

HERAUSGEBER

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

Vereinsvorstand:

RA Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)
RAin Stephanie Walz (Stellvertr. Vorsitzende)
RA Frederic Dachs (Schatzmeister)

AUS DEM INHALT

Julius Forschner

Die Haftung der Ratingagenturen

Nicolas Sonder

Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe,
Vertragsänderungen... neue Lösungen oder alte
Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?

Guido Philipp Ernst

Examensklausur im Strafrecht:
„Pech beim Spiel...“

Marcel Kau

Examensklausur im Öffentlichen Recht:
„Unruhe am St. Katharinen-Stift“

BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchman
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
RD Jochen Heinz
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)
RA Prof. Rainer Kirhdörfler
Prof. Dr. Alexander Proelß
Prof. Dr. Gottfried Schiemann
RA Dr. Dominik Skauradszun
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürmer
RiLG Dr. Felix Tausch, mag. rer. publ.
Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Werner Walk
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MinR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

RECHTSPRECHUNG:

EuGH

Pflicht des Verkäufers zum Ein- und Ausbau im
Rahmen der Nacherfüllung

BGH

Ärztliche Aufklärungspflicht bei Anwendung
einer Außenseitermethode? – „Zitronensaftfall“

Inhaltsverzeichnis

Beiträge

- | | |
|---|----------|
| 1. Die Haftung der Ratingagenturen
Julius Forschner | Seite 05 |
| 2. Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen...
neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
Dr. Nicolas Sonder | Seite 21 |

Klausuren

- | | |
|---|----------|
| 1. „Pech beim Spiel...“
Guido Philipp Ernst | Seite 35 |
| 2. „Unruhe am St. Katharinen-Stift“
Marcel Kau | Seite 62 |

Rechtsprechung Zivilrecht

- | | |
|---|----------|
| 1. Pflicht des Verkäufers zur Tragung von Ein- und Ausbaurkosten
im Rahmen der Nacherfüllung
EuGH, Urteil vom 16.6.2011 (<i>Majer</i>) | Seite 73 |
| 2. Haftung des Hostproviders für Blogs
BGH, Versäumnisurteil vom 25.10.2011 (<i>Majer</i>) | Seite 79 |
| 3. Prospekthaftung eines früheren Spitzenpolitikers und Inhabers eines Lehrstuhls
unter anderem für Finanzrecht aufgrund von Äußerungen zu den Eigenschaften
einer Kapitalanlage
BGH, Urteil vom 17.11.2011 (<i>Follner</i>) | Seite 84 |
| 4. Anerkenntnis und gesetzliches Verbot
BGH, Urteil vom 22.09.2011 (<i>Majer</i>) | Seite 96 |

5. Sitten- und Treuwidrigkeit einer Probezeitkündigung Seite 100
LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 22.06.2011 (*Polzer*)

Rechtsprechung Strafrecht

1. Voraussetzungen des Rücktritts vom Tötungsversuch Seite 105
BGH, Urteil vom 26.5.2011 (*Baur*)
2. Ärztliche Aufklärungspflicht bei Anwendung einer Außenseitermethode?
„Zitronensaftfall“ Seite 107
BGH, Urteil vom 22.12.2010 (*Baur*)

Rechtsprechung Öffentliches Recht

1. Abgrenzung eines Verwaltungsakts von einem Scheinverwaltungsakt sowie
Beschränkung der Prüfungs- und Entscheidungskompetenz der
Widerspruchsbehörde Seite 114
BVerwG, Urteil vom 23.08.2011 (*Heinz*)
2. Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung einer Klage Seite 122
BVerwG, Beschluss vom 13.09.2011 (*Heinz*)

Editorial

Halten die Ratingagenturen die Fäden in der europäischen Wirtschaftskrise in der Hand? Täglich werden sie in der öffentlichen Debatte massiv kritisiert. Der Beitrag von Forscher beschäftigt sich mit Bedeutung und Haftung der Ratingagenturen rund um Moodys und Co. Die Thematik interessiert nicht nur aus politischer Sicht, sondern die Rechtsfragen im Spannungsfeld zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung spielen auch in den Klausuren des juristischen Staatsexamen immer wieder eine entscheidende Rolle.

Im Nachgang hierzu beschäftigt sich Sonder in seinem Beitrag mit potentiellen Lösungen der europäischen Finanzkrise. Es werden Bewältigungsansätze besprochen, bewertet und die brisanten rechtlichen Schwierigkeiten aufgezeigt.

„Pech im Spiel...“ – bringt Punkte im Strafrecht. Die Klausur von Ernst prüft Problemstellungen nicht nur im materiellen, sondern auch im prozessualen Strafrecht. Auch wenn so mancher Bearbeiter im prozessualen Teil für das ersten Staatsexamen „auf Lücke“ setzt, gewinnen dort prozessuale Fragestellungen immer mehr an Bedeutung.

Mit der Lösung von verwaltungsrechtlichen und verwaltungsprozessrechtlichen Problemen müssen sich die Bearbeiter der Klausur von Kau „Unruhe am St. Katharinen-Stift“ aus dem öffentlichen Recht befassen. Dabei spielt das ebenso examens- wie praxisrelevante Baurecht eine zentrale Rolle.

Die wichtigsten Urteile aus Zivil-, Straf- und öffentlichem Recht stehen für Sie wieder in der Rubrik „Rechtsprechung“ bereit. Die Bedeutung des europäischen für das nationale Recht wird durch das Urteil des EuGH wieder einmal mehr deutlich.

Nach konstruktiven Vorschlägen Ihrerseits – für die wir uns an dieser Stelle bedanken – haben wir am Layout gearbeitet. Die erste Ausgabe der JSE 2012 ist platzsparender und trotzdem noch lesefreundlich. Abschließend wollen wir noch auf ein Werk des emeritierten Hamburger Staatsrechtlers v. *Münch* hinweisen: in "Rechtspolitik und Rechtskultur. Kommentare zum Zustand der Bundesrepublik Deutschland", Berliner Wissenschafts-Verlag, 1.Aufl., 2011 finden Sie eine Sammlung lehrreicher und interessanter Beiträge, darunter zu so aktuellen und brisanten Themen wie dem Rundfunkbeitrag oder der mehrfachen Staatsangehörigkeit. Das sehr gut lesbare Werk sei allen rechtspolitisch Interessierten empfohlen.

Dr. Christian F. Majer
1. Vorsitzender

Stephanie Walz
2. Vorsitzende

Verein der Zeitschrift "Jura-Studium und Examen (JSE)"

Impressum

Redaktion

Alexander Baur
Dominique Beck
Amela Causevic
RA Frederic Dachs
RA Steffen Follner
Fabian Friz
RA Dr. Christian F. Majer
(*Schriftleiter*)
Philipp Trautmann
Anna Vögelein
RAin Stephanie Walz
(*stellv. Schriftleiterin*)
Elena L. Wasserbäch

Herausgeber

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

Vereinsvorstand:

RA Dr. Christian F. Majer
(*1. Vorsitzender*)
Stephanie Walz
(*2. Vorsitzende*)
Frederic Dachs
(*Schatzmeister*)

E-Mail

redaktion@zeitschrift-jse.de

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchman
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
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. Gottfried Schiemann
RA Dr. Dominik Skauradszun
Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Werner Walk
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MinR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Julius Forschner*

Die Haftung von Ratingagenturen

Inhaltsverzeichnis

I. Grundlagen: Die Tätigkeit von Ratingagenturen

II. Das Bonitätsurteil als Meinung oder Tatsachenbehauptung?

III. Grundproblematik und Brisanz des externen Ratings

1. Fehlendes oder non-investment Rating als tatsächliche Zugangsschranke zum Markt

2. Regulatorische Indienstnahme für die Eigenmittelanforderungen nach dem KWG

3. Bezugnahme der Rechtsprechung auf Ratings

4. Zwischenfazit

IV. Mögliche Haftungskonstellationen

1. Ansprüche des bewerteten Emittenten

a) § 824 BGB

b) § 826 BGB

c) § 823 I BGB

d) § 823 II BGB

e) Vertragliche Ansprüche beim beauftragten Rating

2. Ansprüche der geschädigten Anleger

a) Deliktische Anspruchsgrundlagen

b) Vertragliche Ansprüche aus einem Abonnementvertrag

c) Haftung gegenüber dem allgemeinen Anlegerpublikum gem. § 311 III 2 BGB

d) Ratingvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter

e) Zwischenfazit

f) Ausblick: Die Haftung gegenüber dem allgemeinen Anlegerpublikum gem.

Art. 35a Rating-VO-E

V. Zusammenfassung in Thesen

* Der Autor ist wissenschaftlicher Angestellter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Rechtstheorie, Prof. Dr. *Heinz-Dieter Assmann*, LL.M.

Ratingagenturen stehen nicht erst seit der Schuldenkrise Griechenlands im Dauerfeuer der öffentlichen Kritik.¹ Zuletzt wurde in der politischen Diskussion die Forderung laut, unerwünschte Ratings von Staaten gänzlich zu untersagen, jedenfalls wenn sie sich unter dem europäischen Rettungsschirm befinden.² Zunächst sind vorab einige Grundlagen zur Tätigkeit von Rating-Agenturen auszuführen. Nur so ist die Problematik der verschiedenen Haftungskonstellationen und Regulierungsfelder zu verstehen.

I. Grundlagen: Die Tätigkeit von Ratingagenturen

Gemäß Art. 3 I lit. a) Rating-VO³ handelt es sich beim Rating um ein „Bonitätsurteil in Bezug auf ein Unternehmen, einen Schuldtitel [...] oder anderer Finanzinstrumente, das anhand eines festgelegten und definierten Einstufungsverfahrens für Ratingkategorien abgegeben wird.“ Rating-

agenturen sind Rechtspersönlichkeiten deren Tätigkeit die gewerbsmäßige Abgabe von Ratings ist, vgl. Art. 3 I lit. b) Rating-VO. Diese Definition in Art. 3 Rating-VO entspricht weitgehend der im IOSCO-Verhaltenskodex⁴ für Ratingagenturen zu findenden Definition⁵ und den Definitionsversuchen der Literatur.⁶ Ziel dieses Bonitätsurteils ist es, potentiellen Investoren anhand standardisierter Verfahren und der Einstufung in bekannte Kategorien auf einen Blick das Ausfallrisiko bzgl. einzelner Schuldtitel⁷ oder die Bonität eines Emittenten⁸ aufzuzeigen.

Durch diese standardisierten Verfahren wird es Anlegern ermöglicht, die Bonität eines Emittenten zu beurteilen, auch wenn ihnen die notwendigen Mittel zur eigenen Beurteilung fehlen. Die Ratingagenturen bündeln hierbei Informationen und befriedigen so das Informationsbedürfnis der Anleger (und des Kapitalmarkts als Ganzes). Damit tragen sie zur Verringerung der Informationsasymmetrie zwischen Anleger und Emittent bei⁹ und verfolgen damit durchaus zu begrüßende Zwecke. Die derzeit aufkommende Kritik zielt deshalb in

- 1 Vgl. die Zusammenfassung „Die größten Streitfälle der Bewerter“, Süddeutsche-Zeitung vom 12.11.2011, S. 23, wo unter anderem auf die Enron-Pleite von 2001 und die Pleite der Bank „Lehman Brothers“ 2008 hingewiesen wird. Im letzteren Fall wurde die Bank noch freitags mit der Note „A“ bewertet, drei Tage später war die Bank zahlungsunfähig. Zur Kritik auch *Korth*, Dritthaftung von Ratingagenturen (2009), S. 17.
- 2 So zumindest die Forderung des ehemaligen Finanzministers Peer Steinbrück, vgl. Süddeutsche-Zeitung vom 27.10.2011, S. 17. Hierbei wird offenbar übersehen, dass es sich beim Rating von griechischen Staatsanleihen um ein von der hellenischen Republik selbst in Auftrag gegebenes Rating handelt, vgl. Süddeutsche-Zeitung vom 24.10.2011, S. 18. Zur Möglichkeit eines Verbots von Länderratings vgl. *Witte*, WM 2011, 2253ff.
- 3 Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.09.2009 über Ratingagenturen, ABl. EU L 302/1 v. 17.11.2009.

- 4 IOSCO steht für “International Organization of Securities Commissions”, ein internationaler Zusammenschluss der sonst nur national tätigen Aufsichtsbehörden.
- 5 IOSCO „Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies“, abrufbar unter <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCO180.pdf> (zuletzt aufgerufen am 22.10.2011).
- 6 *Eisen*, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen, S. 52; *Korth*, Dritthaftung von Ratingagenturen (2009), S. 19; *Thiele*, Die zivilrechtliche Einordnung des Rating im deutschen Recht (2005), S. 2.
- 7 Sog. „issue rating“.
- 8 Sog. „issuer rating“.
- 9 *Eisen*, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen (2007), S. 73.

der Regel nicht auf das Dasein der Ratingagenturen als solche, sondern nur auf einzelne möglicherweise kritische Aspekte.

Maßgeblich sowohl für die Haftung der Ratingagenturen als auch für das Verständnis der grundlegenden Stoßrichtung der Regulierungsmaßnahmen ist die Unterscheidung von beauftragtem und nicht beauftragtem Rating. Wird das Rating vom Emittenten in Auftrag gegeben, spricht man vom „solicited rating“, wobei zwischen Emittent und Ratingagentur ein (in der Regel entgeltlicher) Vertrag zustande kommt. Beim nicht in Auftrag gegebenen Rating („unsolicited rating“) wird die Ratingagentur ohne entsprechenden Willen und ohne Bezahlung durch den Emittenten tätig. Dieses bestehende oder nicht bestehende Schuldverhältnis ist die entscheidende Weichenstellung für Fragen der Haftung der Ratingagenturen gegenüber dem Emittenten und Dritten. Als regulatorische Herausforderung drängt sich der Interessenkonflikt beim beauftragten Rating geradezu auf, wenn die Ratingagentur für die Bonitätsbeurteilung vom Emittenten entgolten wird.¹⁰

II. Das Bonitätsurteil als Meinung oder Tatsachenbehauptung?

Das von den Ratingagenturen abgegebene Bonitätsurteil stellt, nach immer wieder hervorgehobener Auffassung der Ratingagenturen selbst, lediglich eine Meinung dar.¹¹ Dies mag kaum verwundern, da sich

gerade die Haftungskonstellationen bei reinen Meinungsäußerungen für die Ratingagenturen deutlich günstiger darstellen. So würde es bei einer Einordnung der Bonitätsbeurteilung als Meinung nicht nur an einer Tatsachenbehauptung im Sinne des § 824 BGB fehlen, die Ratingagenturen würden auch in den Genuss des Schutzes durch Art. 5 I GG kommen, der auf Rechtfertigungsebene eine Rolle spielen kann,¹² wobei freilich nicht übersehen werden darf, dass die Meinungsfreiheit unter gewissen Umständen auch Tatsachenbehauptungen schützt.¹³

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts liegt eine Meinung in Abgrenzung zur Tatsachenbehauptung bei Aussagen vor, die durch ein „Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt [sind]“¹⁴, während die Tatsachenbehauptung einer Überprüfung mittels Beweises zugänglich ist. Wenn man den Prognosecharakter der Ratings berücksichtigt, wird es schwer fallen, ein Rating als Tatsachenbehauptung einzustufen. Für die Frage der Beweisbarkeit kommt es eben auf den Zeitpunkt der Aussage an und nicht darauf, ob das vorhergesagte Ereignis dann tatsächlich eintritt oder nicht. Im Moment der Abgabe ist das Rating Zukunftsprognose und deshalb dem Beweis nicht zugänglich.¹⁵ Hinzu kommt,

¹⁰ Vgl. Art. 6 Rating-VO.

¹¹ So z.B. der Deutschland-Chef der Ratingagentur Standard & Poor's Torsten Hinrichs in einem Interview mit der Süddeutsche-Zeitung vom 24.10.2011, S. 18; ebenso der Moody's Abonnementvertrag, Punkt 4., abgedruckt bei Peters,

Die Haftung und Regulierung von Rating-Agenturen (2001), S. 202.

¹² Thiele, Die zivilrechtliche Einordnung des Rating im deutschen Recht (2005), S. 2.

¹³ BVerfGE 90, 241 (248).

¹⁴ BVerfGE 61, 1 (9); BVerfGE 85, 1 (15); BVerfGE 90, 241 (247).

¹⁵ Eisen, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen (2007), S. 305; Habersack, ZHR 169 (2005), 185 (200); Thiele, Die zivil-

dass bei der Beurteilung auch „weiche Faktoren“, wie die Qualität des Managements, Branchenrisiken¹⁶ und Ähnliches eine Rolle spielen,¹⁷ was den subjektiven Charakter der Gesamtbeurteilung verstärkt.¹⁸

Ausnahmsweise können Teile des Ratings als Tatsache eingeordnet werden, wenn es konkrete Rückschlüsse auf die aktuelle Zahlungsfähigkeit des Unternehmens zulässt,¹⁹ wie bspw. die Behauptung, ein Unternehmen habe bereits ausstehende Zahlungen nicht rechtzeitig erfüllen können²⁰ oder aber wenn über die Prognose hinaus detaillierte Angaben zur Ausgestaltung des bewerteten Finanzinstruments gemacht werden.²¹

rechtliche Einordnung des Rating im deutschen Recht (2005), S. 3.

16 *Stemper*, Rechtliche Rahmenbedingungen des Ratings (2010), S. 65.

17 *Eisen*, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen, (2007), S. 306.

18 So im Ergebnis auch: *Lampe*, Die Regulierung von Ratingagenturen (2010), S. 77; *Rohe*, in: Achleitner/Everling (Hrsg.), Rechtsfragen im Rating, S. 133 (139); *Witte*, WM 2011, 2253 (2257). Differenzierend *Oellinger*, in: Achleitner/Everling (Hrsg.) (Erscheinungsjahr/Auflage), Rechtsfragen im Rating, S. 357 (358) „[...]Werturteile mit – je nach Einzelfall – mehr oder weniger starkem Tatsachensubstrat.“

19 *Stemper*, Rechtliche Rahmenbedingungen des Ratings (2010), S. 169.

20 *Peters*, Die Haftung und die Regulierung von Rating-Agenturen (2001), S. 54.

21 So z.B. im Fall des KG Berlin, Urt. v. 12.05.2006, Az. 9 U 127/05 = WM 2006, 1432 ff., wobei das Kammergericht in diesem Fall die Angaben zur Ausgestaltung noch als wertendes Element der Gesamtanalyse und damit als Meinungsäußerung angesehen hat.

III. Grundproblematik und Brisanz des externen Ratings

Obwohl es sich bei den erstellten Ratinganalysen also in aller Regel um Meinungsäußerungen handelt, kommt den Bewertungen eine besondere Brisanz zu. Neben den bereits angesprochenen Interessenkonflikten entsteht die besondere Brisanz hauptsächlich durch die faktische Abhängigkeit der Emittenten von den Ratingagenturen, die „regulatorische Indienstnahme“²² durch den Gesetzgeber und die verschiedentliche Bezugnahme der Rechtsprechung auf die Bonitätsurteile der Ratingagenturen.

1. Fehlendes oder non-investment Rating als tatsächliche Zugangsschranke zum Markt

Es liegt auf der Hand, dass ein möglichst positives Rating den Zugang zum Finanzmarkt erleichtert. Ein nicht vorhandenes Rating oder ein Rating im non-investment Bereich kann im Gegenzug den Zugang zum Markt faktisch unmöglich machen. Gerade institutionelle Investoren machen den Ankauf von Finanztiteln häufig selbst von einem investment-Grade Rating abhängig²³ oder werden durch die Finanzaufsicht dazu verpflichtet. So dürfen Versicherungsunternehmen nach § 54 I VAG i.V.m. BaFin-Rundschreiben 4/2011 (VA) B.3.1.c Vermögensanlagen nur dann dem gebundenen Vermögen zuführen, wenn die

22 *Deipenbrock*, WM 2011, 1829 (1835); *Richter*, WM 2008, 960 (960); *Stemper*, Rechtliche Rahmenbedingungen des Ratings (2010), S. 183 ff.

23 Vgl. beispielhaft den Verkaufsprospekt zum Fond „Deka-Liquidität Euro“ abrufbar unter https://www.deka.de/mms/Deka-GeldmarktEURO_VKP.pdf S. 7 (zuletzt aufgerufen am 06.12.2011).

Vermögensanlage von mindestens zwei nach der Rating-VO registrierten Ratingagenturen auf investment-Grade eingestuft wurde. Emittenten sind damit von den Ratingagenturen und deren Beurteilung abhängig, wenn ihre Schuldtitel auch für institutionelle Investoren in Frage kommen sollen. Insofern kommt den Ratingagenturen eine Funktion als „gatekeeper“ zu den Finanzmärkten zu.²⁴

2. Regulatorische Indienstnahme für die Eigenmittelanforderungen nach dem KWG

Die Ratingagenturen sind aber nicht nur faktische Türöffner zu den Finanzmärkten, ihren Bewertungen kommt auch rechtliche Bedeutung zu. Das Bankaufsichtsrecht fordert von Finanzinstituten im Interesse ihrer Gläubiger eine angemessene Eigenkapitaldecke, § 10 I 1 KWG. Die Eigenkapitalanforderungen sind europarechtlich durch die Bankenrichtlinie²⁵ und die Kapitaladäquanzrichtlinie²⁶ (jeweils als Umsetzung von „Basel II“²⁷) vorgegeben und in Deutschland maßgeblich im KWG und der

Solvabilitätsverordnung (SolvV) umgesetzt. Die Berechnung des erforderlichen Eigenkapitals ist im Einzelnen kompliziert und soll deshalb hier nicht näher besprochen werden. Um sie als Beispiel der regulatorischen Indienstnahme von Ratings zu verstehen, genügt Folgendes: Je nach Risikogewicht einer Forderung müssen die Kreditinstitute ihre Forderungen mit einem bestimmten Prozentsatz an Eigenkapital unterlegen. Zur Bestimmung dieses Risikogewichts können sie sich der Bonitätsbeurteilungen von Ratingagenturen bedienen.²⁸

Durch dieses Aufgreifen von Bonitätsbeurteilungen im Aufsichtsrecht hat sich der Gesetzgeber in gewisser Weise von den Ratingagenturen abhängig gemacht. Wenn jetzt in der politischen Diskussion die Ratingagenturen als Mitschuldige der Finanzkrise benannt werden, muss man bedenken, dass die Regierungen und Parlamente die Macht der Ratingagenturen durch die regulatorische Indienstnahme verstärkt haben. Es verhält sich also wie bei Goethes Zaublerlehrling: „Die ich rief, die Geister, /Werd’ ich nun nicht los.“

3. Bezugnahme der Rechtsprechung auf Ratings

Nicht nur im Aufsichtsrecht spielen die Bonitätsbeurteilungen eine Rolle. Die Rechtsprechung bedient sich der Ratings zur Konkretisierung von Sorgfaltsanforderungen der Vertragspartner bspw. bei der Anlageberatung. Seit dem Bond-Urteil von 1993²⁹ ist weitgehend anerkannt, dass zwi-

24 Eisen, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen, (2007), S. 71.

25 Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.06.2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. EU L 177 v. 30.06.2006, S. 1 ff.

26 Richtlinie 2006/49/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.06.2006 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl. EU L 177 v. 30.06.2006, S. 201ff.

27 Basel II bezeichnet die Vorschläge des Basler Ausschusses für Bankaufsicht zu den Eigenkapitalvorschriften der Banken, vgl. Ehlers, NJW 2005, 3256 ff.; zur Zeit befinden sich bereits die Vorschläge zu „Basel III“ in der Umsetzung auf europäischer Ebene, vgl. dazu Schmitt, BB 2011, 2347ff.; Spitzer, Kreditwesen 2011, 554ff.

28 Vgl. bspw. § 33 Nr. 1 SolvV und § 54 I SolvV, wonach die BaFin die Beurteilungskategorien der Ratingagenturen einzelnen Bonitätsstufen zuordnet.

29 BGHZ 123, 126 ff.

schen Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Kunden stillschweigend ein Beratungsvertrag zustande kommt und der Kunde anleger- und objektgerecht beraten werden muss.³⁰ Zur anlegergerechten Beratung gehört es, dass das Anlageobjekt zur Risikobereitschaft des Kunden passt. Während in der Bond-Entscheidung noch nicht maßgeblich auf die Bewertung durch eine Ratingagentur, sondern auf zahlreiche negative Äußerungen in der Wirtschaftspresse abgestellt wurde, lässt sich eine Tendenz in der Rechtsprechung feststellen, den Bonitätsbeurteilungen durch Ratingagenturen maßgebliche Bedeutung zuzumessen. So gehöre es auch zur Pflicht der beratenden Bank, zu prüfen, ob für den Emittenten Bewertungen durch eine Ratingagentur vorliegen und wie diese ausgefallen sind.³¹ Bei entsprechenden Ratings im non-investment-Bereich darf die Anlage nur Kunden empfohlen werden, die bereit sind, ein hohes Risiko einzugehen.³²

Freilich ist die Bezugnahme der Rechtsprechung auf die Ratings nicht von derselben Qualität wie die aufsichtsrechtliche Inkorporation durch den Gesetzgeber. An das Rating selbst sind in diesem Fall keine konkreten rechtlichen Folgen geknüpft. Es wird lediglich vom Wertpapierdienstleistungsunternehmen verlangt, sich über vorhandene Ratings zu informieren und diese Information an den Kunden weiterzugeben oder aber darauf hinzuweisen, dass dem Berater die Ratings unbekannt sind und er

deswegen zu einer sachgerechten Beratung nicht im Stande ist. Daraus resultiert gerade kein Verbot, dem Kunden risikoreiche Papiere zu empfehlen, wenn hinreichend auf das Risiko hingewiesen wird.³³

Skeptischer gegenüber Ratings ist die Rechtsprechung jedoch, wenn es um die Beurteilung des Sorgfaltsmaßstabs von Vorstandsmitgliedern geht. Für die Vorstandshaftung gem. § 93 II AktG ist entscheidend, ob das Vorstandsmitglied die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters i.S.d. § 93 I 1 AktG angewandt hat. Bei unternehmerischen Entscheidungen kommt dem Vorstandsmitglied das Privileg der sog. „business judgement rule“ zu, d.h. eine Pflichtverletzung ist dann ausgeschlossen, wenn die unternehmerische Entscheidung auf angemessener Informationsgrundlage getroffen wurde und das Vorstandsmitglied davon ausgehen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Ob es bei Investitionen als ausreichende Informationsgrundlage genügt, sich auf die Beurteilung einer Ratingagentur zu verlassen, war Gegenstand der „IKB-Entscheidung“ des OLG Düsseldorf.³⁴ Das Gericht verneinte die Frage mit dem Argument, die Ratingagentur befinde sich in einem für den Vorstand erkennbaren Interessenkonflikt, weil sie beim beauftragten Rating nicht wirklich objektiv sein könne.³⁵

Nur auf den ersten Blick scheinen die beiden dargestellten Fallgruppen in unterschiedliche Richtungen zu gehen: Auf der einen Seite wird dem Rating eine entscheidende Relevanz für die anlegergerechte

30 BGHZ 123, 126 (128) – Bond; BGH, ZIP 2007, 1160 (1161); BGH, BKR 2008, 199 (200); BGH, ZIP 2010, 526 (527); BGH, BKR 2011, 248.

31 OLG Nürnberg, BKR 2001, 739 m. Anm. Balzer; OLG Frankfurt (M), VersR 2005, 797.

32 *Arendts*, in: Achleitner/Everling (Hrsg.), *Rechtsfragen im Rating*, S. 287 (295).

33 BGH, NJW 1998, 2675 (2676).

34 OLG Düsseldorf, AG 2010, 126ff.

35 OLG Düsseldorf, AG 2010, 126 (128).

Beratung zuerkannt, auf der anderen Seite soll es nicht genügen, sich über die Bonität eines Schuldners mittels einer Ratingagentur zu informieren. Beide Male geht es aber um eine Entscheidung / Empfehlung auf angemessener Informationsgrundlage. Zu dieser angemessenen Informationsgrundlage gehört es, sich über Ratings zu informieren, sich aber nicht allein darauf zu verlassen.³⁶ Überspitzt könnte man für beide Fallgruppen sagen: Die Berücksichtigung der Bonitätsurteile ist nötig, aber nicht ausreichend.

4. Zwischenfazit

Die Brisanz des (externen) Ratings setzt sich aus drei Faktoren zusammen: Tatsächliche Marktmacht als faktische Zugangsschranke zu den Märkten, regulatorische Indienstnahme durch den Gesetzgeber und Berücksichtigung der Rechtsprechung von Ratings bei der Beurteilung von Sorgfaltsmaßstäben. Diese drei Faktoren sorgen dafür, dass die Frage der Haftung der Ratingagenturen für fehlerhafte Ratings verschärft in der Diskussion steht und die aufsichtsrechtlichen Maßnahmen politisch umstritten sind. Im folgenden Abschnitt wird deshalb auf die möglichen Haftungskonstellationen eingegangen und untersucht, ob das vorhandene Haftungsregime einen ausreichenden Anreiz für sorgfältige Ratings liefern kann bevor schließlich auf den Kommissionsentwurf zu einer europarechtlichen Anspruchsgrundlage eingegangen wird.

IV. Mögliche Haftungskonstellationen

Die Haftung von Ratingagenturen ist ein so weites Feld, dass es abschließend in einem Beitrag nicht zu bewältigen ist. Nicht nur, dass als Anspruchsteller sowohl das bewertete Unternehmen selbst als auch Anleger in Betracht kommen, die sich auf eine Bewertung verlassen haben. Von zentraler Bedeutung ist auch die – oben bereits dargestellte – Unterscheidung zwischen „solicited rating“ (angefordertes/erbetenes Rating) und „unsolicited rating“ (unaufgefordertes Rating).

Als problematisch kann sich ebenso erweisen, welches Recht anwendbar ist und welche internationale Zuständigkeit prozessual begründet ist.³⁷ Aus Platzgründen soll für die folgenden Ausführungen davon ausgegangen werden, dass deutsches Recht anwendbar ist.

1. Ansprüche des bewerteten Emittenten

Während von Studenten in Klausuren – zu Recht – verlangt wird, vertragliche Ansprüche vor deliktischen Ansprüchen zu behandeln, bietet es sich für den vorliegenden Beitrag an, das Deliktsrecht gleichsam als eine Art „Allgemeinen Teil“ der Haftung von Ratingagenturen voranzustellen. Allgemein deshalb, weil die Haftung unabhängig davon besteht, ob ein beauftragtes oder unaufgefordertes Rating vorliegt.

a) § 824 BGB

Auch wenn eine Bonitätsbeurteilung grundsätzlich geeignet ist, den Kredit eines

³⁶ So für die Anlageberatung LG Münster, BKR 2003, 764 (766); für die Informationsgrundlage des Vorstands bei einer Anlageentscheidung OLG Düsseldorf, AG 2010, 126 (129).

³⁷ Eisen, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen, (2007), S. 180 ff. und 211 ff.

Emittenten zu gefährden,³⁸ wird ein Anspruch wegen Kreditgefährdung gem. § 824 BGB in der Regel ausscheiden, weil es sich beim Rating um eine Meinungsäußerung und nicht um eine Tatsachenbehauptung handelt.³⁹ Eine Haftung kommt allenfalls dann in Betracht, wenn die Ratingagentur neben dem Werturteil (der Ausfallwahrscheinlichkeit) zusätzlich Informationen veröffentlicht, die eine Tatsachenbehauptung darstellen,⁴⁰ bspw. dass es bereits zu Zahlungsausfällen oder Verzögerungen gekommen sei.⁴¹ Doch selbst bei Mitveröffentlichung von Tatsachen ist immer noch zu prüfen, ob diese Tatsachen nicht lediglich ein Teil der (in ihrer Gesamtheit zu betrachtenden) Meinungsäußerung sind und deshalb nicht dem Anwendungsbereich des § 824 BGB unterfallen.⁴²

b) § 826 BGB

Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung ist auf Grund der hohen Anforderungen in der Praxis nur in Evidenzfällen vorstellbar. Bspw. wenn ein Emittent bewusst zu schlecht bewertet wird, um von steigenden Zinsen der Anleihen zu profitieren.⁴³

Denkbar ist auch die Konstellation, dass der Emittent durch ein zu niedriges (nicht beauftragtes) Rating zum Abschluss eines Ratingvertrags „ermutigt“ werden soll.⁴⁴ In beiden Fällen stellt sich in der Praxis freilich die Problematik der Beweislast, die nach den allgemeinen Regeln der Anspruchsteller trägt.

Vergleichbare höchstrichterliche Entscheidungen zur Haftung aus § 826 BGB liegen in Fällen der Gutachterhaftung vor.⁴⁵ Beim unbeauftragten Rating mit dem Unterschied, dass der Gutachter (die Ratingagentur) nicht um seine Meinung gebeten wurde. Vergleichbar ist die Konstellation deshalb, weil sich auch Gutachter auf Grundlage verschiedener einzelner Tatsachen eine Meinung bilden und diese als Gesamtbild in ihrem Gutachten wiedergeben. Hierbei genügt für eine Haftung aus § 826 BGB laut BGH (zu Recht) nicht, dass lediglich ein falsches Gutachten erstellt wurde. Erforderlich ist vielmehr, dass „[...] der Sachverständige sich etwa durch nachlässige Ermittlungen zu den Grundlagen seines Auftrages oder gar durch „ins Blaue“ gemachte Angaben der Gutachtaufgabe leichtfertig entledigt und damit eine Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Adressaten des Gutachtens und den in seinem Informationsbereich stehenden Dritten an den Tag gelegt hat, die angesichts der Bedeutung, die das Gutachten für deren Entschlüsse hatte, und der von ihm in Anspruch genommenen Kompetenz als „CDS“) durch deren gezielten Einsatz von steigenden Zinsen profitiert werden kann.

38 *Lampe*, Die Regulierung von Ratingagenturen (2010), S. 75.

39 Vgl. oben II.

40 Vgl. auch KG Berlin, Urt. v. 12.05.2006, Az. 9 U 127/05 = WM 2006, 1432 ff. Das KG hat einen Anspruch aus § 824 BGB in diesem Fall verneint, weil sich die einzelnen lediglich als Teil der zulässigen Meinungsäußerung darstellen.

41 *Lampe*, Die Regulierung von Ratingagenturen (2010), S. 77.

42 KG Berlin, Urt. v. 12.05.2006, Az. 9 U 127/05, Juris Rn. 29.

43 Etwa durch „Wetten“ auf steigende Zinsen bzgl. bestimmter Anleihen oder bzgl. eines ganzen Emittenten. Möglich ist dies durch Kreditausfallversicherungen (=Credit Defaults Swaps –

44 *Eisen*, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen, (2007), S. 303; *Oellinger*, in: Achleitner/Everling (Hrsg.), Rechtsfragen im Rating, S. 357 (375).

45 BGH, NJW 1991, 3282ff.; BGH VersR 1979, 283ff.; BGH, VersR 1962, 803ff.

gewissenlos bezeichnet werden muss.⁴⁶ Einen „Adressaten“ in diesem Sinne gibt es zwar nur beim beauftragten Rating (den Emittenten), was jedoch für die Haftung gem. § 826 BGB keine Rolle spielen kann. Das bringt auch der BGH zum Ausdruck, wenn er davon spricht, dass auch „in seinem Informationsbereich stehende Dritte“ anspruchsberechtigt sind.

Sollte also nachgewiesen werden können, dass die Ratingagentur das Rating durch sachlich nicht belegbare Tatsachen „ins Blaue hinein“ abgegeben und damit dem Emittenten gegenüber rücksichtslos gehandelt hat, ist an eine Haftung aus § 826 BGB zu denken. In der Praxis wird der Anspruch meist an der Beweislastproblematik scheitern.

c) § 823 I BGB

Während eine Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 I BGB in Fällen der Haftung für fehlerhafte Information evident ausscheidet, ist aus Sicht des fehlerhaft zu schlecht bewerteten Emittenten zumindest an einen Anspruch wegen Verletzung eines „sonstigen Rechts“ in Form des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs zu denken. Im Kern geht es hier um die Frage, ob sich über eine Verletzung des Gewerbebetriebs eine Haftung für geschäftsschädigende Werturteile konstruieren lässt oder ob insofern die Vorschriften des UWG sowie die §§ 824, 826 und 823 II BGB i.V.m. 186ff. StGB *leges speciales* sind.⁴⁷ Die Rechtsprechung steht einer solchen

Haftung grundsätzlich offen gegenüber,⁴⁸ sieht jedenfalls in den gerade genannten Normen keine Sperrwirkung für eine Konstruktion für eine Haftung über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.⁴⁹ Wegweisend war in dieser Hinsicht das Urteil des BGH zur „Stiftung Warentest“⁵⁰, in dem der BGH die Anforderungen an öffentlich geäußerte Meinungen über Unternehmen und deren Produkte entwickelt hat. Ob sich diese Grundsätze auf die Haftung von Ratingagenturen übertragen lassen, ist noch nicht abschließend geklärt.

Folgende Unterschiede lassen sich zwischen Warentests und Kreditratings feststellen: 1. Bei Warentests wird in aller Regel nicht nur die Gesamtbewertung veröffentlicht, sondern auch die zugrunde gelegten Testvorgänge und Tatsachengrundlagen. 2. Bei vergleichenden Warentests werden die Produkte in Relation zu anderen Produkten gesetzt und danach bewertet. 3. In der Rechtsprechung zu den vergleichenden Warentests wird regelmäßig auf eine „sinnvolle Verbraucherunterrichtung“ abgestellt, die sicherlich von Ratings nicht bezweckt wird, weil hier die maßgeb-

46 BGH, NJW 1991, 3282 (3283), wo die Haftung im Ergebnis verneint wurde.

47 Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB (2009), § 823 Rn. 208 m.w.N.

48 BGH, NJW 1976, 620ff.; BGH NJW 1987, 2222ff.; OLG München NJW 1994, 1964ff.

49 Dies gilt freilich nur, wenn ein solcher Betrieb vorliegt, was bei Emittenten, die Anleihen an den Kapitalmarkt begeben in der Regel unproblematisch der Fall sein wird. Spannend wäre hier die Frage, ob ein solcher Schutz auch für durch Ratingagenturen beurteilte Staaten in Frage kommt, was man im Ergebnis wohl verneinen muss, weil der Schutz des Gewerbebetriebs maßgeblich aus Art. 12, 14GG begründet wird, auf den sich Staaten freilich nicht berufen können.

50 BGH, NJW 1976, 620ff.; vgl. hierzu ausführlich Kübler/Assmann, ZHR 142 (1978), 413ff.

liche Zielgruppe nicht der Endverbraucher ist.

Diese Unterschiede stehen einer Übertragung der Warentest-Rechtsprechung allerdings nicht entgegen. Dass kein vergleichender Maßstab angelegt wird, ist für den Schutz der veröffentlichten Meinung irrelevant. Zwar wird durch die Ratings keine Verbraucheraufklärung bezweckt, es ist jedoch nicht ersichtlich, warum eine Aufklärung des allgemeinen Anlegerpublikums qualitativ dahinter zurückstehen sollte. Allein das erste Argument könnte bei der Betrachtung der Warentest-Rechtsprechung Zweifel aufkommen lassen, ob eine Übertragung auf Ratings möglich erscheint. Maßgeblich wird in der Rechtsprechung in der Tat auch auf das Bemühen um Objektivität abgestellt, was nur anhand der Beurteilung der Bewertungsgrundlage möglich ist. Dieser Unterschied dürfte sich jedoch durch Art. 8 I Rating-VO erledigt haben, durch den auch die Ratingagenturen verpflichtet werden, ihre Methoden, Modelle und grundlegenden Annahmen, die bei der Erstellung eines Ratings berücksichtigt werden, offen zu legen.

Im Übrigen überwiegen auch sonst die Gemeinsamkeiten. Den Ratingagenturen kommt wie auch den Medien im Bereich der Testberichterstattung eine Marktmacht zu, die es rechtfertigt, dem berechtigten Interesse an freier Meinungsäußerung, das ebenso berechtigtes Interesse an Ausübung des Gewerbes gegenüber zu stellen und gegeneinander abzuwägen.⁵¹ Im Ergebnis

ist also von einer Übertragbarkeit der Warentest-Rechtsprechung auszugehen.⁵²

Eine Haftung wegen eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kommt demnach auch bei Ratingagenturen in Betracht, wenn die Meinung nicht mit dem Bemühen um Objektivität gebildet wird oder die zugrunde liegende Untersuchung nicht sachkundig durchgeführt wurde.⁵³ Hierbei kommt der Agentur ein weiter Ermessensspielraum zu. Das Ratingergebnis unterliegt deshalb nur einer eingeschränkten Richtigkeitskontrolle, d.h. es darf nur nicht offensichtlich unrichtig sein.⁵⁴

d) § 823 II BGB

Neben dem Anspruch wegen Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kommt eine Haftung für eine Schutzgesetzverletzung grundsätzlich in Betracht, wobei Schutzgesetze in diesem Zusammenhang insbesondere die Vorschriften der Rating-VO sein könnten. Erforderlich für eine Einordnung als Schutzgesetz ist, dass die Norm zumindest auch dem Schutz des Einzelnen dient.⁵⁵ Kapitalmarktrechtliche Normen dienen in der Regel der Funktionsfähigkeit des Marktes und damit dem öffentlichen Interesse, weshalb der BGH diesbezüglich zu Recht zurückhaltend ist, was die Einord-

⁵¹ Im Endeffekt läuft es auf eine Abwägung der verschiedenen Grundrechtspositionen hinaus, vgl. BGH, NJW 1976, 620 (622).

⁵² *Habersack*, ZHR 169 (2005), 185 (202); *Lampe*, Die Regulierung von Ratingagenturen (2010), S. 81; *Vetter*, WM 2004, 1701 (1707); für eine Übertragung des Haftungsmaßstabs, allerdings für eine Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, v. *Schweinitz*, WM 2008, 953 (959).

⁵³ So zu Warentests BGH, NJW 1976, 620 (622).

⁵⁴ So zu Warentests BGH, NJW 1987, 2222 (2224).

⁵⁵ BGH, NJW 2005, 2932 (2934) m.w.N.

nung kapitalmarktrechtlicher Normen als Schutzgesetz angeht.⁵⁶ Ausweislich der Erwägungsgründe dient die Rating-VO maßgeblich dem Schutz und der Stabilität der Finanzmärkte sowie dem Anlegerschutz,⁵⁷ jedenfalls aber nicht dem Schutz der Emittenten. Hinzu kommt, dass es sich bei den Normen der Rating-VO vor allem um organisatorische Pflichten, wie die Vermeidung von Interessenkonflikten, angemessene Sachkunde der Mitarbeiter und sorgfältige Auswahl der Informationsquellen handelt,⁵⁸ was die Einordnung als Schutzgesetz noch fernliegender erscheinen lässt.

e) Vertragliche Ansprüche beim beauftragten Rating

Die Konstruktion eines Schadensersatzanspruchs des Emittenten beim beauftragten Rating ist bzgl. der einschlägigen Anspruchsgrundlage weit weniger spannend und soll deshalb nur kurz angerissen werden.⁵⁹ Zwischen Emittent und Ratingagentur kommt ein Ratingvertrag zustande, der sich unschwer als Werkvertrag einordnen lässt.⁶⁰ Wurde das fehlerhafte Rating be-

reits publiziert und entstehen dem Emittenten dadurch erhöhte Finanzierungskosten, stellt dies einen gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB ersatzfähigen Mangelfolgeschaden dar,⁶¹ der gegenüber den deliktischen Ansprüchen den Vorteil hat, dass der Anspruchsteller lediglich die Pflichtverletzung, nicht aber das Verschulden der Ratingagentur nachweisen muss, vgl. § 280 I 2 BGB. Um einen Mangelfolgeschaden handelt es sich deshalb, weil bei einem einmal fehlerhaft veröffentlichten Rating der Schaden kaum durch Nacherfüllung zu beseitigen wäre.⁶²

2. Ansprüche der geschädigten Anleger

Während für die Haftung gegenüber dem Emittenten von entscheidender Bedeutung ist, ob der Emittent das Rating in Auftrag gegeben hat, ist für eine vertragliche Haftung gegenüber dem Anleger zu unterscheiden, ob er Vertragsbeziehungen mit der Ratingagentur in Form eines Abonnementvertrags unterhält oder auf sonstige Weise⁶³ Kenntnis vom Rating erlangt hat (Haftung gegenüber dem allgemeinen An-

56 BGH, NJW 2008, 1734 (§ 32 II Nr. 1 WpHG kein Schutzgesetz); BGH, AG 2010, 670 (§ 34a WpHG kein Schutzgesetz).

57 Vgl. Erwägungsgründe 7, 9 Rating-VO.

58 Vgl. Art. 6 I, Art. 7 I und Art. 8 II Rating-VO.

59 Freilich ergeben sich auch hier interessante Rechtsfragen, insbesondere wann von einer Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I BGB ausgegangen werden kann.

60 Eisen, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen, (2007), S. 219; Habersack, ZHR 169 (2005), 185 (203); Lampe, Die Regulierung von Ratingagenturen (2010), S. 94; Stemper, Rechtliche Rahmenbedingungen des Ratings (2010), S. 162; Thiele, Die zivilrechtliche Einordnung des Rating im deutschen Recht (2005), S. 31; Vetter, WM 2004, 1701 (1705); a.A. v. Schweinitz, WM 2008, 953 (956), der den Ratingvertrag als Geschäftsbesorgungsver-

trag einordnet. Für die Haftung auf Schadensersatz ergeben sich hieraus jedoch keine Unterschiede. Peters, Die Haftung und Regulierung von Rating-Agenturen (2001), S. 78 will den Ratingvertrag als atypischen Vertrag gem. § 305 BGB a.F. (=§ 311 I BGB n.F.) einordnen, aber auf Grund der Ähnlichkeiten zum Werkvertrag dennoch die werkvertraglichen Bestimmungen anwenden.

61 Stemper, Rechtliche Rahmenbedingungen des Ratings (2010), S. 163.

62 Freilich bestehen auch die sonstigen Rechte aus § 634 BGB, wobei eine Nacherfüllung gem. § 634 Nr. 1 BGB ernsthaft nur in Betracht kommt, wenn die Fehlerhaftigkeit bereits im Verfahren festgestellt wird.

63 In Betracht kommt insbesondere eine Mitteilung durch den Anlageberater oder eine Berichterstattung in der Tagespresse.

legerpublikum).⁶⁴ Unabhängig davon wird das Recht der Haftung von Ratingagenturen gegenüber Anlegern durch Art. 35a Rating-VO-Entwurf⁶⁵ (Rating-VO-E) einen Einschnitt erfahren. Der von der Kommission vorgelegte Entwurf sieht einen deliktischen Haftungstatbestand auf europäischer Ebene vor. Die nachfolgende Darstellung zum deutschen Recht wird sich deshalb auf das Notwendige begrenzen, um dann das Verhältnis von nationalen Haftungstatbeständen und Haftung nach Art. 35a Rating-VO-E herauszuarbeiten.

a) Deliktische Anspruchsgrundlagen

Eine Haftung aus § 823 I BGB gegenüber dem privaten Anleger scheidet ersichtlich aus, da weder eine Eigentumsverletzung vorliegt noch eine Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ernsthaft in Betracht kommt.⁶⁶ Ebenso wenig kann zu Gunsten des Anlegers auf § 824 BGB zurückgegriffen werden, weil es schon an einer Tatsachenbehauptung in Bezug auf den Anleger fehlt. In Evidenzfällen kommt auch gegenüber dem Anleger § 826 BGB in Betracht, wobei sich hier für den Anleger zusätzlich das Problem des Kausalitätsnachweises stellt. Während der Einfluss des Ratings auf die Zinsen, die der Emittent am Kapitalmarkt zahlen muss, weniger schwierig nachzuweisen sein dürfte, muss der Anleger darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass er seine Anlageentscheidung gerade auf die Bonitätsbeurteilung durch die Ratingagentur gestützt hat,⁶⁷ was in der Praxis nur schwierig zu bewerkstelligen sein dürfte, wenn die

Rechtsprechung nicht mit einer Beweislastumkehr hilft, wie sie es bspw. bei der Beratung von Kapitalanlegern mit der „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ getan hat.⁶⁸ Freilich geht es bei der Haftung von Anlageberatern um eine vertragliche Haftung, was den Kreis potentiell Anspruchsberechtigter überschaubar hält. Eine Beweislastumkehr für eine deliktische Haftung von Ratingagenturen würde zu einer nahezu uferlosen Haftung gegenüber sämtlichen Anlegern, die Anleihen des entsprechenden Emittenten erworben haben, führen. Sie ist deshalb – jedenfalls für die deliktische Haftung – abzulehnen.⁶⁹

b) Vertragliche Ansprüche aus einem Abonnementvertrag

Ähnlich wie die Haftung gegenüber dem Emittenten aus dem Ratingvertrag, ist auch die Haftung gegenüber geschädigten Anlegern bei Vertragsbeziehungen mit der Ratingagentur dogmatisch weitgehend unproblematisch.⁷⁰ Interessant ist vor allem, unter welchen Voraussetzungen von einer Pflichtverletzung auszugehen ist. Da es sich bei den Bonitätsbeurteilungen um Prognosen handelt, kann die Pflichtverletzung nicht schon dann vorliegen, wenn sich die Prognose ex post als unzutreffend erweist.⁷¹ In Betracht kommt eine Pflicht-

64 *Habersack*, ZHR 169 (2005), 185 (202).

65 KOM(2011) 747 endgültig.

66 *Berger/Stemper*, WM 2010, 2289 (2293).

67 *Haar*, NZG 2010, 1281 (1284).

68 Grundlegend BGHZ 61, 118 ff.; zuletzt für die Anlageberatung BGH, WM 2011, 1506.

69 Im Ergebnis ebenso *Berger/Stemper*, WM 2010, 2289 (2294).

70 Vgl. zur Einordnung des Abo-Vertrags *Eisen*, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen, (2007), S. 332ff; *Lampe*, Die Regulierung von Rating-Agenturen (2010), S. 102ff; *Peters*, Die Haftung und Regulierung von Rating-Agenturen (2001), S. 97; *Thiele*, Die zivilrechtliche Einordnung des Rating im deutschen Recht (2005), S. 78ff.

71 *Habersack*, ZHR 169 (2005), 185 (205).

verletzung in Anlehnung an die Warentest-Rechtsprechung eher bei Fehlern im Ratingverfahren, bspw. fehlendes Bemühen um Objektivität, Erstellung des Ratings auf mangelhafter Tatsachengrundlage oder Ähnliches. Auch hier besteht die Schwierigkeit, die haftungsausfüllende Kausalität (Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden) nachzuweisen. Im Vergleich zur oben dargestellten deliktischen Haftung, kann der Abonnent aber durch den Abschluss des Abonnementvertrags glaubhaft darlegen, dass er seine Anlageentscheidungen maßgeblich auf die Bewertung der Ratingagenturen stützt.

c) Haftung gegenüber dem allgemeinen Anlegerpublikum gem. § 311 III 2 BGB

Spannende dogmatische Fragen tun sich im Zusammenhang mit der Haftung gegenüber dem allgemeinen Anlegerpublikum auf, wenn gerade kein Abonnementvertrag geschlossen wurde. Rechtspolitisch ist hier die Frage berechtigt, warum ein Anleger, der sich unentgeltlich der Bonitätsbewertungen einer Ratingagentur bedient, haftungsrechtlich ebenso gestellt werden soll, wie der Abonnent, der für die Leistung der Ratingagentur bezahlen muss.⁷² Das deutsche Schuldrecht stellt aber eben mit § 311 III 2 BGB ein Instrument bereit, dass zumindest grundsätzlich eine solche Haftung gegenüber Nicht-Vertragspartnern zulässt. Diese durch die Schuldrechtsmodernisierung 2002 ins BGB eingefügte Norm hatte vor allem den Zweck, den bis dahin von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen eine gesetzliche Grundlage zu

verschaffen.⁷³ Das gesetzgeberische Ziel, diese Fallgruppen zu normieren, steht freilich der Entwicklung neuer Fallgruppen nicht entgegen. Es stellt sich jedoch die Frage, ob Ratingagenturen bei der Bewertung von Emittenten, gegenüber dem allgemeinen Anlegerpublikum wirklich „besonderes persönliches Vertrauen“ in Anspruch nehmen und dadurch den Vertragsschluss „erheblich beeinflussen“. Der Dritthaftung aus § 311 III 2 BGB kann nicht schon mit der Erwägung entgegengetreten werden, es käme zu einer „[...]kaum mehr beherrschbaren Ausweitung des Haftungsrisikos[...]“.⁷⁴ Die Grenze des noch akzeptablen Haftungsrisikos für Nicht-Vertragspartner hat der Gesetzgeber durch die Normierung in § 311 III 2 BGB gezogen. Entscheidend ist also allein, ob dessen Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen oder nicht. Gegen eine Haftung aus dieser Norm spricht aber sicherlich, dass die Ratingagenturen betonen, dass ihre Bewertungen keine Anlageempfehlung darstellen,⁷⁵ also von einer „erheblichen Beeinflussung“ des Vertragsschlusses i.S.d. § 311 III 2 BGB nicht ausgegangen werden kann.⁷⁶ Im Ergebnis ist deshalb ein Schuldverhältnis gem. § 311 III 2 BGB

⁷² Eisen, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen (2007), S. 356.

⁷³ Emmerich, in: Münchener Kommentar zum BGB (2007), § 311 Rn. 231.

⁷⁴ Habersack, ZHR 169 (2005), 185 (207).

⁷⁵ Vetter, WM 2004, 1701 (1710).

⁷⁶ A.A. Berger/Stemper, WM 2010, 2289 (2292), die nur ein Problem bzgl. der Beweisbarkeit der erheblichen Beeinflussung sehen; a.A. auch Lampe, Die Regulierung von Ratingagenturen (2010), S. 123, mit dem Argument, die Ratingagenturen würden den Vertragsschluss „fördern“. Hierbei wird aber übersehen, dass ein bloßes Fördern eben nicht genügt, sondern eine „erhebliche Beeinflussung“ erforderlich ist.

abzulehnen⁷⁷ und damit auch eine Haftung gem. § 280 I BGB i.V.m. § 311 III 2 BGB.

d) Ratingvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter

Als letzte Konstellation kommt noch in Betracht, dass zwar zwischen Emittent und Ratingagentur ein Vertragsverhältnis besteht, nicht aber zum Anleger. Hier kommt in Betracht, dass der Ratingvertrag Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten der Anleger ist. Erforderlich für die Schutzwirkung zu Gunsten Dritter ist nach ständiger Rechtsprechung Leistungsnähe, schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten⁷⁸ und Erkennbarkeit für den Schuldner.⁷⁹ Unproblematisch zu bejahen ist die Leistungsnähe, die vorliegt, wenn der Dritte bestimmungsgemäß mit der vertraglichen Hauptleistung in Berührung kommt.⁸⁰ Das Rating wird zwar im Auftrag des Emittenten erstellt, bestimmt ist es aber gerade dazu, den Investoren eine Entscheidungshilfe zu bieten.⁸¹ Auch ein Interesse des Emittenten an der Einbeziehung in den Schutzbereich wird man bejahen können. Dieses Einbeziehungsinteresse ergibt sich daraus, dass dem Emittenten gegenüber seinen Anleihegläubigern selbst Schutzpflichten erwachsen, das Ausfallrisiko der Anleihe möglichst realistisch dar-

zustellen.⁸² Während die Erkennbarkeit beim Rating bezogen auf den Emittenten selbst ersichtlich ausscheidet, weil für die Ratingagentur weder erkennbar ist, wie viele Anleiheemissionen in der Zeit der Beurteilung an den Markt begeben werden, noch wie hoch das Emissionsvolumen ausfällt,⁸³ ist sie beim Emissionsrating durchaus diskutabel. Hierbei muss jedoch beachtet werden, dass sich der Kreis der Anspruchsberechtigten nicht auf die Ersterwerber der Anleihen begrenzen würde, sondern durch den Handel am Sekundärmarkt theoretisch unendlich viele Gläubiger in den Schutzbereich einbezogen wären. Deshalb ist die Erkennbarkeit auch beim Emissionsrating abzulehnen.⁸⁴

e) Zwischenfazit

Das deutsche Schuldrecht stellt dem allgemeinen Anlegerpublikum keine ernsthaft in Betracht kommende Anspruchsgrundlage zur Verfügung, um die Ratingagentur für ihre fehlerhaft gebildete Meinung in Anspruch zu nehmen. Sieht man von Evidenzfällen und einer Haftung gem. § 826 BGB ab, ist nur der durch einen Abonnementvertrag mit der Ratingagentur verbundene Anleger anspruchsberechtigt. Diese Feststellung ist jedoch nicht als Kritik zu verstehen, überzeugt das Ergebnis doch auch wertungsgemäß: Im Gegensatz zu sonstigen Konstruktionen, die zu einer

77 Im Ergebnis so auch *Eisen*, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen, (2007), S. 360; *Habersack*, ZHR 169 (2005), 185 (207). *Thiele*, Die zivilrechtliche Einordnung des Rating im deutschen Recht (2005), S. 97.

78 Teilweise auch „Gläubignähe“ genannt.

79 BGH, NJW 1996, 2927 (2928) m.w.N.

80 Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGHZ 133, 168 (173) m.w.N.

81 *Eisen*, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen (2007), S. 350.

82 *Eisen*, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen (2007), S. 350; v. Schweinitz, WM 2008, 953 (956).

83 Überzeugend *Eisen*, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen (2007), S. 354.

84 *Eisen*, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen, (2007), S. 356; a.A. *Haar*, NZG 2010, 1281 (1284); *Lampe*, Die Regulierung von Ratingagenturen (2010), S. 120; v. *Schweinitz*, WM 2008, 953 (956).

Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrages führen, ist es den Anlegern unbenommen, einen Abonnementvertrag mit der Ratingagentur abzuschließen und so in den Genuss einer vertraglichen Anspruchsgrundlage zu kommen.

f) Ausblick: Die Haftung gegenüber dem allgemeinen Anlegerpublikum gem. Art. 35a Rating-VO-E

Dass die EU-Kommission diese Wertung (jedenfalls bzgl. einer Haftung für grobe Fahrlässigkeit) nicht teilt, kommt im bereits oben angesprochenen Kommissionsentwurf zum neuen Art. 35a Rating-VO-E zum Ausdruck. Danach haftet eine Ratingagentur, wenn sie vorsätzlich oder grob fahrlässig eine der in Anhang III der VO 1060/2009 genannten Pflichten verletzt und diese Pflichtverletzung Einfluss auf das Bonitätsurteil hatte, auf das sich der Anleger verlassen hat, Art. 35a I Rating-VO-E. Absatz 2 statuiert eine Fiktion bzgl. der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Bewertungsergebnis. Hierbei wird die Beweislast zu Lasten der Ratingagentur weitergehend dadurch verschärft, dass der Anleger lediglich Tatsachen vortragen muss, die den Schluss auf eine Pflichtverletzung zulassen, es dann aber an der Ratingagentur liegt, nachzuweisen, dass sie die Pflichtverletzung nicht begangen hat oder dass die Pflichtverletzung keinen Einfluss auf das Rating hatte, Art. 35a IV Rating-VO-E.

Ob sich diese neue europarechtliche Haftungsgrundlage als das vermeintlich scharfe Schwert erweist, das es auf den ersten Blick zu sein scheint oder ob sie doch eher ein „zahnloser Tiger“ bleibt, wird die Praxis zeigen. Einiges spricht jedoch für die

zweite Möglichkeit: Erstens werden die wahren Beweisprobleme für den Anleger nicht behoben, die gerade darin liegen, nachzuweisen, dass das Rating kausal für den Erwerb der Anlage war. Hierfür statuiert die Norm jedoch – zu Recht – keine Beweislastumkehr, da im Gegensatz zur vertraglichen Haftung bei der Anlageberatung⁸⁵ eine Beweislastumkehr diesbezüglich für einen deliktischen Tatbestand zu weit gehen würde. Zweitens sieht der Pflichtenkatalog in Anhang III im Wesentlichen organisatorische Pflichten und Offenlegungspflichten vor, bei deren Verletzung eine Entlastung bzgl. der Kausalität ohne Weiteres möglich sein wird. Freilich ist diesbezüglich entscheidend, welche Anforderungen die Rechtsprechung an einen solchen Entlastungsbeweis i.S.d. Art. 35a IV Rating-VO-E stellt.

Ungeklärt ist noch die Frage, wie sich Art. 35a Rating-VO-E zum nationalen Deliktsrecht verhält. In Deutschland würde neben der Haftung wegen des Anspruchs aus Art. 35a Rating-VO-E eine Haftung über § 823 II BGB i.V.m. den entsprechenden Normen der Rating-VO in Betracht kommen. Obwohl kapitalmarktrechtliche Normen in aller Regel marktschützende Funktion haben,⁸⁶ kann den von Art. 35a Rating-VO-E in Bezug genommenen Pflichten ein individualschützender Charakter wohl nicht abgesprochen werden.⁸⁷ Das würde zu einer Haftung für einfache Fahrlässigkeit über § 823 II BGB führen, was der Wertung des Art. 35a I Rating-VO-E widerspricht. Deshalb ist davon auszugehen,

⁸⁵ Vgl. zur Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens oben.

⁸⁶ Vgl. oben IV.1.d.

⁸⁷ Vgl. den Entwurf KOM(2011), 747 endgültig, Erwägungsgründe 24, 25.

dass Art. 35a I Rating-VO-E als lex specialis einer Anwendung des § 823 II BGB entgegen steht.

V. Zusammenfassung in Thesen

Die Brisanz der Ratings ergibt sich maßgeblich durch die mannigfaltige Bezugnahme auf Ratings durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung. Diese Abhängigkeit sollte reduziert werden. Ein Schritt in die richtige Richtung ist das IKB-Urteil des OLG Düsseldorf, in dem ausgesprochen wird, dass sich Vorstandsmitglieder, um ihren Sorgfaltsanforderungen zu genügen, nicht blind auf die Bewertungen der Ratingagenturen verlassen dürfen.

Für den (unbeauftragt) bewerteten Emittenten können sich nach den Grundsätzen der Stiftung-Warentest-Rechtsprechung Ansprüche gegen die Ratingagentur wegen Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ergeben, wobei allerdings bzgl. des Bewertungsergebnisses ein weiter Ermessensspielraum besteht.

Für den vertraglich mit der Ratingagentur nicht verbundenen Anleger stellt das deutsche Schuldrecht keine passende Anspruchsgrundlage bereit. § 823 II BGB wird durch Art. 35a Rating-VO-E verdrängt, der seinerseits für den Anleger kein wirksames Instrumentarium darstellt, da die eigentlichen Beweisprobleme durch die Vermutung des Art. 35a II Rating-VO-E nicht behoben werden.

Dr. Nicolas Sonder*

Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?

I. Einführung

II. Die Ergebnisse des jüngsten EU-Gipfels

- 1. Vertragsänderungen vs. Vertrag sui generis (17 plus)*
- 2. Rettungsschirm und Gläubigerbeteiligung*
- 3. Kritik*

III. Bewertung weiterer Aspekte

- 1. Eurobonds*
- 2. Staatsanleihenkäufe durch die EZB*
- 3. Die Rolle der Ratingagenturen*
- 4. Regulierung der europäischen Finanzmärkte*

IV. Ausblick

I. Einführung

Die europäische Staatsschuldenkrise, will man sie denn so nennen, dauert nunmehr bereits über zwei Jahre an.

Dies stellt einen Zeitraum dar, in welchem man für gewöhnlich von der Europäischen Union erwarten würde, politisch tragbare und rechtlich umsetzbare Konzepte zur Bewältigung einer Krise zu präsentieren. Doch danach sieht es dieses Mal nicht aus. Was mit der Veröffentlichung eines durch eine laxen Haushaltspolitik bedingten neuen

* Dr. Nicolas Sonder ist Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter für Öffentliches Recht am Department for Legal Studies & Ethics der Frankfurt School of Finance & Management.

Staatsdefizits von zwölf Prozent des Bruttoinlandsproduktes (BIP) durch die griechische Regierung im Oktober 2009 begann, sich mit der Erklärung zur finanziellen Unterstützung Griechenlands durch die Europäische Union im Februar 2010 und der Errichtung eines „EU-Rettungsschirms“ mit einem Volumen von bis zu 750 Mrd. € für weitere überschuldete Staaten Mitte 2010 fortsetzte, gipfelte im Verlauf des Jahres 2011 endgültig in einer gesamteuropäischen Staatsschuldenkrise, als im Juli 2011 auch Italiens Schuldenlast auf

120 % des BIP anstieg und die Zuspitzung der Lage an den Finanzmärkten sowie die Bewertungen der Ratingagenturen den Druck auf die EU bei der Suche nach einer Lösung erhöhten.²

Während Griechenland immer noch Hilfen von der EU und dem Internationalen Währungsfonds benötigt – über welchen im Übrigen oft wochenlange, harte Verhandlungen schweben – steigen die Zinsen für die Staatsanleihen der weiteren kriselnden Länder, begleitet von neuen Herabstufungen durch die Ratingagenturen, immer weiter an. So erreichte das Zinsniveau für italienische Staatsanleihen Mitte Dezember 2011 einen Allzeitrekord von 6,47 %.³ Zwischenzeitlich sprang deshalb die Europäische Zentralbank (EZB) ein, um Staatsanleihen aufzukaufen.⁴ Darüber hinaus gerieten auch die europäischen Banken im Herbst 2011 in Folge hoher Abschreibungen und Verluste sowie entsprechender

Kursturbulenzen an den Finanzmärkten wieder unter Druck.⁵ Kritisch erscheinen insofern vor allem auch die Auswirkungen der neuen Eigenkapitalvorschriften: Die 91 größten Banken Europas müssen spätestens ab Juni 2012 ihr Risikokapital mit mindestens 9 % Eigenkapital unterlegen – Eigenkapital, welches momentan noch fehlt.⁶

Da die Mitgliedstaaten in der Zwischenzeit offensichtlich erkannt haben, dass das schlichte Zuführen von Finanzhilfen an die betroffenen Staaten nicht der Ausweg aus dem Dilemma sein kann, trafen sich die Staats- und Regierungschefs im Rahmen diverser Gipfel in Brüssel immer wieder, um neue Krisenmechanismen zu diskutieren. Diese reichten bis zu Vorschlägen, die EU-Verträge - wie bereits im Falle der primärrechtlichen Verankerung des Euro-Rettungsschirms in Art. 136 III AEUV geschehen - zu ändern. Geändert werden soll im Zeichen einer strengeren Haushaltsdisziplin etwa auch der Stabilitäts- und Wachstumspakt des Maastrichter Vertrages⁷, gegen dessen Vorgaben Staaten wie Griechenland immer wieder verstoßen haben, was eine Ursache für die derzeitige Krise darstellt. Zuletzt kam man am 08.12.2011 zusammen - hier sollte nun endlich ein Durchbruch bei der Suche nach Lösungen zur Bewältigung der Staatsschuldenkrise erzielt werden. Parallel dazu wurden in der Öffentlichkeit weitere Ansätze diskutiert.

² Vgl. zur Chronologie der Krise insofern „Die Zeit“ vom 12.09.2011: Eine Chronik der Euro-Krise, Online-Ausgabe.

³ „Die Welt“ vom 14.12.2011: Italien muss unter Monti Rekord-Zinsen zahlen, Online-Ausgabe.

⁴ „Die Zeit“ vom 12.09.2011: Eine Chronik der Euro-Krise, Online-Ausgabe.

⁵ „Handelsblatt“ vom 04.10.2011: Investoren befürchten neue Bankenkrise, Online-Ausgabe.

⁶ Paul, ifo-Schnelldienst 2011, S. 3.

⁷ Protokoll über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit, ABL. 1992, Nr. C 191, 84 (zuletzt geändert am 13.12.2007, ABL. 2007, Nr. C 206, 163).

Das Problem der europäischen Staatsschuldenkrise ist vor allem eines der Rechtswissenschaft und der Rechtspolitik. Während im ersten Teil der Krise zunächst sowohl die Zulässigkeit von EU-Finanzhilfen an überschuldete Mitgliedstaaten (was unter anderem auch Gegenstand eines Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht war⁸) als auch die Möglichkeit des Ausscheidens Griechenlands aus der Eurozone erörtert wurde⁹, geht es nun um die Bewertung der Ergebnisse des jüngsten EU-Gipfels, sowie um die Analyse neuer Lösungsvorschläge. Diesen beiden Komplexen will sich der vorliegende Beitrag im Folgenden widmen. Im Mittelpunkt der Untersuchung steht dabei die unionsrechtliche und rechtspolitische Bewertung der aufgeworfenen Fragen.

II. Die Ergebnisse des jüngsten EU-Gipfels

1. Vertragsänderungen vs. Vertrag sui generis (17 plus)

Ein großes Ziel des Gipfels war die Durchsetzung einer Änderung der EU-Verträge dahingehend, dass der Stabilitäts- und Wachstumspaktes durch strengere Haushaltsregeln ergänzt wird. Kern der neuen Haushaltsregelungen soll sein, dass Schuldenländer künftig nicht mehr durch ein erst noch zu beschließendes Verfahren, sondern „automatisch“, vergleichbar einer Schuldenbremse, bestraft werden würden. Bisher wurde bei einem Bruch des Stabilitäts- und Wachstumspaktes per se lediglich die Vertragsverletzung festgestellt, eine Strafe musste indes erst noch verhängt werden. Der „automatische“ Sanktionsmechanismus soll nun in den EU-Verträgen niedergeschrieben werden. Für die Durchsetzung könnte beispielsweise die Kommission zuständig sein. Sofern ein Mitgliedstaat sich den Sanktionen entziehen will, kann dann sogar ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH angestrebt werden. Allerdings würde auch jener „automatische“ Sanktionsmechanismus Ausnahmen vorsehen; so könnte etwa die Mehrheit der Mitgliedstaaten durch Beschluss Sanktionen blockieren.¹⁰ Trotzdem soll hierin der Übergang zu einer Fiskalunion, sprich einer Gemeinschaft mit einer gemeinsamen Fiskalpolitik, und somit ein entscheidender Schritt zur Vollendung der politischen Union getan werden.¹¹

⁸ BVerfG Urteil vom 07.09.2011, 2 BvR 987/10; dazu ferner die Bewertungen aus verfassungsrechtlicher Sicht von *Knopp*, NJW 2010, S. 1777ff.; *Kube/Reimer*, NJW 2010, S. 1911ff.; *Brück/Schalast/Schanz*, BB 2010, S. 2522ff.; *Thym*, EuZW 2011, S. 167ff.; *Polzin*, DÖV 2011, S. 209ff.; *Seidel*, EuZW 2011, S. 241ff.; *Sonder*, DVBl. 2011, S. 1274ff.

⁹ Vgl. etwa insofern *Häde*, EuZW 2009, S. 273ff.; *Häde*, EuZW 2009, S. 399ff.; *Behrens*, EuZW 2010, S. 121; *Frenz/Ehlenz*, EWS 2010, S. 65ff.; *Frenz/Ehlenz*, EWS 2010, S. 211ff.; *Herrmann*, EuZW 2010, S. 413ff.; *Heß*, ZJS 2010, S. 473ff.; *Heß*, ZJS 2011, S. 207ff.; *Seidl*, ZEI Working Paper B 2010; *Seidl*, EuZW 2011, S. 241ff.; *Jeck/Roosebecke*, Rechtsbruch durch Bail-Out-Darlehen, CEP-Analyse vom 19.04.2010, abrufbar unter: <http://www.cep.eu>; *Callies*, ZEuS 2011, S. 213ff.; *Sonder*, ZRP 2011, S. 33ff.

¹⁰ Vgl. *Darnstädt*, in: „Der Spiegel“ vom 14.12.2011: Die spinnen, in Brüssel, Online-Ausgabe.

¹¹ „Die Zeit“ vom 14.12.2011: Merkel verteidigt EU-Beschlüsse, Online-Ausgabe.

Das Vorhaben, eine Änderung der Verträge zu vereinbaren, konnte nicht erreicht werden. Jedoch ließen sich die Initiatoren dieses Teils des Gipfels umgehend vor Ort eine Alternativlösung einfallen. Denn die erforderliche Änderung des Lissabonner Vertrages scheiterte zwar am „Nein“ Großbritanniens. Dessen Premierminister James Cameron machte unweigerlich klar, dass eine solche Vertragsänderung zur Verschärfung der Haushaltsregeln unter diesen Umständen, wenn überhaupt, nur unter der Bedingung diverser Ausnahmen für den Finanzplatz London zu machen sei. Eine Einigung kam infolge nicht mehr zu Stande. Stattdessen wurde beschlossen, dass die 17 Mitglieder der Eurozone einen eigenen, zwischenstaatlichen Vertrag („17 plus – Vertrag“) über die neuen Haushaltsregeln abschließen sollen, welcher neben den EU-Verträgen bestehen würde. Neben den 17 Mitgliedern der Eurozone werden wohl noch einige weitere EU-Mitgliedstaaten dem Vertrag beitreten, nachdem deren nationalen Parlamente hierüber befunden haben.¹²

2. Rettungsschirm und Gläubigerbeteiligung

Der zweite Themenkomplex des Gipfels betraf die Frage, wie künftig die Hilfsmaßnahmen für überschuldete Staaten auszuformen haben. Bisher hatte der Euro-Rettungsschirm ein Gesamtvolumen von 750 Mrd. € (vgl. oben unter I.). Der bisherige Rettungsschirm EFSF (= European Financial Stability Facility) soll bekanntlich durch den dauernden Rettungsmecha-

nismus ESM (= European Stability Mechanism) ersetzt werden. Auf dem Gipfel wurde indes beschlossen, dass dies bereits im Juli 2012 und somit früher als angedacht geschehen muss. Der ESM soll aber keinen Zugang zu Krediten der EZB erhalten, um dadurch seine Mittel zu erhöhen.¹³ Ferner soll auch der Internationale Währungsfonds stärker eingebunden werden. Dafür wollen die Mitgliedstaaten über ihre Notenbanken sowie die EZB dem IWF bis zu 150 Mrd. € bereitstellen, mittels welcher dieser dann die Finanzhilfen an die betroffenen Mitgliedstaaten auskehren kann.¹⁴

Für die Zukunft vom Tisch ist hingegen die bereits im Falle der Sanierung Griechenlands quasi ausgehandelte Privatgläubigerbeteiligung. Damals wurde mit Banken und anderen Gläubigern angedacht, dass diese sich mit einem Verzicht von bis zu 60 % ihrer Forderungen an den Rettungsmaßnahmen beteiligen.¹⁵ Diese Gläubigerbeteiligung war schon in den vergangenen Wochen und Monaten äußerst umstritten. Es wird sie deshalb künftig auch nicht mehr geben, worin eine deutlich Abkehr von dem bisherigen Vorgehen zu sehen ist. Als Begründung wurde angegeben, dass der erste Fall der Privatgläubigerbeteiligung einen negativen Effekt auf die Anleihemärkte gehabt habe.¹⁶

¹² Vgl. insofern zum Inhalt und Ergebnis der Vertragsverhandlungen: „Der Spiegel“ vom 09.12.2011: Europa koppelt Großbritannien ab, Online-Ausgabe.

¹³ „Der Spiegel“ vom 09.12.2011: Briten verhindern großen Euro-Rettungsplan, Online-Ausgabe.

¹⁴ „Der Spiegel“ vom 09.12.2011: Briten verhindern großen Euro-Rettungsplan, Online-Ausgabe.

¹⁵ Vgl. „Financial Times Deutschland“ vom 26.10.2011: Die Strippenzieher des Schuldenchnitts, Online-Ausgabe.

¹⁶ „Der Spiegel“ vom 09.12.2011: Briten verhindern großen Euro-Rettungsplan, Online-Ausgabe.

3. Kritik

Bereits das öffentliche Echo zu den Ergebnissen des Gipfels war gespalten. Und man kann in der Tat sowohl eine positive als auch negative Bewertung vornehmen. So ist fraglich, ob durch die Isolierung Großbritanniens – ungeachtet dessen, dass diese Isolierung James Cameron zuzuschreiben ist – der Prozess der politischen Integration gestärkt wurde. Vielmehr könnte eine langfristige Spaltung der Union im Bereich der Haushaltsfragen drohen. Andererseits darf man diesen Aspekt aber auch nicht überbewerten; immerhin hat Großbritannien in der Vergangenheit sich stets in einer Sonderrolle in der Union gesehen und deshalb oft einen eigenen Weg bei Reformen zu Währungs- und Finanzfragen eingeschlagen.¹⁷

Als problematisch könnte sich dann aber der neue „17 plus – Vertrag“ erweisen. Dieser würde in Form einer völkerrechtlichen Vereinbarung neben dem Unionsrecht bestehen. Grundsätzlich ist daran nichts auszusetzen, und immerhin haben die Mitgliedstaaten bereits Übung im Abschluss solcher Verträge neben dem bestehenden EU-Recht, wie sich im Rahmen der teils intergouvernementalen Konstruktion des Euro-Rettungsschirms zeigte.¹⁸ Klar ist freilich, dass nur die beitretenden Vertragsstaaten im Rahmen dieses Vertrages, also jenseits des Unionsrechts, an die neuen Regelungen gebunden sein werden. Unklar bleibt dann aber immer noch, ob sich die Vertragspartner dieses neuen Regelwerkes bei der Durchsetzung von Sanktionen der Unionsorgane bedienen dürfen –

eine Kompetenzgrundlage hierfür ist bis dato nicht ersichtlich, so dass es spannend werden dürfte, wenn ein Staat dann doch einmal die Durchsetzung einer Vertragsstrafe durch die Kommission unter Berufung auf das Unionsrecht angreifen würde.¹⁹ Fraglich ist zudem, wie ein „automatischer“ Sanktionsmechanismus, der einer Schuldenbremse gleichkommt, verfassungsrechtlich zu beurteilen ist. Immerhin kennt das Grundgesetz eine Schuldenbremse, deren Regelungen hierzu in Widerspruch geraten könnten. Angesichts des einfachgesetzlichen Ranges völkerrechtlicher Vereinbarungen, sowie der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur Haushaltshoheit nationaler Parlamente, dürfte es sich als schwierig erweisen, die entsprechenden Regelungen des Grundgesetzes hier durch einen völkerrechtlichen Vertrag überlagern zu wollen.²⁰

Schließlich enthalten die Beschlüsse des Gipfels keine hinreichenden Lösungsansätze, wie man die in den nächsten drei bis zwölf Monaten anstehenden Schwierigkeiten bewältigen will. So fehlt ein dahingehendes Konzept für den Schauplatz Griechenland. Es ist immer noch unklar, ob die griechische Regierung nun endlich sowohl ihr strenges Sparprogramm einhalten, als auch ein aussichtsreiches Investitions- und Wachstumskonzept entwickeln kann. Darüber hinaus wurden weitere, schon vor dem Gipfel heftig diskutierte Ansätze, wie ein noch massiverer Ankauf von Staatsanleihen durch die EZB oder die Einführung von Eurobonds, überhaupt nicht mehr

¹⁷ Siehe „Financial Times Deutschland“ vom 11.12.2011: Londons riskanter Alleingang, Online-Ausgabe.

¹⁸ Vgl. insofern *Thym*, EuZW 2011, S. 168.

¹⁹ *Darnstädt*, in: „Der Spiegel“ vom 14.12.2011: Die spinnen, in Brüssel, Online-Ausgabe.

²⁰ So auch *Darnstädt*, in: „Der Spiegel“ vom 14.12.2011: Die spinnen, in Brüssel, Online-Ausgabe.

ernsthaft in Erwägung gezogen, nachdem sich einige Mitgliedstaaten, darunter auch Deutschland, kurz und knapp dagegen ausgesprochen haben.

III. Bewertung weiterer Aspekte

1. Eurobonds

Wie bereits angedeutet, fehlte im Rahmen des EU-Gipfels eine wirklich hinreichende Auseinandersetzung mit weiteren Lösungsansätzen. Dies gilt etwa im Falle von Eurobonds, welche auch als gemeinsame, durch eine europäische Fiskalagentur ausgegebene EU-Anleihen bezeichnet werden können. Die Unionsorgane haben bereits verschiedene Vorschläge zur Einführung von Eurobonds vorgelegt. Die Vorschläge der Kommission lassen sich in drei Modelle von Eurobonds unterteilen. Im ersten Modell würden die EU-Anleihen die nationalen Anleihen vollständig ersetzen, womit „alle für alle“ haften würden. Beim zweiten Modell würden die Eurobonds hingegen lediglich ein Mittel der Teilfinanzierung der Staatsschulden darstellen, womit „jeder nur für einen Teil“ voll haften würde. Im Rahmen des dritten Modells könnten die nationalen Anleihen ohne Einschränkungen bestehen bleiben, Staaten könnten aber eine bestimmte Menge Geld über EU-Anleihen aufnehmen. Hier würde im Ergebnis aber „jeder für sich“ haften.²¹ Diese Modelle haben jeweils ihre Vor- und Nachteile. So würden beispielsweise beim ersten Modell die stärkeren Staaten auf Grund der vollen Haftung ein höheres Risiko tragen; zudem wäre eine Vertragsän-

derung notwendig – beides würde indes beim dritten Modell kein Problem darstellen.²² Die Mitgliedstaaten, allen voran Deutschland, haben daher auch gewichtige Bedenken gegen die genannten Formen der gemeinsamen EU-Anleihen, weshalb die verschiedenen Initiativen zu deren Einführung bisher im politischen Prozess allesamt abgeblockt wurden. Allerdings hat sich die Politik noch nicht hinreichend mit der Thematik auseinandergesetzt. So kann man durchaus die Ergebnisse der von der Bundesregierung in Auftrage gegebenen Berechnungen zur negativen Beeinflussung der Schuldendisziplin, sowie hinsichtlich des Anstiegs des Zinsniveaus infolge der Einführung von Eurobonds²³, hinterfragen, da hierfür lediglich der Mittelwert für die Zinsen der Euroländer veranschlagt wurde. Übersehen wird des Öfteren auch, dass Eurobonds aufgrund der hohen Liquidität einen systemischen Schutzmechanismus gegen Spekulanten entwickeln könnten.²⁴ Das Risiko für starke Länder könnte sich im Übrigen nur dann realisieren, wenn diese ihre Anleihen ausschließlich über eine europäische Fiskalagentur in Umlauf bringen würden.²⁵

Aus europarechtlicher Sicht würde die Einführung von Eurobonds durch die faktische

²¹ Vgl. zu dieser Unterteilung „Der Spiegel“ vom 24.11.2011: So funktionieren Euro-Bonds, Online-Ausgabe.

²² „Der Spiegel“ vom 24.11.2011: So funktionieren Euro-Bonds, Online-Ausgabe.

²³ Diese Ergebnisse der Strategiesitzung vom 15.10.2011 der Kuratoren der ifo-Freundesgesellschaft und des Vorstands des ifo-Instituts in Bogenberg/Obertaufkirchen finden sich zusammengefasst in: ifo-schnelldienst 2011, S. 2.

²⁴ Vgl. zu diesen Kritikpunkten auch *Klein*, ZfgK 2011, S. 7; ebenso *Berger*, Warum Eurobonds?, das Dossier vom 26.09.2011, abrufbar unter: <http://www.dasdossier.de/magazin/wirtschaft/staat-und-wirtschaft/warum-eurobonds>.

²⁵ *Klein*, ZfgK 2011, S. 7.

Übernahme von Haftungsrisiken durch die stärkeren Staaten wiederum zu der im Schrifttum bereits ausführlich diskutierten Frage zurückführen, ob hier eine Verletzung der „no-bail-out“ – Klausel des Art. 125 I AEUV vorliegen könnte, wonach unter anderem kein Mitgliedstaat der Union für die Verbindlichkeiten eines anderen Mitgliedstaats haften soll.²⁶ Dies wäre wohl insbesondere beim ersten der soeben aufgezeigten Modelle der Bonds der Fall („alle haften für alle“). Ob in der Einführung von Eurobonds wirklich zwangsweise ein Verstoß gegen Art. 125 I AEUV zu sehen wäre, kann pauschal nicht beantwortet werden und hängt von der individuellen Ausgestaltung der Bonds im Einzelnen ab.²⁷ Da die freiwillige Gewährung finanziellen Beistands allerdings dem Wortlaut nach nicht vom Tatbestandsmerkmal „haften“ erfasst ist²⁸, dürfte bei entsprechend transparenter Ausgestaltung des Bonds-Systems eine Verletzung von Art. 125 I AEUV ausscheiden. Denn Eurobonds stellen faktisch nichts anderes als eine Entlastung der schwächeren Länder bezüglich deren Haftungsrisiken dar und können insoweit mit der Gewährung von Finanzhilfen durchaus verglichen werden.

Bedenken gibt es auch im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Dimension. Angeführt wird hier beispielsweise die Tatsache, dass Eurobonds auf Grund der damit verbundenen Haftungsrisiken für die nationalen Haushalte die Budgethoheit der nationalen Parlamente nach Artt. 109, 110 GG unterlaufen könnten und somit das not-

wendige Maß an demokratischer Legitimation i.S.v. Art. 38 I GG für die Einführung gemeinsamer EU-Anleihen fehlen würde.²⁹ Das Budgetrecht des Parlaments gehört zunächst in der Tat zum unantastbaren Kern einer parlamentarischen Demokratie.³⁰ Die Budgethoheit des Parlaments muss aber durch Eurobonds nicht zwangsweise verletzt werden. Denn in der parlamentarischen Wirklichkeit erscheint es durchaus vorstellbar, die nationalen Legislativorgane bei der Einführung von Eurobonds, wie im Falle des Art. 109 III GG durch ein entsprechendes Bundesgesetz, zu beteiligen. Wichtig ist aber dann, dass hierbei bereits über den Umfang des theoretisch möglichen Haftungsrisikos mitentschieden wird, so dass das zu verabschiedende Bundesgesetz ein höchstmögliches Maß an demokratischer Legitimation erreicht. Zu erwägen wäre auch, ob zudem der Haushaltsausschuss ebenfalls miteinbezogen werden muss, wie es zuletzt auch das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der Frage der Gewährung künftiger unionsweiter Finanzhilfen für andere Mitgliedstaaten gefordert hat.³¹ Auf der anderen Seite wird der Umfang der Haftung aber durch das Verhalten der anderen Mitgliedstaaten beeinflusst, worin ein Umstand zu sehen ist, welcher sich der Kontrolle eines nationalen Parlaments entzieht und somit eher für eine Verfassungswidrigkeit der Eurobonds sprechen wür-

²⁶ Vgl. dazu Fn. 8 und 9.

²⁷ Dahingehend wohl Grözing, Eurobonds?, S. 3, abrufbar unter: <http://www.boell.de/downloads/Eurobonds092011.pdf>; Klein, ZfgK 2011, S. 7.

²⁸ Vgl. ausführlich zu dieser Auslegung und dem Meinungsstreit dahingehend bereits Fn. 8.

²⁹ Grözing, Eurobonds?, S. 3, abrufbar unter: <http://www.boell.de/downloads/Eurobonds092011.pdf>.

³⁰ Badura, Staatsrecht, 4. Aufl. (2010), S. 859.

³¹ Vgl. BVerfG Urteil vom 07.09.2011, 2 BvR 987/10; bisweilen sahen Beobachter bereits in diesem Urteil des Verfassungsgerichts eine Absage an die Einführung von Eurobonds, vgl. etwa „Handelsblatt“ vom 07.09.2011: Urteil ist klare Absage an Eurobonds, Online-Ausgabe.

de.³² Es wird daher letztlich, wenn gleich viele Beobachter im Urteil des Bundesverfassungsgericht eine generelle Absage an Eurobonds erkennen wollen, entscheidend sein, welches Verfahren die unionsrechtliche Regelung zur Einführung der Eurobonds durch den nationalen Gesetzgeber im Einzelnen dann vorsehen würde und vor allem wie dieser die Umsetzung im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen vollzieht.³³

Trotz alledem bleiben im Falle einer weiten Auslegung der Norm die Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht und mit Art. 125 I AEUV bestehen. Daher sollte zur Absicherung des Projekts Eurobonds eine Vertragsänderung in Erwägung gezogen werden, mit welcher wohl auch eine hinreichende unionsrechtliche Grundlage zur Einführung von Eurobonds geschaffen werden könnte. Alternativ könnte zur Bewältigung der rechtlichen Implikationen eine Zweiteilung der gemeinsamen EU-Anleihen erfolgen, wie dies bereits im Falle der „Blue-Bonds“ einerseits und der „Red-Bonds“ andererseits vorgeschlagen wurde. Dabei würde bis zur Schuldengrenze von 60 % des BIP nach dem Stabilitäts- und Wachstumspakt ein „Blue-Bond“ gemeinsam von den Staaten der Eurozone ausgegeben werden, und diese Staaten müssten für den Bond auch haften („Blue-Bonds“). Jenseits der 60 % - Schuldengrenze des BIP würde es für den Bond indes keine gemeinsame Haftung geben, so dass hier die Verantwortlichkeit nach wie vor auf nationale Ebene liegen

würde („Red-Bonds“).³⁴ Wegen des daraus hervorgehenden Ausgleichs zwischen gemeinsamer Haftung und Eigenverantwortlichkeit der Mitgliedstaaten liegt hierin ein interessanter Ansatz, welcher in Zukunft noch vertiefter Erörterung bedarf.

2. Staatsanleihenkäufe durch die EZB

Ebenfalls kontrovers diskutiert wurde zuletzt der Ankauf von Staatsanleihen durch die EZB. Zwar billigten die Mitgliedstaaten (wenn auch mit teils erheblicher Kritik) überwiegend dieses Vorgehen; beim jüngsten EU-Gipfel stellte die Thematik aber keinen umzusetzenden Punkt auf der Agenda der Konzepte dar. Bereits seit Frühjahr 2010 kauft die EZB im Zusammenhang mit der Krise um das hoch verschuldete Griechenland Staatsanleihen an – bis Ende 2011 betrug das Volumen insgesamt über 200 Mrd. €.³⁵ Der Schritt war innerhalb der EZB selbst sehr umstritten.³⁶ Dieses Vorgehen wurde trotz alledem immer noch als eine „Nicht-Standardmaßnahme“ angesehen, zumal die EZB es stets für sich behielt, in welchen Ländern sie Anleihen kaufte.³⁷ Den Ankauf von Staatsanleihen durch eine Zentralbank als „Nicht-Standardmaßnahme“ zu bezeichnen und

³² So auch *Herdegen*, in: „Handelsblatt“ vom 01.12.2011: Top-Jurist hält Euro-Bonds für verfassungswidrig, Online-Ausgabe.

³³ Vgl. zur Diskussion dahingehend nochmals Fn. 30, sowie die nachfolgenden Ausführungen unter III., 1.

³⁴ Vgl. ausführlich zu diesem Ansatz *Delpla/v. Weizsäcker*, Eurobonds – Das Blue Bond-Konzept und seine Implikationen, Analyse der Friedrich-Ebert-Stiftung vom Juni 2011.

³⁵ „Die Welt“ vom 28.11.2011: Die EZB kauft für mehr als 200 Mrd. Staatsanleihen, Online-Ausgabe.

³⁶ *Nettesheim*, Der Umbau der Währungsunion: Politische Aktion und rechtliche Grenzen, in: Kadelbach (Hrsg.), Nach der Finanzkrise: Politische und rechtliche Rahmenbedingungen einer neuen Ordnung Auflage (2012), S. 40.

³⁷ „Die Welt“ vom 28.11.2011: Die EZB kauft für mehr als 200 Mrd. Staatsanleihen, Online-Ausgabe.

somit die Aktionen der EZB nur als temporär und ausnahmsweise vorzunehmende Maßnahmen hinzustellen, überrascht allerdings. Immerhin haben im Kontext der Krise andere Staaten bereits seit 2010 offiziell angelegte Programme für den Ankauf von Staatsanleihen durch ihre Zentralbanken durchgesetzt und ihre Zentralbanken für den Anleihemarkt strategisch positioniert. So kaufte die US-Notenbank alleine im Zeitraum Herbst 2010 bis Sommer 2011 Staatsanleihen in Höhe von weit über 600 Mrd. Dollar.³⁸ Wenngleich eine insofern neuartige Ausrichtung von Zentralbanken diesen schnell den Ruf einer „Bad Bank“ verleihen kann, muss die Frage gestellt werden, ob künftig nicht auch der EZB zur Bewältigung der Staatsschuldenkrise mit dem Ankauf von Staatsanleihen eine neue Funktion zugeschrieben werden könnte.

Aus rechtlicher Sicht bestanden vor allem Bedenken dahingehend, dass die EZB schlichtweg Geld drucken und somit einen Bruch mit den Prinzipien der europäischen Geldpolitik vollziehen würde.³⁹ So ist der Ankauf von Staatsanleihen durch die EZB Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde, mit welcher unter anderem gerügt wird, dass die Aktionen der EZB eine Verletzung von Art. 123 AEUV darstellen würden.⁴⁰ Zudem sei die durch das Unions-

recht in Art. 127 AEUV festgelegt institutionelle Unabhängigkeit der EZB gefährdet, wenn diese nun politische Interventionen vornehme.⁴¹ Das Vorgehen könne auch nicht durch Art. 127 V AEUV gerechtfertigt werden, da hiernach die EZB lediglich ermächtigt werde, „zur reibungslosen Durchführung der von den zuständigen Behörden zur Stabilisierung des Finanzsystems ergriffenen Maßnahmen“ beizutragen. Die Stabilisierung des Finanzsystems selbst obliege also nicht der EZB, sondern den entsprechend zuständigen Behörden. Auch Art. 127 VI AEUV ermächtige die EZB nur einschränkend zur Wahrnehmung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute.⁴² Im Übrigen sei nach Art. 18 der Satzung der EZB dieser ausschließlich der Ankauf börsen- und marktgängiger Wertpapiere erlaubt, während der Ankauf nicht-börsen- und nicht-marktgängiger Wertpapiere verboten sei.⁴³ Schließlich würde der Ankauf von Staatsanleihen die bisherigen privaten Inhaber von ihren Risiken befreien, was weder geldpolitisch noch marktwirtschaftlich begründet werden könne.⁴⁴

Diese Bedenken muss man indes nicht teilen. Zunächst ist im Ankauf von Staatsanleihen durch die EZB kein Verstoß gegen Art. 123 I AEUV zu sehen, da dieser nur den unmittelbaren Erwerb öffentlicher Schuldtitel durch die EZB verbietet. Unzulässig ist danach nur der Ankauf von Wert-

³⁸ „Financial Times Deutschland“ vom 22.06.2011: US-Notenbank: Die Bilanz der Dollar-Schwemme, Online-Ausgabe.

³⁹ *Nettesheim*, Der Umbau der Währungsunion: Politische Aktion und rechtliche Grenzen, in: Kadelbach (Hrsg.), Nach der Finanzkrise: Politische und rechtliche Rahmenbedingungen einer neuen Ordnung Auflage (2012), S. 40.

⁴⁰ Vgl. dazu und zum Text der Verfassungsbeschwerde *Kerber*, Die Politik der Selbstermächtigung, *Europolis Occasional Paper* 2010, S. 3ff.

⁴¹ *Kerber*, *EuZW* 2011, S. 539; *Kerber*, Die Politik der Selbstermächtigung, *Europolis Occasional Paper* 2010, S. 4.

⁴² Vgl. zu diesen Argumenten *Seidel*, *EuZW* 2010, S. 251.

⁴³ *Seidel*, *EuZW* 2010, S. 251.

⁴⁴ *Kerber*, *EuZW* 2011, S. 539.

papieren am Primärmarkt⁴⁵, nicht hingegen, wie hier in Rede stehend, der mittelbare Erwerb von Staatsanleihen am Sekundärmarkt.⁴⁶ Der entsprechende EZB-Beschluss ermächtigt die EZB auch ausdrücklich nur zum Ankauf von Staatsanleihen am Sekundärmarkt.⁴⁷ Ferner greift auch das Argument der Unterscheidung in börsen- und nicht-börsengängige Wertpapiere nicht durch. Denn das Merkmal „börsengängig“ ist hier weit auszulegen. Es genügt, wenn die Wertpapiere i.S.d. der Richtlinie EG/39/2004 zum Handel an einem Markt zugelassen sind, was vorliegend der Fall ist.⁴⁸ Eine durch die Staatsschuldenkrise bedingte neue Funktion der EZB zum Ankauf von Staatsanleihen dürfte auch mit Art. 127 V AEUV zu vereinbaren sein. Eine ausreichende Liquidität der europäischen Finanzmärkte ist Grundvoraussetzung für eine wirksame Geldpolitik. Somit muss die EZB im Umkehrschluss auch selbst Maßnahmen zur Stabilisierung des Finanzsystems vornehmen können, wenn dies zur Sicherstellung einer wirksamen Geldpolitik erforderlich ist.⁴⁹ Andernfalls würde hier an der Schnittstelle von Finanzmarktstabilität und Geldpolitik ein Aufgabenvakuum entstehen. Gefallen lassen muss man sich allerdings den Vorwurf, dass durch den Ankauf von Staatsanleihen die privaten Inhaber von ihren Risi-

ken befreit werden – was allerdings vorübergehend hinnehmbar erscheint. Natürlich würde letztlich ein geregelter Ankauf von Staatsanleihen durch die EZB in Krisenzeiten einen Systemwechsel im Zusammenhang mit dem bisherigen Zentralbankverständnis darstellen. Da jedoch die Ökonomen ganz überwiegend einen solchen Systemwechsel befürworten und die bisherigen Aktionen als positiv bewerteten, sollte man den Mut zu diesem Systemwechsel aufbringen.

3. Die Rolle der Ratingagenturen

Die jüngsten Entwicklungen in der europäischen Staatsschuldenkrise haben auch die Ratingagenturen wieder in den Mittelpunkt der Debatte rücken lassen. Erstmals haben die drei größten Ratingagenturen (Standard & Poors, Moodys und Fitch) auch europäische Staaten in ihrer Bonität deutlich herabgestuft. Den Ratingagenturen wird von der Politik vermehrt vorgeworfen, unangemessene Ratings abzugeben.⁵⁰ Unvergessen ist zudem die „Bewertungsspanne“ vom November 2011, als Standard & Poors, angeblich „aus Versehen“ wegen eines technischen Fehlers die Kreditwürdigkeit Frankreichs herabstufte.⁵¹ Zuletzt haben die Agenturen auf Grund der angeblichen fehlenden Konzepte zur Bewältigung der Staatsschuldenkrise wieder gedroht, auch Deutschland und Frankreich sowie gar den Rettungsfonds EFSF herab-

⁴⁵ Während am Primärmarkt die Erstplatzierung von Wertpapieren erfolgt, werden auf dem Sekundärmarkt Wertpapiere gehandelt, welche bereits emittiert worden sind, vgl. eingehend *Kümpel*, Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. (2004), Rdnrn. S. 127ff.

⁴⁶ Lenz/Borchardt, (Hrsg.)-Koch, EU-Verträge, 5. Aufl. (2010), Artt. 123-126, Rdnr. 2.

⁴⁷ EZB-Beschluss vom 14.05.2010, ABL. EU 2010 Nr. L 124, 8.

⁴⁸ *Herrmann*, EuZW 2010, S. 645.

⁴⁹ *Herrmann*, EuZW 2010, S. 645.

⁵⁰ Vgl. etwa „Der Spiegel“ vom 06.07.2011: Kritik an Ratingagenturen: Perfekte Sündenböcke, Online-Ausgabe; siehe zu diesen auch *Forschner*, Die Haftung der Rating-Agenturen (in diesem Heft).

⁵¹ *Friedrich*, Versicherungswirtschaft 2011, S. 1733.

zustufen.⁵² Durch die Herabstufung der Bonität eines Staates wird freilich dessen Situation verschärft, weil dadurch die Zinsen für die Aufnahme von Krediten ansteigen. Die Ratingagenturen waren bereits im Rahmen der Finanzkrise 2008 in der öffentlichen Kritik, weil sie die Ratings für hochrisikoreiche Finanzprodukte zunächst nicht angemessen vorgenommen und nach Verschlechterung der Situation auf den Finanzmärkten nicht rechtzeitig angepasst haben sollen.

Die EU-Kommission hat bereits 2009 mit der sog. Ratingverordnung⁵³ ein Regelwerk erlassen, mittels welchem die Agenturen künftig besser reguliert werden sollen. Zudem wurde die Aufsicht über die Ratingagenturen der neu geschaffenen europäischen Wertpapier-aufsichtsbehörde, der „European Securities and Markets Authority“ (ESMA), übertragen. Allerdings hat die ESMA ihre Arbeit erst zum 01.01.2011 aufgenommen, und es wird dauern, bis die neuen EU-Finanzaufsichtsbehörden stringente Arbeitsweisen und Regulierungsvorschriften zu Tage bringen. Außerdem sind insofern auch einige aufsichtsrechtliche Fragen noch immer ungeklärt.⁵⁴ Zuletzt zog die Kommission es erneut in Erwägung, die Vorschriften zur Überwachung der Ratingagenturen weiter zu verschärfen. Ein wichtiger Ansatz soll darin liegen, die Ratingagenturen regresspflicht-

ig zu machen.⁵⁵ Aus der Politik wird hingegen die Forderung laut, eine europäische Ratingagentur als Pendant zu den amerikanischen Agenturen zu errichten.⁵⁶ Diese Forderung ist indes nicht gänzlich neu; schon im Rahmen der Finanzkrise stand die Errichtung einer europäischen Ratingagentur zur Debatte.

Dass die Arbeit der ESMA und das System der EU-Finanzaufsicht an sich noch verbesserungsfähig sind, soll nicht in Abrede gestellt werden. Es soll jedoch daran erinnert werden, dass die insofern neuen aufsichts- und regulierungsrechtlichen Mechanismen nicht zur Kontrolle der Ratingagenturen im Zusammenhang mit einer (in dieser Form bisher unbekannt) europäischen Staatsschuldenkrise eingerichtet worden sind. Dass die Agenturen nun auch im Kontext mit der europäischen Staatsschuldenkrise zu betrachten sind, ist ein neues Phänomen. Es sollte deshalb darüber nachgedacht werden, ob diese spezielle Situation nicht ein eigenes, ergänzendes Regelwerk erforderlich macht. Die Errichtung einer europäischen Ratingagentur erscheint in diesem Zusammenhang zwar als eine Option. Allerdings würde es viel zu lange dauern, bis eine solche Agentur die ausreichende Reputation bei Emittenten und Investoren erlangt hätte, um aussagekräftige Ratings für den Markt abgeben zu können. Dies würde einige Zeit in Anspruch nehmen – Zeit, die man momentan nicht hat. Langfristig erscheint ein solcher Schritt hingegen durchaus erwägenswert, da dies den Wettbewerb unter den Rating-

⁵² „Der Spiegel“ vom 06.12.2011: Rating-Agentur attackiert Euro-Rettungsfonds, Online-Ausgabe.

⁵³ Verordnung EG/1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.09.2009 über Ratingagenturen.

⁵⁴ Vgl. zur Regulierung der Ratingagenturen dahingehend *Sonder*, Die verwaltungsrechtliche Kontrolle von Ratingagenturen im neuen System der europäischen Finanzaufsicht, in: Debus u.a. (Hrsg.), Verwaltungsrechts-raum Europa Auflage (2011), S.239ff.

⁵⁵ Vgl. *Friedrich*, Versicherungswirtschaft 2011 auflage, jahr, S.1733.

⁵⁶ So etwa „Die Welt“ vom 08.12.2011: Brüderle fordert europäische Ratingagentur, Online-Ausgabe.

gagenturen anregen würde. Bis dahin wird man sich mit den drei amerikanischen Agenturen und deren Bewertungen arrangieren müssen. Schließlich haben es die führenden Politiker der betroffenen Staaten selbst in der Hand, mit zielführenden Konzepten zum Abbau ihrer Staatsverschuldung zu überzeugen.

4. Regulierung der europäischen Finanzmärkte

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit der Staatsschuldenkrise in der EU ist der Stand der Regulierung der europäischen Finanzmärkte. Zwar wurden in der Tat etliche Regulierungsprogramme auf EU-Ebene initiiert und umgesetzt. Dies gilt insbesondere für die weitere Harmonisierung und Stärkung der europäischen Finanzaufsicht⁵⁷, die Verschärfung der Eigenkapitalvorschriften für Finanzinstitute durch das dafür vorgesehene Regelwerk „Basel III“ oder für neue sekundärrechtliche Regelungen wie der Richtlinie zu Managern alternativer Investmentfonds (AIFM).

Doch gewisse Systemunstimmigkeiten wurden immer noch nicht beseitigt. Dies verdeutlicht die Tatsache, dass es Spekulanten nun auch möglich wurde, an den Märkten ganze Währungen zu attackieren.⁵⁸ Besonders betroffen war Italien, nachdem US-Hedgefonds im Sommer 2011 mit einer Ausweitung der Krise auf das Land rechneten und ihre Spekulationen auf einen Wertverfall italienischer Anlei-

hen über Leerverkäufe⁵⁹ intensiviert hatten. Dabei waren solche Leerverkäufe schon durch die Finanzkrise 2008 in die öffentliche Kritik geraten, weshalb die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Bafin) diese Leerverkäufe in Deutschland auch verboten hatte.⁶⁰ Zwar war der deutsche Alleingang in der Union zunächst nicht gern gesehen worden. Nunmehr hat man jedoch erkannt, welche Folgen die nach wie vor nach Belieben möglichen Leerverkäufe auf den europäischen Finanzmärkten haben können. Die Union und ihre Mitgliedstaaten haben es indes selbst in der Hand, für ihre Finanzmärkte Leerverkäufe einheitlich zu verbieten und künftig Spekulationen wie im Falle Italiens vorzubeugen.

Doch auch andere Regulierungsbereiche, die nunmehr im Zusammenhang mit der Staatsschuldenkrise zu sehen sind, bedürfen der Optimierung. So dürfen die neuen Eigenkapitalvorschriften nach Basel III nicht dazu führen, dass in den Mitgliedstaaten nicht mehr zwischen verschiedenen Kreditinstituten unterschiedlicher Größenordnung differenziert wird. Daher sollte man die Vorschriften über das vorzuhaltende Eigenkapital den Gegebenheiten der Realwirtschaft anpassen – ein Ansatz könnte hier sein, für die weniger kapitalmarktorientierten Landesbanken und Sparkassen eigene Regelungen vorzusehen.⁶¹

⁵⁷ Dazu *Hopt*, EuZW 2009, S. 513ff.; *Lehmann/Manger-Nestler*, EuZW 2010, S. 87ff.; *Möllers*, NZG 2010, S. 285ff.; *Partsch*, ZBB-Report 2010, S. 72ff.

⁵⁸ „Frankfurter Rundschau“ vom 19.05.2010: Regelungen zeigen die Instrumente, Online-Ausgabe.

⁵⁹ Ein Leerverkauf beschreibt den Verkauf von Wertpapieren zu einem Zeitpunkt, zu welchem der Verkäufer nicht über die Wertpapiere verfügt. Um seine Verpflichtung dennoch erfüllen zu können, muss der Verkäufer dann sicherstellen, dass er zum Zeitpunkt der Erfüllung des Geschäfts sich entsprechend mit Wertpapieren eingedeckt hat.

⁶⁰ „Süddeutsche Zeitung“ vom 20.09.2008: Bafin verbietet Leerverkäufe, Online-Ausgabe.

⁶¹ *Wierst*, ZfgK 2011, S.948.

Unzureichend reguliert ist zudem auch der Derivatemarkt als der Markt, an welchem die wohl in großem Volumen risikoreichsten Instrumente auf den Finanzmärkten gehandelt werden. Der überwiegend spekulative Charakter des Derivatengeschäfts kann beim Ansetzen der erwünschten „Hebel“ aber zu einer Aushebelung des ganzen Finanzsystems führen⁶², was auch die Staaten selbst zu spüren bekommen würden.

IV. Ausblick

In einer Schuldenkrise, wie derjenigen der europäischen Staaten sind, Dramatisierungen der Sache sicherlich nicht dienlich. Doch selbst ein nüchterner Blick auf die möglichen Szenarien der nächsten Monate und Jahre wirkt noch erschreckend genug. Griechenland hat es bis dato nicht durchweg geschafft, die harten Sparmaßnahmen konsequent einzuhalten. Zudem droht eine „Ausblutung“ der griechischen Wirtschaft, es fehlt schlichtweg an Investitionen. Würden weitere Staaten wie Spanien oder gar Italien ihre Schulden nicht mehr tragen können und auf Finanzhilfen angewiesen sein, könnten die übrigen Mitgliedstaaten das hierfür erforderliche Rettungspaket wohl nicht mehr stemmen. Die Lage an den Finanzmärkten dürfte sich weiter zuspitzen, eine neue Bankenkrise drohen.

Ein daraus zudem möglicherweise resultierendes Scheitern des Euro würde der europäischen Integration einen schweren Schlag versetzen und zudem eine Krise der Realwirtschaft heraufbeschwören. Die hohe Schuldenlast wirkt sich ohnehin schon auf das Wirtschaftswachstum aus. Dies wiederum bedeutet die Gefahr des Verlustes von Arbeitsplätzen. Alleine die Wach-

tumsprognose der deutschen Wirtschaft für 2012 in Höhe von nur noch 0,9 % ist dafür ein Beleg (2011 waren es noch 3,0 %).

Noch besteht die Möglichkeit, die Folgen der Krise zumindest abzuschwächen und langfristig die richtigen Weichenstellungen vorzunehmen. Bisher hat es die Politik allerdings nicht geschafft, das dafür erforderliche Maßnahmenpaket uneingeschränkt auf den Weg zu bringen. Nationale Interessen überschatten zu oft die Handlungsbereitschaft und das Entstehen für ein gemeinsames Europa. Es fehlt an zwei Dingen: Zum einen am umfassenden Verständnis der politischen Führungsebene für die Komplexität der Krisenmechanismen, und zum anderen an den Personen, die die notwendigen Maßnahmen ganz im Zeichen des Unionsinteresses durchsetzen. Die Verschärfung der Maastricht-Regeln war immerhin ein erster Schritt in die richtige Richtung – nun müssen weitere folgen.

⁶² Vgl. Wüerst, ZfgK 2011, S.948.



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

RA Guido Philipp Ernst*

„Pech beim Spiel...“

I. Sachverhalt :

T hat beim Pokerturnier nicht gewonnen. Die Schuld daran sieht er bei O, der entweder mit falschen Karten gespielt oder einen Pakt mit dem Teufel geschlossen habe. So viel Glück könne man gar nicht haben. O könne nichts im Vergleich zu ihm, dem großen Pokerspieler. So hegt T Rachegefühle, ist in höchstem Maße wütend und neidisch auf O, der nun dieses Turnier gewonnen hat, obwohl der Sieg eigentlich ihm (T) zugestanden habe. Eine solche Schmach möchte T nicht noch einmal erleben und beschließt, dass der verhasste O sterben muss. Zufällig trifft T A, den er fragt, ob er O für ihn töte. A willigt ein. T beschreibt A, wie O aussieht. A könne O mit seinen riesigen, abstehenden Ohren gar nicht verfehlen. Zur Sicherheit gibt er A ein Foto Os mit. Damit begibt sich A an die ihm von T beschriebene Stelle und wartet. Jeden Mittag würde O dort entlang kommen.

Endlich nähert sich ein Mann, der O ähnelt. In der Überzeugung, die Gestalt auf

dem Foto, also O, zu erkennen, geht A ihr, ein großes Messer erhoben, entgegen, sticht zu, flieht und berichtet T von dem Erfolg. A bemerkte nicht, dass er nicht O, sondern L, der Ohrenwärmer trug, getötet hat.

Bald erfährt T, dass O sich bester Gesundheit erfreut. T ist über As Versagen erbost und beschließt, die Sache nun selbst in die Hand zu nehmen. T begibt sich in Vs Fachgeschäft und fragt nach Sportbogen und Pfeilen. T erkundigt sich nach Durchschlagskraft, Reichweite und Zielgenauigkeit. V wird stutzig. Obgleich V es ernsthaft für möglich hält, dass sein Gegenüber auf einen Menschen schießen will, sagt er sich, das sei ihm ja egal, er gehe nur seinem Beruf nach, verkauft und übergibt T das Gewünschte. Am Abend legt sich T gut versteckt mit seinem Einkauf gegenüber Os Haus auf die Lauer. Es ist schon 3 Uhr, als O endlich fröhlich pfeifend auftaucht. Sofort flammen bei T in Erinnerung an die Niederlage wieder alle dunklen Gefühle auf. Jetzt wird abgerechnet, denkt er sich und schießt. Der Pfeil trifft O in die Brust, verfehlt das Herz nur knapp. T erkennt zutreffend, dass O ohne ärztliche Hilfe sterben wird und überlegt, ob er dies mit einem weiteren Schuss beschleunigen soll. T entscheidet sich dafür, Os Tod nun doch zu verhindern und O ins Krankenhaus zu fahren. Kurz vor dem Krankenhaus wird es T peinlich, O in diesem Zustand dort

* Der Verf. ist als Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht (Prof. Dr. H.-L. Günther), Eberhard Karls Universität Tübingen, und als Rechtsanwalt tätig.

¹ Aktualisierte und überarbeitete Fassung der im Sommersemester 2008 vom Verf. im Semesterklausurenkurs an der Universität Tübingen gestellten Klausur (Durchschnitt: 6,22 Punkte, Durchfallquote: 21,1 %).

abzuliefern. Er fährt daher bis ca. 100 Meter vor einen Eingang, lässt den immer noch stark benommenen O aussteigen, alleine in Richtung Krankenhaus gehen und entfernt sich trotz anfänglicher Zweifel, ob O ankommen wird. Wenig später bricht O zusammen und liegt ca. 50 Meter vor dem Haupteingang bewusstlos im Gebüsch, wo er von einem Passanten, der sofort ärztliche Hilfe herbeiholt, aufgefunden wird. Aufgrund dessen wird O in letzter Minute gerettet.

Wie haben sich die Beteiligten nach dem StGB strafbar gemacht?

Bearbeitungsvermerk:

§ 221 StGB ist nicht zu prüfen.

Wegen des Verdachts der Beteiligung am unerlaubten Glücksspiel wird gegen T ermittelt. Der zuständige Dezernent der Staatsanwaltschaft am Landgericht T-Stadt, Staatsanwalt S, kommt zum zutreffenden Ergebnis, dass der ermittelte Sachverhalt nach überwiegender Ansicht in der Literatur sowie nach der Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte nicht zur Tatbestandserfüllung führt, wohingegen der Bundesgerichtshof unter ausdrücklicher Erörterung (und Ablehnung) dieser Rechtsprechung in einem Urteil die gegenteilige Auffassung vertritt. S setzt sich mit diesem Rechtsproblem und den vertretenen Ansichten eingehend auseinander. Er kommt zur Überzeugung, dass die entscheidenden Ausführungen des Bundesgerichtshofs falsch sind und möchte das Verfahren gegen T nach § 170 II StPO einstellen.

Aufgabe 1

Darf er das?

Der Leitende Oberstaatsanwalt der Staatsanwaltschaft am Landgericht T-Stadt, W, kann die Bedenken des S nicht teilen. Er möchte, dass öffentliche Klage erhoben wird.

Aufgabe 2

Welche rechtlichen Möglichkeiten stehen W zur Verfügung, wenn S bei seiner Meinung bleibt?

II. Gliederung

Tatkomplex 1: „Der Einsatz As“

A. Strafbarkeit As gem. §§ 212 I, 211 StGB

B. Strafbarkeit Ts gem. §§ 212 I, 26 bzw. 212 I, 211, 28 II, 26 StGB

Tatkomplex 2: „Was man nicht selbst erledigt...“

A. Strafbarkeit Ts

I. Strafbarkeit gem. §§ 212 I, 211, 22, 23 I Var. 1, 12 I StGB

II. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, Nr. 3 und 5 StGB

III. Strafbarkeit gem. §§ 212, 22, 23 I Var. 1, 12 I, 13 StGB

B. Strafbarkeit Vs gem. §§ 212 I, 22, 23 I Var. 1, 12 I, 27, § 28 II

Prozessrechtlicher Teil

Aufgabe 1

Problem: Bindung der Staatsanwaltschaft an höchstrichterliche Rspr.?

„Feste“ höchstrichterliche Rspr.

Aufgabe 2

Problem: Devolutions-, Substitutions- und Weisungsrecht

III. Lösung

Tatkomplex 1: „Der Einsatz As“

A. Strafbarkeit des A

I. Strafbarkeit As gem. §§ 212 I, 211 StGB

Indem A L mit dem Messer erstach, kann er sich wegen Mordes strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 212 I StGB liegt vor. Einzig fraglich ist, ob das objektive (tatbezogene) *Mordmerkmal der Heimtücke* (§ 211 II Gruppe 2 StGB)² gegeben ist.

Dieses verwirklicht nach verbreiteter Meinung, wer in feindseliger Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt³. A ging L mit erhobenem (großen) Messer entgegen, weshalb bereits fraglich ist, ob L arglos war. Dies ist, wer sich bei Beginn der Tötungshandlung keines Angriffs auf Leib und Leben versieht⁴, also die allgemeine Erwartung hegt, ihm werde von Täterseite nichts Arges zustoßen⁵. Tritt der Täter dem Opfer in offen-feindseliger Haltung entgegen, führt er erkennbar einen gegen die

² Zur Einordnung der Mordmerkmale der 2. Gruppe als tatbezogene vgl. *Vietze*, JURA 2003, 394 (394) m.w.N.

³ *Kindhäuser*, LPK, 4. Aufl. (2010), § 211 Rdnr. 17; *Schroeder*, in: Maurach/ders./Maiwald, BT, Teilbd. 1, 9. Aufl., § 2 Rdnr. 43; *BGH*, NStZ 2008, 273 (274).

⁴ *Schroeder*, in: Maurach/ders./Maiwald, BT, Teilbd. 1, 9. Aufl., § 2 Rdnr. 43; *Kindhäuser*, LPK, 4. Aufl. (2010), § 211 Rdnr. 18 je m.w.N.

⁵ *Lackner/Kühl*, 27. Aufl. (2011), § 211 Rdnr. 7 m.N.

körperliche Unversehrtheit/das Leben gerichteten Angriff, liegt keine Heimtücke vor⁶. Zwar kann auch bei einem offenen Angriff Arglosigkeit zu bejahen sein, wenn er so überraschend erfolgt, dass eine Gegenwehr unmöglich gemacht wird⁷. Jedoch ist der Grund dafür, dass heimtückische Tötungen als Mord eingestuft sind, zu beachten. Er liegt in der besonderen Gefährlichkeit des Vorgehens des Täters, der sein Opfer in einer hilflosen Lage überrascht und es dadurch daran hindert, „sich zu verteidigen, zu fliehen, Hilfe herbeizurufen, den Angreifer umzustimmen, in sonstiger Weise dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder die Durchführung wenigstens durch solche Bemühungen zu erschweren“⁸. Da A hier offen mit erhobenem Messer auf L zu ging, L daher nicht davon ausgehen konnte, der ihm Entgegenkommende wolle ihm nichts Arges, und weil L Zeit zu (derartigen) Reaktionen geblieben wäre, eine Gegenwehr mithin nicht unmöglich gemacht war, ist Ls Arglosigkeit zu verneinen.

Anstelle oder jedenfalls in Ergänzung der oben genannten Formel wird z.T. ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch verlangt⁹, worunter der Missbrauch familiärer/freundschaftlicher Beziehungen¹⁰ oder entgegengebrachten Vertrauens¹¹ gefasst

wird. Da ein solcher Vertrauensbruch nicht auszumachen ist, ist auch danach Heimtücke zu verneinen.

Das Mordmerkmal der Heimtücke liegt nicht vor, bereits der objektive Tatbestand des § 211 StGB entfällt.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte mit Tötungsvorsatz. Ob sich dieser auf L bezog, ist indes fraglich. Ursprünglich wollte A nicht L, sondern O töten, was ihm aber wegen der Verwechslung misslang. Verwechselt der Täter sein Tatobjekt, führt so an einem anderen als dem ursprünglich ins Auge gefassten Objekt den Erfolg herbei, wird von *error in persona vel obiecto* (= Irrtum über die Identität des Handlungsobjektes; „Objektsverwechslung“) gesprochen¹². Der Erfolg tritt an dem Objekt ein, an dem er nach der Tätervorstellung auch eintreten soll, Angriffs- und Verletzungsobjekt sind identisch, der Täter irrt (anders als bei der nach h.M. beachtlichen *aberratio ictus*¹³) allein über die Identität seines Opfers. Für die Frage der rechtlichen Behandlung dieser Situation ist entscheidend, ob nach Tätervorstellung zwischen wirklichem und vorgestelltem Tatobjekt tatbestandliche Gleichwertigkeit vorliegt¹⁴. Ist dies (wie hier) der Fall¹⁵,

⁶ Schroeder, in: Maurach/ders./Maiwald, BT, Teilbd. 1, 9. Aufl., § 2 Rdnr. 43.

⁷ Lackner/Kühl, 27. Aufl. (2011), § 211 Rdnr. 7 m.w.N.

⁸ So BGHSt GrS 11 139 (143); vgl. Rengier, BT 2, 13. Aufl. (2011), § 4 Rdnr. 23 a.E.

⁹ Vgl. Krey/Heinrich, BT I, 14. Aufl. (2008), Rdnr. 58; Eser, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 211 Rdnr. 26; dies explizit ablehnend: BGH, NStZ-RR 2007, 106 (106).

¹⁰ Vgl. Küpper, BT I, 2. Aufl. (2000), § 1 Rdnr. 48 m.w.N.

¹¹ Vgl. Otto, GK StrR, 7. Aufl. (2005), § 4

Rdnr. 24 m.N.

¹² Vgl. Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf (1971), S. 30.

¹³ Dazu Kindhäuser, AT 4. Aufl. (2009), § 27 Rdnrn. 53, 55; zur die *aberratio ictus* kennzeichnenden zweifachen Abweichung von der Wirklichkeit s. bei Fn. 28.

¹⁴ Warda, Festschrift für Blau (1985), S. 159 (S. 162, S. 165).

¹⁵ Bei fehlender Gleichwertigkeit ist § 16 I S. 1 und ggf. S. 2 StGB anzuwenden, vgl. Bergmann, ZJS 2009, 412 (413).

stellt die Objektsverwechslung den Tatbestandsvorsatz nicht in Frage¹⁶. Denn der Täter traf das Objekt, das er bei Begehung der Tat (vgl. § 16 I S. 1 StGB) hat treffen wollen, er hatte Vorsatz hinsichtlich genau dieses Objekts, das er vor Augen hatte¹⁷; die Tätervorstellung individualisierte sich auf ein bestimmtes Handlungsobjekt, was die Vorsatzzurechnung begründet¹⁸. A hatte also Vorsatz auf Tötung Ls.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

II. Ergebnis

Er ist strafbar gem. § 212 I StGB. Demgegenüber tritt die zugleich verwirklichte gefährliche Körperverletzung als subsidiäres Delikt zurück.

B. Strafbarkeit des T

I. Strafbarkeit Ts gem. §§ 212 I, 26 bzw. 212 I, 211, 28 II, 26 StGB

T kann A durch die Frage zu einem Totschlag bzw. Mord an L angestiftet haben.

1. Tatbestand

a) Die *Haupttat i.S.d. § 26 StGB* liegt vor (s. o. A).

Es ist eine *Anstifterhandlung* notwendig, die begrifflich nur vorliegen kann, wenn T Teilnehmer der Tat As ist. Nach der sog. Tatherrschaftslehre ist das Leitprinzip der Abgrenzung die Tatherrschaft, „das vom Vorsatz umfasste In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs“¹⁹. Täter ist, wer das Geschehen als „Zentralgestalt“ planvoll lenkt, (mit-)gestaltet und die Tatbestandsverwirklichung nach seinem Willen hemmen und ablaufen lassen kann²⁰. Wer nur als Randfigur des Geschehens dieses veranlasst oder sonst fördert, ist Teilnehmer²¹. Zwar beschrieb T dem A den zu Tötenden und nannte einen möglichen Tatort, doch kann dies ihn nicht zur Zentralgestalt des Geschehens machen. Die Tatausführung oblag A, er konnte sie seinem Willen gemäß hemmen oder ablaufen lassen. T ist die die Tat veranlassende Randfigur und daher Teilnehmer.

Die Rspr. stellte früher auf die innere Willensrichtung der Beteiligten ab, bestrafte als Täter, wer mit Täterwille handelte, die Tat „als eigene“ wollte und den mit Teilnehmerwillen Handelnden, der die Tat „als fremde“ wollte, als Teilnehmer²². Nun folgt sie einem beschränkt-subjektiven Ansatz und greift für die Beurteilung der Willensrichtung auch auf Maßstäbe der

¹⁶ Dieses Ergebnis kann (heute) als allg. Meinung bezeichnet werden, vgl. *Roxin*, AT 2 (2003), § 26 Rdnr. 119; einzig die Begründung differiert („rechtlich vollkommen irrelevante[r] [...] Motivirrtum“, *Exner*, ZJS 2009, 516 [520]), ausführlich *Koriath*, JuS 1998, 215 (217 ff.).

¹⁷ Vgl. *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf (1971), S. 35 f.

¹⁸ *Roxin*, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 12 Rdnr. 194; *Ernst*, ZJS 2011, 382 (383).

¹⁹ Vgl. *Wessels/Beulke*, AT, 40. Aufl. (2010), Rdnr. 512; *Gropp*, AT, 3. Aufl. (2005), § 10 Rdnr. 34 je m.N.

²⁰ *Kindhäuser*, AT, 4. Aufl. (2009), § 38 Rdnr. 42; *Wessels/Beulke*, AT, 40. Aufl. (2010), Rdnr. 513; *Rengier* AT, 2. Aufl. (2010), § 41 Rdnr. 11.

²¹ *Wessels/Beulke*, AT, 40. Aufl. (2010), Rdnr. 513; *Rengier*, AT, 2. Aufl. (2010), § 41 Rdnr. 11.

²² Exemplarisch RGSt 37, 55 (58); 66, 236 (240); 74, 84 (85); zur Entwicklung *Schünemann*, in: LK, Bd. 1, 12. Aufl. (2007), § 25 Rdnrn. 17 ff.

Tatherrschaftslehre zurück. I.R.e. Gesamtbetrachtung wird eine wertende Beurteilung aller von der Vorstellung des Beteiligten umfasster Umstände vorgenommen²³; wesentliche Anhaltspunkte sind der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft oder der Wille zu dieser²⁴. Weil T zwar ein eigenes Interesse am Erfolg, doch weder Tatherrschaft (s.o.) noch den Willen hierzu hatte und der Umfang seiner Tatbeteiligung (im Ausführungsstadium) verschwindend war, führt die erforderliche Gesamtbetrachtung zu seiner Teilnehmer-eigenschaft.

T ist Teilnehmer.

T hat A auch *zur Tat bestimmt* i.S.v. § 26 StGB, also den Entschluss zur konkreten rechtswidrigen Tat hervorgerufen. Die an A gerichtete Frage ist sowohl eine Verursachung des Tatentschlusses durch beliebige Mittel²⁵ als auch eine Willensbeeinflussung im Wege des geistigen Kontaktes²⁶.

b) I.R.d. subjektiven Tatbestands ist ein „doppelter Anstiftersvorsatz“ erforderlich.

aa) Zunächst ist der Vorsatz bezüglich einer bestimmten (vorsätzlichen und rechtswidrigen) Haupttat notwendig. T hatte Vorsatz auf Tötung Os, doch tötete *Haupttäter* A L und nicht O, weil er einem *error in persona* unterlag. Wie sich dieser auf die *Strafbarkeit des Anstifters* auswirkt, ist str.

²³ BGH, StV 2009, 130; NSStZ 2002, 200 (201).

²⁴ BGH, StV 2009, 201 m.w.N.; vgl. BGH, StV 2009, 130.

²⁵ Dies als ausreichend betrachtend: Lackner/Kühl

StGB, 27. Aufl. (2011), § 26 Rdnr. 2 m.w.N.

²⁶ Dafür Hinderer, JuS 2009, 625 (629).

(1) Die einen gehen von einer *aberratio ictus* beim Anstifter, einem Fehlgehen der Tat, zu der angestiftet werden sollte, aus²⁷. Grund: Der Anstifter (T) lenke seinen Angriff auf ein bestimmtes Zielobjekt (O), benutze hierfür aber einen Dritten (A), den er sozusagen zwischenschalte. Führt dieser den Erfolg beim Zweitobjekt (L), das er irrig für das Zielobjekt hält, herbei, stelle sich diese Tat aus Sicht des Anstifters als eine fehlgegangene dar: Der erwünschte Erfolg (Tod des Angriffsobjekts O) blieb aus, den eingetretenen Erfolg (Tod des Verletzungsobjekts L) habe der Anstifter nicht gewollt. Die für eine *aberratio ictus* typische zweifache Abweichung der Wirklichkeit von der Tätervorstellung²⁸ sei gegeben. Ob der Täter ein mechanisches, sein Ziel verfehlendes Werkzeug nutze oder sich eines irrenden „menschlichen Werkzeugs“ bediene, dürfe keinen Unterschied machen²⁹.

Der Anstifter sei zu bestrafen wegen versuchter (erfolgloser) Anstiftung (§ 30 I StGB) zur geplanten Tat³⁰ bzw.

²⁷ Bemann, MDR 1958, 817 (822); ders., Festschrift für Stree/Wessels (1993), S. 397 (398); Dehne-Niemann/Weber JURA 2009, 373, (377 f.); Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf (1971), S. 66; Roxin, JZ 1991, 680 (681); Schreiber, JuS 1985, 873 (877).

²⁸ Der Angriff verfehlt zum einen das von ihm ins Auge gefasste Ziel, zum anderen trifft dieser ein anderes Objekt, was der Täter nicht voraussah. Dazu Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), § 29 V 6c; Gropp, Festschrift für Lenckner, 1998, S. 55 (59).

²⁹ Heinrich AT II, 2. Aufl., 2010, Rdnr. 1311; krit. zu einer Gleichstellung von dem die Tat Ausführenden mit einem mechanischen Werkzeug Burckard, Irren ist menschlich (2008), S. 496.

³⁰ Vgl. Bemann, MDR 1958, 817 (822); Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf (1971), S.

a.A. nach wegen (vollendeter) Anstiftung zur versuchten (untauglichen) Tat³¹, je ggf. in Tateinheit mit fahrlässiger Täterschaft (bezüglich erfolgter Tat). Folglich sei der hier fragliche Vorsatz Ts zu verneinen.

(2) Andere betrachten den error in persona des Angestifteten als auch für den Anstifter irrelevant; am Vorliegen dessen Vorsatzes ändere sich nichts³².

Entscheidend sei, dass der Anstifter beim Angestifteten den Vorsatz zur Tatbegehung geweckt und letzterer aus diesem Vorsatz heraus die Tat begangen habe. Die Strafbarkeit des Anstifters sei von der Tätigkeit des Angestifteten abhängig, weshalb ein für den Angestifteten unbeachtlicher error in persona für die Strafbarkeit des Anstifters keine rechtliche Bedeutung habe³³. Andernfalls könne sich der Anstifter durch das Zwischenschalten eines Dritten des Risikos eines error in persona entledigen³⁴.

(3) Der BGH schließt eine Haftung des Anstifters aus, „wenn die Haupttat von seinem Vorstellungsbild abweicht“. Hält

sich die Abweichung „in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren [...], so daß eine andere Bewertung der Tat nicht gerechtfertigt ist“, sei sie rechtlich unbeachtlich³⁵.

Argumentiert wird, dass nach § 26 StGB der Anstifter gleich einem Täter bestraft werde, der Anstifter grundsätzlich gleiches Unrecht wie der Täter verwirkliche³⁶ und ebenso wie dieser haftbar sei³⁷. Die ausnahmsweise anerkannte Beachtlichkeit der Objektsverwechslung ließe sich aus dem Normzusammenhang, der zwischen den Vorschriften über Täterschaft und Teilnahme bestehe, ableiten³⁸. Die genannten Grenzen werden weit gezogen³⁹ und können trotz Schwierigkeiten⁴⁰ bei der Bestimmung der Wesentlichkeit einer Abweichung auch hier als gewahrt betrachtet werden: T musste davon ausgehen, dass A denjenigen tötet, den er für O hält. Da A O nicht persönlich kannte, war eine Verwechslung vorhersehbar.

(4) Ferner wird eine § 16 I S. 1 StGB entsprechende Abgrenzung zwischen error in persona und aberratio ictus vorgeschlagen und danach unterschieden, ob sich der Angestiftete an die individualisierten Vorga-

66; Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), § 64 II 4; Roxin, AT 1, 4. Aufl., 2006, § 26 Rdnr. 119; ders., Festschrift für Spandel, 1992, S. 289 (291, 300).

³¹ Freund, AT, 2. Aufl. (2009), § 10 Rdnr. 132; so schon Rosahls Verteidiger, *Preußisches Obertribunal* (PrObTr), GA 1859, 322 (324, 328).

³² PrObTr, GA 1859, 322 (337); Gössel, StrR, 8. Aufl. (2001), S. 100; Mitsch, JURA 1991, 373 (375); Burchard, Irren ist menschlich (2008), S. 496 f., 499; i.E. auch Gropp, AT 3. Aufl. (2005), § 10 Rdnr. 134, § 13 Rdnrn. 90 f.; ders., Festschrift für Lenckner (1998), S. 68.

³³ PrObTr, GA 1859, 322 (337); vgl. Mitsch, JURA 1991, 373 (375); krit. Bemann, MDR 1958, 817 (819 f.).

³⁴ Backmann, JuS 1971, 113 (120); vgl. Burchard, Irren ist menschlich (2008), S. 496.

³⁵ So BGHSt 37, 214 (217 f.) [sog. Hoferben-Fall]; BGH, NStZ 1998, 294 (295) [sog. Autobomben-Fall] je m.w.N.; auch Frister, AT, 4. Aufl. (2009), 28. Kap. Rdnr. 27; Zieschang, AT, 2. Aufl. (2009), S. 185.

³⁶ Generell krit. zu dieser Gleichstellung Heghmanns, GA 2000, 473 (482 ff.).

³⁷ BGHSt 37, 214 (217); in diese Richtung schon PrObTr, GA 1859, 322 (336).

³⁸ BGHSt 37, 214 (218).

³⁹ Vgl. Zieschang, AT, 2. Aufl. (2009), S. 185.

⁴⁰ Vgl. dazu anschaulich Haft/Eisele, Gedenkschrift für Keller (2003), S. 81 (101); Weber, in Baumann/ders./Mitsch, AT, 11. Aufl. (2003), § 30 Rdnrn. 89 f.

ben des Anstifters hält, oder ob er von ihnen abweicht⁴¹. Hält er sich an sie und unterliegt dabei einem error in persona, sei dies auch für den Anstifter rechtlich ohne Belang; dessen Vorsatz entfalle nicht deshalb⁴². A hielt sich an Ts Vorgaben und war überzeugt davon, O zu töten. As error in persona ist auch für T unbeachtlich.

Angeführt wird, gerade wenn der Anstifter dem Angestifteten die Individualisierung des Opfers überlassen hatte, ihm jedoch die Person des Opfers (wie hier) nach Aussehen und sonstigen bestimmten Merkmalen beschrieb, entspreche das Geschehen am Tatort in den wesentlichen Zügen dem Vorstellungsbild des Anstiftenden, weil er davon ausgehe, der Haupttäter greife die Person an, auf die die Beschreibung passt⁴³.

(5) Einzig die erstgenannte Auffassung führt zur Verneinung des hier fraglichen Vorsatzes Ts. Auf ihrer Basis wird den anderen Lösungsvorschlägen (wenn eine Zurechnung der Tat zum Vorsatz des Anstifters erfolgt) entgegengehalten: Töte der Täter neben dem vermeintlichen auch noch das tatsächliche Opfer, so sei der Anstifter aufgrund der Unbeachtlichkeit der Verwechslung (grundsätzlich) wegen zweifacher Anstiftung zu bestrafen. Denn die zweite Tötung stimme gerade mit seinem

Willen überein. Wenn der Angestiftete ein zweites Mal einem error in persona unterliege und erst im dritten Anlauf das richtige Opfer töte, sei eine dreifache Anstiftung anzunehmen usw. Der Anstifter hafte mithin für das „gesamte Gemetzel“⁴⁴. Dem wird entgegnet, dem Anstifter seien zwar i.d.R. beide Tötungen zuzurechnen, doch könne er nur wegen einer Anstiftung zu den beiden Tötungsakten schuldig gesprochen werden⁴⁵. Andere halten diesen Einwand deshalb für wenig überzeugend, weil die Haupttat trotz des error in persona des Angestifteten dem Anstifter als seine Tat zugerechnet werde, wenn Anstiftervorsatz und damit eine Anstiftung angenommen werden. Dadurch sei der Vorsatz des Anstifters in Bezug auf weitere Taten verbraucht, unabhängig davon, gegen wen diese sich richteten⁴⁶. Der Anstifter, der nur von der Tötung eines Opfers ausgeht, habe in seinen Vorsatz lediglich die einmalige Verwirklichung des Tatbestands angenommen; weitere Tatbestandsverwirklichungen könnten ihm als Exzess des Angestifteten nicht zugerechnet werden⁴⁷. Es sei nur eine Bestrafung wegen Anstiftung zu einer (der zuerst begangenen) Tat möglich⁴⁸.

⁴¹ Kindhäuser, AT 4. Aufl. (2009), § 41 Rdnr. 31 m.w.N.; ders. LPK, 4. Aufl. (2010), Vor §§ 25-31 Rdnrn. 75, 78; Rengier, AT, 3. Aufl. (2011), § 45 Rdnr. 58; vgl. Lubig, JURA 2006, 655 (659); tendenziell Geppert, JURA 1997, 358 (363).

⁴² Kindhäuser, AT 4. Aufl. (2009), § 41 Rdnr. 32; ders. LPK, 4. Aufl. (2010), Vor §§ 25-31 Rdnr. 75; vgl. Kühl, AT 6. Aufl. (2008), § 20 Rdnr. 209.

⁴³ Haft/Eisele, Gedenkschrift für Keller (2003), S. 81 (97) m.w.N.

⁴⁴ Statt vieler Roxin, Festschrift für Spendel (1992), S. 289 (296 f.).

⁴⁵ So BGHSt 37, 214 (219).

⁴⁶ Rengier, AT, 3. Aufl. (2011), § 45 Rdnr. 61; auch Burchard, Irren ist menschlich (2008), S. 498 f.

⁴⁷ Altenhain, Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzess (1994), S. 102; Geppert, JURA 1992, 163 (167 f.); vgl. Streng, JuS 1991, 910 (915); Puppe, GA 1984, 101 (125); dies., ZIS 2007, 234 (245).

⁴⁸ Geppert, JURA 1992, 163 (168); Burchard, Irren ist menschlich (2008), S. 499; i.E. auch Jakobs, AT, 2. Aufl. (1991), 21. Abschn. Rdnr. 45 Fn. 100; Puppe, GA 1984, 101 (125) hält eine Fest-

Die sog. aberratio-ictus-Lösung stößt auch auf Kritik. Es wird vorgebracht, eine aberratio ictus könne in Fällen wie dem vorliegenden nicht gegeben sein. Als Sonderfall der Kausalabweichung sei sie für Geschehensabläufe entwickelt worden, in denen Sichtkontakt zwischen Täter und Opfer besteht⁴⁹, hier also zwischen Anstifter und Verletzungsobjekt. Der Grund dafür sei, dass der Täter bei „sinnlicher Wahrnehmung“ ein geringeres Risiko für Dritte schaffe, habe er doch damit eine Kontrollmöglichkeit bis unmittelbar vor Tatvollendung⁵⁰.

Andere wenden gegen die Annahme einer aberratio ictus ein, die tatbestandliche Gleichwertigkeit zwischen Angriffs- und Verletzungsobjekt müsse eine zufällige sein⁵¹. Sei diese geradezu „vorprogrammiert“, weil der Angestiftete fixiert ist auf ein der Gattung nach festgelegtes Opfer, sei eine Lösung über die aberratio ictus nicht möglich⁵². Weiterhin wird darauf verwiesen, dass nur versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen strafbar ist (§ 30 I StGB), weswegen mit der aberratio-ictus-

Lösung nicht hinnehmbare Strafbarkeitslücken entstünden, wenn die Haupttat ein Vergehen ist⁵³. Gegen eine Strafbarkeit des Anstifters wegen Anstiftung zur (nur) versuchten Tat spreche, dass die Ausführung am falschen Objekt kein Versuch der Ausführung am richtigen Objekt sei⁵⁴. Mangels Versuchs am beabsichtigten Objekt fehle es an einer Haupttat⁵⁵.

Danach ist diese Ansicht abzulehnen und von der Unbeachtlichkeit des error in persona As auch für T auszugehen.

bb) T hatte Vorsatz bezüglich seiner Anstifterhandlung.

2. Akzessorietätslockerung / Tatbestandsverschiebung nach § 28 II StGB

Es kann zu einer Tatbestandsverschiebung zur Anstiftung zum Mord kommen.

a) Hierfür muss T ein Mordmerkmal des § 211 II StGB verwirklicht haben.

aa) T kann aus *sonstigen niedrigen Beweggründen* (Gruppe 1) gehandelt haben. Niedrige Beweggründe sind solche Tatantriebe, die als besonders verwerflich erscheinen, also Motive, welche nach allgemeiner sittlicher Wertanschauung auf tieferer Stufe stehen, durch hemmungslose, triebhafte Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verachtenswert sind⁵⁶.

legung, für welche Tat der Anstifter konkret haftbar gemacht wird, für „gänzlich überflüssig“.

⁴⁹ BGHSt 37, 214 (219); Prittwitz, GA 1983, 110 (128); Puppe, GA 1984, 101 (121); vgl. *dies.*, NSTZ 1991, 124 (126); vgl. auch *Altenhain*, Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzess (1994), S. 103, der eine Beschränkung „auf Fälle, in denen der Täter das raum-zeitlich individualisierte oder das sinnlich wahrgenommene Objekt verfehlt“ vornimmt.

⁵⁰ Prittwitz, GA 1983, 110 (128); vgl. dazu auch *Stratenwerth*, Festschrift für Baumann (1992), S. 57 (58).

⁵¹ *Gropp*, AT, 3. Aufl. (2005), § 13 Rdnrn. 89, 91; *ders.*, Festschrift für Lenckner (1998), S. 55 (64 f.); ebenfalls das „Zufalls-Argument“ aufgreifend *Geppert*, JURA 1992, 163 (168, 165 f.).

⁵² *Gropp*, AT 3. Aufl. (2005), § 13 Rdnr. 91; *ders.*, Festschrift für Lenckner (1998), S. 55 (65, 68).

⁵³ *Gössel*, StrR, 8. Aufl. (2001), S. 99.

⁵⁴ *Gössel*, StrR, 8. Aufl. (2001), S. 99 f.; *Jeschke/Weigend*, AT 5. Aufl. (1996), § 64 II 4; *Roxin*, Festschrift für Spendel (1992), S. 289 (301); vgl. *Küpper*, JR 1992, 294 (295); *Rosenau/Zimmermann*, JuS 2009, 541 (546).

⁵⁵ *Haft/Eisele*, Gedenkschrift für Keller (2003), S. 81 (85).

⁵⁶ *Schroeder*, in: Maurach/*ders.*/Maiwald, BT, Teilbd. 1, 9. Aufl., § 2 Rdnr. 37; *Schneider*, in:

I.R.e. Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren muss beurteilt werden, ob die Beweggründe der Tat niedrig und verachtenswert sind⁵⁷. Maßgeblich ist v.a. das Missverhältnis zwischen Tatanlass und Tötung⁵⁸ („Situationsunangemessenheit“⁵⁹).

Anlass für die Tat war, dass T die Schuld für seine Niederlage bei O sah, ohne dafür nachvollziehbare Gründe zu haben. Den „Konkurrenten“ zu töten, ist situationsunangemessen. Motive wie Neid, Rache, Wut und Hass können ein niedriger Tatantrieb sein. Solchen Gefühlsregungen kann jedermann je nach Anlass mehr oder weniger erliegen; sie tragen nicht ohne Weiteres den Stempel der Verwerflichkeit⁶⁰. Als niedrige Beweggründe werden diese Motive angesehen, wenn die konkreten Lebensumstände des Täters keinen begreiflichen Anlass zur Tat bieten⁶¹. Dafür ist nichts ersichtlich. Niedrige Beweggründe sind zu bejahen.

bb) Mithin sind eine Mehrzahl von Motiven (sog. *Motivbündel*) gegeben. Dann käme es auf den Beweggrund an, der der Tat ihr Gepräge gibt. Dieses „bewusstseinsdominante“ Motiv müsse als niedrig

zu bewerten sein⁶². Anderer Meinung nach genüge es, wenn einer der leitenden Beweggründe als niedrig zu qualifizieren sei⁶³. Sind -wie vorliegend, s.o.- sämtliche in Frage kommende Gründe als niedrig zu bezeichnen, ist unerheblich, welcher den Täter im genannten Sinne dominierte⁶⁴.

cc) T hat das Mordmerkmal der sonstigen niedrigen Beweggründe verwirklicht.

b) Fraglich ist, ob dieses nach § 28 II StGB zu einer *Tatbestandsverschiebung von der Anstiftung zum Totschlag zu einer Anstiftung zum Mord* führt.

Im Grundsatz gilt, dass ein Beteiligter nach Maßgabe der §§ 25 - 27 StGB für das ihm zurechenbare Unrecht anderer Beteiligter eintreten muss. Danach bezieht sich die Anstiftung auf das Unrecht der Tat, zu der angestiftet wurde. Die Strafe für den Teilnehmer richtet sich nach der für den Haupttäter geltenden Strafdrohung (Akzesorietätsprinzip). Dieses Prinzip wird bezüglich der besonderen persönlichen Merkmale durch die Regelung des § 28 StGB durchbrochen⁶⁵. Diese Merkmale werden in § 14 Abs. 1 a.E. StGB als „besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände“ umschrieben.

aa) Das Mordmerkmal der sonstigen niedrigen Beweggründe ist als *täterbezogenes*

MünchKomm/StGB, Bd. 3 (2003), § 211 Rdnr. 69.

⁵⁷ St. Rspr., vgl. *BGH*, NStZ-RR 2007, 111 (111); NStZ 2002, 84 (84) je m.w.N.

⁵⁸ *Schneider*, in: MünchKomm/StGB, Bd. 3 (2003), § 211 Rdnr. 71 m.w.N.

⁵⁹ *Neumann*, in: NK/StGB, Bd. 2, 3. Aufl. (2010), § 211 Rdnr. 30.

⁶⁰ *Schneider*, in: MünchKomm/StGB, Bd. 3 (2003), § 211 Rdnr. 71.

⁶¹ Vgl. *Kindhäuser*, LPK, 4. Aufl., § 211 Rdnr. 14; *Schneider*, in: MünchKomm/StGB, Bd. 3 (2003), § 211 Rdnr. 71.

⁶² *Neumann*, in: NK/StGB, Bd. 2, 3. Aufl. (2010), § 211 Rdnr. 31; vgl. auch *BGH*, NStZ-RR 2007, 111 (111).

⁶³ *Eser*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 211 Rdnr. 18 m.w.N.

⁶⁴ *Eser*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 211 Rdnr. 18 m.w.N.

⁶⁵ Vertiefend *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41 (41 f.).

besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 StGB zu qualifizieren⁶⁶.

bb) Weiterhin muss dieses als besonderes persönliches Merkmal zu verstehende Mordmerkmal die *Strafe schärfen, mildern oder ausschließen* i.S.v. § 28 II StGB. Die Anwendbarkeit des § 28 II StGB hängt davon ab, wie das *Verhältnis von Mord und Totschlag zueinander* verstanden wird⁶⁷.

(1) Der *BGH* sieht in st. Rspr. in § 211 StGB und § 212 StGB zwei selbständige Tatbestände, die voneinander unabhängig sind und in einem Exklusivitätsverhältnis stehen⁶⁸. Das hat zur Folge, dass „die Beweggründe des § 211 StGB [...] nicht „die Strafe schärfen“, sondern die Strafbarkeit des Täters als Mörder erst begründen“⁶⁹. Mordmerkmale werden sozusagen wie Tatbestandsmerkmale behandelt. Nur wenn beim Haupttäter eines vorliegt, kommt als Haupttat § 211 StGB in Betracht⁷⁰. Der

Teilnehmer ist akzessorisch nach der Haupttat zu bestrafen⁷¹. Danach kommt es zu keiner Tatbestandsverschiebung, T ist (obwohl er ein Mordmerkmal verwirklichte) nach §§ 212 I, 26 StGB zu bestrafen.

(2) Die („soweit ersichtlich ausnahmslos gesamte“⁷²) *Lit.* sieht dieses Verhältnis als eines von Grundtatbestand (§ 212 StGB) und Qualifikation (§ 211 StGB)⁷³. Danach haben Mordmerkmale nicht strafbegründenden, sondern strafschärfenden Charakter, was zum Eingreifen von § 28 II StGB führt⁷⁴. Es kommt zu einer Tatbestandsverschiebung und T ist nach §§ 211 I, 26, 28 II StGB zu bestrafen.

(3) *Stellungnahme*

Die *Rspr.* führt aus: „Daß die vorsätzliche Tötung auch ein Merkmal des § 211 StGB ist, spricht nicht gegen die Selbständigkeit beider Bestimmungen. Auch § 242 StGB ist in § 249 StGB enthalten. Dennoch hat bisher niemand den Raub als „Typisierung von Schulderhöhungsgründen“ gegenüber dem Diebstahl angesehen“⁷⁵. Die Systematik des Gesetzes spreche für dieses Verständnis, da Mord vor Totschlag geregelt wird und dies einem Verhältnis von Grundtatbestand und Qualifikation widerspreche. Ferner ergebe sich aus dem Wortlaut des § 212 I StGB, dass ein Mörder gerade kein Totschläger sei.

⁶⁶ H.M., vgl. *Rengier*, BT 2, 12. Aufl. (2011), § 5 Rdnr. 3; *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41 (43), und kein spezielles Schuldmerkmal i.S.v. § 29 StGB (so aber *Wessels/Beulke*, AT, 41. Aufl. (2011), Rdnrn. 559, 422). Denn § 29 StGB erfasst nur die Schuldaußschließungs-, Entschuldigungs- und Schuld minderungsgründe des allgemeinen Teils des Strafrechts (*Krey/Heinrich*, BT 1, 14. Aufl. (2008), Rdnr. 23 m.w.N.). Ferner begründen alle Mordmerkmale gegenüber dem Totschlag erhöhtes Unrecht und nicht bloße erhöhte Schuld.

⁶⁷ Dazu *Kühl/Hinderer*, JuS 2010, 697 (698, 701 f.); *Gössel*, ZIS 2008, 153 ff.; *Geppert*, JURA 2008, 34 (37 f.); *Vietze*, JURA 2003, 394 (395 f.).

⁶⁸ Seit BGHSt 1, 368 (370); 6, 329 (330); 50, 1 (5).

⁶⁹ So bereits BGHSt 1, 368 (370); vgl. auch BGHSt 22, 375 (377); 50, 1 (5); *BGH*, NJW 2006, 1008 (1012).

⁷⁰ Hat nur der Teilnehmer ein Mordmerkmal verwirklicht, ist er wegen Teilnahme am Totschlag zu bestrafen. Das Mordmerkmal wird bei der

Strafzumessung berücksichtigt. Zu Vorstehendem BGHSt 50, 1 (6).

⁷¹ BGHSt 50, 1 (5).

⁷² So *BGH*, NJW 2006, 1008 (1012 a.E.) m.w.N.; ähnlich *Puppe*, JZ 2005, 902 (902 f.).

⁷³ Vgl. nur *Eisele*, BT I (2008), Rdnrn. 30, 61 je m.w.N.

⁷⁴ Vgl. nur *Jäger*, JZ 2005, 477 (479 f.).

⁷⁵ So BGHSt 1, 368 (370).

Demgegenüber begründet die *Lit.* ihre Meinung u.a. damit, das angenommene Verhältnis ergebe sich aus dem inhaltlichen Verhältnis, nach dem der Tatbestand des § 211 StGB nur durch eine Steigerung des Unrechts des Totschlags gekennzeichnet ist⁷⁶. Gegen die Meinung der Rspr. lässt sich insb. einwenden, dass § 211 StGB und § 212 StGB dem Schutz desselben Rechtsguts (menschliches Leben) dienen, dieselbe „Beeinträchtigung“ (Tod) erfassen und beide Normen Tötungsvorsatz voraussetzen. Dies ist aber nicht vereinbar mit der Prämisse, es handele sich um artverschiedene, selbständige Delikte⁷⁷.

(4) § 212 StGB ist der Grundtatbestand, § 211 StGB die Qualifikation. Mordmerkmale haben mithin strafscharfenden Charakter, was zum Eingreifen von § 28 II StGB und einer Tatbestandsverschiebung im genannten Sinne führt⁷⁸.

Anm: Wer (wie hier) bei subjektiven (täterbezogenen) Mordmerkmalen⁷⁹ auf § 28 II StGB abstellt, behandelt die Akzessorieitätsfrage (mit den dazugehörigen Streitfragen) als Annex zum Tatbestand⁸⁰. Schließ-

lich geht es hier um die Frage einer *Tatbestandsverschiebung*. Gleichwohl ist es auch möglich, getrennt die Strafbarkeit gem. §§ 212 I, 26 StGB und dann gem. §§ 211, 28 II, 26 StGB zu prüfen und dort die aufgeworfenen Probleme zu diskutieren⁸¹.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

II. Ergebnis

Er ist strafbar gem. §§ 211, 26, 28 II StGB.

Tatkomplex 2: „Was man nicht selbst erledigt...“

A. Strafbarkeit Ts

I. Strafbarkeit gem. §§ 212 I, 211, 22, 23 I Var. 1, 12 I StGB

Indem T auf O schoss, kann er sich wegen versuchtem Mord strafbar gemacht haben. O überlebte. Die Tat ist nicht vollendet. Der Versuch eines Mords ist, da es sich um ein Verbrechen handelt (§§ 211 I, 12 I StGB), gem. § 23 I StGB strafbar.

1. Tatbestand

a) Tatentschluss

Ts Vorsatz war auf Tötung eines Menschen gerichtet. Ferner kann er Vorsatz auf das *Mordmerkmal der Heimtücke*, § 211 II Gruppe 2 StGB gehabt haben.

T muss in feindseliger Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit Os bewusst zur Tötung ausgenutzt haben. O (fröhlich pfeifend auf dem Heimweg) versah sich keines Angriffs auf sein Leben und war daher arglos. Wehrlos ist, wer infolge seiner Arg-

⁷⁶ Vgl. *Neumann*, in: NK, Bd. 2, 3. Aufl. (2010), Vor § 211 Rdnr. 141.

⁷⁷ *Krey/Heinrich*, BT 1, 14. Aufl. (2008), Rdnr. 27, Fn. 61 m.w.N.

⁷⁸ Selbst der 5. Strafsenat des BGH hat in jüngerer Zeit in einem obiter dictum Zweifel an der Rspr. angemerkt und das von der *Lit.* dagegen Eingewendete als „gewichtige Argumente“ bezeichnet sowie „Probleme der bisherigen Rechtsprechung“ eingestanden, *BGH NJW* 2006, 1008 (1013); Bespr. *Küper*, *JZ* 2006, 608 ff. und 1157 ff.; zur bröckelnden „Front der Rechtsprechung“ auch *Geppert*, *JURA* 2008, 34 (40) m.w.N.

⁷⁹ Zur Einordnung der Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe als täterbezogene vgl. *BGHSt* 50, 1 (5); *Vietze*, *JURA* 2003, 394 (394) m.w.N.

⁸⁰ Ebenso *Vietze*, *JURA* 2003, 394 (398); abweichend *Fischer/Gutzeit*, *JA* 1998, 41 (47).

⁸¹ So *Kühl/Hinderer*, *JuS* 2010, 697 (701 f.).

losigkeit in seinen Verteidigungsmöglichkeiten zumindest erheblich eingeschränkt ist⁸². Das war bei O der Fall. Die arglosigkeitsbedingte Wehrlosigkeit wird jedenfalls dann bewusst ausgenutzt, wenn der Täter das Bewusstsein hat, dass ein durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzloser Mensch überrascht wird⁸³. Hiervon ist auszugehen, da sich T gut versteckt auf die Lauer legte. Ferner handelte T auch in feindseliger Willensrichtung⁸⁴. Danach ist Heimtücke zu bejahen.

Wird indes ein verwerflicher Vertrauensbruch verlangt, ist Heimtücke zu verneinen, da ein solcher nicht ersichtlich ist. Jedoch überzeugt diese Betrachtungsweise nicht, weil das Kriterium des Vertrauens höchst vage ist, keine feste Konturen hat und nicht einzusehen ist, warum der für heimtückisches Vorgehen geradezu exemplarische Fall eines Meuchelmordes, der nicht durch eine Vertrauensbeziehung geprägt ist, nicht erfasst sein soll⁸⁵. Daher ist es überzeugender, die Anforderungen an Heimtücke mit der anderen Ansicht zu bestimmen. Ts Vorsatz erstreckte sich auf die Verwirklichung des Mordmerkmals der Heimtücke.

Weiterhin handelte T (immer noch) aus *sonstigen niedrigen Beweggründen* (vgl. schon o.).

T hatte Tatentschluss auf Mord an O.

b) Unmittelbares Ansetzen

T hat zur Tötung Os unmittelbar angesetzt, weil er durch Abgabe des Schusses mit der Tathandlung selbst begonnen hatte⁸⁶.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

3. Rücktritt, § 24 I StGB

T kann strafbefreiend vom Mordversuch zurückgetreten sein.

a) Rücktrittsfähigkeit

(Ungeschriebene) Voraussetzung ist, dass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist⁸⁷. Dies ist zu bejahen, wenn der Täter erkennt oder irrig annimmt, dass er die Vollendung der geplanten Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht oder nicht ohne zeitlich relevante Zäsur herbeiführen kann⁸⁸. T wusste, dass er mit einem weiteren Schuss die Tat hätte vollenden können. Es liegt kein Fehlschlagen vor.

b) Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch

Hierfür ist die Vorstellung des Täters vom Verwirklichungsgrad seiner Tat maßgeblich⁸⁹. Unbeendet ist der Versuch, wenn der Täter noch nicht alles getan hat, was

⁸² *Kindhäuser*, LPK, 4. Aufl. (2010), § 211 Rdnr. 19; vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 211 Rdnr. 24a je m.w.N.

⁸³ *Eser*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 211 Rdnr. 25 m.w.N.

⁸⁴ Mit diesem Kriterium sollen Fälle, in denen der Täter zum vermeintlich besten des Opfers handelt, ausgeschlossen werden, *Kindhäuser*, LPK, 4. Aufl. (2010), § 211 Rdnr. 22.

⁸⁵ *Kindhäuser* LPK, 4. Aufl. (2010), § 211 Rdnr. 23; *Wessels/Hettinger* BT I, 35. Aufl. (2011), Rdnr. 108 je m.w.N.

⁸⁶ Daher ist die Abgrenzung zwischen Versuchs- und Vorbereitungshandlung unproblematisch (vgl. nur *Wessels/Beulke*, AT, 41. Aufl. (2011), Rdnr. 599).

⁸⁷ H.M., vgl. *Bott*, JURA 2008, 753 (754); *Perron/Bott/Gutfleisch*, JURA 2006, 706 (712); *Schuster*, JURA 2008 228 (231); *BGH*, NStZ-RR 2007, 136 (137); BGHSt 39, 221 (228).

⁸⁸ *Perron/Bott/Gutfleisch*, JURA 2006, 706 (712).

⁸⁹ H.M., vgl. *Kühl*, AT, 6. Aufl. (2008), § 16 Rdnr. 24; *Hauf*, JuS 1995, 524 (526); *Bott*, JURA 2008, 753 (756).

nach seiner Vorstellung von der Tat zu deren Vollendung notwendig ist⁹⁰. Er ist beendet, wenn der Täter alles getan zu haben glaubt, was nach seiner Vorstellung von der Tat zu ihrer Vollendung notwendig oder möglicherweise ausreichend ist⁹¹. Das Vorliegen eines beendeten Versuchs erfordert, dass der Täter aufgrund seines bisherigen Handelns von der konkreten Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung ausgeht⁹². T ging nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung⁹³ davon aus, dass O ohne ärztliche Hilfe stirbt. Ein beendeter Versuch ist gegeben.

c) Voraussetzungen des § 24 I S. 1 Var. 2 StGB

aa) Die Tatvollendung muss der Täter verhindern. Fraglich ist, welche Anforderungen daran zu stellen sind.

(1) Als subjektives Element⁹⁴ wird ein „Rettungsentschluss“ gefordert. Die Vollendung muss der Täter mit Wissen und Willen verhindern⁹⁵. Das Ausbleiben des Erfolgs darf nicht bloß zufällige Nebenfolge des ganz anderen Zwecken (z.B. der Verschleierung seiner Täterschaft) dienenden Täterhandelns sein. T wollte Os Tod verhindern. Das subjektive Element ist gegeben.

⁹⁰ Vgl. *Kindhäuser*, AT, 4. Aufl. (2009), § 32 Rdnr. 8; *Bock*, JuS 2006, 603 (606); *Bott*, JURA 2008, 753 (756).

⁹¹ Vgl. *Kindhäuser*, AT, 4. Aufl. (2009), § 32 Rdnr. 8; *Bott*, JURA 2008, 753 (756).

⁹² *Kindhäuser*, AT, 4. Aufl. (2009), § 32 Rdnr. 8, 24.

⁹³ Zum Abstellen auf diesen Zeitpunkt (sog. Lehre vom Rücktrittshorizont) *Hauf*, JuS 1995, 524 (526); vertiefend *Puppe*, ZIS 2011, 524 ff.

⁹⁴ Vertiefend *Krauß*, JuS 1981, 883 (884 f.).

⁹⁵ *Krey/Esser*, AT, 4. Aufl. (2011), Rdnr. 1308 m.w.N.

(2) Ob optimale Rettungsmaßnahmen zu fordern sind, ist strittig.

(a) Das wird z.T. bejaht. Der Täter schulde „äußerste Anstrengung, den von ihm zu verantwortenden Erfolg doch noch abzuwenden“; erforderlich sei „eine optimale Maßnahme, ein ausschöpfend-ernsthafte Bemühen“⁹⁶ („Bestleistungstheorie“⁹⁷). Hierfür wird ein Vergleich mit § 24 I S. 2 StGB angeführt: Wird dort beim untauglichen Versuch für einen Rücktritt verlangt, dass der Täter das Optimum leistet, müsse dies erst recht (oder jedenfalls nicht weniger) für den tauglichen Versuch gelten⁹⁸.

T unternahm keine optimale Rettungsmaßnahme (wie etwa Abliefern Os im Krankenhaus), § 24 I S. 1 Var. 2 StGB liegt nach dieser Ansicht nicht vor.

(b) Andere halten es für ausreichen, dass die Täterhandlung für die Erfolgsabwendung jedenfalls mitursächlich war⁹⁹ („Chanceneröffnungstheorie“¹⁰⁰), wobei z.T. einschränkend verlangt wird, bei Inanspruchnahme fremder Hilfe müsse die Verhinderung der Tatvollendung dem Täter zumindest als „sein Werk“ zugerechnet werden können. Vollendung oder Nichtvollendung dürfe nicht nur vom Zufall abhängen¹⁰¹ („Zufallslösung“). Dem Täter

⁹⁶ So *Herzberg*, NSTZ 1989, 49 (49).

⁹⁷ Terminologie nach *Roxin*, Festschrift für Hirsch (1999), S. 327 (328).

⁹⁸ *Roxin*, Festschrift für Hirsch (1999), S. 327 (334).

⁹⁹ *Rengier*, AT, 3. Aufl. (2011), § 37 Rdnr. 123 f.; vgl. *BGH*, NJW 1985, 813 (814).

¹⁰⁰ Terminologie nach *Roxin*, Festschrift für Hirsch (1999), S. 327 (328).

¹⁰¹ *Wessels/Beulke*, AT, 41. Aufl. (2011), Rdnr. 644; ähnlich *BGH*, NJW 1982, 2263 (2263): Der Täter „darf dem Zufall dort nicht Raum bieten,

keine optimalen Leistungen abzuverlangen, ihm eine „goldene Brücke“ zu bauen, diene dem Opfer¹⁰². T eröffnete eine Rettungschance für O, die sich realisierte. Das genügt nur nach der nicht einschränkenden Ausprägung dieser Ansicht für einen Rücktritt (unter Vorbehalt der Freiwilligkeit). Denn T überließ den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs dem Zufall, war es doch völlig offen, ob O in seinem Zustand zu dieser Uhrzeit in dieser Entfernung zum Krankenhaus rechtzeitig die benötigte Hilfe erhält.

(c) Ein differenzierender Ansatz möchte zwischen eigen- und fremdhändiger Erfolgsverhinderung unterscheiden. Der Rücktritt desjenigen, der „das Rettungswerk alleine und mit eigenen Händen vollbringt, muß [...] nach der Chanceneröffnungstheorie behandelt“ werden¹⁰³. Verlässt sich der Täter aber auf fremdhändige Erfolgsabwendung, sei für die Verhinderung der Vollendung erforderlich, dass er „die beste ihm erkennbare Rettungsmöglichkeit ergreift“¹⁰⁴. In letzterem Falle sei zwischen „bloßer Ermöglichung fremden Rettungsverhaltens und der Beteiligung an dieser in Form der Mittäterschaft oder mittelbaren Täterschaft, Anstiftung oder Beihilfe“ zu differenzieren¹⁰⁵. Für diese Ansicht wird angeführt, wer den Erfolg letztendlich eigenhändig verhindert, beseitige

die Rechtsgutsverletzung vollständig, wobei es keine Rolle spiele, ob er die Rettung noch besser hätte verwirklichen können, gebe ihm der Erfolg doch recht¹⁰⁶. Im Falle fremdhändiger Erfolgsverhinderung vertraue der Täter Dritten, was es rechtfertige, vom ihm mehr zu verlangen, nämlich dass er das Bestmögliche zur Erfolgsverhinderung beiträgt¹⁰⁷. Indem er O aussteigen ließ, ermöglichte T lediglich eine fremde Rettung, beteiligte sich an ihr in keiner Form. § 24 I S. 1 Var. 2 StGB liegt nach dieser Ansicht nicht vor.

(d) Nur die zweitgenannte Ansicht gelangt (in nicht eingeschränkter Ausprägung und unter Vorbehalt der Freiwilligkeit) zu Bejahung eines Rücktritts. Zwar lässt sich argumentieren: Die Schaffung einer unerlaubten Gefahr für das Handlungsobjekt, die sich im tatbestandlichen Erfolg realisiert, genüge für die Verwirklichung des tatbestandlichen Erfolgs. Wenn für die Verhinderung der Vollendung gleichfalls nur die Schaffung einer Chance zur Rettung, die sich im Erfolg der Verhinderung realisiert, verlangt wird, entspreche dies dem Vorgenannten¹⁰⁸. Es lässt sich kritisch einwenden, dass der Täter einzig dann vollständig in die Legalität zurückkehre und die von ihm geschaffene Gefahr vollständig beseitige, wenn er alles in seiner Macht stehende unternimmt, um den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolg zu verhindern. Denn nach Begehung des Versuchs seien äußerste Anstrengungen, die das Vollendungsrisiko so weit als möglich ausschließen, nichts anderes als die rechtli-

wo er ihn vermeiden kann. Tut er es, wendet er die Tatvollendung nicht durch seine Tätigkeit ab“.

¹⁰² Puppe, NStZ 1984, 488 (490); vgl. Roxin, Festschrift für Hirsch (1999), S. 327 (332).

¹⁰³ So Roxin, Festschrift für Hirsch (1999), S. 327 (335).

¹⁰⁴ So Roxin, Festschrift für Hirsch (1999), S. 327 (336).

¹⁰⁵ So Roxin, Festschrift für Hirsch (1999), S. 327 (338).

¹⁰⁶ Heinrich, AT I, 2. Aufl. (2010), Rdnr. 851.

¹⁰⁷ Heinrich, AT I, 2. Aufl. (2010), Rdnr. 851.

¹⁰⁸ Vgl. Rudolphi, NStZ 1989, 508 (511).

che Pflicht des Täters¹⁰⁹. Werden diese nicht unternommen, so sei der Täter keines Verdiensts, keiner Belohnung würdig. Dem folgend liegt eine Verhinderung der Vollendung der Tat i.S.v. § 24 I S. 1 Var. 2 StGB nicht vor.

4. Ergebnis

T ist strafbar gem. §§ 211, 22, 23 I Var. 1, 12 I StGB.

Der durch dieselbe Handlung versuchte Totschlag tritt dahinter als subsidiär zurück, weil der Mord als Qualifikation spezieller ist als der Grundtatbestand des Totschlags.

II. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, Nr. 3 und 5 StGB

Durch dieselbe Handlung kann sich T wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

T hat den objektiven Tatbestand von § 223 Abs. 1 StGB verwirklicht. Die Körperverletzung beging er mittels eines gefährlichen Werkzeugs (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB), also eines (beweglichen¹¹⁰) Gegenstands, der nach objektiver Beschaffenheit und Art der Verwendung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen¹¹¹. Dem entsprechen Sportbogen und Pfeil. Der Variante 1 unterfallen sie nicht, da sie ihrer Herstellung

nach nicht dazu bestimmt sind, Verletzungen beizubringen¹¹².

Ferner kann T die Körperverletzung mittels eines hinterlistigen Überfalls (eines unvorhergesehenen Angriffs, auf den sich das Opfer nicht rechtzeitig einstellen kann¹¹³) begangen haben. T schoss aus dem Hinterhalt auf O, was einen Angriff darstellt. Hinterlistigkeit setzt voraus, dass der Täter planmäßig, in einer auf Verdeckung seiner wahren Absichten berechnenden Weise vorgeht, um gerade dadurch dem Opfer die Abwehr eines nicht erwarteten Angriffs zu erschweren¹¹⁴. Der Täter muss seine Angriffsabsicht planmäßig-berechnend verdecken, was der Fall ist, wenn er ein Versteck aufsucht, um dem Opfer aufzulauern¹¹⁵. Nichts anderes hat T getan, in dem er sich auf die Lauer legte und auf den nichts ahnenden O schoss. Die Nummer 3 ist verwirklicht.

Auch Nummer 5 ist gegeben. Ob bereits die objektive Eignung der Behandlung zur (abstrakten) Gefährdung des Lebens (im Einzelfall) genügt¹¹⁶ oder aber eine konkrete Lebensgefährdung durch die Behandlung zu fordern ist¹¹⁷, kann offen bleiben. Denn auch nach der strengeren, letztgenannten Ansicht soll ein Gefahrerfolg gegeben sein, wenn es aus

¹⁰⁹ Herzberg, NStZ 1989, 49 (49).

¹¹⁰ H. M., vgl. Kretschmer, JURA 2008, 916 (919) m.w.N.

¹¹¹ BGH, NStZ 2010, 151 (151); Kretschmer, JURA 2008, 916 (918) je m.w.N.

¹¹² Zu diesem Erfordernis *Hardtung*, in: Münch Komm/StGB, Bd. 3 (2003), § 224 Rdnr. 18; Kindhäuser, LPK, 4. Aufl., § 224 Rdnr. 11.

¹¹³ Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2011) § 224 Rdnr. 10.

¹¹⁴ Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2011), § 224 Rdnr. 10 m.w.N.

¹¹⁵ Wessels/Hettinger, BT I, 35. Aufl. (2011), Rdnr. 279.

¹¹⁶ Wohl h.M., vgl. Wessels/Hettinger, BT I, 35. Aufl. (2011), Rdnr. 282; Eisele, BT I (2008), Rdnr. 326.

¹¹⁷ So Paeffgen, in: NK/StGB, Bd. 2, 3. Aufl. (2010), § 224 Rdnrn. 27 f.; Küper, Festschrift für Hirsch, 1999, S. 595 (614).

geben sein, wenn es aus objektiver Sicht nur vom Zufall abhängig ist, ob das Opfer dem Tod entgeht¹¹⁸. Dies ist hier der Fall.

b) Der subjektive Tatbestand von Grunddelikt und Qualifikation ist gegeben.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor, T ist strafbar gem. § 224 I Nr. 2 Var. 2, 3 und 5 StGB. Die mehreren hier zusammentreffenden Varianten stellen nur eine Gesetzesverletzung dar (§ 52 I StGB)¹¹⁹. Die einfache Körperverletzung tritt dahinter als subsidiär zurück.

III. Strafbarkeit gem. §§ 212, 22, 23 I Var. 1, 12 I, 13 StGB

Indem T O vor dem Krankenhaus aussteigen ließ und sich entfernte, ohne O ärztlicher Hilfe zuzuführen, hat er sich nicht wegen versuchtem Totschlag durch Unterlassen strafbar gemacht¹²⁰.

Aus vorangegangenem gefährdenden rechtswidrigen Tun kann eine Garantstellung erwachsen. Wenn der Täter i.R.d. Rücktritts vom Versuch der Begehungstat bewusst eine nicht optimale, gleichwohl effektive Rettungsmöglichkeit ergreift, so soll ein Unterlassungsversuch, von dem er nicht zurückgetreten ist, verbleiben¹²¹. Indes kann das ungenutzte Beiseitelassen der besten Rettungsmöglichkeit nicht als tatbe-

standsmäßiges Unterlassen gewertet werden: Es handelt sich hierbei um einen speziellen Fall des Aufeinandertreffens von positivem Tun und Unterlassen. Letzteres stellt eine Phase des beendeten Versuchs dar und ist in das Begehungsdelikt eingebunden. Ein solches „strukturelles Unterlassen“ kann nicht als Unterlassungsmoment der Begehung in Erscheinung treten und nicht neben der Begehungstat des beendeten Versuchs Bedeutung für die Strafbarkeit erlangen¹²². Ein nur die Kehrseite eines positiven Tuns darstellendes Unterlassen kann nicht als Unterlassungsdelikt zum Begehungsdelikt hinzutreten. Ansonsten wäre jedes Begehungsdelikt von einem Unterlassungsdelikt begleitet, was nicht sinnvoll wäre¹²³. Überdies ist zu beachten, dass passive und aktive Elemente eines Gesamtgeschehens sich zu einer Handlungseinheit i.S.e. Begehungs- und Unterlassungseinheit zusammen schließen. Das aktive Tun genießt gegenüber dem Unterlassen Vorrang, soweit das Unterlassen keine über die Nichtaufhebung der durch das vorangegangene Tun begründeten Verantwortlichkeit hinausgehende Bedeutung besitzt und das Tun gegenüber dem späteren Unterlassen kein Minus in der Deliktsqualität besitzt¹²⁴.

IV. Ergebnis für T im Tatkomplex 2

T ist strafbar gem. §§ 211, 22, 23 I Var. 1, 12 I; § 224 I; § 53 I StGB¹²⁵. Eine Strafbarkeit gem. § 323c StGB (sich entfernen

¹¹⁸ Vgl. die Nachw. bei *Kindhäuser*, BT I, 5. Aufl. (2012), § 9, Rdnr. 23.

¹¹⁹ *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. (2011), § 224 Rdnr. 12.

¹²⁰ In zahlreichen Klausurbearbeitungen wurde dies ohne weiteres bejaht.

¹²¹ *Jakobs*, AT, 2. Aufl. (1991), 26. Abschn. Rdnr. 21, der dies als Wertungswiderspruch der Chanceneröffnungstheorie entgeghält.

¹²² *Bloy*, JuS 1987, 528 (531).

¹²³ So *Bloy*, JuS 1987, 528 (531).

¹²⁴ *Bloy*, JuS 1987, 528 (531 f.).

¹²⁵ Zwischen versuchtem Mord und (vollendeter) gefährlicher Körperverletzung besteht aus Klarstellungsgründen Tateinheit, *BGH*, NSStZ 1999, 30 (30 f.).

vor dem Krankenhaus, ohne Hilfe zu leisten) liegt mangels Tatbestandsmäßigkeit nicht vor, da von demjenigen, der Vorsatz auf den Unglücksfall hatte, die „Erfüllung der Hilfsleistungspflicht schlechthin nicht erwartet werden kann und deshalb unzumutbar ist“¹²⁶.

B. Strafbarkeit Vs gem. §§ 212 I, 22, 23 I Var. 1, 12 I, 27, § 28 II

Indem V T das Tatwerkzeug verschaffte, kann er Beihilfe zum Totschlagsversuch an O geleistet haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Der von T versuchte Mord an L ist die *Haupttat*. Weiterhin ist eine *Gehilfenhandlung* notwendig. Auch diese kann nur vorliegen, wenn V Teilnehmer der Tat Ts ist. Dies ist zu bejahen; eine (Mit-)Täterschaft Vs scheidet nach allen aufgezeigten Theorien aus: Tatherrschaft hat V nicht. Dass er das Geschehen als Zentralgestalt lenkt sowie gestaltet, die Tatbestandsverwirklichung nach seinem Willen hemmen und ablaufen lassen kann, ist zu verneinen. Vielmehr erscheint er als Randfigur des Geschehens, die dieses sonst fördert. Auch kann nicht behauptet werden, V hätte mit Täterwillen gehandelt, was sich aus der Gesamtbetrachtung ergibt. Denn weder ein eigenes Interesse am Taterfolg noch Tatherrschaft oder der Wille zu dieser als wesentliche Anhaltspunkte für Täterschaft

nach der o.g. subjektiven Theorie sind bei V gegeben.

V muss T zur dessen Tat *Hilfe geleistet* haben. In jedem Tatbeitrag, der die Haupttat ermöglicht, erleichtert oder die vom Haupttäter begangene Rechtsgutsverletzung verstärkt hat, liegt ein Hilfeleisten¹²⁷. V übergab T die Tatwaffe. Dies ist tätige Beihilfe im Sinne physischer Beihilfe.

Welche Anforderung an die Hilfeleistung zu stellen ist, ist umstritten, doch ist selbst die strengste (Kausalität der Hilfeleistung i.S.d. Äquivalenztheorie¹²⁸) hier gegeben: Wird die Übergabe von Pfeilen und Bogen hinweggedacht, entfällt der konkrete Erfolg.

V hat T Hilfe geleistet.

b) Subjektiver Tatbestand

Es ist ein sog. doppelter Gehilfenvorsatz erforderlich.

aa) Vorsatz auf Vollendung einer bestimmten (vorsätzlichen und rechtswidrigen) Haupttat

Fraglich ist, welche *Anforderungen an die Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes* zu stellen sind. Nach älterer Rspr. soll es genügen, „wenn die Haupttat in der Vorstellung des Teilnehmers durch die ungefähre Art der Tatbegehung so konkretisiert ist, dass der wesentliche Unrechtsgehalt und die Angriffsrichtung erfaßt sind“¹²⁹. Auch wurde auf die „Dimension des Unrechts der ins Auge gefaßten Tat“ abgestellt¹³⁰, neuerdings aber festgestellt, einer Kenntnis der „Unrechtsdimension“ der tatsächlich

¹²⁶ So Lackner/Kühl, 27. Aufl. (2011), § 323c, Rdnr. 8; Arzt/Weber, BT (2000), § 39 Rdnr. 25 je m.w.N.; für Subsitiarität des § 323c StGB gegenüber der Vorsatztat Wessels/Hettinger, BT I, 35. Aufl. (2011), Rdnr. 1051.

¹²⁷ Geppert, JURA 1999, 266 (267).

¹²⁸ Heine, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2011), § 27 Rdnr. 10.

¹²⁹ BGH, NJW 1997, 265 (266).

¹³⁰ BGH, NJW 1996, 2517 (2518).

ausgeführten Tat bedürfe es nicht (mehr)¹³¹. „Denn das Maß des tatsächlich verwirklichten Unrechts im Sinne der Intensität der Rechtsgutsbeeinträchtigung [...] ist kein Umstand der Tat, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört und daher (s. § 16 I S. 1 StGB) [...] vom Gehilfenvorsatz umfasst sein muss“¹³². In der Lit. wird gefordert, der Vorsatz des Gehilfen müsse sich auf die Grundzüge und die wesentlichen Merkmale des Unrechts der Haupttat beziehen¹³³. Einzelheiten der Tat („wann, wo, wem gegenüber und unter welchen Umständen“) müsse der Gehilfe nicht kennen¹³⁴.

V kann im Hinblick auf die Haupttat mit *dolus eventualis* gehandelt haben. Der Täter muss dafür zunächst die von seinem Handeln ausgehende Gefahr des Erfolgseintritts erkannt und ernst genommen haben¹³⁵. Dies ist der Fall, weil V es ernsthaft für möglich hielt, dass T auf einen Menschen schießen will. Ferner muss sich der Täter mit der Tatbestandsverwirklichung abfinden¹³⁶, also sich dafür entscheiden, zur Erreichung des von ihm angestrebten Handlungsziels die (ungewisse) Verwirklichung des Straftatbestandes hinzunehmen¹³⁷. Auch dies ist zu bejahen, da V sich sagte, das sei ihm ja egal, er gehe nur seinem Beruf nach und T Pfeile und Bogen übergab.

¹³¹ BGH, NJW 2007, 384 (389) [„Motassadeq“].

¹³² BGH, NJW 2007, 384 (389).

¹³³ Kindhäuser, AT 4. Aufl. (2009), § 42 Rdnr. 29 m.w.N.

¹³⁴ Kühl, AT, 6. Aufl. (2008), § 20 Rdnr. 242.

¹³⁵ Kühl, AT, 6. Aufl. (2008), § 5 Rdnr. 85.

¹³⁶ Vgl. Roxin, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 12 Rdnr. 27; Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), § 29 III 3.

¹³⁷ Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), § 29 III 3.

V handelte mit *dolus eventualis*, sein Vorsatz war nach dem Ausgeführten auch ausreichend konkretisiert, erfasste er den wesentlichen Unrechtsgehalt und die Angriffsrichtung der Haupttat bzw. bezog sich sein Vorsatz auf die Grundzüge und die wesentlichen Merkmale des Unrechts der Haupttat.

T verwirklichte das Mordmerkmal der *Heimtücke* (tatbezogenes [objektives] Mordmerkmal der 2. Gruppe des § 211 II StGB). Dieses wird nach allgemeinen Grundsätzen zugerechnet; § 28 StGB findet keine Anwendung¹³⁸. V muss also Vorsatz auf die Verwirklichung dieses Mordmerkmals durch T gehabt haben, was zu verneinen ist.

bb) Ferner muss der Gehilfe in dem Bewusstsein handeln, das Vorhaben des Haupttäters durch sein Verhalten zu fördern¹³⁹. Das ist zu bejahen.

2. Akzessorietätslockerung / Tatbestandsverschiebung nach § 28 II StGB

Das von T verwirklichte Mordmerkmal der sonstigen niedrigen Beweggründe (= täterbezogenes und besonderes persönliches Merkmal) fehlt bei V. Aufgrund § 28 II StGB gelten die Umstände jeweils für den Beteiligten, bei dem sie vorliegen; es kommt zur einer Tatbestandsverschiebung. Möglich ist daher nur eine Beihilfe zum Totschlags-, nicht aber zum Mordversuch (vgl. dazu schon o.). Die Rspr. kommt zum gleichen Ergebnis, indem gefragt wird, ob der Teilnehmer seinen Tatbeitrag in

¹³⁸ Ganz h.M., BGHSt 50, 1 (6); Hussels, JURA 2005, 877 (81); Lackner/Kühl, StGB 27. Aufl. (2011), § 211 Rdnr. 16, § 28 Rdnr. 9; Vietze, JURA 2003, 394 (394).

¹³⁹ Schönemann, in LK, Bd. 1, 12. Aufl. (2007), § 27 Rdnr. 60 m.w.N.

Kenntnis des vom Haupttäter verwirklichten täterbezogenen (strafbarkeitsbegründenden) Mordmerkmals erbrachte. Ist dies (wie hier) nicht der Fall, liegt ein Tatbestandsirrtum (§ 16 I S. 1 StGB) vor.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

V handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Bedenken

Gegen eine Bestrafung Vs wegen Beihilfe zum versuchten Totschlag können Bedenken vorgebracht werden. Die Besitzverschaffung an Pfeilen und Bogen in Erfüllung des Kaufvertrages stellte für V, den Inhaber eines entsprechenden Fachgeschäftes, ein sog. neutrales Verhalten¹⁴⁰/ein (normales/professionelles) Geschäft des Alltages¹⁴¹ dar. Hierunter werden Handlungen gefasst, die der Betreffende jedem anderen gegenüber ebenso vorgenommen hätte, da er mit ihnen tat- und täterunabhängige eigene, rechtlich nicht missbilligte Zwecke verfolgt¹⁴². Ob Strafbarkeitseinschränkungen angezeigt sind und wenn ja, auf welcher Ebene des Deliktsaufbaus, ist strittig.

a) „Objektive Theorien“

Z.T. werden Einschränkungen auf Ebene des objektiven Tatbestandes vorgenommen. Solche Geschäfte seien als (professionell-)sozialadäquate Verhaltensweisen vom objektiven Tatbestand nicht erfasst,

ein Hilfeleisten i.S.d. § 27 I StGB zu verneinen. Sie seien zwar mehr oder weniger zur Förderung der Begehung von Straftaten geeignet, doch allgemein sozialüblich. Im Grundsatz dürfe man darauf vertrauen, dass niemand diese Verhaltensweisen als Anlass zur Begehung von Straftaten missbrauchen werde¹⁴³.

Andere arbeiten mit der Lehre von der *objektiven Zurechenbarkeit*¹⁴⁴: Wer sich i.R.d. normativ Erlaubten halte, sei strafrechtlich nicht dafür verantwortlich, wenn andere dieses Verhalten zur missbilligten Gefahrschaffung missbrauchen¹⁴⁵.

Demnach entfällt hier der objektive Tatbestand.

b) „Subjektive Theorien“

Auch werden solche Geschäfte nicht generell aus dem Kreis potentieller Hilfeleistungen ausgeschlossen und auf den Vorsatz des Helfers abgestellt.

Bei berufsspezifischem Handeln mit bloßem *Eventualvorsatz* wird z.T. strafbare Beihilfe verneint¹⁴⁶.

Die Rspr. verlangt sog. *Tatförderungswillen*, also das Bewusstsein und den Willen, die Tat eines anderen zu fördern. „Weiß der Hilfeleistende [...] nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, daß sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn

¹⁴⁰ Hartmann, ZStW 116 (2004), 585 (585).

¹⁴¹ Zu den Begrifflichkeiten: Otto, Festschrift für Lenckner (1998), S. 193 (200 f.); Beckemper, JURA 2001, 163 (163); aktuell zum Problemkreis: OLG Köln, JA 2011, 472 (Kudlich).

¹⁴² Vgl. Roxin, AT 2 (2003), § 26 Rdnr. 220; Wessels/Beulke, AT, 41. Aufl. (2011), Rdnr. 582a; Wohlleben, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen (1996), S. 4.

¹⁴³ So Rudolphi/Stein, in SK/StGB, Bd. 1, 119. Lfg. (09/2009), § 13 Rdnr. 44; i.E. ähnlich Murmann, JuS 1999, 548 (552).

¹⁴⁴ Gropp, AT, 3. Aufl. (2005), § 10 Rdnr. 154b; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. (2011), § 27 Rdnr. 2a.

¹⁴⁵ Kretschmer, JURA 2008, 271 (271).

¹⁴⁶ Otto, Festschrift für Lenckner (1998), S. 194 (214 f.).

fehandlung zu beurteilen, es sei denn das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, daß er sich mit seiner Hilfeleistung „die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein“ ließ“¹⁴⁷.

Ferner wird zwischen der „sicheren *Kenntnis des täterschaftlichen Deliktsentschlusses* und dem bloßen *Rechnen mit einer solchen Möglichkeit*“¹⁴⁸ seitens des Helfers differenziert. Im letzten Falle sei unter Anwendung des Vertrauensgrundsatzes eine Beihilfe abzulehnen. Man dürfe „dar- auf vertrauen, daß andere keine vorsätzli- chen Straftaten begehen“, solange eine „erkennbare Tatgeneigtheit“ des anderen diese Annahme nicht entkräftet.¹⁴⁹ Dafür bedürfe es konkreter, die Wahrscheinlich- keit eines deliktischen Verwendungszwecks nahelegenden Anhaltspunkte, was bspw. anzunehmen sei, wenn „Teilnehmer einer erbittert geführten Straßenschlacht“ in einem in Sichtweite des Geschehens liegenden Geschäfts Waffen kaufen. Dann könne der mit der Benutzung der Waffen zur Begehung von Körperverletzungen rechnende Verkäufer wegen einer beding- ten vorsätzlich begangenen Beihilfe zu diesen Taten bestraft werden¹⁵⁰.

Danach entfällt eine Strafbarkeit Vs: Er handelte mit Eventualvorsatz (s.o.), das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhal- tens Ts war nicht hoch genug, können die von T gestellten Fragen nach Durch-

schlagskraft, Reichweite und Zielgenauig- keit doch nicht nur für einen möglichen Straftäter, sondern z.B. auch für einen ver- sierten Sportschützen von Bedeutung sein. Ferner liegt weder sichere Kenntnis Vs noch erkennbare Tatgeneigtheit Ts vor.

c) Anderen Stimmen nach soll bei einem neutralen Geschäft des Alltages die Rechtswidrigkeit wegen Einhaltung des *erlaubten Risikos* zu verneinen sein¹⁵¹. Auch danach bliebe V im Ergebnis straf- los.

d) Vereinzelt werden jedwede *Einschrän- kungen abgelehnt*¹⁵².

e) Sicher haben alle vorgestellten Vor- schläge ihre *Schwächen*. Der Begriff des Sozialadäquanz ist unbestimmt, lässt er- hebliche Wertungsspielräume zu und gestat- tet keine trennscharfe Abgrenzung¹⁵³. Identisches gilt für das Abstellen auf ein erlaubtes Risiko i.R.d. objektiven Zure- chenbarkeit¹⁵⁴. Den subjektiven Theorien wird vorgeworfen, sie liefen auf ein Gesin- nungsstrafrecht hinaus, da neutrale Hand- lungen nur strafbar seien, wolle der Helfer etwas Böses damit¹⁵⁵. Gegen Korrekturen

¹⁴⁷ So BGHSt 46, 107 (112); ebenso NStZ 2000, 34 (34); OLG Köln, JA 2011, 472 (474); Hoffmann-Holland, AT, 2. Aufl. (2011), Rdnr. 588.

¹⁴⁸ Roxin, AT 2 (2003), § 26 Rdnrn. 220, 243 m.w.N. (Hervorhebung durch Verf.).

¹⁴⁹ Roxin, AT 2 (2003), § 26 Rdnrn. 241, 243 m.w.N.

¹⁵⁰ Roxin, AT 2 (2003), § 26 Rdnr. 241.

¹⁵¹ Vgl. die Nachw. bei Wessels/Beulke, AT, 4. Aufl. (2010), Rdnr. 583a; für eine Lösung auf dieser Ebene Arzt, in: ders./Weber, BT (2000), § 26 Rdnr. 10.

¹⁵² Beckemper, JURA 2001, 163, (169); Niedermair, ZStW 107 (1995), 507 (543 f.); so auch Heinrich, AT 2, 2. Aufl. (2010), Rdnr. 1331, der aber das Vorliegen von Eventualvorsatz besonders kritisch prüfen will und damit i.E. den o.g. „subjektiven Theorien“ nahe kommt.

¹⁵³ Hoffmann-Holland, AT, 2. Aufl. (2011), Rdnr. 587; Heinrich, AT 2, 2. Aufl. (2010), Rdnr. 1332; vgl. Beckemper, JURA 2001, 163 (166).

¹⁵⁴ Vgl. Hoffmann-Holland, AT, 2. Aufl. (2011), Rdnr. 587.

¹⁵⁵ Heinrich, AT 2, 2. Aufl. (2010), Rdnr. 1333.

auf Rechtswidrigkeitsebene wird vorgebracht, damit würde ein übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund geschaffen¹⁵⁶. Die Begründungsschwächen der einschränkenden Theorien ist so auch Argument gegen Einschränkungen¹⁵⁷. Diese Betrachtung geht indes an den sozialen Gegebenheiten vorbei, macht jedes soziale Miteinander unmöglich und konterkariert die Zielsetzung eines auch präventiv-regulativen Strafrechts¹⁵⁸.

Eine „Beihilfe durch neutrale Geschäfte“ kann begrifflich nur vorliegen, wenn alle Voraussetzungen einer Beihilfe, insb. der Vorsatz, gegeben sind. Fehlt der Vorsatz, kommt Beihilfe - auch durch neutrale Geschäfte - nicht in Betracht¹⁵⁹. Fahrlässige Beihilfe ist nicht strafbar. Neutrale Geschäfte/Handlungen per se existieren nicht¹⁶⁰. Ihre subjektive Zwecksetzung kann sie zu deliktischen machen, sie bestimmt damit über den Charakter der Handlung im Einzelfall, weshalb es auf sie ankommt und eine nur objektive Betrachtung nicht zielführend sein kann¹⁶¹. Dem folgend entfällt der subjektive Tatbestand¹⁶².

5. Ergebnis

Eine Strafbarkeit Vs gem. §§ 212 I, 22, 23 I Var. 1, 12 I, 27 (§ 28 II) StGB ist zu verneinen.

Das Ausgeführte gilt auch für eine gleichfalls zu verneinende Beihilfe Vs zu der von T verübten gefährlichen Körperverletzung.

II. Gesamtergebnis

A ist strafbar gem. § 212 I StGB.

T ist strafbar gem. §§ 211, 26, 28 II - 53 I - 211, 22, 23 I Var. 1, 12 I; § 224 I; § 52 I StGB. V ist nicht strafbar.

¹⁵⁶ *Heinrich*, AT 2, 2. Aufl. (2010), Rdnr. 1334;

Beckemper, JURA 2001, 163 (169).

¹⁵⁷ *Beckemper*, JURA 2001, 163 (163, 169).

¹⁵⁸ So *Rotsch*, JURA 2004, 14 (16).

¹⁵⁹ *Beckemper*, JURA 2001, 163, (168); *Rotsch*, in: ders./Nolte/Peifer/Weitemeyer, Die Klausur im Ersten Staatsexamen (2003), 326 (342 Fn. 89).

¹⁶⁰ *Frister*, AT, 4. Aufl. (2008), 28. Kap., Rdnr. 45; *Ambos*, JA 2000, 721 (724); in diese Richtung: *Rotsch*, JURA 2004, 14 (19).

¹⁶¹ Auch *Ambos*, JA 2000, 721 (724); ähnlich *Gaede*, JA 2007, 757 (760); *Frister*, AT, 4. Aufl. (2009), 28. Kap., Rdnr. 45; *Hoffmann-Holland*, AT, 2. Aufl. (2011), Rdnr. 588.

¹⁶² Dogmatische Verortung der Thematik und Prüfungsort sind wie gesehen uneinheitlich. Der Prüfung am hier gewählten Standort (so schon

Rotsch, in ders./Nolte/Peifer/Weitemeyer, Die Klausur im Ersten Staatsexamen (2003), 326 (342 Fn. 89); *ders.*, JURA 2004, 14 (21); *Sahan*, ZJS 2008, 177 (181 f.)) mag (vergleichbar mit der Kritik an der reinen eingeschränkten Schuldtheorie beim Erlaubnistatbestandsirrtum) vorgeworfen werden, es sei systematisch unsauber, ein auf einer früheren Ebene bereits bejahtes Element („später“) wieder entfallen zu lassen. Doch wurde jedenfalls nachgewiesen, dass eine Beihilfe durch neutrale Handlungen überhaupt vorlag.

Prozessrechtlicher Teil

Aufgabe 1

Staatsanwalt S ist zur Erhebung der öffentlichen Klage verpflichtet, obwohl er das ermittelte Verhalten für (materiellrechtlich) nicht strafbar hält, darf also das Verfahren nicht nach § 170 II StPO einstellen, wenn die Staatsanwaltschaft an (die vorliegende) höchstrichterliche Rspr.¹⁶³ gebunden ist.

I. Bindung der Staatsanwaltschaft an höchstrichterliche Rspr.

Es lassen sich im Wesentlichen zwei¹⁶⁴ gegensätzliche Meinungen ausmachen. Gegen eine Bindung wird die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft nach § 150 GVG sowie ihre Stellung als „Herrin“ des Ermittlungsverfahrens angeführt¹⁶⁵. Die Staatsanwaltschaft sei lediglich zur richtigen Rechtsanwendung verpflichtet¹⁶⁶. Zwar könne eine feste Rspr. den gegenteiligen Standpunkt als aussichtslos erscheinen lassen, erzeuge doch keine Bindungswirkung¹⁶⁷. Wird der Staatsanwaltschaft eine unabhängige Rechtsbeurteilungskompetenz zugestan-

den, so würde sie sich gleichwohl keine Rechtsprechungsmacht anmaßen, was die der Staatsanwaltschaft zugewiesenen Einstellungsmöglichkeiten aus Opportunitätsgründen (§§ 153 ff. StPO) belegten¹⁶⁸. Dem wird *entgegen*, in einem demokratischen Verfassungsstaat (Art. 20 III GG) stehe die letzte Entscheidung über die Gesetzesauslegung der unabhängigen Judikative zu. Unter der Voraussetzung einer hinreichend festen höchstrichterlichen Rspr. wird eine Bindungswirkung mit Blick auf die Gewaltenteilung und Art. 92 GG, wonach die rechtsprechende Gewalt ausschließlich den Gerichten zugewiesen ist, bejaht¹⁶⁹. Aufgrund des Anklagemonopols der Staatsanwaltschaft wäre der Judikative die Möglichkeit, über ein Rechtsverhältnis abschließend zu befinden, genommen, wenn die Staatsanwaltschaft trotz hinreichender Verurteilungswahrscheinlichkeit einstellen dürfte¹⁷⁰. Bei Ablehnung einer Bindung werde der gesetzliche Gang der Strafverfolgung durch Opportunitätsabwägungen unzulässig gehemmt und im Ergebnis hinge die Verfolgung von Straftaten von der Rechtsmeinung der ausführenden Gewalt ab, was eine Missachtung der Gewaltenteilung (Art. 20 II S. 2 GG) bedeute¹⁷¹.

Die Verneinung einer Bindung würde die Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 3 I GG) beseitigen und die Einheit der Rechtsanwendung zerstören¹⁷². Dann sei beachtliche

¹⁶³ Grundlegend BGHSt 15, 155 (158 ff.), Bespr. *Dünnebier*, JZ 1961, 312 ff.; *Eb. Schmidt*, MDR 1961, 269 ff.

¹⁶⁴ Zu einem vereinzelt geliebten vermittelnden Standpunkt *Krey*, StrafverfahrensR I, 2006, Rdnrn. 150 – 152; *ders.*, StrafverfahrensR I, 1988, Rdnr. 353, Begründung und Konsequenzen: Rdnrn. 354 - 356.

¹⁶⁵ Vgl. *Pfeiffer*, StPO, 5. Aufl. (2005), § 152 Rdnr. 2 a.E. m.w.N.

¹⁶⁶ *Pfeiffer*, StPO, 5. Aufl. (2005), § 152 Rdnr. 2; *Schoreit*, in: KK/StPO, 6. Aufl. (2008), § 152 Rdnr. 35 m.w.N.

¹⁶⁷ *Schoreit*, in: KK/ StPO, 6. Aufl. (2008), § 152 Rdnr. 35; *Pfeiffer*, StPO, 5. Aufl. (2005), § 152, Rdnr. 2 m.w.N.

¹⁶⁸ *Kretschmer*, JURA 2004, 452 (454).

¹⁶⁹ *Beulke*, StrafprozessR, 10. Aufl. (2010), Rdnr. 90.

¹⁷⁰ *Beulke*, StrafprozessR, 10. Aufl. (2010), Rdnr. 90.

¹⁷¹ *Schmid*, in: KK/StPO, 6. Aufl. (2008), § 170 Rdnr. 6 m.w.N.

¹⁷² BGHSt 15, 155 (158 f.); *Schmid*, in: KK/StPO, 6. Aufl. (2008), § 170 Rdnr. 6 je m.w.N.

Rechtsungleichheit und –unsicherheit gegeben, da es nicht angehen könne, dass ein identisches Verhalten je nach örtlich zuständiger Staatsanwaltschaft einmal als strafbar und ein anderes Mal als nicht strafbar angesehen wird¹⁷³. Dem wird wiederum entgegengehalten, die Rechtsordnung selbst akzeptiere die Uneinheitlichkeit der Rechtsanwendung insofern, als dass erst auf der Ebene der Revisionsgerichte dieselbe durch Vorlagepflichten vereinheitlicht werde¹⁷⁴. Es sei zu berücksichtigen, dass die Staatsanwaltschaft eine hierarchische und monokratische Institution ist: Notfalls bilde die Generalstaatsanwaltschaft aufgrund des Weisungsrechts nach §§ 146, 147 GVG die eine Rechtsauffassung für den Bezirk eines Oberlandesgerichts¹⁷⁵.

Den Strafverfolgungsorganen ist es nach dem Legalitätsprinzip verwehrt, nach pflichtgemäßem Ermessen oder i.R.e. Beurteilungsspielraums zwischen der Verfolgung oder Nichtverfolgung einer Straftat zu wählen. Vielmehr existiert für die Polizei eine Pflicht zur Strafverfolgung und für die Staatsanwaltschaft ein Verfolgungs- und Anklagezwang¹⁷⁶. Dieses Prinzip ist die Konsequenz des Offizialprinzips, und es streite für die Bindung. Alles andere als eine Bindung begründe einen Widerspruch zu § 170 I StPO. Danach „erhebt die Staatsanwaltschaft“ die öffentliche Klage, wenn „die Ermittlungen genügenden Anlaß“ bieten. Ein solcher genügender Anlass liegt bei hinreichendem Tatverdacht, also

der Wahrscheinlichkeit der späteren Verurteilung, gerade vor¹⁷⁷. Ist der betreffende (ermittelte) Sachverhalt nach fester höchstrichterlicher Rspr. strafbar, so besteht gerade diese Verurteilungswahrscheinlichkeit. Die Verfolgung von Straftaten sei (abgesehen von den gesetzlichen Ausnahmen) die aus dem Legalitätsprinzip erwachsende Pflicht der Staatsanwaltschaft, ohne der ihr Anklagemonopol unberechtigt sei¹⁷⁸, weswegen eine Bindung zu bejahen sei.

II. „Feste“ höchstrichterliche Rspr.

Die genannten Meinungsverschiedenheiten können für vorliegenden Fall ohne Bedeutung sein:

1) Eine Bindung - sollte sie nicht von vornherein abgelehnt werden - soll nach Rspr. des BGH nur zu bejahen sein, wenn eine „feste höchstrichterliche“ Rspr. gegeben ist. „Über [...diese...] darf sich die Anklagebehörde, auch wenn sie ihr nicht beitrifft, nicht hinwegsetzen“¹⁷⁹. Dementsprechend ist fraglich, wann eine Rspr. als in diesem Sinne (hinreichend) fest anzusehen ist. Hierfür werden eindeutige Urteile des BGH, eine ständig unangefochtene Rspr. unterer Gerichte¹⁸⁰, eine „feste“ Spruchpraxis gefordert oder verlangt, dass die Rspr. zu Gewohnheitsrecht erstarkt ist¹⁸¹. Vorliegend verneinen die überwie-

¹⁷³ Vgl. *Jahn*, JuS 2007, 691 (692).

¹⁷⁴ *Kretschmer*, JURA 2004, 452 (454).

¹⁷⁵ *Kretschmer*, JURA 2004, 452 (454 vgl. auch 457).

¹⁷⁶ Dazu *Krey*, StrafverfahrensR I, 2006, Rdnr. 411 m.w.N.

¹⁷⁷ Vgl. *OLG Rostock*, NStZ-RR 1996, 272 (272); *Pfeiffer*, StPO, 5. Aufl. (2005), § 170 Rdnr. 1 je m.w.N.

¹⁷⁸ BGHSt 15, 155 (159).

¹⁷⁹ So BGHSt 15, 155 (158 f.) m.N.

¹⁸⁰ *Beulke*, StrafprozessR, 10. Aufl. (2010), Rdnr.90.

¹⁸¹ Vgl. die Nachw. bei *Jahn*, JuS 2007, 691 (692), Fn. 4).

gende Ansicht in der Lit. und einige Oberlandesgerichte die Tatbestandserfüllung. Es besteht nur *ein* gegenteiliges Urteil des BGH, weshalb vorgenannte Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

„Bestehen vereinzelte, beiläufige oder einander widersprechende höchstrichterliche Entscheidungen, so sind die darin enthaltenen Gedanken bei der Prüfung zu berücksichtigen“¹⁸². Eine „vereinzelte“ Entscheidung des BGH oder eines OLG soll jedenfalls nicht genügen, es sei denn der Entscheidung des BGH folgten Oberlandesgerichte¹⁸³.

Danach ist die erforderliche feste Rspr. nicht gegeben. Daran ändert nach den eigenen Vorgaben des BGH auch nichts, dass in dem einzigen Urteil die Rspr. der Oberlandesgerichte erörtert und abgelehnt wurde. Selbst bei Bejahung einer Bindung ist die hierfür (fast einhellig) geforderte feste Rspr. nicht gegeben¹⁸⁴.

2) Mithin besteht jedenfalls keine feste Rspr. und damit selbst nach der Auffassung des BGH keine Bindungswirkung, weshalb o.g. Meinungsunterschiede dahin stehen können. Indem S sich mit den verschiedenen Ansichten eingehend auseinandersetzt, genügt er den vom BGH aufgestellten Anforderungen.

III. Ergebnis

S darf einstellen.

Aufgabe 2

I. Devolutionsrecht, § 145 Abs. 1 Var. 1 GVG

W kann sein Ziel dadurch erreichen, dass er gem. § 145 I Var. 1 GVG die Amtsverrichtung selbst übernimmt, er also die gewünschte Anklage selbst erhebt.

II. Substitutionsrecht, § 145 Abs. 1 Var. 2 GVG

Weiterhin kann W S die (konkrete) Amtsverrichtung entziehen und einen anderen Staatsanwalt mit dieser betrauen (§ 145 Abs. 1 Var. 2 GVG).

III. Weisungsrecht, § 146 GVG

In Betracht kommt hier nur das sog. interne Weisungsrecht (§ 147 Nr. 3 GVG), das dem ersten Beamten bei den Landgerichten (=Leitender Oberstaatsanwalt, hier W) hinsichtlich aller Beamten seines Bezirks zukommt¹⁸⁵.

Endlich kann W S eine Weisung erteilen, die gewünschte Anklage zu erheben. Nach überwiegender Ansicht ist eine Befolgungspflicht zu bejahen, auch wenn der betreffende Staatsanwalt (hier S) gegenteiliger Rechtsüberzeugung ist¹⁸⁶. Gleichwohl erscheint es angesichts der vorgenannten Möglichkeiten nicht notwendig, einen Staatsanwalt zu einer mit seiner Rechtsauffassung unvereinbaren Anklage zu veranlassen. Wegen der persönlichen Rechtsüberzeugung ist insofern von einer Be-

¹⁸² So BGHSt 15, 155 (158).

¹⁸³ Krey, StrafverfahrensR I, 1988, Rdnr. 352 m.N.

¹⁸⁴ Zu einer vorliegend nur vermeintlich zu einem anderen Ergebnis kommenden Entscheidung vgl. OLG Zweibrücken, JuS 2007, 691 (691)(Jahn).

¹⁸⁵ In § 147 Nr. 1 und 2 GVG wird demgegenüber das sog. externe Weisungsrecht geregelt, dazu: Kretschmer, JURA 2004, 452 (457 f.).

¹⁸⁶ Hillenkamp, JuS 2003, 157 (165); Kretschmer, JURA 2004, 452 (457 f.) m.w.N.

schränkung der Ausübung des Weisungsrechts bzw. einer Ermessensreduzierung auszugehen, so dass das Devolutions- und Substitutionsrecht grundsätzlich vorrangig ist (es sei denn, die Akten wären z.B. so umfangreich, dass das Einarbeiten zu beachtlichen Verfahrensverzögerungen führen würde)¹⁸⁷.

IV. Ergebnis

W muss das ihm zustehende Devolutions- oder Substitutionsrecht wahr nehmen.

¹⁸⁷ *Hillenkamp*, JuS 2003, 157 (165) m.w.N.;
Kretschmer, JURA 2004, 452 (458).

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE



TSP

Köpfe gesucht.

Referendarinnen / Referendare

Praktikantinnen / Praktikanten

TSP ist eine wirtschaftsrechtlich ausgerichtete Kanzlei mit mehreren Standorten im In- und Ausland. Mit mehr als 50 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten beraten wir Unternehmen und Banken umfassend auf allen Gebieten des Wirtschaftsrechts mit starker internationaler Ausrichtung.

Wir freuen uns immer, ambitionierte und qualifizierte Referendare und Praktikanten bei uns aufzunehmen. Dies sehen wir auch als ideale Möglichkeit des gegenseitigen Kennenlernens. Viele unserer früheren Referendare sind heute unsere Kollegen und Partner. Sprechen Sie uns an.

Thümmel, Schütze & Partner | Rechtsanwalt Dr. Andreas Chmel | Urbanstraße 7 | 70182 Stuttgart
T +49 (0)711.1667-152 | Fx +49 (0)711.1667-290 | andreas.chmel@tsp-law.com

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

www.tsp-law.com



Dr. Marcel Kau, LL.M. (Georgetown)*

Examensklausur im Öffentlichen Recht: „Unruhe am St. Katharinen-Stift“

I. Sachverhalt:

R ist Wohnungseigentümer eines Apartments in der großen, kreisfreien Stadt K/Baden-Württemberg. Unmittelbar angrenzend soll das in privater Trägerschaft stehende, bisherige Alten- und Pflegeheim „St. Katharinen-Stift“ saniert und in eine psychiatrische Klinik umgewandelt werden. Das Gebiet um den St. Katharinen-Stift herum, für das noch kein Bebauungsplan besteht, ist weitgehend mit zweigeschossigen Apartmentgebäuden aus den 1980er Jahren bebaut, in denen vorwiegend gut verdienende Singles und kinderlose Ehepaare wohnen. Um die Gefahr von Ausbrüchen aus der psychiatrischen Klinik zu mindern, ist vorgesehen, rund um das Gelände eine etwa 4 Meter hohe, aus Stahlgitterelementen bestehende Zaunanlage mit Übersteigschutz zu errichten. Erste Zaunteile wurden bereits geliefert. Sie lagern auf dem Gelände des St. Katharinen-Stifts. Außerdem wurde mit Aushubarbeiten begonnen.

Als R die beginnenden Arbeiten sieht und aus der Presse von der für die Zaunanlage erteilten Baugenehmigung

und den Hintergrund des geplanten Vorhabens erfährt, ist er erschüttert. Er erhebt sofort Widerspruch und stellt zugleich bei dem örtlich zuständigen Verwaltungsgericht einen Antrag auf „Eilrechtsschutz“, in dem er insbesondere darum bittet, das Gericht möge verhindern, dass vollendete Tatsachen geschaffen werden. R beruft sich darauf, dass die Errichtung der Zaunanlage unzulässig sei, weil sich das Vorhaben nicht in die nähere Umgebung einfüge. Darüber hinaus sei er (R) persönlich nicht am Baugenehmigungsverfahren beteiligt worden. Lediglich der als Verwalter der Apartment-Anlage tätige V habe ein Schreiben von der Stadt erhalten, dieses aber „aus chronischer Unzuverlässigkeit“ nicht an die einzelnen Wohnungseigentümer weitergeleitet, sondern ohne Überlegung sein Einverständnis erklärt. Der Zaun als Vorhaben verstoße überdies gegen das nachbarrechtliche Rücksichtnahmegebot, weil von ihm unzumutbare Belästigungen und Störungen sowie auch potentielle Gefahren ausgingen.

Im Übrigen habe die Unterbringung psychisch kranker Personen, wegen des damit verbundenen erhöhten Sicherheitsrisikos, negative Auswirkungen auf die nahegelegenen Wohngrundstücke. Was den R besonders schmerzt ist der Umstand, dass damit neben einer Abwertung der Wohn-

* Der Autor ist Akademischer Mitarbeiter am Forschungszentrum Ausländer- und Asylrecht (FZAA) der Universität Konstanz.

qualität auch eine Wertminderung der Grundstücke verbunden ist. Weiter sei zu befürchten, dass Patienten der psychiatrischen Klinik trotz der baulichen Maßnahmen entweichen und das Wohnviertel „in Angst und Schrecken“ versetzen würden

Wie wird das Gericht entscheiden?

Zusatzfrage:

Wie ist es zu beurteilen, wenn der private Klinikbetreiber bereits vor 2 ½ Jahren einen Bauvorbescheid für die Errichtung der Zaunanlage erhalten hat, die Stadt K nun aber von der ursprünglich rechtmäßigen Erlaubnis abrücken möchte?

Bearbeitungsvermerk:

Prüfen Sie alle aufgeworfenen rechtlichen Fragen, ggf. auch hilfsgutachtlich. Gehen Sie davon aus, dass eine Zaunhöhe von 4 Metern zur Unterbindung von Ausbruchversuchen erforderlich ist.

II. Gliederung:

A. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO)

I. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

II. Nichtverfassungsrechtlicher Art

B. Zulässigkeit

I. Statthaftes Verfahren

a) Antrag eines Dritten auf Aussetzung der Vollziehung (§ 80 a III S.1, I Nr.2 i.V.m. § 80 IV VwGO)

Problem: Entweder Untersagung der Vollziehung durch die Verwaltung oder Anordnung einer aufschiebenden Wirkung

b) Statthaftigkeit der Anfechtungsklage in der Hauptsache (§ 42 I, 1. Alt. VwGO)

II. Zuständiges Gericht

Gericht der Hauptsache (§§ 80 a III 2, 80 V ff. i.V.m. §§ 45, 52 Nr. 1 VwGO)

III. Antragsbefugnis (§ 42 II VwGO analog)

Problem: Feststellung der drittschützenden Normen (hier: § 34 II BauGB i.V.m. § 3 BauNVO, § 31 II BauGB sowie § 15 I 2 BauNVO)

IV. Beteiligtenfähigkeit (§ 61 Nr. 1 VwGO)

V. Richtiger Antragsgegner (§ 78 VwGO)

VI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

VII. Form und Frist (§ 81 VwGO)

VIII. Notwendige Beiladung (§ 65 II VwGO)

C. Begründetheit

Erfolgsvoraussetzungen des Antrags auf Aussetzung der Vollziehung (§ 80 a III S.1, I Nr.2 i.V.m. § 80 IV VwGO)

I. Formelle Voraussetzungen

1. Zuständigkeit für Entscheidungen (§ 80 a III S.1 VwGO)

2. Antrag des Dritten (§ 80 a III S.1, I Nr. 2 VwGO)

II. Materielle Voraussetzungen

1. Summarische Prüfung: Suspensivinteresse des R muss Vollziehungsinteresse der Klinik/der Behörde überwiegen:

z.B., wenn die Baugenehmigung offenkundig rechtswidrig ist.

z.B., wenn die Erfolgsaussichten unklar sind: Ermessensentscheidung unter Abwägung des öffentlichen Interesses (Drittbegünstigteninteresses) und des Aussetzungsinteresses des Klägers

2. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

a) Ermächtigungsgrundlage für die Erteilung der Baugenehmigung (§ 58 I LBO BW)

b) Formelle Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung

aa) Zuständigkeit: Gemeinde als untere Baurechtsbehörde (§§ 48, 46 LBO BW)

bb) Verfahren

Problem: Angrenzerbenachrichtigung bei WEG (§ 55 I LBO BW)

Problem: Anhörung des R im Vw-Verfahren (§§ 28, 45 I Nr. 3, II LVwVfG), Heilung im WS-Verfahren.

c) Materielle Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung

Problem: Genehmigungsbedürftigkeit (§ 49 I LBO BW)

aa) Bauliche Anlage (§ 2 I LBO BW)

bb) Genehmigungsfreiheit (§ 50 Abs. 1 LBO BW i.V.m. Anhang)

Problem: Einerseits Anhang Nr. 45 „Einfriedung“, andererseits Nr. 47 Hinweis auf Stützmauern bis 2 m Höhe

cc) Genehmigungsfähigkeit

Problem: Vereinbarkeit mit BauGB und BauNVO (§§ 29, 2 BauGB)

Problem: Zulässigkeit nach § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. BauNVO

Problem: Voraussetzungen für eine Befreiung nach § 34 II, Halbsatz 2 BauGB i.V.m. § 31 II BauGB

dd) Interessenabwägung

D. Ergebnis

E. Zusatzfrage

III. Lösung:

Der Antrag des R ist erfolgreich, wenn er zulässig und begründet sowie der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

A. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 VwGO)

I. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet sein. Eine aufdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Es müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit immer dann, wenn die streitentscheidenden Normen öffentlich-rechtlicher Natur sind (sog. modifizierte Subjektstheorie).¹ Dies ist der Fall, wenn ein Hoheitsträger durch die einschlägigen Normen berechtigt oder verpflichtet wird. Vorliegend sind vor allem Normen des Baurechts, namentlich der LBO BW, des BauGB und der BauNVO, anwendbar, die alle dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Folglich ist von einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit auszugehen.

II. Nichtverfassungsrechtlicher Art

Diese Streitigkeit müsste darüber hinaus auch nichtverfassungsrechtlicher Art sein. Von einer nichtverfassungsrechtlichen Streitigkeit ist dann auszugehen, wenn keine unmittelbar am Verfassungsleben beteiligten Rechtsträger (Bundesverfas-

sungsorgane) über unmittelbar in der Verfassung geregelte Rechte und Pflichten streiten (keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).² Weder R noch die Stadt K sind Verfassungsorgane des Grundgesetzes. Eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art ist damit gegeben. Schließlich ist auch keine abdrängende Sonderzuweisung erkennbar. Mithin ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet.

Weiterhin müsste der von R gestellte Antrag auf „Eilrechtsschutz“ zulässig sein. Dafür ist erforderlich, dass dieser statthaft ist. Die Statthaftigkeit eines Antrags richtet sich nach dem Klagebegehren (§ 88 VwGO). Der R möchte zunächst verhindern, dass „vollendete Tatsachen“ geschaffen werden. Auf lange Sicht möchte er die Errichtung der Zaunanlage und damit zugleich auch die Unterbringung psychisch kranker Personen im St. Katharinen-Stift verhindern.

B. Zulässigkeit

I. Statthaftes Verfahren

1. Antrag eines Dritten

Da der R nicht Adressat der Baugenehmigung ist, kommt aus seiner Position ein Antrag nach § 80 a Abs. 3 S.1, Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 80 Abs. 4 VwGO in Betracht. Danach kann ein Gericht auf Antrag Maßnahmen treffen, wenn die Voraussetzungen des § 80 a Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 VwGO gegeben sind. Die Baugenehmigung zur Errichtung der Zaunanlage stellt

¹ Vgl. *Rennert*, in: *Eyermann VwGO*, 13. Aufl., § 40 Rdnr. 31 f.; *Kopp/Schenke VwGO*, 16. Aufl., § 40 Rdnr. 6; eingehend: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth Verwaltungsrecht I*, 12. Aufl., § 22 Rdnr. 41 ff.

² Vgl. *Redeker/v. Oertzen VwGO*, 15. Aufl., § 40, Rdnr. 3; *Sodan/Ziekow VwGO*, 3. Aufl., § 40 Rdnr. 183 ff.

einen begünstigenden Verwaltungsakt dar, gegen dessen Vollziehung das Gericht nach § 80 a Abs. 1 Nr. 2 2. Alt. VwGO einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der Rechte Dritter treffen soll. Das gleiche prozessuale Ziel könnte auch dadurch erreicht werden, dass der Antrag des R auf „Eilrechtsschutz“ als Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des eingelegten Widerspruchs im Sinne von § 80 a Abs. 3 S.2 i.V.m. § 80 Abs. 5 S.1 VwGO gesehen wird, da dieser ohne die Anordnung des Gerichts wegen § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 212 a BauGB keine aufschiebende Wirkung hat.

2. Statthaftigkeit im Hauptsacheverfahren

Dann müsste im Weiteren eine Anfechtungsklage die statthafte Klage im Hauptsacheverfahren sein (§ 42 I, 1. Alt. VwGO). Mit der Anfechtungsklage kann die Aufhebung der Baugenehmigung für die Zaunanlage verfolgt werden, die einen begünstigenden Verwaltungsakt i.S. von § 35 LVwVfG darstellt. Somit liegt diese Voraussetzung vor.

II. Zuständiges Gericht der Hauptsache

Das für den Antrag nach § 80 a Abs. 3 VwGO zuständige Gericht ist das Gericht der Hauptsache (§§ 80 a III 2, 80 V ff. i.V.m. §§ 45, 52 Nr. 1 VwGO).

III. Antragsbefugnis

Weiterhin müsste der R nach § 42 Abs. 2 VwGO auch klagebefugt sein. Dies ist er dann, wenn seine Verletzung in einem subjektiven öffentlichen Recht möglich erscheint. Allerdings richtet sich die Baugenehmigung für die Zaunanlage nicht unmittelbar an den R, der somit nicht Adressat der hoheitlichen Maßnahme ist. Für die sog. Adressatenformel bleibt somit kein Raum.

Allerdings könnte der R auch als Drittbetroffener antragsbefugt sein, wenn die Möglichkeit bestünde, dass durch die Errichtung der Zaunanlage nachbarschützende Normen verletzt würden. Die Rechte des R als Nachbar werden u.a. durch die Vorschriften der § 34 Abs. 2 BauGB („*Eigenart der näheren Umgebung*“) i.V.m. § 3 BauNVO („*Reines Wohngebiet*“), § 31 BauGB („*Würdigung nachbarlicher Interessen*“) sowie des § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO („*Eigenart des Baugebiets*“) geschützt. Da die rechtliche Beurteilung des von R gestellten Antrags auf Erlass von Maßnahmen zur Sicherung seiner Rechte auch unter Anwendung dieser Rechtsvorschriften zu entscheiden ist, kann nicht schlechthin ausgeschlossen werden, dass eine dieser Vorschriften durch die Erteilung einer Baugenehmigung für die Zaunanlage verletzt worden ist. Mithin ist der R nach § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt.

IV. Beteiligtenfähigkeit

Die Beteiligtenfähigkeit des R als Antragsteller und der Stadt K als Antragsgegner ergibt sich jeweils aus § 61 Nr. 1 VwGO,

wobei die Stadt nach § 62 Abs. 3 durch den Bürgermeister vertreten werden muss.

V. Richtiger Antragsgegner

Richtiger Antragsgegner ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Stadt K.

VI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ergibt sich aufgrund mehrerer Gegebenheiten.

Zunächst wurde rechtzeitig Widerspruch erhoben, was auch notwendig war, da kein Fall des § 15 AGVwGO vorlag. Allerdings hatte der Widerspruch wegen § 212 a BauGB keine aufschiebende Wirkung, so dass bis zur Entscheidung der Hauptsache möglicherweise schon Fakten geschaffen werden, die nicht oder nur mit erheblichem Aufwand später wieder beseitigt werden können. Schließlich ist auch keine vorherige Befassung der Behörde mit dem Vorgang erforderlich (§ 80 a Abs. 3 S. 2, § 80 Abs. 6 VwGO).

VII. Form und Frist

Die Vorschrift für Form (§ 81 VwGO) ist als gewahrt anzusehen. Fristvorschriften bestehen bei Anträgen nach § 80 a VwGO nicht.

Zwischenergebnis: Der Antrag ist mithin zulässig.

VIII. Notwendige Beiladung

Im Weiteren ist auch der Klinikträger notwendig beizuladen (§ 65 Abs. 2 VwGO).³

C. Begründetheit

Erfolgsvoraussetzungen des Antrags

Der Antrag zum Erlass von Maßnahmen zur Sicherung von Rechten Dritter nach § 80 a Abs. 3 S. 1, Abs. 1 Nr. 2 2. Alt. i.V.m. § 80 Abs. 4 VwGO erfordert es, dass die formellen und materiellen Voraussetzungen des Antrags erfüllt sind, insbesondere muss das Suspensivinteresse des R das Vollziehungsinteresse der Klinik bzw. der Behörde überwiegen.⁴ Sofern ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 a Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO angenommen wurde, gilt hierfür derselbe Maßstab.

I. Formelle Voraussetzungen

Im Weiteren müssen die formellen Voraussetzungen des Verfahrens erfüllt sein.

1. Zuständigkeit für Entscheidungen

Zuständiges Gericht ist das Hauptsachegericht (§ 80 a Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 80 Abs. 5 bis 8 VwGO).

³ Vgl. *Sodan/Ziekow* VwGO, 3. Aufl., § 80 a Rdnr. 22.

⁴ Vgl. *Schmidt*, in: *Eyermann VwGO*, 13. Aufl., § 80 a Rdnr. 16; *Sodan/Ziekow* VwGO, 3. Aufl., § 80 a Rdnr. 25.

2. Antrag des Dritten

Der hierfür erforderliche Antrag des R ist gestellt (§ 80 a Abs. 3 S. 1, Abs. 1 Nr. 2 VwGO).

II. Materielle Voraussetzungen

Außerdem müssen die materiellen Voraussetzungen erfüllt sein, d.h. bei summarischer Prüfung muss das Suspensivinteresse des R das Vollzugsinteresse der Klinik bzw. der Behörde überwiegen.

1. Summarische Prüfung der abzuwägenden Interessen

Hiervon ist insbesondere dann auszugehen, wenn die Baugenehmigung zu Gunsten der Klinik offenkundig rechtswidrig ist. Sind hingegen die Erfolgsaussichten in der Hauptsache nach summarischer Prüfung unklar, so trifft das Gericht eine Ermessensentscheidung unter Abwägung des öffentlichen Interesses an der Vollziehung (Drittbegünstigteninteresses) und des Interesses des Antragstellers an der Aussetzung der Vollziehung bzw. einer Schutzmaßnahme zugunsten seiner Rechte.⁵

2. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Die Erfolgsaussichten in der Hauptsache richten sich danach, ob der Verwaltungsakt, vorliegend die Baugenehmigung, rechtmäßig ist.

a) Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für die Erteilung der Baugenehmigung dient § 58 I LBO BW.

b) Formelle Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung:

aa) Zuständigkeit

Die Zuständigkeit der kreisfreien Stadt K für die Erteilung der Baugenehmigung ergibt sich aus §§ 48, 46 LBO BW.⁶

bb) Verfahren

aaa) Angrenzerbenachrichtigung

Fraglich ist im Weiteren, ob eine ordnungsgemäße Angrenzerbenachrichtigung nach § 55 LBO BW erfolgt ist. Danach ist die Gemeinde grundsätzlich verpflichtet, alle Eigentümer angrenzender Grundstücke zu benachrichtigen.⁷ Im Falle des R geschah dies jedoch nicht. Allerdings ist nach § 55 Abs. 1 Satz 2 LBO BW bei Eigentümergemeinschaften nach dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG) ausreichend, dass der jeweilige Verwalter informiert wurde.⁸ Auch wenn dieser die entsprechenden Vordrucke der Stadt nicht an die einzelnen Wohnungseigentümer weitergeleitet, sondern ohne Rücksprache mit diesen sein Einverständnis erklärt hat, ist dies für die Erfüllung der Angrenzerbenachrichtigungspflicht der Stadt K unerheblich. Sie ist ihren Pflichten in der vom Gesetz vorgesehenen Form nachgekommen. Etwaige Versäumnisse des Verwal-

⁵ Vgl. *Redeker/v. Oertzen* VwGO, 15. Aufl., § 80 a Rdnr. 11; *Schmidt*, in: *Eyermann* VwGO, 13. Aufl., § 80 a Rdnr. 73 ff.

⁶ Vgl. *Sauter*, in: *Komm. z. LBO*, § 46 Rdnr. 5.

⁷ Hierzu *Ebda.*, § 55, Rdnr. 5.

⁸ *BGH*, NJW 1981, 282.

ters müssen sich die Wohnungseigentümer zuschreiben lassen, die diesen trotz wiederholter Probleme nicht von seinen Pflichten entbunden haben (Stichwort: „chronische Unzuverlässigkeit“).

bbb) Anhörung

Etwaige Mängel der Anhörung (vgl. §§ 28, 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 sowie § 13 Abs. 2 S. 2 LVwVfG) sind zwischenzeitlich durch das Widerspruchsverfahren als geheilt zu betrachten (§ 45 Abs. 2 LVwVfG).

c) Materielle Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung

Nach § 58 Abs. 1 LBO BW ist die Baugenehmigung für genehmigungsbedürftige Vorhaben dann materiell rechtmäßig, wenn keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.

Es fragt sich jedoch zunächst, ob die Errichtung der Wohnanlage i.S.v. § 49 Abs. 1 LBO BW überhaupt genehmigungsbedürftig ist.

aa) Bauliche Anlage

Zunächst ist die Zaunanlage als „bauliche Anlage“ im Sinne von § 2 Abs. 1 LBO BW anzusehen.⁹ Im Weiteren ist ihre Errichtung unabhängig von der Nutzungsänderung des Krankenhauses zu beurteilen.

bb) Genehmigungsfreiheit

Für die Frage der Genehmigungsfreiheit sind vor allem die Feststellungen des § 50 Abs. 1 LBO BW i.V.m. dem hierzu bestehenden Anhang maßgebend. Nach

den Angaben im Anhang wird zunächst nach Nr. 45 festgelegt, dass „Einfriedungen im Innenbereich“ grundsätzlich genehmigungsfrei sind.¹⁰ Nach den Schilderungen handelt es sich bei dem Wohngebiet um den St. Katharinen-Stift, das vor allem mit zweigeschossigen Apartmentgebäuden aus den 1980er Jahren bebaut ist, um einen solchen Innenbereich. Damit wäre davon auszugehen, dass die Errichtung der Zaunanlage genehmigungsfrei ist (der Zaun wurde noch nicht gebaut!). Jedoch findet sich in Nr. 47 der Anlage zu § 50 Abs. 1 LBO BW ein Hinweis darauf, dass Stützmauern lediglich bis zu einer Höhe von 2 Metern genehmigungsfrei sind. Vor diesem Hintergrund ist die Frage zu entscheiden, ob die Zaunanlage noch in die von den Nrn. 45 und 47 genannten genehmigungsfreien Vorhaben fällt oder ob doch von einer Genehmigungspflicht auszugehen ist.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist hierbei der Zweck des § 50 LBO BW. Danach ist vorgesehen, dass vor allem unproblematische, untergeordnete oder unbedeutende Anlagen von einer präventiven behördlichen Kontrolle freigestellt werden sollen (sog. Bagatellvorbehalt).¹¹ Die zur Einfriedung des St. Katharinen-Stifts vorgesehene Zaunanlage mit einer Gesamthöhe von etwa

4 Metern sowie einem Übersteigschutz entspricht den § 50 LBO BW zugrunde liegenden Vorstellungen nicht. Es handelt sich dabei auch nicht nur um eine konventionelle Einfriedung im Sinne einer Ab-

⁹ Vgl. Sauter, in: Komm. z. LBO, § 2 Rdnr. 32 („künstliche Einfriedung [Zäune]“).

¹⁰ Vgl. Sauter, in: Komm. z. LBO, § 50 Rdnr. 134; Hager, in: Schlotterbeck/v. Arnim/Hager LBO BW, § 50 Rdnr. 1 ff.

¹¹ Vgl. Hager, in: Schlotterbeck/v. Arnim/Hager LBO BW, § 50 Rdnr. 1.

grenzung des fraglichen Grundstücks zum allgemeinen Verkehrsraum oder zu Nachbargrundstücken. Durch die Zaunanlage sollen vor allem der Zugang zum Grundstück des St. Katharinen-Stifts und sein Verlassen sehr nachdrücklich verhindert werden. Es kann daher im Hinblick auf die Zaunanlage nicht von einer bloß untergeordneten oder unbedeutenden Anlage gesprochen werden. Folglich ist nicht von einer Genehmigungsfreiheit nach § 50 LBO BW auszugehen. Es fragt sich jedoch, ob die Zaunanlage, wie sie nun vorgesehen ist, genehmigungsfähig ist.

cc) Genehmigungsfähigkeit

Von der Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens ist nach § 58 Abs. 1 LBO BW immer dann auszugehen, wenn keine entgegenstehenden öffentlich - rechtlichen Vorschriften vorliegen. Dies können auch Vorschriften des Bauplanungsrechts, mithin Bestimmungen des BauGB sein.¹²

Zunächst liegt mit der Zaunanlage ebenso ein „Vorhaben“ i.S. von § 29 Abs. 1 BauGB vor, wie zuvor eine bauliche Anlage im Sinne von § 2 LBO BW.¹³ Da es an einem Bauleitplan fehlt, bemisst sich die Zulässigkeit von Bauvorhaben nach den §§ 34 und 35 BauGB. Die baulichen Gegebenheiten lassen auf eine Zuordnung zum Innenbereich nach § 34 BauGB schließen. Nach § 34 Abs. 2 BauGB sind Bauvorha-

ben im Innenbereich danach zu beurteilen, ob „die Eigenart der näheren Umgebung einem der Baugebiete“ der BauNVO entspricht und das entsprechende Vorhaben „nach seiner Art“ in dem jeweiligen Baugebiet allgemein zulässig wäre. Das Wohngebiet um den St. Katharinen-Stift mit zweigeschossigen Apartmentgebäuden ist als „Reines Wohngebiet“ im Sinne von § 3 BauNVO oder möglicherweise auch als „Allgemeines Wohngebiet“ nach § 4 BauNVO einzustufen, wobei für letzteres stichhaltige Hinweise fehlen. Im Fall eines „Reinen Wohngebietes“ dient das fragliche Gebiet fast ausschließlich dem Wohnen. Allerdings können ausnahmsweise auch Anlagen für soziale Zwecke sowie den Bedürfnissen der Bewohner des Gebiets dienende Anlagen für kirchliche, kulturelle, gesundheitliche und sportliche Zwecke (§ 3 Abs. 3 BauNVO) zugelassen werden. Daher kann in einem solchen Gebiet ausnahmsweise eine psychiatrische Klinik als Anlage für soziale Zwecke zugelassen werden.¹⁴ Zumal dies im selben räumlichen Umfang geschehen soll wie zuvor die Betreuung von Senioren und Pflegebedürftigen. Maßgeblich für den Antrag des R ist jedoch die Zaunanlage, die als Nebenanlage im Sinne von § 14 BauNVO zu qualifizieren ist. Allerdings deuten die Ausmaße der Zaunanlage darauf hin, dass sie der „Eigenart“ des fraglichen Wohngebiets widerspricht (§ 14 Abs. 1 S. 1 BauNVO).¹⁵ Die Eigenart eines Gebietes wird durch Lage, Größe und Zuschnitt des Baugrundstücks sowie Reichweite oder Dichte der

¹² Selbst wenn der Bearb. oben zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass keine Genehmigungspflicht nach § 50 LBO besteht, so wären wg. der 1998 aufgegebenen Verfahrenspflicht und der Bestimmung des § 50 Abs. 5 LBO auch noch die bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen der §§ 29 ff. BauGB zu prüfen.

¹³ Vgl. *Dürr* in: *Baurecht Baden-Württemberg*, 12. Aufl., Rdnr. 80.

¹⁴ Mit Hinweisen hierauf: *König/Roeser/Stock BauNVO*, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 43; restriktiver: *Fickert/Fieseler BauNVO*, 10. Aufl., § 3 Rdnr. 19.61.

¹⁵ Vgl. *Boeddinghaus BauNVO*, 5. Aufl., § 14 Rdnr. 12.

Bebauung bestimmt.¹⁶ Zwar werden Zäune, Tore und Mauern als typische Nebenanlagen bezeichnet, die Nutzung einer Nebenanlage darf ihrem Umfang nach jedoch nicht über das hinausgehen, was nach der Verkehrsauffassung im jeweiligen Baugebiet üblich ist.¹⁷ Für das fragliche Wohngebiet erscheint eine 4 Meter hohe Zaunanlage mit Übersteigschutz in Verbindung mit der Anlage des St. Katharinen-Stifts sehr auffällig und seinem sonstigen Charakter nicht entsprechend.

Möglicherweise könnte aber eine Befreiung auf der Grundlage von § 34 Abs. 2, Halbsatz 2 i.V.m. § 31 Abs. 2 BauGB vorliegen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn „Gründe des Allgemeinwohls“ eine Abweichung rechtfertigen. Die vorgesehene Zaunanlage ist sowohl für die Sicherheit der Bevölkerung als auch der Patienten der psychiatrischen Klinik erforderlich. Sie mag im Zeitpunkt ihrer Errichtung zwar wuchtig und vielleicht sogar bedrohlich erscheinen, ansonsten weicht die Bebauung der psychiatrischen Klinik nicht wesentlich von der des früher dort bestehenden Alten- und Pflegeheims ab. Grundsätzlich ist der Begriff der „Gemeinwohlgründe“ in § 31 Abs. 2 BauGB weit auszulegen,¹⁸ so dass ihre

Voraussetzungen angesichts der Zaunanlage als gewahrt anzusehen sind. Zur endgültigen Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit kommt es jedoch darauf an, ob hinreichend auf die „nachbarlichen Interessen“ nach § 31 Abs. 2 BauGB Rücksicht genommen worden ist. Auch wenn gemeinhin im Schrifttum unterschiedliche Auffassungen über die Berücksichtigung nachbarlicher Interessen bestehen. Im Falle der Zaunanlage bestehen zusätzlich wohl auch ästhetische Bedenken, die mit der Nutzung des Gebäudes als psychiatrische Klinik nicht unmittelbar in Verbindung stehen. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Zaunanlage in erster Linie sicherstellen soll, dass die von der Klinik und den Patienten auf die Nachbarschaft ausgehenden Belastungen kontrolliert werden können. Schließlich ist auch nicht dargetan, dass von den Insassen der Klinik oder dem Klinikbetrieb an sich besondere Gefahren ausgehen, die sich dauerhaft belastend auf die Anwohner auswirken können. Nach alledem ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen für eine Gemeinwohl-Ausnahme nach § 31 Abs. 2 BauGB gegeben sind.

Dies führt dazu, dass die Errichtung der Zaunanlage genehmigungsfähig und die Baugenehmigung in formeller und materieller Hinsicht rechtmäßig war.

dd) Interessenabwägung

In Anbetracht des Umstandes, dass die Baugenehmigung zum Erlass der Zaunanlage rechtmäßig war, ist davon auszugehen, dass das Vollzugsinteresse das individuelle Suspensivinteresse des R überwiegt.

¹⁶ Vgl. *König/Roeser/Stock* BauNVO, 2. Aufl., § 14 Rdnr. 15 a.

¹⁷ OVG NW, Urt. v. 12.11.1974, X A 303/73, BRS 28, Nr. 20; *Fickert/Fieseler* BauNVO, 10. Aufl., § 14 Rdnr. 5.

¹⁸ Vgl. *Söffker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg* BauGB, § 31 Rdnr. 43 f.; *Battis/Krautzberger/Löhr* BauGB, § 31 Rn. 30 f.; *Rieger*, in: *Schrödter* BauGB, 7. Aufl., § 31 Rdnr. 24; im Ansatz auch so: *Roeser*, in: *Berliner Komm. z. BauGB*, § 31 Rdnr. 13; a.A. *Hoppe/Bönker/Grotefels* Öffentliches Baurecht, § 7 Rdnr. 61, 69.

D. Ergebnis

Der Antrag des R nach §§ 80 a Abs. 3 S. 1, Abs. 1 Nr. 2 2. Alt. i.V.m. 80 Abs. 4 VwGO ist danach zwar zulässig, aber nicht begründet.

E. Zusatzfrage

Der Bauvorbescheid gilt nach § 57 Abs. 1 S. 2 LBO BW für insgesamt 3 Jahre. Innerhalb dieser Zeit entfaltet er auch für die Baurechtsbehörde grundsätzlich eine Bindungswirkung.¹⁹

Es besteht jedoch unabhängig davon die Möglichkeit, den rechtmäßigen Bauvorbescheid als Verwaltungsakt nach § 49 LVwVfG zu widerrufen, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Beim Widerruf eines rechtmäßigen, begünstigenden Verwaltungsaktes ist jedoch insbesondere § 49 Abs. 6 LVwVfG und die damit verbundene Verpflichtung zum Ausgleich erlittener Vermögensnachteile zu berücksichtigen. In jedem Falle muss der Widerruf innerhalb eines Jahres nach Kenntnis der den Widerruf rechtfertigenden Tatsachen erfolgen.²⁰

¹⁹ Vgl. *Sauter*, in: Komm. z. LBO, § 57 Rdnr. 8 ff.

²⁰ Vgl. § 49 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 48 Abs. 4 LVwVfG.

Pflicht des Verkäufers zur Tragung von Ein- und Ausbaukosten im Rahmen der Nacherfüllung

EuGH (1. Kammer), Urteil vom 16.6.2011, Aktenzeichen C-65/09, C-87/09, NJW 2011, 2269

1. Art. 3 II, III der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter ist dahin auszulegen, dass, wenn der vertragsgemäße Zustand eines vertragswidrigen Verbrauchsguts, das vor Auftreten des Mangels vom Verbraucher gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut wurde, durch Ersatzlieferung hergestellt wird, der Verkäufer verpflichtet ist, entweder selbst den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, oder die Kosten zu tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig sind. Diese Verpflichtung des Verkäufers besteht unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen.

2. Art. 3 III der Richtlinie 1999/44/EG ist dahin auszulegen, dass er ausschließt, dass eine nationale gesetzliche Regelung dem Verkäufer das Recht gewährt, die Ersatzlieferung für ein vertragswidriges Verbrauchsgut als einzig mögliche Art der Abhilfe zu verweigern, weil sie ihm wegen der Verpflichtung, den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in diese Sache vorzunehmen, Kosten verursachen würde, die verglichen mit dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit unverhältnismäßig wären. Art. 3 III schließt jedoch nicht aus, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in einem solchen Fall auf die Übernahme eines angemessenen Betrags durch den Verkäufer beschränkt wird.

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

K kauft bei V Bodenfliesen und verlegt diese. Danach stellt sich heraus, dass die Fliesen mangelhaft sind. K verlangt von V

neben der Lieferung der mangelfreien Fliesen auch deren Einbau sowie den Ausbau der mangelhaften Fliesen.

V wendet ein, der Ein- und Ausbau verursache unverhältnismäßige Kosten und

verweigert daher gemäß § 439 III BGB die Nacherfüllung.

Bestehen die Ansprüche des K?

Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG hat folgenden Wortlaut:

(1) Der Verkäufer haftet dem Verbraucher für jede Vertragswidrigkeit, die zum Zeitpunkt der Lieferung des Verbrauchsgutes besteht.

(2) Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3 oder auf angemessene Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung in bezug auf das betreffende Verbrauchsgut nach Maßgabe der Absätze 5 und 6.

(3) Zunächst kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist.

Eine Abhilfe gilt als unverhältnismäßig wenn sie dem Verkäufer Kosten verursachen würde, die - angesichts des Werts, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte, - unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit und

- nach Erwägung der Frage, ob auf die alternative Abhilfemöglichkeit ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zurückgegriffen werden könnte,

verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären.

Die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung muss innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie

der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind.

(4) Der Begriff "unentgeltlich" in den Absätzen 2 und 3 umfasst die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten. (...)

A. Anspruch auf Einbau der mangelfreien und Ausbau der mangelhaften Fliesen

Fraglich ist, ob K einen Anspruch auf Einbau der mangelfreien und Ausbau der mangelhaften Fliesen hat.

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 439 I BGB ergeben.

I. Ein Kaufvertrag liegt vor, die Kaufsache ist auch mangelhaft i.S.d. § 434 I BGB.

II. Fraglich und umstritten ist aber, ob § 439 I BGB nicht nur die Lieferung einer mangelfreien Sache, sondern auch deren Ein- und Ausbau umfasst.

Die bislang überwiegende Rechtsprechung und Literatur verneint diese Frage.

Sie begründet das im Wesentlichen damit, dass der Nacherfüllungsanspruch gemäß § 439 I BGB eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs sei und somit keine weitergehenden Pflichten beinhalten könne als dieser. Zudem sei sonst die Abgrenzung zu einem Schadensersatzanspruch, der auf den hypothetischen Zustand bei mangelfreier Lieferung abstellt, unklar.

Der EuGH hat sich aber der Gegenauffassung angeschlossen:

„Wie der Gerichtshof bereits festgestellt hat, geht demnach aus dem Wortlaut von Art. EWG_RL_1999_44 Artikel 3 der Richtlinie wie auch im Übrigen aus den einschlägigen Vorarbeiten der Richtlinie hervor, dass der Unionsgesetzgeber die Unentgeltlichkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch den Verkäufer zu einem wesentlichen Bestandteil des durch die Richtlinie gewährleisteten Verbraucherschutzes machen wollte. Diese dem Verkäufer auferlegte Verpflichtung, die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts unentgeltlich zu bewirken, sei es durch Nachbesserung, sei es durch Austausch des vertragswidrigen Verbrauchsguts, soll den Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen schützen, die ihn in Ermangelung eines solchen Schutzes davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen [...]“

Daraus folgt nach Auffassung des EuGH:

„Wenn aber der Verbraucher im Fall der Ersatzlieferung für ein vertragswidriges Verbrauchsgut vom Verkäufer nicht verlangen könnte, dass er den Ausbau des Verbrauchsguts aus der Sache, in die es gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut wurde, und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in dieselbe Sache oder die entsprechenden Kosten übernimmt, würde diese Ersatzlieferung für ihn zu zusätzlichen finanziellen Lasten führen, die er nicht hätte tragen müssen, wenn der Verkäufer den Kaufvertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. Wenn dieser nämlich von vornherein ein vertragsgemäßes Verbrauchsgut geliefert hätte, hätte der Verbraucher die Einbaukosten nur einmal

getragen und hätte keine Kosten für den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts tragen müssen.“

Ferner ergibt sich nach dem EuGH eine solche Verpflichtung aus dem Gebot der Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung:

„Würde Art. 3 der Richtlinie dahin ausgelegt, dass er den Verkäufer nicht verpflichtet, den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts oder die entsprechenden Kosten zu übernehmen, hätte dies somit zur Folge, dass der Verbraucher, um die ihm durch den genannten Artikel verliehenen Rechte ausüben zu können, diese zusätzlichen Kosten tragen müsste, die sich aus der Lieferung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts durch den Verkäufer ergeben. In diesem Fall würde die Ersatzlieferung für das Verbrauchsgut entgegen Art. 3 II und III der Richtlinie nicht unentgeltlich für den Verbraucher vorgenommen. Zwar gehören die Kosten für den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts nicht zu den Kosten, die ausdrücklich in Art. 3 IV der Richtlinie genannt sind, wonach der Begriff „unentgeltlich“ „die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten“ umfasst. Der Gerichtshof hat jedoch bereits entschieden, dass sich aus der Verwendung des Adverbs „insbesondere“ durch den Unionsgesetzgeber ergibt, dass diese Aufzählung nur Beispiele enthält und nicht abschließend ist. Außerdem sind diese Kosten nunmehr notwendig,

damit das vertragswidrige Verbrauchsgut ersetzt werden kann, und stellen folglich „für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendige Kosten“ i.S. von Art.3 IV dar.“

Der EuGH bemüht weiterhin einen Vergleich zwischen Ersatzlieferung und Nachbesserung:

„Im Übrigen ergibt sich entsprechend dem Vorbringen der Kommission aus der Systematik von Art. 3 III der Richtlinie, dass die beiden in diesem Artikel genannten Arten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands dasselbe Verbraucherschutzniveau gewährleisten sollen. Es steht aber fest, dass die Nachbesserung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts im Allgemeinen an diesem Verbrauchsgut in der Situation erfolgt, in der es sich zum Zeitpunkt des Auftretens des Mangels befand, so dass der Verbraucher in diesem Fall nicht die Kosten für den Ausbau und den Neueinbau trägt.“

Schließlich ergibt sich die hier vorgenommene Auslegung nach dem EuGH auch aus dem Gebot des effektiven Verbraucherschutzes (wohingegen der Unternehmer durch die Möglichkeit der Verweigerung der Nachlieferung sowie den Regress und die kurze Verjährungsfrist hinreichend geschützt sei):

„Angesichts dieses Willens des Gesetzgebers kann der Begriff „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher“ in Art. 3 III Unterabs. 3 der Richtlinie nicht die von der deutschen, der belgischen und der österreichischen Regierung vorgeschlagene enge Auslegung erfahren. So kann der Umstand, dass der Verkäufer das

vertragswidrige Verbrauchsgut nicht ausbaut und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut nicht einbaut, zweifellos eine erhebliche Unannehmlichkeit für den Verbraucher darstellen, insbesondere in Fällen wie denen der Ausgangsverfahren, in denen das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut, um seiner üblichen Bestimmung entsprechend verwendet werden zu können, zunächst eingebaut werden muss, was den vorherigen Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts erforderlich macht. Darüber hinaus ist in Art. 3 III Unterabs. 3 ausdrücklich bestimmt, dass „die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte“ zu berücksichtigen sind.“

Der Wortlaut hingegen sei mehrdeutig, er stehe der hier vorgenommenen Auslegung nicht entgegen:

„Zum Begriff „Ersatzlieferung“ ist festzustellen, dass dessen genaue Bedeutung in den einzelnen Sprachfassungen unterschiedlich ist. Während sich dieser Begriff in einer Reihe von Sprachfassungen, etwa der spanischen („sustitución“), der englischen („replacement“), der französischen („remplacement“), der italienischen („sostituzione“), der niederländischen („vervanging“) und der portugiesischen („substituição“) auf den Vorgang in seiner Gesamtheit bezieht, bei dessen Abschluss das vertragswidrige Verbrauchsgut tatsächlich „ersetzt“ worden sein muss, und damit den Verkäufer verpflichtet, alles zu unternehmen, was notwendig ist, um dieses Ergebnis zu erreichen, könnten andere Sprachfassungen, wie insbesondere die deutsche („Ersatzlieferung“), für eine etwas engere Lesart sprechen. Wie aber die

vorliegenden Gerichte betonen, beschränkt sich der Begriff auch in dieser Sprachfassung nicht auf die bloße Lieferung eines Ersatzes, sondern könnte im Gegenteil darauf hinweisen, dass eine Verpflichtung besteht, das vertragswidrige Verbrauchsgut durch das als Ersatz gelieferte Gut auszutauschen.“

III. Fraglich ist aber, ob der Verkäufer diese Nacherfüllung nach § 439 III BGB verweigern darf.

Umstritten ist, ob die Vorschrift auch dann Anwendung findet, wenn nur eine einzige Art der Nacherfüllung möglich ist (absolute Unverhältnismäßigkeit). Die überwiegende Meinung bejaht diese Frage mit Hinweis auf den klaren Wortlaut des § 439 III BGB.

Der EuGH lehnt dies jedoch nun für den Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ab und führt den Wortlaut der Richtlinie an:

„Daher ist festzustellen, dass zwar Art. 3 III Unterabs. 1 der Richtlinie an sich so offen gefasst ist, dass er auch Fälle der absoluten Unverhältnismäßigkeit erfassen kann, dass aber Art. 3 III Unterabs. 2 den Begriff „unverhältnismäßig“ ausschließlich in Beziehung zur anderen Abhilfemöglichkeit definiert und damit auf Fälle der relativen Unverhältnismäßigkeit eingrenzt. Im Übrigen geht aus dem Wortlaut und der Systematik von Art. 3 III der Richtlinie eindeutig hervor, dass sich dieser auf die beiden Arten der in erster Linie vorgesehenen Abhilfe bezieht, das heißt die Nachbesserung des vertragswidrigen Verbrauchsguts und die Ersatzlieferung.“

Allerdings gelten Besonderheiten bei den Ein- und Ausbaurkosten:

„In diesem Zusammenhang ist im Hinblick auf die besondere Situation, die das vorliegende Gericht prüft, in der die Ersatzlieferung für das vertragswidrige Verbrauchsgut als einzig mögliche Art der Abhilfe deswegen zu unverhältnismäßigen Kosten führen würde, weil das vertragswidrige Verbrauchsgut aus der Sache, in die es eingebaut wurde, ausgebaut und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut eingebaut werden muss, darauf hinzuweisen, dass Art. Artikel 3 Absatz III der Richtlinie nicht ausschließt, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts, falls erforderlich, auf einen Betrag beschränkt wird, der dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit angemessen ist. Eine solche Beschränkung lässt das Recht des Verbrauchers, Ersatzlieferung für das vertragswidrige Verbrauchsgut zu verlangen, nämlich unberührt.“

V kann also die Nacherfüllung gemäß § 439 III teilweise verweigern.

Hinweise:

1. Die Problematik des Umfangs der Nacherfüllung bezüglich Ein- und Ausbau beschäftigt Rechtsprechung und Literatur schon seit Jahren; sie gehört zum Kernbereich der Probleme des Kaufrechts, ihre Kenntnis ist für jeden Examenskandidaten Pflicht.

2. Der EuGH, welcher im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens zur Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie angerufen wurde, zwingt die Praxis nun zu einer richtlinienkonformen Auslegung der Vorschrift des § 439 BGB in ihrem Anwendungsbereich. Der BGH (21.12.2011 - VIII ZR 70/08) hat die Auffassung des EuGH für das deutsche Recht bereits bestätigt.

3. Die Entscheidung wird in der Literatur z.T. scharf kritisiert (s. etwa sehr lesenswert Lorenz, NJW 2011, 2242: „pseudodogmatischen Wortlautargumentation“, „Eindruck einer ergebnisorientierten, von Verbraucherschutzrechtlicher Sozialromantik geprägten Entscheidung“, „erschreckend niedrigen Begründungstiefe des *EuGH*“).

(RA Dr. Christian F. Majer)

Haftung des Hostproviders für Blogs

BGH Versäumnisurteil vom 25.10.2011, Aktenzeichen VI ZR 93/10, NJW 2012, 148

1. Nimmt ein Betroffener einen Hostprovider auf Unterlassung der Verbreitung einer in einem Blog enthaltenen Äußerung eines Dritten in Anspruch, weil diese das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen verletze, setzt die Störerhaftung des Hostproviders die Verletzung zumutbarer Prüfpflichten voraus. (amtlicher Leitsatz)

2. Der Hostprovider ist erst verantwortlich, wenn er Kenntnis von der Verletzung des Persönlichkeitsrechts erlangt. Dies setzt voraus, dass die Beanstandung des Betroffenen so konkret gefasst ist, dass der Rechtsverstoß auf der Grundlage der Behauptungen des Betroffenen unschwer bejaht werden kann. (amtlicher Leitsatz)

3. Eine Verpflichtung zur Löschung des beanstandeten Eintrags besteht, wenn auf der Grundlage der Stellungnahme des für den Blog Verantwortlichen und einer etwaigen Replik des Betroffenen unter Berücksichtigung etwa zu verlangender Nachweise von einer rechtswidrigen Verletzung des Persönlichkeitsrechts auszugehen ist. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

A, deutscher Staatsangehöriger, ist Geschäftsführer einer spanischen Gesellschaft mit Sitz in Palma de Mallorca sowie auch für deutsche Unternehmen tätig; er hat seinen Wohnsitz in Deutschland. Die B-Gesellschaft stellt den Speicherplatz und die technische Ausrüstung für die Internetseite www.blogger.com und die von den Nutzern unter www.blogspot.com eingerichteten Internet-Tagebücher bzw. -journale (Blogs) zur Verfügung. Sie hat ihren Sitz in Kalifornien (USA). X veröffentlichte auf der Seite einen Eintrag, in

dem er unter der Überschrift „Hat Pleitier A ein Intelligenzproblem?“ u.a. ausführte:

„Apropos Banco S... im Frühjahr 2000 hat das Institut Herrn As Firmen...Visakarte auf Veranlassung seines Steuerberaters!!! ... gesperrt und eingezogen. Begründung: A nutzte diese Visa-Karte im Wesentlichen zur Begleichung von Sex-Club-Rechnungen und sei allem Anschein nach manchen Situationen nicht gewachsen. Honi soit qui mal y pense!“

A verlangt von B Unterlassung der Verbreitung der Aussage „A nutzte diese Visa-Karte im Wesentlichen zur Begleichung von Sex-Club-Rechnungen“.

Hat eine Klage vor einem deutschen Gericht Aussicht auf Erfolg?

Hinweis: Vorschriften des TMG sind nicht zu prüfen.

A. Zulässigkeit

I. Problematisch ist im Rahmen der Zulässigkeit allein die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte. Diese bestimmt sich, da die Beklagte ihren Sitz nicht in einem Mitgliedstaat der EU hat, nicht nach der EuGVVO, sondern nach der ZPO.

1. Die Zuständigkeit deutscher Gerichte nach §§ 12, 17 ZPO ist nicht gegeben, da die Beklagte ihren Sitz nicht in Deutschland hat.

2. Möglicherweise ergibt sich die Zuständigkeit jedoch aus § 32 ZPO. Eine unerlaubte Handlung muss nicht tatsächlich vorliegen, es genügt ihre schlüssige Geltendmachung („doppelrelevante Tatsache“). Fraglich ist jedoch, ob die unerlaubte Handlung in Deutschland begangen wurde. Ort, an dem die unerlaubte Handlung begangen wurde, ist sowohl der Handlungs- wie auch der Erfolgsort. Fraglich ist aber hier, ob Handlung und Erfolg in Deutschland eingetreten sind. Zwar ist der Eintrag weltweit, also auch in Deutschland, abrufbar. Das genügt nach dem BGH aber nicht:

„Zur Entscheidung über Klagen wegen Persönlichkeitsbeeinträchtigungen durch im Internet abrufbare Veröffentlichungen sind die deutschen Gerichte nach § 32 ZPO international zuständig, wenn die als rechtsverletzend beanstandeten Inhalte objektiv einen deutlichen Bezug zum Inland in dem Sinne aufweisen, dass eine Kollision der widerstreitenden Interessen nach den Umständen des konkreten Falls im Inland tatsächlich eingetreten sein kann oder eintreten kann. Dies ist dann anzunehmen, wenn eine Kenntnisnahme der

beanstandeten Meldung nach den Umständen des konkreten Falls im Inland erheblich näher liegt als es aufgrund der bloßen Abrufbarkeit des Angebots der Fall wäre und die vom Kläger behauptete Beeinträchtigung seines Persönlichkeitsrechts durch eine Kenntnisnahme von der Meldung (auch) im Inland eintreten würde.“

Im vorliegenden Fall bejaht der BGH einen solchen Bezug:

„Danach ist die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte gegeben. Der Kläger hat im Streitfall spätestens zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung einen deutlichen Inlandsbezug des beanstandeten Blogs schlüssig vorgetragen. Maßgebend ist der Inlandsbezug der behaupteten Verletzung von Persönlichkeitsrechten des Klägers. Insoweit ist auf den Inhalt des beanstandeten Blogs abzustellen. Dieser richtet sich vorrangig an auf Mallorca und in Deutschland ansässige Personen, die - etwa als "Residenten" oder "Immobilienbesitzer" - einen Bezug zu Mallorca und Interesse an den in der Blog-Überschrift angekündigten "Insiderinfos" und "Fakten" haben. Der Blogeintrag vom 2. August 2007, der die angegriffene Äußerung enthält, ist in deutscher Sprache abgefasst und der Kläger ist unter Angabe seines Wohnorts in Deutschland mit vollem Namen genannt. In dem Blogeintrag wird auch die angeblich fort-dauernde Geschäftstätigkeit des Klägers in Deutschland angesprochen.“

Die deutschen Gerichte sind demnach international zuständig.

II. Die Klage ist also zulässig.

B. Begründetheit

I. Anwendbares Recht

Das anwendbare Recht bestimmt sich, da die Rom-II-VO gemäß ihrem Art. 1 II Buchst. G auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen nicht anwendbar ist, nach Art. 40 I EGBGB. Das Deliktsstatut ist auch für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche maßgeblich, welche auf eine Persönlichkeitsrechtsverletzung gestützt werden.

Danach ist primär der Handlungsort maßgeblich; jedoch kann der Verletzte das Recht des Erfolgsorts wählen, Art. 40 I 2 EGBGB (was er hier auch getan hat). Die Bestimmung des Erfolgsorts bei im Internet begangenen Persönlichkeitsrechtsverletzungen ist problematisch, da die bloße Abrufbarkeit einer Seite zur Anwendung jeder beliebigen Rechtsordnung der Welt führen würde. Es muss also eine Einschränkung erfolgen. Hier lag nach dem BGH ein besonderer Bezug zum Inland vor:

„Der Kläger, der in Deutschland wohnt und Geschäfte betreibt, ist hier in seinem Persönlichkeitsrecht betroffen; hier kollidiert sein Interesse an der Unterlassung der ehrverletzenden Veröffentlichung mit dem Interesse des Bloggers daran, ein deutsches Publikum über die behaupteten Machenschaften des Klägers zu informieren. Daran ist auch im Fall der Klage gegen den Hostprovider anzuknüpfen.“

II. Unterlassungsanspruch

1. Ein Unterlassungsanspruch könnte sich hier aus §§ 823, 1004 I BGB ergeben. Das setzt aber, da der Eintrag von einer dritten

Person stammt, voraus, dass die B-Gesellschaft auch als Störer anzusehen ist. Störer ist nach dem BGH auch derjenige, der „ohne Täter oder Teilnehmer zu sein, in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Beeinträchtigung des Rechtsguts beiträgt“.

Das führt jedoch im Bereich von Internet-Dienstleistungen zu einer fast uferlosen Ausdehnung der Haftung. Jeder, der in irgendeiner Weise technische Mittel bereit stellt, müsste mit einer Inanspruchnahme als Störer rechnen.

Daher müssen Einschränkungen vorgenommen werden, so der BGH:

„Die Störerhaftung darf jedoch nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden, welche die rechtswidrige Beeinträchtigung nicht selbst vorgenommen haben. Sie setzt die Verletzung zumutbarer Verhaltenspflichten, insbesondere von Prüfungspflichten voraus; deren Umfang bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung seiner Funktion und Aufgabenstellung sowie mit Blick auf die Eigenverantwortung desjenigen, der die rechtswidrige Beeinträchtigung selbst unmittelbar vorgenommen hat, eine Prüfung zuzumuten ist.“

Es gelten nach dem BGH konkret folgende Maßstäbe:

„Ein Hostprovider ist nicht verpflichtet, die von den Nutzern in das Netz gestellten Beiträge vor der Veröffentlichung auf eventuelle Rechtsverletzungen zu überprüfen. Er ist aber verantwortlich, sobald er Kenntnis von der Rechtsverlet-

zung erlangt. Weist ein Betroffener den Hostprovider auf eine Verletzung seines Persönlichkeitsrechts durch den Nutzer eines Blogs hin, kann der Hostprovider als Störer verpflichtet sein, zukünftig derartige Verletzungen zu verhindern.“

Aber auch bei einer Beanstandung ist ein Provider nicht stets verpflichtet, eine angebliche Rechtsgutsverletzung zu verhindern, denn, so der BGH:

“Allerdings wird sich bei der behaupteten Verletzung von Persönlichkeitsrechten eine Rechtsverletzung nicht stets ohne weiteres feststellen lassen. Sie erfordert eine Abwägung zwischen dem Recht des Betroffenen auf Schutz seiner Persönlichkeit sowie Achtung seines Privatlebens aus Art. 1 I, Art. 2 I GG, Art. 8 I EMRK und dem durch Art. 5 I GG, Art. 10 EMRK geschützten Recht des Providers auf Meinungs- und Medienfreiheit. Ist der Provider mit der Beanstandung eines Betroffenen konfrontiert, die richtig oder falsch sein kann, ist eine Ermittlung und Bewertung des gesamten Sachverhalts unter Berücksichtigung einer etwaigen Stellungnahme des für den Blog Verantwortlichen erforderlich. Hiernach ergeben sich für den Provider regelmäßig folgende Pflichten:

Ein Tätigwerden des Hostproviders ist nur veranlasst, wenn der Hinweis so konkret gefasst ist, dass der Rechtsverstoß auf der Grundlage der Behauptungen des Betroffenen unschwer - das heißt ohne eingehende rechtliche und tatsächliche Überprüfung - bejaht werden kann. Dabei hängt das Ausmaß des insoweit vom Provider zu verlangenden Prüfungsaufwandes von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere vom Gewicht der angezeigten

Rechtsverletzungen auf der einen und den Erkenntnismöglichkeiten des Providers auf der anderen Seite.“

Da sich hieraus aber für einen Provider kaum rechtssichere Maßstäbe ergeben, stellt der BGH konkrete Handlungsanweisungen auf:

„Regelmäßig ist zunächst die Beanstandung des Betroffenen an den für den Blog Verantwortlichen zur Stellungnahme weiterzuleiten. Bleibt eine Stellungnahme innerhalb einer nach den Umständen angemessenen Frist aus, ist von der Berechtigung der Beanstandung auszugehen und der beanstandete Eintrag zu löschen. Stellt der für den Blog Verantwortliche die Berechtigung der Beanstandung substantiiert in Abrede und ergeben sich deshalb berechnete Zweifel, ist der Provider grundsätzlich gehalten, dem Betroffenen dies mitzuteilen und gegebenenfalls Nachweise zu verlangen, aus denen sich die behauptete Rechtsverletzung ergibt. Bleibt eine Stellungnahme des Betroffenen aus oder legt er gegebenenfalls erforderliche Nachweise nicht vor, ist eine weitere Prüfung nicht veranlasst. Ergibt sich aus der Stellungnahme des Betroffenen oder den vorgelegten Belegen auch unter Berücksichtigung einer etwaigen Äußerung des für den Blog Verantwortlichen eine rechtswidrige Verletzung des Persönlichkeitsrechts, ist der beanstandete Eintrag zu löschen.“

Dem ist die B-Gesellschaft hier nachgekommen. Eine Verletzung von Prüfpflichten kann ihr nicht zur Last gelegt werden.

2. Mangels Störereigenschaft der B scheidet ein Unterlassungsanspruch des A aus §§ 823 I, 1004 I BGB aus.

C. Die Klage hat also keine Aussicht auf Erfolg.

Hinweise:

1. Die Entscheidung bringt keine fundamentalen Neuerungen, sie bietet jedoch Gelegenheit, die Problematik der Störerverantwortlichkeit im Internet zu wiederholen. Der BGH schreibt seine Rechtsprechung der letzten Jahre fort (siehe auch BGH, NJW-RR 2009, 1413; BGH, MMR 2010, 172; BGH, NJW 2011, 753 – „Sanssouci“).

2. Die Entscheidung ist aber auch deswegen interessant und als Klausur geeignet, weil sie Gelegenheit bietet, internationales Privat- und Verfahrensrecht in seinen derzeit besonders umstrittenen Bereichen der Rechtsverhältnisse mit Internet-Bezug ab-zuprüfen. Die Entscheidung sollte daher Anlass sein, dies zu wiederholen (beziehungsweise sich erstmalig damit zu beschäftigen).

(RA Dr. Christian F. Majer)

Prospekthaftung eines früheren Spitzenpolitikers und Inhabers eines Lehrstuhls unter anderem für Finanzrecht aufgrund von Äußerungen zu den Eigenschaften einer Kapitalanlage

BGH, Urteil vom 17.11.2011, Aktenzeichen III ZR 103/10, ZIP 2011, 2410

1. Auch ein körperlich von dem ausdrücklich als Emissionsprospekt bezeichneten Druckwerk getrenntes Schriftstück, das zusammen mit diesem vertrieben wird, kann bei der gebotenen Gesamtbetrachtung Bestandteil eines Anlageprospekts im Rechtssinn sein.

2. Zur Verantwortlichkeit eines früheren Spitzenpolitikers und Inhaber eines Lehrstuhls unter anderem für Finanzrecht nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinn, wenn er sich in einem Prospektbestandteil über die Eigenschaften der Anlage äußert. (Leitsätze des Gerichts)

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

B ist mittlerweile emeritierter Inhaber eines rechtswissenschaftlichen Lehrstuhls einer Universität und ehemaliger Bundesminister. Er erklärte sich bereit, als Vorsitzender des Beirats der V AG tätig zu werden, der neben ihm aus weiteren ehemaligen Spitzenpolitikern bestand. Die V AG ist die Muttergesellschaft einer Unternehmensgruppe, die Fonds in der Rechtsform der Publikums-KG auflegt und vertreibt. Sie ist einzige Aktionärin der W AG. Die W AG wiederum ist Komplementärin der X AG & Co. KG, einem Fonds, an dem sich Privatanleger als Kommanditisten beteiligen können. Die Beteiligung an der X AG & Co. KG ist als private Altersvorsorge gedacht. Zur Werbung der Anleger gab die W AG einen Emissionsprospekt und daneben eine sogenannte Produktinformation heraus, in der die An-

lagestrategie, das Anlageportfolio und die Personen vorgestellt wurden, die im Vorstand und Aufsichtsrat der W AG und im Vorstand, Aufsichtsrat und Beirat der V AG tätig waren. B wurde dort als Beiratsvorsitzender der V AG vorgestellt und äußerte sich darin zum Erfordernis einer privaten Altersvorsorge und wie wichtig in diesem Zusammenhang eine verlässliche Kapitalanlage sei. Der Beirat der V AG verstehe sich als kompetenter Wegbegleiter der V AG und deren weiterer Unternehmen gerade im Hinblick auf die Förderung der Kontakte mit Politik und Wirtschaft. Er setze sich für das Unternehmensziel, der Schaffung einer verlässlichen Altersvorsorge durch eine Beteiligung an der X AG & Co. KG, ein. Die Produktinformation enthielt den ausdrücklichen Hinweis, dass diese nicht der Emissionsprospekt sei. Neben dem Emissionsprospekt und der Produktinformation wurde ein Sonderdruck der Finanzzeit-

schrift "Cash" herausgegeben, in der B zu einer Beteiligung an der X AG & Co. KG befragt wurde. Auf die Frage, was die X AG & Co. KG im Hinblick auf Anlegerfreundlichkeit und Qualität auszeichne, wurde B mit folgender Antwort zitiert: „Meine Forderung an das Management der V AG für meine Mitwirkung als Vorsitzender des Beirats war: Durchgehende Qualitätssicherung für jeden einzelnen Anleger. Dazu Kompetenz, Kontrolle und Transparenz für das Konzept und die handelnden Personen des Fonds. Das haben wir geschafft. Mich hat die Beachtung aller denkbaren Anlegerschutzregelungen, die das Fondskonzept auszeichnet, beeindruckt. Auf die Frage, ob die neben B in dem Beirat der V AG tätigen bekannten Persönlichkeiten lediglich ihren Namen gegeben hätten oder auch Risiken mitbringen, gab B unter anderem an, er sei für wenigstens zwei Jahre verantwortlich im Beirat, die anderen seien „bewusst im Obligo mit ihrem guten und unbelasteten Namen“. Sowohl in der Produktinformation als auch in dem Sonderdruck der "Cash" wurde B mit seiner früheren Position als Bundesminister sowie als Lehrstuhlinhaber für Staats- und Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre und Finanzrecht vorgestellt. Ferner wurde mit dem Emissionsprospekt ein Artikel der Zeitung "Wirtschaft kurz und knapp" herausgegeben, in dem ein Bild von B abgedruckt war, der als „renommierter Verfassungsrechtler und Ex-Bundesminister“ vorgestellt wurde. B äußerte in dem Artikel, dass den Menschen eine solide Alternative aufgezeigt werden müsse, wie man aus eigener Anstrengung und finanzieller Möglichkeit für eine sichere Zukunft vorsorgen könne. Er wurde

ferner mit der folgenden Aussage zitiert: „Erst nach einer genauen Prüfung der Strukturen und der Personen habe ich meine persönliche Mitwirkung und Unterstützung zugesagt. Denn wir wissen, dass es in der Vergangenheit im Fondsgeschäft nicht überall gut gelaufen ist. Deshalb musste ein Konzept entwickelt werden, das nicht nur Renditen offeriert, sondern voll durchkontrolliert ist und von unabhängigen und erfahrenen Persönlichkeiten geleitet wird. Dies ist der V AG überzeugend gelungen.“ In Bezug auf die Anlegerfreundlichkeit der Vertragsgestaltung war die Äußerung des B zitiert: „Meine Forderung an das Management der V AG für meine Mitwirkung war: durchgehende Qualitätssicherung für jeden einzelnen Anleger; dazu Kompetenz, Kontrolle und Transparenz. Das haben wir geschafft.“

A beteiligte sich als Kommanditist an der X AG & Co. KG mit einer Nominaleinlage in Höhe von EUR 100.000,00, nachdem er den Emissionsprospekt, die Produktinformationen und die damit herausgegebenen Interviews zur Kenntnis genommen hatte. Aufgrund dieser Unterlagen hatte A den Eindruck gewonnen, dass es sich bei der Beteiligung an der X AG & Co. KG um eine verlässliche und sichere Kapitalanlage für seine private Altersvorsorge handelt. Noch bevor sich A an der X AG & Co. KG beteiligte, war B als Beiratsvorsitzender der V AG ausgeschieden.

Tatsächlich war die Beteiligung an der X AG & Co. KG mit erheblichen Risiken verbunden, da das Fondskapital überwiegend spekulativ angelegt wurde. Mittlerweile mussten die V AG, die W AG und die X AG & Co. KG Insolvenz anmelden.

Da sich A maßgeblich auf die Angaben des B zur Verlässlichkeit und Sicherheit der Beteiligung an der X AG & Co. KG verlassen hatte, fordert er von diesem nun Schadensersatz.

Zu Recht?

(Hinweis: Normen außerhalb des BGB sind nicht zu prüfen)

A. Vertragliche Ansprüche

Zwischen A und B ist kein Vertrag zustande gekommen. Vertragliche Ansprüche des A gegen B sind somit nicht ersichtlich.

B. Anspruch des A gegen B auf Schadensersatz aus bürgerlich-rechtlicher Prospekthaftung gemäß §§ 280 I, 311 III BGB

A könnte gegen B jedoch einen Anspruch aus bürgerlich-rechtlicher Prospekthaftung gemäß §§ 280 I, 311 III BGB haben.

Hierbei ist zunächst zwischen der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung im weiteren Sinne (uneigentliche Prospekthaftung) und im engeren Sinne (eigentliche Prospekthaftung) zu differenzieren.

Bei der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung im weiteren Sinne haftet ein künftiger Vertragspartner, Vertreter, Sachwalter oder Garant für Mängel des Prospekts, wenn dieser bei den Vertragsverhandlungen persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat (*Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 71. Aufl., § 311 Rdnr. 71). Demgegenüber knüpft die Prospekthaftung im engeren Sinn nicht an die Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens, sondern an typisierendes Vertrauen an, da der Prospekt für den Anleger bei Anlageprodukten des grauen Kapitalmarkts typischerweise

die einzige Informationsquelle ist (*BGH*, Urte. v. 31.5.1990 – VII ZR 340/88). Der Herausgeber eines Prospekts haftet dafür, dass der Prospekt alle Umstände vollständig und richtig darstellt, die für die Anlageentscheidung des Interessenten von maßgeblicher Bedeutung sind oder sein können (vgl. *BGH*, Urte. v. 5.7.1993 – II ZR 194/92).

Da B mit A niemals persönlich in Kontakt getreten ist, kommt somit nur eine Haftung des B aus bürgerlich-rechtlicher Prospekthaftung im engeren Sinne in Betracht.

1. Pflichtverletzung gemäß § 280 I 1 BGB

Eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I 1 BGB liegt vor. Die in dem Emissionsprospekt, der Produktinformation und den damit herausgegebenen Interviews enthaltenen Angaben zur Verlässlichkeit und Sicherheit einer Beteiligung an der X AG & Co. KG waren unzutreffend.

Fraglich ist jedoch, ob B Prospektverantwortlicher ist und ob die Produktinformation und die damit herausgegebenen Interviews einen Prospekt im Sinne der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung im engeren Sinne darstellen.

a) Der Begriff des Prospektverantwortlichen

Zur Prospektverantwortlichkeit führt der BGH zunächst grundsätzlich aus:

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haften für fehlerhafte oder unvollständige Angaben in dem Emissionsprospekt einer Kapitalanlage neben dem Herausgeber des Prospekts die Grün-

der, Initiatoren und Gestalter der Gesellschaft, soweit sie das Management bilden oder beherrschen. Darüber hinaus haften als so genannte Hintermänner alle Personen, die hinter der Gesellschaft stehen und auf ihr Geschäftsgebaren oder die Gestaltung des konkreten Anlagemodells besonderen Einfluss ausüben und deshalb Mitverantwortung tragen (z.B. Senatsurteile vom 6.3.2008 – III ZR 298/05 und vom 14.6.2007 – III ZR 185/05; BGH, Urt. v. 6.10.1980 – II ZR 60/80; jeweils m.w.N.). Maßgeblich für die Haftung des Hintermannes ist sein Einfluss auf die Gesellschaft bei der Initiierung des Projekts (Senat jeweils aaO). Er muss eine Schlüsselposition besitzen, die mit derjenigen der Geschäftsleitung vergleichbar ist (z.B. Senatsurteil vom 19.11.2009 – III ZR 109/08).

Ohne Hinzutreten weiterer Umstände lässt allein die Position eines Beiratsmitglieds oder -vorsitzenden regelmäßig nicht den Schluss auf einen solchen maßgeblichen Einfluss zu (BGH, Urt. v. 22.10.1984 – II ZR 2/84; Urt. v. 6.10.1980 – II ZR 60/80; Assmann, in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., § 6 Rdnr. 145; Eyles, in: Vortmann, Prospekthaftung und Anlageberatung, § 2 Rdnr. 41, Gehrlein, BB 1995, 1965, 1967; Grumann, BKR 2002, 310, 315). Ein Beirat ist kein Gesellschaftsorgan mit allgemein vorgegebenen Aufgaben (K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 36 IV 3; Haertlein, ZIP 2008, 726, 731). In der Publikums-Kommanditgesellschaft hat er zwar typischerweise eine Überwachungsfunktion (BGH, Urt. v. 22.10.1979 - II ZR 151/77). Abgesehen davon, dass auch eine solche Kontrolle der allgemeinen Geschäftstätig-

keit grundsätzlich keinen besonderen Einfluss bei der Initiierung des Projekts mit sich bringt, sollte B schon nicht Mitglied im Beirat der X AG & Co. KG werden, sondern in demjenigen der V AG. In einer Aktiengesellschaft kann ein Beirat grundsätzlich nicht die Aufgaben und Funktionen des Vorstands übernehmen, so dass ihm im Wesentlichen nur Beratungsfunktionen diesem gegenüber verbleiben (Spindler, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl., § 76 Rdnr. 10; Habersack, in: MünchKomm. AktG, 3. Aufl., § 95 Rdnr. 6). Im Einzelfall mag zwar der tatsächliche Einfluss eines Beiratsmitglieds über seine rechtliche Funktion hinausgehen und eine Prospektverantwortlichkeit begründen. Dies hat der Bundesgerichtshof in einem Fall angenommen, in dem das betreffende Beiratsmitglied gleichzeitig Gesellschafter der Komplementärin war, an den Sitzungen der Geschäftsführung teilnahm, dort faktisch alle wichtigen Fragen erörterte und alle wesentlichen Entscheidungen traf, wobei sich die Geschäftsführer tatsächlich an die Beschlüsse des Beirats hielten, der damit die Geschäfte der Gesellschaft entscheidend mitbestimmte sowie die Geschicke der Gesellschaft weitgehend leitete (BGH, Urt. v. 16.11.1978 – II ZR 94/77).

Der Prospekthaftung im engeren Sinne unterliegen darüber hinaus auch diejenigen, die mit Rücksicht auf ihre allgemein anerkannte und hervorgehobene berufliche und wirtschaftliche Stellung oder ihre Eigenschaft als berufsmäßige Sachkenner eine Garantenstellung einnehmen, sofern sie durch ihr nach außen in Erscheinung tretendes Mitwirken am Emissionsprospekt einen besonderen, zusätzlichen Vertrauensstatbestand schaffen und Erklärungen

abgeben (z.B. Senatsurteile vom 6.3.2008 – III ZR 298/05 und vom 12.2.2004 - III ZR 359/02; BGH, Urt. v. 31.5.1990 – VII ZR 340/88; Urt. v. 6.10.1980 – II ZR 60/80 und Urt. v. 22.05.1980 – II ZR 209/79). Der Vertrauenstatbestand muss sich aus dem Prospekt ergeben, sofern nicht die Mitwirkung an der Prospektgestaltung auf andere Weise nach außen hervorgetreten ist (vgl. BGH, Urt. v. 26.09.2000 – X ZR 94/98; Assmann, in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., § 6 Rdnr. 156 f.). Eine Haftung ist auf die den Garanten selbst zuzurechnenden Prospektaussagen beschränkt (z.B. Senatsurteile vom 6.3.2008 – III ZR 298/05 m.w.N. und vom 14.6.2007 – III ZR 185/05).

Zu den berufsmäßigen Sachkennern, denen eine Garantenstellung zukommen kann, gehören zum Beispiel Rechtsanwälte, die gutachtliche Stellungnahmen abgeben (vgl. BGH, Urt. v. 22.5.1980 – II ZR 209/79), Wirtschaftsprüfer, die den Prospekt geprüft haben (BGH, Urt. v. 31.5.1990 – VII ZR 340/88), und Steuerberater.“

Nach den vorgenannten Grundsätzen ist B in seiner lediglich beratenden Funktion als Beiratsvorsitzender der V AG mangels Einflusses auf die Erstellung des Emissionsprospekts an sich nicht verantwortlich für die in dem Prospekt über die Beteiligung an der X AG & Co. KG gemachten Angaben.

b) Begriff des Emissionsprospekts

Weiter stellt der BGH dar, was unter einem Prospekt im Sinne der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung zu verstehen ist:

„Prospekt in diesem Sinne ist eine marktbezogene schriftliche Erklärung, die für die Beurteilung der angebotenen Anlage erhebliche Angaben enthält oder den Anschein eines solchen Inhalts erweckt (Assmann, in: Assmann/ Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., § 6 Rdnr. 67; Ehrlicke, in: Hopt/Voigt, Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, S. 195 f.; Lenenbach, Kapitalmarkt- und Börsenrecht, Rdnr. 9.27; zu § 264a StGB: Regierungsbegründung des Entwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, BT-Drucks. 10/318, S. 23). Sie muss dabei tatsächlich oder zumindest dem von ihr vermittelten Eindruck nach den Anspruch erheben, eine das Publikum umfassend informierende Beschreibung der Anlage zu sein (BGH, Urt. v. 19.7.2004 – II ZR 218/03 und II ZR 402/02).“

Auch danach scheidet eine Verantwortlichkeit des B grundsätzlich aus, denn die von ihm gemachten Äußerungen waren nicht in dem ausdrücklich so bezeichneten Emissionsprospekt enthalten.

Der BGH kommt indes zu einem anderen Ergebnis und nimmt eine Haftung des B aufgrund der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung im engeren Sinne an.

c) Produktinformationen und Presseartikel als Prospekt im Sinne der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung

„Die von der Muttergesellschaft der X AG & Co. KG gemeinsam mit dem ausdrücklich als solchem bezeichneten Emissionsprospekt herausgegebene "Produktinformation" und die als Sonderdrucke ebenfalls gezielt zusammen mit dem Pros-

pekt vertriebenen Presseartikel [...] sind bei der gebotenen Gesamtbetrachtung sämtlich Bestandteile eines Anlageprospekts in dem vorgenannten Sinn. Dabei kommt es weder darauf an, dass diese Schriftstücke nicht körperlich mit dem als Emissionsprospekt titulierten Druckwerk verbunden waren, noch ist es von Belang, dass sich auf der letzten Seite der "Produktinformation" der Hinweis befindet, diese stelle nicht den Emissionsprospekt dar, und dass die Presseartikel redaktionell erkennbar von Dritten verfasst worden waren. Alle vier Drucksachen wurden [...] miteinander vertrieben und gemeinsam zur Gewinnung von Anlegern eingesetzt. Die 80-seitige "Produktinformation", in der auch B – im Gegensatz zu dem ausdrücklich als Emissionsprospekt bezeichneten Werk – als Vorsitzender des Beirats präsentiert wurde, sparte dabei zwar rechtstechnische, steuerliche und finanzmathematische Details aus. Gleichwohl stellte sie eine – wenn auch oberflächlichere – den Konzern, die handelnden Personen und die angebotenen Produkte im Überblick umfassend erläuternde Ergänzung des "Emissionsprospekts" dar. Als leichter lesbares Werk vervollständigte die "Produktinformation" damit diesen Prospekt. Im Übrigen vermittelt die "Produktinformation", anders als etwa ein Flyer oder Info-Brief, bereits für sich genommen den Eindruck einer umfassenden, informierenden Beschreibung der Anlage und genügt damit schon allein der Definition eines Prospekts im Rechtssinn. Der abschließende Hinweis in der "Produktinformation", diese stelle nicht den Emissionsprospekt dar, ist vor diesem Hintergrund nur dahin zu verstehen, dass das Druckwerk allein nicht sämtliche für die Anlageentscheidung

maßgeblichen Angaben enthalte. Gerade der Umstand, dass eine solche klarstellende Mitteilung geboten war, verdeutlicht, dass die "Produktinformation" eine, wenn auch vereinfachte und gekürzte, so doch aber umfassende Darstellung des von der Muttergesellschaft der X AG & Co. KG angebotenen Portfolios war, die für den durchschnittlichen Anleger die Gefahr der Verwechslung mit einem vollständigen Anlageprospekt in sich barg.

Die in der "Produktinformation" wiedergegebenen Äußerungen des B, die sich [...] in ganz allgemeinen Aussagen ohne konkreten Tatsachenkern erschöpfen, werden wiederum durch die beiden gemeinsam mit dem "Emissionsprospekt" und der "Produktinformation" als Sonderdrucke vertriebenen Zeitschriftenartikel ergänzt. Die darin veröffentlichten Ausführungen des B knüpfen ihrem Inhalt nach an die in der "Produktinformation" enthaltenen, ihn betreffenden und von ihm getätigten Aussagen an. Sie vervollständigen die Angaben zu seiner Funktion, seinem Einfluss auf die Muttergesellschaft der X AG & Co. KG und seiner positiven Einschätzung der beworbenen Anlageprodukte, insbesondere hinsichtlich ihrer Verlässlichkeit. Da die Zeitschriftenartikel auf diese Weise inhaltlich mit dem als "Produktinformation" bezeichneten Druckwerk verknüpft waren und gemeinsam mit diesem sowie dem "Emissionsprospekt" vertrieben wurden, wurden sie ebenfalls Bestandteil des Anlageprospekts. Dies wird hinsichtlich des Sonderdrucks des Artikels aus [der "Cash"] zusätzlich dadurch unterstrichen, dass er mit einem Vorblatt der X AG & Co. KG versehen war, das dasselbe Bildmotiv aufwies, wie das erste Blatt der Produktinformation. Dass die Artikel

redaktionell von Dritten gefertigt wurden, fällt demgegenüber nicht ins Gewicht, da sich die X AG & Co. KG die darin enthaltenen Ausführungen durch den Vertrieb der Sonderdrucke zu eigen machte.

Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung stellen damit der "Emissionsprospekt", die "Produktinformation" und die Sonderdrucke mit den Zeitschrifteninterviews ungeachtet ihrer körperlichen Trennung einen einheitlichen Anlageprospekt im Rechtsinne dar. [...]"

d) B als Prospektverantwortlicher

„B kam aufgrund seines beruflichen Hintergrunds und seiner Fachkunde sowie infolge seiner – zum Prospektbestandteil gewordenen – Zeitschrifteninterviews die Stellung eines Prospektverantwortlichen zu.

Soweit neben Gründern, Initiatoren und Gestaltern der Gesellschaft sowie den Hintermännern auch weitere Personen aufgrund ihres nach außen in Erscheinung tretenden Mitwirkens am Emissionsprospekt für diesen haftungsmäßig Verantwortung tragen, handelt es sich zwar – wie ausgeführt – regelmäßig um Sachkenner, die in Ausübung ihres Berufs an der Gestaltung des Prospekts mitwirken, wie Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater. In einer solchen Eigenschaft war B im Rahmen seiner Mitwirkung bei der V AG nicht tätig. Er nahm jedoch mit seinen veröffentlichten Äußerungen, in denen er sich unter anderem sogar – über die üblichen Kompetenzen eines Sonderfachmanns deutlich hinausgehend – eines Einflusses auf die Gestaltung des Anlagekonzepts berühmte, in mindestens gleicher Weise wie dieser Personenkreis das durch seinen

Werdegang und Beruf begründete Vertrauen in seine Integrität, Objektivität und Fachkompetenz in Anspruch und setzte es ein, um Einfluss auf die Investitionsentscheidung von potentiellen Anlageinteressenten zu nehmen.

Die Aussagen in den Presseberichten und ihre weitere Verbreitung durch die Herausgeber der Anlage zielten erkennbar darauf ab, diese dem B zugeschriebenen Eigenschaften für das Anlagekonzept der V AG, zu dem auch die Beteiligung an der X AG & Co. KG gehörte, in Anspruch zu nehmen. Der B stand bei dem Bericht in der Zeitschrift ["Wirtschaft kurz und knapp"] durch die optische Aufmachung mit Voranstellung seines Bildes, das Zitat seiner Aussagen als Aufmacher und auch inhaltlich mit seinen Aussagen im Vordergrund. Der Bericht in der Zeitschrift ["Cash"] stellte ihn als Mitverantwortlichen dar, dem in dem Interview eine im Wesentlichen gleichrangige Bedeutung mit den anderen "führenden Personen" der Anlagengruppe beigemessen wurde.

Die Aussagen des B gehen inhaltlich erheblich darüber hinaus, sich als bloßen Beiratsvorsitzenden vorzustellen, was für sich genommen – auch wenn es einen Politiker betrifft – ein schutzwürdiges Vertrauen lediglich in die Wahrnehmung dieser Funktion hätte begründen können (vgl. BGH, Urt. v. 6.10.1980 – II ZR 60/80). In beiden Interviews stehen Aussagen des B im Vordergrund, die die Qualitätssicherung für die Anleger betreffen. Er berühmte sich dabei, insoweit Forderungen an das Management der V AG gestellt und diese gemeinsam verwirklicht zu haben. Dabei implizieren seine Aussagen auch, die Anlegerschutzregelungen überprüft und für gut befunden zu

haben ("Mich hat die Beachtung aller denkbaren Anlegerschutzregelungen, die das Fondskonzept auszeichnet, beeindruckt.", "Erst nach einer genauen Prüfung der Strukturen und der Personen habe ich meine persönliche Mitwirkung und Unterstützung zugesagt.", "Deshalb musste ein Konzept entwickelt werden, das nicht nur Renditen offeriert, sondern voll durchkontrolliert ist und von unabhängigen und erfahrenen Persönlichkeiten geleitet wird. Dies ist der V AG überzeugend gelungen."). Jedenfalls in der Einleitung zu dem Bericht der Zeitschrift ["Wirtschaft kurz und knapp"] grenzte er die Beteiligung an der X AG & Co. KG dabei von anderen Anlagen im Fondsgeschäft ab, bei denen es in der Vergangenheit nicht "gut gelaufen" sei, und stellte die fragliche Fondsbeteiligung damit auch unter Berücksichtigung seines vorangegangenen Appells zur Suche nach einer "soliden Alternative" für eine sichere Altersvorsorge als eine solche dar. Schließlich erweckte B mit seinen auf die Qualitätssicherung bezogenen Aussagen ("Das haben wir geschafft") den Eindruck, das Anlagekonzept mitgestaltet zu haben und damit nicht nur einen besonderen Einfluss gleich dem eines Initiators gehabt zu haben, sondern das Anlagekonzept mit seinen Stärken und (vermeintlich unwesentlichen) Schwächen auch besonders detailliert zu kennen. Der Inanspruchnahme besonderer Fachkunde stand auch nicht entgegen, dass sich die Äußerungen des B schwerpunktmäßig nicht auf einzelne Fakten bezogen, sondern überwiegend ein positives Gesamtbild der Anlage und ihrer Sicherheit zeichneten. Auch wenn die Offenlegung der näheren Umstände des Anlagekonzeptes für dessen sachliche Be-

wertung unverzichtbar ist, kann der Schaffung einer positiven Anlagestimmung und der Erzeugung eines Gefühls der Sicherheit letztlich eine größere Bedeutung für die Anlageentscheidung eines durchschnittlichen Interessenten zukommen (vgl. auch Ellenberger, Prospekthaftung im Wertpapierhandel, S. 32 f.). Bei einer reinen Sympathiewerbung ist ein möglicherweise im Einzelfall begründetes Vertrauen durch Schaffung einer positiven Anlagestimmung zwar regelmäßig nicht schutzwürdig. Der vorliegende Sachverhalt liegt aufgrund der schlüssigen Betonung der Seriosität und der (vermeintlichen) Fachkenntnisse des B sowie des suggerierten Einsatzes dieser Eigenschaften bei einer Prüfung der Anlage jedoch entscheidend anders.

In der Gesamtschau seiner Aussagen in den Presseveröffentlichungen erweckte B zudem den Anschein, er setze sich besonders für die Belange der einzelnen Anleger ein. Seine Aussagen können von einem durchschnittlichen Anlageinteressenten dahingehend verstanden werden, er biete eine zusätzliche, von ihm ausgehende Gewähr für die Sicherheit der Investition und das Gelingen des Anlagegeschäfts. [...]

Der durchschnittliche Anleger konnte davon ausgehen, dass B über die erforderliche Seriosität, die Fachkompetenz zur Beurteilung der Anlage und das notwendige Durchsetzungsvermögen zur Erfüllung der seinen Angaben zufolge gestellten Forderungen verfügte.

Die Präsentation des B mit den ausgewählten Stationen seines Lebenslaufs war geeignet, Zutrauen in seine besondere persönliche Zuverlässigkeit hervorzurufen. B war als Politiker und Bundesminister Inhaber herausragender öffentlicher Ämter,

die zumal dann allgemein Ansehen begründen, wenn ihr Inhaber – wie B – nicht allein Berufspolitiker ist. Sie weisen zudem darauf hin, dass der Betroffene darauf bedacht sein wird, seinen guten Ruf nicht zu gefährden, da – wie die Veröffentlichungen zum vorliegenden Sachverhalt belegen – auch aus ihren Ämtern ausgeschiedene Spitzenpolitiker weiterhin im Blickpunkt der interessierten Öffentlichkeit stehen. Überdies deutet eine erfolgreiche politische Karriere auf eine ausgeprägte Durchsetzungsfähigkeit hin, welcher im vorliegenden Zusammenhang besondere Bedeutung zukommt, weil sich B berühmte, Forderungen an das Management zum Anlegerschutz gestellt und durchgesetzt zu haben. Die Stellung eines Universitätsprofessors, die B weiter innehatte, vermittelte den zusätzlichen Eindruck von Kompetenz und besonderer Seriosität. Den Angehörigen dieses Berufsstands wird im Allgemeinen neben herausragenden geistigen Fähigkeiten, die es ihnen ermöglichen, auch hochkomplexe Sachverhalte – wie sie unter anderem Anlagemodelle darstellen können – zu durchschauen, auch eine besondere persönliche Integrität zugebilligt. Vor allem aber dadurch, dass die "Produktinformation" sowie die Veröffentlichung in der Zeitschrift ["Cash"] die Fachgebiete hervorhoben, die der Lehrstuhl des B umfasste, wurde der Eindruck hervorragender Fachkompetenz bei der von B zumindest schlüssig behaupteten Prüfung der Anlagemodelle vermittelt. Insbesondere, dass die Lehrstuhlbezeichnung das "Finanzrecht" umfasste, war geeignet, bei dem durchschnittlich verständigen Anleger den Eindruck eines besonderen, akademisch geschärften Sachverstands des B für die

Beurteilung von Vermögensanlagen hervorzurufen. Dieser Rechtszweig beschränkt sich zwar auf das öffentliche Finanz- und Abgabenrecht und umfasst das Kapitalanlagerecht nicht. Sofern dies dem durchschnittlich gebildeten Anlageinteressenten überhaupt bewusst sein sollte, darf er jedenfalls davon ausgehen, dass auch der Inhaber eines solchen Lehrstuhls in der Lage ist, sich schnell und zuverlässig in die Materie des Kapitalanlagerechts einzuarbeiten und sich ein qualifiziertes Urteil über ein Anlagekonzept zu bilden.

Dass die tatsächliche Funktion des Beiratsvorsitzenden schwach ausgeprägt und B zudem nur Vorsitzender des Beirats der Konzernmutter der X AG & Co. KG sein sollte, ist in der Produktinformation für sich genommen zwar noch erkennbar, tritt in der Gesamtschau sämtlicher Veröffentlichungen jedoch derart in den Hintergrund, dass es das Entstehen eines objektiven Vertrauenstatbestandes nicht hindert (anders: Haertlein, ZIP 2008, 726, 731).

Es liegt nahe, dass B diesen auf der Hand liegenden vorgesehenen Einsatz seiner Aussagen und seiner Vita zu Werbezwecken kannte und jedenfalls zunächst auch billigte. [...]

Die in den Prospektbestandteilen enthaltenen Angaben des B dürften nach dem bisherigen Sach- und Streitstand einer hinreichenden tatsächlichen Grundlage entbehren. Es bestehen schon Zweifel daran, ob B die in der Werbung für sich reklamierte Kompetenz und Seriosität angesichts seines beschränkten Aufgabenbereichs im Beirat der Konzernmutter im Zusammenhang mit der Anlage tatsächlich hätte einbringen können. Es spricht einiges dafür, dass dies nicht der

Fall war. Offen ist auch, ob B die - nicht näher bezeichneten - Aspekte der Qualitätssicherung und der Sicherheit der Anlage tatsächlich geprüft hat.

Dies ändert jedoch nichts daran, dass sich B gegenüber geschädigten Anlegern an seinen "vertrauensbildenden" Erklärungen festhalten lassen muss. Wenn er – wie er geltend macht – keinerlei Einfluss ausgeübt und keinerlei Prüfungen vorgenommen haben sollte, so hätte er seine Aussagen nicht so wie geschehen treffen dürfen.

Für die Haftung des B spielt es auch keine Rolle, ob er [noch bevor A seine Anlageentscheidung getroffen hat] seine Beiratstätigkeit beendet hat. Die Aussagen des B beschränkten sich nicht auf eine retrospektive Prüfung des Anlagekonzepts, sondern begründeten auch die in die Zukunft gerichtete Erwartung, er werde weiterhin die Belange der Anleger berücksichtigen und wahren sowie die Belange der Fondsgesellschaften bei seinen Kontakten zu Politik und Wirtschaft vertreten. Nicht anders kann seine Antwort auf die Frage in dem Interview der Zeitschrift ["Cash"] verstanden werden, ob er nur des "name droppings" wegen engagiert sei oder auch Risiken mitfrage, er selbst sei für wenigstens zwei Jahre verantwortlich im Beirat. Dabei grenzte er sich von weiteren Personen ab, die (nur) mit "mit ihrem guten und unbelasteten Namen (...) im Obligo" seien. Die hierdurch geschaffene Erwartungshaltung ging zumindest mit dem Widerruf seiner Bereitschaft zur Mitarbeit im Beirat nur wenige Monate nach Veröffentlichung des Interviews ins Leere. Er hätte deshalb darauf hinwirken müssen, dass die betreffenden Interviews nicht mehr oder zumindest nicht ohne entsprechende Hinweise zu Werbezwecken

eingesetzt wurden. Ob die Zeitschriftenartikel seither noch mit seinem Wissen und Wollen oder auch nur mit seiner Duldung verwendet wurden, ist als solches unerheblich. [...]“

Somit ist B für seine Angaben in den gemeinsam mit dem Emissionsprospekt und der Produktinformationen herausgegebenen Zeitschrifteninterviews im Sinne der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung verantwortlich.

2. Kausalität

Da sich A auch aufgrund der Lektüre der gemeinsam mit dem Emissionsprospekt und der Produktinformationen herausgegebenen Pressartikel zur Beteiligung an der X AG & Co. KG entschloss, waren die darin enthaltenen (unrichtigen und unvollständigen) Angaben für seine Entscheidung ursächlich. (Anm.: In der Praxis kommt dem geschädigten Anleger hierbei die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens zugute. Danach wird vermutet, dass die mangelhafte Prospekt Darstellung für die Anlageentscheidung ursächlich war und der Anleger die Kapitalanlage bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht abgeschlossen hätte (vgl. BGH, Urt. v. 2.3.2009 – II ZR 266/07, m.w.N.).)

3. Vertretenmüssen des B

Gemäß § 280 I 3 BGB trägt B die Beweislast dafür, dass er die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Entsprechende Anhaltspunkte für ein fehlendes Vertretenmüssen sind nicht ersichtlich.

4. Schadensersatz gemäß § 249 I BGB

Im Rahmen der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung ist dem Geschädigten grundsätzlich das negative Interesse zu

ersetzen (*Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 71. Aufl., § 311 Rdnr. 72, § 280 Rdnr. 50).

Somit ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn A sich niemals an der X AG & Co. KG beteiligt hätte. A hätte sich danach nicht an der X AG & Co. KG beteiligt und folglich den von ihm investierten Betrag in Höhe von EUR 100.000,00 erspart. B ist somit verpflichtet, A den von ihm investierten Betrag in Höhe von EUR 100.000,00 zu erstatten, und zwar Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung des A an der X AG & Co. KG auf B.

Hinweise:

1. In der Originalentscheidung hatte der BGH eine Schadensersatzpflicht des Beklagten mangels entsprechender Sachverhaltsaufklärung nicht zweifelsfrei feststellen können. Die Sache wurde daher zur erneuten Verhandlung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Der Beklagte hat sich unter anderem darauf berufen, dass mit seinen Äußerungen ohne sein Wissen und Wollen geworben wurde.

2. Die dargestellte Entscheidung ist aufgrund ihrer Öffentlichkeitswirksamkeit und des Medienechos von einiger Examensrelevanz und bietet jedenfalls für eine mündliche Prüfung ausreichend Diskussionsgrundlage für eine Auseinandersetzung mit dem Institut der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung. Die Entscheidung dürfte als markante Ausnahme zu den Rechtsprechungsgrundsätzen der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung im engeren Sinn zu sehen sein. In dogmatisch nicht unbedenklicher Weise vermengt der BGH in dieser Entscheidung die bürgerlich-

rechtliche Prospekthaftung im engeren und weiteren Sinne. Der BGH stellt zum einen entsprechend der Prospekthaftung im weiteren Sinne auf die persönliche Integrität des Beklagten (ehemaliger Spitzenpolitiker und Universitätsprofessor mit rechtswissenschaftlichem Lehrstuhl) ab, ohne dass ein persönlicher Kontakt zwischen dem Beklagten und den Klägern zustande gekommen wäre. Daraus leitet der BGH einen für die Prospekthaftung im engeren Sinn erforderlichen typisierenden Vertrauensstatbestand ab.

3. Ob Prominente, die für Kapitalanlagen werben, nach dieser Entscheidung mit höheren Haftungsrisiken rechnen müssen, wie diese in der Presseberichterstattung zu dem besprochenen Urteil prognostiziert werden, ist offen. Den Prominenten dürfte mangels entsprechender Fachkenntnisse in der Regel die Kompetenz fehlen, die beworbene Kapitalanlage fachlich beurteilen zu können. Dies war im vorliegenden Fall bei dem Beklagten nach Ansicht des BGH jedoch gerade anders.

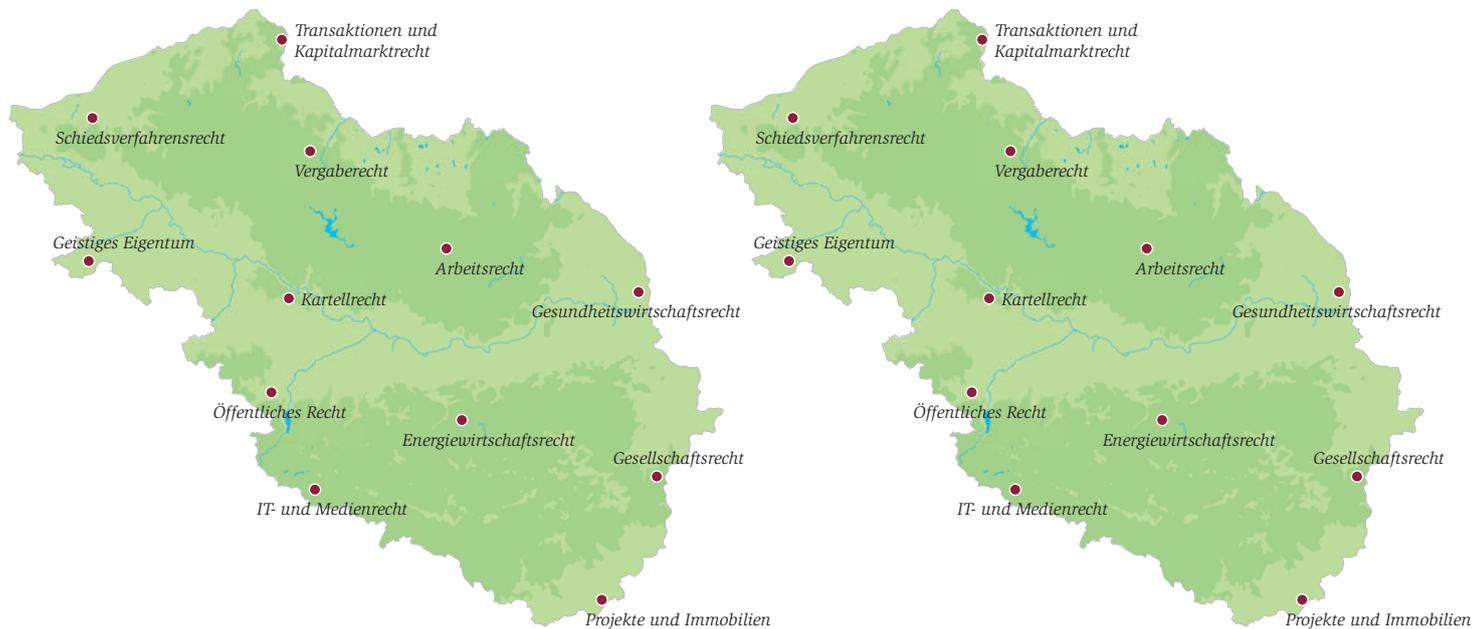
(RA Steffen Follner)

Willkommen bei

OPPENLÄNDER

Schöne Aussichten!

Karriere in der Welt der Wirtschaft



*Jetzt auch
in München!*

Ihr Weg bei OPPENLÄNDER Rechtsanwälte

Ihre Anwaltskarriere starten Sie als Angestellte/r mit attraktivem Einstiegsgehalt. Nach 3 Kalenderjahren ist Ihre Aufnahme als assoziierter Partner angestrebt; nach Ablauf zweier weiterer Kalenderjahre die Aufnahme als Partner und Gesellschafter. Weitere Zwischenschritte halten wir nicht für sinnvoll.

Referendarstationen betrachten wir als optimale Gelegenheit zum Kennenlernen. Referendare werden von uns individuell ausgebildet und erhalten eine zusätzliche Vergütung. Promotionsvorhaben unterstützen wir ebenfalls.

Das sollten Sie mitbringen, wenn Sie bei uns beginnen möchten:

- hervorragende Examina (mindestens „vollbefriedigend“)
- vorzugsweise eine Promotion (weitgehend abgeschlossene Dissertation)
- Freude an wissenschaftlichem und zugleich praxisbezogenem Arbeiten

OPPENLÄNDER

RECHTSANWÄLTE

Anerkenntnis und gesetzliches Verbot

BGH, Urteil vom 22.09.2011 – IX ZR 1/11, BeckRS 2011, 24547

Erkennt der Schuldner einen Anspruch aus einem Rechtsverhältnis an, welches sich im Grenzbereich eines gesetzlichen Verbotes bewegt, dessen Eingreifen indes ernstlich zweifelhaft ist, so geschieht dies mangels anderer Anhaltspunkte auch, um eine etwaige rechtshindernde Einwendung infolge des Verbotes auszuräumen, wenn dem Schuldner dieses Risiko des Gläubigers bewusst ist. Die Rechtsbeständigkeit eines solchen schuldbestätigenden (deklaratorischen) Anerkenntnisses und seine Wirkungen richten sich nach den gleichen Grundsätzen wie bei einem Vergleichsvertrag.

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

A, Rechtsanwalt und Gemeinderat der Gemeinde G, arbeitete in einem Fall der Sozietät S mit, in dem diese Klage in einer baurechtlichen Angelegenheit gegen den Freistaat Bayern erhoben hatte; da die Gemeinde G ihr Einvernehmen verweigert hatte, war sie notwendig beigeladen.

A forderte S zur Zahlung seines Honorars auf. S antwortete: „Wir werden Ihre Rechnung unter Berücksichtigung meiner heutigen Notarkostenberechnung in Sachen (Name des Klägers ./ N.) kurzfristig ausgleichen“.

In der Folgezeit zahlte S nicht, sondern erhob Einwendungen gegen die Rechnung.

Besteht ein Anspruch des A gegen S auf Zahlung?

Art. 50 Gemeindeordnung Bayern:

Gemeinderatsmitglieder dürfen Ansprüche Dritter gegen die Gemeinde nur als gesetzliche Vertreter geltend machen

(Entsprechende Bestimmungen enthalten auch regelmäßig die Gemeindeordnungen der anderen Länder)

A. Vertragliche Ansprüche

I. Anspruch aus Vertrag gemäß §§ 611, 675 I BGB

Fraglich ist, ob ein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist. A und S haben sich auf einen Vertrag verständigt, der anwaltliche Dienstleistungen zum Gegenstand hatte. Möglicherweise ist der Vertrag jedoch nach § 134 BGB nichtig.

In der kommunalrechtlichen Literatur wird das überwiegend bejaht; nur so sei eine effektive Sanktion möglich.

Der BGH meldet Zweifel an:

„Schon wegen der Unschärfe des möglichen Verbotstatbestandes drängt sich eine solche Gesetzesauslegung nicht auf. [...]

Das historische Vorbild in § 20 des Preußischen Gemeindeverfassungsgesetzes vom 15. Dezember 1933 kannte nur eine kommunalrechtliche Sanktio[...].n. Zweifelhaft ist aber auch, ob ein totales kommunales Vertretungsverbot nicht selbst in manchen Fällen als Übermaß gewertet werden müsste. Sind kritische und klagebereite Bürger instande, ihre Prozessvertretung in die Hand eines sachlich erfahrenen Rechtsanwaltes zu legen, dem als Gemeinderat die Fälle umstrittener Gesetzesanwendung in dem hier betroffenen Bereich des § 22 BauGB bekannt sind, so kann das der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung letztlich sogar dienen.“

Selbst wenn man die Eignung der kommunalrechtlichen Vorschriften als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB bejaht, ist fraglich, ob sie im vorliegenden Fall eingreifen, denn, so der BGH:

„Das kommunale Vertretungsverbot des Art. 50 BayGO will sachfremde Einflüsse auf die Verwaltung fernhalten und das Vertrauen der Bürger zur Verwaltung stärken. Die persönlichen, politischen und sachlichen Beziehungen kommunaler Mandatsträger zu Bürgermeistern und Angehörigen der Gemeindeverwaltung sollen nicht zur Durchsetzung von Ansprüchen Dritter und für eigene berufliche Interessen genutzt werden; den Mandatsträgern selbst soll mit der verwehrtten Doppelfunktion der drohende Interessenwiderstreit erspart werden [...]. Dieser Gesetzeszweck rechtfertigt nicht, auch die interne Mitwirkung eines Gemeinderatsmitglieds an der anwaltlichen Geltendmachung von Ansprüchen Dritter gegen die Gemeinde unterschiedslos zu

missbilligen [...]. Das Bundesverfassungsgericht hat es zwar in einer Kammerentscheidung als verfassungsrechtlich beanstandungsfrei bezeichnet, wenn die Tätigkeit eines Korrespondenzanwaltes von dem Vertretungsverbot erfasst werde (BVerfG NJW 1988, 694, 695). Daraus folgt jedoch nicht, dass eine derart weite Auslegung des Gesetzestatbestandes, Ansprüche Dritter gegen die Gemeinde geltend zu machen, allgemein zutrifft. Hier war der Kläger nicht einmal Korrespondenzanwalt. Er war von den Klägern des Verwaltungsstreitverfahrens, welche die Beklagten vertraten, persönlich in keiner Weise beauftragt.“

Die besseren Gründe sprechen hier also dafür, dass der Tatbestand der Norm nicht erfüllt ist. Der Vertrag ist damit wirksam, ein Anspruch des R aus §§ 611, 675 I BGB besteht.

Der BGH entscheidet die Frage jedoch ebenfalls nicht, weil er sie als nicht entscheidungserheblich ansieht.

II. Anspruch aus § 781 BGB

1. Vorliegen eines Schuldanerkenntnisses

In der Erklärung der S, man werde die Rechnung des R in Kürze begleichen, liegt ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis i.S.d. § 781 BGB.

2. Wirksamkeit des Schuldanerkenntnisses

Dieses könnte jedoch ebenfalls nach § 134 BGB nichtig sein. Die Normen der §§ 134, 138 BGB finden grundsätzlich auch bei Schuldanerkenntnis und Vergleich Anwendung.

Das gilt jedoch nicht ausnahmslos, denn, so der BGH:

„Das Berufungsgericht hat übersehen, dass eine Ausnahme von dem genannten Grundsatz dann gilt, wenn gerade über die etwaige Gesetz- oder Sittenwidrigkeit des Ausgangsverhältnisses ernsthaft Streit oder Zweifel herrschten, die durch das Anerkenntnis behoben werden sollten. Insoweit sind die gleichen Erwägungen maßgebend wie bei einem Vergleichsvertrag, durch den die Ungewissheit darüber, was der Gesetzeslage entspricht, durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird. Ein solcher Vergleich ist nach dem vom Gesetzgeber (vgl. § 55 VwVfG) und von der Rechtsprechung [...] entwickelten Maßstab trotz eines Widerspruchs zu zwingendem Recht wirksam, wenn der Vergleichsinhalt den Bereich nicht verlässt, der bei objektiver Beurteilung ernstlich zweifelhaft ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn beide Seiten auch in der Vorstellung gehandelt haben, durch den Vergleich ihrem Rechtsverhältnis keinen anderen Inhalt gegeben zu haben, als ihm bei richtiger Gesetzesauslegung zugekommen sein kann.“

Nach Auffassung des BGH liegt ein solcher Fall hier vor:

„Unstreitig ist jedoch, dass die Parteien von dem kommunalen Vertretungsverbot, welches den Kläger betraf, schon Jahre zuvor Kenntnis hatten und mit seiner Wirkung rechneten. Ferner zeichneten sich Meinungsverschiedenheiten darüber ab, in welchem Umfang und aufgrund welcher - möglicherweise konkludenten - Vereinbarung der Kläger bei der Mandatswahrnehmung der Beklagten mit-

gearbeitet hatte und auf welcher Berechnungsgrundlage mit welchem Satz diese Mitarbeit zu vergüten war. Aus dem Empfängerhorizont des Klägers war daher das Anerkenntnis vom 15. Dezember 2008 so aufzufassen, als sollte durch einen entsprechenden, konkludent anzunehmenden Feststellungsvertrag möglichem Streit über Grund und Höhe des Klageanspruchs der Boden entzogen werden. Sein vergleichsartiger Inhalt wird noch dadurch verdeutlicht, dass der Kläger sich seinerseits den Abzug der gegengerechneten Notarkosten gefallen lassen hat.“

Das Anerkenntnis ist also hier nicht nach § 134 BGB nichtig.

Hilfsgutachten

Unterstellt, der Vertrag wäre nichtig, so ist zu prüfen, ob ein Anspruch auf Zahlung unabhängig davon besteht.

III. Anspruch aus § 812 I 1 Var.1 BGB

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 812 I 1 Var.1 BGB ergeben.

1. Eine Leistung liegt aufgrund der anwaltlichen Dienstleistungen vor.
2. Durch sie hat S etwas erlangt.
3. Dies geschah, wenn man den Vertrag für nichtig hält, ohne Rechtsgrund.
4. Der Anspruch könnte jedoch gemäß § 817 S.2 BGB ausgeschlossen sein. Der BGH verneint das jedoch:

„[...] ist das nicht nach § 817 Satz 2 BGB auszuschließen. Für ein vorsätzlich verbotswidriges Handeln des Klägers fehlt angesichts der ungewissen Rechtslage jeder Anhaltspunkt. Die vom Kläger vertretene Ansicht, die Beklagten verbots-

frei bei der Geltendmachung von Ansprüchen Dritter gegen die Gemeinde O. unterstützen zu können, ist keine Einzelmeinung und kann mit der hier gegebenen Einschränkung fehlender Außenwirkung zutreffen.“

Ein Anspruch des R aus § 812 I 1 var.1 BGB besteht also.

Ende des Hilfgutachtens

Hinweise:

1. Auch wenn es sich um keine grundlegende Entscheidung handelt, so betrifft sie doch eine interessante Konstellation im Grenzbereich zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Solche Konstellationen sind immer wieder auch gerne Gegenstand von Examensklausuren.

2. Die Entscheidung gewinnt ihre Bedeutung für die Examensvorbereitung aber vorwiegend dadurch, dass sie eine gute Gelegenheit bietet, die aktuellen Probleme gesetzes- und sittenwidriger Rechtsgeschäfte wie etwa Vollmacht und Rechtsberatung (siehe zuletzt *BGH*, BeckRS 2011, 25966), Abtretung von Darlehensforderungen (siehe etwa *BGH*, NJW 2010, 361), Verhältnis zu Widerrufsrechten (*BGH*, NJW 2010, 610), Ohne-Rechnung-Abrede (*BGH*, NJW 2008, 1050), Angehörigenbürgschaft (*BGH*, NJW 2009, 2671) oder Prostitution (*BGH*, NJW 2008, 140) zu wiederholen. Zentrale Bedeutung dabei hat nicht zuletzt auch die Vorschrift des § 817 S.2 BGB, zu der zahlreiche Streitfragen existieren.

3. Wenn der BGH wie hier Fragen letztlich offen lässt, weil er sie nicht für entschei-

dungserheblich hält, muss der Bearbeiter in einem Gutachten (wie es im ersten Staatsexamen regelmäßig verlangt wird) diese Fragen aber beantworten und gegebenenfalls ein Hilfgutachten anfertigen.

(RA Dr. Christian F. Majer)

Sitten- und Treuwidrigkeit einer Probezeitkündigung

LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 22.06.2011, Aktenzeichen 3 Sa 95/11, BeckRS 2011, 75153

1. Eine Kündigung verstößt gegen Art. 6 I GG, wenn sie wegen der Eheschließung des Arbeitnehmers mit einer chinesischen Staatsangehörigen ausgesprochen wurde. Sie verstößt jedenfalls dann gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) und ist willkürlich, wenn diese familiären Verhältnisse schon bei der Einstellung bekannt waren und als unbeachtlich eingeordnet wurden.

2. Eine Kündigung innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses ist sittenwidrig (§ 138 BGB), wenn der Arbeitgeber das "ethische Minimum" nicht eingehalten hat. Es verstößt gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in Kenntnis dessen langjähriger familiärer Beziehung zu einer in China lebenden chinesischen Staatsangehörigen nicht als Sicherheitsrisiko einordnet, ihm aber kurz darauf ohne Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Situation in der Wartezeit des § 1 I KSchG wegen dieser persönlichen Verhältnisse kündigt.

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

H, die rund 230 Arbeitnehmer beschäftigt, beliefert Unternehmen der Luftfahrtindustrie und Wehrtechnik im In- und Ausland, aber auch die Bundeswehr direkt. Im November 2009 trat H an A heran und bot ihm den Abschluss eines Arbeitsvertrags an. Daraufhin unterzeichneten A und H einen Arbeitsvertrag, wobei der Beginn des Arbeitsverhältnisses auf den 01.02.2010 festgelegt wurde. Bei Abschluss des Arbeitsvertrags hatte H Kenntnis davon, dass A familiäre Kontakte zu seiner in China lebenden Lebensgefährtin mit Kind hatte und bereits in der Vergangenheit mehrfach längere Urlaubsreisen nach China unternommen hatte, um diese dort zu besuchen. Bevor er im Februar 2010 seine Tätigkeit

bei H aufnahm, heiratete A im Dezember 2009 seine zunächst weiterhin in China lebende Lebensgefährtin. Im März 2010 führten die Sicherheitsbeauftragte und der Personalleiter der H mit A ein Gespräch mit der Feststellung, dass keine Sicherheitsbedenken in Bezug auf seine Beschäftigung bestünden. Mit Schreiben vom 21.06.2010 wurde A ordentlich zum 30.09.2010 gekündigt. Die Kündigung wurde damit begründet, dass A für H ein Sicherheitsrisiko darstelle. Durch seine familiären Kontakte zur Volksrepublik China unterliege er einer besonderen Gefährdung durch Anbahnungs- und Werbungsversuche chinesischer Nachrichtendienste. Zudem führe seine familiäre Situation dazu, dass er im Besonderen erpressbar sei. Tatsachen, aufgrund derer H

zu dieser Einschätzung gekommen war, konnte H nicht liefern.

Ist die Kündigung wirksam?

I. Soziale Rechtfertigung nach § 1 II KSchG?

Nach § 1 II KSchG ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt und daher unwirksam, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Die Kündigung eines Arbeitnehmers ist allerdings nur dann am Maßstab des § 1 II KSchG zu messen, wenn der Anwendungsbereich des § 1 KSchG eröffnet ist.

1. Betrieblicher Anwendungsbereich

Die Vorschrift des § 1 KSchG befindet sich systematisch im Ersten Abschnitt des KSchG. Nach § 23 I 3 KSchG gelten die Vorschriften des Ersten Abschnitts des KSchG mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 KSchG und des § 13 I 1 und 2 KSchG grundsätzlich nicht in Betrieben, in denen in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt sind.

H beschäftigt rund 230 Arbeitnehmer. Damit ist der betriebliche Anwendungsbereich des KSchG eröffnet.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Weiterhin müsste allerdings auch der persönliche Anwendungsbereich des KSchG nach § 1 I KSchG eröffnet sein. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt.

Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestand bei Zugang der Kündigung

noch nicht länger als sechs Monate ohne Unterbrechung. Das gekündigte Arbeitsverhältnis begann am 01.02.2010 und wurde mit Schreiben vom 21.06.2010 gekündigt.

Demnach ist die Kündigung nicht nach § 1 II KSchG sozial ungerechtfertigt.

II. Unwirksamkeit nach sonstigen Vorschriften

Die Kündigung könnte jedoch treuwidrig sein (§ 242 BGB) bzw. gegen die guten Sitten verstoßen (§ 138 I BGB) und damit ebenfalls unwirksam sein.

1. Anwendbarkeit der Generalklauseln des BGB

Hierzu müssten die §§ 242, 138 I BGB auf die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses anwendbar sein. Zweifel hieran könnten sich deshalb ergeben, weil der allgemeine Kündigungsschutz von Arbeitnehmern spezialgesetzlich im KSchG geregelt ist und daher nicht ohne Weiteres auf Generalklauseln des BGB zurückgegriffen werden kann.

Allerdings ist nicht zu verkennen, dass das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes durch Art. 12 I GG geschützt ist. Art. 12. I GG gewährt zwar keinen unmittelbaren Schutz gegen den Verlust des Arbeitsplatzes aufgrund privater Disposition, dem Staat und seinen Institutionen obliegt es aber, den Arbeitnehmer auch dort, wo die Bestimmungen des KSchG nicht greifen, vor einer sitten- oder treuwidrigen Kündigung des Arbeitgebers zu schützen und ein verfassungsrechtliches Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme zu gewährleisten.

Der objektive Wertgehalt der Grundrechte ist hierbei zu berücksichtigen.

Demnach sind die Generalklauseln des BGB anwendbar, wenn der Anwendungsbereich des KSchG nicht eröffnet ist.

2. Prüfungsmaßstab

Während der gesetzlichen Wartezeit des § 1 I KSchG ist der Arbeitnehmer lediglich vor einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers geschützt. In der Wartezeit erfolgt daher grundsätzlich nur eine Missbrauchskontrolle. *„Auch unter verfassungsrechtlichen Vorgaben verstößt eine Kündigung in der Wartezeit nur dann gegen § 242 BGB, wenn sie Treu und Glauben aus Gründen verletzt, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind. Eine solche Kündigung ist nicht willkürlich, wenn für sie ein irgendwie einleuchtender Grund besteht. Sittenwidrig ist eine Kündigung, wenn sie dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden widerspricht“*, d.h. die Kündigung unter keinem tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkt der Durchsetzung rechtmäßiger und legitimer Interessen des Arbeitgebers dient. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls. In sachlicher Hinsicht geht es darum, Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen.

3. Verstoß gegen § 242 BGB

„Die Kündigung verstößt gegen § 242 BGB und ist daher nichtig“. H hat ihr Kündigungsrecht treuwidrig ausgeübt. Ein irgendwie einleuchtender Grund für die Kündigung ist nicht feststellbar. Die Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 242 BGB ergibt sich insbesondere aus einem

Verstoß gegen die grundrechtlich garantierte Eheschließungsfreiheit des A gemäß Art. 6 I GG, die im Rahmen der Auslegung der Generalklausel des § 242 BGB zu berücksichtigen ist. H hat A gekündigt, weil er mit einer in China lebenden chinesischen Staatsangehörigen verheiratet ist und damit einhergehend familiäre Kontakte nach China hat. Hiervon hatte H schon vor Eingehung des Arbeitsverhältnisses Kenntnis. Die Kündigung stellt unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie der gebotenen Abwägung des Schutzes der Ehe mit etwaigen berücksichtigungsfähigen Gründen der H eine verbotene Benachteiligung des A dar.

a) Schutz der Ehe

„Die Ehe ist nach Art. 6 Abs. 1 GG als Institution geschützt. Sie ist von grundlegender Bedeutung für die Ordnung des Gemeinschaftslebens. Geschützt ist damit insbesondere auch die Eheschließungsfreiheit. Dieser Schutzzweck wird durch die Kündigung verletzt, die wegen der Eheschließung und der damit einhergehenden familiären Kontakte zur Volksrepublik China ausgesprochen wurde.“

b) Sachliche Gründe?

Die unmittelbar an die Eheschließung mit einer chinesischen Staatsangehörigen anknüpfende Kündigung könnte allerdings durch sachliche Gründe bedingt sein. Hierzu führt das LAG Schleswig-Holstein aus:

„Die mit der Kündigung durchgeführte unmittelbare Anknüpfung an seine Eheschließung mit einer chinesischen Staatsangehörigen und dem Aufenthaltsort seiner neuen Familienmitglieder in China ist durch keinerlei, die Grundrechtsbeein-

trächtigkeit des Klägers aufwiegende sachliche Gründe bedingt. Es fehlt schon jeglicher schlüssige Vortrag der Beklagten zur realen Existenz plausibler gewichtiger Gründe, die den Eingriff in die durch Art. 6 I GG geschützte Eheschließungsfreiheit des Klägers aufwiegen könnten. Die Beklagte ordnet den Kläger [...] aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse als Sicherheitsrisiko ein. Es fehlt jeglicher Tatsachenvortrag, aufgrund welcher Kriterien sie zu dieser Einschätzung kommt. Sie hat weder Arbeitsplatzspezifika geschildert, noch tatsächliche oder rechtliche Rahmenbedingungen, die die Behauptung, der Kläger sei ein Sicherheitsrisiko, auch nur ansatzweise spezifizierbar machen. Das wäre jedoch zwingend erforderlich gewesen.“

c) Zwischenergebnis

Die innerhalb der Wartezeit wegen der familiären Lebensverhältnisse des A ausgesprochene Kündigung ist treuwidrig und daher nach § 242 BGB unwirksam.

4. Unwirksamkeit nach § 138 I BGB

Die Kündigung könnte zudem gegen die guten Sitten verstoßen und daher gemäß § 138 I BGB unwirksam sein.

Der Vorwurf objektiver Sittenwidrigkeit kann allerdings nur in besonders krassen Fällen erhoben werden. § 138 I BGB verlangt die Einhaltung des "ethischen Minimums". Sittenwidrig ist eine Kündigung, wenn sie dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben,

da die Kündigung unter keinem tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkt der Durchsetzung rechtmäßiger und legitimer Interessen der H diene. H hat ihr formelles Recht zum Ausspruch einer Kündigung innerhalb der Wartezeit im Rahmen eines ungeschützten Arbeitsverhältnisses gezielt zu ihren Gunsten ausgenutzt, ohne dass ihr hierfür sachliche Gründe zur Seite standen. Sie hat keinerlei konkrete Sicherheitsgefährdung dargelegt und nichts zur konkreten Tätigkeit des A, zu einem etwaigen Umgang mit sensiblen Daten oder zu konkreten Fakten und Hintergründen vorgetragen, auf denen ihre Einschätzung der Sicherheitssituation beruht. Durch den Ausspruch der Kündigung innerhalb der Wartezeit ohne Offenlegung sachlicher Interessen ist A der H „schlicht willkürlich ausgeliefert“.

Eine solche Vorgehensweise der H ist mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden nicht zu vereinbaren. Ihr fehlt die Einhaltung jeglichen ethischen Minimums. A ist im Zusammenhang mit dem Ausspruch der Kündigung willkürlich zum Spielball der H gemacht worden.

Die Kündigung ist daher sittenwidrig im Sinne des § 138 I BGB und damit auch nach dieser Vorschrift unwirksam.

5. Ergebnis

Die Kündigung verstößt gegen Treu und Glauben sowie das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Sie ist daher gemäß §§ 242, 138 I BGB unwirksam.

Hinweise:

1. Die Entscheidung des LAG Schleswig-Holstein und insbesondere der darin angesprochene Themenkomplex des

Kündigungsschutzes außerhalb des KSchG sind sehr examensrelevant. Die Prüfung der Wirksamkeit einer Kündigung gehört zum arbeitsrechtlichen Pflichtprüfungsstoff der staatlichen Pflichtfachprüfung.

2. Die Kunst besteht in der Klausur darin, systematisch die Wirksamkeit der erklärten Kündigung zu prüfen. Zunächst ist zu untersuchen, ob dem gekündigten Arbeitnehmer Kündigungsschutz nach dem KSchG zusteht. Sollte dies nicht der Fall sein, ist in einem weiteren Schritt darzustellen, dass es dem Staat dennoch obliegt, ein verfassungsrechtliches Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme zu gewährleisten und die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses daher ausnahmsweise auch dann unwirksam sein kann, wenn das KSchG im konkreten Fall nicht greift. Dogmatische Anknüpfungspunkte für die weitere Prüfung sind dann §§ 242, 138 I BGB. Es sei an dieser Stelle aber nochmals darauf hingewiesen, dass im Rahmen der §§ 242, 138 I BGB keinesfalls die Sozialwidrigkeit der Kündigung im Sinne von § 1 II KSchG geprüft werden darf. Vielmehr scheidet eine Unwirksamkeit der Kündigung bereits dann aus, wenn ein irgendwie einleuchtender Grund für die Rechtsausübung durch den Arbeitgeber besteht. Hierbei ist insbesondere der objektive Wertgehalt der Grundrechte zu beachten.

3. Ein guter Überblick über den Kündigungsschutz außerhalb des KSchG findet sich bei *Berkowsky*, NJW 2009, 113 ff. und *Fuhlrott/Hoppe*, ArbRAktuell 2009, S. 204 ff.

(RA Dr. Nikolaus Polzer)

Voraussetzungen des Rücktritts vom Tötungsversuch

BGH, Urteil vom 26.5.2011, Aktenzeichen 1 StR 20/11 (LG München II)

- 1. Allein der Verzicht auf die Beschleunigung eines ohnehin erwarteten verletzungsbedingten Erfolgs reicht für einen Rücktritt nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB nicht aus.**
- 2. Zur Möglichkeit der Korrektur des Rücktrittshorizonts im Tatverlauf.**
- 3. Zur Freiwilligkeit des Rücktritts bei entdeckter Tat.**

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

A hatte seine Frau O mit (bedingtem) Tötungsvorsatz durch eine Machete schwer verletzt und meinte, er hätte sie getötet. Das sagte er auch einem Nachbarn, der dann ohne Wissen des Angeklagten telefonisch die Polizei informierte, die Beamte und Rettungskräfte schickte. Noch bevor sie eintrafen, rief auch der Angeklagte die Polizei an und sagte, er habe seine Frau getötet. Dies berichtigte er, als er während des Gesprächs merkte, dass sie noch lebte, und forderte, bald einen Arzt zu schicken, sonst verblute sie. Als Polizei und Rettungskräfte kamen, legte er „auf Zuruf nicht sofort alle Gegenstände aus den Händen“. Daher setzte die Polizei zur Eigensicherung Pfefferspray ein. Die Frau wurde gerettet.

Eine vorsätzliche und rechtswidrige Tötungshandlung des A nach § 212 I StGB liegt vor; O hat allerdings überlebt. Ein strafbarer Versuch liegt vor.

Ist A wirksam zurückgetreten?

Zunächst ist hier zu klären, ob ein beendeter oder ein unbeendeter Versuch vorliegt. Hiervon hängt ab, ob die Voraussetzungen eines Rücktritts nach § 24 Abs. 1 S. 1 StGB erste Alternative oder § 24 Abs. 1 S. 1 zweite Alternative StGB bzw. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB gegeben sein müssen; diese Beurteilung hängt vom Rücktrittshorizont ab. Dabei ist auch fraglich, ob A im Tatverlauf seinen Rücktrittshorizont korrigierte:

Ob ein Versuch unbeendet oder beendet ist, hängt von der Vorstellung des Täters nach der letzten Ausführungshandlung (Rücktrittshorizont) ab. Hält er für den Taterfolg noch weitere Handlungen für (möglich und) nötig, ist der Versuch unbeendet, er kann durch Untätigkeit zurücktreten (§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB erste Alternative). Hält er dagegen den Eintritt des Taterfolgs für möglich, ist der Versuch beendet; ein Rücktritt erfordert eine Verhinderung des Erfolgs durch eigene Tätigkeit (§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB zweite Alternative) oder entsprechende Bemühungen (§ 24 Abs. 1 Satz 2 StGB), wenn der Erfolg ohne sein Zutun ausgeblieben ist [...] Hier liegt kein Rücktritt vom unbeendeten Versuch vor; wie der Hinweis

des Angeklagten, ohne Arzt werde seine Frau verbluten, zeigt, hielt er ihren Tod für möglich. Dem entsprechend ist allein der Verzicht auf eine (gewisse) Beschleunigung ihres von ihm ohnehin erwarteten verletzungsbedingten Todes kein Rücktritt gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB erste Alternative. Darüber hinaus bemerkt der Senat, dass der Angeklagte nicht seinen Rücktrittshorizont korrigierte [...] Als er bemerkte, dass seine Frau doch noch lebte, entstand vielmehr erstmals ein Rücktrittshorizont, nachdem er sie zuvor für tot gehalten hatte und er daher zuvor noch keinen Rücktrittshorizont gehabt haben konnte.

Mithin sind vorliegend die Voraussetzungen eines Rücktritts nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB zu prüfen. Zu problematisieren ist hier zunächst die Freiwilligkeit dieses Rücktritts. Auf die Entdeckung der Tat kommt es hierbei nicht an:

Zu Unrecht hält die Revision dem gegenüber das Verhalten des Angeklagten nicht für freiwillig, da die Tat, wie er wusste, schon entdeckt gewesen sei.

Freiwillig ist ein Rücktritt vielmehr dann,...

...wenn weder eine äußere Zwangslage noch seelischer Druck den Täter an der Vollendung der Tat hindert [...]; eine vorherige Entdeckung der Tat kann gegen Freiwilligkeit sprechen. Hier hatte der Angeklagte vor seiner Forderung nach einem Arzt gegenüber dem Nachbarn und (zu Beginn des Gespräches) der Polizei ein hinsichtlich einer Gewaltanwendung zum Nachteil seiner Frau zwar zutreffendes,

hinsichtlich ihres dadurch verursachten Todes aber objektiv falsches „Geständnis“ abgelegt. Nach Erkenntnis seines Irrtums hat er sich bemüht, diese zwar drohende, aber entgegen seinem bisherigen „Geständnis“ noch nicht eingetretene Folge seiner Tat zu verhindern. Es ist nicht zu erkennen, dass dies aus seiner Sicht auf äußerem oder innerem Druck beruht hätte und daher unfreiwillig wäre.

Fraglich ist schließlich noch die Ernsthaftigkeit der Rettungsbemühungen bei einem Rücktritt nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB:

Auch die Bewertung der Bemühungen des Angeklagten als ernsthaft ist rechtsfehlerfrei. Die [...] rechtsfehlerfreien Urteilsfeststellungen ergeben [...] keine Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte sein Verhalten für die Verhinderung des Todes seiner Frau selbst für nicht erforderlich gehalten, sondern geglaubt hätte, sie würde auch ohne sein Zutun gerettet [...] oder dass er sogar die Rettung behindert [...] oder dies jedenfalls versucht hätte.

Hinweise:

In einem knappen Fall, der nicht allzu viel Neues zu bieten vermag, ist dennoch ein großer Teil der nicht ganz einfachen Versuchsdogmatik wiederzufinden. Er bietet insbesondere Anlass, sich die Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch sowie die Konsequenzen für den Rücktritt zu vergegenwärtigen

(Akad. Mit. Alexander Baur, M.A.)

Ärztliche Aufklärungspflicht bei Anwendung einer Außenseitermethode? – „Zitronensaftfall“

BGH, Urteil vom 22.12.2010, Aktenzeichen 3 StR 239/10, NStZ 2011, 343 und mit Anmerkung Hardtung NStZ 2011, 635.

Zu den Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff, wenn zwar nicht in der eigentlichen „Erstbehandlung“, wohl aber in einer Folgebehandlung, die wegen der Verwirklichung eines typischen Risikos der Erstbehandlung notwendig wird, eine „Außenseitermethode“ eingesetzt werden soll.

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

Die 80-jährige M soll sich einer Darmoperation unterziehen. Über die Risiken der Operation wird sie vom behandelnden Arzt A ordnungsgemäß aufgeklärt und willigt in die Operation ein. Infolge der sodann lege artis von A durchgeführten Operation kommt es zu einer Infektion der Operationswunde, worin sich ein übliches Operationsrisiko verwirklicht, über das A ordnungsgemäß aufgeklärt hat. Trotz der Gabe von Antibiotika verschlechtert sich der Zustand der M und es wird eine erneute Operation notwendig.

Über das Vorgehen und die Risiken dieser zweiten Operation klärt A ebenfalls auf; die kaum noch ansprechbare M willigt durch Kopfnicken in die zweite Operation ein. A verschweigt dabei jedoch, dass er im Zuge der Operation im Saft handelsüblicher Zitronen getränkte Tücher zur Förderung der Wundheilung in die eiternde Operationswunde einbringen möchte. Obwohl das Einbringen von Zitronensaft in eiternde Wunden zur Desinfektion und Förderung der Wundheilung keine wissenschaftlich anerkannte Methode ist und nicht dem üblichen medizinischen Stan-

dard entspricht (was A auch weiß), ist A der persönlichen Überzeugung, Zitronensaft sei ein geeignetes Mittel zur Behandlung schwerwiegender Wundheilungsstörungen. A geht dabei von einer keimtötenden Wirkung des Zitronensafts aus, weshalb er auch sterile Bedingungen bei dessen Gewinnung nicht für erforderlich hält. A lässt daher den Zitronensaft schlicht durch Pflegekräfte aus handelsüblichen Früchten mit einer Haushaltspresse gewinnen.

Hätte M schon vor der ersten Operation gewusst, dass bei einer mehr oder minder wahrscheinlichen Anschlussoperation A Zitronensaft zur Förderung der Wundheilung einsetzen würde, hätte sie bereits in die erste Operation nicht eingewilligt.

P verstirbt schließlich. Eine Kausalität zwischen der Behandlung mit dem Zitronensaft und dem Tod der M kann nicht festgestellt werden; vielmehr verwirklicht sich im Tod der P ein Risiko der (lege artis durchgeführten) ersten Operation, über das A die M zutreffend aufgeklärt hat.

1. Wichtig ist es zunächst, die Zweiaktivität des Geschehensablaufs zu erkennen: Wenn also die Strafbarkeit des A wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§§ 223,

227 StGB) geprüft wird, kommen als Anknüpfungspunkte sowohl die erste als auch die zweite Operation in Betracht.

2. Strafbarkeit des A nach §§ 223, 227 StGB durch die erste Operation: Hier ist zunächst einmal das klassische Problem anzusprechen, ob der ärztliche Heileingriff eine Körperverletzung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB sein kann oder nicht. Der BGH folgt hier seiner bisherigen ständigen Rechtsprechung:

[Die Vorinstanz ist] rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass jede in die körperliche Unversehrtheit eingreifende ärztliche Behandlungsmaßnahme den objektiven Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung erfüllt, unabhängig davon, ob sie lege artis durchgeführt und erfolgreich ist (st. Rspr.; vgl. nur die Nachw. bei Fischer, StGB, 58. Aufl., § 223 Rn. 9 ff.). Sie bedarf daher einer besonderen Rechtfertigung, in der Regel der – grundsätzlich vor Durchführung der Behandlung ausdrücklich erteilten – wirksamen Einwilligung des Patienten.

Fraglich ist allerdings, ob die M nicht wirksam in die erste Operation eingewilligt hat. Das scheint man bei einem flüchtigen Blick bejahen zu können: Immerhin hat A nicht nur ordnungsgemäß über die Risiken der ersten Operation aufgeklärt, sondern die Operation *lege artis*, also ordnungsgemäß nach dem üblichen medizinischen Standard durchgeführt. So einfach macht es sich aber weder das Landgericht Mönchengladbach als erste Instanz noch der BGH:

Das Landgericht hat die am Abend vor dem 13. März 2006 erteilte Einwilligung in

die erste Operation aufgrund eines Aufklärungsfehlers als unwirksam angesehen. Auch wenn zu diesem Zeitpunkt noch unklar gewesen sei, ob es zu Wundheilungsstörungen und infolgedessen zu einem Einsatz von Zitronensaft komme, hätte die Patientin bereits vor der ersten Operation darüber aufgeklärt werden müssen. Eine Aufklärung sei auch deshalb erforderlich gewesen, weil diese Methode derart ungewöhnlich sei, dass allein der Umstand ihres Einsatzes durch den Angeklagten dazu geeignet war, das Vertrauen der Patientin in eine sachgerechte Behandlung durch ihn zu erschüttern. Zudem habe von vornherein die Gefahr bestanden, dass im Fall des späteren Auftretens von Wundheilungsstörungen zum Zeitpunkt der Entscheidung des Angeklagten über den Einsatz von Zitronensaft der Zustand der Patientin so schlecht gewesen wäre, dass sie nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr ohne Einschränkungen dazu in der Lage gewesen wäre, die Sachlage zu erfassen und sachgerecht über die Erteilung ihrer Zustimmung zu dieser Behandlungsmethode zu entscheiden. So sei es hier auch geschehen.

Da durch die erste Operation auch das sich später verwirklichte Todesrisiko gesetzt werden ist und in die erste Operation von M auch nicht wirksam eingewilligt worden war, verurteilte das LG Mönchengladbach als erste Instanz den A zu einer Freiheitsstrafe auf Bewährung von einem Jahr und drei Monaten wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§§ 223, 227 StGB).

Der BGH kommt allerdings zu einem anderen Ergebnis. Zunächst führt er die Anforderungen an die ärztliche Aufklä-

rungspflicht an, die für eine wirksame Einwilligung notwendig sind:

Die Wirksamkeit der Einwilligung setzt die Aufklärung über den Verlauf des Eingriffs, seine Erfolgsaussichten, Risiken und mögliche Behandlungsalternativen mit wesentlich anderen Belastungen voraus. Nur so wird das aus der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) abgeleitete Selbstbestimmungsrecht des Patienten sowie sein Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) gewahrt

(vgl. BGH, Urteil vom 14. Februar 1989 - VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391; Urteil vom 29. Juni 1995 - 4 StR 760/94, NStZ 1996, 34). Inhaltlich ist der Patient über die Chancen und Risiken der Behandlung im "Großen und Ganzen" aufzuklären, ihm muss ein zutreffender Eindruck von der Schwere des Eingriffs und von der Art der Belastungen vermittelt werden, die für seine körperliche Integrität und seine Lebensführung auf ihn zukommen können. Eine solche "Grundaufklärung" hat regelmäßig auch einen Hinweis auf das schwerste, möglicherweise in Betracht kommende Risiko zu beinhalten; eine exakte medizinische Beschreibung all dessen bedarf es jedoch nicht [...]. Der konkrete Umfang der Aufklärungspflicht bestimmt sich in Abhängigkeit von der jeweiligen Behandlungsmaßnahme und unter Berücksichtigung der Dringlichkeit des Eingriffs. Je weniger ein sofortiger Eingriff medizinisch geboten ist, umso ausführlicher und eindringlicher ist der Patient, dem der Eingriff angeraten wird oder der ihn selbst wünscht, über die Erfolgsaussichten und

etwaige schädliche Folgen zu informieren...

Die Auswahl der Therapie obliegt dabei grundsätzlich dem behandelnden Arzt. Der Patient ist aber – vor allem bei einer „Außenseitermethode“ wie dem Einsatz nicht sterilen Zitronensafts – hierüber aufzuklären:

Im Rahmen der primär dem Arzt überlassenen Therapiewahl ist ihm zwar die Anwendung einer nicht allgemein anerkannten Heilmethode [...] nicht untersagt. Zur Wirksamkeit der Einwilligung muss der Patient aber über die beabsichtigte Therapie aufgeklärt worden sein; neben der allgemeinen Aufklärung über das Für und Wider dieser Methoden ist auch darüber zu informieren, dass der geplante Eingriff (noch) nicht medizinischer Standard ist und dass unbekannte Risiken derzeit nicht auszuschließen sind...

A hat vor der ersten Operation, über die er sonst ordnungsgemäß aufgeklärt hat, dass es zu Wundheilungsstörungen, die später zum Tode der M geführt haben, kommen kann. Worüber er nicht aufgeklärt hat ist seine geplante Therapie bei einer möglichen Folgeoperation. Fraglich ist allerdings zunächst, ob bereits vor einer ersten Operation über mögliche Risiken einer möglicherweise wegen Komplikationen notwendig werdenden Folgeoperation aufgeklärt werden muss; wie schon das LG Mönchengladbach bejaht auch der BGH dies grundsätzlich:

Ausnahmsweise ist auch über schwerwiegende Risiken einer Folgebehandlung zu informieren, die trotz kunstgerechter Ope-

ration nötig werden kann, weil sich eine mit dieser verbundene Komplikationsgefahr verwirklicht. Dies folgt daraus, dass der Patient über alle schwerwiegende[n] Risiken, die mit einer Operation verbunden sind, auch dann aufzuklären ist, wenn sie sich nur selten verwirklichen. Für die ärztliche Hinweispflicht kommt es entscheidend nicht nur auf einen bestimmten Grad der Komplikationsdichte, sondern maßgeblich auch darauf an, ob das in Frage stehende Risiko dem Eingriff spezifisch anhaftet und bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belastet. In solchen Fällen besteht zwischen einer ersten Operation und möglicherweise notwendig werdenden Folgebehandlungen ein enger Zusammenhang, der die Aufklärung über die Risiken der späteren Therapie schon vor dem ersten Eingriff erfordert.

Im konkreten Fall verneint der BGH jedoch eine Aufklärungspflicht bereits vor der ersten Operation und stützt seine Überlegungen im Kern auf einen vorliegend fehlenden Gefahrezusammenhang:

Aber auch der – in seinem Krankenhaus übliche - Einsatz von mit einer Haushaltpresse gewonnenem Zitronensaft zur Behandlung einer Wundheilungsstörung war [...] aufklärungspflichtig. Diese Behandlung stellte eine nicht dem medizinischen Standard entsprechende Außenseitermethode dar, deren Wirkungen und allgemeine Verträglichkeit bislang nicht wissenschaftlich untersucht worden waren, so dass unbekannte Risiken nicht ausgeschlossen werden konnten. Diese Aufklärung hat der Angeklagte zwar nicht vorgenommen. Dieser Mangel führt

indes nicht dazu, dass die Einwilligung der Patientin in die Durchführung der ersten (todesursächlichen) Darmoperation unwirksam gewesen wäre und sich der Angeklagte mit diesem Eingriff daher einer rechtswidrigen [...] Körperverletzung schuldig gemacht hätte; denn über die Anwendung dieser Außenseitermethode musste der Angeklagte nicht schon vor der ersten Operation, sondern erst vor dem zweiten operativen Eingriff [...] aufklären. Im Einzelnen: Zwischen der Darmoperation und den Risiken der gegebenenfalls notwendig werdenden Folgebehandlung einer Wundheilungsstörung unter Verwendung auch von (unsteril gewonnenem) Zitronensaft bestand kein derart erhöhter Gefahrezusammenhang, dass der Angeklagte die Patientin ausnahmsweise schon vor dem Ersteingriff über Art und Risiken einer etwa erforderlichen

Nachbehandlung informieren musste. Die der ersten Darmoperation spezifisch anhaftende Gefahr war allein der Eintritt einer Wundinfektion. Deren Behandlung war aber gerade nicht notwendig mit einem schweren Risiko verbunden, dessen Realisierung die künftige Lebensführung der Patientin in besonders belastender Weise – wie etwa der Verlust eines Organs – beeinträchtigt hätte. So war die zusätzliche Verwendung von Zitronensaft schon nicht die einzige, alternativlose Möglichkeit zur Behandlung einer nach der Darmoperation auftretenden Wundinfektion. Vielmehr hätte diese – wie es hier zunächst auch geschehen ist - allein in der allgemein üblichen Weise durch die Gabe von Antibiotika bekämpft werden können. Nach dem Auftreten der Wundinfektion stand auch noch ausreichend Zeit zur Verfügung, um mit der

Patientin ein die Frage der einzusetzenden Behandlungsmethode betreffendes Aufklärungsgespräch zu führen und sie über die Wahl der Behandlungsalternative entscheiden zu lassen. Insoweit darf [...] nicht ausschließlich auf den Zeitpunkt unmittelbar vor Durchführung [der zweiten Operation] abgestellt werden, in dem die Patient[i]n in ihrem gesundheitlichen Zustand bereits erheblich reduziert war. Vielmehr ist der Zeitpunkt in den Blick zu nehmen, in dem sich erstmals die Notwendigkeit der Behandlung einer Wundheilungsstörung ergab. Nach den Feststellungen entwickelte sich diese nach dem ersten Eingriff indes über mehrere Tage und führte nach fünf Tagen zu einer Behandlung mit Antibiotika. Weitere zwei Tage später nahm der Angeklagte den zweiten Eingriff vor, über den die Patientin unmittelbar davor – trotz ihres kaum mehr ansprechbaren

Zustandes – aufgeklärt werden konnte. Sie hätte daher schon Tage zuvor über den geplanten zusätzlichen Einsatz von Zitronensaft unterrichtet werden können. Letztlich war das mit dem Einbringen unsterilen Zitronensaftes (neben der weiteren Gabe von Antibiotika) verbundene Risiko einer zusätzlichen bakteriellen Kontamination der Wunde für die künftige Lebensführung der Patientin nicht entfernt mit der Gefahr etwa einer Entzündung der Bauchspeicheldrüse, des Verlusts eines Organs oder einer ähnlichen Beeinträchtigung der körperlichen Integrität zu vergleichen. Dementsprechend hat das Landgericht auch nicht festzustellen vermocht, dass sich die Verwendung des Zitronensaftes nachteilig auf den weiteren Verlauf der Infektion auswirkte und zum Versterben der Patientin beitrug. Bei die-

ser Sachlage war der Angeklagte zu einer Aufklärung der Patientin über die eventuell ergänzende Anwendung von Zitronensaft im Falle einer Wundheilungsstörung auch nicht unter dem Aspekt schon vor der ersten Operation verpflichtet, dass die Patientin in Kenntnis der vom Angeklagten praktizierten Anwendung dieser Außenseitermethode bei einer Nachbehandlung bereits in den ersten Eingriff nicht eingewilligt hätte.

Die Strafbarkeit des A wegen Körperverletzung mit Todesfolge ist mithin zu verneinen, da M wirksam in die erste Operation eingewilligt hat.

3. A könnte sich jedoch der Körperverletzung mit Todesfolge strafbar gemacht haben, indem er ohne entsprechende Aufklärung der M in der zweiten Operation Zitronentücher zur Förderung der Wundheilung verwendet hat; dies lehnt der BGH ab, da es hier am notwendigen Gefährverwirklichungszusammenhang zwischen Körperverletzung und Todesfolge fehlt:

Nach alledem kann dem Angeklagten keine Körperverletzung mit Todesfolge angelastet werden, weil weder die Zweitoperation noch das Einbringen von Zitronensaft in die Wunde mitursächlich für das Versterben der Patientin war. Deren Tod wurde vielmehr allein durch die infolge der Erstoperation entstandene Wundinfektion verursacht.

4. Schließlich kommt eine Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB – Skalpell als gefährliches Werkzeug) in Betracht:

Hingegen hat sich der Angeklagte auf Grundlage der getroffenen Feststellungen durch die [zweite Operation] der gefährlichen Körperverletzung schuldig gemacht, weil er seine Patientin vor diesem Eingriff nicht über das beabsichtigte Einbringen von Zitronensaft in die Wunde aufklärte und daher die von der Patientin für diese Operation erteilte Einwilligung unwirksam war.

Hinweise:

1. Der Fall hat einiges Aufsehen und viele (wissenschaftliche) Reaktionen erzeugt. Die Lektüre nicht nur der oben zitierten Anmerkung von Hardtung, sondern auch beispielsweise die Urteilsbesprechung von Schiemann NJW 2011, 1046 ist durchaus lohnend.

2. Ganz grundsätzlich ist der ärztliche Heileingriff ein klassisches strafrechtliches Examensproblem. Wer hier Schwächen zeigt, darf nicht mit Nachsicht rechnen. Besonders interessant macht den ärztlichen Heileingriff dabei die Verschränkung von AT- und BT-Problemen. Ein ergänzender Blick in ein gutes Lehrbuch zu den Voraussetzungen der Einwilligung sei daher dringend angeraten. Das hier vorgestellte Urteil bietet dafür einen schönen Anlass. Insbesondere sollte man den vorliegend vom BGH nicht ausführlich besprochenen Streit zur Frage, ob der ärztliche Heileingriff den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt (so die Rspr. mit ihrer Einwilligungslösung) oder nicht (so Teile der Literatur) gut kennen.

3. Ausführlicher zu prüfen wäre gegebenenfalls eine hypothetische Einwilligung der M in die Behandlung mit Zitronensaft

in der zweiten Operation (so Schiemann NJW 2011, 1047).

4. Schließlich lässt sich über die vom BGH ohne Nennung einer bestimmten Tatmodalität behauptete gefährliche Körperverletzung durch die zweite Operation streiten. Gemeint dürfte der BGH haben, dass es sich beim Skalpell um ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB handelt. Hardtung (NSTZ 2011, 637) weist in seiner Urteilsanmerkung allerdings darauf hin, dass möglicherweise gar nicht auf das Skalpell, sondern auf das Einlegen der Zitronentücher abzustellen sei. Auch hier bietet der Fall noch viel Anlass zum Weiterdenken.

(Akad. Mit. Alexander Baur, M.A.)

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

Abgrenzung eines Verwaltungsakts von einem Scheinverwaltungsakt sowie Beschränkung der Prüfungs- und Entscheidungskompetenz der Widerspruchsbehörde

BVerwG, Urteil vom 23.08.2011, Aktenzeichen 9 C 2.11

- 1. Für die Annahme eines Verwaltungsakts ist beim Handeln eines Privaten genügend, dass die nach außen in Erscheinung tretende Behörde das Tätigwerden des Privaten als Geschäftsbesorger veranlasst hat.**
- 2. Die Prüfung, ob ein mit der Anfechtungsklage angreifbarer Verwaltungsakt vorliegt, ist strikt zu trennen von der Prüfung seiner formellen und materiellen Rechtmäßigkeit.**
- 3. Die Abgabennachricht - welche § 72 VwGO nicht vorschreibt - stellt eine unselbständige Verfahrenshandlung und keine Regelung im Sinne des Verwaltungsaktsbegriffs dar.**
- 4. Die Beschränkung der Prüfungs- und Entscheidungskompetenz der Widerspruchsbehörde durch den Gesetzgeber ist durch § 68 I 2 erster Halbsatz VwGO gedeckt.**

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

Der Kläger wendet sich gegen einen Wasser- und Abwassergebührenbescheid. Er wurde mit Bescheid, der mit Hilfe einer elektronischen Datenverarbeitungsanlage der vom beklagten Zweckverband durch Geschäftsbesorgungsvertrag beauftragten S-GmbH erstellt wurde und keine Unterschrift trägt, für sein Grundstück zu Wasser- und Abwassergebühren herangezogen. Der Bescheid weist im Briefkopf, in der Grußformel und in der Rechtsbehelfsbelehrung den Beklagten als erlassende Behörde aus, dieser hat jedoch keine eigenen Mitarbeiter.

Auf den Widerspruch des Klägers teilte der Beklagte mit, dass nach eingehender Prüfung der Sach- und Rechtslage dem

Widerspruch nicht abgeholfen werden könne und dieser zuständigkeitshalber an das Landratsamt als Widerspruchsbehörde abgegeben wurde. Das Landratsamt wies den Widerspruch zurück. Das Verwaltungsgericht hat der hiergegen gerichteten Klage stattgegeben, das Obergericht die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Revision des Beklagten als unbegründet zurückgewiesen.

I. Zulässigkeit der Anfechtungsklage

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet, da die streitentscheidenden Normen (§ 35 VwVfG, ThürKAG, kommunale Abgabensatzungen) solche des

öffentlichen Rechts sind. Diese ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, da keine Verfassungsorgane über die Auslegung und/oder Anwendung von Verfassungsrecht streiten (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit). Auf- oder abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich.

2. Statthafte Klageart

Der Kläger begehrt die Aufhebung des Wasser- und Abwassergebührenbescheids. Dies kann er mit der Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Alt. VwGO erreichen. Erforderlich hierfür ist, dass der Bescheid einen Verwaltungsakt darstellt. Dies richtet sich nach § 35 VwVfG (bzw. nach entsprechenden landesrechtlichen Regelungen). Nach dieser Norm ist Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung des Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Der beklagte Zweckverband als Behörde nach § 1 IV VwVfG - und nicht die S-GmbH - ist formal als diejenige Körperschaft anzusehen, die den angegriffenen Bescheid erlassen hat. Bei der Würdigung einer von der Behörde abgegebenen Willenserklärung ist nach der auch im öffentlichen Recht anwendbaren Auslegungsregel des § 133 BGB der objektive Erklärungswert maßgebend, d. h. wie der Betroffene selbst die Erklärung nach den ihm bekannten Umständen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben verstehen musste. Dabei ist die Auslegung nicht auf das Erscheinungsbild und formale Äußerlichkeiten wie etwa den Kopf des Bescheides beschränkt; vielmehr ist grund-

sätzlich der gesamte Inhalt des Bescheids einschließlich seiner Begründung heranzuziehen, um im Wege der Auslegung die erlassende Behörde festzustellen. Hier hat der Beklagte die für ihn tätig gewordene S-GmbH vertraglich ausdrücklich ermächtigt, Veranlagungen zu Gebühren und Beiträgen durchzuführen und Gebühren- und Beitragsbescheide zu erstellen und zu versenden. Nach außen ist diese Mitwirkung allerdings nicht erkennbar geworden, sondern allein im internen Bereich geblieben. Als Entscheidungsträger nach außen ist aber die Beklagte in Erscheinung getreten, was sich insbesondere aus dem Briefkopf, der Grußformel und der Rechtsbehelfsbelehrung ergibt, auch, wenn inhaltlich der Bescheid von der beauftragten S-GmbH stammt.

Das Bundesverwaltungsgericht führt hierzu aus:

„Erforderlich, aber auch genügend für die Annahme eines Verwaltungsakts in Abgrenzung von einem Nichtakt (Scheinverwaltungsakt) ist dann, wenn die betreffende Maßnahme eine Behörde als Entscheidungsträger ausweist, intern jedoch ein Privater sie getroffen hat, dass die nach außen in Erscheinung tretende Behörde das Tätigwerden des Privaten als Geschäftsbesorger veranlasst hat, der Geschäftsbesorger also mit ihrem Wissen und Wollen tätig geworden ist.... Durch den Geschäftsbesorgungsvertrag und die von der Beklagten erlassenen satzungsrechtlichen Regelungen wurde die Grundlage für das Tätigwerden des Geschäftsbesorgers geschaffen und gleichzeitig der Umfang der Aufgabenwahrnehmung im Einzelnen festgelegt.“

Steht somit die Handlungsform des Verwaltungsakts fest, kann dieser mit der Anfechtungsklage angegriffen werden und seiner Rechtmäßigkeitskontrolle unterzogen werden. Denn von der Prüfung der Handlungsform, also von der Frage, ob überhaupt ein Verwaltungsakt vorliegt, ist die Prüfung der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit behördlichen Handelns zu unterscheiden.

Mit den Worten des Bundesverwaltungsgerichts:

„Die Rechtmäßigkeitskontrolle behördlichen Handelns setzt voraus, dass die gewählte Handlungsform bestimmt ist. Aus der Unterscheidung zwischen der Bestimmung der Handlungsform und der Rechtmäßigkeitsprüfung der Handlung folgt, dass dann, wenn eine behördliche Handlung die Begriffsmerkmale des Verwaltungsaktsbegriffs erfüllt, Verstöße gegen Vorschriften des Verfahrens und des sachlichen Rechts und selbst besonders schwere Fehler, die den Verwaltungsakt nichtig machen und zu seiner Unwirksamkeit führen (vgl. §§ 44, 43 Abs. 3 VwVfG), nichts daran ändern, dass begrifflich ein - wenn auch rechtswidriger oder nichtiger - Verwaltungsakt vorliegt.“

3. Klagebefugnis

Der Kläger ist als Adressat eines belastenden Verwaltungsakts zumindest möglicherweise in seinem Recht aus Art. 2 I GG verletzt und somit klagebefugt nach § 42 II VwGO.

4. Vorverfahren:

Das Vorverfahren wurde nach § 68 VwGO erfolglos durchgeführt insbesondere hat die zuständige Widerspruchsbehörde den Widerspruchsbescheid erlassen. Zwar

Widerspruchsbescheid erlassen. Zwar handelt es sich bei der Erhebung von Wasser- und Abwassergebühren um eine Selbstverwaltungsangelegenheit des Zweckverbandes, so dass eigentlich dieser nach § 73 I 2 Nr. 3 VwGO den Widerspruchsbescheid zu erlassen gehabt hätte. Im vorliegenden Fall wurde jedoch durch den thüringischen Landesgesetzgeber (vgl. §§ 2 II , 117 I ThürKO, §§ 43 I 2 , 46 Nr. 1 ThürKGG) anderes bestimmt im Sinne des § 73 I 2 Nr.3 VwGO. Bei Widersprüchen gegen den Verwaltungsakt eines Zweckverbandes in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches wurde grundsätzlich der staatlichen Aufsichtsbehörde (sc. l. dem Landratsamt) die Zuständigkeit zum Erlass von Widerspruchsbescheiden übertragen, wobei die Aufsichtsbehörde dabei aber auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit beschränkt ist (vgl. dazu im Rahmen der materiellen Überprüfung des Bescheids auch unten II 3.7.).

5. Klagefrist

Die Klagefrist des § 74 I 1 VwGO wurde eingehalten.

Zwischenergebnis

Die Klage gegen den Wasser- und Abwasserbescheid ist als Anfechtungsklage zulässig.

II. Begründetheit der Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage ist begründet, da der zugrunde liegende Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt (§ 113 I 1 VwGO).

1. Passivlegitimation

Der Zweckverband ist gemäß dem Rechtsträgerprinzip des § 78 I Nr. 1 VwGO richtiger Beklagter.

2. Formelle Rechtmäßigkeit des Bescheids

Zu prüfen ist hier insbesondere die Zuständigkeit des Zweckverbandes für den Erlass des Bescheids. Mit Blick auf die landesspezifischen Regelungen des thüringischen Rechts zur Zuständigkeit, wird hier von weiteren Ausführungen abgesehen (*vgl. zur Herleitung der Zuständigkeit des Zweckverbandes ausführlich die Vorinstanz: ThürOVG, Urt. v. 14.12.2009, 4 KO 482/09*). Daneben kann im Rahmen der Prüfung der Einhaltung der Formvorschriften noch § 37 V VwVfG Erwähnung finden.

3. Materielle Rechtmäßigkeit des Bescheids

a) Verstoß des Beklagten gegen den Grundsatz der Selbstorganschaft

Der Bescheid ist materiell rechtswidrig, da er zwar formal dem Beklagten als zuständige Behörde zuzurechnen, jedoch entgegen dem äußeren Anschein dennoch inhaltlich nicht von ihm erlassen worden ist. Die den Bescheid kennzeichnende Maßnahme hat nicht der hierzu ermächtigte Hoheitsträger, also der Beklagte, getroffen, sondern die privatrechtliche Geschäftsbesorgungsgesellschaft, die S-GmbH.

Grundsätzlich handeln Träger der öffentlichen Verwaltung durch ihre eigenen Organwalter oder Amtswalter. Zuständigkeitsnormen bestimmen nicht nur formell, über welche Behörden einem Verwaltungs-

träger eine bestimmte Handlung zugerechnet werden soll. In den Zuständigkeitsnormen wird auch ausgedrückt, dass der Kompetenzinhaber selbst die ihm eingeräumten Kompetenzen ausüben soll, weil er dem Gesetzgeber nach seiner organisatorischen Stellung im Staatsgefüge, seiner Betrauung mit anderen Aufgaben, seiner personellen und sächlichen Ausstattung als geeignet erscheint, die zugewiesene Aufgabe wahrzunehmen. Behörden sind damit im Rahmen ihrer Organisationshoheit grundsätzlich zur Erfüllung ihrer Aufgaben in Selbstorganschaft verpflichtet und nicht befugt, externen Stellen die Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten zu erteilen (*vgl. zu Vorgesagtem: ThürOVG, Urt. v. 14.12.2009, 4 KO 486/09 m.w.N.*). Der Beklagte verfügt über keinerlei eigenes Personal und hat sich stattdessen zur Erfüllung seiner hoheitlichen Aufgaben der S-GmbH bedient. Dieser Geschäftsbesorger hatte, wie es der Geschäftsbesorgungsvertrag regelte, nahezu lückenlos alle Aufgabenbereiche des Beklagten übernommen und bearbeitete sie eigenständig, insbesondere: Erstellung der wasser- und abwassertechnischen Zielplanung; Instandhaltung, Herstellung und Erneuerung der Verbandsanlagen; Erstellung der Gebühren- und Beitragskalkulationen; Erstellung der Satzungen und Satzungsänderungen; Vorbereitung und Durchführung der Verbandssitzungen; Aufstellung der Wirtschaftspläne und Haushaltssatzungen, Bilanzführung, Buchhaltung; Veröffentlichung von Satzungen; Durchführung von Bürgerinformationsveranstaltungen; Erfassung von gebühren- und beitragsrelevanten Daten, Prüfung der Anschließbarkeit der

betreffenden Grundstücke, Prüfung der Eigentumsverhältnisse und Veranlagung; Ausfertigung und Versendung der Gebühren- und Beitragsbescheide; Einziehung der Forderungen; Vollstreckung. Das eigene Handeln des Zweckverbandes beschränkte sich somit auf wenige Aktionen der notwendigen Verbandsorgane. Damit hat der Beklagte gegen den Grundsatz der Selbstorganschaft verstoßen.

Mit den Worten des Bundesverwaltungsgerichts:

„Aus der Organisationshoheit folgt kein Recht, Verwaltungstätigkeiten ohne gesetzliche Ermächtigung auf Private zu übertragen. Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit verpflichtet den Beklagten seine Aufgaben grundsätzlich durch eigene Verwaltungseinrichtungen, also mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrzunehmen. Dieser Grundsatz steht einem so weitgehenden Verständnis der Organisationsfreiheit wie vorliegend entgegen.“

b) Keine Delegation auf einen anderen Hoheitsträger

Allerdings kann sich ein Hoheitsträger unter bestimmten Voraussetzungen auch externer Hilfe bedienen und Dritte mit der Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben betrauen. Geschieht dies in der Weise, dass die Aufgabe vollständig einem anderen Hoheitsträger übertragen wird, der sie selbständig wahrnimmt und nach außen im eigenen Namen auftritt (Delegation), muss dies durch Gesetz oder auf Grund einer gesetzlichen Grundlage erfolgen (vgl. ThürOVG, Urt. v. 14.12.2009, 4 KO 486/09 m.w.N.). Zum Einen fehlt es hier an einer gesetzlichen Grundlage, zum Anderen

wurde mit der Übertragung auf die S-GmbH keine Delegation an einen anderen Hoheitsträger vorgenommen.

c) Keine Beleihung der S-GmbH

Auch liegt keine Beleihung der S-GmbH vor. Wird die hoheitliche Aufgabe zur selbständigen Wahrnehmung auf einen Privaten übertragen, ist für diesen Beleihungsakt in gleicher Weise eine gesetzliche Grundlage erforderlich (vgl. BVerwG, Urt. v. 23.05.1995, 1 C 32.92). Hieran fehlt es im vorliegenden Fall. Zudem hat hier der Geschäftsbesorger auch nicht als Beliehener gehandelt, denn er ist im Außenverhältnis nicht als selbständig handelnder Hoheitsträger in Erscheinung getreten.

d) Kein Mandat der S-GmbH

Das Tätigwerden der S-GmbH für den Zweckverband ist demnach einem Mandat vergleichbar. Ein solches Mandat liegt nach herkömmlichem Verständnis dann vor, wenn die Kompetenz des zuständigen Hoheitsträgers von einer anderen Stelle namens und im Auftrag des beauftragenden Verwaltungsträgers ausgeübt wird. Jedoch bedarf es auch für ein generelles Mandat, das - wie hier - einer ständigen Aufgabenübertragung gleichkommt, einer gesetzlichen Grundlage, weil die zugewiesene Aufgabe in Abweichung von der gesetzlich festgelegten Zuständigkeitsregelung erledigt wird (vgl. BVerwG, Urt. v. 12.06.1979, 2 C

10/78). Daran fehlt es hier.

e) S-GmbH ist nicht Verwaltungshelfer des Beklagten

Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass der Geschäftsbesorger lediglich als Verwaltungshelfer oder verlängerter Arm des Beklagten tätig geworden sei. Eine Verwaltungshilfe läge nur dann vor, wenn es sich um einzelne vorbereitende oder unterstützende Hilfstätigkeiten handelte. In Betracht kommen etwa technische Maßnahmen, die der Aufgabenträger selbst nicht durchführen kann (Messungen, Anfertigen von Luftbildern), oder Arbeitsprozesse, die mechanisch oder automatisiert ablaufen (beispielsweise der Druck und die Versendung von Schriftstücken). Die Grenze der Verwaltungs- oder Erfüllungshilfe ist dagegen überschritten, wenn der Helfer eigenständig die vollständige Einzelveranlagung übernimmt, d. h. Daten ermittelt, Satzungenormen anwendet, rechtliche Tatbestände prüft und Bescheide - wenn auch in fremdem Namen - erlässt. Von einer Hilfstätigkeit kann erst recht keine Rede sein, wenn darüber hinaus - wie im vorliegenden Fall - praktisch die gesamte öffentliche Aufgabe von einem privaten Dritten erfüllt wird (vgl. ThürOVG, Urt. v. 14.12.2009, 4 KO 486/09).

f) Keine Zurechnung an den Beklagten über die Abgabenachricht

An diesem Ergebnis ändert nichts, dass das Schreiben des Beklagten mit der Nachricht über die Abgabe an die Widerspruchsbehörde vom Zweckverbandsvorsitzenden maschinenschriftlich unterzeichnet wurde. Die Nachricht enthält zwar einleitend die Wendung, die Sach- und Rechtslage sei nochmals geprüft worden. Diese Nachprüfung erging jedoch lediglich im Rahmen

der Abhilfeprüfung. Ausdrücklich geregelt ist in § 72 VwGO nur die Abhilfeentscheidung. Mit ihr ändert die Ausgangsbehörde den angefochtenen Verwaltungsakt ganz oder teilweise ab und gestaltet damit das Verwaltungsrechtsverhältnis. Der Abhilfebescheid ist selbst Verwaltungsakt. Hält die Ausgangsbehörde den Widerspruch dagegen für nicht zulässig oder nicht begründet, so ist sie zur Vorlage des Widerspruchs an die Widerspruchsbehörde verpflichtet. Die in § 72 VwGO nicht vorgeschriebene Abgabenachricht ist eine unselbständige Verfahrenshandlung im Rahmen des Widerspruchsverfahrens und stellt keine Regelung im Sinne des Verwaltungsaktsbegriffes dar.

Dazu das Bundesverwaltungsgericht:

„Dafür, ob ein Verwaltungsakt vorliegt, ist ausschlaggebend, ob die Behörde nach dem objektiven Sinngehalt ihrer Entscheidung, d.h. wie sie der Empfänger bei objektiver Würdigung aller Umstände verstehen konnte, Rechte des Betroffenen im Sinne des Verwaltungsaktsbegriffs „regelt“, d.h. begründet, ändert, aufhebt oder verbindlich feststellt oder die Begründung, Änderung, Aufhebung oder verbindliche Feststellung solcher Rechte verbindlich ablehnt. Die Abgabenachricht enthält keine solche verbindliche Ablehnung. Sie erschöpft sich vielmehr in der Mitteilung der Ausgangsbehörde, auch unter Berücksichtigung des Widerspruchsvorbringens an ihrer Beurteilung der Recht- und Zweckmäßigkeit des Ausgangsbescheids festzuhalten und den Widerspruch deshalb der Widerspruchsbehörde zur abschließenden Entscheidung weiterleiten zu wollen.“

g) Keine Zurechnung an den Beklagten über den Widerspruchsbescheid

Der Erlass des Widerspruchsbescheids führt zu keiner anderen Beurteilung der Rechtswidrigkeit des angegriffenen Gebührenbescheids. § 79 I Nr. 1 VwGO bestimmt, dass Gegenstand der Anfechtungsklage der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt ist, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat. Das Ausgangsverfahren bildet mit dem Widerspruchsverfahren eine Einheit und wird erst mit einem etwaigen Widerspruchsbescheid abgeschlossen. Der Widerspruchsbescheid kann daher grundsätzlich gestaltbildend auf den Ausgangsbescheid einwirken, indem er den Regelungsgehalt modifiziert, die Begründung ändert oder ursprünglich enthaltene Fehler behebt. Dies gilt auch dann, wenn der Widerspruchsbescheid den Ausgangsbescheid nicht inhaltlich ändert, sondern nur bekräftigt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 30.04.1996, 6 B 77/95). Eine Gestaltänderung im Sinne des § 79 I Nr. 1 VwGO liegt auch dann vor, wenn ursprünglich kein Verwaltungsakt existierte und der Widerspruchsbescheid aus einer (schlichten) Willenserklärung einen Verwaltungsakt macht.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht so dann folgenden Vergleich:

„Wenn selbst eine Willenserklärung ohne Verwaltungsaktsqualität durch einen Widerspruchsbescheid in einen Verwaltungsakt umgestaltet werden kann, muss es erst recht möglich sein, einen bloß formal der Behörde zurechenbaren Verwaltungsakt durch Nachholen einer materiellen, behördlich verantworteten Regelung zu gestalten.“

Trotzdem ist im Widerspruchsbescheid nicht erstmalig ein rechtmäßiger Verwaltungsakt zu erblicken. Bei der Erhebung von Wasser- und Abwassergebühren handelt es sich um eine Selbstverwaltungsangelegenheit, bei der die Widerspruchsbehörde nach dem einschlägigen Landesrecht auf die bloße Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt ist. Diese Beschränkung steht in Einklang mit Bundesrecht, da § 68 I 2, 1. HS VwGO dem Landesgesetzgeber nicht nur den gänzlichen Ausschluss des Widerspruchsverfahrens, sondern auch eine Beschränkung der Prüfungs- und Entscheidungskompetenz der Widerspruchsbehörde ermöglicht.

Das Bundesverwaltungsgericht kommt daher zu folgenden Schluss:

„Die Widerspruchsbehörde hätte mithin mit einer Umgestaltung des Ausgangsverwaltungsakts erstmals eine materiell behördlich verantwortete Entscheidung getroffen, wozu sie durch Landesrecht nicht zuständig gewesen wäre.“

h) Keine Umdeutung des angegriffenen Bescheids

Eine Umdeutung des Bescheids (vgl. § 47 VwVfG) scheidet hier daran, dass es bei dem angegriffenen Bescheid nicht darum geht, die mit ihm beabsichtigte Rechtsfolge zu ersetzen. Fehlerhaft ist nicht der Entscheidungssatz. Der Fehler liegt vielmehr darin, dass der Bescheid materiell nicht von der zuständigen Behörde erlassen wurde. Dieser Fehler ist einer Umdeutung nicht zugänglich.

Zwischenergebnis

Die vorliegende Art der Aufgabenerledigung, mit der sich der beklagte Zweckverband seiner Handlungsfähigkeit so weit entkleidete, dass ein bloßer Hoheitstorso verblieb, ist bei hoheitlichem Tätigwerden mit der Rechtslage nicht vereinbar. Der Bescheid ist daher materiell rechtswidrig.

III. Ergebnis

Die gegen den Wasser- und Abwassergebührenbescheid gerichtete Klage ist zulässig und begründet. Das Bundesverwaltungsgericht hat daher die Revision des Beklagten kostenpflichtig zurückgewiesen.

Hinweis:

Die Originalentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist aus der Sicht des Gerichts als Revisionsgericht abgefasst. Für Ausbildungszwecke wurden hier die relevanten Gesichtspunkte der Entscheidung - unter Erweiterung einiger Aspekte über welche die Vorinstanz ausführlich geurteilt hat - in das klassische Aufbauschema für die Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung einer Klage eingearbeitet.

(RD Jochen Heinz)

Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung einer Klage

BVerwG, Beschluss vom 13.09.2011, Aktenzeichen 1 VR 1/11

1. § 80b II VwGO ist abweichend von seinem Wortlaut in gewissen prozessualen Konstellationen berichtigend auszulegen (Fortführung der Rechtsprechung).

2. Eine weitere Fallgruppe der berichtigenden Auslegung liegt vor, wenn das Oberverwaltungsgericht bzw. der Verwaltungsgerichtshof über die Berufung entschieden hat und das Verfahren in der Hauptsache in der Revision beim Bundesverwaltungsgericht anhängig ist.

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

Ein kosovarischer Staatsangehöriger mit Aufenthaltstitel wurde durch die zuständige Behörde unter Androhung der Abschiebung aus der Bundesrepublik Deutschland ausgewiesen. Die sofortige Vollziehung des Bescheids wurde nicht angeordnet. Die erstinstanzliche Klage gegen die Ausweisungsverfügung wurde durch das Verwaltungsgericht abgewiesen. Der Verwaltungsgerichtshof hat, nach Zulassung der Berufung, die Ausweisungsverfügung und die Abschiebungsandrohung aufgehoben. Hiergegen hat das beklagte Land die vom Verwaltungsgerichtshof zugelassene Revision eingelegt, die beim Bundesverwaltungsgericht anhängig ist. Der Kläger hat nunmehr ebenfalls beim Bundesverwaltungsgericht beantragt, die aufschiebende Wirkung seiner Klage wiederherzustellen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung

der Anfechtungsklage gegen den Ausweisungsbescheid angeordnet.

I. Zulässigkeit des Antrags

1. Statthafte Antragsart

Das Rechtsschutzziel des Antragstellers geht dahin, den Eintritt des Suspensiveffekts seiner gegen die Ausweisungsverfügung erhobenen Anfechtungsklage zu erreichen. Durch die erstinstanzliche Klage vor dem Verwaltungsgericht trat nach § 80 I VwGO zunächst kraft Gesetzes der Suspensiveffekt ein. Die Dauer des Suspensiveffekts ist aber begrenzt. Nach § 80b I 1, 1. Alt. VwGO endet dieser mit der Unanfechtbarkeit der gerichtlichen Entscheidung (was vorliegend angesichts des beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Revisionsverfahrens nicht der Fall war). Nach § 80b I 1, 2. Alt. VwGO endet der Suspensiveffekt ebenfalls, wenn die Anfechtungsklage im ersten Rechtszug

abgewiesen worden ist, drei Monate nach Ablauf der gesetzlichen Begründungsfrist des gegen die abweisende Entscheidung gegebenen Rechtsmittels. Diese Voraussetzungen sind hier während des Berufungsverfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof eingetreten, so dass der ursprünglich eingetretene Suspensiveffekt geendet hat. Nach § 80b II VwGO besteht aber die Möglichkeit, auf Antrag anzuordnen, dass die aufschiebende Wirkung fort dauert. Dies entspricht dem Rechtsschutzziel des Antragstellers, so dass es sich vorliegend um einen Antrag nach § 80b II VwGO auf Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung handelt.

2. Antragsbefugnis

Der Antragsteller ist analog § 42 II VwGO auch antragsbefugt, da nicht völlig ausgeschlossen ist, dass ihm ein Anspruch auf gerichtliche Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung zusteht.

3. Antragsfrist

Der Antrag nach § 80b II VwGO ist nicht fristgebunden und kann auch noch während des Revisionsverfahrens gestellt werden.

4. Rechtsschutzbedürfnis

Auch nach einer zugunsten des Klägers ergangenen, noch nicht rechtskräftigen Berufungsentscheidung, ist noch Raum für eine Entscheidung nach § 80b II VwGO, da die kraft Gesetzes nach § 80b I VwGO entfallene aufschiebende Wirkung der Klage nur durch eine gerichtliche Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung wieder hergestellt werden kann, sofern nicht die Behörde die Vollziehung

bis zur Unanfechtbarkeit nach § 80b I 2 VwGO aussetzt, was im vorliegenden Fall aber gerade nicht geschehen ist.

Auch vermittelt die aufschiebende Wirkung der Klage dem Antragsteller eine günstigere Rechtsposition, da nach der beschränkten Fiktion des § 84 II 2 AufenthG für Zwecke der Aufnahme und Ausübung einer Erwerbstätigkeit der Aufenthaltstitel, den der Antragsteller vor der Ausweisung besaß, als fortbestehend gilt, solange der eingelegte Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat.

5. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

Der Wortlaut des § 80b II VwGO sieht für den dortigen Antrag die Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts bzw. des Verwaltungsgerichtshofs (vgl. § 184 VwGO) vor. Für gewisse prozessualen Situationen bedarf es jedoch einer berichtigen Auslegung von § 80b II VwGO mit der Folge, dass im vorliegenden Fall die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts für den Antrag nach § 80b II VwGO gegeben ist. Mit der speziellen Zuständigkeitsregelung sollte erreicht werden, dass nicht das Gericht des ersten Rechtszuges - unter dem Eindruck seiner klageabweisenden Entscheidung - über die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung entscheidet. Der Gesetzgeber hat aber offenbar bei der Formulierung des § 80b II VwGO nur an den Regelfall der erstinstanzlichen Entscheidung des Verwaltungsgerichts gemäß § 45 VwGO und anschließendem Berufungsverfahren vor dem Oberverwaltungsgericht bzw. Verwaltungsgerichtshof gedacht. Das Bundesverwaltungsgericht führt dazu aus:

„Für andere Fallkonstellationen ist die Regelung dagegen unstreitig defizitär und die Vorschrift berichtigend auszulegen. Diese [anderen] Fallkonstellationen sind im Gesetzgebungsverfahren ersichtlich übersehen worden.“

Bisher wurden von der Rechtsprechung unter Berufung auf die ratio legis der Vorschrift folgende Fallkonstellationen der berichtigenden Auslegung des § 80b II VwGO, mit der Folge der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, anerkannt:

- ▶ Den Beteiligten steht gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts gemäß § 134 VwGO unter Übergehung der Berufungsinstanz die Sprungrevision zum Bundesverwaltungsgericht zu.
- ▶ Die Berufung beim Oberverwaltungsgericht bzw. Verwaltungsgerichtshof ist durch Bundesgesetz nach § 135 VwGO ausgeschlossen.
- ▶ Das Oberverwaltungsgericht bzw. der Verwaltungsgerichtshof hat bereits gemäß § 48 VwGO erstinstanzlich entschieden.

Eine solche berichtigende Auslegung von § 80b II VwGO ist aber gleichfalls in der hier vorliegenden Konstellation geboten, in der das Oberverwaltungsgericht bzw. der Verwaltungsgerichtshof als Rechtsmittelgericht zwar im Berufungsverfahren zuständig war, das Verfahren in der Hauptsache aber nach Ergehen der Berufungsentscheidung als Revision beim Bundesverwaltungsgericht anhängig ist. Das Bundesverwaltungsgericht begründet dies wie folgt:

„Ist aber eine solche Entscheidung (sc. l. nach § 80b Absatz 2 VwGO) während des

Berufungsverfahrens nicht beantragt worden und nicht ergangen und ist die Hauptsache inzwischen aufgrund einer Revision beim Bundesverwaltungsgericht anhängig, stellt auch dies eine besondere Fallgestaltung dar, die der Gesetzgeber bei der Zuständigkeitsregelung in § 80b Absatz 2 VwGO nicht im Blick hatte. Würde man auch in diesen Fällen eine fortbestehende Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte bzw. der Verwaltungsgerichtshöfe annehmen, könnte dies zu einer zwischen Oberverwaltungsgericht/Verwaltungsgerichtshof und Bundesverwaltungsgericht gespaltenen Zuständigkeit im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nach § 80 Absatz 5 und § 80 b Absatz 2 VwGO führen. Dass der Gesetzgeber eine solche Aufspaltung der Zuständigkeiten und die damit verbundenen Verzögerungen beim vorläufigen Rechtsschutz in Kauf nehmen wollte, ist nicht anzunehmen, da eine solche Verdopplung der Zuständigkeit innerhalb eines Rechtszuges weder mit der Eilbedürftigkeit der Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes noch mit der vom Gesetzgeber angestrebten Entlastung der Gerichte in Einklang stünde.“

Folgende Beispiele für eine solche bei wörtlicher Anwendung des § 80b II VwGO auftretende gespaltene Zuständigkeit führt das Bundesverwaltungsgericht an:

Wenn die Behörde etwa die sofortige Vollziehung einzelner Regelungen des Verwaltungsakts nach § 80 II Nr. 4 VwGO angeordnet, es im Übrigen aber bei der aufschiebenden Wirkung belassen hat, wäre für den Antrag auf Wiederherstellung

der aufschiebenden Wirkung während des Revisionsverfahrens das Bundesverwaltungsgericht nach § 80 V VwGO als Gericht der Hauptsache zuständig, während über die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich der nicht für sofort vollziehbar erklärten Regelungen desselben Verwaltungsakts das Obergerverwaltungsgericht bzw. der Verwaltungsgerichtshof nach § 80b II VwGO zu entscheiden hätte.

Auch im Falle des einheitlichen Wegfalls der aufschiebenden Wirkung einer Klage nach § 80b I VwGO könnte es zu zwei Entscheidungen verschiedener Gerichte über die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung der Klage in ein und demselben Revisionsverfahren kommen. Denn bei Festhalten an dem Wortlaut des § 80b II VwGO müsste zunächst das Obergerverwaltungsgericht bzw. der Verwaltungsgerichtshof über einen Antrag auf Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung nach dieser Bestimmung entscheiden, während das Bundesverwaltungsgericht nach § 80 VII VwGO diese Entscheidung, ggf. sogar von Amts wegen, wieder ändern könnte.

II. Begründetheit des Antrags

Für eine Entscheidung über einen Antrag nach § 80b II VwGO gelten wegen des Verweises in § 80b III VwGO die gleichen Grundsätze wie für eine Entscheidung nach § 80 V VwGO. Das Suspensivinteresse des Antragstellers muss daher das Vollzugsinteresse der Behörde überwiegen. Dies ist dann der Fall, wenn - nach summarischer Prüfung - der zugrunde liegende Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist. Lässt sich dies nicht feststellen, verbie-

tet es sich, über den Prozessausgang auch nur ein Wahrscheinlichkeitsurteil zu fällen. In dieser Situation sind die widerstreitenden Interessen unabhängig vom voraussichtlichen Ergebnis des Hauptsacheverfahrens abzuwägen.

So liegt der Fall auch hier. Nachdem das erstinstanzliche Urteil durch die Berufungsinstanz aufgehoben wurde und sich das Verfahren nunmehr in der Revisionsinstanz wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache befindet, sind die Erfolgsaussichten der Klage gegen die Ausweisungsverfügung offen. Die gebotene Interessenabwägung fällt zugunsten des Antragstellers aus. Neben ausländerrechtlichen Erwägungen zugunsten des Antragstellers sieht das Bundesverwaltungsgericht in der Systematik des § 80b VwGO einen zugunsten des Antragstellers sprechenden Aspekt.

Das Gericht führt aus:

„Hierfür (sc. l. für ein Überwiegen der Interessen des Antragstellers) spricht schon der Umstand, dass der maßgebende Grund für die zeitliche Begrenzung der zuvor bestehenden aufschiebenden Wirkung durch § 80b Absatz 1 VwGO mit der der Klage stattgebenden Berufungsentcheidung entfallen ist. Der Gesetzgeber hat sich bei der Regelung von der Auffassung leiten lassen, dass es, wenn eine Anfechtungsklage im ersten Rechtszug nach eingehender Prüfung des Rechtsschutzbegehrens keinen Erfolg hat, in der Regel nicht gerechtfertigt sei, dass die aufschiebende Wirkung noch während eines eventuellen Rechtsmittelverfahrens fort-dauert.

Die Voraussetzungen für diese Vermutung des Gesetzgebers sind vorliegend durch

den Erfolg der Klage im Berufungsverfahren beseitigt, wenn nicht gar in ihr Gegenteil verkehrt. Bei diesem Verfahrensstand spricht daher alles dafür, die Fortdauer der ursprünglich bestehenden aufschiebenden Wirkung der Klage anzuordnen.“

III. Ergebnis

Der Antrag auf gerichtliche Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung ist zulässig und begründet.

Das Bundesverwaltungsgericht hat daher folgenden Tenor beschlossen:

Auf Antrag des Antragstellers wird angeordnet, dass die aufschiebende Wirkung seiner Anfechtungsklage gegen den Ausweisungsbescheid des [...] vom [...] fort dauert.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Antragsverfahren auf 2.500 € festgesetzt.

Hinweis:

Fragen des einstweiligen Rechtsschutzes gehören zur klassischen Prüfungsmaterie sowohl des ersten als auch des zweiten juristischen Examens. Der prozessuale Aufhänger des § 80b II VwGO ist dagegen schon spezieller, sollte aber zum umfassenden Verständnis von Fragen des einstweiligen Rechtsschutzes nicht fehlen. Letztlich wird mit der Anknüpfung an die Frage der Dauer des Suspensiveffekts Grundlagenwissen vorausgesetzt.

(RD Jochen Heinz)