

HERAUSGEBER

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

Vereinsvorstand:

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

BEIRAT

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

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

AUS DEM INHALT

BEITRÄGE

Philipp Kauffmann

Die Bekämpfung des globalen Terrorismus –
Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat

Stanyo Dinov

Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa
und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan

KLAUSUREN

Joachim Renzikowski

Strafrecht: „Schwierige Familienverhältnisse“

Richard Bader

Zivilrecht: „Zwei Grundstücke und ein Todesfall“

RECHTSPRECHUNG

BVerfG

Waffengesetz und Schutzpflicht vor Amokläufen

BGH

Autokomplettierung von Suchanfragen

BGH

Straßenverkehrsgefährdung bei Trunkenheitsfahrt

Inhaltsverzeichnis

Beiträge

Philipp Kauffmann

Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze,
Strategien und Rechtsstaat

Seite ▶ 422

Stanyo Dinov

Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die
Finanzkrisen in Deutschland und Japan

Seite ▶ 438

Klausuren

Joachim Renzikowski

Examensklausur Strafrecht:
„Schwierige Familienverhältnisse“

Seite ▶ 455

Richard Bader

Hausarbeit Zivilrecht:
„Zwei Grundstücke und ein Todesfall“

Seite ▶ 470

Rechtsprechung Zivilrecht

Unterlassungsanspruch gegen Autokomplettierung von Suchanfragen
BGH, Urteil vom 14.05.2013 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 497

Winterräumdienst als Werkvertrag und AGB
BGH, Versäumnisurteil vom 06.06.2013 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 503

Die Rügeobliegenheit gemäß § 377 Abs. 1 HGB gilt auch für Rechtsmängel
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.12.2012 (*Steffen Follner*)

Seite ▶ 510

AGG – Diskriminierung eines Bewerbers – Aufwendungsersatz
BAG, Urteile vom 04.01.2013 und 12.03.2013 (*Nikolaus Polzer*) Seite ▶ 520

Rechtsprechung Strafrecht

„Crash-Kurs“ zu § 315c Abs. 1 StGB: Straßenverkehrsgefährdung bei
Trunkenheitsfahrt
BGH, Beschluss vom 04.12.2012 (*Guido Philipp Ernst*) Seite ▶ 536

Rechtsprechungsänderung: Zum Erfordernis eines Absatzerfolgs für eine
vollendete Hehlerei durch Absetzen
BGH, Beschluss vom 14.05.2013 (*Guido Philipp Ernst*) Seite ▶ 542

Rechtsprechung Öffentliches Recht

Das Waffengesetz und die staatliche Schutzpflicht vor Amokläufen
BVerfG, Entscheidung vom 23.01.2013 (*Moritz Stilz / Jonas Ludwig*) Seite ▶ 548

Zulässigkeit von Mobilfunkanlagen im Außenbereich
BVerwG, Urteil vom 20.06.2013 (*Jochen Heinz*) Seite ▶ 554

Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 28.05.2013 (*Jochen Heinz*) Seite ▶ 561

Editorial

„Jura“, „Zeitschrift“, „Download“ und „Tübingen“ sind einige der Stichwörter, die den Nutzern automatisch als Ergänzungen vorgeschlagen werden, wenn sie das Kürzel der Zeitschrift Jura Studium & Examen in eine bekannte Suchmaschine eingeben. Manch anderen Zeitgenossen erwischt es mit „Scientology“ und „Betrug“ hinter seinem Namen dagegen weit weniger schmeichelhaft. Mit der Frage, ob derartige Vorschläge im Rahmen der Autokomplettierung von Suchanfragen Persönlichkeitsrechte verletzen und einen Unterlassungsanspruch begründen können, hat sich der BGH befasst und dazu ein Urteil gefällt. Diese und acht weitere Entscheidungen verschiedener Gerichte aus dem Zivilrecht, Strafrecht und Öffentlichem Recht werden in der vorliegenden Ausgabe der JSE vorgestellt und ausführlich besprochen.

Ihrem Anspruch, sich mit Fragen von aktueller politischer Bedeutung zu befassen, wird die JSE in ihrem Beitragsteil diesmal in besonderem Maße gerecht. Die beiden Arbeiten behandeln zwei der ganz großen Themen unserer Zeit: den globalen Terrorismus und die Eurokrise. KAUFFMANN untersucht in seinem Aufsatz die europäischen und internationalen Regularien zur Terrorismusbekämpfung sowie deren Implementierung im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht im weltweiten Vergleich. Der Beitrag von DINOVI befasst sich mit der Finanz- und Schuldenkrise, die Deutschland und Europa seit Jahren in Atem hält, und unterzieht die Gegenmaßnahmen von Gesetzgebern und Regierungen ebenfalls einem internationalen Vergleich, nämlich dem mit Japan. Politisch interessierte Leser sowie Freunde der funktionalen Rechtsvergleichung werden bei der Lektüre auf ihre Kosten kommen.

In der Examensklausur von RENZIKOWSKI geht es um einen tragischen Fall einer tödlichen Kindesmisshandlung durch einen Stiefvater und die strafrechtliche Verantwortung von Täter, Kindsmutter und Sozialarbeiter. Ebenfalls zur Lösung unter Examensbedingungen empfohlen wird die Hausarbeit von BADER aus dem Bereich des Zivilrechts. Sie behandelt ein komplexes Bürgschaftsverhältnis im Rahmen eines Hypothekengeschäfts, in das zusätzlich familien- und erbrechtliche Aspekte hineinspielen.

Prof. Dr. Christian F. Majer
Schriftleiter

Philipp Louis
Stellvertretender Schriftleiter

Zeitschrift Jura Studium & Examen

Dr. Philipp Kauffmann*

Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat

Der Bombenanschlag in Boston¹ hat die spezifische Mischung allgemeiner Beunruhigung über den weltweiten Terrorismus auch in Deutschland neu aufgewirbelt und zu einer Sicherheitsdebatte innerhalb der Bevölkerung und der Politik geführt.² Obwohl Deutschland von Anschlägen wie in Boston bislang verschont geblieben ist, scheint es nur eine Frage der Zeit zu sein, wann etwas passieren wird.³ Dies liegt nicht zuletzt an der Erkenntnis, dass die Bedrohung zunehmend von terroristischen Einzeltätern und Kleinstgruppierungen ausgeht. Statt großer Organisationen werden Deutschland und Europa von terroristischen Einzeltätern radi-

kalisiert,⁴ deren Erfassung aufgrund fehlender Verflechtungen mit terroristischen Organisationen nur schwerlich gelingt. Dieses Phänomen hat nunmehr auch der Verfassungsschutz erkannt und mit Blick auf die Sicherheitslage in Deutschland vor der unverändert hohen Gefährdungslage gewarnt.⁵ Denn wie die Beispiele Anders Breivik, Beate Zschäpe oder auch Arid Uka⁶ zeigen, scheinen terroristische Einzeltäter und fanatische Extremisten teilweise miteinander zu verschmelzen und gleichzeitig vom Rechtsstaat unbemerkt zu bleiben.⁷

Der vorliegende Beitrag behandelt daher die Fragen nach bestehenden europäischen (Teil I) und internationalen Regularien (Teil II) im Kampf gegen den globalen Terrorismus und deren Implementierung in der Bundesrepublik Deutschland im Überblick. Sodann stellt sich die Frage, inwieweit der deutsche Gesetzgeber auf die wachsende Be-

* Der Autor ist Rechtsanwalt im Fachbereich Wirtschaftsstrafrecht bei Kullen Müller Zinser in Sindelfingen.

¹ Nach den jüngsten Terrorwarnungen im November 2010 geht die Debatte um schärfere Sicherheitsgesetze weiter. So werden entsprechende Forderungen laut, unter anderem die Vorratsdatenspeicherung wieder einzuführen; zu den aktuellen Terrorbedrohungen vgl. „Boston-Bomber lösen deutsche Sicherheitsdebatte aus“, ▶ www.handelsblatt.de vom 14.04.2013.

² So etwa die Forderung nach einer Aufstockung des Etats für Videoüberwachung in Deutschland: „Debatte über Videoüberwachung“, ▶ www.sueddeutsche.de vom 22.04.2013.

³ „Die Furcht vor Einzeltätern“, ▶ www.abendblatt.de vom 20.04.2013.

⁴ So der Bundesinnenminister Hans-Peter Friedrich in einem Interview mit Spiegel Online vom 25.04.2013, abrufbar unter ▶ http://www.focus.de/politik/deutschland/innere-sicherheit-nach-boston-anschlag-warnt-friedrich-vor-terror-einzeltaetern_aid_971192.html.

⁵ Vgl. die Aussagen des Präsidenten des Bundesamts für Verfassungsschutz Hans-Georg Maaßen vom 28.04.2013, abrufbar unter ▶ <http://www.verfassungsschutz.de/print/de/oeffentlichkeitsarbeit/interviews/int-2013-04-28-welt-online>.

⁶ Arid Uka hatte am 02.03.2011 auf dem Flughafen Frankfurt zwei US-Soldaten erschossen und zwei weitere schwer verletzt, vgl. Pressemitteilung des Generalbundesanwalts Nr. 9/2011 vom 04.03.2011.

⁷ So genannte „Einsame-Wolf-Terroristen“, vgl. auch ▶ <http://www.theeuropean.de/florian-hartleb/11876-terroristische-einzeltaeter.html> vom 05.08.2012.

drohung reagiert hat (Teil III) und zu welchem Erfolg die Normansätze geführt haben (Teil IV).

I. Terrorismusbekämpfung in Europa

Besonders auf europäischer Ebene hat die zunehmende Globalisierung des Terrorismus zu verschiedenen Reformansätzen geführt.⁸ Bereits 1988 hatte der Europäische Rat ein Europäisches Justizielles Netz, das so genannte EJN, zur Bekämpfung terroristischer

Handlungen errichtet.⁹ Bedingt durch die stetige Zunahme terroristischer Gruppierungen wurde die Kompetenz des Justizuellen Netzes zehn Jahre später deutlich erweitert, wonach speziell die Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union im Vordergrund stand.¹⁰ Angesichts der sich überschlagenden Ereignisse vom 11. September 2001 setzte sich allerdings auch bei dem Europäischen Rat die Erkenntnis durch, dass die zunehmende Veränderung terroristischer Strukturen neuer Maßnahmen bedurfte.¹¹ In kürzester Zeit wurden folglich mehrere Terrorismusbekämpfungsstrategien vorangetrieben.¹² Nicht zuletzt die Einrichtung des „Eurojust“ als Schaltzentrale des Europäischen Rats sollte zur Eindämmung des Terrorismus beitragen. Erheblichen Einfluss auf Europa

⁸ Vgl. beispielsweise zur Rechtslage in den USA: *Federle*, ZStW 110 (1998), 767-795, der einen Überblick zu dem in den USA zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität eingeführten „Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act“ der USA (RICO) gibt und zudem der Frage nachgeht, ob dieses Gesetz auf das deutsche Recht übertragbar ist; dazu ferner *Pallasky*, DuD 2002, 221-225, dessen Beitrag die in den USA vorgenommenen Änderungen im Bereich der Überwachungsbefugnisse US-amerikanischer Behörden durch den „Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001“ (USA PATRIOT ACT) beschreibt. In Großbritannien bildet das Kernstück der Anti-Terror-Gesetze der „Terrorism Act“ von 2000. Nach dem Anschlag vom 11. September 2001 wurden im selben Jahr im „Anti-Terrorism, Crime and Security Act“ weitere Maßnahmen ergriffen, die 2005 durch den „Prevention of Terrorism Act“ noch erweitert wurden. Zusätzlich hat die Regierung als Antwort auf die Bombenanschläge von London im März 2006 einen weiteren „Terrorism Act“ verabschiedet. In Italien wurde 2005 ein neues Anti-Terror-Gesetz verabschiedet. Es ermöglicht den Einsatz von Spezialeinheiten, um geplante Terroranschläge aufzudecken. Die französische Regierung hat seit 2001 zusätzliche Gesetze verabschiedet, die die Verfolgung von Terroristen erleichtern und mit mehr als 33 Artikeln die Anwendung von Überwachungstechniken regeln und Geldquellen von Terroristen austrocknen sollen. Vgl. zu den Anti-Terror-Paketen der EU von *Bubnoff*, NJW 2002, 2672 ff.

⁹ ABl. C 26, 22 vom 30.01.1999. Vgl. als weitere Maßnahme die Empfehlung des Rates betreffend die Bekämpfung der Finanzierung von terroristischen Gruppierungen, ABl. C 373, S. 1 vom 23.12.1999.

¹⁰ ABl. EG L 351 vom 29.12.1998, S. 1. Vgl. ferner den gemeinsamen Standpunkt vom 29.03.1999, der vom Rat aufgrund von Artikel K.3 des Vertrages über die Europäische Union festgelegt wurde – über das geplante Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die organisierte Kriminalität (1999/235/JI), ABl. EG L 087, S. 1.

¹¹ Vgl. den 64 Seiten umfassenden „Aktionsplan zur Terrorismusbekämpfung“, der darauf ausgerichtet war, insbesondere die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit voranzutreiben, dazu ausführlich die Schlussfolgerungen des Vorsitzes der Sondertagung des Europäischen Rates von Brüssel am 21.09.2001, Rats-Dokument Nr. SN 140/01.

¹² Z. B. Verordnung über spezifische, gegen bestimmte Personen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus, ABl. EG Nr. L 344, S. 70; zuletzt geändert durch Beschluss des Rates 2007/445 vom 28.06.2007, ABl. Nr. L 169, S. 58.

und das nationale Recht hatten jedoch die Vorgaben zweier Rahmenbeschlüsse, die im Folgenden dargestellt werden.

1. Der Rahmenbeschluss zur Erfassung terroristischer Vereinigungen

Zunächst stellt der Rahmenbeschluss des Rates vom 13.06.2002 zur Terrorismusbekämpfung das Kernstück der Bekämpfung terroristischer Organisationen auf europäischer Ebene dar.¹³ Zwar handelt es sich bei diesem Rahmenbeschluss nicht um die einzige europäische Maßnahme zur Terrorismusbekämpfung, sonstige Maßnahmen hatten allerdings nicht annähernd eine solche Auswirkung auf die nationale Gesetzgebung. Essentiell waren die einschneidenden Veränderungen hinsichtlich der Neugestaltung des § 129a StGB und somit der strafrechtlichen Erfassung der Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung. Die Vielfältigkeit terroristischer Handlungen durch Organisationen wie Al Qaida sollte durch eine Erweiterung des Straftatenkatalogs des § 129a StGB sowie der Einfügung neuer subjektiver und objektiver Tatbestandsmerkmale erfasst werden. Durch die Einfügung des § 129b StGB¹⁴ wurde zudem die Strafanwendung des § 129a StGB vergrößert, indem auch Auslandssachverhalte mit deutschem Bezug nunmehr strafrechtlich erfasst wurden. Bemerkenswert ist zugleich, dass

sich in Art. 2 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses erstmals eine Definition des Begriffs „Terrorismus“ in seiner adjektivischen Form „terroristische Vereinigung“ findet, die in § 129a StGB übernommen wurde.¹⁵

2. Die Bekämpfung terroristischer Einzeltäter

Trotz der geänderten Fassung des § 129a StGB und der Einfügung des § 129b StGB sah die EG-Kommission bei der Bekämpfung des Terrorismus in Europa weiterhin erhebliche Defizite. Dies lag zum einen daran, dass der Rahmenbeschluss durch die Mitgliedsstaaten nur unzureichend umgesetzt wurde.¹⁶ Zum anderen musste auf die neue Fülle an Informations- und Kommunikationstechnologien reagiert werden, die zu einer Veränderung und gleichfalls Globalisierung des Terrorismus führte. Insbesondere die Verwendung des Internets verstärkt zunehmend den Radikalisierungs- und Rekrutierungsprozess und dient (potenziellen) Terroristen nach wie vor als „virtuelle Trainingscamps“.¹⁷ Durch die Möglichkeit, terroristische Propaganda im Internet zu verbreiten, wird ferner die Indok-

¹³ ABl. EG Nr. L 164, S. 3 vom 22.06.2002; EU-Dok.-Nr. 3 2002 F 0475.

¹⁴ Schon vor der Umsetzung war § 129b StGB durch das 34. StrÄndG vom 22.08.2002 (BGBl. I 3390) eingeführt worden.

¹⁵ Vgl. *Kauffmann*, Auslegung des Begriffs Terrorismus im Lichte des GVVG, Jura 2011, 257 ff.

¹⁶ Vgl. Ratsdokument 11687/2/04 REV, DROIPEN 40 vom 12.10.2004. Die Kommission forderte insbesondere diejenigen Mitgliedsstaaten, bei denen hinsichtlich der Umsetzung noch Handlungsbedarf bestand (dies galt auch für die Bundesrepublik), auf, für die rasche und vollständige Umsetzung des Rahmenbeschlusses in das innerstaatliche Recht Sorge zu tragen, die Kommission unverzüglich zu unterrichten und ihr als Nachweis hierüber den Wortlaut der einschlägigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu übermitteln.

trinierung von Personen erzielt und Sympathisanten terroristischer Aktivitäten gewonnen. Der Nachweis der Zugehörigkeit zu einer terroristischen Vereinigung ist dabei immer schwieriger zu erbringen. Vielmehr scheinen sich die „Schläfer“ selber via Internet und soziale Medien zu radikalisieren und Anschläge professionell vorzubereiten.

Die Abkehr von organisierten Terrornetzwerken hin zu individuell operierenden terroristischen Einzeltätern erkannte auch der Europäische Rat.¹⁸ Aus diesem Grund wurde der ursprüngliche Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung von 2002 geändert und ergänzt.¹⁹ Neue Straftatbestände²⁰ zur Aufforderung terroristischer Straftaten (Art. 3 Abs. 2 lit. a RB) sowie zur Anwerbung (Art. 3 Abs. 2 lit. b RB) und Ausbildung von Personen (Art. 3 Abs. 2 lit. c RB) für terroristische Zwecke sollten als eigenständige terroristi-

sche Straftaten definiert werden: „Auf der Konferenz vom 20. März 2007 bestätigte sich, dass für eine Änderung des Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung durch die Aufnahme neuer Straftatbestände [...] eine ausreichende Unterstützung vorhanden ist, soweit die Kriminalisierung nicht über das im Europaratsübereinkommen zur Terrorismusverhütung festgelegte Maß hinausgeht.“²¹

Der entsprechende Rahmenbeschluss wurde sodann zeitnah am 28.11.2008 erlassen.²² Auf völkerrechtlicher Ebene legt dieser erstmals verbindliche Begriffe wie „terroristische Vereinigung“, „terroristische Straftaten“ oder „Ausbildung für terroristische Zwecke“ fest. Der Begriff „öffentliche Aufforderung zur Begehung einer terroristischen Straftat“ ist dabei in Art. 3 Abs. 1 lit. a RB geregelt und bedeutet

- das öffentliche Verbreiten oder sonstiger öffentliche Zugänglichmachen einer Botschaft
- mit dem Vorsatz, zur Begehung einer unter Artikel 1 Absatz 1 Buchstaben a

¹⁷ Vgl. KOM (2007) 650 endg., S. 2; beachte insbesondere die heutigen Salafisten, die über das Internet neue Anhänger rekrutieren, ▶ www.spiegel.de vom 10.05.2012.

¹⁸ Vgl. den Europol-Trendreport unter ▶ www.europol.europa.eu, S. 20 ff., 38.

¹⁹ KOM (2007) 650 endg.: Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung – vorgelegt von der Kommission. Zum Beratungsergebnis des Rates vgl. Ratsdok. 8707/08; ferner auch BR-Drs. 825/07, BT-Drs. 16/7769.

²⁰ Gemäß Art. 34 Abs. 2 lit. b EUV dienen Rahmenbeschlüsse nur der Rechtsangleichung. Somit sollte klar sein, dass es sich bei den im Rahmenbeschluss 2008/919/JI aufgezählten Verhaltensweisen nicht um „echte“ Straftatbestände, sondern um reine Vorgaben zur Umsetzung an die Mitgliedsstaaten handelt. Wird daher im Folgenden von „Straftatbeständen“ gesprochen, so ist dies in einem „untechnischen“ Sinn zu verstehen.

²¹ Am 20. März kamen auf einer Konferenz Vertreter der Mitgliedsstaaten, von Europol sowie Eurojust und Cepol zusammen, um die Ergebnisse aus drei Fragebögen zu erörtern, die im Jahre 2006 jeweils an die Mitgliedsstaaten (26.06.2006), an die Medien, an betroffene Wirtschaftszweige und die Zivilgesellschaft (20.11.2006) sowie an Europol, Cepol und Eurojust (11.12.2006) ausgegeben wurde.

²² Rahmenbeschluss 2008/919/JI des Rates; Amtsblatt der Europäischen Union L 330/21 vom 09.12.2008. Zur kritischen Würdigung des Rahmenbeschlusses, vgl. nur *Zimmermann*, ZIS 2009, 1-10.

bis h aufgeführten Straftat anzustiften,

- wenn dieses Verhalten unabhängig davon, ob dabei terroristische Straftaten unmittelbar befürwortet werden, eine Gefahr begründet, dass eine oder mehrere solcher Straftaten begangen werden könnten.

Im Hinblick auf die strafrechtliche Erfassung terroristischer Einzeltäter – wie etwa den Brüdern aus Boston – stellt die Strafbarkeit der „Ausbildung zu terroristischen Zwecken“ in Art. 3 Abs. 1 lit. c RB die wesentliche Erneuerung dar. Danach bezeichnet der Begriff „Ausbildung zu terroristischen Zwecken“

- die Unterweisung in der Herstellung oder im Gebrauch von Sprengstoffen, Feuer- oder sonstigen Waffen oder schädlichen oder gefährlichen Stoffen oder die Unterweisung in anderen spezifischen Methoden oder Verfahren
- mit dem Ziel der Begehung einer unter Artikel 1 Absatz 1 Buchstaben a bis h aufgeführten Straftat
- in Kenntnis der Tatsache, dass die vermittelten Fähigkeiten für diesen Zweck eingesetzt werden sollen.

3. Das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus

Bereits im Vorfeld des Rahmenbeschlusses 2008/919/JI hatte der Europarat signalisiert, im Kampf gegen den Terrorismus neue völkerrechtliche Instrumente zur Verfügung zu stellen. Diesbezüglich beschloss das Ministerkomitee bereits am 08.11.2001, eine „multi-disziplinäre Arbeitsgruppe Terrorismus“ einzurichten. Ihre Hauptaufgabe bestand darin, durch Erarbeitung eines Zusatzprotokolls²³ die Terrorismuskonvention aus dem Jahre 1977²⁴ in jeglichen Belangen zu aktualisieren.²⁵ Relevant für die Entwicklung auf nationaler Ebene ist jedoch die bei einem Gipfel der Staats- und Regierungschefs in Warschau am 16.05.2005 vom Europarat beschlossene Konvention zur Verhütung des Terrorismus,²⁶ die – ähnlich wie der Rahmenbeschluss 2008/919/JI – die Ausbildung für terroristische Zwecke unter Strafe stellte

²³ Protokoll zur Änderung des Europäischen Übereinkommens zur Bekämpfung des Terrorismus, SEV-Nr. 190. Trotz Beschlusses vom 13.02.2003 und Unterzeichnung seitens der Bundesrepublik Deutschland vom 15.05.2003 blieb das Protokoll aufgrund fehlender Ratifizierung aller Unterzeichnerstaaten bislang (und wohl noch auf Weiteres) wirkungslos.

²⁴ SEV-Nr. 90, in Kraft getreten am 04.08.1978.

²⁵ Vgl. Mitteilung des Auswärtigen Amtes „Der Europarat und die Bekämpfung des internationalen Terrorismus“ vom 21.09.2009.

²⁶ SEV Nr. 196, in Kraft getreten am 01.06.2006. Deutschland hat dieses Übereinkommen am 24.10.2006 unterzeichnet. Auf dieses Übereinkommen wird in dem Rahmenbeschlussvorschlag vom 06.11.2007, KOM (2007) 650 endg., S. 4, und in dem Interinstitutionellen Dossier des Rates der Europäischen Union 2007/0236 (CNS) vom 23.04.2008, Anlage, S. 4, ausdrücklich Bezug genommen.

und so im Vorfeld auch terroristische Einzeltäter erfassen sollte. In Artikel 7 des Übereinkommens heißt es dazu: „Im Sinne dieses Übereinkommens bedeutet ‚Ausbildung für terroristische Zwecke‘ die Unterweisung in der Herstellung oder im Gebrauch von Sprengstoffen, Feuer- oder sonstigen Waffen oder schädlichen oder gefährlichen Stoffen oder die Unterweisung in anderen spezifischen Methoden oder Verfahren mit dem Ziel, eine terroristische Straftat zu begehen oder zu deren Begehung beizutragen, in Kenntnis der Tatsache, dass die vermittelten Fähigkeiten für diesen Zweck eingesetzt werden sollen. Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen Maßnahmen, um die Ausbildung für terroristische Zwecke im Sinne des Absatzes 1, wenn sie rechtswidrig und vorsätzlich begangen wird, nach ihrem innerstaatlichen Recht als Straftat zu umschreiben.“

4. Ausblick

Trotz der Kritik des Europarats haben nur wenige Mitgliedsstaaten den Rahmenbeschlusses bislang umgesetzt. Die letzte Implementierung erfolgte bis dato im österreichischen Strafgesetzbuch. Im Wege des Ter-

rorismuspräventionsgesetzes von 2010²⁷ wurde das österreichische StGB um die Vorschriften §§ 278e, 278f und § 282a ergänzt. Diese erfassen einerseits die Ausbildung für terroristische Zwecke und die Anleitung zur Begehung einer terroristischen Straftat als strafwürdige Handlungen, andererseits stellen sie die Aufforderung zu terroristischen Straftaten unter Strafe.

Der Grund für die bislang unzulängliche Umsetzung durch die Mitgliedsstaaten basiert allerdings nicht auf dem Unvermögen der einzelnen Mitgliedsstaaten, sondern auf den Implikationen, die die Erfassung terroristischer Einzeltäter selbst mit sich bringt. Zum einen wurde davon ausgegangen, dass mit der Berücksichtigung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus die neue Gesetzgebung auch mit dem Rahmenbeschluss vereinbar sei. Zum anderen liegt es an der Umschreibung der inkriminierten Informationen im neuen Art. 3 Abs. 1 lit. c RB. Die „Begriffsbestimmungen“, wonach die Ausbildungsvariante auch die „Unterweisung im Gebrauch von [...] gefährlichen Stoffen“ oder in „spezifischen Metho-

²⁷ Vgl. Ministerialentwurf – Vorblatt 119/ME (XXI-V.GP); Begleitschreiben des BMJ, BMJ-L 318.028/0001-II 1/2009; ebenso die Stellungnahmen zum Ministerialentwurf 1-61/SN-119/ME; zum Stand der parlamentarischen Gesetzgebung: Stenographisches Protokoll der 60. Sitzung des Nationalrats der Republik Österreich (XXIV.GP) vom 21.04.2010; Stenographisches Protokoll der 61. Sitzung des Nationalrats der Republik Österreich (XXIV.GP) vom 21.04.2010; Mitteilung des Parlaments, Korrespondenz Nr. 303/2010 vom 29.04.2010.

den oder Verfahren“ erfassen soll, solange sie nur auf die Ausführung einer terroristischen Tat gerichtet seien, geben den Mitgliedsstaaten kaum einen Anhaltspunkt dafür, wie weit ihre Verpflichtung zur Schaffung entsprechender Straftatbestände reicht.²⁸ Obwohl der Rahmenbeschluss nur zur Schaffung weitreichender Vorfeldkriminalisierung verpflichtet, ist es dennoch wie bei Fällen in Boston von Bedeutung, gründlichere Vorgaben an die Hand zu geben. Da der Rahmenbeschluss solche nicht liefern kann, ist er das beste Beispiel dafür, „welche Schwierigkeiten es bereiten kann, für alle Amtssprachen der EU eine stimmige Fassung eines Rechtsaktes zu erarbeiten“, die einheitlich umgesetzt werden kann.²⁹

II. Vergleich zur internationalen Terrorismus-Gesetzgebung

Neben den Vorgaben der EU-Rahmenbeschlüsse lassen sich jedoch auch auf außer-europäischer Ebene internationale Vorbilder für die Strafbarkeit terroristischer Einzeltäter finden. Zu nennen sind etwa das bereits 2006 in Kraft getretene britische „Terrorism Act“,³⁰ das US-amerikanische Federal Crimes U. S. Code §§ 2339 A bis 2339 D³¹ sowie Section 102.5 (1) des australischen Strafgesetzbuchs.³²

Allen gesetzgeberischen Regelungen ist gemeinsam, dass sie die „Ausbildung für terroristische Zwecke“ unter Strafe stellen. So erfasst das britische Terrorism Act 2006 in Chapter 11 unter Part 1 Section 5 bis 8 Regelungen über die Vorbereitung terroristischer Handlungen sowie die Ausbildung von Terroristen. Besonders Section 6 und 8 ähneln dabei der Normierung des § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB.³³ Die angesprochene Relevanz des amerikanischen Federal Crimes U. S. Code für das GVVG ergibt sich im Wesentlichen aus der Norm § 2339 D. Darin wird die Handlung einer Person unter Strafe gestellt, die sich im Wissen um den Status einer terroristischen Vereinigung in militärischen Strategien und Kampfmethoden ausbilden lässt.³⁴ Innerhalb des australischen Strafgesetzbuchs stellt sich Section 102.5 (1) in seiner Strafan-

²⁸ Zimmermann, ZIS 2009, 5.

²⁹ Vgl. Zimmermann, ZIS 2009, 6.

³⁰ Der Terrorism Act 2006, der durch den Entwurf vom 07.07.2005 am 12.10.2005 eingeführt wurde, ist am 30. März durch das „Royal Assent“ in Kraft getreten; vgl. dazu Jones/Bowers/Lodge, Blackstone's Guide to the Terrorism Act 2006.

³¹ § 2339A „Providing material support to terrorists“; § 2339B „Providing material support or resources to designated foreign terrorist organizations“; § 2339C „Provisions against the financing of terrorism“; § 2339D „Receiving military-type training from a foreign terrorist organization“.

³² Einen ausführlichen rechtsvergleichenden Überblick zwischen dem australischen Terrorismusstrafrecht und den strafrechtlichen Regelungen in GB, USA, Canada und Neuseeland sowie Südafrika findet sich bei MacDonald/Williams, Griffith Law Review 16 (2007), 27 ff.

³³ Chapter 11 Section 2 (1) lautet: „A person commits an offence if (a) he provides instructions or training in any way of the skills mentioned in subsection (3) and (b) at the time he provides the instruction or training, he knows that a person receiving it intends to use the skills in which he is being instructed or trained [...]. (2) A person commits an offence if (a) he receives instruction or training in any of the skills mentioned in subsection (3) and (b) at the time of the instruction or training, he intends to use the skills in which is being instructed or trained [...]“.

drohung zu sämtlichen anderen Regelungen deutlich distanzierend dar: Wer sich dort in Ausbildungslagern von terroristischen Organisationen unterweisen lässt oder selber andere Personen unterweist, kann mit einem Strafmaß von bis zu 25 Jahren bestraft werden.³⁵

Die aufgezeigten Kodifizierungen veranschaulichen, dass die Angst vor terroristischen Anschlägen nicht nur in Deutschland Rechtsentwicklungen in Gang gesetzt und möglicherweise zu grundlegenden Veränderungen in den einzelnen Rechtsstaaten geführt hat. Die exorbitant hohe Strafandrohung des australischen Section 102.5 (1) verdeutlicht geradewegs die im internationalen Raum fortschreitende Tendenz, bei der Bekämpfung des Terrorismus „mit harten Bandagen zu kämpfen“. Insofern reiht sich das GVVG seinem Inhalt nach – jedenfalls auf außereuropäischer Ebene – in eine Reihe gesetzgeberischer Regelungen ein.

³⁴ § 2339D (a) lautet: „Whoever knowingly receives military-type training from or on behalf of any organization designated at the time of the training by the Secretary of State [...] as a foreign terrorist organization shall be fined under this title or imprisoned for ten years, or both.“

³⁵ Section 102.5 (1) lautet: “A person commits an offence if (a) the person [...] provides training [...] and (b) the organization is a terrorist organization and (c) the person is reckless as to whether the organization is a terrorist organization (penalty: 25 years).“

III. Die Erfassung terroristischer Einzeltäter durch das GVVG

1. Einführung

Die wachsende Furcht vor fanatischen Einzeltätern war es einerseits, die den Grundstein für eine gesetzliche Neuregelung auf nationaler Ebene legte. Denn die Strafbarkeit von Terrorkommandos sowie terroristischen Organisationen, die auf Helfer, Logistik und Fahrzeuge angewiesen sind, ist durch §§ 129a, 129b StGB ausreichend normiert.³⁶ Zudem hinterlassen solche Gruppierungen ausreichend Spuren, die mittels der gängigen StPO oder BKA-Gesetze ermittelt werden können. Anders ist dies jedoch bei Tätern wie Arid Uka: „Wer zu Hause [...] Propagandavideos schaut, sich mehr und mehr abschottet und mit Anschlagplanungen beginnt, ist schwer zu entdecken.“³⁷ Deshalb wurde anhand eines Evaluierungsberichts³⁸ zum Terrorismusbekämpfungsgesetz geprüft, inwieweit bzw. in welchem Umfang Änderungen des Strafrechts im Bereich der Terrorismusbekämpfung erforderlich sind: „Es ist eine zentrale Aufgabe des Staates, die Frei-

³⁶ Vgl. auch die Aussagen von Jörg Ziercke, Präsident des BKA, ▶ www.abendblatt.de vom 20.04.2013.

³⁷ So die Aussagen des Innenministers Friedrich nach dem Bombenanschlag von Boston, ▶ www.abendblatt.de vom 25.04.2013.

³⁸ Vgl. Bericht des Innenausschusses A-Drs. 15(4)218; ferner „Bundesregierung zieht positive Bilanz der Antiterrorgesetze“, ▶ www.heise.de vom 11.05.2005; weiterführend der Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen zur besseren Evaluierung der Anti-Terror-Gesetze, BT-Drs. 16/2072 vom 29.06.2006 und der FDP, BT-Drs. 16/2671 vom 21.09.2006.

heit und Sicherheit seiner Bürger zu schützen. Freiheit ist ohne Sicherheit nicht denkbar. Beide Werte müssen immer wieder neu – je nach den sich ändernden äußeren Bedingungen – ins Gleichgewicht zueinander gebracht werden. [...] In diesem Zusammenhang werden wir auch prüfen, in welchem Umfang Änderungen des Strafrechts – etwa im Hinblick auf die Sympathiewerbung für kriminelle oder terroristische Vereinigungen – erforderlich sind.³⁹ Tatsächlich sah sich das BMJ aber erst nach den Anschlägen auf die Regionalzüge in Koblenz und Dortmund sowie den vereitelten Terroranschlägen der Sauerland-Gruppe im September 2007 dazu veranlasst, die Eckpunkte der strafrechtlichen Regelungen zu erweitern und erstmalig die Vorbereitung von terroristischen Gewalttaten und die Anleitung zu solchen Taten unter Strafe zu stellen. Aktuelle Entwicklungen zeigen, dass besonders im Bereich des islamistischen Terrorismus vermehrt Reiseaktivitäten in arabische Länder zu verzeichnen sind, gleichzeitig aber auch das Internet eine zunehmende Rolle für Propaganda-Tätigkeiten als auch Vernetzung terroristischer Einzeltäter einnimmt: „Deutschland ist Teil eines weltweiten Gefahrenraums [...]. So bedauerlich diese Erkenntnis ist – sie ist – leider – ganz und gar nicht neu. Sie ist uns nur durch die jüngsten Ereignisse wieder deutlich in Erinnerung gerufen worden. Tatsache ist, dass wir [...] mit der Bedrohung durch

den [...] Terrorismus leben müssen. Seit dem 11. September 2001 arbeiten die Sicherheitsbehörden in unserem Land [...] mit großen Anstrengungen dafür, dass Anschläge in Deutschland auch künftig vermieden werden.“⁴⁰

Andererseits diene der damalige Gesetzesentwurf des GVVG (Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten) – wie oben bereits ausgeführt – der Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus vom 16.05.2005 sowie des hierauf basierenden Rahmenbeschlusses 2008/919/JI des Rates zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates zur Terrorismusbekämpfung.

2. Das Gesetzgebungsverfahren

Bereits der Entwurf der §§ 89a, 89b und 91 StGB wurde heftig kritisiert. Dabei lagen dem Gesetzgebungsverfahren drei Gesetzesinitiativen zugrunde. Den Anfang bildete der vom Bundesrat eingebrachte Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Aufenthalts in terroristischen Ausbildungslagern.⁴¹ Der Entwurf,⁴² welcher eine Verschärfung der Straf-

³⁹ „Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 11.11.2005, S. 116.

⁴⁰ So die frühere Bundesjustizministerin Zypries in einer Pressemitteilung des Bundesministerium der Justiz vom 18.09.2007, abgedruckt unter www.bmj.bund.de.

⁴¹ Vgl. BT-Drs. 16/7958 vom 30.01.2008.

⁴² Vgl. BR-Drs. 827/07, Beschluss vom 20.12.2007. Zur Plenardebatte der 840. Sitzung, vgl. BR-Plenarprotokoll 840, S. 443; siehe auch die Erläuterungen zur 856. Sitzung des Bundesrates am 06.03.2009, S. 19, BR-Drs. 69/1/09 vom 23.02.2009.

normen über die Mitgliedschaft oder Unterstützung terroristischer Vereinigungen gemäß §§ 129a und 129b StGB vorsah, wurde jedoch wegen seiner Unbestimmtheit verworfen.⁴³ Es fehlte eine deutliche Trennung zwischen terroristischen Organisationen und terroristischen Einzeltätern. Im Januar und März des Jahres 2009 legten daher die Fraktionen der CDU, CSU und SPD und die Bundesregierung einen inhaltsgleichen Entwurf im Bundestag vor,⁴⁴ der die Einführung der neuen §§ 89a, 89b und 91 StGB zum Ziel hatte. Die Entwürfe beinhalteten die Möglichkeit, die Vorbereitung von Gewalttaten organisatorisch nicht gebundener Terroristen strafrechtlich zu erfassen und das Vertrauen der Bürger in die Fähigkeit des Staates zur Gewährleistung der inneren Sicherheit zu stärken:⁴⁵ „Wir müssen [...] die Bürgerinnen und Bürger wirksam vor terroristischen Anschlägen schützen. Es ist unsere Aufgabe, Sicherheit in diesem Land so weit wie möglich zu garantieren. Zu den Instrumenten, die wir dabei nutzen, gehört selbstverständlich das Strafrecht an vorderster Stelle. Wir müssen aber zweitens sicher sein, dass wir unsere rechtsstaatlichen Grundsätze bewahren. Wir haben immer gesagt, dass es für die Terrorismusabwehr kein Sonderstrafrecht geben kann [...]“.⁴⁶

⁴³ Stellungnahme der Bundesregierung in der Anlage 2 zu BT-Drs. 16/7958, S. 8.

⁴⁴ BT-Drs. 16/11735 vom 27.01.2009 und BT-Drs. 16/12428 vom 25.03.2009, basierend auf dem Referentenentwurf des BMJ.

⁴⁵ Vgl. BT-Drs. 16/11735, S. 10; BT-Drs. 16/12428, S. 12.

⁴⁶ Plenarprotokoll 16/202 vom 29.01.2009, S. 21.830.

Dass insoweit eine Strafbarkeitslücke im deutschen Strafrecht bestand, stellte nicht nur die damalige Justizministerin Zypries im Hinblick auf die Bestrafung terroristischer Einzeltäter fest.⁴⁷ Zwar konnten beispielsweise die Kofferbomber aus Köln auch nach damaliger Gesetzeslage unabhängig des fehlenden Nachweises einer terroristischen Gruppierung mit hohen Freiheitsstrafen verurteilt werden.⁴⁸ Doch stellen die Ausweitung des internationalen Terrorismus sowie die Ausbildung in Terrorcamps zu Selbstmordattentätern eine neue Dimension dar.⁴⁹ Somit reißen sich die neuen Straftatbestände in eine lange Serie gesetzgeberischer Maßnahmen zur Kontrolle neuer Formen von Terrorismus ein. Vorwiegend im Vorfeldbereich – und damit „Dunkelbereich“ – tätig, beinhalten diese ein geringes Entdeckungsrisiko.⁵⁰ Die Täter müssen zu einem Zeitpunkt erfasst werden, in dem die Zündung der Bomben unausge-

⁴⁷ Vgl. auch die Aussagen der Bundesanwaltschaft sowie der befragten Richter in der Evaluation des GVVG durch die kriminologische Zentralstelle vom 14.08.2012, S. 113 f., abrufbar unter http://www.krimz.de/fileadmin/dateiablage/E-Publikationen/Endbericht_GVVG_Evaluierung.pdf.

⁴⁸ Der Angeklagte al-Hajdib wurde vom OLG Düsseldorf wegen versuchten Mordes an einer unbestimmten Anzahl an Menschen in Tateinheit mit versuchtem Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt, OLG Dü, Urteil vom 09.12.2008 – III – VI 5/07; BGH, Beschluss vom 24.11.2009 – 3 StR 329/09.

⁴⁹ So auch das Ergebnis der kriminologischen Zentralstelle in dem Endbericht der Evaluation des GVVG vom 14.08.2012, S. 122, abrufbar unter http://www.krimz.de/fileadmin/dateiablage/E-Publikationen/Endbericht_GVVG_Evaluierung.pdf.

⁵⁰ Vgl. etwa den Anschlag des 11. September 2001, welcher überwiegend durch die „Hamburger Zelle“ in Hamburg geplant wurde.

führt geblieben ist. Dieser Vorfeldbereich war dem bisherigen Strafgesetzbuch aber unbekannt. Die Legitimität solcher Vorbereitungsdelikte ergibt sich weder aus der Heranziehung der klassischen §§ 80, 83 und 149 StGB noch über § 30 StGB bzw. § 130 StGB, der mangels Aufdeckung der Tatbestandselemente die Existenz einer terroristischen Vereinigung nicht nachweisen kann: „Es kann nicht richtig sein, dass wir tatenlos zuschauen, wie Menschen, radikalisierte Islamisten, sich aus Deutschland auf den Weg ins Grenzgebiet zwischen Afghanistan und Pakistan machen, um sich in Terrorcamps ausbilden zu lassen, und dass wir sagen: das ist eben so; das nehmen wir hin; wir müssen halt schauen, dass wir sie erwischen, bevor sie zurückkommen.“⁵¹

Mit Beschluss vom 19.06.2009 hat der Deutsche Bundestag den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines GVVG mit marginalen Veränderungen angenommen. In dieser Fassung wurde das GVVG am 30.07.2009 im Bundesgesetzblatt verkündet und trat schließlich am 04.08.2009 in Kraft.⁵²

⁵¹ Plenarprotokoll 16/202 vom 29.01.2009, S. 21843.

⁵² BGBl. I, S. 2437; mit Inkrafttreten der §§ 89a, 89b und 91 StGB gingen gleichzeitig Erweiterungen und Veränderungen der § 138 Abs. 2 Nr. 1 und § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 StGB einher. Beide Strafvorschriften erweitern den Vortatenkatalog um den Tatbestand der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat nach § 89a StGB.

3. Inhalt der Regelungen

a. § 89a StGB – Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat

Ausgehend von Bedeutung und Systematik gilt es § 89a StGB als wichtigste Neuregelung der Kernregelungen einzustufen. Mit seinen sieben Absätzen ragt § 89a StGB als komplizierter Straftatbestand heraus. Nach § 89a Abs. 1 S. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von sechs bis zehn Jahren bestraft, wer eine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet. Eine solche schwere staatsgefährdende Gewalttat ist gemäß Absatz 1 Satz 2 eine Straftat gegen das Leben in den Fällen des § 211 StGB oder des § 212 StGB oder gegen die persönliche Freiheit in den Fällen des § 239a StGB oder des § 239b StGB, die nach den Umständen bestimmt und geeignet ist, den Bestand oder die Sicherheit eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beeinträchtigen oder Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik Deutschland zu beseitigen, außer Geltung zu setzen oder zu untergraben.

Als Handlungen, die jeweils mit dem Vorsatz vorgenommen werden müssen, eine der aufgezählten Gewalttaten vorzubereiten, werden gemäß § 89a Abs. 2 StGB

- die Ausbildung und das Sich-Ausbilden-Lassen etwa in einem terroristischen Ausbildungslager; darüber hinaus sollen auch neutrale Handlungen

den Tatbestand erfüllen können, wie z. B. der Besuch einer Flugschule,

- die Herstellung, das Sich-Verschaffen, Überlassen oder Verwahren u. a. von Waffen oder bestimmten gefährlichen Stoffen (z. B. radioaktiven Stoffen) oder besonderen zur Ausführung der vorbereiteten Tat erforderlichen Vorrichtungen (z. B. Zündern),
- das Sich-Verschaffen oder Verwahren von wesentlichen Gegenständen oder „Grundstoffen“ (z. B. das von den im Sauerland-Fall verurteilten Tätern beschaffte Wasserstoffperoxid), um diese Waffen, Stoffe oder Vorrichtungen herzustellen,
- die Finanzierung von Anschlägen (z. B. Zur-Verfügung-Stellen von erheblichen Vermögenswerten, um die zur Tat erforderlichen Sprengstoffe zu kaufen,

erfasst. Schon im Rahmen der Gesetzesbegründung sollte für eine Strafbarkeit nach Absatz 1 nicht Voraussetzung sein, dass der Täter ein schon im Detail geplantes Verbrechen vorbereitet.⁵³ Danach muss also weder Ort noch Zeit noch die potenziellen Opfer festgelegt sein.⁵⁴ Nach § 89a StGB reicht es vielmehr aus, dass der Deliktstyp der vorbereitenden Tat hinreichend bestimmt ist, es sich bei dieser mithin nach der Vorstellung

⁵³ BT-Drs. 16/12428, S. 15.

⁵⁴ So auch *Wasser/Piaszek*, DRiZ 2008, 316.

des Täters um eine Tat gegen das Leben oder gegen die persönliche Freiheit handelt.⁵⁵ Mit dieser weiten Fassung wird es den Strafverfolgungsbehörden gerade ermöglicht, die im Dunkelfeld agierenden „Schläfer“ oder „Einsame-Wolf-Terroristen“ zu erfassen. Hinzu kommt, dass die Einzeltäter nach Absatz 3 auch dann strafrechtlich belangt werden können, „wenn die Vorbereitung im Ausland begangen wird“ (z. B. Ausbildung in Terrorcamps). Dieser Absatz enthält daher eine von §§ 3 ff. StGB abweichende Regelung zur Anwendung auf Auslandstaten.⁵⁶ Um solche Täter wie in Boston sachgerecht verfolgen zu können, zwingt es förmlich auf, das deutsche Strafrecht auf Vorbereitungshandlungen innerhalb und außerhalb der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (Abs. 4) zu erstrecken. Da es sich um Vorbereitungshandlungen handelt, beinhalten die Absätze 5 bis 7 Regelungen zur Strafmilderung und Strafaufhebung.⁵⁷

b. § 89b StGB – Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat

Dagegen steht § 89b StGB als Vorbereitungstat zu § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB sozusagen „im

⁵⁵ Vgl. *Wasser/Piaszek*, DRiZ 2008, 316.

⁵⁶ Die Problematik der Ausweitung des Strafanwendungsrechts wird in einem separaten Beitrag besprochen.

⁵⁷ Diese Regelung ist an § 83a Abs. 2 und 3 StGB ausgerichtet und trägt den Besonderheiten Rechnung, dass das Gesetz bereits eine Vorbereitungshandlung unter Strafe stellt, wodurch die Regelungen des Rücktritts mangels Versuchsmöglichkeit ausgeschlossen sind.

Schatten seines größeren Bruders“. Danach bedroht der neue § 89b StGB die Aufnahme und das Unterhalten von Beziehungen zu einer terroristischen Vereinigung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe. Nach Abs. 1 wird vorausgesetzt, dass der Täter Beziehungen zu einem Rädelsführer, Mitglied oder Unterstützer einer terroristischen Vereinigung im Sinne von § 129a StGB, auch in Verbindung mit § 129b StGB, aufnimmt oder unterhält. Damit werden Verhaltensweisen mit Bezug zu einer terroristischen Vereinigung erfasst, die noch nicht im Sinne einer Unterstützungshandlung nach § 129a Abs. 5 StGB bewertet werden können.⁵⁸ Abs. 2 enthält dagegen – anders als dies in § 89a StGB der Fall ist – einen Tatbestandsausschluss für solche Konstellationen, in denen die jeweilige Handlung der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dient. Auf diese Weise wird der Geltungsbereich der Vorschrift auf strafwürdige Fälle beschränkt.⁵⁹

Durch die Regelung des Abs. 3 wird in Anlehnung an § 89a Abs. 3 StGB der Tatbestand des Abs. 1 auf Fälle der Kontaktaufnahme

oder des Unterhaltens von Kontakten im Ausland ausgedehnt. Für bestimmte, vor allem in Abs. 3 normierte Auslandssachverhalte sieht Abs. 4 einen Ermächtigungsvorbehalt vor, der im Wesentlichen dem § 89a Abs. 4 StGB und § 129b Abs. 1 S. 3 StGB nachgebildet ist. Abschließend eröffnet Abs. 5 dem Gericht die Möglichkeit, in denkbaren Fällen geringer Schuld von einer Bestrafung nach § 89b StGB abzusehen.⁶⁰

c. § 91 StGB – Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat

Der dritte Straftatbestand im Bunde des GVVG ist § 91 StGB, der die Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat unter Strafe stellt. Im Wesentlichen werden unter anderem die vielfach in islamistischen Kreisen ohne konkreten Tatbezug erfolgende Verbreitung von Bombenbauanleitungen und so genannten „Kochbüchern“ zur Planung terroristischer Anschläge über das Internet und das Sichverschaffen derselben (z. B. durch Download) erfasst.⁶¹ § 91 StGB ist gegenüber § 89a StGB wesentlich kürzer und verständlicher gefasst. Nach Absatz 1 wird als Täter nunmehr mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht, wer

⁵⁸ Eine solche Annahme kann bereits durch den im Vergleich zu § 129a Abs. 5 StGB bestehenden niedrigeren Strafraumen gerechtfertigt werden. § 129a Abs. 5 S. 1 StGB normiert dabei für die Unterstützung einer in Abs. 1 bezeichneten Vereinigung ein Mindestmaß an Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, im Falle des Abs. 3 bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe; im Falle des Werbens um Unterstützer bedroht § 129a Abs. 5 S. 2 StGB die Tat mit einem Strafraumen von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.

⁵⁹ Vgl. bereits BT-Drs. 16/12428, S. 17.

⁶⁰ Auffallend ist somit, dass der Gesetzgeber im Vergleich zu § 89a StGB auf die Sonderregelung zur „Tätigen Reue“ verzichtet hat.

⁶¹ Vgl. BT-Drs. 16/12428, S. 2 f.

- eine Schrift i. S. d. § 11 Abs. 3 StGB, die nach ihrem Inhalt geeignet ist, als Anleitung zu einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat i. S. d. § 89a Abs. 1 StGB zu dienen, anpreist oder einer anderen Person zugänglich macht, wenn die Umstände ihrer Verbreitung geeignet sind, die Bereitschaft anderer zu fördern oder zu wecken, eine schwere staatsgefährdende Gewalttat zu begehen (Abs. 1 Nr. 1), oder
- sich eine solche Schrift verschafft, um eine schwere staatsgefährdende Gewalttat zu begehen (Abs. 1 Nr. 2).

Entsprechend § 89b Abs. 2 StGB enthält auch der zweite Absatz des § 91 StGB eine Sozialadäquanzklausel, wonach die Anwendung des Abs. 1 Nr. 1 ausgeschlossen ist, wenn die Handlung der staatsbürgerlichen Aufklärung, der Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen, der Kunst und Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken (Abs. 2 Nr. 1) oder ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger beruflicher oder dienstlicher Pflichten dient (Abs. 2 Nr. 1). Abschließend verhalten sich Abs. 3 und § 89b Abs. 5 StGB gleich zueinander, wonach bei geringer Schuld von einer Bestrafung abgesehen werden kann.

IV. Evaluierung der Gesetze

Angesichts der Veränderung des globalen Terrorismus und der steigenden Bedrohung durch terroristische Einzeltäter ist es besonders erstaunlich, dass der von dem Bundesministerium der Justiz im April 2008 vorgestellte Referentenentwurf trotz erheblicher Kritik ohne einschneidende Korrekturen durch das Gesetzgebungsverfahren gelangt ist.⁶² Dennoch bescheinigt der Endbericht der kriminologischen Zentralstelle über die Evaluation des GVVG den neu eingefügten §§ 89a, 89b und 91 StGB ein überwiegend positives Bild. So erachten die befragten Polizeibeamten, Staatsanwälte und auch Richter in der Mehrzahl die neuen Vorschriften für „sinnvoll und notwendig“.⁶³ Durch die Erfassung terroristischer Einzeltäter und deren Vorbereitungshandlungen würde insbesondere eine Fülle von Strafbarkeitslücken geschlossen.⁶⁴ Die Sicherheitslage würde durch die Normierungen verstärkt und ein besseres Präventiv-Strafrecht erreicht werden. Im Gegensatz zu der Richterschaft sahen insbeson-

⁶² Begründet werden kann dies nur damit, dass die Bundesregierung angesichts des bevorstehenden Endes der 16. Legislaturperiode den Gesetzesantrag möglichst zügig und ohne große Korrekturen durchbringen wollte.

⁶³ Vgl. die Ergebnisse der Evaluierung des GVVG durch die kriminologische Zentralstelle vom 14.08.2012, S. 129 abrufbar unter: http://www.krimz.de/fileadmin/dateiablage/E-Publikationen/Endbericht_GVVG_Evaluierung.pdf.

⁶⁴ Vgl. die Ergebnisse der Evaluierung des GVVG durch die kriminologische Zentralstelle vom 14.08.2012, S. 129 abrufbar unter: http://www.krimz.de/fileadmin/dateiablage/E-Publikationen/Endbericht_GVVG_Evaluierung.pdf.

dere die Polizeibeamten sowie die Staatsanwälte den Vorteil im GVVG darin, Vorbereitungshandlungen für gefährliche terroristische Handlungen erfassen zu können, frühzeitig bei terroristischen Handlungen zu agieren und dadurch internationalen Terrorismus abzuwehren sowie durch die Ausdehnung strafprozessualer Befugnisse den islamistischen Phänomenbereich stärker zu überwachen.

Im Hinblick auf die praktische Einschätzung des GVVG ergibt sich dagegen ein eher gemischtes Bild. Wie schwer eine Anklageerhebung und Verurteilung nach den Vorschriften des GVVG ist, zeigt ebenso die schriftliche Auswertung der Datenerhebung. Zwar haben die schriftlichen Befragungen ergeben, dass seit Inkrafttreten des GVVG mindestens 52 Verfahren wegen eines Verdachts nach §§ 89a, 89b oder 91 StGB eingeleitet wurden.⁶⁵ Dies deckt sich im Ergebnis auch mit den Ergebnissen der Evaluierung des GVVG durch die Bundesregierung.⁶⁶ Allerdings ist es bislang lediglich in einem Fall zu einer Verurteilung nach § 91 StGB gekommen. Den Ermittlungsverfahren ist gemeinsam, dass sämtliche Taten aus dem Phänomenbereich des islamistischen Terrorismus stammen. Die

⁶⁵ Vgl. die Zusammenfassung des von der Kriminologischen Zentralstelle vorgelegten Endberichts der Evaluierung des GVVG, abrufbar unter http://www.krimz.de/fileadmin/dateiablage/E-Publikationen/Zsfssg_GVVG_Evaluierung.pdf.

⁶⁶ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE vom 02.07.2012, BT-Drs. 17/10214, S. 3 ff. Hierbei konnte allerdings einzig auf die Erkenntnisse des Generalbundesanwalts beim BGH zurückgegriffen werden.

Auswertung ergab zudem, dass sich die Ermittlungsverfahren vorwiegend gegen Vorbereitungshandlungen außerhalb der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union richteten. Dies liegt unter anderem daran, dass die von den Sicherheitsbehörden ermittelten „Terrorcamps“ ausschließlich im afghanisch-pakistanischen Grenzgebiet liegen.⁶⁷

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Ausweitung strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen im Hinblick auf die Überwachung terroristischer Einzeltäter – und damit auch dem ersten Anschein nach auf unbeteiligte Dritte (z. B. Schläfer) – notwendig und sinnvoll ist. Die bislang geringe Bedeutung der §§ 89a, 89b und 91 StGB liegt aber weiterhin daran, dass in den meisten Verfahren ein Anfangsverdacht nicht nachweisbar ist. Um daher die „terroristische Gesinnung“ aus objektiver Sicht erscheinender sozial neutraler Handlungen nachzuweisen, bleibt den Ermittlungsbehörden nichts anderes übrig, als sich „überwiegend auf die verdeckte Überwachung elektronischer und telefonischer Kommunikation“ zu konzentrieren. Dennoch wäre aber eine Ausweitung der Videoüberwachung nach dem Anschlag von Boston verfrüht. Denn zum einen haben die empirischen Befunde gezeigt, dass die Sicherheitslage in Deutschland gut ist. Eine

⁶⁷ So die Auswertung der Aussagen des Generalbundesanwalts, BT-Drs. 17/10214, S. 6. Die Informationen wurden durch die Sicherstellung von Beweismitteln, der Auswertung von Internetverlautbarungen der Deutschen Taliban Mujahedin und durch Telekommunikationsüberwachung erzielt.

absolute Sicherheitsgarantie gibt es nur im Überwachungsstaat. Zum anderen hat aber auch das BVerfG entschieden, dass größere Veranstaltungen mit so genannten „weichen“ Zielen besonders überwacht werden können.

▶ [Inhaltsverzeichnis](#)

Stanyo Dinov, LL. M. (Heidelberg)*

Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan

Der vorliegende Beitrag vergleicht die Schuldenkrise in Europa mit der deutschen und japanischen Finanzkrise. Dabei wird der Fokus auf dem Bankensektor liegen. Vor diesem Hintergrund werden individuelle Auswege aus den Krisen präsentiert und kritisch analysiert. Es werden verschiedene rechtliche und ökonomische Systeme miteinander verglichen, um notwendige Schlussfolgerungen ziehen zu können.

I. Einführung

Nach der Beruhigung der Märkte von der Weltfinanzkrise haben sich in Europa die ersten Anzeichen einer Schuldenkrise gezeigt. Die Staatsschuldenkrise im Euroraum, bekannt als Eurokrise, ist eine Finanzkrise, die es einigen Euro-Ländern schwer bis unmöglich macht, ihre Schulden ohne Außenhilfe zu begleichen. Die Schuldenkrise hatte verschiedene Faktoren, darunter die Staatsschulden einiger Länder; deren unterschiedliche Leistungsfähigkeit; die institutionellen

Eigenschaften der Eurozone, die mit dem Treffen der Entscheidungen im EZB-Rat verbunden sind, und die Folgen der Weltfinanzkrise.

II. Eurokrise

Die sogenannte Euro- oder Schuldenkrise brach im Oktober 2009 in Griechenland aus, nachdem das Defizit des Landes nicht die vorgesehenen 3 Prozent, sondern 15,9 Prozent betrug. Dies entsprach nicht den Kriterien von Maastricht. Eines dieser Kriterien sah einen maximalen Schuldenstand von 60 Prozent des Bruttoinlandsprodukts vor, um übermäßige Defizite bei den Mitgliedstaaten zu verhindern. Nach dem Bericht der Kommission war eine der Ursachen der Schuldenkrise, dass die griechischen Statistikstellen das Staatsdefizit falsch angegeben haben.¹ Die Schulden Griechenlands beliefen sich auf 120 Prozent des Bruttoinlandsprodukts des Landes, was mehr als dem Doppelten des zulässigen Volumens entsprach. Die gestiegenen Zinsen der portugiesischen Staatsanleihen verhiessen das Ähnliche für die wirtschaftliche Lage Portugals. Italien kündigte ebenfalls die Notwendigkeit von finanzieller Hilfe an. Somit vergrößerte sich die Liste der hochverschuldeten Euro-Länder. Die europäischen Regierungen wurden

* Der Autor ist Doktorand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Peter-Christian Müller-Graff am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

¹ European commission, Brussels, 08.01.2010 COM(2010) 1 final, Report on Greek Government deficit and debt statistics, S. 28, unter: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/COM_2010_REPORT_GREEK/EN/COM_2010_REPORT_GREEK-EN.PDF (aufgerufen am 30.07.2013).

somit gezwungen, in kurzer Zeit notwendige Entscheidungen über die Krisenprävention und -bewältigung zu treffen.

III. Maßnahmen der Europäischen Union gegen die Schuldenkrise

Die entstandenen Probleme in der Eurozone stellten die Euro-Staaten vor eine große Herausforderung. Es musste ein Ausweg aus der Krise gefunden werden, da diese im Vergleich zur früheren Finanzkrise die gemeinsame Währung und daher eine der Grundlagen der EU gefährdete. Es wurde die Idee eines dauerhaften Rettungsschirms mittels eines Rettungsfonds entwickelt, der den hochverschuldeten Euro-Ländern helfen sollte. Als EU-Organ mit entscheidendem Gewicht bei den wirtschafts- und währungspolitischen Aufgaben wurde die EZB nach Art. 127 ff. AEUV aufgefordert, notwendige Entscheidungen zu treffen. Die EZB war bereit, Staatsanleihen der hochverschuldeten Euro-Länder zu kaufen, was aber die Maastricht-Vereinbarungen gefährdete und auf deutschen Widerstand stieß.²

1. Der Euro-Rettungsschirm

Am 10.05.2010 beschlossen die Euro-Länder, einen Rettungsschirm im Umfang von 750 Milliarden Euro einzuführen. Der Euro-Rettungsschirm bestand aus dem Europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus (EFSM), der Europäischen Finanzstabilisierungsfazili-

tät (EFSF) und einer Beteiligung des IWF. Der EFSM wurde auf Grundlage des Art. 122 II AEUV eingeführt und sollte die finanzielle Stabilität im gesamten Euro-Währungsgebiet sichern. Die EFSF war ein Fonds in Form einer Aktiengesellschaft, der aus den Beiträgen der Euro-Mitgliedstaaten bestand.³ Die Beteiligung des IWF am Rettungsschirm betrug mindestens die Hälfte der Summe des EFSM und der EFSF (60 plus 440 Milliarden) bzw. 250 Milliarden Euro.⁴ Der maximale Garantierahmen der EFSF liegt bei 780 Milliarden Euro.

Die beiden Instrumente des Rettungsschirms EFSM und EFSF wurden durch das „Programm der Wertpapiermärkte“ ergänzt, womit die EZB ermächtigt wurde, Staatsanleihen der Euro-Staaten auf dem Sekundärmarkt zu kaufen.⁵ Bezweckt wurde damit, die Liquidität der Banken zu sichern und mittelfristig Preisstabilität zu ermöglichen. Ein Verstoß gegen Art. 123 I AEUV – „unmittelbarer Erwerb von Schuldtiteln“ – wurde mit einem Umweg über den Sekundärmarkt umgangen.

² Illing, Deutschland in der Finanzkrise, 2013, S. 88, Aussage des Direktors der Bundesbank.

³ Siehe: EFSF Rahmenvertrag vom 26.08.2011, unter: http://www.nachdenkseiten.de/upload/pdf/1109_02_EFSF_Rahmenvertrag_Anpassung.pdf (aufgerufen am 24.07.2013).

⁴ Siehe: die Europäischen Rettungsschirme, unter: http://www.europarl.europa.eu/brussels/website/content/modul_06/zusatzthemen_09.html (aufgerufen am 26.07.2013).

⁵ Illing, Deutschland in der Finanzkrise, 2013, S. 89.

2. Schuldenstaaten

Parallel zum EFSM bewilligte die „Troika“ aus EU, EZB und IWF am 02.05.2010 mit 110 Milliarden Euro die ersten Finanzpakete für Griechenland. Anfang 2012 fiel das Land in eine starke Rezession, und um den Staat zu unterstützen, wurde am 14.03.2012 das zweite Hilfspaket auf insgesamt 189,4 Milliarden Euro vergrößert. Durch einen freiwilligen Verzicht der Gläubiger auf 53,5 Prozent wurden die Staatsschulden von 200 auf 103 Milliarden Euro herabgesetzt und somit die Attraktivität der griechischen Staatsanleihen gesteigert. Aufgrund massiver Spekulationen und einer Immobilienblase ersuchte Irland im November 2010 die Unterstützung durch den EFSM. Im Juli 2011 wurden durch die EZB italienische Staatsanleihen gekauft, um die Staatsschulden herabzusetzen. Am 17.10.2011 kaufte die EZB spanische Staatsanleihen. Das Land erhielt Mitte 2012 auch 100 Milliarden Euro aus dem EFSF-Rettungsschirm. 2012 entschieden sich auch Portugal und Zypern dafür, Euro-Finanzmittel in Anspruch zu nehmen. Am 13.01.2012 stuft die Ratingagentur „Standard & Poor's“ die Bonität zahlreicher Euro-Staaten herab, darunter auch die Frankreichs, Österreichs, Sloweniens und der Slowakei. Die Herabstufung Frankreichs war für die Euro-Länder ein Problem, da der Staat 20 Prozent der Gewährleistungssumme der EFSF garantierte und eine schlechte Bewertung sich auf das Vertrauen des europäischen Finanzaufsichtssystems negativ auswirkte.⁶

⁶ Illing, Deutschland in der Finanzkrise, 2013, S. 115.

3. Kredite der EZB

Um den Schuldenstaaten zu helfen, wurden neben den Finanzhilfen des Rettungsschirms durch die EZB weitere Kredite gegen Staatsanleihen vergeben. Das geliehene Geld wurde im Target-2-System notiert. Target-2 ist ein System, in dem die Euro-Staaten ihre Forderungen und Verbindlichkeiten durch die nationalen Banken und die EZB ausgleichen. Im gesamten System wurden 700 Milliarden Euro Volumen notiert, da die EZB eine Kreditpolitik für die Schuldenstaaten toleriert hatte, die das Finanzsystem gefährdete. Ende 2011 ergab sich Konfliktpotenzial zwischen Deutschland und der EU aufgrund der Strategie der EZB, eine Erweiterung der Liquidität durch einen erneuten Ankauf von Staatsanleihen der Problemländer vorzunehmen.⁷ Das Volumen der Staatsanleihen belief sich auf 200 Milliarden Euro. Mit dieser Strategie unterstützte die EZB das Fehlverhalten einiger Euro-Staaten und monetarisierte die Staatsschulden.⁸ Die Banken sicherten das Geld, indem sie selbst Bankanleihen vergaben. Sie nutzten diese Refinanzierung, um weitere Staatsanleihen zu kaufen. Dadurch könnte die EZB gefährdet werden. Im Februar 2012 pumpte die EZB weitere 530 Milliarden Euro in den Geldmarkt. Das Ergebnis war, dass im März 2012 die Bilanzsumme der EZB 3 Billionen Euro erreichte. Obwohl der Direktor der Deutschen Bundesbank auf die Inflationsgefahren dieser Politik hinwies,

⁷ Illing, Deutschland in der Finanzkrise, 2013, S. 106.

⁸ Illing, Deutschland in der Finanzkrise, 2013, S. 106.

hatte die deutsche Regierung keine Einwirkungsmöglichkeiten, da sie keine Mehrheit im EZB-Rat hatte. Die Wertpapierprogramme der EZB durch die Sekundärmärkte stießen in Deutschland auf große Kritik. Neben zahlreichen Verfassungsbeschwerden wurde vor dem BVerfG eine Beschwerde gegen den Ein- und Ausverkauf von Staatsanleihen am Sekundärmarkt durch das so genannte Outright-Monetary-Transactions-Programm (OMT) der EZB, mit dem die Zinsen der italienischen und spanischen Staatsanleihen abgesenkt werden sollten, eingereicht.⁹ Die Legitimation der EZB bei solchen Interventionen wurde in Zweifel gezogen.¹⁰ Insbesondere wurde befürchtet, dass die Staatsfinanzierung mittels Geldausgaben erhebliche Risiken für die Steuerzahler der verschiedenen Euro-Länder berge.

⁹ *Jahn*, in: Das müssen Sie über die Euro-Verhandlung wissen, FAZ vom 10.06.2013, unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/rettungspolitik-vor-dem-verfassungsgericht-das-muessen-sie-ueber-die-euro-verhandlung-wissen-12216929.html> (aufgerufen am 24.07.2013). Staaten, deren Anleihen im Rahmen des Programms gekauft wurden, unterliegen der Kontrolle des Euro-Rettungsschirms. Auf diesem Grund kann die EZB unbegrenzt Anleihen von diesen Staaten kaufen.

¹⁰ Den europäischen Zentralbanken ist es untersagt, Staatsschulden mit Hilfe der Notenpresse zu finanzieren. Siehe: Unabhängigkeit des Eurosystems, unter: http://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/TheMen/2012/2012_11_29_unabhaengigkeit_des_eurosystems.html (aufgerufen am 30.11.2013).

4. ESM

Vor dem Hintergrund der griechischen Schuldenkrise verkündeten die Staats- und Regierungschefs der Eurozone am 24.03.2011 das Vorhaben, einen Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) aufzubauen. Mit der Einführung des ESM vom 27.09.2012 und der dafür neu geschaffenen Ermächtigungsgrundlage des Art. 136 III AEUV wurde der Euro-Rettungsschirm eingeführt. Durch den ESM-Vertrag haben sich die Euro-Mitgliedstaaten verpflichtet, zahlungsunfähigen Mitgliedern unter Einhaltung wirtschaftspolitischer Auflagen finanzielle Hilfe zu gewähren und somit gemäß Art. 3 ESM-Vertrag das Finanzsystem vor Anfälligkeit zu schützen. Bezweckt wurde die Einführung eines Fiskalpakts, der die Mitglieder zu mehr Disziplin anreizen sollte. Der neue ESM löste den EFSM Ende Juni 2012 ab. Die für Mitte 2013 geplante Auflösung der EFSF wurde ausgesetzt; die EFSF wird neben dem ESM bestehen bleiben, bis die Kredite an Schuldenstaaten wie Irland und Portugal ausbezahlt sind. Danach wird die EFSF durch den ESM ersetzt werden. Als Finanzinstitution verfügt der ESM über ein Stammkapital in Höhe von 500 Milliarden Euro, das gemäß Art. 10 ESM-Vertrag im Fünfjahrestakt geändert werden kann. Der Vergabe von Krediten muss die sorgfältige Analyse der Schuldentragfähigkeit des bedürftigen Staates durch die so genannte Troika vorausgehen und durch die Finanzminister der Eurostaaten als Mitglieder des ESM-Gouverneursrates bewilligt werden.

IV. Deutschland unter dem Einfluss der Schulden- und Finanzkrise

1. Einfluss der Eurokrise

Die Ausbreitung der Eurokrise zwang Deutschland dazu, politische und finanzielle Maßnahmen zu ergreifen. Der Staat durfte sich nicht isolieren und musste die gemeinsame Währung sichern. In einigen deutschen Banken gab es auch Kredite von den Schuldenländern, die gesichert werden mussten. Die deutsche Position zur Unterstützung Griechenlands war zu Beginn der Krise zurückhaltend.¹¹ Die Verbreitung der Staatsschuldenkrise von Griechenland auf andere Euro-Staaten war eine potenzielle Gefahr und drohte sich auf die ganze Währungsunion auszuwirken. Dadurch änderte sich auch die deutsche Position und evolvierte von der Idee eines Europäischen Währungsfonds (EWF) für Griechenland zu einer Währungsunion und einem Finanzstabilisierungsgesetz. Die Gesetzgebung sollte an jene Änderungen angepasst werden. Durch die Verabschiedung des StabMechG¹² wurde erst in Deutschland der rechtliche Rahmen für die

Einführung der EFSF geschaffen. Durch das Gesetz wurde das Bundesfinanzministerium ermächtigt, eine von den Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets gegründete und beauftragte Zweckgesellschaft zu ermächtigen, die deutschen Gewährleistungen zu übernehmen, sofern diese Maßnahmen für die Zahlungsfähigkeit des betroffenen Mitgliedstaats erforderlich sind, um zugleich die Finanzstabilität der Währungsunion sicherzustellen. Voraussetzung für den Kredit war die Vereinbarung eines wirtschafts- und finanzpolitischen Programms durch den Mitgliedstaat mit dem IWF und der Kommission unter Mitwirkung der EZB und der Billigung desselben von den anderen Euro-Staaten.¹³ Bei einer unverzüglichen Gewährleistung musste der Haushaltsausschuss des Bundestags unverzüglich nachträglich unterrichtet werden. Das Gesetz sah keine Kontrollfunktion des Parlaments vor, was vom BVerfG kritisiert wurde. Nach seiner Einschätzung müssen die zukünftigen Finanzhilfen der Bundesregierung vor der Bewilligung nach § 1 IV StabMechG auf einen hinreichenden parlamentarischen Einfluss zurückzuführen sein. Nach Ansicht des Gerichts muss jede ausgabenwirksame solidarische Hilfsmaßnahme des Bundes mit größerem Umfang im internationalen oder unionalen Bereich vom Bundestag im Einzelnen bewilligt werden,

¹¹ Vgl. BT PIPr 17/30, S. 2719 vom 17.03.2010, Die Aussage der deutschen Bundeskanzlerin besagt, dass die EU nicht nur eine Friedensunion, sondern auch eine Stabilitätsunion sei. Die Initiative muss daher von Griechenland ausgehen. Deshalb soll es möglich sein, per Ultima Ratio ein Land aus dem Euro-Raum auszuschließen. Ebenso sollte Griechenland einen Antrag für finanzielle Hilfe beim IWF stellen, unter: <http://www.fr-online.de/schuldenkrise/iwf-hilfe-fuer-griechenland-ezb-direktor-ohrfeigt-merkel,1471908,2835848.html> (aufgerufen am 01.08.2013).

¹² Gesetz zur Übernahme von Gewährleistungen im Rahmen eines europäischen Stabilisierungsmechanismusgesetzes – StabMechG, vom 22.05.2010 (BGBl. I, S. 627), zuletzt geändert am 23.05.2012 (BGBl. I, S. 1166).

¹³ BGBl. I vom 22.05.2010, S. 627.

sodass gesichert wird, „dass weiterhin hinreichender parlamentarischer Einfluss auf die Art und Weise des Umgangs mit den zur Verfügung gestellten Mitteln besteht“.¹⁴

Die Erweiterung der EFSF auf 780 Milliarden Euro (und damit des deutschen Anteils auf 253 Milliarden Euro) wurde durch das Gesetz zur Änderung des StabMechG am 26.09.2011 bewilligt.¹⁵ Die Beteiligungsrechte des Bundestags wurden auf ein neunköpfiges Gremium übertragen. Somit erzielte die Bundesregierung eine schnelle Zustimmung zu geplanten Staatsanleihen am Sekundärmarkt nach § 3 III StabMechG. Das BVerfG rügte ein weiteres Mal dieses Vorgehen, da die Übertragung der Delegation von Entscheidungsrechten auf einzelne Gremien eine Verletzung der Parlamentarierrechte war.¹⁶ Der Bundestag reagierte mit der neuen Änderung des StabMechG vom 27.04.2012, sodass bei solchen Entscheidungen „ein Maximum an parlamentarischer Mitbestimmung“ gewährleistet wird.¹⁷ Das BVerfG äußerte sich einen Tag nach der Beschlussfassung des Bundestags über das zweite Finanzpaket für Griechenland dahingehend, dass entgegen § 3 III 2 und 4 StabMechG parlamentarische Kompetenzen nicht einem Sondergremium übertragen werden könnten.¹⁸ Über solche Verhandlungen müsse der gesamte Bundes-

tag entscheiden; somit stärkte das Gericht die Rechte des Parlaments zum dritten Mal.

Die Bundesregierung brachte am 20.03.2012 den Entwurf eines Gesetzes über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der WWU auf den Weg.¹⁹ Damit sollte der europäische Fiskalpakt oder SKS-Vertrag vom 02.03.2012 umgesetzt werden.²⁰ Die Neuverschuldung eines Landes darf nach diesem Pakt 0,5 Prozent des Bruttoinlandprodukts nicht übersteigen. Mittels automatischer Sanktionen erfolgte eine Institutionalisierung der bereits bestehenden Maastricht-Regeln. Länder, die nicht in der Fiskalunion sind, können keine Mittel vom ESM abrufen.

2. Deutschland unter der Finanzkrise

Nach den Spekulationsblasen 2000 erlebte Deutschland 2008 die größte Finanzkrise in seiner neueren Geschichte. Die Bundesbank konnte die Verluste der deutschen Landesbanken auf dem US-Finanzmarkt nicht ausgleichen. Um die Banken zu unterstützen, wurde von der Bundesregierung ein Finanzpaket von 500 Millionen Euro beschlossen. Um die Krise einzudämmen und zu bewältigen, veranlasste die Regierung die folgenden Maßnahmen:

¹⁴ BVerfG, 2 BvR 987/10 vom 07.09.2011, Rn. 128.

¹⁵ BGBl. I vom 26.09.2011, S. 1992.

¹⁶ BVerfG, 2 BvR 8/11 vom 27.10.2011, Rn. 82 f.

¹⁷ BT PIPr 17/176, S. 20926.

¹⁸ BVerfG, 2 BvR 8/11 vom 28.02.2012, Rn. 144.

¹⁹ BT-Drs. 17/9046, S. 3.

²⁰ Der SKS-Vertrag, unter: http://european-council.europa.eu/media/639244/04_-_tscg.de.12.pdf (aufgerufen am 28.07.2013).

a. Das erste Maßnahmenpaket – 480-Milliarden-Euro-Programm zur Unterstützung des Finanzmarkts

Als Maßnahme zum ersten Paket zur Unterstützung des Bankensektors wurde in Deutschland am 17.10.2008 das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) erlassen.²¹ Das FMStG war ein Artikelgesetz, das im Art. 1 des Finanzmarktstabilisierungsforderungsgesetzes (FMStFG) enthalten war. Nach Art. 5 FMStG wurde der Überschuldungsbegriff der InsO neu definiert. Im Rahmen des FMStG wurde ein Finanzmarktstabilisierungsfonds (SoFFin) eingerichtet. Dieser Sonderfonds diente zur Konsolidierung des Finanzmarktes durch Überwindung von Liquiditätsengpässen und durch Schaffung von Rahmenbedingungen für eine Eigenkapitalbasis von Instituten. Die Fondsführung obliegt der FMS-Anstalt, die unabhängig von der Deutschen Bundesbank agieren kann. Das Gesetz ermächtigt das Bundesfinanzministerium, den Fonds Garantien in Höhe von 400 Milliarden Euro übernehmen zu lassen. Unternehmen, die Finanzmittel vom Fonds angenommen haben, müssen Auskunft über die Verwendung der Finanzmittel geben und dürfen keine Dividenden ausschütten.²² Der Geldfluss bleibt weitgehend geheim und die Vergabe von Krediten erfolgt auf eine intransparente Art, was den Interessen der Anleger am Finanzmarkt entgegenstand, da es

dem Öffentlichkeitsprinzip zuwiderlief. Die Bundesregierung konnte nach § 10 FMStG auf die Gewinnausschüttung, die Vergütung der Organe und die Eigenmittelausstattung Einfluss nehmen. Somit konnte der SoFFin Schuldtitel und Verbindlichkeiten von Unternehmen unterstützen, um Liquiditätsengpässe zu beheben und die Refinanzierung des Finanzmarkts zu verbessern. Parallel zum FMStG wurde das Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz (FMStBG) erlassen, das Anwendung auf jene Unternehmen findet, die Unterstützung vom Fonds bekommen haben. Unternehmen, die eine AG waren, konnten bis Ende 2009 ihr Grundkapital gegen Fondseinlagen bis zu 50 Prozent durch Ausgaben neuer Aktien gegen Fondseinlagen erhöhen. Eine Bestätigung dieser Kapitalerhöhung durch die Hauptversammlung wurde nicht benötigt und die Aktionäre konnten keine neuen Aktien erwerben. Das Gesetz ermöglichte einerseits schnelle Eigenkapitalaufstockung von Finanzunternehmen, andererseits verringerte es die Mitgliedschafts- und Vermögensrechte der Aktionäre. Beseitigt wurde das Recht der Hauptversammlung, über jede Form der Kapitalerhöhung sowie der damit im Zusammenhang stehenden Ausgabe neuer Aktien zu entscheiden. Dadurch werden den Aktionären Bezugsrechte und die Ansprüche auf Teilhabe am Bilanzgewinn entzogen.²³ Dies verstieß gegen Art. 25 und 29 der KapitalmarktRL²⁴ und als Folge dessen waren die erlassenen Bestimmungen nichtig. Trotz dieser

²¹ BGBl. I vom 17.10.2008, S. 1982.

²² Vgl. Illing, Deutschland in der Finanzkrise, 2013, S. 36, ebenso: OLG Frankfurt/M, Urteil vom 07.12.2010, 5 U 29/10, Rn. 34.

²³ BVerfG, 1 BvR 119/09 vom 26.03.2009 Absatz Nr. 11.

Vorwürfe bestätigte das BVerfG, dass das Eigentumsrecht einzelner Aktionäre vor dem Hintergrund der Finanzkrise und deren Behebung durch das Gesetz zurücktreten muss. Diese Beschränkungen wurden nachträglich aber aufgehoben.

b. Das zweite Maßnahmenpaket

Das FMStG legte die Rahmenbedingungen für die Stabilisierung des Finanzmarkts fest.²⁵ Trotz der vorgenommenen Garantien und Auskünfte zeigten sich auf dem deutschen Finanzmarkt das Fehlen von Liquiditätsmitteln und Vertrauen sowie weitere krisenhafte Erscheinungen als Folge der weltweiten Finanzkrise.²⁶ Das am 09.04.2009 erlassene FMStErgG zielte darauf ab, dem Fonds eine flexible Handhabung von vorhandenen Stabilisierungsinstrumenten zu ermöglichen und dem Bund eine Übernahme zum Zweck der Stabilisierung zu erleichtern. Die Bundesregierung setzte damit ihr zweites Maßnahmenpaket ein, dessen Ziel es war, Kreditinstituten Geld und Garantien zur Verfügung zu stellen. Eine Regelung über die Rückzahlung der bewilligten Finanzmittel

des Fonds seitens der Kreditinstitute enthält das Gesetz nicht. Die neuen Gesetzesänderungen sahen eine Überprüfung des Fonds durch neun Parlamentarier vor, die aber keine Einspruchsmöglichkeiten besitzen sollten. Zum Zwecke der schnellen staatlichen Intervention in Krisensituationen sollte nach dem Gesetz die Hauptversammlung eines vom Bund unterstützten Unternehmens bei Fragen über eine Kapitalerhöhung mit einem Quorum von 50 Prozent plus eine Stimme entscheiden. Die Bedingungen für ein „squeeze out“ sind von 95 Prozent, wie bei § 39a WpÜG und Art. 327a AktG, auf 90 Prozent des Grundkapitals herabgesetzt worden. Entscheidungen der Kapitalerhöhung mit Bezugsrecht dürfen nach § 7 III und 7b II FMStErgG mit zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen oder einfacher Mehrheit getroffen werden, wenn die Hälfte des Grundkapitals vertreten ist. Diese Bestimmungen widersprachen jedoch dem § 186 III 2 AktG, nach dem für solche Sonderbeschlüsse eine Dreiviertelmehrheit erforderlich ist. Mit dem FMStErgG wurde das Rettungsübernahmegesetz vom Bundestag (RettungsG) erlassen, welches Unternehmensübernahmen und optionale Verstaatlichung erleichtern sollte.²⁷ Entsprechend § 1 IV RettungsG kann eine Enteignung vorgenommen werden, wenn zur Sicherung der Finanzmarktstabilität andere Lösungen für die Sicherung im erforderlichen Zeitraum nicht vorhanden sind. Das Finanzinstitut muss systemrelevant sein und die anderen vorgenommenen Maßnahmen

²⁴ Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13.12.1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 II des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft und für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten. ABl. L 26 vom 31.01.1977, S. 1.

²⁵ BT-Drs. 16/12316, S. 1.

²⁶ Vgl. Illing, Deutschland in der Finanzkrise, 2013, S. 39, ebenso: BT-Drs. 16/10600 vom 14.10.2008, S. 1.

²⁷ BGBl. vom 07.04.2009, S. 725.

des FMStG müssen ausgeschöpft sein. Die Systemrelevanz ergibt sich aus Informationen der Deutschen Bundesbank, der BaFin und den Transaktions- und Bilanzdaten. Die Hauptversammlung erhöhte das Kapital mit der Ausgabe neuer Aktien, die der Bund übernahm. Von einer Enteignung verschont blieben die Anteile an Unternehmen, die von einer juristischen Person der öffentlichen Hand (Sparkassen, Landesbanken) geführt oder an ihr beteiligt waren, da sie dort durch Eigenmittel unterstützt sind. Nicht verstaatlicht werden die Tochterfirmen und deren Eigenmittel solcher Unternehmen. Der Grund für die Differenzierung zwischen Eigenmitteln von öffentlichen Unternehmen und den Eigenmitteln ihrer Töchter lag darin, dass sich solche Enteignungen gegen die Bundesländer und Kommunen richteten und Fragen der vertikalen Gewaltenteilung aufwerfen könnten. Die Maßnahmen des zweiten Pakets gaben der Bundesregierung ausreichende Möglichkeiten für erforderliche Verstaatlichungen, sie waren aber eine Belastung für die Steuerzahler.

c. Das dritte Maßnahmenpaket

Nach vielfältigen Rekapitalisierungsanstrengungen zugunsten der Banken wollte die Bundesregierung mit dem neuen FMStFG die Probleme der bilanziellen Belastungen der Finanzinstitute lösen.²⁸ Als Instrument zur Lösung der Bilanzprobleme wurde das Konzept der „Bad Bank“, eine Zweckgesellschaft,

²⁸ BGBl. vom 17.07.2009, S. 1980.

in der die wertlosen und toxischen Wertpapiere ausgelagert werden, angewendet. Die Bundesregierung zielt mit dem neuen Konzept auf eine Entlastung des Eigenkapitals der Banken ab, sodass sie ihre Kreditvergabe aufrechterhalten können. Der SoFFin soll für diese Wertpapiere gegenüber den „Bad Banks“ bürgen. Für die Finanzinstitute lag der Vorteil darin, dass sie Risikoaktiva aus ihrem Portefeuille entfernen konnten und kein eigenes Kapital mehr vorhalten mussten.²⁹ Zu einem späteren Zeitpunkt und bei besserer Konjunktur könnten die „Bad Banks“ diese Wertpapiere veräußern. Für die Banken bestand bei dieser Regulierung der Anreiz, einen hohen Buchwert anzugeben, um einen höheren Preis beim Verkauf an die „Bad Bank“ zu erzielen. Die Anwendung der Lösung „Bad Bank“ hatte den Nachteil, dass der Staat 200 Milliarden Euro ausgeben musste. Das Instrument wurde eingeführt, um den Steuerzahler auf langfristige Sicht zu entlasten. Am 31.07.2009 bewilligte die EU die „Bad Bank“-Lösung. Seither dürfen die deutschen Kreditinstitute ihre Wertpapiere mit Zustimmung der Kommission auslagern.³⁰

d. Das vierte Maßnahmenpaket

Am 09.12.2010 wurde das RStruktG erlassen,³¹ welches einen Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute schuf und die Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung verlängerte. Das Gesetz ermöglicht eine Ab-

²⁹ Illing, Deutschland in der Finanzkrise, 2013, S. 44.

³⁰ Illing, Deutschland in der Finanzkrise, 2013, S. 46.

³¹ BGBl. vom 14.12.2010, S. 1900.

wicklung von insolvenzbedrohten Banken, um einer Gefährdung der Finanzstabilität entgegenzuwirken. Das RStruktG zielte auf eine Minimierung des Risikos für die Banken sowie deren Beteiligung an den Kosten einer Bankenrettung ab, sodass der Steuerzahler nicht als erster bei der Rettung und Bankenrestrukturierung eintreten muss. Mit dem Gesetz wurde den Banken die Entscheidung, ob sie sich in einer Schieflage befinden, entzogen und der Bankenaufsicht zugewiesen. Um eine weitere Einwirkung auf die Kreditinstitute nach dem Ablauf des FMStFG zu erhalten, wurde parallel mit dem RStruktG das Kreditreorganisationsgesetz (KredReorgG) erlassen.³² Durch die Sanierungs- und Reorganisationsverfahren bei den Kreditinstituten sollte nach den Gesetzesbestimmungen der Finanzmarkt besser geschützt werden.

e. Das fünfte Maßnahmenpaket

Um gravierende Solvenzprobleme der Banken zu lösen und um einer Einwirkung der in Europa bereits aufkeimenden Schuldenkrise entgegenzuwirken, wurde in Deutschland am 12.03.2012 das 2. FMStG eingeführt.³³ Ziel des Gesetzes war, der Schuldenkrise vorzubeugen und das Finanzsystem, die Wirtschaft und die Steuerzahler zu schützen. Neuerung des Gesetzes war, dass bei eventuellen künftigen Rettungsmaßnahmen auch die Beiträge der Bankenabgabe für mögliche Verluste aus eventuellen künftigen Stabilisie-

rungsmaßnahmen des Fonds genutzt werden können.³⁴ Somit sollte die Belastung des Steuerzahlers verringert werden, da die Verursacher von Fehlentwicklungen auf dem Finanzmarkt für die entstehenden Kosten haften sollen. Um die Rechte des Parlaments zu stärken, wurde in § 9 des Gesetzes eine Sperre für Kreditermächtigung in der Höhe von 30 Milliarden Euro eingebaut,³⁵ die eine Bewilligung der Finanzmarktstabilisierungsanstalt (FMSA) benötigt, welche den Haushaltsausschuss des Bundestags unverzüglich informieren muss. Um Wettbewerbsverzerrungen vorzubeugen, sollten die Maßnahmen des Fonds nach § 13 FMSA bis Ende 2012 beschränkt werden, jedoch beschloss die Bundesregierung am 17.10.2012 seine Verlängerung bis Ende 2014.³⁶

³⁴ Siehe: Bundesministerium der Finanzen, unter: http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Internationales_Finanzmarkt/Finanzmarktpolitik/2012-10-17-Soffin.html (aufgerufen am 30.07.2013).

³⁵ Illing, Deutschland in der Finanzkrise, 2013, S. 51.

³⁶ Nach dem RestrukFG sollen insolvenzanfällige Banken in einem geordneten Verfahren ohne Gefährdung der Finanzmarktstabilität saniert oder abgewickelt werden. Es fehlt bisher aber ein abgestimmter europäischer Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Fälle, die erst mit der vollständigen Angleichung des Restrukturierungsrechts auf europäischer Ebene geschaffen wird. Im Oktober 2011 beschlossen die Mitgliedsstaaten die Bereitstellung nationaler Auffangmechanismen. Daher können die deutschen Stabilisierungsmaßnahmen weiter verlängert werden, und zwar unbefristet. Siehe: Bundesministerium der Finanzen, unter: http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Internationales_Finanzmarkt/Finanzmarktpolitik/2012-10-17-Soffin.html (aufgerufen am 30.07.2013).

³² BGBl. vom 22.12.2011, S. 3044.

³³ BT-Drs. 17/8343, S. 1.

3. Bilanz

Zur Lösung der Euro- und Finanzkrise in Deutschland wurden Finanzpakete verabschiedet und zusätzliche Reformmaßnahmen vorgenommen. Aufgrund der guten wirtschaftlichen Konjunktur und durch die niedrigen Zinsen hat der deutsche Staat die Hälfte der Zinsen der in den letzten drei Jahren ausgegebenen Anleihen zahlen müssen.³⁷ Dennoch kann von einem kostenfreien Krisenmanagement Deutschlands nicht die Rede sein. Reale Kosten entstehen durch den Schuldenschnitt Griechenlands, welche den SoFFin, die KfW und andere private Gläubiger belasten. Auf den Staat können Gesamttrettungspakete für die Euro-Länder, die Beteiligungen im IWF, die Ausgaben der EZB-Anleihen und durch die Target-2-Salden Verpflichtungen von 900 Milliarden Euro zukommen. Insgesamt blieb Deutschland aber fast unberührt von der Schuldenkrise; die Einnahmen sind die höchsten seit 2007 und die Arbeitslosigkeit ist die niedrigste in der Euro-Zone.³⁸

³⁷ Müller, Wie Deutschland an der Euro-Krise verdient, vom 14.08.2012, unter: <http://www.zeit.de/wirtschaft/2012-08/deutschland-zinsniveau-euro-krise> (aufgerufen am 03.08.2013).

³⁸ Siehe: Deutschland macht Staatsüberschuss, Handelsblatt vom 22.02.2013, unter: <http://www.handelsblatt.com/politik/konjunktur/nachrichten/erstmal-seit-fuenf-jahren-deutschland-macht-staatsueberschuss/7823504.html> (aufgerufen am 03.08.2013).

VI. Finanzkrise in Japan

1. Einführung, Grundzüge des japanischen Finanzsystems

Der japanische Finanzmarkt ist nach dem Vorbild des US-amerikanischen Marktes Ende des Zweiten Weltkriegs aufgebaut. Im Zentrum der Finanzmarktregulierung steht das Finanzministerium (MOF), das mit breiten Befugnissen, wie der Aufsicht über alle Sektoren des Finanzmarktes bis 1998 und der Konzipierung finanzmarktbezogener Gesetze und Verordnungen, ausgestattet war. Als externe Abteilung der Regierung wurde 1998 die japanische Financial Supervisory Agency (FSA) gegründet.³⁹ Sie übernahm die Überwachung aller Finanzmarktbereiche der Banken, Wertpapiere und der Versicherungen. Eine andere Behörde, die mit der Aufsicht der Kreditinstitute sowie der Genehmigung der verschiedenen Bankdienstleistungen betraut ist, ist die japanische Zentralbank (BOJ). Sie bekam mit dem 1998 erlassenen Zentralbankgesetz mehr Unabhängigkeit. Trotzdem ist sie bei der Durchführung ihrer geldpolitischen Maßnahmen wie beim Ankauf der Staatsanleihen von der Regierung abhängig.⁴⁰ Neben diesen zwei Behörden ist das MOF mit der Aufsicht über diejenigen Finanzinstitute betraut, die von der japani-

³⁹ Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 285, Rn. 10.

⁴⁰ Keuchel, in: Handelsblatt vom 07.09.2010, unter: <http://www.handelsblatt.com/politik/konjunktur/nachrichten/japan-krise-regierung-ruettelt-an-unabhaengigkeit-der-zentralbank/3533590.html> (aufgerufen am 28.07.2013).

schen Regierung gefördert werden.⁴¹ Daraus folgt, dass bei der exekutiven Gewalt die ganzen Kompetenzen für die japanische Finanzaufsicht zusammengezogen sind. Dies hat einerseits positive Folgen, wie die schnelle Durchsetzung von notwendigen Finanzreformen, andererseits aber auch die negativen Konsequenzen, die sich mit dem Fehlen einer Dauerhaftigkeit beim Regierungswechsel abzeichnen.

2. Die Economic Bubble in Japan 1986 bis 1992 und Asienkrise 1997

Das bis 1990 geltende japanische Regierungsmodell der Finanzaufsicht, für das die Abschottung des Marktes vor Abwanderung, das Fehlen kompetenter Steuerung und mangelnde Anpassungs- und Innovationsfähigkeit charakteristisch war, erodierte.⁴² Japan benötigte eine neue Finanzmarktregulierung. Mit dem Plaza-Abkommen von 1985 zum Zwecke einer Yen-Aufwertung floss spekulatives Kapital nach Japan und löste die so genannte „Bubble-Economy“ aus.⁴³ Als Folge davon stiegen die Aktien- und Immobilienpreise, ähnlich wie 2000 in Deutschland, sodass der Kurs des Yen sich innerhalb eines Jahres verdoppelte. Die Banken besaßen faule Kredite, die durch eine Überbewertung von Vermögenswerten über Jahre aufgescho-

ben wurden. In Japan setzte somit eine Deflationsspirale ein, wodurch einerseits die Binnennachfrage schwach blieb und andererseits der stabile Kurs des Yen eine Erholung über den Export verhinderte. Die BOJ versuchte durch ihre jährliche Nullzinspolitik erfolglos, Investitionen zu stimulieren. Um Zusammenbrüchen vorzubeugen, wurde das Finanzsystem bis 1993 stark vom Staat kontrolliert. Diese Kontrollmacht wurde langsam schwächer, weil die Unternehmen mit der Zeit zunehmende Diversifikationstechniken und große Fachkenntnisse erwarben. Die fachliche Diskrepanz zwischen Staatskontrolle und Kreditinstituten hatte sich vergrößert, sodass die Institute den Staat aufforderten, seine Eingriffe zu beschränken, weil er die höheren Preise der Anlagen und Immobilien nicht effektiv kontrollieren könne und dies schließlich negative Rückwirkungen auf die Wirtschaft hätte.⁴⁴ Japan versuchte durch eine Liberalisierung des Zinssatzes das Finanzsystem umzubauen, was aber keine großen Änderungen brachte.⁴⁵ Die Asienkrise 1997/98 erschwerte die Möglichkeit zur Systemreformierung und einige große Banken fielen in die Zahlungsunfähigkeit. Dies reflektierte die Schwächung des Yen-Werts und das Schrumpfen des Bruttoinlandsprodukts. Die Staatsverschuldung stieg auf 150 Prozent des BIP und das Land geriet in eine Rezession.

⁴¹ Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 286, Rn. 12.

⁴² Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 283, Rn. 6.

⁴³ Schnabel, Die japanische Lehre für die europäische Finanzkrise, Working Papers on Global Financial Market 2012, Nr. 36, S. 4.

⁴⁴ Yamauchi, EuR-Beih., 2004, 61 (62).

⁴⁵ Yamauchi, EuR-Beih., 2004, 61 (62).

3. Reform des Finanzsystems

Im Zuge der Erweiterung des Sicherheitssystems der japanischen Banken 1986 wurde die Möglichkeit geschaffen, die Übernahme einer in Schwierigkeiten geratenen Bank durch ein anderes Kreditinstitut finanziell durch Zahlungen der Einlagensicherungsgeschäfte, dem so genannten „Erste-Hilfe-Mechanismus“, zu verwirklichen.⁴⁶ Den japanischen Banken gelang es somit, eine Vielzahl der faulen Kredite abzuschreiben und durch Fusionen den Bankensektor zu stabilisieren. 1996 forderte Japan eine gründliche Reform des Finanzsystems. Das Reformkonzept hatte die Ziele, die hohe Verschuldung der Banken zu lösen und ein transparentes Regime zu schaffen.⁴⁷ Hier folgte man den Reformansätzen Großbritanniens (so genannter „Big Bang“),⁴⁸ die sich bei den durchgeführten Finanzmarktliberalisierungen seit 1986 positiv auswirkten. Japan hatte in diesem Sinne eine Reform zur internationalen Öffnung des Finanzmarktes durchgeführt, die das japanische Finanzmarktrecht internationaler und wettbewerbsfähiger gemacht haben.⁴⁹ Durch das Änderungsgesetz Nr. 65 über den Devisenverkehr 2002 wurde somit den Inlandsbewohnern gestattet, Einlagekonten in Fremd-

währung bei einer Bank zu eröffnen. Infolge dieser Liberalisierung nahm der Kapitalverkehr in Japan langsam zu. Eingeführt wurde auch ein Schutzmechanismus zur Vorbeugung gegen Insolvenz. Durch das Gesetz Nr. 143, das dringende Maßnahmen zur schnellen Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit beinhaltet, sollte der Staat das Defizit der Kreditinstitute unter bestimmten Konditionen decken. Mit den Gesetzen Nr. 5 zur Sicherung der Zahlungsfähigkeit und Nr. 132 zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit wurde ein öffentlicher Fonds zur Stabilisierung notleidender Banken eingerichtet, dessen Umfang 2003 70 Billionen Yen betrug. Von der Finanzkrise abgeschlagene Banken können mit dem Gesetz Nr. 90 von 2008 direkt von der Regierung finanziell unterstützt werden. Für die Abwendung drohender Insolvenz hat der Gesetzgeber zudem einen Mechanismus geschaffen, in dessen Rahmen die Aufsichtsbehörde sofort eine staatliche Sonderkontrolle einführen oder eine staatliche Auffanggesellschaft errichten kann. Durch diese staatlichen Sonderkontrollen übernimmt der Staat alle Anteile der insolventen Gesellschaft. Infolge der Finanzreform wurden mehrere Gesetze erlassen und geändert, sodass das japanische Bankenaufsichtsrecht sehr kompliziert und fast unüberschaubar geworden ist.⁵⁰ Japan versuchte seine dominierende Stellung auszubauen und mittels der Reform eine Selbstregulierung zu ermöglichen, um die Wirtschaft anzuregen. Da aber die technischen Neuerungen einen

⁴⁶ Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 312, Rn. 95.

⁴⁷ Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 284, Rn. 8.

⁴⁸ Der Terminus wird als Urknall der alten strikten Regulierungssätze und Proklamation an Liberalismus freiem Markt und Selbstregulierung angewendet.

⁴⁹ Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 285, Rn. 9.

⁵⁰ Yamauchi, EuR-Beih., 2004, 61 (64).

raschen Fortschritt gemacht hatten, kam die öffentlich-rechtliche Aufsicht zu spät.⁵¹ Die Gesetzgebung konnte in bestimmten Bereichen den Umfang der Kontrolle nicht bestimmen, deshalb wurden solche Fälle dem MOF zugewiesen.

4. Folgen der globalen Finanzkrise 2007 und gegenwärtige Probleme

2008 verkündete die japanische Regierung, dass sich Japan seit der Nachkriegszeit erneut seit 2001 in einer Rezession befinde.⁵² Zu solch einem dramatischen Absturz, wie er sich 2008 in den USA abgespielt hat, oder einer Krise, die mit der Schuldenkrise in Europa vergleichbar ist, ist es zwar nicht gekommen, aber das Land ist dennoch bei seinen Bürgern verschuldet.⁵³ Mit einer Gesamtverschuldung von 220 Prozent ist Japan das am höchsten verschuldete Industrieland. Die japanische Zentralbank hat in diesem Zusammenhang die Geldmenge enorm ausgeweitet.⁵⁴ Zu der erwünschten Inflation, die helfen sollte, ist es nicht gekommen.⁵⁵ Im Gegenteil: Die Wirtschaft stagnierte durch die

anhaltenden schwachen Konjunkturdaten in einer Deflation.⁵⁶

5. Lösungsversuche

Als Reaktion auf die Weltfinanzkrise entschied sich die japanische Regierung dafür, die betroffenen Banken direkt zu unterstützen. Japan hat verschiedene Konjunkturpakete zusammengestellt und konnte damit größtenteils Erfolge verbuchen. In Japan werden neben dem speziellen Hilfsmechanismus zur Anlagesicherung der Kreditinstitute drei allgemeine Möglichkeiten zur Rettung der gefährdeten Banken angewendet. Als erstes wurde im Falle einer Krise festgehalten, dass andere Banken, mit denen eine Kapitalverflechtung bestand, oder Banken aus dem gleichen Sektor (Regional- und Genossenschaftsbanken) zu finanziellen Stützaktionen bereit sind.⁵⁷ Darüber hinaus kann der Staat auf spezialgesetzlicher Grundlage Kapital zuführen und risikobehaftete Kredite ankaufen. Als drittes wurden von der BOJ Kredite zur Bankenrettung eingesetzt. Mit dem Ende der Nullzinspolitik entschloss sich die BOJ, ihre Geldaktiva um 120 Milliarden Dollar zu vergrößern, um den Finanzmarkt mit mehr Liquidität zu versorgen. Das Problem der großen Staatsverschuldung der öffentlichen Haushalte wurde aber nicht gelöst. Das neue japanische Kabinett verkündete in sei-

⁵¹ Yamauchi, EuR-Beih., 2004, 61 (64).

⁵² Burgschweiger, GIGA Nr. 3 2009, S. 1.

⁵³ Lee, Japans politischer Bankrott, S. 1, unter:
▶ <http://www.zeit.de/wirtschaft/2012-09/japan-schuldenkrise> (aufgerufen am 10.08.2013).

⁵⁴ Lee, Japans politischer Bankrott, S. 1, unter:
▶ <http://www.zeit.de/wirtschaft/2012-09/japan-schuldenkrise> (aufgerufen am 10.08.2013).

⁵⁵ Lee, Japans politischer Bankrott, S. 1, unter:
▶ <http://www.zeit.de/wirtschaft/2012-09/japan-schuldenkrise> (aufgerufen am 10.08.2013).

⁵⁶ Lee, Japans politischer Bankrott, S. 1, unter:
▶ <http://www.zeit.de/wirtschaft/2012-09/japan-schuldenkrise> (aufgerufen am 10.08.2013).

⁵⁷ Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 315, Rn. 100.

nen Reformvorschlägen, die Inflation auf 2 Prozent zu senken und ein neues Regelwerk über die BOJ einzuführen.

VII. Vergleich

Die Schuldenkrise in Europa hat Ähnlichkeiten mit der Krise in Japan.⁵⁸ Wie bei der Immobilienblase in Japan wurde auch in Europa (Deutschland, Spanien, Irland) sehr viel Geld in Immobilien investiert. Beide Krisen wurden von großen ungedeckten Verbraucher-krediten ausgelöst. Als Maßnahmen gegen die Krisen wurden in Japan und in Europa Kredite der Zentralbanken eingesetzt. Die europäische Schuldenkrise und die Finanzkrise in Japan wurden von der Weltfinanzkrise stark beeinflusst. Als exportorientierte Staaten sind Deutschland und Japan von solchen finanziellen Außenwirkungen sehr abhängig. Die beiden Staaten haben das Instrumentarium der staatlichen Übernahme insolventer Kreditinstitute als Lösungsmittel in der Finanzkrise eingeführt. Während in Deutschland die Hauptversammlung der Aktionäre für solche Entscheidungen zuständig ist, ist in Japan die FSA dafür verantwortlich. Für die Rettung schuldenbedrohter Staaten, nationaler Kreditinstitute und für die Stabilisierung der Finanzmärkte wurde in der EU, in Deutschland und in Japan ein Sonderfonds eingerichtet.

⁵⁸ Lee, Interview mit Richard Koo, Die Euro-Krise erinnert fatal an Japan, S. 1, vom 26.03.2012, unter: <http://www.zeit.de/wirtschaft/2012-03/japan-europa-krise> (aufgerufen am 18.08.2013).

Was die Unterschiede anbelangt, so ist die europäische Finanzregulierung ein föderales Projekt, das neben der EU auch eine Währungsunion von 17 Mitgliedstaaten umfasst. Ein spezifisches Problem des Euro-Raums ist, dass er eine Währungsunion mit unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedingungen für ihre Teilnehmer beinhaltet.⁵⁹ Werden bei einigen Euro-Ländern wie Spanien und Portugal hohe Zinssätze eingeführt, beschaffen sich dortige Anleger günstige Kredite aus anderen Ländern wie Deutschland.⁶⁰ Deswegen wird trotz des stabilen Finanzsystems dieser Länder Geld in andere Länder verlagert. Als Konsequenz davon profitieren einige Staaten, während andere vom Bankrott bedroht sind. Die Union wird somit von den unterschiedlichen wirtschaftlichen Verhältnissen der souveränen Staaten belastet.⁶¹ Im Gegensatz zu den europäischen Unterschieden und den Komplikationen einer Reformdurchsetzung liegt im Einheitsstaat Japan die Entscheidungskompetenz allein bei der Regierung. Der Systemvergleich zeigt ebenso, dass dort, wo die EZB gemäß Art. 130 AEUV und die Deutsche Bundesbank gemäß Art. 12 I 1 BBankG bei der Ausübung ihrer geldpoliti-

⁵⁹ Lee, Interview mit Richard Koo, Die Euro-Krise erinnert fatal an Japan, S. 3, vom 26.03.2012, unter: <http://www.zeit.de/wirtschaft/2012-03/japan-europa-krise> (aufgerufen am 18.08.2013).

⁶⁰ Lee, Interview mit Richard Koo, Die Euro-Krise erinnert fatal an Japan, S. 3, vom 26.03.2012, unter: <http://www.zeit.de/wirtschaft/2012-03/japan-europa-krise> (aufgerufen am 18.08.2013).

⁶¹ Lee, Interview mit Richard Koo, Die Euro-Krise erinnert fatal an Japan, S. 3, vom 26.03.2012, unter: <http://www.zeit.de/wirtschaft/2012-03/japan-europa-krise> (aufgerufen am 18.08.2013).

schen Aufgaben und Befugnisse unabhängig sind, die BOJ bei der Durchführung ihrer Maßnahmen von der Regierung abhängig ist. Daraus folgt, dass das europäische Finanzsystem im Vergleich zum japanischen mehr dem Prinzip der Demokratie gemäß Art. 2 und 10 I EUV untergestellt ist, was es bei notwendigen Entscheidungsfindungen anfällig macht.

VIII. Fazit

Die Beobachtung der unterschiedlichen Rechtssysteme offenbart Ähnlichkeiten bei den Ursachen und bei den Lösungsvorschlägen für die Bekämpfung der Finanzkrisen. Die Lösungswege sind meistens von den divergierenden administrativen und föderalen Strukturen der Rechtsordnungen bedingt. Die Auswege aus der Finanzkrise in Deutschland kann man eher mit denen der EU als mit denen in Japan vergleichen. Kritiker des ESM werfen ihm vor, dass durch seine administrative Befugnis der Finanz- und Budgetordnung die Souveränität der Mitgliedstaaten gefährdet werde, da die Parlamente über die Existenz der bedeutenden nationalen Kreditinstitute nicht mehr entscheiden können. Die Union durchlaufe einen Föderalisierungsprozess, bei dem durch die Institutionalisierung der EU die Mitgliedstaaten nicht mehr die Herren der Verträge sein werden. Mit dem Ausbau der Verbindung zwischen Banken und Staat würden mit Bankenschulden Steuerzahler anderer Länder belastet.

Befürworter der Bankenunion sehen dadurch eine bessere Verwaltungsform, die als effektive Institution anpassungsfähig sei und den neuen Herausforderungen des globalen Systemwettbewerbs besser entsprechen könnte, da einzelne Staaten nicht in der Lage seien, solche Verantwortung zu übernehmen. Getrieben vom Wunsch der Mitgliedstaaten und bedingt von den neuen wirtschaftlichen Verhältnissen sei die europäische finanzielle, wirtschaftliche und politische Integration zu begrüßen. Dieser Ansatz soll unterstützt werden, da eine administrative Reformierung einen wirtschaftlichen Aufschwung bringt und in der EU eine effektive Finanzregulierung erforderlich wird.

► [Inhaltsverzeichnis](#)



MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

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

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

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

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

Prof. Dr. Joachim Renzikowski*

„Schwierige Familienverhältnisse“

Examensklausur Strafrecht**

T wurde am 17.06.2007 als Tochter der damals 17jährigen A und eines unbekanntem Vaters geboren. Da die A mit der Versorgung und Erziehung ihres Kindes offensichtlich überfordert war, wurde S als zuständiger Sozialarbeiter des Jugendamts der Stadt Halle mit der Unterstützung der Mutter des Kindes betraut. Anlässlich des weihnachtlichen Besuchs von A bei ihren Eltern kam es zu Misshandlungen der T, die zu einem mehrwöchigen Krankenhausaufenthalt führten. Im Februar 2008 stellte S bei T Bisswunden am ganzen Körper fest, die von A stammten. Da T offensichtlich weder bei A noch bei deren Eltern bleiben konnte, wurde sie auf Anordnung des Jugendamts bei einer Pflegefamilie untergebracht. Im Laufe des Jahres 2010 zog A mit ihrem neuen Freund, dem Lagerarbeiter F, zusammen. Den Sommerurlaub verbrachten A, T und F gemeinsam am Meer. Seitdem kam T gelegentlich aus der Pflegefamilie für einige Tage zu ihrer Mutter zurück, damit erprobt werden konnte, ob A nunmehr für ihre Tochter ordentlich sorgen würde.

* Der Autor ist Inhaber der Professur für Strafrecht und Rechtsphilosophie/Rechtstheorie an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

** Die Klausur wurde im Land Sachsen-Anhalt im ersten Staatsexamen gestellt. Sie wurde zu Übungszwecken aktualisiert.

Schließlich wurde T im Juni des Jahres 2012 vollständig in die Obhut ihrer Mutter zurückgegeben. S war weiterhin dafür zuständig, sich um das Wohl der T zu kümmern und A bei der Erziehung zu unterstützen. Ab September traten jedoch erneut Misshandlungen auf, nunmehr verursacht durch F, der im Sommer arbeitslos geworden war und seine Probleme im Alkohol ertränkte. Im Rausch schlug er dann wahllos auf A und T ein. Bei verschiedenen Besuchen bemerkte S zwar Spuren von gravierenden Misshandlungen am Körper der T, unternahm aber nichts.

Am Donnerstag, den 11.11.2012 kam F schon gegen Mittag leicht angetrunken nach Hause und verabreichte der A in übler Laune zunächst eine Ohrfeige. Dann schlug er die T, weil sie ihm nicht schnell genug ein Bier holte. Er versetzte ihr mehrere wuchtige Fausthiebe in den Unterleib. Infolge dessen kam es bei T zu einer Darmquetschung. Eine größere Menge Flüssigkeit trat in das Bauchinnere aus, was zu einer Bauchraumentzündung und zum Versagen der Darm-, Leber- und Nierenfunktionen führte. Als A das Kind am Freitag ins Krankenhaus brachte, konnte es trotz einer Notoperation nicht mehr gerettet werden und starb.

A hatte unter dem Eindruck der Ohrfeige nicht in die Auseinandersetzung zwischen dem ihr ohnehin körperlich überlegenen F und T eingegriffen. Obwohl T nach den Schlägen erbrochen hatte und wegen heftiger Schmerzen wimmerte, unternahm A nichts.

Auch als T jede Nahrungsaufnahme verweigerte und am späten Abend in Bewusstseins-trübung verfiel, blieb A untätig. Zu diesem Zeitpunkt hätte T noch gerettet werden können. Erst am nächsten Tag brachte sie ihre inzwischen bewusstlose Tochter in die Klinik. F hatte das weitere Geschehen nicht mehr mitbekommen, sondern sich nach der Misshandlung der T sinnlos betrunken und war schließlich eingeschlafen.

Gegen F wird ein Strafverfahren wegen fahrlässiger Tötung eingeleitet. In der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht Halle (Schöffengericht) wird A als Zeugin vernommen. Jedoch versäumt der Vorsitzende Richter, A zu belehren. Um ihren Freund zu schützen, sagt A aus, T sei am Morgen des 12.11.2012 die Haustreppe heruntergefallen und habe sich dabei schwer verletzt. Da das Gericht den Angaben der unvereidigten A nicht glaubt, wird F trotzdem verurteilt.

1. Wegen welcher Straftaten wird das Gericht F verurteilen?
2. Haben sich auch A und S wegen des Geschehens am 11.11.2012 strafbar gemacht?
3. Muss A wegen ihrer Zeugenaussage vor Gericht mit einem Strafverfahren rechnen?

Lösungshinweise^{***}

Es handelt sich um eine schwierige Arbeit aus dem Bereich der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte sowie der uneidlichen Falschaussage. Außerdem ist ein Eingehen auf den Aussetzungstatbestand (§ 221 StGB) erforderlich. Aus dem Allgemeinen Teil werden Fragen der Unterlassungsdogmatik aufgeworfen. Insgesamt sind nicht viele Tatbestände, dafür aber schwere Probleme zu erörtern.

Die erste Frage führt in den Fall ein und sollte – abgesehen von der nicht geläufigen, hier aber auch nicht besonders wichtigen Vorschrift des § 225 StGB (Misshandlung von Schutzbefohlenen) – keine Probleme bereiten. Die zweite Frage wirft zunächst bei A das sehr schwere Problem auf, ob und wie § 227 StGB durch Unterlassen verwirklicht werden kann. Bei S geht es um die aktuelle Frage der Garantenstellung von Mitarbeitern des Jugendamtes. Weiterhin werden Zurechnungsprobleme (Stichworte: Regressverbot, Beteiligung durch Unterlassen, Täterbegriff beim Fahrlässigkeitsdelikt) dadurch aufgeworfen, dass in den Kausalverlauf ein strafbarer Dritter eingeschaltet ist. Die dritte Frage führt im Rahmen des § 153 StGB in das Strafprozessrecht und verlangt angesichts der verschiede-

^{***} Hierbei handelt es sich um den originalen Bewertungsvorschlag für die Examensklausur. Die Hinweise in einigen der nachfolgenden Fußnoten lassen erkennen, was als Bewertungsgrundlage erwartet werden konnte – und was nicht.

nen Lösungswege vor allem folgerichtiges und konsequentes Arbeiten am Fall.

I. Die Strafbarkeit von F

1. § 221 StGB: Aussetzung

a) Objektiver Tatbestand:

Fraglich ist, ob F die T dadurch in eine hilflose Lage versetzt hat, dass er ihr durch die Faustschläge schwere Verletzungen zugefügt hat. Nach der bis zum 31.03.1998 geltenden Fassung des Aussetzungstatbestands wäre eine Strafbarkeit offensichtlich nicht in Betracht gekommen. Denn erforderlich war eine Hilfsbedürftigkeit des Opfers als persönlicher Schwächezustand, der schon vor der Tathandlung vorhanden sein musste. Das neue Recht erweitert den Tatbestand auf beliebige Aussetzungsoffer. Es wird auch nicht mehr verlangt, dass das Opfer aus einer relativ gesicherten Lage in eine neue ungeschützte räumliche Situation verbracht wird. § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB hat sich nunmehr einem allgemeinen Gefährdungsdelikt angenähert.

Unter einer hilflosen Lage versteht man einen Zustand der Hilfsbedürftigkeit, in dem sich das Opfer nicht mehr aus eigener Kraft gegen eine etwaige Lebensgefahr zu schützen vermag und hierfür auf fremde Hilfe angewiesen ist.¹ Lässt man hierfür die Zufügung

einer Verletzung ausreichen,² so hat F den objektiven Tatbestand des § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB verwirklicht, da die Faustschläge T in Todesgefahr brachten. Ob für diese Alternative bereits die Verursachung einer konkreten Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung erforderlich ist, oder ob diese Gefahr zur hilflosen Lage hinzutreten muss,³ spielt vorliegend keine Rolle.

Das Unterlassungsdelikt des § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB scheidet dagegen aus, da F nach dem Sachverhalt wegen seiner Trunkenheit zu einer Hilfe nicht mehr in der Lage war.

b) Subjektiver Tatbestand:

Vorsatz ist insbesondere im Hinblick auf die Verursachung einer konkreten Gefahr für das Leben der T erforderlich. Hierbei ist der Gefährdungsvorsatz von einem hier nicht vorliegenden Verletzungsvorsatz (i. S. eines Tötungsvorsatzes) zu unterscheiden. F muss die Misshandlung der T als lebensbedrohliche Verletzung begriffen haben.⁴

c) Erfolgsqualifikation des § 221 Abs. 3 StGB:

Die Verletzung der T führte schließlich zu ihrem Tod. Der für die erfolgsqualifizierten Delikte wegen ihres hohen Strafrahmens geforderte „unmittelbare Zusammenhang“ zwi-

¹ Vgl. BGH, NStZ 2008, 395; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 221 Rn. 2.

² Vgl. BGHSt 52, 153 (157) m. zust. Anm. Hardtung, JZ 2008, 951 ff.

³ S. dazu Küper, ZStW 111 (1999), 30 (48) m. w. N.

⁴ Hier sind beide Ergebnisse mit der entsprechenden Begründung vertretbar.

schen grunddeliktischer Gefahr und schwerer Folge liegt somit vor. Nach § 18 StGB ist bezüglich der schweren Folge mindestens Fahrlässigkeit erforderlich. F hätte sich klar machen können, dass er aufgrund seiner kräftigen Konstitution (Lagerarbeiter) die T (kleines Kind) mit seinen wuchtigen Faustschlägen in den Unterleib umbringen konnte und handelte deshalb fahrlässig.⁵

2. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB: Gefährliche Körperverletzung

a) Objektiver Tatbestand:

F hat die T durch seine Faustschläge in ihrer körperlichen Unversehrtheit erheblich beeinträchtigt und eine schwere Verletzung verursacht. Sämtliche Tatbestandsalternativen des § 223 Abs. 1 StGB liegen also vor.

Die Faustschläge in den Unterleib stellen auch eine lebensgefährdende Behandlung dar, wie sich nicht zuletzt aus dem späteren Tod der T ergibt. Auf die Frage, ob eine konkrete Lebensgefahr eingetreten sein muss, kommt es hier also nicht an.

b) Subjektiver Tatbestand:

Im Hinblick auf § 223 StGB ist am Vorsatz des F nicht zu zweifeln. Schwieriger ist es mit einem Lebensgefährdungsvorsatz. Für § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB muss F die Umstände er-

fasst haben, die eine Lebensgefahr für T begründen.⁶ Aus den Umständen der Tat (kraftvolle und gezielte Schläge in den Unterleib) lässt sich schließen, dass F die Gefährlichkeit seines Handelns für das Leben der T wenigstens für möglich gehalten und in Kauf genommen hat.⁷

c) Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. Insbesondere erreichte der Grad der Alkoholisierung des F zum Zeitpunkt der Tat noch nicht die Schwelle auch nur der verminderten Schuldfähigkeit nach § 21 StGB.

3. § 225 StGB: Misshandlung von Schutzbefohlenen

a) Objektiver Tatbestand:

Zunächst muss eines der vier Schutzverhältnisse zwischen F und T bestanden haben. Für ein Fürsorge- oder Obhutsverhältnis (Abs. 1 Nr. 1) spricht, dass F mit der Mutter der T eheähnlich zusammenlebt. Die Grenzen einer bloßen Gefälligkeit dürften auch deshalb überschritten sein, weil für das Jugendamt die familienähnliche Gemeinschaft offensichtlich einen Grund darstellte, die T

⁶ S. Wessels/Hettinger, BT-1, Rn. 284.

⁷ Das gegenteilige Ergebnis ist vertretbar, insbesondere wenn man mit Paeffgen, in: NK-StGB³, § 224 Rn. 27 f. im objektiven Tatbestand eine konkrete Lebensgefahr verlangt. Dann gerät man mit dem Gefährdungsvorsatz in Abgrenzungsprobleme zum bedingten Tötungsvorsatz, der hier offensichtlich ausgeschlossen ist. In diesem Fall verbleibt es bei einer Bestrafung aus § 223 StGB.

⁵ Ob die Fahrlässigkeit im subjektiven Tatbestand oder erst in der Schuld geprüft wird, ist als reine Aufbaufrage gleichgültig.

in die Obhut ihrer Mutter zurückzugeben.⁸ Ebenfalls gehört T zum Hausstand des F (Abs. 1 Nr. 2), weil sie in der gemeinsamen Wohnung von A und T lebt. Die anderen Alternativen sind nicht einschlägig.

Als Tathandlung kommt eine rohe Misshandlung in Betracht. Darunter versteht man objektiv ein Handeln, welches sich in erheblichen Handlungsfolgen für das Wohlbefinden des Opfers offenbart.⁹ Angesichts der erheblichen Verletzungen der T durch die Faustschläge liegt dieses Merkmal vor.

b) Subjektiver Tatbestand:

Neben dem hier gegebenen Vorsatz ist erforderlich, dass die Misshandlung roh war, d. h. aus einer gefühllosen, gegen die Leiden des Opfers gleichgültigen Gesinnung heraus erfolgte.¹⁰ Das Handeln des F beruhte weder auf einer augenblicklichen Aufwallung über eine ihm zugefügte Kränkung noch allein auf großer Erregung.¹¹ Sofern man überhaupt von einem Fehlverhalten der T sprechen kann, handelt es sich angesichts ihres Alters (5 ½ Jahre) allenfalls um eine Lappalie, die den Exzess des F in keiner Weise nachvollziehbar erscheinen lässt. Vielmehr spricht aus seinem Verhalten eine gefühllose und unbarmherzige Gesinnung gegenüber der T.

⁸ Die gegenteilige Ansicht ist vertretbar.

⁹ Vgl. BGHSt 25, 277; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 225 Rn. 13.

¹⁰ S. BGHSt 3, 105 (109); 25, 278.

¹¹ Vgl. BGHSt 3, S. 109.

c) Qualifikation nach § 225 Abs. 3 Nr. 1 StGB:

Durch die Misshandlung hat F die T auch in eine konkrete Todesgefahr gebracht, die sich dann schließlich in ihrem Tod verwirklicht hat. Obwohl es sich um ein (gefahr-)erfolgsqualifiziertes Delikt handelt, reicht Fahrlässigkeit nach § 18 StGB nicht aus, da der Grund für eine schärfere Bestrafung darin liegt, dass sich die besondere Folge als Realisierung der dem Grunddelikt typischen Gefahr darstellt und nicht lediglich als Konkretisierung eben dieser Gefahr. Aus diesem Grund enthält das Gesetz bei Gefährdungsdelikten ausdrückliche Regelungen für Vorsatz-Fahrlässigkeitskombinationen.¹² Deshalb ist Gefährdungsvorsatz erforderlich, der verlangt, dass F die Folge seines Handelns als konkrete Bedrohung für T aufgefasst hat. Das lässt sich bezweifeln.¹³

4. § 227 StGB: Körperverletzung mit Todesfolge

a) Objektiver Tatbestand:

Die Faustschläge in den Unterleib führten zu einer Darmquetschung, gefolgt von einer Bauchhöhlenentzündung, und verursachten auf diese Weise schließlich den Tod der T.

¹² Z. B. § 315c Abs. 3 StGB; s. auch *Küper*, NJW 1976, 543 (546); *Hardtung*, in: MüKo-StGB2, § 18 Rn. 12.

¹³ Beide Ergebnisse sind vertretbar. Lediglich muss verlangt werden, dass die Bearbeiter Verletzungs- und Gefährdungsvorsatz voneinander unterscheiden. Ebenfalls muss im Verhältnis zum subjektiven Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB Konsequenz gewahrt bleiben.

Der für die erfolgsqualifizierten Delikte wegen ihres hohen Strafrahmens geforderte „unmittelbare Zusammenhang“ zwischen grunddeliktischer Gefahr und schwerer Folge liegt vor, gleich ob man mit der „Letalitäts-theorie“ auf den Verletzungserfolg abstellt¹⁴ oder mit der Rechtsprechung an die Verletzungshandlung anknüpft.¹⁵

b) Subjektiver Tatbestand:

Nach § 18 StGB ist bezüglich der schweren Folge mindestens Fahrlässigkeit erforderlich. F hätte sich klar machen können, dass er aufgrund seiner kräftigen Konstitution (Lagerarbeiter) die T (kleines Kind) mit seinen wuchtigen Faustschlägen in den Unterleib umbringen konnte und handelte deshalb fahrlässig.¹⁶

5. Weitere Straftaten

Weitere Straftaten des F müssen nicht geprüft werden. Zwar könnte man noch an eine fahrlässige Tötung durch Unterlassen denken, da F ebenfalls nichts zur Rettung der T unternommen hat, obwohl er als Garant (Ingerenz) dazu verpflichtet war. Nach dem Sachverhalt war er dazu aber gar nicht mehr in der Lage. Der komplizierten Konstruktion über die Rechtsfigur der „ommissio libera in

causa“ bedarf es hier nicht, weil ein dem verletzenden Tun nachfolgendes Unterlassen ohnehin konsumiert würde.

Gegenüber der A kommt zwar eine Körperverletzung in Betracht. Nach dem Sachverhalt geht es jedoch um den Vorwurf der fahrlässigen Tötung der T. Es ist deshalb äußerst fraglich, ob die Tat gegenüber der A überhaupt vom Prozessgegenstand miterfasst, d. h. Gegenstand der Anklage ist.¹⁷

6. Ergebnis

Das Gericht wird F wegen Aussetzung mit Todesfolge (§ 221 Abs. 3 StGB), Körperverletzung mit Todesfolge nach § 227 StGB in Tateinheit mit der Misshandlung von Schutzbefohlenen verurteilen.¹⁸ Dass F nur wegen fahrlässiger Tötung angeklagt worden ist, schadet nicht. Keinesfalls ist eine Nachtragsanklage nach § 266 StPO erforderlich, da Gegenstand des Verfahrens das gesamte zum Tod der T führende Geschehen ist, soweit F daran beteiligt war. Das Gericht ist jedoch verpflichtet, gemäß § 265 Abs. 1 StPO auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts hinzuweisen.¹⁹

¹⁴ Vgl. Küpper, FS Hirsch, 1999, 618 ff.; Krey/Heinrich, BT-1, Rn. 271 ff.

¹⁵ Vgl. BGHSt 14, 110 (112); 31, 96 (99); 48, 34 (37 ff.); Rengier, BT-2, § 16 Rn. 11 ff.

¹⁶ Ob die Fahrlässigkeit im subjektiven Tatbestand oder erst in der Schuld geprüft wird, ist als reine Aufbaufrage gleichgültig.

¹⁷ Die Erörterung des § 223 StGB gegenüber der A sollte gleichwohl nicht als Fehler angerechnet werden.

¹⁸ Vgl. BGHSt 41, 113, 116; Hirsch, NStZ 1996, 37. Die Tateinheit dient der Klarstellung dass neben dem Körperverletzungsunrecht die verwerfliche Missachtung einer besonderen Schutzpflicht vorliegt. Das gegenteilige Ergebnis ist vertretbar.

¹⁹ Ein Eingehen auf diese prozessualen Aspekte ist nicht erforderlich; es ist aber als besonders positiv zu bewerten.

II. Die Strafbarkeit der A

1. §§ 223, 13 StGB: Körperverletzung durch Nichtverhindern der Faustschläge

In Betracht kommt zunächst eine Körperverletzung durch Unterlassen dadurch, dass A den F nicht daran gehindert hat, die T zu verprügeln. Nach dem Sachverhalt scheidet jedoch schon der objektive Tatbestand aus, da F der A körperlich überlegen ist. Es fehlt somit die Möglichkeit, den Erfolg abzuwenden.

Im Übrigen wird man über die Unzumutbarkeit ebenfalls zur Straflosigkeit kommen müssen. Die genaue Einordnung dieses Gesichtspunkts beim Unterlassungsdelikt ist zwar umstritten. Jedoch bietet sich hier folgende Differenzierung an: Auf der Tatbestands- oder spätestens auf der Rechtswidrigkeitsebene sind alle Umstände zu berücksichtigen, die bereits die Handlungspflicht als solche entfallen lassen. Insofern ist eine dem § 34 StGB vergleichbare Interessenabwägung erforderlich, allerdings unter umgekehrten Vorzeichen. Der Garant ist nicht verpflichtet, eigene rechtlich geschützte Interessen aufzuopfern, es sei denn um der Rettung wichtigerer Interessen des Berechtigten willen.²⁰ Hier ist auf Seiten der A zu berücksichtigen, dass ihr bei einer Einmischung ebenfalls Prügel drohten. Zudem konnte sie aus ihrer Sicht kaum mit einem derartigen Exzess des F rechnen. Wen diese Überlegungen

nicht überzeugen, der muss über § 35 Abs. 1 StGB zumindest zu einer Entschuldigung der A gelangen.

2. § 221 StGB: Aussetzung

a) Objektiver Tatbestand:

Einschlägig ist hier § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB. A war als Mutter Obhutsgarantin im Hinblick auf die körperliche Unversehrtheit der T. Deshalb war sie dazu verpflichtet, der T beizustehen. Eine derartige Hilfe war ihr auch möglich, zumal von ihrem völlig betrunkenen Lebensgefährten keine weiteren Gewalttätigkeiten mehr zu befürchten waren. Durch ein rechtzeitiges Handeln wäre T gerettet worden.

Während nach früherem Recht (nur) ein Verlassen tatbestandsmäßig war, reicht nunmehr ein „Im-Stich-lassen“ aus. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist eine räumliche Trennung nicht mehr erforderlich. Es genügt bereits die bloße Untätigkeit.²¹

Durch die Untätigkeit der A verschlechterte sich der Zustand der T bedrohlich.

b) Subjektiver Tatbestand:

A muss die Folge ihrer Untätigkeit als bedrohlich für das Leben der T aufgefasst ha-

²⁰ Vgl. Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 34 Rn. 55; abw. Wessels/Beulke, Rn. 739: Frage der Schuld.

²¹ Insofern handelt es sich bei dieser Alternative um ein echtes Unterlassungsdelikt, vgl. BGH, NJW 2012, 546 f.; Küper, ZStW 111 (1999), 51 f.

ben. Dafür spricht, dass sie die das Leben der T gefährdenden Umstände gekannt hat.²²

c) Erfolgsqualifikation des § 221 Abs. 3 StGB:

Die Untätigkeit der A hat den Tod der T unmittelbar herbeigeführt. Die später bei § 227 StGB zu erörternden Zurechnungsprobleme stellen sich hier nicht, weil § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht lediglich bei Ingerenz einschlägig ist, sondern grundsätzlich nach dem Verursacher der Hilflosigkeit des Opfers nicht gefragt wird. Fahrlässigkeit nach § 18 StGB ist hier nicht zweifelhaft. Angesichts der bedrohlichen Verschlechterung des Zustands der T musste es sich der A geradezu aufdrängen, eine ärztliche Behandlung aufzusuchen.

3. §§ 223, 13 StGB: Körperverletzung durch Unterlassen der Versorgung der T

a) Objektiver Tatbestand:

Weiterhin liegt eine Körperverletzung durch Unterlassen der Versorgung der T vor.

Durch die unterlassene Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe erlitt T nicht nur starke Schmerzen – wobei bereits das Weiterbestehen eines schmerzhaften Zustands ausreicht. Zusätzlich verschlechterte sich auch ihr Zustand erheblich.²³ Das Unterlassen stellt somit eine körperliche Misshandlung und eine Gesundheitsbeschädigung dar.

²² Das gegenteilige Ergebnis ist vertretbar.

²³ Vgl. *Wolters*, JR 1996, 471 (472).

b) Subjektiver Tatbestand:

A hat den Zustand ihrer Tochter erkannt. Ebenfalls hat sie bemerkt, wie er sich bis zum Donnerstagabend erheblich verschlechterte. Sie handelte deshalb zumindest bedingt vorsätzlich.

4. §§ 224 Abs. 1 Nr. 5, 13 StGB: Gefährliche Körperverletzung durch Unterlassen

Eine lebensgefährdende Behandlung kann auch im Unterlassen eines Garanten liegen, sofern dadurch eine Lebensgefahr (mit-)verursacht wird.²⁴ In subjektiver Hinsicht wird man die Vorstellung einer Gefährdung angesichts der der A bekannten Symptome bejahen müssen.²⁵

5. §§ 227, 13 StGB: Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen

a) Objektiver Tatbestand:

Das Hauptproblem der Strafbarkeit der A liegt in der Frage, ob und inwieweit § 227 StGB überhaupt durch ein Unterlassen verwirklicht werden kann. Zunächst scheint darin kein Problem zu liegen. So heißt es in einer früheren Entscheidung des BGH: „§ 226 StGB setzt lediglich eine vorsätzliche Körperverletzung voraus, macht aber inso-

²⁴ Vgl. *BGH*, JR 1956, 347 m. zust. Anm. *Maurach*; vgl. auch *BGHSt* 37, 106.

²⁵ Das gegenteilige Ergebnis ist mit entsprechender Begründung vertretbar. Allerdings ergeben sich daraus spätere Konsequenzen für den subjektiven Tatbestand des § 227 StGB.

weit keinen Unterschied zwischen positivem Tun und Unterlassen.“²⁶

In dem der Klausur zugrundeliegenden Sachverhalt hat der BGH im Jahr 1995 jedoch eine Strafbarkeit nach § 227 StGB verneint. Zwar sei eine Körperverletzung mit Todesfolge grundsätzlich auch durch Unterlassen denkbar. Hier aber stelle sich der Tod als unmittelbare Folge der von F zugefügten inneren Verletzungen und nicht der unterlassenen Versorgung durch A dar. Ihrem Unterlassen fehle vielmehr die für § 227 StGB erforderliche spezifische Gefährlichkeit.²⁷

Diese Begründung ist nicht unproblematisch. So lässt sich die spezifische Gefährlichkeit der grundtatbestandlichen *Unterlassung* kaum verneinen, da zwar die unterlassene Schmerzlinderung für sich allein genommen nicht lebensgefährlich war, wohl aber die unterlassene Inanspruchnahme ärztlicher Vorsorge. Denn nach dem Sachverhalt hätte T noch am Abend des 11.11.2012 gerettet werden können. Ebenso wenig lässt sich auf der Grundlage der „Letalitätstheorie“ die Gefährlichkeit des Verletzungserfolges ablehnen, der sich in der Verschlechterung des Gesundheitszustands der T – für den A als Garantin verantwortlich war – darstellt.²⁸ Schließlich überzeugt die Berufung auf eine fehlende Unmittelbarkeit zwischen Grunddelikt und schwerer Folge nicht, da der Kausalverlauf hier nicht inadäquat ist. Im Übrigen spielt

dieser Gesichtspunkt nur dort eine Rolle, wo Dritte oder das Opfer selbst im Hinblick auf den Tod mitursächlich sind.²⁹

Will man also im Ergebnis mit dem BGH danach differenzieren, ob das Unterlassen selbst die Todesgefahr erst herbeigeführt hat oder ob die bedrohliche Vorschädigung bereits vorhanden war und nur vertieft wurde, so muss ein anderes Argument gefunden werden. Ein Begründungsansatz bietet sich mit der oft vernachlässigten Gleichstellungsklausel des § 13 Abs. 1 StGB an. Die Forderung nach der Unwertgleichheit des Unterlassens mit einem Tun wird bei § 227 StGB besonders relevant, weil es um ein besonderes Unrecht geht: Bestraft wird, wer eine besondere Todesgefahr *geschaffen* hat. Das Unterlassen der Beseitigung der Todesgefahr ist nicht gleichwertig. Eine Gleichstellung ist lediglich im Hinblick auf den *Todeserfolg* möglich. Dies betrifft jedoch nur die Zurechnung nach § 222 StGB.³⁰

Allerdings setzt diese Argumentation voraus, dass man der Entsprechensklausel im Gegensatz zur überwiegenden Auffassung³¹ auch bei nicht verhaltensgebundenen reinen Erfolgsdelikten eine gewisse Bedeutung beimisst.

²⁶ BGH bei Holtz, MDR 1982, 624.

²⁷ BGH, NJW 1995, 3194 f.

²⁸ Anders Küpper, FS Hirsch, 627.

²⁹ So mit Recht Ingelfinger, GA 1997, 573 (577 ff.); Wolters, JR 1996, 472 f.

³⁰ Ingelfinger, GA 1997, 588; ebenso Wessels/Hettinger, BT-1, Rn. 307; krit. Küpper, FS Hirsch, 628.

³¹ Vgl. Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 4 m. w. N.

b) Subjektiver Tatbestand:

Fahrlässigkeit nach § 18 StGB liegt vor. Soweit die Rechtsprechung verlangt, dass die Vorstellung des Garanten zum Zeitpunkt, zu dem er hätte tätig werden müssen, gerade auf eine solche (grunddeliktische) Körperverletzung gerichtet sein muss, die nach „Art, Ausmaß und Schwere“ den Tod des Opfers besorgen lässt,³² hat A die das Leben der T gefährdenden Umstände – auf denen das Sorgfaltswidrigkeitsurteil hinsichtlich des Todes ihres Kindes beruht – gekannt.³³

6. §§ 222, 13 StGB: Fahrlässige Tötung durch Unterlassen

Wer bereits eine Strafbarkeit nach §§ 227, 13 StGB bejaht hat, muss auf § 222 StGB nicht mehr eingehen. Wer im Ergebnis der Linie des BGH folgt, muss zumindest zu einer Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen gelangen, da hier weniger strenge Voraussetzungen gelten und insbesondere die Entsprechensklausel nicht entgegensteht.

7. Ergebnis

A hat sich entweder wegen §§ 227, 13 StGB oder nach §§ 222, 13 StGB in Tateinheit mit §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13 StGB strafbar gemacht.

³² BGHSt 41, 118.

³³ Das gegenteilige Ergebnis ist mit entsprechender Begründung vertretbar. Allerdings ergeben sich daraus spätere Konsequenzen für den subjektiven Tatbestand des § 227 StGB.

III. Die Strafbarkeit des S

1. §§ 222, 13 StGB: Fahrlässige Tötung durch Unterlassen

Fraglich ist, ob S sich dadurch nach §§ 222, 13 StGB strafbar gemacht hat, dass er die T nicht erneut aus ihrem familiären Umfeld genommen hat, obwohl er erkannte, dass T von A oder F misshandelt wurde.

a) Objektiver Tatbestand:

Der Tod der T hätte vermieden werden können, wenn S, wie er es bereits im Jahr 1995 getan hatte, die T aus ihrem familiären Umfeld bei A und F entfernt und anderweitig untergebracht hätte.

Fraglich ist allerdings, ob S hierzu verpflichtet war. Die Garantenstellung des Mitarbeiters eines Jugendamts könnte man zunächst auf § 1 Abs. 3 SGB VIII stützen, wonach der Schutz vor Gefahren für das körperliche Wohl als Ziel der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe bestimmt wird.³⁴ Ergänzend ließe sich auch auf Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG verweisen, der die staatliche Gemeinschaft zum subsidiären Wächter für den Schutz des Kindeswohls bestimmt. Die Begründung einer Garantenstellung durch Gesetz entspricht zwar der früheren Rechtsquellenlehre, gilt jedoch inzwischen als überholt, da bei ihr der materielle Gehalt der Garantenpflichten of-

³⁴ Vgl. *OLG Oldenburg*, StV 1997, 133 f. m. krit. Anm. *Bringewat*.

fen bleibt.³⁵ Bei den genannten Vorschriften ist zudem fraglich, ob sie subjektiv-öffentliche Rechte begründen oder lediglich Programmsätze darstellen.³⁶ Jedenfalls ist die Bezugnahme auf Rechtsvorschriften nicht geeignet, gerade den S zum Garanten für das Wohl der T zu machen. Durchgreifend ist vielmehr der Gedanke der tatsächlichen Schutzübernahme durch S als Mitarbeiter des zuständigen Jugendamts. Zudem besteht eine spezifische Abhängigkeit des Rechtsgutsträgers vom Übernehmer, da sich T nicht selbst schützen kann.³⁷

Die Kritik, die etwa gegen die Garantspflicht von Polizeibeamten zur Verhütung von Straftaten geäußert wird,³⁸ schlägt hier nicht durch, unabhängig davon, ob man ihre prinzipielle Berechtigung anerkennt. Die Bejahung der Garantstellung der Mitarbeiter eines Jugendamtes läuft keinesfalls auf eine allgemeine staatliche Schutzpflicht hinaus, wenn man sie auf die tatsächlich betreuten Schützlinge beschränkt. In diesem Fall lässt sich auch eine personale Beziehung zwischen dem Amtsträger und dem Träger des betroffenen Rechtsguts unschwer ausmachen. S war auch örtlich und sachlich zuständig. Eine Pflicht zum Eingreifen bestand im Rahmen seiner Aufgabenstellung. Mit dem weiteren tatenlosen Zusehen trotz des dringen-

den Verdachts weiterer schwerer Misshandlungen der T verletzte er S seinen Entscheidungsspielraum.³⁹

Problematisch ist weiterhin, ob S der Tod der T zugerechnet werden kann, da die unmittelbare Todesursache die Straftat des F darstellt. Hier bieten sich mehrere Argumentationswege an.⁴⁰ Die herrschende Lehre lehnt ein „Regressverbot“ ab und stützt sich hierzu auf den weiten Einheitstäterbegriff der Fahrlässigkeitsdelikte, der jede Schaffung einer unerlaubten Gefahr als täterschaftsbegründend ansieht.⁴¹ Wer dagegen auch bei der Fahrlässigkeit für einen restriktiven Täterbegriff plädiert,⁴² muss sich mit dem Problem der Beteiligung durch Unterlassen auseinandersetzen. Hier wiederum gelangt man zu einer Strafbarkeit des S, wenn man die Unterlassungsdelikte als Pflichtdelikte ansieht, bei denen jede Verletzung der Garantspflicht als Sonderpflicht bereits die Unterlassungstäterschaft begründet.⁴³ Gegen die pauschale Gleichsetzung der Verletzung einer Garantspflicht mit Unterlassungstäterschaft spricht freilich, dass die Differenzierung zwischen den verschiedenen Beteiligungsformen

³⁵ Vgl. auch *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 8.

³⁶ S. *OLG Stuttgart*, NJW 1998, 3131 f.; vgl. auch *Cramer*, NStZ 1997, 238 f.

³⁷ Vgl. *Bringewat*, NJW 1998, 944 (946); *OLG Stuttgart*, NJW 1998, 3132.

³⁸ Vgl. etwa *Rudolphi*, JR 1987, 336 ff.

³⁹ Vgl. auch *BGHSt* 38, 388.

⁴⁰ Hier kann nicht erwartet werden, dass jeder einzelne Begründungsstrang vertieft wird. Immerhin sollte das Problem als solches erkannt werden.

⁴¹ Vgl. *Kühl*, AT, § 20 Rn. 10; *Roxin*, AT-3, § 24 Rn. 27; *Schlehofer*, FS Herzberg, 2008, 355 (366 ff.).

⁴² Z. B. *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, 169 ff., 259 ff.; *Sutschet*, Die Erfolgszurechnung im Falle mittelbarer Rechtsgutsverletzung, 2010, 213 ff.

⁴³ Vgl. *Roxin*, AT-2, 2003, § 31 Rn. 140 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 14 Rn. 13.

bei den Begehungsdelikten – von denen sich die unechten Unterlassungsdelikte schließlich nur ableiten – überspielt wird. Dadurch wird die Entsprechensklausel des § 13 Abs. 1 StGB verfehlt.⁴⁴ Eine Strafbarkeit des S nach § 222 StGB könnte man dann mit der Erwägung verneinen, dass Unterlassen neben einem Begehungstäter ausnahmslos lediglich Beihilfe darstellen könne⁴⁵ und dass fahrlässige Beihilfe nach dem geltenden Recht nicht bestraft werde. Differenziert man indes zwischen den verschiedenen Garantenpflichten nach ihrer Funktion, so kommt eine fahrlässige Tötung des S durch Unterlassen deshalb in Betracht, weil er eine Obhutsgarantenpflicht verletzt hat.⁴⁶ Hierfür spricht, dass es bei der Pflicht zur Abwehr von Gefahren für ein bestimmtes Rechtsgut nicht darauf ankommt, ob diese Gefahr aus dem Handeln eines Straftäters oder aus Naturkausalität herrührt.

b) Subjektiver Tatbestand:

Bejaht man die objektive Zurechnung, so ist fraglich, ob S selbst mit einer derartigen Entwicklung rechnen konnte und musste. Dafür spricht, dass er an T Spuren erheblicher

Misshandlungen wahrgenommen hat und dass er die desolante Familiensituation bei A und F kannte.⁴⁷

2. § 221 StGB: Aussetzung

Der objektive Tatbestand des § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB liegt vor, da S die ihm anvertraute T ihrem Schicksal überlassen hat. Jedoch ist die Vorstellung einer konkreten Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung⁴⁸ nicht ersichtlich.

IV. Die Zeugenaussage der A

1. § 153 StGB: Falsche uneidliche Aussage

a) Objektiver Tatbestand:

A war als Zeugin in einem Strafverfahren verpflichtet, die Wahrheit über den Tod der T auszusagen (vgl. §§ 57 S. 1, 66 c Abs. 1 StPO). An dieser Wahrheitspflicht ändert sich nichts dadurch, dass sie sich dann auch selbst hätte belasten müssen bzw. dass es um die Aufklärung eines Tatvorwurfs gegenüber ihrem Lebensgefährten ging. Diese Umstände würde allenfalls ein Auskunfts- bzw. Zeugnisverweigerungsrecht begründen.

⁴⁴ Vgl. auch *Mosenheuer*, Unterlassen und Beteiligung, 2009, 173 ff.

⁴⁵ Vgl. *Gallas*, JZ 1960, 686 (687): Der Täter „verstellt“ dem unterlassenden Garanten den „unmittelbaren Zugang zum Erfolg“, zumindest, wenn – wie hier – das Unterlassen der Begehung vorgelagert ist. Ebenso *Jescheck/Weigend*, AT, 696; *Kühl*, AT, § 20 Rn. 230.

⁴⁶ Vgl. *Heine*, in: Schönke/Schröder, Vor §§ 25 ff. Rn. 103 ff.; *Krey/Esser*, AT, Rn. 1181 ff.; *Sutschet* (Anm. 42), 131 ff.

⁴⁷ Wer zum gegenteiligen Ergebnis gelangt, muss zumindest eine fahrlässige Körperverletzung durch Unterlassen bejahen. Hier stellen sich dieselben Probleme.

⁴⁸ Eine schwere Gesundheitsschädigung setzt keine schwere Körperverletzung nach § 226 Abs. 1 StGB voraus, sondern liegt auch bei nachhaltigen oder einschneidenden Beeinträchtigungen der Gesundheit vor, s. *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 221 Rn. 19.

Die Aussage der A war falsch, da der Aussageinhalt nicht mit der objektiven Sachlage übereinstimmte (objektive Theorie) bzw. da sie vom gegenwärtigen Vorstellungsbild der A abwich (subjektive Theorie). Auch nach der Pflichttheorie liegt eine falsche Aussage vor, so dass der Streit⁴⁹ nicht näher zu behandeln ist.

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

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

Das Gericht hat zunächst die Pflicht verletzt, die A über ihr Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 Abs. 1 StPO zu belehren (§ 55 Abs. 2 StPO). Denn im Hinblick auf den Tod der T hatte sich auch A strafbar gemacht. Hätte sie das Geschehen vollständig richtig angegeben, dann hätte sie sich dadurch selbst belastet. Ob sich aus der Beziehung zu F ein Zeugnisverweigerungsrecht ergibt, ist dagegen umstritten. Hält man § 52 StPO für abschließend, so ist diese Frage zu verneinen. Andererseits spricht der Zweck der Vorschrift, dem Zeugen den Konflikt zwischen der Wahrheitspflicht und der Verwandtenliebe zu ersparen, für eine analoge Ausdehnung des § 52 StPO auf nichteheliche Lebensge-

meinschaften. Im Vordergrund steht nicht der Schutz einer (formalen) Beziehung, sondern die Konfliktlage des Zeugen.⁵⁰ Demnach hätte A gemäß § 52 Abs. 3 StPO belehrt werden müssen.

Fraglich ist weiter, welche Konsequenz mit diesem Verfahrensfehler für die Strafbarkeit der A verbunden ist. Überwiegend hält man Verfahrensverstöße für unbeachtlich. Die Wahrheitspflicht und damit die Tatbestandsmäßigkeit der Falschaussage sollen unberührt bleiben. Derartige Verfahrensmängel könnten allein im Rahmen der Strafzumessung als strafmildernde Faktoren berücksichtigt werden.⁵¹ Diese absolute Trennung zwischen Verfahrensrecht und materiellem Strafrecht wird freilich kritisiert. Dem einem akzessorischen Rechtsgüterschutz verpflichteten Strafrecht widerspreche es, die Rechtspflege auch bei prozessual missbilligten Beweiserhebungen strafrechtlich zu schützen. Nach dieser „Tatbestandslösung“ sind grundsätzlich nur solche Aussagen tatbestandsmäßig, die prozessual verwertet werden können.⁵²

⁵⁰ Vgl. auch *Hillenkamp*, JuS 1997, 821 (830).

⁵¹ S. BGHSt 8, 186; StV 1995, 249; *Lenckner/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, Vor §§ 153 ff. Rn. 23 f.; *Rengier*, BT-2, § 49 Rn. 36. Begründet wird dies damit, dass die §§ 153 ff. StGB abstrakte Gefährdungsdelikte darstellten und die Rechtspflege auch durch prozessual unverwertbare Falschaussagen gefährdet werden könnte. Zudem erlaubten die §§ 52, 55 StPO lediglich das Schweigen, nicht aber das Lügen. Soweit eine Einschränkung bei Verstößen gegen die §§ 136a, 69 StPO, 396 ZPO anerkannt wird, ist diese Ausnahme hier nicht einschlägig.

⁴⁹ Zu den Aussagetheorien s. *Wolf*, JuS 1991, 177 ff.

Folgt man dieser Mindermeinung, so stellt sich die Folgefrage nach der prozessualen Verwertbarkeit der verfahrensfehlerhaft erlangten Aussage der A (die für die herrschende „Strafzumessungslösung“ unerheblich ist). Dabei spielt es keine Rolle, dass das Gericht tatsächlich den Angaben der A nicht gefolgt ist. Ein Verstoß gegen die nach § 52 StPO erforderliche Belehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht hat nach einhelliger Meinung ein Verwertungsverbot zur Folge. Das folgt aus dem Schutzzweck der Norm.⁵³ Bei § 55 StPO wird ein Verwertungsverbot dagegen mehrheitlich abgelehnt, da das Auskunftsverweigerungsrecht allein den Zeugen vor einer Selbstbelastung schützen will und den Rechtskreis des Angeklagten nicht berührt.⁵⁴ Geht man jedoch davon aus, dass § 55 StPO auch das Interesse des Angeklagten an einer konfliktfreien wahrheitsgemäßen Zeugenaussage schützen soll, lässt sich hier ebenfalls ein Verwertungsverbot begründen.⁵⁵

b) Subjektiver Tatbestand:

Am Vorsatz der A besteht kein Zweifel.

⁵² S. *Geppert*, Jura 1988, 498; *Rudolphi*, in: SK-StGB, Vor § 153 Rn. 33 ff.; begründet wird diese Auffassung weiterhin damit, dass prozessual unverwertbare Aussagen nicht als Entscheidungsgrundlage zu berücksichtigen seien und somit die Rechtspflege auch nicht gefährden könnten.

⁵³ S. BGHSt 11, 213 (216); *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 461. Dass A ihr Zeugnisverweigerungsrecht gekannt hätte, ist nicht ersichtlich.

⁵⁴ BGHSt 11, S. 216 ff.; *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 464.

⁵⁵ So *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 48.

c) Rechtswidrigkeit und Schuld:

Eine Rechtfertigung der Tat durch § 34 StGB kommt nicht in Betracht. Unabhängig davon, ob die Falschaussage der A geeignet war, die Gefahr der Strafverfolgung von F abzuwenden, scheidet eine Notstandsrechtfertigung daran, dass das Interesse des F die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs nicht überwiegt.

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

d) Aussagenotstand, § 157 StGB:

Fraglich ist indes, ob A sich auf den persönlichen Strafmilderungsgrund des Aussagenotstands berufen kann, da sie die Gefahr einer Bestrafung von ihrem Lebensgefährten abwenden wollte. Nach seinem Wortlaut gilt § 157 StGB indes – anders als § 35 StGB – nur für Angehörige. Deshalb wird überwiegend seine analoge Erstreckung auf nahestehende Personen abgelehnt.⁵⁶ Unter Hinweis auf die Einengung der Motivationsfreiheit befürwortet die Gegenauffassung eine Ausdehnung des § 157 StPO.⁵⁷

Für die herrschende Ansicht stellt sich die Frage, ob A überhaupt aus der von § 157 StGB begünstigten Motivation heraus gehandelt

⁵⁶ Vgl. *OLG Celle*, NJW 1997, 1084; *Lenckner/Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 157 Rn. 6.

⁵⁷ S. *Müller*, in: MüKo-StGB, § 157 Rn. 20.

hat, weil die Absicht der Begünstigung des F irrelevant ist. Stellt man darauf ab, dass das Selbstbegünstigungsmotiv nicht der alleinige oder auch nur der hauptsächliche Beweggrund des Täters gewesen zu sein braucht,⁵⁸ so kommt eine Strafmilderung deshalb in Betracht, weil A jedenfalls auch wusste, dass sie mit ihrer Falschaussage von ihrem eigenen Fehlverhalten ablenkt.⁵⁹

2. §§ 258, 22 StGB: Versuchte Strafvereitelung

a) Die Verfolgung des A wurde in keiner Weise verzögert oder erschwert, so dass es an einem Vereitelungserfolg fehlt. Es kommt nur ein nach § 258 Abs. 4 StGB strafbarer Versuch in Betracht.

b) Tatentschluss:

Es kam der A gerade darauf an, durch ihre Falschaussage die Bestrafung des F zu verhindern.

c) Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB:

Ein Versuch liegt vor, weil A durch ihre Falschaussage alles aus ihrer Sicht Mögliche zur Verhinderung einer Bestrafung des F getan hat.

d) Da die Falschaussage zugleich der persönlichen Selbstbegünstigung dient, greift der

Strafausschließungsgrund des Abs. 5 ein. Die analoge Erstreckung des Abs. 6 auf nahestehende Personen ist umstritten.⁶⁰

► [Inhaltsverzeichnis](#)

⁵⁸ Vgl. *BGH*, StV 1995, 249 f.

⁵⁹ Das gegenteilige Ergebnis ist vertretbar; allerdings darf der Begriff der Absicht nicht überdehnt werden.

⁶⁰ Vgl. *Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 258 Rn. 41 m. w. N.; der Streit entspricht der Problematik bei § 157 StGB.

Richard Bader, Maître en droit (Aix-Marseille III)*

„Zwei Grundstücke und ein Todesfall“

Hausarbeit Zivilrecht

Landwirt M ist Eigentümer eines Grundstücks (Wert: 200.000 Euro) im Raum Stuttgart und als solcher im Grundbuch eingetragen; über weiteres nennenswertes Vermögen verfügt er nicht. Da sein landwirtschaftlicher Betrieb nicht gut läuft, setzt er sich am 01.12.2011 mit B in Verbindung; dieser gewährt ihm ein Darlehen in Höhe von 100.000 Euro. Im Gegenzug bestellt M ihm am selben Tag eine Briefhypothek in Höhe von 100.000 Euro an seinem Grundstück und übergibt ihm den Hypothekenbrief. Zur Sicherung eines eigenen Darlehens einigt sich B mit seinem Darlehensgeber K am 02.12.2011 über die „Abtretung der Hypothek am Grundstück des M an K“. Die Einigung wird öffentlich beglaubigt, die Eintragung des K als Hypothekar im Grundbuch unterbleibt hingegen. K überträgt die Hypothek seinerseits schriftlich und unter Übergabe des Hy-

pothekenbriefs am 05.12.2011 weiter an J. Am 06.12.2011 ficht B seine Abtretungserklärung an K wirksam an.

Da die Geldnot nicht enden will, geht M am 13.12.2011 zur D-Bank und bittet auch hier um einen Kredit in Höhe von 90.000 Euro. Der für diese Art von Geschäften bevollmächtigte Angestellte der D-Bank, der das Grundbuch eingesehen hat, jedoch Ms Vermögen aufgrund eines von der D-Bank nicht zu vertretenden Datenfehlers auf 1.000.000 Euro taxiert, teilt ihm mit, dass die D-Bank zur Sicherung des Darlehens eine Buchgrundschuld in Höhe von 90.000 Euro an seinem Grundstück benötigt. Die Buchgrundschuld wird am 14.12.2011 zugunsten der D-Bank bestellt, der Darlehensvertrag abgeschlossen und das Darlehen an M ausgezahlt.

Im weiteren Kampf um den Erhalt seines Betriebes sucht M am 16.12.2011 die A-Bank auf und möchte von ihr 90.000 Euro als Darlehen. Da sein Grundstück aber voll belastet ist, hat er sich vorher mit X besprochen; X würde der A-Bank eine Grundschuld in Höhe von 90.000 Euro bestellen. M stellt ferner in Aussicht, seinen Freund F als Bürgen gewinnen zu können. Der Bankangestellte der A gibt M vorsorglich ein Bürgschaftsformular für F mit. Mit diesem Formular geht M noch am selben Tag zu F nach Hause, erklärt ihm die Angelegenheit und erreicht von F, dass dieser sich vorstellen könnte, eine selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe von 90.000 Euro zu übernehmen; F bedingt sich

* Der Autor hat den Beitrag während seiner Zeit als akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Rechtsvergleichung der Eberhard Karls Universität Tübingen (Prof. Dr. Jan Schürnbrand) erstellt. Er dankt sehr herzlich allen, die durch ihre Diskussions- und Hilfsbereitschaft die Erstellung des Beitrages unterstützt haben, insbesondere Herrn Prof. Dr. Schürnbrand, Frau Ass. iur. Sonja Birkhold und Frau Dipl. iur. Sabrina Binder.

jedoch ein paar Tage Bedenkzeit aus und holt anwaltlichen Rat ein. Am 20.12.2011 trägt F die genannte Summe ein, unterschreibt das Formular und schickt es per Telefax an die A-Bank. Am 21.12.2011 erfolgt die Bestellung der Buchgrundschuld zugunsten der A-Bank. Am 22.12.2011 gewährt die A-Bank dem M das Darlehen.

M verstirbt unerwartet am 23.07.2012 infolge eines Herzinfarkts.

Inzwischen sind die gesicherten Forderungen fällig und werden von ihren jeweiligen Inhabern geltend gemacht. Als die A-Bank den F am 27.07.2012 zur Zahlung von 90.000 Euro auffordert, zahlt F, jedoch nur unter Vorbehalt, „um das Geld ggf. wieder zurückzubekommen, falls mit dem Vertrag etwas nicht in Ordnung ist“. Er wendet wahrheitsgemäß ein, dass er die Bürgschaft in „vorweihnachtlicher Nächstenliebe“ abgeschlossen habe, weil er meinte, dass M so leistungsfähig sei, den Kredit selbst begleichen zu können. Erst durch die Zahlungsaufforderung der A-Bank habe er gemerkt, dass diese Ansicht falsch war. Jedenfalls habe er – das ist ebenfalls richtig – bereits am 02.01.2012 der A-Bank und M gleichermaßen mitgeteilt, „doch nicht haften zu wollen“. Das wolle er jetzt, da er die Wahrheit über Ms finanzielle Lage kenne, erst recht nicht. Hilfsweise wolle er sich aber bei den anderen Sicherungsgebern „schadlos halten“.

Nun tritt auch Ms „Ehefrau“ E auf den Plan. Sie und M hatten sich Ende 2003 kennen gelernt und sofort ineinander verliebt. Aus steuerlichen Gründen wollten sie noch im Dezember 2003 heiraten. Da beide zum letztmöglichen Termin jedoch nicht konnten, baten sie ihre gemeinsamen Freunde P und A, für sie zum Standesbeamten beim Standesamt Stuttgart zu gehen und in ihrem Namen für sie die Ehe zu schließen. Seit Ende März 2009 leben M und E jedoch wieder getrennt; M hatte, vertreten durch seinen Anwalt, am 15.06.2012 einen Antrag auf Auflösung, hilfsweise Scheidung der kinderlosen Ehe beim Amtsgericht – Familiengericht – Stuttgart gestellt, der daraufhin der E am 22.06.2012 zugestellt worden war. E hatte jedoch immer noch an den Fortbestand der Ehe mit M geglaubt und auch immer wieder Kontakt zu M gesucht, um sich mit ihm auszusöhnen. M hatte sie dagegen immer wieder abblitzen lassen. E weist nun darauf hin, dass M diese „idiotischen Grundstücksgeschäfte“ niemals hätte abschließen dürfen, ohne sich vorher mit ihr – E – zu besprechen. Diese Geschäfte seien daher alle „das Papier nicht wert“.

Zufällig erfährt H, der Lebensgefährte von Ms Schwester Z, von Ms Tod. H ist zugleich der vom Amtsgericht – Vormundschaftsgericht – Stuttgart ordnungsgemäß bestellte Betreuer von Z. Dies war notwendig, da Z selbst infolge eines Lawinenunfalls im Jahre 2005 geistig behindert ist. Die Eltern von M

und Z waren schon vor 20 Jahren gestorben. Neben Z hatte M keine weiteren Geschwister.

Aufgabe

Wie ist die Rechtslage?

Lösung

A. Ansprüche des J

I. § 1147 BGB¹ gegen Z auf Duldung der Zwangsvollstreckung²

J könnte einen Anspruch gegen Z auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus § 1147 haben.

1. Anspruchsgegner

Dazu müsste Z zunächst Anspruchsgegnerin sein. Gegner des Anspruchs aus § 1147 ist der Eigentümer des mit dem in Rede stehenden Grundpfandrecht belasteten Grundstücks. Dies war bis zu seinem Tod M. Z ist also nur dann alleinige Anspruchsgegnerin, wenn sie Alleinerbin des Z ist. Als Erbe des M kommt

¹ Nicht näher bezeichnete §§ sind solche des BGB.

² Anders als normalerweise wird hier der dingliche vor dem schuldrechtlichen Anspruch geprüft. Grund ist das Problem der forderungsentkleideten Hypothek und ihre Auswirkung auf die zu sichernde Forderung, das so aufbautechnisch besser verarbeitet werden kann. Das Voranstellen des schuldrechtlichen Anspruchs aus § 488 I 2 ist möglich, indes vom Aufbau her problematisch, da die Beantwortung, wie die forderungsentkleidete Hypothek zu behandeln ist, bereits hier erfolgen müsste und damit ein in Gutachten unerwünschtes Nach-unten-Verweisen nur durch eine Inzidentprüfung vermieden werden könnte.

Ms Schwester Z, als gesetzliche Erbin zweiter Ordnung (§ 1925 I), aber auch E als Ms Ehefrau (§ 1931 I 1) in Betracht.

a) Ist E Ms Ehefrau?

Fraglich ist jedoch zunächst, ob E i. S. v. § 1931 I 1 Ehefrau des M ist, M und E also eine wirksame Ehe geschlossen haben. Dies setzt u. a. gemeinsames (§ 1310 I) und persönliches (§ 1311) Erscheinen vor dem Standesbeamten voraus. M und E haben sich durch P und A vor dem Standesbeamten vertreten lassen; damit liegt zwar gemeinsames, nicht jedoch persönliches Erscheinen vor. Der Verstoß gegen § 1311 begründet jedoch keine Nicht-, sondern nur eine aufhebbare Ehe (§ 1314 I). Mithin waren M und E miteinander verheiratet. Die Ehe bestand auch zum Zeitpunkt von Ms Tod noch fort.

b) Ausschluss der E von der gesetzlichen Erbfolge gemäß § 1933

aa) Ausschluss nach § 1933 S. 2

E könnte aber nach § 1933 S. 2 von der Erbfolge ausgeschlossen sein. Das setzt voraus, dass der Erblasser berechtigt war, die Aufhebung der Ehe zu beantragen, und den Antrag auch gestellt hat.

Der Antrag auf Aufhebung der Ehe war am 15.06.2012 beim Amtsgericht – Familiengericht – Stuttgart durch den Anwalt des M (Anwaltszwang gemäß § 114 I FamFG) gestellt und der E am 22.06.2012 zugestellt wor-

den. Die formellen Voraussetzungen sind mithin erfüllt.

Weiter müsste aber auch die materielle Voraussetzung erfüllt sein, dass M zur Beantragung der Aufhebung der Ehe berechtigt war. Damit reicht also nicht die reine Antragsfähigkeit des Ehegatten, sondern das gesamte Verfahren muss bei normalem Weiterverlauf auch zur Aufhebung der Ehe geführt haben, wenn es sich nicht durch den Tod des Erblassers erledigt hätte.³ Es lag eine aufhebbare Ehe vor und M war als Ehegatte gemäß § 1316 I Nr. 1 grundsätzlich antragsberechtigt. Das Eheaufhebungsverfahren hätte aber nicht zur Aufhebung geführt, wenn die Aufhebung der Ehe ausgeschlossen war. Die Aufhebung könnte aber nach § 1315 II Nr. 2 ausgeschlossen sein. Hier lag ein Verstoß gegen § 1311 vor; jedoch wurde der Antrag nicht innerhalb der von § 1315 II Nr. 2 vorgeschriebenen 5-Jahres-Frist seit Eheschließung Ende 2003 gestellt und war damit verspätet. Der Aufhebungsantrag hätte also keinen Erfolg gehabt. § 1933 S. 2 ist nicht einschlägig.

bb) Ausschluss nach § 1933 S. 1

E könnte jedoch nach § 1933 S. 1 aus der gesetzlichen Erbfolge ausscheiden. Dazu müssten ein Scheidungsantrag des M und die weiteren materiellen Scheidungsvoraussetzungen vorliegen.

³ Weidlich, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl., § 1933, Rdnr. 6; Müller-Christmann, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Ed. 27 (2013), § 1933, Rdnr. 8.

Zunächst wurde der Scheidungsantrag als zulässiger Eventualantrag gestellt.⁴

Ferner müsste die Ehe gescheitert sein (§ 1565 I 1). Das ist gemäß § 1565 I 2 der Fall, wenn die eheliche Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht und nicht mehr erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wieder herstellen. Es reicht allerdings aus, dass nur ein Ehegatte die Ehe für gescheitert hält.⁵ Dass E allein an den Fortbestand der Ehe glaubt, ist also nicht ausreichend, um ein Scheitern zu verneinen. Beide Ehegatten lebten seit Ende März 2008 und damit seit mehr als drei Jahren getrennt. Auch die einseitigen Kontaktversuche der E führen nicht zum Ausschluss des Getrenntlebens. Damit wird das Scheitern der Ehe nach § 1566 II unwiderleglich vermutet. Nach § 1933 S. 1 ist mithin E von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen.

E war also bei Ms Tod nicht gesetzliche Erbin, so dass auch eine Miterbschaft ihrerseits nicht in Betracht kommt. Somit ist Z Alleinerbin und gemäß § 1922 mit Tod des M Eigentümerin des Grundstücks geworden.

⁴ Vgl. Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., § 260 Rdnr. 10; Musielak, Kommentar zur ZPO, 10. Aufl., § 253 Rdnr. 29 und § 260 Rdnr. 4; Greger, in: Zöller/Geimer/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 260 Rdnr. 4. (§ 260 ZPO ist über § 124 S. 2 FamFG anwendbar.)

⁵ BGH, NJW 1979, 1042; Ey, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 1565 Rdnr. 37; Bruder Müller, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., § 1565 Rdnr. 3; Rauscher, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2010, § 1565 Rdnr. 55; a. A. AG Landstuhl, FamRZ 1996, 1481.

c) Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit der E?

Dass Z infolge ihrer geistigen Behinderung geschäftsunfähig ist, ändert nichts daran, dass sie Anspruchsgegnerin ist. Insbesondere wäre der Anspruch nicht gegen Betreuer H gerichtet.⁶

2. J als Inhaber einer Briefhypothek am Grundstück der Z?

Ferner müsste J Inhaber einer Briefhypothek am Grundstück der Z sein.

a) Entstehen der Briefhypothek

Die Briefhypothek müsste zunächst entstanden sein. Dazu könnte es am 01.12.2011 gekommen sein.

aa) Fraglich ist, ob dem B gegen M ein sicherungsfähiger Anspruch zusteht (§ 1113 I). In Betracht kommt eine Darlehensforderung des B gegen M.

(1) Beschränkung nach § 1365 I 1?

Der Vertrag könnte jedoch nach § 1366 I unwirksam sein, wenn er der – vorliegend nicht eingeholten – Genehmigung der Ehefrau E bedurfte.

Das setzt zunächst voraus, dass § 1365 I 1 auf den Darlehensvertrag überhaupt anwendbar

⁶ Wird der Anspruch jedoch gerichtlich geltend gemacht, müsste Z sich von H als Betreuer gemäß §§ 1896, 1902 vertreten lassen.

ist. Dazu müsste es sich um einen Vertrag handeln, mit dem sich M dazu verpflichtete, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen. Der Umfang des Verfügungsbegriffs ist streitig.

Nach einer Ansicht sind mit einem weiten Begriffsverständnis auch persönliche Verbindlichkeiten wie Darlehensverträge von § 1365 I 1 erfasst. Dies ergebe sich aus dem Schutzzweck der Norm, der eine Einwilligung des anderen Ehegatten in eine Verbindlichkeit vorsehe, „die dem Wert der Aktiven ... oder dem Nettowert des Vermögens gleichkommt“.⁷ Dieses Verständnis umfasse auch persönliche Verbindlichkeiten.

Nach anderer Ansicht wird dieses Verständnis dem Wortsinn nicht gerecht. Es gehe danach nur um Verpflichtungen zu Verfügungen, also zu unmittelbaren Vermögensverschiebungen; wenn ein Vertrag dagegen lediglich eine Geldschuld begründe, werde damit das Vermögen nur mittelbar betroffen.⁸ Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn die Parteien des Schuldvertrages in der Absicht handelten, § 1365 zu umgehen.⁹

Da vorliegend der Darlehensvertrag nur eine persönliche Verpflichtung begründet und eine Umgehungsabsicht der Vertragsparteien

⁷ Mülke, AcP 162 (1962), 129 (144).

⁸ Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 1365 Rdnr. 43; Thiele, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2009, § 1365 Rdnr. 6.

⁹ Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 1365 Rdnr. 44; Thiele, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2009, § 1365 Rdnr. 6.

nicht zu erkennen ist, ist nach der letzteren – aufgrund der Einhaltung des Wortsinns überzeugenderen – Ansicht § 1365 I 1 als nicht einschlägig anzusehen. Also lag keine Verpflichtungsbeschränkung vor.¹⁰

(2) Zwischenergebnis

Mithin ist der Darlehensvertrag wirksam, es liegt also ein sicherungsfähiger Anspruch vor.

bb) M und B haben sich über das Entstehen einer Hypothek geeinigt (§§ 873 I, 1113 I).

cc) Die Eintragung ist ebenfalls erfolgt (§ 1115).

dd) Dem B wurde der Hypothekenbrief übergeben (§ 1117 I 1).

ee) Einigsein und Verfügungsbefugnis des M liegen ebenfalls vor.

ff) Zwischenergebnis: Am Grundstück der Z besteht eine Briefhypothek.

b) Zweiterwerb durch J?

Ferner müsste J die Briefhypothek erworben haben.

¹⁰ Die andere Ansicht ist vertretbar. Bearbeiter, die der abweichenden Ansicht folgen, müssten sich dann aber bereits hier mit der Frage befassen, ob mit dem Abschluss des Darlehensvertrags das Vermögen im Ganzen betroffen ist. Da zu diesem Zeitpunkt der Darlehensvertrag nur 50 Prozent des Grundstückswerts ausmacht, ist hier noch nicht das Vermögen im Ganzen betroffen.

aa) Inhaber der Briefhypothek war zunächst B.

bb) Die Briefhypothek könnte auf K übergegangen sein.

(1) Einigung

Das setzt erstens gemäß § 1154 I 1 die schriftliche Erteilung der Abtretungserklärung voraus.

(a) Gegenstand der Einigung

Fraglich ist zunächst, welche Auswirkungen es hat, dass sich B und K über die „Abtretung der Hypothek“, nicht die der zu sichernden Forderung, einigten. Festzuhalten ist, dass die Hypothek selbst nicht abgetreten werden kann, sondern als forderungsakzessorisches Sicherungsrecht kraft Gesetzes mit der Forderung auf den Zessionar übergeht (§§ 398 S. 1, 401, 1153). Da jedoch der Wille der Parteien erkennbar ist, dass die Hypothek von B auf K übergehen soll, ist die Einigung über die „Abtretung der Hypothek“ als Einigung über die „Abtretung der durch die Hypothek gesicherten Forderung“ auszulegen.

(b) Schriftform

Ob die Schriftform gewahrt wurde, ist im Sachverhalt offen gelassen. Die Abtretungserklärung wurde aber öffentlich beglaubigt. Gemäß § 129 I 1 kann aber nur eine schriftliche Erklärung öffentlich beglaubigt werden. Somit ist das Vorliegen einer schriftlichen Ei-

nigung und damit die Wahrung der Schriftform impliziert.

(c) Anfechtung

Da B die Abtretungserklärung jedoch am 06.12.2011 wirksam angefochten hat, ist diese gemäß § 142 I als von Anfang an nichtig anzusehen.

(2) Zwischenergebnis: K war somit ex tunc nicht Inhaber der Hypothek.

cc) J könnte die Briefhypothek jedoch am 05.12.2011 erworben haben.

(1) Einigung über Forderungsabtretung

Die schriftliche Übertragung der Hypothek impliziert die schriftliche Einigung über die Abtretung der gesicherten Darlehensforderung (§§ 398 S. 1, 1154 I 1).

(2) Übergabe des Hypothekenbriefs

Der Hypothekenbrief ist von K an J übergeben worden (§ 1154 I 1 Hs. 1).

(3) Verfügungsbefugnis

Jedoch war K zum Zeitpunkt der Abtretung nicht Inhaber der Hypothek und somit nicht Verfügungsbefugt.

(4) Erwerb der Hypothek vom Nichtberechtigten

In Betracht kommt jedoch ein Erwerb der Hypothek vom Nichtberechtigten K nach § 892 I 1.

(a) Verkehrsgeschäft und Vorliegen des normalen Erwerbstatbestandes

Voraussetzung ist zunächst ein Rechtsgeschäft i. S. e. Verkehrsgeschäfts.¹¹ Problematisch ist hier, dass die Hypothek selbst nicht per Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes als Anhängsel zur Forderung übergeht und es somit an einem Rechtsgeschäft fehlt. Nach einer Ansicht schließt dies den gutgläubigen Erwerb mangels Rechtsgeschäfts aus.¹²

Dagegen wird angeführt, dass der Hypothekenerwerb immerhin mittelbar auf rechtsgeschäftlichem Erwerb der Forderungsabtretung beruhe.¹³ Dafür, dass dies bei der Hypothek als ausreichend anzusehen ist, spricht nicht zuletzt, dass der gutgläubige Hypothekenerwerb über § 1138 gerade ermöglicht werden soll, so dass es widersprüchlich ist, ihn dann wegen Fehlens eines rechtsge-

¹¹ *Bassenge*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 892 Rdnr. 2; *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2008, § 892 Rdnr. 125; *Eckert*, in: Beck'scher Onlinekommentar zum BGB, Ed. 27 (2013), § 892 Rdnr. 8.

¹² *BGH*, NJW 1997, 190 (191).

¹³ *Kohler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 892 Rdnr. 32; *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2008, § 892 Rdnr. 86; *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 5. Aufl., § 13 Rdnr. 42 m. w. N.

schäftlichen Erwerbs zu verhindern.¹⁴ Daher scheitert der Erwerb nicht am Übergang der Hypothek kraft Gesetzes.

Die Einigung über die Abtretung in Form des § 1154 sowie die Übergabe des Hypothekenbriefs sind gegeben.

(b) Gutgläubensschutz

Weiter müsste der gute Glaube des J geschützt sein. Vorliegend war K weder Inhaber der Hypothek noch der zu sichernden Forderung. Damit müsste der gute Glaube des J also sowohl in Ansehung von Forderung als auch Hypothek geschützt sein.

(aa) Gutgläubensschutz bezüglich Briefhypothek

Problematisch ist, dass K nicht als Hypothekar durch das Grundbuch legitimiert war, so dass ein Gutgläubensschutz nach § 892 zunächst nicht in Betracht kommt. Jedoch könnte gemäß § 1155 S. 1 der Gutgläubensschutz auf die Erwerbsvorgänge außerhalb des Grundbuchs zu erstrecken sein. Danach findet u. a. § 892 so Anwendung, als wäre der Besitzer des Briefes – hier K – als Hypothekar im Grundbuch eingetragen, wenn sich dieses Recht aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergibt. Dabei muss die Abtretung des durch die Reihe Legitimierten

– hier K – an den Gutgläubensschutz suchenden Zessionar – hier J – selbst nicht öffentlich beglaubigt sein.¹⁵ Vorliegend war die Abtretungserklärung des B an K öffentlich beglaubigt, so dass K gemäß § 1155 S. 1 so zu behandeln ist, als wäre er im Grundbuch als Hypothekar eingetragen. Damit ist Js guter Glaube nach §§ 892, 1155 in Ansehung der Briefhypothek geschützt.

(bb) Fiktion des Forderungserwerbs für die logische Sekunde des Hypothekenübergangs

Problematisch ist jedoch, dass K auch nicht Inhaber der zu sichernden Forderung ist. Gemäß § 1138 erstreckt sich aber der öffentliche Glaube an die Stellung des Hypothekars auf die zu sichernde Forderung. Vorliegend ist der gute Glaube des J in Ansehung der Darlehensforderung auch nicht zerstört.

Es wird also fingiert, dass J die Forderung für die logische Sekunde des Übergangs der Hypothek gemäß §§ 1138, 892, 1155 S. 1 erworben hat;¹⁶ die Hypothek ist als Anhängsel mit übergegangen.

¹⁴ Koch/Löhnig, Fälle zum Sachenrecht, 3. Aufl., Fall 15 Rdnr. 26.

¹⁵ Eickmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 1155 Rdnr. 9; Rohe, in: Beck'scher Onlinekommentar zum BGB, Ed. 27 (2013), § 1155 Rdnr. 6.

¹⁶ Eickmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 1138 Rdnr. 15; Rohe, in: Beck'scher Onlinekommentar zum BGB, Ed. 27 (2013), § 1138 Rdnr. 3.

dd) Zwischenergebnis

J hat somit die Hypothek vom Nichtberechtigten K erworben.

3. Ergebnis

J hat einen Anspruch gegen Z auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück der Z aus § 1147.

II. § 488 I 2 BGB gegen Z auf Zahlung von 100.000 Euro

J könnte gegen Z einen Anspruch auf Zahlung von 100.000 Euro aus § 488 I 2 haben.

1. Anspruchsgegner

Z ist als Alleinerbin des M in dessen Rechtspositionen eingetreten und somit Anspruchsgegnerin.

2. Anspruch entstanden

Zwischen M und B ist am 01.12.2011 ein Darlehensvertrag über 100.000 Euro geschlossen worden, der Anspruch ist entstanden.

3. Anspruch auf J übergegangen?

Der Anspruch müsste ferner auf J übergegangen sein.

a) Übergang auf K?

Infolge der wirksamen Anfechtung des B ist die Forderung nicht auf K übergegangen.

b) Übergang auf J?

aa) Ein gutgläubiger Forderungserwerb nach § 405 kommt bei J nicht in Betracht.

bb) J hat die Forderung nicht nach §§ 892, 1138, 1155 S. 1 erworben. Nach dieser Vorschrift wird der Übergang der zu sichernden Forderung nur für die logische Sekunde des Übergangs der Hypothek fingiert.¹⁷

cc) Der Anspruch könnte jedoch nach der sogenannten Einheitstheorie¹⁸ auf J übergegangen sein. Danach bilden die Hypothek und die durch sie zu sichernde Forderung eine Einheit. Dies soll dazu führen, dass der gutgläubige Erwerb einer forderungsentkleideten Hypothek bewirkt, dass eine logische Sekunde nach dem derartigen Erwerb der Hypothek die zu sichernde Forderung der Hypothek folgt und ebenfalls auf den Neu-Hypothekar übergeht. Damit werde das Fortbestehen der Akzessorietät von Forderung und Hypothek¹⁹ sowie die Einhaltung des Grundsatzes, dass die Hypothek nicht ohne die For-

¹⁷ S. o. A. I. 2. b), bb), (4), (b), (bb). Vgl. weiter *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3, 10. Bearb., § 137 II 3; *Konzen*, in: *Soergel*, Kommentar zum BGB, 13. Aufl., § 1138 Rdnr. 6.

¹⁸ Es existieren verschiedene Bezeichnungen. Neben „Einheitstheorie“ (s. nur *Wolfsteiner*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2009, § 1138 Rdnr. 9) gibt es auch die Bezeichnungen „Mitlauftheorie“ und „Mitreißtheorie“ (s. zu beiden letzteren nur *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl., § 38 IV 1 d, Rdnr. 28).

¹⁹ *Wolff/Raiser*, Lehrbuch zum Bürgerlichen Recht, Bd. 3, 10. Bearb., § 137 II 1 d; s. auch die Zusammenfassung des Meinungsstreits in *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 5. Aufl., § 15 Rdnr. 44.

derung übergehen könne (§ 1153 II Hs. 2), weiterhin gewährleistet.²⁰ Auf diese Weise werde nicht zuletzt verhindert, dass der Schuldner von Forderung und Hypothek doppelt in Anspruch genommen werde.²¹ Danach wäre also J infolge des Erwerbs der Hypothek auch Inhaber der Darlehensforderung gegen M bzw. ab Erbfall gegen Z geworden. Damit stünde der Anspruch dem B nicht mehr zu.

Gegen diese Ansicht wird von Vertretern der so genannten „Trennungstheorie“ angeführt, dass der gutgläubige Forderungserwerb systemwidrig sei.²² Diese Ansicht überzeugt nicht zuletzt damit, dass dieser Systembruch auch nicht notwendig ist, um der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Schuldners von Forderungsinhaber und Hypothekar entgegenzutreten. Eine solche doppelte Inanspruchnahme wird durch die Einheits- theorie auch nicht in allen Fällen verhindert, so etwa dann nicht, wenn die Forderung durch Zahlung erloschen war und nach § 1138 für die Hypothek wieder auflebt.²³ Ferner wird eben jene doppelte Inanspruchnahme durch das System des Kreditsicherungsrechts des BGB ausreichend verhindert, wonach der Schuldner nur zahlen muss, wenn die Forderung nach §§ 1163 I, 1177 II auf den Grund-

stückseigentümer oder nach § 1164 auf ihn selbst übergeht oder die Einrede gegen die Geltendmachung der Hypothek nach §§ 1160 I, 1161, wenn der Gläubiger nicht den Hypothekenbrief oder, wenn der Gläubiger nicht im Grundbuch eingetragen ist, die in § 1155 bezeichneten Urkunden vorlegen kann.^{24,25}

4. Ergebnis

J hat gegen Z keinen Anspruch auf Zahlung der Darlehenssumme in Höhe von 100.000 Euro.²⁶

B. Ansprüche des B

I. § 488 I 2 gegen Z auf Zahlung von 100.000 Euro

1. Anspruchsgegner

Als Alleinerbin des M ist Z Anspruchsgegnerin.

2. Anspruch entstanden und nicht untergegangen

M und B haben wirksam einen Darlehensvertrag geschlossen, B hat das Darlehen an M

²⁰ Wilhelm, Sachenrecht, 3. Aufl., Rdnr. 1498.

²¹ Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., § 38 IV 1 d, Rdnr. 28; Wilhelm, Sachenrecht, 3. Aufl., Rdnr. 1498; Karper, JuS 1989, 33 (34).

²² Eickmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 1153 Rdnr. 13.

²³ Wolfsteiner, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2009, § 1138 Rdnr. 9.

²⁴ Wolfsteiner, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2009, § 1138 Rdnr. 9; Petersen/Rothenfußer, WM 2000, 657 (660).

²⁵ Wolfsteiner, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2009, § 1138 Rdnr. 9; Vieweg/Werner, Sachenrecht, 5. Aufl., § 15 Rdnr. 44.

²⁶ Wird der Einheitstheorie gefolgt, was vertretbar ist, hat J gegen Z Anspruch auf Zahlung der Darlehenssumme.

ausbezahlt. Der Anspruch ist nicht untergegangen oder auf Dritte übergegangen.

3. Ergebnis

B hat gegen Z Anspruch auf Zahlung von 100.000 Euro aus § 488 I 2.

II. § 1147 gegen Z auf Duldung der Zwangsvollstreckung

Da die Hypothek auf J übergegangen ist und B somit nicht deren Inhaber ist, hat B keinen Anspruch aus § 1147.

C. Ansprüche der D-Bank

I. § 488 I 2 gegen Z auf Rückzahlung von 90.000 Euro

Die D-Bank könnte einen Anspruch auf Zahlung von 90.000 Euro aus Darlehen gemäß § 488 I 2 haben.

1. Anspruchsgegner

Als Alleinerbin des M ist Z Anspruchsgegnerin.²⁷

2. Anspruch entstanden

Der Darlehensvertrag zwischen der D-Bank und M ist am 14.12.2011 geschlossen worden. § 1365 I 1 BGB ist auf persönliche Verpflichtungen wie Darlehensverträge nicht anwend-

bar²⁸ und hindert die Wirksamkeit des Darlehensvertrages somit nicht.

3. Ergebnis

Die D-Bank hat Anspruch gegen Z auf Zahlung von 90.000 Euro aus § 488 I 2.

II. §§ 1147, 1192 I gegen Z auf Duldung der Zwangsvollstreckung

Die D-Bank könnte Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus §§ 1147, 1192 I haben.

1. Anspruchsgegner

Als Alleinerbin des M ist Z Anspruchsgegnerin.

2. D-Bank = Inhaberin einer Buchgrundschuld?

a) Zu einer Einigung gemäß § 873 I ist es gekommen.

b) Die nach §§ 1192 I, 1115 erforderliche Eintragung der D-Bank als Inhaberin der Grundschuld ins Grundbuch ist erfolgt.

c) Von einer Vereinbarung des Ausschlusses des Briefes und ihrer Eintragung ins Grundbuch gemäß §§ 1192 I, 1116 II 3, 873 I ist ebenfalls auszugehen.

²⁷ Siehe oben A. I. 1.

²⁸ Siehe oben A. II. 2. a).

d) Verfügungsbeschränkung aus § 1365 I?

M könnte jedoch zur Zeit der Bestellung der Buchgrundschild gemäß § 1365 I 1 an einer wirksamen Grundschuldbestellung gehindert gewesen sein.

aa) Verfügung über das Vermögen im Ganzen?

(1) Gesamt- oder Einzeltheorie?

Zunächst müsste es sich um eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen handeln. Problematisch ist hier, dass es sich nur um einen einzelnen Vermögensgegenstand handelt, der das Vermögen im Wesentlichen ausmacht. Eine Ansicht legt den Fokus auf den Wortlaut „Vermögen im Ganzen“, der auf eine ausschließliche Anwendbarkeit auf Verfügungen über das Gesamtvermögen schließen lasse, wobei auch der Wille der Parteien auf eben diesen Umfang gerichtet ist (so genannte Gesamttheorie). Für diese Ansicht spricht die Rechtssicherheit, da nur auf den erklärten Parteiwillen abgestellt wird.²⁹

Dagegen wird angeführt, dass auch ein einzelner Gegenstand Vermögen als Ganzes darstellen könne (so genannte Einzeltheorie).³⁰ Teleologisch spricht für die Einzeltheorie, dass Rechtsgeschäfte, die eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen i. S. d. Ge-

samttheorie betreffen, sehr selten sind und damit § 1365 auf nur wenige Fälle anwendbar wäre. Damit verwirkliche die Einzeltheorie den mit § 1365 angestrebten Schutz von Ehe und Familie besser.³¹ Um diesem Zweck gerecht zu werden, erfährt die Einzeltheorie jedoch ihrerseits die Einschränkung, die Wesentlichkeit eines Vermögenswertes durch Wertrelation festzustellen und die Zustimmungspflichtigkeit nur zu fordern, wenn bei kleinen Vermögen ein Restwert von weniger als 15 Prozent,³² bei größeren Vermögen von über 25.000 Euro nur noch 10 Prozent³³ Restvermögen beim veräußernden Ehegatten bleiben.³⁴

Das Grundstück machte hier das wesentliche Vermögen aus. Durch die Bestellung der Buchgrundschild wurde das Grundstück neben der Briefhypothek zusätzlich mit 90.000 Euro, insgesamt also mit 190.000 Euro belastet; mithin verblieb ein Restwert von nur 5 Prozent.

(2) Einzeltheorie bei Grundpfandrechtsbestellung

Fraglich ist allerdings, ob § 1365 I 1 auch auf eine Grundpfandrechtsbestellung anwendbar ist. Der Wortlaut würde dies stützen; eine Belastung eines Grundstücks stellt ebenfalls

²⁹ Dazu Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 1365 Rdnr. 9; Thiele, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2007, § 1365 Rdnr. 17 m. w. N.

³⁰ BGHZ 35, 134 ff.; BGHZ 43, 174 ff.; BGHZ 64, 246 ff.

³¹ Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 1365 Rdnr. 12; Thiele, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 1365 Rdnr. 17.

³² BGHZ 77, 293 ff.

³³ BGH, NJW 1991, 1739 f.; Thiele, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2007, § 1365 Rdnr. 27.

³⁴ BGH, NJW 1991, 1740.

eine Verfügung über das Grundstück dar.³⁵ Dem wird in Literatur und Rechtsprechung widersprochen: Der Sinn des § 1365 I spreche vielmehr dafür, Belastungen nur dann als zustimmungspflichtige Verfügungen anzusehen, wenn es hierdurch zu einer Erschöpfung des Grundstückswertes kommt.³⁶ Anzuwenden sind dabei die oben genannten Quoten. Bereits bestehende Belastungen werden wertmindernd berücksichtigt.³⁷

Mit der Grundschuldbestellung werden zusätzlich zur bereits bestellten Hypothek weitere 90.000 Euro und damit insgesamt 190.000 Euro belastet, also 95 Prozent des Vermögens des M, der ja kein weiteres nennenswertes Vermögen hat. Damit bedeutet die Grundschuldbestellung objektiv eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen.

(3) Objektive oder subjektive Theorie?

Problematisch ist allerdings, dass dies infolge des Datenfehlers dem Bankangestellten nicht bekannt war. Der Angestellte war von der D-Bank bevollmächtigt, so dass es bezüglich der Kenntnis von Umständen gemäß § 166 I nur auf die Kenntnis dieses Angestellten ankommt. Fraglich ist daher, ob es lediglich auf das objektive Vorliegen einer Verfügung über das Vermögen im Ganzen ankommt oder ob es erforderlich ist, dass der Vertragspartner

positiv weiß, dass der Vermögensgegenstand das gesamte Vermögen ausmacht.³⁸

Nach der so genannten objektiven Theorie ist allein entscheidend, ob ein Gegenstand das Vermögen der Ehegatten im Ganzen ausmacht; auf die Kenntnis des Vertragspartners hiervon kommt es nicht an.³⁹ Hiernach läge ein Rechtsgeschäft über das Vermögen im Ganzen vor.

Nach der so genannten strengen subjektiven Theorie soll nur entscheidend sein, ob der Vertragspartner des Ehegatten positiv weiß, dass der Vermögensgegenstand das Vermögen im Ganzen darstellt.⁴⁰ Dies war vorliegend nicht der Fall, so dass hiernach § 1365 I 1 nicht anzuwenden ist.

Nach der so genannten gemäßigten subjektiven Theorie muss der Vertragspartner des Ehegatten sich im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren nach den Vermögensverhältnissen der Ehegatten erkundigen.⁴¹ Außer den vorliegend von der D-Bank eingehol-

³⁵ S. nur *Masuch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 873 Rdnr. 6.

³⁶ BGHZ 123, 93 ff.

³⁷ *BGH*, NJW 1980, 2350; *Koch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 1365 Rdnr. 16.

³⁸ *Brudermüller*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., § 1365 Rdnr. 9; siehe zu den angeführten Theorien ausführlich *Koch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 1365 Rdnr. 26 ff. und *Thiele*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2007, § 1365 Rdnr. 20 ff.

³⁹ *LG Berlin*, FamRZ 1959, 64, 66; *Finger*, JZ 1975, 461, 466.

⁴⁰ BGHZ 64, 246, 247 = NJW 1975, 1270, BGHZ 132, 218, 220 = NJW 1996, 1740; *Koch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 1365 Rdnr. 27; *Thiele*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2007, § 1365 Rdnr. 20.

⁴¹ *Braga*, FamRZ 1967, 652 (660); *Dölle*, Familienrecht I (1964), S. 753 f.; *Mülke*, AcP 161, 129 (149 ff.).

ten Daten sind keine weiteren Erkenntnisquellen ersichtlich. Der Datenfehler ist auch von der D-Bank nicht zu vertreten und es gab keine Anhaltspunkte für weitere Nachfragen. Damit hat die D-Bank alles Erforderliche getan, weshalb § 1365 nicht anwendbar ist.

Nach einer vermittelnden Meinung sollen allein die objektiven Verhältnisse bei unentgeltlichen Geschäften entscheidend sein, hingegen die Kenntnis des Geschäftspartners bei entgeltlichen Geschäften.⁴² Danach kommt es auf das Geschäft als wirtschaftlicher Einheit an. Da die D-Bank hier dem M ein Darlehen zur Verfügung gestellt hat, liegt Entgeltlichkeit vor, so dass nach der subjektiven Theorie zu verfahren wäre. § 1365 I 1 ist hiernach somit nicht anwendbar.

Gegen die objektive Theorie spricht, dass sie dem Familienschutz vor den Interessen des Rechtsverkehrs uneingeschränkten Vorrang einräumt.⁴³ Dies benachteiligt die Interessen des allgemeinen Rechtsverkehrs, der dann bei jedem Geschäft befürchten müsste, dass dieses gemäß § 1368 wieder rückabgewickelt werden könnte; damit würden weiterführende Geschäfte zu einem enormen wirtschaftlichen Risiko:⁴⁴ Daher ist der objektiven Theorie nicht zu folgen. Alle anderen Ansichten führen zur Nichtanwendbarkeit des § 1365 I 1

⁴² Wolf, JZ 1997, 1087 (1093 f.).

⁴³ LG Berlin, FamRZ 1959, 64 (66); Finger, JZ 1975, 461 (466).

⁴⁴ Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 1365 Rdnr. 26.

BGB, ein weitergehender Streitentscheid ist mithin entbehrlich.

Also ist die Bestellung der Grundschuld zugunsten der D-Bank wirksam. Der Anspruch ist somit entstanden. Rechtshindernde Einwendungen oder rechtshemmende Einreden sind nicht ersichtlich.

3. Ergebnis

Die D-Bank hat gegen Z Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück der Z.⁴⁵

D. Ansprüche der A-Bank

I. § 488 I 2 gegen Z auf Zahlung von 90.000 Euro

1. Anspruchsgegner

Als Alleinerbin des M ist Z Anspruchsgegnerin.

2. Anspruch entstanden

Der Anspruch war am 16.12.2011 durch Abschluss des Darlehensvertrages zwischen M und der A-Bank entstanden.

3. Anspruch erloschen

Der Anspruch der A-Bank gegen Z könnte jedoch in Höhe der Befriedigung durch den

⁴⁵ Wer nach der objektiven Theorie dazu kommt, dass das Geschäft der Zustimmung der Ehefrau E bedarf, muss nun konsequent die Wirksamkeit der Hypothekenbestellung verneinen.

Bürgen F gemäß § 774 I 1 auf F übergegangen sein. F hat auf seine Bürgschaftsschuld 90.000 Euro geleistet. In dieser Höhe ist daher der Anspruch der A-Bank gegen Z auf F übergegangen. Mithin steht der A-Bank in dieser Höhe kein Anspruch gegen Z mehr zu.

4. Ergebnis

Die A-Bank hat gegen Z keinen Anspruch auf Zahlung von 90.000 Euro.

II. §§ 1147, 1192 I gegen X auf Duldung der Zwangsvollstreckung

1. Die Grundsuld ist wirksam bestellt worden; der Anspruch besteht also.

2. Anspruch erloschen

a) Tilgung der Grundsuld durch Zahlung des F an die A-Bank?

Die Grundsuld könnte durch die Zahlung des F in Höhe von 90.000 Euro getilgt worden sein. Dazu müsste F jedoch auf die Grundsuld selbst und nicht nur auf die Bürgschaftsforderung der A-Bank gegen ihn geleistet haben. Die Zahlung des mit dem Grundstückseigentümer nicht identischen Schuldners erfolgt jedoch immer auf die Forderung.⁴⁶ Die Zahlung des F erfolgte damit auf die Bürgschaftsforderung und nicht auf

⁴⁶ Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., § 45 Rdnr. 86; Eickmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 1191 Rdnr. 120; Bassenge, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., § 1191 Rdnr. 37; Konzen, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl., § 1191 Rdnr. 42.

die Grundsuld. Daher kam es auch nicht zu einer Tilgung der Grundsuld.

b) Übergang der Grundsuld auf F

Die Grundsuld könnte gemäß §§ 1192 I, 1143 I ex lege auf F übergegangen sein. Jedoch ist § 1143 I Ausdruck der Forderungsakzessorietät der Hypothek und somit nicht über § 1192 I auf die Grundsuld anwendbar. Mithin liegt auch insofern kein Erlöschen des Anspruchs der A-Bank aus der Grundsuld gegen X vor.

3. Ergebnis

Die A-Bank kann von X Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück des X verlangen.

E. Ansprüche des F

I. §§ 357 I 1, 346 I 1 gegen die A-Bank auf Rückzahlung von 90.000 Euro

1. Wirksamer Vertrag

Dies setzt zunächst einen wirksamen Vertrag voraus.

a) Der Bürgschaftsvertrag zwischen der A-Bank und F wurde geschlossen, indem F das von der A-Bank durch X überbrachte Bürgschaftsformular unterzeichnete und dieses der A-Bank zukommen ließ.

b) Form, § 766 S. 1

Der Vertrag könnte jedoch nach § 766 S. 1 formnichtig sein. Danach muss die Erteilung der Bürgschaftserklärung schriftlich erfolgen. Nach § 126 I ist zur Einhaltung der Form die eigenhändige Unterschrift erforderlich. Fraglich ist, ob diese Form gewahrt ist, indem F das unterschriebene Formular per Telefax sandte. Der Wortlaut „Erteilung“ lässt vermuten, dass sich das fragliche Schriftstück mit Originalunterschrift am Ende des Übertragungsvorgangs beim Empfänger befinden muss. Durch Telefax geht dem Empfänger zwar die Erklärung zu, die Unterschrift wird indes nur in gleichsam kopierter Form übertragen, was nicht der Originalunterschrift entspricht.⁴⁷

Dagegen könnte man argumentieren, dass im Prozessrecht das Zusenden der Klageschrift per Telefax zur Wahrung der Klagefrist insbesondere von der Rechtsprechung als ausreichend angesehen wird.⁴⁸

Gegen die Übertragung dieses Arguments auf § 766 S. 1 spricht jedoch, dass sich der Sinn der prozessualen Formvorschrift und der des § 766 S. 1 maßgeblich unterscheiden. Während die prozessualen Vorschriften den Prozessteilnehmern auch die Möglichkeit eröffnen sollen, Klage- bzw. Rechtsmittelfristen vollständig auszuschöpfen, dient § 766 S. 1 dem Schutz des Bürgen vor Übereilung einer

unüberlegten Willenserklärung.⁴⁹ Damit zeigt sich, dass die Wertung des Prozessrechts nicht auf § 766 S. 1 übertragbar ist. Mithin liegt keine Erteilung i. S. v. § 766 S. 1 vor.

c) Konvaleszenz, § 766 S. 3

Nach § 766 S. 3 kann der Formmangel durch Erfüllung der Hauptverbindlichkeit geheilt werden. Durch Zahlung der 90.000 Euro durch F an die A-Bank könnte Erfüllung eingetreten sein. Der Vorbehalt des F könnte jedoch dazu geführt haben, dass die Erfüllungswirkung nicht eingetreten ist. Dies setzt voraus, dass der Leistende mit dem Vorbehalt zum Ausdruck bringt, dass seine Leistung nur unter der Bedingung des Bestehens der Forderung erfolgt.⁵⁰ Wenn der Leistende dagegen mit dem Vorbehalt lediglich die Wirkung des § 814 BGB ausschließen will, um das Geleistete über Bereicherungsrecht wiederzuerlangen, stellt dies die Erfüllung nicht in Frage.⁵¹ In letzterer Hinsicht ist der Vorbehalt des F zu interpretieren. Zwar führt F Gründe an, die zum Nichtbestehen der Forderung führen könnten; primär ist sein Vorbehalt jedoch darauf gerichtet, die Rückerlangung des Geleisteten zu ermöglichen. Damit ist die Hauptverbindlichkeit erfüllt und

⁴⁷ BGH, NJW 1993, 1126 f.

⁴⁸ Siehe nur Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., § 253 Rdnr. 12.

⁴⁹ BGH, NJW 1993, 1126 (1127).

⁵⁰ St. Rspr., s. nur BGH, NJW 1999, 494 (496); Fetzer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 362 Rdnr. 5.

⁵¹ St. Rspr., s. nur BGH, NJW 1999, 494 (496); Fetzer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 362 Rdnr. 5.

so der Formmangel am 27.07.2012 geheilt worden.

d) Anfechtung, § 142 I

Dem Anspruch könnte die Anfechtung der Bürgschaftserklärung durch F entgegenstehen.

aa) Anfechtungserklärung vom 02.01.?

Zunächst musste die Anfechtung erklärt worden sein. Dabei muss nicht ausdrücklich das Wort „Anfechtung“ fallen; es ist ausreichend, wenn die Erklärung als Anfechtungserklärung ausgelegt werden kann. F sagte, er wolle nicht haften. Dies ist dahin auszulegen, dass er auf jeden Fall vom Vertrag loskommen will. Seine Erklärung ist damit als Anfechtungserklärung zu verstehen.

bb) Keine Bestätigung, § 144 I

Gemäß § 144 I ist das Anfechtungsrecht ausgeschlossen, wenn der Anfechtungsberechtigte das anfechtbare Rechtsgeschäft bestätigt hat. Bestätigung bedeutet, dass der Anfechtungsberechtigte wenigstens konkludent zu verstehen gibt, dass er an dem anfechtbaren Rechtsgeschäft festhalten möchte.⁵² Vorliegend hat F die Bürgschaftsverpflichtung erfüllt. Jedoch zahlte er ausdrücklich unter Vorbehalt. Also liegt keine Bestätigung nach § 144 I vor.

⁵² *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., § 144 Rdnr. 2; *Singer*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2011, § 119 Rdnr. 89.

cc) Anfechtungsgrund

Erforderlich ist weiter ein Anfechtungsgrund. In Betracht kommt ein Eigenschaftsirrtum nach § 119 II. Dazu müsste sich F über eine im Verkehr wesentliche Eigenschaft geirrt haben. Verkehrswesentlich sind Eigenschaften, soweit sie nach der Verkehrsanschauung für die Wertschätzigkeit und Verwendbarkeit von Bedeutung sind.⁵³ Die Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners stellt eine solche verkehrswesentliche Eigenschaft dar.⁵⁴ F irrte sich hier über Ms Zahlungsfähigkeit. Mithin ist § 119 II an sich gegeben.

Fraglich ist allerdings, ob die Anwendbarkeit von § 119 II auf den Irrtum über die Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners einer durch Bürgschaft geschützten Forderung durch teleologische Reduktion auszuschließen ist. Nach einer Ansicht soll dies nicht getan werden; der Bürge gehe die Verpflichtung ein, den Gläubiger zu befriedigen, wenn sich die finanzielle Lage des Hauptschuldners so weit verschlechtere, dass der Hauptschuldner das selbst nicht könne; für ein weitergehendes Risiko, insbesondere die Zahlungsfähigkeit bei Vertragsschluss, übernehme er nicht das Risiko.⁵⁵

⁵³ *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., § 119, Rdnr. 23.

⁵⁴ *BayObLG*, DB 1988, 1846; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., § 119 Rdnr. 27; *Singer*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2011, § 119 Rdnr. 89; *Huber/Bach*, Examensrepetitorium Besonderes Schuldrecht I, 3. Aufl., § 24 Rdnr. 708.

⁵⁵ *Hefermehl*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl., § 119 Rdnr. 43.

Dagegen wird zu Recht argumentiert, dass der Zweck der Bürgschaft darin bestehe, den Gläubiger vor schlechter Vermögenslage des Hauptschuldners abzusichern – und zwar nicht nur ab Vertragsschluss für die Zukunft, sondern auch bei Vertragsschluss.⁵⁶ Könnte der Bürge aus diesem Grunde anfechten, liefe das Bürgschaftsrecht leer.⁵⁷ § 119 II ist daher entsprechend teleologisch zu reduzieren.

F hatte sich über die Leistungsfähigkeit des M bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags geirrt. § 119 II kommt als Anfechtungsgrund daher nicht in Betracht.

dd) Zwischenergebnis

Der Bürgschaftserteilung des F ist nicht aufgrund Anfechtung als nichtig anzusehen.

e) Zwischenergebnis

Der Bürgschaftsvertrag zwischen F und der A-Bank ist am 27.07.2012 ex nunc gemäß § 766 S. 3 wirksam geworden.

2. Widerruf

F könnte den Bürgschaftsvertrag jedoch widerrufen haben.

⁵⁶ *BayObLG*, DB 1988, 1846; *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 119 Rdnr. 128; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., § 119 Rdnr. 27; *Singer*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2011, § 119 Rdnr. 89; *Huber/Bach*, Examensrepetitorium Besonderes Schuldrecht I, 3. Aufl., § 24 Rdnr. 708.

⁵⁷ *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 119 Rdnr. 128.

a) Widerrufserklärung

Zunächst müsste eine Widerrufserklärung des F vorliegen. Dabei muss nicht ausdrücklich das Wort „Widerruf“ fallen; es ist ausreichend, wenn die Erklärung als Widerrufserklärung ausgelegt werden kann. F hatte der A-Bank am 02.01.2012 mitgeteilt, er wolle nicht für M haften. Dies ist dahin auszulegen, dass er auf jeden Fall mit einem beliebigen Rechtsmittel vom Vertrag loskommen will. Dies ist als Widerrufserklärung ausreichend.

b) Widerruflichkeit

Fraglich ist, ob der Widerruf am 02.01.2012 zulässig war. Problematisch ist, dass die Erklärung zu einer Zeit erfolgte, als der Bürgschaftsvertrag formnichtig war. Fraglich ist daher, ob ein nichtiger Vertrag widerrufen werden kann.

Dagegen spricht zunächst nicht, dass es bei einem nichtigen Vertrag nichts mehr gibt, was man widerrufen könnte. Diese Argumentation ist bei der Anfechtung mit der Lehre von den Doppelwirkungen im Recht zurückgewiesen worden.⁵⁸ Diese Theorie überzeugt auch im Rahmen des Widerrufs von Verbraucherverträgen durch den Hinweis darauf, dass der Schutzzweck des Widerrufsrechts nicht ausreichend gewürdigt würde, wenn man aufgrund der Nichtigkeit des zugrundeliegenden Vertrages dem Ver-

⁵⁸ S. nur *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 36. Aufl., Rdnr. 443.

braucher die im Vergleich zum Kondiktionsrecht möglicherweise günstigere Rückabwicklung nach § 357 i. V. m. §§ 346 ff. verwehren würde.⁵⁹

c) Widerrufsrecht

Ein Widerrufsrecht könnte sich aus § 495 I ergeben.

aa) § 495 I

(1) Personaler Anwendungsbereich

Zunächst müsste der Bürgschaftsvertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer geschlossen worden sein. F schließt den Bürgschaftsvertrag nicht in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit ab und ist daher Verbraucher gemäß § 13. Die A-Bank schließt den Vertrag in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit ab und ist somit Unternehmer gemäß § 14 I.⁶⁰

(2) Sachlicher Anwendungsbereich

Weiter müsste § 495 I sachlich anwendbar sein. Problematisch ist jedoch, dass § 495 I nach seinem Wortlaut nur auf Verbraucherdarlehensverträge anwendbar ist, so dass sich an sich ein Widerrufsrecht für Verbraucherbürgschaftsverträge hieraus nicht ergibt. Zu überlegen ist, ob sich diese Bedeutung durch Wortlautauslegung ergeben könnte.

⁵⁹ Bülow, in: Bülow/Artz, Kommentar zum Verbraucherkreditrecht, 7. Aufl., § 495 BGB Rdnr. 33.

⁶⁰ Darauf, ob die A-Bank juristische Person ist, kommt es hier nicht an.

§ 495 I beruht auf der Umsetzung von Art. 14 Verbraucherkreditrichtlinie (87/102/EWG) und seit 2009 der Umsetzung der neuen Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG. Mithin ist durch richtlinienkonforme Auslegung zu bestimmen, ob der Begriff des Verbraucherdarlehensvertrages unter Einbezug der Verbraucherkreditrichtlinie auch den Verbraucherbürgschaftsvertrag umfasst.

Nach dem Wortlaut des Art. 3 lit. c der Richtlinie 2008/48/EU ist Kreditvertrag ein Vertrag, bei dem ein Kreditgeber einem Verbraucher einen Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer sonstigen ähnlichen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht. Auch unter diesen Wortlaut fällt der Bürgschaftsvertrag nicht. Dies wird durch die Entstehungsgeschichte unterstrichen; die Einbeziehung von Sicherheiten war in Art. 3 des Richtlinienvorschlags vorgesehen, hat aber in die nunmehr geltende Richtlinie keinen Einzug erhalten. Damit umfasst die Richtlinie nicht die Bürgschaft.⁶¹ Somit kann ein solches Verständnis für § 495 I auch nicht aus europarechtskonformer Auslegung erfolgen.

bb) § 495 I analog

In Betracht kommt jedoch ein Widerrufsrecht analog § 495 I. Das setzt eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus.

⁶¹ So bereits zur RL 87/102/EWG *EuGH*, NJW 2000, 1323 (1324) – Berliner Kindl; s. auch *Schürnbrand*, Schuldbeitritt, S. 74.

(1) Planwidrige Regelungslücke

Da ein Widerrufsrecht für Bürgschaftsverträge im BGB fehlt, liegt eine Regelungslücke vor.

Fraglich ist, ob diese Lücke planwidrig ist. Dies ist der Fall, wenn die Unvollständigkeit dem Gesamtregelungskonzept widerspricht.⁶² Neben der Umsetzung von Art. 14 Verbraucherkreditrichtlinie (87/102/EWG) beruht § 495 I auf der Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29.07.2009.⁶³ Bereits bei Schaffung des Verbraucherkreditgesetzes waren Kreditsicherheiten diskutiert, aber nicht in das Gesetz aufgenommen worden. Bei der Integration der Vorschriften ins BGB war die Frage gar nicht mehr thematisiert worden.⁶⁴ Dies und die Tatsache, dass ein Widerrufsrecht für Verbraucherbürgschaftsverträge im Zuge der Neuregelungen vom 29.07.2009 nicht ins BGB eingeführt wurde, zeigt, dass ein solches im Regelungskonzept nicht vorgesehen ist, was bereits gegen das Vorliegen der Planwidrigkeit der Regelungslücke spricht.

(2) Vergleichbare Interessenlage

Hilfsweise ist zu fragen, ob die Interessenlage der konkreten Norm – hier § 495 I – und der Sachverhalt, auf den die Norm angewendet

werden soll, vergleichbar seien. Für das Bestehen der Vergleichbarkeit könnte sprechen, dass § 495 I analog auf den Schuldbeitritt anzuwenden sei.⁶⁵ Dies ergebe sich aus der Vergleichbarkeit von Verbraucherschuldbeitritt und Verbraucherdarlehensvertrag, wobei gleichzeitig vertreten wird, dass Schuldbeitritt und Bürgschaft vergleichbar seien.⁶⁶ Die Vergleichbarkeit von Schuldbeitritt und Bürgschaft ergebe sich insbesondere aus deren wirtschaftlicher Nähe, die diese Rechtsinstitute austauschbar mache. Dies dürfe jedoch aus Verbraucherschutzsicht nicht zu ihrer Ungleichbehandlung führen.⁶⁷ Mehr noch sei eine Gleichbehandlung konsequent, da andernfalls der Schuldbeitretende besser geschützt sei als der Bürge, obwohl er von sich aus die weitergehende Verpflichtung eingegangen sei.⁶⁸ Die Gleichbehandlung wird zwar mit dem Hinweis darauf bestritten, dass der Bürge generell im Gegensatz zum Schuldbeitretenden durch die Mechanismen des Bürgschaftsrechts wie die Formvorschrift des § 766 sowie die Einredemöglichkeiten der §§ 768, 770, 771 ausreichend geschützt und zudem durch die akzessorische Haftung des § 767 I gegenüber der gesamtschuldnerischen Haftung beim Schuld-

⁶² *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., Einl. Rdnr. 55.

⁶³ BGBl. I S. 2355.

⁶⁴ *Schürnbrand*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 491 Rdnr. 54 m. w. N.

⁶⁵ *BGH*, NJW 1996, 2156; *BGH*, NJW 2006, 431; *Kulke*, VuR 2007, 154.

⁶⁶ *Schürnbrand*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 491 Rdnr. 57.

⁶⁷ *Schürnbrand*, Examensrepetitorium Verbraucherschutzrecht, § 6 Rdnr. 123.

⁶⁸ *Kessal-Wulf*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 491 Rdnr. 23; *Huber/Bach*, 3. Aufl., Examensrepetitorium Besonderes Schuldrecht I, § 24 Rdnr. 705.

beitritt privilegiert sei.⁶⁹ Dagegen spricht jedoch, dass dies mit den Schutzzwecken der §§ 491 ff. und damit auch § 495 I in keiner Verbindung steht, weshalb Schuldbeitritt und Bürgschaft vergleichbare Sicherungsmittel sind.⁷⁰ Daraus lässt sich aber nicht zwingend die Anwendung von § 495 I auf die Verbraucherbürgschaft ableiten, da dies auch gegen die Anwendung von § 495 I auf den Schuldbeitritt sprechen könnte.

Gegen die Vergleichbarkeit der Interessenlage spricht indes der Vergleich von Bürgschaft und Darlehensvertrag.⁷¹ Der Bürge ist durch die nur akzessorische Haftung und die genannten Einredemöglichkeiten geschützt, die dem Darlehensnehmer nicht zur Verfügung stehen. Der Bürge ist daher weniger schutzwürdig. Damit fehlt es an einer vergleichbaren Interessenlage.

Damit scheidet eine analoge Anwendung des § 495 I auf die Verbraucherbürgschaft aus.

cc) § 312 I Nr. 1

In Betracht kommt weiter ein Widerrufsrecht nach § 312 I Nr. 1. Der Vertrag ist zwischen Unternehmer und Verbraucher geschlossen worden. Ferner muss der Vertrag eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand haben

⁶⁹ *Kessal-Wulf*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 491 Rdnr. 23; *Huber/Bach*, 3. Aufl., Examensrepetitorium Besonderes Schuldrecht I, § 24 Rdnr. 705.

⁷⁰ *Schürnbrand*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 491 Rdnr. 57; *Kessal-Wulf*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 491 Rdnr. 23.

⁷¹ *Kessal-Wulf*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 491 Rdnr. 23.

und der Verbraucher zu dessen Abschluss in einer Haustürsituation bestimmt worden sein.

(1) Entgeltlichkeit

Eine Leistung ist entgeltlich, wenn ihr eine Gegenleistung im Austauschverhältnis gegenübersteht.⁷² Problematisch ist, dass der Bürgschaftsvertrag den Bürgen ausschließlich einseitig verpflichtet.⁷³ Nach einer Ansicht scheidet das Haustürwiderrufsrecht bereits an eben dieser fehlenden Entgeltlichkeit des Bürgschaftsvertrages;⁷⁴ das Widerrufsrecht bestehe aber dann, wenn nicht nur die Bürgschaft ein Verbrauchergeschäft ist und in einer Haustürsituation zustande kam, sondern auch der zugrunde liegende Darlehensvertrag (so genannte doppelte Verbrauchereigenschaft und doppelte Haustürsituation⁷⁵).⁷⁶ Da aber M den Darlehensvertrag als Unternehmer abgeschlossen hat und zudem von sich aus auf die A-Bank zugeht, liegt weder ein Verbrauchergeschäft noch eine Hau-

⁷² *Masuch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 312 Rdnr. 24; *Thüsing*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2012, § 312 Rdnr. 19.

⁷³ *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 765 Rdnr. 2; *Bülow*, *Kreditsicherheiten*, 8. Aufl., Rdnr. 863.

⁷⁴ *BGH* (IX. Senat), *NJW* 1991, 592 f.

⁷⁵ *Schürnbrand*, *Examensrepetitorium Verbraucherschutzrecht*, Rdnr. 77; *Thüsing*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2012, § 312 Rdnr. 32.

⁷⁶ *EuGH*, *NJW* 1998, 1295 – *Dietzinger*; *Thüsing*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2012, § 312 Rdnr. 32.

stürsituation vor. Danach hätte F also kein Widerrufsrecht.

Nach anderer Auffassung reicht es aus, dass der Vertrag den Verbraucher nur einseitig zu einer Leistung verpflichtet.⁷⁷ Dafür spricht zum einen, dass das Widerrufsrecht des Bürgen nicht davon abhängen kann, ob der zu sichernde Darlehensvertrag ein Verbraucher- und Haustürgeschäft darstellt. Schließlich soll das Widerrufsrecht den Verbraucher-Bürgen davor schützen, ohne Vorbereitung überraschend mit einem Vertragsangebot konfrontiert zu werden.⁷⁸ Zum anderen sei das unionsrechtlich-autonome Begriffsverständnis der Entgeltlichkeit in § 312 I, der auf der Haustürwiderrufsrichtlinie beruht. Diese enthält das Erfordernis der Entgeltlichkeit der Leistung nicht, so dass der Wortlaut des § 312 I insoweit zu eng geraten ist.⁷⁹ Überzeugender ist letztere Ansicht auch aufgrund der teleologischen Erwägung der stärkeren Schutzbedürftigkeit eines Verbrauchers, der keine Gegenleistung erhält.⁸⁰ Daher scheidet § 312 I nicht am Fehlen der Entgeltlichkeit.

⁷⁷ *Masuch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 312 Rdnr. 25; *Huber/Bach*, Examensrepetitorium Vertragliche Schuldverhältnisse I, 3. Aufl., Rdnr. 702.

⁷⁸ BGHZ 165, 363 (365 ff.).

⁷⁹ *Masuch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 312 Rdnr. 25; *Thüsing*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 312 Rdnr. 20.

⁸⁰ *BGH*, NJW 1993, 1594 (1595) (XI. Zivilsenat, obiter dictum), so auch *EuGH*, NJW 1998, 1295 – Dietzinger.

(2) Haustürsituation

Da F durch M bei sich zu Hause mit dem Bürgschaftsformular konfrontiert wurde, liegt eine Haustürsituation gemäß § 312 I Nr. 1 Alt. 2 vor.

F müsste ferner zum Vertragsschluss bestimmt worden sein. Anerkannt war bereits früher, dass der Unternehmer selbst nicht die Haustürsituation herbeiführen musste, sondern auch Dritte für sich handeln lassen konnte; eine Haustürsituation war dann ausgeschlossen, wenn zwischen dem Dritten und dem Verbraucher eine hinreichende Nähebeziehung bestand, der Dritte aber nicht gleichzeitig als Repräsentant des Unternehmers bei den Vertragsverhandlungen auftrat.⁸¹ Dagegen spricht jedoch zum einen der Wortlaut von Art. 1 der Haustürwiderrufsrichtlinie, dem solch eine Einschränkung nicht zu entnehmen ist. Zum anderen würde so auch dem Schutzzweck der Vorschrift nicht Rechnung getragen, der den Verbraucher davor schützen soll, unvorbereitet durch das Haustürgeschäft überrascht zu werden.⁸² Diese Sichtweise kann nach richtlinienkonformer Auslegung des § 312 durch den EuGH nicht mehr aufrechterhalten werden; allein entscheidend ist danach das objektive Vorlie-

⁸¹ So war etwa die Nähebeziehung zwischen dem Verbraucher und dem Dritten entscheidend und wurde bejaht, wenn ein naher Angehöriger den Verbraucher zum Vertragsschluss überredete (*BGH*, NJW 1996, 191 (192)), nicht aber, wenn dieser in Funktion eines normalen Vertreters des Unternehmers gleichsam als beliebiger Dritter und nicht als naher Angehöriger auftrat (*BGH*, NJW 1996, 3414 (3415)).

⁸² *EuGH*, NJW 2005, 3555 – Crailsheimer Volksbank.

gen einer Haustürsituation.⁸³ Eine Haustürsituation ist damit zwischen F und der A-Bank gegeben.

(3) Kausalität der Haustürsituation für den Vertragsschluss

Jedoch müsste die Haustürsituation auch für den Vertragsschluss ursächlich gewesen sein. Wegen der Anlehnung des Bestimmens an § 123 I reicht es aus, dass der Vertrag ohne die Haustürsituation nicht bzw. nicht so oder zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen worden wäre;⁸⁴ ein enge zeitlich-räumliche Verknüpfung von Haustürsituation und Vertragsschluss ist nicht erforderlich.⁸⁵ Aufgrund der Umstände kann allerdings die Haustürsituation derart in den Hintergrund gedrängt werden, dass die Kausalität für den Vertragsschluss ausscheidet.⁸⁶

M hat den F hier in der Haustürsituation in die Versuchung geführt, die Bürgschaft zu übernehmen. Dass sich F ein paar Tage Be-

denkzeit ausbedungen hat, würde an sich den zeitlichen Zusammenhang nicht zerstören. Jedoch hatte sich F hier zusätzlich anwaltlichen Rat eingeholt. Dies verbunden mit der Tatsache, dass er sich selbst gegenüber seinem Freund M hinsichtlich der Bürgschaft als nicht von vornherein unkritisch erwies, zeigt, dass er nicht wie ein typischer Verbraucher überrumpelt wurde und seine Entscheidung damit bewusst fällte. Damit ist die Haustürsituation nicht kausal für den Vertragsschluss. Mithin hat F kein Widerrufsrecht aus § 312 I Nr. 1.

d) Der Widerruf ist nicht wirksam.

3. Ergebnis

F hat keinen Anspruch gegen die A-Bank auf Rückzahlung der 90.000 Euro aus §§ 357 I 1, 346 I 1.

II. § 280 I gegen die A-Bank auf Rückzahlung der 90.000 Euro

F könnte gegen die A-Bank einen Anspruch auf Rückzahlung der 90.000 Euro aus § 280 I haben.

1. Schuldverhältnis

Ein Schuldverhältnis ist mit dem Bürgschaftsvertrag gegeben.

2. Pflichtverletzung

Ferner müsste eine Pflichtverletzung vorliegen. Dies könnte der Fall sein, wenn die A-

⁸³ *EuGH*, NJW 2005, 3555 – Crailsheimer Volksbank; s. auch *Masuch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 312 Rdnr. 32.

⁸⁴ *BGH*, NJW 2006, 497; *BGH*, WM 2003, 1370 (1372); *Masuch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 312 Rdnr. 33; *Thüsing*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2012, § 312 Rdnr. 75 m. w. N.

⁸⁵ *BGH*, NJW 2009, 431 (432); *BGH*, NJW 2006, 497; *BGH*, WM 2003, 1370 (1372); *Masuch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 312 Rdnr. 33; *Thüsing*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2012, § 312 Rdnr. 77.

⁸⁶ *BGH*, NJW 2009, 431 (432); *BGH*, NJW 2006, 497; *BGH*, WM 2003, 1370 (1372); *OLG Brandenburg*, WM 2006, 2168 (2169); *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., § 312 Rdnr. 13.

Bank den Bürgen F vertragswidrig zu früh zur Zahlung aufgefordert hat, noch bevor sie die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners betrieb. Unabhängig davon, ob dies als Pflichtverletzung gesehen werden kann – immerhin hätte der Bürge grundsätzlich die Einrede der Vorausklage (§ 771 S. 1) zur Verfügung –, war die Bürgschaft hier selbstschuldnerisch, so dass ein Rückgriff auf den Bürgen jederzeit möglich war. Eine Pflichtverletzung liegt hier also jedenfalls nicht vor.

3. Ergebnis

F kann nicht aus § 280 I Zahlung von 90.000 Euro von der A-Bank verlangen.

III. Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 auf Rückzahlung der 90.000 Euro

1. Etwas erlangt

Die A-Bank hat 90.000 Euro erlangt.

2. Durch Leistung des F

Dies geschah durch bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens,⁸⁷ nämlich das der A-Bank, somit durch Leistung des F, der seine Bürgschaftsverbindlichkeit erfüllen wollte.

⁸⁷ St. Rspr., s. nur BGHZ 58, 184, 188; s. ferner Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 812 Rdnr. 41; Lorenz, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2007, § 812 Rdnr. 4.

3. Ohne rechtlichen Grund

Der rechtliche Grund bestand in dem wirksamen Bürgschaftsvertrag.

4. Ergebnis

F kann nicht aus § 812 I 1 Alt. 1 Rückzahlung der 90.000 Euro von der A-Bank verlangen.

F. Regressmöglichkeiten des F

I. §§ 774 I 1 i. V. m. 488 I 1 gegen Z auf Zahlung von 90.000 Euro

1. Anspruchsgegner

Z ist als Erbin des M Anspruchsgegnerin.

2. Anspruch entstanden

A-Bank und M haben einen Darlehensvertrag geschlossen und die A-Bank hat das Darlehen ausbezahlt. Der Anspruch ist mithin entstanden.

3. Anspruch auf F übergegangen

Der Anspruch der A-Bank gegen Z ist infolge der Tilgung der Bürgschaftsforderung der A-Bank durch F im Wege der Legalzession nach § 774 I Nr. 1 auf F übergegangen. Einwendungen und Einreden sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist der Anspruch auch fällig.

4. Ergebnis

F hat gegen Z Anspruch auf Zahlung von 90.000 Euro aus §§ 774 I 1, 488 I 2.

II. Anspruch des F gegen die A-Bank aus Bürgschaftsvertrag i. V. m. § 426 I auf Übertragung der Grundschuld am Grundstück des X i. H. v. 90.000 Euro

1. Sicherungsabrede als Anspruchsgrundlage

Zunächst ist die Anspruchsgrundlage zu bestimmen. Auch wenn dies nicht explizit im Bürgschaftsvertrag geregelt ist, ist diesem die Pflicht des Gläubigers, vorliegend der A-Bank, zu entnehmen, bei Befriedigung dem Bürgen die Möglichkeit zu geben, seine Regressforderung gegen den Hauptschuldner mithilfe der dem Gläubiger eingeräumten Sicherheit zu sichern.⁸⁸ Damit ist die Pflicht des Gläubigers verbunden, nach Zahlung die Grundschuld in Höhe der gezahlten Bürgenverbindlichkeit an den Bürgen abzutreten. Die richtige Anspruchsgrundlage ist daher die Sicherungsabrede des Bürgschaftsvertrags.

2. Anspruchsumfang

Durch die Zahlung ist die Verpflichtung der A-Bank zur Übertragung der Grundschuld in Höhe von 90.000 Euro entstanden.

Fraglich ist jedoch, ob dieses Ergebnis korrekturbedürftig ist. Denn letztlich könnte sich dann F als Bürge auf Kosten des anderen Sicherungsgebers X vollständig schadlos halten, obwohl er selbst ebenso wie der andere Sicherungsgeber X eine Sicherheit auf sich genommen hat, F lediglich zufällig schneller gezahlt hat.

Würde dies akzeptiert, würde ein unangemessener „Wettlauf der Sicherungsgeber“⁸⁹ entstehen. Hätte nämlich X vor F gezahlt, hätte X gegen die A-Bank einen Anspruch aus Sicherungsvertrag auf Abtretung der Darlehensforderung der A-Bank gegen Z gehabt; bei Erfüllung dieses Anspruchs wäre auch die Bürgschaft als akzessorisches Sicherungsrecht gemäß §§ 412, 401 ebenfalls auf X übergegangen. Dass nun auf Zufall beruhen soll, welcher Sicherungsgeber schadlos bleibt und wer vollumfänglich zahlen muss, ist unangemessen.

Nach einer Ansicht soll der Bürge bevorzugt werden, da er als persönlicher Schuldner mit seinem ganzen Vermögen einzustehen habe, wohingegen der Eigentümer des belasteten Grundstücks nur bis zu dessen Höchstwertgrenze hafte; der Bürge übernimmt damit das höhere Risiko.⁹⁰ Diese höhere Schutzbedürftigkeit kommt auch in §§ 768, 776 zum Ausdruck.⁹¹ F würde somit einen Anspruch auf

⁸⁸ BGH, NJW-RR 1994, 847; Eickmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 1191 Rdnr. 123.

⁸⁹ Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., § 38 Rdnr. 102; Huber/Bach, Examensrepetitorium Besonderes Schuldrecht I, § 24 Rdnr. 735.

⁹⁰ Tiedtke, BB 1984, 19 (20).

⁹¹ Tiedtke, BB 1984, 19 (20).

Übertragung der Grundschuld i. H. v. 90.000 Euro erhalten.

Dagegen wird angeführt, dass der Verlust des Grundstücks ebenso schwer wiegen könne wie die persönliche Haftung. Bürge und Eigentümer seien damit gleich schutzwürdig, dazu Bürgschaft und Grundschuld gleichstufige Sicherungsmittel,⁹² was eine Aufteilung nach dem Rechtsgedanken des § 426 rechtfertige.⁹³ Die Anteile sind also nach den Anteilen der Haftung, zu denen sich die Sicherungsgeber bereit erklärt hatten, zu berechnen.⁹⁴ Diese vorzugswürdige Ansicht wirkt sich hier wie folgt aus: Sowohl F als auch X wollten i. H. v. 90.000 Euro einstehen, also im Verhältnis 1 zu 1. Umgelegt auf den Betrag von 90.000 Euro folgt daraus, dass sich F bei X lediglich i. H. d. Hälfte, also i. H. v. 45.000 Euro schadlos halten kann.

3. Ergebnis

F hat gegen die A-Bank Anspruch auf Übertragung einer Grundschuld am Grundstück des X i. H. v. 45.000 Euro.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

⁹² *BGH*, MittBayNot 1993, 9; vgl. dazu auch *BGH*, NJW-RR 1991, 682 (683); *BGH*, NJW 1992, 3228; *BGH*, NJW 2001, 2327 (2330); *BGH*, NJW 2009, 437; *Looschelders*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2012, § 426 Rdnr. 271.

⁹³ *BGH*, NJW 2002, 1491; *Vieweg/Werner*, § 15 Rdnr. 65 (zwar zur Hypothek, doch sind die Argumente auf die Grundschuld übertragbar; die Konstellation kann auch bei der Grundschuld – wie gesehen – auftreten; die Argumente sind kein Ausdruck der Akzessorietät der Hypothek).

⁹⁴ *BGH*, NJW 2009, 437 f.

KÖPFE

GESUCHT

Referendare und Praktikanten
www.tsp-law.com

Thümmel, Schütze & Partner
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

Unterlassungsanspruch gegen Autokomplettierung von Suchanfragen

BGH, Urteil vom 14.05.2013 – Az. VI ZR 269/12, NJW 2013, 2348 ff.

- 1. Nimmt ein Betroffener den Betreiber einer Internet-Suchmaschine mit Suchwortergänzungsfunktion auf Unterlassung der Ergänzung persönlichkeitsrechtsverletzender Begriffe bei Eingabe des Namens des Betroffenen in Anspruch, setzt die Haftung des Betreibers die Verletzung zumutbarer Prüfpflichten voraus.**
- 2. Der Betreiber ist grundsätzlich erst verantwortlich, wenn er Kenntnis von der rechtswidrigen Verletzung des Persönlichkeitsrechts erlangt.**
- 3. Weist ein Betroffener den Betreiber auf eine rechtswidrige Verletzung seines Persönlichkeitsrechts hin, ist der Betreiber verpflichtet, zukünftig derartige Verletzungen zu verhindern.**

Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt):

G betreibt eine Internet-Suchmaschine. Seit April 2009 hat G eine automatische Komplettierungsfunktion („autocomplete“) in ihre Suchmaschine integriert, mit deren Hilfe dem Internetnutzer während der Eingabe

seiner Suchbegriffe variierend mit der Reihenfolge der eingegebenen Buchstaben in einem sich daraufhin öffnenden Fenster automatisch verschiedene Suchvorschläge angezeigt werden. Die im Rahmen dieser Suchergänzungsfunktion angezeigten Suchvorschläge werden auf der Basis eines Algorithmus ermittelt, der unter anderem die Anzahl der von anderen Nutzern eingegebenen Suchanfragen einbezieht. Weiteren Einfluss auf die Suchvorschläge übt G nicht aus.

K stellte bei der Eingabe seines Namens fest, dass die automatische Komplettierungsfunktion bei der Eingabe seines vollständigen Namens die Vorschläge „K Scientology“ und „K Betrug“ vorschlägt. In keinem der anschließend angezeigten Suchergebnisse war eine Verbindung von K zu Scientology oder einem betrügerischen Verhalten ersichtlich. Auch gab es nie entsprechende Ermittlungen gegen K. Er sieht sein Persönlichkeitsrecht verletzt und nimmt G auf Unterlassung in Anspruch.

Hat K gegen G einen Anspruch auf Unterlassung der entsprechenden Kombinationen mit seinem Namen?

Falllösung:

I. Anspruch des K gegen G gemäß §§ 1004 I, 823 I BGB analog

K könnte gegen G ein Anspruch gemäß §§ 1004 I, 823 I BGB analog zustehen. § 1004 BGB findet unmittelbar nur auf eine Verlet-

zung des Eigentums Anwendung. Die analoge Anwendung auf die in § 823 I BGB genannten und weitere absolute Rechte ist unumstritten. Als Begründung lässt sich anführen, dass es nicht sein kann, dass bei der Verletzung von sonstigen absoluten Rechten zwar nachträglich Schadensersatz gemäß § 823 I BGB begehrt werden kann, ein präventiver Unterlassungsanspruch aber nicht besteht. Eine analoge Anwendung ist deshalb zu bejahen.

1. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Voraussetzung ist, dass G ein absolutes Recht des K verletzt hat. In Betracht kommt vorliegend das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das sich aus Art. 1, 2 GG ableiten lässt. Es müsste also ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht vorliegen.

„Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts beinhalten die Suchwortergänzungsvorschläge ‚Scientology‘ und ‚Betrug‘ bei Eingabe des Vor- und Zunamens des Klägers zu 2 [hier K] in die Internet-Suchmaschine der Beklagten eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Kläger, da ihnen ein verletzendes Aussagegehalt innewohnt.

Der mit dem Begriff ‚Scientology‘ in Verbindung mit dem Namen einer real existierenden Person zum Ausdruck gebrachte Sinngehalt lässt sich – wie schon das Berufungsgericht in Betracht gezogen hat – hinreichend dahin spezifizieren, dass zwischen dieser Sekte, zu

der im Verkehr nicht zuletzt durch eine vorangegangene Medienberichterstattung konkrete Vorstellungen existieren, und der namentlich erwähnten Person eine Verbindung besteht. Diese Verbindung ist geeignet, eine aus sich heraus aussagekräftige Vorstellung hervorzurufen.

Dem Berufungsgericht kann nicht gefolgt werden, soweit es dem Begriff des Betrugs eine inhaltliche Aussagekraft mit der Begründung absprechen will, dass mit diesem Begriff ein vielfältiges, unspezifisches Bedeutungsspektrum verbunden sei. Maßgeblich für die Deutung einer Äußerung ist die Ermittlung ihres objektiven Sinns aus Sicht eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums [...]. Zwar mag es zutreffen, dass von einem durchschnittlichen Internetnutzer unter ‚Betrug‘ nicht die Verwirklichung eines rechtlich präzise bestimmten Straftatbestandes verstanden werden muss. Jedoch verbindet der Durchschnittsleser mit der Verwendung dieses Begriffes zumindest ein sittlich vorwerfbares Übervorteilen eines anderen und verleiht ihm damit einen hinreichend konkreten Aussagegehalt [...].“

Problematisch ist hier vor allem, ob in den ergänzenden Suchvorschlägen überhaupt eine eigene Aussage der G zu sehen ist oder ob man nur von der Weitergabe einer Information ausgehen muss. In Betracht käme etwa, dass man den Suchvorschlägen nur die Bedeutung beimisst, dass bereits vorher an-

dere Benutzer nach diesen Begriffspaaren gesucht haben.

„Das Berufungsgericht hat den von der Suchmaschine der Beklagten angezeigten Ergänzungsvorschlägen lediglich die Aussage entnommen, dass andere vorherige Nutzer die gewählten Begriffskombinationen zur Recherche eingegeben haben oder dass sich die Ergänzungsbegriffe in verlinkten Dritthalten auffinden lassen [...]. Dem vermag der Senat nicht beizutreten.

Der mittels der Suchmaschine der Beklagten nach Informationen forschende Internetnutzer erwartet von den ihm nach der Eingabe des Suchbegriffs angezeigten ergänzenden Suchvorschlägen durchaus einen inhaltlichen Bezug zu dem von ihm verwandten Suchbegriff, hält ihn jedenfalls für möglich. Aus dem ‚Ozean von Daten‘ werden dem suchenden Internetnutzer von der Suchmaschine der Beklagten nicht x-beliebige ergänzende Suchvorschläge präsentiert, die nur zufällig ‚Treffer‘ liefern. Die Suchmaschine ist, um für Internetnutzer möglichst attraktiv zu sein – und damit den gewerblichen Kunden der Beklagten ein möglichst großes Publikum zu eröffnen – auf inhaltlich weiterführende ergänzende Suchvorschläge angelegt. Das algorithmusgesteuerte Suchprogramm bezieht die schon gestellten Suchanfragen ein und präsentiert dem Internetnutzer als Ergänzungsvorschläge die Wortkombinationen, die zu dem fraglichen Suchbegriff am häufigsten eingegeben worden waren. Das geschieht in der – in der

Praxis oft bestätigten – Erwartung, dass die mit dem Suchbegriff bereits verwandten Wortkombinationen – je häufiger desto eher – dem aktuell suchenden Internetnutzer hilfreich sein können, weil die zum Suchbegriff ergänzend angezeigten Wortkombinationen inhaltliche Bezüge widerspiegeln. Diese Erwartung hat das Berufungsgericht bei der Bestimmung des Aussagegehalts der von der Suchmaschine der Beklagten angezeigten Ergänzungsvorschläge nicht berücksichtigt. Sie führt im Streitfall dazu, dass den bei Eingabe von Vor- und Zuname des Klägers zu 2 ‚automatisch‘ angezeigten Ergänzungsvorschlägen ‚[K] scientology‘ und ‚[K] betrug‘ die Aussage zu entnehmen ist, zwischen dem Kläger zu 2 und den – negativ konnotierten – Begriffen ‚Scientology‘ und/oder ‚Betrug‘ bestehe ein sachlicher Zusammenhang.

Diese Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Kläger ist der Beklagten auch unmittelbar zuzurechnen. Sie hat mit dem von ihr geschaffenen Computerprogramm das Nutzerverhalten ausgewertet und den Benutzern der Suchmaschine die entsprechenden Vorschläge unterbreitet. Die Verknüpfungen der Begriffe werden von der Suchmaschine der Beklagten und nicht von einem Dritten hergestellt. Sie werden von der Beklagten im Netz zum Abruf bereitgehalten und stammen deshalb unmittelbar von ihr.“

Ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des K liegt also vor.

2. Rechtswidrigkeit des Eingriffs

Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs ist sowohl bei § 823 I BGB als auch bei § 1004 I BGB indiziert, d. h. die Rechtsgutsverletzung ist grundsätzlich rechtswidrig, es sei denn, es greifen Rechtfertigungsgründe ein. Bei den so genannten Rahmenrechten, zu denen das allgemeine Persönlichkeitsrecht zählt, muss die Rechtswidrigkeit jedoch positiv festgestellt werden, indem die grundrechtlichen Belange der Parteien gegeneinander abgewogen werden.

„Es bedarf aber wegen der Eigenart des Persönlichkeitsrechts als eines Rahmenrechts einer Abwägung der widerstreitenden grundrechtlich geschützten Belange, bei der die besonderen Umstände des Einzelfalles sowie die betroffenen Grundrechte und Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention interpretationsleitend zu berücksichtigen sind [...]. Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist nur dann rechtswidrig, wenn das Schutzinteresse des Betroffenen die schutzwürdigen Belange der anderen Seite überwiegt [...].“

Danach sind das Interesse der Kläger am Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte einerseits und die durch Art. 2, 5 Abs. 1 und 14 GG geschützten Interessen der Beklagten [hier: G] auf Meinungs- und wirtschaftliche Handlungsfreiheit andererseits abzuwägen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte die Suchmaschinenfunktion zwar in ihrem eige-

nen geschäftlichen Interesse in der beschriebenen Weise betreibt, um Nutzer wegen der Effektivität der Suche an sich zu binden. Doch ziehen die Nutzer ihrerseits daraus den Vorteil einer begriffsorientierten Suche nach Daten und Informationen. [...] Auf Seiten der Kläger ist für die Abwägung entscheidend, dass die verknüpften Begriffe einen unwahren Aussagegehalt haben, weil der Kläger zu 2 – wovon nach dem Vortrag der Kläger revisionsrechtlich auszugehen ist – weder in Verbindung mit einem Betrug gebracht werden kann noch Scientology angehört oder auch nur nahe steht. Äußerungen von unwahren Tatsachen müssen nicht hingenommen werden [...].“

3. Rechtsfolge / Einschränkung der Haftung

Grundsätzlich sieht § 1004 I BGB als Rechtsfolge ein Unterlassen vor. Bei der Weiterverbreitung von Informationen Dritter schränkt der BGH jedoch das Unterlassen dahingehend ein, dass der Anspruch nur geltend gemacht werden kann, wenn der Betroffene den Störer über die Rechtsverletzung informiert hat. Andernfalls würde dies zu einer uferlosen Prüfpflicht führen, was das Betreiben einer Internetsuchmaschine unmöglich machen würde.

„Voraussetzung einer Haftung des Betreibers einer Suchmaschine mit entsprechender Hilfsfunktion ist daher ebenso wie bei der Haftung eines Hostproviders wegen der Ver-

breitung einer in einem Blog enthaltenen Äußerung eines Dritten [...] eine Verletzung von Prüfungspflichten. Deren Bestehen wie deren Umfang richtet sich im Einzelfall nach einer Abwägung aller betroffenen Interessen und relevanten rechtlichen Wertungen. Überspannte Anforderungen dürfen im Hinblick darauf, dass es sich um eine erlaubte Teilnahme am geschäftlichen Verkehr handelt, nicht gestellt werden. Entsprechend den zur Störerhaftung entwickelten Grundsätzen kommt es entscheidend darauf an, ob und inwieweit dem in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist [...].

Der Betreiber einer Suchmaschine ist danach grundsätzlich nicht verpflichtet, die durch eine Software generierten Suchergänzungsvorschläge generell vorab auf etwaige Rechtsverletzungen zu überprüfen. Dies würde den Betrieb einer Suchmaschine mit einer der schnellen Recherche der Nutzer dienenden Suchergänzungsfunktion wenn nicht gar unmöglich machen, so doch unzumutbar erschweren. Eine entsprechende präventive Filterfunktion kann zwar für bestimmte Bereiche, wie etwa Kinderpornographie, erforderlich und realisierbar sein, sie vermag jedoch nicht allen denkbaren Fällen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung vorzubeugen. Den Betreiber einer Internet-Suchmaschine trifft deshalb grundsätzlich erst dann eine Prüfungspflicht, wenn er Kenntnis von der Rechtsverletzung erlangt. Weist ein Betroffener den Betreiber einer Internet-Suchmaschine auf eine rechtswidrige Verletzung seines

Persönlichkeitsrechts hin, ist der Betreiber der Suchmaschine verpflichtet, zukünftig derartige Verletzungen zu verhindern [...].“

Ergebnis

Damit hat K gegen G einen Anspruch aus §§ 1004 I, 823 I BGB analog auf Unterlassung, dass sein Name im Rahmen mit der Auto-komplettierungsfunktion in Verbindung mit den Begriffen „Scientology“ und „Betrug“ gebracht wird. Dieser Anspruch besteht jedoch erst ab dem Zeitpunkt, in dem G auf die Persönlichkeitsrechtsverletzung hingewiesen wurde.

Hinweise:

Die Details dieser Entscheidung sind sicherlich nicht examensrelevant, da es sich um eine Spezialmaterie des Internetrechts handelt, die von Prüfungsteilnehmern nicht erwartet werden kann, allein deshalb, weil die Entscheidung in ungekürzter Version auch Ausführungen zum Telemediengesetz enthält, das nicht Prüfungsgegenstand ist. Unterlassungsansprüche gemäß §§ 1004 I, 823 I BGB analog in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht oder sonstigen Grundrechten können jedoch immer wieder zum Gegenstand von Klausuren gemacht werden.

Wichtig hierbei ist, dass man die Eckpunkte der Rechtsprechung kennt. Die analoge Anwendung des § 1004 BGB auf sonstige absolute Rechte sollte ebenso bekannt sein wie

die Ausnahme, dass bei Rahmenrechten die Rechtswidrigkeit nicht indiziert ist, sondern positiv mittels einer Abwägungsentscheidung festgestellt werden muss. Hierbei ist von Bedeutung, die beiden widerstreitenden Grundrechtspositionen herauszuarbeiten und alle im Sachverhalt vorhandenen Informationen bei der Abwägung zu verwenden.

In der Sache ist die Entscheidung zu kritisieren. Der BGH verkennt den Aussagegehalt der angegriffenen Informationen. Zutreffend stellt er auf ein unvoreingenommenes und verständiges Publikum der Suchmaschine ab. Verständige Benutzer wissen aber, dass es sich bei den Suchvorschlägen nicht um Vorschläge mit Informationsgehalt handelt, sondern dass diese allein auf der Häufigkeit der verwendeten Suchbegriffe basieren. Es wird also keine Aussage über die Verbindung von K und Scientology oder Betrug getroffen, sondern allein eine Aussage darüber, dass viele Benutzer diese Suchbegriffe zusammen verwendet haben. Diese Aussage ist aber, geht man von einem funktionierenden Algorithmus aus, zutreffend.

(Dr. Julius Forschner)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Winterräumdienst als Werkvertrag und AGB

BGH, Versäumnisurteil vom 06.06.2013 –
Az. VII ZR 355/12, NJW 2013, 3022 ff.

- 1. Verpflichtet sich der Unternehmer, eine bestimmte Fläche von Schnee- und Eisglätte freizuhalten, ist Werkvertragsrecht anwendbar.**
- 2. Eine solche Leistung ist grundsätzlich nicht abnahmebedürftig, so dass es gerechtfertigt ist, das Mängelrecht der §§ 634 ff. BGB anzuwenden, wenn der Unternehmer die Leistung in Erfüllung seiner gesamten Verbindlichkeit erbracht hat.**
- 3. Eine Formularbestimmung, wonach der Vertragspartner des Verwenders diesem eine Frist zur Nacherfüllung setzen muss, auch wenn eine Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 2, § 326 Abs. 5, § 636 BGB entbehrlich ist, benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil sie von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweicht.**

(amtliche Leitsätze)

Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt):

K und B schlossen am 21.02.2012 einen „Reinigungsvertrag Winterdienst“, in dem sich K verpflichtet, den Gehsteig, den Hofeingang und die Wege auf dem Grundstück des B von Schnee freizuhalten. Hierzu enthielt der Vertrag folgende Bestimmung:

„Der Auftragnehmer übernimmt die öffentlich-rechtliche Verpflichtung während des winterlichen Reinigungszeitraumes vom 1. November bis zum 30. April, ... die vertraglich vereinbarten Reinigungsflächen ... gemäß den Pflichten des Straßenreinigungsgesetzes des jeweiligen Bundeslandes bzw. der jeweiligen kommunalen Satzung von Schnee- und Eisglätte freizuhalten und bei Winterglätte mit abstumpfenden Stoffen zu bestreuen ...“

Als Entgelt wurde ein Pauschalbetrag pro Saison vereinbart. Die von K verwendeten und für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen enthielten in § 14 folgende weitere Vereinbarung:

„Die Gewährleistungsansprüche der Auftraggeber werden dahingehend beschränkt, dass sie zunächst nur Nachbesserung verlangen können. Lediglich im Fall des wiederholten Fehlschlagens der Nachbesserung kann der Auftraggeber nach seiner Wahl Herabsetzung der Vergütung oder Rückgängigmachung des Vertrages verlangen.“

In der Wintersaison 2012/2013 reinigte der K die Flächen des B nur an etwa der Hälfte der Tage, an denen es erforderlich gewesen wäre. K verlangte von B Zahlung von 800 Euro. B zahlte lediglich 400 Euro und beruft sich darauf, dass die Schneeräumarbeiten nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden seien.

Kann K von B weitere 400 Euro verlangen?

Falllösung:

I. Anspruch des K gegen B auf Zahlung von 400 Euro gemäß § 631 I Var. 2 BGB

Voraussetzung für einen Anspruch auf Zahlung der Vergütung gemäß § 631 I Var. 2 BGB ist, dass zwischen K und B ein Werkvertrag zustande gekommen ist. Der Vertragsschluss als solcher ist unproblematisch. Fraglich ist jedoch, ob es sich bei dem abgeschlossenen „Reinigungsvertrag Winterdienst“ um einen Werkvertrag handelt.

1. Einordnung des Vertrags als Werkvertrag

In Betracht kommt hier sowohl eine Einordnung als Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) als auch als Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB). Der BGH geht von einem Werkvertrag aus:

„Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts haben die Parteien einen Werkvertrag geschlossen. Gemäß § 631 Abs. 2 BGB kann Gegenstand eines Werkvertrages auch ein durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizu-

führender Erfolg sein. Für die Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag ist der im Vertrag zum Ausdruck kommende Wille der Parteien maßgebend. Es kommt darauf an, ob eine Dienstleistung als solche oder als Arbeitsergebnis deren Erfolg geschuldet wird [...].

Die Klägerin [hier: K] schuldete einen Erfolg. Nach der getroffenen Vereinbarung hatte sie – unter Übernahme der Pflichten des Straßenreinigungsgesetzes – die vereinbarten Flächen von Schnee- und Eisglätte „freizuhalten“. Die Klägerin schuldete danach ein bestimmtes Arbeitsergebnis. Es kam den Vertragsparteien darauf an, dass die vereinbarten Flächen in der Wintersaison gefahrlos benutzt werden konnten. Vertragsgegenstand war, wie die Revision zutreffend ausführt, die erfolgreiche Bekämpfung von Schnee- und Eisglätte.

Das Berufungsgericht hat als entscheidend angesehen, dass die Klägerin auch die Verkehrssicherungspflicht des Beklagten [hier: B] übernommen hat. Um dem nachzukommen, so hat das Berufungsgericht gemeint, schulde die Klägerin vor allem die Überwachung der Wetterlage und vereinbarten Fläche, so dass der Vertrag überwiegend dienstvertraglichen Charakter habe [...]. Das ist nicht richtig. Die Übernahme der Verkehrssicherungspflicht ändert nichts an der Rechtsnatur des Vertrages. Diese wird maßgeblich durch den Werkerfolg geprägt, der darin besteht, dass die Gefahrenquelle beseitigt wird [...]. Wetterbeobachtungen und -prognosen dienen lediglich

dazu, den Zeitpunkt zu bestimmen, zu dem ein Winterdienst notwendig ist.

Das Berufungsgericht hat weiter gemeint, es spreche gegen einen Werkvertrag, dass eine Vergütung auch dann geschuldet sein sollte, wenn witterungsbedingt kein Winterdienst notwendig wird. Das überzeugt nicht. Ein Werkvertrag liegt auch dann vor, wenn die Leistung des Unternehmers nur unter bestimmten Umständen zu erbringen ist. Der Einordnung eines sogenannten Winterdienstvertrages als Werkvertrag steht auch nicht entgegen, dass der Auftraggeber ein pauschales, nach Zeitabschnitten bemessenes Entgelt zu entrichten hat [...]. Ebenso wenig ist entscheidend, dass der Vertrag auf eine bestimmte Zeitdauer angelegt ist und somit Züge eines Dauerschuldverhältnisses aufweist. Angesichts des auf einen Erfolg bezogenen Vertragszwecks kommt diesen Umständen kein entscheidendes Gewicht zu [...].“

Somit liegt ein Werkvertrag vor.

2. Minderung gemäß §§ 634 Nr. 3, 638 BGB

a) Anwendbarkeit des Sachmängelrechts

Vereinbart war ursprünglich eine Vergütung von 800 Euro. Die Vergütung könnte sich jedoch durch Minderung auf 400 Euro gemäß §§ 634 Nr. 3, 638 BGB reduziert haben. Hierfür müsste das werkvertragliche Sachmängelgewährleistungsrecht überhaupt anwendbar sein. Das ist in Abgrenzung zum allgemeinen

Leistungsstörungenrecht der Fall, wenn der Gefahrübergang stattgefunden hat. Zwar bestimmt § 633 BGB für die Anwendbarkeit im Gegensatz zu § 434 BGB keinen Zeitpunkt für das Eingreifen des Gewährleistungsrechts. Es besteht jedoch Einigkeit dahingehend, dass bis zum Gefahrübergang der Primärleistungsanspruch aus § 631 I BGB fortbesteht und erst nach Gefahrübergang das Gewährleistungsrecht zur Anwendung kommt. Hierzu der BGH:

„Im Grundsatz markiert die Abnahme des Werkes den maßgebenden Zeitpunkt, von dem an die Mängelrechte des Bestellers eingreifen. Der Senat muss nicht entscheiden, ob dem Besteller bereits vor der Abnahme Mängelrechte gemäß § 634 BGB [...] zustehen [...]. Eine Abnahme des von der Klägerin geschuldeten Winterdienstes scheidet seiner Natur nach aus, vgl. auch § 646 BGB. Sinn und Zweck des Winterdienstvertrages ist es, dass der Auftragnehmer den Winterdienst versieht, ohne dass der Auftraggeber jedes Einsatzergebnis billigen soll. Der Auftraggeber soll gerade davon freigestellt werden, seinerseits die Witterung im Blick zu behalten und bei Schneefall bzw. Eisglätte am Ort der Winterdienstleistung zu erscheinen. Auch zum Ende der vereinbarten Wintersaison (30. April des Jahres) ist das Werk nicht mehr abnahmebedürftig. An einer Abnahme zu diesem Zeitpunkt besteht für den Auftraggeber kein Interesse mehr. Denn er kann die Leistung nicht mehr mit dem Ziel als nicht vertragsge-

recht zurückweisen, dass eine ordnungsgemäße Erfüllung nachgeholt wird.

In den Fällen, in denen die Abnahme nach der Natur der Sache ausgeschlossen ist und der Unternehmer die Leistung in Erfüllung seiner gesamten Verbindlichkeit erbracht hat, ist es gerechtfertigt, das Mängelrecht der §§ 634 ff. BGB anzuwenden, wenn die Leistung unvollständig ist [...].“

Somit findet das werkvertragliche Gewährleistungsrecht Anwendung.

b) Voraussetzungen der Minderung

Voraussetzung für die Minderung ist weiterhin, dass ein Sachmangel vorliegt, die Minderung gegenüber dem Werkunternehmer erklärt wurde, § 638 I 1 BGB, und dass die Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen („statt zurückzutreten“). Der Rücktritt setzt insbesondere gemäß § 323 I BGB voraus, dass zunächst eine Frist gesetzt wurde.

aa) Sachmangel, § 633 BGB

Die Leistung wurde unvollständig, namentlich nur an der Hälfte der erforderlichen Tage erbracht. Damit liegt ein Fall des § 633 II 3 BGB vor, nach dem die Herstellung des Werkes in zu geringer Menge einem Sachmangel gleich steht.

bb) Erklärung der Minderung

B hat lediglich 400 Euro gezahlt und sich gleichzeitig darauf berufen, dass die Schneeräumung von K unvollständig durchgeführt wurde. Hierin liegt eine konkludente Erklärung der Minderung.

cc) Fristsetzung, § 323 I BGB

Fraglich ist jedoch, ob B zunächst hätte eine Frist zur Nacherfüllung gemäß § 323 I BGB hätte setzen müssen. Diese Fristsetzung könnte vorliegend gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich sein. Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass dies der Fall ist:

„Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung wegen unzureichender Schnee- oder Glättebeseitigung war hier jedoch, worauf die Revision zu Recht hinweist, gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien aufgrund besonderer Umstände entbehrlich. [...] Für die Auftraggeber der Klägerin steht im Vordergrund, dass sie bei Bedarf unverzüglich tätig wird. Angesichts des mit einer Nachfristsetzung notwendigerweise verbundenen Zeitverlusts ist es dem Auftraggeber nicht zuzumuten, der Klägerin zunächst eine – wenn auch kurze Nachfrist – zu setzen, weil in diesem Zeitraum nicht hinnehmbare Gefahren für die Gesundheit von Anwohnern, Besuchern und anderen Verkehrsteilnehmern entstehen können.“

Etwas anderes könnte sich jedoch aus § 14 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des

K ergeben. Hiernach ist der B verpflichtet, auch in den Fällen eine Nachfrist zu setzen, in denen diese eigentlich nach dem Gesetz nicht erforderlich ist. Diese Klausel könnte jedoch gemäß § 307 I BGB unwirksam sein. Dies ist gemäß § 307 II Nr. 1 BGB insbesondere dann der Fall, wenn sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

„[§ 14] der von der Klägerin verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers dahingehend beschränkt werden, dass dieser zunächst nur Nachbesserung und lediglich im Fall ihres wiederholten Fehlschlagens Herabsetzung der Vergütung verlangen kann, steht dem Minderungsbegehren nicht entgegen. Diese Formularbestimmung ist unwirksam. Nach dem Inhalt der Klausel muss der Vertragspartner der Klägerin eine Nachfrist setzen, auch wenn eine Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 2, § 326 Abs. 5, § 636 BGB entbehrlich ist. Eine solche Formularbestimmung benachteiligt die Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil sie von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweicht [...].“

Somit ergibt sich auch aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des K kein Erfordernis einer Nachfristsetzung.

II. Ergebnis

Die Voraussetzungen der Minderung liegen vor. K hat damit keinen Anspruch auf Zahlung von weiteren 400 Euro.

Hinweise:

Dass es gerade kalt wird in Deutschland, ist nicht der einzige Grund, sich mit der Entscheidung des BGH zum Winterräumdienst zu beschäftigen. Mit der Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag, der Abnahme und deren Surrogate sowie der AGB-Kontrolle betrifft die Entscheidung gleich drei Themengebiete, die immer wieder Gegenstand von Examensklausuren sind.

In der Sache muss man nicht Jura studiert haben, um zu diesem Ergebnis zu kommen. Der Vortrag des K, es bedürfe vor der Minderung einer Nachfristsetzung, erscheint geradezu grotesk, wenn man sich vor Augen führt, was das praktisch für Konsequenzen hätte. B müsste jeden Morgen und über den Tag mehrmals kontrollieren, ob Schnee gefallen ist und ob K auch ordentlich geräumt hat. Das kann sicherlich nicht des Falles Lösung sein, würde doch der Einsatz eines professionellen Räumdienstes ad absurdum geführt.

Aus rechtlicher Sicht macht sich der BGH die Begründung unnötig kompliziert, indem er die besonderen Umstände des § 323 II Nr. 3 BGB heranzieht und die Parteiinteressen gegeneinander abwägt. Das gleiche Ergebnis

lässt sich ohne Abwägung über § 326 V BGB erzielen, was dogmatisch konsequenter erscheint.

Der Vertragsinhalt ist darauf gerichtet, dem Besteller die öffentlich-rechtliche Verpflichtung abzunehmen, selbst für die Räumung sorgen zu müssen. Die öffentlich-rechtliche Verpflichtung besteht darin, dass die Wege bis zu einem bestimmten Zeitpunkt geräumt sein müssen. Es handelt sich also bei der vereinbarten Räumspflicht um ein absolutes Fixgeschäft, so dass mit Zeitablauf Unmöglichkeit im Sinne des § 275 I BGB eintritt und die Fristsetzung somit gemäß § 326 V BGB entbehrlich ist. Mit Zeitablauf ist nämlich der Verstoß gegen die öffentlich-rechtliche Verpflichtung gegeben, ohne dass dieser nachträglich beseitigt werden könnte. Eine Nachfristsetzung würde nur für die Zukunft Sinn ergeben, den Verstoß aber nicht nachträglich beseitigen. Das muss auch gelten, obwohl die Leistung in der Zukunft noch möglich ist und in der Vergangenheit möglich war. Ist ein klar abgrenzbarer Teil einer Gesamtleistung (beispielsweise unterbliebener Räumdienst an einem Tag) unmöglich geworden, liegt ein Fall der Teilunmöglichkeit vor, auf den § 326 V BGB ebenfalls Anwendung findet (vgl. ERNST, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 326 Rn. 103).

Dies würde jedoch (genau wie die Lösung des BGH) dazu führen, dass der Besteller in den Fällen, in denen viele aufeinanderfolgende Werkleistungen geschuldet sind, bei einer

einmaligen Pflichtverletzung sofort vom gesamten Vertrag zurücktreten könnte. Meines Erachtens bieten sich hierfür zwei Lösungen an: Zum einen könnte man bei Werkverträgen, die ähnlich einem Dauerschuldverhältnis auf längere Zeit angelegt sind, § 323 III BGB anwenden und eine Abmahnung fordern. Konsequenter erscheint es aber, auf § 323 V 2 BGB zurückzugreifen und für den Rücktritt vom gesamten Vertrag zu verlangen, dass eine nicht nur unerhebliche Pflichtverletzung vorliegt. Bei mehrjährigen Verträgen wird das einmalige Versäumnis dann wohl kaum ausreichen. Für die Minderung findet § 323 V 2 BGB freilich gemäß § 638 I 2 BGB keine Anwendung, so dass hier schlicht ein angemessener Abzug in Ansatz zu bringen ist.

Die Bestimmung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach die Fristsetzung entgegen den §§ 323 Abs. 2, 326 Abs. 5, 636 BGB dennoch erforderlich sein soll, trägt die Unwirksamkeit geradezu auf der Stirn. Dementsprechend knapp fällt die Begründung des BGH aus, die volle Zustimmung verdient. Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung in Fällen, in denen die Fristsetzung entweder unzumutbar ist (§ 323 II Nr. 3 BGB) oder überhaupt keinen Sinn ergibt (§ 326 V BGB), ist ein Grundgedanke der Rechtsordnung. Gerade die Abbedingung des § 326 V BGB erscheint besonders problematisch, da es dem Verwender hier ersichtlich nur darum geht, die Rücktritts- und Minderungsmöglichkeiten zu beschränken.

Für das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt der allgemeine Tipp, dass es für das Examen nicht zielführend sein kann, alle Bestimmungen auswendig zu lernen, die der BGH für unwirksam gehalten hat. Es empfiehlt sich vielmehr, ein paar grundlegende Entscheidungen zu kennen und einmal im Kommentar nachzulesen, was alles bereits für unwirksam erachtet wurde und so ein gewisses Gespür für die Klauselverbote zu entwickeln. Das genügt, um dann auch unbekannte Klauseln im Examen auf ihre Wirksamkeit hin mit dem allgemeinen Handwerkzeug überprüfen zu können.

(Dr. Julius Forschner)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Die Rügeobliegenheit gemäß § 377 Abs. 1 HGB gilt auch für Rechtsmängel

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.12.2012 – 23 U 47/12, BeckRS 2013, 06665

Die Rügeobliegenheit gemäß § 377 Abs. 1 HGB gilt sowohl für Sach- als auch für Rechtsmängel. (Leitsatz des Bearbeiters)

I. Sachverhalt (vereinfacht und abgewandelt übernommen von der Vorinstanz: LG Kleve, Urteil vom 22.02.2012 – 2 O 260/11, BeckRS 2013, 04696):

Die Kitt GmbH (K) übernahm den Einbau von Glasscheiben an dem Bauvorhaben Pfalzkrlinikum L, welches die Bauträgergesellschaft Bautoll GmbH (B) ausführte. B hatte K ferner damit beauftragt, Fenster für die Jugendpsychiatrie L zu liefern und einzubauen. B erteilte K außerdem den Auftrag, für den Multimarkt in Köln Glasscheiben zuzuschneiden und zu liefern.

Die Scheiben sind im Mai 2009 durch B eingebaut worden.

K stellte nach Abnahme der Fensterarbeiten mit Rechnung vom 24.03.2010 die Schlussrechnung für die Arbeiten an dem Bauteil „Jugendpsychiatrie L“ und die Schlussrechnung für den Bauteil „Pfalzkrlinikum L“. B prüfte diese Rechnungen, die der vereinbarten Vergütung entsprachen. Ein Restbetrag

in Höhe von insgesamt 5.081,68 Euro für die Jugendpsychiatrie L wurde nicht durch B ausgeglichen.

Mit Schreiben vom 28.04.2011 forderte K B unter Fristsetzung bis zum 09.05.2011 auf, den offenen Betrag auszugleichen. Eine Zahlung erfolgte nicht. Mit Schreiben vom 05.05.2011 verweigerte B eine Zahlung der offenen Rechnung.

Die B meint, dass die in dem Bauvorhaben Multimarkt eingesetzten Scheiben mangelhaft gewesen seien, weil sie keine – was zutrifft – ausreichenden CE-Nachweise hätten, und forderte K auf, sämtliche Scheiben auszuwechseln.

Am 16.06.2011 stellte die K der B eine weitere Rechnung in Höhe von 1.082,83 Euro für Nacharbeiten für das Bauvorhaben Jugendpsychiatrie L.

B ließ, was sie K mit Schreiben vom 31.12.2011 nochmals mitteilte, sämtliche Glasscheiben an dem Multimarkt in Köln ausbauen und neue Scheiben einbauen. Für den Austausch entstanden B Gesamtkosten in Höhe von 7.747,51 Euro.

B rechnete mit Schreiben vom 31.01.2012 gegen die Forderungen der K aus dem Bauvorhaben Jugendpsychiatrie L mit etwaigen Gegenforderungen aus dem Bauvorhaben Multimarkt auf.

Steht K der geltend gemachte Anspruch zu?

§ 2 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 des Bauproduktengesetzes (BauPG) in der bis 30.06.2013 geltenden Fassung lauten:

§ 2 Begriffsbestimmungen

(1) Bauprodukte sind

1. Baustoffe, Bauteile und Anlagen, die hergestellt werden, um dauerhaft in bauliche Anlagen des Hoch- oder Tiefbaus eingebaut zu werden,
2. aus Baustoffen und Bauteilen vorgefertigte Anlagen, die hergestellt werden, um mit dem Erdboden verbunden zu werden, wie Fertighäuser, Fertigaragen und Silos.

§ 4 Allgemeine Anforderungen

- (1) Ein Bauprodukt darf nur in den Verkehr gebracht und frei gehandelt werden, wenn es brauchbar nach § 5 und auf Grund nachgewiesener Konformität nach § 8 mit der CE-Kennzeichnung nach § 12 Abs. 1 gekennzeichnet ist.

II. Anspruch der K gegen B auf Zahlung von 6.164,51 Euro aus Werkvertrag gemäß § 631 Abs. 1 BGB

K hat gegen B einen Anspruch auf Zahlung von 6.164,51 Euro, wenn zwischen K und B ein Werkvertrag über die Erbringung von Fensterarbeiten zustande gekommen ist, die Vergütung fällig geworden ist und der Anspruch der K nicht durch die Aufrechnung der B erloschen ist.

1. Werkvertrag zwischen K und B

B beauftragte K mit der Lieferung und dem Einbau von Glasscheiben für die Jugendpsychiatrie L.

K schuldete mit dem Einbau der Fenster einen bestimmten Erfolg. Zwischen K und B ist somit grundsätzlich ein Werkvertrag zustande gekommen.

Aufgrund der Lieferverpflichtung des K könnte es sich bei dem Vertrag zwischen K und B jedoch alternativ um einen Werkliefervertrag i. S. d. § 651 Satz 1 BGB handeln.

Wie sich aus § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB ergibt, unterfallen Leistungen, die die Errichtung eines Bauwerks zum Gegenstand haben, dem Werkvertragsrecht (vgl. BUSCHE, in: MünchKomm. BGB, 6. Aufl., § 651, Rn. 9). Gleiches gilt für Leistungen, die einem Grundstück oder Bauwerk zu Gute kommen, wie die Lieferung von Bauteilen, wenn der Schwerpunkt der Tätigkeit auf dem Einbau oder der Montage der gelieferten Bauteile liegt (vgl. BUSCHE, in: MünchKomm. BGB, 6. Aufl., § 651, Rn. 10; BGH, NJW 2009, 2877, 2878). Ist der Einbau oder die Montage als bloße Nebenleistung der Lieferung anzusehen, handelt es sich um einen Werkliefervertrag (BUSCHE, in: MünchKomm. BGB, 6. Aufl., § 651, Rn. 10, m. w. N.).

Der Einbau der Fenster durch K ist im vorliegenden Fall nicht als bloße Nebenleistung zu charakterisieren, sondern stellt die nach der Abrede zwischen B und K vertragswesentliche Leistung dar.

Zwischen K und B kam somit ein Werkvertrag zustande.

2. Höhe und Fälligkeit der Vergütung

Da der von K geltend gemachte Rechnungsbetrag von 6.164,51 Euro der vereinbarten Vergütung entspricht, steht K der geltend gemachte Anspruch auch der Höhe nach zu.

Mit Abnahme der Fensterarbeiten durch B ist die Vergütung des K gemäß § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB fällig geworden.

Somit steht K gegen B grundsätzlich ein Zahlungsanspruch in Höhe von 6.164,51 Euro zu.

3. Erlöschen durch Aufrechnung

Der Zahlungsanspruch des K könnte gemäß § 389 BGB durch die Aufrechnung der B erlöschen sein.

Eine Aufrechnung setzt gemäß § 387 BGB eine Aufrechnungslage und gemäß § 388 BGB die Erklärung der Aufrechnung voraus.

Die Aufrechnungserklärung durch B erfolgte hier mit Schreiben vom 31.01.2012.

Eine Aufrechnungslage liegt vor bei Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit von Haupt- und Gegenforderung, Erfüllbarkeit der Hauptforderung und Durchsetzbarkeit der Gegenforderung.

a) Gegenseitigkeit

Der Vergütungsanspruch der K und der von B geltend gemachte Anspruch bestehen jeweils

im Verhältnis zwischen K und B. Somit handelt es sich um zwei gegenseitige Ansprüche.

b) Gleichartigkeit

Da es sich sowohl bei der Forderung der K als auch der Gegenforderung von B um Ansprüche handelt, die auf die Zahlung von Geld gerichtet sind, handelt es sich um gleichartige Ansprüche.

c) Erfüllbare Hauptforderung

Der Vergütungsanspruch der K ist mit der Abnahme fällig geworden. Die Hauptforderung ist somit erfüllbar.

d) Durchsetzbare Gegenforderung

B müsste gegen K ferner eine durchsetzbare Gegenforderung zustehen.

Indem K an dem Objekt Multimarkt Glas-scheiben ohne CE-Kennzeichnung einbaute und diese auf Aufforderung der B nicht innerhalb der gesetzten Frist austauschte, könnte B infolge des selbst vorgenommenen Austauschs gegen K ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 7.747,50 Euro gemäß §§ 651 Satz 1 BGB, 437 Nr. 3, 281 BGB zustehen.

Für das Objekt Multimarkt in Köln war K lediglich zur Lieferung von zugeschnittenen Glasscheiben verpflichtet. Da B den Einbau selbst vornahm, handelt es um einen Werk-liefervertrag gemäß § 651 Satz 1 BGB. Die

Rechte des Bestellers im Falle eines Mangels richten sich somit gemäß § 651 Satz 1 BGB nach den Vorschriften über den Kauf gemäß § 437 BGB.

aa) Mangel

Fraglich ist, ob es sich bei der fehlenden CE-Kennzeichnung um einen Mangel an den von K gelieferten Glasscheiben handelt.

Gemäß § 4 Abs. 1 BauPG dürfen Bauprodukte nur in den Verkehr gebracht werden, wenn sie eine CE-Kennzeichnung tragen.

Bei den von K gelieferten Glasscheiben handelt es sich unzweifelhaft um Bauprodukte i. S. d. § 2 Nr. 1 BauPG.

Da diese keine CE-Kennzeichnung tragen, durften sie gemäß § 4 Abs. 1 BauPG nicht in den Verkehr gebracht werden und somit nicht von K an B geliefert werden.

bb) Genehmigungsfiktion gemäß § 377 Abs. 2 HGB

Fraglich ist jedoch, ob sich B überhaupt noch auf das Fehlen der CE-Kennzeichnung berufen kann, da er deren Fehlen nicht unmittelbar nach Lieferung der Glasscheiben vor Mai 2009 durch K gerügt hat, sondern erst in seiner Zahlungsablehnung am 05.05.2011.

Gemäß § 377 Abs. 1 HGB hat der Käufer einer Ware die Obliegenheit, diese unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer zu

untersuchen, soweit dies nach dem ordnungsgemäßen Geschäftsgang tunlich ist, und einen Mangel dem Verkäufer unverzüglich anzuzeigen.

(1) Beiderseitiges Handelsgeschäft

Die Rügeobliegenheit des § 377 Abs. 1 HGB findet nur dann Anwendung, wenn der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist.

Gemäß § 343 HGB sind Handelsgeschäfte alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören. Gemäß § 344 Abs. 1 HGB gelten die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zu seinem Handelsgewerbe gehörig. Da es sich sowohl bei K als auch bei B um Gesellschaften mit beschränkter Haftung handelt, gelten diese gemäß § 13 Abs. 3 GmbHG als Handelsgesellschaften. Gemäß § 6 Abs. 1 HGB gelten Handelsgesellschaften (sogenannte Formkaufleute) als Kaufmann i. S. d. § 1 Abs. 1 HGB. In subjektiver Hinsicht sind die Voraussetzungen eines Handelsgeschäfts somit erfüllt.

Die Vorschrift des § 377 HGB findet wie die übrigen Vorschriften des zweiten Abschnitts des vierten Buchs des HGB über den Handelskauf jedoch nur bei Handelsgeschäften über Waren Anwendung (vgl. HOPT, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 377, Rn. 2). Vorliegend handelte es sich bei dem Vertrag zwischen K und B jedoch um einen Werkliefervertrag, der erst noch zuzuschneidende Glasscheiben betraf. Hiernach könnte

zweifelhaft sein, ob die Vorschrift des § 377 HGB auch auf den Werkliefervertrag zwischen K und B anwendbar ist. Gemäß § 381 Abs. 2 HGB gelten die Vorschriften über den Handelskauf jedoch auch für Werklieferverträge.

Die Rügeobliegenheit des § 377 Abs. 1 HGB findet auf den vorliegend zwischen K und B geschlossenen Vertrag über die Lieferung der Glasscheiben für den Multimarkt in Köln somit grundsätzlich Anwendung.

(2) Rügepflichtiger Mangel

Da nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht § 377 Abs. 1 HGB nur für Sach- und nicht für Rechtsmängel gilt (vgl. GRUNEWALD, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl., § 377, Rn. 53, m. w. N. zum Streitstand), kommt die Rügeobliegenheit nach dieser Ansicht nicht zur Anwendung, wenn es sich bei der fehlenden CE-Kennzeichnung um einen Rechtsmangel handelt.

Nach anderer Auffassung gilt § 377 HGB jedenfalls nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes sowohl für Sach- als auch für Rechtsmängel (vgl. HOPT, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 377, Rn. 12). Folgt man dieser Ansicht, kann hier dahingestellt bleiben, ob es sich bei der fehlenden CE-Kennzeichnung um einen Sach- oder einen Rechtsmangel handelt. Die Rügeobliegenheit wäre in beiden Fällen zu beachten.

Letzterer Auffassung schließt sich nun das OLG Düsseldorf mit folgenden Erwägungen an:

„Die [B] hat – ungeachtet der Frage, ob die für das Objekt [Multimarkt] in Köln gelieferten Glasscheiben wegen fehlender CE-Zertifizierung Mängel im Rechtssinne aufgewiesen haben – mangels rechtzeitiger Rüge der fehlenden CE-Kennzeichnung (§ 377 Abs. 2 HGB) keinen aufrechenbaren Schadensersatzanspruch (§§ 651 Satz 1, 437 Nr. 3, 281 BGB) gegen die [K].

a. Der Einwand der [B], die Untersuchungs- und Rügepflicht des § 377 HGB finde auf das Fehlen der CE-Kennzeichnung keine Anwendung, da es sich dabei um einen Rechtsmangel handele, ist nicht begründet.

[...] Selbst wenn sich das Fehlen der CE-Kennzeichnung als Rechtsmangel darstellen sollte, verkennt dieser Einwand der [B], dass eine etwaig früher vorgenommene Einschränkung der Mangelbegriffs i. S. v. § 377 HGB auf Sachmängel jedenfalls seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (SMG), das Sachmängel und Rechtsmängel gleichgestellt hat (vgl. §§ 434, 435, 437 BGB), nicht mehr gerechtfertigt ist. Dies folgt aus dem im Rahmen des SMG unverändert gebliebenen Wortlaut des § 377 HGB, der nunmehr geltenden Gleichbehandlung von Sach- und Rechtsmangel im BGB, dem Sinn der Rügeobliegenheit und den andernfalls entstehenden Schwierigkeiten beim Wertpapier- und Unter-

nehmenskauf (vgl. Baumbach/Hopt, HGB, 35. Auflage 2012, § 377, Rn. 12 m. w. N.).

aa. Eine abweichende, d. h. weiterhin in Abweichung vom wie vorstehend durch das SMG neugefassten Mangelbegriff des BGB einschränkende Sichtweise des Mangelbegriffs i. S. v. § 377 HGB kann nicht mit dem historischen Willen des Gesetzgebers begründet werden, da für die Gerichte insoweit der aktuelle Wille des Gesetzgebers unter Berücksichtigung des SMG zu berücksichtigen ist, der § 377 HGB insoweit im Rahmen des SMG gerade nicht geändert hat. Danach ist für die Rügeobliegenheit des § 377 HGB der vom SMG neugefasste allgemeine Mangelbegriff des BGB maßgeblich. Mangelfreiheit der Sache ist danach eine vertragliche Erfüllungspflicht, d. h. der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB, Hauptleistungspflicht), sonst handelt er vertragswidrig, und es ist nicht erfüllt. Anders als bei Nichterfüllung der Pflicht zur Übergabe und Eigentumsverschaffung (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) eröffnet ein Sachmangel bei Gefahrübergang (§§ 446, 447 BGB) nicht unmittelbar die Rechte aus §§ 280, 281, 284, 323 BGB, sondern die Rechtsfolgen des § 437-442 BGB (als Sonderregeln für den Kauf; vgl. Baumbach-Hopt, a. a. O.; vgl. auch Palandt-Weidenkaff, BGB, 71. Auflage 2012, Einf v § 433, Rn. 2; § 433, Rn. 21; § 434, Rn. 1 ff.; § 435, Rn. 1 ff., jeweils m. w. N.).

bb. Eine abweichende, d. h. weiterhin in Abweichung vom – wie vorstehend durch das SMG neugefassten – Mangelbegriff des BGB einschränkende Sichtweise des Mangelbegriffs i. S. v. § 377 HGB kann auch nicht mit etwaig ‚mangelnder Praktikabilität‘ der Regelung des § 377 HGB bei dessen Anwendung auch auf Rechtsmängel begründet werden, da die Gerichte den aktuellen Willen des Gesetzgebers zu berücksichtigen haben, der durch das SMG (ohne Änderung des § 377 HGB) derart zum Ausdruck kommt, dass eine vom Wortlaut des § 377 HGB abweichende Auslegung unzulässig ist.

Gleiches gilt auch für den Einwand, trotz des – auch im Rahmen des SMG willentlich unveränderten – Wortlauts des § 377 HGB sei dessen Anwendung auch auf Rechtsmängel ‚nicht sachgerecht‘, da sich die Verpflichtung zur sachmangelfreien (Ab-)Lieferung auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs beziehe, während die Freiheit von Rechtsmängeln zur Zeit des Eigentumsübergangs gegeben sein müsse und die (Ab-)Lieferung mit der Eigentumsverschaffung nicht unbedingt zeitlich zusammenfalle.

Auch ähnlich gelagerten Einwänden in der [...] sonstigen (Kommentar-)Literatur (vgl. z. B. Müller/Ebenroth u. a., HGB, 2. Auflage 2009, § 377, Rn. 42 m. w. N. in Fn 104; Müller, WM 2011, Seite 1249 m. w. N.) steht entgegen, dass der Gesetzgeber trotz Neukonstruktion des Mangelbegriffs im Schuldrecht des BGB gerade ‚sehenden Auges‘ keine Änderungen an

§ 377 HGB vorgenommen hat. Eine – von Wortlaut, Systematik und Werdegang der Vorschrift – nicht gedeckte Einschränkung des § 377 HGB durch die Gerichte wegen bloßer Praktikabilitätsbedenken (sei es in Bezug auf Rechtsmängel im Allgemeinen, sei es in Bezug auf das CE-Kennzeichen im Bauproduktenrecht im Besonderen) wäre daher im Hinblick auf ihre Bindung an das Gesetz (§ 1 GVG, Art. 20 Abs. 3 GG) und die allgemein anerkannten Grundsätze der Auslegung von Gesetzen anhand des maßgeblichen im Gesetzeswortlaut objektivierten Willen des Gesetzgebers unter Berücksichtigung von § 133 BGB und des systematischen Gesamtzusammenhangs der Rechtsordnung (vgl. Palandt-Sprau, Vor § 1, Einl Rn. 40 ff. m. w. N.) unzulässig.

b. Den [...] – wie vorstehend – entsprechend ergänzten Feststellungen des Senats zur Anwendbarkeit des § 377 HGB auf den Fall fehlender CE-Kennzeichnung (soweit er sich als Mangel im Sinne des BGB nach Inkrafttreten des SMG darstellt), stehen die im Hinweisbeschluss des Senats zitierten Entscheidungen des OLG München (Urteil vom 01.12.1999, 7 U 3522/99, OLGR 2001, 209, dort Rn. 48 ff. [...]) und vom OLG Köln (Urteil vom 28.03.2003, 19 U 142/02, NJW-RR 2004, 1141) nicht entgegen.

c. Für den abschließenden Einwand der [B], auch die Ausführungen von Wirth/Kuffer (Der Baustoffhandel 2010, Rn. 1324/1325 m. w. N. [...]) würden verkennen, dass § 377

HGB keine Anwendung auf Rechtsmängel finde, gelten die vorstehenden, ergänzten Feststellungen des Senats entsprechend, wonach eine solche Differenzierung im Rahmen des § 377 HGB nach Inkrafttreten des SMG ausscheidet.“

Nach der Auffassung des OLG Düsseldorf handelt es sich bei der fehlenden CE-Kennzeichnung somit grundsätzlich um einen Mangel, der der Rügeobliegenheit des § 377 HGB unterliegt.

(3) Unverzügliche Untersuchung

Gemäß § 377 Abs. 1 HGB besteht eine unverzügliche Untersuchungsobliegenheit bei Ablieferung der Ware, soweit dies nach ordnungsgemäßigem Geschäftsgang tunlich ist.

Sowohl die Anforderungen an die Unverzüglichkeit als auch den Umfang der Untersuchung sind objektiv anhand der Branche und der Art der gelieferten Ware zu bestimmen (vgl. HOPT, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 377, Rn. 23, 25 ff.).

Bei Bauprodukten ist bei Ablieferung zumindest eine Sichtprüfung auf erkennbare Mängel zu erwarten.

B hatte somit die Obliegenheit, die Glascheiben unverzüglich nach Ablieferung durch K zu untersuchen.

Da eine CE-Kennzeichnung in der Regel äußerlich erkennbar ist, wäre deren Fehlen B

jedenfalls bei entsprechender Sichtprüfung auch aufgefallen, so dass ein erkennbarer Mangel vorlag.

(4) Keine unverzügliche Rüge

Erkennbare Mängel sind unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB), zu rügen.

Der Zeitraum, in dem eine Rüge zu erfolgen hat, richtet sich danach, ob eine Untersuchung notwendig und welcher Zeitaufwand hierfür erforderlich ist (vgl. HOPT, in: Baumach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 377, Rn. 35)

Wie bereits erläutert, ist bei Bauteilen zumindest eine Sichtprüfung zu erwarten und handelt es sich bei dem Fehlen der CE-Kennzeichnung um einen erkennbaren Mangel.

Da eine Sichtprüfung der Glasscheiben unmittelbar im Anschluss an die Ablieferung hätte erfolgen können, hätte B das Fehlen der CE-Kennzeichnung innerhalb weniger Tage gegenüber K rügen müssen.

Tatsächlich berief sich B auf das Fehlen der CE-Kennzeichnung jedoch erst in ihrem Schreiben vom 05.05.2011 und somit mehr als zwei Jahre nach Ablieferung der Glasscheiben durch K.

(5) Zwischenergebnis

Die Rüge des Fehlens der CE-Kennzeichnung an den von K gelieferten Glasscheiben erfolgte somit nicht unverzüglich.

Gemäß § 377 Abs. 2 HGB kann sich B auf den Mangel somit nicht berufen.

B steht somit gegen K kein Schadensersatz aus §§ 651 Satz 1 BGB, 437 Nr. 3, 281 BGB in Höhe von 7.747,51 Euro aufgrund der fehlenden CE-Kennzeichnung zu.

Die von B erklärte Aufrechnung war insoweit nicht wirksam.

(6) Weitere Gegenforderung

In Betracht kommt, dass B gegen K aufgrund der fehlenden CE-Kennzeichnung noch ein anderweitiger Anspruch zusteht, mit dem B aufrechnen könnte.

Insoweit ist entscheidend, welchen Umfang die Genehmigungsfiktion des § 377 Abs. 2 HGB hat.

Hierzu das OLG Düsseldorf:

„Die [B] hat – ungeachtet der Frage, ob die für das Objekt [Multimarkt] in Köln gelieferten Glasscheiben wegen fehlender CE-Zertifizierung einen Mangel im Rechtssinne aufweisen – jedenfalls mangels rechtzeitiger Rüge der fehlenden CE-Kennzeichnung (§ 377 Abs. 2 HGB) auch keinen sonstigen aufrechenbaren Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin,

insbesondere nicht aus § 280 Abs. 1 BGB. Der Rechtsverlust infolge der Genehmigungsfiktion des § 377 Abs. 2 HGB umfasst alle Rechte, die auf dem nicht oder zu spät gerügten Mangel beruhen. Dies sind alle gesetzlichen Nacherfüllungs- und Gewährleistungsrechte, die § 437 BGB auflistet und auch alle Gewährleistungsansprüche im weiteren Sinne. Ausgeschlossen sind damit infolge der Genehmigungsfiktion des § 377 Abs. 2 HGB auch alle Ansprüche wegen Schlechterfüllung oder Verletzung von mit dem Mangel zusammenhängenden Nebenpflichten (insbesondere gemäß § 280 BGB bzw. bis zum SMG gemäß positiver Vertragsverletzung; vgl. Baumbach/Hopt, a. a. O., § 377, Rn. 15/48 m. w. N.; vgl. zum Kaufrecht: Palandt-Weidenkaff, a. a. O., § 433, Rn. 23; § 437, Rn. 52 m. w. N.; Palandt-Grüneberg, a. a. O., Vor § 275, Rn. 12 m. w. N.; § 280, Rn. 17 ff. m. w. N.; zum Werkvertragsrecht: Palandt-Sprau, a. a. O., § 634, Rn. 6 ff. m. w. N.; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Auflage 2011, Rn. 2215/2216 m. w. N.). [...]"

3. Ergebnis

B stehen gegen K somit keinerlei Ansprüche zu, mit denen B gegenüber der Forderung der K aufrechnen könnte.

Die von B erklärte Aufrechnung war mangels durchsetzbarer Gegenforderung somit wirkungslos.

K steht gegen B somit ein Vergütungsanspruch in Höhe von 6.164,51 Euro zu.

Hinweise:

Der Beschluss des OLG Düsseldorf stellt – soweit ersichtlich – die erste veröffentlichte obergerichtliche Entscheidung dar, die sich zur Anwendbarkeit des § 377 HGB auf Rechtsmängel äußert. Da diese Frage in der Literatur bisher umstritten war, ist die Entscheidung auch für das Studium beachtenswert.

Das OLG Düsseldorf traf seine Entscheidung im Rahmen eines Beschlusses zur Zurückweisung der Berufung des dortigen Beklagten (vgl. § 522 Abs. 2 ZPO). Damit brachte das OLG zum Ausdruck, dass der Rechtsstreit weder grundsätzliche Bedeutung hat noch eine Entscheidung zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist. Vor dem Hintergrund des in der Literatur herrschenden Streits ist es bedauerlich, dass das OLG keine Klärung durch den BGH in dieser auch für die Praxis wichtigen Frage ermöglicht hat.

In dogmatischer Hinsicht vermag die Entscheidung nur eingeschränkt zu überzeugen. Das OLG Düsseldorf begründet seine Entscheidung im Wesentlichen mit dem Willen des Gesetzgebers des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, der § 377 HGB trotz Vereinheitlichung des Mangelbegriffs unverändert gelassen habe. Einen Nachweis des gesetzgeberischen Willens bleibt das OLG jedoch schuldig und beruft sich lediglich auf den im – unveränderten – Wortlaut von § 377

HGB zum Ausdruck kommenden objektivierte Willen des Gesetzgebers. Dass es sich hierbei auch um ein Versehen des Gesetzgebers gehandelt haben könnte, zieht das OLG Düsseldorf nicht in Erwägung.

(RA Steffen Follner)

▶ [Inhaltsverzeichnis](#)

AGG – Diskriminierung eines Bewerbers – Aufwendungsersatz

BAG, Urteil vom 24.01.2013 – 8 AZR 188/12, NZA 2013, 896; BAG, Urteil vom 12.03.2013 – 9 AZR 455/11, NZA 2013, 1086

1. Unterlässt es der öffentliche Arbeitgeber entgegen § 82 Satz 2 SGB IX, den schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, so ist dies eine geeignete Hilfstatsache nach § 22 AGG, die für das Vorliegen einer diskriminierenden Benachteiligung spricht.
2. Für den nach § 22 AGG möglichen Nachweis, dass für die Nichteinladung eines Bewerbers entgegen § 82 Satz 2 SGB IX ausschließlich andere Gründe als die Behinderung erheblich waren, können nur solche Gründe herangezogen werden, die nicht die fachliche Eignung betreffen. Hierfür enthält die in § 82 Satz 3 SGB IX geregelte Ausnahme mit dem Erfordernis der „offensichtlichen“ Nichteignung eine abschließende Regelung.
3. Im besonderen Fall der Behinderung kann eine Benachteiligung des einzelnen Bewerbers wegen eines unterbliebenen Vorstellungsgesprächs nicht dadurch widerlegt werden, dass in Bewerbungsverfahren die Gruppe der Schwerbehinderten nicht nachteilig behandelt wurde.

§ 82 Satz 2 SGB IX gibt dem einzelnen schwerbehinderten Bewerber einen Individualanspruch auf Einladung zu einem Vorstellungsgespräch. Die Indizwirkung wird durch die Schlechterstellung des Einzelnen ausgelöst und nicht dadurch aufgehoben, dass ansonsten im Bewerbungsverfahren schwerbehinderte Bewerber als Gruppe nicht nachteilig behandelt wurden.

4. Für die durch den Verstoß gegen § 82 Satz 2 SGB IX ausgelöste Vermutungswirkung ist es unerheblich, wenn sich der Arbeitgeber im Übrigen gesetzeskonform verhalten hat, z. B. die gesetzlich vorgesehene Mindestbeschäftigungsquote schwerbehinderter Arbeitnehmer eingehalten hat.

5. Macht der Arbeitnehmer im Interesse des Arbeitgebers Aufwendungen (hier Erwerb eines Schulbuchs), die nicht durch die Vergütung abgegolten sind, ist der Arbeitgeber zum Ersatz dieser Aufwendungen verpflichtet.

6. Einem angestellten Lehrer ist es grundsätzlich nicht zumutbar, die Kosten für die Beschaffung von Arbeitsmitteln, die zur sachgerechten Durchführung des Unterrichts zwingend erforderlich sind, selbst zu tragen.

(Orientierungssätze des Gerichts)

Sachverhalt Grundfall (vereinfacht und verkürzt):

X hat den Meisterbrief im Elektroinstallateurhandwerk erworben und ist ausgebildeter Fahrschullehrer. Er ist im Besitz eines Führerscheins für die Klassen A, B und CE und verfügt über den Personenbeförderungsschein. Er ist ein mit einem Grad der Behinderung (GdB) von 60 schwerbehinderter Mensch. Während seines Grundwehrdienstes hatte X Kontakt mit speziell ausgebauten Lkws für die Mess- und Nachrichtentechnik. 1989/1990 war er Berufskraftfahrer, danach arbeitete er bis 1991 als Fahrschullehrer. Von Mitte 1999 bis Ende 2006 war er bei einem Eigenbetrieb der Stadt Y beschäftigt, zunächst als Haushandwerker und Kraftwagenfahrer, später wurden ihm umfangreichere Aufgaben im Bereich der allgemeinen Haustechnik übertragen. Danach arbeitete er bis Ende 2008 als Bürosachbearbeiter und Fahrer bei einem Taxiunternehmen.

Im Sommer 2009 veröffentlichte Z, eine öffentliche Arbeitgeberin, im Internet eine Stellenanzeige, mit der für ein bis zum 31.03.2012 befristetes Arbeitsverhältnis „ein(e) Kraftfahrer/in“ bei der Bundesanstalt für Straßenwesen gesucht wurde. Die Stellenausschreibung enthielt dazu u. a. folgende Angaben:

„Anforderungsprofil: Führen von qualifizierten Fahrzeugen, die besondere Anforderungen an spurge naues Fahren stellen (überschwere

Fahrzeuge, Messfahrzeuge); sonstige Fahrer-tätigkeit (PKW mit Personenbeförderung); kleinere Reparaturen, Wartung und Pflege (...)

Tätigkeitsprofil: Ausbildung als Berufskraftfahrer/in oder Berufserfahrung als Fahrer/in; Fahrerlaubnis der Klasse CE oder Führerschein der Klasse B; gute Auffassungsgabe; Zuverlässigkeit; Arbeitssorgfalt und Genauigkeit; möglichst Personenbeförderungsschein; PC- und Englischgrundkenntnisse sind von Vorteil (...)“

Der damals arbeitslose X bewarb sich mit Schreiben vom 22.07.2009 auf diese Stelle, wobei er bei der Bewerbung auf seine Schwerbehinderung mit GdB 60 hinwies. Bei Z gingen insgesamt 126 Bewerbungen ein, 14 Bewerber waren schwerbehindert. Zu einem Fahrtstest und Vorstellungsgespräch lud Z acht Bewerber, davon zwei Schwerbehinderte, ein. Diese hatte sie aus dem Kreis der schwerbehinderten Bewerber nach Abstimmung mit der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen ausgewählt, weil sie ihr nach den Bewerbungsunterlagen als am besten geeignet erschienen. Eingestellt wurde von der Z schließlich ein Bewerber, der nicht schwerbehindert ist.

Am 10.12.2009 teilte Z dem X mit, dass seine Bewerbung keine Berücksichtigung finden können. Mit Schreiben vom 02.02.2010 machte X gegenüber Z eine Entschädigung in Höhe von drei Bruttomonatsgehältern nach

dem AGG geltend. Dies wies Z unter dem 01.03.2010 zurück. Am 29.04.2010 reichte X beim zuständigen Arbeitsgericht Klage ein. Die Klageschrift wurde Z am 14.05.2010 zugestellt.

Hat X gegen Z einen Anspruch auf Entschädigung nach dem AGG?

Abwandlung (vereinfacht und verkürzt):

Die Lebensgefährtin des X, K, ist bei dem Bundesland Niedersachsen (im Folgenden: Bundesland N) auf Grundlage eines privatrechtlichen Arbeitsvertrags als Lehrerin angestellt. Im Schuljahr 2012/2013 hatte K in der fünften Klasse an der Hauptschule in B Mathematik zu unterrichten. Träger der Schule ist die Stadt B. Das Bundesland N stellte K das von der Klassenkonferenz für den Unterricht bestimmte Schulbuch zu Beginn des Schuljahres im August 2012 nicht zur Verfügung. Bereits im Vorjahr hatte K das Bundesland N erfolglos aufgefordert, ihr ein für den Unterricht erforderliches Schulbuch zu überlassen. Nachdem der Leiter der Hauptschule die Überlassung des für den Mathematikunterricht im Schuljahr 2012/2013 benötigten Schulbuchs aus der Schulbibliothek abgelehnt hatte, kaufte K das Buch selbst. K, die bereit ist, das Schulbuch dem Bundesland N zu übereignen, verlangt von diesem nun die Erstattung des Kaufpreises für das Schulbuch in Höhe von 14,36 Euro.

Das Bundesland N beruft sich gegenüber K in einem Schreiben vom 07.11.2012 darauf, die

Kosten für Lehrmittel und damit auch für Schulbücher habe die Stadt B als Trägerin der Hauptschule zu tragen. K solle sich daher an die Gemeinde wenden oder die Kosten für den Erwerb des Schulbuchs im Rahmen der Steuererklärung geltend machen. Im Übrigen habe K das Buch zu Beginn des Schuljahres vorschnell eigenmächtig erworben und ihm damit die Möglichkeit einer anderweitigen Beschaffung genommen.

Hat K gegen das Bundesland N einen Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises für das Schulbuch in Höhe von 14,36 Euro?

Das Niedersächsische Schulgesetz lautet unter § 112 wie folgt:

(1) Das Land trägt die persönlichen Kosten für die Lehrkräfte, die Schulassistentinnen und Schulassistenten, die pädagogischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und das Betreuungspersonal an öffentlichen Schulen sowie das Verwaltungspersonal zur Personal- und Mittelbewirtschaftung an öffentlichen berufsbildenden Schulen; dazu gehört nicht das Personal von Schülerwohnheimen (§ 108 Abs. 1 Satz 2).

(2) Zu den persönlichen Kosten gehören die Personalausgaben im Sinne des Landeshaushaltsrechts und die Reisekosten. Das Land trägt auch die Kosten der wissenschaftlichen Begleitung von Schulversuchen.

§ 113 des Niedersächsischen Schulgesetzes lautet in Abs. 1:

Die Schulträger tragen die sächlichen Kosten der öffentlichen Schulen. Dazu gehören auch die persönlichen Kosten, die nicht nach § 112 das Land trägt.

Grundfall

X könnte gegen Z einen Anspruch auf Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG haben. Hierzu müsste Z den X aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität in unzulässiger Weise benachteiligt haben (§§ 1, 7 AGG).

„Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG.“

I. Persönlicher Anwendungsbereich des AGG

Zunächst müsste der persönliche Anwendungsbereich des AGG gemäß § 6 AGG eröffnet sein. Hierzu müsste es sich bei X um einen „Beschäftigten“ im Sinne des AGG handeln.

„Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG gelten als Beschäftigte auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. Für den Bewerberbegriff kommt es dabei nicht auf die objektive Eignung an. Die objektive Eignung eines Bewerbers spielt vielmehr bei der Frage eine Rolle, ob eine ‚vergleichbare Situation‘ i. S. d. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG vorliegt. Eine fehlende subjektive Ernsthaftigkeit könnte nur zum Einwand treuwidrigen Verhaltens des Bewerbers führen. Unabhängig davon bestehen

an der subjektiven Ernsthaftigkeit der Bewerbung des Klägers keine Zweifel.“

X ist somit als Bewerber „Beschäftigter“ im Sinne des AGG.

Weiterhin müsste es sich bei Z um einen aus dem AGG Verpflichteten, also einen „Arbeitgeber“ handeln.

„Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG ist Arbeitgeber i. S. d. Gesetzes, wer ‚Personen nach Absatz 1‘ des § 6 AGG ‚beschäftigt‘. Arbeitgeber ist also derjenige, der um Bewerbungen für ein von ihm angestrebtes Beschäftigungsverhältnis bittet.“

Dies trifft auf die Z aufgrund der Stellenausschreibung zu. Bei Z handelt es sich somit um einen „Arbeitgeber“, also um einen Verpflichteten aus dem AGG.

Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist damit eröffnet.

II. Sachlicher Anwendungsbereich des AGG

Weiterhin müsste der sachliche Anwendungsbereich des AGG eröffnet sein, es müsste also ein durch das AGG geschützter Anlass vorliegen.

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG sind Benachteiligungen aus einem in § 1 AGG genannten Grund u. a. unzulässig in Bezug auf „die Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien

und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position“.

Bei der Bewerbung um ein Arbeitsverhältnis handelt es sich somit um einen durch das AGG geschützten Anlass. Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist damit eröffnet.

III. Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals

X müsste im Rahmen seiner Bewerbung von Z wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals benachteiligt worden sein. X könnte von Z möglicherweise wegen einer Behinderung unmittelbar benachteiligt worden sein. Eine unmittelbare Benachteiligung ist, so das Bundesarbeitsgericht, „nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG gegeben, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation.“

1. Weniger günstige Behandlung

Zunächst müsste X eine weniger günstige Behandlung erfahren haben als eine andere Person. Das Bundesarbeitsgericht stellt hierzu fest:

„Zum einen erfuhr der Kläger eine weniger günstige Behandlung als der eingestellte Bewerber. Zum anderen war auch die Behandlung des Klägers im Vergleich mit den zu Vor-

stellungsgesprächen eingeladenen Bewerbern weniger günstig. Ein Nachteil im Rahmen einer Auswahlentscheidung, insbesondere bei einer Einstellung und Beförderung, liegt bereits vor, wenn der Beschäftigte – wie hier der Kläger – nicht in die Auswahl einbezogen, sondern vorab ausgenommen wird. Die Benachteiligung liegt in der Versagung einer Chance.“

X erfuhr somit eine weniger günstige Behandlung als andere Personen.

2. Vergleichbare Situation

Weiterhin müsste sich X in einer vergleichbaren Situation mit dem eingestellten Bewerber und den zu den Vorstellungsgesprächen eingeladenen Bewerbern befunden haben.

„Das Vorliegen einer vergleichbaren Situation setzt voraus, dass der Kläger objektiv für die ausgeschriebene Stelle geeignet war, denn vergleichbar (nicht: gleich) ist die Auswahl-situation nur für Arbeitnehmer, die gleichermaßen die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle aufweisen. Für das Vorliegen einer Benachteiligung ist es erforderlich, dass eine Person, die an sich für die Tätigkeit geeignet wäre, nicht ausgewählt oder schon nicht in Betracht gezogen wurde. Könnte auch ein objektiv ungeeigneter Bewerber immaterielle Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG verlangen, stünde dies nicht im Einklang mit dem Schutzzweck des AGG. Das AGG will vor ungerechtfertigter Benachteiligung schützen, nicht eine unredliche Gesinnung des (potenti-

ellen) Arbeitgebers sanktionieren. Die objektive Eignung ist also keine ungeschriebene Voraussetzung der Bewerbungsbereitschaft, sondern Kriterium der ‚vergleichbaren Situation‘ iSd. § 3 Abs. 1 AGG.

Grundsätzlich ist für die objektive Eignung nicht auf das formelle Anforderungsprofil, welches der Arbeitgeber erstellt hat, abzustellen, sondern auf die Anforderungen, die der Arbeitgeber an einen Stellenbewerber stellen durfte. Zunächst ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber über den der Stelle zugeordneten Aufgabenbereich und die dafür geforderten Qualifikationen des Stelleninhabers frei entscheiden darf. Durch das Stellen von Anforderungen an den Bewerber, die nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsschauung durch die Erfordernisse der wachzunehmenden Aufgaben unter keinem nachvollziehbaren Gesichtspunkt gedeckt sind, darf er allerdings die Vergleichbarkeit der Situation nicht willkürlich gestalten und dadurch den Schutz des AGG de facto beseitigen.

Diese Grundsätze gelten allerdings bei der Besetzung von Stellen öffentlicher Arbeitgeber nur eingeschränkt. Während der private Arbeitgeber im Rahmen der oben dargelegten Grundsätze frei ist, welche Anforderungen er in seiner Stellenausschreibung an Bewerber stellt und ob er dann bei seiner Auswahlentscheidung von einzelnen dieser geforderten Qualifikationen abweicht, hat der öffentliche Arbeitgeber Art. 33 Abs. 2 GG zu beachten.

Hiernach besteht nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung Anspruch auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Öffentliche Ämter in diesem Sinne sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch Stellen, die mit Arbeitern und Angestellten besetzt werden. Art. 33 Abs. 2 GG dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes, dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität gewährleistet werden sollen (sog. Bestenauslese), zum anderen trägt er dem berechtigten Interesse des Bewerbers an seinem beruflichen Fortkommen Rechnung. Art. 33 Abs. 2 GG begründet ein grundrechtsgleiches Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in der Regelung – hier der Stellenausschreibung – genannten Auswahlkriterien (sog. Bewerbungsverfahrensanspruch).

Die in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Gesichtspunkte der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung sind die allein maßgeblichen Kriterien für die Bewerberauswahl; andere Kriterien sind nicht zulässig. Allerdings bestimmt Art. 33 Abs. 2 GG nicht, auf welchen Bezugspunkt sich diese Kriterien beziehen. Dies folgt erst aus dem Anforderungsprofil, welches als Funktionsbeschreibung des Dienstpostens objektiv die Kriterien bestimmt, die der künftige Stelleninhaber erfüllen muss. Über die Einrichtung und nähere Ausgestaltung von Dienstposten entscheidet grundsätzlich der Dienstherr nach seinen or-

organisatorischen Bedürfnissen und Möglichkeiten. Es obliegt daher auch seinem organisatorischen Ermessen, wie er einen Dienstposten zuschneiden will und welche Anforderungen demgemäß der Bewerberauswahl zugrunde zu legen sind. Erst aus diesem Zuschnitt des zu vergebenden Amtes oder Dienstpostens werden daher die Anforderungen bestimmt, an denen konkurrierende Bewerber zu messen sind.

Mit der Bestimmung eines Anforderungsprofils für die zu vergebende Stelle legt der Dienstherr die Kriterien für die Auswahl der Bewerber fest; an ihm werden die Eigenschaften und Fähigkeiten der Bewerber gemessen. Der öffentliche Arbeitgeber hat im Anforderungsprofil die formalen Voraussetzungen, fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie außerfachlichen Kompetenzen zu beschreiben, die ein Bewerber für eine erfolgreiche Bewältigung der künftigen Tätigkeit benötigt und die dementsprechend der leistungsbezogenen Auswahl zugrunde zu legen sind. Aufgrund des Anforderungsprofils sollen einerseits geeignete Bewerber gefunden, andererseits ungeeignete Bewerber schon im Vorfeld der eigentlichen Auswahlentscheidung aus dem Kreis der in das engere Auswahlverfahren einzubeziehenden Bewerber ausgeschlossen werden. Mit der Festlegung des Anforderungsprofils wird ein wesentlicher Teil der Auswahlentscheidung vorweggenommen. Zugleich bestimmt der öffentliche Arbeitgeber mit dem Anforderungsprofil den Umfang seiner eigentlichen Auswahlentscheidung

vorgelagerten verfahrensrechtlichen Verpflichtung nach § 82 Satz 2 und Satz 3 SGB IX.

Für die Dauer des Auswahlverfahrens bleibt der Arbeitgeber an das in der veröffentlichten Stellenbeschreibung bekanntgegebene Anforderungsprofil gebunden.

Unter Beachtung dieser Grundsätze bestehen unter Zugrundelegung des Anforderungsprofils in der Stellenausschreibung vom Sommer 2009 an der objektiven Eignung des Klägers für die von der Beklagten ausgeschriebene Stelle keine Zweifel. Die sachlichen Anforderungen, die die Beklagte stellte, ergeben sich aus dem – irreführend überschriebenen – ‚Tätigkeitsprofil‘ der Stellenausschreibung. Der Kläger verfügt über die Fahrerlaubnis der Klasse CE sowie über einen Personenbeförderungsschein. Er kann Berufserfahrung als Fahrer vorweisen (...). Das Führen von qualifizierten Fahrzeugen, die besondere Anforderungen an spurgenaues Fahren stellen (überschwere Fahrzeuge, Messfahrzeuge) war der Sache nach Teil des Tätigkeitsprofils und nicht des – wiederum falsch bezeichneten – ‚Anforderungsprofils‘ der Stellenausschreibung. Von den Anforderungen her ließ die Beklagte auch den Pkw-Führerschein der Klasse B genügen (,oder‘). Zudem verfügte der Kläger tatsächlich über Erfahrungen mit dem spurgenaunen Fahren besonderer Fahrzeuge, da er während des Wehrdienstes speziell umgebaute und mit Mess- und Nachrichtentechnik ausgestattete Lkws gefahren hat. Die Beklagte kann dabei

nicht darauf verweisen, der Kläger verfüge insoweit nicht über Erfahrungen aus jüngerer Zeit, da sie derartiges im Anforderungsprofil der Ausschreibung nicht verlangt hatte.“

X befand sich somit in einer vergleichbaren Situation mit dem eingestellten Bewerber und den zu den Vorstellungsgesprächen eingeladenen Bewerbern.

3. Wegen der Behinderung des X

Z müsste den X schließlich auch „wegen“ seiner Behinderung weniger günstig behandelt haben.

a) Begriff der „Behinderung“

Der Begriff der Behinderung nach § 1 AGG kann hierbei zunächst ausgehend von § 2 Abs. 1 SGB IX bestimmt werden, wonach Menschen behindert sind, wenn ihre „körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für ihr Alter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.“ Danach unterfällt der schwerbehinderte X, der einen GdB von 60 aufweist, dem Behindertenbegriff des § 1 AGG.

b) Kausalzusammenhang

Weiterhin müsste allerdings auch ein Kausalzusammenhang zwischen der benachteiligenden Behandlung und dem Merkmal der

Behinderung gegeben sein. Hierzu führt das Bundesarbeitsgericht lehrbuchartig folgendermaßen aus:

„Der Kausalzusammenhang zwischen benachteiligender Behandlung und dem Merkmal der Behinderung ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an die Behinderung anknüpft oder durch diese motiviert ist. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der betreffende Grund das ausschließliche Motiv für das Handeln des Benachteiligenden ist. Ausreichend ist vielmehr, dass das verpönte Merkmal Bestandteil eines Motivbündels ist, welches die Entscheidung beeinflusst hat. Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an.

Hinsichtlich der Kausalität zwischen Nachteil und dem verpönten Merkmal ist in § 22 AGG eine Beweislastregelung getroffen, die sich auch auf die Darlegungslast auswirkt. Der Beschäftigte genügt danach seiner Darlegungslast, wenn er Indizien vorträgt, die seine Benachteiligung wegen eines verbotenen Merkmals vermuten lassen. Dies ist der Fall, wenn die vorgetragenen Tatsachen aus objektiver Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung wegen dieses Merkmals erfolgt ist. Durch die Verwendung der Wörter ‚Indizien‘ und ‚vermuten‘ bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass es hinsichtlich der Kausalität zwischen einem der in § 1 AGG genannten Gründe und einer ungünstigeren Behandlung genügt, Hilfstatsachen vorzutragen, die zwar

nicht zwingend den Schluss auf die Kausalität erfordern, die aber die Annahme rechtfertigen, dass Kausalität gegeben ist. Liegt eine Vermutung für die Benachteiligung vor, trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. (...)

Unterlässt es der öffentliche Arbeitgeber – wie hier – entgegen § 82 Satz 2 SGB IX, den schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, so ist dies nach ständiger Rechtsprechung eine geeignete Hilfstatsache nach § 22 AGG, die für das Vorliegen einer Benachteiligung spricht. Die durch die Hilfstatsache ausgelöste Vermutung der Benachteiligung des Klägers wegen der Schwerbehinderung hat (...) die Beklagte (...) nicht erschüttert.

Wenn die festgestellten Tatsachen eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber nach § 22 AGG die Beweislast dafür, dass eine solche Benachteiligung nicht vorlag. Der Arbeitgeber muss das Gericht davon überzeugen, dass die Benachteiligung nicht (auch) auf der Behinderung beruht. Damit muss er Tatsachen vortragen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich ergibt, dass es ausschließlich andere Gründe waren als die Behinderung, die zu der weniger günstigen Behandlung geführt haben, und in seinem Motivbündel weder die Behinderung als negatives noch die fehlende Be-

hinderung als positives Kriterium enthalten war.

Für die Frage, welche Tatsachen geeignet sind, die Vermutung der Benachteiligung zu widerlegen, sind die Besonderheiten des Bewerbungsverfahrens für ein öffentliches Amt iSv. Art. 33 Abs. 2 GG und die gesetzlichen Regelungen des SGB IX zu beachten. Für den nach § 22 AGG möglichen Nachweis, dass für die Nichteinladung eines Bewerbers entgegen § 82 Satz 2 SGB IX ausschließlich andere Gründe als die Behinderung erheblich waren, können nur solche Gründe herangezogen werden, die nicht die fachliche Eignung betreffen. Hierfür enthält die in § 82 Satz 3 SGB IX geregelte Ausnahme mit dem Erfordernis der ‚offensichtlichen‘ Nichteignung eine abschließende Regelung. Sie prägt auch die Anforderungen, die bei Verstößen im Bewerbungsverfahren bei auf die fachliche Eignung bezogenen Erwägungen für den Gegenbeweis zugrunde zu legen wären. Die Widerlegung der infolge der Verletzung des § 82 Satz 2 SGB IX vermuteten Kausalität setzt daher den Nachweis voraus, dass die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch aufgrund von Umständen unterblieben ist, die weder einen Bezug zur Behinderung aufweisen noch die fachliche Eignung des Bewerbers berühren. (...)

Die Beklagte kann sich zur Widerlegung der aus der unterbliebenen Einladung folgenden Vermutung einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung nicht mit Erfolg darauf berufen, der Kläger sei fachlich gegenüber den

zu einem Vorstellungsgespräch eingeladenen Bewerbern schlechter qualifiziert. Es schadet mithin nicht, dass der Kläger im Gegensatz zu seinen Mitbewerbern nicht in jüngerer Zeit erworbene praktische Erfahrung mit dem Führen von überschweren Fahrzeugen (Bussen und schweren Lkws) aufweisen konnte.

Auch aus dem Umstand, dass behinderte Bewerber bei den zu einem Vorstellungsgespräch eingeladenen Bewerbern gemessen an der Gesamtzahl der Bewerbungen überproportional vertreten waren, kann nicht geschlossen werden, dass die unterbliebene Einladung des Klägers nicht wegen seiner Behinderung erfolgte. Im besonderen Fall der Behinderung kann eine Benachteiligung des einzelnen Bewerbers wegen eines unterbliebenen Vorstellungsgesprächs nicht dadurch widerlegt werden, dass in Bewerbungsverfahren die Gruppe der Schwerbehinderten nicht nachteilig behandelt wurde. § 82 Satz 2 SGB IX gibt dem einzelnen schwerbehinderten Bewerber einen Individualanspruch auf Einladung zu einem Vorstellungsgespräch. Die Indizwirkung wird durch die Schlechterstellung des Einzelnen ausgelöst und nicht dadurch aufgehoben, dass ansonsten im Bewerbungsverfahren schwerbehinderte Bewerber als Gruppe nicht nachteilig behandelt wurden. Der Anspruch nach § 82 Satz 2 SGB IX ist vom Gesetzgeber zwingend ausgestaltet worden, es handelt sich um eine gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers. Er hat insoweit kein Ermessen, weshalb ihm weder eine ‚freundliche‘ noch eine ‚feindliche‘ Einstellung zu Behinderten

unterstellt werden kann. Sinn des § 82 Satz 2 SGB IX ist es, den einzelnen schwerbehinderten Bewerbern die Möglichkeit zu geben, den Arbeitgeber in einem persönlichen Vorstellungsgespräch von ihrer Eignung zu überzeugen. Die Beklagte hätte nicht nur zwei, sondern alle nicht offensichtlich ungeeigneten behinderten Bewerber, jedenfalls auch den Kläger, zu einem Vorstellungsgespräch einladen müssen. Im Falle behinderter Bewerber soll der persönliche Eindruck entscheidend sein und nicht die ‚Papierform‘. Mit diesem Gesetzeszweck lässt sich eine Vorabauswahl nach Leistungsgesichtspunkten nicht vereinbaren. Ebenso wenig kann aus Praktikabilitätsabwägungen von der eindeutigen Verfahrensvorschrift abgewichen werden. (...)

Die Indizwirkung des Verfahrensfehlers wird auch nicht dadurch aufgehoben, dass die Beklagte bei der Vorabauswahl die Schwerbehindertenvertretung beteiligt hat. Auch insoweit ist die Beklagte als Arbeitgeber ihrer Pflicht, die Schwerbehindertenvertretung bei der Bewerbung von Schwerbehinderten umfassend zu beteiligen, zwar nachgekommen, § 81 Abs. 1 Satz 4 bis Satz 9, § 95 Abs. 2 Satz 1 und Satz 3 SGB IX. § 82 SGB IX ist jedoch zwingendes Gesetzesrecht und auch gegenüber einer Vereinbarung mit der Schwerbehindertenvertretung nicht dispositiv. Anders als bei einer Integrationsvereinbarung, § 83 SGB IX, besteht insoweit keine Vereinbarungsbefugnis von Arbeitgeber und Schwerbehindertenvertretung. Für den Gesetzesverstoß ist es aber unerheblich, wenn sich der Arbeitgeber im

Übrigen gesetzeskonform verhalten hat, z. B. die gesetzlich vorgesehene Mindestbeschäftigungsquote schwerbehinderter Arbeitnehmer eingehalten hat. (...)“

Es liegen somit Indizien im Sinne des § 22 AGG vor, die eine Benachteiligung des X durch Z „wegen“ der Behinderung des X vermuten lassen. Z hat diese Vermutungswirkung nicht erschüttert. Es ist daher insgesamt davon auszugehen, dass X im Rahmen seiner Bewerbung wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals unmittelbar im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG benachteiligt wurde.

IV. Keine Rechtfertigung der Benachteiligung

Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die unmittelbare Benachteiligung des X wegen seiner Behinderung gerechtfertigt sein könnte. Insbesondere liegen die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 AGG nicht vor, wonach eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zulässig ist, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

V. Fristgemäße Geltendmachung des Anspruchs

Zuletzt müsste X den Entschädigungsanspruch gegenüber Z innerhalb der Frist des

§ 15 Abs. 4 AGG geltend gemacht haben. Nach § 15 Abs. 4 AGG muss ein Anspruch nach § 15 Abs. 1 oder Abs. 2 grundsätzlich innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Die Frist beginnt im Falle einer Bewerbung mit dem Zugang der Ablehnung. Die Ablehnung der Bewerbung wurde X mittels Schreibens der Z vom 10.12.2009 mitgeteilt. Mit Schreiben vom 02.02.2010 machte X Entschädigungsansprüche gegenüber Z geltend. Damit hat er die Zwei-Monats-Frist des § 15 Abs. 4 AGG gewahrt.

Die am 29.04.2010 beim zuständigen Arbeitsgericht eingereichte Klage, die Z am 14.05.2010 zugestellt wurde, hat auch die Frist des § 61b Abs. 1 ArbGG gewahrt. Sie wurde innerhalb von drei Monaten nach der schriftlichen Geltendmachung des Anspruchs erhoben. Für die Fristwahrung genügte nach § 167 ZPO der Eingang der Klage beim Arbeitsgericht, weil deren Zustellung demnächst erfolgte.

VI. Ergebnis zum Grundfall

X hat gegen Z somit dem Grunde nach einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG, ohne dass es darauf ankäme, ob Z den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot zu vertreten hat. Die Höhe des Entschädigungsanspruchs hängt hierbei von den Umständen des Einzelfalls ab. Hierzu abschließend nochmals das Bundesarbeitsgericht:

„§ 15 Abs. 2 Satz 1 AGG räumt dem Gericht einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ein, um bei der Prüfung der Angemessenheit der Entschädigung die Besonderheiten jedes einzelnen Falls berücksichtigen zu können. (...) Für die Höhe der festzusetzenden Entschädigung sind Art und Schwere der Verstöße sowie die Folgen für den schwerbehinderten Kläger von Bedeutung. Dabei mag auch von Bedeutung sein, dass die Beklagte die Rechte der schwerbehinderten Bewerber zumindest insoweit achtete, als sie zwei von 14 schwerbehinderten Bewerbern zu einem Vorstellungsgespräch einlud und die Schwerbehindertenvertretung beteiligte.“

Abwandlung

I. Anspruch gemäß § 670 BGB

K könnte gegen das Bundesland N einen Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises für das Schulbuch in Höhe von 14,36 Euro gemäß § 670 BGB haben. Nach § 670 BGB ist ein Auftraggeber gegenüber einem Beauftragten zum Ersatz verpflichtet, wenn der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen macht, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 670 BGB ist zunächst das Vorliegen eines Auftrags im Sinne des § 662 BGB. Nach dieser Vorschrift liegt ein Auftrag vor, wenn sich der Beauftragte gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet, ein ihm von diesem übertrage-

nes Geschäft für den Auftraggeber unentgeltlich zu besorgen.

Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses verpflichtet sich der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber gerade nicht, für diesen unentgeltlich tätig zu werden. Vielmehr wird ein Arbeitnehmer gerade deshalb für den Arbeitgeber tätig, um für seine Arbeitsleistung als Gegenleistung eine Vergütung zu erhalten (vgl. § 611 Abs. 1 BGB). Die Voraussetzungen eines Auftrags gemäß § 662 BGB liegen demnach nicht vor, so dass auch ein Anspruch der K gegen das Bundesland N gemäß § 670 BGB in direkter Anwendung ausscheidet.

II. Anspruch gemäß § 670 BGB analog

Die K könnte gegen das Bundesland N jedoch einen Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises für das Schulbuch in Höhe von 14,36 Euro gemäß § 670 BGB analog haben.

1. Analoge Anwendung des § 670 BGB auf Arbeitsverhältnisse

Hierfür müsste § 670 BGB allerdings analog auf Arbeitsverhältnisse anwendbar sein.

Das Bundesarbeitsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass § 670 BGB auf Arbeitsverhältnisse entsprechend angewendet werden kann, obwohl Arbeitnehmer nicht unentgeltlich im Sinne des § 662 BGB tätig werden. Denn die auftragsrechtlichen Bestimmungen im Allgemeinen und § 670 BGB im Speziellen enthalten rechtliche Wer-

tungen, die auf Arbeitsverhältnisse übertragen werden können. § 670 BGB will den Beauftragten davor schützen, dass er durch die Geschäftsbesorgung im Interesse des Auftraggebers einen Nachteil erleidet. Dieser Rechtsgedanke ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verallgemeinerungsfähig. Unabhängig von dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis kann derjenige, der im Interesse eines anderen Aufwendungen macht, von diesem die getätigten Aufwendungen ersetzt verlangen. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass Aufwendungen, die ein Arbeitnehmer zwecks Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung tätigt, im Interesse beider Arbeitsvertragsparteien liegen können. Dem Arbeitgeber kann deshalb bei entsprechender Anwendung des § 670 BGB nur dann das alleinige Tragen der Aufwendungen auferlegt werden, wenn sein Interesse an der Aufwendung so weit überwiegt, dass das Interesse des Arbeitnehmers vernachlässigt werden kann.

2. Vorliegen der Voraussetzungen des § 670 BGB analog

Ein Anspruch der K gegen das Bundesland N bestünde jedoch nur dann, wenn auch tatsächlich die Tatbestandsvoraussetzungen des § 670 BGB analog vorlägen. Das Bundesarbeitsgericht führt hierzu wie folgt aus:

„Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 670 BGB liegen vor. Der Kaufpreis für das Schulbuch ist eine Aufwendung,

die der Kläger zwecks Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung und damit im Interesse des beklagten Landes tätigte.“

Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts ist es *„einem angestellten Lehrer grundsätzlich nicht zumutbar, die Kosten für die Beschaffung von Arbeitsmitteln, die zur sachgerechten Durchführung des Unterrichts zwingend erforderlich sind, selbst zu tragen. Darüber, dass der Kläger ohne das Schulbuch nicht ordnungsgemäß Mathematikunterricht hätte erteilen können, besteht kein Streit.“*

Auch der Einwand des Bundeslandes N, K habe das Buch zu Beginn des Schuljahres vorschnell eigenmächtig erworben und B damit die Möglichkeit einer anderweitigen Beschaffung genommen, verfängt im Ergebnis nicht. Dies deshalb, weil das Bundesland N *„weder vor noch kurz nach dem Beginn des Schuljahres Dispositionen getroffen“* hat, *„die auf die Beschaffung oder Überlassung des für einen ordnungsgemäßen Mathematikunterricht erforderlichen Schulbuchs gerichtet waren. Vielmehr hat es dem Kläger mehrere Monate nach Beginn des Schuljahres – wie bereits im Vorjahr – in einem Schreiben (...) mitgeteilt, Lehrmittel wie Schulbücher seien nicht von ihm, sondern vom Schulträger zur Verfügung zu stellen.“*

K steht somit grundsätzlich ein Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises für das Schulbuch in Höhe von 14,36 Euro analog § 670 BGB zu.

3. Das Bundesland N als Schuldner des Aufwendungsersatzanspruchs

Allerdings müsste das Bundesland N auch richtiger Anspruchsgegner, mithin Schuldner des Aufwendungsersatzanspruchs, sein. Auch dies bejaht das Bundesarbeitsgericht:

„Soweit das beklagte Land seine Passivlegitimation in Abrede stellt, übersieht es, dass § 670 BGB im Streitfall allein es selbst, nicht aber die Stadt B verpflichtet.

Gemäß § 112 Abs. 1 Halbsatz 1 des Niedersächsischen Schulgesetzes (NSchG) (...) trägt das beklagte Land die persönlichen Kosten für die Lehrkräfte an öffentlichen Schulen. Zu den persönlichen Kosten zählen die Personalausgaben im Sinne des Landeshaushaltsrechts und die Reisekosten (§ 112 Abs. 2 Satz 1 NSchG). Demgegenüber fallen dem Schulträger die sächlichen Kosten der öffentlichen Schulen zur Last (§ 113 Abs. 1 Satz 1 NSchG). Hierzu gehören auch die persönlichen Kosten, soweit diese nicht das beklagte Land trägt (§ 113 Abs. 1 Satz 2 NSchG).

Die genannten Vorschriften regeln die Kostentragungspflicht im Innenverhältnis zwischen Dienstherr und Schulträger. Die Stellung des beklagten Landes als Schuldner des von dem Kläger erhobenen Aufwendungsersatzanspruchs wird durch etwaige Erstattungsansprüche des beklagten Landes gegenüber der Stadt B nicht berührt. Selbst wenn der Kläger einen Erstattungsanspruch gegen die Stadt B hätte, entlastete dies das beklagte

Land nicht. In diesem Falle ständen dem Kläger zwei Schuldner gegenüber, deren Haftung sich nach den Regeln über die Gesamtschuld (§ 421 BGB) richtete.“

III. Ergebnis der Abwandlung

Die K hat gegen das Bundesland N einen Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises für das Schulbuch in Höhe von 14,36 Euro analog § 670 BGB.

Hinweise:

1. Die beiden Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts sind examensrelevant. Die Prüfung eines Entschädigungsanspruchs eines Stellenbewerbers nach § 15 Abs. 2 AGG gehört zum arbeitsrechtlichen Pflichtprüfungstoff der staatlichen Pflichtfachprüfung. Auch die Konstellation eines Aufwendungsersatzanspruchs eines Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber entsprechend § 670 BGB kann ohne Weiteres Teil einer Klausur oder einer mündlichen Prüfung sein.

2. Im Rahmen des Grundfalls ist zu beachten, dass § 82 SGB IX nur auf öffentliche, nicht jedoch auf private Arbeitgeber anwendbar ist. Der öffentliche Arbeitgeber muss alle nicht offensichtlich ungeeigneten schwerbehinderten Bewerber einladen. Der Gesetzgeber will hierdurch erreichen, dass jeder Schwerbehinderte die Möglichkeit erhält, den Arbeitgeber in einem persönlichen Gespräch von seiner Eignung zu überzeugen. Mit diesem Zweck lässt sich eine Vorabaus-

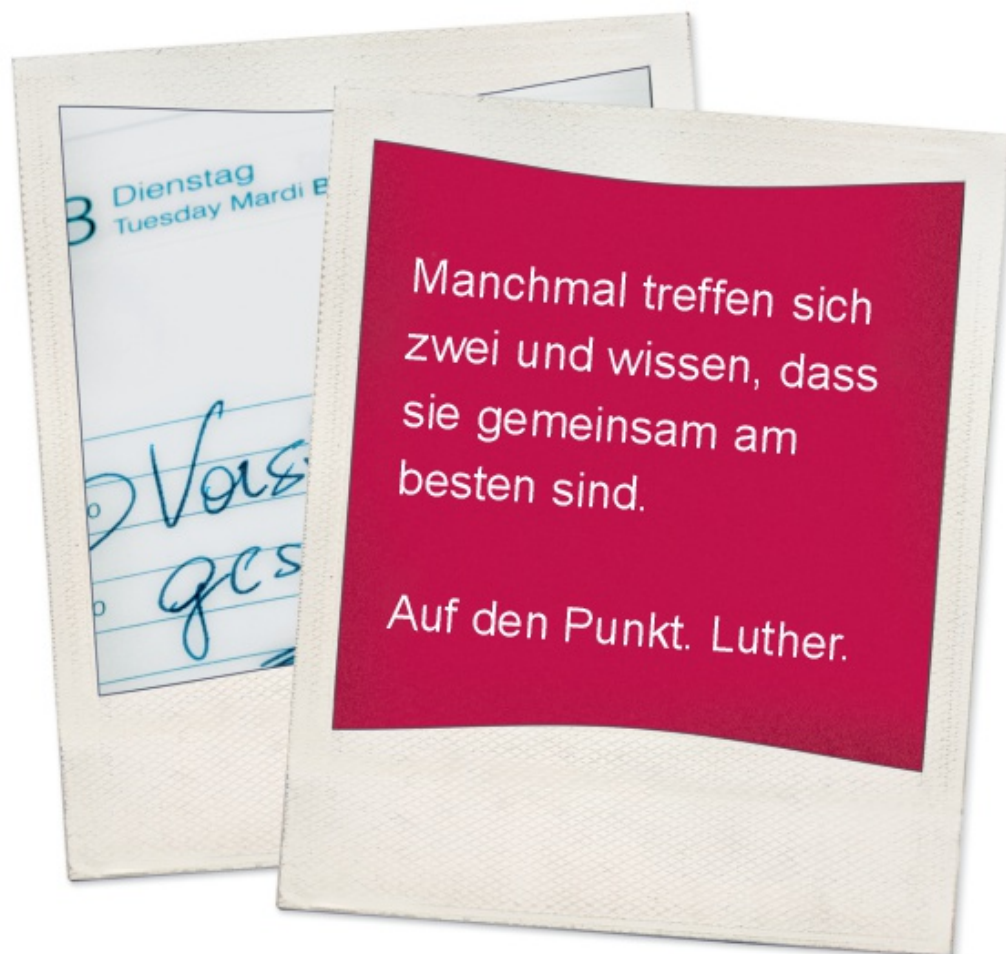
wahl nach Leistungsgesichtspunkten nicht vereinbaren. Dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitgeber bei einer Vorauswahl die Schwerbehindertenvertretung beteiligt oder zahlreiche andere schwerbehinderte Bewerber eingeladen hat.

3. Eine einführende Übersicht über das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz findet sich bei HROMADKA/MASCHMANN, Arbeitsrecht Band 1, 5. Aufl. 2012, § 5 Rn. 7 ff. Einen guten Überblick über die Rechtsprechung der letzten Jahre zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz liefern BISSELS/LÜTZELER, BB 2012, 701 ff., 833 ff. Eine Darstellung zum Aufwendungsersatzanspruch des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber bietet MÜLLER-GLÖGE, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 611 Rn. 890 ff.

(RA Dr. Nikolaus Polzer)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Luther.



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

Auf den Punkt. Luther.

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

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

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

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



Rechtsberatung. Steuerberatung. Luther.



„Crash-Kurs“ zu § 315c Abs. 1 StGB: Straßenverkehrs- gefährdung bei Trunkenheits- fahrt

BGH, Beschluss vom 04.12.2012 –
4 StR 435/12 = DAR 2013, 697 f.

1. § 315c Abs. 1 StGB setzt eine konkrete Gefahr voraus, die nicht schon bei einer latent gefährlichen Tathandlung zu bejahen ist. Sie ist erst gegeben, wenn die Tathandlung in eine kritische Situation führte, in der die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache derart stark beeinträchtigt war, dass es einzig noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht. Dies ist nach allgemeiner Lebenserfahrung aufgrund einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen.

2. Nicht umfasst vom Schutzbereich des § 315c StGB sind das Fahrzeug des Täters sowie an dessen Tat beteiligte Mitfahrende.

3. Die tatbestandsspezifische Wertgrenze, die ein Gefährdungsschaden an Sachen erreichen muss, liegt bei 750 Euro.

(Leitsätze des Bearbeiters)

Sachverhalt (leicht verändert):

„Nach den [... erstinstanzlichen] Feststellungen fuhr der Angekl.“ A in zwei „Fällen mit fremden, mit zwei weiteren Personen besetzten Pkws im öffentlichen Straßenverkehr, obwohl er infolge Alkoholgenusses absolut fahruntüchtig war. Infolge der Fahruntüchtigkeit fuhr er mit dem Pkw gegen eine Hausmauer und verursachte an dieser einen Schaden von 368,90 Euro (Fall II.2) bzw. in eine Baustellenabsicherung sowie an eine Stützmauer und streifte im weiteren Verlauf der Fahrt Leitplankenfelder (Fall II.5).“ Bei beiden Fahrten hatte jeweils einer der Mitfahrer dem A das Auto überlassen und der jeweils andere Mitfahrer dem A den Pkw-Schlüssel übergeben.

Die Entscheidung:

Der Senat überprüft die Verurteilung As „wegen fahrlässiger Straßenverkehrsgefährdung“ nach § 315c Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 3 Nr. 2 StGB in beiden Fällen en bloc:

I) Tatbestand

1) Objektiver Tatbestand

a) A führte in beiden Fällen im Straßenverkehr ein Fahrzeug, obwohl „er infolge Alkoholgenusses absolut fahruntüchtig war“.

b) Einzig problematisch ist, ob es zu einer von § 315c Abs. 1 StGB vorausgesetzten konkreten Gefährdung gekommen ist. Dazu der Senat: „Nach gefestigter Rechtsprechung

muss die Tathandlung über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus in eine kritische Situation geführt haben, in der – was nach allgemeiner Lebenserfahrung auf Grund einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist – die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache so stark beeinträchtigt war, dass es nur noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht [Nachw.]“

aa) Zunächst wendet sich der Senat ganz kurz den „vom Angeklagten [A] geführten fremden Fahrzeuge[n]“ zu: Sie kommen „für den Eintritt des [...] erforderlichen konkreten Gefährerfolgs [...] nicht in Betracht“.

Zwar kann man grundsätzlich davon ausgehen, dass sich der Begriff der fremden Sache nach bürgerlichem Recht bestimmt, eine Sache für den Täter also fremd ist, wenn sie weder in seinem Alleineigentum steht noch herrenlos ist. Danach könnten die Fahrzeuge je gefährdet worden sein. Jedoch wird eine generelle Reduktion des Tatbestandes vorgenommen und die Gefährdung des vom Täter geführten (auch fremden) Fahrzeugs aus dem Tatbestand ausgeschieden (so schon BGH, Beschluss vom 18.12.1957 – 4 StR 554/57 = NJW 1958, 469 (469); Beschluss vom 18.11.1997 – 4 StR 542/97 = NStZ-RR 1998, 150 (150); zust. etwa GROESCHKE, in: MünchKomm/StGB, Bd. 4, 1. Aufl. (2006), § 315c Rn. 54; LACKNER/KÜHL, StGB, 27. Aufl. (2011), § 315c Rn. 25). Das Fahrzeug sei „notwendiges Werkzeug zur Verwirklichung des Tatbe-

standes der Straßenverkehrsgefährdung [..., weswegen] es nicht gleichzeitig von dem Strafschutz mitumfaßt werden“ könne (BGH, Beschluss vom 18.12.1957 – 4 StR 554/57 = NJW 1958, 469 (469); zust. EISELE, JA 2007, 168 (171); RENZIKOWSKI, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 315c Rn. 19). Demnach kommt es nicht mehr darauf an, ob der den Fahrzeugen drohende Schaden bedeutend war.

bb) Als gefährdete fremde Sachen von bedeutendem Wert kommen noch „Hauswand bzw. Baustellenabsicherung, Stützmauer und Leitplankenfelder[n]“ in Betracht.

Diese müssen von bedeutendem Wert sein. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht nur der Wert der Sache als solcher, sondern auch der ihr drohende Schaden bedeutend sein muss (RENZIKOWSKI, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 315 Rn. 20; LACKNER/KÜHL, StGB, 27. Aufl. (2011), § 315c Rn. 24). Auch wenn ein sich realisierter Schaden unbedeutend ist (also unter der Wertgrenze liegt), heißt dies noch nicht, dass der der Sache von bedeutendem Wert konkret drohende Schaden nicht über der Wertgrenze hätte liegen können. Wenn dem so ist, genügt dies.

Die „tatbestandsspezifische Wertgrenze [... liegt bei] 750 Euro“ – so der Senat unter Verweis auf seine Rechtsprechung und mit ihm weite Teile der Literatur (FISCHER, StGB, 60. Aufl. (2013), § 315c Rn. 15; SATZGER, JURA 2012, 786 (788); a. A. etwa BURMANN, in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker, StVR, 22. Aufl.

(2012), § 315c Rn. 7, der aufgrund des identischen Wortlauts für eine Gleichbehandlung mit § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB und so für 1300 Euro als Grenze plädiert. Weiterführend und aktuell zur Wertgrenze des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB LG LANDSHUT, DAR 2013, 588 f. mit Anm. ERNST).

Hier rügt der Senat die Feststellungen des Landgerichts: Es sei „nicht erkennbar [...], ob der [diesbezügliche] Gefährdungsschaden [...] die tatbestandsspezifische Wertgrenze [...] erreicht hat“.

cc) Daher „kommt es auf die Gefährdung der Mitfahrer an“. – Der Senat weiter: „Nach den in der Rechtsprechung des Senats entwickelten Maßstäben genügen die hierauf bezogenen knappen Bemerkungen der Strafkammer – ‚Außerdem gefährdete er Leib und Leben seiner beiden Mitfahrer.‘ [...] bzw. ‚In beiden Fällen bestand konkrete Gefahr für Leib und Leben seiner Mitfahrer.‘ [...] – nicht den Anforderungen zur Darlegung einer konkreten Gefahr. Einen Vorgang, bei dem es beinahe zu einer Verletzung der Mitfahrer gekommen wäre, also ein Geschehen, bei dem ein uneteiligter Beobachter zu der Einschätzung gelangt, ‚das sei noch einmal gut gegangen‘ [Nachw.], hat die Strafkammer [...] nicht hinreichend mit Tatsachen belegt. Insbesondere fehlen Angaben zu den Geschwindigkeiten der Fahrzeuge im Zeitpunkt der Kollisionen und der Intensität des Aufpralls auf die einzelnen Gefährdungsobjekte [Nachw.]. Auch ergeben die bisher getroffenen Feststellungen nicht,

dass es dem Angeklagten – etwa nur aufgrund überdurchschnittlich guter Reaktion – sozusagen im allerletzten Moment gelungen ist, einen intensiveren Aufprall zu verhindern“. Davon abgesehen führt der Senat weiter aus: „Nach den bisherigen Feststellungen bleibt zudem offen, ob die Mitfahrer des Angeklagten vom Schutzbereich des § 315c StGB überhaupt erfasst sind.“ Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass an einer solchen Straftat nicht beteiligte Mitfahrer anerkanntermaßen Gefährdungsoffer sein können (s. nur RENZIKOWSKI, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 315c Rn. 19). Bei an der Tat beteiligten Insassen des (Täter-)Fahrzeugs ist dies indes nach „gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs [...] zu verneinen [Nachw.]“. Diese schieden aus dem Schutzbereich aus (LACKNER/KÜHL, StGB, 27. Aufl. (2011), § 315c Rn. 25; GROESCHKE, in: MünchKomm/StGB, Bd. 4, 1. Aufl. (2006), § 315c Rn. 53). Es handele sich bei Ihnen (ebenso wie beim Täter als Führer des Fahrzeugs) nicht um „einen anderen Menschen“ i. S. d. § 315c StGB, stünden Beteiligte doch auf der Täterseite und mithin nicht stellvertretend für die durch den Tatbestand geschützte Allgemeinheit. Zu hiesigem Fall führt der Senat weiter aus: „Die Mitfahrer könnten sich – jedenfalls zum Teil – durch Übergabe des Pkw-Schlüssels [...] oder durch Überlassen des eigenen Pkws [...] der Beihilfe gemäß § 27 StGB schuldig gemacht haben, sofern zumindest die Voraussetzungen der Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination nach § 315c Abs. 3 Nr. 1 StGB gegeben sind.“

2) Ergebnis

Der Senat sah sich demnach veranlasst zur „Aufhebung des Schuldspruchs wegen fahrlässiger Gefährdung des Straßenverkehrs“ und dazu, „die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung [...] an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück[zu]verweisen.“

Hinweise:

1. In vorliegendem Beschluss äußert sich der Senat zu klassischen Problempunkten i. R. d. § 315c StGB, die gerne in Klausuren abgeprüft werden, und zeigt einmal mehr die seiner Ansicht nach richtige Lösung auf. Insofern eignet sich die Entscheidung nicht nur für Examenskandidaten zur Repetition (weiterführend EISELE, JA 2007, 168 ff. (zu § 315c StGB), und HAAS, AL 2012, 119 ff. (Übungsfall u. a. speziell zu § 315c Abs. 1 Nr. 2 b)).

2. Hauptanwendungsfall der (in Praxis und Ausbildung) mit Abstand relevantesten Straßenverkehrsdelikte der §§ 315c, 316 StGB ist die so genannte alkoholbedingte Fahruntauglichkeit (BURMANN, in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker, StVR, 22. Aufl. (2012), § 315c Rn. 9, spricht von Fahrunsicherheit und FISCHER, StGB, 60. Aufl. (2013), § 315c Rn. 3 ff., von Fahruntüchtigkeit). Allgemein wird unterschieden zwischen relativer und absoluter Fahruntauglichkeit. Zum Nachweis selbiger ist die Blutalkoholkonzentration (BAK, also der in Promille ausgedrückte Alkoholgehalt des Blutes) das wichtigste Beweisanzeichen

(BURMANN, in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker, StVR, 22. Aufl. (2012), § 316 Rn. 8). Regelmäßig geht ihr eine Blutprobenentnahme (§ 81a StPO, dazu vertiefend ERNST, JURA 2011, 94 ff.) voraus, fehlt diese, wird die BAK durch die festgestellte Trinkmenge ermittelt (ausführlich mit diversen Beispielen BURMANN, in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker, StVR, 22. Aufl. (2012), § 316 Rn. 8 ff.).

a. Von absoluter Fahruntauglichkeit eines Kfz-Führers wird bei einer BAK von 1,1 Promille und mehr zur Tatzeit ausgegangen. Dieser Wert wird als prozessuale Beweisregel verstanden, mit seinem Erreichen steht die Fahruntauglichkeit unwiderlegbar fest, weshalb ein entsprechender Gegenbeweis, der Täter sei gleichwohl fahrsicher, als unzulässig betrachtet wird (dazu SATZGER, JURA 2013, 345 (350) m. w. N.).

b. Relative Fahruntauglichkeit eines Kfz-Führers wird bei einer BAK von 0,3 Promille und mehr zur Tatzeit und Hinzutreten alkoholbedingter Ausfallserscheinungen bejaht (FISCHER, StGB, 60. Aufl. (2013), § 316 Rn. 31 f.; EISELE, JA 2007, 168 (169)).

c. Weiterführend zur Bedeutung der BAK im allgemeinen und i. R. d. §§ 315c, 316 StGB SATZGER, JURA 2013, 345 ff., und bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit s. BGH, Beschluss vom 29.05.2012 – 1 StR 59/12 = JSE 2013, 111 ff. (ERNST).

3. Zu den Ausführungen des Senats bezüglich einer von ihm als nicht möglich erachteten

(konkreten) Gefährdung tatbeteiligter Mitfahrer lässt sich noch anmerken:

Nach nicht nur in der Literatur vertretener Ansicht kann auch ein tatbeteiligter Mitfahrer konkret gefährdet werden (STERNBERG-LIEBEN/HECKER, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), § 315c Rn. 31 m. w. N.; OLG STUTTGART, Urteil vom 17.10.1975 – 1 Ss (9) 376/75 = NJW 1976, 1904 (1904)). Er sei durchaus schutzwürdig und könne sehr wohl ein „anderer“ i. S. d. Tatbestandes sein (EISELE, JA 2007, 168 (171) m. w. N.; ZIESCHANG, in: NomosKomm/StGB, 4. Aufl. (2013), § 315c Rn. 26). Immerhin gibt der Wortlaut zu der vom Senat vorgenommenen Restriktion keinen Anlass; auch bei den §§ 212, 222, 223, 229 StGB sind Tatbeteiligte als „andere“ geschützt (RENGIER, StrR BT II, 14. Aufl. (2013), § 44 Rn. 17). Weil § 315c StGB ein eigenhändiges Delikt ist, scheidet Mittäterschaft i. d. R. aus und geht es hier regelmäßig um Teilnehmer (vgl. dazu RENGIER, StrR BT II, 14. Aufl. (2013), § 44 Rn. 17). Für Teilnehmer ist die Haupttat eine fremde Tat (vgl. §§ 26, 27 Abs. 1 StGB), in die sie nicht tätergleich einbezogen werden dürfen. Gegen das z. T. vorgebrachte Argument, Tatbeteiligte hätten den Strafrechtsschutz verwirkt, spricht, dass den Beteiligten dann eine Rechtsmacht zugestanden würde, die ein Einwilligender nicht hat. Selbst dort, wo das Rechtsgut an sich indisponibel ist, könnte der Beteiligte wirksam über den Rechtsgutsschutz verfügen. Derartige führe zu einem faktisch rechtsfreien Raum und widerspräche dem Rechtsgedan-

ken der §§ 216, 228 StGB (dazu WIRSCH, JuS 2006, 400 (402)).

Mit dieser Ansicht ist die Frage zu stellen, ob eine (eigenverantwortliche) Selbst- oder eine (einverständliche) Fremdgefährdung des Mitfahrers vorliegt (allgemein zu dieser Abgrenzung HINDERER/BRUTSCHER, JA 2011, 907 (908 ff.)). Im ersteren Fall ist die objektive Zurechnung zu verneinen. Der Verantwortungsbereich des Täters endet dort, wo der Verantwortungsbereich des Opfers beginnt. Die eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers unterbricht den Zurechnungszusammenhang und schließt somit die Tatbestandsmäßigkeit aus: Es realisiert sich nämlich nicht eine vom Täter gesetzte Gefahr, sondern vielmehr das vom Opfer bewusst eingegangene Risiko (KÜHL, StrR AT, 7. Aufl. (2012), § 4 Rn. 86; BRÜNING, ZJS 2009, 194 (194)). Entscheidend für die Abgrenzung ist, wer über den Gefährdungsakt Tatherrschaft hat (vgl. GEPPERT, JURA 1996, 47 (49)). Voraussetzung für eine Selbstgefährdung ist ein maßgebliches (aktives) Mitwirken des Opfers, es muss das Geschehen jedenfalls gleichgewichtig steuernd in den Händen halten und sein Eigenbeitrag muss die Kriterien der Allein- oder Mittäterschaft erfüllen (KINDHÄUSER, LPK, 5. Aufl. (2013), Vor § 13, Rn. 122). Ist der potentielle Beteiligte Mitfahrer, ist das Ergebnis regelmäßig klar: Tatherrschaft über den gefährdenden Akt des Autofahrens hat alleine der Fahrer, der einzig das Geschehen (im wahrsten Sinne des Wortes) steuernd in den Händen hält.

Die einverständliche Fremdgefährdung kann nach h. M. zu einer rechtfertigenden Einwilligung führen. Für deren Eingreifen ist in solchen Konstellationen wesentlich (nicht aber alleinentscheidend, s. zu den sonstigen Voraussetzungen HINDERER/ERNST, JSE 2013, 260 (264) m. N.), ob das Opfer hinsichtlich des geschützten Rechtsguts dispositionsbefugt ist und damit, welches Rechtsgut durch § 315c StGB geschützt wird: Vor allem die Rechtsprechung sieht unter Verweis auf die systematische Stellung des § 315c StGB im 28. Abschnitt der gemeingefährlichen Straftaten das Universalrechtsgut der Sicherheit des Straßenverkehrs als primär geschützt an. Von „untergeordneter Bedeutung“ sei der „mitverwirklichte Schutz des einzelnen“ (BGH, Beschluss vom 14.05.1970 – 4 StR 131/69 = DAR 1970, 214 (214 f.)). Die Einwilligung des Gefährdeten sei schlechterdings unbeachtlich, da das Rechtsgut der Straßenverkehrssicherheit nicht der Dispositionsbefugnis eines Einzelnen unterliege (BGH, Beschluss vom 14.05.1970 – 4 StR 131/69 = DAR 1970, 214 (215); OLG STUTTGART, Urteil vom 17.10.1975 – 1 Ss (9) 376/75 = NJW 1976, 1904 (1904); LACKNER/KÜHL, StGB, 27. Aufl. (2011), § 315c Rn. 32). Allerdings ist bei § 315c StGB im Vergleich zu dem abstrakten Gefährdungsdelikt des § 316 StGB die Strafdrohung erhöht, was sich aus der konkreten Gefahr für die genannten Individualrechtsgüter legitimiert. Sie würden „gleichberechtigt und nicht nur als Annex der Straßenverkehrssicherheit geschützt“ (STERNBERG-LIEBEN/HECKER, in:

Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), § 315c Rn. 40; ausf. ZIESCHANG, in: NomosKomm/StGB, 4. Aufl. (2013), § 315c Rn. 5 f.). Der Schutz dieser Rechtsgüter ist ein wesentlicher Grund des § 315c StGB. Es gibt danach ein individualschützendes Mehr des § 315c StGB im Vergleich zu § 316 StGB. Diesbezüglich kann dann auch eine (wirksame) Einwilligung des Gefährdeten zu einer Teilrechtfertigung (OELLERS, NJW 1970, 2121 (2121)) führen. Die nicht einwilligungsfähige Gefährdung des Rechtsguts der Sicherheit des Straßenverkehrs kann durch § 316 StGB angemessen bestraft werden (ausf. ERNST, DAR 2013, 699).

(Richter Guido Philipp Ernst)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Rechtsprechungsänderung: Zum Erfordernis eines Absatzerfolgs für eine vollendete Hehlerei durch Absetzen

BGH, Beschluss vom 14.05.2013 –
3 StR 69/13 = NStZ 2013, 584

**Vollendete Hehlerei durch Absetzen setzt
einen Absatzerfolg voraus.** (Leitsatz des
Bearbeiters)

Sachverhalt (gekürzt):

A. „bemühte sich im Einverständnis mit B. so-
wie in dessen Interesse selbständig um den
Verkauf mehrerer Gemälde“, die wenige Zeit
zuvor „von Unbekannten [...] entwendet und
von B. in Kenntnis des Diebstahls entgegenge-
nommen worden“ sind. B. hatte A. „damit be-
auftragt, einen Käufer für die Bilder zu su-
chen, und ihm dreizehn der Bilder über-
bracht.“ A. „hielt es für möglich, dass es sich
bei B. entgegen dessen Behauptung nicht um
den Eigentümer der Bilder, sondern einen
Hehler handelte. Dies war ihm aber [...] we-
gen der versprochenen Provision in Höhe von
10 % des Verkaufserlöses gleichgültig. Im
Rahmen seiner Bemühungen fertigte er Foto-
grafien von den Werken und sprach verschie-
dene [...] Personen an, von denen er hoffte,
dass sie ihm beim Verkauf dienlich sein könn-
ten.“ Die Bemühungen des A. blieben erfolg-
los.

Prozessgeschichte und Einführung:

A.s Verhalten hat das Landgericht als (vollen-
dete) Hehlerei durch Absetzen der von B.
hehlerisch erworbenen Bilder gewürdigt und
ihn wegen Hehlerei zu einer Freiheitsstrafe
verurteilt. Die Revision A.s richtet sich gegen
diese Verurteilung.

I. R. d. objektiven Tatbestands des § 259
Abs. 1 StGB kommt als Tathandlung einzig
ein Absetzen (Variante 3) in Betracht. Dieses
verlangt die selbständige wirtschaftliche Ver-
wertung der gestohlenen Sachen im Interesse
und mit Einverständnis des Vorbesitzers
(JAHN, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB,
2009, § 259 Rn. 25). A. wurde hier gerade
selbständig und im Interesse des B. tätig. Es
kam aber nicht zu einem (wie auch immer
gearteten) wirtschaftlichen Verwertungs- bzw.
Absatzerfolg. Ob ein solcher vorausgesetzt
ist, ist die hier zentrale Frage.

Das Landgericht bejahte diese Frage und
hielt – wie der 3. Strafsenat (im Folgenden
kurz: Senat) es ausdrückt – „im Einklang mit
der bisherigen ständigen Rechtsprechung“
fest, dass „für die Vollendung das bloße Tätig-
werden durch vorbereitende oder ausführende
Tätigkeiten zum Zwecke des Absatzes ausrei-
chend“ ist.

Die vom Senat beabsichtigte Entschei- dung:

Der Senat hat vor, „auf die Revision des Ange-
klagten [...] den Schuldspruch des angefochte-

nen Urteils dahin zu ändern, dass der Angeklagte der versuchten Hehlerei schuldig ist, den Strafausspruch aufzuheben und die Sache insoweit zu neuer Verhandlung und Entscheidung an den Tatrichter zurückzuverweisen.“ Hintergrund dessen ist, dass der Senat beabsichtigt, der bisherigen Linie der Rechtsprechung nicht (mehr) zu folgen. Er ist vielmehr „der Auffassung, dass die Annahme einer vollendeten Hehlerei in der Form des Absetzens – wie auch der Absatzhilfe, für die nichts anderes gelten kann – entgegen der Würdigung des Landgerichts einen Erfolg der Absatzbemühungen voraussetzt.“

Die Argumentation:

In seinem Anfragebeschluss stellt der Senat zunächst die bisher ständige (höchstrichterliche) Rechtsprechung dar (I.) und trägt danach die Argumente für die gegenteilige Sichtweise vor (II.).

I. Die bisherige ständige Rechtsprechung „gründet auf mehrere Entscheidungen des Reichsgerichts. Dieses hat wiederholt die Auffassung vertreten, dass für die Absatzhilfe der Eintritt eines Absatzerfolges nicht erforderlich sei. Zur Begründung hat das Reichsgericht unter Hinweis auf die damalige Fassung des § 253 StGB, in der die Tathandlung – abweichend von der heutigen Fassung (‘absetzt oder absetzen hilft’) – mit ‚zu deren Absatze bei anderen mitwirkt‘ beschrieben war, betont, dass danach nicht die Mitbewirkung des Absatzes, sondern die Mitwirkung zum Ab-

satz unter Strafe gestellt sei. Ein weiteres Argument für das Reichsgericht war die fehlende Strafbarkeit des Versuchs [Nachw.]. An dieser Rechtsprechung hielt der Bundesgerichtshof – trotz der [...] 1943 erfolgten Einführung der Versuchsstrafbarkeit – fest [Nachw.]. Auch die [...] 1975 in Kraft getretene Neufassung des § 259 StGB mit der noch heute gültigen Formulierung ‚absetzt oder absetzen hilft‘ [...] führte zu keiner Rechtsprechungsänderung. Zwar entschied der 2. Strafsenat unter Bezugnahme auf den Wortlaut zunächst [Nachw.], dass die Tathandlung des Absetzens nur bei Eintritt eines Absatzerfolges vollendet sei. Diese Rechtsprechung gab er jedoch bereits wenige Monate später auf Anfrage des 4. Strafsenats wieder auf, der unter Verweis auf den ‚eindeutigen‘ Gesetzgeberwillen an der bisherigen Auslegung festhielt [Nachw.].

Eine Einschränkung dieser Rechtsprechung fand in der Folgezeit nur insoweit statt, als verlangt wurde, dass das Bemühen um Absatz geeignet sein müsse, die rechtswidrige Vermögenssituation aufrechtzuerhalten oder zu vertiefen, was bei einer Lieferung an einen verdeckten Ermittler bzw. an eine Vertrauensperson der Polizei nicht der Fall sei [Nachw.].“

Diese ständige Rechtsprechung traf in der Literatur auf breite Ablehnung. Auch der Senat steht ihr nun ablehnend gegenüber: An ihr kann seiner Ansicht nach „nicht festgehalten werden.“ Daher möchte der Senat entgegenstehende eigene Rechtsprechung aufgeben

und (insoweit der herrschenden Meinung in der Literatur folgend) „für die Annahme vollendeter Hehlerei in der Form des Absetzens – für Absatzhilfe könnte sodann nichts anderes gelten [Nachw.] – die Feststellung eines Absatzerfolges verlangen.“

II. Der Senat stützt den von ihm beabsichtigten Rechtsprechungswechsel auf die Auslegung des § 259 StGB, und zwar in grammatischer (a), systematischer (b), teleologischer (c) und historischer (d) Hinsicht.

„a) Für die Auslegung des Tatbestands der Hehlerei als Erfolgsdelikt auch in den Fällen des Absetzens und der Absatzhilfe spricht der Wortlaut der Vorschrift. Schon der allgemeine Sprachgebrauch unterscheidet zwischen dem erfolgreichen Absetzen und bloßen Absatzbemühungen. Im Verkehr unter Kaufleuten, aus dem der Begriff stammt, würde niemand davon sprechen, dass ein Händler Waren abgesetzt hat, wenn er sich nur vergeblich um den Verkauf bemüht hat. [...]

b) Zudem führt die bisherige Auslegung zu einem systematischen Bruch zwischen den Tathandlungsalternativen des Absetzens und der Absatzhilfe einerseits sowie des Ankaufens und des sonstigen sich Verschaffens andererseits, wenn nur bei letzteren zur Vollendung – wie es einhelliger Auffassung entspricht – der Übergang der Verfügungsgewalt verlangt wird [Nachw.]. Wie wenig sachgerecht dieser systematische Bruch ist, wird besonders deutlich beim Blick auf die Konsequenzen für die Ab-

satzhilfe: Diese ist vor allem deshalb als eigenständige, täterschaftliche Tatbestandsalternative ausgestaltet, weil die Absatzbemühungen des Vortäters ihrerseits § 259 StGB nicht unterfallen, mithin keine taugliche Vortat darstellen können. Kommt jedoch dem Absatzhelfer im Vergleich zum Gehilfen des Ankäufers schon die zwingende Strafrahmenschiebung des § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB nicht zugute, sollte dies nicht noch dadurch verstärkt werden, dass ihm die Möglichkeit einer solchen nach § 23 Abs. 2 StGB zusätzlich genommen wird [Nachw.].

Dem Argument aus der systematischen Auslegung kann nicht überzeugend entgegengehalten werden, die einzelnen Stadien der auf Absatz zielenden Tätigkeiten – Vorbereitung, Versuch, Vollendung – seien anders als beim Sichverschaffen einer klaren Abgrenzung nicht zugänglich [Nachw.]. Denn gerade durch das Erfordernis eines Absatzerfolges wird eine klare Grenze zwischen den Stadien vor und nach Vollendung geschaffen. Die bisherige Rechtsprechung lässt demgegenüber – systemwidrig – die Versuchsstrafbarkeit im Bereich des Absetzens und der Absatzhilfe weitestgehend leerlaufen. Ihr Anliegen ist es, befürchtete Strafbarkeitslücken zu vermeiden, die bei einem Abstellen auf einen Absatzerfolg entstehen könnten [Nachw.], und die deswegen als besonders misslich angesehen werden, weil die Hehlerei in Form des Absetzens durch das Schaffen von Anreizen zur Begehung von (weiteren) Diebstahlstaten als besonders gefährlich gelten müsse [Nachw.].

Solche Lücken entstehen indes nicht, weil, soweit der Täter zum Absetzen (oder der Absetzhilfe) unmittelbar angesetzt hat, die dann angemessene Versuchsstrafbarkeit zum Tragen kommt, und, sofern sie – etwa in Fällen des Rücktritts – entfällt, dies dem Willen des Gesetzes entspricht. Im Übrigen ist die Schließung von Strafbarkeitslücken nicht Sache der Rechtsprechung, sondern die der Gesetzgebung.

c) Das Verständnis des Absetzens als Erfolgsdelikt verdient schließlich auch bei teleologischer Auslegung den Vorzug. Denn wenn das Wesen der Hehlerei in der Aufrechterhaltung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage liegt, ‚die durch das Weiterschieben der durch die Vortat erlangten Sache im Einverständnis mit dem Vortäter erreicht wird‘ (BT-Drucks. 7/550, S. 252, sogenannte Perpetuierungstheorie), liegt die Annahme von Vollendung fern, wenn diese Weiterschlebung noch nicht abgeschlossen ist [Nachw.]. Dies stellt keinen Rückfall in das Verständnis der Hehlerei als Restitutionsverweigerungsdelikt dar [Nachw.], sondern berücksichtigt, dass der Absetzende im Lager des Vortäters steht [Nachw.].

d) Der beabsichtigten Auslegung steht der Wille des Gesetzgebers nicht entgegen. Soweit es in der Begründung des Entwurfs der Bundesregierung zum EGStGB vom 11. Mai 1973 heißt, die Änderung diene ‚nur der Klarstellung, dass Hehler auch derjenige ist, der die Sache zwar im Einverständnis mit dem

Vortäter, aber sonst völlig selbständig auf dessen Rechnung absetzt‘ (BT-Drucks., aaO, S. 253), folgt daraus zwar, dass eine Änderung der Rechtslage mit der Neuformulierung nicht beabsichtigt war. Es ist jedoch nichts dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber die bisherige Auslegung durch die Rechtsprechung, die sich von Beginn an systematischer und teleologischer Kritik ausgesetzt sah, festschreiben wollte [Nachw.].“

III. Aus diesen Gründen beabsichtigt der Senat „zu entscheiden: Eine Verurteilung wegen vollendeter Hehlerei durch Absetzen setzt die Feststellung eines Absatzerfolges voraus.“ Da der vom ihm beabsichtigten Entscheidung solche anderer Strafsenate des Bundesgerichtshofs entgegen stehen, fragt der Senat bei den anderen Strafsenaten an, „ob an der diesen [...] Entscheidungen zugrundeliegenden Rechtsansicht festgehalten wird, § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG.“

Hinweise:

1. Diesen Anfragebeschluss wird man als Meilenstein bezeichnen dürfen, wird er doch den Anfang vom Ende eines der klassischen Streitpunkte des Besonderen Teils markieren. Die Examens- bzw. Klausurrelevanz bedarf keiner weiteren Hervorhebung (zur Vertiefung der Hehlerei allgemein daher etwa JAHN/PALM, JuS 2009, 501 ff.). Die Argumentation des Senats, die Auslegung des § 259 StGB in grammatikalischer, systematischer, teleologischer und historischer Hinsicht ist

vorbildlich. Der Senat setzt sich eingehend mit der Kritik der Literatur an der (bisherigen) ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung auseinander. Dem bleibt hier nichts hinzuzufügen. Die Hartnäckigkeit der Literatur hat sich gelohnt; zwischenzeitlich haben sich die anderen vier Strafsenate geäußert: Diese halten an ihrer entgegenstehenden Rechtsauffassung nicht fest (BGH 2. STRAFSENAT, Beschluss vom 15.08.2013 – 2 ARs 299/13; BGH 5. STRAFSENAT, Beschluss vom 20.08.2013 – 5 ARs 34/13; BGH 1. STRAFSENAT, Beschluss vom 21.08.2013 – 1 ARs 6/13; BGH 4. STRAFSENAT, Beschluss vom 08.10.2013 – 4 ARs 7/13). Einer Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen (§ 132 Abs. 2 GVG) bedarf es damit nicht (§ 132 Abs. 3 S. 1 GVG).

2. Anzumerken bleibt, dass die Anfrage (und die Aufgabe der der vom Senat beabsichtigten Entscheidung entgegenstehenden Rechtsprechung der anderen Strafsenate) nur die Tathandlung des Absetzens (§ 259 Abs. 1 StGB Var. 3) betrifft. Auch wenn der Senat in hiesigem Beschluss immer wieder auf die Tathandlung der Absatzhilfe (§ 259 Abs. 1 StGB Var. 4) zu sprechen kommt und meint, auch für diese dürfe nichts anderes gelten, also auch dort müsse (in Übereinstimmung mit der herrschenden Literaturansicht, zum dortigen Streitstand ausführlich DUDENBOSTEL, JSE 4/2012, 45 (63 f.)) ein Absatzenerfolg gegeben sein, so betrifft der Anfragebeschluss diese Frage (ein ebenso klassisches und altes Problem) nicht (darauf

macht ausdrücklich BGH 1. STRAFSENAT, Beschluss vom 21.08.2013 – 1 ARs 6/13 – juris, Rn. 2, aufmerksam). Gleichwohl wird man wohl davon ausgehen können, dass damit auch dort ein Rechtsprechungswandel angekündigt ist.

(Richter Guido Philipp Ernst)

[▶ Inhaltsverzeichnis](#)

Auf der Suche nach
besten Perspektiven?



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

Referendare (w/m)

in den Anwaltsstationen und der Wahlstation aus.

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

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

MENOLD BEZLER
RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt

Das Waffengesetz und die staatliche Schutzpflicht vor Amokläufen

BVerfG, Entscheidung vom 23.01.2013 – 2 BvR 1645/10

Das Bundesverfassungsgericht hatte sich mit folgendem Sachverhalt auseinanderzusetzen:

Vor dem Hintergrund des Amoklaufs eines ehemaligen Schülers in Winnenden wandte sich der Beschwerdeführer gegen das Waffengesetz vom 11.10.2002, zuletzt geändert durch Art. 1b des Gesetzes vom 25.11.2012.

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) dadurch, dass das Waffengesetz tödliche Schusswaffen für den Schießsport erlaubt beziehungsweise deren Gebrauch nicht ausreichend einschränkt. Der Gesetzgeber habe damit gegen seine Pflicht zum Schutz der Allgemeinheit vor den Gefahren des Missbrauchs von Schusswaffen verstoßen.

Es sei Aufgabe der Legislative, innerhalb ihres Gestaltungsspielraums einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Sicherheitsinteresse der Bevölkerung und den Interessen der privaten Waffenbesitzer zu schaffen. Tatsächlich habe das Waffengesetz in den vergangenen Jahren keinen ausreichenden Schutz vor diversen Mordserien mit privaten legalen Waffen geboten. Dies stelle ein ver-

fassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers dar. Erforderlich seien weitergehende Beschränkungen des Rechts auf Besitz und Gebrauch von privaten Schusswaffen, insbesondere ein Verbot tödlicher Sportwaffen. Die als Reaktion auf die Ereignisse von Winnenden vorgenommenen Verschärfungen des Waffenrechts durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Sprengstoffgesetzes vom 17.07.2009 seien nicht geeignet, solche Vorkommnisse künftig zu verhindern oder auch nur wesentlich zu erschweren.

In der hier zugrundeliegenden Originalentscheidung des BVerfG wurde die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen (Art. 93a II GG), weil das BVerfG die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Vorgaben als geklärt ansieht und daher der Verfassungsbeschwerde keine grundsätzliche Bedeutung zukomme.

Gleichwohl beinhaltet die Entscheidung ein aktuelles Beispiel, an dem sich die Problematik der „Schutzpflichtdimension“ für den Klausurbearbeiter – sowohl auf Zulässigkeitsebene als auch in der Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde – aufzeigen lässt. Aus diesem Grund soll hier – abweichend vom BVerfG – eine vollständige, klausurmäßige Prüfung erfolgen.

Die Verfassungsbeschwerde hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist:

A. Zulässigkeit:

I. Zuständigkeit des BVerfG:

Diese ergibt sich aus Art. 93 Nr. 4a GG i. V. m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG.

II. Beschwerdefähigkeit:

Beschwerdefähig ist nach Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG jedermann, mithin auch der Beschwerdeführer.

III. Beschwerdegegenstand:

Tauglicher Gegenstand ist jeder Akt öffentlicher Gewalt, Art. 93 I Nr. 4a GG. Hier wendet sich der Beschwerdeführer dagegen, dass der Gesetzgeber es unterlassen hat, mit dem Waffengesetz einen hinreichenden Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit sicherzustellen, erlaube dieses doch den Einsatz tödlicher Waffen für den Schießsport bzw. schränke deren Gebrauch nicht ausreichend ein.

Somit rügt der Kläger ein so genanntes „unechtes Unterlassen“, da der Gesetzgeber nicht gänzlich untätig war, sondern seiner Schutzpflicht nicht durch die Änderung des WaffG nachgekommen sei. Dieses unechte Unterlassen, das sich in dem aktuell nicht ausreichend geänderten WaffG materialisiert, ist tauglicher Beschwerdegegenstand.

IV. Beschwerdebefugnis:

(Klausurhinweis: Wie stets besteht hier für den Bearbeiter die Gefahr, durch zu lange Ausführungen die Klausur zu „kopflastig“ auszugestalten. Er sollte daher die Diskussion über das Problem der „objektiven Schutzpflichtdimension“ an dieser Stelle eher kurz fassen und tiefere Erörterungen hierzu erst im Rahmen der Begründetheit aufwerfen. Gleichwohl ist hier kurz darauf einzugehen, dass es auch im Rahmen der Rüge einer gesetzgeberischen Untätigkeit, gestützt auf eine objektive Schutzpflicht des Staates, auf eine subjektive Betroffenheit des Beschwerdeführers ankommt, besteht doch auch hier die Gefahr von Popularklagen. Erforderlich ist also, dass die objektiv-rechtliche Schutzpflicht in eine subjektiv-rechtliche umschlagen muss.)

Der Beschwerdeführer müsste neben einer grundsätzlich bestehenden objektiven Schutzpflicht zugleich die Betroffenheit einer korrespondierenden, hinreichend individualisierbaren konkreten Rechtsposition geltend machen.¹

1. Objektive Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 II 1 GG:

Zwar schützt Art. 2 II 1 GG in seinem klassischen Gehalt das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit vor staatlichen Eingriffen. Allerdings erschöpft sich das Grundrecht nicht in einem subjektiven Abwehr-

¹ Bethge, in: Maunz u. a., BVerfGG, 32. Lieferung, Rdnr. 224.

recht gegenüber solchen Eingriffen. Aus ihm ist vielmehr auch eine Schutzpflicht des Staates und seiner Organe für das geschützte Rechtsgut abzuleiten, deren Vernachlässigung von dem Betroffenen grundsätzlich mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann.²

Hier erscheint es zumindest möglich, dass der Staat durch das Waffengesetz in seiner gegenwärtigen Gestalt dieser Schutzpflicht nicht hinreichend nachkommt, indem er den Waffenbesitz nicht restriktiv genug einschränkt.

(Klausurhinweis: Ob dies tatsächlich der Fall ist, ist eine Frage der Begründetheit.)

2. Subjektive Betroffenheit:

Eine objektive Schutzpflicht führt nicht ohne weiteres zu einem subjektiv einklagbaren Recht. Maßgeblich für ein solches Umschlagen ist dabei insbesondere die Wertigkeit der geschützten Rechtsgüter und die Intensität der Bedrohungslage.

Aufgrund der Irreversibilität der einmal eingetretenen Schäden für das – im Grundrechtekanon als hochrangig einzustufende – Recht auf körperliche Unversehrtheit und der hieraus resultierenden Intensität der möglichen Beeinträchtigung, insbesondere auch im Hinblick auf die Vielzahl von Waffenbe-

sitzern im Bundesgebiet, erscheint eine subjektive Betroffenheit plausibel.

V. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität:

Die auf einer Verletzung einer objektiven Schutzpflicht basierende Normenerlassklage gegen den parlamentarischen Gesetzgeber ist allein Sache der Verfassungsgerichte. Ein vorher zu erschöpfender Rechtsweg existiert nicht.

Auch das aus Art. 17 GG resultierende Petitionsrecht vor dem Deutschen Bundestag führt nicht zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, da dem Petitionsrecht kein Recht auf Erfüllung des in der Petition genannten Anliegens innewohnt, mithin als besonderes Kontrollrecht außerhalb des förmlichen Rechtsbehelfs- und Rechtsmittelsystems bleibt.³

VI. Form und Frist:

Die Form und die Jahresfrist des § 93 III BVerfGG ist gewahrt, da das WaffG zuletzt 2013 geändert wurde.

Zwischenergebnis:

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

² So die st. Rspr. des BVerfG seit BVerfGE 77, 170 (214); 77, 381 (402 f.).

³ Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl. 2006, Rdnr. 312.

B. Begründetheit:

(Klausurhinweis: Der Bearbeiter sollte hier nicht „blind“ dem üblichen und von ihm verinnerlichten „klassischen“ dreistufigen Aufbau einer Begründetheitsprüfung (Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung) folgen, da hier das Problem der objektiven Schutzpflicht des Staates nur schwer verortet werden kann. Zu empfehlen ist ihm daher ein modifizierter dreistufiger Aufbau, untergliedert in I. Schutzbereich und Gefährdungslage, II. Bestehen einer Schutzpflicht und III. Verletzung dieser Schutzpflicht.⁴)

I. Schutzzumfang:

Fraglich ist, ob das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II Abs. 2 Satz 1 GG hier sachlich berührt ist. Dabei ist maßgeblich auf die erhebliche Missbrauchsgefahr, die vom Schusswaffenumgang für die Allgemeinheit ausgeht, abzustellen.

Art. 2 II Abs. 2 Satz 1 GG steht dem Beschwerdeführer als Jedermannsgrundrecht auch persönlich zu, so dass der Schutzbereich eröffnet ist.

II. Bestehen einer Schutzpflicht:

Wie oben gezeigt erwächst aus Art. 2 II Abs. 2 Satz 1 GG auch eine objektive Schutzpflicht des Staates, die körperliche Unversehrtheit eines jeden Menschen zu schützen,

⁴ Zum hier präferierten Aufbau siehe auch von Weschpfennig, JuS 2011, S. 61 ff.

indem er sich schützend und fördernd vor dieses Leben stellt und es vor rechtswidrigen Eingriffen Dritter bewahrt.⁵

III. Verletzung der Schutzpflicht:

Bei der Erfüllung dieser Schutzpflicht aus Art. 2 II Abs. 2 Satz 1 GG kommt dem Gesetzgeber, wie der vollziehenden Gewalt, ein weiterer Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu.⁶

Aus diesem Grund kann die Entscheidung des Gesetzgebers für bestimmte Maßnahmen, die er für geboten hält, nur begrenzt überprüft werden. Eine Verletzung der Schutzpflicht liegt demnach nur vor, wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen hat oder die ergriffenen Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen.⁷

(Klausurhinweis: Dieser Dreiklang entspricht im Kern dem von der h. L. entwickelten Untermaßverbot (als Gegenstück zum klassischen Übermaßverbot im Bereich der Eingriffsdogmatik), auch wenn das BVerfG das Untermaßverbot nicht ausdrücklich erwähnt und eher die Evidenz der Untauglichkeit der getroffenen Maßnahmen in den Vordergrund stellt. Zu unterschiedlichen Ergeb-

⁵ Vgl. BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 89 (141 f.); 53, 30 (57); 56, 54 (73).

⁶ Vgl. BVerfGE 77, 170 (214).

⁷ So die st. Rspr. des BVerfG seit BVerfGE 56, 54 (80 f.); 77, 381 (405); 79, 174 (202).

nissen gelangt man durch die beiden Konzepte indes nicht.)

Der Gesetzgeber hat Schutzvorkehrungen getroffen, indem er ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für den Besitz von Waffen (§ 2 II Abs. 2 WaffG) statuiert hat – wobei manche Waffen gänzlich verboten sind. Die Erteilung der Erlaubnis ist an die Erfüllung weiterer Voraussetzungen gebunden (1.), gleichzeitig hat der Gesetzgeber Vorkehrungen zur Verhinderung des Zugangs Unbefugter zu Waffen und Munition getroffen (2.).

1. „Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis sind grundsätzlich die Volljährigkeit des Antragstellers, dessen Zuverlässigkeit und persönliche Eignung sowie der Nachweis der erforderlichen Sachkunde und eines Bedürfnisses (§§ 4 ff. WaffG). Zum Nachweis eines Bedürfnisses müssen gegenüber den Belangen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung besonders anzuerkennende, persönliche oder wirtschaftliche Interessen glaubhaft gemacht werden (§ 8 WaffG). Für Sportschützen wird diese Voraussetzung in § 14 Abs. 2 bis 4 WaffG näher konkretisiert. Den – mit der Verfassungsbeschwerde besonders gerügten – Erwerb und Besitz von großkalibrigen Schusswaffen durch Sportschützen hat der Gesetzgeber in § 14 Abs. 1 WaffG an das Erreichen eines erhöhten Mindestalters von 21 Jahren geknüpft. Verstöße gegen die Erlaubnispflicht sind mit Strafe bedroht (§ 52 WaffG).“

2. „Gleichzeitig hat der Gesetzgeber Vorkehrungen zur Verhinderung des Zugangs Unbefugter zu Waffen und Munition getroffen, indem er ein – ebenfalls strafbewehrtes – Verbot der Überlassung von Waffen oder Munition an nicht berechnigte Personen statuiert (§ 34 WaffG) sowie eine sichere Aufbewahrung von Waffen und Munition angeordnet (§ 36 WaffG) hat. Verstöße gegen die Aufbewahrungsvorschriften hat er allgemein als Ordnungswidrigkeiten und unter verschärften Voraussetzungen als Straftat sanktioniert (§ 53 Abs. 1 Nr. 19, § 52a WaffG).“

„Einzelne Vorschriften aus den skizzierten Normkomplexen hat der Gesetzgeber erst als Reaktion auf die Amokläufe von Erfurt und Winnenden eingeführt oder verschärft (vgl. das Gesetz zur Neuregelung des Waffenrechts vom 11. Oktober 2002 und das Vierte Gesetz zur Änderung des Sprengstoffgesetzes vom 17. Juli 2009).“

Zwischenergebnis:

„Bei dieser Rechtslage lässt sich weder feststellen, dass die öffentliche Gewalt überhaupt keine Schutzvorkehrungen gegen die von Schusswaffen ausgehenden Gefahren getroffen hat, noch, dass offensichtlich die getroffenen Regelungen und Maßnahmen in ihrer Gesamtheit gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich wären, um die Allgemeinheit vor den Gefahren des missbräuchlichen Umgangs mit Schusswaffen zu schützen. Angesichts des dem Gesetzgeber bei der Erfüllung seiner

Schutzpflichten zukommenden weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums steht den Beschwerdeführern ein grundrechtlicher Anspruch auf weitergehende oder auf bestimmte Maßnahmen wie das Verbot von Sportwaffen nicht zu.“

Ergebnis:

Die Verfassungsbeschwerde hat keinen Erfolg, da der Gesetzgeber die Schutzpflicht aus Art. 2 II Abs. 2 GG nicht verletzt hat.

(Klausurhinweis: Um die funktionell-rechtlichen Grenzen zur Gesetzgebung nicht zu umgehen, würde das BVerfG auch dann, wenn es eine Verletzung der Schutzpflicht feststellen würde, lediglich eine so genannte Appellentscheidung treffen. Hierbei stellt es die Unvereinbarkeit mit der Verfassung fest und nimmt den Gesetzgeber in die Pflicht, selbst eine taugliche Neuregelung zu schaffen. Bis dahin ergeht eine Weitergeltungsanordnung, um einen rechtsfreien Raum zu verhindern.)

(Moritz Stilz / Jonas Ludwig)

▶ [Inhaltsverzeichnis](#)

Zulässigkeit von Mobilfunkanlagen im Außenbereich

BVerwG, Urteil vom 20.06.2013 – 4 C 2/12

1. Zur Inanspruchnahme der Privilegierung als öffentliche Versorgungsanlage nach § 35 Absatz 1 Nummer 3 BauGB genügt bei Mobilfunksendeanlagen anstelle der Ortsgebundenheit ihre Raum- bzw. Gebietsgebundenheit.

2. Auf technisch geeignete Standortalternativen im Innenbereich muss sich der Bauherr einer Mobilfunksendeanlage nur verweisen lassen, wenn sie ihm zumutbar sind.

(amtliche Leitsätze)

Sachverhalt (zu Ausbildungszwecken vereinfacht und gekürzt):

Die Klägerin ist ein Mobilfunkunternehmen. Sie plant, realisiert, betreibt und vermarktet Antennenstandorte unter anderem für Mobilfunk. Die Klägerin begehrt die Erteilung einer Baugenehmigung zur Errichtung einer Mobilfunksendeanlage auf einem gepachteten Grundstück im Außenbereich der beige-ladenen Gemeinde. Die an das Stromnetz angeschlossene Mobilfunksendeanlage besteht aus einem Stahlgittermast mit einer Gesamthöhe von 36 Metern, zwei Fertigteil-Funk-containern sowie einem 25 Quadratmeter großen geschotterten Parkplatz, der von ei-

ner öffentlichen Straße angefahren werden kann. Nach der Standortbescheinigung der Bundesnetzagentur werden die einschlägigen Grenzwerte und Abstände eingehalten. Die Anlage soll dazu dienen, Lücken und Defizite in der Versorgung mit Mobilfunkdienstleistungen im Bereich der Beigeladenen zu schließen.

Die zuständige Baurechtsbehörde beim Landratsamt lehnte die Erteilung der Baugenehmigung ab, weil die Beigeladene das insofern erforderliche gemeindliche Einvernehmen nicht erteilt habe.

Das Verwaltungsgericht verpflichtete die Beklagte, der Klägerin die Baugenehmigung nach Maßgabe ihres Bauantrags zu erteilen. Auf die Berufung der Beklagten hob der Verwaltungsgerichtshof das erstinstanzliche Urteil auf und wies die Klage ab. Die vom Verwaltungsgerichtshof zugelassene Revision beim Bundesverwaltungsgericht führte zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Wesentliche Entscheidungsgründe:

1. Genehmigungsbedürftigkeit der Mobilfunksendeanlage

Nach in diesem Fall einschlägigem baden-württembergischen Landesrecht ist die Errichtung der Mobilfunksendeanlage als bauliche Anlage (§ 2 Absatz 1 der LBO BW) genehmigungsbedürftig (§ 49 LBO BW), ins-

besondere lag keine Verfahrensfreiheit vor (§ 50 LBO BW).

2. Genehmigungsfähigkeit der Mobilfunksendeanlage

Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem genehmigungspflichtigen Vorhaben keine von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Von der Baurechtsbehörde zu prüfende öffentlich-rechtliche Vorschriften sind solche, die Anforderungen an das Bauvorhaben enthalten und über deren Einhaltung nicht eine andere Behörde in einem gesonderten Verfahren durch Verwaltungsakt entscheidet (§ 58 LBO BW).

2.1 Kein Verstoß gegen Bauordnungsrecht

Ein Verstoß des Vorhabens gegen Bauordnungsrecht ist nicht ersichtlich.

2.2 Kein Verstoß des Vorhabens gegen Bauplanungsrecht

2.2.1 Vorhaben im Sinne von § 29 BauGB

Die Mobilfunksendeanlage erfüllt unzweifelhaft den Vorhabensbegriff im Sinne des § 29 BauGB.

2.2.2 Kein Verstoß gegen § 35 BauGB

Die Mobilfunkanlage befindet sich im Außenbereich, so dass sich deren bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 35 BauGB rich-

tet. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen den privilegierten Vorhaben des § 35 Absatz 1 BauGB und den sonstigen Vorhaben des § 35 Absatz 2 BauGB. Die Mobilfunksendeanlage stellt ein privilegiertes Vorhaben gemäß § 35 Absatz 1 Nummer 3 BauGB dar. Nach dieser Vorschrift ist ein Vorhaben im Außenbereich zulässig, wenn öffentliche Belange im Sinne von § 35 Absatz 3 BauGB nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und es der öffentlichen Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen dient. Unproblematisch handelt es sich bei der Mobilfunksendeanlage um ein Vorhaben der öffentlichen Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen. Die Zulässigkeit hängt somit davon ab, ob das Vorhaben die erforderliche Ortsgebundenheit aufweist und der privilegierten Zweckbestimmung „dient“ sowie ob ihm öffentliche Belange entgegenstehen.

2.2.2.1 Ortsgebundenheit

Das Bundesverwaltungsgericht stellt zunächst klar, dass nach der Rechtsprechung des Senats die Zulässigkeit von öffentlichen Versorgungsanlagen im Sinne von § 35 Absatz 1 Nummer 3 Halbsatz 1 BauGB an ähnliche Voraussetzungen geknüpft ist, wie sie für die in § 35 Absatz 1 Nummer 3 Halbsatz 2 BauGB ebenfalls genannten ortsgebundenen Betriebe gelten.

Dazu führt das Bundesverwaltungsgericht – auch unter Bezugnahme auf die herrschende Auffassung in der Literatur – aus:

„Ortsgebunden ist ein Gewerbe danach nur dann, wenn es nach seinem Gegenstand und seinem Wesen ausschließlich an der fraglichen Stelle betrieben werden kann. Erforderlich ist hierfür, dass der Betrieb auf die geographische oder die geologische Eigenart der Stelle angewiesen ist, weil er an einem anderen Ort seinen Zweck verfehlen würde. Entsprechendes gilt, allenfalls graduell abgeschwächt, für die in § 35 Absatz 3 Nummer 3 Halbsatz 1 BauGB genannten Vorhaben. Auch Anlagen dieser Art nehmen an der Privilegierung nur dann teil, wenn sich auf die Frage, weshalb das Vorhaben gerade hier ausgeführt werden soll, eine die fragliche Stelle gleichsam individualisierende Antwort geben lässt. Dieser Standortbezug ist bei den in § 35 Absatz 1 Nummer 3 BauGB genannten Anlagen der öffentlichen Versorgung vor allem insoweit gegeben, als sie leitungsgebunden sind, denn insofern könnte ohne Berührung des Außenbereichs die den Versorgungsunternehmen obliegende umfassende Versorgungsaufgabe nicht erfüllt werden. An einer solchen spezifischen Gebundenheit fehlt es jedoch, wenn der Standort im Vergleich mit anderen Stellen zwar Lagevorteile bietet, das Vorhaben aber nicht damit steht oder fällt, ob es hier und so und nirgendwo anders ausgeführt werden kann. [...] Eine ‚kleinliche‘ Prüfung der Ortsgebundenheit ist allerdings nicht angebracht. Spezifischer Standortbezug ist nicht gleichbe-

deutend mit einer gleichsam quadratmetergenau erfassbaren Zuordnung des Vorhabens zu der in Anspruch genommenen Örtlichkeit. So sehr es sich verbietet, bei der Auslegung des Merkmals der Ortsgebundenheit engherzig zu verfahren, so sehr verbietet es sich indes auch, von dem Erfordernis abzusehen, dass sich die räumliche Beziehung, auf die das Vorhaben seiner Funktion nach angewiesen ist, nur an einer näher eingrenzbarer Stelle und nicht beliebig anderswo im Außenbereich herstellen lässt. Wird bei Anlagen der öffentlichen Versorgung der bei gewerblichen Betrieben maßgebliche kleinräumliche Bezugsrahmen verlassen, so verliert der Begriff der Ortsgebundenheit jegliche Konturen. Von einer individualisierenden Antwort auf die Frage der Lokalisierung kann dann keine Rede mehr sein, wenn der gesamte Außenbereich einer Gemeinde oder einer Vielzahl von Gemeinden als potentiell geeigneter Standort in Betracht kommt.“

Nachdem das Gericht diese Grundsätze, von denen abzuweichen es keinen Anlass sieht, nochmals dargelegt hat, entwickelt es seine Rechtsprechung punktuell jedoch weiter. Das Gericht legt dar, dass es im Hinblick auf die Besonderheiten der Mobilfunktechnologie einer Modifikation der zuvor dargestellten Grundsätze bedürfte.

Dazu das Bundesverwaltungsgericht:

„Mobilfunksendeanlagen dienen der drahtlosen Übertragung von Sprache bzw. von Da-

ten. Träger der Informationen sind hochfrequente elektromagnetische Funkwellen. Zur Gewährleistung einer flächendeckenden Versorgung mit mobilen Telekommunikationsdiensten, zu der die Mobilfunkbetreiber gemäß der ihnen vergebenen Lizenzen verpflichtet sind, werden die zu versorgenden Gebiete in ‚Funkzellen‘ gegliedert. Die einzelnen Funkzellen sind in der Regel wabenförmig und erstrecken sich über das gesamte Bundesgebiet. Sie verfügen über unterschiedliche Größen. Jede dieser Funkzellen wird von einer fest installierten Sende- und Empfangsanlage versorgt, der Mobilfunkbasisstation. Die von einer Anlage abgestrahlte Leistung, d. h. die Stärke des elektromagnetischen Feldes, richtet sich dabei unter anderem nach der Größe der Funkzelle und nach der Menge der zu übertragenden Daten. Mobilfunkbasisstationen können nicht an beliebiger Stelle errichtet werden, da sie Teil eines übergreifenden, aus vielen Waben bestehenden Mobilfunknetzes sind. Sie sind daher wegen des Zuschnitts der zu versorgenden Flächenzelle und deren topografischen Gegebenheiten auf bestimmte Standorte angewiesen. Dabei sind die Standorte so zu wählen, dass sie eine Versorgung der Flächenzelle bei relativ geringer Sendeleistung gewährleisten, ohne benachbarte Flächenzellen zu stören. Zudem sind die topografischen Gegebenheiten dahingehend zu berücksichtigen, dass durch geländebedingte Abschirmungen keine Versorgungslücken entstehen. In der Regel kommt für die Errichtung einer Mobilfunksendeanlage aber nicht nur ein ganz konkreter Standort in Betracht; viel-

mehr können aufgrund der Wabenstruktur des Mobilfunknetzes regelmäßig mehrere Standorte für deren Errichtung geeignet sein. Diese werden vom Mobilfunkbetreiber im Wege einer sogenannten Suchkreisanalyse ermittelt, in welcher das maßgebliche Areal für eine Mobilfunksendeanlage beschrieben wird. Die Besonderheit von Mobilfunksendeanlagen liegt also darin, dass sie, um ihre Funktion im Funknetz des Unternehmers erfüllen zu können, zwar in einem bestimmten Gebiet errichtet werden müssen, innerhalb dieses Bereichs aber regelmäßig mehrere Standorte in Betracht kommen. Sie sind also auf einen bestimmten Standort in der Regel nicht in derselben Weise angewiesen wie etwa ein Gewerbebetrieb, der Bodenschätze abbaut. Würde am Merkmal der ‚Ortsgebundenheit‘ im herkömmlichen Sinn uneingeschränkt festgehalten, fielen Mobilfunksendeanlagen regelmäßig aus dem Anwendungsbereich des § 35 Absatz 1 Nummer 3 BauGB heraus, weil sie keiner Bindung an einen bestimmten Standort unterliegen. Sie sind nicht orts-, sondern lediglich raum- bzw. gebietsgebunden. Etwas anderes würde nur dann gelten, soweit die topografischen Verhältnisse die Einbeziehung der Anlage in die übergeordnete Mobilfunkstruktur oder weitere – überörtliche – Funktionen der Anlage ausnahmsweise einen ganz bestimmten Standort im Außenbereich erforderten. In Anbetracht der beschriebenen technischen Besonderheiten von Mobilfunksendeanlagen ist der Senat mit dem Verwaltungsgerichtshof und der obergerichtlichen Rechtsprechung der Auffassung, dass das Merkmal

der ‚Ortsgebundenheit‘ bei einer Mobilfunkseanlage bereits dann erfüllt ist, wenn sie an einem funktechnisch hierfür geeigneten Standort im Außenbereich errichtet werden soll, um das Angebot an Telekommunikationsdienstleitungen zu verbessern, etwa weil durch die Anlage eine bestehende Versorgungslücke geschlossen werden soll. Es genügt mithin eine Raum- bzw. Gebietsgebundenheit, die durch eine entsprechende Standortanalyse des Vorhabenträgers nachzuweisen ist.“

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt jedoch auch sogleich, dass die modifizierte Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Ortsgebundenheit“ für die Mobilfunktechnologie eines begrenzenden Korrektivs bedarf. Dieses nimmt das Gericht aus dem Gebot größtmöglicher Schonung des Außenbereichs, das als Leitgedanke den gesamten § 35 BauGB beherrscht. Hierzu das Bundesverwaltungsgericht:

„Der Senat hat jedoch stets betont, dass das Gebot größtmöglicher Schonung des Außenbereichs als Leitgedanke den gesamten § 35 BauGB beherrscht. Dieses Gebot gibt die Richtung vor, in der die einzelnen Regelungen des § 35 BauGB auszulegen sind. Vor diesem Hintergrund bedarf die Ausdehnung der ‚Ortsgebundenheit‘ auf eine ‚Raum- bzw. Gebietsgebundenheit‘ von Mobilfunkseanlagen für den Fall, dass sich hierdurch Standortalternativen im Innenbereich ergeben, eines der Standortwahlfreiheit des Bauherrn

einschränkendes Korrektiv, das allerdings nicht nur der grundsätzlichen Vorzugswürdigkeit solcher Standorte vor einer Inanspruchnahme des Außenbereichs Rechnung trägt, sondern auch einbezieht, ob dem Bauherrn der immerhin im Außenbereich privilegierten Anlage ein Ausweichen auf einen Standort im Innenbereich konkret zugemutet werden kann. Der Senat sieht dieses Korrektiv darin, dass die Prüfung der ‚Ortsgebundenheit‘ bei Mobilfunkseanlagen um eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anzureichern ist. Danach kann die ‚Ortsgebundenheit‘ nur dann bejaht werden, wenn – neben der Raum- bzw. Gebietsgebundenheit des Vorhabens – dem Bauherrn ein Ausweichen auf einen – nach der von ihm im Genehmigungsverfahren vorzulegenden Standortanalyse – ebenfalls geeigneten Standort im Innenbereich nicht zumutbar ist. Das ist dann anzunehmen, wenn geeignete Innenbereichsstandorte aus tatsächlichen (z. B. der Grundstückseigentümer lässt die Errichtung der Anlage auf seinem Grundstück nicht zu) oder rechtlichen (z. B. die Errichtung einer Mobilfunkseanlage an einem geeigneten Standort ist bauplanungsrechtlich oder aufgrund örtlicher Bauvorschriften unzulässig) Gründen nicht zur Verfügung stehen. Mit dieser Einschränkung wird den Erfordernissen der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs hinreichend Rechnung getragen, ohne die technischen Besonderheiten des Mobilfunks zu vernachlässigen. Einer Standortalternativenprüfung im Außenbereich wird hierdurch nicht das Wort

geredet, denn eine solche findet im Baugenehmigungsverfahren nicht statt.“

In der anschließenden Subsumption kommt das Bundesverwaltungsgericht zu dem Ergebnis, dass ausweislich der durch die Klägerin vorgelegten Suchkreisanalyse elf Standorte in Betracht kommen, um das Gemeindegebiet der Beigeladenen zukünftig ausreichend mit Mobilfunkdienstleistungen versorgen zu können. Diese Suchkreisanalyse lege ebenfalls dar, dass die Klägerin auf keinen der ermittelten Innenbereichsstandorte in zumutbarer Weise zurückgreifen könne. Von der Raum- und Gebietsgebundenheit sei daher auszugehen.

2.2.2.2 „Dienen“

Weiter prüft das Gericht das Tatbestandsmerkmal des „Dienens“ im Sinne des § 35 Absatz 1 Nummer 3 BauGB. Unter Betrachtung der anderen Alternativen des § 35 Absatz 1 BauGB kommt das Bundesverwaltungsgericht zu der Feststellung, dass der Begriff des „Dienens“ in § 35 Absatz 1 Nummer 3 BauGB keine andere Bedeutung habe. Das Tatbestandsmerkmal biete insbesondere keine Handhabe dafür, die Standortwahl zu korrigieren. Vielmehr arbeitet das Bundesverwaltungsgericht nochmals die ratio legis dieser Voraussetzung heraus.

Dazu das Gericht:

„Die eigentliche Zweckbestimmung dieses Erfordernisses liegt vielmehr darin, Miss-

brauchsversuchen begegnen zu können. Es sollen Vorhaben verhindert werden, die zwar an sich objektiv geeignet wären, einem privilegierten Vorhaben zu dienen, mit denen aber in Wirklichkeit andere Zwecke verfolgt werden. Deshalb ist das Merkmal des Dienens zu verneinen, wenn das Vorhaben zwar nach seinem Verwendungszweck gerechtfertigt sein mag, nach seiner Gestaltung, Beschaffenheit oder Ausstattung aber nicht durch diesen Verwendungszweck erschöpfend geprägt wird.“

Im konkreten Fall hat das Bundesverwaltungsgericht das Tatbestandsmerkmal als erfüllt angesehen, da durch die Mobilfunkanlage Lücken oder Defizite in der Versorgung mit Mobilfunkdiensten im Bereich der beigeladenen Gemeinde beseitigt würden. Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Inanspruchnahme des Außenbereichs oder für eine Verfolgung von Zwecken, die außerhalb des Bereichs der Telekommunikation lägen, oder für eine Überdimensionierung der Anlage seien weder gegeben noch behauptet.

2.2.2.3 Keine entgegenstehenden öffentlichen Belange

Dem privilegierten Vorhaben dürfen keine öffentlichen Belange entgegenstehen. Diese orientieren sich am nicht abschließenden Katalog der Beispiele in § 35 Absatz 3 BauGB. Durch die Mobilfunkanlage werden keine schädlichen Umweltauswirkungen im Sinne von § 35 Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 BauGB

hervorgerufen. Die Anlage hält ausweislich der Standortbescheinigung der Bundesnetzagentur die nach der Verordnung über elektromagnetische Felder (26. BImSchV) erforderlichen Grenzwerte und Abstände ein.

Belange des § 35 Absatz 3 Satz 1 Nummer 5 BauGB stehen dem Vorhaben ebenfalls nicht entgegen. Die sachkundig beratene Naturschutzbehörde hatte gegen das Vorhaben keine Einwände erhoben.

2.2.2.4 Rückbauverpflichtung

Die Klägerin hatte im vorliegenden Fall gemäß den Bauunterlagen auch die notwendige Verpflichtungserklärung im Sinne von § 35 Absatz 5 Satz 1 BauGB abgegeben.

Ergebnis:

Damit war die Baugenehmigung zu erteilen. Ein Ermessen der Baurechtsbehörde besteht dann nicht mehr. Die erstinstanzliche verwaltungsgerichtliche Entscheidung, mit der die Baurechtsbehörde verpflichtet wurde, der Klägerin die Baugenehmigung nach Maßgabe ihres Bauantrags zu erteilen, war rechtmäßig.

Hinweise:

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit dieser Entscheidung die bislang durch die (Ober-)Gerichte und die Literatur uneinheitlich beantwortete Frage entschieden, unter welchen Voraussetzungen eine Mobilfunk-

sendeanlage im Außenbereich zulässig ist. Das Gericht hält nach wie vor am Tatbestandsmerkmal der „Ortsgebundenheit“ fest, konzidiert jedoch Modifikationen aufgrund der Besonderheiten der Mobilfunktechnologie.

In der Originalentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts finden sich ergänzend noch Ausführungen zur Frage der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 60 VwGO in die Rechtsmittelfrist wegen überlanger Postlaufzeiten. Hierzu hält das Bundesverwaltungsgericht fest, dass davon ausgegangen werden kann, dass im Bundesgebiet werktags aufgegebenene Postsendungen grundsätzlich am folgenden Werktag ausgeliefert werden (im zugrunde liegenden Fall musste der Brief nur von Stuttgart nach Mannheim befördert werden). Ohne konkrete Anhaltspunkte müsse nicht mit Postlaufzeiten gerechnet werden, die die ernsthafte Gefahr einer Fristversäumung begründen.

(Regierungsdirektor Jochen Heinz)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

**VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom
28.05.2013 – 5 S 595/13**

Eine Straßenbaubehörde, die die Entfernung einer Skulptur von einer Kreisverkehrsinsel zur Wiederherstellung der Verkehrssicherheit verlangt, handelt typischerweise in Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben. Für eine einstweilige Anordnung gegen ein solches Beseitigungsverlangen ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Der Abschluss eines privatrechtlichen Nutzungsvertrages, mit dem das Aufstellen der Skulptur gestattet wurde und in dem keine vollständige Übertragung der Aufgaben der Straßenbaubehörde erfolgte, steht der Annahme einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nicht entgegen. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (zu Ausbildungszwecken vereinfacht und gekürzt):

Die Antragstellerin, eine Gemeinde, wendet sich im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vor dem Verwaltungsgericht gegen eine Aufforderung des Landratsamts, die auf der Mittelinsel eines Kreisverkehrsplatzes im Zuge einer Landesstraße aufgestellte Nagelskulptur und die dort angeordneten Findlinge „zur Wiederherstellung der Verkehrssicherheit zu entfernen“, und begehrt, dem Antragsgegner die Entfernung dieser Gegen-

stände solange zu untersagen, bis über ihre Beseitigungspflicht rechtskräftig entschieden ist. Neben der Tatsache, dass die Antragstellerin meint, durch die Skulptur und die Findlinge sei die Verkehrssicherheit nicht beeinträchtigt, hält sie insbesondere eine zwischen ihr und dem Landratsamt geschlossene Vereinbarung über die Benutzung der Grünfläche des Kreisverkehrs zur Aufstellung der Kunstwerke auch für keine tragfähige Grundlage für das Beseitigungsverlangen.

Das Verwaltungsgericht hatte den Verwaltungsrechtsweg durch Beschluss für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Amtsgericht Stuttgart verwiesen. Auf die Beschwerde der Antragstellerin hin hat der Verwaltungsgerichtshof den Verweisungsbeschluss des Verwaltungsgerichts aufgehoben und den Verwaltungsrechtsweg für zulässig erklärt.

Wesentliche Entscheidungsgründe:

Das im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes angegangene Verwaltungsgericht hat die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs verneint und den Rechtsstreit an das Amtsgericht verwiesen. Rechtsgrundlage hierfür war § 17a Absatz 2 Satz 1 GVG, der lautet: „Ist der beschrittene Rechtsweg unzulässig, spricht das Gericht dies nach Anhörung der Parteien von Amts wegen aus und verweist den Rechtsstreit zugleich an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs.“ Hiergegen hat die Antragstellerin ge-

mäß § 17a Absatz 4 Satz 3 GVG sofortige Beschwerde erhoben. Der für das Beschwerdeverfahren zuständige Verwaltungsgerichtshof hatte nun zu prüfen, ob der Verweisungsbeschluss des Verwaltungsgerichts zu Unrecht erfolgt ist. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass das Verwaltungsgericht rechtswidrig eine zivilgerichtliche Streitigkeit angenommen hat.

Ausgangspunkt der rechtlichen Prüfung des Verwaltungsgerichtshofs ist § 40 Absatz 1 Satz 1 VwGO. Nach dieser Vorschrift ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesrecht einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Nach Satz 2 können öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts einem anderen Gericht auch durch Landesgesetz zugewiesen werden.

Die Subsumption des Verwaltungsgerichtshofs:

„Mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Absatz 1 VwGO wendet sich die Antragstellerin gegen die an sie gerichtete Aufforderung des Landratsamtes, die auf der Mittelinsel eines Kreisverkehrsplatzes im Zuge einer Landesstraße aufgestellte Nagelskulptur und die dort angeordneten Findlinge ‚zur Wiederherstellung der Verkehrssicherheit‘ zu entfernen, und be-

geht, (auch) dem Antragsgegner die Entfernung dieser Gegenstände so lange zu untersagen, bis über ihre Beseitigungspflicht rechtskräftig entschieden ist. Die Beteiligten streiten damit zuerst und vor allem um die Frage, ob die Nagelskulptur und die Findlinge deshalb zu entfernen sind, weil diese die Verkehrssicherheit und damit möglicherweise sogar den Gemeingebrauch (§ 13 StrG BW) beeinträchtigen. Der dem Antragsbegehren zugrunde liegende Sachverhalt beurteilt sich daher nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften, so dass der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Absatz 1 Satz 1 VwGO zulässig ist. Das Landratsamt handelte bei seiner an die Antragstellerin gerichteten Aufforderung zur Entfernung der Gegenstände von der Kreisverkehrsinsel in Wahrnehmung seiner Aufgaben als Träger der Straßenbaulast bzw. der Verkehrssicherungspflicht. Dies ergibt sich sowohl aus der Begründung des Beseitigungsverlangens im Schreiben des Landratsamtes als auch aus den Ausführungen des darin in Bezug genommenen Berichts über den Sicherheitsaudit. Danach wurde das Landratsamt deshalb tätig, weil die ‚Skulptur und die Findlinge starre Hindernisse in der Kreismittelinsel darstellen und nicht verkehrssicher sind‘. Dabei kann in vorliegendem Zusammenhang dahingestellt bleiben, zu welchem Pflichtenkreis die angegriffene Maßnahme gehört; denn nicht nur die Verkehrssicherungspflicht, sondern auch die Straßenbaulast kann sich auf die Beseitigung von den Verkehr beeinträchtigenden Hindernissen beziehen. Sowohl die mit dem Bau und der Unterhaltung als

auch die mit der Überwachung der Verkehrssicherheit der öffentlichen Straßen zusammenhängenden Pflichten obliegen den zuständigen Behörden gemäß § 59 StrG BW als Amtspflichten in Ausübung hoheitlicher Tätigkeit. Die von der Antragstellerin beanstandete konkrete Aufgabenwahrnehmung unterfällt daher in jedem Fall dem öffentlichen Recht. Dem Landratsamt obliegt als untere Verwaltungsbehörde bezüglich der Landstraßen darüber hinaus sowohl die Verkehrssicherungspflicht als auch die Straßenbaulast (§ 50 Absatz 3 Nummer 1 i. V. m. § 51 Absatz 2 StrG BW). Ob und inwieweit die aufgrund des Berichts über den Sicherheitsaudit angenommene Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit tatsächlich vorliegt, ist keine Frage der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit der einstweiligen Anordnung. Dahingestellt bleiben kann, ob – wie die Beteiligten meinen – mit dem Aufstellen des Kunstwerks sogar eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs einher geht und es insofern um die Frage der Abgrenzung zwischen einer öffentlich-rechtlichen Sondernutzung im Sinne des § 16 StrG BW und eines privatrechtlichen Sondergebrauchs (vgl. § 21 StrG BW) geht. Käme es maßgeblich auf die Beantwortung dieser Frage an, richtete sich die Entscheidung des Rechtsstreits ebenfalls nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften (§§ 13, 16 und 21 StrG BW), so dass auch dann der Verwaltungsrechtsweg gegeben wäre.

Aus der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarung über die Benutzung der Kreis-

verkehrsinsel ‚zur Aufstellung eines Nagel-Kunstwerks‘ ergibt sich entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts nichts anderes. Zwar handelt es sich bei dieser um einen privatrechtlichen Nutzungsvertrag, mit dem eine sonstige Straßenbenutzung gemäß § 21 Absatz 1 StrG BW zugelassen wurde, weil die Beteiligten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ersichtlich davon ausgingen, dass durch das Aufstellen des Kunstwerks als solches weder die Verkehrssicherheit noch der Gemeingebrauch beeinträchtigt würden. Dieser Vertrag beschränkt sich indes darauf, die Benutzung des Straßengrundstücks – die Kreisverkehrsinsel gehört nach übereinstimmender, zutreffender Auffassung der Beteiligten straßenrechtlich zur Straße – zu einem bestimmten Zweck einzuräumen und die Bedingungen hierfür festzulegen. Dazu gehört zwar auch die Verpflichtung der Antragstellerin, die ‚Anlage‘ so zu errichten und zu unterhalten, dass sie den Anforderungen der Sicherheit und Ordnung sowie den anerkannten Regeln der Technik genügen (vgl. Nr. 10 Satz 1 der Vereinbarung). Damit ist indes eine – rechtlich wohl auch gar nicht mögliche – vollständige Übertragung der hoheitlichen Amtspflichten aus der Verkehrssicherungspflicht und der Straßenbaulast nicht verbunden. Dies gilt umso mehr, als sich der Antragsgegner in Nr. 6 der Vereinbarung ein eigenes Tätigwerden – insbesondere bei einer Gefährdung der Sicherheit des Verkehrs – ausdrücklich vorbehalten hat. Denn in diesem Fall kann die Straßenbauverwaltung sogar ohne vorherige Aufforderung und Fristsetzung das nach ihrem Ermessen

Erforderliche veranlassen. Soweit im Schreiben des Landratsamtes auf die in Nr. 10 Satz 2 der Vereinbarung geregelte Änderungspflicht der Antragstellerin hingewiesen wird, kommt diese Bestimmung als Grundlage für das Beseitigungsverlangen nicht in Betracht. Sie regelt eine privatrechtliche Folgepflicht, die bei einer nachträglichen Änderung der Straße (Verbreiterung, Höher-, Tieferlegung usw.) zum Tragen kommt. Darum geht es im hier zu entscheidenden Fall jedoch ersichtlich nicht. Im Übrigen rechtfertigt auch dieser Hinweis die Annahme einer zivilrechtlichen Streitigkeit nicht. Maßgebend für die Entscheidung über den Rechtsweg ist die (wahre) Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird; unerheblich ist, auf welche Norm der Kläger seinen Anspruch selbst stützt und wie er ihn selbst qualifiziert. Danach handelte das Landratsamt nach dem Vortrag der Beteiligten hier – wie oben ausgeführt – in Wahrnehmung seiner ihm kraft Gesetzes zugewiesenen Aufgaben als Träger der Straßenbaulast bzw. der Überwachung der Verkehrssicherheit.“

Hinweise:

Gerade im zweiten juristischen Staatsexamen spielen Fragestellungen um §§ 17 bis 17b GVG (ggf. i. V. m. § 83 VwGO) immer mal wieder eine Rolle. Hier sollten sich Examenskandidatinnen und -kandidaten daher keine Blöße geben.

(Regierungsdirektor Jochen Heinz)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Impressum

Redaktion

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

Herausgeber

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

Vereinsvorstand:

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

ISSN 2195-044X

Beirat

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

Webseite: ▶ www.zeitschrift-jse.de

E-Mail: redaktion@zeitschrift-jse.de



Die Zeitschrift JSE erscheint 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 | ▶ Luther | ▶ Menold Bezler | ▶ Thümmel, Schütze & Partner

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 – 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 die 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