldes durch den Sachbearbeiter S. Durch die Auszahlung der 7.000.000 Euro ist das Vermögen der Gemeinde G unmittelbar gemindert worden. Schließlich bedarf es des Eintritts eines Vermögensschadens. Beim Erfüllungsbetrug errechnet sich der Schaden zum einen schon

⁹³ Siehe z. B. *Heine*, (Fn. 4), § 25, Rn. 15.

⁹⁴ So *Roxin*, (Fn. 64), § 25, Rn. 64; *Wessels/Beulke*, (Fn. 57), Rn. 536.

⁹⁵ *Hoyer*, in: SK, Band I, Stand der Bearbeitung: März 2000, § 25, Rn. 96, 105.

⁹⁶ *Cramer/Perron*, (Fn. 4), § 263, Rn. 45.

⁹⁷ *Cramer/Perron*, (Fn. 4), § 263, Rn. 20; vgl. auch *Kindhäuser*, (Fn. 36), § 263, Rn. 155; *Tiedemann*, (Fn. 12), § 263, Rn. 70; anders RGSt 31, 208, 210.

⁹⁸ *BGH*, NStZ-RR 1996, 131; offen gelassen von *BGH*, NStZ 2003, 312 f.

⁹⁹ *Freund*, NStZ 2004, 123, 124 f.; *Krack*, ZStW 117 (2005), 555, 569 ff.

aus der Differenz zwischen dem Wert der tatsächlich erbrachten Leistung und dem vertraglichen Erfüllungsanspruch. Vermögensverfügung wäre bei dieser Berechnungsweise genau genommen das Unterlassen der Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs.¹⁰⁰ Der Vermögensschaden wird aber auch und erst Recht darin gesehen, dass das Opfer leistet, obwohl ihm wegen des Nacherfüllungsanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht zusteht (vgl. § 641 BGB).¹⁰¹ Da im vorliegenden Fall eine Nacherfüllung durch die „Stabilitas Bau AG“ aufgrund der vorsätzlichen Täuschung für die Gemeinde G gemäß § 13 Nr. 5 VOB/B unzumutbar gewesen wäre, besaß diese sogar einen Minderungsanspruch. Die Vermögensverfügung besteht dann in der Erfüllung der vermeintlichen Forderung, ohne die Minderung geltend zu machen. Der Vermögensschaden liegt dann in der Auszahlung des Differenzbetrags,¹⁰² der im vorliegenden Fall angesichts des Einsturzes des Gebäudes den ganzen Betrag ausmacht.

TB subj: V besaß Vorsatz bezüglich der Täuschung, des Irrtums des S, der durch ihn veranlassten Vermögensverfügung und des Vermögensschadens. Er hatte darüber hinaus die Absicht, der „Stabilitas Bau AG“ einen Vermögensvorteil zu verschaffen, der auch stoffgleich ist, das heißt auf derselben Vermögensverfügung beruht.

¹⁰⁰ Siehe Hoyer, (Fn. 4), § 263, Rn. 241; Cramer/Perron, (Fn. 4), § 263, Rn. 137.

¹⁰¹ Hoyer, (Fn. 4), § 263, Rn. 240 f.

¹⁰² Vgl. Hoyer, (Fn. 4), § 263, Rn. 242.

TB obj: Der Vermögensvorteil müsste rechtswidrig gewesen sein. Die „Stabilitas Bau AG“ besaß keinen einredefreien und fälligen Anspruch auf den erstrebten Vorteil.¹⁰³

TB subj: Der Sachverhalt indiziert nicht, dass sich V darüber im Unklaren war. Es ist daher von einem Vorsatz des V auszugehen.

2) Rechtswidrigkeit und Schuld

Da weder Rechtfertigungsgründe noch Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe zugunsten von V eingreifen, handelte dieser rechtswidrig und schuldhaft.

3) Regelbeispiel des § 263 III Nr. 2 StGB

V müsste einen Vermögensverlust hohen Ausmaßes herbeigeführt haben. Die Wertgrenze wird von der Rechtsprechung bei 50.000 Euro taxiert.¹⁰⁴ Es liegt auch kein bloßer Gefährdungsschaden vor. Der Verlust ist durch die Auszahlung des Angebotspreises tatsächlich eingetreten.¹⁰⁵ V war sich dieser Umstände bewusst.

4) Ergebnis

V hat sich aufgrund der Verwendung des minderwertigen Betons des Erfüllungsbetrugs in mittelbarer Täterschaft in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht.

¹⁰³ Wessels/Hillenkamp, (Fn. 48), Rn. 585.

¹⁰⁴ BGHSt 48, 360, 361; kritisch Fischer, (Fn. 42), § 263, Rn. 215a.

¹⁰⁵ BGHSt 48, 354, 356 ff.

11. Strafbarkeit des V nach § 229 StGB: Fahrlässige Körperverletzung zu Lasten des H durch die Beteiligung bei der Abstimmung

Tatbestand:

Laut Sachverhalt wurde H durch einen herabfallenden Balken erheblich verletzt. Ein Körperverletzungserfolg i. S. eines pathologischen Zustandes ist eingetreten. Eine Handlung i. S. einer willkürlichen Körperbewegung liegt vor, da V bei der Abstimmung für die Verwendung des minderwertigen Betons gestimmt hat. Ob es sich allerdings um das geforderte tatbestandliche Verhalten handeln kann, ist deswegen fraglich, weil Gegenstand der Abstimmung gerade die Handlungsweise war, die die eigentliche Sorgfaltswidrigkeit darstellt: die vorschriftswidrige Verwendung minderwertigen Betons. Geht man indes davon aus, dass aufgrund des extensiven Tatbegriffs das tatbestandliche Verhalten bei § 229 StGB auch in der Abstimmung liegen kann, ist problematisch, ob überhaupt das Abstimmungsverhalten des V kausal für den tatbestandlichen Erfolg war, weil die absolute Mehrheit der Stimmen ohnehin schon gesichert war, die Verwendung des minderwertigen Betons also auch ohne die Zustimmung des V erfolgt wäre. Wie in einem solchen Fall die strafrechtliche Haftung begründet werden kann, ist umstritten und bis heute rechtlich nicht genau geklärt. Man könnte daran denken, das Problem dadurch zu entschärfen, dass man auf die Rechtsfigur der Mittä-

terschaft zurückgreift.¹⁰⁶ Dagegen spricht allerdings, dass es an der funktionellen Tatherrschaft bezüglich des Abstimmungsverhaltens der anderen fehlt. Dass ein Beitrag bei einer Beurteilung ex ante für die Erfolgsverursachung hätte wichtig sein können,¹⁰⁷ reicht richtiger Ansicht nach für die funktionelle Tatherrschaft grundsätzlich nicht aus. Gerade im vorliegenden Fall hatte V überhaupt keine Macht, durch sein Verhalten das Abstimmungsverhalten der anderen Vorstandsmitglieder zu hemmen. Abgesehen davon kann die Tatherrschaftslehre überhaupt keine fahrlässige Mittäterschaft anerkennen, weil Tatherrschaft den Vorsatz voraussetzt. Im Übrigen stimmt jeder für sich und nicht namens der anderen Vorstandsmitglieder ab. Die Ansicht, dass jeder der Abstimmenden zugleich ein Angebot an alle anderen abgibt, mit ihm zu stimmen,¹⁰⁸ ist äußerst fragwürdig. Dagegen spricht, dass Tatentschluss und Tatausführung zusammenfallen. Die Abstimmenden beeinflussen sich wechselseitig nicht. Es bleibt allein das innere Einverständnis des Abstimmenden mit dem Abstimmungsverhalten der anderen Zustimmenden.¹⁰⁹ Gerade bei V ist dies im vorliegenden Fall offensichtlich.

¹⁰⁶So BGHSt 37, 107, 129, beim Vorsatzdelikt; vgl. aber nunmehr BGHSt 48, 77, 95 f.; siehe ferner *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 737, 744; *Kuhlen*, NStZ 1990, 566, 569 f.

¹⁰⁷Darauf verweist *Roxin*, Strafrecht AT, Band 1, 4. Auflage 2006, § 11, Rn. 19.

¹⁰⁸Vgl. *Schaal*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, 2001, S. 195.

¹⁰⁹So völlig zu Recht *Puppe*, GA 2004, 129, 133 f.

Der überwiegende Teil der Literatur versucht daher, die Probleme auf der Kausalitätsebene zu lösen. Teilweise wird die Mitwirkung bei Gremienentscheidungen als Fall alternativer Kausalität eingestuft.¹¹⁰ Vereinzelt stellt man darauf ab, dass jede Stimme ein notwendiger Bestandteil einer hinreichenden Mindestbedingung für den Gremienbeschluss sei.¹¹¹ Teilweise wird der vorliegende Fall als Beispiel kumulativer Kausalität eingeordnet, bei der die Ursächlichkeit des Verhaltens außer Frage steht.¹¹² Teilweise wird diese Ansicht einschränkend nur dann für richtig gehalten, wenn anders als im hier gestellten Sachverhalt nur eine Stimme den Ausschlag gibt.¹¹³ Ganz vereinzelt wird außerhalb des strafrechtlichen Schrifttums die Kausalität und damit die Verantwortlichkeit verneint.¹¹⁴ Man wird im Ergebnis all diejenigen für den Beschluss verantwortlich halten müssen, die sich für die Verwendung des minderwertigen Betons ausgesprochen haben. Andernfalls käme man zu der widersinnigen Konsequenz, dass letztlich niemand für den Beschluss verantwortlich wäre.¹¹⁵

Fraglich ist des Weiteren, ob V objektiv sorgfaltswidrig gehandelt hat. Laut Sachverhalt war die Verwendung des Betons geringerer

Güte vorschriftswidrig. Daraus ist zu schließen, dass auch die Zustimmung zu der Verwendung derartigen Betons gegen die objektiv im Verkehr erforderliche Sorgfalt verstößt. In dem Einsturz der Stadthalle hat sich auch das Risiko der Verwendung des geringerwertigen Betons realisiert. Wäre in Übereinstimmung mit den Bauvorschriften der Bau mit besserem Beton erstellt worden, wäre der Einsturz vermieden worden. Insoweit sind auch die Voraussetzungen der objektiven Zurechnung, genauer des Risikozusammenhangs und des rechtmäßigen Alternativverhaltens, erfüllt.

2) Rechtswidrigkeit

V handelt eindeutig rechtswidrig. Zu seinen Gunsten greifen ersichtlich keine Rechtfertigungsgründe ein.

3) Schuld

Es ist schließlich davon auszugehen, dass V nach seiner persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten in der Lage war, die objektiv im Verkehr erforderliche Sorgfalt einzuhalten. V handelte daher auch subjektiv sorgfaltswidrig.

4) Ergebnis

V hat sich durch sein Abstimmungsverhalten der fahrlässigen Körperverletzung zu Lasten von Hausmeister H strafbar gemacht.

¹¹⁰ Kindhäuser, Strafrecht AT, 6. Auflage 2013, § 10, Rn. 41.

¹¹¹ Puppe, JR 1992, 30, 33 f.; dies., in: NK, Band 1, 4. Auflage 2013, vor § 13, Rn. 108; ebenso Hilgendorf, NStZ 1994, S. 561, 565.

¹¹² Roxin, (Fn. 107), § 11, Rn. 19.

¹¹³ So Wessels/Beulke, (Fn. 57), Rn. 158a.

¹¹⁴ Siehe Nettessheim, BayVBL 1989, 165.

¹¹⁵ Vgl. BGHSt 37, 107, 129.

12. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

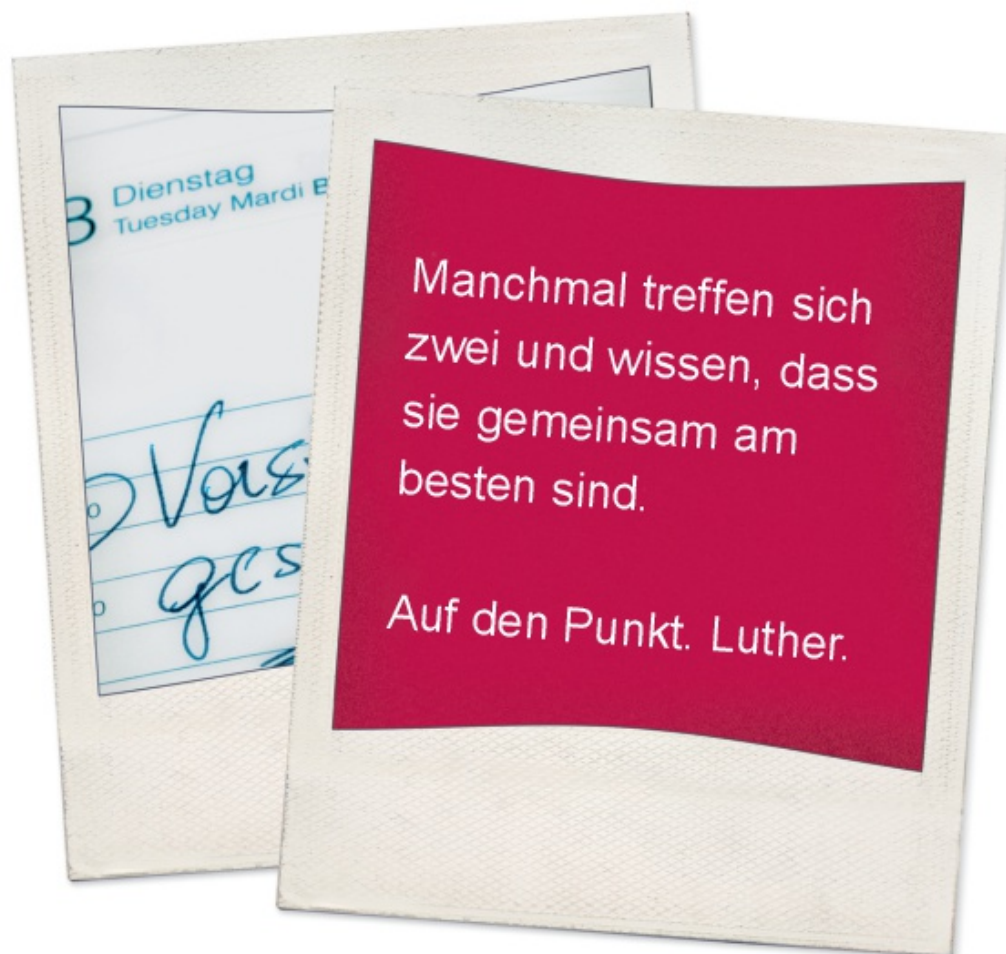
V hat sich der Bestechung durch Unterlassen gemäß den §§ 334, 336, 13 I StGB sowie in Tateinheit (§ 52 StGB) der Anstiftung zur Untreue in einem besonders schweren Fall gemäß den §§ 266 I, II, 263 III Nr. 2, 26, 13 I StGB schuldig gemacht. Des Weiteren hat er sich in Tateinheit (§ 53 StGB) wegen des Erfüllungsbetrugs in einem besonders schweren Fall nach den §§ 263 I, III Nr. 2 StGB strafbar gemacht. Schließlich hat er sich wegen einer ebenfalls in Tateinheit (§ 53 StGB) zu den anderen Taten stehenden fahrlässigen Körperverletzung gemäß § 229 StGB strafbar gemacht.

B hat sich nach den §§ 266 I, II, 263 III Nr. 2 StGB der Untreue in einem besonders schweren Fall zu Lasten der Gemeinde G sowie in Tateinheit (§ 53 StGB) der Bestechlichkeit im Amt gemäß den §§ 332, 336 StGB strafbar gemacht.

P hat sich der Bestechung gemäß den §§ 334, 336 StGB sowie in Tateinheit (§ 52 StGB) der Anstiftung zur Untreue in einem besonders schweren Fall gemäß den §§ 266 I, II, 263 III Nr. 2, 26 StGB schuldig gemacht.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Luther.



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

Auf den Punkt. Luther.

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

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

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

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



Rechtsberatung. Steuerberatung. Luther.



Wirksamkeit des Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäfts bei verbotener Einlagenrückgewähr durch eine Aktiengesellschaft

BGH, Urteil vom 12.03.2013 – II ZR 179/12, NJW 2013, 1742

Bei einem Verstoß gegen § 57 AktG sind weder das Verpflichtungs- noch das Erfüllungsgeschäft nichtig. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (leicht abgewandelt):

Die WH GmbH ist Alleinaktionärin der WB AG.

Mit notariellem Kauf- und Abtretungsvertrag vom 27.09.1995 übertrug die WB AG alle Geschäftsanteile an der A GmbH im Nennwert von 1.000.000 DM an die WH GmbH zum Kaufpreis von 1.257.000 DM.

Zum Zeitpunkt des Verkaufs und der Abtretung der Geschäftsanteile war W Vorstandsmitglied der WB AG. Beim Abschluss des Kauf- und Abtretungsvertrags wurde die WB AG von zwei anderen Vorstandsmitgliedern vertreten. Auf Seiten der Erwerberin handelte der Sohn von W, der einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer der WH GmbH war. Am Stammkapital der WH GmbH waren zum Zeitpunkt des Erwerbs W mit 24,99 Prozent, seine Ehefrau mit 9,07 Prozent und drei Kinder mit jeweils 17,06 Prozent beteiligt,

darunter der geschäftsführende Sohn. 7,84 Prozent hielten die T AG und 6,92 Prozent die M AG.

Die Geschäftsanteile an der A GmbH waren im September 1995 mehr als 3.700.000 Euro wert.

Die WH GmbH wurde anschließend als Gesellschafterin in die Gesellschafterliste der A GmbH eingetragen.

Nachdem die WB AG im Jahr 2006 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragen musste, wurde I zum Insolvenzverwalter über das Vermögen der WB AG bestellt.

I macht gegenüber der WH GmbH geltend, dass die Geschäftsanteile an der A GmbH nicht wirksam auf die WH GmbH übertragen wurden, da die WB AG bei Abschluss des Kauf- und Abtretungsvertrags nicht wirksam vertreten worden sei. Ferner sei die Abtretung der Geschäftsanteile wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nichtig. Außerdem sei der Kaufvertrag über die Geschäftsanteile unwirksam. Die WH GmbH sei daher jedenfalls verpflichtet, die Anteile an der A GmbH zurück zu übertragen. I erhebt im Jahr 2006 Klage gegen die WH GmbH auf Feststellung der Nichtigkeit des Kauf- und Abtretungsvertrags vom 27.09.1995.

Stehen dem I die geltend gemachten Ansprüche zu?

(§ 62 Abs. 3 AktG in der bis 31.12.2004 geltenden Fassung lautet: Die Ansprüche nach diesen Vorschriften verjähren in fünf Jahren seit dem Empfang der Leistung.)

I. Anspruch des I gegen die WH GmbH auf Zustimmung zur Berichtigung der Gesellschafterliste der A GmbH aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB

I könnte gegen die WH GmbH einen Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung der Gesellschafterliste der A GmbH haben, wenn die Abtretung der Anteile an der A GmbH auf die WH GmbH nichtig ist.

Hierbei ist I als Insolvenzverwalter über das Vermögen der WB AG als Partei kraft Amtes aktivlegitimiert, § 80 Abs. 1 InsO.

Da die WH GmbH als Gesellschafterin in die Gesellschafterliste der A GmbH eingetragen ist, gilt diese gegenüber der A GmbH gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG als Gesellschafterin.

Sofern die Abtretung der Anteile an der A GmbH nichtig ist, ist die WH GmbH jedoch nicht materiell-rechtlicher Inhaber der Geschäftsanteile geworden und die WB AG ist Gesellschafterin geblieben (vgl. GÖRNER, in: ROWEDDER/SCHMIDT-LEITHOFF, GmbHG, 5. Aufl., § 15, Rn. 204).

Die Gesellschafterliste ist in diesem Fall unrichtig und müsste korrigiert werden.

Ob für die Korrektur einer fehlerhaften Gesellschafterliste gemäß § 40 GmbHG der Notar oder die Geschäftsführer oder beide zuständig sind, ist umstritten (vgl. HEILMEIER, in: BeckOK GmbHG, Ed. 15, § 40, Rn. 200).

Da im Falle von Fehlern, die der Notar nicht selbstständig nachprüfen kann, dieser auf Informationen der Gesellschaft angewiesen ist, müssen jedenfalls die Geschäftsführer zumindest auch für die Korrektur der Gesellschafterliste zuständig sein. Die Geschäftsführer sind jedoch nicht berechtigt, die Gesellschafterliste eigenmächtig zu korrigieren, sondern dürfen gemäß § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG grundsätzlich nur auf Mitteilung und Nachweis tätig werden. Betrifft der Vorgang eine Änderung des Gesellschafterbestands, hat zwar jeder Betroffene – im Falle der Veräußerung Veräußerer und Erwerber – die Befugnis, auf die Unrichtigkeit hinzuweisen (vgl. ZÖLLNER/NOACK, in: BAUMBACH/HUECK, GmbHG, 20. Aufl., § 40, Rn. 20). Um jedoch Klarheit über die Unrichtigkeit zu haben, muss die Geschäftsführung die von der Korrektur betroffenen Gesellschafter nach einer Ansicht anhören (vgl. HEILMEIER, in: BeckOK GmbHG, Ed. 15, § 40, Rn. 199; WICKE, GmbHG, 2. Aufl., § 40, Rn. 10). Nach anderer Ansicht müssen die betroffenen Gesellschafter zustimmen (ZÖLLNER/NOACK, in: BAUMBACH/HUECK, GmbHG, 20. Aufl., § 40, Rn. 20, m. w. N.).

Da die WH GmbH als Gesellschafterin in die Gesellschafterliste der A GmbH eingetragen

ist, müsste diese nach der letztgenannten Auffassung somit ihrer Löschung als Gesellschafterin zustimmen.

Der entsprechende Anspruch auf Mitwirkung bei der Korrektur der Gesellschafterliste wird im Falle einer nichtigen Anteilsübertragung von einer in der Literatur vertretenen Ansicht aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Var. BGB (Leistungskondiktion) hergeleitet (so GÖRNER, in: ROWEDDER/SCHMIDT-LEITHOFF, GmbHG, 5. Aufl., § 15, Rn. 204).

In Betracht kommt auch, den Anspruch auf § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Var. BGB (Nichtleistungskondiktion) zu stützen. Denn eine Leistung im Verhältnis zwischen der WB AG und der WH GmbH lag nicht vor, wenn bereits die Anteilsübertragung und nicht lediglich das Verpflichtungsgeschäft nichtig ist. Sofern die WH GmbH nicht materieller Inhaber der Geschäftsanteile an der A GmbH geworden ist, gilt sie aufgrund ihrer Eintragung in die Gesellschafterliste gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gegenüber der A GmbH unabhängig von der materiellen Rechtslage als Gesellschafter (vgl. BAYER, in: LUTTER/HOMMELHOFF, GmbHG, 17. Aufl., § 16, Rn. 19). Sofern die WB AG noch materielle Inhaberin der Anteile an der A GmbH wäre, würde die Eintragung der WH GmbH einen Eingriff in ihre Rechtsposition als Gesellschafterin darstellen, da sie ihre Mitgliedschaftsrechte gegenüber der A GmbH nicht ausüben könnte.

Die besseren Gründe sprechen daher im vorliegenden Fall dafür, den möglichen Anspruch des I gegen die WH GmbH auf Zustimmung zur Berichtigung der Gesellschafterliste auf § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Var. BGB (Nichtleistungskondiktion) zu stützen.

Voraussetzung ist, dass die Übertragung der Anteile an der A GmbH von der WB AG auf die WH GmbH nichtig ist.

Dies kommt hier einerseits aufgrund einer fehlerhaften Vertretung der WB AG und andererseits aufgrund des von dem I geltend gemachten Verstoßes der Anteilsübertragung gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG in Betracht.

1. Wirksame Vertretung der WB AG

Die Anteilsübertragung der Geschäftsanteile an der A GmbH durch die WB AG an die WH GmbH ist unwirksam, wenn hierbei eine Vertretung der WB AG durch den Aufsichtsrat erforderlich gewesen wäre.

Gemäß § 112 AktG ist eine Aktiengesellschaft bei einem Geschäft mit einem ihrer Vorstandsmitglieder vom Aufsichtsrat zu vertreten. Ein Geschäft, das unter Verstoß gegen § 112 AktG abgeschlossen wird, ist nach früher herrschender Meinung nichtig (MERTENS, in: KölnKomm. AktG, 2. Aufl., § 112, Rn. 5), nach anderer Ansicht schwebend unwirksam, so dass es genehmigungsfähig ist (SPINDLER, in: SPINDLER/STILZ, AktG, 2. Aufl.,

§ 112, Rn. 42; diff. HÜFFER, AktG, 10. Aufl., § 112, Rn. 7).

Fraglich ist jedoch, ob § 112 AktG im vorliegenden Fall überhaupt anwendbar ist, da der Kauf- und Abtretungsvertrag aus Sicht der WB AG nicht mit ihrem Vorstandsmitglied W selbst, sondern mit der WH GmbH, an der W lediglich beteiligt ist, abgeschlossen wurde.

Da es letztlich keinen Unterschied machen kann, ob ein Geschäft zwischen der Gesellschaft und einem Vorstandsmitglied oder mit einer von dem Vorstandsmitglied zwischen geschalteten Gesellschaft abgeschlossen wird, könnte § 112 AktG auch auf die vorliegende Konstellation anwendbar sein.

Dies scheint jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn die wirtschaftlichen Wirkungen des Geschäfts zwischen der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft, an der das Vorstandsmitglied beteiligt ist, das Vorstandsmitglied treffen.

Andererseits ist W nicht als alleiniger Gesellschafter an der WH GmbH beteiligt, sondern hält nur eine Beteiligung in Höhe von 24,99 Prozent. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich der überwiegende Gesellschafterkreis der WH GmbH aus den Familienangehörigen des W zusammensetzt. Insofern besteht die Gefahr, dass die Familienangehörigen des W dieselben Interessen des W verfolgen oder sich dessen Weisungen unterwerfen, so dass ein beherrschender Einfluss

des W auf die WH GmbH vorliegen könnte. Aus diesem Grund könnten die Geschäftsanteile der Familienangehörigen des W an der WH GmbH diesem zuzurechnen sein. Dies hätte zur Folge, dass letztlich W wirtschaftlich hinter der WH GmbH steht.

Nach Ansicht des BGH folgt aus der Beteiligung des W an der WH GmbH jedoch nicht zwingend ein Interessenkonflikt, welcher von § 112 AktG verhindert werden soll:

„Die [WB AG] wurde bei dem Kauf- und Abtretungsvertrag vom Vorstand wirksam vertreten (§ 78 Abs. 1 Satz 1 AktG). Gegenüber Vorstandsmitgliedern vertritt die Gesellschaft zwar der Aufsichtsrat (§ 112 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die [WH GmbH] ist aber nicht mit dem Vorstandsmitglied der [WB AG] [W] gleichzusetzen. Ob § 112 Abs. 1 Satz 1 AktG erweiternd dahin auszulegen ist, dass der Aufsichtsrat die Gesellschaft auch gegenüber Gesellschaften vertritt, in denen ein Vorstandsmitglied maßgeblichen Einfluss hat (Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 112 AktG Rn. 8; Bürgers/Körber/Israel, AktG, 2. Aufl., § 112 Rn. 3; Hölters/Hamloch-Gesinn/Gesinn, AktG, 2. Aufl., § 112 Rn. 7; a. A. – nur bei wirtschaftlicher Identität – MünchKommAktG/Habersack, 3. Aufl., § 112 Rn. 9; Mertens/Cahn in KK-AktG, 3. Aufl., § 112 Rn. 18; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 112 Rn. 2a; Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 112 Rn. 11; Grigoleit/Tomasic, AktG, § 112 Rn. 6; gegen jede Ausweitung Großkomm. AktG/Hopt/Roth, 4. Aufl., § 112 Rn. 43), kann

hier dahinstehen. Das Vorstandsmitglied der [WB AG] [W] hatte keinen maßgeblichen Einfluss. Er war mit 24,99 % an der [WH GmbH] beteiligt und damit nur Minderheitsgesellschafter. Dass ihm darüber hinaus Rechte bei der [WH GmbH] zustanden, die einen maßgeblichen Einfluss begründen, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

Die Geschäftsanteile seiner Familienangehörigen sind [W] nicht zuzurechnen. Solange mit Familienangehörigen keine rechtlich bindenden Vereinbarungen wie Treuhandvereinbarungen oder Stimmbindungsverträge getroffen sind, besteht keine rechtlich vermittelte Möglichkeit einer maßgeblichen Einflussnahme. Eine mögliche soziale Beherrschung durch ein Familienoberhaupt kann dagegen nicht genügen. § 112 AktG trägt der Besorgnis Rechnung, dass der Vorstand bei einem Geschäft gegenüber Vorstandsmitgliedern nicht die erforderliche Unbefangenheit aufbringt. Ein solcher Interessenkonflikt kann bei Geschäften mit Gesellschaften, an denen neben einem Vorstandsmitglied Mitglieder seiner Familie beteiligt sind, nicht von vorneherein unterstellt werden, weil die Interessen der Mitglieder einer Familie nicht stets gleich laufen und eine dahingehende Vermutung keine Grundlage hätte. Das Verbot in § 89 Abs. 3 AktG betrifft nur bestimmte Geschäfte.“

Da die WB AG somit wirksam von den Vorstandsmitgliedern bei Abschluss des Kauf- und Abtretungsvertrags vertreten wurde, ist

dieser jedenfalls nicht aus diesem Grund unwirksam.

2. Unwirksamkeit der Anteilsabtretung

Ferner könnte die Abtretung der Geschäftsanteile an der A GmbH von der WB AG an die WH GmbH nichtig sein, weil die Abtretung der Geschäftsanteile gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG verstieß.

Gemäß § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG sind jegliche Leistungen der Gesellschaft an einen Aktionär aufgrund seiner Gesellschafterstellung verboten, auf die ihm das Aktiengesetz oder eine spezialgesetzliche Regelung keinen Anspruch gewährt (vgl. jüngst etwa BGH, Urteil vom 31.05.2011 – II ZR 141/09, NZG 2011, 829, 830 f.).

Als Leistung der Gesellschaft an einen Aktionär kommen sämtliche Zuwendungen, wie die Übereignung von Gegenständen, die Nutzungsüberlassung und sonstige Leistungen aller Art, in Betracht. Da der Aktionär jedoch nicht daran gehindert sein soll, wie jeder Außenstehende wirtschaftlich sinnvolle Geschäfte mit der Gesellschaft abzuschließen, sind gemäß § 57 Abs. 1 Satz 3, 2. HS AktG solche Leistungen zulässig, die durch einen vollwertigen Gegenleistungsanspruch der Gesellschaft gegen den Aktionär gedeckt sind. Bei Austauschgeschäften muss der Leistung der Gesellschaft eine angemessene Gegenleistung des Aktionärs gegenüberstehen (vgl. HÜFFER, AktG, 10. Aufl., § 57, Rn. 8).

Die Leistung der WB AG lag in der Übertragung der Geschäftsanteile an der A GmbH auf ihre Aktionärin, die WH GmbH.

Der Kaufpreis der Geschäftsanteile betrug 1.257.000 DM. Der Wert der Geschäftsanteile lag tatsächlich jedoch bei 3.700.000 Euro.

Der für die Übertragung der Geschäftsanteile der A GmbH von der WH GmbH gezahlte Kaufpreis stand folglich in einem Missverhältnis zu dem Wert der Anteile an der A GmbH.

Somit stellte die Übertragung der Anteile an der A GmbH von der WB AG auf die WH GmbH einen Verstoß gegen § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG dar.

Fraglich ist, welche Rechtsfolgen sich aus einem Verstoß gegen § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG ergeben.

Sofern es sich bei § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG um ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB handelt, könnte die Anteilsübertragung gemäß § 134 BGB nichtig sein.

Ob ein Gesetz ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellt, ist im Wege der Auslegung zu bestimmen.

Hierfür spricht zunächst der Wortlaut von § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG, der einen entsprechenden Verbotstatbestand enthält. § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG stellt außerdem keine abdingbare Norm dar, da das Verbot der Einla-

genrückgewähr und damit der Schutz des Grundkapitals der Gesellschaft zugunsten ihrer Gläubiger andernfalls weitgehend außer Kraft gesetzt werden könnte.

Gegen die Nichtigkeit des Geschäfts bei einem Verstoß gegen § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG nach § 134 BGB spricht, dass die Rechtsprechung bei einem Verstoß gegen die vergleichbare Vorschrift des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG eine Anwendung von § 134 BGB bereits abgelehnt hat (BGH, Urteil vom 23.06.1997 – II ZR 220/95, NJW 1997, 2599).

Die Aktiengesellschaft ist jedoch einer strengerer Kapitalerhaltung als die GmbH unterworfen. An Aktionäre einer Aktiengesellschaft darf nur der Bilanzgewinn ausgeschüttet werden, während die Gesellschafter einer GmbH auf das Vermögen der Gesellschaft zugreifen dürfen, solange nur das Stammkapital durch das vorhandene Gesellschaftsvermögen gedeckt wird.

Voraussetzung für die Nichtigkeit des Geschäfts ist außerdem, dass sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt.

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG werden bereits durch § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG geregelt, der eine Rückgewährpflicht des Aktionärs enthält.

Daher ist zweifelhaft, ob es im Falle eines Verstoßes gegen § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG des Rückgriffs auf § 134 BGB überhaupt bedarf.

Hierzu führt der BGH aus (Anm. d. Verf.: Der BGH nimmt bei seinen folgenden Ausführungen gleichzeitig zur Frage der Wirksamkeit des Erfüllungs- und des Verpflichtungsgeschäfts Stellung. Eine schulmäßige Prüfung diese beiden Rechtsgeschäfte müsste selbstverständlich getrennt voneinander erfolgen!):

„Bei einem Verstoß gegen § 57 AktG sind weder das Verpflichtungs- noch das Erfüllungsgeschäft nichtig.

Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung ist im Falle des § 57 AktG sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Erfüllungsgeschäft wegen eines Verstoßes gegen § 134 BGB nichtig (KK-AktG/Lutter, 2. Aufl., § 57 Rn. 63; GroßKommAktG/Henze, 4. Aufl., § 57 Rn. 203; Strohn, Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern, 1977, S. 24 f.; jedenfalls für das Verpflichtungsgeschäft: RGZ 107, 161, 168), wobei teilweise zwischen der sog. offenen und der verdeckten Rückzahlung – typischer Fall: der Verkauf von Gegenständen oder wie hier Geschäftsanteilen unterschieden wird (vgl. KK-AktG/Lutter, 2. Aufl., § 57 Rn. 69; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 57 Rn. 23). Nach anderer Ansicht ist nur das Verpflichtungsgeschäft nichtig (Geßler, Festschrift Fischer, 1979, S. 131, 142 ff.; Flume, ZHR 144 [1980], 18, 23 ff.; Wilhelm, Festschrift Flume, Band II 1978, S. 337, 383 ff.). Nach einer im Vordringen befindlichen Ansicht führt der Verstoß gegen § 57 AktG weder zur Nichtigkeit des Erfüllungs- noch des Verpflichtungsgeschäfts (MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl.,

§ 57 Rn. 162; Fleischer in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 74; KK-AktG/Drygala, 3. Aufl., § 57 Rn. 133 f.; Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 57 Rn. 20; Heidel/Drinhausen, AktG, 3. Aufl., § 57 Rn. 53; Hölters/Solveen, AktG, § 57 Rn. 28; Cahn/v. Spannenberg in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 87).

Sowohl das Verpflichtungs- als auch das Erfüllungsgeschäft sind wirksam.

§ 57 AktG enthält zwar mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB. Verstößt ein Rechtsgeschäft gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, führt das aber nicht nach § 134 BGB zu dessen Nichtigkeit, weil § 62 AktG die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr als spezialgesetzliche Vorschrift anders regelt. Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nur dann nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Eine solche andere gesetzliche Regelung enthält § 62 AktG.

Die Regelungen in den §§ 57, 62 AktG sind dahin auszulegen, dass bei einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr weder das der verbotenen Leistung an den Aktionär zugrundeliegende Verpflichtungs- noch das Erfüllungsgeschäft nichtig ist. Die Annahme einer Nichtigkeit führt zu Konkurrenzproblemen mit dem Anspruch nach § 62 AktG und stellt für den Kapitalschutz bei der

Aktiengesellschaft keine angemessene Lösung dar.

Wenn das Verpflichtungsgeschäft als nichtig angesehen wird, konkurriert der Anspruch aus § 62 AktG mit dem Bereicherungsrecht. Das führt zu Konkurrenzproblemen nicht nur mit dem Entreicherungsseinwand (§ 818 Abs. 3 BGB) oder der Haftungsverschärfung nach § 818 Abs. 4, § 819 Abs. 1 BGB, sondern auch hinsichtlich der Verjährungsregeln (§§ 195, 199 BGB). Dazu wird – von der eine Nichtigkeit annehmenden Meinung – meist vorgeschlagen, dass die Regelungen in § 62 AktG das Bereicherungsrecht verdrängen (Henze in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 62 Rn. 59), so dass die Annahme der Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts jedenfalls gegenüber dem Aktionär folgenlos bleibt. Dass die Gesellschaft auch bei Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts die eingegangene Verpflichtung nicht erfüllen darf, folgt schon aus § 62 AktG, weil die Gesellschaft die Leistung sofort zurückfordern müsste. Auch für verbotswidrig abgeschlossene Geschäfte mit Dritten, die auf eine Einlagenrückgewähr an den Aktionär hinauslaufen, bietet § 62 AktG ausreichenden Schutz (vgl. etwa BGH, Urteil vom 31. Mai 2011 – II ZR 141/09, BGHZ 190, 7 Rn. 44 f. – Dritter Börsengang; MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl., § 57 Rn. 166 f.).

Die Annahme einer Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts verstärkt zwar den insolvenzrechtlichen Schutz, weil der Gesellschaft im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens

über das Vermögen des Empfängers des unter Verstoß gegen § 57 AktG übertragenen Gegenstands nach § 47 InsO ein Recht auf Aussonderung des wegen des nichtigen Erfüllungsgeschäfts nicht zur Insolvenzmasse gehörigen Gegenstands zusteht. Die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts führt aber bei der Übertragung von beweglichen Sachen, Grundstücken und Rechten zu unterschiedlichen Ergebnissen schon hinsichtlich der Verjährung von Ansprüchen. Der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB verjährt in 30 Jahren (§ 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB); bei der unwirksamen Übertragung von Rechten gibt es keine Verjährung. Das steht wiederum in Widerspruch zur Verjährungsfrist nach § 62 Abs. 3 AktG.

Gegen die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts spricht zudem, dass § 57 AktG nicht die gegenständliche Zusammensetzung des Kapitals, sondern seine Erhaltung dem Wert nach bezweckt und dass nicht der Leistungsaustausch mit dem Aktionär als solcher, sondern dessen unangemessene Bedingungen missbilligt werden. Das hat der Gesetzgeber durch die Einführung der Regelung des § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG, nach der das Verbot der Einlagenrückgewähr nach Satz 1 bei Deckung durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär nicht gilt, klargestellt. Ein Anspruch auf Rückgewähr des verbotswidrig weggegebenen Gegenstandes kann sich trotz des auf einen nur wertmäßigen Kapitalschutz gerichteten Zwecks des § 57 AktG auch aus § 62 Abs. 1 AktG ergeben (vgl. zu § 31 GmbHG BGH, Ur-

teil vom 17. März 2008 – II ZR 24/07, BGHZ 176, 62 Rn. 9), ohne dass das Erfüllungsgeschäft für nichtig erachtet werden muss. Da bei den hier in Rede stehenden Rechtsgeschäften zwischen Gesellschaft und Aktionär nicht selten Ungewissheit darüber besteht, ob die Gegenleistung des Aktionärs angemessen ist oder nicht, wäre – wenn man die Auffassung zugrunde legt, dass ein Verstoß gegen § 57 AktG zur Nichtigkeit (auch) des Erfüllungsgeschäfts führt – häufig auch unsicher, ob das Erfüllungsgeschäft nichtig ist oder nicht. Das würde zu einer Unsicherheit über die dingliche Zuordnung der von der Gesellschaft weggegebenen Vermögensgegenstände führen und damit zu weiterer Rechtsunsicherheit.

Schließlich ist der Senat auch für die Kapitalerhaltungsvorschriften im GmbH-Recht (§§ 30, 31 GmbHG) von der Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts ausgegangen (BGH, Urteil vom 23. Juni 1997 II ZR 220/95, BGHZ 136, 125, 129 f.). Dass bei der Aktiengesellschaft das gesamte Vermögen geschützt ist, bei der GmbH dagegen nur das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen (§ 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG), rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung der Rechtsfolgen nicht.“

3. Ergebnis

Somit ist die Übertragung der Anteile an der A GmbH von der WB AG auf die WH GmbH nicht gemäß § 134 BGB i. V. m. § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG nichtig.

Die WH GmbH ist wirksam Inhaber der Anteile an der A GmbH geworden.

I hat gegen die WH GmbH keinen Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung der Gesellschafterliste aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Var. BGB.

II. Anspruch des I gegen die WH GmbH auf Rückübertragung der Geschäftsanteile an der A GmbH aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Var. BGB

Der Kaufvertrag ist als Verpflichtungsgeschäft zur Anteilsübertragung nach den Ausführungen des BGH ebenfalls nicht gemäß § 134 BGB nichtig.

Somit besteht kein Anspruch des I auf Rückübertragung der Geschäftsanteile an der A GmbH aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Var. BGB.

III. Anspruch des I gegen die WH GmbH auf Rückübertragung der Geschäftsanteile an der A GmbH aus § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG

I könnte gegen die WH GmbH ferner gemäß § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG einen Anspruch auf Rückübertragung der Anteile an der A GmbH haben.

Gemäß § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG haben Aktionäre, die Leistungen entgegen den Vorschriften des Aktiengesetzes empfangen haben, diese zurückzugewähren. Gemäß § 62 Abs. 2 Satz 2 AktG ist I als Insolvenzverwalter be-

rechtigt, diesen Anspruch während der Dauer des Insolvenzverfahrens gegen die Aktionäre geltend zu machen.

Wie § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG erfasst § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG Leistungen ohne Rücksicht auf ihren Gegenstand (HÜFFER, AktG, 10. Aufl., § 62, Rn. 6) und somit auch die Übertragung der Anteile an der A GmbH auf die WH GmbH.

Diese Übertragung verstieß gegen § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG.

Somit steht I gegen die WH GmbH grundsätzlich ein Anspruch auf Rückgewähr der Anteile an der A GmbH gemäß § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG zu.

Wie der BGH ausführt, ist der Rückgewähranspruch jedoch bereits verjährt:

„Der Rückgewähranspruch verjährt nach § 62 Abs. 3 AktG in der bis 14. Dezember 2004 geltenden Fassung, die maßgeblich ist (Art. 229 § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9, Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB), in fünf Jahren seit dem Empfang der Leistung. Die Geschäftsanteile wurden 1995 abgetreten, die Klage im Jahr 2006 erhoben. Da der Kaufvertrag wirksam ist, besteht daneben kein – möglicherweise in anderer Frist verjährender – Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 BGB.“

IV. Ergebnis

I steht gegen die WH GmbH somit weder ein Anspruch auf Mitwirkung zur Korrektur der Gesellschafterliste der A GmbH noch ein Anspruch auf Rückübertragung der Geschäftsanteile an der A GmbH zu.

Hinweise:

Die Vorschriften über die Kapitalerhaltung in der GmbH und in der AG sind sowohl in der Theorie als auch in der Praxis von herausragender Bedeutung.

Grundkenntnisse über die entsprechenden Regelungen sollten daher im Schwerpunktbereich vorhanden sein. Hierzu zählt sicherlich auch das dargestellte Urteil des BGH, das einen andauernden Meinungsstreit für die Praxis erledigt, der für die AG nach wie vor relevant war.

Von besonderer Schwierigkeit ist bereits die Identifizierung der denkbaren Anspruchsgrundlage bei Nichtigkeit der Anteilsübertragung. In der BGH-Entscheidung hatte der Insolvenzverwalter, der die Nichtigkeit der Anteilsübertragung geltend machte, Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Kauf- und Abtretungsvertrags vom 27.09.1995 erhoben. Die materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage blieb in der BGH-Entscheidung daher offen. Neben dem prozessualen Feststellungsantrag sind materiell-rechtlich hier zwei Varianten eines Bereicherungsanspruchs in Form der Leistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1,

1. Var. BGB) oder der Nichtleistungskondition (§ 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Var. BGB) denkbar.

Eine weitere Schwierigkeit bestand darin, das Vertretungsproblem zu erkennen.

Der Sachverhalt ist für eine Klausur sicher weniger geeignet, lässt sich aber in eine Hausarbeit für den Schwerpunktbereich einbauen. Die Lektüre des Urteils ist insbesondere für die mündliche Prüfung zu empfehlen.

(RA Steffen Follner)

▶ [Inhaltsverzeichnis](#)

Gutgläubiger Erwerb und Handeln unter fremden Namen

BGH, Urteil vom 01.03.2013 – V ZR 92/12, MDR 2013, 707

Tritt der Veräußerer eines unterschlagenen Kraftfahrzeuges unter dem Namen des Eigentümers auf, wird Vertragspartner des Erwerbers grundsätzlich die unter fremden Namen handelnde Person und nicht der Eigentümer, sofern der Kauf sofort abgewickelt wird. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt):

B mietete von V ein in dessen Eigentum stehendes Wohnmobil. B gab das Wohnmobil nach Ende der Mietzeit nicht zurück, sondern verkaufte es an K, einen Gebrauchtwagenhändler. Der Kauf lief im Einzelnen wie folgt ab:

Ein Mitarbeiter des K begab sich zu einem Parkplatz, wo er zwei von B beauftragte Personen antraf, Y und Z. Man einigte sich auf einen Kaufpreis in Höhe von 9.000 Euro. Der Mitarbeiter des K formulierte handschriftlich einen Kaufvertrag, den er im Namen des K unterschrieb. Für B unterschrieb der Z den Kaufvertrag, wobei er den Nachnamen des V verwendete. Als Verkäufer trug er den Namen des V ein. Nach Abschluss des Kaufvertrags übergab der Z dem Mitarbeiter des K

einen gefälschten Fahrzeugbrief (Zulassungsbescheinigung Teil II), in dem der Name des V als Eigentümer eingetragen war. Die Fälschung war für den Mitarbeiter des K nicht als solche zu erkennen. Nach der Übergabe wurde das Wohnmobil von der Polizei bei K sichergestellt und an V herausgegeben.

Kann K von V die Herausgabe des Wohnmobils verlangen?

Falllösung:

I. Anspruch des K gegen V auf Herausgabe des Wohnmobils gemäß § 985 BGB

Voraussetzung für einen Anspruch des K gegen V gemäß § 985 BGB ist, dass K Eigentümer und V Besitzer ohne Besitzrecht ist, §§ 985, 986 Abs. 1 BGB.

1. Eigentümerstellung des K

Ursprünglich war V Eigentümer des Wohnmobils. Er könnte sein Eigentum aber an K gemäß § 929 S. 1 BGB verloren haben. Voraussetzung hierfür sind gemäß § 929 S. 1 BGB Einigung und Übergabe.

Da V nicht selbst gehandelt hat, kommt eine Abgabe der Einigungserklärung nur durch Z in Vertretung des V in Betracht. Voraussetzung für eine wirksame Stellvertretung gemäß § 164 Abs. 1 BGB ist die Abgabe einer eigenen Willenserklärung in fremdem Namen und innerhalb der Vertretungsmacht.

Vorliegend hat Z den Namen des V in den Vertrag eingesetzt und mit dem Namen des V unterschrieben. Es liegt also nicht ein Handeln in fremdem Namen vor, sondern ein Handeln unter fremden Namen. Hierauf finden die §§ 164 ff. BGB analog Anwendung, wenn der Vertragspartner tatsächlich mit dem Namensinhaber kontrahieren wollte. Wollte der Vertragspartner einen Vertrag mit der handelnden Person unabhängig vom Namen einen Vertrag schließen, wird das Geschäft als Eigengeschäft behandelt und die Vertretungsregeln finden keine Anwendung. Hierzu der BGH im zugrunde liegenden Fall:

„Beim Handeln unter fremden Namen ist danach zu unterscheiden, ob – aus der insoweit maßgeblichen Sicht der anderen Partei – ein Geschäft des Namensträgers oder ein Eigengeschäft des Handelnden vorliegt (...). Ein Eigengeschäft unter falscher Namensangabe – aus dem der Handelnde selbst verpflichtet wird – ist dann gegeben, wenn die Benutzung des fremden Namens bei der anderen Vertragspartei keine Fehlvorstellung über die Identität des Handelnden hervorgerufen hat, diese den Vertrag also nur mit dem Handelnden abschließen will (...). Ein Geschäft des Namensträgers ist demgegenüber anzunehmen, wenn das Auftreten des Handelnden auf eine bestimmte andere Person hinweist und die andere Partei der Ansicht sein durfte, der Vertrag komme mit dieser Person zustande (...). In diesem Fall sind die Grundsätze über die Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) entsprechend anzuwenden (...). Der Namensträger

kann das Geschäft genehmigen, so dass er selbst Vertragspartner wird. Verweigert er die Genehmigung, bleiben die Willenserklärungen dessen, der unberechtigt unter seinem Namen gehandelt hat, unwirksam. Dieser schuldet dann entsprechend § 179 Abs. 1 BGB dem Geschäftsgegner nach dessen Wahl Erfüllung oder Schadensersatz (...).

In Literatur und Rechtsprechung herrschen unterschiedliche Auffassungen vor, wer bei dem Erwerb eines gebrauchten Kraftfahrzeuges Geschäftspartner wird, wenn der Veräußerer unter fremden Namen auftritt. Eine Ansicht geht davon aus, dass dies der Namensträger ist. Zwar verbinde der andere Geschäftspartner mit dem Namen, unter dem gehandelt werde, zunächst keinerlei Vorstellungen. Nach Einblick in die ihm vorgelegten Papiere, die den Namensträger als den Halter des angebotenen Fahrzeuges auswiesen, sei seine Bereitschaft, das Geschäft zu tätigen, jedoch daran geknüpft, dass er es mit dem Namensträger und nicht mit einem anderen zu tun habe (...). Demgegenüber stellt eine andere Ansicht die Überlegung in den Vordergrund, dass der Geschäftspartner weder den Handelnden noch den Namensträger gekannt habe. Er gehe daher davon aus, dass sein Gegenüber sein Geschäftspartner sei. Zwar halte er diesen für den Namensträger. Dies ändere aber nichts an der Vorstellung, dass der tatsächlich Handelnde der Geschäftspartner sei. Eine andere Beurteilung sei nur gerechtfertigt, wenn dem Anderen der Name so wichtig gewesen sei, dass er das Geschäft nur mit

dem Namensträger habe abschließen wollen. Davon könne jedoch angesichts des Bargeschäftscharakters eines typischen Gebrauchtwagenverkaufs keine Rede sein. Es fehle an der Identitätstauschung des Veräußerers (...).

Der Senat entscheidet diese Streitfrage dahingehend, dass allein das Auftreten des Veräußerers unter dem aus den Fahrzeugpapieren ersichtlichen Namen noch nicht zur Annahme führt, Kaufvertrag und – hier von Interesse – die dingliche Einigung seien mit dem Namensträger zustande gekommen. Zutreffend ist zwar, dass bei einer Übereinstimmung des Namens des Veräußerers mit den Eintragungen in den Fahrzeugpapieren der Erwerber – vorbehaltlich anderweitiger Anhaltspunkte – auf die Eigentümerstellung des Veräußerers vertrauen kann, während ihn bei einer Abweichung im Rahmen des § 932 Abs. 2 BGB Erkundigungspflichten nach den bestehenden Eigentumsverhältnissen treffen (...). Daraus kann aber noch nicht darauf geschlossen werden, dass der Käufer das Fahrzeug stets nur von dem Träger des aus den Fahrzeugpapieren ersichtlichen Namens, mithin von dem tatsächlichen Eigentümer, erwerben will. Für den Erwerber ist grundsätzlich die Übereinstimmung der Namen des Veräußerers und des aus dem Fahrzeugbrief ersichtlichen Halters von Belang, nicht aber die hinter dem Namen stehende Person. Gibt sich der Veräußerer eines unterschlagenen Kraftfahrzeuges unter Vorlage der Fahrzeugpapiere als dessen Eigentümer aus, so begründet dies allein noch keine Identitätsvorstellung des Erwer-

bers, hinter der die Person des verhandelnden Veräußerers zurücktritt (...). Von einer Identitätsvorstellung des Erwerbers kann vielmehr nur ausgegangen werden, wenn der Namens-träger für den Erwerber eine besondere Bedeutung hatte. Ein solcher Ausnahmefall, der beispielsweise in Betracht käme, wenn kein sofortiger Leistungsaustausch stattfindet oder wenn es sich bei dem Verkäufer um eine bekannte Persönlichkeit handelt, liegt hier jedoch nicht vor.“

Damit liegt ein Eigengeschäft des B vor, die §§ 164 ff. BGB finden keine Anwendung.

2. Übereignung gemäß §§ 929 S. 1, 932 I BGB

K könnte jedoch gemäß §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 BGB gutgläubig vom Nichtberechtigten das Eigentum an dem Wohnmobil erworben haben. Voraussetzung hierfür ist, dass die veräußerte Sache nicht im Eigentum des Veräußerers stand und es nicht (ausnahmsweise) an der Gutgläubigkeit des Erwerbers fehlt. Guter Glaube liegt gemäß § 932 Abs. 2 BGB nicht vor, wenn dem Erwerber die fehlende Eigentümerstellung bekannt ist oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Vorliegend kommt es gemäß § 166 Abs. 1 BGB für die fehlende Gutgläubigkeit auf den Mitarbeiter des K an. Hierzu der BGH:

„[Nach Auffassung des BGH] begründet beim Erwerb eines gebrauchten Fahrzeuges der Besitz desselben allein nicht den für den Gut-

glaubenserwerb nach § 932 BGB erforderlichen Rechtsschein. Vielmehr gehört es regelmäßig zu den Mindestanforderungen gutgläubigen Erwerbs eines solchen Kraftfahrzeuges, dass sich der Erwerber den Kraftfahrzeugbrief vorlegen lässt, um die Berechtigung des Veräußerers zu prüfen (...). Auch wenn der Veräußerer im Besitz des Fahrzeugs und des Briefes ist, kann der Erwerber gleichwohl bösgläubig sein, wenn besondere Umstände seinen Verdacht erregen mussten und er diese unbeachtet lässt (...). Eine allgemeine Nachforschungspflicht des Erwerbers besteht hingegen nicht (...). Von diesen Maßstäben ist das Berufungsgericht ausgegangen.

Soweit die Revision mit dem Hinweis auf eine Entscheidung des Bundessozialgerichts (...) geltend macht, dass von einem gefälschten Kraftfahrzeugbrief kein Rechtsschein ausgehen und bereits deshalb kein gutgläubiger Erwerb stattgefunden haben könne, greift dies nicht durch. Der Fahrzeugbrief (§ 25 Abs. 4 Satz 2 StVZO aF) wie auch die Zulassungsbescheinigung Teil II (§ 12 Abs. 6 FZV), die diesen mittlerweile abgelöst hat, verbrieften nicht das Eigentum an dem Fahrzeug. Ihr Sinn und Zweck besteht in dem Schutz des Eigentümers oder sonst dinglich am Kraftfahrzeug Berechtigten (...). Anhand der Eintragungen ist die Möglichkeit gegeben, bei dem eingetragenen Berechtigten die Übereignungsbefugnis des Fahrzeugbesitzers nachzuprüfen (...). Diese Prüfung hat der Erwerber jedenfalls vorzunehmen, um sich nicht dem Vorwurf grober Fahrlässigkeit auszusetzen. Kommt der Er-

werber dieser Obliegenheit nach und wird ihm ein gefälschter Kraftfahrzeugbrief vorgelegt, treffen ihn, sofern er die Fälschung nicht erkennen musste und für ihn auch keine anderen Verdachtsmomente vorlagen, keine weiteren Nachforschungspflichten. Es ist auch vor dem Hintergrund der Funktion des Kraftfahrzeugbriefs kein Grund dafür ersichtlich, ihm wegen des Vorliegens einer für ihn nicht erkennbaren Fälschung den Gutgläubenschutz zu versagen. Auch in diesen Fällen hat der Schutz des Rechtsverkehrs Vorrang vor den Interessen des bisherigen Eigentümers. (...)

Das Berufungsgericht verneint schließlich ohne Rechtsfehler das Vorliegen besonderer Umstände, die eine weitergehende Nachforschungspflicht des für den Kläger auftretenden Mitarbeiters hätten begründen können. Zwar gebietet der Straßenverkauf im Gebrauchtwagenhandel besondere Vorsicht, weil er erfahrungsgemäß das Risiko der Entdeckung eines gestohlenen Fahrzeugs mindert (...). Ein Straßenverkauf führt aber als solcher noch nicht zu weitergehenden Nachforschungspflichten, wenn er sich für den Erwerber als nicht weiter auffällig darstellt. Letzteres nimmt das Berufungsgericht an (...). Einen (...) Rechtsfehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen. (...)

Damit liegt keine grobe Fahrlässigkeit auf Seiten des Mitarbeiters des K vor. K wurde damit gemäß §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 BGB Eigentümer des Wohnmobils.

II. Ergebnis

K kann die Herausgabe des Wohnmobils von V gemäß § 985 BGB verlangen.

Hinweise:

Entscheidungen zu den §§ 932 ff. BGB sind in der Praxis eher selten, kommen in Klausuren aber sehr häufig vor. Umso examensrelevanter macht das jede einzelne Entscheidung, die der BGH zum gutgläubigen Erwerb trifft. Diese hier ist noch etwas klausurträglicher, weil mit ihr auch noch Fragen des Allgemeinen Teils verbunden sind.

Vom Prüfungsaufbau her bereitet der Fall gewisse Schwierigkeiten, da es eher fernliegend ist, hier überhaupt eine Stellvertretung zu prüfen, da ersichtlich keine Vertretungsmacht von V erteilt wurde und schon deshalb keine wirksame Stellvertretung vorliegen kann. Dennoch empfiehlt sich der hier gewählte Aufbau, da auch für die §§ 929 ff. BGB entscheidend ist, ob ein Handeln unter fremden Namen oder ein Handeln im eigenen Namen (unter Verwendung eines falschen Namens) vorliegt. Läge eine Stellvertretung vor, so fänden die §§ 932 ff. BGB keine Anwendung, da der gute Glaube an die Vertretungsmacht nur nach Maßgabe der §§ 172 ff. BGB geschützt wird, nicht aber durch § 932 ff. BGB, die allein den guten Glauben an die Eigentümerstellung schützen. Man könnte die Abgrenzung Fremdgegeschäft / Eigengeschäft also auch hier einbauen, was den Aufbau aber unnötig kompliziert

machen würde. Inzidentprüfungen sind, wo es nur geht, zu vermeiden.

Wichtig fürs Examen ist auch, die rechtliche Einordnung des Kfz-Briefs (Zulassungsbescheinigung Teil II) zu beherrschen. Zunächst sollte geläufig sein, dass die Eintragung im Kfz-Brief für die tatsächliche Eigentümerstellung vollkommen irrelevant ist. Relevant wird der Kfz-Brief lediglich bei der Frage des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten.

Die vorliegende Entscheidung verdeutlicht, dass der BGH davon ausgeht, dass in der Regel allein der Besitz eines (auch eines gefälschten) Kfz-Briefs auf Seiten des Veräußers genügt, um eine grobe Fahrlässigkeit gemäß § 932 Abs. 2 BGB beim Erwerber auszuschließen, wenn der Erwerber keine Anhaltspunkte hat, dass der Veräußerer nicht derjenige ist, der im Fahrzeugbrief eingetragen ist. Eine Nachforschungspflicht besteht dann nicht.

Dies mag auf den ersten Blick verwundern, genügt doch bei den §§ 172 ff. BGB eine gefälschte Urkunde mangels Zurechenbarkeit gerade nicht zum Begründen eines Rechts Scheins. Das ist jedoch damit zu erklären, dass Rechtsscheinträger bei den §§ 932 ff. BGB nicht die Urkunde, sondern der Besitz der Sache selbst ist. Für die Frage der groben Fahrlässigkeit im Sinne des § 932 Abs. 2 BGB ist also nur zu prüfen, ob der Erwerber Anlass hatte, an der Eigentümerstellung des Besit-

zers zu zweifeln. Dies ist auch bei Vorliegen eines (nicht erkennbar) gefälschten Kfz-Briefs jedenfalls nach Auffassung des BGH nicht der Fall.

Bei der Frage der groben Fahrlässigkeit im Sinne des § 932 Abs. 2 BGB ist auch die gegenteilige Auffassung vertretbar. Entscheidend ist, dass man ausführlich argumentiert und alle Sachverhaltsangaben bei der Argumentation verwertet.

(Dr. Julius Forschner)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Ohne-Rechnung-Abrede und Gewährleistungsrechte

OLG Schleswig, Urteil vom 12.12.2012, Az. 1 U 105/11 (Juris)

1. Vereinbaren die Parteien bei Abschluss eines Werkvertrages, dass die Werkleistung ohne Rechnung erbracht wird, damit der entsprechende Umsatz den Steuerbehörden verheimlicht werden kann und der Besteller dadurch einen Preisvorteil erzielt, ist der Werkvertrag gemäß § 134 BGB i. V. m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nichtig. (Orientierungssatz des Gerichts)

2. Die Nichtigkeit des Vertrages führt dazu, dass dem Besteller gegen den Unternehmer keine Gewährleistungsansprüche zustehen. Die anderslautenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 24. April 2008 (VII ZR 42/07 und VII ZR 140/07, NJW-RR 2008, 1050 und 1051) sind überholt. Der Zweck des § 1 SchwarzArbG würde umgangen, würde man den Vertragsparteien über Treu und Glauben vertragliche Ansprüche zubilligen, weil dann Schwarzarbeit tendenziell ohne Risiko wäre. (Orientierungssatz des Gerichts)

Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt):

B vereinbarte mit U, dass dieser eine ca. 170 qm große Auffahrt dergestalt neu errichten sollte, dass sie dem Befahren mit einem 40-Tonnen-LKW standhält. B und U vereinbarten, dass über die Werkleistung keine Rechnung gestellt werden sollte. Dafür verzichtete U auf einen Teil seines Werklohns in der Höhe, die er sonst an Umsatzsteuer hätte abführen müssen.

Nach einiger Zeit stellte sich heraus, dass sich der Belag der Auffahrt zu wellen begann, weil er nicht für das Befahren mit 40-Tonnen-LKWs geeignet war.

Kann B von U Nacherfüllung verlangen?

Falllösung:

I. Anspruch des B gegen U auf Nacherfüllung gemäß §§ 634 Nr. 1, 635 I BGB

Voraussetzung für einen Anspruch des B gegen U auf Nacherfüllung ist, dass zwischen den beiden ein Werkvertrag besteht und das Werk mangelhaft ist, §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB.

1. Vertragsschluss / Mangel

Zwei auf Abschluss eines Werkvertrags gerichtete Willenserklärungen liegen unproblematisch vor. Zwischen den Parteien wurde vereinbart, dass die zu errichtende Auffahrt

dem Befahren mit einem 40-Tonnen-LKW standhalten soll. Hierfür war die Auffahrt nicht geeignet, so dass – ebenfalls unproblematisch – ein mangelhaftes Werk vorliegt.

2. Nichtigkeit gemäß § 134 BGB

Der Vertrag könnte aber wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 SchwarzArbG gemäß § 134 BGB nichtig sein. Voraussetzung hierfür ist, dass § 1 Abs. 2 SchwarzArbG ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellt. Diese Frage ist in der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt und in der Literatur umstritten. Das OLG Schleswig bejaht dies in der vorliegenden Entscheidung:

„Die Bestimmungen des § 1 Abs. 2 SchwarzArbG sind Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB. Verstoßen beide Vertragsparteien dagegen, so führt dies zur Nichtigkeit des Werkvertrages (...). Das folgt aus einer Auslegung des Schutzzwecks des § 1 SchwarzArbG. Dem Zweck, die Bekämpfung von Schwarzarbeit zu intensivieren, ist am besten gedient, wenn ein Verstoß gegen ihre Erscheinungsformen zu einer Gesamtnichtigkeit des Vertrages führt (...). Eine Teilnichtigkeit nur der Abrede, keine Rechnung für die Werkleistung zu stellen, würde nicht die notwendige Abschreckungswirkung entfalten.

Aber auch, wenn man der Auffassung ist, die neue Vorschrift des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG habe die schon bisher als Verbotsgesetze existierenden §§ 1, 13 UStG nur ergänzt, so dass sich an der rechtlichen Beurteilung einer

Schwarzgeldabrede nichts geändert habe (...), kommt man zu dem Ergebnis der Gesamtnichtigkeit des Vertrages. Zwar liegt in einer in der Regel so bezeichneten Ohne-Rechnung-Abrede lediglich die Vorbereitung einer späteren Steuerhinterziehung durch den Auftragnehmer des Werkvertrages. Nur sie ist nichtig, während der Rest des Werkvertrages, der auf eine ordnungsgemäße Werkleistung gerichtet ist, für wirksam angesehen werden kann (...). Diese Abrede wirkt sich nämlich unmittelbar auf die Höhe des vereinbarten Werklohns aus, der niedriger ausfallen wird, als es im Falle der Abführung der anfallenden Steuer möglich wäre. Da diese Preisabrede und damit ein entscheidender Bestandteil des gegenseitigen Vertrages nichtig sind, bleibt kein Raum für die Annahme eines nicht von der Nichtigkeit erfassten Vertragsteils (...).

Mit demselben Gedanken kommt man zumindest unter Anwendung des § 139 BGB zu einer Gesamtnichtigkeit des Vertrages. Denn es ist nicht anzunehmen, dass die Parteien ohne die Schwarzgeldabrede den Vertrag mit denselben Bedingungen, vor allem mit demselben Werklohn, geschlossen haben würden (...), womit aber die dem widersprechende vorherige Rechtsprechung (...) ausdrücklich aufgegeben worden ist. Es kann dagegen nicht einfach angenommen werden, im Zweifel sei der vereinbarte Betrag als Bruttobetrag anzunehmen (...). Denn das widerspricht dem Interesse des Unternehmers, ganz abgesehen von der Frage, ob der vereinbarte Schwarzlohn nicht

auch niedriger als der hypothetische Nettowerklohn ist.

Der Einwand, der Vertrag müsse als vollständig wirksam angesehen werden, da Zweck des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nicht sein könne, das Entstehen von steuerbaren Tatbeständen zu verhindern (...), überzeugt nicht. Denn es besteht gerade ein Interesse daran, die Entstehung verheimlichter Steuertatbestände zu vermeiden. Zudem würde dieser Gedanke dem Präventionszweck des Schwarzarbeitsgesetzes widersprechen (...).“

Damit ist der gesamte Werkvertrag gemäß § 134 BGB i. V. m. § 1 Abs. 2 SchwarzArbG nichtig. B kann aus dem Werkvertrag keine Nacherfüllung verlangen.

3. Wertungsmäßige Korrektur gemäß § 242 BGB

Dieses Ergebnis könnte aber gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen. Das OLG Schleswig verneint einen Verstoß gegen Treu und Glauben entgegen zweier bisher vom BGH getroffenen Entscheidungen und kommt zu dem Ergebnis, dass es bei der Nichtigkeit gemäß § 134 BGB bleibt und der Besteller keine Nacherfüllung verlangen kann:

„Der Bundesgerichtshof hat in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2008 (...) entschieden, dass der Werkunternehmer sich bei einem Bauvertrag nach Treu und Glauben nicht auf die Nichtigkeit des Vertrages aufgrund einer

Ohne-Rechnung-Abrede berufen dürfe, um seinen Gewährleistungspflichten zu entgehen. Es könne offenbleiben, ob der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot die Berufung auf Treu und Glauben ausschliesse. Denn der Werkvertrag sei aufgrund der Ohne-Rechnung-Abrede nicht ohne weiteres nichtig, nichtig sei nur diese Abrede selbst. Der übrige Vertrag werde allenfalls unter Anwendung des § 139 BGB nichtig. Diese Bestimmung sei jedoch disponibel. Der Verstoß gegen Treu und Glauben folge aus der spezifischen Interessenlage der Parteien. Bei einem Bauvertrag erbringe der Unternehmer regelmäßig Leistungen an dem Grundstück des Bestellers. Eine Rückabwicklung des Vertrages stoße gewöhnlich auf erhebliche Schwierigkeiten. Der Besteller werde bei einer mangelhaften Bauleistung belastet, weil sein Eigentum durch das mangelhafte Werk beeinträchtigt werde. Diese spezifische Interessenlage sei für den Unternehmer erkennbar, der den nichtigen Bauvertrag durch die Erbringung seiner Leistung ins Werk setze. Er setze sich zu seinem bisher auf Erfüllung des Vertrages gerichteten Verhalten in Widerspruch, wenn er sich nunmehr auf die Nichtigkeit des Vertrages berufe.

Diese Entscheidung ist indes zu einer überholten Rechtslage ergangen – die streitgegenständlichen Verträge waren vor 2004 geschlossen worden – bei der allein Steuervorschriften als Verbotsgesetz herangezogen werden konnten und allein zur Nichtigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede führten. Gegenüber dieser Rechtslage hat der Gesetzgeber in der

Zwischenzeit durch die Änderung des Schwarzarbeitsgesetzes und des Umsatzsteuergesetzes seine Missbilligung von Steuerhinterziehung im Zusammenhang mit der Erbringung von Bauleistungen verdeutlicht. Seit der Einführung des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG mit Wirkung ab dem 1. August 2004 handelt es sich bei dieser Vertragsgestaltung um einen Tatbestand der Schwarzarbeit. Außerdem wurde mit § 14 Abs. 2 Nr. 1 UStG die Rechnungslegungspflicht des Unternehmers gegenüber Privaten bei der Erbringung von Bauleistungen festgelegt.

Wie auch sonst bei Verstößen gegen das Schwarzarbeitsgesetz ist per se der gesamte Vertrag nichtig, nicht nur die Abrede über die Steuerhinterziehung. Eines Rückgriffes auf § 139 BGB bedarf es insoweit nicht mehr. Zu derselben Folge führt die Überlegung, dass die getroffene Schwarzgeldabrede wegen ihrer Auswirkung auf die Preisvereinbarung und damit auf einen wesentlichen Bestandteil des Vertrages infolge ihrer Nichtigkeit den gesamten Vertrag zusammenbrechen lässt.

Unabhängig davon begegnet die Anwendung des § 242 BGB grundsätzlichen Bedenken. Sie darf nämlich nicht dazu führen, den Schutzzweck eines Verbotsgesetzes im Sinne des § 134 BGB zu umgehen (...). Der Zweck des § 1 SchwarzArbG würde aber gerade umgangen, würde man den Vertragsparteien vertragliche Ansprüche zubilligen, weil dann Schwarzarbeit tendenziell ohne Risiko wäre. Selbst wenn man erst mithilfe der Anwendung des § 139

BGB zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages käme, wäre § 242 BGB nicht anzuwenden. Zwar handelt es sich bei der Gesamtnichtigkeit nach § 139 BGB um eine bloße Vermutung, andererseits wäre es inkonsequent, über die Anwendung des § 242 BGB zu einer Durchführung des nichtigen Vertrages zu kommen (...). Zudem würde durch die Anwendung des § 242 BGB auch bei einer bloßen Teilnichtigkeit des Vertrages gemäß § 134 BGB der Schutzzweck des Verbotsgesetzes umgangen (...). Auch eine Gesamtnichtigkeit des Vertrages erst nach § 139 BGB ist so nicht wertfrei zu betrachten. Der Vertragszweck der Steuerhinterziehung würde zumindest auf Seiten des Bestellers nicht sanktioniert, wenn man ihm aufgrund von Treu und Glauben Ansprüche zugestehen wollte.

Auch ein Bedarf nach der Anwendung des § 242 BGB gerade zur Umgehung der Folgen eines gemäß §§ 134, 139 BGB nichtigen Werkvertrages ist nicht erkennbar. Er liegt nicht bereits darin, dass die Rückabwicklung des Bauvertrages auf Schwierigkeiten stößt. Das ist auch bei anderen Konstellationen der Fall, ohne dass deswegen auf Treu und Glauben zurückgegriffen wird, etwa bei einem Rücktritt vom Werkvertrag (...). Weiter überzeugt die Anwendung des § 242 BGB nicht, weil weder der Besteller schutzwürdig erscheint noch der Unternehmer sich widersprüchlich verhält, wenn er sich auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft. Einerseits weiß und profitiert gerade der Besteller bei der Schwarzgeldabrede von der beabsichtigten Steuerhinterzie-

hung und kann so kein schutzwürdiges Vertrauen in den Bestand des Werkvertrages aufbauen (...). Zwar ist er damit belastet, dass die Werkleistung an seinem Haus mangelhaft ist. Er ist jedoch keiner Äquivalenzstörung ausgesetzt, wenn er den Versuch unternimmt, eine Werkleistung unter Verstoß gegen steuerliche Vorschriften preiswerter zu erhalten, als es unter Ausweisung und Abführen der Umsatzsteuer möglich gewesen wäre, und dabei die Nichtigkeit des Vertrages in Kauf nimmt.

Auf der anderen Seite ist der Besteller nicht gänzlich schutzlos gestellt. Das Gesetz bietet mit dem Bereicherungsrecht und dem Deliktsrecht Ansatzpunkte, um den Vertrag rückabzuwickeln und den Besteller vor den Folgen einer mangelhaften Leistung zu bewahren (...). So kommt das Deliktsrecht zum Tragen, wenn sich der Mangel des Werks in einer Beschädigung des bis dahin intakten Bauwerks des Bestellers mitteilt. Außerdem setzt sich der Unternehmer, der sich auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft, einem Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung des Werklohns aus, wenn dieser nicht im Einzelfall gemäß §§ 814, 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen ist. Die von ihm erbrachte Werkleistung ist bei der Saldierung mit einem nur geringen Betrag zu berücksichtigen, wenn sie mangelhaft ist.

Schließlich billigt man den Parteien, die sich durch die Vertragsgestaltung außerhalb der Rechtsordnung gestellt haben, dennoch einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch zu. Dies

würde praktisch bedeuten, dass der wegen eines Verstößes gegen das Schwarzarbeitsgesetz nichtige Vertrag dennoch durchgeführt wird. Der Besteller würde kein Risiko aus dem Gesetzesverstoß tragen, obwohl er durch die beabsichtigte Steuerhinterziehung einen Preisvorteil erzielt und so gerade Interesse an der Schwarzgeldabrede hat. Dies wird der durch die Reform des Schwarzarbeitsgesetzes deutlich gewordenen Intention des Gesetzgebers nicht gerecht (...).“

II. Ergebnis

B hat gegen U keinen Anspruch auf Nacherfüllung.

Hinweise:

Es lohnt sich, die extrem ausführlich begründete Entscheidung durchzuarbeiten. Zur schulmäßigen Begründung der Rechtsauffassung sah sich das OLG Schleswig wohl dadurch veranlasst, dass es mit seiner Entscheidung (jedenfalls im Ergebnis) von der Auffassung des BGH abweicht. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass sich die Entscheidungen des BGH nicht auf das hier zur Anwendung kommende Schutzgesetz bezogen haben.

In der Klausur sind sicherlich beide Auffassungen vertretbar, solange eine ausführliche Begründung folgt und die wesentlichen Argumente aufgegriffen werden. Hierzu zählt vor allem die Frage, ob § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellt und ob das so gefundene

Ergebnis möglicherweise wertungsgemäß zu korrigieren ist, weil die Nichtigkeit die eine Vertragspartei unbillig benachteiligt.

Im Ergebnis ist dem OLG Schleswig zuzustimmen. Wer sich durch die „Ohne-Rechnung-Abrede“ der Rechtsordnung zu entziehen versucht, der verdient nicht den Schutz des Zivilrechts, der ihm gewährt würde, würde man den Werkvertrag als wirksam betrachten oder dem Besteller über § 242 BGB Gewährleistungsansprüche trotz Nichtigkeit gewähren.

Die Entscheidung des OLG Schleswig wurde inzwischen vom BGH bestätigt (Urteil vom 01.08.2013, Az. VII ZR 6/13). Die Entscheidungsgründe sind jedoch noch nicht vom BGH veröffentlicht.

(Dr. Julius Forschner)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Personenbedingte Kündigung – Alkoholsucht

BAG, Urteil vom 20.12.2012 – 2 AZR 32/11,
DB 2013, 882

1. An eine Kündigung, die auf ein Verhalten des Arbeitnehmers gestützt wird, das im Zusammenhang mit einer Alkoholsucht steht, sind grundsätzlich die gleichen Anforderungen wie an krankheitsbedingte Kündigungen zu stellen. Eine außerordentliche Kündigung kommt daher nur in eng begrenzten Fällen in Betracht, etwa bei einem Ausschluss der ordentlichen Kündigung aufgrund tarifvertraglicher oder einzelvertraglicher Vereinbarungen. (Orientierungssatz des Gerichts)

2. Ist im Zeitpunkt der Kündigung die Prognose gerechtfertigt, der Arbeitnehmer biete aufgrund einer Alkoholsucht dauerhaft nicht die Gewähr, in der Lage zu sein, die vertraglich geschuldete Tätigkeit ordnungsgemäß zu erbringen, kann eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt sein. Voraussetzung ist, dass daraus eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen folgt, diese durch mildere Mittel – etwa eine Versetzung – nicht abgewendet werden kann und sie auch bei einer Abwägung gegen die Interessen des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber billiger-

weise nicht mehr hingenommen werden muss. (Orientierungssatz des Gerichts)

3. Die Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen muss sich nicht aus der Dauer zu erwartender krankheitsbedingter Fehlzeiten ergeben. Sie kann bei einem Therapeuten in einer Suchtklinik auch darin bestehen, dass wegen zu befürchtender Alkoholauffälligkeiten während der Arbeitszeit eine sachgerechte Behandlung der Patienten nicht mehr gewährleistet ist. (Orientierungssatz des Gerichts)

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

Der im Jahr 1948 geborene K ist seit Juli 1997 bei dem Verein V als Ergotherapeut beschäftigt. V betreibt eine Fachklinik für Suchterkrankungen. In ihr werden insbesondere alkohol-, medikamenten- und drogenabhängige Patienten behandelt. K ist im Bereich der so genannten Arbeits- und Kreativtherapie tätig. In deren Rahmen sollen die Patienten von Suchtmitteln entwöhnt werden. K ist selbst „Alkoholiker“. Dies war V bei der Einstellung bekannt. Die Einstellung erfolgte in der Annahme, dass K „trocken“ sei. Die Kündigungsfrist beträgt gemäß § 2 des Arbeitsvertrags der Parteien sieben Monate zum Monatsende.

Im Herbst 2006 kam es bei K zu einem Rückfall. Am 20.12.2006 wurde während des Dienstes bei ihm Alkoholgeruch festgestellt. K gab an, alkoholhaltige Hustentropfen ein-

genommen zu haben. Ein mit seinem Einverständnis durchgeführter Test ergab eine Atemalkoholkonzentration von 0,76 Promille. Aufgrund dieses Umstands erteilte ihm V am 10.01.2007 eine Abmahnung. Am 05.02.2007 wurde bei K während der Arbeitszeit erneut Alkoholgeruch festgestellt. Am 13.02.2007 erteilte ihm V eine weitere Abmahnung. Vom 14.03. bis 24.04.2007 unterzog sich K einer stationären Entwöhnungsbehandlung. Anschließend nahm er seinen Dienst wieder auf.

Am 16.08.2007 wurde bei K bei einer Teamsitzung abermals Alkoholgeruch festgestellt. Ein Test ergab eine Atemalkoholkonzentration von 0,3 Promille. Mit Schreiben vom 17.08.2007 kündigte V das Arbeitsverhältnis außerordentlich, hilfsweise ordentlich. Vor dem Arbeitsgericht verständigten sich K und V am 22.02.2008 allerdings auf eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und die Entfernung der Abmahnungen von Januar und Februar 2007 aus der Personalakte. K erklärte sich bereit, sich bei Verdacht auf Alkoholkonsum während der Arbeitszeit einer Alkoholkontrolle zu unterziehen. Entsprechende Tests im März und im September 2008 blieben ohne Befund.

Am Vormittag des 22.05.2009 – zwischen 10:00 und 12:00 Uhr – stellte eine Mitarbeiterin von V wiederum Alkoholgeruch bei K fest. Tests ergaben eine Atemalkoholkonzentration von 0,39 Promille und einen Blutalkoholwert von 0,42 Promille. K gab an, morgens

ab 06:00 Uhr wegen starker Halsschmerzen mehrfach 10 bis 12 Tropfen „Meditonsin“ eingenommen zu haben.

Mit Schreiben vom 28.05.2009 kündigte V das Arbeitsverhältnis nach ordnungsgemäßer Anhörung der Mitarbeitervertretung fristlos, hilfsweise fristgerecht zum 31.12.2009. Ein so genanntes betriebliches Eingliederungsmanagement im Sinne des § 84 Abs. 2 SGB IX führte V vor Ausspruch der Kündigung nicht durch, wobei V auch nicht im Sinne des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig war.

Hat die außerordentliche fristlose Kündigung vom 28.05.2009 oder zumindest die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis zwischen K und V wirksam beendet?

I. Wirksamkeit der außerordentlichen fristlosen Kündigung

Die außerordentliche fristlose Kündigung hätte das zwischen K und V bestehende Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung beendet, wenn zunächst die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB vorlägen.

1. Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB

Das BAG führt in seiner Entscheidung insoweit lehrbuchartig aus:

„Gemäß § 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. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände ‚an sich‘, dh. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses angesichts der konkreten Umstände des Falls und bei Abwägung der Interessen beider Vertrags-teile – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht.“

2. Alkoholismus als Krankheit

Alkoholabhängigkeit ist eine Krankheit. Verstößt ein Arbeitnehmer infolge seiner Abhängigkeit gegen arbeitsvertragliche Pflichten, ist ihm zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung daher kein Schuldvorwurf zu machen. An eine Kündigung, die auf ein Verhalten des Arbeitnehmers gestützt wird, das im Zusammenhang mit einer Alkoholsucht steht, sind aus diesem Grunde grundsätzlich die gleichen Anforderungen wie an krankheitsbedingte Kündigungen zu stellen. Das BAG führt insoweit aus:

„Krankheit ist zwar nicht generell ungeeignet, einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. Schon an eine ordentliche Kündigung wegen Erkrankung des Arbeitnehmers ist jedoch ein strenger Maßstab anzulegen. Eine außerordentliche Kündigung kommt daher nur in eng begrenzten Fällen in Betracht, etwa bei einem Ausschluss der ordentlichen Kündigung aufgrund tarifvertraglicher oder einzelvertraglicher Vereinbarungen.“

3. Nichtvorliegen eines wichtigen Grundes

Danach ist die fristlose Kündigung gegenüber K vom 28.05.2009 nach Auffassung des BAG weder aus Gründen im Verhalten noch aus Gründen in der Person des Klägers gerechtfertigt.

„Ein vorwerfbarer Pflichtverstoß liegt nicht vor. Zwar verletzt der Kläger, wenn er unter Alkoholeinfluss seine Tätigkeit ausübt, seine arbeitsvertraglichen Hauptpflichten. Die therapeutische Arbeit in der Entwöhnungsbehandlung von Suchterkrankten erlaubt es nicht, dass der Therapeut selbst unter Alkoholeinfluss steht. Die Vermittlung eines Bewusstseins dafür, die Sucht beherrschen zu können, würde erheblich erschwert. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Zustand einer – merklichen – Alkoholisierung durch den Konsum alkoholhaltiger Getränke oder die Einnahme alkoholhaltiger Medikamente herbeigeführt wurde. Dem Vorliegen einer Pflichtverletzung steht auch nicht entgegen,

dass der Beklagte den Kläger in Kenntnis von dessen Alkoholabhängigkeit eingestellt hat. Die Einstellung erfolgte in der Annahme, dass er ‚trocken‘, also in der Lage sei, stabil abstinent zu leben. Aufgrund seiner Alkoholabhängigkeit kann dem Kläger aber kein Schuldvorwurf gemacht werden.

Die fristlose Kündigung ist auch als krankheitsbedingte Kündigung nicht wirksam. Es fehlt an einem wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB. Es sind keine Tatsachen festgestellt, aufgrund derer es dem Beklagten unzumutbar gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 31. Dezember 2009 fortzusetzen. Die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses war für den Beklagten nicht ausgeschlossen, eine fristgerechte Beendigung des Arbeitsverhältnisses also grundsätzlich möglich.“

Die Kündigungsfrist, so das BAG weiter, betrug gemäß § 2 des Arbeitsvertrags der Parteien sieben Monate zum Monatsende.

„Sie war damit zwar nicht unbeträchtlich. Angesichts der Umstände des Streitfalls war dem Beklagten aber die Weiterbeschäftigung des Klägers bis zu ihrem Ablauf zumutbar. Zum einen war dem Beklagten von Beginn an bekannt, dass der Kläger Alkoholiker ist und damit das Risiko eines Rückfalls bestand. Zum anderen war der Kläger bereits Ende des Jahres 2006 rückfällig geworden, ohne dass dies seiner Weiterbeschäftigung ab sofort ent-

gegengestanden hätte. Der Beklagte beließ es vielmehr zunächst bei Abmahnungen. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Alkoholauffälligkeiten des Klägers auch nach seinem Rückfall vereinzelt geblieben sind. Der Kläger war überdies nach der Entwöhnungsbehandlung im Jahr 2007 zunächst für etwa vier Monate, zuletzt für anderthalb Jahre unauffällig. Damit war es dem Beklagten zuzumuten, den Kläger für die begrenzte Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen und solange ggf. etwas häufigere Kontrollen durchzuführen.“

4. Ergebnis zur außerordentlichen fristlosen Kündigung

Insgesamt ist die gegenüber K am 28.05.2009 erklärte außerordentliche fristlose Kündigung daher unwirksam. Sie hat das Arbeitsverhältnis zwischen K und V nicht wirksam mit sofortiger Wirkung beendet.

II. Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung

Am 28.05.2009 wurde allerdings neben der außerordentlichen fristlosen Kündigung hilfsweise auch noch eine ordentliche Kündigung gegenüber K zum Ablauf des 31.12.2009 erklärt. Es könnte sein, dass diese Kündigung das Arbeitsverhältnis zwischen K und V zum Ablauf des 31.12.2009 wirksam beendet hat.

Dies würde indes voraussetzen, dass die ordentliche Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG durch Gründe, „die in der Person oder

in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt“ wäre.

Die Alkoholabhängigkeit des K könnte einen personenbedingten Kündigungsgrund im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG darstellen.

1. Voraussetzungen einer personenbedingten Kündigung

Zu den Voraussetzungen einer personenbedingten Kündigung führt das BAG aus:

„Ist im Zeitpunkt der Kündigung die Prognose gerechtfertigt, der Arbeitnehmer biete aufgrund einer Alkoholsucht dauerhaft nicht die Gewähr, in der Lage zu sein, die vertraglich geschuldete Tätigkeit ordnungsgemäß zu erbringen, kann eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt sein. Voraussetzung ist, dass daraus eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen folgt, diese durch mildere Mittel – etwa eine Versetzung – nicht abgewendet werden kann und sie auch bei einer Abwägung gegen die Interessen des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hingenommen werden muss.“

2. Negative Gesundheitsprognose

Zunächst müsste im Hinblick auf K und dessen Alkoholismus eine negative Gesundheitsprognose vorliegen. Dies deshalb, weil eine

Kündigung keine Bestrafung für die Vergangenheit darstellt, sondern eine personenbedingte Kündigung den Arbeitgeber vielmehr vor künftigen ungerechtfertigten Belastungen bewahren soll.

Das BAG kommt hier zu dem Ergebnis, dass aufgrund der Vorfälle in der Vergangenheit im Zeitpunkt der Kündigung die Prognose gerechtfertigt war, bei K sei auch künftig mit Alkoholauffälligkeiten während der Arbeitszeit zu rechnen.

„Eine Alkoholisierung war beim Kläger erstmals am 20. Dezember 2006 und am 5. Februar 2007 festgestellt worden. Obwohl er sich im Zeitraum vom 14. März bis 24. April 2007 einer stationären Entwöhnungsbehandlung unterzogen hatte, wurde er am 16. August 2007 erneut alkoholauffällig. Zwar hat der Beklagte die wegen der ersten beiden Auffälligkeiten erteilten Abmahnungen aus der Personalakte entfernt und an der auf den Vorfall vom August 2007 gestützten Kündigung nicht festgehalten. Die zugrunde liegenden Tatsachen bleiben aber berücksichtigungsfähig. Am 22. Mai 2009 versah der Kläger abermals unter Alkoholeinfluss seinen Dienst.

Dies rechtfertigte die Prognose, der Kläger habe seine Alkoholkrankheit auch nach der Entwöhnungsbehandlung nicht verlässlich unter Kontrolle. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass zwischen den beiden nach der Behandlung festgestellten Alkoholisierungen ein Zeitraum von mehr als

eineinhalb Jahren lag. Er zeigt gerade, dass trotz der längeren ‚trockenen‘ Periode eine günstige Prognose nicht gestellt werden konnte.

Nach dem Vorbringen des Klägers ist nicht ersichtlich, warum für die Zukunft gleichwohl mit weiteren Beeinträchtigungen durch seine Alkoholabhängigkeit nicht zu rechnen gewesen sei. Er hat nicht etwa behauptet, dass er vor Ausspruch der Kündigung eine neuerliche, nunmehr möglicherweise erfolgreichere Entwöhnungsbehandlung durchgeführt habe. Unerheblich ist, ob die festgestellten Alkoholisierungen Folge der Einnahme alkoholhaltiger Medikamente oder alkoholhaltiger Getränke waren. Die Tätigkeit eines Therapeuten von Suchtkranken wird durch Alkoholauffälligkeiten während des Dienstes unabhängig davon beeinträchtigt, in welcher Form er den Alkohol zu sich genommen hat.“

3. Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

Die erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen lässt sich hier damit begründen, dass K nach Einnahme von Alkohol für die von ihm zu erbringende Tätigkeit als Therapeut von Suchtkranken nicht einsetzbar ist und daher eine dauerhafte ordnungsgemäße Leistung des K nicht mehr zu erwarten ist.

Als Ergotherapeut, so das BAG, „arbeitet er eng mit den Patienten zusammen. Es besteht die Gefahr, dass diese in ihrem eigenen Kampf gegen die Sucht erheblich beeinträchtigt wer-

den, wenn sie bemerken, dass ihr Therapeut unter Alkoholeinfluss steht.“

Weiterhin, so das BAG, muss V befürchten, „dass bei auch zukünftig zu erwartenden Alkoholauffälligkeiten des Klägers die sachgerechte Behandlung der Patienten beeinträchtigt und ein Therapieerfolg gefährdet würde. Schon eine solche Gefährdung ist für den Beklagten nicht hinnehmbar. Er hat gegenüber Patienten und Leistungsträgern die Pflicht, schädliche Einflüsse auf den Behandlungserfolg möglichst auszuschließen. Eine andere Möglichkeit, den Kläger zu beschäftigen, bestand nach dem Vorbringen des Beklagten nicht. Auch der Kläger hat sich auf eine solche Möglichkeit – etwa eines Einsatzes bei anderen als suchtkranken Patienten oder mit anderen als therapeutischen Tätigkeiten – nicht berufen. Den Beklagten trifft insoweit nicht deshalb eine erhöhte Darlegungslast, weil er vor der Kündigung kein betriebliches Eingliederungsmanagement (bEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX durchgeführt hat. Diese Verpflichtung, deren Missachtung zu einer Erweiterung der Darlegungslast des Arbeitgebers hinsichtlich des Fehlens anderer Einsatzmöglichkeiten führen kann, betrifft nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX nur Beschäftigte, die innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind. Diese Voraussetzung lag im Streitfall nicht vor.“

4. Interessenabwägung

Schließlich müsste die personenbedingte Kündigung auch einer abschließenden Interessenabwägung standhalten.

Das BAG führt im Rahmen der Interessenabwägung aus:

„Hierbei kommt es (...) nicht entscheidend darauf an, dass mit erheblichen Ausfallzeiten des Klägers nicht zu rechnen war. Die Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen folgt nicht aus der Dauer der zu erwartenden krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers. Sie folgt daraus, dass wegen der beim Kläger auch künftig nicht auszuschließenden Alkoholauffälligkeiten während der Arbeitszeit eine sachgerechte Behandlung der Patienten nicht gewährleistet war. Selbst wenn der Kläger in einem anderen Umfeld auch unter Alkoholeinfluss ergotherapeutische Maßnahmen fachgerecht mag anleiten können, steht seiner weiteren Beschäftigung als Therapeut suchtkranker Patienten die von ihm nicht beherrschte Gefahr neuerlicher Alkoholauffälligkeiten während der Arbeitszeit entgegen.

Das betriebliche Interesse des Beklagten, die ihm anvertrauten Suchtkranken nicht in die Behandlung eines Therapeuten zu geben, bei dem die Gefahr besteht, dass er während seiner Arbeit unter Alkoholeinfluss steht, wiegt schwer. Die Beschäftigung persönlich geeigneter Therapeuten liegt nicht nur im unmittelbaren unternehmerischen Interesse des Beklagten. Vielmehr verlangt auch die Verant-

wortung für die sachgerechte Behandlung der Patienten danach, mit dieser keine persönlich ungeeigneten Therapeuten zu betrauen.

Es war dem Beklagten nicht zumutbar, der Gefahr einer Alkoholisierung des Klägers dauerhaft durch verstärkte Kontrollen zu begegnen. Eine effektive Kontrolle hätte stattzufinden, bevor es zu einem Kontakt mit den Patienten kommt. Sie vorzunehmen ist auf Dauer kaum möglich, dem Beklagten jedenfalls nicht zumutbar. Der Kläger war rückfälliger Alkoholiker. Es war davon auszugehen, dass er es darauf anlegen würde, Mittel und Wege zu finden, etwaige Kontrollen zu umgehen.

Die Belange der Beklagten werden durch die Dauer der Betriebszugehörigkeit von zwölf Jahren und das Alter des Klägers von über 60 Jahren nicht aufgewogen. Der Beklagte hat dem Kläger nach Alkoholauffälligkeiten im Dienst mehrfach die Chance einer Bewährung gegeben. Er hat die stationäre Entwöhnungsbehandlung im Jahr 2007 abgewartet und auch nach einer erneuten Alkoholauffälligkeit im August 2007 an einer Kündigung nicht festgehalten. Er hat damit alles ihm Zumutbare für einen Erhalt des Arbeitsverhältnisses getan. Jedenfalls nach dem erneuten Vorfall im Mai 2009 überwogen seine Interessen an einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses.“

Insgesamt ergibt die Abwägung der beiderseitigen Interessen somit, dass die Belange von V überwiegen. Die mit der nicht beherrschten Alkoholabhängigkeit des K ein-

hergehenden Belastungen muss V auf Dauer nicht hinnehmen.

5. Ergebnis zur ordentlichen Kündigung

Die hilfsweise erklärte ordentliche personenbedingte Kündigung vom 28.05.2009 ist damit durch personenbedingte Gründe im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial gerechtfertigt und hat das Arbeitsverhältnis zwischen K und V wirksam zum Ablauf des 31.12.2009 beendet.

III. Gesamtergebnis

Die außerordentliche fristlose Kündigung vom 28.05.2009 hat das Arbeitsverhältnis zwischen K und V nicht wirksam mit sofortiger Wirkung beendet, da die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB nicht vorliegen.

Dagegen hat die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung vom 28.05.2009 das Arbeitsverhältnis zwischen K und V wirksam zum Ablauf des 31.12.2009 beendet, da die Kündigung als personenbedingte Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial gerechtfertigt ist.

Hinweise:

1. Die Entscheidung des BAG ist sehr examensrelevant. Die Prüfung der Wirksamkeit sowohl einer außerordentlichen fristlosen Kündigung gemäß § 626 BGB als auch die Prüfung einer ordentlichen Kündigung gehö-

ren zum arbeitsrechtlichen Pflichtprüfungstoff der staatlichen Pflichtfachprüfung.

2. In der Klausur sind zunächst die Voraussetzungen einer außerordentlichen fristlosen Kündigung gemäß § 626 BGB darzustellen und anschließend zu prüfen. Sodann sind die Tatbestandsmerkmale einer ordentlichen Kündigung darzustellen und zu prüfen. Hierbei ist als Weichenstellung zu beachten, dass es sich bei Alkoholismus im Sinne einer Sucht um eine Krankheit und somit um einen personen- und nicht um einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund handelt. Unzutreffend wäre es daher, eine auf Alkoholismus beruhende Kündigung am Maßstab einer verhaltensbedingten Kündigung zu prüfen.

3. Ein guter Überblick über die arbeitsrechtlichen Anforderungen einer suchtbedingten Kündigung findet sich bei HEY/LINSE, BB 2012, S. 2881 ff. Eine Darstellung der wichtigsten Entscheidungen zum Themenbereich „außerordentliche Kündigung“ gibt SCHULTE WESTENBERG, NZA-RR 2012, S. 169 ff.

(RA Dr. Nikolaus Polzer)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

KÖPFE

GESUCHT

Referendare und Praktikanten
www.tsp-law.com

Thümmel, Schütze & Partner
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

Heimliche Tonbandaufnahme und Verwertungsverbot

BGH, Beschluss vom 23.10.2012 –
1 StR 137/12 = StV 2013, 135 f.

Hat ein erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machender Zeuge bei seiner polizeilichen Vernehmung eine Tonbandaufnahme übergeben und sich bei der Vernehmung auf diese bezogen, erstreckt sich das Verwertungsverbot des § 252 StPO auch auf die Aufnahme als Teil der Vernehmung. (Leitsatz des Bearbeiters)

Sachverhalt (gekürzt):

C erscheint freiwillig bei der Polizei und gibt an, seine Mutter und seine Schwester dürften mit dem gewaltsamen Tod seines Vaters zu tun haben. Er habe ein Streitgespräch mit seiner Mutter geführt und es auf Kassette aufgenommen. Er sei der Meinung, dass es verdächtige Äußerungen seiner Mutter beinhalte. Die hierzu angefertigte Niederschrift ist mit „Zeugen-Vernehmung“ überschrieben und von C unterschrieben. Eine Zeugenbelehrung fand nicht statt.

In der Hauptverhandlung gegen seine Schwester S beruft sich C auf sein Zeugnisverweigerungsrecht (§ 52 StPO) und widerspricht einer Verwertung der seinerzeitigen polizeilichen Vernehmung.

Der vom Vorsitzenden angekündigten Verlesung der das Gespräch in die deutsche Sprache übersetzenden Verschriftung des von C übergebenen Tonbandes widerspricht die Verteidigung.

Der Widerspruch wird durch Beschluss der Strafkammer als unbegründet zurückgewiesen. Das Tonband sei nicht Bestandteil der Vernehmung des Zeugen, auf dieses sei in der Vernehmung auch nicht Bezug genommen worden, anders als bei einem Schriftstück sei die Tonbandaufnahme nicht unmittelbar wahrnehmbar gewesen, überdies sei das Beweismittel spontan und auf eigene Initiative des Zeugen entstanden. Auch die Heimlichkeit der Aufzeichnung führe nicht zur Unverwertbarkeit der Tonbandaufzeichnung.

Daraufhin wird die Verschriftung des Gesprächs verlesen und als Beweismittel im Urteil abgehandelt. S wird verurteilt.

Mit ihrer Revision rügt sie einen Verstoß gegen § 252 StPO, der in der Verlesung und Verwertung der Verschriftung des auf Tonband aufgezeichneten Gesprächs liege. Soweit das Landgericht ein Verwertungsverbot auch mit Blick auf die Heimlichkeit der Tonbandaufnahme verneint hat, rügt die Revision dies ausdrücklich nicht.

Die Entscheidung:

„Die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigungen hat keinen Rechts-

fehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO). Der Erörterung bedarf dies lediglich hinsichtlich der Rüge einer Verletzung des § 252 StPO. [...] In dem durch [...] S.] bestimmten Prüfungsumfang [...] bleibt das Revisionsvorbringen ohne Erfolg. Zwar sieht die Revision in der Verlesung und Verwertung der Verschriftung des auf Tonband aufgezeichneten Gesprächs mit Recht einen Verstoß gegen § 252 StPO [a)]. Der Senat kann aber ausschließen, dass das Urteil auf dem aufgezeigten Rechtsfehler beruht [b)].

a) Die Verlesung und Verwertung der Verschriftung des [...] Tonbandes verletzen § 252 StPO [...].

Das übergebene Tonband ist Teil der Vernehmung, auf die sich das Verwertungsverbot bezieht. Nach den vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätzen [Nachw.], die in der Literatur Zustimmung erfahren haben [Nachw.] [...], erstreckt sich das Verwertungsverbot des § 252 StPO auch auf Schriftstücke, die der aussageverweigerungsberechtigte Zeuge bei seiner Vernehmung übergeben hat und auf die er sich [...] wie hier C.] bezogen hat [Nachw.]. Solche Schriftstücke werden Bestandteil der Aussage. Die Sachlage ist nicht anders, als wenn ein Zeuge den Inhalt des Schriftstücks mündlich wiedergegeben hätte [Nachw.]. In gleicher Weise gilt dies für die hier relevante Tonbandaufzeichnung über ein vom Zeugen mitgehörtes Gespräch, dessen Inhalt der Zeuge bei seiner Aussage hätte wiedergeben können. Auf das die Beweisinforma-

tion enthaltende Speichermedium kann es grundsätzlich nicht ankommen; denn auch andere Beweisstücke als Schriftstücke können – weil der Sache nach einer Aussage bei einer Vernehmung gleichstehend – einem Verwertungsverbot unterliegen [Nachw.]. Anderes kann sich auch nicht daraus ergeben, dass der Inhalt einer Tonbandaufzeichnung nicht unmittelbar wahrnehmbar ist, denn Gleiches würde etwa auch für ein in einer fremden Sprache verfasstes Schriftstück gelten, ohne dass sich daraus die Zulässigkeit der Verwertung dieses Beweismittels begründen ließe.

Eine Verwertbarkeit der Tonbandaufnahme ergibt sich auch nicht daraus, dass diese – wie die Strafkammer in dem Verwertungsbeschluss formuliert – spontan, aus eigener Initiative des Zeugen und ohne gezielte Nachfrage der Ermittlungsbeamten entstanden ist. Zwar sind vom Verwertungsverbot des § 252 StPO solche Äußerungen ausgenommen, die außerhalb einer Vernehmung gemacht worden sind, die also nicht im Zusammenhang mit einer Vernehmung gemacht wurden [Nachw.]. Derlei liegt hier aber nicht vor, wie die [...] Niederschrift über die [...] als ‚Zeugenvernehmung‘ und ‚Vernehmung‘ bezeichnete Aussage des Zeugen bei der Polizei belegt. In den Urteilsgründen ist gleichfalls ausgeführt, dass die Tonbandkassette vom Zeugen ‚im Rahmen seiner polizeilichen Vernehmung‘ übergeben wurde [...]. Das ‚freiwillige Erscheinen‘ des Zeugen vermag ebenso wenig wie die unterlassene Zeugenbelehrung eine vom Verwertungsverbot nicht umfasste Spontanäuße-

rung [...] zu begründen. Das übergebene Tonband und die daraus gefertigte Verschriftung sind damit vom Verwertungsverbot des § 252 StPO erfasst.

b) Das Urteil beruht indes nicht auf dem aufgezeigten Rechtsfehler (§ 337 Abs. 1 StPO). Der Senat kann ausschließen, dass der Urteilsspruch bei zutreffender Gesetzesanwendung in einer den Angeklagten günstigeren Weise ausgefallen sein könnte.“ [Wird ausgeführt.]

Hinweise:

1. Trotz § 8 Abs. 2 Nr. 8 JAPrO Baden-Württemberg sollte das Revisionsrecht auch in der Ersten juristischen Prüfung nicht völlig unbeachtet bleiben, bildet es doch oftmals (so auch hier) lediglich den Aufhänger für weitere Fragen.
2. Die Ausführungen des Senats konzentrieren sich auf die Frage nach einer Verletzung des § 252 StPO. Obgleich er diese bejaht, blieb das Revisionsvorbringen ohne Erfolg, da das Urteil nicht auf diesem Rechtsfehler beruhe (vgl. § 337 Abs. 1 StPO).
3. Demgegenüber verhält sich der Senat nicht dazu, ob das Beweismittel deliktisch erlangt wurde (von einem strafbaren Verstoß gegen § 201 Abs. 1 StGB wird man hier auszugehen haben) und dieses bejahendenfalls im Prozess überhaupt verwertet werden durfte.

Bei dieser Problematik ist zunächst daran zu erinnern, dass sich die Beweisvorschriften der StPO an staatliche Stellen und nicht an Private richten. Dass ein Beweismittel durch eine Privatperson rechtswidrig (durch eine Straftat oder Verstoß gegen § 136a StPO) erlangt wurde, schließt eine Verwertung im Strafverfahren grundsätzlich nicht aus (ROXIN/SCHÜNEMANN, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. (2012), § 24 Rn. 65; BEULKE, JURA 2008, 653 (661)). Von diesem Grundsatz werden Ausnahmen gemacht: So sei ein Beweisverwertungsverbot gegeben, wenn eine menschenrechtswidrige Beweisgewinnung (etwa durch Folter/körperliche Quälerei) zu bejahen ist (ganz h. M., vgl. ROXIN/SCHÜNEMANN, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. (2012), § 24 Rn. 65 m. w. N.). Gleiches wird angenommen, wenn die Strafverfolgungsbehörden die Regelungen der StPO dadurch (gezielt) missbräuchlich umgehen, dass sie Privatleute als ihre Ermittlungsgehilfen einsetzen und diese in einer den Behörden untersagten Art und Weise vorgehen lassen (KINDHÄUSER, Strafprozessrecht, 2. Aufl. (2010), § 23 Rn. 34 m. w. N.). In den übrigen Fällen wird im Rahmen einer einzelfallbezogenen Abwägung ermittelt, ob die rechtswidrige Beweiserhebung zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Dabei sind die Intensität des Eingriffs sowie der Rang des betroffenen Grundrechts einerseits und andererseits die Unverzichtbarkeit des Beweismittels und die Schwere des Tatvorwurfs beachtlich (BEULKE, Strafprozessrecht, 11. Aufl. (2010), Rn. 471, 480.). Wenn das Beweismittel nicht

dem Kernbereich des Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG) zuzurechnen ist und ihre Verwertung zur Aufklärung einer schwerwiegenden Straftat erforderlich ist, wird die Verwertung zugelassen (vgl. BGH, Urteil vom 12.04.1989 – 3 StR 453/88 = NJW 1989, 2760 (2762)).

Genauerer zu Inhalt und Umständen des aufgenommenen Gesprächs lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen. Von einer der genannten Ausnahmen ist aber nicht auszugehen. Auch wenn es sich um ein Gespräch enger Familienangehöriger handelt, spricht vorliegend für ein Überwiegen des staatlichen Strafverfolgungsinteresses und damit eine Verwertbarkeit, dass es sich um ein Streitgespräch handelte, in dem es um den gewaltsamen Tod des Familienvaters ging, die Mutter daher nicht darauf vertrauen konnte, der Inhalt des Gesprächs bleibe geheim, dass der Zeuge selbst ein Interesse an der Aufklärung des Tod seines Vaters hatte und es sich bei der aufzuklärenden Tat um einen Mord handelt (vgl. dazu MOSBACHER, JuS 2013, 131 (133)).

Gleichwohl wäre S eine diesbezügliche Rüge anzuraten gewesen. Mit Blick auf das Senatsurteil vom 14.06.1960 (Az. 1 StR 683/59 = NJW 1960, 1580) wird man sie nicht als von vornherein völlig aussichtslos betrachten können (so etwa die Anmerkung in NJW-Spezial 2012, 728 (728 f.)): Damals wurde die Verwertung eines rechtswidrig gewonnenen Tonbandmitschnitts für unzulässig erklärt.

Stattdessen hat die Revision, soweit „das Landgericht ein Verwertungsverbot auch mit Blick auf die Heimlichkeit der Tonbandaufnahme verneint hat, [...] dies ausdrücklich nicht gerügt“. Durch seine Rüge bestimmt der Revisionsführer den Prüfungsumfang des Revisionsgerichts (vgl. § 352 Abs. 1 StPO). Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kommt es maßgebend auf die „Angriffsrichtung“ der Rüge an. Daraus erklärt sich das Schweigen des Senats zu dieser Problematik. Die Revision hat eine nicht völlig aussichtslose Möglichkeit, das landgerichtliche Urteil anzugreifen, nicht genutzt.

(RA Guido Philipp Ernst)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Teilweise Zerstörung gemischt genutzter Gebäude durch Brandlegung und § 306a StGB; Versuchsbeginn bei Verwendung von Zeitzündern zur Auslösung eines Brandes

BGH, Beschluss vom 06.03.2013 – 1 StR 578/12 = BeckRS 2013, 06426

1. Eine Strafbarkeit nach § 306a I Nr. 1 StGB wegen teilweiser Zerstörung eines gemischt genutzten Gebäudes durch Brandlegung ist erst dann möglich, wenn ein zum selbstständigen Gebrauch bestimmter, unmittelbar dem Wohnen dienender Teil des Gesamtgebäudes durch die Brandlegung zum Wohnen unbrauchbar geworden ist. (Leitsatz der Bearbeiter)

2. Bei Verwendung von – vom Täter als tauglich bewerteten – Zeitzündern zur Auslösung eines Brandes liegt ein unmittelbares Ansetzen i. S. d. § 22 StGB regelmäßig dann vor, wenn der Täter nach dem Ingangsetzen der Zeitzündevorrichtung den Installationsort verlässt und damit dem weiteren Geschehensablauf seinen Lauf lässt. (Leitsatz der Bearbeiter)

Sachverhalt (aufbereitet):

A, ehemaliger langjähriger Bewohner eines aus 16 Wohn- und zwei Geschäftseinheiten bestehenden Hauses, deponierte eine elektri-

sche Herdplatte in dem im Kellergeschoss gelegenen Zählerraum des Gebäudes, um anschließend je einen Kunststoffkanister mit 10 Litern Benzin auf die Herdplatte und unter die Stromzähler des Hauses zu stellen. Die Platte verband er durch eine auf 05:45 Uhr eingestellte Zeitschaltuhr mit dem Stromnetz. Die Holzlattentür des Raumes verriegelte er mit einem mit Sekundenkleber präparierten Vorhängeschloss, um das Vordringen von zum Löschen bereiten Personen zu verhindern oder zumindest zu erschweren. A handelte in der Absicht, das gesamte Gebäude in Brand zu setzen oder zumindest massiv zu zerstören. Menschen wollte er durch sein Tun aber nicht in Gefahr bringen.

Die Herdplatte erhitze sich um 05:45 Uhr, wodurch ein Brand an der Holzlattentür entstand, welcher vom Hausmeister bemerkt wurde. Dieser konnte aufgrund der Verriegelung der Tür allerdings nicht zum Brandherd vordringen. Die Feuerwehr musste die Türe gewaltsam öffnen, um mit den Löscharbeiten beginnen zu können.

Durch den Brand wurden im Zählerraum verlaufenden Elektroleitungen, darunter die zentrale Stromzuleitung zum Haus, und die sich dort befindlichen Stromzähler beschädigt. Leitungen und Zähler mussten komplett erneuert werden. In einzelnen Wohnungen fanden sich Rußniederschläge. Verletzt wurde niemand, nur Mieter O, der sich früh morgens im Keller aufhielt, hätte beinahe eine Rauchvergiftung erlitten. Die kom-

plette Stromversorgung im Gebäude war erst nach einer Woche wieder hergestellt. Noch am Tattag wurde aber immerhin eine Notstromversorgung eingerichtet.

Bereits einen Monat zuvor hatte A auf dem Dachboden desselben Hauses eine vergleichbare Brandvorrichtung installiert: Gut versteckt platzierte er unter den hölzernen Dachbalken eine Einzelherdplatte, die er durch eine auf 01:30 Uhr gestellte Zeitschaltuhr mit dem Stromnetz verband. Auf die Platte stellte er einen Kanister mit 40 Litern Benzin, um sie herum sechs Kanister mit Öl. Dann verließ er das Gebäude. Es ist davon auszugehen, dass A erneut Menschen nicht gefährden wollte. Zu einem Einschalten der Herdplatte kam es nicht, da ein Elektriker (G) zufällig das Verlängerungskabel, an dem Zeitschaltuhr und Herdplatte hingen, entdeckte und vom Netz trennte, ohne aber die Brandvorrichtung zu entdecken.

Wie hat sich A nach dem StGB strafbar gemacht?

Tatkomplex 1

Der Senat beginnt seine Ausführungen mit der zeitlich zweiten Tat.

A) Strafbarkeit des A gemäß § 306 I Nr. 1 Var. 1 StGB

Indem A Herdplatte und Kanister im Zählerraum aufstellte und diese mittels der Zeitschaltuhr zum Erhitzen brachte, kann er sich

wegen Brandstiftung gemäß § 306 I Nr. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I) Tatbestand

1) Objektiver Tatbestand

Das Haus ist ein für A fremdes Gebäude. Er hat es nicht in Brand gesetzt: Dazu hätte er einen für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäude wesentlichen Bestandteil so entzünden müssen, dass dieser selbstständig weiterbrennen kann. Wesentlich ist ein Bestandteil, wenn er nicht entfernt werden kann, ohne dass das Gebäude selbst beeinträchtigt wird (EISELE, StrR BT 1, 2. Aufl. (2012), Rdnr. 1013). Hier war ein solcher nicht vom Brand betroffen.

A kann das Gebäude durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben. Als Brandlegung wird eine auf die Verursachung eines Brandes abzielende Handlung verstanden (LACKNER/KÜHL, StGB, 27. Aufl. (2011), § 306 Rdnr. 4), die zwar erfolglos war, „durch“ die jedoch das Tatobjekt ganz oder teilweise zerstört wurde. Hat das Objekt seine bestimmungsgemäße Brauchbarkeit völlig verloren, ist es ganz zerstört. Teilweise zerstört ist es, wenn einzelne für seinen bestimmungsgemäßen Gebrauch wesentliche Teile für eine „nicht nur unerhebliche Zeit“ unbrauchbar geworden sind. In Betracht kommt nur eine teilweise Zerstörung, bei der es sich um „eine solche von Gewicht handeln“ muss. Bei „einem Gebäude genügen brandbedingte Schäden in Kellerräumen, wenn diese wegen der

Beeinträchtigungen für einen gewissen Zeitraum nicht ihrer sonstigen Bestimmung entsprechend verwendet werden können“. Dies bejaht der Senat für den Zählerraum. Denn dieser *„konnte wegen der brandbedingten Zerstörung der dort verlaufenden Stromleitungen [...] sowie sämtlicher Stromzähler während der [...] Dauer der Reparaturarbeiten von acht Tagen nicht seiner Bestimmung gemäß verwendet werden.“*

2) Subjektiver Tatbestand

A handelte (sogar) mit Absicht im technischen Sinne.

II) Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III) Ergebnis

A ist gemäß § 306 I Nr. 1 Var. 1 StGB strafbar.

Demgegenüber subsidiär sind die ebenfalls vorliegenden §§ 303 I Var. 1, 305 I StGB wegen der Beschädigung des Gebäudes.

B) Strafbarkeit des A gemäß § 306a I Nr. 1 Var. 1 StGB

A kann sich durch dieselbe Handlung wegen schwerer Brandstiftung nach § 306a I Nr. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I) Tatbestand

Objektiver Tatbestand

Das ganz überwiegend aus Privatwohnungen bestehende Haus ist ein (zumindest auch) der Wohnung von Menschen dienendes Gebäude i. S. d. Norm, das A durch Brandlegung teilweise zerstört haben kann. Dazu der Senat: Diese Taterfolgsvariante liegt bei *„einem wie hier gemischt, d. h. teils wohnlich, teils gewerblich genutzten Gebäude [...] lediglich dann vor, wenn ein zum selbstständigen Gebrauch bestimmter, dem Wohnen dienender Teil eines einheitlichen Gebäudes durch die Brandlegung zum Wohnen [...] unbrauchbar geworden ist“.* Nicht ausreichend ist, *„wenn die brandbedingte zeitweilige Unbenutzbarkeit lediglich solche Teile des Tatobjekts betrifft, die nicht selbst dem Wohnen dienen, sondern lediglich funktional auf die Wohnnutzung bezogen sind, wie dies bei Kellerräumen typischerweise der Fall ist [Nachw.]. [...] Die vom Angeklagten [A] bewirkten Zerstörungserfolge [...] in dem im Keller gelegenen Zählerraum haben unmittelbar dem Wohnen dienende Teile des Gesamtgebäudes nicht betroffen“*, weswegen diesbezüglich eine Strafbarkeit gemäß § 306a I Nr. 1 StGB ausscheidet.

Gleiches gilt für die Rußniederschläge in einigen Wohnungen. Auch wenn hier *„unmittelbar dem Wohnen dienende Teile des Gesamtgebäudes“* betroffen sind, fehlt es am *„Gewicht“* der Schäden. Denn selbst eine *„er-*

hebliche Einschränkung oder Aufhebung der Nutzbarkeit für nur wenige Stunden oder einen Tag genügt regelmäßig nicht.“

Auf „den Ausfall der [regulären] Stromversorgung für acht Tage“ lässt sich für die Bejahung einer „teilweisen Zerstörung eines der Wohnung von Menschen dienenden Gebäudes“ ebenso wenig abstellen. Im Hinblick auf die bereits am Tattag eingerichtete Notstromversorgung sind im Wohnbereich jedenfalls keine Nutzungseinschränkungen von erheblichem Gewicht gegeben.

Anmerkung: Der Senat lässt ausdrücklich dahin stehen, „ob über die bisherige Rechtsprechung hinausgehend bei gemischt [...] genutzten Gebäuden der Taterfolg der vollständigen oder teilweisen Zerstörung durch Brandlegung an einem Objekt nach § 306a I Nr. 1 StGB bereits darin liegen kann, dass ausschließlich nicht dem Wohnen selbst dienende Gebäudeteile von den Brandfolgen betroffen sind, die brandbedingte Zerstörung dort aber“ (gleichsam als „mittelbare Folge“) zu (hier ja verneinten) „Einschränkungen der Nutzbarkeit der Wohnungen“ von erheblichem Gewicht führt.

II) Ergebnis

A ist nicht nach § 306a I Nr. 1 Var. 1 StGB strafbar.

C) Strafbarkeit des A gemäß § 306a II StGB

A kann sich durch dieselbe Handlung gemäß § 306a II StGB wegen schwerer Brandstiftung strafbar gemacht haben.

I) Tatbestand

1) Objektiver Tatbestand

Als konkretes Gefährdungsdelikt setzt § 306a II StGB voraus, dass es durch die Brandstiftung (an einem Tatobjekt aus § 306 I Nr. 1 bis 6 StGB) zur Gefahr einer Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen kommt (EISELE, StrR BT 1, 2. Aufl. (2012), Rdnr. 1057).

Dass, wie oben festgestellt, nicht der Wohnraum selbst, sondern lediglich ein Kellerraum teilweise zerstört wurde, steht nach dem Senat einer Strafbarkeit nach § 306a II StGB dabei nicht entgegen: Es „kann eine an einem Wohngebäude [...] verübte Brandstiftung bei Verursachung konkreter Gesundheitsgefahr sich als schwere Brandstiftung gemäß § 306a II StGB erweisen, wenn zwar keine Wohnräume, aber ein anderer funktionaler Gebäudeteil durch Brandlegung teilweise zerstört wurde, er also für nicht unerhebliche Zeit nicht bestimmungsgemäß verwendet werden konnte.“ Dies trifft für den Zählerraum zu (s. o.).

O hätte beinahe eine Rauchvergiftung erlitten. Darin kann die nötige konkrete Gesund-

heitsgefährdung liegen. Für den Begriff der Gesundheitsschädigung wird auf die Definition in § 223 I Var. 2 StGB zurückgegriffen: Diese verlangt ein Hervorrufen oder (nicht unerhebliches) Steigern eines krankhaften Zustands; kennzeichnend ist das Erfordernis eines Heilungsprozesses (KINDHÄUSER, LPK, 5. Aufl. (2013), § 223 Rdnr. 4 m. w. N.). Rauchvergiftungen stellen einen krankhaften Zustand dar und machen eine Heilbehandlung nötig, sind also Gesundheitsschädigungen.

Eine konkrete Gefahr ist gegeben, wenn es (objektiv ex ante betrachtet) nur vom Zufall abhängt, dass sie sich nicht realisiert (vgl. EISELE, StrR BT 1, 2. Aufl. (2012), Rdnr. 1059). Dies ist in Bezug auf die von O beinahe erlittene Rauchvergiftung der Fall.

Über die (unproblematisch gegebene) allgemeine Kausalität hinaus ist ein Unmittelbarkeitserfordernis nötig: In der konkreten Gesundheitsgefährdungsgefahr muss sich das i. S. d. §§ 306 f. StGB tatbestandsspezifische Brandrisiko realisiert haben (GEPPERT, JURA 1998, 597 (602)). Dies ist der Fall. Auch ist die objektive Zurechenbarkeit und damit der objektive Tatbestand gegeben.

2) Subjektiver Tatbestand

A wollte indessen keine Menschen in Gefahr bringen. § 306 a II verlangt aber nicht nur vorsätzliches Handeln hinsichtlich der Brandstiftung, sondern ebenso hinsichtlich des Eintritts einer konkreten Gefahr (EISELE,

StrR BT 1, 2. Aufl. (2012), Rdnr. 1061). Die Auffassung, dass im Rahmen des § 306a II StGB eine fahrlässige Gefahrverursachung i. S. d. § 18 StGB genüge (so HÖRNLE, JURA 1998, 169 (181)), kann angesichts des – im Hinblick auf den Gefahrerfolg explizit Fahrlässigkeit verlangenden – § 306 d StGB wenig überzeugen (HEINE, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 28. Aufl. (2010), § 306a Rdnr. 23).

II) Ergebnis

A ist nicht strafbar nach § 306a II StGB.

D) Strafbarkeit des A gemäß §§ 306b II Nr. 3 Var. 2, 22, 23 I Var. 1, 12 I StGB

Indem A die Herdplatte und die Kanister im Zählerraum aufstellte und diese mittels der Zeitschaltuhr zum Erhitzen brachte und den Raum mit dem präparierten Vorhängeschloss verschloss, kann er sich wegen versuchter besonders schwerer Brandstiftung gemäß §§ 306b II Nr. 3 Var. 2, 22, 23 I Var. 1, 12 I StGB strafbar gemacht haben.

I) Tatbestand

1) Tatentschluss

§ 306 I Nr. 1 Var. 1 StGB ist verwirklicht (s. o.). Zudem hatte A Vorsatz auf Verwirklichung des § 306b II Nr. 3 Var. 2 StGB: Durch das Verkleben des Schlosses sollte aus Sicht des A ein zügiges Löschen verhindert oder zumindest erschwert werden.

2) Unmittelbares Ansetzen

A hat unmittelbar angesetzt, indem er die Tathandlung vornahm.

II) Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III) Ergebnis

A hat sich gemäß §§ 306b II Nr. 3 Var. 2, 22, 23 I Var. 1, 12 I StGB strafbar gemacht.

E) Ergebnis im Tatkomplex 1

A ist strafbar gemäß §§ 306 I Nr. 1 Var. 1 StGB; 306b II Nr. 3 Var. 2, 22, 23 I Var. 1, 12 I; 52 I StGB.

Tatkomplex 2

Strafbarkeit des A gemäß §§ 306a I Nr. 1 Var. 1, 22, 23 I Var. 1, 12 I StGB

Indem A die durch eine Zeitschaltuhr mit dem Stromnetz verbundene Herdplatte und die Kanister auf dem Dachboden aufstellte, kann er sich wegen versuchter besonders schwerer Brandstiftung gemäß §§ 306a I Nr. 1 Var. 1, 22, 23 I Var. 1, 12 I StGB strafbar gemacht haben.

I) Tatbestand

1) Tatentschluss

A muss sich die Verwirklichung des § 306a I Nr. 1 StGB jedenfalls in Form des teilweisen Zerstörens eines Gebäudes, das der Wohnung von Menschen dient, vorgestellt haben. Dazu der Senat: *„Es ist [...] anerkannt, von der Höhe der Wahrscheinlichkeit des Inbrandsetzens des Tatobjekts aufgrund der relevanten objektiven Umstände der Tatbegehung auf das Vorliegen von Brandstiftungsvorsatz zu schließen.“* Es zeigt sich *„ein außerordentliches hohes Gefährlichkeitspotential der von dem Angeklagten [A] auf dem Dachboden an versteckter Stelle installierten Vorrichtung“*: Das *„Dach des Hauses [wurde] von hölzernen und damit besonders feuerempfänglichen Dachbalken getragen. Die Einzelherdplatte war unter diesen Dachbalken so positioniert, dass“* G. *„die Vorrichtung nicht entdeckt hat. Zudem hat der Angeklagte [A] eine beträchtliche Menge von Brandbeschleuniger in verschiedenen Kanistern um die vorgesehene Brandquelle gruppiert. Dementsprechend war nach diesen objektiven Umständen ein erhebliches Ausmaß der Brandentwicklung vom Dachgeschoss des Hauses aus zu erwarten. [...] Die vorgenannten objektiven Umstände [bilden] in ihrer Gesamtschau eine genügende Grundlage für die Annahme eines auf eine schwere Brandstiftung nach § 306a I Nr. 1 StGB gerichteten Tatentschlusses. Die tatsächlichen Gegebenheiten, aus denen sich ungeachtet der gemisch-*

ten Nutzung die Einheitlichkeit des Gebäudes und damit seine Tatobjektseigenschaft als (auch) zur Wohnung von Menschen dienend ergeben, waren dem Angeklagten [A] als langjährigem Bewohner ohnehin bekannt.“ Demnach bejaht der Senat einen entsprechenden Tatentschluss.

2) Unmittelbares Ansetzen

A muss gemäß § 22 StGB zum Versuch unmittelbar angesetzt haben. Dies ist nach dem Senat anzunehmen, wenn „aus Sicht des Täters das von ihm vollzogene Verhalten bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar einmündet oder mit ihr in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang steht. Dieser abstrakte Maßstab bedarf [...] einer wertenden Konkretisierung unter Beachtung der Umstände des Einzelfalls [..., wobei] u. a. die Dichte des Tatplans und der Grad der Rechtsgutsgefährdung, der aus Sicht des Täters durch sein bisheriges Verhalten bewirkt wird, Bedeutung erlangen. Davon ausgehend liegt Versuchsbeginn bei einer Brandstiftung vor, wenn der Täter alles nach seiner Vorstellung Erforderliche getan hat, um den Brand – auch durch bloßes Hinzutreten eines als sicher vorausgesehenen weiteren Umstands [...] – zu bewirken. [...] Es liegt bei der Verwendung von – vom Täter als tauglich bewerteten – Zeitzündern zur Auslösung eines Brandes der Versuch einer Brandstiftung regelmäßig dann vor, wenn der Täter nach dem Ingangsetzen der Zeitzündevorrichtung den

Installationsort verlässt und damit dem weiteren Geschehensablauf seinen Lauf lässt. [...] Das Auslösen des Brandes hing bei ungestörtem Fortgang des vom Angeklagten [A] vorgestellten Verlaufs lediglich noch von dem Erreichen der eingestellten Uhrzeit, der dadurch bewirkten Erhitzung der Einzelherdplatte und dem Entzünden des in dem darauf stehenden Kanister befindlichen Benzins ab.“ Danach „liegt hier ein unmittelbares Ansetzen vor“.

II) Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III) Ergebnis

A hat sich gemäß §§ 306a I Nr. 1 Var. 1, 22, 23 I Var. 1, 12 I StGB strafbar gemacht.

Endergebnis

A ist strafbar gemäß §§ 306 I Nr. 1 Var. 1 StGB; 306b II Nr. 3 Var. 2, 22, 23 I Var. 1, 12 I; 52 I StGB – § 52 II StGB – §§ 306a I Nr. 1 Var. 1, 22, 23 I Var. 1, 12 I StGB.

Hinweise:

1. Der Senat hob auf die Revision des Angeklagten das erstinstanzliche Urteil teilweise auf. Mehrfach bemängelte er „die tatrichterlichen Feststellungen“. Aus didaktischen Gründen wurde daher hiesiger Sachverhalt mit den insoweit nötigen Angaben versehen.

2. a. Die einschränkende Rechtsprechung des BGH zu § 306a I Nr. 1 StGB zur Frage des teil-

weisen Zerstörens gemischt genutzter Gebäude wird man auf die in ihrer hohen Strafandrohung begründete generelle restriktive Auslegung der Brandstiftungsdelikte zurückführen können. § 306a I Nr. 1 StGB schützt Tatobjekte, „die der Wohnung von Menschen“ dienen. Absatz 1 ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt, Rechtsgut Leib und Leben von Menschen (vgl. etwa EISELE, StrR BT 1, 2. Aufl. (2012), Rdnr. 1033). Eine solche Gefährdung des Rechtsgutes wird typischerweise nicht vorliegen, wenn nicht auch Wohnräume betroffen sind. So mag die von der Rechtsprechung praktizierte teleologische Reduktion zu erklären sein.

b. Auch für die Frage, ob ein Mehrfamilienhaus durch Brandlegung teilweise zerstört wurde, verlangt der BGH, dass „Wohnräume von der Zerstörungswirkung der Brandlegung betroffen sind“ (BGH, Urteil vom 17.11.2010 – 2 StR 399/10 = NJW 2011, 1090 (1091); zust. etwa BÖRNER, StraFo 2011, 195 (195)). In einem Mehrfamilienhaus müsse jedenfalls eine Wohnung insgesamt (und nicht nur ein Zimmer) beträchtliche Zeit zu Wohnzwecken nicht mehr benutzbar sein (BGH, Beschluss vom 14.07.2009 – 3 StR 276/09 = NStZ 2010, 151 (152); zust. BÖRNER, StraFo 2011, 195 (195 f.) je m. w. N.).

c. Dieses Vorgehen läuft auf eine unterschiedliche Behandlung der Tathandlungen hinaus, was kritisiert wird: Der Gesetzgeber habe mit der Einfügung der Variante des Brandlegens „gerade auch die oftmals damit

einhergehenden Umstände (Verpuffungen, Verrußungen etc.) als abstrakt gefährlich für Leib und Leben angesehen“ und es sei unter Verweis auf den hierfür sprechenden Wortlaut irrelevant, „welcher Teil des zur Wohnung von Menschen dienenden Gebäudes zerstört wurde“. Diese gesetzgeberische Wertung missachte der BGH (BACHMANN/GOECK, NStZ-RR 2011, 297 (299 f.); vgl. DIES., NJW 2011, 1092 (1092)).

d. Zu berücksichtigen ist, dass die Rechtsprechung bei der Frage des teilweisen Zerstörens i. R. v. § 306a II StGB eine teleologische Reduktion (wie i. R. v. § 306a I StGB) nicht vornimmt. Immerhin handelt es sich hier um ein anderes Tatobjekt und es ist eine konkrete Gesundheitsgefährdung vorausgesetzt: Durch die Verweisung auf Objekte nach § 306 I StGB besitze § 306a II StGB einen anderen Bezugspunkt als § 306a I StGB. Für § 306a I StGB genügt eine abstrakte Gefahr für Leib oder Leben von Menschen, § 306a II StGB verlangt eine konkrete Gefahr für die Gesundheit von Menschen (BGH, Urteil vom 17.11.2010 – 2 StR 399/10 = NJW 2011, 1090 (1091)).

3. Die Ausführungen des Senats zum unmittelbaren Ansetzen erinnern an die vermittelnde Betrachtungsweise zur Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens des mittelbaren Täters. Dort wird ein Versuch desselben angenommen, wenn er das von ihm in Gang gesetzte Geschehen aus der Hand gegeben hat, so dass nach seiner Vorstellung von der Tat

der hieraus resultierende Rechtsgutsangriff ohne weitere wesentliche Zwischenschritte und ohne längere Unterbrechung in die Verwirklichung des Tatbestandes einmündet (so etwa WESSELS/BEULKE, StrR AT, 42. Aufl. (2012), Rdnr. 613; knapp zum Streitstand ERNST, ZJS 2011, 382 (386 f.)).

*(RA Guido Philipp Ernst /
Stud. Hilfskraft Alexander Bechtel)*

► [Inhaltsverzeichnis](#)



MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

Qualität und Klasse zeichnen nicht nur unsere Juristinnen und Juristen aus. Auch unsere Mandanten gehören zu den Besten ihrer Bereiche. Ihre Ansprüche sind ebenso hoch wie individuell. Darum schaffen wir ein vielfältiges Angebot an Fachbereichen und Persönlichkeiten und bieten Ihnen exzellente Mandate, internationale Projekte und ein kollegiales Miteinander.

Wenn Sie für Ihr Talent das ganz besondere Umfeld suchen, sollten wir uns unterhalten.

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E robert.krywalski@cms-hs.com

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

Zur Verfassungskonformität der Antiterrordatei

BVerfG, Urteil vom 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07

1. Die Errichtung der Antiterrordatei als Verbunddatei verschiedener Sicherheitsbehörden zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus, die im Kern auf die Informationsanbahnung beschränkt ist und eine Nutzung der Daten zur operativen Aufgabenwahrnehmung nur in dringenden Ausnahmefällen vorsieht, ist in ihren Grundstrukturen mit der Verfassung vereinbar.

2. Regelungen, die den Austausch von Daten der Polizeibehörden und Nachrichtendienste ermöglichen, unterliegen hinsichtlich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen. Aus den Grundrechten folgt ein informationelles Trennungsprinzip, das diesen Austausch nur ausnahmsweise zulässt.

3. Eine Verbunddatei zwischen Sicherheitsbehörden wie die Antiterrordatei bedarf hinsichtlich der zu erfassenden Daten und ihrer Nutzungsmöglichkeiten einer hinreichend bestimmten und dem Übermaßverbot entsprechenden gesetzlichen Ausgestaltung. Das Antiterrordateigesetz genügt dem nicht vollständig, nämlich hinsichtlich der Bestimmung

der beteiligten Behörden, der Reichweite der als terrorismusnah erfassten Personen, der Einbeziehung von Kontaktpersonen, der Nutzung von verdeckt bereitgestellten erweiterten Grunddaten, der Konkretisierungsbefugnis der Sicherheitsbehörden für die zu speichernden Daten und der Gewährleistung einer wirksamen Aufsicht.

4. Die uneingeschränkte Einbeziehung von Daten in die Antiterrordatei, die durch Eingriffe in das Brief- und Fernmeldegeheimnis und das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung erhoben wurden, verletzt Art. 10 I und Art. 13 I GG.

Zum Sachverhalt:

Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist die Verfassungsmäßigkeit des Antiterrordateigesetzes. Durch das Antiterrordateigesetz wurde die Rechtsgrundlage für die Antiterrordatei, eine der Bekämpfung des internationalen Terrorismus dienende Verbunddatei von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder, geschaffen. Die Datei erleichtert und beschleunigt den Informationsaustausch zwischen den beteiligten Polizeibehörden und Nachrichtendiensten, indem bestimmte Erkenntnisse aus dem Zusammenhang der Bekämpfung des internationalen Terrorismus, über die einzelne Behörden verfügen, für alle beteiligten Behörden schneller auffindbar und leichter zugänglich werden.

Der Beschwerdeführer griff unmittelbar die §§ 1-6 ATDG über die Speicherung und Verwendung von Daten an; ausgenommen war § 2 S. 1 Nr. 4 ATDG. Mittelbar richtete sich die Verfassungsbeschwerde auch gegen die diese Vorschriften flankierenden §§ 8-12 ATDG, die insbesondere die datenschutzrechtliche Verantwortung und Kontrolle betreffen. Er rügt eine mögliche Verletzung in seinem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG), seinem Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) und der Verletzung des Brief- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG).

A. Zulässigkeit

Fraglich ist allein die Beschwerdebefugnis:

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Gerügt wird eine mögliche Verletzung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG durch die vom ATDG vorgesehene Speicherung und Verwendung ihn betreffender personenbezogener Daten sowie des Brief- und Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 I GG und der Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 I GG, soweit die unter Verletzung dieser Grundrechte erhoben wurden. Zugleich wird gerügt, dass die Speicherung und Verwendung der Daten nur unzureichend durch Informationsrechte zur Erlangung von Rechtsschutz flankiert werden, was mögli-

cherweise zu einer Verletzung der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 IV GG führen kann.

2. Unmittelbare Beschwer

Grundsätzlich ist die Unmittelbarkeit nur dann erfüllt, wenn das angegriffene Gesetz keines weiteren Vollzugsaktes bedarf. *„Erfordert das Gesetz zu seiner Durchführung rechtsnotwendig oder auch nur nach der tatsächlichen staatlichen Praxis einen besonderen, vom Willen der vollziehenden Stelle beeinflussten Vollzugsakt, muss der Bf. grundsätzlich zunächst diesen Akt angreifen und den gegen ihn eröffneten Rechtsweg erschöpfen, bevor er die Verfassungsbeschwerde erhebt.“*

Allerdings ist von einer unmittelbaren Betroffenheit dann auszugehen, wenn der Beschwerdeführer den Rechtsweg nicht beschreiten kann, weil er keine Kenntnis von der betreffenden Vollziehungsmaßnahme erhält. In solchen Fällen steht ihm die Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen das Gesetz ebenso zu wie in den Fällen, in denen die grundrechtliche Beschwer ohne vermittelnden Vollzugsakt durch das Gesetz eintritt.

So lag es hier. Der Beschwerdeführer konnte weder von der Speicherung noch von der Verwendung seiner Daten nach den angegriffenen Vorschriften verlässlich Kenntnis erhalten. Auch die Möglichkeit gemäß § 10 III ATDG, nachträglich „Auskunft über die Spei-

cherung der Daten zu erhalten“, und anschließend gegen die Speicherung die Gerichte anzurufen, ändert hieran nichts. Denn auf diesem Weg kann er lediglich dagegen vorgehen, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt Daten über ihn tatsächlich gespeichert sind, nicht aber – wie es seinem Rechtsschutzanliegen entspricht – dagegen, dass eine solche Speicherung, ohne dass er hierauf Einfluss hat oder hiervon Kenntnis erlangt, jederzeit möglich ist. Sofern aber „die spätere Kenntniserlangung des Betroffenen durch eine aktive Informationspflicht des Staates rechtlich gesichert ist“, entfällt – mangels Unmittelbarkeit – die Möglichkeit, gegen das Gesetz selbst Verfassungsbeschwerde einzulegen. Eine solche Informationspflicht sieht das Antiterrordateigesetz indes nicht vor.

b) Eigene und gegenwärtige Beschwer

Der Beschwerdeführer ist selbst und gegenwärtig betroffen. Wiederum führt der Umstand, dass der Betroffene in der Regel keine Kenntnis von den Vollzugsakten erlangt, dazu, „[...] *dass es für die Möglichkeit der eigenen und gegenwärtigen Betroffenheit ausreicht*], wenn der Bf. darlegt, dass er mit *einiger Wahrscheinlichkeit durch die auf den angegriffenen Rechtsnormen beruhenden Maßnahmen in seinen Grundrechten berührt wird*. Der geforderte Grad der Wahrscheinlichkeit wird davon beeinflusst, welche Möglichkeit der Bf. hat, seine Betroffenheit darzulegen. So ist bedeutsam, ob die Maßnahme auf einen tatbestandlich eng umgrenzten Per-

sonenkreis zielt oder ob sie eine große Streubreite hat und Dritte auch zufällig erfassen kann. Darlegungen, durch die sich der Bf. selbst einer Straftat oder als möglichen Verursacher einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit bezichtigen müsste, dürfen zum Beleg der eigenen gegenwärtigen Betroffenheit nicht verlangt werden.“

B. Vorlagepflicht gemäß Art. 267 AEUV

Fraglich erschien, ob Anlass für ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH gemäß Art. 267 AEUV zur Klärung der Reichweite des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes in Bezug auf einen Datenaustausch von verschiedenen Sicherheitsbehörden im Rahmen einer Verbunddatei, wie ihn das Antiterrordateigesetz regelt, bestand:

So könnte der Datenaustausch zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus Fragen aufwerfen, die zum Teil auch Regelungsbereiche des Unionsrechts berühren und der EuGH könnte danach für die aufgeworfenen Fragen gesetzlicher Richter i. S. d. Art. 101 I GG sein:

Die Europäische Union verfügt für Regelungen zum Datenschutz in Art. 16 AEUV über eigene Kompetenzen, von denen sie etwa in einer Datenschutzrichtlinie (95/46/EG vom 24.10.1995) Gebrauch gemacht hat, indem sie wesentliche Anforderungen an die Datenverarbeitung festlegt, die grundsätzlich sowohl für Private als auch für öffentliche Behörden gelten. Zudem haben die Mitgliedstaaten

i. R. d. Terrorismusabwehr alle einschlägigen Informationen über die von ihren Strafverfolgungsbehörden durchgeführten strafrechtlichen Ermittlungsergebnisse zu terroristischen Straftaten an Eurojust, Europol und die anderen Mitgliedstaaten weiterzuleiten. Das ATDG und die hierdurch erstrebte Effektivierung der Zusammenarbeit der Sicherheitsbehörden stehen daher auch in unionsrechtlichen Bezügen und wirken sich, wenn im Wege des durch das ATDG angestoßenen Informationsaustauschs weitergehende Ergebnisse gewonnen werden, mittelbar auch auf den Umfang der unionsrechtlichen Berichtspflichten aus.

Gleichwohl ist es nach Ansicht des BVerfG unzweifelhaft und unter Verweis auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Anibaldi, Slg. 1997, S. I-7493 – an der auch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Åkerberg Fransson (EuGH, NJW 2013, 1415) nichts ändert – nach den Maßstäben der Accet-claire-Rechtsprechung des EuGH auch *„keiner weiteren Klärung bedürftig, dass das ATDG und die auf seiner Grundlage erfolgende Tätigkeit der Sicherheitsbehörden und Nachrichtendienste keine Durchführung des Rechts der Union i. S. des Art. 51 I 1 GrCH darstellen.“*

I. Für die Datenschutzrichtlinie ergibt sich ein solches bereits aus Art. 3 II der Richtlinie 95/46/EG, wonach eine Datenverarbeitung, die die öffentliche Sicherheit, die Sicherheit des Staates und die Tätigkeiten des Staates

im strafrechtlichen Bereich betrifft, ausdrücklich aus ihrem Anwendungsbereich ausnimmt.

„Zudem gibt es keine unionsrechtliche Bestimmung, die die BRD zur Einrichtung einer solchen Datei verpflichtet, sie daran hindert oder ihr diesbezüglich inhaltliche Vorgaben macht, so dass auch sonst die Antiterrordatei nicht durch Unionsrecht determiniert ist.“

Das ATDG verfolgt vielmehr *„[...] innerstaatlich bestimmte Ziele, die das Funktionieren unionsrechtlich geordneter Rechtsbeziehungen nur mittelbar beeinflussen können, was für eine Prüfung am Maßstab unionsrechtlicher Grundrechtsverbürgungen nicht genügt. Eine Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte scheidet damit von vornherein aus.“*

Schon unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 51 II GRCh wie auch aus Art. 6 I EUV ergibt sich, dass die Charta den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus ausdehnt und weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union begründet noch die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben ändert.

Sodann beschäftigt sich das BVerfG mit der Frage, ob die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Åkerberg Fransson (EuGH, NJW 2013, 1415) zu einem anderen Ergebnis führen könnte, namentlich, ob sie so verstanden werden muss, als dass die GrCH schon bei einem sachlichen Bezug zum bloß abstrakten

Anwendungsbereich des Unionsrechts oder rein tatsächlicher Auswirkung auf dieses Anwendung finde. Dies verneint das BVerfG und betont vielmehr, dass im „[...] Sinne eines kooperativen Miteinanders zwischen dem BVerfG und dem EuGH [...] dieser Entscheidung keine Lesart unterlegt werden darf, nach der diese offensichtlich als Ultra-vires-Akt zu beurteilen wäre oder Schutz und Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Grundrechte in einer Weise gefährdete (Art. 23 I 1 GG), dass dies die Identität der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsordnung in Frage stellte.

Insofern darf die Entscheidung nicht in einer Weise verstanden und angewendet werden, nach der für eine Bindung der Mitgliedstaaten durch die in der Grundrechte-Charta niedergelegten Grundrechte der Europäischen Union jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreiche. Vielmehr führt der EuGH auch in dieser Entscheidung ausdrücklich aus, dass die europäischen Grundrechte der Charta nur in ‚unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen, aber nicht außerhalb derselben Anwendung finden‘ (vgl. EuGH, NJW 2013, 1415).“

C. Begründetheit

Schutzbereich und Eingriff

Die §§ 1-6 ATDG regeln die Speicherung und Verwendung personenbezogener Daten und

berühren damit den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG. Dem steht auch nicht entgegen, dass „[...] es sich bei den Daten um bereits anderweitig erhobene Daten handelt: sie werden nach eigenen Kriterien zusammengeführt und aufbereitet, um sie anderen Behörden als denen, die sie erhoben haben, zu deren Zwecken zur Verfügung zu stellen“ – dies stellt einen eigenständigen Eingriff dar.

Soweit die von der Speicherung und Verwendung betroffenen Daten durch Eingriff in Art. 10 I oder Art. 13 I GG erhoben wurden, ist auch deren Folgeverwendung an diesen Grundrechten zu messen.

Rechtfertigung

Zunächst müssten die angegriffenen Vorschriften in formeller Hinsicht mit der Verfassung vereinbar sein. Fraglich ist dabei allein die Gesetzgebungskompetenz für das ATDG:

Hinsichtlich des Austauschs von Informationen zwischen den beteiligten Behörden (BKA, LKA, BfV, LfV) kann sich der Bund auf die Gesetzgebungskompetenzen des Art. 73 I Nr. 10a-c GG stützen: „Art. 73 I Nr. 10 GG soll die Möglichkeit schaffen, föderale Zuständigkeitsgrenzen bei der Erfüllung repressiver und präventiver Aufgaben zu lockern.“ Dabei erlaube Art. 73 I Nr. 10 GG gerade auch die fachübergreifenden Regelungen über die Zu-

sammenarbeit verschiedener Polizei- und Verfassungsschutzbehörden.

Die Gesetzgebungskompetenz für die darüber hinausgehende Regelung der Zusammenarbeit mit dem BND, dem MAD, dem Zollkriminalamt und der Bundespolizei ergibt sich kraft Sachzusammenhangs zu Art. 73 I Nr. 1 und 5 GG:

Erforderlich ist, dass die Vorschriften des ATDG „[...] in einen Regelungs- und Verwendungszusammenhang eingebettet [sind], der auf die Auslandsaufklärung bezogen ist und der politischen Information der Bundesregierung dient.“ Das BVerfG sieht die Regelungen des ATDG als einem solchen Zweck dienend an und stellt darüber hinaus fest, dass „das Antiterrordateigesetz keine neuen, durch Art. 73 I Nr. 1 GG nicht mehr gedeckten Datenerhebungsbefugnisse [begründet], sondern an die jeweils für die eigene Aufgabenerfüllung erhobenen Daten an[knüpft] und lediglich dazu [verpflichtet], diese Daten anderen Behörden für deren Aufgaben zugänglich zu machen.“ Mithin stellt diese Form der Zusammenarbeit einen „[...] Teil der jeweiligen Kompetenz für die Datenerhebung und den hiermit korrespondierenden Datenschutz“ dar. Das BVerfG stellt jedoch klar, dass „[...] sich auf Art. 73 I Nr. 1 und 5 GG keine Regelung stützen [lasse], die es den anderen an der Antiterrordatei beteiligten Behörden unmittelbar erlaubte, die von diesen Bundesbehörden eingestellten Daten abzurufen.“

Das BVerfG betont überdies, dass der Gesetzgeber durch das ATDG den Bundesnachrichtendienst nicht in eine vorgelagerte Polizeibehörde umgestaltet, schließlich lasse „[...] sich auf Art. 73 I Nr. 1 und 5 GG keine Regelung stützen, die es den anderen an der Antiterrordatei beteiligten Behörden unmittelbar erlaubte, die von diesen Bundesbehörden [insbesondere des BND, Anm. d. Bearb.] eingestellten Daten abzurufen.“

Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf Art. 2 I i. V. m. 1 I GG

Legitimes Ziel:

Zunächst stellt das BVerfG fest, dass die Antiterrordatei auf ein legitimes Ziel gerichtet ist, namentlich die Bekämpfung des internationalen Terrorismus: „Sie [die Antiterrordatei, Anm. d. Bearb.] soll den Sicherheitsbehörden in erster Linie schnell und einfach Kenntnis darüber verschaffen, ob bei anderen Sicherheitsbehörden relevante Informationen zu bestimmten Personen aus dem Umfeld des internationalen Terrorismus vorliegen. Damit will sie Vorinformationen vermitteln, mit denen diese Behörden schneller und zielführender Informationssuchen bei anderen Behörden stellen können und die in dringenden Fällen auch eine erste handlungsleitende Gefahreneinschätzung ermöglichen.“

Dabei betont das BVerfG, dass es dem Gesetzgeber nicht um einen „[...] allgemeinen Austausch personenbezogener Daten aller Sicherheitsbehörden oder den Abbau jeglicher

Informationsgrenzen zwischen ihnen [geht]“, was nach seiner Ansicht den Grundsatz der Zweckbindung als solchen unterlaufen würde und daher von vornherein unzulässig wäre.

Geeignet und erforderlich:

Weiter müssten die angegriffenen Vorschriften zur Erreichung dieses Ziels auch geeignet und erforderlich sein. Durch die in §§ 1-4 ATDG begründeten Speicherungspflichten wird ein Grunddatenbestand geschaffen; dieser wird den beteiligten Behörden zur Vorbereitung weiterer Informationsabfragen zur Verfügung gestellt und kann ihnen in besonders dringenden Fällen Informationen zur Abwehr spezifischer Gefahren vermitteln. Das BVerfG sieht kein anderes Instrumentarium, das diese Ziele vergleichbar effektiv und weniger belastend sicherstellt.

Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne):

Das Antiterrordateigesetz müsste auch mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne vereinbar sein.

Das BVerfG stellt zunächst die Frage nach der grundsätzlichen Vereinbarkeit einer Antiterrordatei mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (I.) und misst anschließend die einzelnen Vorschriften an dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Bestimmtheitsgebot (II.), bevor es abschließend nach den Bestimmungen zu einer effektiven Kontrolle ihrer Anwendung (III.) fragt.

I. Grundsätzliche Vereinbarkeit der Antiterrordatei mit der Verhältnismäßigkeit

Das BVerfG arbeitet zunächst das Eingriffsgewicht heraus (1.) und wägt dieses sodann mit den öffentlichen Belangen (2.) ab.

1. Eingriffsgewicht:

Dem BVerfG nach liegt in dem von den angegriffenen Vorschriften des ATDG ermöglichten Informationsaustausch ein Eingriff von erheblichem Gewicht, der sich insbesondere aus dem „[...] Zusammenwirken der hierfür maßgeblichen Grundrechtseingriffe, die nicht isoliert betrachtet werden können [...]“, ergibt:

Als einen die Schwere des Eingriffs erhöhenden Faktor berücksichtigt das BVerfG dabei, „[...] dass durch die Datei ein Informationsaustausch zwischen zahlreichen Sicherheitsbehörden mit sehr unterschiedlichen Aufgaben ins Werk gesetzt wird und dieser insbesondere auch den Informationsaustausch zwischen Nachrichtendiensten und Polizeibehörden umfasst.“

Hierzu arbeitet der Senat insbesondere zur Frage der Zulässigkeit des Datentransfers einer Behörde zu einer anderen (so genannte Zweckänderung) zuerst abstrakt die Voraussetzungen heraus (a.), sodann grenzt er die Aufgabefelder der Nachrichtendienste zu der Polizei ab (b.). Schließlich leitet er ein informationelles Trennungsprinzip aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung her (c.), aus dem sich ergibt, dass

ein besonders qualifiziertes öffentliches Interesse vorliegen muss, das die Lockerung dieses Trennungsprinzips rechtfertigt.

a) Eine Zweckänderung im obigen Sinne ist dann nicht mit der Verfassung vereinbar, wenn den abfragenden Behörden hierdurch ermöglicht wird, auf Daten zuzugreifen, die sie selbst gar nicht hätten erheben dürfen; mit anderen Worten: *„Verfassungsrechtliche Voraussetzungen für die Erhebung, Speicherung und Verarbeitung von Daten dürfen nicht dadurch unterlaufen werden, dass Behörden, für die auf Grund ihrer Aufgabenstellung weniger strenge Anforderungen gelten, Daten im Wege der Übermittlung an Behörden weiterleiten, die ihrerseits strengeren Anforderungen unterliegen.“*

Ausgeschlossen ist eine Zweckänderung nach dem BVerfG dann, *„[...] wenn mit ihr grundrechtsbezogene Beschränkungen des Einsatzes bestimmter Ermittlungsmethoden umgangen werden, also die Informationen für den geänderten Zweck selbst auf entsprechender gesetzlicher Grundlage nicht oder nicht in dieser Art und Weise hätten erhoben werden dürfen.“*

b) Fraglich ist daher, ob das ATDG eine solche Umgehung ermöglicht:

Ausgangspunkt dabei bildet die Frage, in welchem Verhältnis die Polizei und der Nachrichtendienst zueinander stehen bzw. wo und bis zu welchem Grad Unterschiede

zwischen beiden Behörden im Hinblick auf die Erhebung von Daten bestehen:

Die Rechtsordnung unterscheidet *„[...] zwischen einer grundsätzlich offen arbeitenden Polizei, die auf eine operative Aufgabenwahrnehmung hin ausgerichtet und durch detaillierte Rechtsgrundlagen angeleitet ist, und den grundsätzlich verdeckt arbeitenden Nachrichtendiensten[...]“*, deren Ziel nicht die *„[...] operative Gefahrenabwehr, sondern die politische Information ist.“*

Das Aufgaben- und Befugnisprofil von Polizei und Nachrichtendienst unterscheidet sich folglich grundlegend:

Der Polizei obliegt *„[...] die Verhütung, Verhinderung und Verfolgung von Straftaten sowie die Abwehr von sonstigen Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.“* Ihr Handeln ist geprägt von der Befugnis, gegenüber Einzelnen Maßnahmen erforderlichenfalls auch mit Zwang durchzusetzen. Dabei sind ihre Aufgaben *„[...] gesetzlich differenziert umgrenzt und durch ein materiell wie verfahrensrechtlich vielfältig abgestuftes Arsenal von Handlungsbefugnissen unterlegt.“*

Ferner sind ihnen Befugnisse gegenüber Einzelnen nur anlassbezogen verliehen, so dass Voraussetzung für ein Tätigwerden in der Regel das Vorliegen eines Anhaltspunkts für einen Tatverdacht oder eine Gefahr ist. Entsprechendes gilt auch für die Befugnis zur Datenerhebung und -verarbeitung: Auch diese setzt einen konkreten Anlass, etwa eine

Gefahr oder einen Tatverdacht, voraus. Zudem handelt die Polizei grundsätzlich offen „[...] und hat auch in ihrem Umgang mit Daten ganz überwiegend dem Grundsatz der Offenheit zu folgen. Soweit der Gesetzgeber hingegen die Erhebung personenbezogener Daten ausnahmsweise anlasslos vorsorglich oder zur bloßen Verhütung von Gefahren oder Straftaten erlaubt, ist dies besonders rechtfertigungsbedürftig und unterliegt gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen.“

Anders die Nachrichtendienste: Ihre Aufgabe ist die politische Vorfeldaufklärung. Dementsprechend haben sie keine polizeilichen Befugnisse, ferner dürfen sie auch im Wege der Amtshilfe nicht die Polizei um Maßnahmen ersuchen, zu denen sie selbst nicht befugt sind. Durch ihr vorfeldbezogenes Aufgabenspektrum hingegen „[...] haben die Nachrichtendienste weitreichende Befugnisse zur Datensammlung, die weder hinsichtlich der konkreten Tätigkeitsfelder spezifisch ausdefiniert noch hinsichtlich der jeweils einzusetzenden Mittel detailscharf ausgestaltet sind.“ Schließlich gilt auch der Grundsatz der öffentlichen Datenerhebung für die Nachrichtendienste nicht.

c) „Informationelles Trennungsprinzip“:

Das BVerfG leitet aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein so genanntes „informationelles Trennungsprinzip“ ab: Auf Grund der dargestellten grundlegenden Unterscheide der Aufgaben und Befugnisse von

Polizei und Nachrichtendiensten „[...] dürfen Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden grundsätzlich nicht ausgetauscht werden. Einschränkungen der Datentrennung sind nur ausnahmsweise zulässig. Soweit sie zur operativen Aufgabenwahrnehmung erfolgen, begründen sie einen besonders schweren Eingriff.“

Dem BVerfG nach unterliegt der Datenaustausch zwischen Nachrichtendiensten und Polizeibehörden daher gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen. Namentlich muss „[...] der Austausch von Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden für ein mögliches operatives Tätigwerden [...] grundsätzlich einem herausragenden öffentlichen Interesse dienen, das den Zugriff auf Informationen unter den erleichterten Bedingungen, wie sie den Nachrichtendiensten zu Gebot stehen, rechtfertigt.“ Zudem ergeben sich hieraus auch erhöhte Anforderungen an die Bestimmtheit, denn diese muss durch „[...] hinreichend konkrete und qualifizierte Eingriffsschwellen auf der Grundlage normenklarer gesetzlicher Regelungen gesichert sein; auch die Eingriffsschwellen für die Erlangung der Daten dürfen hierbei nicht unterlaufen werden.“

2. Herausragendes öffentliches Interesse:

Das BVerfG stellt dem soeben dargestellten Eingriffsgewicht das öffentliche Interesse, für die Aufklärung und Bekämpfung des internationalen Terrorismus einen gezielten In-

formationsaustausch zwischen den verschiedenen Sicherheitsbehörden und genauere Einschätzungen für die Gefahrenabwehr in wichtigen Eilfällen zu ermöglichen, gegenüber.

Dabei sei „[...] das große Gewicht einer effektiven Bekämpfung des Terrorismus für die demokratische und freiheitliche Ordnung zu berücksichtigen.“ Terrorismus-Straftaten zielen auf eine „[...] Destabilisierung des Gemeinwesens und umfassen hierbei in rücksichtsloser Instrumentalisierung anderer Menschen Angriffe auf Leib und Leben beliebiger Dritter. Sie richten sich gegen die Grundpfeiler der verfassungsrechtlichen Ordnung und das Gemeinwesen als Ganzes. Es ist Gebot unserer verfassungsrechtlichen Ordnung, solche Angriffe nicht als Krieg oder als Ausnahmezustand aufzufassen, die von der Beachtung rechtsstaatlicher Anforderungen dispensieren, sondern sie als Straftaten mit den Mitteln des Rechtsstaats zu bekämpfen. Dem entspricht umgekehrt, dass der Terrorismusbekämpfung im rechtsstaatlichen Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägung ein erhebliches Gewicht beizumessen ist.“

Ferner führt das BVerfG an, dass solche Straftaten „[...] besonders schwer zu erfassen sind und die Zielpersonen sich oft in hohem Maße konspirativ verhalten [...]“, weshalb der Erfolg einer wirksamen Aufgabenwahrnehmung der Sicherheitsbehörden hier in besonderer Weise davon abhängt, „[...] dass wichtige Informationen, die bei einer Behörde anfallen,

auch für andere Behörden erschlossen werden und durch das Zusammenführen und Abgleichen der verschiedenen Daten aus diffusen Einzelerkenntnissen aussagekräftige Informationen und Lagebilder werden.“ Dies gelte angesichts der großen Zahl der mit diesen Aufgaben befassten Behörden umso mehr.

Das BVerfG kommt daher zu dem Ergebnis, dass „[...] angesichts der sich gegenüberstehenden Interessen bei umfassender Würdigung gegen die Grundstrukturen der Antiterrordatei als Instrument der Informationsanbahnung und auch als handlungsanleitende Informationsquelle für eine Gefahreinschätzung in dringenden Eilfällen keine verfassungsrechtlichen Bedenken [bestehen]“. Zur Effektivität der Aufklärung und Bekämpfung des internationalen Terrorismus darf der Gesetzgeber, wenn er einen Informationsaustausch allein auf der Grundlage der Einzelübermittlungsvorschriften für unzureichend hält, eine sie koordinierende Verbunddatei zur Informationsanbahnung wie die Antiterrordatei schaffen.

Anforderungen an Transparenz, Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle:

Das BVerfG stellt weiter fest, dass „der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz [...] auch Anforderungen an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle [stellt].“

Das ATDG gewährleistet, bedingt durch Zweck und Funktionsweise der Datei, nur in

begrenztem Umfang Transparenz hinsichtlich des Informationsaustauschs und öffnet damit den Betroffenen auch nur eingeschränkte Rechtsschutzmöglichkeiten, da es sich bei der Speicherung und Verarbeitung von Daten „[...] um Eingriffe handelt, die für die Betroffenen oftmals nicht unmittelbar wahrnehmbar sind und deren freiheitsgefährdende Bedeutung vielfach nur mittelbar oder erst später im Zusammenwirken mit weiteren Maßnahmen zum Tragen kommt“.

„§ 10 II ATDG gewährt grundsätzlich einen Anspruch auf Auskunft, ob Daten des Auskunftssuchenden in der Datei erfasst sind.“ Für verdeckt gespeicherte Daten gemäß § 4 ATDG besteht kein einheitlich gegenüber dem BKA geltend zu machender Auskunftsanspruch, vielmehr muss sich der Bürger an die einzelnen informationsführenden Behörden wenden. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass ein Antrag auf Auskunft bei allen Behörden, die Daten in die Antiterrordatei einspeichern, erforderlich sein kann.

Gleichwohl hält das BVerfG die Auskunftsansprüche angesichts des Zwecks und der Wirkweise der ATDG für verfassungskonform, auch wenn sie „[...] nur ein Mindestmaß an Transparenz für die Einzelnen gewährleisten“:

Die Einschränkung der Auskunftspflicht hinsichtlich verdeckt gespeicherter Daten ist „[...] eine Konsequenz und Kehrseite der auch im Interesse der Betroffenen ergangenen Ent-

scheidung, bestimmte Daten als so geheim einzustufen, dass sie nur vollständig verdeckt in die Datei eingestellt werden und für keine Behörde – auch nicht das Bundeskriminalamt – erkennbar sind. Ob Daten einer solchen Geheimhaltung bedürfen, ist eine Entscheidung des Gesetzgebers, die grundsätzlich in seiner Verantwortung liegt und verfassungsrechtlich vertretbar ist.“

Im Übrigen kennt das Antiterrordateigesetz weder einen Grundsatz der Offenheit der Datennutzung noch einen Richtervorbehalt noch eigene nachträgliche Benachrichtigungspflichten, die über die Benachrichtigungspflichten aus anderen Vorschriften hinausgehen. Auch dies ist „angesichts des Zwecks der Antiterrordatei [...] verfassungsrechtlich gerechtfertigt“: Dass die Antiterrordatei im Kern der Informationsanbahnung zur Vorbereitung weiterer Ermittlungen im Rahmen der Abwehr des internationalen Terrorismus diene und solche Ermittlungen grundsätzlich nicht dem Grundsatz der Offenheit folgen können, liege auf der Hand. Auch ein Richtervorbehalt sei kein geeignetes Mittel, das verfassungsrechtlich geboten wäre, da wegen der Eilbedürftigkeit der Entscheidung bei einem Zugriff gemäß § 5 II ATDG ein solcher weitgehend leerlaufen würde.

Mangels Transparenz und der daraus resultierenden nur eingeschränkten Möglichkeit individuellen Rechtsschutzes liegt die Kontrolle über die Anwendung des ATDG daher

im Wesentlichen bei der Aufsicht durch die Datenschutzbeauftragten, was nur dann „[...] mit der Verfassung vereinbar [ist], wenn für die effektive Ausgestaltung der Aufsicht verfassungsrechtliche Maßgaben beachtet werden.“

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die aufsichtliche Kontrolle die subjektiv-rechtliche Kontrolle durch die Gerichte objektiv-rechtlich flankiert. „Sie dient – neben administrativen Zwecken – der Gewährleistung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung insgesamt und schließt dabei den Schutz der subjektiven Rechte der Betroffenen ein.“

Je weniger eine subjektiv-rechtliche Kontrolle sichergestellt werden kann, umso größeres Gewicht hat die Existenz eines wirksamen aufsichtsrechtlichen Kontrollregimes.

Im Hinblick auf den Charakter der Antiterrordatei als eine Bund und Länder übergreifende Verbunddatei ist dafür zu sorgen, dass deren effektive aufsichtliche Kontrolle nicht auf Grund föderaler Zuständigkeitsunklarheiten hinter der Effektivierung des Datenaustauschs zurückbleibt. Wenn der Gesetzgeber eine informationelle Kooperation der Sicherheitsbehörden vorsieht, so muss er auch die kontrollierende Kooperation zu Gunsten des Datenschutzes ermöglichen. Es muss daher den Datenschutzbeauftragten der Länder zumindest gestattet sein, „[...] zusammenzuarbeiten und sich etwa im Wege der Amtshilfe durch Delegation oder Ermäch-

tigung bei der Wahrnehmung ihrer Befugnisse gegenseitig zu unterstützen“.

Diesem Auftrag kommt der Gesetzgeber in §§ 8, 5 IV, 9, 10 I ATDG nach, indem er „[...] eine an die föderale Kompetenzverteilung anknüpfende, sachlich nicht eingeschränkte Aufsicht durch die Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vor[sieht].“ Diese Regelungen ermöglichen eine wirksame Kontrolle, die im Wesentlichen den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, zumal der Gesetzgeber zunächst darauf vertrauen darf, „dass die Bestimmungen in einer kooperationsbereiten Behördenpraxis wirksam umgesetzt werden. Er hat insoweit allerdings zu beobachten, ob hierbei Konflikte auftreten, die gesetzlicher Klarstellungen oder der Einführung etwa von Streitlösungsmechanismen wie dem Ausbau von Klagebefugnissen bedürfen.“

Angesichts der Kompensationsfunktion der aufsichthabenden Kontrolle für den schwach ausgestalteten Individualrechtsschutz bedarf es regelmäßig – spätestens alle zwei Jahre – durchzuführender Pflichtkontrollen. Da es an einer hinreichenden gesetzlichen Vorgabe im ATDG diesbezüglich fehlt, trifft den Gesetzgeber insoweit eine Nachbesserungspflicht.

Zur Gewährleistung von Transparenz und Kontrolle bedarf es schließlich einer gesetzlichen Regelung von Berichtspflichten: „Da sich die Speicherung und Nutzung der Daten

nach dem Antiterrordateigesetz der Wahrnehmung der Betroffenen und der Öffentlichkeit weitgehend entzieht, dem auch die Auskunftsrechte nur begrenzt entgegenwirken und weil eine effektive gerichtliche Kontrolle nicht ausreichend möglich ist, sind hinsichtlich Datenbestand und Nutzung der Antiterrordatei regelmäßige Berichte des Bundeskriminalamts gegenüber Parlament und Öffentlichkeit gesetzlich sicherzustellen. Sie sind erforderlich und müssen hinreichend gehaltvoll sein, um eine öffentliche Diskussion über den mit der Antiterrordatei ins Werk gesetzten Datenaustausch zu ermöglichen und diesen einer demokratischen Kontrolle und Überprüfung zu unterwerfen.“

Zwischenergebnis zur Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf Art. 2 I i. V. m. 1 I GG:

Zusammenfassend stellt das BVerfG fest, dass das ATDG in seiner Grundstruktur mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG vereinbar ist – insbesondere stehe „*der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit [...] einer solchen Datei, die im Rahmen der Aufklärung und Bekämpfung des internationalen Terrorismus der Informationsanbahnung und in Eilfällen auch der Gefahrenabwehr dient, nicht schon grundsätzlich entgegen.*“ Allerdings muss seine nähere normative Ausgestaltung auch in seinen Einzelbestimmungen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen – dass dies im Einzelfall (noch) nicht gelingt, hat das obige Beispiel gezeigt.

II. Regelungen zu teilnehmenden Behörden, erfassten Daten und deren Nutzungsmöglichkeiten insbesondere im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot:

1. Das BVerfG stellt aber weiter fest, dass das ATDG nur dann dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht, wenn es „[...] hinsichtlich der zu erfassenden Daten sowie deren Nutzungsmöglichkeiten normenklar und in der Sache hinreichend begrenzt ausgestaltet ist.“

Sodann prüft das BVerfG anhand der herausgearbeiteten Maßstäbe die angegriffenen Vorschriften auf ihre Verhältnismäßigkeit und Bestimmtheit. Eine umfassende Darstellung der vom BVerfG vorgenommenen Prüfung der Vielzahl der im ATDG enthaltenen Regelungen würde den Umfang dieser Urteilsanmerkung sprengen.

Den Leitsätzen zu entnehmen ist folgender Überblick über die vom BVerfG beanstandeten Normen:

- § 1 II und § 2 S. 1 Nr. 3 ATDG sind mit Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG unvereinbar.
- § 2 S. 1 Nr. 1 lit. b ATDG hinsichtlich des „Unterstützens einer unterstützenden Gruppierung“ und § 2 S. 1 Nr. 2 ATDG hinsichtlich des Merkmals „Befürworten“ sind mit Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG unvereinbar.

- § 5 I 2 Nr. 1a ATDG ist mit Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG insoweit unvereinbar, als bei Recherchen in den erweiterten Grunddaten im Trefferfall Zugriff auf Informationen gemäß § 3 I Nr. 1a ATDG eröffnet wird.
- § 3 I 1 Nr. 1b und § 10 I ATDG sind, soweit es an ergänzenden Regelungen nach Maßgabe der Gründe fehlt, mit Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG unvereinbar.
- § 2 S. 1 Nr. 2 und § 10 I ATDG sind im Übrigen nach Maßgabe der Gründe verfassungskonform auszulegen.

Gleichwohl soll im Folgenden die Prüfung von § 2 S. 1 Nr. 2 ATDG herausgegriffen und verkürzt dargestellt werden, da es hier zu einem Patt im Senat hinsichtlich der Verfassungskonformität kam.

§ 2 S. 1 Nr. 2 ATDG lautet:

Die beteiligten Behörden sind verpflichtet, bereits erhobene Daten nach § 3 Abs. 1 in der Antiterror-datei zu speichern, wenn sie gemäß den für sie geltenden Rechtsvorschriften über polizeiliche oder nachrichtendienstliche Erkenntnisse (Erkenntnisse) verfügen, aus denen sich tatsächliche Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Daten sich beziehen auf

[...]

2. Personen, die rechtswidrig Gewalt als Mittel zur Durchsetzung international ausgerichteter politischer oder religiöser Belange anwenden oder eine solche Gewaltanwendung unterstützen, vorbereiten, befürworten oder durch ihre Tätigkeiten vorsätzlich hervorrufen,

[...]

„Die Vorschrift, die Einzelpersonen erfassen soll, die möglicherweise in einer Nähe zum Terrorismus stehen, verbindet eine Reihe von mehrdeutigen und potenziell weiten Rechtsbegriffen.“ Hinsichtlich der Begriffe der „rechtswidrigen Gewalt“ und des „vorsätzlichen Hervorrufens solcher Gewalt“ lässt sich eine Verfassungswidrigkeit wegen Stimmengleichheit im Senat nicht feststellen; nach Auffassung der vier Mitglieder des Senats, die die Entscheidung insoweit tragen (§ 15 Abs. IV 3 BVerfGG), ist die Verwendung dieser Merkmale mit dem Grundgesetz vereinbar, sofern den Merkmalen keine übermäßig weite Bedeutung beigelegt wird (a). Nach der Auffassung der anderen vier Mitglieder des Senats, die für die Entscheidung im Ergebnis nicht tragend wird, müsste die Vorschrift weitergehend insoweit für verfassungswidrig erklärt werden (b). Letztlich wird festgestellt, dass das „[...] bloße Befürworten von Gewalt im Sinne dieser Vorschrift nach der einhelligen Auffassung des Senats für die Erfassung von Personen in der Datei nicht [ausreicht]“. Die Vorschrift verstößt insoweit gegen das Übermaßverbot und ist verfassungswidrig (c).

a) Zentral stellt die Vorschrift auf den Begriff der rechtswidrigen Gewalt ab. Die die Entscheidung tragenden Richter legen den Begriff der „rechtswidrigen Gewalt“ i. S. d. § 2 ATDG wesentlich restriktiver als den der „Ge-

walt“ im Rahmen der Nötigung (§ 240 StGB) aus. Dem Begriff der Gewalt werde i. R. d. § 240 StGB „[...] ein sehr weiter Sinn beigelegt, der als Anknüpfungspunkt für eine Qualifizierung der betroffenen Personen als in der Nähe des Terrorismus stehend zu wenig signifikant wäre, als dass er den betroffenen Personenkreis in einer dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügenden Weise eingrenzen und eine Speicherung der Betroffenen verfassungsrechtlich tragen könnte.“ Jedoch wäre im Rahmen des hier zu überprüfenden Gesetzes „[...] eine weite Auslegung des Begriffs der rechtswidrigen Gewalt im Sinne des strafrechtlichen Nötigungstatbestands [...] weder durch den Wortlaut noch durch die Zielsetzung des Gesetzes nahegelegt. Entsprechend der gegen terroristische Straftaten gewendeten Zielrichtung der Datei ist der Begriff vielmehr dahin zu verstehen, dass er nur Gewalt umfasst, die unmittelbar gegen Leib und Leben gerichtet oder durch den Einsatz gemeingefährlicher Mittel geprägt ist. In dieser Auslegung bestehen gegen die Verhältnismäßigkeit des durch Verwendung des Gewaltbegriffs in § 2 S. 1 Nr. 2 ATDG erfassten Personenkreises keine verfassungsrechtlichen Bedenken.“

Ebenso ist das Merkmal des „vorsätzlichen Hervorrufens“ im Wege einer verfassungskonformen Auslegung nicht im Sinne der strafrechtlichen Terminologie zu verstehen, wonach auch der Eventualvorsatz „[...] als ausreichend angesehen werde, da dies unverhältnismäßig weite Eingriffsmöglichkeiten eröffnen würde. Vielmehr ist dem Merkmal des

vorsätzlichen Hervorrufens eine Bedeutung beizulegen, wonach nur das willentliche Hervorrufen von Gewalt erfasst ist [...].“

b) Nach Auffassung der anderen vier Mitglieder des Senats, die für die Entscheidung im Ergebnis nicht tragend wird, ist § 2 S. 1 Nr. 2 ATDG wegen fehlender Bestimmtheit und übermäßiger Reichweite insgesamt als verfassungswidrig zu erklären.

Im Gegensatz zu den die Entscheidung tragenden Senatsmitgliedern legen die übrigen Senatsmitglieder den Begriff der „rechtswidrigen Gewalt“ im Sinne der strafrechtlichen Definitionen aus, was dazu führt, dass „[...] schon die Durchführung von bloßen Blockadeaktionen mit Anketten zur Aufnahme in die Datei [...]“ berechtigt. „Eine zusätzliche Erweiterung liegt darin, dass für eine Speicherung schon das vorsätzliche Hervorrufen solcher Gewalt genügt. Nach den gängigen Vortatzlehren des Strafrechts ist dieses Merkmal erfüllt, wenn der Betreffende damit rechnet, dass von ihm veröffentlichte Bilder oder Texte Dritte – auch wider seinen Willen – zu Ausschreitungen veranlassen. Solche Auslegungen sind auch nicht etwa fernliegend: Sie knüpfen an den Wortlaut und an allgemein anerkannte strafrechtliche Auslegungsgrundsätze an, auf die zurückzugreifen im Kontext der Norm, die selbst auf Strafrechtsnormen verweist, naheliegt.“ Die daraus resultierende Unverhältnismäßigkeit und damit Verfassungswidrigkeit könne auch nicht im Wege

einer verfassungskonformen Auslegung verhindert werden.

Zum einen scheidet eine solche Auslegung aus, „[...] weil der im Zentrum der Norm stehende Begriff der ‚rechtswidrigen Gewalt‘ vom Gesetzgeber bewusst weit und offen gewählt wurde.“ Über Kritik an der Unschärfe und übermäßigen Reichweite des Gewaltbegriffs und über Vorschläge, „[...] den Gewaltbegriff ähnlich einzuengen, wie dies auch in internationalen und europäischen Bestimmungen zur Terrorismusbekämpfung erstrebt wird [...] hat sich der Gesetzgeber jedoch in bewusster Entscheidung hinweggesetzt – ersichtlich um den Sicherheitsbehörden weiteren Freiraum zu belassen. Eine solche Entscheidung kann dann aber nicht im Wege der verfassungskonformen Auslegung korrigiert werden.“

Zum anderen würde der Grundsatz der Normenklarheit durch eine solche Auslegung konterkariert. Dieser „[...] zielt gerade darauf, dem Gesetzgeber hinsichtlich der Anforderungen an Grundrechtseingriffe selbst hinreichend klare Entscheidungen abzuverlangen, die die Wahrung des Übermaßverbots hinreichend verlässlich sicherstellen. Werden diese Anforderungen vom Gesetzgeber verfehlt, kann das BVerfG dieses Manko nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung heilen.

Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass die Rechtsordnung auch sonst unbestimmte Rechtsbegriffe kennt und Normen immer auslegungsbedürftig sind; kein Einwand ist auch,

dass dementsprechend der Gewaltbegriff in verschiedenen Zusammenhängen verschiedene Bedeutung hat. Denn die Anforderungen an die Bestimmtheit und eine hinreichend klare Begrenzung von Rechtsgrundlagen unterscheiden sich je nach Sachbereich und Regelungszusammenhang.“ In Bezug auf die Antiterrordatei seien die Anforderungen an die Bestimmtheit und Normenklarheit „[...] besonders hoch. Denn anders als der Gesetzesvollzug etwa durch Verwaltungsakt, bei dem behördliche Maßnahmen an den Einzelnen adressiert und mit einer Begründung versehen werden sowie im Einzelfall gerichtlich überprüfbar sind, vollzieht sich die Datenverarbeitung nach dem Antiterrordateigesetz außerhalb jeder unmittelbaren Wahrnehmbarkeit. Sie bleibt informell und gegenüber dem Betroffenen ohne Begründung und kann in der Regel auch nicht gerichtlich überprüft werden.“ Während eine gewisse Unbestimmtheit von Eingriffsgrundlagen sonst im kontradiktorischen Wechselspiel und durch schrittweise Entwicklung von Auslegungsregeln konkretisiert werden kann, müssen sich hier die Grenzen der Datenverarbeitung für den Betroffenen verlässlich und für die Sicherheitsbehörden möglichst aus sich heraus erkennbar unmittelbar aus dem Gesetz ergeben.

Schließlich sei eine „verfassungskonforme Auslegung [...] auch nicht in Respekt vor dem Gesetzgeber geboten. [...] Der Respekt vor dem Gesetzgeber gebietet es vielmehr umgekehrt, von einer eigenen Eingrenzung der da-

tenschutzrechtlichen Anforderungen durch das Gericht abzusehen und stattdessen die Vorschriften für verfassungswidrig zu erklären: Anstatt ihm eine vom Regelungsziel her vielleicht naheliegende, aber ersichtlich nicht gewollte Regelung – jedenfalls bis auf Weiteres – durch Auslegung zuzuschreiben, würde dies die Aufgabe der maßgeblichen Grenzziehungen in Wahrung seiner Zuständigkeit an ihn zurückspielen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass dies den Gesetzgeber aus fachlichen oder sonst regelungsbedingten Gründen vor besondere Schwierigkeiten gestellt hätte.“

c) Einigkeit herrschte, dass die Verwendung des Merkmals „Befürwortens von Gewalt“ unverhältnismäßig und damit mit der Verfassung nicht vereinbar ist. Hier stellt „[...] das Gesetz allein auf das forum internum [...] ab und macht somit [...] die subjektive Überzeugung als solche zum Maßstab, [legt] also [...] Kriterien zu Grunde [...], die vom Einzelnen nur begrenzt beherrscht und durch rechtstreues Verhalten nicht beeinflusst werden können.“

Art. 10 I und Art. 13 I GG

Ferner weist das BVerfG darauf hin, dass für „[...] Datenerhebungen, die in die Grundrechte der Art. 10 I und Art. 13 I GG eingreifen, [...] angesichts deren besonderen Schutzgehalts in der Regel besonders strenge Anforderungen [gelten]“, die auch für die Weitergabe und Zweckänderung der hierdurch gewonnenen Daten fortwirkt. Solche Daten könnten nur un-

ter strengen Maßgaben erhoben werden und setzen etwa „[...] das Vorliegen erhöhter Eingriffsschwellen wie eine qualifizierte Gefahrenlage oder einen qualifizierten Tatverdacht, eine Gefahr für besonders bedeutsame Rechtsgüter bzw. die Verfolgung von besonders gravierenden Straftaten voraus.“ Als anschauliches Beispiel nennt das BVerfG etwa, dass für Daten, die im Rahmen strafprozessualer Maßnahmen durch eine Wohnraumüberwachung erlangt wurden, die Schwelle für die Zulässigkeit der Übermittlung „[...] nicht unter diejenige abgesenkt werden [darf], die bei der Gefahrenabwehr für entsprechende Eingriffe gilt, da durch eine Zweckänderung grundrechtsbezogene Beschränkungen des Einsatzes bestimmter Erhebungsmethoden nicht umgangen werden dürfen.“

Nach Ansicht des BVerfG ist daher „eine vollständige und uneingeschränkte Einbeziehung aller auch durch Eingriff in Art. 10 I und in Art. 13 I GG erhobenen Daten in die Antiterrordatei [...] mit diesen Anforderungen nicht vereinbar“ – dies gelte im Übrigen auch für solche Daten, die durch Eingriff in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG gewonnen wurden.

Eine solche vollständige und eingeschränkte Einbeziehung sei unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit allenfalls vereinbar, wenn für solche Daten stets eine verdeckte

Speicherung gemäß § 4 ATDG vorgesehen wird. Hier müsse der Gesetzgeber noch nachbessern, da sich ein solches aus der bisherigen Regelung des ATDG nicht ergebe.

Ergebnis

Das BVerfG kommt im Rahmen einer Gesamtabwägung zu dem Schluss, dass „[...] angesichts der Bedeutung der Datei für die Abwehr des internationalen Terrorismus [...]“ die teilweise Verfassungswidrigkeit des ATDG nicht zur Nichtigkeitserklärung, sondern nur zur Feststellung seiner Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz führt. Die angegriffenen Vorschriften dürfen bis zum 31.12.2014 vorübergehend weiter angewendet werden, allerdings mit der Maßgabe, dass „[...] außerhalb des Eilfalls gem. § 5 II ATDG eine Nutzung der Antiterrordatei nur zulässig ist, sofern der Zugriff auf die Daten von Kontaktpersonen gem. § 2 S. 1 Nr. 3 ATDG und auf Daten, die aus Eingriffen in das Telekommunikationsgeheimnis und das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung herrühren, ausgeschlossen und gewährleistet ist, dass bei Recherchen in den erweiterten Grunddaten im Trefferfall allein ein Zugang zu Informationen gem. § 3 I Nr. 3 ATDG, nicht aber zu Informationen gem. § 3 I Nr. 1a ATDG gewährt wird.“

(Moritz Stilz / Jonas Ludwig)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Versäumung der Antragsfrist nach § 47 II 1 VwGO

**BVerwG, Beschluss vom 18.02.2013 –
6 BN 1/12**

War jemand aus wirtschaftlichen Gründen nicht in der Lage, sich zur Erhebung einer Normenkontrollklage durch einen Rechtsanwalt vertreten zu lassen und führt das zur Herbeiführung einer anwaltlichen Vertretung erforderliche Verfahren auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe zur Versäumung der Antragsfrist nach § 47 II 1 VwGO, so ist ihm zur Wahrnehmung seines verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Gewährung gerichtlichen Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) Wiedereinsetzung in diese Frist zu gewähren. (Leitsatz des Bearbeiters)

Sachverhalt (zu Ausbildungszwecken vereinfacht und gekürzt):

Der Antragsteller wendet sich im Wege der Normenkontrolle gegen den in die Stadtordnung der Antragsgegnerin eingefügten Paragraphen betreffend den Alkoholverzehr in der Öffentlichkeit. Diese Vorschrift wurde mit Änderungsverordnung vom 26.06.2008, bekannt gemacht im Amtsblatt der Antragsgegnerin am 04.07.2008, in die Stadtordnung der Antragsgegnerin eingefügt.

Am 18.05.2009 hatte der Antragsteller einen Antrag auf Bewilligung von Prozesskosten-

hilfe für das von ihm beabsichtigte Normenkontrollverfahren gestellt. Diesem Antrag hat das Oberverwaltungsgericht entsprochen und dem Antragsteller antragsgemäß seinen Prozessbevollmächtigten beigeordnet. Nach Zustellung dieses Beschlusses am 15.09.2009 hat der Antragsteller mit am 28.09.2009 beim Oberverwaltungsgericht eingegangenen Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten den verfahrensgegenständlichen Normenkontrollantrag gestellt und zugleich Wiedereinsetzung in die einjährige Antragsfrist des § 47 II 1 VwGO gestellt.

Das Oberverwaltungsgericht hat dem Antragsteller Wiedereinsetzung gewährt und in der Sache den Normenkontrollantrag des Antragstellers für begründet erachtet. Es hat die Vorschrift betreffend den Alkoholverzehr in der Öffentlichkeit für unwirksam erklärt. Die Revision wurde vom Oberverwaltungsgericht nicht zugelassen.

Die Antragsgegnerin hat beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision eingelegt.

Wesentliche Entscheidungsgründe:

1. Einhaltung der Antragsfrist des § 47 II 1 VwGO

Entscheidende prozessual zu beantwortende Frage ist die der Einhaltung der Jahresfrist für die Stellung des Normenkontrollantrags. Nach § 47 II 1 VwGO kann den Antrag jede natürliche oder juristische Person, die gel-

tend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden, sowie jede Behörde innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift stellen. Im vorliegenden Fall lief die Jahresfrist zur Überprüfung der Änderungsverordnung bis zum 04.07.2009. Der Antragsteller hat somit mit seinem am 28.09.2009 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten die Antragsfrist versäumt.

2. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 60 VwGO

Dem Antragsteller war jedoch gemäß § 60 VwGO hinsichtlich der versäumten Antragsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

2.1 § 47 II 1 VwGO als grundsätzliche Ausschlussfrist

Das Bundesverwaltungsgericht stellt klar, dass die Frist des § 47 II 2 VwGO grundsätzlich eine Ausschlussfrist darstellt, denn diese beruht auf der Wertung des Gesetzgebers, aus Gründen der Rechtssicherheit sollten seit längerem angewandte Normen der Unwirksamklärung mit allgemeinverbindlicher Wirkung entzogen werden (vgl. § 47 V 2 zweiter Halbsatz VwGO). Dem steht der vorliegende Fall jedoch nicht entgegen, da die Rechtssicherheit durch einen innerhalb der Antragsfrist eingereichten Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für einen be-

absichtigten Normenkontrollantrag nicht beseitigt wird (das Gericht zieht insoweit eine Parallele zu einem zunächst nur zur Fristwahrung eingereichten Normenkontrollantrag). Auch zieht das Gericht eine weitere Parallele zu seiner Rechtsprechung zur Ausschlussfrist des § 60 III VwGO und führt aus:

„Im Übrigen hat das Bundesverwaltungsgericht zu der Ausschlussfrist des § 60 Absatz 3 VwGO bereits entschieden, sie stehe einer Wiedereinsetzung nicht entgegen, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts über den rechtzeitig gestellten Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe die Frist für die nachzuholende Rechtshandlung seit über einem Jahr verstrichen sei. Die Ursache der Säumnis liege in der Sphäre des Gerichts. Für den Antragsteller stelle sich dies als höhere Gewalt dar (vgl. BVerwG, Beschluss vom 2. April 1992, BVerwG 5 B 50.92, Buchholz 310 § 60 VwGO Nr. 177). So verhält es sich auch, wenn der Antragsteller rechtzeitig Prozesskostenhilfe für ein beabsichtigtes Normenkontrollverfahren beantragt, das Gericht über den Antrag aber erst nach Ablauf der Frist des § 47 Absatz 2 Satz 1 VwGO entscheidet. Die Versäumung der Antragsfrist stellt sich auch in diesem Fall als ein in der Sphäre des Gerichts liegendes unabwendbares Ereignis dar, das eine Wiedereinsetzung erforderlich macht. Das Bundesverwaltungsgericht hat sogar bei der Versäumung materieller Ausschlussfristen unter vergleichbaren Voraussetzungen in Ausnahmefällen Nachsicht gewährt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 5. Mai

2000, 7 B 220.99, Buchholz 428 § 30a VermG Nr. 18), nämlich dann, wenn ein Verhalten der Behörde für die Fristversäumnis ursächlich war und durch die Nachsichtgewährung der Zweck der Ausschlussfrist nicht verfehlt wird.“

2.2 Verhinderung zur Fristeinhaltung „ohne Verschulden“

Der Antragsteller war im Sinne von § 60 VwGO ohne Verschulden gehindert, die gesetzliche Frist des § 47 II VwGO einzuhalten. Hierzu führt das Bundesverwaltungsgericht unter Heranziehung des Erfordernisses eines wirkungsvollen Rechtsschutzes gemäß Art. 19 IV GG aus:

„Das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Erfordernis eines wirkungsvollen Rechtsschutzes (vgl. Artikel 19 Absatz 4 GG) gebietet es, dem Antragsteller in einem Normenkontrollverfahren die Möglichkeit zu geben, sich im Prozess mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten zu behaupten. Die normative Ausgestaltung des Verfahrensrechts sowie seine Auslegung und Anwendung im konkreten Fall müssen ein Ausmaß rechtlichen Gehörs eröffnen, das sachangemessen ist, um dem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Erfordernis eines wirkungsvollen Rechtsschutzes gerecht zu werden. Es gilt, dem Beteiligten die Möglichkeit zu geben, sich im Prozess mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten zu behaupten (vgl. BVerfG, Beschluss vom 21. April 1982, 2 BvR 810/81, BVerfGE 60, 305 (310) m. w. N.). Dazu zählt,

dass die Partei grundsätzlich die Fristen ausnutzen darf, die der Gesetzgeber für das jeweilige gerichtliche Verfahren typisierend als sachlich angemessen erachtet hat (vgl. BVerfG, Beschluss vom 10. Februar 1987, 2 BvR 314/86, NJW 1987, 1191 zum Fall der Überschreitung einer Berufungsbegründungsfrist nach vorangegangener Aufhebung der Berufungsverwerfung durch das Bundesverfassungsgericht). War jemand aus wirtschaftlichen Gründen nicht in der Lage, sich zur Erhebung einer Normenkontrollklage durch einen Rechtsanwalt vertreten zu lassen, und führt das zur Herbeiführung einer anwaltlichen Vertretung erforderliche Verfahren auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe zur Versäumung der Antragsfrist nach § 47 Absatz 2 Satz 1 VwGO, so ist ihm zur Wahrnehmung seines verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Gewährung gerichtlichen Rechtsschutzes (Artikel 19 Absatz 4 GG) Wiedereinsetzung in diese Frist zu gewähren.“

Sodann begründet das Gericht dieses Ergebnis weiter mit grundsätzlichen Ausführungen zum Zweck und der Funktion der Prozesskostenhilfe.

Hierzu das Bundesverwaltungsgericht:

„Artikel 3 Absatz 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip des Artikels 20 Absatz 3 GG gebietet, bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes die Situation des mittellosen Antragstellers weitgehend der Situation des bemittelten Antragstellers anzugleichen. Es

ist zentraler Aspekt der Rechtsstaatlichkeit, die eigenmächtiggewaltsame Durchsetzung von Rechtsansprüchen grundsätzlich zu verwehren. Die Beteiligten werden auf den Weg vor die Gerichte verwiesen. Dies bedingt zugleich, dass der Staat Gerichte einrichtet und den Zugang zu ihnen jedermann in grundsätzlich gleicher Weise eröffnet. Daher sind verfassungsrechtlich Vorkehrungen geboten, die Mittellosen einen weitgehend gleichen Zugang zu Gericht ermöglichen. Anderenfalls liefe für einen Teil der Bevölkerung die formal bestehende Möglichkeit, Rechtsschutz zu erlangen, mangels finanzieller Möglichkeit faktisch leer (BVerfG, Beschluss vom 13. März 1990, 2 BvR 94/88, BVerfGE 81, 347 (356)). Die Prozesskostenhilfe will dem Antragsteller den Zugang zum Gericht offen halten. Seine Mittellosigkeit steht einer Rechtsverfolgung entgegen. Die Prozesskostenhilfe hat die Aufgabe, dieses Hindernis auszuräumen. Der Antragsteller hat grundsätzlich einen Anspruch darauf, dass geklärt wird, ob die einer Rechtsverfolgung entgegenstehende Mittellosigkeit durch die Bewilligung von Prozesskostenhilfe überwunden wird, bevor er ein Kostenrisiko eingeht und den Rechtsbehelf in der Hauptsache rechtshängig macht. Ein Gesuch um Prozesskostenhilfe kann deshalb gestellt werden, bevor der Rechtsbehelf in der Hauptsache eingelegt wird. Die Mittellosigkeit des Antragstellers ist ein unverschuldetes Hindernis für eine rechtzeitige Einlegung eines fristgebundenen Rechtsbehelfs. Dieses Hindernis wird durch die Bewilligung von Prozesskostenhilfe beseitigt. Dem Antragsteller ist nach Bewilli-

gung von Prozesskostenhilfe Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die versäumte Frist zu gewähren. Der Antragsteller muss ein Gesuch um Prozesskostenhilfe für einen erst beabsichtigten Rechtsbehelf innerhalb der Frist für dessen Einlegung anbringen, und zwar in bescheidungsfähiger Form. Ist ein Antragsteller infolge seiner Mittellosigkeit nicht in der Lage, die Kosten für einen beabsichtigten Normenkontrollantrag aufzubringen, kann er nach diesen Grundsätzen ebenfalls innerhalb der Frist des § 47 Absatz 2 Satz 1 VwGO zunächst nur Prozesskostenhilfe für einen erst noch beabsichtigten Normenkontrollantrag und die Beiordnung eines Rechtsanwalts für die spätere ordnungsgemäße Einlegung des Normenkontrollantrags beantragen. Entscheidet das Oberverwaltungsgericht erst nach Ablauf der Frist des § 47 Absatz 2 Satz 1 VwGO über den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe, kann der Antragsteller innerhalb der Frist des § 60 Absatz 2 Satz 1 Halbsatz 1 VwGO den Normenkontrollantrag nachholen und Wiedereinsetzung in die versäumte Frist des § 47 Absatz 2 Satz 1 VwGO erhalten. Dem steht nicht entgegen, dass die Normenkontrolle ein objektives Beanstandungsverfahren ist und dem Normunterworfenen die Möglichkeit bleibt, auch nach Ablauf der Frist des § 47 Absatz 2 Satz 1 VwGO die Gültigkeit der Norm in Einzelfällen ihrer Anwendung inzident durch das Gericht überprüfen zu lassen. Hat der Gesetzgeber den Normenkontrollantrag als Rechtsbehelf überhaupt zur Verfügung gestellt, muss der Zugang zu diesem Rechtsbehelf einem mittel-

losen Antragsteller in gleicher Weise eröffnet sein wie einem bemittelten Antragsteller. Er kann verlangen, dass seine Mittellosigkeit als Hindernis für den Zugang zum Normenkontrollverfahren durch Bewilligung von Prozesskostenhilfe beseitigt wird, bevor er kosten-trächtige Maßnahmen ergreift. Die Einreichung eines Normenkontrollantrags erfordert die Beauftragung eines Rechtsanwalts (§ 67 Absatz 4 Satz 1 VwGO); die Gerichtskosten werden bereits mit Stellung des Antrags fällig (§ 6 Absatz 1 Nummer 5 GKG).“

Hinweise:

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts wird hier unter Ausbildungsgesichtspunkten ausschließlich prozessrechtlich betrachtet. Soweit die Antragsgegnerin im Rahmen der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision weitere materiell-rechtliche (Grundsatz-)Rügen erhoben hat (wie zum Beispiel das durch das Oberwaltungsgericht verneinte Vorliegen einer abstrakten ordnungsrechtlich relevanten Gefahr oder die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im konkreten Einzelfall), wird hierauf in dieser Besprechung nicht eingegangen, da zum einen diese Fragen spezifisches Landesrecht betreffen, zum anderen das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung darauf hinweist, dass die diesbezüglichen Rechtsfragen höchstrichterlich bereits geklärt seien.

Der Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts ist ein weiterer Beleg für das Zusammenspiel von einfachgesetzlichen Normen und Verfassungsrecht. Für eine sachgerechte Examensvorbereitung sollte diese Thematik daher nicht aus dem Blick verloren werden.

(Regierungsdirektor Jochen Heinz)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Gemeinschaftsunterkunft für Asylbewerber im Gewerbegebiet

VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 14.03.2013 – 8 S 2504/12

Eine Gemeinschaftsunterkunft für Asylbewerber ist in einem Gewerbegebiet auch nicht ausnahmsweise nach § 8 III Nr. 2 BauNVO als Anlage für soziale Zwecke zulässig, weil sie nach ihrer gesetzlichen Zweckbestimmung für eine mehr als nur unbeachtlich kurze Dauer Lebensmittelpunkt des einzelnen Asylbewerbers ist, ihr damit ein wohnähnlicher Charakter zukommt und sie sich daher in einem Gewerbegebiet als gebietsunverträglich erweist. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (zu Ausbildungszwecken vereinfacht und auf eine erstinstanzliche verwaltungsgerichtliche Entscheidung übertragen)

Die Antragsteller zu 1 und 2 wenden sich gegen die sofortige Vollziehbarkeit einer dem Beigeladenen erteilten Baugenehmigung zur Änderung der Nutzung eines Wohnheims mit Werkstatt und Schulungsräumen in Gemeinschaftsunterkünften für Asylbewerber.

Die Antragsgegnerin erteilte dem Beigeladenen die streitige Baugenehmigung zu der oben beschriebenen Nutzungsänderung in Anwendung von § 31 I BauGB und § 8 III Nr. 2 BauNVO.

Das Baugrundstück befindet sich ebenso wie das Grundstück des Antragstellers zu 1 im Geltungsbereich des Bebauungsplans „Handwerkergebiet“ der Gemeinde O. Der Bebauungsplan enthält als bauplanungsrechtliche Festsetzung „Gewerbegebiet“ nach § 8 BauNVO.

Das Grundstück des Antragstellers zu 2 grenzt südlich an das Grundstück des Beigeladenen an und befindet sich innerhalb eines durch Bebauungsplan der Gemeinde O festgesetzten Industriegebiets.

Die Antragsteller haben gegen die genehmigte Nutzungsänderung jeweils rechtzeitig Widerspruch erhoben.

Zugleich haben Sie beim zuständigen Verwaltungsgericht um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Der Antragsteller zu 1 hält die Gemeinschaftsunterkunft für Asylbewerber in einem Gewerbegebiet bauplanungsrechtlich für unzulässig. Der Antragsteller zu 2 hat mit pauschalem Vortrag behauptet, seine bisherige Grundstücksnutzung sei durch die genehmigte Nutzungsänderung gefährdet.

Wesentliche Entscheidungsgründe

I. Zulässigkeit

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 I 1 VwGO eröffnet. Streitentscheidende Normen

sind hier öffentlich-rechtliche Vorschriften, nämlich solche des Baugesetzbuchs und der Baunutzungsverordnung. Mangels „doppelter Verfassungsunmittelbarkeit“ liegt keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor, denn es streiten keine Verfassungssubjekte über die Anwendung oder Auslegung von Verfassungsrecht. Auf- oder abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich.

2. Statthafte Antragsart

Die Antragsteller begehren einstweiligen Rechtsschutz gegen die dem Beigeladenen durch die Antragsgegnerin erteilte Baugenehmigung in Form einer Nutzungsänderungsgenehmigung. Bei der Baugenehmigung handelt es sich um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 LVwVfG, der in der Hauptsache im Wege der (Dritt-)Anfechtung mit einer Anfechtungsklage durch die Antragsteller angegriffen werden müsste. Das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes richtet sich daher gemäß §§ 80 V, 80a III VwGO (vgl. auch § 123 V VwGO). Der durch die Antragsteller jeweils erhobene Widerspruch hat in Abweichung vom Grundsatz des § 80 I VwGO gemäß § 80 II Nr. 3 VwGO i. V. m. § 212a BauGB kraft Gesetzes keine aufschiebende Wirkung. Statthaft ist somit jeweils ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des jeweiligen Widerspruchs der Antragsteller.

3. Antragsbefugnis

Der Antragsteller zu 1 ist analog § 42 II VwGO antragsbefugt, da er geltend machen kann, möglicherweise in seinem subjektiv-öffentlichen Recht aus Art. 14 GG verletzt zu sein. Denn ihm kommt im Hinblick auf die bauplanungsrechtlichen Festsetzungen des Bebauungsplans „Handwerkergebiet“ grundsätzlich ein sogenannter „Gebietserhaltungsanspruch“ zugute. Dies bedeutet, dass den Festsetzungen eines Bebauungsplans bezogen auf die Eigentümer des Plangebiets nachbarschützende Wirkung dergestalt zukommt, dass den Eigentümern bezüglich gebietsunverträglicher Nutzungen ein Abwehranspruch zusteht.

Der Antragsteller zu 2 ist ebenfalls analog § 42 II VwGO antragsbefugt, da er geltend macht, möglicherweise in seinem nachbarschützenden Recht aus § 15 BauNVO verletzt zu sein, indem er vorträgt, seine aktuelle Grundstücksnutzung würde durch die dem Beigeladenen erteilte Genehmigung nachteilig tangiert. Ob eine solche Rechtsverletzung tatsächlich vorliegt, ist dann eine Frage der Begründetheit.

II. Begründetheit

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragsteller ist begründet, wenn deren jeweiliges Suspensivinteresse das öffentliche Vollzugsinteresse an der Baugenehmigung sowie die privaten Interessen des Beigeladenen über-

wiegt (§§ 80 V, 80a III VwGO). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich die dem Beigeladenen erteilte Baugenehmigung als offensichtlich rechtswidrig darstellt.

Für den Antragsteller zu 1 gilt:

Materiell entscheidungserhebliche Frage ist, ob die Gemeinschaftsunterkunft für Asylbewerber in einem Gewerbegebiet bauplanungsrechtlich zulässig ist. In Frage kommt allein eine ausnahmsweise Zulassung des Vorhabens auf Basis des § 31 I BauGB i. V. m. § 8 III Nr. 2 BauNVO (Anlage für soziale Zwecke). Nachdem das Gericht zuvor den Stand seiner Rechtsprechung sowie derjenigen des Bundesverwaltungsgerichts zum Begriff der sozialen Anlage aufzeigt, stellt der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg klar, dass eine ausnahmsweise Zulassung des Vorhabens mangels Gebietsverträglichkeit nicht in Betracht kommt.

Zunächst führt das Gericht zu diesem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal aus:

„Die Zulässigkeit eines bestimmten Vorhabens innerhalb eines Baugebiets der Baunutzungsverordnung richtet sich nicht allein nach der Einordnung des Vorhabens in eine bestimmte Nutzungs- oder Anlagenart, sondern auch nach der Zweckbestimmung des jeweiligen Baugebiets. Die Prüfung der Gebietsverträglichkeit rechtfertigt sich aus dem typisierenden Ansatz der Baugebietsvorschriften der Baunutzungsverordnung. Der Verordnungsgeber will durch die Zuordnung von

Nutzungen zu den näher bezeichneten Baugebieten die vielfältigen und oft gegenläufigen Ansprüche an die Bodennutzung zu einem schonenden Ausgleich im Sinne überlegter Städtebaupolitik bringen. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn die vom Verordnungsgeber dem jeweiligen Baugebiet zugewiesene allgemeine Zweckbestimmung den Charakter des Gebiets eingrenzend bestimmt. Hinsichtlich des Gebietstypus des Gewerbegebiets gilt, dass Bauvorhaben, die außerhalb des Anwendungsbereichs des § 8 Absatz 3 Nummer 1 BauNVO einer Wohn- oder wohnähnlichen Nutzung zu dienen bestimmt sind, mit dem Charakter eines Gewerbegebietes – abgesehen von gebietsakzessorischen Wohnnutzungen sonstiger Art – unvereinbar sind. Denn in Gewerbegebieten soll nicht gewohnt werden. Neben der Wohnnutzung nach § 8 Absatz 3 Nummer 1 BauNVO kann allein ein sehr kurzfristiger, vorübergehender Aufenthaltzweck in Anlagen nach § 8 Absatz 3 Nummer 2 BauNVO zulässig sein. Wohnähnliche Nutzungsformen sind daher regelmäßig abstrakt gebietsunverträglich.“

Sodann subsumiert das Gericht, warum es sich nach dortiger Auffassung bei einer Gemeinschaftsunterkunft für Asylbewerber um eine regelmäßig gebietsunverträgliche wohnähnliche Nutzungsform handelt. Dazu der Verwaltungsgerichtshof:

„Die Wohnähnlichkeit der Nutzung ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Baurechtlich genehmigt ist die Nutzung des Gebäudes des

Beigeladenen für den dauernden Aufenthalt von 68 Personen. Diese können sich in den ihnen zugewiesenen Räumen und den Gemeinschaftsräumen uneingeschränkt zu jeder Zeit aufhalten. Für den einzelnen Asylbewerber stellt sich die Gemeinschaftsunterkunft daher regelmäßig für die Dauer seines Asylverfahrens als sein räumlicher Lebensmittelpunkt dar; erst mit dem Abschluss des Asylverfahrens (oder mit einem erstinstanzlich obsiegenden Urteil, § 53 Absatz 2 Satz 1 AsylVfG) endet in aller Regel die vorläufige Unterbringung (vgl. § 7 Absatz 4 und 5 des Gesetzes über die Aufnahme und Unterbringung von Flüchtlingen – Flüchtlingsaufnahmegesetz – FlüAG), die grundsätzlich in der Gemeinschaftsunterkunft erfolgt, § 6 Absatz 1 Satz 1 FlüAG. Der gesetzliche Begriff der vorläufigen Unterbringung aus § 6 FlüAG grenzt dabei lediglich die Unterbringungsform von derjenigen der Anschlussunterbringung (vgl. §§ 11 ff. FlüAG) ab. Aus ihm kann gerade nicht auf eine nur unbeachtlich kurze Dauer der Unterbringung des einzelnen Asylbewerbers geschlossen werden. Hinsichtlich der Verweildauer ist zu berücksichtigen, dass ein Asylverfahren auch bei günstigem Verlauf die Dauer von einigen Monaten kaum unterschreiten kann, häufig tatsächlich diese Zeit aber deutlich überschreiten wird. So gibt etwa das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge für das Jahr 2011 eine durchschnittliche Gesamtverfahrensdauer für das Verwaltungs- und Gerichtsverfahren von 12,2 Monaten an, die sich im ersten Halbjahr 2012 auf 13,1 Monate erhöht hat (Bundesamt für Migration

und Flüchtlinge (Hrsg.), *Das deutsche Asylverfahren – ausführlich erklärt*, Nürnberg 2012, S. 40). Im Jahr 2011 lag der Median-Wert der Verfahrensdauer bei acht Monaten (Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Hrsg.), *Das Bundesamt in Zahlen 2011*, Nürnberg 2011, S. 54). Die sich daraus ergebende nicht nur kurze Verweildauer des Einzelnen in der Unterkunft als seinem Lebensmittelpunkt – die dessen Schutzwürdigkeit bauplanungsrechtlich grundsätzlich erhöht – ist letztlich ausschlaggebend für die Einstufung der Nutzung als ‚wohnnählich‘.“

Angesichts der voraussichtlich offensichtlich rechtswidrigen Baugenehmigung kommt dem in § 212a BauGB ausgedrückten Vollzugsinteresse des Beigeladenen sowie dem öffentlichen Interesse aus Artikel 16a GG und der staatlichen Schutz- und Unterbringungspflicht für Asylbewerber kein höherer Stellenwert zu.

Für den Antragsteller zu 2 gilt:

Diesem kommt als nicht im Geltungsbereich des Bebauungsplans betroffenen Grundstückseigentümers kein Gebietserhaltungsanspruch zu. Hierauf weist der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung ausdrücklich hin. Auch unter Heranziehung des § 15 I 2 BauNVO steht diesem kein nachbarschützender Abwehranspruch zu. Dazu sinngemäß das Gericht: Nutzungen nach § 9 BauNVO seien zwar außerhalb der in § 9 III Nr. 1 BauNVO geregelten Ausnahmen prinzi-

piell mit wohnähnlichen Nutzungen unvereinbar. Jedoch gefährde die Zulassung der wohnähnlichen Nutzung die bisherige Nutzung des Grundstücks des Antragstellers zu 2 nicht, da mit dessen Vortrag mögliche Erfolgsaussichten seines Widerspruchs nicht dargetan seien. Denn allein der Umstand, dass das in einem festgesetzten Industriegebiet liegende Grundstück des Antragstellers zu 2 unmittelbar an das Grundstück des Beigeladenen angrenze, sage noch nichts über die behauptete Rücksichtslosigkeit der Nutzungsänderung aus. Der Antragsteller zu 2 behauptete zwar, die bisherige Grundstücksnutzung sei durch „die Zulassung der wohnähnlichen Nutzung gefährdet“. Dieser Vortrag sei jedoch unsubstantiiert. Weder im bisherigen behördlichen Verfahren bis zur Erteilung der Baugenehmigung noch im gerichtlichen Verfahren nach § 80a III und § 80 V VwGO habe der Antragsteller zu 2 nämlich zu den auf seinem Grundstücken genehmigten Nutzungen konkret vorgetragen. Damit verfehle dieser die einzelfallbezogene Sichtweise, die das in § 15 I 2 BauNVO konkretisierte Rücksichtnahmegebot verlange.

Ergebnis:

Der Antrag des Antragstellers zu 1 ist begründet. Das Gericht wird bezüglich dessen Widerspruch die aufschiebende Wirkung anordnen. Der Antrag des Antragstellers zu 2 ist hingegen unbegründet. Das Gericht wird dessen Antrag ablehnen.

Hinweis:

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in der Originalentscheidung ebenfalls noch mit dem Prüfungsumfang des Beschwerdegerichts im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes auseinandergesetzt. Der diesbezügliche amtliche Leitsatz lautet:

„Ergibt die auf dargelegte Gründe beschränkte Prüfung des Beschwerdegerichts (§ 146 Absatz 4 Satz 3 und 6 VwGO), dass die tragende Begründung des Verwaltungsgerichts die Ablehnung des Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nicht rechtfertigt, hat es umfassend zu prüfen, ob vorläufiger Rechtsschutz nach allgemeinen Maßstäben zu gewähren ist.“

Ungewöhnlich direkt hat das Gericht zudem weitere Verfahrenshinweise für das Widerspruchsverfahren gegeben, zum Beispiel zu Fragen einer möglichen Präklusion des Antragstellers zu 2 bezogen auf dessen Angrenzerbeteiligung.

Daneben hat das Gericht indirekt auch einen Hinweis zu einer dennoch möglichen Zulassung der Gemeinschaftsunterkunft für Asylbewerber im weiteren Verwaltungsverfahren über eine Befreiung nach § 31 II BauGB ins Spiel gebracht.

(Regierungsdirektor Jochen Heinz)

► [Inhaltsverzeichnis](#)