



HERAUSGEBER

Verein der Zeitschrift JSE e. V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Doblerstrasse 15
D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:

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

BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchmann
StA Dr. Ralf Dietrich
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
ELB Jochen Heinz
ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
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. Dominik Skauradzun
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
MR Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
Prof. Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Werner Walk
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MR a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

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

AUS DEM INHALT

BEITRAG

Marie-Sophie Herlein

Die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle
der europäischen Integration

KLAUSUREN

Daniel Klocke et al.

Zivilrecht: „Beiderseitige Mangelkenntnis im Kaufrecht
in der Fallbearbeitung“

Lisa Wiese/Adrian Schildheuer

Öffentliches Recht: „Das Hostel und der Diktator“

RECHTSPRECHUNG

BGH

Der alte Mann und das Isarrauschen
Diskriminierung im Zivilrechtsverkehr, §§ 19, 21 AGG

BGH

Bestimmung der Werthaltigkeit einer Forderung
iRd. (räuberischen) Erpressung

REZENSION

Christian F. Majer

Einführungen und Gesamtdarstellungen
zum Zivilrecht und zum BGB

INHALTSVERZEICHNIS

Beitrag	Marie-Sophie Herlein Die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle der europäischen Integration	Seite ▶ 111
Klausuren	Daniel Klocke et al. Fortgeschrittenenklausur Zivilrecht: „Beiderseitige Mangelkenntnis im Kaufrecht in der Fallbearbeitung“	Seite ▶ 120
	Lisa Wiese/Adrian Schildheuer Examensübungsklausur Öffentliches Recht: „Das Hostel und der Diktator“	Seite ▶ 126
Rechtsprechung Zivilrecht	BGH Der alte Mann und das Isarrauschen Diskriminierung im Zivilrechtsverkehr, §§ 19, 21 AGG Urteil vom 05.05.2021 (<i>Marcus Nonn</i>)	Seite ▶ 135
Rechtsprechung Strafrecht	BGH Bestimmung der Werthaltigkeit einer Forderung iRd. (räuberischen) Erpressung Urteil vom 09.06.2021 (<i>Alexander Bechtel</i>)	Seite ▶ 139
Rezension	Christian F. Majer Einführungen und Gesamtdarstellungen zum Zivilrecht und zum BGB	Seite ▶ 142

EDITORIAL

Über zweieinhalb Jahre ist nunmehr her, dass der Austritt des Vereinigten Königreiches aus der Europäischen Union auch praktisch vollzogen wurde. Das am 2. Februar 2020 in Kraft getretene Papier, welches den sog. „Brexit“ regelt, sollte den Schlusspunkt eines zähen Ringens zwischen der EU und ihrem nun ehemaligen Mitgliedsland markieren, welches seinen Anfang mit einem Referendum aus dem Jahre 2016 nahm. Inwiefern die Bürger des Landes die richtige Entscheidung getroffen haben, wird die Zukunft zeigen müssen. Auf der einen Seite blieb ihnen die katastrophal angelaufene EU-Kampagne zur Beschaffung eines COVID-19 Impfstoffes erspart, auf der anderen Seite lassen jüngste Meldungen über eine Benzin-Knappheit und die fast schon verzweifelten Rekrutierungsversuche für LKW-Fahrer durchaus besorgt aufhorchen.

Es war nicht zuletzt eine immer weiter voranschreitende europäische Integration, welche bei den britischen Bürgern zunehmend zu einem Gefühl der Bevormundung aus Brüssel führte; bzw. den Politikern im Lande die Möglichkeit eröffnete, dieses Gefühl bei ihren Bürgern zu bestärken. Eine nationale gerichtliche Kontrolle eben jener Integration ist damit ein wichtiges Instrument, um das Vertrauen der Bevölkerung in die Souveränität des Nationalstaates zu stärken. Sie birgt auf der anderen Seite jedoch die Gefahr, durch eine europakritische Regierung zur Sabotage sinnvoller und nötiger Integrationsmaßnahmen missbraucht zu werden.

Es ist jenes Spannungsfeld, mit dem sich der **Beitrag** in der heutigen Ausgabe auseinandersetzt. Mit „*Die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle der europäischen Integration*“ liefert HERLEIN eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem PStPP-Urteil des BVerfG und dessen möglichen Folgen für die Zukunft Deutschlands und der Union.

Ein interessantes Projekt ist die erste **Klausur** in diesem Heft. Die an Studenten der Fortgeschrittenenübung im **Zivilrecht** gerichtete Falllösung ist im Rahmen der digitalisierten Lehre während der COVID19 Pandemie entstanden. In einem Mentoren Programm hat eine Gruppe von Studenten unter Anleitung von Prof. KLOCKE den hier veröffentlichten Sachverhalt samt Lösung gemeinschaftlich erarbeitet. Inhaltlich ist „*Beiderseitige Mangelkenntnis im Kaufrecht in der Fallbearbeitung*“ dabei selbsterklärend; führt den Leser also durch einige wichtige Probleme besonderen Schuld-, insbesondere des Kaufrechts.

Die zweite **Klausur** in dieser Ausgabe soll in erster Linie Examenskandidaten in Vorbereitung auf das **Öffentliche Recht** ansprechen. In „*Das Hostel und der Diktator*“ führen WIESE und SCHILDHEUER didaktisch durch einige immer wiederkehrende Probleme des allgemeinen und besonderen Verwaltungsrechts. Namentlich erwähnt sei dabei insbesondere der einstweilige Rechtsschutz. Darüber hinaus weist der Fall einige interessante europäische Bezüge auf.

Der Teil zur **Rechtsprechung** ist in dieser Ausgabe zwar überschaubar aber nicht minder interessant. So geht es im **Zivilrecht** um eine Entscheidung des VII. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes zum Anti-Diskriminierungs-Recht. Die Richter waren zur Entscheidung über die Frage berufen, wann es sich bei einem zivilrechtlichen Schuldverhältnis um ein Massengeschäft im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 AGG handelt, welches typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommt (NONN).

Im **Strafrecht** musste der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofes der Frage nachgehen, inwiefern jemand einen Vermögensschaden iSd. § 253 StGB erleidet, der auf die Geltendmachung einer wertlosen Forderung verzichtet und wie die Werthaltigkeit einer Forderung überhaupt bestimmt wird (BECHTEL).

Das Heft schließt, wie mittlerweile gewohnt, mit einem **Rezensionsteil**. Hier gibt es eine Übersicht zu den Einführungen und Gesamtdarstellungen zum Zivilrecht und zum BGB (MAJER).

Prof. Dr. Christian F. Majer
Schriftleiter

Sascha Sebastian, M.Mel.
Stellvertretender Schriftleiter

BEITRAG

Marie-Sophie Herlein, B.A.*

Die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle der europäischen Integration

Die Problematik des PSPP-Urteils des BVerfG vom 05.05.2020

Gliederung

Abstract

A) Die Idee der europäischen Integration

B) Unionsrechtliches Vorrangprinzip

I. Rechtsprechung des EuGH

II. Rechtsprechung des BVerfG

C) Die Kontrollkompetenzen des BVerfG

I. Die Ultra-vires-Kontrolle

II. Prüfungsmaßstab

D) Das PSPP-Urteil des BVerfG

I. Problematik des Urteils

II. Die Rolle des polnischen Verfassungsgerichtshofs

1. Entwicklungen in Polen

2. Instrumentalisierung des BVerfG-Urteils

III. Die künftige Rolle des BVerfG

E) Ausblick

F) Fazit

Abstract

Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland gem. Art. 23 Abs. 1 GG bei der Entwicklung der Europäischen Union mit. Dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) kommt die Aufgabe zu, die Integration Deutschlands in die Europäische Union zu kontrollieren. Im Rahmen dieser Kontrollfunktion behält sich das BVerfG u.a. das Instrument der Ultra-vires-Kontrolle vor. Von wesentlicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das Urteil des BVerfG vom 05.05.2020 zu dem Staatsanleihekaufprogramm der Europäischen Zentralbank (EZB), da es sich mit diesem Urteil gegen den Europäischen Gerichtshof (EuGH) stellt und den Vorrang des Europarechts missachtet. Anhand dieses Urteils sollen die Grenzen der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle aufgezeigt werden. Zudem wird die Frage beantwortet, inwiefern das Urteil vom 05.05.2020 eine Gefahr für die europäische Integration, vor allem im Hinblick auf europakritische Regierungen wie in Polen, darstellt und ob das BVerfG seinem Verfassungsauftrag künftig noch nachkommen kann.

A) Die Idee der europäischen Integration

Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs festigten sich die Gedanken an ein friedliches Zusammenleben und eine engere Zusammenarbeit der europäischen Staaten auf supranationaler Ebene. Zum Ziel wurde neben der Friedenssicherung auch die Entstehung einer Staatengemeinschaft unter Achtung und Wahrung gemeinsamer Werte, zu denen insbesondere der Schutz der Menschenrechte sowie der Vorrang des Rechts zählt.¹ Gedanken der Friedenssicherung, der Supranationalität, der Förderung von Wirtschaft und Handel und die Grundlagen der Europaidee haben die europäische Integration geprägt.² Während und nach dem Zweiten Weltkrieg verfestigte sich die Idee eines vereinten Europas insbesondere durch das von Jean Monnet und Robert Schuman entwickelte Konzept einer prozesshaften Integration hin zu einer immer intensiveren supranationalen Zusammenarbeit.³

Das deutsche Volk bekennt sich schon in der Präambel des Grundgesetzes dazu, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen. Außerdem sieht der im Jahr 1992 eingeführte Europaartikel Art. 23 GG sowie Art. 24 GG vor, Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen, also staatliche internationale Organisationen, zu übertragen und den Bund in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einzuordnen. Somit war die Idee eines Beitritts zu Vereinbarungen über eine umfassende, internationale Schiedsgerichtsbarkeit zur Regelung zwischenstaatlicher Streitigkeiten bereits mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahr 1949 verfassungsrechtlich verankert.⁴ Dieser Ansatz findet sich auch im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) wieder, der zusammen mit dem Vertrag über die Europäische Union (EUV) zu den Gründungsverträgen der EU zählt. Dort heißt es in der Präambel, dass die Gründungsstaaten entschlossen sind, die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenhalt der europäischen Völker zu schaffen und durch gemeinsames Handeln den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt ihrer Staaten zu sichern, indem sie die Europa trennenden Schranken beseitigen. Die immer engere Zusammenarbeit europäischer Staaten auf supranationaler und intergouvernementaler Ebene wird als europäische Integration beschrieben.⁵

Die Bundesrepublik Deutschland wird durch das Grundgesetz als offener Verfassungsstaat konzipiert. Art. 24 GG ist prägend

* Die Autorin ist Beschäftigte im Niedersächsischen Ministerium für Inneres und Sport in Hannover. Der Beitrag beruht auf der Bachelorarbeit der Autorin im Rahmen des Studiums der Öffentlichen Verwaltung an der Hochschule Osnabrück.

¹ Schmitz, Das Grundgesetz und die europäische Integration (2010), S. 1.

² Streinz/Ohler/Herrmann, in: Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 3. Aufl. (2010), § 1.

³ Schmitz, Das Grundgesetz und die europäische Integration (2010), S. 1.

⁴ Wollenschläger in: Dreier, in: Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage (2015), Art. 23, Rn. 1.

⁵ Weber, Europalexikon - Europäische Integration (2009).

für die offene Staatlichkeit, sodass sie oft als Integrationshebel verstanden wird.⁶ Nach dem Grundsatz des *lex specialis derogat legi generali*, d.h. die spezielle Norm verdrängt die allgemeine Norm, greift jedoch Art. 23 GG, welcher im Kontext des Vertrags von Maastricht im Jahr 1992 in das Grundgesetz neu eingefügt wurde. Seither bildet er die verfassungsrechtliche Basis der Mitgliedschaft Deutschlands in der EU und steuert die europäische Integration.⁷ In Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG heißt es:

Die Bundesrepublik Deutschland wirkt zur Verwirklichung eines vereinten Europas bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet.

Diese Staatszielbestimmung ermächtigt und verpflichtet die Staatsorgane der Bundesrepublik verfassungsrechtlich zur aktiven und konstruktiven Mitwirkung an der Entwicklung der EU und wird daher als Offensive der Europäisierung bezeichnet.⁸ Der Auftrag aus Art. 23 Abs. 1 GG ist zugleich an eine Struktursicherungsklausel geknüpft, welche mit den in Art. 2, 7 und 49 EUV niedergelegten Werten der Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit sowie der Wahrung der Menschenrechte korrespondiert. Das sind die Werte, auf die sich die EU gründet, die allen Mitgliedstaaten gemeinsam sind und welche im Zentrum der europäischen Integrationsidee stehen.⁹ Die Struktursicherungsklausel normiert demnach strukturelle Anforderungen und beschränkt die Integrationsermächtigung gleichzeitig auf eine Europäische Union, die den genannten Grundsätzen verpflichtet ist. Somit wird der Integrationsauftrag durch die von der Struktursicherungsklausel umfassten Grundsätze konkretisiert.¹⁰

B) Unionsrechtliches Vorrangprinzip

Seit Beginn des Integrationsprozesses gibt es die Diskussion hinsichtlich des Rangverhältnisses zwischen nationalem Recht und europäischem Unionsrecht. Bei der Klärung der Rangfrage sind aus deutscher Sicht sowohl der EuGH als auch das BVerfG die zentralen Akteure. Beide Gerichte sind sich insoweit einig, dass im Falle einer Kollision von Unionsrechtsakten das Unionsrecht einen Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht genießt.¹¹ Während der EuGH in seiner Rechtsprechung jedoch von einem absoluten Anwendungsvorrang ausgeht, kann nach Ansicht des BVerfG nur von einem relativen Anwendungsvorrang gesprochen werden.¹²

I. Rechtsprechung des EuGH

Europarechtliche Grundlage für die These des EuGH hinsichtlich des uneingeschränkten Anwendungsvorrangs des Unionsrechts stellt die *Costa/E.N.E.L.*-Entscheidung im Jahr 1964 dar. In dieser konstatiert der Gerichtshof, dass „*dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden*

Rechts wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsquellen vorgehen können [...]“.¹³ Der EuGH verweist zudem auf den Art. 189 [jetzt: Art. 288 AEUV] des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, nach welchem die Verordnungen und Richtlinien der europäischen Organe für jeden Mitgliedstaat verbindlich sind und unmittelbar gelten. Zur Begründung wird in der Entscheidung weiter angeführt, dass es den Mitgliedstaaten im Hinblick auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit und der Verpflichtung zur Erfüllung der Verträge iSv. Art. 4 Abs. 3 EUV nicht möglich ist, nachträgliche, einseitige Maßnahmen vorzubringen.¹⁴ Weiterhin weist der EuGH in der *Costa/E.N.E.L.*-Entscheidung auf die endgültige Beschränkung der Hoheitsrechte der Mitgliedstaaten hin. Diese Beschränkung führt der Gerichtshof auf die Tatsache zurück, dass sich die Mitgliedstaaten einer Gemeinschaftsrechtsordnung unterstellt und sie damit die Regelung von Rechten und Pflichten dieser Gemeinschaftsrechtsordnung vorbehalten haben.¹⁵ Nach Auffassung des EuGH haben die Mitgliedstaaten ihre Souveränitätsrechte beschränkt und einen Rechtskörper geschaffen, der für ihre Angehörigen und sie selbst verbindlich sei.¹⁶

Der EuGH begründet den Vorrang des Unionsrechts in seiner Rechtsprechung also vor allem mit der Funktion der Union als Rechtsgemeinschaft, welche einen effektiven Schutz der Unionsrechte verlangt.¹⁷ Daraus folgert der EuGH in seiner Rechtsprechung, wie dargestellt, dass das Unionsrecht vorrangig vor allen nationalen Rechtsvorschriften, einschließlich den verfassungsrechtlichen Normen, sei.¹⁸ Der Gerichtshof geht zusammengefasst von einem uneingeschränkten, absolutem Anwendungsvorrang des Unionsrechts aus.¹⁹

II. Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG geht ebenfalls von einem Vorrang des europäischen Rechts aus und hat diesen Grundsatz seit langem in seiner Judikatur verankert.²⁰ Durch den Vertrag von Lissabon wird im Jahr 2007 mit der beigefügten Erklärung Nr. 17 zum AEUV der Anwendungsvorrang des EU-Rechts bestätigt, indem darauf hingewiesen wird, dass europäisches Recht bzw. die Rechtsprechung des EuGH Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten hat.²¹ Steht nationales Recht im Widerspruch zum Unionsrecht, bleibt die nationale Norm unangewendet. Sie wird allerdings nicht aufgehoben, sondern tritt im Konfliktfall lediglich zurück. Der Vorrang des Unionsrechts wird demnach zwar vom BVerfG anerkannt, jedoch steht zur Diskussion, ob es Durchbrechungen und Vorbehalte zugunsten des nationalen Rechts geben kann.²² Im Gegensatz zum EuGH ist das Verfassungsgericht nicht der Auf-

⁶ Calliess, NVwZ 2019, 684.

⁷ Ludwigs/Sikora, EWS 2016, 121 (122).

⁸ Calliess, NVwZ 2019, 684.

⁹ Heintschel von Heinegg, in: Europäisches Unionsrecht 2. Aufl. (2018), Art. 2 EUV, Rn. 2.

¹⁰ Calliess, Die Rolle des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichts, 1. Aufl. (2016), S. 150.

¹¹ Ludwigs/Sikora, EWS 2016, 121.

¹² Fromberger/Schmidt, ZJS 2018, 29 (30).

¹³ EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Az.: C-6/64, Rn. 1270.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Az.: C-6/64, Rn. 1269.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Az.: C-6/64, Rn. 1271.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Az.: C-6/64, Rn. 1269.

¹⁷ Arndt/Fischer/Fetzer, in: Europarecht, 11. Aufl. (2015), S. 93, Rn. 343.

¹⁸ Ludwigs/Sikora, EWS 2016, 121 (122).

¹⁹ Fromberger/Schmidt, ZJS 2018, 29 (30).

²⁰ BVerfG, Urt. v. 09.06.1971, Az.: 2 BvR 225/69, Rn. 174.

²¹ BVerfG, Urt. v. 30.06.2009, Az.: 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, Rn.72.

²² Ludwigs/Sikora, EWS 2016, 121 (122).

fassung, dass dieser Vorrang auf einer von sich heraus geschaffenen autonomen Rechtsordnung fußt.²³ Seiner Rechtsprechung ist zu entnehmen, dass es den Anwendungsvorrang nicht aus dem Wesen des Unionsrechts folgert.²⁴ Vielmehr nimmt das BVerfG hinsichtlich der genauen Reichweite eine relativierende Position ein. Entgegen dem EuGH differenziert und beschränkt das BVerfG den Anwendungsvorrang des Unionsrechts. Nach Auffassung des Gerichts gelte dieser lediglich aufgrund des grundgesetzlichen Rechtsanwendungsbefehls im Rahmen der verfassungsrechtlichen Ermächtigung des Art. 23 Abs. 1 GG iVm. dem Zustimmungsgesetz zu den europäischen Verträgen.²⁵ Aus der verfassungsrechtlichen Ermächtigung folgert das Gericht daher, dass der Vorrang der europäischen Hoheitsgewalt nur so weit reichen kann, wie ihr im Vertrag zugestimmt wurde. Nach Ansicht des BVerfG seien somit Rechtsakte der Union, die nicht von dem Rechtsanwendungsbefehl gedeckt sind, in Deutschland unanwendbar.

Vor diesem Hintergrund behält sich das BVerfG drei Kontrollinstrumente vor, um die europäische Integration im Rahmen der verfassungsrechtlichen Maßgaben zu überprüfen. Diese ergeben sich hinsichtlich des europäischen Grundrechtsschutzes, der europäischen Kompetenzzusübung und der Verfassungsidentität des deutschen Grundgesetzes.²⁶

C) Die Kontrollkompetenzen des BVerfG

Dem BVerfG kommt als oberstem Hüter der Verfassung vor allem die Aufgabe zu, im Streitfall und auf Antrag hin die Normen des Grundgesetzes auszulegen, um dadurch zu bewirken, dass das Zusammenspiel der Verfassungsorgane und zwischen Bund und Ländern den Regeln des Grundgesetzes entspricht. Zudem stellt das Gericht sicher, dass die Staatsgewalt ihre Grenzen nicht überschreitet und sich die Tätigkeit aller Staatsorgane an den grundgesetzlichen Werten orientiert.²⁷ Gem. § 1 Abs. 1 BVerfGG ist das BVerfG ein allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbstständiger und unabhängiger Gerichtshof des Bundes. Dies bestätigt seine rechtliche Qualifizierung als oberstes Verfassungsorgan.²⁸ Durch Art. 92 Hs. 2 GG wird dem BVerfG die rechtsprechende Gewalt ausdrücklich zugewiesen. Die Entscheidungen des BVerfG binden gem. § 31 BVerfGG die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden. Dies folgt aus der Systematik der Art. 92 bis Art. 104 GG iVm. dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG.²⁹ Weiterhin kann auch sekundäres EU-Recht Gegenstand der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle sein.³⁰ Wie bereits dargestellt, ist das BVerfG der Ansicht, dass der Vorrang des Unionsrechts nicht unbeschränkt gilt. Daraus folgt wiederum, dass dem Unionsrecht durch das nationale Recht Grenzen gesetzt sind. Daher behält sich das BVerfG vor, die europäische Integration mit den Instrumenten der Grundrechtskontrolle, der Identitätskontrolle sowie der Kompetenzkontrolle zu überprüfen. Im Hinblick auf die Umsetzung und die Verwirklichung des

Integrationsprogramms soll im Folgenden jedoch ausschließlich auf den verfassungsgerichtlichen Kontrollmechanismus hinsichtlich der europäischen Kompetenzzusübung, der sog. Ultra-vires-Kontrolle, eingegangen werden, da diese im Mittelpunkt des BVerfG-Urteils vom 05.05.2020 steht, welches im Anschluss thematisiert wird.

I. Die Ultra-vires-Kontrolle

Die EU kann lediglich die Aufgaben wahrnehmen, die ihr von den Mitgliedstaaten zugeteilt werden. Als supranationale Organisation ohne Staatscharakter verfügt sie nicht über eine Kompetenz-Kompetenz, d.h. sie verfügt nicht über die Kompetenz, zu entscheiden, bei wem die Kompetenz liegt. Sie kann ihre Zuständigkeiten demnach nicht selbstständig erweitern. Stattdessen verleihen ihr die Mitgliedstaaten im Wege der begrenzten Einzelermächtigung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 EUV die entsprechenden Berechtigungen zum Handeln. Alle weiteren Zuständigkeiten verbleiben hingegen gem. Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV bei den Mitgliedstaaten.³¹ Die EU darf also nur dann Hoheitsrechte ausüben, wenn ihr die nötige Kompetenz durch die Mitgliedstaaten übertragen wurde. In Deutschland geschieht das durch ein Zustimmungsgesetz.³²

Eine Kompetenzkontrolle obliegt in diesem Zusammenhang zunächst dem EuGH. Ihm kommt über die Gründungsverträge der EU im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV und Nichtigkeitsklagen gem. Art. 263 AEUV ein Rechtsschutzauftrag zu.³³ Diese Zuständigkeit ergibt sich über Art. 19 EUV und Art. 344 AEUV. Gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV sichert der EuGH die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Mit dem Begriff des Rechts wird dessen Bedeutung im europäischen Integrationsprozess untermauert und auf den Charakter der Union als Rechtsgemeinschaft hingewiesen.³⁴ Darüber hinaus hat sich jedoch auch das BVerfG eine Kontrollbefugnis vorbehalten, um mögliche Grenzdurchbrechungen bei der Inanspruchnahme von unionalen Zuständigkeiten zu überprüfen.³⁵ Im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle stellt das BVerfG sicher, dass das Integrationsprogramm eingehalten und ein hinreichend demokratisches Legitimationsniveau bei Umsetzung und Vollzug des Unionsrechts garantiert wird.³⁶

Das BVerfG prüft daher im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle, ob sich die europäischen Rechtsakte unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten. Gem. Art. 5 Abs. 3 EUV wird die EU nach dem Subsidiaritätsprinzip in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern die Ziele von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unions-

²³ BVerfG, Urt. v. 22.10.1986, Az.: 2 BvR 197/83, Rn. 103.

²⁴ Fromberger/Schmidt, ZJS 2018, 29 (30).

²⁵ Ludwigs/Sikora, EWS 2016, 121 (122).

²⁶ Detterbeck, in: Sachs, 8. Aufl. (2018), Art. 19 EUV, Rn. 76.

²⁷ Ibid., Rn. 5.

²⁸ Ibid., Rn. 6.

²⁹ Rademacher, EuR 2018, 140 (144).

³⁰ Detterbeck in: Sachs, in: Europarecht Kommentar, 8. Aufl. (2018), Art. 19 EUV, Rn. 26.

³¹ Ludwigs/Sikora, EWS 2016, 121 (126).

³² Fromberger/Schmidt, ZJS 2018, 29 (31).

³³ Ludwigs/Sikora, EWS 2016, 121 (126).

³⁴ Epiney, in: Die Europäische Union – Europarecht und Politik, 13. Aufl. (2019), S. 253.

³⁵ Ludwigs/Sikora, EWS 2016, 121 (126).

³⁶ Huber, in: Streinz, 3. Aufl. (2018), Rn. 80.

ebene effektiver zu verwirklichen sind. Wenn das Subsidiaritätsprinzip nicht gewahrt ist und die Rechtsakte der EU die Kompetenzgrenzen überschreiten, verletzen diese als sog. Ultra-vires-Akte sowohl Unionsrecht als auch deutsches Verfassungsrecht und werden vom BVerfG für in Deutschland unanwendbar erklärt.³⁷

II. Prüfungsmaßstab

In seinem Honeywell-Beschluss im Jahr 2010 hat das BVerfG die Ultra-vires-Kontrolle konkretisiert. Eine Ultra-vires-Kontrolle komme nur in Betracht, wenn ersichtlich sei, dass die Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen außerhalb der übertragenen Kompetenzen ergangen sind. Ersichtlich sei ein Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur dann, wenn die europäischen Organe und Einrichtungen die Grenzen ihrer Kompetenzen überschritten haben. Der Kompetenzverstoß müsse demnach hinreichend qualifiziert sein.³⁸ Hinreichend qualifiziert sei ein Kompetenzverstoß zum einen dann, wenn das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist. Die vorausgesetzte Offensichtlichkeit wird im Honeywell-Urteil jedoch nicht weiter definiert. Zum anderen müsse der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zwischen der EU und den Mitgliedstaaten zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten führen.³⁹ Letzteres setze nach Auffassung des BVerfG voraus, dass die Kompetenzüberschreitung im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die rechtsstaatliche Gesetzbindung erheblich ins Gewicht fällt.⁴⁰ Darüber hinaus seien die Kompetenzüberschreitungen aber auch dann strukturell bedeutsam, wenn sie sich auf Sachbereiche erstrecken, die zu der verfassungsrechtlichen Identität der Mitgliedstaaten zählen oder besonders von dem demokratisch diskursiven Prozess in den Mitgliedstaaten abhängen.⁴¹

Weiterhin berücksichtigt das BVerfG das Kooperationsverhältnis zum EuGH, indem es darauf hinweist, dass vor der Annahme eines Ultra-vires-Aktes der europäischen Organe zunächst die Vorlagepflicht im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 AEUV zu berücksichtigen ist.⁴² Dem EuGH wird diesbezüglich die Gelegenheit zur Vertragsauslegung sowie zur Entscheidung über die Auslegung und die Gültigkeit des fraglichen Rechtsakts gegeben. Das BVerfG selbst ist der Auffassung, dass es, solange der EuGH keine Möglichkeit hatte, über die unionsrechtliche Frage zu entscheiden, keine Unanwendbarkeit des Unionsrechts für Deutschland feststellen dürfe.⁴³ Somit hat das BVerfG sein Verständnis über das Verhältnis von Art. 23 Abs. 1 GG zu Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV um eine europarechtliche Perspektive ergänzt. Das Gericht erkennt, dass die Einheit des Unionsrechts und das Prinzip des Anwendungsvorrangs durch eine Ultra-vires-Kontrolle nicht gefährdet werden darf.⁴⁴

D) Das PSPP-Urteil des BVerfG

In seiner jüngsten Rechtsprechung hat das BVerfG ein Urteil gefällt, das schon jetzt von historischer Bedeutung ist und sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene auf großen Widerspruch stößt. Erstmals in seiner Geschichte hat sich das BVerfG gegen den EuGH gestellt, in dem es die Ultra-vires-Kontrolle zur Anwendung bringt und ein vorangegangenes Urteil des EuGH als Ultra-vires-Akt einschätzt.

In seinem Urteil vom 05.05.2020 entschied der Zweite Senat über mehrere Verfassungsbeschwerden gegen das Staatsanleihekaufprogramm Public Sector Purchase Programme (PSPP) der EZB. Bei dem PSPP handelt es sich um ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten, im Rahmen dessen die nationalen Zentralbanken marktfähige Schuldtitel von zugelassenen Geschäftspartnern an den Sekundärmärkten kaufen können.⁴⁵ Erlassen wurde dieses Programm von der EZB, welche ein wesentliches Organ der EU und die zentrale Institution des Eurosystems ist (Art. 13 Abs. 2 EUV). Ihr Auftrag besteht darin, die Geldpolitik festzulegen bzw. durchzuführen und Preisstabilität zu gewährleisten.⁴⁶ In ihren Verfassungsbeschwerden zeigen die Beschwerdeführer auf, dass das PSPP sowohl gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung iSv. Art. 5 Abs. 1 EUV iVm. Art. 119, 127 ff. AEUV als auch gegen das Verbot monetärer Staatsfinanzierung iSv. Art. 123 AEUV verstoße.⁴⁷ Anlässlich dieser Verfassungsbeschwerden legte das BVerfG dem EuGH im Jahr 2017 mehrere Fragen zur Vorabentscheidung vor. Durch dieses Vorabentscheidungsversuchen iSv. Art. 267 AEUV sollte die Gültigkeit des Beschlusses der EZB vom 04.03.2015 und die Auslegung von Art. 4 Abs. 2 EUV sowie der Art. 123 und Art. 125 AEUV geklärt werden. Am 11.12.2018 urteilte der EuGH diesbezüglich, dass das PSPP weder über das Mandat der EZB hinausgehe noch gegen das Verbot der monetären Haushaltsfinanzierung und somit letztlich nicht gegen EU-Recht verstoße. Nach Ansicht des EuGH ist das Anleihekaufprogramm der EZB mit dem EU-Recht vereinbar.⁴⁸

Dennoch urteilte das BVerfG am 05.05.2020, dass der Beschluss des Rates der EZB sowie die darauffolgenden Beschlüsse des PSPP im Hinblick auf Art. 119 und Art. 127 ff. AEUV als Ultra-vires-Maßnahme zu qualifizieren seien. Nach Ansicht des Gerichts seien vor Abschluss des PSPP die währungspolitischen Ziele des Programms nicht mit den damit verbundenen wirtschaftspolitischen Auswirkungen abgewogen worden. Durch die Ausblendung der wirtschaftspolitischen Konsequenzen werde der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit offensichtlich missachtet. Das PSPP wirke sich vor allem auf den Bankensektor aus, indem es Staatsanleihen in die Bilanzen des Eurosystems übernehme, dadurch die wirtschaftliche Situation der Banken ver-

³⁷ Calliess, in: Maunz/Dürig, 89. EL (2019), Art. 24 GG, Rn. 202.

³⁸ BVerfG, Urt. v. 06.07.2010, Az.: 2 BvR 2661/06, Rn. 61.

³⁹ Ludwigs/Sikora, EWS 2016, 121 (126).

⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, Az.: 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16.

⁴¹ BVerfG, Urt. v. 06.07.2010, Az.: 2 BvR 2661/06, Rn. 65.

⁴² BVerfG, Urt. v. 06.07.2010, Az.: 2 BvR 2661/06, Rn. 60.

⁴³ Calliess, in: Maunz/Dürig, 89. EL (2019), Art. 24 GG, Rn. 137.

⁴⁴ Calliess, Die Rolle des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichts (2017), S. 162.

⁴⁵ Bundesbank: Public Sector Purchase Programme, <https://www.bundesbank.de/de/aufgaben/geldpolitik/geldpolitische-wertpapierankaueufe/public-sectorpurchase-programme-pspp--830348> (Abruf am 17.11.2020).

⁴⁶ EZB, <https://www.ecb.europa.eu/ecb/html/index.de.html> (Abruf am 17.11.2020).

⁴⁷ BVerfG, Urt. v. 05.05.2020, Az.: BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 1.

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 11.12.2018, Az.: C-493/17.

bessere und ihre Bonität erhöhe. Des Weiteren seien auch ökonomische und soziale Auswirkungen auf die Bürgerinnen und Bürger mit dem PSPP verbunden. So würden sich vor allem für die Sparvermögen deutliche Verlustrisiken ergeben.⁴⁹ Den verfahrensgegenständlichen Beschlüssen der EZB sei eine erforderliche Abwägung dieser Konsequenzen mit den währungspolitischen Zielen nicht zu entnehmen. Ohne Dokumentation, ob und wann eine Abwägung stattgefunden hat, lasse sich die rechtliche Einhaltung des Mandats der EZB gerichtlich nicht effizient kontrollieren. Die Beschlüsse zum PSPP würden daher gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung verstoßen und seien von der währungspolitischen Kompetenz der EZB nicht länger gedeckt. Im Ergebnis seien die Beschlüsse kompetenzwidrig und damit „ultra vires“ ergangen.⁵⁰ Das BVerfG ist weiter der Ansicht, dass das im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens ergangene Urteil des EuGH im Jahr 2017 seiner Entscheidung nicht entgegenstehe, da der Gerichtshof bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung die tatsächlichen Wirkungen außer Acht lasse und auf eine wertende Gesamtbetrachtung verzichte. Er verfehle daher die Anforderungen an eine nachvollziehbare Überprüfung der Einhaltung des währungspolitischen Mandats der EZB.⁵¹ Das Urteil des EuGH sei methodisch nicht nachvollziehbar und somit ebenfalls „ultra vires“ ergangen. Es stelle einen Ultra-vires-Akt dar, der das BVerfG nicht binde.⁵² Erstmals in seiner Rechtsprechung wendet sich das BVerfG somit gegen den EuGH und setzt das Instrument der Ultra-vires-Kontrolle ein, um einen europäischen Rechtsakt für unanwendbar zu erklären.

I. Problematik des Urteils

Aus unionsrechtlicher Perspektive ist die im Urteil durchgeführte Ultra-vires-Kontrolle des BVerfG mit den europäischen Verträgen unvereinbar. Der EuGH überwacht gem. Art. 263 AEUV die Rechtmäßigkeit der Gesetzgebungsakte sowie die Handlungen des Rates, der Kommission, der EZB und die Handlungen des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates mit Rechtswirkung gegenüber Dritten. Weiterhin entscheidet der EuGH gem. Art. 267 AEUV im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung der Verträge sowie über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union. Legt ein nationales Gericht im Rahmen eines Streits dem EuGH eine Frage zur Vorabentscheidung vor, ist das daran anschließende Urteil des EuGH für das nationale Gericht bindend.⁵³

Gem. Art. 344 AEUV verpflichten sich die Mitgliedstaaten, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht anders als hierin vorgesehen zu regeln. Als Gericht für das Europarecht sieht Art. 19 EUV den EuGH in Luxemburg vor. Der EuGH sichert gem. Art. 19 EUV die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge und ist insbesondere im Hinblick auf Art. 267 Abs. 2 AEUV die letzte Instanz.⁵⁴ Den

Mitgliedstaaten ist demnach untersagt, für unionsrechtliche Streitigkeiten eine andere gerichtliche Lösung zu suchen. Diese Regelung konkretisiert das in Art. 4 Abs. 3 EUV geregelte Gebot der Unionstreue.⁵⁵ Seit der Costa/E.N.E.L.-Entscheidung des EuGH gilt zudem als anerkannter Grundsatz, dass das europäische Recht stets Vorrang vor dem nationalen Recht hat.⁵⁶ Erklärt jedoch ein nationales Gericht, wie im vorliegenden Fall das BVerfG, einen Unionsakt für unanwendbar, so wird letztlich nicht nur dieser Grundsatz, sondern vielmehr die europarechtlichen Verpflichtungen im Allgemeinen in Frage gestellt.

Verheerendste Problematik, die sich in Zusammenhang mit dem Urteil des BVerfG ergibt, ist jedoch die Tatsache, dass europakritische Regierungen wie die in Ungarn oder Polen gestärkt werden, da es ihnen nun möglich ist, das Urteil des BVerfG für ihre Zwecke und Anliegen zu instrumentalisieren. Die Entscheidung des BVerfG vermittelt den Eindruck, dass den Entscheidungen des EuGH zur Auslegung und Anwendung des Europarechts nicht zwangsläufig gefolgt werden muss. Dies könnte wiederum dazu führen, dass einige Mitgliedstaaten künftig auf eine eigene Auslegung des Europarechts beharren.⁵⁷ Zur Erläuterung dieser Problematik wird im Folgenden ein kurzer Blick auf die Rolle des polnischen Verfassungsgerichtshofs im europäischen Integrationsprozess geworfen.

II. Die Rolle des polnischen Verfassungsgerichtshofs

Die Konflikte innerhalb der Union haben in den letzten Jahren ersichtlich zugenommen. Mit dem BREXIT, dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU, haben die politischen Divergenzen zugenommen. Doch auch in einigen der verbleibenden Mitgliedstaaten stößt das Projekt der europäischen Integration immer wieder auf Widerstände, welche die Rechtsgemeinschaft auf die Probe stellen.⁵⁸ Sowohl gegen Ungarn als auch gegen Polen wurden bereits diverse Vertragsverletzungsverfahren sowie ein Rechtsstaatlichkeitsverfahren nach Art. 7 EUV durch die Europäische Kommission bzw. das Europäische Parlament eingeleitet. Anstoß für die Kontrolle der Rechtsstaatlichkeit in Polen war die Krise des Justizwesens, die mit der Machtübernahme der Partei Prawo i Sprawiedliwość (PiS) bzw. mit der durch sie initiierten Gesetzesnovelle über den Verfassungsgerichtshof und der darauffolgenden Justizreform begann.

1. Entwicklungen in Polen

Seit der Machtübernahme der nationalkonservativen Regierung unter der Führung der PiS steht die Funktionsfähigkeit und die Unabhängigkeit des polnischen Verfassungsgerichtshofs in Frage. Die PiS, welche insbesondere als europaskeptisch gilt, hat seit November 2015 die absolute Mehrheit im Sejm, der ersten Kammer des polnischen Parlaments. Seit ihrer Machtübernahme versucht die PiS mit Reformen Einfluss auf das politische und gesellschaftliche System in Polen zu nehmen und besonders die Justiz ihrer politischen Kontrolle zu unterstellen.⁵⁹ Seit 2015

⁴⁹ BVerfG, UrT. v. 05.05.2020, Az.: BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, Rn. 172.

⁵⁰ Ibid, Rn. 119.

⁵¹ Ibid, Rn. 133.

⁵² Ibid, Rn. 117.

⁵³ Classen, Stellungnahme zum Urteil des BVerfG vom 05.05.2020 für den Europaausschuss des Deutschen Bundestages am 25.05.2020 (2020), S. 3.

⁵⁴ Mayer, Stellungnahme zum Urteil des BVerfG vom 05.05.2020 für den Europaausschuss des Deutschen Bundestages am 25.05.2020 (2020), S. 5.

⁵⁵ Vedder/Heintschel von Heinegg, in: Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. (2018), Art. 344 AEUV, Rn. 1.

⁵⁶ EuGH, UrT. v. 15.07.1964, Az.: C-6/64, Rn. 1270.

⁵⁷ Mayer, Stellungnahme zum Urteil des BVerfG vom 5.5.2020 für den Europaausschuss des Deutschen Bundestages am 25.05.2020 (2020), S. 2.

⁵⁸ Hatje/Schwarze, EuR 2019, 153.

⁵⁹ Vetter, Analyse: Die PiS und das Recht, bpb (2017),

▶ <https://www.bpb.de/255590/analyse-die-pis-und-das-recht> (Abruf am 11.10.2020).

wurden diverse Gesetzgebungsakte erlassen, die sich auf die gesamte Struktur des polnischen Justizsystems, vor allem auf die Strafverfolgung, die ordentlichen Gerichte, den Landesjustizrat, das Oberste Gericht sowie auf den Verfassungsgerichtshof auswirken. Durch die Gesetze wurden die Exekutive und Legislative systematisch befähigt, politischen Einfluss auf die Zusammensetzung, Befugnisse und die Arbeitsweise der Judikative auszuüben.⁶⁰

Zu den wesentlichen Grundsätzen und Werten der Europäischen Union gehört jedoch vor allem die Rechtsstaatlichkeit, die in Art. 2 EUV verankert ist. Sie ist für das Funktionieren der EU als Ganzes von enormer Bedeutung und stellt sicher, dass die nationalen Richter ihre Rolle bei der Gewährleistung des EU-Rechts wahrnehmen. Durch die erlassenen Gesetzgebungsakte in Polen sieht die Europäische Kommission die Rechtsstaatlichkeit als grundlegenden Wert der EU, konkret die richterliche Unabhängigkeit bzw. die Unabhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt verletzt. Daher wurden durch die Europäische Kommission bereits mehrere Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Polen eingeleitet.⁶¹ Der EuGH gab den Klagen in diesem Zusammenhang statt, da er in Polen das Recht auf einen effektiven Rechtsschutz durch ein Gericht als gefährdet und einen wirksamen Rechtsschutz als nicht gewährleistet ansieht. Daher stellte der EuGH fest, dass gegen die Verpflichtungen aus Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV iVm. Art. 7 GrCH, welche darin bestehen, das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht zu gewähren, durch die erlassenen Gesetze verstoßen wurde.⁶² Zudem leitete die Europäische Kommission bereits im Dezember 2017 wegen der Justizreform ein Rechtsstaatlichkeitsverfahren nach Art. 7 EUV gegen Polen ein.⁶³ Dabei handelt es sich um einen Sanktionsmechanismus, welcher dann aktiviert wird, wenn ein Mitgliedstaat grundlegende Werte und Vorschriften des EU-Rechts verletzt oder zu verletzen droht.⁶⁴ Unter Rechtsstaatsgesichtspunkten hat zudem die Venedig-Kommission mehrere kritische Berichte über das Justizsystem in Polen verfasst. Die Venedig-Kommission, auch bekannt als Europäische Kommission für Demokratie durch Recht, wurde im Jahr 1990 durch den Europarat gegründet. Heute steht sie u.a. im Bereich des Verfassungsrechts und der allgemeinen Rechtsprechung als unabhängiges Beratungsorgan zur Verfügung. Zu ihren Mitgliedern gehören neben den Mitgliedstaaten des Europarates auch sogenannte Beobachterstaaten und institutionelle Partner wie die EU und die Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa.⁶⁵ In ihren Berichten zu Polen verdeutlicht die Kommission, dass sowohl die Unabhängigkeit der Richter als auch die Unabhängigkeit der Justiz ernsthaft gefährdet sei. Sie sehe in den erlassenen Gesetzen eine Gefährdung für die Stabilität der Rechtsordnung und der Rechtssicherheit.⁶⁶

An die allgemeine Situation in Polen knüpft sich die Problematik des Urteils des BVerfG vom 05.05.2020. Diesbezüglich bleibt

zu befürchten, dass Polen künftig das ergangene Urteil instrumentalisiert, es als Argument für die Nichtbeachtung der europäischen Verträge und Urteile verwendet und damit Gesetze legitimiert, die mit den Werten der EU nicht vereinbar sind.

2. Instrumentalisierung des BVerfG-Urteils

Der polnische Ministerpräsident Mateusz Morawiecki bezeichnet die Entscheidung des BVerfG als eines der wichtigsten Urteile in der Geschichte der Europäischen Union. Er führt an, dass Verträge von den Mitgliedstaaten geschaffen werden und sie bestimmen, wo für die Organe der EU die Kompetenzgrenzen liegen.⁶⁷ Diese Aussage verdeutlicht, dass ein europakritisches Regime wie die PiS in Polen den Vorrang des EU-Rechts nicht anerkennt und den EuGH als letzte Instanz in Frage stellt. Dies bestärkt wiederum die Vermutung, dass das PSPP-Urteil des BVerfG vom 05.05.2020 insbesondere in Polen als Einladung zum Europarechtsbruch verstanden wird. Die Entscheidung des BVerfG vermittelt den Eindruck, dass den Entscheidungen des EuGH nicht zwangsläufig gefolgt werden muss und eine eigene Auslegung des Europarechts herangezogen werden kann. Letztlich droht also nicht nur die Instrumentalisierung des Urteils des BVerfG durch europakritische Regime, sondern darüber hinaus auch die generelle Infragestellung sämtlicher europarechtlicher Verpflichtungen.⁶⁸ Angelehnt an das Urteil des BVerfG ist zu befürchten, dass zukünftig Höchstgerichte und andere Akteure in allen anderen Mitgliedsstaaten darauf bestehen, eine individuelle Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen. Schließlich besteht sogar die Gefahr, dass das gesamte Europarecht destabilisiert wird.⁶⁹ In Anbetracht dessen stellt sich die Frage, welche Rolle das BVerfG nach seinem Urteil vom 05.05.2020 künftig in dem Prozess der europäischen Integration einnehmen wird und ob es seinem Integrationsauftrag noch gerecht werden kann, in dem es bei der Entwicklung eines vereinten Europas mitwirkt.

III. Die künftige Rolle des BVerfG

Zentrales Element der europäischen Rechtsgemeinschaft ist der EuGH, der sowohl im historischen als auch im weltweiten Vergleich als einmaliges überstaatliches Gericht fungiert. Eine weitere zentrale Komponente ist das wechselseitige Vertrauen aller Gerichte in die einheitliche Anwendung und die Wahrung des Vorrangs des Europarechts. Dazu zählt insbesondere auch die Befolgung der Urteile im Rahmen des Europarechts durch die Gerichte. Der Erhalt der europäischen Rechtsgemeinschaft ist für die Zukunft der EU entscheidend. Gelingt dies nicht, droht eine Entwicklung hin zu einem richterlichen Faustrecht, d.h. das Recht des stärkeren Gerichts. Das hätte wiederum zur Folge, dass sich die Entscheidungsgewalt lediglich an Größe, Macht, ökonomischem Gewicht sowie politischem Einfluss der Mitgliedstaaten ausrichtet. Die Idee der europäischen Integration, der immer engere Zusammenschluss der europäischen Staaten, wäre damit zerstört.⁷⁰ An dieser Stelle kann daher festgehalten werden, dass das Urteil des BVerfG vom 05.05.2020 die europäische Rechtsgemeinschaft gefährdet. Mit seinem PSPP-Urteil hat

⁶⁰ de Vries, WiRO 2018, 105.

⁶¹ de Vries, WiRO 2018, 105.

⁶² EuGH, Urt. v. 24.06.2019, Az.: C-619/18.

⁶³ de Vries, WiRO 2018, 105.

⁶⁴ Heintschel von Heinegg in Calliess/Ruffert, in: EUV, 2. Auflage (2018), Art. 7 EUV, Rn. 24.

⁶⁵ Venice Commission, https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation&lang=DE (Abruf am 18.12.2020).

⁶⁶ Hatje/Schwarze, EuR 2019, 153 (181).

⁶⁷ Tagesschau, BVerfG zum Anleihekauf: Urteil mit fatalen Folgen? (2020) <https://www.tagesschau.de/inland/eughbundesverfassungsgericht-101.html> (Abruf am 06.10.2020).

⁶⁸ Mayer, Stellungnahme zum Urteil des BVerfG vom 5.5.2020 für den Europaausschuss des Deutschen Bundestages am 25.05.2020 (2020), S. 2.

⁶⁹ Ibid., S. 18.

⁷⁰ Ibid., S. 3.

es das zuvor ergangene Urteil des EuGH missachtet, dieses nicht befolgt und damit ein schwindendes wechselseitiges Vertrauen in der einheitlichen Anwendung und der Wahrung des Europarechts riskiert. Zweifellos widerspricht das Urteil daher dem grundgesetzlich verankerten Auftrag des BVerfG zur Mitwirkung bei der Entwicklung der EU und der europäischen Integration. Statt einen Beitrag zu der Entwicklung der EU zu leisten, nimmt das BVerfG seine Kontrollkompetenzen in seinem Urteil, insbesondere hinsichtlich der Ultra-vires-Prüfung, in einer integrationsgefährdenden Weise wahr. Europakritische Regime in Ungarn oder Polen könnten sich zukünftig ein Beispiel an dem Urteil nehmen, sich stärker als bereits zuvor gegen europäische Rechtsakte wenden und sich gegen ihre Umsetzung weigern. Dies würde die Gemeinschaft der EU destabilisieren und ihre Funktionsfähigkeit erheblich einschränken.

Für die Beantwortung der Frage zu der künftigen Rolle des BVerfG ist jedoch vor allem die Rechtsprechung des Gerichts der letzten Jahre und Jahrzehnte zu berücksichtigen, die sich stets an dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit orientierte. Es ist somit davon auszugehen, dass das BVerfG auch künftig seinem Verfassungsauftrag nachkommt und an der Entwicklung der EU mitwirkt. Allerdings ist es dazu angehalten, bei der Anwendung seiner Kontrollvorbehalte im Interesse der Funktionsfähigkeit der Union zu handeln und mit den für sich beanspruchten Kompetenzen verantwortungsvoll umzugehen. Dazu gehört vor allem der Vorrang des Europarechts. Dadurch, dass sich das BVerfG über das Urteil des EuGH hinwegsetzte, hat es diesen Vorrang missachtet. Dieser Verstoß gegen das Europarecht sollte daher, auch mit Blick auf das drohende Vertragsverletzungsverfahren, ein Einzelfall bleiben. Der Erhalt der Funktionsfähigkeit der EU ist als Staatsziel in Art. 23 Abs. 1 GG niedergelegt und ist von enormer grundgesetzlicher Relevanz.⁷¹ Ziel des BVerfG sollte deshalb unbedingt die Wahrung des Kooperationsverhältnisses zum EuGH sein, welches sich auch aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV ergibt.

E) Ausblick

Der Bundestag hat am 02.07.2020 den Antrag „Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Anleihekaufprogramm PSPP der Europäischen Zentralbank“ der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und Bündnis 90/Die Grünen angenommen. In seiner Schlussfolgerung kommt er zu dem Ergebnis, dass den im Urteil des BVerfG enthaltenen Anforderungen zur Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Zusammenhang mit dem PSPP entsprochen wird. Die EZB habe eine Prüfung der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit der geldpolitischen Maßnahmen vorgenommen. Es habe die wirtschaftspolitischen Auswirkungen des PSPP mit den Vorteilen für die Erreichung des definierten währungspolitischen Ziels in Beziehung gesetzt und abgewogen. Die Darlegung der EZB zur Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung sei daher nachvollziehbar und die Vorgaben des BVerfG vom 05.05.2020 somit erfüllt.⁷² Trotz dieser Entscheidung bezweifeln die Kläger, insbesondere

der frühere CSU-Politiker Peter Gauweiler und AFD-Gründer Bernd Lucke, dass die EZB die Vorgaben umgesetzt hat. Sie forderten daher Akteneinsicht beim Bundesfinanzministerium. Nachdem das Ministerium auf diese Anfrage nicht reagierte, reichten die Kläger einen Antrag auf Vollstreckungsanordnung beim BVerfG ein.⁷³ Eine Entscheidung des BVerfG steht noch aus. Unabhängig davon, wie diese Entscheidung ausfällt, ist davon auszugehen, dass ein weiterer Antrag eingereicht wird, der die Deutsche Bundesbank dazu verpflichten soll, aus dem PSPP auszutreten. Der Ausgang des weiteren Verfahrensablaufs ist somit zu diesem Zeitpunkt noch offen.

F) Fazit

Die immer engere Zusammenarbeit europäischer Staaten auf supranationaler und intergouvernementaler Ebene, welche als europäische Integration verstanden wird, ist ein Prozess, der von Vertiefungen und Intensivierungen, aber auch von rechtlichen Spannungsfeldern gekennzeichnet ist. Kontrolliert wird die europäische Integration insbesondere durch die nationalen Verfassungsgerichte sowie auf europäischer Ebene durch den EuGH als überstaatliches Gericht. Eines der wesentlichen Spannungsfelder im Prozess der europäischen Integration ist in diesem Zusammenhang die Frage nach dem Rang des Unionsrechts, welche im Zentrum der Diskussion um die Gewichtung von nationaler Autonomie und unionaler Einheit steht. Das BVerfG und der EuGH haben unterschiedliche Auffassungen über das Verhältnis von EU-Recht und nationalem Verfassungsrecht sowie über die damit verbundene Frage nach der Letztentscheidungskompetenz. Während der EuGH in seiner Rechtsprechung von einem absoluten Anwendungsvorrang ausgeht, prägt das BVerfG in seiner Rechtsprechung das Verständnis eines relativen Anwendungsvorrangs.⁷⁴ Das BVerfG behält sich vor, die europäische Integration Deutschlands in die EU im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich des europäischen Grundrechtsschutzes, der europäischen Kompetenzausübung und der Verfassungsidentität des deutschen Grundgesetzes zu überprüfen.⁷⁵ Doch auch wenn das BVerfG dazu berechtigt ist, dem Unionsrecht nationale Verfassungsvorbehalte entgegenzustellen, ist es dazu angehalten, im Interesse der Funktionsfähigkeit der EU mit den für sich beanspruchten Kompetenzen verantwortungsvoll umzugehen.⁷⁶ Im Zentrum der europäischen Integration steht die Wahrung des Kooperationsverhältnisses zum EuGH. Dieses kann jedoch nur auf der Grundlage wechselseitigen Vertrauens aller Gerichte in die einheitliche Anwendung und die Wahrung des Vorrangs des Europarechts bestehen. Vor diesem Hintergrund ist das Urteil des BVerfG vom 05.05.2020 kritisch zu betrachten.

Das Urteil kann als Gefahr, sowohl für den Bestand des Vertrauens- und Kooperationsverhältnisses zum EuGH als auch für die europäische Integration im Allgemeinen verstanden werden. Indem sich das BVerfG der Bindungswirkung des Urteils des EuGH entzieht, missachtet es den Anwendungsvorrang des EU-Rechts und stellt den EuGH als oberstes Gericht in Frage. Damit schafft

⁷¹ Nowak, in: Europarecht nach Lissabon, 1. Aufl. (2011), S. 72-73.

⁷² Deutscher Bundestag, Beschl. v. 02.07.2020.

⁷³ Tagesschau, Anleihekäufe erneut Thema in Karlsruhe (2020), <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/faq-ezb-anleihekaeufe-bverfg-101.html> (Abruf am 12.01.2021).

⁷⁴ Fromberger/Schmidt, ZJS 2018, 29 (30).

⁷⁵ Calliess, Die Rolle des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichts, 1. Aufl. (2016), S. 153.

⁷⁶ Nowak, in: Europarecht nach Lissabon, 1. Aufl. (2011), S. 72-73.

es für europakritische Regierungen wie der PiS in Polen ein Beispiel, die Befolgung europäischer Rechtsakte zu verweigern und destabilisiert damit im Endeffekt das gesamte Konstrukt der europäischen Rechtsordnung. Dies widerspricht dem Grundgedanken der europäischen Integration, der vielmehr in der Weiterentwicklung der EU und in einem wachsenden Zusammenhalt Europas liegt. Darüber hinaus widerspricht es auch dem Verfassungsauftrag aus Art. 23, Abs. 1 GG sowie den Werten, für die das BVerfG normalerweise einsteht, nämlich der Wahrung und der Beachtung des Rechts. Aufgabe des BVerfG ist es, darüber zu wachen, dass das Grundgesetz gewahrt bleibt. Dieses enthält jedoch auch das Staatsziel zur Mitwirkung an der europäischen Integration. Das BVerfG selbst betont in diesem Zusammenhang die Struktursicherungsklausel, die insbesondere auf die rechtsstaatlichen Grundsätze verweist. Zu diesen zählt stets der Vorrang des Rechts, zu welchem auch der Anwendungsvorrang des EU-Rechts vor dem nationalen Recht zählt. Es bleibt daher zu hoffen, dass sich das BVerfG in seiner zukünftigen Rechtsprechung wieder auf seine eigenen Werte und auf den Verfassungsauftrag des Art. 23 Abs. 1 GG zurück besinnt, der darin besteht, zur Verwirklichung eines vereinten Europas bei der Entwicklung der EU mitzuwirken.

► **Inhaltsverzeichnis**



Andere sitzen noch im Büro, Sie stehen schon vor der Bühne.*



Hohe Spezialisierung, direkte Mandatsarbeit, persönlicher Partnerkontakt und ein kollegiales Arbeitsumfeld gehören für uns ebenso zu Ihrem neuen Job in unserer Wirtschaftskanzlei wie die richtige Balance zwischen Arbeit und Privatleben. Wir suchen für unsere Teams in Stuttgart und Frankfurt am Main

Rechtsanwälte (m/w/d)

Referendare (m/w/d)

Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d)

Bewerben Sie sich jetzt. Sie haben vorab Fragen?

Wir stehen Ihnen gerne persönlich zur Verfügung:

Sibylle Günther | +49 711 16445-307 | karriere@brp.de | www.brp.de/karriere



BRP Renaud und Partner mbB · Rechtsanwälte Patentanwälte Steuerberater · Stuttgart Frankfurt · www.brp.de

*Mit unserem BRP-Kultur-Abo erhalten Sie freien Eintritt zu ausgewählten Kultur- und Konzertveranstaltungen.

KLAUSUR – ZIVILRECHT

Caroline Abdul-Malak/Jonas Barthle/Laura Huber/Feylin Karaman/Ezgi Kastalmis/Tim Klamberg/
Katharina Knittlmayer/Marie Claire Mollenkopf/Nora Raedler/Robin Völkel

Prof. Dr. Daniel Klocke, LL.M. oec.*

„Beiderseitige Mangelkenntnis im Kaufrecht in der Fallbearbeitung“ Fortgeschrittenenklausur**

Sachverhalt

Karl Kunibert (K) und Victor Vermeer (V) schlossen 2016 einen notariell beurkundeten Vertrag über den Erwerb eines mit einem Haus bebauten Grundstücks des V für 750.000 Euro. V ist Maurermeister und Inhaber eines in der Bauwirtschaft tätigen Unternehmens. Der Kaufvertrag sah einen Ausschluss der Haftung für Sachmängel vor. Ausschlaggebend für den Kauf war unter anderem die große, freistehende Garage des Hauses. K war nicht Eigentümer eines Kfz, vielmehr wollte er die Garage für gemeinsame Familienaktivitäten wie Tischtennis spielen nutzen. Dies teilte er V allerdings nicht mit.

Vor dem Erwerb hatten zwei Besichtigungstermine stattgefunden. Für den zweiten Termin hatte K nicht zuletzt wegen fehlender eigener Sachkenntnis einen Vertrag über die Sichtung des Gebäudes mit dem Sachverständigen Stephan Seibold (S) geschlossen. Hierbei entdeckte S an der Rückwand der Garage einen Wasserfleck. S gab die Information über den Wasserfleck und dessen korrekte Einordnung nicht an K weiter. Von K unbemerkt hegte S nämlich schon lange Neid auf dessen Leben und verschwie ihm daher den Mangel. Ins Gespräch mit V vertieft, bemerkte K selbst den Fleck nicht. Ursache des Flecks war ein undichtes Leitungsrohr in der Wand und eine nicht fachgerechte Rohrabdichtung, was von Anfang an dazu führte, dass stets ein Rinnsal Wasser austrat.

V wusste von dem Wasserfleck, war sich aber unsicher, ob dieser seine Ursache in den Wasserleitungen hatte oder auf den starken Regen der letzten Zeit zurückzuführen war. Um den Verkauf nicht zu gefährden, unterließ er einen Hinweis.

Vier Jahre nachdem K das Haus mit seiner Familie bezogen hatte, drohte sich der Wasserschaden auf die Standfestigkeit der Garage auszuwirken. Ein baldiger Einsturz der Garage war unvermeidlich. Ferner zeigten sich erste Schimmelflecken. Daher fürchtete K um die Gesundheit und Sicherheit seiner Familie und ließ die Garage umgehend durch ein professionelles Bauunternehmen abreißen. Hierfür zahlte er 25.000 Euro.

Kann K die Kosten für den Abriss der Garage von V ersetzt verlangen?

Bearbeitervermerk: Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung sind nicht zu prüfen. Landesrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung von Garagen bzw. Stellplätzen bleiben bei der Lösung außer Betracht.

* Daniel Klocke ist Inhaber des Lehrstuhls für Zivilrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht und Rechtstheorie an der EBS Universität in Wiesbaden. Die anderen Autoren sind Studenten an dieser Universität.

** Als Deutschland im Frühjahr 2020 von der COVID-19-Pandemie erfasst wurde, wurde der Unterricht an den Universitäten weitgehend digitalisiert. Im Rahmen dieser „kleinen Digitalisierung“ hat die EBS Law School ein Mentorenprogramm etabliert, welches eine Anlaufstelle für die Studierenden

sein sollte. Vorrangig haben die Studierenden über die Situation als solche gesprochen und rahmenmäßig eine Falllösung entworfen. Der nachfolgende Fall stellt das Ergebnis dieses Mentoriums dar. Sachverhalt und Lösung stammen von den genannten Studenten. Prof. Klocke fungierte lediglich als Moderator.

Gliederung

A) Anspruch aus § 326 Abs. 2 S. 2 BGB

B) Anspruch analog § 326 Abs. 2 S. 2 BGB

C) Anspruch aus §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

I. Wirksamer Kaufvertrag

II. Mangel bei Gefahrübergang

1. Mangel

- a) Subjektiver Fehlerbegriff
- b) Subjektiv-objektiver Fehlerbegriff
- c) Objektiver Fehlerbegriff

2. Gefahrübergang

3. Zwischenergebnis

III. Erfolgreiche Fristsetzung für die Nacherfüllung

IV. Vertretenmüssen

V. Kein Ausschluss

1. Vertraglicher Ausschluss

- a) § 476 BGB
- b) § 444 BGB

2. Gesetzlicher Ausschluss

- a) Rügeobliegenheit
- b) § 442 Abs. 1 BGB

VI. Ergebnis

D) Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

I. Anwendbarkeit

1. Allgemeine Lehren
2. Wertung aus § 442 Abs. 1 S. 1 BGB
3. Zwischenergebnis

II. Ergebnis

E) Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

I. Eigentumsverletzung

II. Ergebnis

F) Gesamtergebnis

Gutachten

A) Anspruch aus § 326 Abs. 2 S. 2 BGB

Zunächst könnte K gegen V einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für den Abriss der Garage aus § 326 Abs. 2 S. 2 BGB haben.¹ Grundsätzlich muss der Verkäufer nach § 439 Abs. 2 BGB die erforderlichen Aufwendungen tragen. Diese Kosten könnte V hier erspart haben. Das setzt jedoch voraus, dass § 326 Abs. 2 BGB überhaupt anwendbar ist. Der systematischen Stellung des Abs. 2 lässt sich entnehmen, dass dieser nur für den Fall gelten soll, dass der Anwendungsbereich des Abs. 1 eröffnet ist. Wie § 326 Abs. 1 S. 2 BGB jedoch klarstellt, soll im Fall des Scheiterns der Nacherfüllung wegen Unmöglichkeit die Norm nicht einschlägig sein. Mit dem durchgeführten Abriss war eine Nacherfüllung hier unmöglich. Folglich scheidet ein unmittelbarer Rückgriff.

B) Anspruch analog § 326 Abs. 2 S. 2 BGB

Jedoch könnte eine analoge Anwendung des § 326 Abs. 2 S. 2 BGB in Betracht kommen.² Ein solcher Anspruch würde allerdings mittelbar ein Selbstvornahmerecht des Käufers begründen. Ein solches Recht kennt nur das Werkvertragsrecht und würde im Kaufrecht dazu führen, das Recht des Verkäufers auf eine zweite Andienung zu unterlaufen.³ Dementsprechend scheidet ein solcher Anspruch aus.

Hinweis

Es erscheint ebenfalls gut vertretbar, diesen Punkt erst nach dem Anspruch aus III. zu diskutieren. Ein entsprechender Aufbau sollte in keinem Fall negativ bewertet werden.

C) Anspruch aus §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für den Abriss der Garage gemäß §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB haben.

I. Wirksamer Kaufvertrag

Das setzt zunächst voraus, dass ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen wurde. An dem Vertragsschluss gemäß §§ 145 ff. BGB besteht kein Zweifel. Ferner wahren die Parteien durch die notarielle Beurkundung das Formgebot des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB.

II. Mangel bei Gefahrübergang

Weiterhin setzt § 437 BGB voraus, dass bei Gefahrübergang ein Mangel vorlag.

1. Mangel

Zunächst ist die Mangelhaftigkeit zu prüfen.

a) Subjektiver Fehlerbegriff

Eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung iSv. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB hinsichtlich des Fehlens des Wasserschadens bzw. des Rohres inklusive Abdichtung ist nicht ersichtlich. Eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung setzt Handlungen voraus, die bei objektiver Interpretation als Ausdruck eines Rechtsbindungswillens verstanden werden dürfen.⁴ Solche sind

¹ Lorenz, NJW 2003, 1417 (1419): „Auch eine direkte Anwendung wäre übrigens keineswegs abwegig.“; Lorenz, NJW 2005, 1321 (1323).

² Für eine Analogiefähigkeit: Stadler, in: Jauernig, 18. Aufl. (2021), § 326 Rn. 19.

³ Grundlegend: BGH, NJW 2005, 1348 (1349).

⁴ Westermann, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. (2019), § 434 Rn. 16 mwN.

nicht ersichtlich. Überdies gelten hohe Anforderungen für eine Beschaffenheitsvereinbarung, wenn der Vertrag der notariellen Beurkundung bedarf. Die Parteien wollen im Zweifel keinen Vertrag schließen, der wegen Nichtbeurkundung einer Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 125 S. 1 BGB formnichtig wäre.⁵

b) Subjektiv-objektiver Fehlerbegriff

Es stellt sich jedoch die Frage, ob sich die Garage für die vom Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB). § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB zielt mit dem Merkmal der „nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung“ nicht auf konkrete Eigenschaften der Kaufsache ab, die sich der Käufer vorstellt.⁶ Vielmehr muss die Sache für die dem Verkäufer erkennbare Verwendung (Nutzungsart) durch den Käufer geeignet sein.⁷ Dementsprechend führt die unausgesprochene Vorstellung des K, mit seiner Familie in der Garage Tischtennis spielen zu können, nicht zur Mangelhaftigkeit der Kaufsache. Insofern kann auch die Frage dahingestellt sein, ob die vertraglich vorausgesetzte Verwendung explizit vereinbart sein muss oder ob es genügt, wenn beide übereinstimmend hiervon ausgegangen sind.⁸

c) Objektiver Fehlerbegriff

Es könnte aber ein Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 BGB vorliegen. Dazu müsste sich die Garage nicht für die gewöhnliche Verwendung eignen. Eine Garage hat für gewöhnlich den Zweck, das sichere Abstellen und Einlagern von Gegenständen, insbesondere Kfz, und Schutz vor Witterung zu ermöglichen. Durch die Gefährdung der Standsicherheit der Garage war es K nicht möglich, die Garage entsprechend zu nutzen. Inwieweit die fehlende Möglichkeit, Tischtennis zu spielen, an sich einen objektiven Mangel darstellt, kann dahinstehen.⁹

Hinweis

Zusätzlich könnte weiterhin darauf abgestellt werden, dass der Käufer eines Hauses mit Garage berechtigterweise erwarten kann, dass die Garage die eingelagerten Gegenstände vor Feuchtigkeit schützt. Dies war nicht der Fall, sodass auch ein Mangel iSv. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB vorliegt.

2. Gefahrübergang

Der Gefahrübergang iSv. § 434 Abs. 1 BGB folgt der Regelung der §§ 446 f. BGB. Maßgeblich ist somit der Zeitpunkt der Übergabe der Sache iSv. § 446 BGB. Die §§ 446 f. BGB regeln zwar grundsätzlich nur die Preisgefahr, sind aber ebenso für den Zeitpunkt iSv. §§ 434, 437 BGB relevant.

Problematisch ist, dass die Garage im Zeitpunkt des Vertragschlusses noch die erforderliche Standfestigkeit aufwies und sich der Wasserschaden noch nicht auf diese auswirkte. Der Wasserschaden ist bei näherer Betrachtung allerdings die Ursache der fehlenden Standfestigkeit der Garage und somit als Grundmangel des nunmehr gemäß § 434 BGB identifizierten Mangels zu bewerten. Bei sogenannten Grundmängeln genügt es, wenn

diese bei Vertragsschluss vorliegen und später zu einem Endmangel führen.¹⁰ Mithin war das Grundstück bei Gefahrübergang mangelbehaftet.

3. Zwischenergebnis

Folglich lag ein Sachmangel bei Gefahrübergang vor.

III. Erfolgreiche Fristsetzung für die Nacherfüllung

Grundsätzlich steht dem Verkäufer ein Recht zur zweiten Andienung zu. Somit muss der Käufer dem Verkäufer zunächst die Möglichkeit eingeräumt haben, den Mangel selbst zu beseitigen. Dementsprechend setzt ein Anspruch aus §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB nach § 281 Abs. 1 S. 1 BGB eine Fristsetzung voraus. Eine solche erfolgte nicht. Die Fristsetzung könnte jedoch gemäß § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB entbehrlich sein. Dazu müssen besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen.

Die Fristsetzung soll nach dem Gesetz der Regelfall sein. Ein Verzicht auf diese muss daher auch den besonderen Interessen des Verkäufers Rechnung tragen. Für die Interessen des V spricht, dass es K grundsätzlich zumutbar ist, den Abriss der Garage durch den V abzuwarten.

Hier wusste V jedoch von dem Wasserfleck. Er war sich zwar unsicher, ob dessen Ursache in defekten Leitungen oder dem starken Regen begründet war. Jedoch zog er einen Defekt der Leitungen zumindest in Betracht. V unterließ es trotz seines Verdachts, den K auf den Wasserfleck hinzuweisen. Dabei befürchtete er, dass K bei Kenntnis des Flecks von seiner Kaufabsicht Abstand nehmen könnte. V verschwieg dem K den Mangel somit bewusst, um seinen eigenen Interessen nachzukommen. Mithin hat V das durch K in ihn gesetzte Vertrauen als integer Verkäufer so stark enttäuscht, dass die Vertrauensbasis grundlegend gestört ist. Von K kann nicht mehr erwartet werden, dass er V eine Frist setzt. Ebenso hat V durch sein Handeln sein grundsätzlich berechtigtes Interesse an einer Fristsetzung unterminiert.

Somit liegen besondere Umstände vor, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen. Insofern überzeugt es hier, eine Fristsetzung für entbehrlich zu erachten.

Hinweis

Es war möglich, bereits an dieser Stelle auf die Arglist abzustellen. Mit der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur lässt sich über diese Figur eine Ausnahme vom Fristsetzungserfordernis begründen.¹¹ Vorliegend sprach bereits der Sachverhalt für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung.

IV. Vertretenmüssen

Gemäß § 276 Abs. 1 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Der Bezugspunkt des Vertretenmüssens ist umstritten. Stellt man auf die mangelhafte Sache ab, ist bei V Vorsatz zu bejahen. Er handelte mit Eventualvorsatz. Stellt man auf das Ausbleiben der Mangelbeseitigung nach Ablauf der Frist

⁵ BGH, NJW 2016, 1815 (1816).

⁶ BGH, NJW 2019, 1937 (1938).

⁷ Ibid..

⁸ Zum Problem: Faust, in: Bamberger/Roth (Stand: 1.5.2020), § 434 Rn. 51.

⁹ Die Studierenden konnten diesen Punkt ohne Weiteres vertiefen. Entsprechende Ausführungen sollten positiv bewertet werden.

¹⁰ Vgl. BGH, NJW 2017, 1093 (1094).

¹¹ BGH, NJW 2007, 1534 (1535); kritisch: Gutzeit, NJW 2008, 1359 (1360).

ab, kommt man wegen der Entbehrlichkeit der Fristsetzung zu keinem anderen Ergebnis. V handelte folglich mit Vorsatz iSv. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB.

V. Kein Ausschluss

Die Mangelgewährleistungsrechte des K könnten jedoch ausgeschlossen sein.

1. Vertraglicher Ausschluss

K und V vereinbarten einen Ausschluss der Gewährleistung. Grundsätzlich ist der Ausschluss der in § 437 BGB bezeichneten Rechte zulässig, wie sich im Umkehrschluss aus § 444 BGB entnehmen lässt.

a) § 476 BGB

Einer solchen Abrede könnte § 476 BGB entgegenstehen. Diese Regelung bezieht sich jedoch nur auf Verbrauchsgüterkaufverträge iSv. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB und dementsprechend nicht auf Immobilien.

b) § 444 BGB

Auf die Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses könnte sich V jedoch nicht berufen, wenn die Voraussetzungen des § 444 BGB erfüllt sind. Insofern ist zu prüfen, ob V den Mangel arglistig verschwiegen.

Zunächst erkannte V lediglich den Wasserfleck und verschwiegen ihn. Der eigentliche Mangel, der Schaden am Wasserrohr, war für ihn nicht klar erkennbar, sodass sich die Frage stellt, ob dieses Verhalten noch als arglistig eingestuft werden kann.

Arglist setzt Vorsatz voraus, wobei Eventualvorsatz genügt.¹² Grobe Fahrlässigkeit reicht hingegen nicht aus.¹³ Ein arglistiges Verschweigen ist danach gegeben, wenn der Verkäufer den Mangel für möglich hält und damit rechnet sowie billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte.¹⁴ V wusste von dem Wasserfleck. Er war sich zwar unsicher, ob dieser seine Ursache in den Wasserleitungen hatte, hielt dies jedoch für möglich. Hiernach wäre V zur Offenlegung seines Verdachts verpflichtet gewesen.

Um den Verkauf nicht zu gefährden, unterließ er einen Hinweis. Grundsätzlich verschwiegen V den Mangel somit arglistig. Allerdings gilt etwas anderes bei Mängeln, die einer Besichtigung zugänglich und damit ohne Weiteres erkennbar sind. Dann besteht grundsätzlich keine Offenbarungspflicht; der Käufer kann insoweit keine Aufklärung erwarten, weil er diese Mängel bei der im eigenen Interesse gebotenen Sorgfalt selbst wahrnehmen kann.¹⁵ Dies kann aber nicht für solche Mängel gelten, von denen bei einer Besichtigung zwar Spuren zu erkennen sind, die aber keinen tragfähigen Rückschluss auf Art und Umfang des Mangels erlauben. In diesen Fällen muss der Verkäufer gemäß seinem Kenntnisstand aufklären und darf sein konkretes Wissen nicht zurückhalten.¹⁶

In Anwendung dieser Grundsätze hätte V auf den Wasserfleck und seine Vermutung hinweisen müssen. Er handelte folglich

arglistig. Mithin kann sich V nicht auf den vertraglichen Ausschluss der Gewährleistungsrechte berufen.

Hinweis

Ein anderes Ergebnis ist wegen der Hinzuziehung von S gut vertretbar.

2. Gesetzlicher Ausschluss

Es kommt jedoch ein Ausschluss der Gewährleistungsrechte qua Gesetz in Betracht.

a) Rügeobliegenheit

Ein Ausschluss nach § 377 HGB wegen unterlassener Prüfung der Kaufsache scheidet an der fehlenden Kaufmannseigenschaft des K.

b) § 442 Abs. 1 BGB

Die Rechte aus § 437 BGB könnten jedoch gemäß § 442 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sein. Nach § 442 Abs. 1 BGB ist dafür grundsätzlich Kenntnis des Käufers von dem Mangel erforderlich. K selbst hatte keine Kenntnis. Jedoch bemerkte S den Wasserfleck und ordnete diesen korrekterweise als Sachmangel ein. Seine Kenntnis könnte nunmehr dem K zugerechnet werden.

In Betracht käme zunächst eine Zurechnung nach § 166 Abs. 1 BGB. Die Voraussetzungen einer Stellvertretung iSv. § 164 BGB liegen indes nicht vor, sodass eine unmittelbare Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB ausscheidet. Jedoch könnte die Norm analog anzuwenden sein. Nach der Rechtsprechung des BGH ist § 166 Abs. 1 BGB analog auf sogenannte Wissensvertreter anzuwenden.¹⁷ Wissensvertreter ist jeder, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei erlangten Informationen zur Kenntnis zu nehmen sowie gegebenenfalls weiterzuleiten.¹⁸ Der Geschäftsherr muss sich der Person im rechtsgeschäftlichen Verkehr wie eines Vertreters bedienen.

Da K den S gerade zur Mangelauffindung einsetzte, ist S als Wissensvertreter des K einzuordnen. Einzig zu klären bleibt, ob dessen (S) böswilliges Verschweigen auch zulasten des K gehen darf. Dafür spricht zunächst der Wortlaut des § 166 Abs. 1 BGB, der hinsichtlich der Kenntnis umfassend auf den Wissensvertreter abstellt. Des Weiteren wird dieses Ergebnis auch von der Risikotragung gestützt. Wenn sich K der besonderen Sachkunde des S bedient, erscheint es nicht interessengerecht, Fehler oder Exzesse zulasten des anderen Teils (V) gehen zu lassen.

Folglich wird die Kenntnis des S dem K zugerechnet. Er wusste somit um den Mangel bei Gefahrübergang. Seine Rechte aus § 437 BGB sind somit gem. § 442 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

VI. Ergebnis

K hat gegen V keinen Anspruch aus §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.

¹² Berger, in: Jauernig, 18. Aufl. (2021), § 444 Rn. 9.

¹³ Ibid.

¹⁴ BGH, NJW 2019, 2380 (2382).

¹⁵ BGH, DNotZ 2020, 27 (28).

¹⁶ Ibid., 28 f.

¹⁷ BGH, NJW 2020, 2534 (2535).

¹⁸ Ibid.

D) Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB
Jedoch könnte sich ein Anspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlung gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB ergeben.

I. Anwendbarkeit

Das setzt voraus, dass neben § 437 BGB auf dieses Institut zurückgegriffen werden kann.

1. Allgemeine Lehren

Grundsätzlich ist ein Rückgriff auf die §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB im Anwendungsbereich des Sachmangelgewährleistungsrechts gesperrt.¹⁹ Grund für die Sperrwirkung der §§ 437 ff. BGB ist die Privilegierung des Verkäufers durch das Recht zur zweiten Andienung und die verkürzte Verjährungsfrist.

Für den Fall, dass sowohl Käufer als auch Verkäufer Kenntnis vom Mangel hatten, stellt sich jedoch die Frage, ob der Verkäufer mit Blick auf die Privilegierungswirkung der §§ 437 ff. BGB überhaupt schutzwürdig ist. Gemäß § 438 Abs. 3 S. 1 BGB verjähren die Ansprüche aus § 437 BGB bei Kenntnis des Verkäufers nach der regelmäßigen Verjährungsfrist. Auch ist die Fristsetzung hinsichtlich der Behebung des Mangels nach § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB bei Kenntnis des Verkäufers entbehrlich. Nach den allgemeinen Lehren kann somit keine Sperrwirkung begründet werden.

2. Wertung aus § 442 Abs. 1 S. 1 BGB

Allerdings könnte die Anwendung des Anspruchs aus Verschulden bei Vertragsverhandlung gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB die spezielle Wertung aus § 442 Abs. 1 S. 1 BGB unterlaufen. Nach dieser Norm sind die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt. Auf die Kenntnis des Verkäufers kommt es hierbei nicht an.

Man könnte zwar erwägen, die Wertung des § 442 Abs. 1 S. 1 BGB allein auf die Rechte aus § 437 BGB zu beziehen.²⁰ Dafür spricht zunächst der Wortlaut des § 442 Abs. 1 S. 1 BGB und der systematische Zusammenhang mit den §§ 434 ff. BGB.

Auf der anderen Seite könnte der Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB gesperrt sein, um nicht die Auflösung der typisierten Interessenlage zu umgehen.²¹ Bereits aus § 437 Nr. 3 BGB folgt, dass ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB nur im Anwendungsbereich des Mangelgewährleistungsrechts bestehen darf.

Dagegen könnte jedoch sprechen, dass der Verkäufer V Kenntnis vom Mangel hatte und somit arglistig iSd. Bürgerlichen Rechts handelte. In diesem Fall besteht grundsätzlich kein Grund, den Verkäufer zu schützen. Dieser Gedanke wurde auch vom Gesetzgeber übernommen. In § 442 Abs. 1 S. 2 BGB wurde er aber nur für den Fall kodifiziert, dass der Käufer infolge grober Fahrlässigkeit einen Mangel erkennt. Gerade für Konstellationen, in denen der Käufer selbst Kenntnis hat, hat der Gesetz-

geber eine solche Regelung unterlassen. Dies spricht im Umkehrschluss dafür, dass keine Ausnahme von der Sperrwirkung zu machen ist.

3. Zwischenergebnis

Auf die §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB kann somit nicht zurückgegriffen werden.

II. Ergebnis

Folglich hat K keinen Anspruch gegen V aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB.

E) Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

K könnte schließlich einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB haben.

I. Eigentumsverletzung

Dazu müsste V das Eigentum des K verletzt haben. Unter einer Eigentumsverletzung versteht man jede den Befugnissen nach § 903 BGB zuwiderlaufende Verhaltensweise, insbesondere Substanzverletzungen.²² Im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs durch K war die Wand der Garage allerdings bereits mit dem undichten Rohr und dem Wasserfleck versehen. Dieser Umstand berührt aber nur das Äquivalenzinteresse, welches grundsätzlich nach den Regeln der §§ 437 ff. BGB erstattet werden muss. Wenn diese Normen keinen Anspruch gewähren, darf ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB dieses Ergebnis nicht unterlaufen. Das gilt aber nur dann, wenn der geltend gemachte Schaden den auf der Mangelhaftigkeit beruhenden Unwert der Sache für das Nutzungs- und Äquivalenzinteresse des Erwerbers ausdrückt. Ist dies hingegen nicht der Fall, der geltend gemachte Schaden also nicht stoffgleich mit dem der Sache von Anfang an anhaftenden Mangelunwert, kommt ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB sehr wohl in Betracht.²³

Der Vergleich des beschädigten Rohres mit dem Fehlen der Garage legt es zunächst nahe, dass nicht allein das Äquivalenzinteresse betroffen ist. Bei natürlicher Betrachtungsweise sind diese beiden Zustände grundverschieden und fallen weit auseinander. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist die Reparatur des Rohres nicht mit dem kompletten Neuaufbau der Garage, inklusive Abriss, vergleichbar.

Für eine Stoffgleichheit spricht indes, dass nach §§ 94, 93 BGB Wand, Garage und Grundstück eine einheitliche Sache bilden. Eine Reparatur des Rohres hätte ebenfalls Substanzeingriffe in die Wand erforderlich gemacht und wäre nach § 439 BGB grundsätzlich eine Frage des Äquivalenzinteresses und nicht des Integritätsinteresses gewesen. Außerdem ist § 439 Abs. 2 BGB zu entnehmen, dass diese Kosten als Elemente des Äquivalenzverhältnisses vom Verkäufer zu tragen sind und somit eine enttäuschte Vertragserwartung kompensieren sollen.

Folglich liegt keine Eigentumsverletzung vor.

¹⁹ Zum Streitstand: *Faust*, in: *Hau/Poseck*, BeckOK-BGB, 59. Ed. (01.05.2021), § 437 Rn. 194 ff.

²⁰ so wohl: *Berger*, in: *Jauernig*, 18. Aufl. (2021), § 442 Rn. 4.

²¹ *Westermann*, in: *MüKo-BGB*, 8. Aufl. (2019), § 442 Rn. 18.

²² *Förster*, in: *Hau/Poseck*, BeckOK-BGB, 59. Ed. (01.08.2021), § 823 Rn. 125.

²³ Zum sogenannten Weiterfressermangel: *BGH*, *NJW* 2005, 1423 (1425) mwN.

Hinweis

Eine andere Ansicht ist hier gut vertretbar. Dann müsste § 823 Abs. 1 BGB weiter geprüft werden. Das setzt insbesondere voraus, dass die Bearbeiter in der Folge die Widerrechtlichkeit der Schädigung im Lichte der Kenntnis des Mangels diskutieren, die Kausalität des Schadens im Hinblick auf die Selbstschädigung (Herausforderungsfälle) erörtern und schließlich über ein Mitverschulden nach § 254 BGB nachdenken.

II. Ergebnis

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet ebenfalls aus.

F) Gesamtergebnis

K kann die Kosten für den Abriss der Garage nicht von V ersetzt verlangen.

► **Inhaltsverzeichnis**



KLAUSUR – ÖFFENTLICHES RECHT

Ass. iur. Lisa Wiese*/Stud. iur. Adrian Schildheuer**

„Das Hostel und der Diktator“ Examensübungsklausur***

Sachverhalt

Die Young-GmbH (Y-GmbH) betreibt seit der Gewerbeanmeldung im Jahr 2007 im Stadtzentrum von Leipzig ein „Hostel mit Frühstück (Jugendherberge mit 100 Betten)“. Alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin ist Gaby Glockner (G).

Das Hostel befindet sich in einem Plattenbau auf dem Grundstück X, das nach dem Grundbuch im Eigentum der Demokratischen Volksrepublik Korea (DVRK) steht. Die DVRK ist eine sozialistische Diktatur auf der koreanischen Halbinsel, die schwerste Menschenrechtsverletzungen an ihrer Bevölkerung verübt und die Welt mit der Entwicklung von Nuklearwaffen bedroht, weshalb der UN-Sicherheitsrat zahlreiche Sanktionen gegen die DVRK verhängt hat. Seit 2008 nutzt die DVRK das Gebäude bis auf einen kleinen baulich abgetrennten Bereich nicht mehr als Konsulat.

Seit 2008 hat die Botschaft der DVRK in Berlin das Gebäude bis auf den abgetrennten Bereich des Konsulats an die Y-GmbH vermietet, die seitdem in den Räumlichkeiten des Gebäudes ein Hostel mit -tatsächlich - einigen hundert Betten betreibt. Laut dem Mietvertrag zwischen der Botschaft der DVRK und der Y-GmbH beträgt der monatliche Mietzins 38.000 EUR. Der Mietvertrag endet am 31.12.2031 und enthält eine Verlängerungsoption um weitere 5 Jahre.

Im August 2017 war der Mietvertrag fristgerecht durch die Botschaft der DVRK zum 31.8.2017 gekündigt worden. Die Y-GmbH betreibt jedoch weiterhin ihr Hostel in dem Gebäude.

Mit Schreiben vom 18.5.2020 informierte die Stadt Leipzig die Y-GmbH über die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens wegen Verstoßes gegen die Verordnung (EU) 2017/1509 des Rates vom 30. August 2017 über restriktive Maßnahmen gegen die Demokratische Volksrepublik Korea und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 329/2007 und die beabsichtigte Verfügung. Die Y-GmbH gab gegenüber der Stadt keine Stellungnahme ab.

Am 12.8.2020 ging bei der Y-GmbH folgender Bescheid der Stadt Leipzig ein:

1. Die Y-GmbH hat bis zum 31.8.2020 jede Tätigkeit, die mit der Nutzung der Immobilie X auf dem Grundstück ... zusammenhängt, zu unterlassen.
2. [...]
3. Die sofortige Vollziehung von Ziffer 1 des Bescheides wird angeordnet.

Dem Bescheid liegt eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung bei. Die sofortige Vollziehbarkeit des Bescheids wurde hinreichend begründet iSd § 80 Abs. 3 VwGO.

Die Stadt Leipzig begründet die Verfügung mit dem Verstoß gegen Art. 20 Abs. 1 lit. c VO (EU) 2017/1509. Die Polizeibehörde müsse hier einschreiten, denn gegen die Nutzung sei dies die einzige rechtmäßige Handlungsmöglichkeit. Eine weitere Aufschiebung der Vollziehung sei nicht vertretbar, denn das Unionsrecht erfordere hier eine schnelle Beendigung des Betriebs. Es bestehe ferner der Verdacht, dass es heimliche Barmietzahlungen gebe. Es liegen jedoch keine konkreten Anhaltspunkte für den Verdacht vor.

Die G sieht sich und die Y-GmbH ungerecht behandelt. Es könne doch nicht sein, dass die Behörden einfach ihren Hostelbetrieb untersagt. Sie sieht sich in ihren Grundrechten verletzt. Überhaupt habe sie doch ein Gewerbe angemeldet und auch baulich sei die Nutzung erlaubt, richtige Rechtsgrundlagen für die Untersagung könnten, wenn überhaupt doch nur § 35 GewO und § 80 SächsBO sein. Und außerdem begründe doch so eine Verordnung keine Pflichten für die Y-GmbH.

Am 28.8.2020 schickt der Rechtsanwalt R der Y-GmbH einen Schriftsatz an das zuständige VG Leipzig, in dem er einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen den Bescheid vom 12.8.2020 an die Y-GmbH stellt. Bisher hat die Y-GmbH keinen Rechtsbehelf bei der Behörde gegen den Bescheid eingelegt.

Prüfen Sie, ob das gerichtliche Vorgehen der G vor dem VG Leipzig Aussicht auf Erfolg hat!

Auszug aus der Verordnung (EU) 2017/1509 des Rates vom 30. August 2017 über restriktive Maßnahmen gegen die Demokratische Volksrepublik Korea und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 329/2007

DER RAT DER EUROPÄISCHEN UNION — in Erwägung nachstehender Gründe:

[...]

HAT FOLGENDE VERORDNUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Diese Verordnung gilt

- a) im Gebiet der Union,

* Lisa Wiese ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Europa-, Völker- und Öffentliches Recht (Prof. Dr. Stephanie Schiedermaier) an der Universität Leipzig.

** Adrian Schildheuer ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Europa-, Völker- und Öffentliches Recht (Prof. Dr. Stephanie Schiedermaier) an der Universität Leipzig.

*** Der Sachverhalt orientiert sich an der Entscheidung des VG Berlin, BeckRS 2020, 408. Die Klausur wurde im LEO-Ferien Klausurenkurs im Sommersemester 2020 an der Universität Leipzig gestellt.

d) für alle nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten oder eingetragenen juristischen Personen, Organisationen und Einrichtungen innerhalb und außerhalb des Gebiets der Union,

e) für alle juristischen Personen, Organisationen und Einrichtungen in Bezug auf alle Geschäfte, die ganz oder teilweise in der Union getätigt werden.

Artikel 20

1. Es ist untersagt,

a) Immobilien unmittelbar oder mittelbar an Personen, Organisationen oder Einrichtungen der Regierung der DVRK für andere Zwecke als die diplomatischen oder konsularischen Tätigkeiten gemäß dem Wiener Übereinkommen von 1961 über diplomatische Beziehungen und dem Wiener Übereinkommen von 1963 über konsularische Beziehungen zu verpachten, zu vermieten oder auf andere Weise zur Verfügung zu stellen,

b) Immobilien unmittelbar oder mittelbar von Personen, Organisationen oder Einrichtungen der Regierung der DVRK zu pachten oder zu mieten und

c) sich mit einer Tätigkeit zu befassen, die mit der Nutzung von Immobilien zusammenhängt, die im Eigentum von Personen, Organisationen oder Einrichtungen der Regierung der DVRK stehen, von ihnen gemietet werden oder zu deren Nutzung sie auf andere Weise berechtigt sind; hiervon ausgenommen ist die Bereitstellung von Gütern und Dienstleistungen, die

i) wesentlich sind für das Funktionieren der diplomatischen Missionen oder konsularischen Vertretungen im Rahmen der Wiener Übereinkommen von 1961 und 1963 und

ii) nicht dazu verwendet werden können, um unmittelbar oder mittelbar Einnahmen oder Gewinn für die Regierung der DVRK zu erzielen.

2. Für die Zwecke dieses Artikels bezeichnet der Ausdruck „Immobilien“ Grundstücke, Gebäude und Teile davon, die außerhalb des Gebiets der DVRK liegen.

Artikel 55

1. Die Mitgliedstaaten erlassen Vorschriften über Sanktionen für Verstöße gegen diese Verordnung und treffen alle für die Anwendung der Sanktionen erforderlichen Maßnahmen. Die vorgesehenen Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

2. Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission diese Vorschriften unverzüglich nach Inkrafttreten dieser Verordnung mit und melden ihr alle späteren Änderungen

Gliederung

A) Zulässigkeit

- I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
- II. Statthafte Antragsart
- III. Antragsbefugnis
- IV. Richtiger Klagegegner
- V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit
- VI. Zuständiges Gericht
- VII. Rechtsschutzbedürfnis
- VIII. Zwischenergebnis

B) Begründetheit

- I. Formelle Voraussetzungen der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit
 1. Zuständigkeit
 2. Verfahren
 3. Form
 4. Zwischenergebnis
- II. Materielle Voraussetzungen der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit
 1. Rechtmäßigkeit des Bescheids
 - a) Rechtsgrundlage
 - aa) Gewerbeordnung § 35 Abs. 1 GewO
 - bb) Bauordnungsrecht § 80 S.2 SächsBO
 - cc) Polizeirecht § 12 Abs. 1 SächsPBG
 - b) Formelle Rechtmäßigkeit
 - aa) Zuständigkeit
 - bb) Verfahren
 - cc) Form
 - c) Materielle Rechtmäßigkeit
 - aa) Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung
 - bb) Störereigenschaft
 - cc) Ermessensfehler
 - dd) Zwischenergebnis
 - d) Zwischenergebnis
 2. Besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung

III. Zwischenergebnis

C) Ergebnis

Gutachten

Der Antrag der Y-GmbH vor dem VG Leipzig hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

A) Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten könnte mangels aufdrängender Sonderzuweisung gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet sein. Es müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen.

Ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt richtet sich nach der Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Nach der modifizierten Subjektstheorie liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit jedenfalls vor, wenn die streitentscheidenden Normen einen Hoheitsträger ausschließlich berechtigten oder verpflichteten. Streitentscheidende Norm ist hier entweder § 35 Abs. 1 S. 1 GewO, § 80 S.2 SächsBO oder § 12 Abs. 1 SächsPBG. Alle diese Normen berechtigen ausschließlich die zuständige Behörde zum Einschreiten und zum Erlass einer Ordnungsverfügung. Es liegt folglich eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit liegt auch eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vor. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich, mithin ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthafte Antragsart

Die Statthaftigkeit des Antrags richtet sich nach dem Begehren der Antragstellerin (§§ 88, 122 Abs. 1 VwGO). Die Y-GmbH begehrt hier einstweiligen Rechtsschutz gegen den Bescheid vom 12.08.2020. In Betracht kommen hier die Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO und § 123 VwGO. Aus § 123 Abs. 5 VwGO ergibt sich, dass der Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO gegenüber § 123 vorrangig ist. Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO ist einschlägig, wenn die Antragstellerin die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO begehrt. Dann müsste die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsakts nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1-4 gesetzlich vorgesehen oder nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr.4 VwGO schriftlich angeordnet worden sein (oder ein unmittelbarer faktischer Vollzug drohen).

Es müsste zunächst ein Verwaltungsakt gem. § 1 S.1 SächsVwVfZG iVm. § 35 S.1 VwVfG¹ vorliegen, gegen den in der Hauptsache eine Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 i. Alt VwGO statthaft ist. Der Bescheid der Stadt Leipzig vom 12.08.2020 ist eine Einzelfallregelung mit unmittelbarer Außenwirkung, nämlich dem Verbot des Hostelbetriebs gegenüber der Y-GmbH, einer Behörde, der Stadt Leipzig, auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Es liegt folglich ein Verwaltungsakt in der Hauptsache vor, gegen den eine Anfechtungsklage statthaft ist.

Der Suspensiveffekt eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage gem. § 80 Abs. 1 VwGO tritt aufgrund der schriftlichen Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO nicht ein. Damit ist nach dem Begehren der Y-

¹ VwVfG findet im Folgenden gem. § 1 S.1 SächsVwVfZG Anwendung.

GmbH der Antrag auf Wiederherstellung nach § 80 Abs. 5 1 2. Alt VwGO statthaft.

III. Antragsbefugnis

Der einstweilige Rechtsschutz kann nicht weitergehen, als der Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren, sodass auch im Eilverfahren die Antragsbefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO, also die Möglichkeit einer Rechtsverletzung der Antragstellerin, bestehen muss.

In Betracht kommt vorliegend eine Verletzung der Antragstellerin in ihren Grundrechten aus Art. 12, 14 GG sowie Art. 2 Abs. 1 GG. Fraglich ist aber, ob die Grundrechte des GG überhaupt anwendbar sind, denn der Bescheid dient vorliegend der Abwehr eines Verstoßes gegen VO 2017/1509. Demnach könnten gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh die Unionsgrundrechte anwendbar sein. Die GRCh ist jedenfalls in Bezug auf die VO 2017/1509 anwendbar, da es sich hierbei um den Rechtsakt eines Unionsorgans handelt.

Der Vollzug der VO 2017/1509 durch die Stadt Leipzig könnte die „Durchführung“ von Unionsrecht nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh sein. Eine Durchführung von Unionsrecht liegt nach der Rspr. des BVerfG in unionsrechtlich voll determinierten Situationen vor. Art. 20 VO 2017/1509 untersagt bestimmte Nutzungen von Immobilien im Zusammenhang mit der DVRK. Dies gilt sowohl für die Mitgliedsstaaten als auch für alle natürlichen und juristischen Personen (vgl. Art. 1 VO 2017/1509; Art. 288 Abs. 2 AEUV). Die VO 2017/1509 trifft insoweit eine abschließende Regelung und lässt den Mitgliedstaaten keinen Gestaltungsspielraum bzgl. der Immobiliennutzung.

Bei dem Vollzug der VO 2017/1509 handelt es sich mithin um eine unionsrechtlich voll determinierte Situation, sodass nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh allein die Unionsgrundrechte anwendbar sind. Eine Verletzung der Grundrechte des GG ist somit nicht Prüfungsmaßstab. Geprüft wird vielmehr eine Verletzung von Art. 15, 16 GRCh, die ihrem Inhalt nach auch auf juristische Personen anwendbar sind.

Die Möglichkeit der Verletzung in Art. 15, 16 GRCh ist nicht offensichtlich ausgeschlossen, sodass gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog die Y-GmbH antragsbefugt ist.

IV. Richtiger Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist die Stadt Leipzig nach dem Rechtsträgerprinzip (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog).

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Y-GmbH ist gem. § 13 Abs. 1 GmbHG iVm. § 61 Nr. 1 2. Alt. VwGO beteiligtenfähig. Für die Y-GmbH handelt der Geschäftsführer gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Die Geschäftsführerin G ist gem. § 62 Abs. 3 VwGO befugt Prozesshandlungen für die Y-GmbH vorzunehmen.

Die Stadt Leipzig ist gem. §§ 1 Abs. 3 SächsGemO, 61 Nr. 1 2. Alt VwGO beteiligtenfähig. Im Prozess wird die Stadt Leipzig gem.

§ 62 Abs. 3 VwGO iVm. §§ 51 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 SächsGemO durch den Oberbürgermeister vertreten.

VI. Zuständiges Gericht

Nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ist das Gericht der Hauptsache im Eilrechtsschutz zuständig. Das VG Leipzig ist gem. §§ 45, 52 VwGO sachlich und örtlich zuständig.

VII. Rechtsschutzbedürfnis

Fraglich ist, ob ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO zulässig ist, ohne dass der AS sich zuvor an die entsprechende Behörde gewandt hat. Allerdings stellt § 80 Abs. 6 S. 1 VwGO klar, dass ein Antrag an die Behörde auf Aussetzung der Vollziehung nur in den Fällen des § 80 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VwGO erforderlich ist. In Betracht kommt daher nur eine analoge Anwendung des § 80 VI S. 1 VwGO im Falle des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO. Gegen eine solche Analogie spricht jedoch, dass § 80 Abs. 6 VwGO seinem Wortlaut und Telos nach dem wirksamen Schutz des fiskalischen Interesses des Gemeinwesens dient.²

Das Rechtsschutzbedürfnis könnte aber dann fehlen, wenn der AS vor Stellung des Antrags zunächst einen Rechtsbehelf gegen den VA eingereicht haben muss. § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO stellt klar, dass die Erhebung der Anfechtungsklage nicht erforderlich ist. Umstritten ist aber, ob zuvor Widerspruch eingelegt werden muss. Hierfür spricht, dass der Ausspruch der gerichtlichen Entscheidung im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO einen solchen Widerspruch fordert, da das Gericht die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs anordnet bzw. diesen wiederherstellt. Dagegen wird eingewandt, dass durch solch ein Erfordernis praktisch die Widerspruchsfrist von einem Monat entwertet wird.

Jedenfalls ist aber ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO dann unzulässig, wenn die Rechtsbehelfsfrist in der Hauptsache eindeutig abgelaufen ist (Widerspruchsfrist oder Klagefrist), denn dann ist auch das Hauptsacheverfahren offensichtlich unzulässig. Die Frist für den Widerspruch beträgt hier gem. § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO einen Monat. Die Frist beginnt gem. §§ 57 Abs. 2 VwGO, 222 Abs. 1 ZPO, 187 Abs. 1 BGB oder §§ 79, 31 VwVfG iVm § 1 S. 1 SächsVwVfG, 187 Abs. 1 BGB am 13.08.2020. Die Widerspruchsfrist endet folglich gem. §§ 57 Abs. 2 VwGO, 222 Abs. 1 ZPO, 188 Abs. 2 BGB oder §§ 79, 31 VwVfG iVm § 1 S. 1 SächsVwVfG, § 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf des 12.09.2020. Die Widerspruchsfrist gem. § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO ist hier am 28.08.2020 nicht abgelaufen und ein Rechtsbehelf in der Hauptsache nicht offensichtlich unzulässig

VIII. Zwischenergebnis

Der Antrag ist zulässig.

B) Begründetheit

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 1 2. Alt. VwGO ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts formell nicht ordnungsgemäß war oder das Interesse des AS an der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs (Suspensivinteresse) das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt. Dies ist dann

² Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Auflage (2019), Rn. 154.

der Fall, wenn der zugrundeliegende Verwaltungsakt nach summarischer Prüfung rechtswidrig ist.

I. Formelle Voraussetzungen der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit

1. Zuständigkeit

Zuständige Behörde ist die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO).

2. Verfahren

Eine gesonderte vorherige Anhörung nach § 28 VwVfG vor der Anordnung der sofortigen Vollziehung ist nach der hM nicht notwendig, jedenfalls war hier im Zusammenhang mit dem Erlass des Verwaltungsakts, mit dem zugleich die sofortige Vollziehung angeordnet wurde, die Möglichkeit der Stellungnahme gegeben, die die Antragstellerin nicht wahrnahm.

3. Form

Die Stadt L müsste das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung gem. § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO schriftlich begründet haben, denn eine Ausnahme nach § 80 Abs. 3 S. 2 VwGO ist nicht ersichtlich. Erforderlich ist hierfür eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Begründung des besonderen Interesses an der sofortigen Vollziehung des erlassenen Verwaltungsaktes. Laut Sachverhalt ist davon auszugehen, dass der Bescheid und dessen sofortige Vollziehung ordnungsgemäß begründet ist.

4. Zwischenergebnis

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist formell ordnungsgemäß erfolgt.

II. Materielle Voraussetzungen der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit

Das Aussetzungsinteresse der Y-GmbH überwiegt insbesondere dann, wenn eine summarische Prüfung ergibt, dass der eingelegte Rechtsbehelf in der Hauptsache erfolgreich sein wird. Dies ist dann der Fall, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist (vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

1. Rechtmäßigkeit des Bescheids

a) Rechtsgrundlage

Fraglich ist, auf welcher Rechtsgrundlage der Bescheid der Stadt Leipzig beruht. In Betracht kommen § 12 Abs. 1 SächsPBG, § 35 Abs. 1 GewO oder § 80 S.2 SächsBO. Gem. § 12 Abs. 2 SächsPBG ist die polizeiliche Generalklausel jedoch subsidiär und kommt nur zur Anwendung, wenn es an einer spezielleren Regelung zur Gefahrenabwehr fehlt.

aa) Gewerbeordnung § 35 Abs. 1 GewO

Einem Einschreiten auf Grundlage von § 12 Abs. 1 SächsPBG könnte § 35 Abs. 1 GewO als speziellere Norm entgegenstehen. Nach § 35 Abs. 1 GewO kann die zuständige Behörde die Ausübung eines Gewerbes ganz oder teilweise untersagen, wenn

Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist.

§ 35 Abs. 1 S. 1 GewO ist dabei im Zusammenhang mit der generellen Gewerbefreiheit nach § 1 Abs. 1 GewO zu verstehen. Die ganze oder teilweise Untersagung der Ausübung eines Gewerbes kann nur nach dem Gewerberecht erfolgen, da es insoweit eine abschließende Regelung trifft.³ Dies steht auch einer Anwendung landesrechtlicher Regelungen, einschließlich der polizeilichen Generalklausel entgegen.

§ 35 Abs. 1 S. 1 GewO erfasst die generelle Untersagung eines Gewerbebetriebs als solchen, nicht hingegen die Art und Weise der Gewerbeausübung.⁴ Der Y-GmbH wird hier *jede Tätigkeit, die mit der Nutzung der Immobilie zusammenhängt* untersagt. Die Verfügung *beschränkt* sich folglich auf die Ausübung des Gewerbes *auf dem bezeichneten Grundstück*. Der Y-GmbH wird hierbei der Betrieb eines Hostels *außerhalb* des bezeichneten Grundstücks nicht untersagt.⁵

Hinweis

Eine solche Untersagung der Gewerbeausübung auf dem bezeichneten Grundstück könnte jedoch eine Teiluntersagung des Gewerbebetriebs nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO sein. Ziel der Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO ist es jedoch, „diejenigen Gewerbetreibenden vom Wirtschaftsverkehr fernzuhalten, die wegen einer nicht ordnungsgemäßen Gewerbeausübung eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellen.“⁶ § 35 Abs. 1 S. 1 GewO setzt die persönliche Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden voraus.⁷ Hier steht jedoch nicht die Unzuverlässigkeit der Y-GmbH und ihrer Geschäftsführerin G im Raum, sondern ein Verstoß gegen die VO 2017/1509.

Folglich ist hier nicht der Betrieb des Gewerbes als solcher, sondern nur die Art und Weise der Gewerbeausübung betroffen.⁸ Die Gewerbezulassung der Y-GmbH bleibt bestehen und ist nicht betroffen. Die Gewerbeordnung steht damit der Anwendung der polizeilichen Generalklausel nicht entgegen.

bb) Bauordnungsrecht § 80 S.2 SächsBO

Als Rechtsgrundlage für den Bescheid der Stadt Leipzig könnte die bauordnungsrechtliche Nutzungsuntersagung für ein bestimmtes Gebäude nach § 80 S. 2 SächsBO in Betracht kommen. Hiernach kann die Nutzung untersagt werden, wenn sie im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften erfolgt.⁹ Bei der Abgrenzung der richtigen Rechtsgrundlage für ein gefahrenabwehrrechtliches Einschreiten ist zu beachten, ob die Gefahr auch wirklich vom jeweiligen Gefahrentatbestand erfasst ist.¹⁰ Die baurechtliche Nutzungsuntersagung erfordert grundsätzlich, dass die Nutzung der baulichen Anlage solche Normen verletzt, die einen „hinreichenden Anlagenbezug aufweisen“ und gerade eine anlagenbezogene Gefahr besteht.¹¹ Hier geht von der

³ VG Berlin, BeckRS 2020, 408 Rn. 12.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid., Rn. 13.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid., Rn. 12.

⁹ Ibid., Rn. 14.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

baulichen Anlage selbst jedoch keine Gefahr aus, sondern vielmehr vom Verhalten der Antragstellerin.¹²

Mangels anlagenbezogener Gefahr in Bezug auf das Gebäude, welches als Hostel genutzt wird, scheidet § 80 S. 2 SächsBO als Rechtsgrundlage für die Nutzungsuntersagung, aus.

cc) Polizeirecht § 12 Abs. 1 SächsPBG

Schließlich kommt - mangels sondergesetzlicher Befugnisnormen und speziellerer polizeirechtlicher Normen - als Rechtsgrundlage für den Erlass der Verfügung, die polizeiliche Generalklausel nach § 12 Abs. 1 SächsPBG in Betracht.

b) Formelle Rechtmäßigkeit

aa) Zuständigkeit

Die Ortspolizeibehörde der Stadt Leipzig müsste als zuständige Behörde gehandelt haben. Gem. §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 5 Abs. 2 S. 1, 6 Abs. 1 SächsPBG sind grundsätzlich die Ortspolizeibehörden örtlich und sachlich zuständig. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass hier indirekt Unionsrecht vollzogen wird, denn der Vollzug des Unionsrechts obliegt grundsätzlich den Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 291 AEUV), sofern hier keine besonderen unionsrechtlichen Regelungen bestehen.¹³ Mangels unionsrechtlicher Regelung zur besonderen unionaler Zuständigkeit im Hinblick auf den Vollzug der Verordnung, hat die Ortspolizeibehörde als zuständige Behörde gehandelt.

bb) Verfahren

Der Y-GmbH ist im Verwaltungsverfahren nach § 28 Abs. 1 VwVfG die Möglichkeit der Stellungnahme gegeben worden, sie ist somit ordnungsgemäß angehört worden.

cc) Form

Der Verwaltungsakt ist schriftlich und begründet erlassen worden (§§ 37, 39 VwVfG).

c) Materielle Rechtmäßigkeit

Der Bescheid müsste materiell rechtmäßig sein. Gem. § 12 Abs. 1 SächsPBG können die Polizeibehörden die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren.

aa) Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung

Es müsste zunächst eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bestehen.

Eine Gefahr ist nach § 3 SächsPBG iVm. § 4 Nr. 3 lit. a SächsPVDG eine Sachlage, bei der im Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird. Hinreichend ist eine mehr als geringfügige Schadenseintrittswahrscheinlichkeit, dh. der Schadenseintritt muss mehr als nur fernliegend möglich sein.¹⁴ Wenn eine Gefahr bereits eingetreten ist und noch fort dauert, spricht man von Störung, die gem. § 3

SächsPBG iVm. § 4 Nr. 3 lit. Abs. 1 SächsPVDG auch von der Gefahrenabwehr erfasst ist, wenn der Eintritt weiteren Schadens droht.

Die öffentliche Sicherheit umfasst nach § 3 SächsPBG iVm. § 4 Nr. 1 SächsPVDG die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie des Bestandes, der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt.

In Betracht kommt hier das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit in Gestalt der Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung. Die VO 2017/1509 hat mit Inkrafttreten unmittelbare Geltung in der Bundesrepublik Deutschland und ist als europäisches Sekundärrecht, das in den Mitgliedstaaten ohne Umsetzungsakt unmittelbar verbindlich ist (Art. 288 Abs. 2 AEUV), Teil der objektiven Rechtsordnung iSv. § 12 Abs. 1 SächsPBG.

Es könnte hier eine Störung der öffentlichen Sicherheit durch die Verletzung der VO 2017/1509 bestehen.

VO 2017/1509 ist zumindest formell unionsrechtmäßig. Die VO 2017/1509 könnte jedoch materiell unionsrechtswidrig sein, wenn die VO 2017/1509 die GRCh verletzt. Die GRCh ist jedenfalls nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh anwendbar, denn die VO 2017/1509 ist eine Handlung von Unionsorganen.

In Betracht kommen hier die Berufsfreiheit nach Art. 15 Abs. 1 GRCh und die Unternehmensfreiheit nach Art. 16 GRCh.¹⁵ Die Berufsfreiheit gewährt das Recht zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben, sie umfasst somit sowohl das Recht der Berufswahl als auch der Berufsausübung. Ein Beruf ist jede Tätigkeit, die auf Dauer in Erwerbsabsicht und gegen Entgelt erfolgt.¹⁶ Die unternehmerische Freiheit gewährt hingegen jegliche unternehmerische Tätigkeit eines Unternehmens. Ein Unternehmen ist „jede Einheit, unabhängig von Rechtsform und Finanzierungsart, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, also Güter und Dienstleistungen auf dem Markt anbietet“.¹⁷ Im Verhältnis von Art. 15 Abs. 1 GRCh zu Art. 16 GRCh ist letzterer in seinem Anwendungsbereich *lex specialis*.¹⁸ Indem Art. 20 Abs. 1 VO 2017/1509 sowohl das Verpachten, Vermieten oder die Verfügungstellung auf andere Weise von Immobilien an die Regierung der DVRK oder das Mieten, Pachten oder Befassen mit einer Tätigkeit im Zusammenhang der Nutzung von Immobilien der Regierung der DVRK untersagt, wird in Art. 16 GRCh durch Verkürzung der Freiheit eingegriffen.

Der Eingriff könnte jedoch gerechtfertigt sein. Jeder Eingriff in ein Grundrecht muss gesetzlich vorgesehen sein, den Wesensgehalt achten und verhältnismäßig sein (Art. 52 Abs. 1 GRCh). Der Eingriff ist gesetzlich vorgesehen gemäß Art. 20 Abs. 1 VO 2017/1509. Er dient ferner einem legitimen Ziel, nämlich der Umsetzung von Resolutionen des UN-Sicherheitsrat zur Sicherung

¹² Ibid.

¹³ Ausführlich zum indirekten Vollzug des Unionsrechts durch die Behörden der MS *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 7. Auflage (2016), § 12 Rn. 23 ff.

¹⁴ BVerwG NVwZ 2007, 1439 (Rn. 43).

¹⁵ Vgl. auch VG Berlin, BeckRS 2020, 408 (Rn. 21).

¹⁶ Vgl. *Jarass*, GRCh, 3. Auflage (2016), Art. 16 Rn. 7.

¹⁷ Ibid., Rn. 7 mwN.

¹⁸ Vgl. Ibid., Rn. 4a.

des internationalen Friedens (vgl. Erwägungsgrund (1) VO 2017/1509), indem die Regierung der DVRK keinen Zugang zu finanziellen Mitteln hat und in ihrer Finanzierung effektiv beeinträchtigt ist (vgl. Erwägungsgrund (10) VO 2017/1509). Hierbei handelt es sich jedenfalls um ein legitimes Ziel (Art. 3 Abs. 5 S. 2 EUV). Die vollständige Untersagung ist auch erforderlich, insbesondere ist eine Beschränkung auf rein wirtschaftliche Nutzungen wie Mieten und Pachten gerade nicht gleich effektiv, wie eine vollständige Nutzungsuntersagung, denn nur so kann sichergestellt werden, dass nicht doch heimlich Mittel für die Nutzung fließen. Die Regelung ist auch angemessen, denn es wird nur die Nutzung von Immobilien im Zusammenhang mit der DVRK eingeschränkt. Die Einschränkungen einer generellen wirtschaftlichen Tätigkeit als solche, außerhalb der bezeichneten Immobilien, besteht nicht.

Mithin ist Art. 20 VO 2017/1509 auch materiell unionsrechtskonform.

Schließlich müsste der Anwendungsbereich der VO 2017/1509 für die Y-GmbH eröffnet sein. Gem. Art. 1 lit. d VO 2017/1509 gilt die VO für *alle nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten oder eingetragenen juristischen Personen, Organisationen und Einrichtungen innerhalb und außerhalb des Gebiets der Union*. Für die Y-GmbH als eingetragene GmbH nach deutschem Recht gilt die VO 2017/1509 somit inner- und außerhalb der Europäischen Union.

Zunächst könnte die Y-GmbH gegen Art. 20 Abs. 1 lit. b VO 2017/1509 verstoßen. Art. 20 Abs. 1 lit. b VO 2017/1509 untersagt, unmittelbar oder mittelbar Immobilien von Personen, Einrichtungen oder Organisationen der DVRK zu pachten oder zu mieten. Nach Art. 20 Abs. 2 VO 2017/1509 bezeichnet „Immobilien“ Grundstücke, Gebäude oder Teile davon, die außerhalb des Gebiets der DVRK liegen. Die Räumlichkeiten des Hostels der Y-GmbH sind jedenfalls ein Gebäudeteil, der im Eigentum der DVRK steht.

Die Y-GmbH müsste das Gebäude auch von der Botschaft der DVRK gemietet oder gepachtet haben. Es bestand hier zunächst ein Mietverhältnis zwischen der Y-GmbH und der Botschaft der DVRK, welches jedoch zum 31.08.2017 gekündigt worden war. Die Y-GmbH verblieb jedoch weiterhin mit dem Y-Hostel in den Räumlichkeiten und es gibt Anhaltspunkte für ein weiterhin bestehendes Mietverhältnis, bei dem die Mietzahlungen bar abgewickelt werden. Für den Fall, dass auch bar keine Mietzahlungen an die Botschaft der DVRK erfolgen ist fraglich, ob die Y-GmbH auch schon allein durch die gewerbliche Nutzung des im Eigentum der DVRK stehenden Gebäudes gegen Art. 20 Abs. 1 lit. c VO 2017/1509 verstößt.

Nach Art. 20 Abs. 1 lit. c Hs.1 VO 2017/1509 ist es untersagt sich mit einer Tätigkeit zu befassen, die mit der Nutzung von Immobilien zusammenhängt, die im Eigentum von Personen, Organisationen oder Einrichtungen der Regierung der DVRK stehen,

von ihnen gemietet werden oder zu deren Nutzung sie auf andere Weise berechtigt sind. Art. 20 Abs. 1 lit. c VO 2017/1509 erfasst somit als Auffangtatbestand nicht nur das Verpachten und Vermieten, Pachten und Mieten, sondern jegliches „Befassen mit einer Tätigkeit“, die im Zusammenhang mit einer Immobilie steht. Aus dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 1 lit. c VO 2017/1509 sowie der Systematik und dem Telos des gesamten Art. 20 VO 2017/1509 ergibt sich, dass die Nutzung der Immobilie Teil der untersagten Tätigkeit im Sinne der VO sein muss.¹⁹ Für eine solche weite Auslegung der Verordnung sprechen auch die Erwägungsgründe, nach denen auch eine Umgehung der VO 2017/1509 und der UN-Sanktionen verhindert werden soll. Art. 20 Abs. 1 lit. c VO 2017/1509 erfordert somit nicht, dass die Tätigkeit mit finanziellen Leistungen oder Gegenleistungen verknüpft ist.

Durch den Betrieb eines Hostel-Gewerbes in dem Gebäude der DVRK, verstößt die Y-GmbH gegen Art. 20 Abs. 1 lit. c VO 2017/1509.

Mithin liegt in dem Verstoß gegen von Art. 20 Abs. 1 lit. c VO 2017/1509 eine fortdauernde Störung der öffentlichen Sicherheit iSd. § 12 Abs. 1 SächsPVDG vor.

bb) Störereigenschaft

Die Y-GmbH ist jedenfalls Verhaltensstörerin nach § 14 Abs. 1 SächsPBG, indem sie durch die Nutzung des Gebäudes der DVRK die öffentliche Sicherheit stört.

cc) Ermessensfehler

Die Polizeibehörde müsste hier ermessensfehlerfrei gehandelt haben. Das behördliche Ermessen könnte hier auf null reduziert sein.

Beim indirekten Vollzug des Unionsrechts kommt zwar das nationale Verwaltungsverfahrenrecht zur Anwendung, jedoch wird auch dieses durch das Unionsrecht beeinflusst.²⁰ Nach dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot darf die praktische Umsetzung des Unionsrecht nicht unmöglich gemacht werden oder übermäßig erschwert werden.²¹ Art. 20 Abs. 1 lit. c VO 2017/1509 stellt hier ein absolutes Nutzungsverbot für Immobilien der DVRK auf, dessen Verletzung hier wiederum das Einschreiten der Behörde veranlasst.²² Die effektive Umsetzung des Nutzungsverbots aus der VO 2017/1509 wäre hier jedenfalls nicht gegeben, wenn die Polizeibehörde auf ein Einschreiten verzichtet hätte. Es ist auch vor dem Hintergrund des Art. 20 Abs. 1 lit. c VO 2017/1509 kein milderes Mittel als die Untersagung jeglicher Nutzung geboten. Die Ausnahmetatbestände des Art. 20 VO 2017/1509 sind hier gerade nicht erfüllt, sodass das Ermessen der Polizeibehörde hier auf null reduziert war.²³ Ein Verstoß gegen das Nutzungsverbot nach Art. 20 VO 2017/1509 ist gem. Art. 52 VO 2017/1509 untersagt und die Mitgliedstaaten haben für Verstöße gem. Art. 55 Abs. 1 VO 2017/1509 Sanktionen vorzusehen.

Die Entscheidung der Polizeibehörde ist ermessensfehlerfrei.

¹⁹ VG Berlin, BeckRS 2020, 408 (Rn. 20).

²⁰ EuGH, Rs. 205/82 – Slg. 1983, 2633 (Milchkontor), Rn. 17; vgl. Haratsch/Koenig/Pechtstein, Europarecht, 11. Auflage (2018), Rn. 474.

²¹ Ibid., Rn. 478.

²² VG Berlin, BeckRS 2020, 408 (Rn. 25).

²³ Ibid.

dd) Zwischenergebnis

Der Bescheid ist materiell rechtmäßig.

d) Zwischenergebnis

Der Bescheid ist formell und materiell rechtmäßig und die Y-GmbH ist nicht in ihren Rechten verletzt.

2. Besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung

Es müsste ferner ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung bestehen.

Hier könnte ein Vollzugsinteresse, abgesehen von der Rechtmäßigkeit des Bescheides und der damit einhergehenden mangelnden Erfolgsaussicht des Hauptsache Rechtsbehelfs, insbesondere aus der VO 2017/1509 und dem Effektivitätsgrundsatz („*effet utile*“) folgen. Aus dem Effektivitätsgrundsatz (vgl. Art. 4 Abs. 3 EUV) folgt, dass die Mitgliedsstaaten die Verwirklichung des Unionsrechts nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen. Art. 20 Abs. 1 VO 2017/1509 untersagt jegliche Nutzung von Immobilien der DVRK, wobei den Mitgliedstaaten kein Spielraum verbleibt. Die Mitgliedstaaten müssen Sanktionen für Verstöße gegen die VO vorsehen (vgl. Art. 55 Abs. 1 VO 2017/1509). Um effektiv alle geschäftlichen Tätigkeiten der Regierung der DVRK zu unterbinden, sprechen hier die Gesamtbetrachtung aller Umstände für ein überwiegendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung des rechtmäßigen Untersagungsbescheids.

Gegen ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung könnte jedoch sprechen, dass seit dem Erlass der VO bereits fast drei Jahre vergangen sind, sodass auch noch die Prüfung im Hauptsacheverfahren abgewartet werden könnte.

Hiergegen spricht jedoch, dass der Zustand unionsrechtswidrigen Verhaltens aufrechterhalten wird und der effektive Vollzug des rechtmäßigen Verwaltungsakts zur Umsetzung weiterhin erschwert wird. Es droht außerdem ein Vertragsverletzungsverfahren durch die Kommission nach Art. 258 AEUV.

Es besteht folglich ein überwiegendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung.

III. Zwischenergebnis

Der Antrag der Y-GmbH ist nicht begründet

C) Ergebnis

Der Antrag der Y-GmbH ist zulässig, aber nicht begründet. Die Klage im Hauptsacheverfahren hat keine Aussicht auf Erfolg.

► **Inhaltsverzeichnis**





KÖPFE

GESUCHT

Referendare (m/w) und Praktikanten (m/w)
www.tsp-law.com/karriere

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur

RECHTSPRECHUNG

ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Der alte Mann und das Isarrauschen Diskriminierung im Zivilrechtsverkehr, §§ 19, 21 AGG

Urteil vom 05. Mai 2021, Az.: VII ZR 78/20

1. Ob es sich bei einem zivilrechtlichen Schuldverhältnis um ein Massengeschäft im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 AGG handelt, das typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommt, bestimmt sich nach einer allgemeinen, typisierenden Betrachtungsweise. Abzustellen ist nicht auf den einzelnen Anbieter, sondern auf die Verkehrssitte. Für das Vorliegen einer solchen Verkehrssitte trifft denjenigen, der sich auf die Benachteiligung beruft, die volle Beweislast, § 22 AGG findet hierbei keine Anwendung.

2. Ob ein Ansehen der Person bei der Begründung eines zivilrechtlichen Schuldverhältnisses im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 AGG nachrangige Bedeutung hat, bestimmt sich nach der Art des zu betrachtenden Schuldverhältnisses in seiner konkreten Ausprägung.

(Amtliche Leitsätze)

A) Sachverhalt (Vereinfacht)

Einführender Hinweis

Mit „Party-Event-Veranstaltungen“¹ durften sich in letzter Zeit nicht nur die vielen Feiernden beschäftigen, sondern jüngst auch die Richterinnen und Richter am VII. Zivilrechtssenat des Bundesgerichtshofs.

Der Fall entstammt dem allgemein-zivilrechtlichen Teil des AGG. Nach § 8 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 JAPrO BW sind allein die individualarbeitsrechtlichen Abschnitte des AGG Prüfungsstoff in der Staatsprüfung. Ein darüber hinausgehender Blick lohnt sich jedoch aus zwei Gründen. Erstens gerät das AGG regelmäßig aufgrund seiner rechtspolitischen Brisanz in die Schlagzeilen und ist damit ein viel diskutiertes Gesetz.² Zweitens bestehen zahlreiche Bezüge zum Prüfungsstoff, etwa zu den Grundrechten³ und dem Deliktsrecht⁴.

Der 44-jährige A wollte ein von B veranstaltetes Open-Air-Event in München, das "Isar//Rauschen 2017", besuchen. Dabei handelte es sich um eine Musikveranstaltung mit einer Kapazität von bis zu 1.500 Personen, bei der über 30 DJs elektronische

Tanzmusik auflegten. Es fand kein Vorverkauf statt, ein Ticket konnte erst nach Passieren der Einlasskontrolle erworben werden.

Dem Kläger und seinen 36- und 46-jährigen Begleitern wurde dort der Einlass verwehrt. Der Türsteher befand die prospektiven Partygäste für zu alt. Die Veranstaltung sei für Personen im Alter zwischen 18 und 28 Jahren vorgesehen.

Der gekränkte A war der Ansicht, ihm stünde aufgrund des Vorfalls eine Entschädigung in Höhe von 1.000 Euro zu. Die von ihm erhobene Klage blieb in den Vorinstanzen⁵ erfolglos.

B) Die Entscheidung des Senates

Der Entschädigungsanspruch des A stützt sich auf §§ 19 Abs. 1, 21 Abs. 2 S. 3 AGG. Der Anspruch steht dem A zu, wenn B durch die Abweisung an der Einlasskontrolle gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot des § 19 I Nr. 1 AGG verstoßen hat und dies zu vertreten hat.

Hinweis

Genau genommen erfolgte die Abweisung durch den von B eingesetzten Türsteher. Das Urteil geht darauf nicht ein. B muss sich allerdings das Verhalten des Türstehers gemäß § 278 BGB zurechnen lassen. In einem ähnlich gelagerten Fall entschied das OLG Stuttgart⁶, dass durch das Anstellen im Eingangsbereich einer Diskothek ein vorvertragliches Schuldverhältnis nach §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB entsteht. Der Betreiber bedient sich der Türsteher als Gehilfen zur Erfüllung seiner daraus entstehenden Verbindlichkeiten.

I. Eröffnung des Anwendungsbereichs, § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG

Der sachliche Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG (gegebenenfalls in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG) müsste eröffnet sein. Das erfordert ein vom Diskriminierungsschutz umfasstes Schuldverhältnis.

¹ So wörtlich der BGH in der hier aufbereiteten Entscheidung.

² Unlängst beispielsweise BAG, Urt. v. 27.08.2020, 8 AZR 62/19 (Berliner Neutralitätsgesetz; Benachteiligung einer Muslima, die sich auf eine Stelle als Lehrerin bewarb und erklärt hatte, sie werde das Kopftuch im Dienst nicht ablegen); BVerfG NJW 2019, 3769 (Hausverbot für einen NPD-Partei-funktionär in einem Hotel).

³ Vgl. die verwandten Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.

⁴ Vgl. nur die streitige Frage, ob Vorschriften des AGG Schutzgesetzes im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB sind.

⁵ AG München, Urt. v. 10.10.2018, 122 C 5020/18; LG München I, Urt. v. 31.03.2020, 13 S 17353/18.

⁶ OLG Stuttgart NJW 2012, 1085.

1. Massengeschäft im Sinne von

§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 AGG

Der Vertrag über den Zutritt zur Veranstaltung könnte ein Massengeschäft im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 AGG darstellen. Gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 AGG ist eine Benachteiligung aus Gründen des Alters bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse unzulässig, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte).

Der BGH führt zur Annahme eines solchen Schuldverhältnisses aus:

„Ein Schuldverhältnis wird ohne Ansehen der Person begründet, wenn hierbei die in § 1 AGG genannten Merkmale typischerweise keine Rolle spielen (Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/1780, S. 41). Die Regelung ist mit Blick auf den Schutzzweck des Gesetzes dahin zu verstehen, dass ein Schuldverhältnis ohne Ansehen der Person begründet wird, wenn der Anbieter im Rahmen seiner Kapazitäten grundsätzlich mit jedermann abzuschließen bereit ist. Massengeschäfte im Sinne dieser Definition sind insbesondere Verträge im Bereich der Konsumgüterwirtschaft und über standardisierte Dienstleistungen, etwa des Einzelhandels, der Gastronomie oder des Transportgewerbes. Ein Ansehen der Person liegt hingegen vor, wenn der Anbieter seine Entscheidung über den Vertragsschluss erst nach einer Würdigung des Vertragspartners trifft. [...]

Ob persönliche Merkmale typischerweise eine Rolle spielen, bestimmt sich nach einer allgemeinen, typisierenden Betrachtungsweise. Abzustellen ist nicht auf den einzelnen Anbieter, sondern auf die Verkehrssitte.“

Fraglich ist, ob bei vergleichbaren öffentlichen Veranstaltungen eine Verkehrssitte dahingehend besteht, dass im Rahmen der Kapazität des Anbieters jeder zahlungswilligen und zahlungsfähigen Person Eintritt gewährt wird.

a) Argumentationsbeispiel zur Ablehnung einer entsprechenden Verkehrssitte⁷

Gegen die Annahme einer solchen Verkehrssitte spricht bereits die Organisation des Vertragsschlusses. Ein Vorverkauf fand nicht statt, ein Ticket konnte erst nach Passieren der Eingangskontrolle erworben werden. Typischerweise dienen diese Eingangskontrollen der Abweisung übermäßig alkoholisierter oder aggressiver Gäste. Auch sollen Personen abgewiesen werden können, die nicht in bestimmter Art und Weise, als "Partygänger", gekleidet sind. Veranstalter bringen damit zum Ausdruck, dass sie ihre Entscheidung über den Vertragsschluss erst nach einer Würdigung des prospektiven Vertragspartners treffen.

b) Abgrenzung zu anderen öffentlich zugänglichen Veranstaltungen

Der vorliegende Fall kann nicht deshalb als Massengeschäft qualifiziert werden, weil es bei öffentlich zugänglichen Konzerten,

⁷ Diese Argumentation findet sich nicht so in der Entscheidung des Senats. Da der Kläger zu einer entsprechenden Verkehrssitte nicht ausreichend vortragen hatte, beschränkte sich der BGH auf die unter „b)“ und „c)“ aufgeführten Punkte.

Kinovorstellungen, Theater- oder Sportveranstaltungen der Verkehrssitte entspricht, dass der Eintritt ohne Ansehen der Person gewährt wird. Die Veranstaltung der B unterscheidet sich von diesen Angeboten entscheidend. Bei Letzteren wird die Leistung durch Zuschauen und Zuhören weitestgehend passiv entgegengenommen. Bei einer "Party-Event-Veranstaltung" sollen die Teilnehmer durch Feiern und Tanzen das Geschehen mitgestalten. Die Interaktion der Besucher prägt den Charakter der Veranstaltung, weshalb der Zusammensetzung des Besucherkreises Bedeutung zukommen kann.

c) Keine Anwendung der Beweislastregeln des § 22 AGG

Es könnten jedoch die Beweislastregeln des § 22 AGG greifen. Der BGH lehnt deren Anwendung mit dieser Begründung ab:

„Diese betreffen lediglich die Frage der Kausalität zwischen der Benachteiligung und einem der nach § 1 AGG verpönten Merkmale. Dafür, dass das angebaute, aber nicht begründete Schuldverhältnis ein Massengeschäft ist, trifft den Kläger die volle Beweislast.“

2. Massengeschäftsähnliches Rechtsgeschäft im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 AGG

Der Vertrag über den Zutritt zur Veranstaltung könnte ein massengeschäftsähnliches Rechtsgeschäft im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 AGG sein. Zur Begriffsbestimmung führt der BGH folgendes aus:

„§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 AGG findet auf Schuldverhältnisse Anwendung, die zwar keine Massengeschäfte im Sinne des § 19 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 AGG sind, weil ein Ansehen der Person bei ihnen eine Rolle spielt, dies aber - gegenüber bedeutsameren anderen Faktoren - nur in einem geringen Umfang. Massengeschäftsähnliche Schuldverhältnisse im Sinne dieser Vorschrift kennzeichnet, dass persönliche Eigenschaften des Vertragspartners zwar bei der Entscheidung, mit wem der Vertrag geschlossen werden soll, relevant sind, sie aber angesichts der Vielzahl der abzuschließenden Rechtsgeschäfte an Bedeutung verlieren, [...]

In welchem Umfang ein Ansehen einer Person bei der Begründung eines zivilrechtlichen Schuldverhältnisses relevant ist, bestimmt sich nach der Art des zu betrachtenden Schuldverhältnisses in seiner konkreten Ausprägung.“

Fraglich ist demnach, ob bei einer Veranstaltung wie der der B das Ansehen der Person für die Gewährung des Zutritts nur nachrangige Bedeutung hat.

Im Bereich von Musikveranstaltungen findet sich – je nach Art der Musik – ein bestimmtes, nach Alter und Aufmachung homogenes Publikum ein, das unter sich bleiben will. Das ist ein maßgebliches Kriterium für die Attraktivität und den Erfolg der Veranstaltung. Eine Auswahl der Gäste ist also geboten, um den Interessen der Gäste gerecht zu werden. Darauf hat die B auch dadurch hingewirkt, dass sich die gezielte Werbung nur an Personen der Altersgruppe zwischen 18 und 28 Jahren richtete. B ist keine Einrichtung der öffentlichen Daseinsvorsorge, sondern

eine privatwirtschaftliche Veranstalterin und trägt deshalb ein wirtschaftliches Risiko. Bei der Frage, wie sie das Gelingen ihrer Veranstaltung beeinflusst, muss ihr folglich im Rahmen ihres aner kennenswerten Interesses ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden werden. Das Ansehen der Person hat somit nicht nur nachrangige Bedeutung.

Zwar wurde von der Rechtsprechung der Einlass in Diskotheken in manchen Fällen bereits dem sachlichen Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG zugeordnet,⁸ allerdings unterscheiden sich diese Fälle vom vorliegenden. Entweder galten für den Zutritt zu den Diskotheken keinerlei Beschränkungen oder der Zutritt wurde wegen persönlicher Merkmale der "Rasse"⁹ oder der ethnischen Herkunft verwehrt. In letzterem Fall ist nach § 19 Abs. 2 AGG der Diskriminierungsschutz nicht auf die in § 19 Abs. 1 AGG genannten Schuldverhältnisse beschränkt.

II. Ergebnis

Der sachliche Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist nicht eröffnet. Ein Entschädigungsanspruch des A gegen B besteht nicht.

Hinweis

Käme man entgegen dem BGH zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG, wäre im Anschluss eine Benachteiligung (vgl. § 3 Abs. 1 AGG) aufgrund eines in § 19 Abs. 1 AGG genannten Merkmals¹⁰ zu prüfen. Diese wäre zu bejahen, da dem B der Vertragsschluss aufgrund seines "gehobenen" Alters verwehrt blieb und er damit im Vergleich zu den jüngeren Feiern den weniger günstig behandelt wurde.

Schließlich wäre zu prüfen, ob die Ungleichbehandlung aufgrund eines sachlichen Grundes gemäß § 20 Abs. 1 AGG zulässig war. Bei der Darlegung eines solchen könnte sich B auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit berufen. Diese schützt die unternehmerische Freiheit zur Ausgestaltung des eigenen Marktauftritts, wobei z.B. ein angemessener Spielraum bei den angebotenen Dienstleistungen besteht.¹¹ Das Interesse der B, an ihrem Veranstaltungskonzept festzuhalten, müsste gegen das Bedürfnis des A nach Inklusion im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung abgewogen werden. Dabei ließe sich in beide Richtungen argumentieren.

C) Abschließende Hinweise

Mit dem Ausschluss dieser Fallkonstellation vom Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG verfolgt der BGH einen methodisch riskanten Weg, der zu rechtspolitisch fragwürdigen Ergebnissen führen könnte. Man stelle sich nur den abgewandelten Fall vor, einer Person mit einer sichtbaren körperlichen Behinderung sei der Zutritt verweigert worden, weil sie aus Sicht des Veranstalters nicht dem homogenen Wunschkollium entspricht.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist es denkbar, dass dieser Fall nicht vom Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsschutzes erfasst ist, weil der Veranstalter vor Vertragsschluss eine individualisierte Auswahl trifft. Allenfalls die Verkehrssitte könnte als Korrektiv wirken. Diese ist jedoch dafür nicht geeignet. Es besteht die Gefahr, dass sich eine Branche, in der häufig diskriminiert wird, gerade durch diese Übung dem Diskriminierungsschutz entzieht, weil die in § 1 AGG genannten Merkmale bei der Vertragsbegründung eben doch eine Rolle spielen.

Kern des Problems ist, dass der BGH bereits bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs maßgeblich auf die individuelle Auswahl aus Sicht des Unternehmers abstellt und es dabei in Kauf nimmt, wenn diese von in § 19 Abs. 1 AGG aufgeführten Merkmalen abhängig gemacht wird. Das ist nicht zuletzt auf die missglückte Formulierung der Gesetzesbegründung zurückzuführen, der zufolge ein Schuldverhältnis dann ein Massengeschäft ist, wenn bei dessen Begründung „die in § 1 AGG genannten Merkmale typischerweise keine Rolle spielen“^{12,13} Überspitzt ausgedrückt könnte dies folgendes bedeuten: „Wer konsequent genug diskriminiert, der befreit sich vom prüfenden Blick des Antidiskriminierungsrechts.“¹⁴ Einziger „Rettungsanker“ könnte sein, dass der BGH an einer Stelle (Fn. 22) von einem „aner kennenswerten“ Interesse des Unternehmers spricht und damit scheinbar im Ansatz ein Gegengewicht zu schaffen versucht, indem er den Anwendungsbereich mit einer Wertung auflädt.

Methodisch überzeugender könnte es sein, die unternehmerischen Interessen bei der Prüfung des sachlichen Grundes zu berücksichtigen. Dort werden diese nämlich gegen das Inklusionsinteresse des Merkmalstragenden abgewogen. Eine wertungsmäßige Aufladung des Anwendungsbereichs verlagert die eigentlichen Abwägungsfragen künstlich weg von der Frage nach der Rechtfertigbarkeit einer erfolgten Benachteiligung.

Folgt man diesem Ansatz, wäre im abgewandelten Fall der Anwendungsbereich des Diskriminierungsschutzes eröffnet. Bei der Prüfung des sachlichen Grundes nach § 20 Abs. 1 AGG käme man im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zum Schluss, dass das hohe Inklusionsinteresse des abgewiesenen Gastes das kaum schützenswerte Interesse des Unternehmers überwiegt – ein mit dem Gerechtigkeitsempfinden des Verfassers vereinbares Ergebnis.

Marcus Nonn

Studentische Hilfskraft

Institut für ausländisches und internationales Privat- und
Wirtschaftsrecht
Universität Heidelberg

► Inhaltsverzeichnis

⁸ OLG Stuttgart (Fn. 4); AG Oldenburg, Urt. v. 23.07.2008, E2 C 2126/07.

⁹ Zum bestenfalls problematischen Rechtsbegriff der „Rasse“ *Ludyga*, NJW 2021, 911.

¹⁰ Die dort aufgezählten Merkmale entsprechen mit Ausnahme der nicht aufgeführten „Weltanschauung“ denen des § 1 AGG.

¹¹ BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18.

¹² BT-Drucks. 16/1780, S. 41.

¹³ S. dazu *Thüsing*, in: MüKo-BGB, 9. Auflage (2021), § 19 AGG Rn. 17 f., der die Definition zirkelschlüssig nennt.

¹⁴ So auch die Anmerkung von *Grüneberger*, NJW 2021, 2514.



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

RECHTSPRECHUNG

STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Bestimmung der Werthaltigkeit einer Forderung iRd. (räuberischen) Erpressung

Urteil vom 09. Juni 2021, Az.: 2 StR 13/20

1. Einen Vermögensschaden iSd. § 253 StGB erleidet nicht, wer auf die Geltendmachung einer wertlosen Forderung verzichtet.

2. Die Werthaltigkeit einer Forderung, deren Geltendmachung mit Nötigungsmitteln verhindert werden soll, bestimmt sich in erster Linie nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten.

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalt

A und der – gesondert verfolgte – B wollten nach einem gemeinsamen Diskobesuch den Heimweg antreten. B schlug daher vor, ein Taxi zu bestellen. A hatte zwar kein Bargeld mehr bei sich, ging aber davon aus, dass B das Entgelt für die Fahrt werde begleichen können. A und B ließen das geordnete Taxi, nachdem dieses ihren Heimatort erreicht hatte, vor der Feuerwache halten, von wo aus beide zu ihren jeweiligen Wohnungen laufen konnten. B verließ das Taxi ohne – wie von ihm von Anfang an beabsichtigt – den Fahrpreis iHv. 110 € zu bezahlen und entfernte sich. A folgte B zögerlich in der Erwartung, B werde die Vergütung noch erbringen. Taxifahrer C holte A alsbald ein, woraufhin A, der um die auch in seiner Person bestehende Verpflichtung gegenüber C wusste, mitteilte, er habe kein Geld, könne ihm, C, aber seinen Personalausweis zur Sicherung einer späteren Zahlung anbieten. Nachdem C dies abgelehnt hatte, kam es zu einem Gerangel zwischen A und C, an dessen Ende A sich losreißen konnte. C begann nun, mittels seines Mobiltelefons mit der Polizei zu telefonieren, woraufhin A sich in Richtung der Wohnung des B entfernte. C folgte dem A im Abstand von einigen Metern, bis A schließlich vor der Wohnung des B auf diesen (den B) traf. A forderte sodann B mit Blick auf den noch immer anwesenden und weiterhin mit der Polizei telefonierenden C auf: „Hol mal Stock! Den schlagen wir!“ B führte daraufhin eine Bewegung zu seinem Hosensack aus und sagte zu C: „Es reicht! Ich hole mein Messer!“ Zur Unterstreichung der Drohungen gingen A und B auf C zu, der sich ernsthaft in Gefahr wähnte und sich hinter einem parkenden Auto in Sicherheit brachte, was A und B wiederum zur Flucht nutzten.

Zum Zeitpunkt der Tat hatte der 25-jährige A nach einer Privatinsolvenz Schulden iHv. 4.000 bis 5000 €, lebte indes in einer eigenen Wohnung und arbeitete gelegentlich als Minijobber.

B) Verfahrensgang

Das Landgericht hat das Verhalten des A als räuberische Erpressung gewertet. Der Senat verwarf die dagegen gerichtete Revision des Angeklagten als unbegründet.

C) Die Entscheidung des Senates

I. Strafbarkeit wegen Betruges

(§ 263 StGB)

Der A könnte sich durch das Besteigen des Taxis – in Kenntnis seiner eigenen Zahlungsunfähigkeit – wegen Betruges gemäß § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Eine mögliche Betrugsstrafbarkeit scheidet – nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen – an der fehlenden subjektiven Tatseite. Der Senat geht auf einen Eingehungsbetrag freilich nur insoweit ein, als er feststellt, das Landgericht habe

„einen Eingehungsbetrag hinsichtlich der Taxifahrt [...] verneint, weil der Angekl. [A] davon ausgegangen sei, B werde die Taxifahrt bezahlen.“

Eine eigene rechtliche Würdigung diesbezüglich lässt der Senat in den Entscheidungsgründen dagegen vermissen. Besonders ergebig hätte diese, so wie Feststellungen zum Vorstellungsbild des A im Zeitpunkt des Besteigens des Taxis liegen, letztlich auch nicht ausfallen können: Wer davon ausgeht, dass die durch den Beförderungsvertrag begründete Forderung des Taxifahrers – wenn auch nur vom Mitfahrer – beglichen werden wird, geht nicht von einer von vornherein wertlosen Forderung des Beförderers aus, handelt mithin jedenfalls nicht mit Vorsatz hinsichtlich des Eintritts eines Vermögensschadens.¹

Eine Strafbarkeit wegen Betruges gemäß § 263 Abs. 1 StGB scheidet danach aus.

II. Strafbarkeit wegen räuberischer Erpressung

(§§ 253, 255 StGB)

Durch die Androhung, C mit einem Stock zu schlagen, sowie das nachfolgende Zugehen auf C könnte sich A wegen räuberischer Erpressung gemäß §§ 253 Abs. 1, 255 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

In der Drohung, C mit einem Stock zu schlagen, aber auch in dem nachfolgenden Zubewegen auf den – zuvor abermals von B

¹ Zum Schaden beim Eingehungsbetrag *Eisele*, BT II, 6. Aufl. (2021), Rn. 583 ff.; *Rengier*, BT I, 23. Aufl. (2021), § 13 Rn. 183 ff.

bedrohten – C liegt eine (bezüglich des Zugehens jedenfalls konkludente) Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben iSd. § 255 StGB.

Durch dieses Verhalten wurde C dazu veranlasst, die Entfernung von A (und B) zu dulden, womit ein Duldungserfolg iSd. § 253 Abs. 1 StGB vorliegt.

Folge des Nötigungserfolgs (hier in Gestalt der Duldung) muss stets der Eintritt eines Vermögensschadens sein. Dazu hält der Senat zunächst abstrakt fest:

„Eine [...] Erpressung (§ 253 StGB) kann auch dadurch begangen werden, dass der Täter das Tatopfer durch Drohung und Gewalt dazu veranlasst, auf die Geltendmachung einer Forderung zu verzichten.“

Indem C duldete, dass A und B sich entfernten, verzichtete er zugleich auf die (weitere) Geltendmachung seiner Forderung, sodass die vom Senat formulierten Anforderungen grundsätzlich (bereits) erfüllt sind. Indes hält der Senat mit Blick auf die den Gegenstand des Verzichts bildende Forderung weiter sowie konkretisierend fest:

„Voraussetzung für den Eintritt des vom Tatbestand vorausgesetzten Vermögensschadens ist in diesen Fällen, dass die Forderung werthaltig ist. Wer auf die Geltendmachung einer wertlosen, weil gänzlich uneinbringlichen Forderung verzichtet, erleidet dadurch keinen Vermögensschaden.“

Dh., dass nicht jedweder Verzicht auf die Geltendmachung einer Forderung den Eintritt eines Vermögensschadens begründet. Vielmehr sind werthaltige von wertlosen Forderungen zu unterscheiden; nur erstgenannte sorgen für das Eingreifen des Strafrechtsschutzes in Gestalt des § 253 StGB.

Hinweis

Darüber, dass die den Gegenstand des (abgenötigten) Verzichts bildende Forderung werthaltig sein muss, besteht in Rspr. und Literatur grundsätzlich Einigkeit.² Soweit diesbezüglich – auch in der vorliegenden Entscheidung – ein Gegensatz zu Teilen der Literatur behauptet wird, ist dies missverständlich. Kritik wird nämlich nicht an dem Erfordernis werthaltiger Forderung für sich genommen geübt, sondern an den Maßstäben, nach denen die Rspr. die Werthaltigkeit – jedenfalls mitunter – zu bestimmen sucht.³

Ausgehend von dieser Voraussetzung ist nun zu fragen, ob die (auch) gegenüber A begründete Forderung auf Entrichtung des Beförderungsentgelts infolge der prekären finanziellen Verhältnisse des A von vornherein wertlos war. Der Senat sieht dies – in Übereinstimmung mit dem Landgericht – *nicht* so und führt diesbezüglich aus:

² BGH NSTZ 2007, 95 (96); 2008, 627; Sander, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 253 Rn. 24.; Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 253 Rn. 8.

³ Vgl. etwa die Kritik bei Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 253 Rn. 8 (eine Forderung sei „nicht allein aufgrund der Vermögenslosigkeit

„Aufgrund der aus dem Beförderungsvertrag bestehenden, einredefreien Forderung kann der Geschädigte einen Titel erwirken, bei dem gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB erst 30 Jahre nach Rechtskraft Verjährung eintritt. Dass angesichts dieses langen Zeitraums nachträgliche Bemühungen des Geschädigten zur Vollstreckung seiner Forderung erfolgreich sein können, hat das Landgericht angesichts der von ihm festgestellten und gewürdigten persönlichen Lebensumstände und wirtschaftlichen Situation des zur Tatzeit 25 Jahre alten, nicht drogenabhängigen, über eine Wohnung verfügenden und arbeitsfähigen Angeklagten ohne Rechtsfehler angenommen.“

Nicht entscheidend sei dagegen, ob die zwangsweise Durchsetzung der Forderung (aktuell) rechtlich beschränkt ist:

„[...] die Pfändungsfreigrenzen für Arbeitseinkommen (§ 850c ZPO) [...] beschränken zwar die zwangsweise Durchsetzung der Forderung, doch bestimmt sich deren Wert in erster Linie nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten, die hier – wie vom Landgericht dargelegt – dafür sprechen, von der Werthaltigkeit jedenfalls eines Teils der Forderung auszugehen.“

Nachdem der Senat zunächst abstrakt festgestellt hat, dass zum Eintritt eines Vermögensschadens die den Gegenstand des (abgenötigten) Verzichts darstellende Forderung werthaltig sein muss, bejaht er – mit dem Landgericht – die Werthaltigkeit im konkreten Fall, sodass ein Vermögensschaden iSd. § 253 Abs. 1 StGB gegeben ist.

b) Subjektiver Tatbestand

A handelte auch vorsätzlich hinsichtlich sämtlicher Merkmale des objektiven Tatbestands. Zudem handelte er mit Bereicherungsabsicht, da ausreichend insoweit die Absicht ist, die eigene Vermögenslage insgesamt günstiger zu gestalten⁴; durch die mit Nötigungsmitteln bewirkte „Befreiung“ von einer Forderung ist das Vermögen auf der Passivseite weniger belastet.⁵

c) Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung und Vorsatz diesbezüglich

C hatte auch gegen A einen (fälligen) Anspruch aus dem Beförderungsvertrag, was A bekannt war. Er war – was ihm gleichfalls bekannt war – zur Abwehr der von C geltend gemachten Forderung unter keinem Gesichtspunkt berechtigt.

II. Rechtswidrigkeit

Die Androhung von körperlicher Gewalt mit dem Ziel, sich der von C – berechtigterweise – geltend gemachten Forderung zu entziehen, ist auch verwerflich iSd. § 253 Abs. 2 StGB.

Allgemeine Rechtfertigungsgründe greifen nicht ein.

III. Schuld

Schuldausschließungsgründe – seien es Schuldausschließungsgründe ieS. (§§ 19, 20 StGB) oder Entschuldigungsgründe (§§ 33, 35 StGB) – greifen ebenso wenig ein.

des Schuldners wertlos“). – Zum in der gegenständlichen Entscheidung auszumachenden (vorsichtigen) Wandel in der Rspr. vgl. die „Abschließenden Hinweise“.

⁴ Hefendehl, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 263 Rn. 881; Rengier, BT I, 23. Aufl. (2021), § 13 Rn. 237.

⁵ Zur Befreiung von einer Verbindlichkeit vgl. auch BGH NSTZ 1997, 431.

IV. Ergebnis

A hat sich durch sein Verhalten wegen räuberischer Erpressung gemäß §§ 253 Abs. 1, 255 StGB strafbar gemacht.

Abschließende Hinweise

Der Senat stellt in seine „in erster Linie nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten“ ausgerichtete Werthaltigkeitsbestimmung dezidiert *zukunftsbezogene Aspekte* mit ein, wenn auf das (noch junge) Lebensalter oder die grundsätzlich bestehende Arbeitsfähigkeit des Forderungschuldners abgestellt wird. Die (weitestgehende) Vermögenslosigkeit zum Zeitpunkt der Tat (und wohl auch in der näheren Zukunft) für sich genommen reicht damit zur Annahme einer wertlosen Forderung nicht aus. Darin liegt – wenngleich der Senat es so offenbar nicht verstanden wissen möchte – eine Abkehr von der Stoßrichtung früherer Entscheidungen, in denen derart weitreichende, die künftigen (wirtschaftlichen) Entfaltungsmöglichkeiten berücksichtigende Überlegungen nicht angestellt wurden.⁶ Vor eben diesem Hintergrund ist wohl auch der ausdrückliche Hinweis des Senats, nach dem der Angeklagte „nicht drogenabhängig“ sei, zu sehen, wodurch die Unterschiedlichkeit der (personenbezogenen) Umstände gegenüber früheren Entscheidungen⁷ hervorgehoben wird. Nichtsdestotrotz scheint sich hier eine gewisse Bewegung in der höchstrichterlichen Rspr. dahingehend abzuzeichnen, dass sich der Angeklagte nicht mehr schlicht durch Verweis auf (mehr oder minder) prekäre Lebensumstände als „untauglicher“ (weil vermögensloser) Forderungsschuldner und damit letztlich auch als „untauglicher“ Täter einer (räuberischen) Erpressung soll der verschärften strafrechtlichen Verantwortlichkeit entziehen können.⁸

Ass. iur. Dr. *Alexander Bechtel*

Akademischer Mitarbeiter

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und
Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und
Computerstrafrecht (Prof. Dr. Jörg Eisele)

Eberhard Karls Universität Tübingen

► Inhaltsverzeichnis

⁶ Vgl. insb. BGH NSTZ 2007, 95 (96).

⁷ Ibid.

⁸ Eine entsprechende Forderung findet sich auch bei *Grabow*, NSTZ 2010, 371 ff.

REZENSION

Literaturübersicht

Einführungen und Gesamtdarstellungen zum Zivilrecht und zum BGB

Gesamtdarstellungen zum und Einführungen in das Zivilrecht beziehungsweise das BGB erfreuen sich wachsender Beliebtheit. Sie eignen sich für Studenten der Anfangsemester in den Rechtswissenschaften ebenso wie Studenten an Verwaltungs- oder Fachhochschulen sowie auch Studenten anderer Fächer, bei welchen Rechtswissenschaft nur Nebenfach ist. Nicht ausreichend sind sie für die Vorbereitung auf das erste oder zweite Staatsexamen. Zwar existieren hierfür auch Darstellungen, die die Grenzen der einzelnen BGB-Disziplinen überschreiten, sie verfolgen aber eine völlig andere Zielsetzung als die hier behandelten Werke und setzen Kenntnisse im Zivilrecht voraus. Sie werden in dieser Literaturübersicht daher nicht behandelt. Bei den Gesamtdarstellungen zum Zivilrecht ist auch Aktualität nicht zwingend erforderlich, da sich die Grundlagen der BGB-Dogmatik in den letzten Jahren nicht verändert haben. Dennoch kann ein erhebliches Alter einer solchen Darstellung ein Makel sein.

Das Werk „*Bürgerliches Recht*“ von *Gisbert A. Kaiser*, erschienen im facultas Verlag (UTB) liegt nunmehr in der 12. Auflage (2009) vor. Es besticht durch eine sehr übersichtliche Darstellung. Nachteilig ist allerdings, dass es im System des BGB gegliedert ist und keine eigene didaktische Konzeption insoweit aufweist. Nachteilig ist auch sein Alter; auch wenn Aktualität nicht zwingend ist, so sind 12 Jahre doch kritisch. Überflüssig erscheint zudem, dass in den Fallbeispielen die Beteiligten besondere Namen erhalten, das bekannte Ersetzen dieser durch Buchstaben aus dem Alphabet dürfte Studenten nicht überfordern.

Ebenfalls ein in die Jahre gekommen und daher wenig geeignet ist der „*Grundkurs Zivilrecht*“ von *Eike Schmidt* und *Gerd Brüggemeier*, der in 7. Auflage im Luchterhand-Verlag erschienen ist. Es weist zwar eine gute didaktische Konzeption auf, das Layout ist allerdings eher unübersichtlich.

Das Buch „*Einführung in das bürgerliche Recht*“ von *Ulrich Eisenhardt*, erschienen ebenfalls im Verlag UTB, liegt in der 7. Auflage (2018) vor. Es überzeugt durch gute Beispiele, allerdings ist die Darstellung stellenweise sehr abstrakt und im Layout unübersichtlich und wenig ansprechend. Es orientiert sich ebenfalls am BGB-System und weist keine eigene didaktische Struktur auf.

Das Werk „*Bürgerliches Recht*“ von *Thomas Zerres*, erschienen im Springer-Verlag in der 9. Auflage (2018) enthält ebenfalls das für den Einstieg notwendige Wissen im BGB. Nachteilig macht sich allerdings sein Layout bemerkbar, die Buch enthält relativ wenige Untergliederungen. Es enthält auch im Vergleich zu den anderen besprochenen Werken relativ wenige Beispielfälle.

Das von *Michael Jaensch* verfasste Werk „*Grundzüge des bürgerlichen Rechts*“ ist beim Verlag C.F. Müller in 4. Auflage (2018) erschienen. Es besticht durch ein gutes Layout, eine übersichtliche Darstellung und viele Beispiele. Es orientiert sich allerdings

an der BGB-Systematik, was für den Einstieg in das Zivilrecht eher problematisch ist.

Das unter Jurastudenten weithin bekannte, von *Hans-Joachim Musielak* begründete und von *Wolfgang Hau* fortgeführte Werk „*Grundkurs BGB*“, das im Beck-Verlag erscheint, liegt nun in 16. Auflage (2019) vor. Es überzeugt durch eine übersichtliche Darstellung, viele Beispiele und eine gute, vom BGB-System unabhängige Systematik. Negativ ist allenfalls anzumerken, dass es teilweise auch für einen Grundkurs überflüssige Darstellungen enthält wie etwa den Meinungsstreit zur Eingriffskondition im Bereicherungsrecht zwischen Widerrechtlichkeitstheorie und Der Lehre vom Eingriff in den Zuweisungsgehalt, welcher für Verständnis und Falllösung nur eine geringe Relevanz hat (Rn.1042).

Ebenfalls weit verbreitet ist das von *Dieter Schwab* begründete und von *Martin Löhnig* fortgeführte Werk „*Einführung in das Zivilrecht*“, welches im Verlag C.F. Müller erscheint und mittlerweile in der 20. Auflage vorliegt. Es besticht ebenfalls durch eine eigenständige Systematik und weist ein übersichtliches Layout und viele graphische Übersichten auf. Es enthält allerdings wenige Fallbeispiele sowie viele theoretische Ausführungen, etwa „*Zivilrecht und politisches System*“ (Teil 1 Kap.3), womit es nur für diejenigen Studierenden geeignet ist, die eine grundlegende Durchdringung des Zivilrechts anstreben.

Ein Klassiker vor allem für Nebenfach-Studierende ist das Werk „*Einführung in das bürgerliche Recht*“ von *Eugen Klunzinger*, das in 17. Auflage vorliegt und im Verlag Vahlen erscheint. Seine Vorzüge liegen in einer übersichtlichen Darstellung, es enthält zudem viele und gute Übersichten und weist insgesamt eine klare und überzeugende Struktur auf. Nachteilig ist allerdings, dass es zwar viele Beispiele enthält, jedoch wenige Falllösungen, was seine Eignung für Jurastudenten ein wenig herabsetzt.

Prof. Dr. Christian F. Majer

Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht

Hochschule für öffentlicher Finanzen

Ludwigsburg

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
 Dr. Alexander Bechtel
 Prof. Dr. Sarah Bunk
 Richterin Dr. Caprice Doerbeck
 Dr. Pius O. Dolzer
 Jonas Eberhardt
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
 Nina Fischer, Maître en Droit (Marseille)
 RA Steffen Follner
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
 RR Dr. Christine Keilbach
 Prof. Dr. Christian F. Majer
 (*Schriftleiter*)
 Prof. Dr. Torsten Noak
 Marcus Nonn
 Ass. iur. Sascha Sebastian, M.mel.
 (*Stellvertretender Schriftleiter*)
 Julia Zaiser

Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e.V.
 c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
 Doblerstrasse 15
 D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:
 Prof. Dr. Christian F. Majer
 (*Vorsitzender*)
 Ass. iur. Sascha Sebastian, M.mel.
 (*Stellv. Vorsitzender*)
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
 (*Schatzmeister*)
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
 (*Ressortleiter Strafrecht*)
 Prof. Dr. Arne Pautsch
 (*Ressortleiter Öffentliches Recht*)

11. Jahrgang (2021)

ISSN 2195-044X

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
 StA Dr. Ralf Dietrich
 Prof. Dr. Jörg Eisele
 RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
 Prof. Dr. Volker Haas
 RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
 ELB Jochen Heinz
 ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
 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. Dominik Skauradszun
 RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
 MR Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
 Prof. Dr. Christian Traulsen
 RA Dr. Werner Walk
 RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
 RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
 MR a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>
 E-Mail: ▶ redaktion@zeitschrift-jse.de



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:
 ▶ CMS Hasche Sigle | ▶ Thümmel, Schütze & Partner | ▶ BRP Renaud & Partner

Beiträge in früheren Ausgaben

2/2021 <i>Nora Rzadkowski</i>	Längst überfällig: Die Revidierte Europäische Sozialcharta ist in Kraft getreten!
2/2021 <i>Michael Hippeli</i>	Netiquette im digitalen Lehrbetrieb
1/2021 <i>Michael Hippeli</i>	Struktur der strafprozessualen Verhandlungsunfähigkeit
1/2021 <i>Christian F. Majer/Arne Pautsch</i>	„Ugah, Ugah“ und die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis
4/2020 <i>Torsten Noak</i>	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger – und kein Ende!
4/2020 <i>Gesine Berthold</i>	Immunitätsausweise in Zeiten von Corona
3/2020 <i>Michael Hippeli</i>	Smart Contracts
3/2020 <i>Friederike Meurer</i>	Arbeitsrecht in Zeiten von Corona
2/2020 <i>Leonie Schmitt</i>	Diskriminierung durch Maschinelles Lernen
2/2020 <i>Matthias Müller</i>	Gemeinderatssitzungen per Video
1/2020 <i>Florian Außem</i>	Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus
1/2020 <i>Arne Pautsch</i>	Corona und Grundgesetz
4/2019 <i>Jonas Rohde</i>	Zwangshaft gegenüber Amtsträgern
3/2019 <i>Hans-Dieter Pfannenstiel/ Gordon von Miller</i>	Wölfe in Deutschland
2/2019 <i>Christian Knoth</i>	Fluggastrechte in der Europäischen Union
1/2019 <i>Arne Pautsch</i>	Geschlechterparität im Bundestag?
4/2018 <i>Michael Hippeli</i>	Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren
3/2018 <i>Christian F. Majer</i>	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung
2/2018 <i>Torsten Noak</i>	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger
2/2018 <i>Arne Pautsch</i>	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg
1/2018 <i>Antonia Braun</i>	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz
4/2017 <i>Arne Pautsch</i>	Die Wahlpflicht
4/2017 <i>Momme Buchholz/Helge Hölken/ Elisa Kuhne</i>	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung
3/2017 <i>Sascha Sebastian</i>	Die Inhaftierung "islamistischer Gefährder" als menschenrechtliches Problem
3/2017 <i>Benjamin Bungarten</i>	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers
2/2017 <i>Susanne Bertow</i>	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?
2/2017 <i>Markus Meißner/Philipp Fitzek</i>	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)

1/2017 <i>Tim P. Holler/Christoph J. Bender</i>	Der Ehebegriff als Methodenproblem
1/2017 <i>Torsten Noak</i>	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt
4/2016 <i>Philipp Tolga Mavituna</i>	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen
4/2016 <i>Markus Meißner</i>	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen
3/2016 <i>Sarah Bunk</i>	Ist Ämterpatronage strafbar?
2/2016 <i>Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst</i>	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?
1/2016 <i>Torsten Noak</i>	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben
4/2015 <i>Sascha Brüggemann</i>	Anonymität im Internet
3/2015 <i>Patrick Christian Otto</i>	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts
3/2015 <i>Christian F. Majer</i>	Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen
2/2015 <i>Simon Pschorr</i>	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle
2/2015 <i>Arne Pautsch</i>	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand
1/2015 <i>Christian Picker</i>	Das neue Mindestlohngesetz
4/2014 <i>Caprice Nina Doerbeck</i>	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?
4/2014 <i>Sascha Brüggemann</i>	Datenkrake NSA
3/2014 <i>Alexander Bechtel</i>	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
2/2014 <i>Christian F. Majer</i>	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung
2/2014 <i>Philipp K. Kauffmann</i>	In dubio pro – Selbstanzeige?
1/2014 <i>Andreas Lohbeck</i>	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?
4/2013 <i>Philipp Kauffmann</i>	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat
4/2013 <i>Stanyo Dinov</i>	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan
3/2013 <i>Sebastian Brüggemann</i>	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit
2/2013 <i>Joachim Renzikowski</i>	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.
1/2013 <i>Andreas Lohbeck</i>	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht
1/2013 <i>Hartmut Kilger/Christian F. Majer</i>	Die Ethik und die Rechtsanwälte

- 4/2012** | *Tobias Rist* Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
- 3/2012** | *Christian F. Majer* Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten
- 2/2012** | *Paul Popescu* Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
- 1/2012** | *Julius Forschner* Die Haftung von Ratingagenturen
- 1/2012** | *Nicolas Sonder* Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
- 1/2011** | *Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer* Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
- 1/2011** | *Werner Walk/Nils Wiese* Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –
Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter
▶ www.zeitschrift-jse.de.

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer review“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an redaktion@zeitschrift-jse.de. Unter ► <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen

ISSN 2195-044X



9 772195 044008