

HERAUSGEBER

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

Vereinsvorstand:

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

BEIRAT

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

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

AUS DEM INHALT

BEITRAG

Christian Picker
Das neue Mindestlohngesetz

KLAUSUREN

Joachim Müller/Julia Zaiser
Zivilrecht: „Der dreiste Falschparker“

Magdalena Grupp
Strafrecht: „Im Rausch der Geschwindigkeit“

RECHTSPRECHUNG

BGH
Abbruch einer eBay-Auktion und wucherähnliches Geschäft

BAG
Krankheitsbedingte außerordentliche Kündigung
Zurückweisung mangels Vollmachtvorlage

BGH
2. Senat stellt st. Rspr. zu § 252 StPO in Frage

LG Dessau-Roßlau
Raub oder Diebstahl

VGH Mannheim
Lärm durch Vogelabwehrgeräte im Weinberg

Inhaltsverzeichnis

BEITRAG

CHRISTIAN PICKER

Das neue Mindestlohngesetz

Seite ▶ 4

KLAUSUREN

JOACHIM MÜLLER/JULIA ZAISER

Examensklausur Zivilrecht:

„Der dreiste Falschparker“

Seite ▶ 22

MAGDALENA GRUPP

Examensklausur Strafrecht:

„Im Rausch der Geschwindigkeit“

Seite ▶ 43

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

BAG

Krankheitsbedingte außerordentliche Kündigung – Zurückweisung
mangels Vollmachtvorlage

Urteile vom 23.01.2014 und 25.09.2014 (Nikolaus Polzer)

Seite ▶ 60

BGH

Keine Bestellung eines Notgeschäftsführers für eine
Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Urteil vom 23.09.2014 (Steffen Follner/Amela Schön)

Seite ▶ 71

BGH

Abbruch einer eBay-Auktion und wucherähnliches Geschäft

Urteil vom 12.11.2014 (Julius Forschner)

Seite ▶ 77

BGH

SIM-Karten-Pfand in Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Urteil vom 09.10.2014 (Julius Forschner)

Seite ▶ 81

RECHTSPRECHUNG STRAFRECHT

LG OFFENBURG

Verwerflichkeit i.S.d. § 240 II StGB
Beschluss vom 24.09.2014 (Alexander Bechtel)

Seite ▶ 86

LG DESSAU-ROßLAU

Raub oder Diebstahl
Beschluss vom 12.05.2014 (Guido Philipp Ernst)

Seite ▶ 90

BGH

2. Senat stellt st. Rspr. zu § 252 StPO in Frage
Beschluss vom 04.06.2014 (Guido Philipp Ernst)

Seite ▶ 94

RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

VGH MANNHEIM

Lärm durch Vogelabwehrgeräte im Weinberg
Urteil vom 04.11.2014 (Sönke Anders/Julia Moog)

Seite ▶ 100

Editorial

Über kaum ein anderes Thema im Bereich Wirtschaft und Arbeitsmarkt wurde in der Politik in den vergangenen Jahren so erbittert gestritten wie den Mindestlohn. Der Gesetzgeber hat diesen nun trotz massiven Widerstandes eingeführt, und damit nicht nur ökonomische, sondern auch diverse rechtliche Fragen aufgeworfen. Der Beitrag von PICKER beschäftigt sich daher eingehend mit dem Gesetz und dessen verfassungs- sowie europarechtlichen Aspekten. Angesichts der zahlreichen Streifragen liegt die Vermutung nahe, dass das letzte Wort über das Thema Mindestlohn bzw. dessen Ausgestaltung noch nicht gesprochen ist.

In erster Linie für Examenskandidaten geeignet sind die Klausuren von GRUPP sowie von MÜLLER/ZAISER. Aber auch für Studenten unterer Semester können die Klausuren etwa als Besprechungsfall in einer Lerngruppe von Gewinn sein. Die Klausur von GRUPP behandelt interessante und examensrelevante Probleme insbesondere aus dem Bereich des Verkehrsstrafrechts. Den Straßenverkehr aus zivilrechtlicher Sicht behandeln MÜLLER/ZAISER in deren Klausur. Dort geht es um die zivilrechtlichen Folgen des Abschleppens eines PKW.

Wie immer enthält auch diese Ausgabe aktuelle Rechtsprechung. Darunter befinden sich Urteile zu aktuellen Dauerbrennern, wie der Anwendung des § 138 I BGB bei eBay-Geschäften oder Klassikern, wie der Beweisaufnahme im Strafprozess und § 252 StPO.

Prof. Dr. Christian F. Majer

Schriftleiter

Dipl.-Jur. Sascha Sebastian

Stellvertretender Schriftleiter

Zeitschrift Jura Studium & Examen (JSE)

BEITRAG

Dr. Christian Picker*

Das neue Mindestlohngesetz

A. Einleitung

Seit dem 1.1.2015 hat grundsätzlich jeder Arbeitnehmer im Bundesgebiet Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn i. H. v. 8,50 € brutto je Zeitstunde, § 1 des Mindestlohngesetzes (MiLoG). Das MiLoG ist zentraler Bestandteil eines arbeitsmarktpolitischen Reformpakets der Großen Koalition, welches unter dem Titel „Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie“¹ firmiert. Neben dem flächendeckenden Mindestlohn sieht dieses Artikelgesetz die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen sowie die Öffnung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) für alle Branchen vor. Mit „echter“ Tarifautonomie hat das Ganze wenig gemein: Der Tarifvertrag ist hier nicht mehr Ausdruck mitgliedschaftlich-autonomer Selbsthilfe, sondern Instrument staatlich-heteronomer Erstreckung „tarifgestützter“ Arbeitsbedingungen auf Nicht- bzw. Andersorganisierte.²

* Dr. Christian Picker ist Habilitand am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) an der Ludwig-Maximilians Universität München (Lehrstuhl für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht).

¹ BGBl I 2014, S. 1348.

² Ebenso *Beppler*, Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen

Zur Verfassungskonformität und Funktionalität eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns habe ich mich bereits an anderer Stelle geäußert.³ Der Entwurf zum MiLoG lag jedoch damals noch nicht vor. Daher will ich nunmehr erörtern, ob und inwieweit das MiLoG verfassungskonform ist und rechtspolitisch überzeugt. Technische Detailfragen zum MiLoG – wie etwa die Fragen, welche Leistungen des Arbeitgebers auf den Mindestlohn angerechnet werden können und welche Auswirkungen seine Unabdingbarkeit auf tarifvertragliche Ausschlussfristen hat⁴ – müssen ausgeklammert werden. Gleiches gilt für die rechtspraktisch bedeutsame Frage, wie die Einhaltung des Mindestlohns staatlich kontrolliert werden kann.⁵

B. Niedriglohn und Mindestlohn

In einer freiheitlichen, also marktwirtschaftlich verfassten Rechts- und Wirtschaftsordnung werden Löhne grundsätzlich nicht dirigistisch vom Staat festgesetzt. Die Lohnfindung erfolgt vielmehr autonom-dezentral durch die Arbeitsvertrags- und Tarifvertragsparteien. Deutlich bestimmt noch der Staats-

sich?, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages Hannover 2014, Bd. 1, Gutachten, S. B 43; *Lobinger*, JZ 2014, 810 (811 f.); *Seiwerth*, NZA 2014, 708 f.; *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1048).

³ *Picker*, RdA 2014, 25-36.

⁴ Vgl. hierzu nur *Bayreuther*, NZA, 2014, 865; *Däubler*, NJW 2014, 1924; *Hilgenstock*, Mindestlohngesetz (2014); *Lakies*, ArbR-Aktuell 2014, 343; *Lembke*, NZA 2015, 70; *Preis/Ulber*, Ausschlussfristen und Mindestlohngesetz (2014); *Schubert/Jerchel/Düwell*, Das neue Mindestlohngesetz (2014); *Sittard*, NZA 2014, 951; *Spielberger/Schilling*, NZA 2014, 414.

⁵ Vgl. hierzu nur *Maschmann*, NZA 2014, 929.

vertrag über die Schaffung einer gemeinsamen Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen BRD und DDR vom 18.5.1990: „Löhne und sonstige Arbeitsbedingungen werden nicht vom Staat, sondern durch freie Vereinbarungen von Gewerkschaften, Arbeitgeberverbänden und Arbeitgebern festgelegt.“⁶

I. Gestörte Vertragsparität

Vertrag und Wettbewerb können freilich versagen; diese Gefahr besteht besonders bei der Lohnfindung und hier gegenwärtig im Niedriglohnssektor.⁷ So entwickelt sich der deutsche Arbeitsmarkt zunehmend zwiespältig: Auf der einen Seite suchen immer mehr Betriebe händeringend nach qualifizierten Facharbeitern⁸, wodurch deren Verhandlungsmacht weiter steigt. Auf der anderen Seite ist der Niedriglohnssektor deutlich gewachsen.⁹ Mittlerweile dürfte fast ein Viertel aller Beschäftigten für einen Niedriglohn arbeiten.¹⁰ Das sind etwa acht Millionen Menschen. Davon arbeiteten im Jahr 2009 fast

fünf Millionen Arbeitnehmer für Stundenlöhne unter acht Euro.¹¹

Diese Entwicklung kann nicht pauschal als arbeitsmarktpolitisch verfehlt bezeichnet werden: Zunächst hat die Ausweitung des Niedriglohnssektors im Zuge der Reformen der Agenda 2010 dazu geführt, dass viele unqualifizierte und bislang arbeitslose Menschen in den ersten Arbeitsmarkt integriert werden konnten: Die Arbeitslosenquote, die Anfang 2005 noch 12,7 % betrug, hat sich bis Ende 2014 mit 6,4 % halbiert¹². Nie zuvor hatten so viele Menschen in Deutschland eine Arbeit wie heute.¹³ Ohne einen dynamischen Niedriglohnssektor dürfte Vollbeschäftigung nicht zu erreichen sein.

Freilich sind die Durchschnittslöhne im Niedriglohnssektor in den letzten Jahren kaum gestiegen.¹⁴ Dies indiziert eine spezifische Marktschwäche des Faktors Arbeit in diesem Bereich. Diese Schwäche rührt hauptsächlich aus einem Überangebot nicht bzw. nicht hinreichend qualifizierter Arbeitnehmer. Denn ein solches Überangebot führt

⁶ BGBI. II 1990, S. 537.

⁷ Picker, RdA 2014, 25 (26 f.); Rieble/Picker, ZFA 2014, 153 (154 f.).

⁸ Prognos (Hrsg.), Deutschland Report 2035 (2010), S. 81 ff.

⁹ Picker, RdA 2014, 25 (26).

¹⁰ Als „niedrig“ wird der Bruttoarbeitslohn eines Vollzeitbeschäftigten angesehen, der unterhalb von zwei Dritteln des nationalen Medianbruttolohns aller Vollzeitbeschäftigten liegt. Die Niedriglohngrenze lag danach 2010 in Westdeutschland bei etwa 9,50 €, in Ostdeutschland bei etwa 7 €. Vgl. Kalina/Weinkopf, Niedriglohnbeschäftigung 2008, S. 2 f., unter:

<http://www.iaq.uni-due.de/iaq-report/2010/report2010-06.pdf> [26.1.2015].

¹¹ Picker, RdA 2014, 25 (26).

¹² Statistisches Bundesamt, unter:

<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/Konjunkturindikatoren/Arbeitsmarkt/arb210.html> [26.1.2015].

¹³ Statistisches Bundesamt, unter:

<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/Konjunkturindikatoren/Arbeitsmarkt/karb811.html> [26.1.2015].

¹⁴ Weinkopf, Niedrig- und Mindestlöhne in Deutschland, Veranstaltung der Friedrich-Ebert-Stiftung „Mindestlöhne für Deutschland“ am 21.4.2010 in Berlin, unter:

www.fes.de/wiso/pdf/2010/210410/weinkopf.pdf [25.10.2013].

typischerweise dazu, dass die Arbeitgeber als Nachfrager die Vergütungshöhe faktisch diktieren können.¹⁵

Kumulativ dürfte das reformierte Sozialrecht zu einer Schwächung der Vertragsparität im Niedriglohnbereich beigetragen haben.¹⁶ Zum einen hat der Gesetzgeber die Bezugsdauer von Arbeitslosengeld verkürzt und die Anforderungen an eine zumutbare Beschäftigung deutlich gesenkt. Ein Arbeitsloser muss heute frühzeitig auch eine schlecht bezahlte Arbeit annehmen. Die Funktion eines faktischen Mindestlohns haben Arbeitslosengeld und Sozialhilfe damit weitgehend eingebüßt. Zum anderen kann der Arbeitnehmer als „Aufstocker“ zusätzliche steuerfinanzierte Sozialleistungen in Anspruch nehmen, falls sein Lohn unter dem Niveau der Grundsicherung bleibt. Sichert ein solcher „Kombilohn“ seinen Lebensunterhalt, so ist ein höherer Arbeitslohn für ihn zumindest solange uninteressant, als dieser den kombinierten Betrag nicht übersteigt.

II. Versagen der Tarifautonomie

Primäres Schutzinstrument, um die gestörte Vertragsparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auszugleichen und angemessene Arbeitsbedingungen zu erzielen, ist der Tarifvertrag. Die Tarifvertragsparteien sollen „ihre Angelegenheiten grundsätzlich selbst-

verantwortlich und ohne staatliche Einflussnahme regeln“¹⁷. Dies gilt besonders für die Entgelthöhe.

Allerdings können auch die Tarifvertragsparteien versagen. Im Niedriglohnbereich ist dies gegenwärtig zu beobachten.¹⁸ Die mittlerweile ohnehin geringe¹⁹ Tarifbindung ist hier besonders schwach; die wenigen vorhandenen Tarifverträge enthalten auffallend niedrige Tariflöhne.²⁰

III. Subsidiäre staatliche Regelungskompetenz

Versagen Vertragsfreiheit wie Tarifautonomie im Niedriglohnbereich strukturell, so kann und muss der Gesetzgeber gegensteuern. Die subsidiäre Regelungskompetenz des Staates greift, „wenn die Koalitionen die ihnen übertragene Aufgabe, das Arbeitsleben durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen, im Einzelfall nicht allein erfüllen können und die soziale Schutzbedürftigkeit einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen oder ein sonstiges öffentliches Interesse ein Eingreifen des Staates erforderlich macht.“²¹

¹⁵ Fastrich, RdA 1997, 65 (75); Franke, Lohnwucher (2003), S. 24; Wank, FS Buchner (2009), S. 898 (901, 903).

¹⁶ Giesen, FS Kempfen (2013), S. 216 (220); Waltermann, NZA 2013, 1041 (1046).

¹⁷ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2, 1421/86 und 1 BvF 1,2,3,4/87 – BVerfGE 92, 365 (395).

¹⁸ Näher Picker, RdA 2014, 25 (27) m. w. N.

¹⁹ Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Presseinformation vom 3.6.2013, unter:

http://doku.iab.de/aktuell/2013/Tarifbindung_2012.pdf [26.1.2015].

²⁰ WSI Niedriglohn-Monitoring 2013 unter:

http://www.boeckler.de/pdf/p_ta_elemente_77_2014.pdf [26.1.2015].

²¹ BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322 (342).

IV. Weiter Gestaltungsspielraum

Freilich hat der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung seines Schutzkonzepts einen weiten Gestaltungs-, Einschätzungs- und Prognose-spielraum.²² Er kann Niedriglöhne als freie Marktlöhne akzeptieren und die „working poor“ durch zusätzliche staatliche Transferleistungen unterstützen. Er kann Niedriglöhne aber auch ordnungspolitisch regulieren, wenn er sich hierbei auf Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte stützen kann und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.²³

Dabei ist auch zu beachten, dass der jetzige Mindestlohn die reale Einkommenssituation der meisten „Niedriglöhner“ nicht verbessert.²⁴ Ganz überwiegend stocken nämlich Teilzeitbeschäftigte und „Mini-Jobber“ auf; deren Lohnsteigerungen werden künftig voll auf die bislang erhaltenen Transferleistungen angerechnet.²⁵ Und trotz Mindestlohns sind diese Arbeitnehmer auch künftig mehrheitlich auf ergänzende Sozialleistungen angewiesen. Selbst bei vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern ist nicht mit einem wesentlichen Kaufkraftschub zu rechnen.²⁶ So benö-

tigt etwa ein verheirateter, in Vollzeit tätiger Alleinverdiener mit zwei Kindern in Berlin einen Bruttostundenlohn von über 15 €, um auf das Niveau der sozialstaatlichen Grund-sicherung zu kommen.²⁷ Und auch nach 40 Jahren Vollzeitbeschäftigung zu einem Stundenlohn von 8,50 € erhält man keine ausreichende Altersversorgung.²⁸ Durch den Mindestlohn wird bestenfalls der Staat entlastet, weil er geringere Transferleistungen aufwenden muss und höhere Steuer- und Sozialbeiträge einnehmen kann.²⁹ Im günstigsten Fall wirkt der Mindestlohn daher wie eine Verbrauchssteuer. Insofern ist fraglich, was zweckmäßiger ist: Gezielt die Konsumenten durch den Mindestlohn oder gleichmäßig die Steuerzahler mit der Subventionierung niedriger Löhne zu belasten.

Eine Pflicht zur Einführung gesetzlicher Mindestlöhne ergibt sich auch nicht aus dem Völker- oder Europarecht.³⁰ Art. 4 Abs. 1 Europäische Sozialcharta (ESC) räumt den Ar-

²² BVerfG 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03 – NZA 2005, 153 (154); vom 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – NZA 2004, 33 (35).

²³ Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. (2012), Grundlagen Rn. 163 ff.

²⁴ Bruckmeier/Wiemers, IAB-Kurzbericht 7/2014, unter: <http://doku.iab.de/kurzber/2014/kb0714.pdf> [25.1.2015].

²⁵ Brenke/Müller, DIW-Wochenbericht 39/2013; Lakies, ArbAktuell 2014, 3.

²⁶ Brenke/Müller, DIW-Wochenbericht 39/2013; Lakies, ArbAktuell 2014, 3.

²⁷ BDA (Hrsg.), Die Realität am deutschen Arbeitsmarkt – Fakten statt Zerrbilder [Stand: Mai 2013], S. 35.

²⁸ Waltermann, NZA 2013, 1041 (1042).

²⁹ Vgl. SPON vom 29.4.2014, unter:

<http://www.spiegel.de/karriere/berufsleben/mindestlohn-aufstocker-werden-laut-iab-direktor-joachim-moeller-bleiben-a-966726.html> [26.1.2015].

³⁰ Näher Barczak, RdA 2014, 290 (294); Rieble/Picker, ZFA 2014, 153 (159 f.). A. A. Fischer-Lescano, Verfassungs-, völker- und europarechtlicher Rahmen für die Gestaltung von MindestlohnAusnahmen, Rechtsgutachten im Auftrag des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts in der Hans-Böckler-Stiftung (WSI) und des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB), unter:

<http://www.dgb.de/themen/++co++fcd231d8-aded-ue3-8ecb-52540023efia> [26.1.2015].

beitnehmern zwar ein „Recht auf ein gerechtes Arbeitsentgelt“ ein, „welches ausreicht, um ihnen und ihren Familien einen angemessenen Lebensstandard zu sichern“. Die ESC ist mit ihren Programmsätzen aber schon inhaltlich zu wenig konkret. Zudem überlässt Art. 4 ESC es ausdrücklich den Mitgliedstaaten, wie sie dieses Ziel erreichen wollen, ob „durch frei geschlossene Gesamtarbeitsverträge, durch gesetzliche Verfahren der Lohnfestsetzung oder auf jede andere, den Landesverhältnissen entsprechende Weise“. Daher kann der Gesetzgeber auch das bisherige Kombilohnmodell fortführen, um Armut in Arbeit zu verhindern.

Auch Art. 31 Abs. 1 EU-GRCharta begründet weder eine Pflicht, einen Mindestlohn einzuführen, noch einen Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers auf einen Mindestlohn.³¹ Das Arbeitsentgelt wird vom Begriff der „Arbeitsbedingungen“ in Art. 31 EU-GRCharta gerade nicht erfasst.³² Forderungen, dort ein Recht auf einen „gerechten“ oder „angemessenen“ Lohn aufzunehmen, konnten sich nicht durchsetzen.³³

C. Funktion des Mindestlohns

Ein gesetzlicher Mindestlohn greift nicht nur in die Vertrags- und Berufsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien ein. Vielmehr bedeutet ein nicht tarifdispositiv ausgestalteter Min-

destlohn einen Eingriff in die Tarifautonomie.³⁴ Denn der Staat tritt hier nicht nur in Konkurrenz zu den Tarifvertragsparteien; vielmehr verwehrt er es ihnen, sich unterhalb des gesetzlichen Mindestlohns koalitionsmäßig zu betätigen.³⁵ Ein solcher Eingriff in die nach Art. 9 Abs. 3 GG „vorbehaltlos“ gewährleistete Tarifautonomie ist verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn der Gesetzgeber mit ihm den Schutz von Grundrechten oder mit Verfassungsrang ausgestatteter Belange bezweckt und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt. Art. 9 Abs. 3 GG steht dem dann nicht entgegen. Denn die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie verleiht den Tarifpartnern zwar „ein Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol“³⁶.

I. Regelungsziele

Jeder Mindestlohn muss daher ein legitimes Regelungsziel verfolgen und dafür geeignet, erforderlich und angemessen sein. Das MiLoG verfolgt unterschiedliche Regelungsziele: Nach der Gesetzesbegründung und § 9 Abs. 2 MiLoG will es Arbeitnehmer vor unangemessenen Niedriglöhnen schützen und Lohnunterbietungswettbewerb zu Lasten der Arbeitnehmer und sozialen Sicherungssysteme verhindern. Bei der Festsetzung der konkreten Mindestlohnhöhe hat sich der

³¹ Näher *Rieble/Picker*, ZFA 2014, 153 (159 f.).

³² H. M., vgl. nur *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 2. Aufl. (2013), Art. 31 Rn. 6.

³³ *Schwarze/Knecht*, EU-Kommentar, 3. Aufl. (2012), Art. 31 Rn. 2.

³⁴ *Löwisch*, NZA 2014, 948; *Lobinger*, JZ 2014, 810 (812 ff.).

³⁵ *Barczak*, RdA 2014, 290 (296); *Löwisch*, NZA 2014, 948.

³⁶ BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 – BVerfGE 94, 268 (284); 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293 (306); 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03 – NZA 2005, 153 (154).

Gesetzgeber jedoch am „pauschalierten Existenzminimum“ orientiert.³⁷

1. Menschenwürdegerechtes Entgelt?

Ganz überwiegend begründet man die Notwendigkeit eines allgemeinen Mindestlohns damit, dass ein Arbeitnehmer von seiner Arbeit leben können muss.³⁸ Der Arbeitslohn (und entsprechend ein gesetzlicher Mindestlohn) müsse daher jedenfalls sein Existenzminimum sichern.

Aus dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG³⁹ versucht man, eine entsprechende Verpflichtung des Gesetzgebers abzuleiten, die Menschenwürde des Arbeitnehmers bei der Lohngestaltung zu schützen⁴⁰. Überwiegend sieht man in der Sicherung des Existenzminimums zumindest einen legitimen Zweck, der den mit der Einführung eines solchen gesetzlichen Mindestlohns verbundenen Eingriff in die Koalitions-, Vertrags- und Berufsfreiheit der Betroffenen rechtfertigen kann.⁴¹ Entsprechend

haben sich auch die Verfasser des MiLoG bei der Festsetzung der Mindestlohnhöhe am Existenzminimum eines vollzeitbeschäftigten Alleinverdieners orientiert.

Dabei übersieht man freilich, dass das Sozialstaatsprinzip mit seinem Existenzgewährleistungsanspruch allein den Staat verpflichtet.⁴² Der Arbeitgeber ist Vertragspartner und nicht Unterhaltsschuldner des Arbeitnehmers. Er ist damit für Sozialleistungen nicht „originär“ zuständig.⁴³ Daher lässt sich hier auch keine staatliche Schutzpflicht „gegen den Arbeitgeber“ aktivieren.⁴⁴ Die soziale Notlage des Arbeitnehmers ist nicht dem Arbeitgeber zuzurechnen; sie fällt in die Risikosphäre des Arbeitnehmers.⁴⁵ Vielmehr lindert auch eine geringe Bezahlung seine Not.⁴⁶ Folglich besteht auch keine verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, Mindestlöhne einzuführen.

2. Verhinderung von „Mitnahmeeffekten“?

Gesetzliche Mindestlöhne können jedoch dem Schutz der sozialen Sicherungssysteme

³⁷ BT-Drs. 18/1558, S. 28.

³⁸ ErfK/Schmidt, 15. Aufl. (2015), Art. 1 GG Rn. 13; Bieback, RdA 2000, 207 (210); Dieterich, KJ 2008, 71 (78); Engels, JZ 2008, 490 (498); Lakies, AuR 2013, 69 (70, 73); Nassibi, Schutz vor Lohndumping in Deutschland (2012), S. 72 ff.; Schunder, NZA 2007, 169.

³⁹ Grundlegend: BVerfG vom 9.2.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09 – BVerfGE 125, 175.

⁴⁰ Bieback, RdA 2000, 207 (209); Dieterich, KJ 2008, 71 (76); Kocher, NZA 2007, 600 (601).

⁴¹ Bepler, Gutachten (Fn. 2), S. B 106 f.; Caspers, Mindestlohn und Tarifautonomie, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung (2011), S. 147 (152); Jacobs, GS Walz

(2008), S. 289 (294); Sodan/Zimmermann, NJW 2009, 2001 (2003); Willemsen/Sagan, NZA 2008, 1216 (1220).

⁴² BVerfG 9.2.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09 – BVerfGE 125, 175 (222 ff.).

⁴³ Rieble, Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung (2011), S. 17 (21).

⁴⁴ Lobinger, GS Brugger (2012), S. 355 (360 ff.).

⁴⁵ Lobinger, GS Brugger (2012), S. 355 (371).

⁴⁶ Wank, FS Zachert (2010), S. 453 (467 f.); Lobinger, GS Brugger (2012), S. 355 (371).

dienen.⁴⁷ Deren Schutz ist ein verfassungsrechtlich legitimes Regelungsziel⁴⁸ und umfasst nicht nur den Schutz der Sozialsysteme in der Gegenwart, sondern auch für die Zukunft, also die Rentenversicherung.

Würden die Arbeitgeber aufstockende Sozialleistungen bei den Vertragsverhandlungen aus Profitgier stets miteinkalkulieren, so würde man dem Staat kaum das Recht absprechen können, mit einem gesetzlichen Mindestlohn zu intervenieren; der Mindestlohn würde hier verhindern, dass Sozialleistungen von den Unternehmen als staatliche Lohnsubventionen zweckentfremdet werden.⁴⁹ Tatsächlich bilden solch gemeinschaftsschädliche „Mitnahmeeffekte“ im Niedriglohnsektor jedoch nicht den Regelfall.⁵⁰ Ein gesetzlicher Mindestlohn, der (allein) solch rechtsmissbräuchliche Lohnabreden verhindern wollte, wäre daher überschießend; denn er würde auch die große Mehrzahl der Arbeitgeber treffen, die zwar

niedrige aber eben marktübliche Löhne zahlen⁵¹.

Auch bestünde für ihn keine Notwendigkeit: Kalkuliert der Arbeitgeber subsidiäre staatliche Sozialleistungen bei den Lohnverhandlungen aus bloßer Bereicherungsabsicht mit ein, so handelt er sittenwidrig; die Lohnabrede wäre nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig⁵² und der Arbeitnehmer erhielte gem. § 612 Abs. 2 BGB die (tarif-)übliche Vergütung für seine Arbeitsleistung.

3. Begrenzung des Lohnunterbietungswettbewerbs

Ein legitimes Regelungsziel lässt sich jedoch wie folgt begründen: Die Stabilität der sozialen Sicherungssysteme wird gegenwärtig durch den besonders intensiven Verdrängungs- und Lohnunterbietungswettbewerb der Arbeitgeber im Niedriglohnsektor bedroht.⁵³

Vielfach ist hier folgende Situation zu beobachten⁵⁴: Der einzelne Arbeitgeber will die Löhne möglicherweise gar nicht weiter senken. Er kann es aber, weil es angesichts des eingangs beschriebenen spezifischen Vertrags- und Tarifversagens im Niedriglohnsektor am notwendigen Verhandlungsgleichgewicht fehlt. Und er muss es, um selbst kon-

⁴⁷ Waltermann, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, S. B 97; ders., NZA 2013, 1041 (1046); Caspers, Mindestlohn und Tarifautonomie, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung (2011), S. 147 (156).

⁴⁸ BVerfG 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293 (306 f.); BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202 (223 f.).

⁴⁹ Waltermann, Gutachten (Fn. 47), S. B 88 ff.; Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. (2012), Grundlagen Rn. 180 ff.

⁵⁰ Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2008/2009, S. 336, Nr. 578, unter:

http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/download/gutachten/gao8_ges.pdf [26.1.2015].

⁵¹ Lobinger, GS Brugger (2013), S. 355 (367).

⁵² Zur Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften zu Lasten der Sozialversicherungsträger Staudinger/Sack/Fischinger (2011), § 138 BGB Rn. 454 ff.

⁵³ Hierzu: Waltermann, NZA 2013, 1041 (1042); ders., Gutachten (Fn. 47), S. B 91.

⁵⁴ Näher Picker, RdA 2014, 25 (30).

kurrenzfähig zu bleiben. Der Arbeitgeber zahlt „Hungerlöhne“ also nicht, um sich auf Kosten seiner Arbeitnehmer zu bereichern. Er zahlt sie, um selbst wirtschaftlich überleben zu können. Daher ist ein spezifisches Marktversagen für die niedrigen Löhne (mit-)ursächlich.

Hier muss der Staat mit Hilfe eines gesetzlichen Mindestlohns kartellierend intervenieren können. Durch eine unterste Lohngrenze legt der Staat faire Wettbewerbsbedingungen für den Teil des Arbeitsmarkts, der durch Vertrags- und Tarifvertragsversagen gestört ist, fest. Richterliche Sittenwidrigkeitskontrolle und sektorale Mindestlöhne bieten hier nämlich keinen hinreichenden Schutz und sind damit keine gleich geeigneten, mildereren Mittel.⁵⁵

4. Kumulativ: Schutz der Privatautonomie

Zusätzlich dient ein solcher Mindestlohn einem weiteren legitimen Regelungsziel: Dem Schutz der Vertragsfreiheit der strukturell unterlegenen „Niedriglöhner“.⁵⁶ Er definiert bildlich gesprochen die „Betondecke zum Kellergeschoss der Arbeitsbeziehungen“⁵⁷, mithin das unterste Maß an Austauschgerechtigkeit und verhindert so, dass sich die Strukturen privatrechtswidriger einseitiger Fremdbestimmung im Niedriglohnsektor weiter nach unten verfestigen.

⁵⁵ Näher Picker, RdA 2014, 25 (31 ff.).

⁵⁶ Bayreuther, NJW 2007, 2022 (2023 f.).

⁵⁷ Waltermann, NZA 2013, 1041 (1046).

II. Grenzen staatlicher Mindestlohnintervention

Damit werden die systemimmanenten Grenzen eines verfassungskonformen Mindestlohns deutlich.

1. Kein iustum pretium

Er darf den Arbeitgeber nicht zum Unterhaltsverpflichteten machen. Auch kann er nicht positiv bestimmen, welcher Lohn „angemessen“ ist: Ein iustum pretium – also ein von den Marktgesetzen losgelöster „gerechter“ Wert für jede Arbeitsleistung – existiert in einer marktwirtschaftlich verfassten, wettbewerbsorientierten und zudem globalisierten Wirtschaftsordnung nicht.⁵⁸ Die Grenzproduktivität der Arbeitsleistung ist das eherne Lohngesetz unserer Marktwirtschaft: Gibt „der Markt“ in bestimmten Branchen und Regionen keine höheren Löhne her, so werden keine Arbeitnehmer eingestellt.⁵⁹ Gesetzliche Mindestlöhne können daher niemals positiv Austauschgerechtigkeit definieren und schaffen.

2. Korrektur struktureller Imparität

Vielmehr kann der Gesetzgeber nur negativ festlegen, ab wann ein Lohn jedenfalls unangemessen ist, weil er das Ergebnis eines spezifischen Marktversagens ist, welches zu Lasten der Solidargemeinschaft und der Arbeitnehmer geht. Ein Mindestlohn lässt sich da-

⁵⁸ Henssler/Sittard, RdA 2007, 159 (161); Wank, FS Buchner (2009), S. 898 (901, 915).

⁵⁹ Wank, FS Buchner (2009), S. 898 (901, 915).

her nur rechtfertigen, wenn in dem fraglichen Marktsegment ein strukturelles Vertrags- und Tarifversagen festzustellen ist. Entscheidend ist also stets, ob in dem fraglichen Wirtschaftszweig höhere Löhne gezahlt werden könnten, ohne dass dadurch umfassend Arbeitsplätze vernichtet bzw. kostengünstiger substituiert würden.

Zu untersuchen ist daher insbesondere, ob die mit einem Mindestlohn verbundenen Lohnerhöhungen über die Preise an die Verbraucher weitergereicht werden können. Niedrige Tariflöhne trotz sozial mächtiger Gewerkschaften sprechen gegen ein solches Marktversagen; denn hier sind in der fraglichen Branche offenbar keine höheren Löhne zu erzielen⁶⁰. Hingegen indizieren fehlende Tarifbindung und nicht existenzsichernde Löhne ein solches Marktversagen.

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Mindestlohns, der sowohl den Sozialstaat entlasten als auch die Vertragsfreiheit der Arbeitnehmer schützen will, hängt damit gerade von seiner Beschäftigungswirkung ab. Zwar lassen sich seine Auswirkungen ex ante nur schwer abschätzen. Denn es ist noch nicht einmal abschließend geklärt, ob und inwieweit niedrige Löhne das Ergebnis von Lohnunterbietungswettbewerb oder das Resultat der geringen Produktivität der erbrachten Arbeitsleistungen sind. Dem Gesetzgeber muss deshalb ein Einschätzungs-

und Prognosespielraum zugestanden werden.⁶¹

Zeigt sich jedoch ex post die arbeitsplatzvernichtende Wirkung eines zu hohen Mindestlohns, so muss der Gesetzgeber nachjustieren.⁶² Zur Erreichung der genannten legitimen Regelungsziele ist er dann nämlich ungeeignet: Die nunmehr arbeitslosen Arbeitnehmer wären vollumfänglich auf staatliche Sozialleistungen angewiesen; ein solcher Mindestlohn würde ihre Vertrags- und Berufsfreiheit beschränken und nicht schützen. Der Sozialstaat würde nicht entlastet, sondern zusätzlich belastet.

3. Fehlende Beachtung im MiLoG

Das MiLoG berücksichtigt dies nicht: Es beruft sich zwar formal auf legitime Regelungsziele – den Schutz der Arbeitnehmer vor unangemessenen Niedriglöhnen sowie den Schutz der sozialen Sicherungssysteme vor Lohndumping. Tatsächlich orientiert es sich bei der Festsetzung der konkreten Mindestlohnhöhe jedoch einseitig am „pauschalieren Existenzminimum“⁶³ und setzt damit einen vergleichsweise hohen⁶⁴ Mindestlohn von 8,50 € für das gesamte Bundesgebiet fest. Die regional sehr unterschiedliche Produktivität der Arbeitsleistungen berücksichtigt es

⁶⁰ Zutreffend *Bepler*, FS Richardi (2007), S. 189 (202).

⁶¹ BVerfG 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293 (307); BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202 (224).

⁶² *Picker*, RdA 2014, 25 (31).

⁶³ BT-Drs. 18/1558, S. 28.

⁶⁴ DIW Wochenbericht 39/2013, Mindestlohn, S. 18, http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.428112.de/13-39.pdf [26.1.2015].

nicht. Negativ auswirken dürfte sich dies in strukturschwachen Gebieten, namentlich in Ostdeutschland: Dort erhöht der Mindestlohn die Löhne von fast 30% der Beschäftigten.⁶⁵ Da diese überwiegend in personalintensiven und wirtschaftlich schwachen Dienstleistungsbetrieben arbeiten⁶⁶, ist zumindest hier mit steigender Arbeitslosigkeit zu rechnen.

Sicherungsmechanismen vor zu hohen und damit beschäftigungsfeindlichen Mindestlöhnen enthält das MiLoG nicht. Weder die Bundesregierung noch die Mindestlohnkommission haben überhaupt die Möglichkeit, einen arbeitsmarktpolitisch verfehlten Beschluss über die Höhe des Mindestlohns vor Ablauf von zwei Jahren zu korrigieren. Weiter kann die Mindestlohnkommission auch einen erkennbar zu hohen Mindestlohn beschließen. Zwar soll sie bei der künftigen Anpassung des Mindestlohns auch darauf achten, dass Beschäftigung nicht gefährdet wird (§ 9 Abs. 2 S. 1 MiLoG). Weiter hat sie die Auswirkungen des Mindestlohns laufend zu evaluieren (§ 9 Abs. 4 MiLoG). Die beschäftigungspolitische Wirkung des Mindestlohns bildet jedoch nur eine von drei Leitlinien. Die Leitlinien-Trias enthält nicht nur viele unbestimmte Rechtsbegriffe („angemessen“ und „fair“); vielmehr werden diese Leitlinien auch typischerweise miteinander kon-

fligieren. Letztlich bleibt es daher der ohnehin weisungsfrei agierenden Kommission (§ 8 Abs. 1 MiLoG) überlassen, wie sie diese Kriterien im Rahmen ihrer „Gesamtabwägung“ gewichtet.

III. Insbesondere: Tarifdispositivität

Vom Regelungszweck des Mindestlohns hängt es weiter ab, ob der gesetzliche Mindestlohn tarifdispositiv auszugestalten ist.

Hat der Mindestlohn die Funktion, das Existenzminimum der Arbeitnehmer zu sichern, so muss er eine absolute Lohnuntergrenze bestimmen; als echter Mindestlohn kann er nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien stehen⁶⁷. Nach hier vertretener Ansicht hat er jedoch die Aufgabe, das unterste Maß an Austauschgerechtigkeit verbindlich festzulegen, um die Vertragsfreiheit der Arbeitnehmer und die Sozialsysteme zu schützen. Er soll Schutzlücken schließen, die durch ein spezifisches Tarifversagen entstanden sind. Ein solches Tarifversagen ist jedoch nicht festzustellen, wenn in dem fraglichen Wirtschaftszweig ausnahmsweise doch eine sozialmächtige Gewerkschaft existiert, die niedrigen Tariflöhnen zugestimmt hat. Hier ist nämlich regelmäßig die geringe Produktivität der erbrachten Arbeitsleistungen für den niedrigen Tariflohn kausal; bei höheren Löhnen entfielen die fraglichen Arbeitsplätze⁶⁸. In dieser Situation muss man den Tarifvertragsparteien einen Beurteilungsspielraum

⁶⁵ <http://www.welt.de/wirtschaft/article120369990/DIW-Forscher-8-50-Euro-Mindestlohn-zu-hoch.html> [26.1.2015].

⁶⁶ DIW Wochenbericht 39/2013, Mindestlohn, S. 8, 18, http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.428112.de/13-39.pdf [26.1.2015].

⁶⁷ So auch *Bieback*, RdA 2000, 207 (208); *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1047).

⁶⁸ *Bepler*, FS Richardi (2007), S. 189 (202).

zugestehen; denn sie verfügen typischerweise über eine größere Markt- und Sachnähe. Folglich ist der gesetzliche Mindestlohn – die europarechtliche Entsendeproblematik einmal bewusst ausgeblendet⁶⁹ – grundsätzlich tarifdispositiv auszugestalten.⁷⁰

Nach dem MiLoG steht der Mindestlohn jedoch grundsätzlich nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien. Die Tarifvertragsparteien können sich gem. § 3 S. 1 MiLoG unterhalb des gesetzlichen Mindestlohns nicht koalitionsmäßig betätigen. Tarifdispositiv sind bundesweite Tarifverträge nur vorübergehend und auch nur dann, wenn sie nach dem AEntG auf alle Unternehmen erstreckt wurden (§ 24 Abs. 1 MiLoG). Die kumulierende Wirkung allgemeiner, sektoraler und tarifgestützter Mindestlöhne macht gewerkschaftliche Selbsthilfe im Niedriglohnsektor damit weitgehend sinnlos.

D. Ausnahmen

Nach wie vor umstritten sind die im MiLoG vorgesehenen MindestlohnAusnahmen.⁷¹ Die Diskussion hierüber ist von einer gewissen

Eindimensionalität geprägt – wie etwa der DGB-Slogan „Würde kennt keine Ausnahmen“ offenbart.

I. Systemkonformität von Ausnahmen

Dabei wird übersehen, dass das Problem „Mindestlohn und Gleichbehandlung“ vielschichtig ist: So wie der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG die Gleichbehandlung von wesentlich Gleichem gebietet, so verbietet er die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem.⁷² Zudem betrifft ein Mindestlohn stets beide Arbeitsvertragsparteien: Eben nicht nur die Arbeitnehmer als dadurch Begünstigte, sondern auch die Arbeitgeber als dadurch unmittelbar Belastete.

Wenn man dem Gesetzgeber richtigerweise einen weitreichenden Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum bei der Einführung eines allgemeinen Mindestlohns einräumt⁷³, so kann man ihm diesen bei der Regelung bestimmter Ausnahmen zumindest dann nicht verweigern, wenn er dafür sachliche Gründe vorbringen kann und sich im Rahmen seines Regelungskonzepts bewegt.

Ein Mindestlohn, der sowohl den Sozialstaat entlasten als auch die Vertragsfreiheit der Arbeitnehmer schützen will, kann diese Ziele nur erreichen, wenn er nicht großflächig Arbeitsplätze vernichtet. Daher sind Mindest-

⁶⁹ Näher *Picker*, RdA 2014, 25 (34) m. w. N.

⁷⁰ Ebenso *Bepler*, FS Richardi (2007), S. 189 (202); *P. Hanau*, FS Kempen (2013), S. 235 (249); *Lobinger*, JZ 2014, 810 (817); *Löwisch*, FS Bauer (2010), S. 693 (699); *Moll*, RdA 2010, 321 (326 f.); *Sodan/Zimmermann*, NJW 2009, 2001 (2004 f.); *Thüsing*, ZfA 2008, 590 ff.

⁷¹ *Barczak*, RdA 2014, 290 (298); *Brors*, NZA 2014, 938 (941); *Fischer-Lescano*, Rechtsgutachten (Fn. 29); *Greszick*, ZRP 2014, 66; *Preis/Ulber*, Die Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns, Rechtsgutachten auf Ersuchen der Hans-Böckler-Stiftung (2014).

⁷² Vgl. nur BVerfG 21.6.2006 – 2 BvL 2/99 – BVerfGE 116, 164 (180).

⁷³ So etwa *Preis/Ulber*, Rechtsgutachten (Fn. 70), S. 57 unter Verweis auf die st. Rspr. des BVerfG. Vgl. nur BVerfG 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – NZA 2001, 777 (779); 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03 – NZA 2005, 153 (154).

lohnausnahmen für objektiv benachteiligte, weil unproduktivere Arbeitnehmergruppen zulässig, wenn und weil ein zu hoher Mindestlohn ihre Wettbewerbsfähigkeit gefährdet oder sonst nachteilige Effekte für sie hat. Auch das MiLoG will „angemessene Löhne“ nicht um jeden Preis; es geht ihm vielmehr auch darum, mit dem Mindestlohn „Beschäftigung nicht zu gefährden“. Insofern ist der gesetzliche Mindestlohn auch nicht „von seiner Grundkonzeption und Begründung her ausnahme-feindlich“⁷⁴.

II. Auszubildende und Praktikanten

Auszubildende, ehrenamtlich Tätige und sog. Pflichtpraktikanten sind vom Mindestlohn ausgenommen (§ 22 Abs. 1 und 3 MiLoG). Das ist nur folgerichtig: Auszubildende sind keine Arbeitnehmer. Entsprechend ist die Ausbildungsvergütung kein Lohn, sondern primär Unterhaltsbeihilfe.⁷⁵ Da es am Synallagma fehlt⁷⁶, werden Ausbildungsvergütungen auch nach der Sondervorschrift des § 17 BBiG kontrolliert. Eine Ungleichbehandlung scheidet daher mangels Vergleichbarkeit mit „echten“ Arbeitnehmern aus.

Gleiches gilt für Praktikanten – egal ob es sich bei ihnen um Pflichtpraktikanten oder freiwillige Praktikanten handelt: Auch bei

ihnen überwiegt der Ausbildungszweck, weshalb mit ihnen in aller Regel ein erhöhter Aufwand für den Arbeitgeber verbunden ist. Dennoch räumt der Gesetzgeber freiwilligen Praktikanten i. S. d. § 26 BBiG gem. § 22 Abs. 1 MiLoG unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn ein. Praktikanten stellt er so Arbeitnehmern gleich und begründet dies mit dem Ziel, „den Missbrauch des sinnvollen Instruments des Praktikums einzuschränken“⁷⁷.

Dabei hat er zweierlei übersehen: Zum einen erfasst § 22 Abs. 1 MiLoG tatbestandsmäßig ausschließlich „echte“ Praktikanten nach § 26 BBiG – also gerade die volkswirtschaftlich erwünschten Beschäftigungsverhältnisse, in denen der Ausbildungszweck klar überwiegt. Zum anderen hat der zu schützende „Scheinpraktikant“ als „echter“ Arbeitnehmer bereits unmittelbar aus § 1 Abs. 1 MiLoG Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn.⁷⁸ Die Einbeziehung „echter“ Praktikanten in den persönlichen Anwendungsbereich des MiLoG ist daher verfassungsrechtlich fragwürdig. Rechtspolitisch ist sie jedenfalls verfehlt: Die Bereitschaft der Arbeitgeber, freiwillige Praktika anzubieten, wird sie nachhaltig senken.⁷⁹

⁷⁴ So aber *Preis/Ulber*, Rechtsgutachten (Fn. 70), S. 123.

⁷⁵ Etwa BAG 19.2.2008 – 9 AZR 1091/06 – NZA 2008, 828 (830). Ferner BAG 15.12.2005 – 6 AZR 224/05 – AP Nr. 15 zu § 10 BBiG – Rn. 11, wonach die Vergütung die Entlastung der zum Ausbildungsunterhalt Verpflichteten (meist Eltern) bezweckt, § 1610 Abs. 2 BGB.

⁷⁶ Und die Kürzung der Beihilfe bei unentschuldigtem Fehlen in § 19 BBiG gesondert geregelt ist.

⁷⁷ BT-Drs. 18/1558, S. 42.

⁷⁸ Näher *Picker/Sausmikat*, NZA 2014, 942 (944).

⁷⁹ *Wagner*, Instrumente zur Sicherung von angemessenen Arbeitsbedingungen für Praktikanten (2012), S. 174.

III. Jugendliche ohne Berufsabschluss

Ausgenommen sind nach § 22 Abs. 2 MiLoG weiter Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren ohne Berufsabschluss. Volljährige Arbeitnehmer ohne Berufsausbildung erhalten hingegen den Mindestlohn. Damit erfolgt eine altersbezogene Differenzierung. Der Gesetzgeber will mit dieser Ausnahme verhindern, dass Jugendliche wegen besser bezahlter Hilfstätigkeiten auf eine Ausbildung verzichten.⁸⁰ Die schlechter bezahlte Berufsausbildung soll mithin für Jugendliche „attraktiv“ bleiben.

1. Ungerechtfertigte Altersdiskriminierung?

Viele sehen in dieser Ausnahme eine ungerechtfertigte Altersdiskriminierung und halten sie deshalb für verfassungs- und europarechtswidrig.⁸¹ Sie sei unverhältnismäßig, weil sie auch für Jugendliche gelte, die sich in einer nur ausbildungsbegleitenden Beschäftigung befänden; bei diesen Jugendlichen bestünde jedoch keine Gefahr, dass sie die nicht existenzsichernde Tätigkeit der Ausbildung vorzögen.⁸² Man hätte die Ausnahme daher auf Jugendliche ohne abgeschlossene Ausbildung begrenzen müssen, die eine Vollzeitbeschäftigung anstreben.⁸³ Auch läge das

durchschnittliche Alter, in dem heute eine Ausbildung begonnen wird, bei 20 Jahren.⁸⁴ Die Altersgrenze für junge Menschen sei daher zu niedrig angesetzt. Weiter bestünden keine gesicherten Erkenntnisse über die Auswirkungen des Mindestlohns auf die „Ausbildungswilligkeit“ von Jugendlichen.⁸⁵ Zumindest hätte man die Jugendlichen nicht gänzlich vom Mindestlohn ausnehmen dürfen.⁸⁶

2. Sachliche Rechtfertigung

Knüpft eine Ungleichbehandlung an das personenbezogene Merkmal „Alter“ an, so verlangt Art. 3 Abs. 1 GG eine Verhältnismäßigkeitsprüfung; eine bloße Willkürkontrolle reicht dann nicht.⁸⁷ Freilich räumt das BVerfG dem Gesetzgeber gerade bei arbeitsmarkt- und beschäftigungspolitischen Entscheidungen einen weiten Gestaltungs- und Ermessensspielraum ein.⁸⁸

Betrachtet man die Arbeitsmarkt- und Ausbildungssituation in Deutschland, so erscheint die Erwägung des Gesetzgebers durchaus plausibel: Es besteht nicht nur ein Facharbeitermangel, sondern auch ein Über-

⁸⁰ BT-Drs. 18/1558, S. 42.

⁸¹ Brors, NZA 2014, 938 (941); Preis/Ulber, Rechtsgutachten (Fn. 70), S. 57; Schubert/Jerchel/Düwell, Das neue Mindestlohngesetz, Rn. 50, 172 ff.; Ulber, AuR 2014, 404 (406).

⁸² Brors, NZA 2014, 938 (942); Ulber, AuR 2014, 404 (406).

⁸³ Brors, NZA 2014, 938 (942).

⁸⁴ Preis/Ulber, Rechtsgutachten (Fn. 70), S. 131; Wolf, BB 2014, Nr. 21, I.

⁸⁵ WSI-Report, 14/2014, S. 6 unter

http://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_report_14_2014.pdf [29.1.2015].

⁸⁶ Preis/Ulber, Rechtsgutachten (Fn. 70), S. 57; Schubert/Jerchel/Düwell, Das neue Mindestlohngesetz, Rn. 177.

⁸⁷ Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 13. Auflage (2014), Art. 3 Rn. 19.

⁸⁸ BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a. – BVerfGE 77, 84 (106).

angebot nicht bzw. nicht hinreichend qualifizierter Arbeitnehmer. Zudem brechen zu viele Auszubildende ihre Ausbildung vorzeitig ab oder verzichten von vornherein auf einen Berufsabschluss.⁸⁹ Daher müssen Fehlreize vermieden werden, dass Jugendliche eine mindestlohnentlohnte Hilfstätigkeit einer schlecht bezahlten Ausbildung vorziehen. Dass es bislang keine empirischen Erkenntnisse gibt, ob ein Mindestlohn die Ausbildungsbereitschaft Jugendlicher tatsächlich senkt, ist unschädlich. Solange die Maßnahme nicht ungeeignet ist, kann sich der Gesetzgeber auf seinen Einschätzungsspielraum berufen.⁹⁰ Auch darf er gerade bei der Regelung von Massenerscheinungen im Arbeits- und Sozialbereich pauschalieren und typisieren.⁹¹

Gleichwohl halte ich eine andere Begründung für überzeugender: Die hohe Jugendarbeitslosigkeit ist das zentrale Problem in Europa: Jugendliche haben nachweislich schlechtere Chancen auf dem Arbeitsmarkt. Grund hierfür sind auch staatliche Schutzvorschriften, die die Chancen der „Geschützten“ auf dem Arbeitsmarkt verschlechtern.⁹² Insbesondere die Kumulation von relativ hohen Mindestlohn und relativ starkem Kündi-

gungsschutz wirkt beschäftigungshemmend.⁹³ So hat die Entwicklung des Arbeitsmarkts in Frankreich deutlich gezeigt, dass ein zu hoher Mindestlohn hohe Jugendarbeitslosigkeit generiert.⁹⁴ Zudem werden Minderjährige durch das JArbSchG besonders geschützt, was deren Beschäftigung für Arbeitgeber weniger attraktiv macht.

MindestlohnAusnahmen verbessern damit die Marktzutrittschancen Jugendlicher und sind zur Verhinderung von Jugendarbeitslosigkeit geeignet. Sie bedeuten für sie primär keine Benachteiligung, sondern einen greifbaren Wettbewerbsvorteil. Alle wirtschaftlich starken Mitgliedstaaten der EU mit einem Mindestlohn – etwa Frankreich, Großbritannien und die Niederlande – unterscheiden daher zwischen einem Mindestlohn für Erwachsene und einem deutlich niedrigeren Mindestlohn für Jugendliche.⁹⁵

3. Europarechtskonformität

Materiell genügt § 22 Abs. 2 MiLoG auch den europarechtlichen Anforderungen, die Art. 6 RL 2000/78/EG an eine Ungleichbehandlung wegen des Alters stellt. Die Richtlinie konkretisiert das primärrechtliche Diskriminie-

⁸⁹ Berufsbildungsbericht 2014, S. 51 ff. unter http://www.bmbf.de/pub/bbb_2014.pdf [29.1.2015].

⁹⁰ Neumann, RdA 2007, 71 (74); zum Einschätzungs- und Prognosevorrang des Gesetzgebers BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a. – BVerfGE 77, 84 (106 f.).

⁹¹ ErfK/Schmidt, 15. Auflage (2015), Art. 3 GG Rn. 45.

⁹² Vgl. Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996), Rn. 1082 ff. Diese rechtsökonomische Gesetzmäßigkeit leugnen hingegen Preis/Ulber, Rechtsgutachten (Fn. 70), S. 132.

⁹³ Grzeszick, ZRP 2014, 66 (67 f.); Rieble, Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung (2011), S. 17 (38).

⁹⁴ Seifert, Das salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC), in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung (2011), S. 75 (98 f.).

⁹⁵ WSI-Report, 14/2014, S. 3 unter http://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_report_14_2014.pdf [29.1.2015].

rungsverbot.⁹⁶ Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG erlaubt Ungleichbehandlungen wegen des Alters nur, wenn diese „objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind“. Nach Art. 6 Abs. 1 Satz 2 lit. a RL 2000/78/EG ist eine Ungleichbehandlung beim Arbeitsentgelt insbesondere gerechtfertigt, wenn damit die berufliche Eingliederung von Jugendlichen gefördert werden soll.

§ 22 Abs. 2 MiLoG verfolgt solch beschäftigungspolitisch legitime Ziele, und zwar unabhängig davon, ob man auf die Ausbildungsförderung oder das Verhindern von Jugendarbeitslosigkeit abstellt. Dass der letztgenannte Grund in der Gesetzesbegründung nicht ausdrücklich genannt wird, ist unschädlich; ein nach dem Alter differenzierendes Gesetz muss die legitimen Ziele nicht ausdrücklich zitieren.⁹⁷ Auch räumt der EuGH den Mitgliedstaaten bei der Wahl ihrer Maßnahmen zur Erreichung arbeitsmarktpolitischer Ziele einen weiten Gestaltungsspielraum ein.⁹⁸ Besonders weit formu-

liert ihn der EuGH in der Rs. Palacios⁹⁹: Danach darf die Regelung nur nicht „unvernünftig“ erscheinen; ein konkreter Nachweis für die Eignung ist nicht erforderlich. Aber auch wenn man den deutlich strengeren Prüfungsmaßstab des EuGH in der Rs. Mangold¹⁰⁰ anlegt, genügt § 22 Abs. 2 MiLoG diesem: Zum einen bestehen gesicherte Erkenntnisse, dass ein hoher Mindestlohn Jugendarbeitslosigkeit generiert. Zum anderen knüpft die Norm nicht nur an das Alter des Arbeitnehmers an, sondern berücksichtigt zusätzlich dessen persönliche Arbeitsmarktsituation („ohne abgeschlossene Berufsausbildung“).

Fraglich ist daher nur, ob nicht statt einer „Alles-oder-Nichts-Regelung“ eine „Stufenregelung“ als milderes Mittel vorzuziehen ist, wie sie in neun von 21 Mitgliedsstaaten mit einer Mindestlohnregelung gilt. Danach erhalten auch Jugendliche einen Mindestlohn, freilich einen niedrigeren als die Erwachsenen.¹⁰¹ Ob eine solche Staffelung gleich geeignet ist, lässt sich freilich mangels belastbarer Erhebungen nicht feststellen. Die Erfahrungen aus den Mitgliedsstaaten sind jedenfalls sehr unterschiedlich.¹⁰² Zudem sind Jugendliche auch ohne Mindestlohn nach deut-

⁹⁶ EuGH 19.1.2010 – C-555/07 (Kücükdevici) – NJW 2010, 427 (Rn. 21).

⁹⁷ *Temming*, NZA 2007, 1193 (1195).

⁹⁸ EuGH 16.10.2007 – C-411/05 (Palacios) – NJW 2007, 3339 (Rn. 68); EuGH 19.1.2010 – C-555/07 (Kücükdevici) – NJW 2010, 427 (Rn. 38); EuGH 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold) – DB 2005, 2638 (Rn. 63).

⁹⁹ EuGH 16.10.2007 – C-411/05 (Palacios) – NJW 2007, 3339 (Rn. 72).

¹⁰⁰ EuGH 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold) – DB 2005, 2638 (Rn. 65).

¹⁰¹ WSI-Report, 14/2014, S. 3 unter

http://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_report_14_2014.pdf [29.1.2015]

¹⁰² WSI-Report, 14/2014, S. 4 ff unter

http://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_report_14_2014.pdf. [29.1.2015].

schem Recht nicht schutzlos „Lohndumping“ ausgeliefert. Die richterliche Lohnwucherkontrolle mit ihrer Zwei-Drittel-Grenze¹⁰³ schützt auch sie; und zusätzliche Sozialleistungen sorgen gegebenenfalls dafür, dass auch sie ein auskömmliches Einkommen erhalten. Daher ist § 22 Abs. 2 MiLoG verhältnismäßig.

IV. Befristet: Langzeitarbeitslose

Keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet weiter die – ohnehin nur auf sechs Monate befristete – Mindestlohnausnahme in § 22 Abs. 4 S. 1 MiLoG für Langzeitarbeitslose im Sinne von § 18 Abs. 1 SGB III.¹⁰⁴ Die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit ist ein überragend wichtiges Ziel mit Verfassungsrang.¹⁰⁵ Der Gesetzgeber kann sich dabei nicht nur auf das Sozialstaatsprinzip, sondern auch auf Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG berufen, „denn er helfe dadurch dem einzelnen Arbeitslosen, sich durch Arbeit in ihrer Persönlichkeit zu entfalten und darüber Achtung und Selbstachtung zu erfahren.“¹⁰⁶ Entsprechend hat der Gesetzgeber bei den dafür in Betracht kommenden Maßnahmen einen weiten Beurteilungs- und Prognosespielraum.¹⁰⁷ Dies gilt insbesondere bei der In-

tegration von Langzeitarbeitslosen, so dass das BVerfG etwa „Lohnabstandsklauseln“ für Langzeitarbeitslose ausdrücklich für zulässig erachtet.¹⁰⁸

E. Mindestlohnkommission

Die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns lässt sich nur mit einem spezifischen Versagen der Tarifautonomie im Niedriglohnssektor begründen: Weil die Tarifparteien hier nicht oder kaum existent oder zu schwach sind, muss der Staat intervenieren. Dann muss aber auch der Staat darüber befinden, ob und in welcher Höhe ein gesetzlicher Mindestlohn gilt. Insbesondere kann er die Mindestlohnfindung nicht an Interessenverbände delegieren, welche den Mindestlohnunterworfenen gegenüber weder demokratisch noch mitgliedschaftlich legitimiert sind. Die Mindestlohnfestsetzung darf folglich nicht politikfern durch die Tarifvertragsparteien, sondern muss politiknah durch das Parlament erfolgen.¹⁰⁹

Nach § 4 Abs. 1 MiLoG befindet jedoch künftig eine paritätisch besetzte Mindestlohnkommission über die Höhe des Mindestlohns. Diese setzt sich aus einem Vorsitzenden, sechs stimmberechtigten Vertretern aus den Reihen der Sozialpartner und zwei beratenden Mitgliedern aus dem Kreis der Wissenschaft ohne Stimmrecht zusammen (§§ 4, 5 Abs. 1 MiLoG). Mittlerweile haben sich die Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und

¹⁰³ Näher dazu *Rieble/Picker*, ZFA 2014, 153 ff.

¹⁰⁴ *Grzeszick*, ZRP 2014, 66 (67 f.); auch *Preis/Ulber*, Rechtsgutachten (Fn. 70), S. 139: „noch verfassungskonform“.

¹⁰⁵ Vgl. nur BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – NJW 2007, 51 (54).

¹⁰⁶ BVerfG 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93 und 1 BvR 897/95 – NZA 1999, 992.

¹⁰⁷ Vgl. nur BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – NJW 2007, 51 (54).

¹⁰⁸ BVerfG 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93 und 1 BvR 897/95 – NZA 1999, 992.

¹⁰⁹ Näher *Picker*, RdA 2014, 25 (35 f.).

Arbeitnehmer auf HENNING VOSCHERAU als Kommissionsvorsitzenden verständigt.¹¹⁰ Da bei der erstmaligen Anpassung der Höhe des Mindestlohns mit einer Pattsituation zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite zu rechnen ist, ist seine Stimme für die künftige Mindestlohnhöhe entscheidend.

Zwar entfaltet der Anpassungsbeschluss erst über die Rechtsverordnung verbindliche Außenwirkung. Auch ist die Bundesregierung nicht rechtlich (wohl aber politisch und damit faktisch!) verpflichtet, den Anpassungsvorschlag der Kommission zu übernehmen (§ 11 Abs. 1 S. 1 MiLoG). Sie darf den Kommissionsvorschlag jedoch nur inhaltlich unverändert übernehmen. Eine autonome Mindestlohnfestsetzung ist ihr (obwohl allein demokratisch legitimiert!) verwehrt. Das ist reichlich absurd.¹¹¹

F. Zusammenfassung

Sofern das MiLoG den Schutz der sozialen Sicherungssysteme und der materiellen Privatautonomie der Arbeitnehmer bezweckt, verfolgt es legitime Regelungsziele. Denn im Niedriglohnssektor ist gegenwärtig ein strukturelles Vertrags- und Tarifversagen zu beobachten. Ein gesetzlicher Mindestlohn muss

hier das unterste Maß an Austauschgerechtigkeit definieren.

Das MiLoG legt hingegen einen vergleichsweise hohen Mindestlohn fest, der sich allein am erforderlichen Existenzminimum orientiert. Die Arbeitgeber werden so auf die soziale Bedarfsgerechtigkeit verpflichtet, obwohl sie Vertragspartner und nicht Unterhaltsschuldner ihrer Arbeitnehmer sind.

Weiter begegnet das MiLoG verfassungsrechtlichen Bedenken, weil der Mindestlohn selbst dann tariffest ist, wenn eine sozial mächtige Gewerkschaft einem mindestlohnunterschreitenden Tariflohn ausnahmsweise zugestimmt hat.

Die vorgesehenen Mindestlohnausnahmen sind verfassungs- und europarechtlich zulässig. Umgekehrt ist die „Hereinnahme“ echter Praktikanten in das MiLoG jedoch verfassungsrechtlich problematisch und rechtspolitisch verfehlt.

Schließlich muss der Staat – und hier das Parlament – über die konkrete Mindestlohnhöhe beraten und entscheiden. Die weitgehende Delegation der künftigen Mindestlohnfindung an eine weder demokratisch noch mitgliedschaftlich legitimierte Mindestlohnkommission ist verfehlt.

¹¹⁰ <http://www.bmas.de/DE/Service/Presse/Pressemitteilungen/vorstellung-kommissionsmitglieder-mindestlohn.html> [28.1.2015].

¹¹¹ Zu Recht kritisch zu einer Mindestlohnkommission der Tarifpartner daher auch *Bepler*, Gutachten (Fn. 2), S. B 107; *Jöris*, ZRP 2014, 66; *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1047).

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, Rheinstraße 3, 70469 Stuttgart, Telefon +49 711 86040-00, Sandra.Vollmann@menoldbezler.de, www.menoldbezler.de

MENOLD BEZLER
RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt

KLAUSUR ZIVILRECHT

Dr. Joachim Müller/Julia Zaiser*

Der dreiste Falschparker

Examensklausur

Sachverhalt

Der G hat – aufgrund des ständigen Parkplatzmangels in der Stuttgarter Innenstadt – in der Nähe seines Arbeitsplatzes auf einem Privatgrundstück einen Parkplatz angemietet. An der Zufahrt zu diesem Privatgrundstück befindet sich ein 130cm x 65cm großes Schild mit dem Hinweis: „Privatgrundstück. Parken verboten. Bei Zuwiderhandlung findet sofortiges Abschleppen statt.“ Zusätzlich sind die einzelnen Parkplätze mit den Kfz-Nummern der jeweiligen Mieter gekennzeichnet.

Als G am Morgen des 12.01.2015 seinen Pkw auf seinem Parkplatz abstellen möchte, stellt er mit Entsetzen fest, dass dieser bereits durch einen anderen Pkw belegt ist. Bei dem anderen Pkw handelt es sich um das Fahr-

zeug des S, der einen dringenden geschäftlichen Termin in der Nähe zu erledigen hat und auf die Schnelle keinen Parkplatz gefunden und kurze Zeit vor dem Eintreffen des G dessen Parkplatz besetzt hat. Auf der Heckscheibe befindet sich ein Aufkleber mit dem Unternehmenslogo der Firma, bei der S beschäftigt ist, und der Ravensburger Geschäftsnummer des S. Der (handylose) G ist völlig genervt und macht sich auf die Suche nach einem anderen Parkplatz. Nach längerem Suchen findet er einen freien Parkplatz gut 500 Meter von seinem Arbeitsplatz entfernt. Dort ist das Parken für drei Stunden erlaubt, allerdings muss G eine Parkgebühr entrichten. Der G kommt noch gerade rechtzeitig zur Arbeit. In der Mittagspause geht er zu seinem Parkplatz um nachzusehen, ob dieser mittlerweile frei ist. Dort steht aber noch immer das Fahrzeug des S. Nun wird es G zu bunt. Er geht in sein Büro zurück und beauftragt telefonisch den Unternehmer U das Fahrzeug des S abzuschleppen. Nach gut einer halben Stunde kommt der mit guten Zeugnissen eingestellte und stets zuverlässige Mitarbeiter des U, der M, mit einem Abschleppwagen vorbei und schleppt das Fahrzeug des S ab. Beim Abschleppvorgang kommt es aufgrund einer Unaufmerksamkeit des M zu einem nicht unerheblichen Lackschaden am Fahrzeug des S. Zwar hat die „Aktion“ den G die ganze Mittagspause gekostet, nun ist er aber zufrieden. Als G gerade mit seinem Pkw in die nunmehr freie Parkbucht einfährt, trifft dort auch der S ein.

* Dr. Joachim Müller, RiLG, Landgericht Stuttgart (ehemaliger Wiss. Ang. am Lehrstuhl Prof. Dr. Schiemann); Julia Zaiser, Studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Insolvenzrecht (Prof. Dr. Marotzke), Eberhard Karls Universität Tübingen. Die Klausur wurde im Rahmen des Semesterklausurenkurses an der Universität Tübingen gestellt; aktuelle Rechtsprechung und Literatur wurden eingearbeitet.

G berichtet diesem, dass er sein Fahrzeug habe abschleppen lassen. S macht seinerseits dem G nun schwere Vorwürfe. Es könne nicht angehen, dass G hier Selbstjustiz betreibe. Auch sei es dem G ohne weiteres möglich gewesen, bei seiner Sekretärin anzurufen und ihn - als den Fahrer des störenden Pkws - und seine Handynummer zu ermitteln. Schließlich sei er ganz in der Nähe gewesen und hätte seinen Pkw bei Aufforderung jederzeit und sofort weggefahren. Schließlich ist S der Meinung, dass die durch das Abschleppen entstandenen Kosten im Vergleich zum Schaden des G völlig unverhältnismäßig seien.

Am 15.01.2015 erhält der G eine Rechnung des U in Höhe von 120 € für das Abschleppen.

Am 16.01.2015 kommt der G zu Ihnen in die Kanzlei und möchte wissen, welche Ansprüche er gegen den S geltend machen kann und ob er seinerseits mit „Gegenansprüchen“ des S rechnen muss.

Wie ist die Rechtslage?

Lösungsvorschlag

Der Schwerpunkt der Klausur ist in den Ansprüchen des G gegen S zu sehen. Hierbei ist vor allem Wert auf Vollständigkeit der möglichen Anspruchsgrundlagen zu legen. Im Zentrum der Prüfung sollen die Ansprüche aus GoA und aus § 823 Abs. 1 BGB stehen; für die besseren Bearbeiter insbesondere die Schadensminderungspflicht im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB. Weiterhin soll von den Bearbeitern die Wertung der §§ 858 ff. BGB erkannt werden, die sich wie ein „roter Faden“ durch die Klausur zieht und bei nahezu allen Anspruchsgrundlagen zu berücksichtigen ist. Auch hinsichtlich der Ansprüche S gegen G ist insbesondere die Vollständigkeit der möglichen Anspruchsgrundlagen maßgeblich; auch hier ist jeweils die Wertung der §§ 858 ff. BGB zu beachten.

A. Ansprüche des G gegen S

I. Aus Vertrag

Ein vertraglicher Anspruch des durch den widerrechtlich parkenden Wagen unmittelbar Beeinträchtigten (G) gegen den Falschparker (S) besteht nicht. Da die Lehre vom sog. **faktischen Vertrag**¹ (überwiegend) nicht mehr vertreten wird, kann ein solcher Anspruch auch nicht hieraus abgeleitet werden. Es liegt jedenfalls keine Willenserklärung des S vor.

II. Aus Geschäftsführung ohne Auftrag

1. Gem. §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB

G könnte gegen S einen Anspruch auf Freistellung (bzw. Befreiung, § 257 BGB) von den

Abschleppkosten gem. §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB haben.

a) Fremdes Geschäft

Voraussetzung ist zunächst, dass der Geschäftsführer (hier G) ein Geschäft für einen anderen besorgt, sog. **objektiv fremdes Geschäft (§ 677 BGB)**. Mit der Einschaltung des U müsste G ein zum Rechtskreis des S gehörendes Geschäft erledigt haben. Die von G (bzw. von U im Auftrag des G) vorgenommene Handlung muss also Gegenstand der Sorge des S gewesen und diese Sorge muss dem S durch das Eintreten des G abgenommen worden sein.² Eine **Verpflichtung des S** gegenüber G zum Wegschaffen seines PKW kommt **aus §§ 1004, 861, 862, 823 BGB** in Betracht. Durch die Veranlassung des Abschleppens hat G daher objektiv ein Geschäft des S geführt. Dass S selbst mit dem Fahrzeug einfach hätte wegfahren können, während G einen Abschleppunternehmer eingeschalten musste, ändert nichts bezüglich der Annahme eines objektiv fremden Geschäfts. Denn § 677 BGB setzt nicht voraus, dass der Geschäftsführer das Geschäft notwendig auf dieselbe Art erledigt, wie der Geschäftsherr dies getan haben würde.³

Die Geschäftsbesorgung erfolgte auch ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung. Diese Tatbestandsmerkmale machen deutlich, dass der Geschäftsführer nicht anderweitig zur

¹ Vgl. zum faktischen Vertrag *Medicus*, BR, Rn. 189 ff.; *Bamberger/Roth-Wendtlandt*, BGB, 2014, § 105 Rn. 10.

² RGZ 97, 61, 66.

³ *Lorenz*, NJW 2009, 1025 (1027); *Paal/Guggenberger*, NJW 2011, 1036 (1039); *Medicus*, JZ 1967, 63, 65; *Dörner*, JuS 1978, 668.

Geschäftsbesorgung dem Geschäftsherrn gegenüber legitimiert oder sogar verpflichtet sein darf. Mit anderen Worten: Es dürfen keine anderen (etwa vertragliche) Rechtsverhältnisse zur Verfügung stehen, die über die in den §§ 677 ff. BGB geregelten Folgen (z.B. Herausgabe, Aufwendungsersatz) entscheiden. Die Berechtigung kann sich u.a. ergeben aus Rechtsgeschäft, familienrechtlichen Beziehungen sowie Organ- oder Amtstellung. In diesen Fällen ist die GoA aufgrund dieser speziellen Regelungen ausgeschlossen.⁴ Dagegen hat eine Norm, die allein Recht oder Pflicht zur Geschäftsbesorgung festlegt und somit auch „legitimiert“, keine Ausschlusswirkung;⁵ die Anwendung der §§ 858 ff. BGB machen die §§ 677 ff. BGB deshalb nicht unanwendbar.

b) Fremdgeschäftsführungswille

Weiterhin ist Voraussetzung, dass G mit Fremdgeschäftsführungswillen handelte.⁶ Der Fremdgeschäftsführungswille lässt sich zunächst dahingehend charakterisieren, dass der Geschäftsführer das fremde Geschäft in dem **Bewusstsein der Fremdheit** des Geschäfts führen muss (fehlt dieses, dann liegt irrtümliche Eigengeschäftsführung vor, § 687 Abs. 1 BGB) und **dass er das fremde Geschäft auch will** (fehlt dieser Wille, so handelt es sich um angemäÙste Eigenge-

schäftsführung, § 687 Abs. 2 BGB).⁷ Vorliegend ist problematisch, ob ein Fremdgeschäftsführungswille bejaht werden kann. Denn der G ließ das Fahrzeug des S vor allem deshalb abschleppen, um sich selbst eine Parkmöglichkeit zu verschaffen. Dies hindert nach überwiegender Ansicht⁸ aber nicht die Annahme eines Fremdgeschäftsführungswillens; ein solcher wird auch bei Vorliegen eines sog. **auch-fremden-Geschäfts** (widerleglich) vermutet.⁹ Diese Vermutung greift auch vorliegend ein: Unzweifelhaft wird G davon ausgehen, dass eigentlich S für das Freimachen des Parkplatzes hätte Sorge tragen müssen. Weiterhin wird es G nicht in den Sinn kommen, letztlich selbst für die Kosten des Abschleppens eintreten zu müssen. Die Motive des Geschäftsführers sind ohne Bedeutung. Dass dieser möglicherweise – wie vorliegend – auch eigene Interessen verfolgt, führt jedenfalls nicht zum Ausschluss des Fremdgeschäftsführungswillens.

⁴ MünchKomm/Seiler, 2012, § 677 BGB Rn. 43.

⁵ Vgl. MünchKomm/Seiler, 2012, § 677 BGB Rn. 43.

⁶ Der Fremdgeschäftsführungswille ist die Weichenstellung zwischen der echten und der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag (sog. Eigengeschäftsführung).

⁷ Palandt/Sprau, 2014, § 677 BGB Rn. 3.

⁸ BGH NJW 2000, 72; 2007, 63; 2009, 2590; Palandt/Sprau, 2014, § 677 BGB Rn. 6, str.

⁹ BGHZ 40, 28, 31; AG Tübingen, DAR 1984, 231 f.; Dörner, JuS 1978, 666, 668; Bamberger/Roth-Gehrlein, BGB, 2014, § 677 Rn. 13; Palandt/Sprau, 2014, § 677 BGB Rn. 6; AA Martinek/Theobald, JuS 1997, 805, 809 unter Herleitung aus dem sozialen Kontext. Denn der Geschäftsführer wisse genau, dass der Geschäftsherr am liebsten seinen Wagen stehen lassen würde, um erst später ohne Kostenanfall oder Zeitverlust wegfahren zu können. Der Geschäftsführer möge zwar objektiv ein fremdes Geschäft führen, habe aber kaum den Willen, auch im fremden Interesse tätig zu werden, denn es gehe ihm allein darum, das Hindernis zu räumen, um den Platz selbst zu nutzen. Kritisch zur Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens insbesondere Soergel/Beuthien, 2011, § 677 BGB Rn. 10.

c) Interesse des S

Das Abschleppen muss im (**objektiven**) **Interesse (§§ 677, 683 BGB)** des S erfolgt sein. Dies ist vorliegend schon deshalb der Fall, weil S mit dem Parken auf dem angemieteten Parkplatz eine Besitzentziehung (bzw. – störung) vornimmt, die gem. § 858 BGB rechtswidrig ist und die er deswegen **gem. §§ 861, 862, 1004, 823 BGB** zu beseitigen hat.¹⁰ Dass der Abgeschleppte kein Interesse an der Entstehung der Abschleppkosten hat, ist unerheblich, da die Kostentragungspflicht nur die Rechtsfolge darstellt und daher nicht unter die Anspruchsvoraussetzungen subsumiert werden kann.¹¹ Außerdem ist das Interesse nach objektiven Kriterien festzulegen.

d) Wirklicher oder mutmaßlicher Wille des S

Ein Anspruch aus GoA nach § 683 BGB setzt aber nicht nur voraus, dass die Geschäftsführung im Interesse des Abgeschleppten war, sondern auch mit dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen übereinstimmte, soweit dieser nicht gem. § 679 BGB unerheblich ist.

Da der **wirkliche Wille** des S weder geäußert noch sonst erkennbar war, kommt es auf dessen mutmaßlichen Willen an. Die Besor-

gung entspricht dem **mutmaßlichen Willen**, wenn der Geschäftsherr bei einer objektiven Beurteilung aller Umstände der Geschäftsführung zugestimmt hätte¹². Das Vorliegen eines mutmaßlichen Willens setzt eine anhand der konkreten Sachlage festzustellende **objektive Nützlichkeit** des geschäftsführerischen Tuns voraus¹³. Ein mutmaßlicher Wille kann demnach nur dann angenommen werden, wenn im Einzelfall durch das Abschleppen aller Voraussicht nach **ein Schaden verhindert wird, der höher ist als die Abschleppkosten** und zu dessen Ersatz der Fahrer (bzw. Halter) herangezogen werden kann. Denn in diesem Fall liegt die Schadensminderung auch im Interesse des Störers.¹⁴ Demnach ist vorliegend ein mutmaßlicher Wille des S zu verneinen. Denn durch das falsche Parken des S sind dem G keine unverhältnismäßig hohen Kosten entstanden; auf der Grundlage eines reinen Kostenvergleichs entspricht die Räumung des Parkplatzes zwar nicht dem mutmaßlichen Willen des S.¹⁵ Nach teilweise vertretener Ansicht entspricht das Abschleppen dagegen auch dann dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, wenn die Abschleppkosten höher liegen als die Schäden, die bei

¹⁰ *Büstgens/Nietner*, Jura 2014, 1275, 1278; *Lorenz*, NJW 2009, 1025, 1026; AG Neumünster, DAR 1987, 387; *Janssen*, NJW 1995, 624; *Schwarz/Ernst*, NJW 1997, 2550, 2551.

¹¹ *Lorenz*, NJW 2009, 1025, 1027; *Janssen*, NJW 1995, 624; AG Frankfurt a.M., NJW 1990, 917; AA AG Frankfurt a.M., NJW-RR 1990, 730, 731.

¹² OLG München, NJW-RR 1988, 1013, 1015; *Bamberger/Roth-Gehrlein*, BGB, 2014, § 683 Rn. 3.

¹³ *Schulze/Grziwotz/Lauda-Sörup*, BGB, 2014, § 683 Rn. 5b; *Schulze-Schulze*, BGB, 2014, § 683 Rn. 6.

¹⁴ AG Frankfurt a.M., NJW-RR 1990, 730, 731; AG München, DAR 1981, 358; *Dörner*, Jus 1978, 666, 669; *Janssen*, NJW 1995, 624, 625; *Martinek/Theobald*, JuS 1997, 805, 809.

¹⁵ Im Ergebnis ebenso AG Berlin-Wedding, NJW-RR 1991, 353.

Nichtbeseitigung des Kfz drohen.¹⁶ Denn in der widerrechtlichen Benutzung des Parkplatzes liege eine Beeinträchtigung, die der Fahrer bzw. Halter beseitigen müsse (§§ 861, 862, 1004, 823 BGB).¹⁷ Ob die kostenpflichtige Beseitigung dem Schuldner objektiv von Nutzen ist, muss jedoch nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles beurteilt werden.¹⁸ Ist die Beeinträchtigung – wie vorliegend – nur von kurzer Dauer, lässt sich nicht sagen, dass die Selbstvornahme durch den Geschäftsführer objektiv von Nutzen ist. Denn ohne das Eingreifen des G hätte S die Störung nach kurzer Zeit selber durch einfaches Wegfahren wieder beseitigt. Damit wären die Voraussetzungen für einen Beseitigungsanspruch auch ohne Kostenaufwand entfallen. Das Handeln des G stimmte somit nicht mit dem mutmaßlichen Willen des S überein.¹⁹

Der – wirkliche oder mutmaßliche – Wille des Abgeschleppten ist allerdings gem. **§ 679 BGB** unerheblich, wenn die Erfüllung der **Beseitigungspflicht gem. §§ 861, 862, 1004 BGB im öffentlichen Interesse** liegt und sie ohne die GoA nicht rechtzeitig erfüllt werden könnte. Da die Beseitigungspflicht

des Falschparkers gem. §§ 861, 862, 1004 BGB sofort zu erfüllen ist, bleibt nur zu prüfen, ob die Erfüllung dieser Pflicht im öffentlichen Interesse liegt. Teilweise²⁰ wird vertreten, dass ein öffentliches Interesse nur in den Fällen vorläge, in denen Leben, Körper, Gesundheit oder auch wichtige Sachgüter bedroht seien, wenn es sich also eigentlich um Polizeipflichten handle, die wegen der Notsituation von einem Privatmann erfüllt würden²¹. In Fällen der vorliegenden Art ist schon fraglich, ob der Grundstücksbesitzer ein Einschreiten der Polizei- und Ordnungsbehörde überhaupt erwarten kann.²² Vorliegend hat S lediglich auf dem Privatparkplatz

²⁰ AG Frankfurt a.M., NJW-RR 1990, 730, 731.

²¹ AG Frankfurt a.M. NJW-RR 1990, 730, 731; Münch-Komm/Seiler, 2012, § 679 BGB Rn. 5.

²² In Betracht kommt, dass der Tatbestand des § 123 StGB verwirklicht ist. Vorliegend ergibt sich aus dem Sachverhalt allerdings nicht, ob es sich um ein befriedetes Besitztum handelt. Ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einschreiten der Ordnungsbehörde ergibt sich auch nicht aus dem Schutz privater Rechte (§ 2 Abs. 2 bwPolG), da der Grundstücksbesitzer den störenden Pkw abschleppen lassen kann. Vgl. hierzu Schwarz/Ernst, NJW 1997, 2550.

Zwar stellt nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 OWiG BW das (unbefugte) Parken auf einem Privatgrund eine Ordnungswidrigkeit dar. Daraus allein ergibt sich letztlich aber noch nicht ein öffentliches Interesse am Abschleppen des falsch geparkten Fahrzeugs. AA vertretbar: Gegenüber dem Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 683 S. 1, 670 BGB sind dann die unten erörterten Fragen der Obliegenheit des G zur Schadensbeseitigung nach § 254 BGB in einem etwas anderen Zusammenhang zu erörtern: „Erforderlich“ im Sinne des § 670 BGB war zwar die Eingehung der Verbindlichkeit aus dem Abschleppvertrag; deren Erfüllung aber ist es nicht, wenn die Verbindlichkeit selbst durch Aufrechnung mit dem Ersatzanspruch wegen der Schädigung des S zum Erlöschen gebracht werden kann. Im Rahmen des § 670 BGB ist auch eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB denkbar.

¹⁶ Schwarz/Ernst, NJW 1997, 2550, 2551.

¹⁷ Schwarz/Ernst, NJW 1997, 2550, 2551 und wohl auch AG Tübingen, DAR 1984, 231 f. Vgl. auch Dörner, JuS 1978, 666, 669 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung zu dieser Ansicht.

¹⁸ Vgl. Palandt/Sprau, 2014, § 683 BGB Rn. 5,6.

¹⁹ Vgl. hierzu nur Dörner, JuS 1978, 666, 669, der einen Vergleich mit der Schuldentilgung heranzieht: „Die Begleichung einer Schuld entspricht zwar im allgemeinen, nicht aber dann dem Interesse des Schuldners, wenn er etwa aufrechnen konnte oder der Verjährung unmittelbar bevorstand.“

des G geparkt, wodurch keine konkrete Gefahr für entsprechend hochrangige Rechtsgüter bestand. Eine andere Ansicht stellt hingegen geringere Anforderungen. Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung bestehe an der Durchsetzung eines Halteverbotsschildes und der Beseitigung der Störung der öffentlichen Sicherheit ein erhebliches Interesse der Öffentlichkeit.²³ Hiergegen lässt sich jedoch die Systematik des Gesetzes einwenden. Liese man jeden Verstoß gegen die objektive Rechtsordnung genügen, würde § 679 BGB keine Ausnahmenvorschrift mehr darstellen und der Vorrang des wirklichen Willens (§ 683 S. 1 BGB) wäre weitgehend entwertet²⁴. Für die Annahme eines gesteigerten öffentlichen Interesses sind daher besondere Umstände, wie bspw. eine Gefahrensituation, zu fordern²⁵. Vorliegend ist eine derartige Situation nicht erkennbar, weswegen die Erfüllung der Beseitigungspflicht gem. §§ 861, 862, 1004 BGB vorliegend **nicht im öffentlichen Interesse** liegt. Auch ein abstraktes Interesse der Gemeinschaft, dass jedermann seine privatrechtlichen Verpflichtungen erfüllt, reicht für eine Anwendung des § 679 BGB nicht aus.²⁶ Der mutmaßliche Wille des S ist daher nicht gem. § 679 Alt. 1 BGB unbeachtlich, somit stand die Übernahme der Geschäftsführung nicht im Willen des S.

²³ Vgl. hierzu Janssen, NJW 1995, 624, 625; Lorenz, NJW 2009, 1025, 1027; Huneke, Jura 2010, 852, 857 f.

²⁴ Büstgens/Nietner, Jura 2014, 1275, 1278

²⁵ Büstgens/Nietner, Jura 2014, 1275, 1278; Staudinger/Bergmann, 2006, § 679 Rn. 21, 24.

²⁶ Ebenso Dörner, JuS 1978, 666, 669; Staudinger/Bergmann, 2006, § 679 BGB Rn. 6.

e) Ergebnis

G hat gegen S keinen Anspruch auf Freistellung von den Abschleppkosten gem. §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB.

2. Gem. §§ 684 S. 1, 818 ff. BGB

Wenn die Geschäftsführung - wie vorliegend - weder dem (mutmaßlichen) Willen des S entsprach, noch gem. § 679 BGB gerechtfertigt war, könnte G (wenigstens) einen Anspruch auf Herausgabe eines Vorteils des S durch Beseitigung der Störung gem. § 684 S. 1 BGB haben. Nach überwiegender Ansicht ist § 684 S. 1 BGB eine **Rechtsfolgenverweisung**, d.h. es wird nur auf die §§ 818 ff. BGB verwiesen.²⁷ Maßgeblich sind also nicht die tatsächlichen Aufwendungen des G, sondern die ersparten Aufwendungen des S durch die Geschäftsführung. Ob eine (unberechtigte) Vermögensmehrung des S vorliegt, beurteilt sich durch einen Vergleich der Vermögenslage des S (Kondiktionschuldner) vor und nach dem bereicherungsrechtlichen Vorgang anhand einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise.

Zweifelhaft ist allerdings, ob S durch das Abschleppen überhaupt „etwas“ erlangt hat.²⁸

²⁷ BGH WM 1976, 1056, 1060; Bamberger/Roth-Gehrlein, BGB, 2014, § 684 Rn. 1; str. Vgl. Auch Medicus, BR, Rn. 947. Der Streit ist weitgehend ohne Bedeutung. Die unberechtigte GoA stellt ohnehin weder Rechtsgrund iS des § 812 BGB noch Rechtfertigungsgrund dar. Daher kann neben dem Anspruch aus §§ 684 S. 1, 818 BGB auch ein Anspruch aus §§ 812, 818 BGB in Betracht kommen.

²⁸ Hierzu ausführlich Dörner, JuS 1978, 666, 669 f.; ebenso Martinek/Theobald, JuS 1997, 805, 809; AA

Nach § 818 II BGB hätte S Wertersatz für das Erlangte, also die Befreiung von der Verbindlichkeit aus §§ 861, 862, 1004 BGB zu leisten. Ohne die Selbsthilfe des G hätte S die Störung jedoch kurze Zeit später selbst beseitigt; Kosten wären ihm daraus nicht entstanden. Durch das Eingreifen des G hat sich die Vermögenssituation des S bei **wirtschaftlicher Betrachtungsweise** vielmehr verschlechtert. Die Selbsthilfe des G bewirkt allenfalls die Beseitigung eines Schadens, für den S hätte aufkommen müssen (etwa weitere Bezahlung von Parkgebühren des G, Taxifahrt zum Arbeitsplatz, etc.). Eine Bereicherung läge hierin aber nur, wenn die zu befürchtenden Schäden die Schadensverhinderungskosten – hier die Abschleppkosten – überschritten hätten. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Denn durch den Aufwand von 120 € ist nur ein geringerer wirtschaftlicher Schaden vermieden worden, nämlich die weitere Bezahlung von Parkgebühren durch G.

Zwar ist daran zu denken, die ersparten Parkgebühren des S über §§ 684, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zu verlangen. Diese kann G aber nicht gem. §§ 684, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB geltend machen, da der S diese nicht durch die Geschäftsführung des G erlangt hat.

Staudinger/Bergmann, 2006, Vorb. §§ 677 ff. BGB Rn. 28, der zwar auch eine Geschäftsführung ohne Auftrag ablehnt, dann aber einen (wohl) originären Bereicherungsanspruch annimmt.

III. Aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 819, 818 Abs. 4, 292, 987 BGB

G könnte gegen S einen Anspruch auf **Nutzungsherausgabe** gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 819, 818 Abs. 4, 292, 987 BGB haben.

Vorliegend steht das Nutzungsrecht am Parkplatz dem G – als Mieter – zu. Der S greift, da ihm die Benutzung nicht gestattet ist, ohne Rechtsgrund in den **Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts** ein. Erlangt hat der G dadurch den **Gebrauchsvorteil am Parkplatz**. Des Weiteren hat S auch aufgrund des Schildes, das auf den Privatbesitz hinweist, auch positive Kenntnis vom fehlenden Rechtsgrund, sodass er über §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 819, 818 Abs. 4, 292, 987 BGB die gezogenen Nutzungen herausgeben muss, ohne sich auf Entreicherung berufen zu können. **Nutzungen (§ 100 BGB)** sind dabei die Vorteile, die der Gebrauch der Sache gewährt, also bei Grundstücken der **objektive Mietwert**.²⁹

In der Praxis ist der Anspruch auf Nutzungsent-schädigung in der Regel allerdings bedeutungslos. Denn oftmals kann die Ankunfts- und Abfahrtszeit des Falschparkers nicht hinreichend geklärt werden.³⁰ Auch handelt es sich nur um geringe Beträge. Liegt kein Mietvertrag hinsichtlich des Parkplatzes vor, lässt sich der Mietwert nach den ersparten Parkgebühren errechnen.³¹

²⁹ BGH NJW 2006, 1582, 1583; Münch-Komm/Stresemann, 2012, § 100 Rn. 11; Gleichgültig ist dabei, ob der Berechtigte selbst die Nutzungen gezogen hätte.

³⁰ Schwarz/Ernst, NJW 1997, 2550, 2551.

³¹ Janssen, NJW 1995, 624, 627.

Auch wenn der Sachverhalt hierzu keine genauen Angaben macht, soll dieser Anspruch in der Klausurbearbeitung (zumindest kurz) erörtert werden!

IV. Aus § 823 Abs. 1 BGB

1. Freistellung von den Abschleppkosten

G könnte gegen S einen Anspruch auf Freistellung von Abschleppkosten gem. § 823 Abs. 1 BGB haben. Allerdings dürften die §§ 823 ff. BGB vorliegend nicht gesperrt sein, dies ist gem. § 993 I HS. 2 BGB der Fall, wenn eine Vindikationslage zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses besteht. G ist Eigentümer des Parkplatzes. Durch das Abstellen des Pkw übt S die unmittelbare Sachherrschaft, getragen von einem natürlichen Sachherrschaftswillen, über den Parkplatz aus. Er war also Besitzer (§ 854 I BGB); folglich bestand eine Vindikationslage. Allerdings eröffnet § 992 BGB den Anwendungsbereich der §§ 823 ff. BGB, da sich S den Besitz am Parkplatz durch verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB) schuldhaft verschafft hat.

a) Tatbestand

S hat mit seinem PKW den Parkplatz des G besetzt. Rechtsprechung und Literatur sehen – ungeachtet zahlreicher Meinungsverschiedenheiten im Detail – den **(berechtigten) Besitz als sonstiges Recht i.S. des § 823 Abs. 1 BGB** an.³² Durch das Belegen des

³² Der (berechtigte) Besitz ist zumindest ein sonstiges Recht, wenn ihm, wie bei Miete, Ausschluß- und Nutzungsfunktion zukommt; RGZ 59 326, 328; Münch-Komm/Wagner, 2012, § 823 Rn. 220; Medicus, BR, Rn. 607 BGB.

Parkplatzes durch S ist der G in seinem Besitzrecht verletzt worden. Die **Rechtswidrigkeit der Verletzung** wird durch das Besetzen des fremden Parkplatzes indiziert. S hat auch **schuldhaft** gehandelt (§ 276 I BGB). Aufgrund des angebrachten Schildes musste S wissen, dass er den Parkplatz nicht besetzen durfte. Wegen der Androhung auf dem Schild lag es ferner nahe, dass G zur Beseitigung der Störung (gerade zur Zeit des Arbeitsbeginns) ein Abschleppunternehmen beauftragen würde. Deliktsrechtlich sind nicht nur tatsächlich entstandene **Schäden** ersatzfähig, sondern auch die **Kosten, die zur Abwendung, Verringerung oder Beseitigung eines Schadens aufgewendet werden**.³³ Das von G beauftragte Abschleppunternehmen hat die Störung beseitigt. Beseitigungskosten sind nach **§ 249 Abs. 2 BGB** grundsätzlich entschädigungsfähig.

Denkbar: bei der „Erforderlichkeit“ im Rahmen des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB den Gesichtspunkt der Obliegenheit zur Aufrechnung gegenüber U zu prüfen (siehe unten).

Fraglich ist allerdings, ob die Rechtsgutsverletzung durch den S für den Schaden des G kausal ist, sog. **haftungsausfüllende Kausalität**. Denn die Abschleppkosten sind erst durch das **eigenverantwortliche Handeln des G**, nämlich die Beauftragung eines Abschleppunternehmers angefallen. Bei mittelbaren Verletzungshandlungen ist eine Einschränkung der haftungsausfüllenden Kausa-

³³ Schulze/Staudinger, BGB, 2014, § 823 Rn. 85; Martinek/Theobald, JuS 1997, 805, 809.

lität nach dem **Schutzzweck der Norm** erforderlich. Demnach fällt ein Schaden nur dann in den Schutzzweck der Norm, steht also nur dann zu der vom Schädiger geschaffenen Gefahrenlage in einem inneren, nicht bloß zufälligen Zusammenhang, wenn der Schädiger die in einem Schutzgesetz aufgestellte Verhaltenspflicht objektiv verletzt³⁴ oder wenn die Handlung des Verletzten durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert wurde und keine ungewöhnliche Reaktion darstellt³⁵. Zum einen missachtet der Falschparker die in § 858 BGB niedergelegte Pflicht, fremden Besitz zu respektieren.³⁶ Zum anderen darf sich der Besitzer zum Eingreifen – also zum Abschleppen – herausgefordert fühlen. Schließlich ist daran zu denken, dass im Einzelfall ein Abschleppen für den Geschädigten auch hinsichtlich einer Schadensabwendungs- und Minderungspflicht im Rahmen des § 254 Abs. 2 BGB treffen kann.³⁷ Zwar muss in den **sog. Herausforderungsfällen**³⁸ ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Zweck der Handlung des Geschädigten und den mit dieser Handlung verbundenen Risiken bestehen. Dies könnte vorliegend fraglich sein, wenn die Kosten für das Abschleppen höher liegen als der wirtschaftliche Schaden, der durch das Nichtabschleppen droht. Letztlich greift vorliegend aber die **Wertung des § 859 BGB** ein. Das Selbsthilferecht des Grund-

stücksbesitzers würde leerlaufen, wenn er letzten Endes allein mit den Abschleppkosten belastet würde. Wird der Berechtigte vom Gesetz zur Durchführung bestimmter Maßnahmen angehalten, muss er die dabei entstehenden Kosten als Teil des Schadens beanspruchen können. Das sind die Kosten der Besitzwehr, soweit diese zur Abwehr der verbotenen Eigenmacht geboten war.³⁹ Das Recht auf Selbsthilfe ist ein Recht auf Selbsthilfe ohne finanzielle Nachteile: Der Besitzer darf nicht in die Lage kommen, auf die Durchsetzung seines Rechts, etwa aus Kostengründen, verzichten zu müssen.⁴⁰

Kann das Selbsthilferecht praktisch nur auf eine Art und Weise ausgeübt werden, müssen die durch die Selbsthilfe entstandenen Kosten auch **verhältnismäßig** i.S. des § 823 BGB sein.⁴¹ Der Schaden stellt sich gerade als Realisierung des herausforderungstypischen Risikos dar.⁴²

b) Anspruchsminderung

Problematisch ist, ob der Anspruch wegen einer **Schadensminderungspflicht des Gem. § 254 BGB** gemindert bzw. völlig ausgehöhlt ist.

³⁴ Kötz/Wagner, 2013, Deliktsrecht, Rn. 169 ff.

³⁵ BGH 57, 25, 31; Büstgens/Nietner, Jura 2014, 1275, 1279.

³⁶ Schwarzer/Ernst, NJW 1997, 2550, 2552.

³⁷ Dörner, JuS 1978, 666, 668, 670.

³⁸ Hierzu BGH 57, 25, 31; BGH NJW 1993, 2234, 2234 ff.

³⁹ Dörner, JuS 1978, 666, 670 f.

⁴⁰ AG Braunschweig, NJW-RR 1986, 1414; Dörner, JuS 1978, 666, 671; Schwarz/Ernst, NJW 1997, 2550, 2552; Janssen, NJW 1995, 624, 626.

⁴¹ Schwarz/Ernst, NJW 1997, 2550, 2552 mit weiteren Nachweisen; AA wohl AG Berlin-Wedding, NJW-RR 1991, 353; AG Frankfurt a.M., NJW-RR 1989, 83, 84.

⁴² Vgl. zu den Herausforderungsfällen auch Medicus, BR, Rn. 653 ff.

aa) Informations- und Aufklärungspflicht des G

Eine Minderung des Schadensersatzanspruchs gem. § 254 Abs. 2 S. 1 BGB könnte sich daraus ergeben, wenn der G zunächst den S als Fahrer des störenden Pkws hätte ermitteln müssen bzw. eine Pflicht bestand, diesen zum Wegfahren aufzufordern. Eine solche Pflicht kommt insbesondere dann in Betracht, wenn dem **Beeinträchtigten der Fahrer bzw. Halter des Wagens bekannt** ist oder sein **Aufenthaltort offenkundig** ist.⁴³ Eine **Nachforschungspflicht** trifft den Beeinträchtigten aber nicht.⁴⁴ Etwas anderes kann sich aber dann ergeben, wenn ein gut sichtbarer Hinweis auf den Aufenthaltsort des Fahrers vorhanden ist⁴⁵ und dieser einen Rückschluss darauf zulässt, wann der Verantwortliche die Störung beseitigen kann. Diesbezüglich waren G keine Anhaltspunkte ersichtlich. Allein der Aufkleber auf der Heckscheibe des störenden Pkws ließ keine Rückschlüsse auf den Aufenthaltsort bzw. der Möglichkeit einer alsbaldig zu erwartenden Beseitigung der Störung zu; diesbezügliche Unsicherheiten gehen nicht zu Lasten des G.

Zu beachten ist des Weiteren, dass bei widerrechtlicher Besetzung eines Privatparkplatzes

der Anwendungsbereich des § 254 BGB aufgrund der Wertung der §§ 858 ff. BGB weitgehend eingeschränkt ist. Zwar stellt nicht jede bloße Gebrauchshinderung ohne Eingriff in die Sachherrschaft eine Besitzstörung bzw. -entziehung dar. Vorliegend ist jedoch eine **Besitzentziehung i.S. des § 858 Abs. 1 BGB** zu bejahen, wenn dem unmittelbaren Besitzer die Sachherrschaft und die darin liegende Sachnutzungsmöglichkeit entzogen wird.⁴⁶ Denn verfügt der Besitzer (nur) über einen Parkplatz, stellt das rechtswidrige Parken eine Besitzentziehung⁴⁷ dar, da die Benutzung des Grundstücks bzw. Grundstücksteils vollständig unmöglich gemacht wird.⁴⁸ Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Parkplatz – wie vorliegend – einem einzelnen Mieter ausschließlich zugewiesen war, demgegenüber der Vermieter gewährleistungspflichtig gewesen wäre.⁴⁹ Gegen diese Besitzentziehung in Form der **verbotenen Eigenmacht (§ 858 Abs. 1 BGB)** kann sich der Besitzer durch **sofortige Selbsthilfe gem. § 859 Abs. 3 BGB** wehren, indem der Beeinträchtigte das Fahrzeug „sofort“ abschleppen lässt. „Sofort“ i.S. des § 859 Abs. 3 BGB bedeutet nicht „unverzüglich“ (Legaldefinition in § 121 BGB) sondern heißt,

⁴³ AG Freising, DAR 1987, 156, allerdings unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot).

⁴⁴ Vgl. zu dieser Frage im öffentlichen Recht, BVerwG, NJW 1990, 931; OVG Hamburg, NJW 2001, 168; 2002, 3647; VGH Mannheim, NVwZ 2003, 558; VGH München, NJW 2001, 1960.

⁴⁵ Janssen, NJW 1995, 624, 625.

⁴⁶ Dörner, JuS 1978, 666, 667.

⁴⁷ AA AG Deggendorf, DAR 1984, 227 f., wonach das verbotswidrige Parken eines Kfz auf einem fremden Grundstück keine (Teil-)Entziehung dieses Grundstückes darstelle, sondern eine Besitzstörung. Der Besitzer des Grundstücks könne sich deshalb ohne die zeitliche Schranke (§ 859 Abs. 2, 3 BGB) dieser Besitzstörung erwehren. In dieser Richtung auch Dörner, DAR 1979, 10, 13, der § 859 Abs. 1 BGB anwenden will.

⁴⁸ AA van Venrooy, JuS 1979, 102 f.

⁴⁹ AG Berlin-Wedding, NJW-RR 1991, 353.

dass die Besitzstörung so schnell wie nach objektiven Maßstäben – insbesondere notwendiger Informations-, Überlegungs- und Vorbereitungsmaßnahmen⁵⁰ - möglich (ohne Rücksicht auf die subjektive Kenntnis von der Entziehung) zu erfolgen hat.⁵¹ Dem Beeinträchtigten kann deshalb nicht entgegengehalten werden, diesen hätte eine Schadensmilderungspflicht getroffen und er hätte etwa auf die Rückkehr des Falschparkers warten⁵² bzw. einen anderen freien Parkplatz benutzen müssen.⁵³ Ein „sofortiges“ Handeln liegt nach überwiegender Ansicht etwa noch vor, wenn das Abschleppen am folgenden Tag nach dem widerrechtlichen Parken erfolgt.⁵⁴ Demzufolge ist, auch wenn G den

Pkw erst während der Mittagspause hat abschleppen lassen, noch von einem sofortigen Handeln des G auszugehen. Denn dem G war morgens eine telefonische Benachrichtigung eines Abschleppunternehmens nicht möglich und eine solche während seiner Arbeitszeit auch nicht zumutbar.

Bezüglich des „sofortigen“ Handelns durch G i.S. des § 859 Abs. 3 BGB ist mit guter Argumentation eine andere Ansicht sicherlich vertretbar, was letztlich aber am Ergebnis nichts ändert.

Für eine restriktive Interpretation des § 859 Abs. 3 BGB tritt vor allem Schönemann (DAR 1997, 267) ein. Seiner Ansicht nach berechtigt § 859 Abs. 3 BGB im Ergebnis zu privaten Abschleppmaßnahmen nur, wenn – unabhängig von der Kenntnis des Besitzers – seit dem „Zuparken“ höchstens 30 Minuten verstrichen sind und Polizei und Ordnungsbehörde keine Abschleppmaßnahmen ergreifen. Die dem in seinem Parkplatzbesitz Gestörten zuzubilligende Informations-, Überlegungs- und Vorbereitungszeit müsse sich der „Sofortigkeit“ unterordnen und nicht umgekehrt. Die „Sofortigkeit“ sei dabei aber nicht erfolgs-, sondern handlungsbezogen zu verstehen.

⁵⁰ Vgl. BGH NJW 1967, 46, 48; LG Frankfurt a.M., NJW 1984, 183. Hierzu: *Jung*, DAR 1983, 151 ff.

⁵¹ *Kääb*, FD-StrVR 2007, 228847; *Jauernig/Berger*, 2014, § 859 Rn. 2; *Schwarz/Ernst*, NJW 1997, 2550 mit weiteren Nachweisen. D.h. aber auch nicht, dass augenblickliches bzw. blitzschnelles Handeln erforderlich ist. Bei interessengerechter Auslegung ist vielmehr zu berücksichtigen, dass der Besitzer nicht feststellen kann, wann das Fahrzeug abgestellt wurde und seit wann es bereits dort steht. Es ist ihm daher eine Informations-, Überlegungs- und Vorbereitungszeit zuzubilligen, so *Janssen*, NJW 1995, 626, 626 mit weiteren Nachweisen. Im Ergebnis ebenso *Jung*, DAR 1983, 151, 153. Eine Wartefrist muss dagegen nicht eingehalten siehe Fn. 52.

⁵² AG München; NJW-RR 2002, 200; *Janssen*, NJW 1995, 624, 626; AA LG Berlin, NJW 1983, 288; AG Berlin-Wedding, NJW-RR 1991, 353; AG Frankfurt a.M., NJW-RR 1989, 83, 84.

⁵³ *Janssen*, NJW 1995, 624, 626.

⁵⁴ AG Braunschweig, NJW-RR 1986, 1414; AG Essen DAR 2002, 131 (wenn das Parken zur Nachtzeit oder an einem Wochenende erfolgt besteht der Freistellungsanspruch auch dann, wenn das Abschleppenlassen am nächsten Tag 15 ½ Stunden nach dem Abstellen erfolgt); OLGZ Karlsruhe 78, 206 („Sofortigkeit“ nach § 859 Abs. 3 BGB bejaht, obwohl zwischen dem Abstellen des Pkw und dem Abschleppauftrag ein Zeit-

Das durch das Selbsthilferecht geschützte Verhalten des Beeinträchtigten kann deshalb im Deliktsrecht nicht zu einer Schadensmilderung führen. Das Recht auf Selbsthilfe ist nämlich ein **Recht auf Selbsthilfe ohne**

raum von zweieinhalb Stunden lag.); AG München, DAR 1993, 30 f. (Das Tatbestandsmerkmal „sofort“ ist erfüllt, wenn innerhalb eines Zeitraums von 2 bis 3 Stunden nach Besetzen des Parkplatzes die Entsetzung des Fahrzeugs erfolgt.); vgl. mit Übersicht zur Rechtsprechung *Jung*, DAR 1983, 151, 152. AA AG München, NJW 1996, 853: nicht sieben Stunden nach widerrechtlichen Parken.

finanzielle Nachteile.⁵⁵ Demnach konnte im vorliegenden Fall der G den Pkw des S in der Mittagspause ohne weiteres abschleppen lassen. Zumal der PKW bereits den ganzen Morgen den Parkplatz des G widerrechtlich besetzt hatte. Für den G waren keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich, die auf ein kurzfristiges Parken des S gedeutet hätten. Vielmehr ist sogar von einer längeren Parkdauer auszugehen, da das Fahrzeug des S schon morgens den Parkplatz des G besetzt hatte. Der G war trotz des Aufklebers nicht verpflichtet irgendwelche Nachforschungen hinsichtlich der Person der Fahrers bzw. Halters oder dessen Aufenthaltsortes durchzuführen. Der G konnte das Fahrzeug des S „sofort“ abschleppen lassen. Das Recht zum sofortigen Abschleppen hat seine Grenze im Schikaneverbot des § 226 BGB.⁵⁶ Vorliegend greift § 226 BGB nicht ein.

Eine Schadensminderungsobliegenheit gem. § 251 Abs. 2 S. 1 BGB ergibt sich schließlich auch nicht aufgrund des Vorliegens einer **zumutbaren Ausweichmöglichkeit** für G.⁵⁷

⁵⁵ AG Braunschweig, NJW-RR 1986, 1414; Schwarz/Ernst, NJW 1997, 2550, 2552; Janssen, NJW 1995, 624, 626.

⁵⁶ Hierzu Dörner, JuS 1978, 666, 671 sowie das AG Freising, DAR 1987, 156, allerdings unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot). Das AG Frankfurt a.M., NJW-RR 1989, 83, 84, fordert dagegen, dass der Besitzer eines widerrechtlich belegten Parkplatz eine angemessene Zeit zu warten habe, bevor er einen Wagen, bei dem keinerlei Anzeichen auf ein nur kurzfristiges Parken vorliegen, abschleppen läßt; ebenso AG Berlin-Wedding, NJW-RR 1991, 353. Zu Recht kritisch hierzu unter dem Gesichtspunkt des § 859 Abs. 3 BGB, Janssen, NJW 1995, 624, 626.

⁵⁷ Vgl. hierzu Martinek/Theobald, JuS 1997, 805, 809.

Dieser musste vielmehr einen weit entfernten und gebührenpflichtigen Parkplatz suchen.

Unter Zugrundelegung der Wertung des § 859 BGB ist ein anderes Ergebnis kaum vertretbar. Deshalb ist es hier vor allem wichtig, dass die Klausurbearbeiter die Wertung des § 859 BGB erkennen und auch auf die Problematik der „Sofortigkeit“ im Rahmen des § 859 Abs. 3 BGB eingehen.

bb) Obliegenheit zur Aufrechnung gegenüber U

Hinweis: Der folgende Abschnitt ist für die besonders guten Bearbeiter!

Ein Ausschluss des Schadensersatzanspruchs des G gem. § 254 Abs. 2 S. 1 BGB könnte sich des Weiteren daraus ergeben, dass G die **Obliegenheit hat, seine Verpflichtung gegenüber U zur Bezahlung der Abschleppkosten zu beseitigen.**⁵⁸ Diesbezüglich ist zu prüfen, ob zwischen G und U eine **Aufrechnungslage (§§ 387 ff. BGB)** besteht.

Grundlage einer Aufrechnungsmöglichkeit könnte der **Schaden** sein, den **M als Erfüllungsgehilfe des U dem S** zugefügt hat. S war jedoch nicht Vertragspartner des U, und soweit S einen eigenen Schadensersatzan-

⁵⁸ Kritisch hierzu Schwarz/Ernst, NJW 1997, 2550, 2554; „Zwar trifft den Geschädigten die Schadensminderungspflicht gem. § 254 Abs. 2 BGB. Das bedeutet aber nur, daß er dazu beitragen muß, den Schaden und die Kosten der Schadensbeseitigung so gering wie möglich zu halten. Dagegen kann daraus nicht gefolgert werden, daß die Nachteile, die dem Geschädigten durch die Abwicklung des Schadens entstehen, dem Verantwortungsbereich des Geschädigten zuzuordnen wären. Das Problem der Schadensbearbeitungskosten läßt sich nicht pauschal mit der Zuweisung von Verantwortungsbereichen lösen.“

spruch hätte, fehlt die für § 387 BGB erforderliche Gegenseitigkeit.

In Betracht kommt vorliegend allerdings ein **Anspruch des G auf Liquidation des bei S entstandenen Schadens**. Ist ein Fall der **Drittschadensliquidation**⁵⁹ gegeben, steht der Anspruch nach allgemeiner Ansicht nicht dem geschädigten Dritten, sondern dem „Zweiten“, also in Vertragsfällen dem Vertragspartner zu.⁶⁰ Der Inhaber eines Schadensersatzanspruches kann demnach den Schaden eines Dritten beim Schädiger geltend machen (liquidieren).⁶¹ Für einen solchen Anspruch wäre hier die **Gegenseitigkeit zum Lohnanspruch des U gem. § 387 BGB** gegeben. Eine Drittschadensliquidation ist allerdings ausgeschlossen, wenn ein sog. Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte vorliegt. In diesem Fall stünde der Ersatzanspruch dem Dritten zu, und nur dieser könnte u.U. aufrechnen; eine Abtretung des etwaigen Anspruchs des S an G liegt hier jedenfalls nicht vor.

Entscheidend ist demnach, ob vorliegend eine Drittschadensliquidation angenommen werden kann. Eine Drittschadensliquidation kommt in Betracht, wenn **drei Voraussetzungen** gegeben sind: Erstens hat der **Anspruchsinhaber zwar einen Ersatzan-**

spruch, aber keinen Schaden. Zweitens hat der **Geschädigte den Schaden, aber keinen (vertraglichen) Anspruch**. Drittens muss die Schadensverlagerung **zufällig** sein. Vorliegend sind die beiden ersten Voraussetzungen unproblematisch gegeben. Die **Zufälligkeit der Schadensverlagerung** ist allerdings nur bei bestimmten **Fallgruppen** anerkannt. Eine diesbezüglich allgemein anerkannte Fallgruppe bilden „**Obhutsfälle**“⁶². Wer als berechtigter Besitzer einer fremden Sache einen Vertrag schließt, der hinsichtlich der Sache eine Obhutspflicht begründet, kann bei Verletzung dieser Pflicht den Schaden des Eigentümers gegenüber dem Vertragspartner geltend machen.⁶³ Im Ergebnis muss man den **G als zum Besitz berechtigt halten**. Als Rechtfertigung des G sind die §§ 858 Abs. 1, 859 Abs. 3 BGB heranzuziehen. Die „Obhut“ des Vertragsgläubigers über die Sache ist hierbei nicht etwa im Sinne einer besonderen Pflicht gegenüber dem Eigentümer zu verstehen; der **Rechtsgedanke des § 991 Abs. 2 BGB** ist nicht (entsprechend) heranzuziehen. Die Drittschadensliquidation erscheint deshalb gerechtfertigt, weil es **aus der Sicht des Schuldners bloßer Zufall** ist, ob die Sache dem Vertragsgläubiger gehört oder einem Dritten. Mit anderen Worten: Durch die Liquidierung des Sachschadens des Dritten durch den Vertragsgläubiger hat sich das Haftungsrisiko des Schuldners nicht vermehrt, sondern nur **verlagert**; „**der Schaden wird zum Anspruch gezogen**“⁶⁴.

⁵⁹ Vgl. allgemein zur Drittschadensliquidation, Münch-Komm/Oetker, 2012, § 249 Rn. 289 ff; Caemmerer, Das Problem des Drittschadensersatzes, ZHR 127, 241.

⁶⁰ BGHZ 49, 356, 361; Staudinger/Schiemann, 2005, Vor §§ 249 ff Rn. 70.

⁶¹ BGHZ 40, 91, 100; 51, 91, 93.

⁶² Hierzu BGHZ 15, 224; BGH, NJW 1969, 789.

⁶³ BGH NJW 1969, 790; 1985, 2412.

⁶⁴ Bamberger/Roth-Schubert, BGB, 2014, § 249 Rn. 154.

Beim **Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte** trifft dagegen regelmäßig keine Risikoverlagerung, sondern eine **Risikohäufung** auf; „**der Anspruch wird zum Schaden gezogen**“.⁶⁵ Im Rahmen der Drittschadenliquidation haftet der Schädiger nur für den typischerweise eintretenden Schaden, beim Vertrag mit Schutzwirkung dagegen auch für zusätzliche Schäden weiterer Personen.⁶⁶ Vorliegend ist eine solche Risikohäufung – im Verhältnis zwischen G und S – nicht gegeben, weil sich das **Haftungsrisiko** des U insoweit **auf das abgeschleppte Fahrzeug beschränkt**. Das rein tatsächliche Merkmal der Obhut ist hingegen dadurch erfüllt, dass G das Fahrzeug des S zum Gegenstand seines Vertrages mit U gemacht hat.

Typisch für die Obhutsfälle ist, dass der tatsächlich Geschädigte regelmäßig einen eigenen deliktischen Anspruch gegen den Schädiger hat, der mit dem Ersatzanspruch des Inhabers der verletzten Rechtsstellung konkurrieren kann.⁶⁷ Dieser Anspruch ist aber dann wertlos, wenn der unmittelbare Schädiger ein mittelbarer Angestellter ist. Zwar kommt oftmals ein Anspruch gegen den solventen Hintermann in Betracht. Ein solcher scheidet aber meist an der Exkulpationsmöglichkeit des § 831 BGB. Bei einem vertraglichen Anspruch hilft hier zwar die Zurechnungsmöglichkeit des § 278 BGB weiter. Da der Geschädigte zum (unmittelbaren) Schädiger jedoch keine vertragliche Beziehung hat,

⁶⁵ BGH, NJW 1971, 1931.

⁶⁶ BGHZ 51, 91, 95; Bamberger/Roth-Schubert, BGB, 2014, § 249 Rn. 154. Nicht anwendbar ist in der vorliegenden Konstellation allerdings das Argument, daß beim Vertrag zugunsten Dritter im Gegensatz zur Drittschadenliquidation die Einbeziehung des Dritten für den Schuldner erkennbar ist.

⁶⁷ Palandt/Grüneberg, 2013, Vorb v § 249 BGB Rn. 109 f. mit weiteren Nachweisen.

ist auf die Drittschadenliquidation zurückzugreifen.

Eine Drittschadenliquidation scheidet allerdings dann aus, wenn der Schaden des Dritten mit dem des Obhutspflichtigen zusammenfällt, sofern der Schädiger im Verhältnis des Obhutspflichtigen zum Eigentümer als Erfüllungsgehilfe anzusehen ist;⁶⁸ nach überwiegender Ansicht ist § 278 BGB auch auf Schutzpflichten anzuwenden. Vorliegend haftet G aber nicht für ein Verschulden des U und des M gem. § 278 BGB.⁶⁹

Vorliegend sind die Voraussetzungen eines **von G zu liquidierenden Schadensersatzanspruches** gegeben: U haftet für das schuldhafte Verhalten des M nach **§§ 631, 634 Nr. 4 i.V.m. §§ 280 Abs. 1, 278 S. 1 BGB** aus positiver Vertragsverletzung des Werkvertrages.

Eine **Obliegenheit** des G zur Aufrechnung gegenüber U besteht aber nur dann, wenn die Aufrechnung dem G **zumutbar** ist. Dies kann hier bejaht werden, da G den Schadensersatzanspruch ohnehin nur hat, um ihn in irgendeiner Weise an S weiterzuleiten.

Im Einzelfall kann auch das Abschleppen des störenden Fahrzeugs als schadensmindernde Maßnahme in Betracht kommen. Der Berechtigte befindet sich dabei, wie DÖRNER, JuS 1978, 666, 668 zu Recht ausführt, in einem gewissen Dilemma: Einerseits könne eine Verpflichtung zur Einschaltung des Abschleppunternehmer im Prinzip nur in Frage kommen, wenn der bei Untätigkeit zu erwartende Schaden die Abschleppkosten übersteige. Andererseits werde der zu erwartende Schaden

⁶⁸ Lange/Schiemann, 2003, Schadensersatz, § 8 III 7, S. 474 ff.

⁶⁹ BGHZ 63, 182.

häufig von der Dauer der Zeit abhängen, in der die Ausfahrt versperrt bleibe; der Berechtigte wisse aber in der Regel gar nicht, wann der Störer zurückkomme und ob dieser die Ausfahrt nicht schneller räume, als ein Abschleppunternehmen dies könne. Eine solche Verpflichtung bestehe deshalb mit Sicherheit nur dann, wenn der Berechtigte nach sorgfältiger Abwägung aller Umstände ex ante zu dem Ergebnis komme, dass der potentielle Schaden deutlich über den zu erwartenden Abschleppkosten liegen werde.

b) Ergebnis

G hat gegen S keinen Anspruch auf Freistellung von den Abschleppkosten gem. § 823 Abs. 1 i.V.m. § 249 Abs. 2 BGB, da er mit seinem eigenen Anspruch aus dem Schaden des S gegenüber U aufrechnen muss.

Teilweise⁷⁰ wird ein Kostenerstattungsanspruch aus den §§ 861, 862, 1004 i.V.m. §§ 859 Abs. 1, 3 BGB hergeleitet. Das Selbsthilferecht gem. §§ 858, 859 BGB legitimiert allerdings nur zur Beseitigung der Störung als solche und enthält gerade keine Anspruchsgrundlage für einen Kostenerstattungsanspruch. Denn der Kostenerstattungsanspruch kann systematisch nur ein Aufwendungs- oder Schadensersatzanspruch sein, den die allgemeinen Gewaltrechte (§§ 227, 229 BGB), vor deren Hintergrund § 859 BGB zu sehen ist⁷¹, ihrer Natur nach nicht gewähren.⁷²

2. Aufgewendete Parkgebühren

G könnte gegen S des Weiteren ein Anspruch auf Ersatz der anderweitig aufgewendeten Parkgebühren gem. § 823 Abs. 1 BGB haben.

Dass G einen anderen Parkplatz aufgesucht und hier Parkgebühren entrichtet hat, ist eine für S **vorhersehbare und auch angemessene Reaktion des G**. Die anderweitig aufgewendeten Parkgebühren fallen daher in den Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB und sind gem. § 251 Abs. 1 BGB zu erstatten.⁷³

3. Mietkosten

Fraglich ist, ob G von S auch einen entsprechenden Teil der Mietkosten für seinen Parkplatz gem. § 823 Abs. 1 BGB ersetzt verlangen kann. Die Mietkosten sind aber zeitlich schon vor dem widerrechtlichen Besetzen des Parkplatzes entstanden, so dass es bereits an der erforderlichen **äquivalenten Kausalität** fehlt. Darüber hinaus wären die Mietkosten aber **auch ohne das widerrechtliche Besetzen des Parkplatzes entstanden**. G hat demnach keinen Anspruch auf Ersatz eines entsprechenden Teils der Mietkosten an seinem Parkplatz.

4. Vertane Freizeit

Problematisch ist schließlich, ob die vertane Freizeit des G einen erstattungsfähigen Schaden iS der § 823 Abs. 1 i.V.m. §§ 249 ff. BGB darstellt.

Die überwiegende Ansicht unterscheidet danach, ob die vertane Zeit einen Geld- oder Marktwert hat⁷⁴ und bei wertender Betrachtung vom Schadensersatz nicht auszuneh-

⁷⁰ AG Fürstenfeldbruck, DAR 1985, 257; hierzu auch Dörner, JuS 1978, 766, 671.

⁷¹ Vgl. Staudinger/Gutzeit, 2012, § 859 BGB Rn. 2.

⁷² Schwarz/Ernst, NJW 1997, 2550, 2551.

⁷³ Schwarz/Ernst, NJW 1997, 2550, 2553.

⁷⁴ BGHZ 106, 28, 31 = NJW 1989, 766; Münch-Komm/Oetker, 2012, § 249 Rn. 93.

men ist.⁷⁵ Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze wird die vertane Freizeit – anders als vertaner Urlaub – nicht als ersatzfähige Position angesehen.⁷⁶ Demnach liegt in der auf die Parkplatzsuche verwendeten Zeit des G sowie der vertanen Mittagspause kein erstattungsfähiger Schaden i.S. der §§ 249 ff. BGB.

AA mit guter Argumentation vertretbar, vgl. etwa SCHWARZ/ERNST, NJW 1997, 2550, 2553 f.

Auf die umstrittene Frage, ob auch die Kosten der Schadensbearbeitung bzw. Abwicklung des Schadensfalles (Mühewaltung) zu ersetzen sind, war mangels Sachverhaltsangaben nicht näher einzugehen. Vgl. hierzu ausführlich (mit weiteren Nachweisen) SCHWARZ/ERNST, NJW 1997, 2550, 2554 f.

V. Aus § 823 Abs. 2 BGB

1. i.V.m. § 858 BGB

Der G könnte gegen S einen Anspruch auf Freistellung von den **Abschleppkosten** gem. § 823 Abs. 2 i.V.m. § 858 BGB haben. Die §§ 823 ff. BGB sind gem. § 992 BGB anwendbar (siehe oben A. IV 1.). Bei **§ 858 BGB** handelt es sich um ein **Schutzgesetz i.S. von**

§ 823 Abs. 2 BGB.⁷⁷ Zu beachten ist allerdings, dass ein Kostenersatzanspruch gem. § 823 Abs. 2 i.V.m. § 858 BGB nur dann entstehen kann, wenn auch die **Voraussetzungen des § 859 BGB** gegeben sind. Denn die Veranlassung des Abschleppens durch einen Abschleppunternehmer ersetzt nur die gem. § 859 BGB zulässige Selbsthilfe und kann daher keinen Schadensersatzanspruch auslösen, wenn die Selbsthilfe nicht zulässig wäre.⁷⁸ Nach den Ausführungen oben war die Selbsthilfe vorliegend jedoch zulässig. Ein Freistellungsanspruch scheidet jedoch auch hier an der Obliegenheit zur Aufrechnung gegenüber U (siehe oben).⁷⁹

Die **anderen Schadenspositionen** sind vom Schutzzweck des § 858 BGB nicht erfasst (AA vertretbar).

2. i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB

Schließlich könnte ein Anspruch auf Erstattung der **Abschleppkosten** gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB in Betracht kommen. **§ 1004 Abs. 1 BGB schützt in entsprechender Anwendung alle absoluten,**

⁷⁵ BGH NJW 1996, 921, 922.

⁷⁶ Hierzu BGHZ 69, 34, 36; 106, 28, 32; Münch-Komm/Oetker, 2012, § 249 BGB Rn. 93 ff. Nach AA ist Freizeitverlust dagegen gleichzusetzen mit dem Verlust der Möglichkeit, in der nutzlos vertanen Zeit Geld zu verdienen, und bedeutet daher einen Geldverlust („Zeit ist Geld“). Die vertane Arbeitszeit eines Arbeitnehmers soll dagegen trotz Gehaltsfortzahlung oder Lohnersatzleistung einen Schaden darstellen, BGHZ 7, 30, 48 ff.; 21, 112, 119 f.; 90, 334, 338.

⁷⁷ Für § 858 BGB als Schutzgesetz iS des § 823 Abs. 2 BGB die hM, z.B. BGHZ 79, 232, 237 = NJW 1981, 865; AG Berlin-Wedding, NJW-RR 1991, 353; AG Braunschweig, NJW-RR 1986, 1414; AG München, DAR 1993, 30 f.; NJW-RR 2002, 200; Münch-Komm/Wagner, 2012, § 823 Rn. 422; AA Medicus, AcP 165 (1965), 115, 118 ff.

⁷⁸ AG Frankfurt a.M., NJW-RR 1990, 730, 731; LG Frankfurt a.M., NJW 1984, 183; Janssen, NJW 1995, 624, 626; Büstgens/Nietner, Jura 2014, 1275, 1281.

⁷⁹ Kritisch hinsichtlich des Ersatzes der Abschleppkosten unter dem Gesichtspunkt des Schutzzweckes der Norm, AG Berlin-Wedding, NJW-RR 1991, 353 sowie AA van Venrooy, JuS 1979, 103.

insbesondere die in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechte. Wie bereits ausgeführt ist vorliegend - beim Parkplatzmieter - das Besitzrecht verletzt; eine Duldungspflicht des G gem. § 1004 Abs. 2 BGB besteht jedenfalls nicht. Hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen kann auf die Ausführungen oben verwiesen werden, sodass der Anspruch letztlich aufgrund der Obliegenheit zur Aufrechnung gegenüber U scheidet.

Die **anderen Schadenspositionen** sind vom Schutzzweck des § 1004 Abs. 1 BGB nicht erfasst (AA vertretbar).

VI. Ergebnis

G kann von S gem. § 823 Abs. 1 BGB lediglich Ersatz der anderweitig aufgewendeten Parkgebühren verlangen, nicht aber die Freistellung von den Abschleppkosten. Darüber hinaus hat G gegen S einen Anspruch auf Nutzungsherausgabe hinsichtlich der von S „gesparten“ Parkgebühren gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 819, 818 Abs. 4, 292, 987 BGB.

Der S ist vorliegend lediglich Fahrer des Fahrzeugs. Vgl. zu möglichen Ansprüchen gegen den Halter eines störenden Pkw, insbesondere § 823 Abs. 1 BGB (Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht) und § 831 BGB, SCHWARZ/ERNST, NJW 1997, 2550, 2555 f.

B. Ansprüche des S gegen G

I. Aus unberechtigter Geschäftsführung, § 678 BGB

Es liegt ein fremdes Geschäft des S vor (siehe oben). Die Übernahme des fremden Geschäfts stand auch im Widerspruch zum

mutmaßlichen Willen des S; auch die Voraussetzungen des § 679 BGB liegen nicht vor (siehe oben). G hätte auch erkennen können, dass die Übernahme der Geschäftsführung nicht dem (mutmaßlichen) Willen des S entsprach, sodass die **tatbestandlichen Voraussetzungen des § 678 BGB erfüllt sind (sog. Übernahmeverschulden)**. Demnach hätte der G dem S jeden aus der Geschäftsführung adäquat kausal entstandenen Schaden zu ersetzen, auch wenn ihm bei der Ausführung des Geschäfts kein weiteres Verschulden mehr zur Last fällt.

Dennoch ist ein Anspruch nach § 678 BGB vorliegend ausgeschlossen. Dem G stehen gegen S - wie bereits ausgeführt - u.a. dem Grunde nach Schadensersatzansprüche aus §§ 823 Abs. 1, 2 BGB zu. Bei dessen Erfüllung sind U und M nicht Erfüllungsgehilfen des G.⁸⁰ Der Schaden nach § 823 BGB umfasst auch **Folgeschäden**, etwa die Aufwendungen, die dem G zur Erfüllung einer ihn selbst durch die Schädigung treffenden Haftpflicht entstehen.⁸¹ Deshalb gilt hier: *dolo facit, qui petit, quod redditurus est*, **§ 242 BGB**

⁸⁰ Vgl. hierzu allgemein BGHZ 63, 182.

⁸¹ Vgl. Münch-Komm/Wagner, 2012, § 823 Rn. 58.

Demnach hat S auch für Folgeschäden einzustehen, die durch ungewollte Fehler dritter Personen entstehen, die der Geschädigte zu Abwicklung und Beseitigung des Schadens hinzuzieht, sofern sich dieser weitere Schaden als adäquate Folge der Erstschädigung darstellt. Eine Zurechnung findet dann nicht mehr statt, wenn ein ungewöhnlich grobes Fehlverhalten des Dritten vorliegt. U und M sind aber nicht Erfüllungsgehilfen des G. Auch enthält der Sachverhalt keine näheren Angaben für ein ungewöhnlich grobes Fehlverhalten, das den Zurechnungszusammenhang unterbrechen würde.

(Pflicht zur alsbaldigen Rückgewähr).⁸² S hat demnach keinen Schadensersatzanspruch gegen G gem. § 678 BGB.

II. Aus schuldhafter Verletzung des Geschäftsführungsverhältnisses

Weiterhin könnte S gegen G einen Schadensersatzanspruch aufgrund der schuldhaften Verletzung des Geschäftsführungsverhältnisses gem. §§ 677 ff. i.V.m. §§ 280 Abs. 1, 278 BGB haben (**sog. Ausführungsverschulden**, pVV der GoA).

Voraussetzung hierfür ist, dass der schuldhaft handelnde **M Erfüllungsgehilfe des G** gewesen ist. Im Rahmen des § 278 BGB ist es gleichgültig, ob es sich um eine vertragliches oder – wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag⁸³ – gesetzliches Schuldverhältnis

handelt.⁸⁴ Während § 831 BGB in der Regel auf selbständige Unternehmer (und dessen Gehilfen) unanwendbar ist, kann Erfüllungsgehilfe auch derjenige sein, der in seinem Verhalten keinem Weisungsrecht des Schuldners unterliegt.⁸⁵ Unter Zugrundelegung (allein) dieser Ausführungen wäre eine Verantwortlichkeit des G für ein Verschulden des M (und des U) gem. § 278 BGB zu bejahen. Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag handelt es sich jedoch um ein dem Auftrag nahestehendes Verhältnis. Im Auftragsrecht regelt § 664 Abs. 1 S. 2 BGB die Übertragung der Ausführung des Auftrags auf einen Dritten, lässt diese im Zweifelsfall allerdings gerade nicht zu, § 664 Abs. 1 S. 1 BGB.⁸⁶ Im Gegensatz zum Auftragsverhältnis besteht bei der Geschäftsführung ohne Auftrag gerade kein persönliches Vertrauensverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer. Aus diesem Grund kommt es in der Regel auch nicht auf die persönliche Erfüllung der Geschäftsführerpflichten an. Vielmehr entspricht es in Fällen der vorliegenden Art den Interessen des Geschäftsherrn, dass der Geschäftsführer nicht selbst das Geschäft (im Ganzen) ausführt, sondern einen fachkundigen Dritten damit beauftragt. Dann **beschränkt sich die Pflicht des Geschäftsführers auf die sorgfältige Auswahl des Dritten (sog. Substitution)**. Der Schuldner haftet in diesem Fall nicht nach § 278 BGB

⁸² Schulze BGB/Schulze, 2014, § 242 Rn. 32.

⁸³ Nach Auffassung von Bamberger/Roth-Gehrlein, BGB, 2014, § 677 Rn. 1 sowie Schulze BGB/Schulze, 2014, Vor §§ 677-687 Rn. 3 ist nicht nur die berechnigte, sondern auch die unberechnigte GoA ein besonderes, dem Auftrag ähnliches gesetzliches Schuldverhältnis.

Dies ist allerdings **umstritten**. Nach anderer Ansicht ist hinsichtlich des Vorliegens eines gesetzlichen Schuldverhältnisses danach zu differenzieren, ob eine berechnigte oder unberechnigte GoA vorliegt. Ein gesetzliches Schuldverhältnis besteht nach dieser Ansicht nur bei der berechnigten GoA, vgl. Erman/Dornis, 2014, Vor § 677 BGB Rn. 8 ff; Staudinger/Bergmann, 2006, Vorbem zu § 677 BGB Rn. 2. Demzufolge ist eine schuldhafte Verletzung des Geschäftsführungsverhältnisses gem. § 280 Abs. 1 BGB nur bei der berechnigten GoA möglich, so daß der vorliegende Anspruch bereits mangels eines (wirksamen) Schuldverhältnisses scheitert. Dieser Lösungsweg ist ohne weiteres gut vertretbar; die Problematik der Substitution kann dann allerdings (leider) nicht dargestellt werden.

⁸⁴ BGH NJW 2007, 428, 430; Münch-Komm/Grundmann, 2012, § 278 BGB Rn. 20.

⁸⁵ BGHZ 24, 325, 329; 62, 119, 124; Bamberger/Roth-Lorenz, BGB, 2011, § 278 Rn. 11.

⁸⁶ Vgl. auch die Vorschrift des § 691 S. 2 sowie (umgekehrt) § 540 Abs. 2 BGB.

für die Tätigkeit des Substituten, sondern nur für eigenes Verschulden bei der Übertragung (nach § 276 BGB), insbesondere für die Auswahl des Betrauten. Der Gläubiger ist auch nicht schutzlos gestellt, denn für die Tätigkeit haftet der Substitut selbst dem Gläubiger.⁸⁷ Wird ein gewerbsmäßiger Abschleppunternehmer eingeschaltet spricht eine Vermutung für dessen ausreichende Sachkunde. Der G hat demzufolge den durch M verursachten Schaden nicht zu vertreten.

III. Anspruch auf Abtretung des Schadensersatzanspruchs des G gegen U aus pVV

Liegt – wie hier – ein Fall der Drittschadensliquidation vor, kann der Gläubiger des Schadensersatzanspruchs vom Schädiger Leistung an sich oder den Geschädigten verlangen.⁸⁸ Der geschädigte Dritte selbst kann aber **entsprechend § 285 BGB** vom Anspruchsinhaber die Abtretung des Schadensersatzanspruchs verlangen oder das vom Ersatzpflichtigen aufgrund dieses Anspruchs Erlangte herausverlangen.⁸⁹ Vorliegend – siehe oben – war die Drittschadensliquidation schon gem. § 254 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen. Ein solches Vorgehen scheint auch der praktikablere Weg zu sein. Zu berücksichtigen ist ferner, dass der Dritte nicht besser gestellt werden kann, als wenn der Ersatzberechtigte selbst geschädigt worden wäre. Da dem Dritten im Ergebnis die Vorteile einer

ihm an sich nicht zustehenden Rechtsposition zuerkannt werden, muss er auch die damit verbundenen Nachteile tragen.⁹⁰

Demnach kann S eine Abtretung nur insoweit verlangen, wie der Lackschaden die Abschleppkosten übersteigt. Diesbezüglich macht der Sachverhalt keine Angaben.

IV. Aus §§ 990, 278 BGB

Durch den Abschluss des Abschleppvertrages mit U könnte dieser unmittelbarer Besitzer und der G mittelbarer Besitzer geworden sein.⁹¹ Ein Anspruch des S gegen G scheidet aber ebenso daran, dass dem G, wenn er seine Ansprüche gegen S durchsetzen wollte, gar keine andere Möglichkeit zustand. Im Ergebnis muss man deshalb den **G als zum Besitz berechtigt** halten müssen. Als **Rechtfertigung** des G sind die **§§ 858 Abs. 1, 859 Abs. 3 BGB** heranzuziehen. S hat gegen G keinen Anspruch gem. §§ 990, 278 BGB.

Auf eine Rechtfertigung gem. §§ 227 – 229, 904 BGB war nicht näher einzugehen. Hierzu: JUNG, DAR 1983, 151.

V. Aus §§ 823, 831 BGB

Zwar sind die §§ 823 ff. BGB bei Annahme einer Besitzberechtigung des G ohne weiteres anwendbar (**Stichwort: „Exzess des berechtigten Fremdbesitzers“**). Der unmittelbare

⁸⁷ Medicus, SchuldR I AT, Rn. 335.

⁸⁸ BGH NJW 1989, 452.

⁸⁹ Münch-Komm/Emmerich, 2012, § 285 Rn. 17.

⁹⁰ Lange/Schiemann, 2003, Schadensersatz, § 8 III 9.

⁹¹ Im bestehenden Eigentümer-Besitzer-Verhältnis findet § 278 BGB Anwendung, vgl. Münch-Komm/Grundmann, 2012, § 278 BGB Rn. 18.

Schädiger M war allerdings **nicht den Weisungen des G unterworfen** und somit auch nicht Verrichtungsgehilfe des G.⁹² S hat gegen G keinen Anspruch aus den §§ 823, 831 Abs. 1 BGB.

VI. Ergebnis

Dem S stehen gegen G (vorerst) keinerlei Ansprüche zu.

Literaturhinweise zur weiteren Vertiefung:

1. MARTINEK/THEOBALD, Grundfälle zum Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag, JuS 1997, 612; 805; 992; 1998, 27.
2. DÖRNER, Wer trägt die Abschleppkosten bei privater Räumung einer Grundstückszufahrt?, DAR 1979, 10.
3. WOITKEWITSCH, Kostenerstattung – Die Freihaltung privater Parkfläche durch Abschleppunternehmen, MDR 2005, 1023.
4. SCHIEMANN, Parken unerwünscht, JSE 3/2012, 24.
5. BÜSTGENS/NIETNER, Der vorschnelle Falschparker, Jura 2014, 1275.

► Inhaltsverzeichnis

⁹² MünchKomm/Wagner, § 831 BGB Rn. 14: „Der Personenkreis, der iS von § 831 „zu einer Verrichtung bestellt“ ist, unterscheidet sich von dem Kreis der Erfüllungsgehilfen iS von § 278 durch den Mangel an Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit. Während selbständige Unternehmen ohne weiteres Erfüllungsgehilfen sein können, setzt die Qualifikation als Verrichtungsgehilfe Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit voraus; der Geschäftsherr muss dazu in der Lage sein, die Tätigkeit dem Handelnden jederzeit zu entziehen, sie zu beschränken oder nach Zeit und Umfang zu regeln.“

KLAUSUR STRAFRECHT

Dr. Magdalena Grupp*

Im Rausch der Geschwindigkeit

Examensklausur

Sachverhalt

Siggi (S) ist begeisterter Autofahrer, jedoch hat er zu seinem großen Bedauern die Führerscheinprüfung nicht bestanden. Dennoch ist er an einem Montagabend wieder einmal ohne Fahrerlaubnis unterwegs. Dabei fährt er unglücklicherweise an einem Streifenwagen vorbei, in dem der Polizist Paul (P) sitzt. Dieser erkennt sofort den ihm bekannten führerscheinlosen S und nimmt die Verfolgung auf. Mit völlig überhöhter Geschwindigkeit rast S davon und schafft es dadurch P zu entkommen. Die rasante Fluchtfahrt zeigt Wirkung. Zunächst stellt S seinen Wagen in seinem alten Schuppen ab und fährt eine ganze Zeit nicht mehr. Dann verlockt es ihn aber doch wieder zu sehr, Auto zu fahren. Diesmal will er es jedoch auf legalem Wege versuchen und meldet sich bei der Fahrschule „Fahrt ins Blaue“ an. Fahrlehrer Hans (H) freut sich

einen neuen Schüler bekommen zu haben und trinkt darauf mit seinem Kollegen gleich ein paar Doppelte. Mit einer BAK von 1,3 ‰ setzt sich H danach in das Fahrschulauto, um S eine Fahrstunde zu geben. Die Fahrt verläuft ohne weitere Zwischenfälle.

Nach einigen Fahrstunden und etwas Glück hat S dann tatsächlich die Führerscheinprüfung bestanden. Da er nun nicht mehr nur mit seiner alten Karre, sondern mit einem schnittigen Sportwagen unterwegs sein will, beschließt S eine Tankstelle zu überfallen, um sich dort das für den Sportwagen notwendige Kleingeld zu beschaffen. Weil S sich dieses Unterfangen alleine nicht zutraut, bittet er seinen Kumpel Norbert (N) ihm zu helfen. Sie vereinbaren, dass N vor der Tankstelle Schmiere steht und dafür 500 Euro erhalten soll. Den Überfall selbst soll allein S ausführen.

Wie vereinbart, positioniert sich N an der Einfahrt zur Tankstelle. Währenddessen stürmt S mit einer Strumpfmassage verkleidet und einer täuschend echt aussehenden Spielzeugpistole bewaffnet in das Tankstellengebäude. Die Angestellte Carmen (C) kommt gerade von der Toilette zurück und möchte hinter ihre Verkaufstheke zurückgehen. S sieht, dass die Tür dazu noch offen steht und erkennt den günstigen Moment. Er packt C, richtet die Waffe an deren Schläfe und fordert die Herausgabe des Kasseninhalts. C weiß sich nicht zu helfen und gibt S den gesamten Bargeldbestand heraus. Von der Beute erhält N die vereinbarten 500 Euro.

* Dr. Magdalena Grupp stellte diese Examensklausur im WS 2006/2007 als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Kinzig im Examensklausurenkurs der Universität Tübingen. 2010 trat sie in die Justiz Baden-Württemberg ein und hat dort als Richterin und Staatsanwältin gearbeitet. Seit 2014 ist sie als Referentin im eJustice-Programm abgeordnet an das Justizministerium Baden-Württemberg.

Auf seiner Flucht kommt S an einem Taxi-stand vorbei, an dem wie an jedem Mittwoch der Taxifahrer F arbeitet. Da S mit seiner Beute rasch verschwinden möchte, bestellt er ein Taxi und gibt das Fahrtziel an. Nach dem Einsteigen fällt S jedoch ein, es könnte doch auffällig sein, wenn er den Fahrpreis mit den großen Tankstellennoten bezahlt. Daher beschließt er – anstatt das Entgelt zu bezahlen – die gute Gelegenheit auszunutzen und F um ein kleines Taschengeld zu erleichtern. F fährt nichtsahnend über die A 8 zu dem von S angegebenen Fahrtziel. Da S nicht möchte, dass F seinen Wohnort erfährt, gibt er an, auf Höhe des Aichelbergs am Standstreifen aussteigen zu wollen. Denn von hier aus könne er direkt über die Felder zu seinem Wohnhaus gelangen. Am gewünschten Punkt bremst F ab, hält auf dem Standstreifen an und lässt den Motor aber noch laufen. F schaut auf die Anzeige und möchte das Fahrgeld in Höhe von 30 Euro kassieren. In diesem Moment ergreift S den Kopf des F, zieht ihn nach hinten und zischt: „Wenn dir dein Leben lieb ist, dann zahl du mir lieber 30 Euro.“ F hält dies für einen schlechten Scherz und entgegnet verdutzt: „Das ist doch jetzt nicht dein Ernst“. Er überlegt sich aus dem Taxi zu fliehen, um eine mögliche Eskalation zu vermeiden. S knirscht darauf unwirsch, zieht mit einem kräftigen Ruck an den Haaren den Kopf des F nochmals in den Nacken und wiederholt seine Drohung. An die Spielzeugpistole, die S immer noch bei sich trägt, denkt er in diesem Moment nicht. Aufgrund der vorbeidonnenden Lastwagen verwirft F nun auch seine Fluchtpläne und beschließt S nachzugeben. Daher reicht er S 30 Euro aus

einem privaten Portemonnaie. S entkommt über die Felder.

Fallfrage:

Zu beurteilen ist die Strafbarkeit von S, H und N. § 263 StGB ist nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

Erster Teil: Der Führerschein

A. Strafbarkeit des S

I. § 21 I Nr. 1 StVG (Fahren ohne Fahrerlaubnis)

S ist vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft ohne die dazu erforderliche Fahrerlaubnis im Straßenverkehr gefahren und hat sich daher nach § 21 I Nr. 1 StVG strafbar gemacht.

II. § 315c I Nr. 2 StGB (Überhöhte Geschwindigkeit)

Das bloße Fahren mit überhöhter Geschwindigkeit fällt nicht unter einer der in § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB aufgeführten sieben Todsünden des Straßenverkehrs. Zudem fehlt es an dem Eintritt einer konkreten Gefahr für Personen oder fremde Sachen.

Mithin scheidet eine Strafbarkeit des S nach § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB aus.¹

III. § 113 I StGB (Davonfahren vor dem Polizisten)

Tatbestandliche Voraussetzung wäre ein Handeln bzw. eine Drohung mit Gewalt oder ein tätlicher Angriff.

S fährt P lediglich davon, ohne dass ein tätiges Handeln gegenüber dem Polizeibeamten (etwa: gezieltes Zufahren) ersichtlich wäre.

Die bloße Flucht vor der Polizei vermag eine Strafbarkeit nach § 113 I StGB regelmäßig nicht zu begründen.²

IV. § 258 I StGB (Davonfahren vor dem Polizisten)

§ 258 I StGB verlangt ein Handeln zugunsten eines „anderen“. Die bloße Selbstbegünstigung bleibt damit – auch und insbesondere unter Berücksichtigung des nemo-tenetur-Prinzips – straflos.

B. Strafbarkeit des H

§ 316 I StGB (Abhalten der Fahrstunde unter Alkoholeinfluss)

I. Objektiver Tatbestand

1. Fahruntüchtigkeit

Absolute Fahruntüchtigkeit liegt ab einer BAK von 1,1 ‰, relative ab einer BAK von 0,3 ‰ vor, wenn zusätzliche alkoholbedingte Ausfallerscheinungen vorliegen. Hier war H mit 1,3 ‰ daher absolut fahruntüchtig.³

¹ Angemerkt sei insoweit, dass ein „geistiger Mangel“ iSd § 315c I Nr. 1 b) StGB nicht schon aufgrund eines fehlenden Führerscheins zu bejahen ist. Heranzuziehen wäre die Vorschrift etwa bei Psychosen, epileptischen Anfällen oder Narkolepsie; vgl. dazu *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 315c Rn. 36.

² Vgl. BGH NStZ 2013, 336, 337.

³ Beachte: Eine Ordnungswidrigkeit ist gemäß § 24a I StVG ab einer Blutalkoholkonzentration von 0,5 ‰ zu bejahen.

2. Führen eines Fahrzeugs

Weiterhin müsste H Führer eines Fahrzeugs gewesen sein. Dies ist problematisch, da er als Fahrlehrer das Fahrzeug nicht unmittelbar selbst bedient.

Gemäß § 2 XV 2 StVG „gilt im Sinne dieses Gesetzes der Fahrlehrer als Führer des Kraftfahrzeugs, wenn der Kraftfahrzeugführer keine entsprechende Erlaubnis besitzt“. Nach dieser Wertung des StVG erscheint eine Führereigenschaft des Fahrlehrers jedenfalls naheliegend.

Indes sprechen sich BGH und weite Teile der Literatur gegen eine *generelle* Einordnung des Fahrlehrers als Führer eines Fahrzeuges i.S.v. § 316 Abs. 1 StGB aus. Dieser Auffassung zufolge ist Führer eines Fahrzeuges nur derjenige, der selbst alle oder wenigstens einen Teil der wesentlichen technischen Einrichtungen des Fahrzeuges bedient, die für dessen Fortbewegung bestimmt sind.⁴

Die Ansicht der Rechtsprechung ist insbesondere aufgrund folgender Erwägung überzeugend:

§ 2 XV 2 StVG bezieht sich nach seinem ausdrücklichen Wortlaut nur auf „dieses Gesetz“ (StVG) und damit nicht auf die Strafbarkeit nach dem StGB. Ferner würde eine solche Auslegung auch dem Gesetzeszweck des § 2 Abs. 15 S. 2 StVG zuwiderlaufen. Ratio legis dieser Vorschrift ist nämlich, den Fahrschü-

ler vor einer Strafbarkeit nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG zu schützen und nicht eine Strafbarkeit des Fahrlehrers nach dem StGB zu begründen.

Zudem stellt § 316 StGB ein eigenhändiges Delikt dar. Damit ist eine Zurechnung nach den Grundsätzen der mittelbaren Täterschaft oder Mittäterschaft ebenso ausgeschlossen wie eine (bei anderen Delikten durchaus denkbare) Nebentäterschaft des Fahrlehrers. Diese grundsätzliche Wertung der Zurechnungslehre im Zusammenhang mit dem gesetzlich fixierten Erfordernis der Eigenhändigkeit würde man aber umgehen, wenn der Fahrlehrer prinzipiell (d.h. ohne nähere Zurechnungskriterien überhaupt zu bemühen) immer als Führer des Fahrzeuges angesehen wird, obwohl er dieses gerade nicht eigenhändig bedient.

Daher kommt es darauf an, ob im *konkreten Einzelfall* der Fahrlehrer die wesentlichen Einrichtungen des Fahrzeuges bedient oder ob dies bereits von dem Fahrschüler übernommen wird. Vorliegend bedient nicht H, sondern S die wesentlichen technischen Einrichtungen. Da S zudem aufgrund seiner vorangegangenen (unerlaubten) Fahrten bei lebensnaher Auslegung des Sachverhalts Fahrpraxis vorzuweisen hat, ist ferner davon auszugehen, dass von Seiten des H keine detaillierten technischen Anleitungen erforderlich sind.

Folglich ist H nicht als Führer eines Fahrzeuges anzusehen.

⁴ BGH NJW 1990, 1245; *Pegel*, in: MüKo-StGB, § 315c Rn. 14; *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, § 315c Rn. 10.

II. Ergebnis

H ist nicht strafbar gemäß § 316 I StGB.

Zweiter Teil: Der Überfall der Tankstelle

A. Strafbarkeit des S

I. §§ 249 I, 250 I Nr. 1 b) StGB (Herausgabeverlangen gegenüber C)

1. Tatbestand des § 249 I StGB

a) Objektiver Tatbestand

aa) Fremde bewegliche Sache

Das Geld stand im Eigentum der Tankstelle und stellte deshalb eine für S fremde bewegliche Sache dar.

bb) Qualifizierte Nötigungsmittel

Wenngleich der BGH früher bei dem Vorhalten einer echten Schusswaffe den Einsatz von Gewalt bejaht hat⁵, sind – in Übereinstimmung mit der Rspr. des BVerfG⁶ – bloße psychische Zwangswirkungen (vorliegend durch eine Spielzeugpistole hervorgerufen) keine „Gewalt“ iSd Norm.

Eine qualifizierte Drohung i.S.v. § 249 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben, auf deren Eintritt der Drohende Einfluss zu haben vorgibt, in Aussicht gestellt wird.⁷ Mithin ist es nicht relevant, ob tatsächlich eine Gefahr für Leib oder Leben besteht. S droht C mit dem Ein-

satz einer (Spielzeug-)Pistole. Da diese täuschend echt aussieht, liegt aus Opfersicht eine Drohung mit Leib- oder Lebensgefahr vor (sog. täuschende Drohung). Folglich ist das Nötigungsmittel nach § 249 Abs. 1 Alt. 2 StGB gegeben.

cc) Wegnahme

Unter einer Wegnahme versteht man im Ausgangspunkt wie bei § 242 StGB den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.⁸

Ein Bruch des Gewahrsams scheidet grundsätzlich dann aus, wenn der bisherige Gewahrsamsinhaber der Gewahrsamsverschiebung zustimmt (sog. tatbestandsausschließendes Einverständnis).⁹

Im Rahmen von § 249 Abs. 1 StGB ist nicht abschließend geklärt, inwiefern eine abgenötigte Zustimmung zur Gewahrsamsverschiebung ein (den Gewahrsamsbruch und damit auch die Wegnahme ausschließendes) Einverständnis darstellt. Grundsätzlich ist die Wirksamkeit eines Einverständnisses bei Zwang zu verneinen. Da bei § 249 Abs. 1 StGB ebenso wie bei §§ 253, 255 StGB jedoch tatbestandsimmanent immer ein Zwang des Opfers vorliegt, ist umstritten, nach welchen weiteren Kriterien das Vorliegen eines Einverständnisses und damit zugleich das Fehlen einer Wegnahme zu bestimmen ist.

⁵ BGHSt 23, 126, 127; 39, 133, 136.

⁶ BVerfG NStZ 1995, 275 ff.

⁷ Sander, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 249 Rn. 20.

⁸ Kindhäuser, in: NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 249 Rn. 8.

⁹ Lackner/Kühl, 28. Aufl. 2014, § 242 Rn. 14.

Nach einer insbesondere von der Rechtsprechung¹⁰ vertretenen Ansicht liegt eine Wegnahme (und damit gerade kein Einverständnis) vor, wenn der Täter den Gewahrsamswechsel nach dem äußeren Erscheinungsbild selbst vollzieht. Hintergrund dieses Kriteriums ist, dass nach Auffassung der Rspr. die „Wegnahme“ immer zugleich die Tathandlung der Erpressung in Form der „Duldung der Wegnahme“ darstellt. Der Raub ist mithin nur aufgrund der bestimmten Tathandlung eine speziellere Form im Verhältnis zur der allgemein gehaltenen Schädigungshandlung bei §§ 253, 255 StGB. Eine Abgrenzung zwischen der allgemeinen „Dulden der Wegnahme“ und der speziellen „Wegnahme“ ist daher zwangsläufig nur aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes möglich. Legt man dieses Kriterium dem vorliegenden Fall zugrunde, so ist maßgeblich, dass S das Geld, von außen betrachtet, von C übergeben wurde. Mithin läge hiernach kein Akt der Wegnahme i.S.v. § 249 Abs. 1 StGB vor.

Nach der herrschenden Literatur¹¹ ist ein nach außen vollzogener Gebeakt kein Ausschlussgrund für die Wegnahme, wenn das Opfer die Sache nur deshalb übergibt, weil es nach seiner inneren Willensrichtung die Sache ohnehin schon für verloren hält. Wegnahme ist hiernach nur dann zu verneinen, wenn das Opfer seinen eigenen Mitwirkungsakt für notwendig hält. Die Überlegung hinter dieser Abgrenzung findet sich in ei-

nem systematischen Vergleich des Verhältnisses Raub-Erpressung zum Verhältnis Diebstahl-Betrug. Bei letzterem ist anerkannt, dass ein Exklusivitätsverhältnis zwischen der Fremdschädigung i.S.v. § 242 StGB und der Selbstschädigung i.S.v. § 263 StGB besteht. Da § 249 StGB – im Gegensatz zu §§ 253, 255 StGB – Diebstahlelemente enthält, stehen Raub und Erpressung ebenfalls im Verhältnis der Exklusivität und damit gerade nicht im Verhältnis der Spezialität. Eine Abgrenzung zwischen Selbst- und Fremdschädigung ist aber wiederum nur anhand der Vorstellung des Opfers möglich. Daher ist auch im Verhältnis Raub zu Erpressung die innere Willensrichtung maßgeblich. Vorliegend weiß sich C nicht mehr zu helfen, da sie sich vor dem schützenden Schalter befindet und die Tür zu dem Gelddepot offen steht. Folglich denkt sie nicht, dass sie den Verlust der Sache auch ohne Mitwirkungsakt nicht verhindern kann. Daher wäre hiernach eine Wegnahme zu bejahen.

Da beide Ansichten zu abweichenden Ergebnissen gelangen, ist der Streit zu entscheiden.

Beachte:

Angesichts der identischen Strafraumen von § 249 I StGB einer- und §§ 253 I, 255 StGB („...gleich einem Räuber“) andererseits ist der Streit vorliegend von untergeordneter Relevanz.

Anders verhält es sich in Fällen, in denen sowohl Literatur als auch Rspr. eine „Wegnahme“ iSd § 249 I StGB bejahen, der Raub aber an anderer Stelle (etwa: fehlende Zueignungsabsicht) scheitert. Für die Literatur würde sich insoweit ein Rückgriff

¹⁰ BGHSt 14, 386, 390; 25, 224, 228; 41, 123, 126.

¹¹ Eser/Bosch, in: S/S, 29. Aufl. 2014, § 249 Rn. 2; Lackner/Kühl, § 255 Rn. 2 (mwN).

auf §§ 253, 255 StGB verbieten, während die Rspr. noch zu einer entsprechenden Strafbarkeit gelangen könnte.

Für die Ansicht der Rspr. streitet der Umstand, dass nach der Literaturansicht bei fehlender Zueignungsabsicht im Rahmen des § 249 I StGB – trotz Anwendung von vis absoluta – eine Strafbarkeit aus dem Raubstrafrahmen (über §§ 253, 255 StGB) ausscheiden muss (s.o.).

Dem kann freilich entgeggehalten werden, dass der Gesetzgeber mit § 248b StGB eine abschließende Regelung für Fälle fehlender Zueignungsabsicht geschaffen hat.

Auch die Gesetzssystematik lässt sich zugunsten der Literaturlauffassung anführen:

Wieso sollte der angebliche Grundtatbestand (§ 253, 255 StGB) in seiner Rechtsfolge („...wie ein Räuber zu bestrafen“) auf die speziellere Norm verweisen?

Schwer wiegt schließlich die Tatsache, dass § 249 StGB an sich überflüssig wäre, würden alle Fälle auch von §§ 253, 255 StGB erfasst.

Die überzeugenderen Argumente sprechen demnach für die Literaturmeinung, sodass dieser zu folgen ist.¹²

¹² AA ist freilich vertretbar!

b) Subjektiver Tatbestand

Zudem handelte S vorsätzlich und mit Zueignungsabsicht. Mithin ist der Grundtatbestand des § 249 I StGB zu bejahen.

2. Qualifikation nach § 250 I Nr. 1 StGB

a) § 250 I Nr. 1 a) Alt. 2 StGB (Gefährliches Werkzeug)

Die Frage, ob eine Schweinwaffe „gefährliches Werkzeug“ iSd § 250 I Nr. 1 a) Alt. 2 StGB sein kann, hat sich mit der Schaffung des § 250 I Nr. 1 b) StGB erledigt.¹³

b) § 250 I Nr. 1 b) StGB (Sonstige Werkzeuge oder Mittel)

Sog. Scheinwaffen, die jedenfalls optisch den Anschein der Gefährlichkeit erwecken (so hier), sind sonstige Werkzeuge iSd § 250 I Nr. 1 b) StGB.¹⁴

Der „Klassiker“ im Bereich der *bereits optisch* ungefährlichen Gegenstände ist der (von hinten gegen den Körper des Opfers gedrückte) Labello-Stift (BGH NJW 1996, 2663).

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

S handelte rechtswidrig und schuldhaft.

¹³ Wittig, in: BeckOK-StGB, § 250 Rn. 4.

¹⁴ Eser/Bosch, in: S/S, § 250 Rn. 15; Sander, in: MÜK-StGB, § 250 Rn. 42; Eisele, BT II, 2. Aufl. 2012, Rn. 350.

4. Ergebnis und Konkurrenzen

S hat sich gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1 b) StGB strafbar gemacht. Hinter diese Straftatbestände treten die ebenfalls mitverwirklichten §§ 239, 240 I, 241 I und §§ 242 I, 244 I Nr. 1 b), 246 StGB im Wege der Spezialität zurück.

II. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1 b) StGB (Her- ausgabeverlangen gegenüber C)

Ausgehend vom Charakter des § 253 StGB als Selbstschädigungsdelikt, welches zum Fremdschädigungsdelikt des § 249 StGB in einem Exklusivitätsverhältnis steht, bedarf es – nach Ansicht der Literatur – zur Verwirklichung des § 253 StGB einer Vermögensverfügung. Eine solche kann aber, insoweit eine „Wegnahme“ iSd § 249 I StGB bejaht wurde (wie hier), nicht vorliegen.

III. § 239a I Alt. 1 Fall 2 StGB (Vorhalten der Spielzeugpistole)

1. Objektiver Tatbestand

Ein Sich-bemächtigen i.S.d. § 239a I Alt. 1 Fall 2 StGB liegt vor, wenn der Täter physische Herrschaftsgewalt über eine andere Person begründet.¹⁵ Durch das Vorhalten der täuschend echt aussehenden Spielzeugpistole an den Körper der C hat sich S ihrer bemächtigt.

2. Subjektiver Tatbestand

Der Täter des § 239a StGB muss aktiv werden, um die Sorge des Opfers (oder eines Dritten) um sein Wohl „zu einer Erpressung

(§ 253 StGB) auszunutzen“. S wollte aber – bleibt man konsequent bei der Literaturlaufassung – die Sorge zu einem Raub (§ 249 StGB) ausnutzen.

D.h. aber, dass es auf die Frage, inwieweit der § 239a StGB im Zwei-Personen-Verhältnis zu modifizieren ist, an dieser Stelle gar nicht ankommt.

3. Ergebnis

Damit ist S nicht gem. § 239a I Alt. 1 Fall 2 StGB strafbar.

IV. § 239b I Alt. 1 Fall 2 StGB (Vorhalten der Spielzeugpistole)

S hat sich der A bemächtigt (s.o.).

Daneben müsste die Absicht zu einer eigenständigen qualifizierten Nötigung zu bejahen sein.

Von der Erkenntnis ausgehend, dass im *Zweipersonenverhältnis* (sprich: Bemächtigungsoffer und Nötigungsoffer sind identisch) in typischen Raubfällen stets auch eine Geiselnahme iSd § 239b StGB anzunehmen wäre¹⁶, sah sich der BGH gezwungen, die §§ 239a, 239b StGB¹⁷ als unvollkommen zweiaktige Delikte einzustufen.¹⁸

¹⁵ Eisele, BT II, Rn. 818.

¹⁶ Fragwürdig erscheint dies insbesondere bei einem Strafrahmenvergleich von § 249 I StGB (mind. ein Jahr) und § 239b StGB (mind. fünf Jahre).

¹⁷ Im Rahmen des § 239a StGB stellt sich die (identische) Abgrenzungsfrage zu §§ 253, 255. StGB.

¹⁸ BGHSt 40, 350, 355.

Das heißt, der hohe Strafraum der §§ 239a, 239b StGB ist nur dann gerechtfertigt, wenn zwischen erstem Teilakt (Bemächtigen bzw. Entführen) und zweitem Teilakt (Erpressung bzw. qualifizierte Nötigung) eine stabile Bemächtigungslage eingetreten ist.¹⁹

Da vorliegend Bemächtigungs- und Nötigungshandlung zusammenfallen, kommt der Bemächtigungssituation keine eigenständige Bedeutung zu.²⁰ Von einer Stabilisierung kann insoweit keine Rede sein.

Mithin hat S durch das Vorhalten der Spielzeugpistole den Tatbestand der Geiselnahme nicht erfüllt. Daher ist er nicht gem. § 239b I Alt. 1 Fall 2 StGB strafbar.

V. § 123 I Alt. 1 StGB (Betreten der Tankstelle)

1. Tatbestandsmäßigkeit

S müsste in die Geschäftsräume eingedrungen sein.

Ein Eindringen liegt vor, wenn die Geschäftsräume gegen den ausdrücklich erklärten oder mutmaßlichen Willen des Berechtigten betreten werden.²¹

Grds. liegt im Hinblick auf die die Tankstelle zu den regulären Öffnungszeiten betretenden Kunden ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vor. Anders ist dies jedoch zu

beurteilen, wenn der vermeintliche Kunde schon *äußerlich* nicht den Eindruck eines Kunden, sondern den eines Störers macht. Diesem würde der Berechtigte, wenn er an der Tür stünde, den Zutritt verwehren.

S betritt die Tankstelle und hat dabei eine Strumpfmassage über das Gesicht gezogen. Mithin ist schon äußerlich ersichtlich, dass sein Betreten nicht vom Willen des Berechtigten gedeckt ist. Daher liegt ein Eindringen i.S.v. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB vor.

Weiterhin ist diesbezüglich Vorsatz zu bejahen.

2. Ergebnis und Konkurrenzen

S hat sich gemäß § 123 I Alt. 1 StGB strafbar gemacht. Insoweit besteht gemäß § 123 II StGB ein Strafantragserfordernis.

Im Verhältnis zum oben erörterten Raub liegt eine natürliche Handlungseinheit vor, so dass § 123 I StGB zu §§ 249 I, 250 I Nr. 1 b) StGB in Idealkonkurrenz gemäß § 52 I StGB steht.

¹⁹ BGH NStZ 2010, 516.

²⁰ Vgl. dazu auch BGH NStZ 1999, 509.

²¹ Sternberg-Lieben, in: S/S, § 123 Rn. 11; Lackner/Kühl, § 123 Rn. 5.

B. Strafbarkeit des N

I. §§ 249 I, 250 I Nr. 1 b) i.V.m. § 25 II StGB (Schmierestehen)

1. Tatbestandsmäßigkeit

Da N selbst keine der in § 249 I StGB aufgeführten Tathandlungen selbst verwirklicht hat, stellt sich die Frage, ob ihm das Handeln des S gemäß § 25 II StGB im Wege der Mittäterschaft zugerechnet werden kann.

Erforderlich ist dementsprechend ein eigener Verursachungsbeitrag auf Grundlage eines gemeinsamen Tatplanes.²² Dabei muss in Ansehung des betreffenden Beteiligten – wie immer – Täterqualität zu bejahen sein.

Demnach gilt es im Folgenden zu ermitteln, ob N einen täterschaftlichen Beitrag geleistet hat oder ob „nur“ eine Teilnehmerstrafbarkeit in Betracht kommt.

Die (jüngere) Rspr. grenzt Täterschaft und Teilnahme auf Grundlage des *Willens* des jeweiligen Beteiligten ab, ohne dabei anderweitige Kriterien – Interesse am Taterfolg, Umfang der Tatbeteiligung etc. – zu vernachlässigen.²³

Beachte:

Insb. das RG vertrat noch einen rein subjektiven Ansatz, nach welchem die Abgrenzung einzig auf Willensebene (*animus auctoris* versus *animus socii*) erfolgte.

²² Vgl. auch Kudlich, in: BeckOK-StGB, § 25 Rn. 43.

²³ Vgl. exemplarisch BGH NStZ 1982, 243; BGH NStZ-RR 2003, 265, 267.

Die herrschende Auffassung in der Literatur stellt dagegen die Frage, ob ein Beteiligter *Tatherrschaft* dergestalt innehat, dass er als Zentralgestalt des tatbestandsmäßigen Geschehens erscheint.²⁴

Unter Beachtung des geringen Umfanges der Tatbeteiligung („nur“ Schmierestehen) sowie des nur untergeordneten Interesses am Taterfolg („lediglich“ Erhalt von 500 € ohne weitere Gewinnbeteiligung) würde die Rspr. mit ihrer gemäßigt subjektiven Theorie eine Täterschaft des N verneinen.

Gleiches gilt für die Tatherrschaftslehre der Literatur: N hält das tatbestandsmäßige Geschehen nicht „in den Händen“²⁵, sodass er eher Rand- denn Zentralfigur ist.

Einer Entscheidung bedarf es demnach nicht.

2. Ergebnis

N hat sich nicht gemäß §§ 249 I, 250 I Nr. 1 b) iVm § 25 II StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des N gemäß §§ 249 I, 250 I Nr. 1 b), 27 I StGB (Schmierestehen)

1. Grundtatbestand

N müsste S iSd § 27 I StGB „Hilfe geleistet“, mithin einen die Haupttat (§§ 249, 250 StGB durch S) ermöglichenden, erleichternden

²⁴ Joecks, in: Müko-StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 13; Rengier, AT, 6. Aufl. 2014, § 41 Rn. 11; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 44. Aufl. 2014, Rn. 513.

²⁵ Vgl. etwa Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 512.

oder aber die Rechtsgutsverletzung verstärkenden Tatbeitrag erbracht haben²⁶.

Durch das Schmierestehen hat N die ungestörte Raubbegehung durch S erleichtert.

Dabei handelte er sowohl bezüglich der Haupttat als auch bezüglich des Hilfeleistens vorsätzlich.

Beihilfe zum Raub gemäß §§ 249 I, 27 I StGB ist zu bejahen.

2. Qualifikation

Eine Beihilfe zum schweren Raub - §§ 250 I Nr.1 b), 27 I StGB - setzt voraus, dass eine Zurechnung des Qualifikationsmerkmals (hier: Beisichführen eines Werkzeugs in „Widerstandsüberwindungsabsicht“) nach allgemeinen Regeln möglich ist.

Während *tatbezogene* Qualifikationsmerkmale schlicht vom Vorsatz des Teilnehmers umfasst sein müssen, können *täterbezogene* Merkmale gemäß § 28 II StGB nur dann zu einer Strafschärfung auf Teilnehmerseite führen, wenn dieser in seiner Person das Merkmal (ebenfalls) verwirklicht.

Handelte es sich beim „Beisichführen des Werkzeugs in Widerstandsüberwindungsabsicht“ um ein tatbezogenes Merkmal, würde dem – in alles eingeweihten – S die Qualifikation des § 250 I Nr. 1 b) StGB gemäß § 27 I StGB zugerechnet.

²⁶ Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 582; ähnlich Rengier, AT, § 45 Rn. 82.

Anders läge es bei Annahme eines täterbezogenen Merkmals: N selbst hatte keine Überwindungsabsicht, sodass eine Zurechnung ausscheiden müsste.

Wenngleich das subjektive Element der „Widerstandsüberwindungsabsicht“ die Bejahung eines täterbezogenen Merkmals – vergleichbar den „subjektiven“ Mordmerkmalen des § 211 StGB – nahe legt²⁷, lässt der Wortlaut des § 250 I Nr. 1 StGB („..., wenn der Täter oder ein anderer Beteiligter am Raub...“) keinen anderen Schluss zu, als dass eine Zurechnung zu erfolgen hat.²⁸

Die Kenntnis des N vom Vorgehen des S reicht demnach zur Bejahung der Beihilfestrafbarkeit aus.

3. Ergebnis

N ist gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1 b) i.V.m. § 27 I StGB zu bestrafen. Die Strafe ist obligatorisch nach § 27 II 2 zu mildern.

III. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1 b) i.V.m. § 27 I StGB

Mangels vorsätzlich und rechtswidrig verwirklichter Haupttat hat sich N nicht einer Beihilfe zur schweren räuberischen Erpressung schuldig gemacht. Aus demselben Grund scheidet auch eine Strafbarkeit nach

²⁷ Grundlegend zu den besonderen persönlichen Merkmalen iSd § 28 StGB etwa Rengier, AT, § 46 Rn. 13 ff.

²⁸ Daher zu Recht gegen eine Einordnung als besonderes persönliches Merkmal Eser/Bosch, in: S/S, § 244 Rn. 21/22; Wittig, in: BeckOK-StGB, § 244 Rn. 13.

§§ 239a I Alt. 1 Fall 2 bzw. 239b I Alt. 1 Fall 2 i.V.m. § 27 I StGB aus.

IV. §§ 123 I, 27 I StGB (Schmierestehen)

Durch das Schmierestehen hat N ferner §§ 123 I, 27 I StGB verwirklicht.

Diese Tat steht gemäß § 52 I Alt. 1 StGB in Tateinheit zur Raubbeihilfe.

V. § 259 I Alt. 2 StGB (Entgegennahme der 500 €)

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Ein „anderer“ (S) hat das Geld aus einer gegen fremdes Vermögen gerichteten rechtswidrigen Tat (§§ 249, 250 StGB) erlangt.

Fraglich ist, ob N sich die 500 € iSd § 259 I Alt. 2 StGB „verschafft“ hat. Sich-Verschaffen meint die Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt zu eigenen Zwecken im Einvernehmen mit dem Vortäter.²⁹

Problematisch ist vorliegend, dass N bereits Gehilfe der Vortat war (s.o.), sodass sich die Frage nach der Abgrenzung von Vortatbeteiligung und (täterschaftlicher) Hehlerei stellt.

Eine täterschaftliche Hehlerei erst nach Beendigung der Vortat zuzulassen³⁰, lässt sich mit Wortlaut („gestohlen“ bzw. „erlangt hat“) sowie ratio legis (rechtswidrige Vermögens-

lage besteht bereits *vor Beendigung* und kann dementsprechend bereits *nach Vollendung* vertieft werden) der Vorschrift schwerlich vereinbaren.

Dementsprechend reicht die Vollendung der Vortat, an welcher der Täter des § 259 I StGB keinesfalls als Täter mitgewirkt haben darf³¹, aus.³²

Vorliegend ist die Vortat bei der Beuteverteilung zumindest vollendet.

Damit ist ein „Sich verschaffen“ i.S.v. § 259 I Var. 2 StGB durch N zu bejahen.

b) Subjektiver Tatbestand

N handelt vorsätzlich und in der Absicht, sich zu bereichern.

2. Ergebnis

Damit ist eine Strafbarkeit des N gem. § 259 I Var. 2 StGB zu bejahen.

VI. § 261 II Nr. 1 StGB (Entgegennehmen der 500 €)

In Ansehung des § 261 II Nr. 1 StGB greift der Strafaufhebungsgrund des § 261 IX 2 StGB, wonach Beteiligte der Vortat (sprich: Täter und Teilnehmer) nicht nach § 261 I-V StGB bestraft werden.

²⁹ BGH NStZ 1995, 544; *Stree/Hecker*, in: S/S, § 259 Rn. 17; *Maier*, in: Müko-StGB, § 259 Rn. 76.

³⁰ So noch BGH NJW 1966, 2226, 2227.

³¹ § 259 I erfasst nur die Vortat eines „anderen“, womit Täter der Vortat und Hehler keinesfalls identisch sein können (allg. Meinung).

³² BGH NStZ-RR 2006, 371; *Maier*, in: Müko-StGB, § 259 Rn. 47.

Dritter Teil: Das Taxi

A. Strafbarkeit des S

I. § 249 I StGB (Herausgabeverlangen)

In Ansehung der 30 € müsste eine Wegnahme iSd § 249 I StGB vorliegen.

Nach Literaturauffassung ist eine solche für den Fall zu bejahen, dass F nach seiner inneren Willensrichtung seine Mitwirkung *nicht* mehr für *notwendig* hält (s.o.).

Die Rspr. würde indes auf das äußere Erscheinungsbild (Geben oder Nehmen?) abstellen (s.o.).

F, der den Vorgang zunächst nur für einen Spaß hielt und wohl auch Fluchtmöglichkeiten gehabt hätte, musste seine Mitwirkung für notwendig halten.

Äußerlich liegt ein Geben vor.

Demnach scheidet nach beiden Ansichten eine Wegnahme iSd § 249 I StGB aus.

II. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1 b), Nr. 1 c) StGB (Herausgabeverlangen)

1. Grundtatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Qualifiziertes Nötigungsmittel

Das Zurückziehen des Kopfes durch Ergreifen der Haare ist eine Gewaltanwendung iSd § 255 StGB.

bb) Nötigungserfolg

Der Nötigungserfolg liegt in der Weggabe (Handlung) der 30 € durch F.

cc) Vermögensverfügung

Die nach Literaturansicht notwendige *Vermögensverfügung* – spricht: F müsste *willentlich* auf sein Vermögen eingewirkt haben³³ – ist unter Beachtung der inneren Willensrichtung des F zu bejahen.

Beachte:

Ein Streitentscheid, ob eine Vermögensverfügung im Rahmen des § 253 StGB erforderlich ist, ist nur erforderlich, wenn das Vorliegen der Verfügung zu verneinen ist.

dd) Vermögensschaden

Ein Vermögensschaden liegt vor.

b) Subjektiver Tatbestand

S handelte vorsätzlich und mit Bereicherungsabsicht.

c) Objektive Rechtswidrigkeit

Die objektive Rechtswidrigkeit der Bereicherung sowie ein entsprechender Vorsatz sind ebenso zu bejahen.

³³ Stellvertretend Sander, in: Müko-StGB, § 253 Rn. 13.

2. Qualifikation

a) § 250 I Nr. 1 b) StGB

Da S sich während des gesamten Vorgangs nicht bewusst ist, die Spielzeugpistole bei sich zu führen, fehlt es ihm jedenfalls an der Widerstandsüberwindungsabsicht.

b) § 250 I Nr. 1 c) StGB

Anhaltspunkte für eine „schwere Gesundheitsschädigung“ iSd § 250 I Nr. 1 c) StGB³⁴ liegen nicht vor.

3. Ergebnis

S hat sich gemäß §§ 253 I, 255 StGB strafbar gemacht. Dahinter treten die ebenfalls verwirklichten §§ 240 I, 241, 239 StGB zurück. § 239a I Alt. 1 Fall 2 und § 239b I Alt. 1 Fall 2 StGB sind mangels stabilisierender Lage nicht verwirklicht (vgl. oben).

III. § 316a I StGB (Herausgabeverlangen)

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Verüben eines Angriffs

Einen Angriff (auf Leib, Leben oder die Entschlussfreiheit) verübt, wer in feindseliger Willensrichtung auf den Körper eines ande-

ren einwirkt oder dessen Entschlussfreiheit beeinträchtigt.³⁵

(1) Angriff auf Entschlussfreiheit?

Zunächst ist an einen Angriff auf die Entschlussfreiheit des Taxifahrers im Wege der Täuschung über die Raubabsicht (bei Besteigen des Taxis) zu denken. Nötigenden Charakter könnte die Täuschung insoweit durch die in § 22 PBefG normierte Beförderungspflicht erlangen.

Indes übernimmt der Taxifahrer die Beförderung primär aus eigenen wirtschaftlichen Interessen³⁶, sodass es am objektiven Nötigungscharakter fehlt.

(2) Angriff auf Leib oder Leben?

Das ruckartige Ergreifen der Haare und das Ziehen des Kopfes sind als Einwirken auf den Körper eines anderen in feindseliger Willensrichtung zu qualifizieren, sodass ein Angriff auf den Leib des F vorliegt.

bb) Führer eines Kraftfahrzeugs

F müsste bei Verübung des Angriffs Führer des Kraftfahrzeugs gewesen sein.

Grds. ist Führer eines Fahrzeugs iSd § 316a StGB, „wer das Kraftfahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält *oder allgemein* mit dem Betrieb des Fahrzeugs

³⁴ Langwierige ernsthafte Krankheiten oder eine erhebliche Beeinträchtigung der Arbeitskraft für lange Zeit (dazu Lackner/Kühl, § 250 Rn.3) sind nicht ersichtlich.

³⁵ BGH NJW 2004, 786, 787; Fischer, 62. Aufl. 2015, § 316a Rn. 8.

³⁶ Treffend BGH NJW 2004, 786, 787.

und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist³⁷.

Dass das Taxi im Zeitpunkt des Angriffs bereits stand, steht einer Führer-Eigenschaft des F damit nicht entgegen.

Bei *verkehrsbedingten* Halten – an einer Ampel, Bahnschranke oder im Stau³⁸ – richtet der Fahrer (unabhängig, ob der Motor läuft oder nicht) seine Aufmerksamkeit jedenfalls auch auf das Verkehrsgeschehen, sodass die erhöhte Schutzlosigkeit³⁹ des Opfers auch insoweit zu bejahen ist.

Indes hielt F nicht verkehrsbedingt, sondern schlicht deshalb, weil das Fahrtziel erreicht war.

Auch bei einem *nicht verkehrsbedingten* Halt kann jedoch der Fahrer mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt sein. Dies ist insbesondere bei noch laufendem Motor zu bejahen.⁴⁰

In Ermangelung gegenteiliger Anhaltspunkte ist unter Beachtung des laufenden Motors eine Führer-Eigenschaft des F zu bejahen.

cc) Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs

Eine Ausnutzung der *verkehrsspezifischen Gefahrenlage* liegt objektiv betrachtet vor,

wenn der Führer eines Kraftfahrzeuges – gerade weil er mit der Bewältigung von Verkehrs- oder Betriebsvorgängen beschäftigt ist – in seinen Verteidigungsmöglichkeiten eingeschränkt ist und damit leichter zum Angriffsobjekt eines Überfall werden kann.⁴¹

Bei einem nicht verkehrsbedingten Halt (wie hier) stellt sich freilich die Frage, ob die Herabsetzung der Verteidigungsmöglichkeit tatsächlich auf spezifischen Anforderungen des Straßenverkehrs beruht.

Beachte:

Während das Laufen des Motors im Rahmen eines nicht verkehrsbedingten Halts die Führereigenschaft zu begründen vermag, verlangt ein Ausnutzen der spezifischen Verhältnisse des Straßenverkehrs mehr als das bloße Laufen des Motors. Dem Ausnutzungserfordernis kommt damit die Aufgabe der *Restriktion* zu!

Ein Ausnutzen der Straßenverkehrsverhältnisse erfordert im Rahmen eines nicht verkehrsbedingten Halts das Hinzutreten weiterer verkehrsspezifischer Umstände.⁴²

Gegen eine verkehrsspezifische Einschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten des F könnte vorliegend der Umstand sprechen, dass ein Taxifahrer im Zeitpunkt des Abkassierens allenfalls noch sekundär mit der Bewältigung von Verkehrs- oder Betriebsvorgängen beschäftigt ist. Primär ist seine Aufmerksamkeit jedoch dem Feststellen des

³⁷ BGH NJW, Fn. 36.

³⁸ Beispiele bei *Eisele*, BT II, Rn. 433.

³⁹ Zur ratio der Vorschrift *Eisele*, BT II, Rn. 425.

⁴⁰ BGH NJW 2004, 786, 788; *Fischer*, § 316a Rn. 4; *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: S/S, § 316a Rn. 8 (mwN).

⁴¹ Vgl. nur *Norouzi*, in: BeckOK-StGB, § 316a Rn. 16; *Fischer*, § 316a Rn. 9.

⁴² BGH NJW 2005, 2564, 2565; *Sander*, in: Müko-StGB, § 361a Rn. 32.

Fahrpreises, dem Aushändigen und Abzählen des Wechselgeldes und der Entgegennahme und dem Abzählen des Fahrpreises gewidmet.

Andererseits wurde F von S aufgefordert, am Standstreifen der Autobahn zu halten. Damit ist F nicht nur durch das die Konzentration in hohem Maße in Anspruch nehmendes Abbremsen und Halten auf dem Standstreifen abgelenkt. Vielmehr wird die Aufmerksamkeit des F bei lebensnaher Auslegung auch nach dem Halten noch auf den Verkehr und auf ein fortdauerndes Halten mit genügendem Abstand zur rechten Spur gerichtet sein, da auf dieser bei lebensnaher Auslegung an einem Werktag vor allem breitspurige Lastkraftwagen mit hoher Geschwindigkeit unterwegs sind. Zudem ist F auch gerade aufgrund der vorbeifahrenden Lastwagen an der Flucht aus der Fahrerseite des Taxis gehindert.

Aufgrund dieser Umstände sind die Verteidigungsmöglichkeiten des F verkehrsspezifisch eingeschränkt.

b) Subjektiver Tatbestand

Weiterhin erfolgte der Angriff des S vorsätzlich und in der Absicht eine räuberische Erpressung iSd § 255 StGB zu begehen.

2. Ergebnis und Konkurrenzen

Demzufolge hat sich der rechtswidrig und schuldhaft handelnde S gemäß § 316a I StGB strafbar gemacht. Um klarzustellen, dass auch das Rechtsgut der Straßenverkehrssi-

cherheit verletzt wurde, steht § 316a I StGB zu §§ 253 I, 255 StGB in Idealkonkurrenz gemäß § 52 Abs. 1 StGB.

IV. § 223 I StGB (Ziehen an den Haaren)

Das Ziehen an den Haaren und der Ruck des Kopfes nach hinten durch S stellen eine üble und unangemessene Behandlung des F dar, die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Mithin liegt eine körperliche Misshandlung iSv § 223 I Var. 1 StGB vor. Dies geschah vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

S ist daher gemäß § 223 I StGB strafbar. Gemäß § 230 I StGB ist ein Strafantrag erforderlich.

Vierter Teil: Endergebnis

H: Strafflos.

N: §§ 250 I Nr. 1 b), 27 I; 123 I, 27 I; 259 I Var. 2; 52 I StGB

S: §§ 21 I Nr. 1 StVG - 53 - 249 I, 250 I Nr. 1 b); § 123 I; 52 I - 53 - 253 I, 255; 316a I; 223 I; 52 I StGB

► [Inhaltsverzeichnis](#)



MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

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

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

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

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

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Bundesarbeitsgericht

Krankheitsbedingte außerordentliche Kündigung – Zurückweisung mangels Vollmachtsvorlage

Urteil vom 23.01.2014 – 2 AZR 582/13;

Urteil vom 25.09.2014 – 2 AZR 567/13

1. Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit kann ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB sein. Grundsätzlich ist dem Arbeitgeber aber die Einhaltung der Kündigungsfrist zuzumuten. An eine ordentliche Kündigung wegen Arbeitsunfähigkeit ist ein strenger Maßstab anzulegen. Eine außerordentliche Kündigung kommt daher nur in eng begrenzten Fällen in Betracht, etwa wenn die ordentliche Kündigung aufgrund tarifvertraglicher oder einzelvertraglicher Vereinbarungen ausgeschlossen ist.

2. Voraussetzung für eine außerordentliche Kündigung in diesem Fall ist, dass die prognostizierten Fehlzeiten und die sich aus ihnen ergebende Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen deutlich über das Maß hinausgehen müssen, welches eine ordentliche Kündigung sozial zu rechtfertigen vermöchte. Es bedarf eines gravierenden Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleis-

tung. Ein solches ist gegeben, wenn zu erwarten steht, dass der Arbeitgeber bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses – gegebenenfalls über Jahre hinweg – erhebliche Entgeltzahlungen zu erbringen hätte, ohne dass dem eine nennenswerte Arbeitsleistung gegenüberstände. Die Aufrechterhaltung eines solchermaßen "sinnentleerten" Arbeitsverhältnisses kann dem Arbeitgeber auch im Falle eines ordentlich nicht kündbaren Arbeitnehmers unzumutbar sein.

3. Gemäß § 174 Satz 2 BGB liegt ein In-Kennntnis-Setzen auch dann vor, wenn der Arbeitgeber bestimmte Mitarbeiter – z.B. durch die Bestellung zum Prokuristen, Generalbevollmächtigten oder Leiter der Personalabteilung – in eine Stelle berufen hat, mit der üblicherweise ein Kündigungsrecht verbunden ist. Dabei reicht die interne Übertragung einer solchen Funktion nicht aus. Erforderlich ist, dass sie auch nach außen im Betrieb ersichtlich ist oder eine sonstige Bekanntmachung erfolgt. Der Erklärungsempfänger muss davon in Kenntnis gesetzt werden, dass der Erklärende die Stellung tatsächlich innehat.

4. Eine Zurückweisung der Kündigung nach § 174 Satz 2 BGB scheidet auch dann aus, wenn der kündigende Personalleiter zugleich (Gesamt-)Prokurist ist und die im Handelsregister publizierte Prokura sein – alleiniges – Handeln nicht deckt. Es genügt, dass der Kündigungsempfän-

ger aufgrund der – ihm bekannten – Stellung des Kündigenden als Personalleiter von einer ordnungsgemäßen Bevollmächtigung zum alleinigen Ausspruch von Kündigungen ausgehen muss. Ob der Personalleiter zugleich eine ausreichende Vertretungsmacht als (Gesamt-)Prokurist besitzt, ist grundsätzlich ohne Belang.

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

Die im Jahre 1961 geborene K ist seit dem Jahr 1983 bei B beschäftigt. B, bei der kein Betriebsrat besteht, betreibt Friedhöfe. Seit dem Jahr 2002 ist K für B überwiegend als Hilfgärtnerin tätig, wobei sich ihre Arbeitsverpflichtung auf die Tage Montag bis Donnerstag bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 31,59 Stunden erstreckt. Ihre durchschnittliche Bruttomonatsvergütung beträgt EUR 2.075,00. Aufgrund einschlägiger tarifvertraglicher Regelungen ist K ordentlich nicht mehr kündbar.

In den Jahren 2002 bis 2013 war K wegen unterschiedlicher Erkrankungen wiederholt arbeitsunfähig. Die krankheitsbedingten Fehlzeiten betragen in diesem Zeitraum zwischen 19 und 163 Arbeitstage pro Kalenderjahr. Durchschnittlich fehlte K in den Jahren 2002 bis 2013 an 75,25 Arbeitstagen pro Kalenderjahr. Außerdem leistete B in dem Zeitraum von 2008 bis 2013 allein wegen der Fehlzeiten der K Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall in Höhe von EUR 34.432,82. Seit 2011 gingen die krankheitsbedingten Ausfallzeiten der K auf durchschnittlich 11,75

Wochen pro Jahr zurück. Sie betragen im Jahr 2011 55 Arbeitstage, im Jahr 2012 67 Arbeitstage und im Jahr 2013 19 Arbeitstage.

Am 06.10.2013 führte B mit K ein betriebliches Eingliederungsmanagement im Sinne des § 84 Abs. 2 SGB IX durch. Zuletzt war K in der Zeit vom 16.11.2013 bis zum 19.12.2013 arbeitsunfähig erkrankt.

Mit Schreiben vom 09.12.2013 teilte B der K mit, dass sie nunmehr abschließend entschieden habe, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Gleichzeitig unterbreitete B der K ein Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags. Dieses Angebot hielt B bis zum 06.01.2014 aufrecht. Nachdem K dieses Angebot bis zum 06.01.2014 nicht annahm, kündigte B das Arbeitsverhältnis der K mit Schreiben vom 09.01.2014 außerordentlich unter Einhaltung der hypothetischen Kündigungsfrist von sieben Monaten zum Monatsende (sog. soziale Auslaufrfrist) zum Ablauf des 31.08.2014.

Die im Namen der B ausgesprochene schriftliche Kündigungserklärung war von P, der seit dem 01.01.2010 Leiter der Personalabteilung der B ist, mit dem Zusatz "ppa." sowie von dem Personalsachbearbeiter G mit dem Zusatz "i.V." unterzeichnet. P verfügt seit dem 01.01.2012 über Gesamtprokura und ist gemeinsam mit einem Geschäftsführer oder einem Prokuristen zur Vertretung der B berechtigt. Außerdem wurde dem P seitens B im Zusammenhang mit seiner Bestellung zum Personalleiter eine Einzelvollmacht für den Abschluss von Arbeitsverträgen und den

Ausspruch von Kündigungen erteilt. Dem von P und G unterzeichneten Kündigungsschreiben lag indes keine Vollmachtsurkunde bei. Dass P zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung Personalleiter der B war, war K indes bekannt.

Am 11.01.2014 wies K die von P und G unterzeichnete Kündigung "mangels Nachweises der Vertretungsberechtigung der Unterzeichner" zurück.

Hat die außerordentliche Kündigung vom 09.01.2014 das zwischen K und B bestehende Arbeitsverhältnis zum Ablauf des 31.08.2014 wirksam beendet?

Lösungsvorschlag:

Die außerordentliche Kündigung vom 09.01.2014 hätte das zwischen K und B bestehende Arbeitsverhältnis wirksam zum Ablauf des 31.08.2014 beendet, wenn die Kündigung einerseits formell ordnungsgemäß erklärt worden wäre und andererseits die Voraussetzungen des § 626 BGB vorlägen.

I. Formelle Wirksamkeit der Kündigung

Die Kündigung müsste zunächst formell wirksam sein.

1. Schriftform der Kündigungserklärung

Gemäß § 623 BGB bedarf eine Kündigung der Schriftform im Sinne des § 126 Abs. 1 BGB. Die Kündigung wurde gegenüber K schriftlich erklärt, so dass das Schriftformerfordernis des § 623 BGB gewahrt ist.

2. Zurückweisung nach § 174 Satz 1 BGB

Zweifel an der formellen Wirksamkeit der Kündigungserklärung könnten sich aber deshalb ergeben, weil dem von P und G unterzeichneten Kündigungsschreiben keine Vollmachtsurkunde beilag und K die Kündigung daher am 11.01.2014 "mangels Nachweises der Vertretungsberechtigung der Unterzeichner" zurückwies. Die Kündigung könnte vor diesem Hintergrund gemäß § 174 Satz 1 BGB unwirksam sein. Nach dieser Vorschrift ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Folge der Zurückweisung im Sinne des § 174 Satz 1 BGB ist – unabhängig vom tatsächlichen Bestehen einer Vollmacht – die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Eine Heilung oder Genehmigung nach § 177 BGB scheidet aus.

a) Vorliegen der Voraussetzungen des § 174 Satz 1 BGB

Bei einer Kündigung handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft. Weiterhin war dem von P und G unterzeichneten Kündigungsschreiben vom 09.01.2014 keine Originalvollmacht beigelegt. Zudem wies K die Kündigung genau aus diesem Grunde am 11.01.2014, also unverzüglich, auch zurück. Die Voraussetzungen des § 174 Satz 1 BGB liegen somit zunächst vor.

b) Ausschluss der Zurückweisung nach § 174 Satz 2 BGB

Es könnte allerdings sein, dass das Zurückweisungsrecht der K gemäß § 174 Satz 2 BGB ausgeschlossen ist. Nach dieser Norm ist das Zurückweisungsrecht dann ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber demjenigen, gegenüber dem das einseitige Rechtsgeschäft vorgenommen werden soll, die Bevollmächtigung (vorher) mitgeteilt hatte. Das Bundesarbeitsgericht führt zu Sinn und Zweck des § 174 Satz 2 BGB wie folgt aus:

"§ 174 BGB dient dazu, bei einseitigen Rechtsgeschäften klare Verhältnisse zu schaffen. Der Erklärungsempfänger ist zur Zurückweisung der Kündigung berechtigt, wenn er keine Gewissheit darüber hat, dass der Erklärende tatsächlich bevollmächtigt ist und sich der Arbeitgeber dessen Erklärung deshalb zurechnen lassen muss. Der Empfänger einer einseitigen Willenserklärung soll nicht nachforschen müssen, welche Stellung der Erklärende hat und ob damit das Recht zur Kündigung verbunden ist oder üblicherweise verbunden zu sein pflegt. Er soll vor der Ungewissheit geschützt werden, ob eine bestimmte Person bevollmächtigt ist, das Rechtsgeschäft vorzunehmen. Gewissheit können eine Vollmachtsurkunde oder ein In-Kennntnis-Setzen schaffen. Das In-Kennntnis-Setzen nach § 174 Satz 2 BGB muss ein gleichwertiger Ersatz für die Vorlage einer Vollmachtsurkunde sein. Ein In-Kennntnis-Setzen in diesem Sinne liegt auch dann vor, wenn der Arbeitgeber bestimmte Mitarbeiter – z.B. durch die Bestellung zum

Prokuristen, Generalbevollmächtigten oder Leiter der Personalabteilung – in eine Stelle berufen hat, mit der üblicherweise ein Kündigungsrecht verbunden ist. Dabei reicht die interne Übertragung einer solchen Funktion nicht aus. Erforderlich ist, dass sie auch nach außen im Betrieb ersichtlich ist oder eine sonstige Bekanntmachung erfolgt. Der Erklärungsempfänger muss davon in Kenntnis gesetzt werden, dass der Erklärende die Stellung tatsächlich innehat."

Weiter führt das Bundesarbeitsgericht speziell für die Kündigung durch einen Prokuristen aus:

"Kündigt ein Prokurist, kann die Zurückweisung der Kündigung nach § 174 BGB selbst dann ausgeschlossen sein, wenn der Erklärungsempfänger keine Kenntnis von der Erteilung der Prokura bzw. der Prokuristenstellung hat. Ist die Prokura bereits länger als fünfzehn Tage im Handelsregister eingetragen, wird die nach § 174 Satz 2 BGB erforderliche Kenntnis des Erklärungsempfängers von der Bevollmächtigung im Interesse der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs durch § 15 Abs. 2 HGB fingiert. Aufgrund der Regelung in § 15 Abs. 2 Satz 1 HGB muss sich der Erklärungsempfänger so behandeln lassen, als ob er die länger als fünfzehn Tage eingetragene Tatsache kennt. Eine direkte Kundgabe der Bevollmächtigung und der Person des Bevollmächtigten durch den Vollmachtgeber ist in diesen Fällen aufgrund der Publizität des Handelsregisters entbehrlich."

Danach war eine Zurückweisung der Kündigung durch K nicht deshalb ausgeschlossen, weil P als Unterzeichner der Kündigungserklärung zum Prokuristen der B bestellt war. P verfügt nämlich über eine Gesamtprokura und ist lediglich gemeinsam mit einem Geschäftsführer oder einem anderen Prokuristen zu Vertretung der B berechtigt. Der weitere Unterzeichner des Kündigungsschreibens, nämlich G, hatte als Sachbearbeiter keine entsprechende Stellung inne. In diesem Fall greift die dargestellte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Anwendung des § 174 Satz 2 BGB bei dem Ausspruch einer Kündigung durch einen Prokuristen nicht ein.

Das Zurückweisungsrecht der K könnte allerdings deshalb gemäß § 174 Satz 2 BGB ausgeschlossen sein, weil P neben seiner Stellung als (Gesamt-)Prokurist gleichzeitig Personalleiter der B war und K hiervon auch Kenntnis hatte. Eine Zurückweisung der Kündigung nach § 174 Satz 2 BGB scheidet nämlich auch dann aus, wenn der kündigende Personalleiter zugleich (Gesamt-)Prokurist ist und die Prokura sein alleiniges Handeln nicht deckt. Es genügt, dass der Kündigungsempfänger aufgrund der ihm bekannten Stellung des Kündigenden als Personalleiter von einer ordnungsgemäßen Bevollmächtigung zum alleinigen Ausspruch von Kündigungen ausgehen muss. Ob der Personalleiter zugleich eine ausreichende Vertretungsmacht als (Gesamt-)Prokurist besitzt, ist grundsätzlich ohne Belang. Etwas anderes gilt auch nicht deshalb, weil für K

nicht ersichtlich gewesen wäre, dass P in seiner Funktion als Personalleiter nicht an die Einschränkungen der Prokura gebunden war, oder weil K hätte annehmen müssen, P handle allein in seiner Funktion als Prokurist. Hierzu nochmals das Bundesarbeitsgericht:

"Ist der Arbeitnehmer über die Person des Personalleiters hinreichend in Kenntnis gesetzt, muss er allein aus dessen Stellung folgern, dieser habe im Verhältnis zur Belegschaft alleinige Vertretungsmacht zum Ausspruch von Kündigungen. Die entsprechende Befugnis eines Personalleiters wird dadurch, dass er zugleich zum Gesamtprokuristen bestellt ist, nicht begrenzt. Für die unbeschränkte Vertretungsmacht eines Personalleiters zur Erklärung von Kündigungen spielt es keine Rolle, ob er in seiner Funktion als Gesamtprokurist – ansonsten – nur zur gemeinsamen Vertretung mit einem anderen Prokuristen oder einem gesetzlichen Vertreter des Arbeitgebers befugt ist."

Aus dem Umstand, dass P das Kündigungsschreiben mit dem Zusatz "ppa." unterzeichnete, folgt nichts anderes:

"Nach § 51 HGB hat ein Prokurist in der Weise zu zeichnen, dass er der Firma seinen Namen mit einem die Prokura andeutenden Zusatz beifügt. Der Zusatz soll klarstellen, dass der Erklärende als Prokurist für den Inhaber handelt. Für die Gesamtprokura gelten insoweit keine Besonderheiten. Der Gesamtprokurist zeichnet selbst dann mit dem gewöhnlichen Prokurazusatz, wenn er allein mit interner Zustimmung des anderen Gesamtprokuristen

handelt. So kann ein Gesamtprokurist ein Aktivgeschäft für den Inhaber allein vornehmen, wenn der andere Gesamtprokurist ihn zum Handeln für sie beide hinsichtlich bestimmter Geschäfte ermächtigt hat. Das Gleiche gilt, wenn ein einseitiges Handeln nachträglich durch den anderen Gesamtprokuristen genehmigt wird."

P kann deshalb auch bei einem Handeln als Gesamtprokurist eine alleinige Vertretungsbefugnis zum Ausspruch von Kündigungen aufgrund interner Bevollmächtigung in Anspruch genommen haben.

"Wirksame Stellvertretung setzt überdies nicht voraus, dass der Vertreter klarstellt, aufgrund welcher ihm rechtsgeschäftlich verliehenen Bevollmächtigung er für den Vertretenen auftritt. Nach § 164 Abs. 1 und Abs. 2 BGB muss er lediglich im Namen des Vertretenen und im Rahmen der ihm zustehenden Vertretungsmacht handeln. Es bedarf keines Hinweises auf die maßgebliche Bevollmächtigung. § 174 BGB eröffnet die Möglichkeit der Zurückweisung nur dann, wenn weder eine Vollmachtsurkunde vorgelegt wird noch der Erklärungsempfänger zuvor von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt worden ist."

Insgesamt ist somit das Zurückweisungsrecht der K deshalb gemäß § 174 Satz 2 BGB ausgeschlossen, weil P neben seiner Stellung als (Gesamt-)Prokurist gleichzeitig Personalleiter der B war und K hiervon auch Kenntnis hatte. Die gegenüber K erklärte Kündigung vom 09.01.2014 ist somit insgesamt nicht aus

formellen Gründen gemäß § 174 Satz 1 BGB unwirksam.

3. Zwischenergebnis

Die außerordentliche Kündigung vom 09.01.2014 wurde formell ordnungsgemäß erklärt.

II. Materielle Wirksamkeit der Kündigung

Die Kündigung vom 09.01.2014 müsste darüber hinaus aber auch materiell wirksam sein. Dies wäre dann der Fall, wenn einerseits der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit allgemein zulässig wäre und andererseits die Voraussetzungen des § 626 BGB vorlägen.

1. Allgemeine Zulässigkeit einer außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit

Zunächst steht der Wirksamkeit der Kündigung vom 09.01.2014 nicht entgegen, dass diese unter Einhaltung der fiktiven Kündigungsfrist von sieben Monaten zum Ablauf des 31.08.2014 ausgesprochen wurde. Eine außerordentliche Kündigung kann nämlich grundsätzlich auch unter Einhaltung einer Auslaufzeit ausgesprochen werden.

2. Voraussetzungen des § 626 BGB

Weiterhin müssten die Voraussetzungen des § 626 BGB für den Ausspruch einer außerordentlichen fristlosen Kündigung erfüllt sein. Nach § 626 BGB kann ein Dienstverhältnis

von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Die außerordentliche Kündigung muss in diesen Fällen allerdings innerhalb der Kündigungserklärungsfrist von zwei Wochen erklärt werden. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt.

a) Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist

Zunächst müsste B bei Ausspruch der außerordentlichen Kündigung die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt haben. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt regelmäßig, sobald der Kündigungsbeauftragte eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung darüber ermöglicht, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen will oder nicht. Uneingeschränkt gilt dies bei in der Vergangenheit liegenden, vollständig abgeschlossenen Kündigungssachverhalten, mögen diese auch – etwa als Vertrauensverlust – noch fortwirken. Bei Dauertatbeständen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sich der Kündigungssachverhalt und seine betriebli-

chen Auswirkungen fortwährend neu verwirklichen, lässt sich der Fristbeginn nach § 626 Abs. 2 BGB nicht eindeutig fixieren. Liegt ein solcher Tatbestand vor, reicht es zur Fristwahrung aus, dass die Umstände, auf die der Arbeitgeber die Kündigung stützt, auch noch bis mindestens zwei Wochen vor Zugang der Kündigung gegeben waren. Hinsichtlich des Vorliegens eines Dauertatbestandes führt das Bundesarbeitsgericht wie folgt aus:

"Im Fall einer lang andauernden – durchgehenden – Arbeitsunfähigkeit liegt ein solcher Dauertatbestand vor. Der Kündigungsgrund entsteht fortlaufend neu. Der Beginn der Frist des § 626 Abs. 2 BGB ist deshalb nicht eindeutig zu fixieren. Selbst wenn die zum Kündigungsgrund zählende negative Prognose zeitlich näher bestimmbar sein sollte, gilt dies jedenfalls nicht für die weiter erforderliche erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen.

Auch häufige Kurzerkrankungen können einen Dauertatbestand darstellen. Kündigungsgrund ist dabei – wie im Fall einer lang andauernden Erkrankung – nicht die Erkrankung als solche, sondern die negative Gesundheitsprognose und eine daraus resultierende erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen. Sie kann sowohl auf einer einheitlichen Krankheitsursache als auch auf unterschiedlichen prognosefähigen Erkrankungen beruhen. Die verschiedenen Erkrankungen können den Schluss auf eine dauerhafte Krankheitsanfälligkeit des Arbeitnehmers zulassen und damit

eine negative Prognose begründen. Der Dauertatbestand beginnt in dem Zeitpunkt, zu welchem die bis dahin aufgetretenen Kurzerkrankungen einen solchen Schluss zum ersten Mal zulassen. Er endet in dem Zeitpunkt, zu welchem die zurückliegenden Kurzerkrankungen zum ersten Mal eine entsprechende negative Prognose nicht mehr stützen, die Vergangenheit also nicht mehr als Prognosegrundlage taugt – etwa weil die letzte Erkrankung und Arbeitsunfähigkeit so lange zurückliegt, dass von dauerhafter, durchgehender Krankheitsanfälligkeit nicht mehr die Rede sein kann. Das Ende des Dauertatbestands tritt folglich nicht schon (...) mit dem Ende der letzten Arbeitsunfähigkeit ein, an die sich ein entsprechend langer Zeitraum ohne Ausfälle anschließt. Es tritt erst mit dem Erreichen einer ausreichenden Länge eben dieses Zeitraums ein, weil erst dieser die Prognose-tauglichkeit der Vergangenheit beendet. (...)

Da der Arbeitnehmer in den Fällen häufiger Kurzerkrankungen typischerweise über einen längeren Zeitraum hinweg teilweise gesund, teilweise arbeitsunfähig erkrankt ist, kommt es für die Wahrung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer bis mindestens zwei Wochen vor Zugang der Kündigung – zufällig – arbeitsunfähig war. Maßgebend ist vielmehr allein, ob der Kündigungsgrund, d.h. die auf der fortbestehenden Krankheitsanfälligkeit beruhende negative Prognose sowie die sich daraus ergebende erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen, noch bis mindestens zwei Wochen vor Zugang der Kündigung fortbestanden hat.

Eine Unterbrechung der Arbeitsunfähigkeit steht dem nicht zwangsläufig entgegen. Der Dauertatbestand endet erst, wenn der Kündigungsgrund als solcher entfällt. Liegt ein Dauertatbestand vor, beginnt die Ausschlussfrist nicht einmalig, sobald der Arbeitgeber – erstmals – Kenntnis von der für den Kündigungsentschluss relevanten negativen Prognose und den daraus resultierenden erheblichen Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen hat. Die Frist beginnt vielmehr fortlaufend neu.

Zu den für den Kündigungsentschluss maßgebenden Tatsachen, auf deren Kenntnis § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB für den Fristbeginn abstellt, gehören nicht nur die krankheitsbedingten Fehlzeiten und die aus ihnen folgenden erheblichen Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen, sondern auch deren – zunehmende – Dauer. Andernfalls würde der Arbeitgeber zur möglichst frühzeitigen Erklärung der Kündigung angehalten. Dies liefe den Interessen des Arbeitnehmers zuwider. Es würde den Bestandsschutz des ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers schmälern und nicht – wie durch den Ausschluss der ordentlichen Kündigung bezweckt – verbessern.

Sinn und Zweck von § 626 Abs. 2 BGB stehen dem nicht entgegen. Die Vorschrift ist ein gesetzlich konkretisierter Verwirkungstatbestand. Ihr Ziel ist es, dem Arbeitnehmer rasch Klarheit darüber zu verschaffen, ob der Kündigungs-berechtigte einen bestimmten Sachverhalt zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung nimmt. In Fällen krankheitsbedingter Fehlzeiten besteht ein solches Interes-

se an schneller Klärung nicht. Im Gegenteil dient es den Belangen des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber die weitere Entwicklung beobachtet und mit einer möglichen Kündigung noch zuwartet, um die Chance einer Prognoseänderung offen zu halten. Der Arbeitnehmer hat in einer solchen Situation keinen berechtigten Anlass zu der Annahme, der Arbeitgeber werde aus der andauernden negativen Prognose und den fortbestehenden betrieblichen Beeinträchtigungen auch künftig keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen herleiten.

Im Streitfall gilt nicht deshalb etwas anderes, weil die Beklagte der Klägerin (...) mitgeteilt hat, sie "habe nunmehr abschließend entschieden", das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Die Erklärung ändert nichts daran, dass sich auch dann der Kündigungsgrund, sollte er bestehen, fortlaufend neu verwirklicht. Im Übrigen gibt das Schreiben inhaltlich keinen Anlass zu der Annahme, die Beklagte werde nach Ablauf weiterer zwei Wochen aus den krankheitsbedingten Fehlzeiten der Klägerin keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen mehr ziehen."

Insgesamt wahrt die Kündigung vom 09.01.2014 somit die Kündigungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB; es liegt ein sogenannter Dauertatbestand vor.

b) Vorliegen eines "wichtigen Grundes" im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB

Schließlich wäre die Kündigung vom 09.01.2014 nur dann wirksam, wenn ein "wichtiger Grund" vorläge.

Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit kann einen "wichtigen Grund" im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB darstellen. Grundsätzlich ist dem Arbeitgeber aber die Einhaltung der Kündigungsfrist zuzumuten, und schon an eine ordentliche Kündigung wegen Arbeitsunfähigkeit ist ein strenger Maßstab anzulegen. Eine außerordentliche Kündigung kommt daher nur in eng begrenzten Fällen in Betracht, etwa wenn die ordentliche Kündigung aufgrund tarifvertraglicher oder einzelvertraglicher Vereinbarungen ausgeschlossen ist. Das Bundesarbeitsgericht führt zu den Anforderungen an eine krankheitsbedingte Kündigung folgendermaßen aus:

"Die Wirksamkeit einer auf häufige Kurzerkrankungen gestützten ordentlichen Kündigung setzt zunächst eine negative Gesundheitsprognose voraus. Im Kündigungszeitpunkt müssen objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen. Häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit können indiziell für eine entsprechende künftige Entwicklung sprechen – erste Stufe. Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur dann geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung zu rechtfertigen, wenn sie auch zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen. Dabei können neben Be-

triebsablaufstörungen auch wirtschaftliche Belastungen, etwa durch zu erwartende, einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen pro Jahr übersteigende Entgeltfortzahlungskosten, zu einer solchen Beeinträchtigung führen – zweite Stufe. Ist dies der Fall, ist im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung zu prüfen, ob diese Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hingenommen werden müssen – dritte Stufe.

Bei einer außerordentlichen Kündigung ist dieser Prüfungsmaßstab auf allen drei Stufen erheblich strenger. Er muss den hohen Anforderungen Rechnung tragen, die an eine außerordentliche Kündigung zu stellen sind. Die prognostizierten Fehlzeiten und die sich aus ihnen ergebende Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen müssen deutlich über das Maß hinausgehen, welches eine ordentliche Kündigung sozial zu rechtfertigen vermöchte. Es bedarf eines gravierenden Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung. Ein solches ist gegeben, wenn zu erwarten steht, dass der Arbeitgeber bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses – gegebenenfalls über Jahre hinweg – erhebliche Entgeltzahlungen zu erbringen hätte, ohne dass dem eine nennenswerte Arbeitsleistung gegenüberstände. Auch können Häufigkeit und Dauer der krankheitsbedingten Fehlzeiten im Einzelfall dazu führen, dass ein Einsatz des Arbeitnehmers nicht mehr sinnvoll und verlässlich geplant werden kann und dieser damit zur Förderung des Betriebszwecks faktisch nicht mehr beiträgt. Die Aufrechterhaltung eines solchermaßen "sinnentleerten" Arbeitsverhältnisses kann dem

Arbeitgeber auch im Falle eines ordentlich nicht kündbaren Arbeitnehmers unzumutbar sein."

Unter diesen Voraussetzungen ist B die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB unzumutbar. Zunächst rechtfertigt der Verlauf der krankheitsbedingten Fehlzeiten der K nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts nicht die Prognose, sie werde künftig im gleichen Maße fehlen wie in den vergangenen mehr als zehn Jahren (1. Stufe):

"In dem – als Grundlage für eine Prognose geeigneten – Zeitraum von drei Jahren vor Zugang der Kündigung sind deren Ausfallzeiten deutlich zurückgegangen. Sie betragen 19, 67 und 55 Arbeitstage. Dies entspricht bei einer Vier-Tage-Woche einer durchschnittlichen jährlichen Fehlzeit von 11,75 Wochen. Anhaltspunkte dafür, dass die Ausfallzeiten künftig wieder ansteigen könnten, hat die Beklagte nicht dargelegt."

Darüber hinaus liegt nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts auch eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen der B nicht vor (2. Stufe):

"Die künftig zu erwartenden Fehlzeiten der Klägerin führen auch dann nicht zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung der Beklagten, wenn diese für sämtliche Krankheitszeiten das Entgelt fortzahlen müsste. Der Jahreslohnsumme auf Seiten der Beklagten steht nach wie vor eine nennenswerte Arbeitsleistung auf Seiten der Klägerin gegenüber."

(...) Der Vortrag der Beklagten lässt zudem nicht erkennen, dass die prognostizierten Fehlzeiten zu nicht mehr hinnehmbaren Betriebsablaufstörungen führen werden. Die Klägerin kann den weitaus größeren Teil des Jahres sinnvoll eingesetzt werden. Der Umstand, dass die möglichen Ausfallzeiten zu Vertretungsbedarf und gegebenenfalls zu Verzögerungen im Betriebsablauf führen, ist nicht außergewöhnlich. Dies liegt in der Natur der Sache und macht als solches der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar."

Schließlich würde auch die Interessenabwägung zugunsten der K ausfallen (3. Stufe):

"Zwar wäre auf Seiten der Beklagten zu berücksichtigen, dass diese über einen Zeitraum von mehr als zehn Jahren erhebliche krankheitsbedingte Fehlzeiten der Klägerin hingenommen hat, ohne eine Kündigung in Erwägung zu ziehen. (...) Gleichwohl überwiegen die Belange der Klägerin. Ihrer Betriebszugehörigkeit von mehr als drei Jahrzehnten, ihrem Alter von seinerzeit 52 Jahren und den mit beidem verbundenen Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt käme erhebliches Gewicht zu. Wenn ferner berücksichtigt würde, dass die Fehlzeiten der Klägerin in den letzten drei Jahren vor Zugang der Kündigung deutlich zurückgegangen sind, vermöchten die Belange der Beklagten das Interesse der Klägerin am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nicht zu überwiegen."

III. Gesamtergebnis

Die hohen Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB liegen somit insgesamt nicht vor. Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung lässt sich weder eine negative Gesundheitsprognose noch eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen der B begründen. Darüber hinaus überwiegt auch das Interesse der K an einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses das Interesse der B an einer Beendigung. Die gegenüber K erklärte außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist vom 09.01.2014 ist daher unwirksam.

Hinweise:

1. Die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts sind examensrelevant. Sie verbinden zum Pflichtprüfungsstoff der staatlichen Pflichtfachprüfung gehörende arbeitsrechtliche Fragen, nämlich die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung unter Einhaltung einer sozialen Auslauffrist wegen Krankheit, mit einem Problem des Allgemeinen Teils des BGB, nämlich die Zurückweisung nach § 174 BGB.
2. Ein guter Überblick über die Möglichkeit der Zurückweisung einer Kündigung wegen fehlender Vollmacht vorlage nach § 174 BGB findet sich bei RAIF, ArbRAktuell 2013, 587 ff. und LOHR, MDR 2000, 620 ff. Mit der außerordentlichen Arbeitgeberkündigung bei ordentlicher Unkündbarkeit befasst sich HOWALD, öAT 2013, 1 ff.

Rechtsanwalt DR. NIKOLAUS POLZER

► Inhaltsverzeichnis

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Keine Bestellung eines Notgeschäftsführers für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Urteil vom 23.09.2014 – II ZB 4/14

Für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist grundsätzlich kein Notgeschäftsführer zu bestellen. (amtlicher Leitsatz)

I. Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt):

Die Eheleute FM und AM sowie deren vier Kinder (K₁ bis K₄) haben zum Zwecke der Bewirtschaftung von drei Hausgrundstücken in Frankfurt am Main die M-GbR gegründet, an der FM und AM mit jeweils 2 %, K₁ bis K₄ zu jeweils 24 % beteiligt sind.

Der Gesellschaftsvertrag lautet auszugsweise:

„§ 6 Geschäftsführung und Vertretung

1. Zur Geschäftsführung und Vertretung ist ausschließlich der Gesellschafter FM berufen. Soweit dieser verhindert sein sollte, wird dieser, sofern er nicht einen Dritten mit schriftlicher Vollmacht zu seinem Vertreter bestimmt, was diesem vorbehalten sein soll, von seiner Ehefrau, der Erschienenen zu 2), in seiner Geschäftsführerstellung vertreten. Eine Vertretung durch andere Familienangehörige, mit

Ausnahme der Erschienenen zu 2), ist nicht möglich. ...

§ 9 Tod eines Gesellschafters

9.1. Durch den Tod eines Gesellschafters wird die Gesellschaft nicht aufgelöst. Sie wird mit den oder dem Erben des verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt, soweit es sich um Verwandte gerader Linie oder Adoptivkinder handelt und die verbleibenden Gesellschafter nicht mit 3/4-Mehrheit beschließen, dass diese abzufinden sind. ...“

FM hatte zu seinen Lebzeiten die laufenden Geschäfte der GbR auf K₁ übertragen und diese u.a. bevollmächtigt, in seinem Namen Mietverträge abzuschließen und aufzuheben sowie den Inhalt der Mietverträge nach eigenem Ermessen zu gestalten; weiterhin hatte er sie mit einer Konto- und Depotvollmacht ausgestattet, die insbesondere auch das Konto umfasste, auf das die Mieter der verwalteten Hausgrundstücke seit Jahrzehnten die Miete gezahlt hatten.

Am 2. September 2008 ist FM verstorben. In der Folge kam es zu Unstimmigkeiten über die Frage, auf welches Konto die Mieter der Wohnungen ihre Mieten zahlen sollen, wer Verfügungsberechtigt über die aufgelaufenen Mieten ist und wer zur Vertretung der Gesellschaft berufen ist sowie zu einer Vielzahl von Gerichtsprozessen zwischen den Familienmitgliedern.

K₄ erstritt ein rechtskräftiges Urteil, in dem K₁ bis K₃ und AM verurteilt wurden, einen Antrag auf Eröffnung eines Girokontos auf den Namen der GbR als Kontoinhaberin bei gemeinschaftlicher Verfügungsberechtigung aller Gesellschafter der GbR zu stellen und die Mieter der Wohnungen der GbR anzuweisen, die Mieten nur noch auf das neu zu eröffnende Girokonto zu leisten. Die Gesellschafter konnten keine von allen getragene Einigung über diese Punkte erzielen, so dass eine Vielzahl von Mietern dazu übergegangen ist, die Mieten bei dem Amtsgericht zu hinterlegen oder an K₁ bar zu zahlen.

Am 28. August 2013 hat K₁ beim Amtsgericht Frankfurt am Main beantragt, der Gesellschaft einen Notgeschäftsführer analog § 29 BGB zu bestellen.

Hat der Antrag von K₁ Aussicht auf Erfolg?

II. Erfolgsaussichten des Antrags von K₁ auf Bestellung eines Notgeschäftsführers

Der Antrag von K₁ wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

1. Zulässigkeit des Antrags von K₁

Bereits bei der Zulässigkeit ließe sich diskutieren, ob § 29 BGB auf die GbR überhaupt Anwendung findet und ein Verfahren analog § 29 BGB für die GbR statthaft ist. Dies würde die materielle Beurteilung jedoch vorwegnehmen, so dass für die Prüfung der Zulässigkeit zunächst von der Anwendbarkeit von § 29 BGB auf die GbR auszugehen ist.

Bei dem Verfahren zur Bestellung eines Notvorstands gemäß § 29 BGB handelt es sich um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Soweit sich die Verfahrensvoraussetzungen nicht direkt aus § 29 BGB ergeben, sind somit die Bestimmungen des FamFG zu beachten.

a) Zuständigkeit

Wie sich aus § 29 BGB ergibt, ist das Amtsgericht sachlich zuständig.

Bei einem Verein ist für die Bestellung eines Notvorstands das Amtsgericht örtlich zuständig, das für den Bezirk, in dem der Verein seinen Sitz hat, das Vereinsregister führt. Da es bei einer GbR an einer Registereintragung fehlt, kommt es bei der GbR auf den Gesellschaftssitz an.

Das Amtsgericht Frankfurt am Main ist somit sachlich und örtlich zuständig.

Funktionell zuständig ist gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 a) RPfLG der Rechtspfleger.

b) Antrag

Die Bestellung eines Notgeschäftsführers setzt gemäß § 29 BGB einen Antrag voraus.

K₁ hat hier einen solchen Antrag gestellt. Gemäß § 23 FamFG sollen verfahrenseinleitende Anträge begründet sein, die zur Begründung dienenden Tatsachen und Urkunden angeben, die Personen benennen, die als Beteiligte in Betracht kommen, und unterschrieben sein. Die Nichteinhaltung dieser Vorschriften führt jedoch nicht zur Unzuläs-

sigkeit des Antrags, sondern das Gericht muss unter Umständen einen rechtlichen Hinweis geben, sofern der Antrag zu ergänzen ist (vgl. Musielak/Bort/Grandel, FamFG, 4. Aufl., 2013, § 23 Rn. 4).

c) Antragsbefugnis

Gemäß § 29 BGB sind nur Beteiligte antragsberechtigt. Beteiligter ist jeder, der ein schutzwürdiges rechtliches Interesse an der Notbestellung hat (MüKoBGB/REUTER, 6. Aufl., 2012, § 29 Rn. 13). Hierzu zählen bei einem Verein beispielsweise die Vereinsmitglieder, andere Vorstandsmitglieder sowie Gläubiger des Vereins (vgl. SAUTER/SCHWEYER/WALDNER, Der eingetragene Verein, 19. Aufl., 2010, S. 180 f.).

Der BGH führt zur Übertragbarkeit des Beteiligtenbegriffs auf die GbR folgendes aus:

"[10] Der Antrag auf Bestellung eines Notvorstands eines Vereins nach § 29 BGB kann von einem Vereinsmitglied als Beteiligtem gestellt werden. [...] Das einzelne Mitglied hat ein rechtlich geschütztes Interesse an der Handlungsfähigkeit des Vereins und ist, sofern die Satzung nichts Abweichendes regelt, zur Mitwirkung bei der Bestellung des Vorstands berufen.

[11] Wenn wie hier eine entsprechende Anwendung der Notvorstandsbestellung auf einen anderen Verband in Frage steht, gilt Entsprechendes. [K1] hat als Gesellschafterin ein Interesse an der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft und ist zur Mitwirkung an der Geschäftsführung bzw. an der Übertragung der

Geschäftsführung berufen, §§ 710, 709 Abs. 1 BGB."

K1 ist somit antragsbefugt.

Der Antrag von K1 auf Bestellung eines Notgeschäftsführers bei der M-GbR ist somit zulässig.

2. Begründetheit

Der Antrag von K1 ist begründet, sofern die M-GbR ohne Bestellung eines Notgeschäftsführers handlungsunfähig wäre.

a) Analoge Anwendung von § 29 BGB

Eine gesetzliche Regelung zur Bestellung eines Notgeschäftsführers bei der GbR besteht wie auch bei der GmbH nicht.

Für die GmbH wird § 29 BGB entsprechend angewandt (allg.M.: vgl. MüKoGmbHG / STEPHAN/TIEVES, 2012, § 35 Rn. 56 (m.w.N.)).

Fraglich ist, ob eine analoge Anwendung von § 29 BGB auch für die GbR möglich ist.

Die h.M. in der Literatur lehnt dies ab (Ermann/WESTERMANN, BGB, 14. Aufl., § 29 Rn. 4; Staudinger/WEICK, BGB, Bearbeitung 2005, § 29 Rn. 5; MüKoBGB/REUTER, 6. Aufl., § 29 Rn. 4; BeckOK BGB/SCHÖPFLIN Stand: 1.2.2014, § 29 Rn. 2; Soergel/HADDING, BGB, 13. Aufl., § 29 Rn. 3; Palandt/ELLENBERGER, BGB, 73. Aufl., § 29 Rn. 1; OTTO in jurisPK-BGB, 6. Aufl., § 29 Rn. 2; BERGMANN in jurisPK-BGB, 6. Aufl., § 709 Rn. 10; vgl. zur KG BGHZ 51, 198 [200] = NJW 1969, 507 (zitiert nach BGH NZG 2014, 1302, 1303)).

Der BGH befasst sich zunächst mit den allgemeinen Voraussetzungen für eine Analogie:

"[12] ... Eine Analogie ist zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Urteil vom 21. Januar 2010 - IX ZR 65/09, BGHZ 184, 101 Rn. 32; Urteil vom 12. Januar 2010 - XI ZR 37/09, ZIP 2010, 319 Rn. 32 mwN)."

aa) Planwidrige Regelungslücke

Daher ist zunächst zu klären, ob die fehlende gesetzliche Regelung zur Bestellung eines Notgeschäftsführers bei einer GbR planwidrig ist. Dies wäre nur dann zu bejahen, wenn es der Gesetzgeber bei der Kodifikation des GbR-Rechts schlicht übersehen hat, die Bestellung eines Notgeschäftsführers zu regeln.

Der BGH führt insoweit aus:

„[13] ... Der Notvorstand überbrückt bei der juristischen Person eine vorübergehende Handlungsunfähigkeit beim Fehlen eines ordentlich bestellten Vorstands. Der Wegfall der Geschäftsführungsbefugnis bei einem geschäftsführenden Gesellschafter oder sein Wegfall machen die GbR dagegen auch beim

Fehlen von Vorkehrungen im Gesellschaftsvertrag nicht handlungsunfähig, weil dafür Regelungen im Gesetz vorhanden oder von der Rechtsprechung entwickelt worden sind.

[14] Der Wegfall des (einzigen) geschäftsführungsberechtigten Gesellschafters durch Tod führt zur Gesamtgeschäftsführungsbefugnis der verbliebenen Gesellschafter (§ 709 Abs. 1 BGB). Bei Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Amtsniederlegung gilt Entsprechendes; gegebenenfalls bleibt es bei der Geschäftsführungsbefugnis der übrigen geschäftsführungsbefugten Gesellschafter (vgl. MüKoBGB/SCHÄFER, 6. Aufl., § 712 Rn. 20 mwN).

Im vorliegenden Fall lässt sich hiergegen jedoch einwenden, dass der Gesellschafterkreis der M-GbR zerstritten ist und nicht damit zu rechnen ist, dass eine Gesamtgeschäftsführungsbefugnis aller Gesellschafter die Handlungsunfähigkeit beseitigt.

Zu diesem Argument stellt sich der BGH wie folgt:

Dass sich die verbleibenden Gesellschafter blockieren können, ist in der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis als dem gesetzlichen Regelfall bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts angelegt und begründet daher keine Regelungslücke.“

Demgemäß hat der Gesetzgeber bewusst auf eine Regelung der Notgeschäftsführung in der GbR verzichtet, so dass es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt.

bb) Vergleichbarkeit der Sachverhalte

Im Übrigen fehlt es auch an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte.

Hintergrund der Regelung des § 29 BGB ist die Sicherstellung der Handlungsfähigkeit eines Vereins; dem Vorstand als das zwingend notwendige Vereinsorgan (vgl. § 26 Abs. 1 S. 1 BGB) müssen daher immer Vorstandsmitglieder in vertretungsberechtigter Zahl angehören (BeckOK BGB/SCHÖPFLIN, Stand: 1.11.2014, § 29 BGB Rn. 1).

Der Verein als juristische Person bedarf zu seiner Vertretung zwingend eines ordnungsgemäß besetzten Vorstands.

Somit besteht bei einem Verein also ein relevantes Bedürfnis für die Bestellung eines Notvorstandes.

Eine GbR bleibt dagegen selbst bei Wegfall des (einzigen) geschäftsführungsberechtigten Gesellschafters durch Tod handlungsfähig, da es in diesem Falle kraft Gesetzes zur Geschäftsführungsbefugnis der verbleibenden Gesellschafter kommt (s.o.). Dies ist Ausdruck der personalistischen Struktur und des Prinzips der Selbstorganschaft in einer GbR.

Aufgrund der strukturellen Unterschiede zwischen Verein und GbR, die auch bei der Vertretung zum Tragen kommen, besteht insoweit ein relevanter Unterschied zwischen beiden Verbänden, der einer analogen Anwendung von § 29 BGB auf die GbR ebenfalls entgegensteht.

Eines Notgeschäftsführers bedarf es nach den zutreffenden Ausführungen des BGH selbst dann nicht:

„[15] ... Wenn ein dringender Handlungsbedarf wegen einer Gefahr für die Gesellschaft oder ihr Vermögen besteht, die keinen Aufschub bis zu einer Entscheidung der Gesellschafter duldet Jeder Gesellschafter hat entsprechend § 744 Abs. 2 BGB die Befugnis zu den Maßnahmen, die zur Erhaltung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstands oder der Gesellschaft selbst notwendig sind (vgl. BGHZ 17, 181 [183] = NJW 1955, 1027).“

b) Zwischenergebnis

Dementsprechend scheidet eine analoge Anwendung des § 29 BGB auf die GbR aus.

III. Ergebnis

Der Antrag der K₁ hat keinen Erfolg. Für die M-GbR ist kein Notgeschäftsführer zu bestellen.

Hinweise:

Der BGH hat seine Auffassung aus dem Jahr 1968, dass für eine KG kein Notgeschäftsführer analog § 29 BGB bestellt werden kann (BGH NJW 1969, 507, 508) mit dem vorliegenden Urteil nun auch für die GbR bestätigt.

Dies entspricht der ganz überwiegenden Auffassung im Schrifttum, die § 29 BGB lediglich auf eine Publikumpersonengesellschaft anwenden möchte (vgl. etwa BeckOK BGB/SCHÖPFLIN, Stand: 1.11.2014, § 29 BGB, Rn. 2). Dies lässt der BGH in seiner Entscheidung jedoch nach wie vor offen.

Rechtsanwalt STEFFEN FOLLNER.

Assessorin AMELA SCHÖN

► Inhaltsverzeichnis

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Abbruch einer eBay-Auktion und wucherähnliches Geschäft

Urteil vom 12.11.2014, Az. VIII ZR 42/14

Zur Wirksamkeit eines im Wege der Internetauktion ("eBay") abgeschlossenen Kaufvertrages, bei dem ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht (Fortführung von BGH, Urteil vom 28. März 2012, VIII ZR 244/10, NJW 2012, 2723).

Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt):

Der V bot seinen Gebrauchtwagen, einen VW Golf, bei eBay zum Kauf an und setzte ein Mindestgebot von 1 € fest. Der K bot kurz nach dem Beginn der eBay-Auktion 1 € für den Pkw und setzte dabei eine Preisobergrenze von 500 € fest. Einige Stunden später brach der V die eBay-Auktion ab. Per E-Mail teilte er dem K, der mit seinem Anfangsgebot Höchstbietender war, mit, er habe außerhalb der Auktion einen Käufer (den D) gefunden, der bereit sei, 4.200 € zu zahlen. Inzwischen hat V den PKW an D verkauft und übereignet. Der K begehrt Schadensersatz wegen Nichterfüllung des nach seiner Ansicht wirksam zu einem Kaufpreis von 1 € geschlosse-

nen Kaufvertrags und macht geltend, der Pkw habe einen Wert von 5.250 € (was als zutreffend zu unterstellen ist).

Hat K gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 5.249 €?

Falllösung:

A. Anspruch des K gegen V auf Schadensersatz in Höhe von 5.249 € gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB

Voraussetzung für einen Anspruch des K gegen V auf Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB ist, dass zwischen K und V ein Schuldverhältnis besteht, die Leistung aus diesem Schuldverhältnis gem. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist und V sich nicht gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB exkulpieren kann.

I. Vertragsschluss

Fraglich ist jedoch bereits, ob zwischen K und V überhaupt ein Kaufvertrag zustande gekommen ist. Wie der Vertragsschluss bei Internetauktionen rechtstechnisch bezüglich Angebot und Annahme einzuordnen ist, ist umstritten. Einigkeit besteht jedenfalls dahingehend, dass § 156 BGB keine Anwendung findet, da es an einem „Zuschlag“ wie bei der klassischen Versteigerungssituation fehlt.

Vorzugswürdig ist die Auffassung, der offensichtlich auch der BGH in der hier besprochenen Entscheidung folgt, dass der Verkäufer den Antrag im Sinne des § 145 BGB abgibt, in dem er die Auktion in Gang setzt. Der Käufer erklärt dann jeweils die Annah-

me, unter der Bedingung, dass er nicht durch ein höheres Gebot überboten wird.

Dagegen spricht auch nicht, dass es der notwendigen Bestimmtheit des Antrags des Verkäufers fehlt, weil der Kaufpreis noch nicht festzustellen ist. Denn für das Vorliegen der essentialia negotii genügt es, dass der Kaufpreis bestimmbar ist. Die hinreichende Bestimmbarkeit ergibt sich daraus, dass der Verkäufer einen Mindestpreis festlegen kann und sich der Höchstpreis aus dem Auktionsablauf ergibt.

Auch wäre der Käufer schutzlos gestellt, wenn man das „Angebot“ des Verkäufers lediglich als invitatio ad offerendum einordnen würde, da ansonsten der Vertragsschluss auf den Auktionsablauf nach hinten geschoben würde. Der Verkäufer könnte dann seine Annahmeerklärung durch Abbruch der Auktion jederzeit verhindern, was aber dem Sinn einer Ebay-Auktion zu wider laufen würde. Es liegt also in der Risikosphäre des Verkäufers, dafür zu sorgen, dass er nicht die Möglichkeit der höheren Gebote durch Abbruch der Auktion vereitelt.

Ein Vertragsschluss zwischen K und V liegt damit vor.

II. Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 2 BGB (Wucher)

Der Vertrag könnte jedoch wegen Wuchers gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig sein. Hierfür ist neben einem auffälligen Missverhältnis auch erforderlich, dass der Vertragspartner die Ausbeutung einer Zwangslage, der Unerfah-

renheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche ausnutzt. Hierfür fehlen aber jegliche Anhaltspunkte im Sachverhalt. Eine Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 2 BGB liegt damit nicht vor.

III. Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB („wucherähnliches Geschäft“)

Voraussetzung für die Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB ist, dass das Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten, also gegen das Anstandsgesühl aller billig und gerecht Denkenden, verstößt. Da sich die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB in der Praxis selten nachweisen lassen, hat die Rechtsprechung das Institut des „wucherähnlichen Geschäfts“ entwickelt, bei dem bei Vorliegen eines groben Missverhältnisses die verwerfliche Gesinnung vermutet wird.

„Entgegen der Auffassung der Revision scheidet der Schadensersatzanspruch nicht daran, dass der mit dem Beklagten geschlossene Kaufvertrag als wucherähnliches Rechtsgeschäft wegen Sittenwidrigkeit nichtig wäre (§ 138 Abs. 1 BGB). Bei einer Internetauktion rechtfertigt ein grobes Missverhältnis zwischen dem Maximalgebot eines Bieters und dem (angenommenen) Wert des Versteigerungsobjekts nicht ohne Weiteres den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Bieters im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB. Es bedarf vielmehr zusätzlicher - zu einem etwaigen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung hinzutrender - Umstände, aus denen bei einem Vertragsschluss im Rahmen einer Internetauktion

auf eine verwerfliche Gesinnung des Bieters geschlossen werden kann [...].“

An solchen Umständen fehle es hier, so der BGH:

„Zu Unrecht meint die Revision, die Begrenzung des Gebots auf [500 €] mache deutlich, dass der [K] nicht bereit gewesen sei, einen auch nur annähernd dem Marktpreis entsprechenden Preis zu bieten. Wie die Revisionserwiderung zutreffend geltend macht, erschließt sich nicht, weshalb ein (Höchst-)Gebot unterhalb des Marktpreises sittlich zu missbilligen sein soll. Gibt der Bieter ein Maximalgebot ab, ist er nicht gehalten, dieses am mutmaßlichen Marktwert auszurichten. Wie der Senat bereits entschieden hat, macht es gerade den Reiz einer Internetauktion aus, den Auktionsgegenstand zu einem "Schnäppchenpreis" zu erwerben, während umkehrt der Veräußerer die Chance wahrnimmt, durch den Mechanismus des Überbietens einen für ihn vorteilhaften Preis zu erzielen [...].“

Damit liegt keine Nichtigkeit wegen eines wucherähnlichen Geschäfts gem. § 138 Abs. 1 BGB vor.

IV. Einwand des Rechtsmissbrauchs, § 242 BGB

Der V könnte dem K aber möglicherweise den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenhalten. Es könnte als treuwidrig angesehen werden, sich auf den niedrigen Kaufpreis zu berufen, wenn abzusehen ist, dass bei ordnungsgemäßigem Fortgang der Auktion,

ein solcher Kaufpreis nicht zustande gekommen wäre.

„Der Beklagte kann dem Kläger, wie das Berufungsgericht zutreffend entschieden hat, auch nicht den Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) entgegenhalten. Die Annahme eines Rechtsmissbrauchs erfordert eine sorgfältige und umfassende Prüfung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles und muss auf besondere Ausnahmefälle beschränkt bleiben [...]. Einen solchen Fall hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint.

Die von der Revision angeführte Auffassung des Oberlandesgerichts Koblenz [...] der [K] sei nicht schutzwürdig, weil er von dem nicht zu erwartenden vorzeitigen Abbruch der Auktion profitieren wolle und nicht damit rechnen könne, den Kaufgegenstand bei Fortgang der Auktion tatsächlich zu dem geringen Gebot zu erwerben, ist im Schrifttum zu Recht auf Ablehnung gestoßen [...]. Auch die Rechtsprechung der Instanzgerichte hat in ähnlichen Fallgestaltungen keine unzulässige Rechtsausübung durch den Käufer angenommen [...]. Denn es ist der Verkäufer, der das Risiko eines für ihn ungünstigen Auktionsverlaufs durch die Wahl eines niedrigen Startpreises unterhalb des Marktwerts ohne Einrichtung eines Mindestpreises eingegangen ist [...]. Zudem hat der Beklagte in der hier gegebenen Fallgestaltung durch seinen freien Entschluss zum nicht gerechtfertigten Abbruch der Auktion die Ursache dafür gesetzt, dass sich das Risiko verwirklicht.“

Es liegt also auch kein Rechtsmissbrauch gem. § 242 BGB vor.

B. Ergebnis

Damit hat der K gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 5.249 €.

Hinweise:

Der Vertragsschluss im Rahmen der Internetauktion gehört inzwischen zu den Prüfungsklassikern und beschäftigt die Gerichte häufig. Hier eröffnen sich verschiedene Fragestellungen, die der BGH mit dem über 100 Jahre alten Handwerkszeug des Bürgerlichen Gesetzbuchs in den Griff bekommen muss. Und es zeigt sich: Der Abstraktionsgrad des BGB hält selbst für Vertragsschlüsse mittels „neuer“ Technik adäquate Lösungen parat. Neu muss hier in Anführungszeichen gesetzt werden, da eBay dieses Jahr nun auch schon sein 20-jähriges Bestehen feiert. Aber das nur am Rande.

Im Ergebnis ist dem BGH absolut zuzustimmen. Der Schluss vom auffälligen Missverhältnis auf die verwerfliche Gesinnung beim wucherähnlichen Geschäft passt für Internetauktionen nicht. Wie der BGH zutreffend feststellt, ist es einer Internetauktion geradezu immanent, dass der Verkäufer sowohl das Risiko eines besonders niedrigen Kaufpreises trägt, als auch von einem besonders hohen Kaufpreis durch das wiederholte Überbieten profitieren kann.

Geradezu grotesk erscheint hingegen die Rechtsprechung des OLG Koblenz, das sich die Deutungshoheit darüber zutraut, was denn nun ein adäquates „Schnäppchen“ sei. Namentlich sei ein Schnäppchen nur ein „[...]besonders günstige[r] aber doch noch im erwartbaren Rahmen liegende[r] Preis[...]“ (OLG Koblenz, Urt. v. 03.06.2009, Az. 5 U 429/09). Wer also einen unerwartet niedrigen Preis aushandelt, soll sich treuwidrig verhalten.

Richtig dürfte Folgendes sein: Wer sich dem Risiko aussetzt, seinen PKW mit einem Startpreis von einem Euro anzubieten, der darf sich nicht wundern, wenn er hinterher zu diesem Kaufpreis verkauft wird. Wer nicht von der Möglichkeit Gebrauch macht, Mindestpreise festzulegen, verdient es nicht, dass dann das Ergebnis durch die Rechtsprechung korrigiert wird.

Dr. JULIUS FORSCHNER

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

SIM-Karten-Pfand in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Urteil vom 09.10.2014, Az. III ZR 32/14

Die Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Mobilfunkanbieters, nach der für die Überlassung der SIM-Karte ein "Pfand" in Höhe von 29,65 € erhoben wird, das als "pauschalierter Schadensersatz" einbehalten wird, sofern der Kunde die Karte nicht innerhalb von drei Wochen nach Ablauf der Gültigkeitsdauer und Beendigung des Kundenverhältnisses in einwandfreiem Zustand zurücksendet, ist unwirksam.

(amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt):

Der K schloss beim Mobilfunkunternehmen B einen Mobilfunkvertrag zum Preis von 19,90 € monatlich ab, der inzwischen von K gekündigt wurde. Beim Abschluss des Mobilfunkvertrages zahlte K an B neben der Vertragsgebühr auch 29,65 € als „Pfand“ für den Fall, dass die SIM-Karte nach Beendigung des Vertrages nicht zurückgeschickt werde. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der B

enthalten dazu in Ziffer 7 unter anderem folgende Klausel:

"Die dem Kunden überlassene SIM-Karte bleibt im Eigentum von B. B darf sie jederzeit gegen eine Ersatzkarte austauschen. Für die Überlassung erhebt B ein SIM-Kartenpfand in Höhe von EUR 29,65 inkl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer (z.Zt. 19 %). Nach Ablauf der Gültigkeitsdauer und bei Beendigung des Kundenverhältnisses hat der Kunde die SIM-Karte innerhalb von drei (3) Wochen in einwandfreiem Zustand an B zurückzusenden. Verstößt der Kunde hiergegen, behält B das Pfand in Höhe von EUR 29,65 inkl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer (z.Zt. 19 %) als pauschalierter Schadensersatz ein, falls B keinen höheren oder der Kunde keinen geringeren Schaden nachweist."

K schickte die SIM-Karte nicht zurück und beruft sich darauf, dass er sie verloren habe (was zutrifft). Dennoch verlangt er von B die Rückzahlung der 29,65 € Pfand. Zu Recht?

Es ist für die Bearbeitung davon auszugehen, dass die SIM-Karte einen Materialwert von ca. 1 € aufweist.

Falllösung:

A. Anspruch des K gegen B auf Zahlung von 29,65 € gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB

K könnte gegen B einen Anspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB (Leistungskondiktion) haben. Voraussetzung hierfür ist, dass die B etwas durch Leistung des K ohne Rechtsgrund erlangt hat. K hat das Vermögen der B

bewusst und zweckgerichtet gemehrt, so dass eine Leistung des K an B unproblematisch vorliegt. Fraglich ist jedoch, ob hierfür auch ein Rechtsgrund besteht.

Als Rechtsgrund kommt vorliegend der Mobilfunkvertrag zwischen K und B in Betracht. Voraussetzung, dass dieser Vertrag einen Rechtsgrund im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB für das Behaltendürfen der 29,65 € darstellt, ist jedoch, dass die Klausel in Ziffer 7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der B wirksam ist.

In Betracht kommt vorliegend eine Unwirksamkeit gem. § 307 Abs. 1 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des K. Dazu der BGH:

Ziffer 7 „verstößt gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil die darin enthaltene Regelung, dass die [B] ein SIM-Kartenpfand in Höhe von 29,65 € erhebt, ihre Kunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Allerdings sind Klauseln, die die Gestellung von Sicherheiten für Forderungen des Verwenders beinhalten, nicht von vorneherein zu beanstanden [...]. Sie stellen jedoch eine unangemessene Benachteiligung des Gegners des Verwenders dar, wenn die Höhe der Sicherheit über das zu sichernde Interesse erheblich hinausgeht. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus einer Parallelwertung zu § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB. Danach ist die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung unwirksam, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem

gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt. Dies beruht auf dem allgemeinen Grundsatz, dass sich der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen für den Fall von Leistungsstörungen keine Vorteile auf Kosten seines Vertragspartners verschaffen darf, die sein Interesse an der vereinbarungsgemäßen Abwicklung des Rechtsverhältnisses erheblich übersteigen. [...]

Die Beurteilung der Vorinstanz, die von der [B] als Barkautionsanspruch beanspruchten 29,65 € überstiegen den materiellen Wert der zurückzugebenden SIM-Karte bei weitem, ist nicht zu beanstanden. Die insoweit von der Revision erhobene Rüge, im angefochtenen Urteil fänden sich keinerlei Ausführungen dazu, dass die Kosten der Herstellung einer SIM-Karte tatsächlich niedriger als der hier in Rede stehende Betrag seien, ist schon deshalb unbegründet, weil Ausgangspunkt bei der Bemessung des Sicherungsinteresses nicht der "Neuwert" einer SIM-Karte, sondern allein der Materialwert (Recycling-Wert) einer gebrauchten und deaktivierten SIM-Karte sein kann.“

Auch im Interesse an der Vermeidung eines Datenmissbrauchs kann der BGH kein schützenswertes Interesse sehen, das Kartenpfand in einer Höhe zu verlangen, die den Materialwert um ein Vielfaches übersteigt:

„Entgegen der Auffassung der Revision hat die Beklagte auch kein das verlangte Pfand rechtfertigendes, schützenswertes Interesse dargelegt, zur Vermeidung von rufschädigenden Datenschutzskandalen die deaktivierten SIM-

Karten zurückzuerlangen. Die abweichende tatrichterliche Würdigung der Vorinstanzen ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Insbesondere hält sich entgegen der Auffassung der Revision die Erwägung, dass die Gefahr des unbefugten Auslesens von auf der Karte gespeicherten Daten in erster Linie auch schon während ihrer Nutzung bestehe, innerhalb des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums. Sie steht nicht im Widerspruch zu dem von der Revision behaupteten Erfahrungssatz, der durchschnittliche Mobilfunkkunde werde der Sicherheit seiner - insbesondere noch in seinem Mobilfunkgerät befindlichen - aktivierten SIM-Karte größere Aufmerksamkeit schenken, als dem Verbleib einer bereits deaktivierten und deshalb vermeintlich nutzlosen Karte. Dies mag richtig sein, schließt aber nicht aus, dass für potentielle "Datenspione" eine aktive SIM-Karte mit mutmaßlich aktuellen Daten interessanter ist als eine nicht mehr nutzbare. Hinzu tritt, dass eine in einem Mobilfunkgerät eingelegte, aktive Karte leichter aufzufinden ist als eine solche, die nach ihrer Deaktivierung aus dem Gerät entfernt und irgendwo abgelegt ist oder weggeworfen wird."

Damit lässt sich keine Rechtfertigung für die Höhe des Pfandes finden, so dass eine unangemessene Benachteiligung des Kunden vorliegt. Die Klausel ist deshalb gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Eine geltungserhaltende Reduktion etwa in der Form, dass dann der Materialwert zu ersetzen sei, findet nicht statt. Deshalb ist die gesamte Klausel unwirksam, so dass B überhaupt keinen Rechts-

grund für ein Pfand in irgendeiner Höhe beanspruchen könnte. Somit liegt auch kein Rechtsgrund im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB vor. K kann von B die Rückzahlung des Pfandes verlangen.

B. Ergebnis

K hat gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung des Pfandes in Höhe von 29,65 €.

Hinweise:

Es vergeht fast kein Examenstermin mehr, in dem nicht die Prüfung der Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in irgendeiner Weise eine Rolle spielen würde. Die Materie muss deshalb sicher beherrscht werden. Nicht zielführend ist hierbei, eine Vielzahl von BGH-Entscheidungen oder unwirksamen Klauseln auswendig zu lernen. Die Menge ist nicht überschaubar. Das zu bewältigen, ist schlicht unmöglich.

Was beherrscht werden muss, ist die Systematik der §§ 305-310 BGB. Zentrale Norm ist hier § 310 BGB, da sie den Prüfungsmaßstab für die weitere Wirksamkeitsprüfung vorgibt. Als wichtige Weichenstellung ist insbesondere die Frage zu sehen, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber einem Unternehmer oder einem Verbraucher verwendet werden. Je nachdem finden die §§ 308, 309 BGB nur eingeschränkt Anwendung. Lesen Sie den § 310 BGB in Ruhe einmal (besser noch: mehrmals) durch.

§ 307 Abs. 1 BGB findet bei jeglichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Generalklausel Anwendung. Hier ist man in seiner Argumentation weitgehend frei und vieles ist vertretbar. Es empfiehlt sich jedoch, einige wesentliche Entscheidungen zu lesen, um die Argumentationsmuster der Rechtsprechung drauf zu haben und ein Gefühl dafür zu entwickeln, woran man sich in Allgemeinen Geschäftsbedingungen so stören kann. Hierzu ist die besprochene Entscheidung besonders geeignet, da die Argumente sehr breit ausgeführt werden und (im Original) auch noch eine weitere AGB-Klausel besprochen wird.

Dr. JULIUS FORSCHNER

► Inhaltsverzeichnis

KÖPFE

GESUCHT

Referendare und Praktikanten
www.tsp-law.com/karriere

Thümmel, Schütze & Partner
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

RECHTSPRECHUNG STRAFRECHT

Landgericht Offenburg

Verwerflichkeit i.S.d.

§ 240 II StGB

Beschluss vom 24.09.2014 – 3 Qs 50/14

1. Verwerflich ist ein Verhalten, das einen erhöhten Grad an sittlicher Missbilligung erreicht, sodass es als strafwürdig zu beurteilen ist.

2. Nötigungshandlungen, die lediglich zu Beeinträchtigungen des Opfers mit Bagatelldarakter führen, sind nicht verwerflich i.S.d. § 240 II StGB. (Leitsätze des Bearbeiters)

Sachverhalt:

Während des Sportunterrichts in der Turnhalle bemerkte der unterrichtende Lehrer, dass eine der heruntergelassenen Trennwände in seine Richtung schwang. Daraufhin begab er sich – durch Beiseiteschieben der Wand – auf die andere Seite der Trennwand. Dort sah er sich einem Schüler gegenüber, welcher vor ihm stehen blieb. Der Lehrer schob den Schüler, der sich nicht bewegen wollte, mit der rechten Hand beiseite und brüllte dabei.

Verfahrensgeschichte und Entscheidung:

Die Staatsanwaltschaft Offenburg beantragte beim Amtsgericht Offenburg (nach § 407 StPO) den Erlass eines Strafbefehls gegen

den Lehrer, weil er sich durch das geschilderte Verhalten „der Nötigung gemäß § 240 I, II StGB strafbar gemacht“ habe. Das Amtsgericht wies diesen Antrag zurück (§ 408 II 1 StPO). Die Voraussetzungen einer strafbaren Nötigung nach Maßgabe des § 240 I StGB sah es – in Ermangelung verwerflichen Handelns i.S.d. § 240 II StGB – als nicht erfüllt an. Gegen diesen Beschluss erhob die Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde (§ 408 II 2 StPO i.V.m. §§ 210 II, 311 StPO). Das Landgericht schloss sich der Auffassung des Amtsgerichts an und verwarf die sofortige Beschwerde als unbegründet.

Entscheidung und Hinweise:

Die Entscheidung des Landgerichts Offenburg betrifft materiell-rechtlich insbesondere die Verwerflichkeitsklausel des § 240 II StGB (vertiefend zu § 240 StGB insgesamt SINN, JuS 2009, 577 ff.). Nicht nur für Rechtsreferendare interessant ist aber auch die prozessuale Situation: Das Landgericht hatte über eine sofortige Beschwerde gegen die Ablehnung des Antrages auf Erlass eines Strafbefehls zu entscheiden (vertiefend zum Strafbefehlsverfahren DINTER/DAVID, JA 2012, 281 ff.).

Ausgangspunkt für das Landgericht war nach § 408 II 1 StPO die Frage, ob das Amtsgericht „den Erlass eines Strafbefehls zu Recht ablehnt“ hat, was voraussetzt, dass „nach dem Ermittlungsergebnis ein hinreichender Tatverdacht fehlt. Ein hinreichender Tatverdacht besteht dann, wenn bei einer vorläufigen Bewertung auf Basis der Akten als Ergebnis des

Hauptverfahrens die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung mindestens so hoch wie die Wahrscheinlichkeit eines Freispruches ist“.

Es „wäre für eine Verurteilung des [... Lehrers (L)] wegen Nötigung der Nachweis notwendig, dass er den Schüler mit Gewalt dazu genötigt hat, zur Seite zu treten und dass die Anwendung dieser Gewalt unter Berücksichtigung des angestrebten Zweckes als verwerflich anzusehen wäre“.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) Einsatz eines Nötigungsmittels

§ 240 I StGB erfasst als Nötigungsmittel die Gewalt sowie die Drohung mit einem empfindlichen Übel.

Vorliegend könnte das Nötigungsmittel der Gewalt – sprich: die Entfaltung körperlicher Kraft, mit welcher zur Überwindung eines tatsächlich geleisteten oder erwarteten Widerstands auf den Körper eines anderen eingewirkt wird (vgl. bereits RGSt 56, 87 (88) (sog. klassischer Gewaltbegriff); vertiefend zum Gewaltbegriff SWOBODA, JuS 2008, 862 f.) – mit der notwendigen Wahrscheinlichkeit zu bejahen sein.

Erfasst werden sowohl vis absoluta als auch vis compulsiva (EISELE, BT I, 3. Aufl., Rdnr. 454).

Das Beiseiteschieben mit der Hand ist, da eine unmittelbare körperliche Zwangswirkung eintritt, vis absoluta.

So kommt auch das Landgericht zu dem Schluss, dass der Lehrer „hier Gewalt angewendet“ hat.

b) Nötigungserfolg

Der Nötigungserfolg liegt in Fällen der vis absoluta regelmäßig in einer Duldung.

Anmerkung:

Handlung und Unterlassung setzen ein willensgetragenes Verhalten voraus, welches aber nur bei vis compulsiva in Betracht kommt (zum Ganzen vgl. EISELE, BT I, 3. Aufl., Rdnr. 482).

Der Schüler nahm hier nach jetzigem Stand der Ermittlungen das „Freiräumen“ des Weges durch den Lehrer hin, sodass eine Duldung i.S.d. § 240 I StGB zu bejahen ist.

c) Kausalzusammenhang zwischen Mittel und Erfolg

Der (Duldungs-)Erfolg beruht auch unmittelbar auf dem Gewalteinsatz des L.

2. Subjektiver Tatbestand

Vom Vorliegen des subjektiven Tatbestandes kann nach dem Ermittlungsergebnis ausgegangen werden:

Hinsichtlich der Nötigungshandlung ist (unbestritten) dolus eventualis ausreichend.

Ob dies auch angesichts des Nötigungserfolges gilt oder ob insoweit eine „Nötigungsabsicht“ erforderlich ist (befürwortend etwa EISELE, BT I, 3. Aufl., Rdnr. 486), bedarf hier keiner Entscheidung, da der Nötigungserfolg

von L mit der nötigen Wahrscheinlichkeit beabsichtigt wurde.

Anmerkung:

Die Ansicht, welche in Ansehung des Nötigungserfolges eine Nötigungsabsicht fordert, stützt sich nicht zuletzt auf den Wortlaut des § 240 II StGB („... zu dem angestrebten Zweck“). Überblick zum Meinungsstand bei FISCHER, StGB, 61. Aufl., § 240 Rdnr. 53.

II. Rechtswidrigkeit

Im Rahmen des § 240 StGB muss die Rechtswidrigkeit, wie sich aus § 240 II StGB ergibt, positiv durch ein Verwerflichkeitsurteil festgestellt werden. Das bloße Fehlen von Rechtfertigungsgründen ist dementsprechend nicht ausreichend.

Ist die Verwerflichkeit nach Maßgabe des § 240 II StGB zu verneinen, erübrigt sich konsequenterweise das Eingehen auf Rechtfertigungsgründe. Umgekehrt gilt selbstverständlich: Liegt ein Rechtfertigungsgrund vor, fehlt es an der Verwerflichkeit.

Anmerkung:

Dass die Verwerflichkeit im Rahmen der Rechtswidrigkeit zu prüfen ist, ist keineswegs unumstritten. So wird in § 240 II StGB teilweise eine Ergänzung des Tatbestandes gesehen (BayObLG NJW 1992, 521 (522); ESER/EISELE, S/S, 29. Aufl., § 240 Rdnr. 16). In Anbetracht dessen, dass Einigkeit über die Funktion des § 240 II StGB als Korrektiv zum äußerst weiten Tatbestand des § 240 I StGB besteht, empfiehlt es sich, die Verwerflichkeit – unter Hinweis auf die Korrektivfunktion – mit der herrschenden Meinung (BGHSt 2, 194 (196); OTTO, NStZ 1992, 568 (571); ALTVATER, LK, Bd. 7/2, 12.

Aufl., § 240 Rdnr. 94) als spezielle Rechtswidrigkeitsregel einzuordnen.

Zur Verwerflichkeit:

Das Landgericht charakterisierte die Verwerflichkeit i.S.d. § 240 II StGB wie folgt:

„Verwerflich ist ein Verhalten, das einen erhöhten Grad an sittlicher Missbilligung erreicht, so dass es als strafwürdiges Unrecht zu bewerten ist. Bei der Beurteilung stehen indes keine ethischen Maßstäbe im Vordergrund. Wegen der Korrektivfunktion der Norm, sozialadäquate Verhaltensweisen aus dem aufgrund des weiten Gewaltbegriffs breiten Anwendungsbereich der Vorschrift auszuschließen, gibt vielmehr den Ausschlag, ob das Verhalten sozial unerträglich bzw. sozialwidrig erscheint“. Nach „dem hieraus abgeleiteten Geringfügigkeitsprinzip“ (vgl. etwa VALERIUS, BeckOK-StGB, Edition 25, § 240 Rdnr. 56; SINN, MüKo-StGB, Bd. 4, 2. Aufl., § 240 Rdnr. 138) sind „Nötigungshandlungen als nicht verwerflich anzusehen, die lediglich zu Beeinträchtigungen des Opfers mit Bagatelldarakter führen, sei es, dass sie nur einmalig oder von geringer Dauer sind“.

Auch für das Landgericht war es bei „einer Bewertung des angeklagten Sachverhaltes auf Basis der Akten [...] nicht ausreichend wahrscheinlich, dass dem Angeschuldigten [L] in einer Hauptverhandlung mehr nachgewiesen werden könnte, als dass er den Schüler mehr oder weniger kräftig zur Seite geschoben und dabei gebrüllt hat“. Daher führt das oben erwähnte Geringfügigkeitsprinzip vorliegend „angesichts des Umstandes, dass nicht zu be-

legen sein wird, dass der Schüler irgendwelche Folgen davongetragen hat und dass es sich um einen einmaligen Vorgang von sehr geringer Dauer handelte“ zu einer Verneinung der Verwerflichkeit i.S.d. § 240 II StGB. Dabei wird vom Landgericht insbesondere die Gesamtsituation dergestalt berücksichtigt, dass die Reaktion des Lehrers „nachvollziehbar“ gewesen sei und es sich um eine „ganz geringfügige[n] Gewaltanwendung“ gehandelt habe.

Anmerkung:

Die bekannte Umschreibung des § 240 II StGB als „Mittel-Zweck-Relation“ wird auch vom Landgericht – wenngleich nicht ausdrücklich – zugrunde gelegt. Hier kam es nach jetzigem Ermittlungsstand zu dem Schluss, dass das Nötigungsmittel der Gewalt nicht verwerflich war, wobei es ebenso kein Missverhältnis zwischen Mittel und Zweck auszumachen vermochte (vgl. zum Ganzen RENGIER, BT I, 15. Aufl., § 23 Rdnrn. 59 ff.).

Als Faustregel wird formuliert, die Verwerflichkeit der Tat sei desto eher anzunehmen, je intensiver und gravierender das Nötigungsmittel und je negativer der Nötigungszweck zu beurteilen sei (so EISELE, JA 2009, 698 (701) m.N.).

III. Ergebnis

Das Landgericht verneinte nach dem Ergebnis der Ermittlungen einen hinreichenden Tatverdacht in Bezug auf eine Strafbarkeit Ls gemäß § 240 I StGB, weshalb das Amtsgericht nach § 408 II 1 StPO „den Erlass eines Strafbefehls zu Recht abgelehnt“ hat und die sofortige Beschwerde als unbegründet zu verwerfen war.

ALEXANDER BECHTEL

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG STRAFRECHT

Landgericht Dessau-Roßlau

Raub oder Diebstahl?

Beschluss vom 12.05.2014 - 8 Qs 395
UJs 5616/14 (97/14)

Wenn die Täter, die die Sachherrschaft des Opfers über seine am Körper getragene Bauchtasche und deren Inhalt aufheben wollen, zwar Gewalt anwenden, dies jedoch nicht, um einen vom Opfer geleisteten Widerstand zu brechen oder einen erwarteten Widerstand zu verhindern, sondern ausschließlich zu dem Zweck, den Verschluss der Bauchtasche zu öffnen, richtet sich die Gewalt also nur gegen Sachen und beruht der Taterfolg vor allem auf der Schnelligkeit und Geschicklichkeit der Täter, besteht [...] nur ein Anfangsverdacht eines Diebstahls gemäß § 242 StGB.

(juris-Orientierungssatz)

Sachverhalt

Anzeigerstatter K. gab an, ihm sei „am 12.02.2014 gegen 15:30 Uhr seine Bauchtasche, in der sich sein Reisepass, ein Handy iPhone 5 S und etwa 40,00 € Bargeld befanden, weggenommen“ worden. Er schilderte das Geschehen in seiner polizeilichen Vernehmung so: In der Stadt am alten Theater „sprach mich 2 männliche Personen an. Einer von beiden sprach gut Deutsch. Wir haben uns über normale Sachen unterhalten [...]. Die andere Per-

son sprach auch, es war aber kein Deutsch. Diese Person stand dann auf einmal hinter mir. Ich drehte mich mit dem Kopf zu ihm um und die andere Person, also die Deutsch konnte, riss mir meine Bauchtasche weg. Ich versuchte ihn noch festzuhalten, er war aber zu schnell weg. Ich rannte noch hinterher, konnte ihn aber nicht einholen. Durch das Entreißen der Bauchtasche löste sich die Schnalle hinten und so konnte er die Tasche an sich bringen und damit wegrennen. Sie rannten alle beide gleichzeitig weg“.

Verfahrensgeschichte:

In der Folgezeit beantragte die Staatsanwaltschaft Dessau-Roßlau beim Amtsgericht - Ermittlungsrichter - Dessau-Roßlau, „gemäß § 100g Abs. 1 StPO i.V.m. § 96 TKG anzuordnen, dass die Telekommunikationsanbieter unverzüglich die gespeicherten Verkehrsdaten, die ab 12.02.2014, 15:30 Uhr, für den Anschluss mit der IMEI-Nr. angefallen sind bzw. anfallen werden, an die anfragende Polizeidienststelle zu übermitteln, um Auskunft dahingehend zu erlangen, mit welcher SIM-Karte das iPhone genutzt werde“.

Diesen Antrag wies das Amtsgericht durch Beschluss zurück und führte aus, „dass die Voraussetzungen des § 100g StPO nicht vorliegen würden, da lediglich ein Diebstahl und nicht ein Raub gegeben sei. Gewalt sei allenfalls gegen Sachen, nicht gegen eine Person ausgeübt worden. Die Tat habe keine erhebliche Bedeutung“.

Dagegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit der Beschwerde: Nach Aktenlage sei *„nicht der Tatverdacht eines Diebstahls, sondern eines gemeinschaftlichen Raubes gegeben [...] Bei den angezeigten Tathandlungen liege zumindest eine mittelbar gegen den Körper gerichtete Gewalt vor, die vom Geschädigten als körperlicher Zwang empfunden worden sein müsse. Anders als bei der gewaltsamen Wegnahme von Hand- und Schultertaschen sei dem Geschädigten im vorliegenden Fall die Bauchtasche vom Körper gerissen worden. Hierbei müsse einerseits erhebliche Gewaltanwendung erfolgt sein, da sich ansonsten der Verschluss der Bauchtasche nicht gelöst hätte. Andererseits wirke dieses Wegreißen aber auch als Gewalt gegen die Körpermitte des Geschädigten, so dass vorliegend eine Straftat von erheblicher Bedeutung gegeben sei.“*

Der Beschwerde half das Amtsgericht nicht ab und führte in seinem diesbezüglichen Beschluss *„aus, dass auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens keine abweichende Entscheidung geboten sei. Da sich, wie der Zeuge ausgeführt habe, die Schnalle der Bauchtasche gelöst habe, könne nicht von einer erheblichen Gewalteinwirkung gegen eine Person ausgegangen werden. Die Täter hätten das Überraschungsmoment ausgenutzt und keinen Widerstand des Opfers überwinden müssen“*.

Die Entscheidung:

Die Kammer wies die Beschwerde der Staatsanwaltschaft zurück. Sie ist zulässig, jedoch unbegründet.

Es *„besteht kein Anfangsverdacht einer den §§ 100g Abs. 1, 100a Abs. 2 StPO entsprechenden Katalogtat des Raubes, sondern nur ein Anfangsverdacht eines Diebstahls gemäß § 242 StGB“*.

Die angezeigte Tat stellt sich nach derzeitigem Stand des Ermittlungsverfahrens *„so dar, dass den Tätern die Aufhebung der Sachherrschaft des Anzeigerstatters über seine Bauchtasche und deren Inhalt im Wesentlichen durch die Schnelligkeit und Geschicklichkeit ihres Vorhabens gelang. Zwar mussten die Täter, um dem Anzeigerstatter die Tasche vom Körper zu reißen, auch eine möglicherweise mehr als nur unerhebliche Kraft entfalten, die sich auf den Körper des Anzeigerstatters ausgewirkt haben mag. Diese Gewaltanwendung wurde aber nicht angewendet, um einen vom Opfer geleisteten Widerstand zu brechen, noch sollte die Gewalt einen erwarteten Widerstand verhindern. Die Gewalt diene ausschließlich dem Zweck, den Verschluss der Bauchtasche zu öffnen und richtete sich daher nur gegen Sachen“*.

Ergänzend führt die Kammer aus, auch *„§ 252 StGB kam vorliegend nicht in Betracht. Soweit der Anzeigerstatter vorgetragen hat, er habe versucht, den ihm die Bauchtasche wegnehmenden Täter festzuhalten, ist nicht ersichtlich, dass es zu einem Festhalten kam und sich der Täter diesem gewaltsam entwand“*.

Zudem handelt es sich beim hier vorliegenden Diebstahlsdelikt „auch nicht um eine Straftat von im Einzelfall erheblicher Bedeutung im Sinne des § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO“, was „eine Straftat der mittleren Kriminalität“ voraussetzt, „der im Einzelfall aufgrund des besonderen Gewichts des geschützten Rechtsguts oder des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung erhebliche Bedeutung zukommen kann“. Angesichts „des eher geringen Schadens und des im Wesentlichen ohne Folgen physischer oder psychischer Art für den Anzeigerstatter gebliebenen Delikts“, sieht die Kammer diese Voraussetzungen als nicht gegeben an.

Hinweise:

Das Rechtsmittel der (einfachen) Beschwerde gemäß § 304 StPO (I.) ist Aufhänger einer klassischen materiell-rechtlichen Frage (II.).

I. Ausführlich gibt die Kammer in ihrem Beschluss die relevantesten Angaben des Anzeigerstatters im Ermittlungsverfahren wieder sowie die Verfahrensgeschichte, den wesentlichen Inhalt des angefochtenen amtsgerichtlichen Beschlusses, der Beschwerde der Staatsanwaltschaft und des Nichtabhilfebeschlusses des Amtsgerichts, was hier aus didaktischen Gründen weitgehend wiedergegeben wurde. Anschaulich wird so der wesentliche Inhalt der der Kammer zur Entscheidung vorgelegten Akte(n), ihre Entscheidungsgrundlage (s. aber auch § 308 Abs. 2 StPO).

Vertiefend zum Rechtsmittel der Beschwerde LG Stuttgart, Beschluss vom 20.10.2014 – 7 Qs 52/14 = JSE 2014, 468 (469 f.) (*Grüner-Blatt*) mit den entsprechenden Anmerkungen.

II. Materiell-rechtlich betrifft der Beschluss einen Klassiker: Handtaschenraub oder („nur“) Handtaschendiebstahl?

1. Hier ist entscheidend, ob die Wegnahme mit Gewalt gegen eine Person erfolgt. Zunächst ist zu vergegenwärtigen, dass eine (sowohl für § 242 Abs. 1 StGB als auch für § 249 Abs. 1 StGB nötige) Wegnahme eine (jedenfalls minimale) Kraftentfaltung erfordert. § 249 Abs. 1 StGB verlangt „Gewalt gegen eine Person“, was eine zumindest mittelbar gegen den Körper des Opfers gerichtete Einwirkung notwendig macht (WITTIG, in: BeckOK/StGB (Edition: 25), § 249 Rn. 4). – Anders gewendet: Gewalt einzig gegen eine Sache ist nicht ausreichend, jedoch genügt eine unmittelbar gegen Sachen, nur mittelbar gegen die Person gerichtete Einwirkung (ESER/BOSCH, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 249 Rn. 4a m.N.), wie etwa beim (überraschenden) Ent- bzw. Wegreißen von Sachen, z.B. einer Handtasche.

Es wird wohl überwiegend danach differenziert, ob die vom Täter entfaltete Kraft wesentlicher Bestandteil der Wegnahme ist. So erheblich muss sie sein, dass sie geeignet ist, erwarteten oder geleisteten Widerstand zu brechen und sie muss vom Opfer als körperlicher Zwang empfunden werden. Nur dann liege das Merkmal der „Gewalt gegen eine Person“ vor (BGH, Beschl. vom 12.11.1985 - 1

StR 516/85 = NStZ 1986, 218 (218); Urteil vom 12.12.1989 - 1 StR 613/89 - juris, Rn. 6; WITTIG, in: BeckOK/StGB (Edition: 25), § 249 Rn. 4.1 je m.w.N.). Demgegenüber wird Diebstahl angenommen, wenn Gewalt gegen eine Person nicht das Erscheinungsbild der Tat prägt, der Täter also primär durch List und Schnelligkeit zum Ziel gelangt, da er nur die zum Tragen der Tasche erforderliche Kraft überwinden muss (BGH, Beschl. vom 24.01.1989 - 3 StR 568/88 - juris, Rn. 3).

Maßgeblich ist also der Schwerpunkt der Tatausführung. Und die entscheidende Frage ist, ob Mittel zur Wegnahme ein listiges, geschicktes und schnelles Vorgehen, das Ausnutzen eines Überraschungsmoments ist oder ein erhöhtes Maß an eingesetzter Kraft.

2. Nach Wertung der Kammer dominierte vorliegend nicht die verwendete Kraft, auch wenn (anders als in den klassischen Handtaschenfällen) durch das Reißen die Schnalle der Tasche gelöst werden musste. Für die Kammer erhielt die Tat ihr Gepräge durch das Vorgehen der Täter, die den Anzeigeerstatte in ein Gespräch verwickelten, ihn zu zweit ablenkten, um dann überraschend die Tasche zu entwenden.

Das hätte auch anders gesehen werden können; diese Entscheidung betrifft einen Grenzfall. Die Betrachtungsweise der Kammer, das Ziehen an der Tasche nicht für Gewalt gegen eine Person genügen zu lassen, vielmehr deutlich auf die Erheblichkeit der entfalteten Kraft abzustellen, mag man (gerade im Hinblick auf eine vielfach angemahnte restriktive

Handhabung des Gewaltbegriffs, etwa von VOGEL, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2010), § 249 Rn. 7) als weiteren Schritt zur zunehmend (sehr weit noch BGH, Urteil vom 19.04.1963 - 4 StR 92/63 = BGHSt 18, 329 (330 f.)) beschränken- den Behandlung der Fälle des überraschen- den Zugriffs begrüßen (vgl. hierzu etwa WITTIG, in: BeckOK/StGB (Edition: 25), § 249 Rn. 4.1 m.w.N.).

Richter GUIDO PHILIPP ERNST

► Inhaltsverzeichnis

RECHTSPRECHUNG STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

2. Senat stellt st. Rspr. zu § 252 StPO in Frage

Beschluss vom 04.06.2014 - 2 StR
656/13¹

**Der Senat beabsichtigt zu entscheiden:
Die Verwertung einer früheren richterlichen Vernehmung eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, durch Vernehmung der richterlichen Vernehmungsperson ist nur dann zulässig, wenn dieser Richter den Zeugen nicht nur über sein Zeugnisverweigerungsrecht, sondern auch qualifiziert über die Möglichkeit der Einführung und Verwertung seiner Aussage im weiteren Verfahren belehrt hat.**

(Amtlicher Leitsatz)

Ausgangspunkt:

Gegen seine Verurteilung wegen Mordes wendet sich der Angeklagte mit der Revision. Mit der Verfahrensrüge macht er eine Verletzung der §§ 252, 52 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 StPO geltend: „Das Landgericht habe seine Überzeugung vom Tathergang maßgeblich auch auf Angaben der Tochter des Angeklagten gestützt, die diese im Ermittlungsverfahren ge-

genüber einem nunmehr in der Hauptverhandlung vernommenen Richter gemacht hatte, ohne dass sie zuvor darüber belehrt worden sei, dass bei späterer Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung ihre zuvor beim Richter gemachten Angaben verwertet werden könnten. Dies müsse zu einem Verwertungsverbot führen, nachdem sie in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO Gebrauch gemacht habe und sich mit einer Verwertung ihrer Angaben im Ermittlungsverfahren nicht einverstanden erklärt habe.“

Hinführung:

Angesprochen ist die Reichweite des § 252 StPO: Macht ein Zeuge (erst) in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch, hat er aber zuvor im Ermittlungsverfahren Angaben gemacht, verbietet § 252 StPO die Verlesung dieser (früheren) Aussage. Doch schon aus § 250 S. 2 StPO folgt ein Verlesungsverbot, weswegen anerkannt ist, dass § 252 StPO (in den Worten des Senats) „nicht nur ein Verlesungs-, sondern auch ein Verwertungsverbot“ enthält (st. Rspr., s. schon BGH, Urt. v. 15.01.1952 - 1 StR 341/51 = BGHSt 2, 99 (105)), das „auch jede andere Verwertung der bei einer früheren Vernehmung gemachten Aussage“ ausschließt, „wenn ein Zeuge in der Hauptverhandlung nach § 52 StPO berechtigt das Zeugnis verweigert und nicht ausdrücklich die Verwertung seiner früheren Bekundungen gestattet“ (zur dem Zeugen nach h.M. zukommenden Möglichkeit des Verzichts vertiefend etwa EL-GHAZI/MEROLD, JA 2012, 44 (47 f.)).

¹ NStZ 2014, 596

§ 252 StPO schließt also die Einführung der Aussage durch Vernehmung der Verhörsperson aus, wovon die (seit BGH, Urt. v. 15.01.1952 - 1 StR 341/51 = BGHSt 2, 99 (99)) ständige höchstrichterliche Rechtsprechung allerdings eine Ausnahme macht: Dieses Verbot gilt nicht für „solche Bekundungen [...], die der Zeuge - nach Belehrung über sein Zeugnisverweigerungsrecht - vor einem Richter gemacht hat“: Durch Vernehmung des Richters dürfen sie „in die Hauptverhandlung eingeführt und bei der Urteilsfindung verwertet werden“. Vorausgesetzt ist danach „eine ordnungsgemäße richterliche Belehrung [lediglich] über das Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts und die sich daraus ergebende Möglichkeit für den Zeugen, aus diesem Grund keine Angaben zur Sache zu machen“.

Die beabsichtigte Entscheidung:

Die Verfahrensrüge hält der 2. Strafsenat für erfolgversprechend. Er möchte zwar weiterhin an der Ausnahme vom Verwertungsverbot im Falle richterlicher Vernehmung festhalten - jedoch unter der Voraussetzung, dass der Zeuge zuvor „qualifiziert“ belehrt wurde (s. den Leitsatz oben).

Die Argumentation:

In seinem Anfragebeschluss benennt der Senat zunächst Argumente für die genannte Ausnahme (I.), referiert die Gründe der bisherigen Rechtsprechung für die nur „einfache“ Belehrung (II.) und macht sodann seine Sichtweise, das Erfordernis einer qualifizierten Belehrung, deutlich (III.).

I. „Diese differenzierende Behandlung im Umgang mit dem Verwertungsverbot des § 252 StGB begründet der BGH mit dem Unterschied zwischen richterlichen und nichtrichterlichen Vernehmungen“:

1. Zur Legitimation der Ausnahme für richterliche Vernehmungen wird die vom Gesetz vorausgesetzte (vgl. §§ 251, 254 StPO) höhere Qualität derselben vorgebracht.

Ferner finde die Ungleichbehandlung einen sachlichen Grund darin, „dass der Ermittlungsrichter in besonderer Weise geeignet - und in vielfältiger Weise vom Gesetzgeber dafür vorgesehen - sei, präventiven Rechtsschutz zu gewährleisten [Nachw.]“.

Auch sei die erhöhte „Bedeutung der richterlichen Vernehmung für das Strafverfahren“ für den Zeugen erkennbar und regelmäßig von ihm so empfundenen. Dem Zeugen sei, nachdem er vom Richter belehrt wurde, „deutlicher als bei einer polizeilichen Vernehmung vor Augen, dass er sich zwar aus dem ihn treffenden Interessenwiderstreit durch Gebrauchmachen von dem Zeugnisverweigerungsrecht befreien, aber im Falle der Aussage seine Angaben nicht ohne Weiteres wieder beseitigen könne [Nachw.]“.

Dabei betont der Senat die „nach ordnungsgemäßer Belehrung und in Kenntnis der Tragweite seines Verhaltens getroffene Entschließung“ des Zeugen, „an welcher er im Interesse der Wahrheitsfindung festgehalten werden könne. Dieses Argument trägt auch heute noch grundsätzlich [...] die Differenzierung zwischen polizeilich getätigten Aussagen

und solchen, die in einer richterlichen Vernehmung gemacht werden. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass damit spätere unlautere Beeinflussungsversuche auf einen Zeugen, durch welche die Wahrheitsermittlung im Strafverfahren Not leiden würde, genauso verhindert werden können [Nachw.] wie wirksam der Gefahr begegnet werden kann, dass sich ein Zeuge zum Herrn des Verfahrens macht und dadurch die Wahrheitsermittlung vereitelt [Nachw.]“.

2. Ihre materielle Rechtfertigung finde die Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 StPO „in einer Güterabwägung. Angesichts eines nach Belehrung bewusst erklärten Verzichts auf die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts in der verfahrensrechtlich hervorgehobenen Situation einer richterlichen Vernehmung ist das öffentliche Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege von höherem Gewicht als das Interesse des Zeugen, sich die Entscheidungsfreiheit über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts bis zur späteren Hauptverhandlung erhalten zu können [Nachw.]. Durch diese Ausnahme vom Verwertungsverbot ist den Ermittlungsbehörden im Regelfall durch Herbeiführung einer richterlichen Vernehmung der Weg eröffnet, eine verwertbar bleibende Aussage zu erhalten.“

II. Die Begründung dafür, dass der aussageverweigerungsberechtigte Zeuge nicht „über die Folgen eines Verzichts auf das Auskunftsverweigerungsrecht, insbesondere über die weitere Verwertbarkeit auch im Falle einer späteren Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung, „qualifiziert“ zu belehren“ ist,

liege nach bisheriger Rechtsprechung des BGH darin, „dass ein Zeuge nicht einmal auf die Möglichkeit des Widerrufs eines erklärten Verzichts auf sein Zeugnisverweigerungsrecht noch während der laufenden Vernehmung hingewiesen werden müsse; umso weniger sei es deshalb geboten, ihn schon vorsorglich für den Fall, dass er in der Hauptverhandlung das Zeugnis verweigern sollte, über die Auswirkungen auf die Verwertbarkeit seiner Aussage hinzuweisen [Nachw.]“. Zur Ergänzung wird „angeführt, für die Annahme einer solchen Belehrungs- oder Hinweispflicht fehle es an einer gesetzlichen Grundlage [Nachw.]“.

Dem Senat erscheint diese Begründung „nicht mehr tragfähig“.

III. Der Senat verdeutlicht seine Betrachtungsweise. Er legt zunächst die Aufgabe des Strafprozesses, die ratio der Regelungen der §§ 52 und 252 StPO und ihr Zusammenspiel dar. Er verweist darauf, dass § 252 StPO (verstanden als Verlesungs- und Verwertungsverbot, s.o.) „grundsätzlich den Konflikt zwischen Aufklärungsinteresse und Zeugenschutz“ löst.

a. Sodann hält er fest: „Die in der Rechtsprechung seit jeher anerkannte Ausnahme von der vorstehenden Regel durch Vernehmung einer früheren richterlicher Vernehmungsperson - unter der Voraussetzung damaliger Belehrung des Zeugen über sein Zeugnisverweigerungsrecht - führt zu einer Austarierung von öffentlichem Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung und den die Regelung der §§ 52, 252 StPO tragenden Schutzzwecküber-

legungen, die auch heute noch - trotz der hiergegen in der Literatur seit jeher [Nachw.] erhobenen Einwendungen [Nachw.] - gerechtfertigt erscheint [...] und auch nicht zu einer bedenklichen Einschränkung von Zeugenrechten führt“.

b. Diese „Ausgangs-Überlegung“ sieht der Senat in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung „aber nur dann als gerechtfertigt an, wenn der Zeuge in der im Ermittlungsverfahren durchgeführten richterlichen Vernehmung ausdrücklich auch darüber belehrt worden ist, dass eine jetzt gemachte Aussage auch dann verwertbar bleibt, wenn er in einer späteren Hauptverhandlung vom Recht der Aussageverweigerung Gebrauch macht [Nachw.]. Erforderlich ist daher eine „qualifizierte“ Belehrung, welche den Zeugen umfassend in die Lage versetzt, über seine Aussagebereitschaft und deren mögliche Folgen für das spätere Verfahren zu entscheiden, und zugleich die Ausnahme von einem umfassenden Verwertungsverbot bei einer richterlichen Vernehmung legitimiert“.

aa. Zur Begründung verweist der Senat darauf, dass „für die in den meisten Fällen nicht rechtskundigen Zeugen [...] es in der Regel fern [liegt], sich zum Zeitpunkt einer (richterlichen) Vernehmung im Ermittlungsverfahren von sich aus Gedanken darüber zu machen, ob auch bei späterer Aussageverweigerung - für welche es eine Vielzahl nicht zu überprüfender Gründe geben kann - ihre Aussage verwertbar bleibt. Die von §§ 52, 252 StPO geschützten Interessen gebieten es vor diesem Hintergrund, den Zeugen auch darüber zu belehren,

dass er zu diesem Zeitpunkt endgültig und unwiderruflich über die Wahrnehmung des ihm zustehenden Zeugnisverweigerungsrechts zu entscheiden hat. Geschieht dies - wie bisher - nicht, leidet der Entschluss des Zeugen an einem durchgreifenden Mangel, weil er sich dieser Konsequenz seines Handelns nicht bewusst ist [...]. Eine in diesem Sinn qualifizierte Belehrung bietet hingegen eine sichere Grundlage für die Entscheidung des Zeugen. Sie kann zudem seinen Blick auf die bei ihm bestehende Konfliktsituation schärfen, die ansonsten für den Angehörigen oft erst unmittelbar vor und während der Hauptverhandlung erkenn- und spürbar wird“.

bb. Der Einwand, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage (s. II.), schließt nach Ansicht des Senats die von ihm befürwortete Anerkennung einer „qualifizierten Belehrung“ nicht aus: „Denn es handelt sich um Erwägungen und Anforderungen im Bereich der richterrechtlich begründeten Ausnahme von dem Beweisverwertungsverbot des § 252 StPO. Es wäre widersprüchlich, ungeschriebene Ausnahmen von einem Verwertungsverbot zuzulassen, für deren rechtsstaatliche Begrenzung aber eine gesetzliche Grundlage zu verlangen. Im Übrigen ist zu bedenken, dass die Rechtsprechung auch in anderen Bereichen gesetzlich nicht vorgesehene Belehrungspflichten entwickelt hat, etwa im Zusammenhang mit § 136a StPO.“

Auch das Argument, selbst „bei einer Vernehmung in der Hauptverhandlung“ sei kein Hinweis dahingehend vonnöten, dass der Verzicht auf das Auskunfts-/ Zeugnisverwei-

gerungsrecht jederzeit widerruflich sei (s. II.), verfange nicht: „Die Situation eines Zeugen, der sich in der Hauptverhandlung dazu entschlossen hat, trotz Bestehen eines Auskunftsverweigerungsrechts Angaben zu machen, ist nicht mit der Lage zu vergleichen, in der sich der Zeuge bei einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung befindet. Entscheidet sich die ordnungsgemäß belehrte Aussageperson in der Hauptverhandlung zu einer Aussage, liegt dem regelmäßig eine in Kenntnis der Folgen für den verwandten Angeklagten getroffene bewusste Entscheidung zugrunde, die keinen Anhalt für einen bestehenden Willensmangel oder eine kurzfristig (während der Vernehmung) zu erwartende Willensänderung bietet. Bei einer Vernehmung durch einen Richter im Ermittlungsverfahren ist hingegen - wie oben dargelegt - nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass der Zeuge sich der Endgültigkeit seiner Entscheidung, die schon mit Blick auf den zu erwartenden Zeitablauf zwischen dieser Vernehmung und einer späteren Hauptverhandlung und die sich in dieser Zeitspanne möglicherweise ergebenden Entwicklungen im Verhältnis zwischen dem Angeklagten und dem verwandten Zeugen vom Schutzzweck getragene Änderungen unterliegen kann, bewusst ist“.

III. Aus diesen Gründen hält der Senat zwar an der genannten Ausnahme vom Verwertungsverbot fest, fordert als Voraussetzung jedoch eine (damalige) qualifizierte Belehrung der Aussageperson durch den vernehmenden Richter. Der Senat beabsichtigt, „entgegenstehende eigene Rechtsprechung aufzugeben, und fragt bei den übrigen Strafse-

naten an, ob diese an entgegenstehender Rechtsprechung festhalten.“

Hinweise:

I. Mit der vom Senat aufgeworfenen Problematik wird man in anstehenden Prüfungen zu rechnen haben: sei es im mündlichen Examensteil, in einer Schwerpunkt- oder Erstexamensklausur als Zusatzfrage oder natürlich im Zweiten Staatsexamen. Nahe liegt ihre Einbettung in eine zu untersuchende Revision, denkbar erscheinen im Assessor-examen aber auch Urteils- und (als etwas anderer Aufhänger) Anwaltsklausuren.

II. So bietet es sich gerade vor dem Hintergrund dieses Anfrageschlusses an, sich Grundsätzliches zu § 252 StPO zu vergegenwärtigen (vertiefend und weiterführend *LG Stuttgart*, *Beschl. v. 20.10.2014 - 7 Qs 52/14 = JSE 2014, 468 (470 f.) (Grüner-Blatt)*; *KRAATZ, JURA 2011, 170 (170 ff.)*; auch *BGH, Beschl. v. 23.10.2012 - 1 StR 137/12 = JSE 2013, 376 (377) (ERNST)*):

§ 252 StPO bezieht sich nur auf das Zeugnisverweigerungsrecht der §§ 52, 53 und 53a StPO, wobei die Vorschrift auf mitangeklagte Angehörige nicht anwendbar ist (*DIEMER, in: KK/StPO, 7. Aufl. (2013), § 252 Rn. 4*). Einer Erweiterung dieser Regelung auf Fälle, in denen ein zur Auskunftsverweigerung nach § 55 StPO berechtigter Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht Gebrauch macht, wird herrschend abgelehnt (*BGH, Urt. v. 13.04.1962 - 3 StR 6/62 = BGHSt 17, 245 (247)*; *SCHMITT, in: Meyer-Goßner/ders., StPO, 57. Aufl. (2014), § 252*

Rn. 5), wofür der differierende Wortlaut (§ 252 StPO: „Zeugnis [...] verweigern“ - § 55 StPO: „Auskunft [...] verweigern“) sprechen mag (ausf. und auch zur Gegenansicht EL-GHAZI/MEROLD, JA 2012, 44 (45)).

Der sicherlich bedeutendste Fall ist das nahen Angehörigen zukommende Zeugnisverweigerungsrecht des § 52 StPO. Der Zeitpunkt der Hauptverhandlung ist für das Bestehen des Verwandtschaftsverhältnisses maßgeblich, weswegen § 252 StPO auch bei Begründung des Verhältnisses nach der früheren Aussage zur Anwendung kommt, wobei die Rechtsprechung nur bei manipulativer Schaffung des Zeugnisverweigerungsrechts eine Ausnahme macht (GRAF, in: BeckOK/StPO (Edition: 19), § 252 Rn. 3 m.w.N.). Erwirbt der Zeuge erst nach seiner richterlichen Vernehmung ein Zeugnisverweigerungsrecht und macht er hiervon in der Hauptverhandlung Gebrauch, darf der Richter über die frühere Aussage nicht vernommen werden (BGH, Urt. v. 03.08.1977 - 2 StR 318/77 = NJW 1977, 2365 (2365)).

III. Während erste Reaktionen auf den Anfragebeschluss seitens der Literatur in der Tendenz positiv ausfallen (JAHN, JuS 2014, 1138 (1140); auch JÄGER, JA 2014, 948 (950), und HENCKEL, HRRS 2014, 482 (484 f., 486)), hat sich von den anderen vier Strafsenaten bis Redaktionsschluss (soweit ersichtlich nur) der 4. Strafsenat geäußert - und das kritisch: Er stellt fest, dass der vom 2. Strafsenat beabsichtigten Entscheidung Rechtsprechung des 4. Strafsenats entgegen steht und er an dieser festhält (BGH, Beschl. v.

16.12.2014 - 4 ARs 21/14, Rn. 3 f.). Der 4. Strafsenat hält eine qualifizierte Belehrung für nicht erforderlich. Für eine entsprechende Belehrungspflicht fehle eine gesetzliche Grundlage (aaO, Rn. 7 f.). Zudem sei es „auch nicht geboten, die Einführung oder die Verwertbarkeit der Aussage einer richterlichen Verhörfperson über frühere Angaben eines Zeugen, der sich in der Hauptverhandlung berechtigt auf sein gemäß § 52 StPO bestehendes Aussageverweigerungsrecht beruft, von einer schon damals erteilten qualifizierten Belehrung abhängig zu machen“ (aaO, Rn. 9 ff. (wird ausgeführt) - lesenswert).

Damit ist der Weg für eine Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen vorgezeichnet (§ 132 Abs. 2 und 3, § 138 GVG). Die weitere Entwicklung bleibt spannend und die angesprochene(n) Rechtsfrage(n) in der Diskussion - eine Steilvorlage für Klausurersteller und Prüfer!

Richter GUIDO PHILIPP ERNST

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Verwaltungsgerichtshof Mannheim

Lärm durch Vogelabwehrgeräte im Weinberg

Urteil vom 04.11.2014 – 10 S 1663/11

1. Für einen Anspruch aus § 25 Abs. 2 BImSchG ist eine Gesundheitsschädigung im immissionsschutzrechtlichen Sinne erforderlich, die über erhebliche Belästigungen hinausgehen muss.
2. Für eine Gesundheitsschädigung im immissionsschutzrechtlichen Sinne kommt es nur auf die körperliche Unversehrtheit an. Erforderlich sind negative körperliche Auswirkungen, die unmittelbar durch die Immission hervorgerufen wurden. Nicht ausreichend sind Einwirkungen, die mittelbar über das subjektive Empfinden zu Beeinträchtigungen des körperlichen und seelischen Wohlbefindens führen.
3. Unterhalb der Schwelle der Gesundheitsschädigung ist bei erheblichen Belästigungen der Tatbestand des § 24 S. 1 BImSchG erfüllt, insoweit steht der Behörde kein Entschließungsermessen zu. Sie hat aber einen Ermessensspielraum dahingehend, mit welchen Mitteln und auf welche Art und Weise sie einschreiten will. Dabei darf sie wirtschaftlichen Fra-

gen kein stärkeres Gewicht geben als den gesundheitlichen Belangen der Anwohner.

(Leitsätze des Bearbeiters)

I. Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt)

Die Kläger sind Eigentümer eines mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks, das im Geltungsbereich eines Bebauungsplans liegt, der für das Grundstück ein allgemeines Wohngebiet festsetzt. Südlich an das am Ortsrand gelegene Grundstück schließen sich unmittelbar Weinberge an. In diesen Weinbergen werden zur Abwehr von Schäden durch Vögel Vogelvergrämungsanlagen eingesetzt. Dabei handelt es sich um phonoakustische Geräte, die über Lautsprecher elektronische Schallwellen im Ultraschall- und Hochfrequenzbereich absenden und die Warnrufe von Vögeln imitieren. Daneben werden auch pyroakustische Geräte eingesetzt, die in unregelmäßigen Abständen Knallgeräusche erzeugen. Diese Anlagen sind in der Zeit von etwa Mitte August bis Oktober/November von Tagesanbruch bis zum Anbruch der Dämmerung in Betrieb.

Die Kläger beantragten beim Landratsamt, gegen die akustischen Vogelabwehranlagen immissionsschutzrechtlich einzuschreiten. Ein daraufhin eingeholtes Lärmgutachten kam zu dem Ergebnis, dass die nach der TA-Lärm berechneten Beurteilungspegel die zulässigen Grenzwerte für ein allgemeines Wohngebiet nicht überschreiten würden. Das Landratsamt lehnte das Einschreiten mit

Verweis auf das Lärmgutachten ab. Daraufhin erhoben die Kläger Klage beim Verwaltungsgericht, um das Landratsamt zum Erlass eines entsprechenden Verwaltungsakts zu verpflichten. Dieses verneinte einen Anspruch aus § 25 Abs. 2 BImSchG, bejahte aber einen Anspruch aus § 24 S. 1 BImSchG. Gegen dieses Urteil legten die Kläger und der beklagte Landkreis Berufung ein.

Die Kläger tragen vor, die Lärmbelastigungen seien unzumutbar. Sie machen erhebliche gesundheitliche Beeinträchtigungen geltend sowie eine erhebliche Beeinträchtigung von Sachwerten, weil Geräusche im Haus selbst bei geschlossenen Fenstern und Türen wahrgenommen würden und im Sommer und Herbst kein Aufenthalt auf der Terrasse möglich sei. Außerdem sei die Schussfolge überhöht und führe langfristig zu einem Gewöhnungseffekt bei den Vögeln. Auch gebe es seit Jahren keine relevanten Starenaufkommen. Die TA-Lärm sei auf landwirtschaftliche Geräte nicht anwendbar. Das Ermessen des Landratsamts bezüglich des Einschreitens sei auf Null reduziert.

Das Landratsamt bestreitet, dass die Vogelabwehranlagen schädliche Umweltauswirkungen verursachen. Die Richtwerte der TA-Lärm würden eingehalten und die Immissionen hielten sich im Rahmen des Ortsüblichen und Herkömmlichen. Es bestehe auch keine konkrete Gesundheitsgefahr, besondere Lärmempfindlichkeit finde keine Berücksichtigung. Außerdem seien andere Geräte

weniger wirksam, Netze oder ein Wengertschütze weniger geeignet.

II. Die Entscheidung des VGH Mannheim

1. Anspruch auf Untersagung nach § 25 Abs. 2 BImSchG

Nach § 25 Abs. 2 BImSchG soll die zuständige Behörde den Betrieb einer nicht genehmigungsbedürftigen Anlage ganz oder teilweise untersagen, wenn die von der Anlage hervorgerufenen schädlichen Umwelteinwirkungen die Gesundheit von Menschen oder bedeutende Sachwerte gefährden, soweit die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft nicht auf andere Weise geschützt werden kann. Die Vorschrift ist drittschützend (VGH Mannheim, NVwZ 2001, 1184, 1184; HANSMANN, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 73. Ergänzungslieferung 2014, § 25 BImSchG Rdnr. 38).

a. Formelle Voraussetzungen

Sachlich zuständige Behörde für die Untersagung ist als Immissionsschutzbehörde das Landratsamt als untere Verwaltungsbehörde, § 1 Abs. 2 Nr. 3 ImSchZuVO¹ i.V.m. § 1 Abs. 3 LKrO. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach § 3 LVwVfG. Für das Verfahren ist vor allem die Anhörung nach § 28 VwVfG zu beachten.

¹ Eine Auflistung der landesspezifischen Regelungen findet sich bei JARASS, BImSchG, 10. Auflage 2013, Einleitung Rdnr. 47.

b. Materielle Voraussetzungen

1) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich

Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 25 Abs. 2 BImSchG ist zunächst, dass es sich bei den Vogelabwehranlagen um Anlagen im Sinne des BImSchG handelt, welche nicht genehmigungspflichtig sind. Außerdem muss sich der Anspruch gegen den Betreiber der Anlage richten.

a) Anlage

Bei den Vogelabwehranlagen könnte es sich um Anlagen im Sinne des § 3 Abs. 5 Nr. 2 handeln. Voraussetzung dafür ist, dass es sich um eine ortsveränderliche Anlage handelt, dass die Anlage irgendwie betrieben wird und dass es sich um eine technische Einrichtung handelt (JARRAS, BImSchG, 10. Auflage 2013, § 3 BImSchG Rdnr. 72).

1) Ortsveränderlich ist eine Anlage, die nicht ortsfest ist. Ortsfest sind Einrichtungen, die auf Grund ihrer Art oder ihrer Konstruktion an ihren Standort gebunden sind und im Normalfall nicht bewegt werden sollen (THIEL, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 73. Ergänzungslieferung 2014, § 3 BImSchG Rdnr. 85). Die Vogelabwehranlagen sind beweglich. Sie können für die Nutzungsdauer in den Monaten August bis November aufgestellt und danach wieder abgebaut werden. Es handelt sich um ortsveränderliche Anlagen.

2) In Abgrenzung zu Werkzeugen und einfachen Sportgeräten, die nicht unter das BImSchG fallen, muss die Anlage auch betrieben werden (JARRAS, a.a.O., § 3 BImSchG Rdnr. 72; nach anderer Ansicht erfolgt die Abgrenzung anhand des Merkmals „technisch“, s. THIEL, a.a.O., § 3 BImSchG Rdnr. 88). Der Begriff des Betriebens ist weit zu verstehen (JARRAS, a.a.O., § 3 BImSchG Rdnr. 66). Es ist ausreichend, wenn die Anlagen in irgendeiner Form, zum Beispiel in technischer oder organisatorischer Hinsicht, betrieben werden (OVG Münster, NJW 2000, 2124 f., JARRAS, a.a.O., § 3 BImSchG Rdnr. 66). Die Anlagen werden bei Tagesanbruch eingeschaltet und sind dann den ganzen Tag bis zur Dämmerung in Betrieb. Die Anlagen werden betrieben.

3) Technisch ist die Einrichtung, wenn jedenfalls ein Mindestmaß an maschineller Konstruktion vorhanden ist, die geeignet ist, Umwelteinwirkungen hervorzurufen (THIEL, a.a.O., § 3 BImSchG Rdnr. 88). Bei den Vogelabwehranlagen handelt es sich auch um maschinelle Konstruktionen. Sie verursachen Lärm und sind somit geeignet, Umwelteinwirkungen hervorzurufen. Es handelt sich um technische Einrichtungen.

4) Die Vogelabwehranlagen sind Anlagen im Sinne des § 3 Abs. 5 Nr. 2 BImSchG.

b) Keine Genehmigungsbedürftigkeit

Es müsste sich um Anlagen handeln, die nicht genehmigungsbedürftig sind. Ob eine Anlage genehmigungsbedürftig ist, richtet

sich nach § 4 BImSchG. Die aufgrund von § 4 Abs. 1 S. 3 BImSchG erlassene Rechtsverordnung ist die 4. BImSchV. Diese verweist in § 1 Abs. 1 auf den Anhang 1 zur 4. BImSchV. Bei den Vogelabwehranlagen handelt es sich um Anlagen im Bereich des Weinbaus und somit der Landwirtschaft, sodass unter Nr. 7 der Anlage 1 zur 4. BImSchV etwas zu finden sein könnte. Es ist aber keine solche Anlage aufgeführt. Die Vogelabwehranlagen sind nicht genehmigungsbedürftig.

c) Anlagenbetreiber

Die Anordnung gemäß § 25 Abs. 2 BImSchG muss sich gegen den Anlagenbetreiber richten. Anlagenbetreiber ist diejenige natürliche oder juristische Person oder Personenvereinigung, die die Anlage „in ihrem Namen, auf ihre Rechnung und in eigener Verantwortung“ führt (BVerwG, NJW 1999, 1416; VGH Mannheim, Beschluss vom 17. 4. 2012 – 10 S 3127/11). Die Anordnung muss sich also gegen die Weinbaugenossenschaft richten, die die Vogelabwehrgeräte in ihrem Weinberg aufstellt.

2) Verursachung schädlicher Umwelteinwirkungen

Voraussetzung für die Untersagung der Vogelabwehrgeräte ist, dass von ihnen konkrete schädliche Umwelteinwirkungen hervorgerufen werden. Das bedeutet, dass von der Anlage Emissionen ausgehen müssen, durch welche Immissionen verursacht werden (HANSMANN, a.a.O., § 25 BImSchG Rdnr. 24; JARRAS, a.a.O., § 25 BImSchG Rdnr. 20). Der Begriff

der Emission ist in § 3 Abs. 3 BImSchG geregelt. Darunter fallen auch Geräusche. Bei dem Lärm von den Vogelabwehranlagen handelt es sich um Geräusche und somit um Emissionen. Dieser Lärm wirkt auf Menschen und Tiere ein, sodass die Emissionen auch Immissionen im Sinne des § 3 Abs. 2 BImSchG verursachen. Die Vogelabwehrgeräte verursachen schädliche Umwelteinwirkungen.

3) Gefährdung bestimmter Rechtsgüter

Die gefährlichen Umwelteinwirkungen müssten das Leben oder die Gesundheit von Menschen oder bedeutende Sachwerte gefährden.

a) Leben oder Gesundheit von Menschen

(1) Allgemeine Definition

Leben oder Gesundheit von Menschen ist gefährdet, wenn nach den bestehenden Erkenntnismöglichkeiten die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass durch die von der Anlage verursachten Immissionen der Tod eines Menschen oder die Schädigung der Gesundheit eines Menschen hervorgerufen wird (HANSMANN, a.a.O., § 25 BImSchG Rdnr. 25; JARRAS, a.a.O., § 25 BImSchG Rdnr. 21). Notwendig ist eine konkrete Gefährdung, die aber nicht unmittelbar bevorstehen muss (JARRAS, a.a.O., § 25 BImSchG Rdnr. 21). Eine Gesundheitsverletzung ist das Hervorrufen eines Krankheitszustandes, auch zum Beispiel Schlafstörungen durch nächtlichen Lärm (BVerwG, NVwZ 1994, 164). Nicht von § 25 Abs. 2 BImSchG erfasst sind jedoch bloße

Belästigungen (HANSMANN, a.a.O., § 25 BImSchG Rdnr. 26; JARRAS, a.a.O., § 25 BImSchG Rdnr. 21).

(2) Vortrag der Kläger

Die Kläger machen geltend, durch die Lärm-belästigungen komme es zu erheblichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen. Sie litten unter Körperschmerzen, Nervosität und Herzrhythmusstörungen sowie massiven Schlafstörungen. Es bestehe die Gefahr des Abgleitens in eine depressive Störung. Sie legen entsprechende ärztliche Atteste vor.

(3) Ansicht des VGH Mannheim

Für den VGH ist an dieser Stelle die Abgrenzung maßgeblich, ob tatsächlich eine Gesundheitsschädigung vorliegt oder ob es sich um die psychischen Folgen einer Belästigung handelt. Darauf kommt es auch in der Literatur an (HANSMANN, a.a.O., § 25 BImSchG Rdnr. 25; JARASS, a.a.O., § 25 BImSchG Rdnr. 20; SCHUKTE/MICHALK, in: BeckOK UmweltR/BImSchG § 3 Rn. 35).

Eine Gesundheitsschädigung im immissions-schutzrechtlichen Sinne ist gegeben, wenn durch unmittelbare Einwirkung von Lärm funktionelle oder morphologische Veränderungen des menschlichen Organismus auftreten, die die natürliche Variationsbreite signifikant überschreiten. Unter Gesundheit ist in diesem Zusammenhang die körperliche Unversehrtheit, nicht auch das körperliche und seelische Wohlbefinden zu verstehen, weil andernfalls die Beschränkung des An-

wendungsbereichs des § 25 Abs. 2 BImSchG auf besonders qualifizierte schädliche Umwelteinwirkungen aufgehoben wird. Notwendig für eine Gesundheitsschädigung sind deshalb physiologische Effekte auf den Körper.

Um Belästigungen handelt es sich bei Wirkungen, die mittelbar über das subjektive Empfinden zu Beeinträchtigungen des körperlichen und seelischen Wohlbefindens führen und die nur psychologisch zu ermitteln sind.

Der VGH stellt in die Gesamtbetrachtung für die Abgrenzung die ärztlichen Atteste und das Vorbringen der Kläger bezüglich der gesundheitlichen Folgen ein sowie das Lärmgutachten.

(a) Durch die von den Klägern vorgelegten ärztlichen Atteste sei nicht belegt, dass die Erkrankungen unmittelbar durch lärmbedingte morphologische oder funktionelle Veränderungen des Organismus hervorgerufen wurden. Zwar werde dadurch zweifellos eine Beeinträchtigung des körperlichen und seelischen Wohlbefindens aufgezeigt, die Krankheitssymptome beruhten jedoch auf psychischen und psychosomatischen Reaktionen.

(b) Dafür spreche auch das Vorbringen der Kläger, sie litten insbesondere an der spezifischen Lästigkeit der Geräusche der Vogelabwehrgeräte und an der durch die immer wiederkehrenden Tonfolgen bzw. Schüsse erzeugten Erwartungshaltung, die zu einer

dauerhaften Anspannung führe. Der VGH führt weiter aus, auch die geltend gemachten Schlafstörungen würden nicht durch die Lärmimmissionen selbst hervorgerufen, denn die Geräte würden nur zur Tageszeit betrieben. Nach dem eigenen Vortrag der Kläger seien die Schlafstörungen psychisch vermittelt, etwa wenn natürliches Vogelgezwitscher die Erinnerung an die Immission durch die phonoakustischen Geräte wachruft.

(c) Für die Annahme, dass die gesundheitlichen Beeinträchtigungen eine psychische Folge sind, spreche auch das eingeholte Schallgutachten. Danach erreichen die Schallimmissionspegel noch keine Werte, die zu Gesundheitsschäden im immissionsschutzrechtlichen Sinne führen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sei eine Gesundheitsgefährdung zu befürchten, bei einer Überschreitung von Lärmwerten von mehr als 70 dB (A) tags und 60 dB (A) nachts (s. die Nachweise in der Entscheidung). Diese Werte würden vorliegend bei weitem nicht erreicht. Der VGH zieht jedoch in Zweifel, dass diese für den Verkehrslärm im Fachplanungsrecht entwickelten Werte auf die vorliegende Situation anwendbar sind. Jedenfalls könne dem Lärmgutachten jedoch entnommen werden, dass die Kläger nicht dauerhaft den gesundheitsschädigenden Lärmpegeln ausgesetzt sind. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Immissionsort um den Außenwohnbereich handle, in dem sich die Kläger nicht während des gesamten Tageszeitraums aufhalten. Auch finde die Weinberghut ohnehin nur

während eines überschaubaren Zeitraums von ca. sechs bis acht Wochen statt, so dass auch insoweit keine Dauerbelastung angenommen werden könne. Die Anlagen seien außerdem in den im Hinblick auf Gesundheitsgefahren besonders kritischen Nachtzeiten nicht in Betrieb.

(d) Der VGH kommt so zu dem Ergebnis, dass nach den gesamten Umständen des Falles die körperliche Unversehrtheit der Kläger nicht unmittelbar beeinträchtigt wird. Vielmehr seien ihre lärmbedingten Erkrankungen im Wesentlichen durch psychisch-emotionale Effekte vermittelt, was immissionsschutzrechtlich der Kategorie der erheblichen Belästigung zuzuordnen ist. Dieses Ergebnis wird auch von den in der Literatur vertretenen Ansichten gestützt.

b) Bedeutende Sachwerte

Der VGH kann auch keine Gefährdung bedeutender Sachwerte feststellen. Voraussetzung dafür sei, dass unmittelbar durch Immissionen Sachschäden hervorgerufen werden. Vorliegend werde das Grundstück in seiner Substanz jedoch nicht beeinträchtigt und bleibe grundsätzlich bestimmungsgemäß nutzbar. Die ungestörte Nutzung des Wohngrundstücks, insbesondere des Außenwohnbereichs, werde nur mittelbar in Folge der Lärmbelästigung während eines begrenzten Zeitraums im Jahr beeinträchtigt. Diese Ansicht findet auch Unterstützung durch die Literatur. Die eingeschränkte Nutzbarkeit für einen bestimmten Zeitraum stellt eine Minderung der Lebens- und

Wohnqualität dar. Dies ist jedoch nur eine mittelbare Folge der Immissionen und nicht als Gefahr für das Grundstück, sondern als Beeinträchtigung einzuordnen (vgl. THIEL, a.a.O., § 3 BImSchG Rdnr. 39).

c. Ergebnis

Die Kläger haben keinen Anspruch auf Untersagung der Anlagen nach § 25 Abs. 2 BImSchG.

2. Anspruch auf eine Anordnung nach § 24 S. 1 BImSchG

Der VGH bejahte einen Anspruch der Kläger auf eine Anordnung nach § 24 S. 1 BImSchG zur Minderung der durch die Vogelabwehranlagen hervorgerufenen Lärmimmissionen. Nach § 24 S. 1 BImSchG kann die Behörde im Einzelfall die zur Durchführung des § 22 BImSchG erforderlichen Anordnungen treffen.

a. Formelle Voraussetzungen

Sachlich zuständig ist die Immissionsschutzbehörde des Landratsamts als untere Verwaltungsbehörde (vgl. II.1.a.).

b. Materielle Voraussetzungen

1) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich

Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 24 S. 1 BImSchG ist, dass es sich bei den Vogelabwehranlagen um nicht genehmigungspflichtige Anlagen im Sinne des BImSchG

handelt und sich der Anspruch gegen den Betreiber der Anlage richtet.

2) Durchführung des § 22

Gemäß § 22 BImSchG sind nicht genehmigungsbedürftige Anlagen so zu errichten und zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen verhindert werden, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind (Nr. 1) und nach dem Stand der Technik unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen auf ein Mindestmaß beschränkt werden (Nr. 2). Schädliche Umwelteinwirkungen sind nach § 3 Abs. 1 BImSchG Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen.

a) Zumutbarkeit als Maßstab für die Erheblichkeit

Maßstab für die Erheblichkeit des Nachteils oder der Belästigung ist nach allgemeiner Ansicht die Zumutbarkeit (BVerwGE 50, 49, 55; NVwZ 1984, 371; NVwZ 1992, 886). Der VGH stellt dazu in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung fest, dass der Begriff der Zumutbarkeit als Ausdruck des das nachbarliche Verhältnis prägende Gebot der Rücksichtnahme die aufgrund einer Güterabwägung markierte Grenze bezeichne, jenseits derer lästige Einwirkungen von betroffenen Nachbarn bereits unterhalb der Schwelle des Gesundheitsschutzes rechtlich nicht mehr hingenommen werden müssen. Für die Feststellung der

Schädlichkeit könne kein fester, einheitlicher Maßstab angelegt werden. Vielmehr sei eine umfassende situationsbezogene Abwägung aller Umstände des Einzelfalls und ein Ausgleich widerstreitender Interessen vorzunehmen. Die Bewertung der Zumutbarkeit müsse insbesondere die durch die Gebietsart und die tatsächlichen Verhältnisse bestimmte Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit berücksichtigen. In die Gesamtbetrachtung einfließen müssten außerdem wertende Elemente wie die Herkömmlichkeit, die allgemeine Akzeptanz und die soziale Adäquanz (vgl. auch BVerwGE 88, 143; BVerwGE 90, 163; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 16.04.2002 - 10 S 2443/00; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 23.5.2014 - 10 S 249/14). Der VGH führt aus, für die wertende Gesamtbetrachtung seien auch technische Regelwerke zur Beurteilung der Lärmimmission heranzuziehen, wenn sie für die Beurteilung der Erheblichkeit der Lärmbelästigung im konkreten Streitfall brauchbare Anhaltspunkte liefern. Ein schematischer Rückgriff auf solche Grenz- oder Richtwerte verbiete sich aber.

b) Vorliegend kein Rückgriff auf Werte der TA-Lärm

Der VGH musste sich mit dem Problem auseinandersetzen, dass die von den Vogelabwehrgeräten ausgehenden Geräusche zwar nicht die Grenzwerte der TA-Lärm erreichen, wegen der schrillen Töne, Fiep-, Pfeif- und Knallgeräusche und den unregelmäßigen Intervallen jedoch ein auf Dauer besonders

belästigendes Geräusch darstellen, das im Nahbereich sogar unerträglich wird.

Zunächst stellte der VGH fest, dass die Vogelabwehranlagen als nicht genehmigungsbedürftige landwirtschaftliche Anlagen nach Nr. 1 Abs. 2 c) TA-Lärm nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen. Für die Ermittlung der Lärmimmissionen geht der VGH jedoch von einer entsprechenden Anwendung der Grundsätze der TA-Lärm aus. Das sei ausnahmsweise möglich, weil es sich um technische Geräusche handle und die schussartigen Knallgeräusche mit sonstigen Schießgeräuschen vergleichbar seien. Es seien auch keine besseren Erkenntnismöglichkeiten als die Messergebnisse des Schallgutachtens erkennbar.

Für die Frage der Erheblichkeit der Immissionen ist die entsprechende Anwendung der TA-Lärm nach auf das Sachverständigengutachten gestützter Ansicht des VGH jedoch nicht sachgerecht. Die spezifische Störqualität der Immissionen werde durch die Richtwerte der TA-Lärm nicht zutreffend erfasst. Durch die Anlagen würden hochfrequente, als fiepend, pfeifend und schrill empfundene Tonfolgen, die in unregelmäßigen Sekunden- oder Minutenabständen während des gesamten Tageszeitraumes erzeugt werden, abgesendet. Diese würden deutlich als Einzelgeräusche wahrgenommen. Die Kläger seien während der Zeit der Weinberghut den ganzen Tag über Hunderten von nicht vorhersehbaren, plötzlichen, intensiven und deutlich voneinander abgegrenzten Einzelgeräu-

schen ausgesetzt. Deshalb könne die Bewertung der Zumutbarkeit nicht anhand der TA-Lärm bewertet werden. Es sei eine einzelfallbezogene Bewertung geboten.

c) Güterabwägung

In der Güterabwägung stellt der VGH die gesundheitlichen Belange der Anwohner den alternativen Mitteln zur Weinberghut gegenüber, die den Weinbauern zugemutet werden können.

Als Ausgangspunkt für die einzelfallbezogene Bewertung der Zumutbarkeit stellt der VGH fest, dass die Geräusche der Vogelabwehranlagen als schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des §§ 3 Abs. 1, 22 Abs. 1 BImSchG zu qualifizieren sind, weil sie erhebliche Belästigungen für die Nachbarschaft verursachen. Dies folge aus der oben beschriebenen spezifischen Lästigkeit der Geräusche. Dazu komme, dass für die Menschen kein Gewöhnungseffekt eintritt. Vielmehr begründe die unregelmäßige, aber stetige Wiederkehr der Geräusche eine Erwartungshaltung, die zu einer ständigen Anspannung der Betroffenen führt. Die Geräuschmissionen seien auch nicht als sozialadäquat hinzunehmen. Die Geräusche von Vogelvergrämungsanlagen würden auch in Weinbaugebieten von der Allgemeinheit nicht mehr als herkömmlich, sozialadäquat und ortsüblich empfunden werden, zumal der Einsatz der Geräte verhältnismäßig neu sei.

Im Ergebnis stellt der VGH fest, dass die durch die Vogelabwehranlagen hervorgerufenen Lärmmissionen nach Art, Ausmaß und Dauer geeignet sind, erhebliche Belästigungen für die Kläger hervorzurufen. Diese schädlichen Umwelteinwirkungen seien nach dem Stand der Technik vermeidbar (§ 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 1) bzw. nicht auf das gebotene Mindestmaß reduziert (§ 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 2). Der Schutz der Bevölkerung vor erheblichen Lärmbelästigungen, die bereits gesundheitliche Auswirkungen zeigen, gewinne umso mehr an Gewicht, je unnötiger und vermeidbarer die umstrittenen Lärmmissionen sind. Der Schutz der gesundheitlichen Belange der Anwohner und ihres körperlichen und seelischen Wohlbefindens müsse deshalb nicht zurücktreten, soweit den Weinbauern zumutbare Alternativen zur Verfügung stehen, wobei unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch gewisse wirtschaftliche Mehrbelastungen hinzunehmen seien. Denn Maßnahmen wie die Einnetzung des Weinbergs oder ein Weinbergschutz seien zwar aufwendiger und würden höhere Kosten verursachen. Dies rechtfertige jedoch nicht, von vornherein jegliche Rücksichtnahme auf den Schutz der Nachbarschaft vor Lärmbelästigungen beiseite zu lassen (so auch VGH München, Beschluss vom 06.12.2012 - 22 ZB 12.1750 zur Kormoranvergrämung). Der wirtschaftliche Aufwand stehe auch nicht außer Verhältnis zu dem Zweck, die Wohnbevölkerung vor unzumutbaren Lärmbelästigungen zu schützen.

d) Zwischenergebnis

Nach alledem liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 24 S. 1 BImSchG vor.

3) Ermessen der Immissionsschutzbehörde

a) Kein Entschließungsermessen

Das Ermessen der Immissionsschutzbehörde ist bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen auf die Frage reduziert, „wie“ sie einschreitet, also mit welchen Mitteln und auf welche Art und Weise die bei der Vogelvergrämung verursachten Lärmimmissionen auf ein zumutbares Maß zu reduzieren sind. Das Entschließungsermessens („ob“) steht der Behörde nicht mehr zu. Denn das der Behörde zustehende Entschließungsermessen werde umso mehr eingeschränkt, je mehr sich die den Nachbarn treffenden Immissionen der Unverträglichkeitsgrenze nähern (BVerwG, Urteil vom 18.05.1995 – 4 C 20/94 – BVerwGE 98, 235). Dafür zieht der VGH auch den Rechtsgedanken des § 17 Abs. 1 S.1 und S. 2 BImSchG heran, wonach die Behörde einschreiten soll, wenn die Nachbarschaft nicht ausreichend vor schädlichen Umwelteinwirkungen geschützt ist (JARRAS a.a.O., § 24 BImSchG Rdnr. 17; HANSMANN, a.a.O., § 24 BImSchG Rdnr. 18).

b) Ermessensfehler des Landratsamts

Der VGH führt darauf folgend aus, warum die Entscheidung des Landratsamts, ein Einschreiten abzulehnen, ermessensfehlerhaft war. In der Ermessensfehlerlehre sind die

Ausführungen des VGH als Ermessensausfall einzuordnen (ASCHKE, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK, Edition: 25, VwVfG § 40 Rdnr. 81ff.).

Das Landratsamt habe bereits im Ansatz verkannt, dass schädliche Umwelteinwirkungen vorliegen. Die Lärmimmission sei allein am Maßstab der TA-Lärm beurteilt worden. Die Behörde habe die gesundheitsgefährdende Wirkung zumindest im Nahbereich verkannt und bei ihrer Abwägung gänzlich außer Acht gelassen. Darüber hinaus habe das Landratsamt die besondere Schutzwürdigkeit gerade der Wohnnutzung nicht mit dem erforderlichen Gewicht in seine Erwägungen eingestellt. Ermessensfehlerhaft ist aber insbesondere, dass die Behörde die Möglichkeit zur Anordnung milderer Maßnahmen nicht in die Abwägung eingestellt hat. Weil geeignete und wirtschaftlich zumutbare Alternativen bestünden, habe die Behörde damit den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verkannt und einseitig wirtschaftlichen Interessen den Vorrang vor den schutzwürdigen Belangen der Anwohnerschaft eingeräumt.

c) Keine Ermessensreduzierung auf Null

Allerdings sei das Ermessen des Landratsamts nicht wie von den Klägern behauptet dahingehend auf Null reduziert, dass die einzige richtige Entscheidung nur die Untersagung der Geräte sein konnte. Die Behörde habe einen eigenen Ermessensspielraum bei der Auswahl der Mittel, mit denen sie die Lärmbelästigung auf ein Maß unterhalb der Erheblichkeitsschwelle senken will.

4) Ergebnis

Den Klägern steht ein Anspruch darauf zu, dass das Landratsamt auf der Grundlage der Eingriffsermächtigung des § 24 S. 1 BImSchG Maßnahmen zur Minderung der durch die Vogelabwehranlagen hervorgerufenen Lärmimmissionen anordnet.

Hinweis für Studierende

Die Entscheidung des VGH scheint auf den ersten Blick nur mit Spezialwissen auf dem Gebiet des Immissionsschutzes lösbar zu sein, ist bei näherem Hinsehen aber mit dem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Wissen zu lösen. Wichtig ist die sorgfältige Subsumtion unter die Anspruchsgrundlagen und Begriffsdefinitionen des BImSchG sowie das Erkennen der fehlerhaften Ermessensausübung. Wegen der immissionsrechtlichen Einkleidung des allgemeinen Verwaltungsrechts ist die Entscheidung besonders prüfungs- und examensrelevant. Spätestens im zweiten Staatsexamen gehört das Immissionsschutzrecht ohnehin zum Prüfungsstoff.

Rechtsanwalt Dr. SÖNKE ANDERS

Rechtsreferendarin JULIA MOOG

Kanzlei Thümmel, Schütze & Partner, Stuttgart

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
Alexander Bechtel
Dominique Beck
Pius Dolzer
Richter Guido Philipp Ernst
RA Steffen Follner
RAin Karin Hummel, M. A.
Lina Kammerer
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL. M.
RA Dr. Andreas Lohbeck
Dipl. Jur. Sascha Sebastian
(*Stellvertretender Schriftleiter*)
Prof. Dr. Christian F. Majer
(*Schriftleiter*)
RA Dr. Paul Popescu
Gabriel Schmidt
(*Stellvertr. Schriftleiter*)
Amela Schön
Philipp Trautmann
Richterin Anna Vögelein
Stephanie Walz
Julian Weippert
Julia Zaiser

Herausgeber

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

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer
(*Vorsitzender*)
Philipp Louis
(*Stellvertretender Vorsitzender*)
Gabriel Schmidt
(*Schatzmeister*)
Richter Guido Philipp Ernst
(*Ressortleiter Strafrecht*)

4. Jahrgang (2014)

ISSN 2195-044X

Beirat

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

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



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

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

Beiträge in früheren Ausgaben

4/2014 | *Caprice Nina Doerbeck:*

Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?

4/2014 | *Sascha Brüggemann*

Datenkrake NSA

3/2014 | *Alexander Bechtel:*

Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?

2/2014 | *Christian F. Majer:*

Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung

2/2014 | *Philipp K. Kauffmann:*

In dubio pro – Selbstanzeige?

1/2014 | *Andreas Lohbeck:*

Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?

4/2013 | *Philipp Kauffmann:*

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

4/2013 | *Stanyo Dinov:*

Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in

Deutschland und Japan

3/2013 | *Sebastian Brüggemann:*

Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit

2/2013 | *Joachim Renzikowski:*

Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.

1/2013 | *Andreas Lohbeck:*

Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht

1/2013 | *Hartmut Kilger / Christian F. Majer:*

Die Ethik und die Rechtsanwälte

4/2012 | *Tobias Rist:*

Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern

3/2012 | *Christian F. Majer:*

Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten

2/2012 | *Paul Popescu:*

Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe

1/2012 | *Julius Forschner:*

Die Haftung von Ratingagenturen

1/2012 | *Nicolas Sonder:*

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

1/2011 | *Dominik Skauradszun / Felix Hornfischer:*

Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten

1/2011 | *Werner Walk / Nils Wiese:*

Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen
in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten.

Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter ▶ www.zeitschrift-jse.de.

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

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

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

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

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

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

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen