



### 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)  
Dipl.-Jur. Sascha Sebastian, M.Mel. (Stellv. Vorsitzender)  
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)  
StA Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)  
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

### 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

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

## AUS DEM INHALT

---

### BEITRAG

*Torsten Noak*

Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger?

### KLAUSUR

*Arne Pautsch*

Öffentliches Recht: „Wieder kein Frühjahrsmarkt?“

### RECHTSPRECHUNG

*BGH*

Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Kapitalerhöhungen

*BGH*

AGB über Kosten einer Ersatzkreditkarte unwirksam

*BAG*

Zugang einer Kündigungserklärung – Zugangsvereitelung

*BGH*

Zu den Voraussetzungen des räuberischen Diebstahls

*BGH*

Unwesentliche Abweichung vom Kausalverlauf  
bei mehraktigem Tatgeschehen („Scheunenmord“-Fall)

*BVerfG*

Erfolgsloser Antrag auf einstweilige Anordnung gegen die  
Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung

---

## INHALTSVERZEICHNIS

---

<b>Beitrag</b>	<b>Torsten Noak</b> Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben	Seite ▶ 4
<b>Klausur</b>	<b>Arne Pautsch</b> Fortgeschrittenenklausur Öffentliches Recht: „Wieder kein Frühjahrsmarkt?“	Seite ▶ 14
<b>Rechtsprechung</b> <b>Zivilrecht</b>	<b>BGH</b> Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Kapitalerhöhungen Urteil vom 03.11.2015 ( <i>Steffen Follner</i> )	Seite ▶ 19
	<b>BGH</b> AGB über Kosten einer Ersatzkreditkarte unwirksam Urteil vom 20.10.2015 ( <i>Julius Forschner</i> )	Seite ▶ 25
	<b>BGH</b> Eigentumserwerb bei Aufnahme auf Tonträger und Herausgabeanspruch Urteil vom 10.07.2015 ( <i>Julius Forschner</i> )	Seite ▶ 28
	<b>BAG</b> Zugang einer Kündigungserklärung – Zugangsvereitelung Urteil vom 26.03.2015 ( <i>Nikolaus Polzer</i> )	Seite ▶ 32
<b>Rechtsprechung</b> <b>Strafrecht</b>	<b>BGH</b> „Tod eines Raubtäters“ Urteil vom 27.10.2015 ( <i>Guido Philipp Ernst</i> )	Seite ▶ 37
	<b>BGH</b> Zu den Voraussetzungen des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB) Frische der Tat, räumlich-zeitliche Anforderungen an die Nötigungshandlung, Vorsatz Beschluss vom 04.08.2015 ( <i>Alexander Bechtel</i> )	Seite ▶ 41

**BGH**

Unwesentliche Abweichung vom Kausalverlauf  
bei mehraktigem Tatgeschehen („Scheunenmord“-Fall)  
Urteil vom 03.12.2015 (*Alexander Bechtel*)

Seite ▶ 44

**Rechtsprechung**  
**Öffentliches Recht****BVerfG**

Erfolgloser Antrag auf einstweilige Anordnung gegen die  
Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung  
Beschluss vom 21.12.2015 (*Finn Mengler/Lorenz Bode*)

Seite ▶ 47

---

## EDITORIAL

---

Fragen der sozialen Sicherung und der rechtlichen Stellung von Ausländern spielen seit jeher eine bedeutenden Rolle in Wissenschaft und Praxis. Mit Blick auf die Themen des Wahlkampfes für die Landtagswahlen in diesem, sowie die Bundestagswahl im kommenden Jahr, wird sich dies in absehbarer Zeit auch nicht ändern. Das neue Jahr beginnt für die JSE daher wie gewohnt praxisrelevant, wenn NOAK in seinem **Beitrag** „*Kein ‚Hartz IV‘ für arbeitssuchende Unionsbürger?*“ einer Frage nachgeht, die derart brisant ist, dass sie zu einem offenen Konflikt zwischen Deutschlands größtem Sozialgericht in Berlin und dem Bundessozialgericht in Kassel führte (SG Berlin, Urt. v. 11.12.2015, Az. 1 149 AS 7191/13).

Auch die **Klausur** in dieser Ausgabe zeichnet sich durch eine wissenschaftlich anspruchsvolle und praktisch relevante Fragestellung aus. In seiner vornehmlich an Examenskandidaten gerichteten Falllösung mit dem Titel „*Wieder kein Frühjahrsmarkt?*“ vermittelt PAUTSCH einige wichtige Aspekte des – hochgradig examensrelevanten – einstweiligen Rechtsschutzes.

Schwerpunkt dieser Ausgabe sind jedoch die Entscheidungsaufbereitungen. Im **Zivilrecht** geht es zunächst um die Verbindung von Kapitalgesellschaftsrecht und allgemeinem Schuldrecht; namentlich einer BGH-Entscheidung zur Frage des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bei Kapitalerhöhungen (FOLLNER). Hieran anknüpfend verbindet der BGH das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen und das Zahlungsdiensterecht, wenn er sich damit auseinandersetzt, ob AGB über die Kosten einer Ersatzkreditkarte unwirksam sind (FORSCHNER). Die letzte BGH-Entscheidung im Zivilrecht betrifft schließlich die Schnittstelle zwischen dem Recht der körperlichen und jenem der unkörperlichen (geistigen) Güter. Konkret betrifft das Urteil den Eigentumserwerb bzw. einen darauf gestützten Herausgabeanspruch infolge der Aufnahme auf einen Tonträger (FORSCHNER). Die einzige Entscheidung zum **Arbeitsrecht** in dieser Ausgabe thematisiert schließlich den Zugang einer Kündigungserklärung im Falle der Zugangsvereitelung (POLZER).

Im **Strafrecht** liegt der Schwerpunkt dieser Ausgabe auf dem Schutz des Eigentums. Dabei geht es zunächst um den „Tod eines Raubtäters“ (ERNST) und sodann die Voraussetzungen des räuberischen Diebstahls (BECHTEL). Topaktuell ist schließlich die Aufbereitung des BGH-Urteils im sog. „Scheunenmord“-Fall, in welchem sich der Senat mit dem „Klassiker“-Problem der (unwesentlichen) Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf bei mehraktigem Tatgeschehen zu befassen hatte (BECHTEL).

Aus dem weiten Feld des **Öffentlichen Rechts** gibt es in dieser Ausgabe nur eine Entscheidung. Diese kommt jedoch von höchster Stelle. Passend zur Klausur in dieser Ausgabe, geht es um einen Fall des einstweiligen Rechtsschutzes; hier gegen die in Politik und Gesellschaft kontrovers diskutierte Strafnorm der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in § 217 StGB (MENGLER/BODE).

Prof. Dr. **Christian F. Majer**  
Schriftleiter

Dipl.-Jur. **Sascha Sebastian, M.mel.**  
Stellvertretender Schriftleiter

---

## BEITRAG

---

Prof. Dr. Torsten Noak, LL.M.\*

# Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger?

## Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben

### Gliederung

#### A) Einleitung

#### B) Vorab: Zum Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern

#### C) (Keine) Grundsicherungsleistungen des SGB II für arbeitssuchende Unionsbürger?

##### I. Aufenthaltsrecht allein wegen des Zwecks der Arbeitsuche

##### II. Unionsrechtliche Eigenheiten

1. Vorgaben des Primär- und Sekundärrechts
2. Verknüpfung des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II mit Verordnung 883/2004 und Richtlinie 2004/38
  - a) Zum einen: Verordnung 883/2004
  - b) Zum anderen: Richtlinie 2004/38
  - c) Auflösung des Normwiderspruchs
3. Urteil des EuGH vom 15.09.2015
  - a) Inhalt
  - b) Kritik
  - c) Schlussanträge des Generalanwalts Wathelet

##### III. Verfassungswidrigkeit des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II

1. Verletzung des Grundrechts auf Sicherung des Existenzminimums
2. Verletzung des Gleichheitssatzes

##### IV. Zum Europäischen Fürsorgeabkommen (EFA)

1. Allgemeines
2. Vorbehalt der Bundesregierung
  - a) Inhalt
  - b) Nichtigkeit

#### D) Stand der Dinge: Urteile des BSG vom 03.12.2015

- I. Inhalte
- II. Bewertung

#### E) Zusammenfassung

#### A) Einleitung

Es gibt juristische Gebiete, die lehrreich, spannend und wirklichkeitsrelevant sind, gleichwohl die Ebene der Ausbildungsliteratur noch nicht erreicht haben. Ein Beispiel bietet § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II, der Unionsbürger,<sup>1</sup> deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, mitsamt Familienangehörigen von Leistungen nach dem SGB II ausschließt, obwohl sie dem Grunde nach leistungsberechtigt, also im passenden Alter, erwerbsfähig, hilfebedürftig und mit gewöhnlichem Aufenthalt in der BRD (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1–4 SGB II) sind.<sup>2</sup> Hinter der Vorschrift verbergen sich mannigfaltige, teils kuriose Probleme, die nicht nur wegen ihres Bezugs zu ausbildungsrelevanten Themen, sondern auch ihrer Aktualität eine nähere Durchdringung verdienen. So hat der *EuGH* sich mit der Unionsrechtskonformität des Ausschlussgrundes befasst und am 15.09.2015 ein Urteil<sup>3</sup> gefällt, das wegen seines Inhalts und der Art und Weise der Darstellung nicht unwidersprochen bleiben kann. Das *BSG* hat am 03.12.2015 mit weiteren Judikaten nachgezogen.<sup>4</sup> Weil die Problematik ohne Seitenblick auf das EU-Aufenthaltsrecht kaum verständlich ist, wird eine Kurzeinführung in das „Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern“ („FreizügG/EU“) dem eigentlichen Thema vorangestellt, bevor es „in medias res“ geht.

#### B) Vorab: Zum Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern

Das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger ist geregelt im FreizügG/EU, das die „Richtlinie 2004/38/EG“, „Unionsbürgerrichtlinie“ genannt, umsetzt. Soweit für das Thema interessant, regelt das FreizügG/EU Folgendes:<sup>5</sup> Das Freizügigkeitsrecht, sprich: das Recht, in die BRD einzureisen und sich in ihr aufzuhalten, haben gemäß § 2 Abs. 2 FreizügG/EU (unter anderem) Unionsbürger, die

- ⇒ sich als Arbeitnehmer oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen (Nr. 1),

---

\* Der Autor ist Professor für Öffentliches Recht an der Hochschule für Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

<sup>1</sup> Der Ausschluss kann theoretisch auch Hochschulabsolventen gemäß § 16 Abs. 4 AufenthG treffen, die eine Aufenthaltserlaubnis zur Arbeitsuche besitzen, jedoch müssen diese gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG nachweisen, dass ihr Lebensunterhalt gesichert ist; s. dazu *Classen*, Sozialrechtliche für MigrantInnen nach SGB II, SGB XII und AsylbLG, 2013, S. 3 mit Fn. 13.

<sup>2</sup> Zu den Anspruchsvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II *Muckel/Ogorek*, Sozialrecht, 4. Aufl. 2011, § 13 Rdnr. 22 ff.

<sup>3</sup> Vollständige Bezeichnung: *EuGH*, Urteil vom 15.09.2015 – C 67-14 („Jobcenter Neukölln ./ Alimanovic u. a.“).

<sup>4</sup> Geschäftszeichen: B 4 AS 59/13; B 4 AS 43/15; B 4 AS 44/15.

<sup>5</sup> Vollständige Bezeichnung: „Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten“.

<sup>6</sup> Instruktiv dazu auch *Körtek*, *SozSich* 2015, 370 (371 f.).

- ⇒ sich zur Arbeitsuche aufhalten für bis zu sechs Monate; darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden (Nr. 1a), und
- ⇒ zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbständige Erwerbstätige) (Nr. 2).

Gemäß § 2 Abs. 3 S. 1 FreizügG/EU bleibt das Aufenthaltsrecht unter dem Gesichtspunkt der Arbeitnehmerschaft und selbständigen Erwerbstätigkeit erhalten bei vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall. Des Weiteren, wenn der Unionsbürger nach *mehr als einem Jahr Tätigkeit* arbeitslos wird oder seine selbstständige Tätigkeit unverschuldet einstellt. Wer nach *weniger als einem Jahr Beschäftigung* unfreiwillig arbeitslos wird, behält das Aufenthaltsrecht während der Dauer von weiteren sechs Monaten (§ 2 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU).

§ 3 FreizügG/EU regelt das Freizügigkeitsrecht der Familienangehörigen, während § 4 FreizügG/EU sich dem Unionsbürger widmet, der keiner Erwerbstätigkeit nachgeht: Er und seine Familienangehörigen haben ein Freizügigkeitsrecht, wenn ausreichender Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel vorhanden sind. Wer sich als Unionsbürger seit fünf Jahren rechtmäßig in der BRD aufhält, hat unabhängig von den sonstigen Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 FreizügG/EU ein Daueraufenthaltsrecht (§ 4a Abs. 1 FreizügG/EU), in den Konstellationen des § 4a Abs. 2 FreizügG/EU auch schon früher.

Schlussendlich: Unionsbürger und ihre Familienangehörigen sind (erst) ausreisepflichtig, wenn die Ausländerbehörde per Bescheid positiv festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht. In dem Bescheid soll die Abschiebung angedroht und eine Ausreisefrist gesetzt werden, die grundsätzlich mindestens einen Monat betragen muss. Wird ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellt,<sup>7</sup> darf die Abschiebung nicht erfolgen, bevor über den Antrag entschieden wurde (§ 7 Abs. 1 FreizügG/EU).

### C) (Keine) Grundsicherungsleistungen des SGB II für arbeitssuchende Unionsbürger?

#### I. Aufenthaltsrecht allein wegen des Zwecks der Arbeitssuche

Wer als Unionsbürger für sich noch ein anderes Aufenthaltsrecht als die Suche nach Arbeit herleiten kann – etwa wegen bestehender oder früherer Beschäftigung als Arbeitnehmer oder Selbstständiger, als Familienangehöriger oder Daueraufenthaltsberechtigter –,<sup>8</sup> erfüllt den Tatbestand des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II nicht. Das folgt aus dem Wortlaut der Norm, der den Anwendungsbereich beschränkt auf Fälle, in denen das Aufenthaltsrecht sich „*allein* aus dem Zweck der Arbeitssuche“ ergibt.<sup>9</sup> Dazu

<sup>7</sup> S. zu ihm die Falllösung von Buchholz, ZJS 2014, 65.

<sup>8</sup> S. unter Punkt B).

<sup>9</sup> Noch anders und deshalb thematisch nicht unmittelbar einschlägig war die Konstellation in dem ebenfalls prominenten Urteil des EuGH vom 11.11.2014 – C-333/13 („Dano ./ Jobcenter Leipzig“). Dort heißt es in Rdnr. 66: „Den Akten ist zu entnehmen, dass Frau Dano [...] nicht auf

**Beispiel 1:** Niederländerin N reist im Jahre 2014 als 17-Jährige mit ihren Eltern in die BRD ein und sucht ohne Erfolg Arbeit. 2015 bezieht sie eine eigene Wohnung und beantragt Grundsicherungsleistungen nach SGB II, weil sie hilfebedürftig ist. Stehen ihr diese zu? Ja, denn zum einen erfüllt sie die Anspruchsvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1–4 SGB II, zum anderen greift der (einzig in Betracht kommende) Ausschlussgrund des S. 2 Nr. 2 nicht, weil N mit ihren Eltern eingereist ist, deshalb ein über die Arbeitsuche hinausgehendes Aufenthaltsrecht als Familienangehörige hat und dies auch nicht wegen des Auszugs aus der elterlichen Wohnung erloschen ist.<sup>10</sup>

## II. Unionsrechtliche Eigenheiten

Das bereits erwähnte Urteil des EuGH vom 15.09.2015<sup>11</sup> bildet die Vorlage des hier vereinfacht gebildeten

**Beispiels 2:** Die erwerbsfähige schwedische Staatsangehörige S und ihre sechsjährige Tochter T sind im Juni 2010 in die Bundesrepublik eingereist. Nach ihrer Einreise bezog S für T Kindergeld. Seit Juni 2010 war sie in kürzeren Beschäftigungen von weniger als einem Jahr tätig, jedoch seit Mai 2011 nicht mehr. Haben S, die sich tatkräftig um Arbeit bemüht und regelmäßig zu Vorstellungsgesprächen eingeladen wird, und T Ansprüche auf Grundsicherungsleistungen nach SGB II?

S hat kein anderes aufenthaltsrechtliches Argument als die Arbeitssuche (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU). Insbesondere greift § 2 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 FreizügG nicht, weil sie nicht länger als ein Jahr als Arbeitnehmerin oder Selbstständige tätig war. Der Zeitraum des § 2 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU ist abgelaufen. Folglich sind die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II erfüllt und S und ihre Familienangehörige T aus der Leistungsberechtigung herausgefallen. Es stellt sich die Frage, ob das mit geltenden unionsrechtlichen Regelungen vereinbar ist.

### 1. Vorgaben des Primär- und Sekundärrechts

Das Primärrecht statuiert im „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV), dass Unionsbürger das grundsätzliche Recht haben, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Art. 21 AEUV, Freizügigkeitsrecht). Das gilt auch zum Zweck der Arbeitssuche (Art. 45 Abs. 3 Buchst. b AEUV). Des Weiteren ist jede Schlechterbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit verboten (Art. 18 Abs. 1 AEUV, Diskriminierungsverbot), worauf auch Arbeitnehmer sich berufen können (Art. 45 Abs. 2 AEUV).

Neben diesen allgemeinen Regeln des Primärrechts existieren zwei weitere Normenpakete: die „Verordnung 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit“<sup>12</sup> und die bereits erwähnte Unionsbürgerrichtlinie 2004/38<sup>13</sup>. Diese sind gegenüber den Vorschriften des AEUV spezieller.<sup>14</sup> Art. 288 AEUV trifft für Verordnungen und Richtlinien folgende allgemeine Aussagen:

„Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet

Arbeitsuche ist und nicht in das Hoheitsgebiet dieses Mitgliedsstaats eingereist ist, um dort zu arbeiten [...]“.

<sup>10</sup> S. BSG, Urteil vom 25.01.2012 – B 14 AS 138/11 R.

<sup>11</sup> S. Fn. 3. Der Fall wurde dem Gerichtshof von Seiten des BSG (Beschluss vom 12.12.2013 – B 4 AS 9/13 R) vorgelegt.

<sup>12</sup> S. unter [http://www.dvka.de/oeffentlicheseiten/pdf-dateien/ewg-verordnungen/vo\\_883\\_2004.pdf](http://www.dvka.de/oeffentlicheseiten/pdf-dateien/ewg-verordnungen/vo_883_2004.pdf).

<sup>13</sup> S. unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:358:0077:0123:de:PDF>.

<sup>14</sup> S. etwa Frings, ZAR 2013, 307 (309); Kötter, info also 2013, 243 (246).

wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“

## 2. Verknüpfung des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II mit Verordnung 883/2004 und Richtlinie 2004/38

### a) Zum einen: Verordnung 883/2004

Die Verordnung 883/2004 („VO“) will unter Wahrung der nationalen Eigenheiten eine Koordinierung der verschiedenen sozialen Systeme schaffen, die eine Gleichbehandlung der betroffenen Personen innerhalb der sozialen Systeme sicherstellt. Personen, die sich innerhalb der EU grenzüberschreitend bewegen, sollen ihre erworbenen Ansprüche und Anwartschaften wahren können.<sup>15</sup> Es geht also um Zusammenführung und Harmonisierung der verschiedenen nationalen Sozialsysteme.

Die VO gilt gemäß ihrem Art. 2 Abs. 1 *persönlich* für Unionsbürger (und ihre Angehörigen und Hinterbliebenen), für die „die Rechtsvorschriften [...] gelten“. Damit ist – grob gesagt – gemeint, dass sie in ein System sozialer Sicherheit eines anderen Mitgliedsstaates eingebunden sein oder gewesen sein müssen (Art. 1 Buchst. I VO). Gefordert ist ein bestehender oder früherer Bezug zu einem Sozialversicherungssystem (z. B. Arbeitslosenversicherung nach SGB III) oder Familienleistungssystem (z. B. Bezug von Kinder- oder Elterngeld). „Erst dieser, neben dem (potentiellen) Arbeitslosengeld-II-Anspruch bestehende, gegenwärtige oder frühere Bezug zu einem anderen System der sozialen Sicherheit eröffnet den persönlichen Anwendungsbereich.“<sup>16</sup> Dass in dem anderen Staat lediglich Sozialhilfe bezogen wurde, genügt nicht.<sup>17</sup>

Nicht leicht zu beantworten ist die Frage, ob die VO die Grundsicherungsleistungen des SGB II *sachlich* erfasst. Maßstab ist Art. 3 VO. Zwar sind in dessen Abs. 1 unter Buchst. h „Leistungen bei Arbeitslosigkeit“ genannt; darunter fallen in der BRD jedoch nur Leistungen nach SGB III, also insbesondere das sog. Arbeitslosengeld I (§§ 136 ff. SGB III). Möglicherweise sind die Grundsicherungsleistungen nach SGB II aber über Art. 3 Abs. 3 VO eingebunden, der den Anwendungsbereich der VO auf „besondere beitragsunabhängige Geldleistungen“ erweitert. Näheres zu diesen Geldleistungen regelt Art. 70 Abs. 1 und 2 VO. Hat man sich in die komplizierte Norm eingelese und ihr die Grundsicherungsleistungen des SGB II subsumiert, ist letztlich festzustellen, dass diese „besondere beitragsunabhängige Geldleistungen“ darstellen.<sup>18</sup> Denn sie

- ⇒ gewähren Schutz gegen Arbeitslosigkeit („ersatzweise“ für Leistungen nach SGB III) und garantieren ein Mindesteinkommen (Art. 70 Abs. 2 Buchst. a i VO),
- ⇒ sind steuerfinanziert (Art. 70 Abs. 2 Buchst. b VO) und
- ⇒ sind in Anhang X der VO aufgeführt (Art. 70 Abs. 2 Buchst. c VO).

Greifen die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen der VO, so gilt ihr Art. 4, der eine Gleichbehandlung vorschreibt:

„Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates wie die Staatsangehörigen dieses Staates.“

Veranschaulicht nun an

**Beispiel 2:** Für S gelten die „Rechtsvorschriften“ gemäß Art. 2 Abs. 1 VO, denn sie hat für Tochter T in der BRD Kindergeld als Familienleistung bezogen. Deshalb war sie in das deutsche Sozialsystem eingebunden. Das genügt für den persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung. Beschränkungen der Gleichbehandlung in der VO selber (Art. 4 VO: „Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist [...]“) existieren nicht. Somit hat S gemäß Art. 4 VO die gleichen Rechte „aufgrund der Rechtsvorschriften“ wie die Staatsangehörigen der BRD. Nun ist noch fraglich, ob darunter auch die „besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen“ fallen, was unter Hinweis auf die eben erörterte Gleichsetzung des Art. 3 Abs. 3 VO zu bejahen ist. S hat also bei Bestehen der Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II die gleichen Rechte und Pflichten wie die Staatsangehörigen der BRD, sprich: auf Leistungen der Grundsicherung nach SGB II. Gemäß Art. 70 Abs. 4 VO werden die „Leistungen ausschließlich in dem Mitgliedsstaat, in dem die betreffenden Personen wohnen und nach dessen Rechtsvorschriften gewährt [...]“. Das ist hier die BRD.

### b) Zum anderen: Richtlinie 2004/38

Sinn und Zweck der Richtlinie 2004/38 („RL“) ist, wie sich aus ihrem Erwägungsgrund 4 ergibt, insbesondere die Erleichterung des Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechts. Sie gilt *persönlich* für Unionsbürger, die sich in einen anderen als den Mitgliedstaat, deren Staatsangehörigkeit sie besitzen, begeben, sowie ihre Familienangehörigen (Art. 3 Abs. 1 RL). Art. 14 Abs. 4 Buchst. b RL legt im Übrigen fest, dass nicht ausgewiesen werden darf, wer Arbeit sucht und begründete Aussicht hat, eingestellt zu werden.<sup>19</sup>

Wer in den persönlichen Einzugsbereich der Richtlinie fällt, für den gilt das Diskriminierungsverbot des Art. 24 Abs. 1 S. 1 RL, dem zu entnehmen ist, dass jeder Unionsbürger, der sich aufgrund der Richtlinie auf dem Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedsstaats aufhält, die gleiche Behandlung genießt wie die Staatsangehörigen des Mitgliedsstaats. Aber es gilt auch Art. 24 Abs. 2 RL der sagt:

„Abweichend von Absatz 1 ist der Aufnahmestaat nicht verpflichtet, Personen und ihren Familienangehörigen [...] während des längeren Zeitraums nach Artikel 14 Absatz 4 Buchst. b [also des Zeitraums der Arbeitsuche; Verf.] einen Anspruch auf Sozialhilfe [...] zu gewähren.“

Ob Art. 24 Abs. 2 RL für die Grundsicherungsleistungen des SGB II gilt, hängt also davon ab, ob es sich dabei um „Sozialhilfe“ handelt. Das ist umstritten.<sup>20</sup> Der EuGH hat dazu Stellung bezogen und die Sozialhilfeeigenschaft mit Recht bejaht, weil, so der Gerichtshof etwas umständlich, Sozialhilfe „sich auf sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichteten Hilfssysteme [bezieht], die auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene bestehen und die ein Einzelner in Anspruch nimmt, der nicht

<sup>15</sup> S. dazu die Erwägungsgründe 4, 5, und 13 VO.

<sup>16</sup> Schreiber, NZS 2012, 647 (649).

<sup>17</sup> S. Kötter, info also 2013, 243 (247).

<sup>18</sup> S. etwa Schreiber, NZS 2012, 647 (648).

<sup>19</sup> Umgesetzt im unter Punkt B) behandelten § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU.

<sup>20</sup> In Betracht kommen auch „Leistungen zur Integration in den Arbeitsmarkt“. Näher zum Streit Steffen, Asylmagazin 2014, 12 (17), unter Hinweis auf EuGH, Urteil vom 04.06.2009 – C 22/08 („Vatsouras und Koupatantze“); Kötter, info also 2013, 243 (250 f.).

über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse und derjenigen seiner Familie verfügt und deshalb während seines Aufenthalts möglicherweise die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats belasten muss, was geeignet ist, sich auf das gesamte Niveau der Beihilfe auszuwirken, die dieser Staat gewähren kann<sup>21</sup>.

**Zu Beispiel 2:** S kann sich mit Blick auf ihr Aufenthaltsrecht auf Art. 14 Abs. 4 Buchst. b RL, § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU berufen, weil sie Arbeit sucht und begründete Aussicht hat, eingestellt zu werden. Es gilt für sie Art. 24 RL, allerdings auch Absatz 2, der die BRD davon befreit, für den Zeitraum der Arbeitsuche Sozialhilfe in Form von Grundsicherungsleistungen gewähren zu müssen.

### c) Auflösung des Normwiderspruchs

Auf den Punkt gebracht: Einerseits haben Unionsbürger, die unter die VO fallen, gemäß deren Art. 4, 3 Abs. 3, 70 und Anhang X dieselben Rechte bezüglich Grundsicherungsleistungen aus SGB II wie deutsche Staatsangehörige. Andererseits ist die BRD gemäß Art. 24 Abs. 2 RL nicht verpflichtet, arbeitssuchenden Unionsbürger, die sich auf Arbeitsuche befinden, Sozialhilfe zu gewähren, zu der auch Grundsicherungsleistungen nach SGB II gehören. Hier besteht ein Normwiderspruch auf der Ebene des Sekundärrechts, der aufzulösen ist. Die Frage ist, wie man das bewerkstelligt:

(1) Möglicherweise existiert mit Art. 288 AEUV eine Vorrangregel im Gesetz. Liest man die Norm indes genau, stellt man fest, dass sie die verschiedenen Rechtsquellen nur aufzählt und keine Rangfolge benennt. Vielmehr stehen alle Rechtsakte, die für die Mitgliedsstaaten verbindlich sind, auf einer Stufe.<sup>22</sup>

(2) Des Weiteren ist denkbar, den Rechtsgrundsatz „lex posterior derogat legi priori“ (zu Deutsch: das jüngere Gesetz verdrängt das ältere Gesetz)<sup>23</sup> anzuwenden. Ohne dass man noch darauf eingehen müsste, von welchen Organen der EU die VO und RL jeweils stammen, greift die „lex posterior“-Regel jedoch auch nicht, weil sowohl VO als auch RL kurioserweise vom 29.04.2004 stammen. Es gibt kein jüngeres Gesetz, das dem älteren vorgehen könnte.<sup>24</sup>

(3) Manche räumen der VO Vorrang ein, weil, so die Begründungen, ihr als zwingendes Unionsrecht ein Geltungsvorrang vor der RL zukomme<sup>25</sup> bzw. sie spezieller sei und die Ansprüche nach SGB II ausdrücklich benenne und verbindlich zuspreche.<sup>26</sup> Das überzeugt nicht. Auch eine Richtlinie ist, wie der Wortlaut des Art. 288 AEUV beweist, verbindlich und unterscheidet sich von einer Verordnung lediglich hinsichtlich der

Gestaltungsmöglichkeiten der Mitgliedsstaaten.<sup>27</sup> Und spezieller ist die VO auch nicht, denn die RL verwendet zwar den unbestimmteren Begriff der „Sozialhilfe“, ist in den Rechtsfolgen des Art. 24 Abs. 2 RL jedoch genauso präzise wie die VO.

(4) Andersherum wird vereinzelt die RL höher gewichtet, weil sie wegen des Gestaltungsspielraums den Mitgliedsstaaten besondere Teilhaberechte an der EU-Rechtsetzung gebe.<sup>28</sup> Dem ist ebenfalls nicht zu folgen, denn der nationale Gesetzgeber mag bei der Umsetzung der RL und insbesondere ihrem Art. 24 Abs. 2 gewisse Freiheiten haben, die verbindliche und unmittelbar geltende VO muss er jedoch zu jedem Zeitpunkt seiner Rechtssetzungsaktivitäten beachten.

(5) Somit gibt es letztlich keine guten Gründe, die VO der RL oder die RL der VO vorzuziehen.<sup>29</sup> Beide stehen sich auf Augenhöhe gegenüber und müssen in Einklang gebracht werden: Die Auslegung der einen Rechtsquelle muss dem Anliegen der anderen so weit wie möglich Rechnung tragen. Im Staatsrecht spricht man von dem Finden einer „praktischen Konkordanz“.<sup>30</sup>

Konkret: Die Aufnahmestaaten haben wegen Art. 24 Abs. 2 RL die Möglichkeit, Sozialhilfeansprüche Arbeitssuchender zu reduzieren, sind wegen Art. 4 VO jedoch nicht befugt, diese ganz zu kappen. Damit ist § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II nicht zu vereinbaren. Denn zwar bleibt Unionsbürgern, die bereits als Arbeitnehmer tätig waren, der Aufenthaltswitz der Arbeitnehmereigenschaft und damit der SGB II-Anspruch gemäß § 2 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU für sechs Monate erhalten,<sup>31</sup> was man als akzeptablen Zeitraum anerkennen kann. Wer als Unionsbürger jedoch überhaupt keinen Bezug zum deutschen Arbeitsmarkt hat, also zur Arbeitsuche in die BRD einreist, wird von vornherein komplett vom Bezug ausgeschlossen, auch wenn er unter den persönlichen Anwendungsbereich der VO fällt. Hier müsste § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II flankiert sein von einer Härtefallklausel, Höchstbezugsdauer oder anderen Ausweichmöglichkeit. So, wie die Vorschrift im Moment dasteht, ist sie mit Art. 4 VO nicht zu vereinbaren und deshalb unionsrechtswidrig.

Das Vorstehende wird auch gestützt durch das Primärrecht. Die Klausel des Art. 24 Abs. 2 RL mag den Anspruch auf Sozialhilfe einschränken können, wenn jedoch der Ausschluss von Arbeitslosengeld II die primärrechtlich garantierte freizügige Arbeitsuche von vornherein unterbindet, kann dies vor Art. 45 Abs. 2 AEUV keinen Bestand haben.<sup>32</sup> Zudem sind die Erwägungsgründe für eine zusammenführende Lösung offen: Einerseits erklärt Erwägungsgrund 12 der VO, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet, die Gleichstellung von Sachverhalten oder Ereignissen nicht zu Ergebnissen führen zu lassen, die nicht rechtfertigungsfähig sind, oder anders: eine grenzenlose Sozialhilfe von der VO nicht gedeckt ist. Anderer-

<sup>21</sup> *EuGH*, Urteil vom 11.11.2014 (Fn. 9), dort Rdnr. 63.

<sup>22</sup> S. etwa *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 288 Rdnr. 29 m. w. N.

<sup>23</sup> Zu ihm etwa *Wienbracke*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2013, Rdnr. 71.

<sup>24</sup> Daran ändert nichts, dass die Grundsicherungsleistungen erst durch VO 988/2009 in Anhang X aufgenommen wurden (hierzu *Kötter*, info also 2013, 243 [248]), denn der entscheidende Begriff der „besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen“ stand von vornherein in der VO und wurde später lediglich konkretisiert (a. A. *Classen*, Sozialleistungen für MigrantInnen nach SGB II, SGB XII und AsylbLG, S. 8).

<sup>25</sup> So *Schreiber*, NZS 2012, 647 (651).

<sup>26</sup> S. *Classen*, Sozialleistungen für MigrantInnen nach SGB II, SGB XII und AsylbLG, S. 8.

<sup>27</sup> Zutreffend *Kingreen*, SGB 2013, 132 (136).

<sup>28</sup> So *Kötter*, info also 2013, 243 (251).

<sup>29</sup> So im Ansatzpunkt auch LSG NRW, Urteil vom 28.11.2013 – L 6 AS 130/13.

<sup>30</sup> Nach *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rdnr. 72; s. auch *Degenhart*, Staatsrecht I, 30. Aufl. 2014, Rdnr. 22.

<sup>31</sup> S. *EuGH*, Urteil vom 04.06.2009 – C 22/08 („Vatsouras und Koupatantze“); *Schreiber*, info also 2008, 3.

<sup>32</sup> Zutreffend *Kingreen*, NVwZ 2015, 1503 (1505).

seits sollen nach Erwägungsgrund 10 der RL Personen, die ihr Aufenthaltsrecht ausüben, während des ersten Aufenthalts Sozialhilfeleistungen *nicht unangemessen* in Anspruch nehmen, was man auch dahingehend lesen kann, dass eine maßvolle Inanspruchnahme hinzunehmen ist.

### 3. Urteil des EuGH vom 15.09.2015

#### a) Inhalt

Der EuGH hat am 15.09.2015 über die Problematik des Beispiels 2 entschieden.<sup>33</sup> Er meint, Frau S und ihre Tochter hätten wegen Art. 14 Abs. 4 Buchst. b RL, § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügigG/EU ein Aufenthaltsrecht in der BRD; diese könne sich aber auf Art. 24 Abs. 2 RL berufen, um S die Grundsicherungsleistungen nach SGB II zu verweigern. Das Kriterium, auf das § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II und § 2 Abs. 3 S. 2 FreizügigG/EU abstellten, nämlich den Zeitraum von sechs Monaten nach Beendigung einer Erwerbstätigkeit, in dem der Anspruch auf SGB-II-Leistungen wegen der Aufrechterhaltung des Arbeitnehmerstatus bestehen bleibe, ermögliche den Betroffenen, ihre Rechte und Pflichten eindeutig zu erfassen. Somit sei es geeignet, bei der Gewährung von Sozialhilfeleistungen im Rahmen der Grundsicherung ein erhöhtes Maß an Rechtssicherheit und Transparenz zu gewährleisten und stehe zugleich im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

#### b) Kritik

Das Urteil ist enttäuschend. Der EuGH blendet die rechtliche Relevanz der VO nahezu aus und erwähnt die Konstellation, in der jemand zwecks Arbeitsuche einreist und deshalb keinerlei Leistungen erhält, jedenfalls in seiner Begründung nicht. Wenn der EuGH in dem Urteil tatsächlich konkludent erklärt hat, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 4 VO durch Art. 24 Abs. 2 RL und seine Umsetzung in nationales Recht beschränkt werden kann,<sup>34</sup> sprich: die RL Vorrang vor der VO genießt, hätte man dazu eine Begründung erwartet, die wenigstens einen Ansatz von Methode und dogmatischer Konsistenz in sich trägt. Insbesondere hätte der Gerichtshof erläutern müssen, wie er sein Ergebnis mit dem Wortlaut des Art. 4 VO vereinbaren will, der Einschränkungen nur verordnungsintern zulässt, weil er formuliert: „*Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, [...]*“.<sup>35</sup> Stattdessen ignoriert der EuGH die VO, was umso mehr befremdet, als Frage 2 des vorliegenden BSG auf Art. 4 VO direkt Bezug nimmt und seine Anwendbarkeit auf den vorgelegten Sachverhalt impliziert.<sup>36</sup>

Auch ist nicht zu übersehen, dass der EuGH eine neue Linie, die man noch im Urteil vom 11.11.2014 ausmachen konnte,<sup>37</sup> schnurstracks wieder verlassen hat. In dem älteren Urteil betonte er noch die besondere Bedeutung des Aufenthaltsrechts für die Rechtsordnung der EU, koppelte die Anspruchsberechtigung geradezu an die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts und

verlangte mit Blick auf die Anwendbarkeit der VO, die auch dort Thema war, sogar eine Rechtmäßigkeit des „Wohnens“ in Art. 70 Abs. 4 VO. Im Urteil vom 15.09.2015 stellt der EuGH nun fest, dass die Klägerin und ihre Angehörigen sich rechtmäßig in der BRD aufhalten, zieht daraus aber keine Konsequenzen, sondern bejaht ohne Weiteres die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses unter Hinweis auf Art. 24 Abs. 2 RL.

Es handelt sich um einen Bruch mit der VO, den der EuGH nicht problematisiert, geschweige denn rechtfertigt. Ein solches Urteil erfüllt nicht die Erwartungen, die an ein Gericht mit derart herausgehobener Stellung in einer die Existenz zahlloser Menschen berührenden Rechtsmaterie gestellt werden.

#### c) Schlussanträge des Generalanwalts Wathelet

Generalanwalt Melchior Wathelet hat in seinen Schlussanträgen vom 26.03.2015 eine Stellungnahme zu der Sache abgegeben. Er geht davon aus, Art. 24 Abs. 1 RL und Art. 4 VO griffen das Verbot der Diskriminierung auf, während Art. 24 Abs. 2 RL eine Ausnahme vom Diskriminierungsverbot enthalte. Unter Hinweis auf ältere Rechtsprechung des EuGH differenziert Wathelet sodann, ob der Arbeitsuchende bereits eine Verbindung zum Arbeitsmarkt der BRD hatte (dann soll ein Anspruch auf Grundleistungen bestehen) oder eben nicht (dann kein Anspruch).

Darauf ist zu erwidern, dass Wathelets Einordnung von Art. 24 RL und Art. 4 VO isoliert betrachtet jeweils richtig, die Art, wie er die Vorschriften vermengt, methodisch jedoch nicht haltbar ist. Nach der Lesart des Generalanwalts scheint es, als könne Art. 24 Abs. 2 RL das Diskriminierungsverbot des Art. 4 VO einschränken, was aber – wie bereits mehrfach betont – nach dem Wortlaut des Art. 4 VO gerade nicht möglich ist. Auch für eine Differenzierung nach der Verbindung zum Arbeitsmarkt gibt die VO nichts her, denn sie unterscheidet schlicht nach der „Geltung der Rechtsvorschriften“ in Art. 2 Abs. 1 VO und den „Zweigen der sozialen Sicherheit“ in Art. 3 VO.<sup>38</sup>

Worauf Wathelet jedoch mit Recht hingewiesen hat, ist der bislang in der Diskussion unberücksichtigt gelassene Aspekt, dass minderjährige Kinder von Unionsbürgern, die eine Schule oder Ausbildungseinrichtung besuchen, gemäß Art. 10 der VO 492/2011<sup>39</sup> ein eigenständiges Aufenthaltsrecht haben, wenn ein Elternteil aktuell arbeitet oder in der Vergangenheit in Deutschland gearbeitet hat. Hierdurch sollen bestmögliche Bedingungen für die Integration der Familie des „Wanderarbeitnehmers“ geschaffen werden. Begünstigt sind Kinder, solange sie tatsächlich im Aufnahmemitgliedstaat in das Schulsystem eingegliedert sind oder eine Ausbildung abschließen. Soweit sie der Anwesenheit und der Fürsorge des Elternteils bedürfen, um ihre Ausbildung fortsetzen und abschließen zu können, besteht für den Elternteil, der die elterliche Sorge für die Kinder tatsächlich wahrnimmt, in gleicher Weise ein abgeleitetes Recht auf Aufenthalt. Damit werden die Sorgeberechtigten vom Ausschlussgrund des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II nicht erfasst, denn der gilt – wie betont – nur bei einem Aufenthalt „*allein* aus dem Zweck der Arbeitsuche“.<sup>40</sup> Ob dieser

<sup>33</sup> S. den genauen Nachweis in Fn. 3.

<sup>34</sup> S. Körtek, *SozSich* 2015, 370 (375).

<sup>35</sup> S. dazu bereits oben Punkt 2 a.

<sup>36</sup> Das BSG hat gefragt: „Sind – gegebenenfalls in welchem Umfang – Einschränkungen des Gleichbehandlungsgebots des Art. 4 der Verordnung Nr. 883/2004 durch Bestimmungen in nationalen Rechtsvorschriften in Umsetzung des Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 möglich, nach denen der Zugang zu diesen Leistungen ausnahmslos nicht besteht, wenn sich ein Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers in dem anderen Mitgliedstaat allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt?“.

<sup>37</sup> S. den genauen Nachweis in Fn. 9.

<sup>38</sup> S. o. Punkt 2 a.

<sup>39</sup> „Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union“.

<sup>40</sup> Das betont auch Körtek, *SozSich* 2015, 370 (378).

Aspekt der Frau S in ihrem Gerichtsverfahren hätte weiterhelfen können, vermag anhand des hier unergiebigem Sachverhalts nicht endgültig beurteilt zu werden. Deshalb wurde er auch nicht Bestandteil des Beispiels 2. Generalanwalt *Wathelet* konnte sich ebenfalls nicht auf gesicherte Erkenntnisse stützen, sondern hat im Schlussantrag das vorliegende *BSG* aufgefordert, näher zu überprüfen, ob die Kinder von Frau S „ihrer Schulausbildung in einer in Deutschland gelegenen Einrichtung regelmäßig nachkommen“.

### III. Verfassungswidrigkeit des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II

#### 1. Verletzung des Grundrechts auf Sicherung des Existenzminimums

Das *BVerfG*<sup>41</sup> hat in seinem lesenswerten Urteil zum Asylbewerberleistungsgesetz vom 18.07.2012 aus dem Grundgesetz ein Grundrecht auf Sicherung des Existenzminimums hergeleitet. Es hat betont, dass

- ⇒ der Anspruch auf Sicherung des Existenzminimums als Ausprägung von Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) ein unverfügbares Grundrecht darstellt und deutschen wie ausländischen Staatsangehörigen gleichermaßen zusteht,
- ⇒ eine menschenwürdige Existenz durch einen gesetzlichen Anspruch ab Beginn des Aufenthalts in der BRD in jedem Fall und jederzeit realisiert werden können muss und
- ⇒ die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde migrationspolitisch nicht zu relativieren ist.

Mit derartigen Grundsätzen ist § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II, der zwecks Arbeitsuche in der BRD sich aufhaltende Unionsbürger kategorisch von Grundsicherungsleistungen ausschließt, nicht vereinbar und deshalb verfassungswidrig. Das Grundrecht auf Sicherung des Existenzminimums hängt nicht vom Aufenthaltsstatus, sondern dem tatsächlichen Aufenthalt in der BRD ab.<sup>42</sup> Überdies steht dem betroffenen Unionsbürger – stellvertretend wieder: Frau S in Beispiel 2 – statt dem Anspruch aus § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II auch sonst kein irgendwie gearteter Anspruch zur Sicherung der Existenz zu: „Leistungen zum Lebensunterhalt“ (§§ 23 Abs. 1, 27 ff. SGB XII) scheitern an § 21 Abs. 1 SGB XII, denn als Erwerbsfähige ist S dem Grunde nach anspruchsberechtigt nach SGB II,<sup>43</sup> erfüllt aber die Voraussetzungen des Ausschlussgrundes.<sup>44</sup> Einer Berechtigung aus § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG steht entgegen, dass Unionsbürger wie Frau S erst ausreisepflichtig sind, wenn die Ausländerbehörde positiv per Bescheid festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht (§ 7 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU).<sup>45</sup> Vorher fehlt es an der „vollziehbaren Ausreisepflicht“. Somit ist der arbeitssuchende Unionsbürger „an-

spruchslos“, was das *BVerfG* im Urteil vom 18.07.2012 als mit dem Grundgesetz unvereinbar bewertet hat.

#### 2. Verletzung des Gleichheitssatzes

Des Weiteren steht ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG im Raum, der gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln und Differenzierungen an Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind, zu binden.<sup>46</sup> Hier ist besonders die Ungleichbehandlung von arbeitssuchenden Unionsbürgern und Anspruchsberechtigten aus § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG, solchen Ausländern also, die vollziehbar ausreisepflichtig sind, in den Blick zu nehmen. Diese beiden Gruppen werden anhand des Kriteriums des Aufenthaltsstatus unterschiedlich behandelt: Während die erste Gruppe keinen Anspruch auf existenzsichernde Leistungen hat, steht der zweiten einer nach AsylbLG zu.<sup>47</sup>

Diese Ungleichbehandlung ist verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, zumal das *BVerfG* bei Differenzierungskriterien, die einem von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG verbotenen nahe kommen (hier: „Heimat und Herkunft“)<sup>48</sup>, einen besonders hohen Rechtfertigungsaufwand verlangt. Zwar könnte man – mit dem Sozialgericht Hamburg<sup>49</sup> – erwägen, als Sachgrund für die Benachteiligung der betroffenen Unionsbürger anzuführen, dass der Leistungsausschluss diese im Vergleich zu den vom AsylbLG erfassten Ausländern weniger hart treffe, weil Unionsbürger jederzeit in ihr Herkunftsland zurückkehren könnten, das ebenfalls ein EU-taugliches Mindestsicherungsniveau bieten sollte. Die passende Erwiderung liefert das Sozialgericht jedoch gleich mit und hält dem entgegen, dass gerade diese Rechtfertigungsschiene bei der Vergleichsgruppe der vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer nicht greift, weil zu dieser Gruppe solche Ausländer gehören, die sofort abgeschoben werden könnten, bei denen eine Rückkehr in das Herkunftsland also ebenfalls jederzeit möglich wäre. § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG differenziert nicht danach, ob im Herkunftsland ein angemessenes Existenzsicherungsniveau zu erwarten ist oder nicht, sondern gibt Australiern wie Senegalesen denselben Anspruch. Geduldete Ausländer (§ 60a AufenthG), bei denen also *Abschiebungshindernisse* bestehen, werden von § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG nicht erfasst, sondern von Nr. 4, sodass auch dieser Aspekt als Rechtfertigungsansatz nicht greift.<sup>50</sup> Somit ist der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt.

<sup>41</sup> *BVerfG*, NVwZ 2012, 1024.

<sup>42</sup> S. auch *SG Hamburg*, Urteil vom 22.09.2015 – S 22 AS 3298/15 ER; *Steffen*, Asylmagazin 2014, 12 (17); wohl auch *Körtek*, SozSich 2015, 370 (376).

<sup>43</sup> S. *LSG Hessen*, info also 2015, 177; a. A. neuerdings das *BSG*, Urt. v. 03.12.2015 – B 4 AS 44/15 R; *LSG Niedersachsen-Bremen*, NZS 2014, 720. Dazu auch noch unten Punkt D) II.

<sup>44</sup> Art. 4 VO ist keine Hilfe, denn in Anhang X der VO sind nur die „Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung“ (§§ 41 ff. SGB XII) aufgeführt, nicht die „Hilfe zum Lebensunterhalt“ (§§ 27 ff. SGB XII). Deshalb bezieht das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO sich auf diese gerade nicht.

<sup>45</sup> S. o. Punkt B).

<sup>46</sup> S. *BVerfG*, NVwZ 2012, 1310; *BVerfGE* 121, 108 (119).

<sup>47</sup> Zum Umfang der Leistungen s. § 3 AsylbLG. Zur aktuellen Fassung *Birk*, info also 2015, 51.

<sup>48</sup> Diese sind sachlich nicht unmittelbar einschlägig, denn „Heimat“ meint die emotional besetzte örtliche Herkunft eines Menschen nach Geburt oder Ansässigkeit (s. *BVerfGE* 102, 41, 53), während „Herkunft“ den sozialen, schichtenspezifischen Aspekt der Abstammung beschreibt (s. *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, 30. Aufl. 2014, Rdnr. 480).

<sup>49</sup> S. *SG Hamburg*, Beschluss vom 22.09.2015 – S 22 AS 3298/15 ER.

<sup>50</sup> S. *Kingreen*, NVwZ 2015, 1503 (1506), mitsamt einschlägiger Rspr. des *BVerfG*.

## IV. Zum Europäischen Fürsorgeabkommen (EFA)

### 1. Allgemeines

Hier nicht außer Betracht zu lassen ist auch das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA). Dieses ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der am 01.09.1956 in der BRD in Kraft getreten ist.<sup>51</sup> Das EFA fügt sich als einfaches Bundesgesetz unterhalb des Verfassungsrechts ins Normengefüge ein (Art. 59 GG).<sup>52</sup> Ihm gehören an: Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien und die Türkei.<sup>53</sup> In Art. 1 EFA heißt es:

*„Jeder der Vertragsschließenden verpflichtet sich, den Staatsangehörigen der anderen Vertragsschließenden, die sich in irgendeinem Teil seines Gebietes, auf das dieses Abkommen Anwendung findet, erlaubt aufhalten und nicht über ausreichende Mittel verfügen, in gleicher Weise wie seinen eigenen Staatsangehörigen und unter den gleichen Bedingungen die Leistungen der sozialen und Gesundheitsfürsorge [...] zu gewähren, die in der in diesem Teil seines Gebietes geltenden Gesetzgebung vorgesehen sind.“*

Somit fällt auch Schwedin S in Beispiel 2, die sich erlaubt in der BRD aufhält, in den persönlichen Anwendungsbereich des EFA. Mit Blick auf § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II hat das BSG in einem Urteil vom 19.10.2010 zu Recht entschieden, dass er für Staatsangehörige von Vertragsstaaten des EFA keine Anwendung findet, da es sich bei den Leistungen nach SGB II um Sozialhilfe handelt und somit Art. 1 des EFA gebietet, Staatsangehörigen der Vertragsstaaten Grundsicherungsleistungen nach SGB II zu gewähren.<sup>54</sup>

### 2. Vorbehalt der Bundesregierung

#### a) Inhalt

Angesichts der drohenden Konsequenzen des Urteils des BSG hat die damalige Bundesregierung um Bundeskanzlerin Angela Merkel und Sozialministerin Ursula von der Leyen Angst bekommen und am 19.12.2011 folgenden „Vorbehalt“ beim Europarat hinterlegt:

*„Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland übernimmt keine Verpflichtung, die im Zweiten Buch Sozialgesetzbuch – Grundsicherung für Arbeitsuchende – in der jeweils geltenden Fassung vorgesehenen Leistungen an Staatsangehörige der übrigen Vertragsstaaten in gleicher Weise und unter den gleichen Bedingungen wie den eigenen Staatsangehörigen zuzuwenden.“*

Das BSG hält diesen Vorbehalt für rechtmäßig, was es zuerst in dem Beschluss, mit dem es Beispiel 2 dem EuGH vorgelegt

<sup>51</sup> S. Frings, ZAR 2012, 317 (325).

<sup>52</sup> Der Rang der in innerstaatliches Recht umgesetzten völkerrechtlichen Verträge in der nationalen Rechtsordnung richtet sich nach dem Rang des Transformators bzw. Rechtsanwendungsbefehls: Die Normen völkerrechtlicher Verträge i. S. v. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG stehen in der nationalen Rechtsordnung im Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Näheres bei von Arnald, Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, Rdnr. 503 ff.

<sup>53</sup> Mit Österreich gibt es die „Vereinbarung zur Durchführung des Abkommens zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland über Fürsorge und Jugendwohlfahrtspflege vom 17. Januar 1966“ als Sonderabkommen. Dieses gibt österreichischen Staatsangehörigen, die sich in Deutschland tatsächlich aufhalten, ein Recht auf Gleichbehandlung mit deutschen Staatsangehörigen.

<sup>54</sup> BSG, Urteil vom 19.10.2010 – B 14 AS 23/10.

hat,<sup>55</sup> zum Ausdruck gebracht hat. Auch die „Fachlichen Hinweise der Agentur für Arbeit zu § 7 SGB II“<sup>56</sup> weisen die Mitarbeiter der Jobcenter an, Ansprüche, die sich auf das EFA stützen, zurückzuweisen.

#### b) Nichtigkeit

Tatsächlich dürfte der „Vorbehalt“ jedoch nichtig sein. Denn es handelt sich nicht um einen echten Vorbehalt, sondern eine **Teilkündigung des Abkommens**, die vom EFA, insbesondere ihrem Art. 24, nicht vorgesehen und somit nicht zulässig ist. Art. 24 EFA lautet:

*„Dieses Abkommen wird für die Dauer von 2 Jahren abgeschlossen, gerechnet vom Zeitpunkt seines Inkrafttretens gemäß Artikel 21 Abs. b. Seine Geltungsdauer verlängert sich sodann von Jahr zu Jahr für diejenigen Vertragsschließenden, die es nicht wenigstens sechs Monate vor dem Ablauf der ursprünglichen Zweijahresfrist oder einer späteren Jahresfrist durch eine an den Generalsekretär des Europarates zu richtende Erklärung gekündigt haben. Diese Erklärung wird mit dem Ablauf dieser Frist wirksam.“*

Grundsätzlich gilt: Vorbehalte schränken die Bereitschaft ein, eine *noch nicht bestehende* Verpflichtung zu übernehmen, wirken sich also auf *bereits existierende* völkerrechtliche Pflichten nicht aus und können daher grundsätzlich – sofern der Vertrag nicht die Möglichkeit dazu eröffnet – nicht nachträglich erklärt werden. Es gilt der Rechtsgrundsatz „pacta sunt servanda“.<sup>57</sup> Es gibt im EFA den Art. 16 Buchst. b, der folgendermaßen lautet:

*„Jeder Vertragsschließende hat dem Generalsekretär des Europarates alle neuen Rechtsvorschriften mitzuteilen, die in Anhang I noch nicht aufgeführt sind. Gleichzeitig mit dieser Mitteilung kann der Vertragsschließende Vorbehalte hinsichtlich der Anwendung dieser neuen Rechtsvorschriften auf die Staatsangehörigen der anderen Vertragsschließenden machen.“*

Dieser Artikel ist der einzige, der sich mit der Ausklammerung neuer Sozialhilfeleistungen aus dem EFA befasst, verlangt somit für den die SGB-II-Grundsicherungsleistungen betreffenden Vorbehalt, dass es sich bei diesen um eine *neue* Fürsorgeleistung handelt. Hieran fehlt es: Zwar waren bis Ende 2011 die Leistungen nach SGB II nicht im Anhang zum EFA aufgeführt; das war aber auch nicht vonnöten, weil eine Leistung nicht in den Anhang aufgenommen werden muss, um den Anwendungsbereich des EFA zu eröffnen. Die Vertragsstaaten sollen zwar gemäß Art. 16 Buchst. b EFA entsprechende Mitteilungen über Neuregelungen machen, diese sind aber rein deklaratorisch.<sup>58</sup> SGB II-Leistungen sind somit seit Inkrafttreten der „Hartz-Gesetze“ am 01.01.2005<sup>59</sup> Fürsorgeleistungen nach dem EFA. Dies hat das BSG im Jahre 2010 offensichtlich auch so gesehen, anderenfalls hätte der erwähnte Beschluss vom 19.10.2010 anders ausfallen müssen. Fand das EFA aber bereits 2005 Anwendung auf die Grundsicherungsleistungen des

<sup>55</sup> BSG, Beschluss vom 12.12.2013 – B 4 AS 9/13 R.

<sup>56</sup> S. dort S. 8.

<sup>57</sup> S. etwa Steffen/Kessler, ZAR 2012, 245 (247).

<sup>58</sup> S. dazu <http://www.migrationsrecht.net/nachrichten-auslaenderrecht-europa-und-eu/efa-leistungsausschluss-vorbehalt.html>.

<sup>59</sup> Im Rahmen des „Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“, BGBl. I, 2954.

SGB II, war ein nachträglicher Vorbehalt im Jahre 2011 nicht möglich.<sup>60</sup> Also gilt das EFA weiterhin auch für das SGB II und eliminiert den Ausschlussgrund in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II.

## D) Stand der Dinge: Urteile des BSG vom 03.12.2015

### I. Inhalte

Am 03.12.2015 hat das BSG sich in drei Urteilen zum Thema geäußert.<sup>61</sup> Auf den Punkt gebracht befindet das Gericht:

- ⇒ § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II sei im Anschluss an die Rechtsprechung des *EuGH* unionsrechtskonform.
- ⇒ Der Fall „Alimanovic“, Grundlage des Beispiels 2, sei, ganz im Sinne des oben<sup>62</sup> vorgestellten Schlussantrags von *Wathelet*, dahingehend zu untersuchen, ob Frau S und ihrer Tochter ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2001 zustehe. Man werde also der Frage nachgehen, ob der Leistungsausschluss wegen eines Aufenthaltsrechts, das neben dem zum Zweck der Arbeitssuche bestehe, tatbestandlich ausfalle.
- ⇒ Der oben<sup>63</sup> dargestellte Vorbehalt der Bundesregierung gegen das EFA bezogen auf Grundsicherungsleistungen des SGB II sei wirksam. Jedoch gelte der Vorbehalt für Leistungen zum Lebensunterhalt nach SGB XII nicht, weshalb Ausländer, die in den bevorrechtigten Personenkreis des EFA fielen, sich mit Blick auf Ansprüche aus §§ 27 ff. SGB XII auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 1 EFA berufen könnten, ohne dass § 23 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 SGB XII – keine Sozialhilfe für Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt – den Anspruch negiere.
- ⇒ Für Ausländer, die nicht in den Einzugsbereich des EFA fielen und für die ein Aufenthaltsrecht sich aus keinem Gesichtspunkt herleiten ließe,<sup>64</sup> gelte § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II – entgegen seinem Wortlaut – „erst recht“. Dies sei aus Entstehungsgeschichte, systematischem Zusammenhang und teleologischer Bedeutung herzuleiten.
- ⇒ Diese Personengruppe habe aber einen Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach der Ermessensvorschrift des § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII. Eine „gesundheitliche“ Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 21 SGB XII stehe dem nicht entgegen, weil diese Ausländer als nach dem „SGB II-Ausgeschlossene“ bei Hilfebedürftigkeit dem System des SGB XII zugewiesen seien. Zwar sei diese Gruppe wegen der fehlenden Freizügigkeitsberechtigung aufgrund § 23 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 SGB XII von einem Rechtsanspruch auf Leistungen nach § 23 Abs. 1 S. 1 SGB XII ausgeschlossen. Vor dem Hintergrund der Verfassungsrechtsprechung zur Gewährleistung der Existenzsicherung aus Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG seien jedoch Leistungen nach § 23 Abs. 1 S. 3

SGB XII im Ermessenswege zu erbringen, und es könne Sozialhilfe geleistet werden, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt sei. Und: Im Falle eines *verfestigten Aufenthalts* – über sechs Monate – sei das von § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII eingeräumte Ermessen aufgrund der Vorgaben des *BVerfG* sogar in dem Sinne auf null reduziert, dass regelmäßig zumindest Hilfe zum Lebensunterhalt in gesetzlicher Höhe zu erbringen sei.

### II. Bewertung

Die Urteile weisen vom Ergebnis her in die richtige Richtung, sind aber wohl auch nur ein weiteres Zwischenkapitel. Vollumfänglich zu begrüßen ist, dass das BSG sich im Fall „Alimanovic“ auf die Suche nach weiteren aufenthaltsberechtigenden Gründen macht. Im Übrigen *musste* das Gericht nach dem Urteil des *EuGH* vom 15.09.2015 die Unionsrechtskonformität des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II gemäß Art. 267 AEUV zugrunde legen. Dass es den Vorbehalt der Bundesregierung gegen die Verpflichtung zur Gewährung von SGB-II-Leistungen gegenüber Staatsangehörigen von EFA-Staaten vom 19.12.2011 billigen würde, war zu erwarten, denn dergleichen hat es – wie gesagt – bereits in dem Beschluss, mit dem es den Fall „Alimanovic“ dem *EuGH* vorgelegt hat,<sup>65</sup> getan.

Mit Blick auf die Ansprüche auf Leistungen nach SGB XII ist zunächst festzuhalten, dass das BSG sich zur Konstellation des arbeitssuchenden Unionsbürgers nicht geäußert hat, sondern nur zu derjenigen ohne jegliches Aufenthaltsrecht. Jedoch gelten die Ausführungen des Gerichts für Unionsbürger, die ihren Aufenthalt auf § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU stützen können, erst recht. Dabei hat das Gericht zwar einen dogmatisch falschen Weg eingeschlagen, indem es sich über die Abgrenzung der Leistungssysteme nach SGB II und SGB XII, die § 21 S. 1 SGB XII über den Begriff der „Erwerbsfähigkeit“ leistet,<sup>66</sup> hinweggesetzt und dem SGB XII Auffangcharakter attestiert hat. Das dahinter stehende Anliegen, Unionsbürgern im Sinne der Rechtsprechung des *BVerfG* einen Anspruch auf Durchsetzung ihres Grundrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum zu gewähren, mildert diese Verfehlung jedoch, zumal das Gericht – wie gesagt – die Unionsrechtskonformität des Ausschlussgrundes des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II zugrunde legen musste. Das BSG ist sich also der verfassungsrechtlichen Brisanz der Thematik bewusst und hat einen Weg gesucht, dieser nach dem (unrühmlichen) Urteil des *EuGH* vom 15.09.2011 Rechnung zu tragen. Warum es dann aber nicht gleich einen weiteren Vorlagebeschluss, diesmal gemäß Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG zum *BVerfG*, verschickt hat, bleibt offen.<sup>67</sup>

### E) Zusammenfassung

Bezug nehmend auf den Titel des Beitrags lässt sich Folgendes Fazit ziehen: § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II verstößt in seiner jetzigen Fassung gegen geltendes Unionsrecht in Form des Art. 4 VO 883/2004 sowie die Grundrechte auf Sicherung des Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. 20 Abs. 1 GG) und Gleichbehandlung vor dem Gesetz (Art. 3 Abs. 1 GG). Gegenüber An-

<sup>60</sup> S. *LSG Bayern*, Beschluss vom 14.08.2012 – L 16 AS 568/12 B ER; *LSG Berlin-Brandenburg*, Beschluss vom 25.06.2013 – L 20 AS 1347/13 B ER; *Frings*, ZAR 2012, 317 (325). A. A. *SG Nürnberg*, Beschluss vom 04.07.2012 – S 10 AS 494/12.

<sup>61</sup> Genaue Angaben in Fn. 4.

<sup>62</sup> S. Punkt C) II. 3. c).

<sup>63</sup> S. Punkt C) IV. 2.

<sup>64</sup> So wie im Urteil des *EuGH* vom 11.11.2014, s. Fn. 9.

<sup>65</sup> S. o. Fn. 11.

<sup>66</sup> S. etwa *Grube*, in: *Grube/Wahrendorf*, SGB XII, 5. Aufl. 2014, § 21 Rdnr. 5 ff.

<sup>67</sup> S. auch *Eckhardt*, Sozialrecht Justament, Nr. 15 Dezember 2015, 5 (9).

gehörigen von Staaten, die das EFA unterzeichnet haben, darf die Vorschrift ohnehin nicht angewandt werden, weil der diesbezügliche Vorbehalt der Bundesregierung vom 19.12.2011 unwirksam ist.

Wie es mit dem Leistungsausschluss in der Realität weitergeht, steht indes auf einem anderen Blatt: Die Messe des Unionsrechts ist nach dem Urteil des *EuGH* gesungen; das EFA wird nach den neuesten Urteilen des *BSG* im Zusammenhang mit § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II keine Renaissance erfahren. Bleiben die erörterten Grundrechtsbrüche, die beim *BVerfG* hoffentlich entsprechende Würdigung erfahren und das Gericht dazu bewegen, die Vorschrift für nichtig zu erklären. Möge dort ein „neuer Tag“<sup>68</sup> beginnen.

### ► Inhaltsverzeichnis

---

<sup>68</sup> *Kingreen*, NVwZ 2015, 1503 (1506).



# KÖPFE

# GESUCHT

Referendare und Praktikanten  
[www.tsp-law.com/karriere](http://www.tsp-law.com/karriere)

Thümmel, Schütze & Partner  
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

# KLAUSUR – ÖFFENTLICHES RECHT

Prof. Dr. Arne Pautsch\*

## „Wieder kein Frühjahrsmarkt?“

### Fortgeschrittenenklausur

#### Sachverhalt

Die baden-württembergische Stadt S veranstaltet traditionsgemäß am Wochenende nach Ostern einen über die Stadtgrenzen hinaus bekannten Frühjahrsmarkt. Der Stadtrat hatte frühzeitig festgelegt, dass diese Veranstaltung nicht im Sinne einer öffentlichen Einrichtung der Gemeinde betrieben werden, sondern die S als Veranstalterin im „gewerberechtlichen Sinne“ auftreten solle. Damit sollte die S von den Bindungen der Gemeindeordnung befreit bleiben und sich die Veranstaltung Schaustellern aus dem gesamten Bundesgebiet öffnen.

Erwin Ebert (E) betreibt seit Jahrzehnten ein Schaustellerunternehmen mit einem Autoscooter. Das in Hamburg ansässige Familienunternehmen des E ist im ganzen Bundesgebiet auf Volksfesten präsent und erfreut sich dort wachsenden Zulaufs. In S bemüht sich E indes seit Jahrzehnten schon vergeblich, zum dortigen Frühjahrsmarkt zugelassen zu werden, obschon die S den Frühjahrsmarkt seit Anbeginn als Veranstaltung mit unterhaltendem Charakter festgesetzt hatte. Aus den zugehörigen Richtlinien des Stadtrates zur Vergabe der Stellplätze ergibt sich für die Fälle der Kapazitätsauslastung, dass eine Zuteilung dann nach den Kriterien „bekannt und bewährt“ erfolgen muss. Dies gilt in allen Fällen, in denen sich um die vorhandenen Stellplätze mehr Schaustellerbetriebe bewerben, als Plätze verfügbar sind. Da es aus Kapazitätsgründen objektiv ausgeschlossen ist, auf dem städtischen Festplatz in S weitere Stellplätze für solche Fahrgeschäfte wie das des E zu schaffen, waren bislang immer die aus Baden-Württemberg stammenden Schaustellerbetriebe Müller & Sohn (M) und Gebrüder Schmid (G) zum Zuge gekommen, bei denen es sich um Teilnehmer des Frühjahrsmarktes „der ersten Stunde“ handelte, die bislang auf keinem Frühjahrsmarkt fehlten und sich laut S stets vorbildlich verhielten.

Auch in 2015 beantragte E wie in jedem Jahr drei Wochen vor dem Frühjahrsmarkt bei S seine Zulassung. Diese wurde ihm von S abermals mit der Begründung versagt, dass die beiden einzig vorhandenen Plätze, die für einen Autoscooter vorgesehen sind, bereits M und G zugeteilt worden seien. Wegen der besonderen Vertrautheit zu diesen bekannten und bewährten Unternehmern sei der S leider keine andere Wahl geblieben.

E ist erbost über diese Haltung der S, da sie jeglichen Wettbewerb für alle Zeit ausschließe. Er legt gegen den Versagungsbescheid der S umgehend Widerspruch ein. Zur Begründung führt er an, dass alle drei Betriebe sowohl technisch als auch hinsichtlich ihres Angebots vollkommen vergleichbar seien und daher eine ständige Ausgrenzung des E nicht zu rechtfertigen sei. E sei auf dem „Cannstatter Wasen“ bereits mehrfach als besonders attraktiver Betrieb ausgezeichnet worden.

E kommt es darauf an, ganz rasch doch noch eine Zulassung zum Frühjahrsmarkt 2015 zu bekommen. Er wendet sich an seinen Rechtsanwalt und bittet um Prüfung der Erfolgsaussichten eines Antrages an das Verwaltungsgericht, um Eilrechtsschutz zu erlangen.

#### Aufgabe:

Prüfen Sie in einem Gutachten die Erfolgsaussichten eines Eilantrages des E an das Verwaltungsgericht.

#### Hinweis:

Im Gutachten sind alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen – ggf. hilfsgutachterlich – zu behandeln.

#### Gliederung

##### A) Zulässigkeit

- I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO
- II. Statthaftigkeit des Antrags
- III. Antragsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog
- IV. Rechtsschutzbedürfnis
- V. Ergebnis zu A.

##### B) Begründetheit

- I. Anordnungsanspruch
- II. Anordnungsgrund
- III. Keine Vorwegnahme der Hauptsache und keine überschießende einstweilige Anordnung
- IV. Ergebnis zu B.

##### C) Gesamtergebnis

\* Der Autor ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg. Es handelt sich bei dem hier zu bearbeitenden Fall um eine Klausur mittleren Schwierigkeitsgrades, die typischerweise als öffentlich-rechtliche Klausur zum „Großen Schein“ im Hauptstudium zu stellen wäre. Sie behandelt Standardfragen des allgemeinen Verwaltungsrechts und Verwaltungsprozessrechts (insb. verwaltungsgerichtlicher Eilrechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO bei Ermessensverwaltungsakten) und verbindet diese materiell-rechtlich mit klassischen Problemen des Gewerberechts („Zulassung zum Volksfest bei Kapazitätserschöpfung“) als Materie des besonderen Verwaltungsrechts.

## Gutachten

Der Antrag des E hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig (A.) und begründet (B.) ist.

### A) Zulässigkeit des Antrags

Der Antrag des E müsste zunächst zulässig sein.

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges,

##### § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO

Nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten gegeben, die nicht-verfassungsrechtlicher Art sind, soweit die Streitigkeit nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn für die Entscheidung des Gerichts solche Normen in Betracht zu ziehen sind, die dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.

Vorliegend geht es dem E um die Teilnahme am Frühjahrsmarkt in S, mithin um die Zulassung zu einem Volksfest. Diese Entscheidung beruht auf Vorschriften des besonderen Verwaltungsrechts, nämlich der Gewerbeordnung (GewO). Damit sind die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts. Der Verwaltungsrechtsweg ist nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

#### II. Statthaftigkeit des Antrags

E kommt es darauf an, noch ganz kurzfristig zum Frühjahrsmarkt in S zugelassen zu werden. Das Antragsbegehren ist somit darauf gerichtet, eine vorläufige Regelung im Wege des Eilrechtsschutzes zu erlangen. Eilrechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte wird gewährt, um sicherzustellen, dass dem Antragsteller nicht dadurch unzumutbare Nachteile entstehen, dass die gerichtliche Gewährung von Rechtsschutz im Klagewege zeitaufwändig ist und deshalb zu spät kommen kann.<sup>1</sup> Dafür besteht die Möglichkeit, Eilrechtsschutz in Form einer einstweiligen (= vorläufigen) Anordnung zu erlangen. Hierfür bietet die VwGO wiederum zwei Möglichkeiten, nämlich nach Maßgabe der §§ 80, 80a VwGO sowie nach § 123 VwGO. Ob Eilrechtsschutz hier nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO oder nach § 123 Abs. 1 VwGO zu gewähren ist, richtet sich nach § 123 Abs. 5 VwGO.<sup>2</sup> Danach finden die Regelungen des § 123 Abs. 1 bis 3 VwGO keine Anwendung in den von §§ 80, 80a VwGO umfassten Fällen, da es dabei um den Vollzug eines angefochtenen Verwaltungsaktes oder die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs geht.<sup>3</sup>

Vorliegend will sich E nicht gegen den Vollzug eines gegen ihn gerichteten Verwaltungsaktes wenden, sodass die statthafte Antragsart der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Sinne des § 123 Abs. 1 VwGO ist. Der von E zu stellende Antrag könnte als *Regelungsanordnung*<sup>4</sup> statthaft sein. Dann müsste sich das Begehren des E als *Regelung eines vorläufigen Zustandes* in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis darstel-

len. Die offensive *Regelungsanordnung* zielt darauf, den status quo vorläufig zu verändern, während die defensive *Sicherungsanordnung* bestehende Rechte des Antragstellers vorläufig vor Änderungen zu schützen sucht.<sup>5</sup> E strebt hier eine für sich günstige – ihm aber bislang versagte – Zulassung zum Frühjahrsmarkt in S an, möchte also vorläufig zum Frühjahrsmarkt zugelassen werden. Insoweit ist sein erfolgloser Antrag auf Zulassung auf den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet. Ein regelungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne des § 123 Abs. 1 VwGO liegt somit vor.

#### III. Antragsbefugnis,

##### § 42 Abs. 2 VwGO analog

Auch im Rahmen des Eilrechtsschutzes ist zu verhindern, dass Anträge aus einem bloßen Popularinteresse heraus gestellt werden. Daher muss im Rahmen von § 123 Abs. 1 VwGO analog § 42 Abs. 2 VwGO geprüft werden, ob der Antragsteller antragsbefugt ist.

E müsste als Antragsteller ein sicherungsfähiges Recht zustehen können, für das eine Gefährdung zumindest möglich sein muss.

E kann geltend machen, dass zumindest die Gefahr der Vereitelung eines Rechts, nämlich eines möglichen Anspruchs auf Zulassung zum Frühjahrsmarkt, den Anordnungsanspruch, besteht. Damit ist eine Verletzung subjektiver Rechte des E zumindest nicht ausgeschlossen. E ist auch antragsbefugt analog § 42 Abs. 2 VwGO.

#### IV. Rechtsschutzbedürfnis

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn der Antragsteller das mit der Entscheidung verfolgte Ziel auf andere – schnellere und weniger aufwändigere – Weise erreichen kann. E fehlte das Rechtsschutzbedürfnis, wenn er es unterlassen hätte, zunächst einen Antrag bei der zuständigen Behörde zu stellen. Da sich E jedoch zunächst mit einem Antrag an die S gewandt hat, besteht ein Rechtsschutzbedürfnis.

#### V. Ergebnis zu A.

Der Antrag des E ist zulässig.

### B) Begründetheit

Der Antrag des E müsste auch begründet sein. Dies ist der Fall, wenn E als Antragsteller einen Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund glaubhaft machen kann, § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO.<sup>6</sup>

#### I. Anordnungsanspruch

E müsste einen Anordnungsanspruch geltend machen können. Damit ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen eines Regelungsanspruchs vorliegen. Dieser könnte sich daraus ergeben, dass der E zugegangene Ablehnungsbescheid insoweit rechtswidrig sein könnte, als ihm ein Anspruch auf Zulassung zum Frühjahrsmarkt in S zusteht.

<sup>1</sup> *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2015, Rn. 1523.

<sup>2</sup> *Detterbeck*, aaO, Rn. 1526.

<sup>3</sup> Vgl. anschaulich dazu *Detterbeck*, aaO, Rn. 1524; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 6. Aufl. 2014, § 107 Rn. 2.

<sup>4</sup> Zur Abgrenzung von Sicherungs- und Regelungsanordnung siehe *Detterbeck*, aaO, Rn. 1526 ff.; *Sodan/Ziekow*, aaO, § 107 Rn. 2.

<sup>5</sup> Sehr anschaulich bei *Sodan/Ziekow*, aaO, § 107 Rn. 2 f.

<sup>6</sup> Der im gerichtlichen Verfahren wegen der Eilbedürftigkeit üblichen summarischen Prüfung entspricht es, dass der Antragsteller Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund nur glaubhaft zu machen braucht. Für die Prüfungssituation – wie hier – ist es aber gleichwohl erforderlich, insbesondere das Bestehen eines Anordnungsanspruchs im Rahmen einer vollumfänglichen Rechtsprüfung festzustellen.

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 70 Abs. 1 und Abs. 3 GewO ergeben, falls die Voraussetzungen einer Ermessensreduktion auf Null gegeben wären.

Dies wiederum erfordert es, dass E mit seinem Fahrgeschäft, dem Autoscooter, zum Teilnehmerkreis der festgesetzten Veranstaltung zählt.

Aus § 70 Abs. 1 GewO ergibt sich nicht, was unter einer festgesetzten Veranstaltung zu verstehen ist. Insoweit ist vielmehr auf § 69 Abs. 1 S. 1 GewO abzustellen. Die maßgebliche Vorschrift, auf die diese Regelung Bezug nimmt, ist insoweit § 68 Abs. 3 GewO. Danach hat die Stadt ein Volksfest mit unterhaltendem Charakter festgesetzt. Dazu gehört auch das Betreiben von Fahrgeschäften wie bspw. Karussells, Autoscootern, Achterbahnen etc.

E erfüllt mit seinem Autoscooterbetrieb die Voraussetzungen der von der S festgesetzten Veranstaltung. Folglich ist er grundsätzlich zur Teilnahme berechtigt.

Fraglich ist indes, ob sich daraus zugleich ein Anspruch des E auf Zulassung herleiten lässt. Ein solcher wäre nämlich dann nicht gegeben, wenn die S den E zu Recht ausgeschlossen hat.

Aus § 70 Abs. 1 GewO folgt im Grundsatz ein Anspruch auf Zulassung zu der festgesetzten Veranstaltung, wenn der Antragsteller zum Teilnehmerkreis dieser Veranstaltung gehört. Nach § 70 Abs. 3 GewO kann der Veranstalter jedoch aus sachlich gerechtfertigten Gründen einzelne Anbieter, Aussteller oder Besucher von der Teilnahme ausschließen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der zur Verfügung stehende Platz nicht ausreicht. Wenngleich diese Regelung in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG eingreift, ist § 70 Abs. 3 als Berufsausübungsregelung aus dem sachlichen Grund des Gemeinwohlinteresses an einem ordnungsgemäßen Ablauf der Veranstaltung gerechtfertigt und damit verfassungsgemäß.<sup>7</sup>

Somit ist zu prüfen, ob das durch § 70 Abs. 3 GewO der S eingeräumte Ermessen im vorliegenden Fall hinsichtlich des E auf Null reduziert ist. Denn nur in diesem Fall käme ein Zulassungsanspruch des E angesichts der vorhandenen Kapazitätsauslastung in Betracht mit der Folge, dass sein Ausschluss als rechtswidrig zu werten wäre. Von einer solchen Ermessensreduktion wäre auszugehen, wenn nur die Auswahl des E allein ermessensgerecht und jede andere Entscheidung hingegen rechtswidrig wäre, was wiederum erforderte, dass sachliche Gründe für eine Bevorzugung des E vorliegen müssten. Vorliegend ist allerdings nichts dafür ersichtlich, dass E bei den vorhandenen räumlichen Begrenzungen einen aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteten Anspruch auf Auswahl und Bevorzugung gegenüber seinen Mitbewerbern hat.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass E mangels Ermessenreduzierung auf Null keinen Anspruch auf Zulassung zum Frühjahrsmarkt hat.

Fraglich ist indes, wie sich dies auf die Geltendmachung des Anordnungsanspruches im Rahmen des § 123 Abs. 1 VwGO

auswirkt. Soweit nämlich – wie hier – um eine Ermessensentscheidung gestritten wird, könnte ein Regelungsanspruch auszuschließen sein. Denn im Hauptsacheverfahren würde die Behörde bei einer ermessensfehlerhaften Entscheidung zu einer Neubescheidung gemäß §§ 113 Abs. 5, 114 VwGO verurteilt. Daraus könnte man folgern, dass mit der hier begehrten einstweiligen Anordnung nicht mehr beansprucht werden kann, als auch im Hauptsacheverfahren prozessual ausgeurteilt werden kann.

Dem ist indes entgegen zu halten, dass der verwaltungsgerichtliche Eilrechtsschutz damit bei behördlichen Ermessensentscheidungen erheblich verkürzt wäre, indem dieser nur dann überhaupt gewährt werden dürfte, wenn eine Ermessensreduktion auf Null vorliegt. Es würde dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG zuwider laufen, wenn in Konstellationen wie der vorliegenden, in denen eine behördliche Entscheidung wegen eines möglichen Ermessensfehlers rechtswidrig erfolgt ist und daher noch aufgehoben werden kann, der Antragsteller insoweit allein auf das Hauptsacheverfahren verwiesen sein sollte. Denn ein Bedürfnis dafür, dass solche ermessensfehlerhaften Entscheidungen nicht einen vorläufigen Regelungsanspruch des Antragstellers vereiteln dürfen, besteht damit schon aus rechtsstaatlichen Erwägungen.

Ein Regelungsanspruch wäre damit vorliegend dann anzunehmen, wenn die S den E ermessensfehlerhaft von der Teilnahme am Frühjahrsmarkt ausgeschlossen hat. In diesem Fall müsste die S nämlich eine erneute – ermessensfehlerfreie – Auswahlentscheidung treffen, womit dem E zumindest die Möglichkeit einer Teilnahme eröffnet würde.

S könnte ermessensfehlerhaft im Sinne von § 40 VwVfG gehandelt haben, als sie den E ausgeschlossen hat, weil dieser die Auswahlkriterien „bekannt und bewährt“ nicht erfüllt. Dies wäre der Fall, wenn S den gesetzlichen Zielvorstellungen, insbesondere den aus den Grundrechten abzuleitenden Wertprinzipien, mit ihrer Entscheidung nicht gerecht geworden ist.<sup>8</sup>

Für das dem Veranstalter nach § 70 Abs. 3 GewO eingeräumte Ermessen gilt, dass dieses nach dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung insoweit begrenzt ist, als der Ausschluss eines Bewerbers wegen Platzmangels nur bei Vorliegen eines sachlich gerechtfertigten Grundes erlaubt ist. Mithin müsste der hier zugrunde gelegte Verteilungsmaßstab „bekannt und bewährt“ sachlich gerechtfertigt sein (§ 70 Abs. 3 GewO). Dies bemisst sich grundsätzlich nach dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG unter Berücksichtigung des Lebenssachverhalts, in dessen Rahmen das Ermessen ausgeübt wird.<sup>9</sup> Das durch § 70 Abs. 3 GewO eingeräumte Ermessen ist nach seinem Normzweck in Zusammenschau mit § 70 Abs. 1 GewO zu bewerten, der den Grundsatz der Marktfreiheit statuiert. Danach bildet Abs. 3 lediglich die Modifikation für die Fälle der Kapazitätsauslastung. Nach der Ratio der Vorschrift muss somit die in Abs. 1 angelegte grundsätzliche wettbewerbliche Chancengleichheit aller Bewerber auch mit Blick auf die Ausgestaltung und Anwendung der Verteilungskriterien dergestalt

<sup>7</sup> An der Verfassungsmäßigkeit bestehen unter diesem Gesichtspunkt somit keine Bedenken, vgl. etwa VGH München, NVwZ-RR 1991, S. 550. Auf eine breitere Erörterung dieser Frage ist daher hier zu verzichten.

<sup>8</sup> Zum Maßstab der Ermessensausübung etwa Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 7 Rn. 7 ff.; Ziekow, VwVfG, Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 40 Rn. 25 ff.

<sup>9</sup> Etwa BVerwG, NVwZ 1984, S. 585 f.

Berücksichtigung finden, als jedem Bewerber zumindest eine reale Zulassungschance eingeräumt sein muss.

Hier liegt es so, dass sich die beiden Schaustellerbetriebe M und G auf der einen Seite und der des E auf der anderen Seite bei der Vergabe der Stellplätze gegenüber stehen. Während M und G seit Jahren und ohne Unterbrechung aufgrund des Auswahlkriteriums „bekannt und bewährt“ zugelassen worden sind, ist E als Neubewerber stets chancenlos geblieben. Mit dem Grundsatz „bekannt und bewährt“ stellt die S ihre Entscheidung in 2015 abermals auf Kriterien, die E auf absehbare Zeit von einer Teilnahme an dem Frühjahrsmarkt ausschließen. Damit verfestigt sich mit jeder weiteren Entscheidung der Stadt das Kriterium „bekannt und bewährt“ zu einem allein M und G begünstigenden dauerhaften Bestandsschutz. Ein Auswahlsystem, welches indes Neubewerbern oder Wiederholungsbewerbern auf mittlere bis lange Sicht jegliche Chance auf eine Zulassung verwehrt, ist als ermessensmissbräuchlich zu werten.

Infolgedessen hat E einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Neubescheidung durch S, in deren Rahmen ihm möglicherweise ein Zugang zum Frühjahrsmarkt zugesprochen werden könnte. Diesen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung kann E auch als Regelungsanspruch im Rahmen seines Eilantrages nach § 123 Abs. 1 VwGO geltend machen.

Ein Anordnungsanspruch des E besteht somit.

## II. Anordnungsgrund

Überdies müsste E auch einen Anordnungsgrund glaubhaft machen. Im Rahmen des § 123 Abs. 1 VwGO ist dies gegeben, wenn die gerichtliche Entscheidung zur Abwehr wesentlicher Nachteile, drohender Gefahr oder aus anderen Gründen nötig erscheint (vgl. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO). Angesichts des unmittelbar bevorstehenden nächsten Frühjahrsmarktes in 2015 bleibt dem E keine andere Möglichkeit, die ermessensfehlerfreie Neubescheidung seines Antrags auf Zulassung zum Volksfest durchzusetzen als mit der verfolgten Regelungsanordnung. E kann somit auch einen Anordnungsgrund geltend machen.

## III. Keine Vorwegnahme der Hauptsache und keine überschießende einstweilige Anordnung

Für die vom Gericht zu erlassende einstweilige Anordnung gilt, dass mit ihr zum einen die Hauptsache nicht vorweggenommen werden darf und zum anderen dem Antragsteller grundsätzlich nicht mehr zugesprochen werden darf, als er mit dem Hauptsacherechtsbehelf erreichen kann.<sup>10</sup> Daher darf das Gericht dem Anspruch des E auf Neubescheidung nur dergestalt entsprechen, als es die S verpflichtet, den E vorläufig zum Frühjahrsmarkt zuzulassen.<sup>11</sup> E könnte dies im Wege einstweiligen Rechtsschutzes nach § 123 Abs. 1 VwGO daher durchzusetzen versuchen.

## IV. Ergebnis zu B.

Der Antrag des E ist begründet.

## C) Gesamtergebnis

Der Antrag des E an das Verwaltungsgericht ist zulässig und begründet. Er hat somit Aussicht auf Erfolg.

## ► Inhaltsverzeichnis

<sup>10</sup> Vgl. *Detterbeck*, aaO, Rn. 1535 f.; *Sodan/Ziekow*, aaO, § 107 Rn. 9.

<sup>11</sup> Vgl. *Detterbeck*, aaO, Rn. 1535 f.



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

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Kapitalerhöhungen

Urteil vom 03. November 2015, Az. II ZR 13/14

a) Dem Inferenten steht ohne Vereinbarung einer Befristung oder Bedingung ein Lösungsrecht von dem Übernahmevertrag nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu, wenn der angemessene Zeitraum für eine Bindung des Übernehmers überschritten wird oder es aus anderen Gründen nicht zur Kapitalerhöhung kommt. Rechtsfolge ist ein Rücktrittsrecht des Übernehmers nach § 313 Abs. 3 Satz 1 BGB.

b) Eine stille Beteiligung kann als Sacheinlage in eine GmbH eingebracht werden. Sie erlischt durch die Übertragung auf die GmbH. Nach einem Rücktritt kann der Übernehmer verlangen, dass die infolge der Übertragung erloschene stille Beteiligung neu begründet wird.

c) Die Gesellschaft trifft eine (Treue-)Pflicht, für eine zügige und ordnungsgemäße Durchführung der Kapitalerhöhung zu sorgen, jedenfalls dann, wenn sie sich im Übernahmevertrag unter Mitwirkung aller Gesellschafter und Geschäftsführer ausdrücklich zur Durchführung der Kapitalerhöhung verpflichtet.

(amtliche Leitsätze)

#### A) Sachverhalt (leicht abgewandelt)

An der K-GmbH waren die Gesellschafter K, D und B mit einem Anteil von je EUR 25.000 am Stammkapital von EUR 75.000 beteiligt und nach einem Vertrag über die Errichtung einer stillen Gesellschaft mit Kapitaleinlagen von je EUR 125.000 zudem stille Gesellschafter sowie Geschäftsführer. Weitere Mitarbeiter der K-GmbH, darunter H, wurden mit Vertrag vom 10. März 2008 mit Kapitaleinlagen von je EUR 50.000 stille Gesellschafter. Über grundlegende Fragen, die die Leitung und Struktur oder den Fortbestand der K-GmbH betrafen, hatte die Versammlung der stillen Gesellschafter zu entscheiden. Die stillen Gesellschafter waren mit 3 % am Jahresgewinn der K-GmbH beteiligt. Der Beteiligungsvertrag vom 10. März 2008 sah in § 12 Abs. 1 Satz 1 vor, dass die stille Beteiligung mit Zustimmung der K-GmbH veräußert werden konnte.

Am 28. November 2008 beschloss die Gesellschafterversammlung der K-GmbH in einer notariell beurkundeten Vereinbarung mit den stillen Gesellschaftern eine Erhöhung des Stammkapitals auf EUR 175.000 durch Sacheinlagen. Zur Übernahme einer neuen Stammeinlage wurden alle stillen Gesellschafter der K-GmbH in Höhe von je EUR 12.500 zugelassen. Als Sacheinlage sollte jeweils der Geschäftsanteil an der mit dem Vertrag vom 10. März 2008 gegründeten stillen Gesellschaft übertragen werden.

Abschnitt I Ziffer 5 der Vereinbarung lautet u.a.:

"In der Folge dieser Übertragung des mitunternehmerischen Anteils entfällt durch die Vereinigung der Geschäftsanteile in der Hand der GmbH die jeweilige stille Beteiligung ersatzlos zugunsten der K-GmbH, so dass im Ergebnis der Wegfall dieser Beteiligung als Sacheinlage geschuldet ist."

Abschnitt II Ziffer 10 lautet:

"Die K-GmbH verpflichtet sich gegenüber den Erschienenen zu 1) bis 4) und den Herren G, H, M und R [stille Gesellschafter] die zu Abschnitt I. Ziffer 1. beschlossene Kapitalerhöhung durchzuführen."

In Abschnitt III heißt es:

"1. Die Erschienenen zu 1) bis 4) sowie die Herren G, H, M und R treten hiermit rückwirkend zum 1. April 2008 ihre Stellung als atypisch stille Beteiligte und damit ihre Miteigentümeranteile an der K-GmbH für die künftige Gewährung der neuen Geschäftsanteile gemäß Abschnitt I schon jetzt mit sofortiger Wirkung an die K-GmbH ab.

5. Hiermit sind die stillen Gesellschaftsverträge der Erschienenen zu 1) bis 4), der Herren G, H, M und R mit der K-GmbH beendet.

6. Dieser Vertrag (Urkundenteil III) ist - unabhängig vom Wirksamwerden der übrigen Urkundenteile - mit der Unterzeichnung dieser Urkunde wirksam."

H und die anderen ehemaligen stillen Gesellschafter wurden in der Folge zu Gesellschafterversammlungen der K-GmbH eingeladen und nahmen an den Abstimmungen teil, ohne dass die Kapitalerhöhung eingetragen war. Im Verlauf des Jahres 2009 kam es zu Meinungsverschiedenheiten. Am 21. Dezember 2009 kündigte die K-GmbH das mit H bestehende Arbeitsverhältnis als "Direktor" fristlos. Am 7. April 2010 trat R von der Kapitalerhöhung zurück. In der Folge betrieben die Geschäftsführer der K-GmbH die Eintragung der Kapitalerhöhung nicht mehr weiter, da sie planten, den Geschäftsbetrieb der K-GmbH auf die neu gegründete R-GmbH zu übertragen. Ab dem 1. Juni 2010 wurde der Geschäftsbetrieb der K-GmbH in die R-GmbH integriert. Der Veräußerungserlös wurde direkt an die Gesellschafter der K-GmbH bezahlt. Die K-GmbH stellte ihre operative Tätigkeit ein.

H erklärt daraufhin am 12. November 2013 den Rücktritt von der notariellen Vereinbarung vom 28. November 2008.

**Welche Ansprüche hat H gegen die K-GmbH?**

## B) Ansprüche des H gegen die K-GmbH

### I. Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB

H könnte gegen die K-GmbH einen Anspruch auf Rückgabe der erbrachten Leistungen oder Wertersatz gemäß § 346 Abs. 1 BGB haben, wenn H wirksam von der Übernahmevereinbarung vom 28. November 2008 zurückgetreten ist.

Dies setzt ein vertragliches oder gesetzliches Rücktrittsrecht des H voraus.

Da ein vertragliches Rücktrittsrecht des H aus der Übernahmevereinbarung nicht ersichtlich ist, müsste H ein gesetzliches Rücktrittsrecht zustehen.

#### 1. Rücktrittsrecht gemäß § 323 Abs. 1 BGB

Indem die K-GmbH ihre Verpflichtung zur Durchführung der Kapitalerhöhung gemäß Abschnitt II Ziffer 10 der Übernahmevereinbarung nicht erfüllte, könnte H gemäß § 323 Abs. 1 BGB zum Rücktritt berechtigt gewesen sein.

Ein Rücktrittsrecht gemäß § 323 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nach Ablauf einer angemessenen Nachfrist nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt.

#### a) Übernahmevereinbarung als gegenseitiger Vertrag

Bei der Übernahmevereinbarung müsste es sich folglich um einen gegenseitigen Vertrag handeln.

Gegenstand der Übernahmevereinbarung war die Erhöhung des Stammkapitals der K-GmbH von EUR 75.000 um EUR 100.000 auf EUR 175.000 gegen Einbringung der stillen Beteiligung eines jeden stillen Gesellschafters. Für die Einbringung der jeweiligen stillen Beteiligung sollte jeder stille Gesellschafter an der K-GmbH mit einem Geschäftsanteil von EUR 12.500 beteiligt werden (8 x EUR 12.500 = EUR 100.000).

Gegen Einbringung seiner stillen Beteiligung sollte H Gesellschafter der K-GmbH mit einem Geschäftsanteil in Höhe von EUR 12.500 werden.

Mit einer Kapitalerhöhung wird der Gesellschaft grundsätzlich weiteres Kapital zugeführt, welches den gesetzlichen Bindungen des Stammkapitals unterliegt (§§ 30, 31 GmbHG).

Eine Kapitalerhöhung kann im Wege der Barkapitalerhöhung, der Sachkapitalerhöhung (ordentliche oder effektive Kapitalerhöhung) oder der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (nominelle Kapitalerhöhung ohne Zuführung frischen Kapitals) durchgeführt werden, wobei auch Kombinationen zwischen Bar- und Sachkapitalerhöhungen möglich sind (vgl. *Lieder*, in: MünchKomm. GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 55, Rn. 5 ff.).

Ordentliche Kapitalerhöhungen werden häufig durchgeführt, um wie hier weitere Personen an einer GmbH als Gesellschafter zu beteiligen, der GmbH Investitionen und dadurch eine Erweiterung ihres Geschäftsbetriebs zu ermöglichen oder sanierungsbedürftigen Gesellschaften frisches Kapital zur Vermeidung einer Insolvenz zuzuführen (vgl. *Lieder*, in: MünchKomm. GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 55, Rn. 5 ff.).

Bei einer Barkapitalerhöhung erhält die Gesellschaft einen bestimmten Geldbetrag. Mit einer Sachkapitalerhöhung wird der GmbH dagegen ein Vermögensgegenstand zugewendet. Einlagefähig ist wie bei der Sachgründung jeder übertragbare Vermögensgegenstand, dessen Wert feststellbar ist. Hierzu zählen auch schuldrechtliche Ansprüche des Inferenten, wie Darlehensforderungen gegen die Gesellschaft (sog. Debt-Equity-Swap), und gesellschaftsrechtliche Beteiligungen (vgl. *Ziemons*, in: *Ziemons/Jäger*, BeckOK GmbHG, 25. Ed., § 56, Rn. 9; § 5, Rn. 177 ff.).

Eine Kapitalerhöhung ist Satzungsänderung und setzt gemäß § 53 Abs. 1, 2 GmbHG einen notariell beurkundeten Beschluss der Gesellschafterversammlung mit einer Mehrheit von drei Vierteln voraus. In dem Beschluss ist zu bestimmen, um welchen Betrag das Stammkapital erhöht wird, welche neuen Geschäftsanteile geschaffen werden und wer zur Übernahme der neuen Geschäftsanteile zugelassen wird. Soweit in den Vorschriften gemäß §§ 55 ff. GmbHG keine Sonderregelungen getroffen sind, können für die Kapitalerhöhung die Gründungsvorschriften jedenfalls im Einzelfall entsprechend anwendbar sein (vgl. *Lieder*, in: MünchKomm. GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 55, Rn. 12).

Neben dem Erhöhungsbeschluss schließen der Übernehmer des neuen Geschäftsanteils (Inferent) und die Gesellschaft einen Übernahmevertrag gemäß § 55 GmbHG. Der Übernahmevertrag regelt, die Pflicht des Inferenten die Einlage zu erbringen und dass er nach Durchführung der Kapitalerhöhung Gesellschafter der GmbH wird (vgl. *Zöllner/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 55, Rn. 31).

Nachdem der Inferent die Einlage erbracht hat, erfolgt die Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister gemäß § 57 GmbHG. Nachdem das Handelsregister die formalen Voraussetzungen der Kapitalerhöhung geprüft hat (§§ 57a, 9c GmbHG, erfolgt die Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister.

Die Kapitalerhöhung wird als Satzungsänderung gemäß § 54 Abs. 3 GmbHG erst mit Eintragung in das Handelsregister wirksam und der Inferent dadurch Gesellschafter (vgl. *Ziemons*, in: *Ziemons/Jäger*, BeckOK GmbHG, 25. Ed., § 57, Rn. 55).

Da sich der Inferent in einem Übernahmevertrag zur Erbringung der Einlage verpflichtet, weil er dafür Mitgliedschaftsrechte an der GmbH in Form des übernommenen Geschäftsanteils erhält, können Einlage und Beteiligung bei wirtschaftlicher Betrachtung als Leistung und Gegenleistung zu verstehen sein. Bei diesem Verständnis könnte es sich bei einem Übernahmevertrag um einen gegenseitigen Vertrag handeln.

Anders hingegen der BGH:

„[13] [...] Ein Übernahmevertrag verpflichtet in erster Linie den durch Gesellschafterbeschluss gemäß § 55 Abs. 2 GmbHG zugelassenen Übernehmer zur Erbringung der vorgesehenen Einlage. Es handelt sich nicht um einen Austauschvertrag, sondern um einen Vertrag mit körperschaftlichem Charakter, weil das von dem Übernehmer erstrebte Mitgliedschaftsrecht nicht von der Gesellschaft "geliefert" wird, sondern auf der Grundlage des (satzungsändernden) Kapitalerhöhungsbeschlusses und des Übernahmevertrages kraft Gesetzes mit der Eintragung im Handels-

register entsteht (vgl. § 54 Abs. 3, § 57 GmbHG). Bis dahin steht nicht nur der Erwerb der Mitgliedschaft, sondern auch der Übernahmevertrag unter dem Vorbehalt des Wirksamwerdens der Kapitalerhöhung durch die Eintragung (BGH, Urteil vom 11. Januar 1999 - II ZR 170/98, BGHZ 140, 258, 260). Der Übernehmer hat vor der Eintragung keine mitgliedschaftlichen Rechte und auch keinen Anspruch darauf, bei einer Verzögerung oder Vereitelung der Kapitalerhöhung so gestellt zu werden, als sei er Gesellschafter.“

Somit handelt es sich bei der Übernahmevereinbarung vom 28. November 2008 nicht um einen gegenseitigen Vertrag.

## b) Zwischenergebnis

H steht somit kein Rücktrittsrecht gemäß § 323 Abs. 1 BGB zu.

### 2. Rücktrittsrecht gemäß § 313 Abs. 3 BGB

H könnte ferner ein Rücktrittsrecht gemäß § 313 Abs. 3 BGB zustehen.

Gemäß §§ 313 Abs. 1, 3 BGB wäre H berechtigt, von der Übernahmevereinbarung zurückzutreten, wenn Umstände die Geschäftsgrundlage des Übernahmevertrags geworden sind, sich so schwerwiegend verändert haben, dass der Übernahmevertrag nicht abgeschlossen worden wäre, wenn die Parteien diese Veränderung vorausgesehen hätten. H dürfte dabei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, auch ein Festhalten an einem angepassten Vertrag nicht zumutbar oder eine Anpassung des Vertrags nicht möglich sein.

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Vorschriften über den Wegfall der Geschäftsgrundlage auf einen Übernahmevertrag überhaupt anwendbar sind.

Die Vorschrift des § 313 BGB ist jedenfalls auf sämtliche Arten von schuldrechtlichen Verträgen anwendbar.

Da es sich bei einem Übernahmevertrag nach Ansicht des BGH um einen Vertrag mit körperschaftlichem Charakter handelt, ist zweifelhaft, ob § 313 BGB hier anwendbar ist.

Dies bejaht der BGH mit folgender Begründung:

„[16] [...] Dem Inferenten steht ohne Vereinbarung einer Befristung oder Bedingung (vgl. dazu BGH, Urteil vom 11. Januar 1999 - II ZR 170/98, BGHZ 140, 258, 261) ein Lösungsrecht von dem Übernahmevertrag nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu, wenn der angemessene Zeitraum für eine Bindung des Übernehmers überschritten wird oder es aus anderen Gründen nicht zur Kapitalerhöhung kommt (Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl., § 55 Rn. 98; Fastrich/Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 55 Rn. 37; Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., § 55 Rn. 38; Münch-KommGmbHG/Lieder, § 55 Rn. 133; im Ergebnis auch Ulmer/Ulmer, GmbHG, § 55 Rn. 73 f.). Die Verpflichtung des Übernehmers zur Einlageleistung entsteht mit Abschluss des Übernahmevertrages und nicht erst mit Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses (BGH, Urteil vom 11. Januar 1999 - II ZR 170/98, BGHZ 140, 258, 261). Zwar wird die Kapitalerhöhung, die das neue Mitgliedschaftsrecht schafft, erst nach Eintragung wirksam (BGH, Urteil vom 11. Januar 1999 - II ZR 170/98, BGHZ

140, 258, 260). Die Verpflichtung des Übernehmers zur Einlageleistung muss aber schon davor wirksam werden, weil die Einlageleistung erst die Voraussetzung für die Eintragung schafft (vgl. KG, GmbHR 1984, 124). Eine Sacheinlage muss vor Eintragung bewirkt sein (§ 57 Abs. 2 Satz 1 GmbHG). Da die Verpflichtung zur Einlageleistung schuldrechtliche Elemente enthält, bestehen insoweit gegen die Anwendung schuldrechtlicher Vorschriften keine Bedenken, soweit die körperschaftsrechtlichen Besonderheiten berücksichtigt werden. Scheitert die Kapitalerhöhung oder verstreicht die angemessene Bindungsfrist, haben sich die bei Abschluss des Übernahmevertrags für die Einlageleistung zugrunde gelegten Umstände geändert, so dass insoweit die Vorschriften über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zur Anwendung gelangen. Rechtsfolge ist ein Rücktrittsrecht des Übernehmers, § 313 Abs. 3 Satz 1 BGB, das an die Stelle der früher von der Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 1989 - VIII ZR 105/88, BGHZ 109, 139, 144) entwickelten Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht getreten ist (Staudinger/Kaiser, Bearbeitung 2012, § 346 BGB Rn. 21).“

Wie lange der angemessene Zeitraum ist, den der Inferent abwarten muss, bis er nicht mehr an den Übernahmevertrag gebunden ist, lässt der BGH offen. Da die Kapitalerhöhung im vorliegenden Fall jedoch nach fast fünf Jahren immer noch nicht im Handelsregister eingetragen war, ist jedenfalls im vorliegenden Fall eine angemessene Bindefrist verstrichen.

H konnte von der Übernahmevereinbarung somit wirksam gemäß § 313 Abs. 1, 3 BGB zurücktreten.

### 3. Rücktrittsfolgen

Nach einem wirksamen Rücktritt wandelt sich das Schuldverhältnis gemäß § 346 Abs. 1 BGB in ein Rückgewährschuldverhältnis um, unter dem die jeweils empfangenen Leistungen zurückzugewähren sind.

Nach der Übernahmevereinbarung hat H seine stille Beteiligung im Wege der Sacheinlage in die K-GmbH eingebracht. Diese stille Beteiligung wäre dem H daher gemäß § 346 Abs. 1 BGB zurückzuübertragen.

Bei einer stillen Gesellschaft handelt es sich gemäß § 230 HGB um eine bloße Innengesellschaft (vgl. Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 230, Rn. 2). Eine auch dem Rechtsverkehr beispielsweise aus dem Handelsregister erkennbare gesellschaftsrechtliche Beteiligung, wie ein GmbH-Anteil, ist mit der stillen Beteiligung nicht verbunden. Daher ist zweifelhaft, ob eine stille Beteiligung überhaupt Gegenstand einer Sacheinlage sein kann und folglich wieder zurückgewährt werden kann.

Dies ist nach dem BGH der Fall:

„[17] [...] Die geleistete Einlage, die [H] nach § 346 Abs. 1 BGB zurückfordern kann, ist die stille Beteiligung. In § 12 Abs. 1 Satz 1 des Vertrags über die Errichtung einer stillen Gesellschaft vom 10. März 2008 ist vereinbart worden, dass die stille Beteiligung, nach Abs. 4 mit Zustimmung der Inhaberin, veräußert werden kann. Daher konnte die stille Beteiligung mit ihrer Zustimmung auf die Beklagte übertragen werden und war sie tauglicher Gegenstand einer Sacheinlage.“

Die Übernahmevereinbarung vom 28. November 2008 sieht vor, dass die stille Beteiligung infolge der Einbringung wegfällt und die Verträge über die stille Beteiligung beendet werden.

Dies spricht dafür, dass die stille Beteiligung des H bereits vor Einbringung aufgelöst wurde. Ungeachtet der Wertung des BGH, dass eine stille Beteiligung grundsätzlich Gegenstand einer Sacheinlage sein kann, widerspricht dies vorliegend der Einbringungsfähigkeit der stillen Beteiligung des H.

Dies sieht der BGH anders:

„Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die stille Gesellschaft durch den notariellen Vertrag vom 28. November 2008 nicht aufgelöst und aus diesem Grund nur ein infolge der Auflösung entstandener Auseinandersetzungsanspruch eingebracht worden. Vielmehr heißt es in der Vereinbarung, dass die Stellung als stiller Beteiligter und die Miteigentümeranteile an die Beklagte abgetreten, die stillen Gesellschaftsverträge mit der Beklagten beendet werden (Abschnitt III.1. und 5.) und in der Folge dieser Übertragung des mitunternehmerischen Anteils durch die Vereinigung der Gesellschaftsanteile in der Hand der GmbH die jeweilige stille Beteiligung ersatzlos zugunsten der GmbH entfällt, so dass im Ergebnis der Wegfall dieser Beteiligung als Sacheinlage geschuldet ist (Abschnitt I. 5.). Eine Auflösung der stillen Gesellschaft ist nicht vereinbart, vielmehr die liquidationslose Beendigung durch Übertragung der stillen Beteiligung auf die Inhaberin des Unternehmens mit der vereinbarten Folge ihres Wegfalls. Entsprechend wurden auch an die Beklagte keine Auseinandersetzungsansprüche abgetreten.“

[18] Eine stille Beteiligung kann als Sacheinlage in eine GmbH eingebracht werden. Sie kann trotz des Umstands, dass das vom stillen Gesellschafter einzubringende Kapital nicht Gesellschaftsvermögen wird, nicht nur vermögensrechtliche Ansprüche, sondern ein Mitgliedschaftsrecht begründen (BGH, Urteil vom 24. Februar 1969 - II ZR 123/67, BGHZ 51, 350, 353; Urteil vom 29. November 2011 - II ZR 306/09, BGHZ 191, 354 Rn. 19, 26; Roth in Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl., § 230 Rn. 21). Sie ist dann als eigenständiges Wirtschaftsgut anzusehen und kann mit allen Rechten und Pflichten auf Dritte übertragen und zum Gegenstand einer Sacheinlage gemacht werden (Münch Komm-HGB/K. Schmidt, 3. Aufl., § 230 Rn. 175; ebenso wohl Staub/Harbarth, HGB, 5. Aufl., § 230 Rn. 244 und § 234 Rn. 74), jedenfalls wenn wie hier eine atypische stille Gesellschaft begründet worden ist.

[19] Der Rückgewähranspruch des [H] gegen die [K-GmbH] ist nach § 346 Abs. 1 BGB primär auf die Rückgabe der geleisteten Sacheinlage gerichtet. Die stille Beteiligung ist zwar durch die Übertragung auf die [K-GmbH] erloschen. Das Erlöschen führt aber noch nicht zur Unmöglichkeit der Rückübertragung, solange die [K-GmbH] die stille Gesellschaft neu begründen kann (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 2008 - VIII ZR 334/06, BGHZ 175, 286 Rn. 21 f. zur Neubegründung von Forderungen).“

Die K-GmbH wäre somit verpflichtet, die stille Beteiligung in der Form wieder neu zu begründen, wie sie vor der Einbringung bestand. Insoweit ist jedoch zu beachten, dass der Geschäftsbetrieb der K-GmbH auf die R-GmbH übertragen wurde

und die K-GmbH ihren operativen Geschäftsbetrieb mittlerweile eingestellt hat.

Daher stellt sich die Frage, ob die K-GmbH statt der Neubegründung der stillen Beteiligung gemäß § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 3 BGB Wertersatz schuldet.

Dies lehnt der BGH jedoch ab:

„[24] Ein Wertersatzanspruch kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn es dem Rückgewährschuldner unmöglich ist, den empfangenen Gegenstand in seiner ursprünglichen Form zurückzugeben. Die Rückgewähr in Natur ist gegenüber der Verpflichtung, Wertersatz zu leisten, vorrangig. § 346 Absatz 2 Satz 1 Nr. 2 BGB ist daher um das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Unmöglichkeit zu ergänzen (BGH, Urteil vom 10. Oktober 2008 - V ZR 131/07 BGHZ 178, 182 Rn. 17 f., 27).“

[25] [...] Ob die Wiederbegründung der stillen Beteiligung unmöglich geworden ist oder ob, weil die Gegenleistung für die Übertragung des Geschäftsbetriebs auf die R-GmbH nicht die [K-GmbH], sondern die Gesellschafter erhalten haben, nur noch eine "verschlechterte" stille Beteiligung neu begründet werden kann, kann offenbleiben. Ein Wertersatzanspruch wegen Unmöglichkeit der Neubegründung der stillen Beteiligung oder ihrer Verschlechterung (§ 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB) kann nur nach dem Wert berechnet werden, den die stille Beteiligung im Zeitpunkt der Übertragung auf die Beklagte hatte. Die stille Beteiligung ist mit der Übertragung erloschen. Der rückttrittsberechtigten [H] hat einen Anspruch allenfalls darauf, dass ihm auch dem Werte nach wieder das zurückgegeben wird, was er hergegeben hat. [...]“

Die K-GmbH ist somit verpflichtet, die stille Beteiligung des H in der Form wieder einzuräumen, wie sie vor der Übernahmevereinbarung vom 28. November 2008 bestand.

Da die K-GmbH nach der Einbringung noch zwei Jahre operativ tätig war, ist fraglich, ob dem H für diesen Zeitraum auch ein Gewinnbeteiligungsrecht aus der wiedereinzuräumenden stillen Beteiligung zusteht.

Bei dem Recht des H auf Gewinnbeteiligung könnte es sich gemäß §§ 346 Abs. 1, 347 Abs. 1 BGB um gezogene Nutzungen oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen handeln.

Gemäß § 231 HGB ist ein stiller Gesellschafter am Gewinn der Gesellschaft beteiligt. Das Gewinnbeteiligungsrecht wird in aller Regel vertraglich näher ausgestaltet und kann auch abbedungen werden (vgl. Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 230, Rn. 1 f.). Nach dem Beteiligungsvertrag vom 10. März 2008 hatte H einen Anspruch auf 3 % des Jahresgewinns der K-GmbH.

Sofern die K-GmbH nach Einbringung der stillen Beteiligung des H einen Gewinn erzielt hätte, wäre H hieran zu beteiligen gewesen.

Da die K-GmbH ferner ihren Geschäftsbetrieb an die R-GmbH veräußerte, stellt sich die Frage, ob H auch an dem aus dieser Veräußerung fließenden Gewinn zu beteiligen gewesen wäre, so dass ihm auch insoweit ein Anspruch auf Nutzungersatz gemäß §§ 346 Abs. 1, 347 Abs. 1 BGB zusteht.

Hierzu führt der BGH aus:

„[26] [...] Im Fall der Rückübertragung einer stillen Beteiligung [ist] auch der auf die stille Beteiligung bis dahin entfallene Gewinn herauszugeben. Bei einem Rücktritt kann der Berechtigte nach § 346 Abs. 1 BGB gezogene Nutzungen oder Wertersatz für schuldhaft nicht gezogene Nutzungen (§ 347 Abs. 1 BGB) verlangen. Zu den Nutzungen zählt nach §§ 100, 99 Abs. 2 BGB der Gewinn (für GmbH BGH, Urteil vom 30. Januar 1995 - II ZR 45/94, ZIP 1995, 374, 376). Daraus ergibt sich hier aber noch kein Anspruch auf Herausgabe des anteilig auf den stillen Geschäftsanteil entfallenden Gewinnanteils aus dem Erlös aus der Veräußerung an die R-GmbH. Ein Anspruch auf gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen scheidet hier aus, weil infolge des Wegfalls der stillen Beteiligung infolge der Abtretung bei der [K-GmbH] kein Fruchtziehungsrecht bestand (vgl. zu eigenen Anteilen bei der GmbH BGH, Urteil vom 30. Januar 1995 - II ZR 45/94, ZIP 1995, 374, 376), so dass die [K-GmbH] keine Nutzungen auf den stillen Gesellschaftsanteil erzielte oder schuldhaft nicht erzielte.“

H hat somit keinen Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung aufgrund gezogener oder schuldhaft nicht gezogener Nutzungen gemäß §§ 346 Abs. 1, 347 Abs. 1 BGB.

#### 4. Ergebnis

H kann von der K-GmbH somit die Widereinräumung seiner stillen Beteiligung an der K-GmbH verlangen, wie sie vor dem 28. November 2008 bestand.

### II. Anspruch aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. der Übernahmevereinbarung vom 28. November 2008

Ferner kommt ein Schadensersatzanspruch des H gegen die K-GmbH aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB in Betracht, indem die K-GmbH ihre Verpflichtung aus Abschnitt II Ziffer 10 der Übernahmevereinbarung, die Kapitalerhöhung durchzuführen schuldhaft verletzt hat.

#### 1. Pflichtverletzung

H müsste somit ein Anspruch auf Durchführung der Kapitalerhöhung gegen die K-GmbH zustehen, den die K-GmbH verletzt hat.

Gegen einen solchen Anspruch des H spricht zunächst, dass es sich bei einem Übernahmevertrag nicht um einen gegenseitigen Vertrag handelt.

Dies steht einem Anspruch des H aber nicht entgegen, weil auch unvollkommen zweiseitige Verträge (z.B. die Leihe) Ansprüche der Parteien gegeneinander begründen.

Hierzu der BGH:

„[29] Aus dem Übernahmevertrag zwischen dem [H] und der [K-GmbH] folgt eine Pflicht der Gesellschaft, die Eintragung der Kapitalerhöhung zu fördern, deren Verletzung zu Schadensersatzansprüchen führt, § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Senat hat bisher offen gelassen, ob eine (Treue-)Pflicht der Gesellschaft besteht, für eine zügige und ordnungsgemäße Durchführung der Kapitalerhöhung zu sorgen (BGH, Urteil vom 11. Januar 1999 - II ZR 170/98, BGHZ 140, 258, 260 und 262). Im Schrifttum wird eine solche Pflicht, begrenzt jedenfalls auf den Ersatz des negativen

Interesses, bejaht (Zöllner/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 55 Rn. 38; MünchKomm GmbHG/Lieder, § 55 Rn. 62; Scholz/Priester, GmbHG, 10. Aufl., § 55 Rn. 100; Ulmer/Ulmer, GmbHG, § 55 Rn. 80; aA wohl Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., § 55 Rn. 39).

[30] Jedenfalls im vorliegenden Fall besteht eine solche Verpflichtung. Zwar sind die Gesellschafter regelmäßig frei, einen im Zuge der Übernahme bereits gefassten Kapitalerhöhungsbeschluss aufzuheben, so dass kein Erfüllungsanspruch des Übernehmers gegen die Gesellschaft auf Durchführung der Kapitalerhöhung besteht (BGH, Urteil vom 11. Januar 1999 - II ZR 170/98, BGHZ 140, 258, 260). Das schließt es aber nicht aus, dass die Gesellschaft, solange die Gesellschafter einen bereits gefassten Kapitalerhöhungsbeschluss nicht aufheben, aus dem Übernahmevertrag verpflichtet ist, für die Durchführung des Erhöhungsbeschlusses zu sorgen. Erst recht trifft sie eine solche Pflicht, wenn sie sich wie hier ausdrücklich zur Durchführung der Kapitalerhöhung verpflichtet. Im Übernahmevertrag ist unter II. 10. unter Mitwirkung aller Gesellschafter und Geschäftsführer der [K-GmbH] ausdrücklich vereinbart, dass die [K-GmbH] sich gegenüber den Übernehmern verpflichtet, die Kapitalerhöhung durchzuführen.“

Diese Pflicht hat die K-GmbH verletzt.

#### 2. Verschulden

Die K-GmbH müsste ihre Pflicht ferner schuldhaft verletzt haben.

Da sich gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB der Schuldner entlasten muss, ist von einem Verschulden der K-GmbH auszugehen.

#### 3. Schaden

Im Hinblick auf den dem H zu ersetzenden Schaden führt der BGH folgendes aus:

„[31] [...] [H] hat einen Schadensersatzanspruch in Höhe desjenigen Gewinnanteils, der nach der Veräußerung des Unternehmens der [K-GmbH] an die R-GmbH auf ihn als stillen Gesellschafter entfallen wäre, wenn die stille Gesellschaft fortbestanden hätte.

[32] [H] kann als Ersatz des negativen Interesses verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn er nicht auf die Gültigkeit des Vertrages zur Übernahme der Kapitalerhöhung vertraut hätte und diesen Vertrag nicht abgeschlossen hätte. Bis zur Eintragung steht nicht nur der Erwerb der Mitgliedschaft, sondern auch der Übernahmevertrag unter dem Vorbehalt des Wirksamwerdens der Kapitalerhöhung durch die Eintragung (BGH, Urteil vom 11. Januar 1999 - II ZR 170/98, BGHZ 140, 258, 260). Da infolge der [...] Pflichtverletzung der [K-GmbH] der Übernahmevertrag insoweit nicht wirksam wurde, kann [H], auch soweit er wegen der Möglichkeit der Gesellschafter, den Kapitalerhöhungsbeschluss aufzuheben, keinen Erfüllungsanspruch hat (vgl. BGH, Urteil vom 11. Januar 1999 - II ZR 170/98, BGHZ 140, 258, 260), verlangen so gestellt zu werden, wie wenn er die im Übernahmevertrag übernommene Einlageverpflichtung nicht eingegangen wäre und nicht erbracht hätte. Der Inferent leistet die Einlage im Vertrauen darauf, dass Übernahmevertrag und Kapitalerhöhung durch Eintragung wirksam werden. Dass solche "Aufwendungen" zeitlich vor der Pflichtverletzung erbracht worden sind, schließt den

Haftungszusammenhang und damit die Ersatzverpflichtung nicht aus.

[33] Wenn [H] nicht, wie im Übernahmevertrag vereinbart, die stille Beteiligung auf die [K-GmbH] übertragen hätte, hätte sie weiter bestanden und wäre [H] an einem Erlös der [K-GmbH] aus der Veräußerung ihres Geschäftsbetriebs an die R-GmbH als stiller Gesellschafter zu beteiligen gewesen. Dass insoweit die [...] Pflichtverletzung der [K-GmbH] für den Verlust dieser Gewinnbeteiligung ursächlich war, zeigt sich schon daran, dass die [K-GmbH], sobald die Kapitalerhöhung gescheitert war, weil sie pflichtwidrig nicht mehr für ihre Durchführung sorgen wollte, zur Neubegründung der stillen Beteiligung verpflichtet gewesen wäre, so dass [H] am Erlös der Veräußerung des Geschäftsbetriebs an die R-GmbH als stiller Gesellschafter zu beteiligen gewesen wäre.

[34] Dass im Senatsurteil zur gescheiterten Kapitalerhöhung (BGH, Urteil vom 11. Januar 1999 - II ZR 170/98, BGHZ 140, 258, 260) der Gewinn aus dem Geschäftsanteil an der GmbH als dem positiven Interesse unterfallend angesehen wurde, steht dem nicht entgegen, weil es sich dort um eine Barkapitalerhöhung handelte, die ohne einen Geschäftsanteil keinen Gewinnanspruch begründete. [H] erhält hier aber als Schadensersatz nicht den entgangenen Gewinn aus dem infolge des Scheiterns der Kapitalerhöhung nicht erworbenen Geschäftsanteil, sondern aus der stillen Gesellschaftsbeteiligung. Der entgangene Gewinnanteil aus der Veräußerung des Geschäftsbetriebs an die R-GmbH wird als Schaden erfasst. Der Erlös aus dieser Veräußerung stand der Gesellschaft zu. Die Gesellschafter-Geschäftsführer durften den Veräußerungserlös nicht an stillen Gesellschaftern vorbei in die eigenen Taschen lenken.“

### C) Ergebnis

H hat gegen die K-GmbH somit einen Anspruch auf Wiedereinräumung der stillen Beteiligung gemäß § 346 Abs. 1 BGB sowie auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Da die K-GmbH ihren Geschäftsbetrieb eingestellt hat, ist jedoch zweifelhaft, ob H aus diesen Ansprüchen noch einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt.

Da der Veräußerungserlös aus der Übertragung des Geschäftsbetriebs an die R-GmbH direkt an die Gesellschafter der K-GmbH bezahlt wurde, obwohl er der K-GmbH zugestanden hätte, könnte H jedoch einen etwaigen Erstattungsanspruch der K-GmbH gegen ihre Gesellschafter pfänden.

### Hinweise

Die Entscheidung des BGH befasste sich tatsächlich mit mehreren Auskunftsansprüchen, die der Kläger zur Vorbereitung etwaiger Ansprüche gegen die beklagte Gesellschaft geltend machte. Aus Vereinfachungsgründen wurde der Fall direkt anhand der von dem Kläger letztlich verfolgten Ansprüche dargestellt.

Die Entscheidung bietet eine gute Möglichkeit für einen Einstieg in das Recht der Kapitalerhöhungen bei GmbHs, die in der Praxis von erheblicher Bedeutung sind. Außerdem zeigt der Fall, dass die allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen auch im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Sachverhalte immer wieder von erheblicher Bedeutung sind.

### Steffen Follner

Rechtsanwalt

Menold Bezler Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

► [Inhaltsverzeichnis](#)

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### AGB über Kosten einer Ersatzkreditkarte unwirksam

Urteil vom 20. Oktober 2015, Az. XI ZR 166/14

**Die im Preis- und Leistungsverzeichnis eines Kreditinstituts für Zahlungsverkehrskarten enthaltene Bestimmung "Ersatzkarte auf Wunsch des Kunden (Entgelt für Ausstellung der Karte) 15,00 EUR. Das Entgelt ist nur zu entrichten, wenn die Notwendigkeit der Ausstellung der Ersatzkarte ihre Ursache nicht im Verantwortungsbereich der Bank hat." ist im Verkehr mit Verbrauchern gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam**

(amtlicher Leitsatz).

#### A) Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Der K unterhält ein Konto bei der Bank B für das die B dem K auch eine Kreditkarte zur Verfügung stellt. Die Kreditkarte wird dem K auf einem Konzert gestohlen. Er meldet die Kreditkarte bei B als gestohlen, lässt sie sperren und bestellt eine Ersatzkarte. Für die Bereitstellung der Ersatzkarte stellt die B dem K 15,00 Euro in Rechnung.

#### Kann B von K die Erstattung der 15,00 Euro verlangen?

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der B enthalten unter anderem folgende Bestimmung:

*„2.1.3 Ersatzkarte auf Wunsch des Kunden (Entgelt für Ausstellung der Karte) 15,00 EUR. Das Entgelt ist nur zu entrichten, wenn die Notwendigkeit der Ausstellung der Ersatzkarte ihre Ursache nicht im Verantwortungsbereich der Bank hat.“*

**Bearbeitervermerk:** Auf die §§ 675e, 675f, 675k und 675l BGB wird hingewiesen.

#### B) Falllösung

##### I. Anspruch aus dem Kreditkartenvertrag i.V.m. Ziffer

##### 2.1.3 der AGB

Voraussetzung für einen Anspruch aus dem Kreditkartenvertrag i.V.m. Ziffer 2.1.3 der AGB der B ist, dass die Ausstellung der Ersatzkarte auf Wunsch des Kunden erfolgte, die Ursache für die Ausstellung nicht im Verantwortungsbereich der Bank liegt und die Bestimmung in den AGB der B wirksam ist. Am Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen bestehen hier keine Zweifel, da der B die Ausstellung der Kreditkarte angefordert hat und der Diebstahl nicht im Verantwortungsbereich der B liegt. Fraglich ist jedoch, ob die Klausel in Ziffer 2.1.3 der AGB der B wirksam ist.

##### 1. Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB

In Betracht kommt vorliegend ein Verstoß wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartner des Verwenders (hier K). Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Klausel überhaupt einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB un-

terliegt. Hieran bestehen Zweifel, da gem. § 307 Abs. 3 BGB die §§ 307 Abs. 1, Abs. 2, 308, 309 BGB nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Deswegen unterliegen beispielsweise Abreden der Hauptleistungspflicht und der Höhe des Preises nicht der Inhaltskontrolle gem. §§ 307, 308 und 309 BGB.

##### 2. Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle, § 307 Abs. 3 BGB

In Betracht kommt hier jedoch, dass es sich bei der Vereinbarung der 15,00 Euro Gebühr für die Ausstellung der Ersatzkreditkarte nicht um eine Hauptleistungspflicht oder einen Preis handelt, sondern um eine Abweichung von der Regelung des § 675 k Abs. 2 S. 5 BGB handelt, wonach der Zahlungsdienstleister verpflichtet ist, die gesperrte Kreditkarte durch ein neues Zahlungsinstrument zu ersetzen. Dazu der BGH:

*„Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB sind Gegenstand der Inhaltskontrolle solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Darunter fallen grundsätzlich weder bloß deklaratorische Klauseln noch solche, die unmittelbar den Preis der vertraglichen Hauptleistung oder das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung bestimmen. Kontrollfähig sind aber Klauseln, die von gesetzlichen Preisregelungen abweichen [...], sowie Bestimmungen, die kein Entgelt für eine Leistung zum Gegenstand haben, die dem Kunden auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbracht wird, sondern mittels derer der Verwender allgemeine Betriebskosten, Aufwand zur Erfüllung eigener Pflichten oder für Tätigkeiten, die im eigenen Interesse liegen, auf den Kunden abwälzt [...]. Dies gilt auch dann, wenn die Entgeltklausel in einem Regelwerk enthalten ist, das - wie hier das Preis- und Leistungsverzeichnis der Beklagten - Preise für Einzelleistungen bei der Vertragsabwicklung festlegt [...].“*

*Die vom Kläger beanstandete Klausel enthält von Rechtsvorschriften abweichende Regelungen in diesem Sinne.*

*Die Klausel ist so auszulegen, dass die [B] hiernach auch dann die Zahlung des Entgelts in Höhe von 15 € verlangen kann, wenn die Ausgabe der Ersatzkarte wegen einer vereinbarungsgemäß erfolgten Sperrung der Erst- bzw. Originalkarte nach § 675k Abs. 2 BGB notwendig geworden ist, deren Verlust oder Diebstahl der Kunde gemäß § 675l Satz 2 BGB angezeigt hat.*

*Der Inhalt einer Allgemeinen Geschäftsbedingung ist durch Auslegung zu ermitteln, die der Senat selbst vornehmen kann [...]. Dabei ist, ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden, nach dem objektiven Inhalt und typischen Sinn der in Rede stehenden*

Klausel zu fragen. Sie ist so auszulegen, wie ihr Wortlaut von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der regelmäßig beteiligten Verkehrskreise verstanden wird [...]. Sind mehrere Auslegungsmöglichkeiten rechtlich vertretbar, kommt die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung [...]. Danach ist die scheinbar "kundenfeindlichste" Auslegung im Ergebnis regelmäßig die dem Kunden günstigste, da sie häufig erst die Inhaltskontrolle eröffnet bzw. zu einer unangemessenen Benachteiligung und damit zur Unwirksamkeit der beanstandeten Klausel führt [...]. Außer Betracht zu bleiben haben Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fern liegend und nicht ernstlich in Erwägung zu ziehen sind [...].

Die vom Kläger beanstandete Klausel ist nach Maßgabe dieser Grundsätze so zu verstehen, dass die Beklagte insbesondere auch dann ein Entgelt für die Ausstellung einer Ersatzkarte beanspruchen kann, wenn die Neuausstellung infolge einer von der Bank vereinbarungsgemäß vorgenommenen Sperrung der Erst- oder Originalkarte notwendig wird, deren Verlust oder Diebstahl der Bankkunde angezeigt hat.

[...]

Außerdem wälzt die [B] mittels der vom [K] beanstandeten Klausel Aufwand zur Erfüllung eigener Pflichten auf den Kunden ab. Gemäß § 675l Satz 2 BGB hat der Zahler dem Zahlungsdienstleister oder einer von diesem benannten Stelle den Verlust, den Diebstahl, die missbräuchliche Verwendung oder die sonstige nicht autorisierte Nutzung eines Zahlungsauthentifizierungsinstruments unverzüglich anzuzeigen, nachdem er hiervon Kenntnis erlangt hat. Der Zahlungsdienstleister ist gemäß § 675m Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB verpflichtet, jede Nutzung des Zahlungsauthentifizierungsinstruments zu verhindern, sobald eine Anzeige nach § 675l Satz 2 BGB erfolgt ist. Das kann im Falle einer Zahlungs(verkehrs)karte nur durch deren Sperrung erreicht werden. Die danach erforderliche Ausgabe einer Ersatzkarte ist zumindest in den Fällen des Verlusts oder Diebstahls der Erstkarte zwangsläufige Folge der Erfüllung dieser Pflicht.“

Damit enthält die Regelung eine Abweichung von der in § 675k Abs. 2 S. 5 BGB getroffenen Regelung, dass der Zahlungsdienstleister bei Sperrung eine Ersatzkarte zur Verfügung zu stellen hat. Die Bestimmung unterliegt damit gem. § 307 Abs. 3 BGB der Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 BGB

### 3. Unangemessene Benachteiligung, § 307 Abs. 1 BGB

Fraglich ist jedoch, ob die verwendete Klausel auch eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB enthält. Eine unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere vor, wenn vom wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abgewichen wird.

„Dem Berufungsgericht kann ferner nicht in der Annahme gefolgt werden, die angegriffene Klausel halte, sofern sie der Inhaltskontrolle unterliege, dieser stand. Die streitbefangene Entgeltregelung ist vielmehr mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und benachteiligt die Kunden der Beklagten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Allgemeine Geschäftsbedingungen, die zum Nachteil des Kunden gegen (halb-)zwingendes Recht verstoßen, benachteiligen ihn zugleich mit der Folge ihrer Unwirksamkeit unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB [...]. Von den Vorgaben des § 675f Abs. 4 Satz 2 BGB darf nach § 675e Abs. 1 BGB nicht zum Nachteil eines Verbrauchers als Zahlungsdienstnutzers abgewichen werden. Solche für Verbraucher nachteilige Abweichungen enthält die vom Kläger beanstandete Klausel, woraus die unangemessene Benachteiligung der Kunden und damit die Unwirksamkeit der Klausel folgen. Ob es Fallgestaltungen gibt, in denen die Beklagte bei entsprechender Abfassung ihrer Klauseln für die Ersatzausstellung einer Debitkarte ein Entgelt verlangen kann oder ob die beanstandete Klausel gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstößt, weil der Begriff "Verantwortungsbereich" nicht hinreichend klar ist, muss der Senat nicht entscheiden.“

Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegt damit vor.

## II. Ergebnis

Die in Ziffer 2.1.3 der AGB enthaltene Klausel ist gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Die B kann damit von K die Zahlung von 15 Euro nicht verlangen.

### Hinweise

Die Entscheidung ist weniger aus examensrelevanten Gesichtspunkten interessant, sondern vor allem für den Privatgebrauch nützlich, da sie viele der Leser wohl irgendwann im Leben selbst betreffen könnte. Im Übrigen lassen sich aus den Ausführungen des BGH allgemeine Lehren für den Umgang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen ziehen.

Die Rechtsprechung des BGH hat hier inzwischen eine absurde Schärfe angenommen, was diese Entscheidung wieder einmal zeigt. Obwohl der Ersteller der AGB sichtlich bemüht war, eine wirksame und verbraucherfreundliche Klausel zu schaffen, in dem er die Gebühr nur dann erheben wollte, wenn die Ursache nicht in seinem Verantwortungsbereich liegt, ist es ihm nicht gelungen den Ansprüchen des BGH gerecht zu werden.

Die Entscheidung ist aber auch aus anderen Gründen zu kritisieren. Der BGH vermischt in seiner Prüfung die Frage der unangemessenen Benachteiligung mit der Frage, ob nun eine Abweichung von einer gesetzlichen Regelung vorliegt. In der Klausur sollten Sie sich streng daran halten, diese Prüfungsschritte gedanklich (und in der Darstellung im Gutachten) zu trennen. Zunächst ist zu prüfen, ob die Klausel überhaupt einer Inhaltskontrolle unterliegt, weil sie von einer gesetzlichen Regelung abweicht (§ 307 Abs. 3 BGB). Erst danach ist zu prüfen, ob diese Abweichung eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders der AGB darstellt.

Nicht ausdrücklich diskutiert hat der BGH das Verhältnis zwischen § 675e Abs. 1 BGB und der AGB Kontrolle. § 675e Abs. 1 BGB enthält lediglich die Bestimmung, dass von den Vorschriften nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden darf, jedoch keine Rechtsfolge hierzu. Teilweise wird vertreten, dass ein Verstoß gegen § 675e Abs. 1 BGB zu einer Nichtigkeit gem. § 134 BGB führt (*Schwintowski* in: *Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB*, 7. Aufl. 2014, § 675e BGB Rn. 2), teilweise wird für eine Berücksichtigung im Rahmen der AGB Kontrolle votiert (*F. Graf von Westphalen* in: *Erman BGB*, 14. Auflage 2014, § 675e Rn. 2). Der BGH hat die Frage jedenfalls inzident zu Gunsten der letzteren Auffassung entschieden. Dann muss sich der BGH allerdings die Frage gefallen lassen, warum er überhaupt noch eine Prüfung der Unangemessenheit vornimmt. Wenn eine ausdrückliche Regelung wie § 675e Abs. 1 BGB vorliegt, stellt sich die Frage der Unangemessenheit schlicht nicht mehr. Die ausführliche AGB-Prüfung dürfte vor allem auch daraus resultieren, dass die Vorinstanz (OLG Köln, WM 2014, 1338) auf § 675e Abs. 1 überhaupt nicht eingegangen ist, sondern sich ausschließlich mit der Inhaltskontrolle nach AGB-Recht begnügt hat. Korrekterweise stellt § 675e Abs. 1 die speziellere Regelung dar, die jegliche AGB-Prüfung überflüssig macht, wenn von den dort genannten Normen abgewichen wird.

Dr. *Julius Forschner*

► **Inhaltsverzeichnis**

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Eigentumserwerb bei Aufnahme auf Tonträger und Herausgabeanspruch

Urteil vom 10. Juli 2015, Az. V ZR 206/14

**Durch das Bespielen eines zum Aufnehmen von Tondokumenten geeigneten und bestimmten Tonbandes allein wird keine neue Sache im Sinne des § 950 Abs. 1 BGB hergestellt**

(amtlicher Leitsatz).

#### A) Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Der K war 16 Jahre Bundeskanzler der Bundesrepublik Deutschland. Der B ist Journalist und sollte die Memoiren des K verfassen. Im Jahre 1999 schlossen die Parteien jeweils selbstständige Verträge mit dem Verlag V. Gegenstand dieser Verträge waren die Erstellung der Memoiren des K durch den B, die dann durch V verlegt werden sollten.

Die Verträge waren inhaltlich aufeinander abgestimmt und enthielten größtenteils wortgleiche Formulierungen. Nach dem Inhalt der Verträge stand der B gegen ein vom V zu zahlendes Entgelt dem K für eine Zusammenarbeit bis zur Fertigstellung des Manuskripts zur Verfügung; er übernahm persönlich die schriftliche Abfassung des Manuskripts nach den Vorgaben und Angaben des K. Der K sollte Autor des Werks und Eigentümer des Manuskripts sein, in das er schon in der Phase seiner Entstehung jederzeit Einsicht nehmen und durch Weisungen an den B inhaltlich eingreifen konnte. Der K sollte dem B Einblick in die für die Memoiren relevanten Unterlagen geben und ihm in ausreichendem Maße für entsprechende Gespräche zur Verfügung stehen. Die Einzelheiten der Zusammenarbeit waren direkt zwischen den Parteien zu besprechen. K war berechtigt, die Zusammenarbeit mit dem B jederzeit zu beenden und einvernehmlich mit dem Verlag einen Ersatz für ihn zu bestimmen.

Zur Vorbereitung des Manuskripts fanden nach Absprache der Parteien im Wohnhaus des K lange Gespräche statt, die mit einem von B mitgebrachten Tonbandgerät aufgenommen wurden. Das Tonbandgerät wurde nicht digital, sondern mit einzulegenden analogen Kassetten betrieben. Auch diese wurden jeweils von B mit zu den Gesprächen gebracht. Auf diese Weise wurden auf zahlreichen Tonbändern, die der B jeweils mitbrachte, an verschiedenen Tagen die Ausführungen des K aufgezeichnet. Der K sprach dabei ausführlich über sein gesamtes Leben, sowohl über die Zeit, in der er höchste politische Ämter innehatte, als auch über seinen vorherigen Werdegang. Die Tonbänder, die der K persönlich zu keinem Zeitpunkt in den Händen hatte, nahm der B zur Vorbereitung der geplanten Buchveröffentlichung jeweils mit nach Hause.

Im Folgenden kam es zum Zerwürfnis zwischen den Parteien. K war nicht mehr bereit mit dem B zusammen zu arbeiten. B

wurde daraufhin von V abgefunden und die Zusammenarbeit einvernehmlich beendet. K verlangt von B alle Tonbänder heraus, auf denen die Stimme des K zu hören ist.

**Hat K gegen B einen Anspruch auf Herausgabe der Tonbänder?**

#### B) Falllösung

##### I. Anspruch des K gegen B auf Herausgabe der Tonbänder aus dem zwischen B und V geschlossenen Vertrag in Verbindung mit den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter

Grundsätzlich kommt zwar ein solcher Herausgabeanspruch in Betracht, auch wenn der Vertrag nicht unmittelbar zwischen B und V geschlossen wurde. Es fehlt jedoch an einer Regelung im entsprechenden Vertrag, dass ein solcher Herausgabeanspruch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses bestehen sollte. Im Übrigen ist auch kein Interesse zu erkennen, warum B und V eine solche Regelung zu Gunsten des K getroffen haben sollten.

##### II. Anspruch des K gegen B auf Herausgabe der Tonbänder gem. § 985

Voraussetzung für einen Herausgabeanspruch des K gegen B auf Herausgabe der Tonträger gem. § 985 ist, dass K Eigentümer und B Besitzer ohne Besitzrecht ist.

###### 1. Eigentum des B

Ursprünglich war B Eigentümer der Tonträger. Dies ist dem Sachverhalt zwar nicht ausdrücklich zu entnehmen, die Vermutung des § 1006 Abs. 1 BGB spricht jedoch für das ursprüngliche Eigentum des B, da die Tonträger von diesem mitgebracht wurden und damit jedenfalls ursprünglich in seinem Besitz standen. Er könnte das Eigentum jedoch an K verloren haben.

###### a) Eigentumserwerb des K

###### aa) Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb, §§ 929 ff. BGB

Für einen rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb gem. § 929 ff. BGB fehlen Anhaltspunkte. Es ist kein Wille des B erkennbar, dass K Eigentum an den Tonträgern erwerben sollte. Auch an einer Übergabe im Sinne des § 929 BGB oder einem Übergabesurrogat im Sinne der §§ 930, 931 BGB fehlt es.

###### bb) Eigentumserwerb gem. § 950 Abs. 1 BGB

In Betracht kommt jedoch ein gesetzlicher Eigentumserwerb des K gem. § 950 Abs. 1 BGB. Voraussetzung hierfür ist, dass der Tonträger durch das Aufsprechen der Aufnahmen durch K verarbeitet oder umgebildet wurde und der Wert der Verarbei-

tion nicht erheblich geringer ist als der der Ausgangsstoffe, § 950 Abs. 1 BGB.

Dies lehnt der BGH ab:

„Nach § 950 Abs. 1 Satz 1 BGB erwirbt derjenige, der durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, das Eigentum an dieser Sache, sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Als Verarbeitung gilt gemäß § 950 Abs. 1 Satz 2 BGB auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche. Ob das Speichern von Daten auf einem Datenträger - und insbesondere wie hier das Bespielen eines Tonbandes - als Herstellung einer neuen Sache anzusehen ist, wird in Rechtsprechung und Literatur allerdings nicht einheitlich beantwortet.

Teilweise wird in diesem Zusammenhang ohne nähere Begründung angenommen, das Aufspielen eines Programms auf eine für Firmenzwecke bestimmte Diskette oder auf einen Rechner stellenden Verarbeitungsvorgänge im Sinne des § 950 BGB dar [...]. Unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung gelangt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, dass durch das Bespielen von Tonbändern - zumindest wenn die Aufzeichnungen für eine längerfristige Nutzung bestimmt sind - im Wege der Verarbeitung neue Sachen hergestellt werden.

Demgegenüber wird in der Literatur ganz überwiegend die Aufnahme auf einen Ton- oder Datenträger, jedenfalls wenn die Aufnahme ohne weiteres löschar oder übertragbar ist, nicht als Herstellung einer neuen Sache angesehen [...].

Nach einer differenzierenden Auffassung soll allerdings dann von einer Verarbeitung ausgegangen werden, wenn die Datenträger durch den Speichervorgang nicht nur eine neue Funktion und Bezeichnung erhalten, sondern - wie im Falle von zum Verkauf bestimmten Musik CDs oder Video-Kaufkassetten - erst ihre eigene wirtschaftliche Bedeutung erlangen [...].

Der Senat entscheidet die Frage dahin, dass jedenfalls durch das Bespielen eines zum Aufnehmen von Tondokumenten geeigneten und bestimmten Tonbandes allein keine neue Sache im Sinne des § 950 Abs. 1 BGB hergestellt wird.

Ob durch Verarbeitung oder Umbildung eine neue Sache hergestellt wird, bestimmt sich maßgeblich nach der Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte [...]. Eine neue Sache liegt dann vor, wenn sie eine eigenständige, gegenüber den einzelnen verarbeiteten Sachen weitergehende Funktion erfüllt [...]. Hat sich durch die Verarbeitung der wesentliche wirtschaftliche Verwendungszweck geändert und hat der Ausgangsstoff nach der Verkehrsauffassung durch die vorgenommenen Handlungen eine Wesensänderung erfahren, spricht dies für das Entstehen einer neuen Sache. Entscheidend ist, dass zwischen Ausgangsstoff und Verarbeitungsprodukt keine Identität mehr besteht. In diesem Zusammenhang ist ein wesentliches Indiz für das Entstehen einer neuen Sache, wenn das Ergebnis der Verarbeitung im allgemeinen Sprachgebrauch mit einem anderen Begriff bezeichnet wird als der verarbeitete Stoff [...]. Weitere Anhaltspunkte können erhebliche Veränderungen der Sachsubstanz, die Dauerhaftigkeit der Veränderung oder ein neues äußeres Erscheinungsbild sein [...]. Hieran gemessen sind

die Tonbänder durch die Aufnahme der zwischen den Parteien geführten Gespräche nicht zu einer neuen Sache verarbeitet worden.

Ein Tonband erfährt durch das Aufnehmen von Tondokumenten als solches keine substantielle Veränderung. Die Aufnahme führt zwar dazu, dass sich die Magnetschicht des Tonbands physikalisch verändert. Diese Veränderung ist aber Voraussetzung und Kernstück seiner bestimmungsgemäßen Benutzung. Ohne seine veränderbare Magnetbeschichtung und die Veränderung dieser Magnetschicht beim Aufnehmen könnte ein Tonband nicht als Speichermedium für Tondokumente verwendet werden. Es wäre ein funktionsloses Kunststoffband. Für seine Funktion als Speichermedium ist es typisch, dass es sowohl zum einmaligen Aufnehmen von Tondokumenten als auch zum wiederholten Aufnehmen und Löschen verschiedener Tondokumente verwendet werden kann. Zu einer anderen Sache kann ein Tonband - ebenso wie ein CD-Rohling - durch das Aufnehmen oder Speichern von Tondokumenten deshalb nur werden, wenn es dadurch seine typische Funktion verändert. Das wäre etwa dann der Fall, wenn eine unbespielte Musikkassette in einem Musikverlag mit Musiktiteln oder einem Hörbuch bespielt wird, die in dieser Form vertrieben werden sollen. Dann wird, darin ist dem Berufungsgericht Recht zu geben, aus einem Speichermedium ein Instrument zum Vertrieb der Musiktitel oder des Hörbuchs. Eine solche Veränderung haben die Tonbänder durch die Aufnahme der Gespräche zwischen den Parteien aber gerade nicht erfahren. Sie sind während dieser Gespräche angefertigt worden, damit die Parteien [K und B] für die Herstellung der Memoiren des [K] die Gespräche noch einmal anhören können. Die Tonbänder sind damit als Speichermedium eingesetzt worden und dienen diesem Zweck weiterhin.

Sie sind entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht dadurch verändert und Eigentum des [K] geworden, dass die auf ihnen aufgenommenen Gespräche des [B] mit ihm von großer historischer Bedeutung sind und die Bänder deshalb weder gelöscht noch mit anderen Inhalten überschrieben werden sollen. Auch das einmalige Bespielen eines Tonbands mit Tondokumenten, die - etwa zur persönlichen Erinnerung - dauernd aufbewahrt und erhalten werden sollen, gehört, wie ausgeführt, zum gewöhnlichen Funktionsumfang und Zweck eines Tonbands. Ob Tondokumente nur vorübergehend oder dauernd gespeichert werden sollen, hängt nicht von der besonderen Eigenart oder von einer Veränderung des Tonbands durch die Aufnahme ab, sondern von den aufgenommenen Inhalten. Ihre Bedeutung und Einmaligkeit zeichnen nur die Inhalte, aber nicht die Tonbänder als Speichermedien aus und besagen über die eigentumsrechtliche Zuordnung des Speichermediums nichts. Die Berechtigung an den Inhalten folgt anderen Regeln als das Eigentum an den Speichermedien. Ihre Anwendung muss nicht zu denselben Ergebnissen führen [...]. Auch das Urheberrecht gewährt dem Werkschöpfer nur Ausschließlichkeitsrechte am (immateriellen) geistigen Eigentum, nicht aber ein Recht auf Eigentum oder Besitz an den einzelnen Werkstücken [...]. Der an den Inhalten Berechtigte kann zwar auch Eigentümer des Tonbands sein, auf dem sie gespeichert sind, etwa wenn er es käuflich erworben hat. Notwendig ist das aber nicht. Entschließt er sich etwa dazu, dieselben Inhalte nicht auf einem eigenen Tonband zu speichern, sondern beispielsweise auf einem über das Internet zugänglichen

Speicherplatz in einem entfernten Rechenzentrum (sog. Cloud), bleibt er weiterhin alleiniger Berechtigter der gespeicherten Inhalte. Er wird dadurch indessen weder rechtsgeschäftlich noch kraft Gesetzes Miteigentümer der Speichermedien in der Computeranlage des Dienstleisters, der ihm darauf den Speicherplatz eingeräumt hat. Diese Anlage verändert durch die bestimmungsgemäße Benutzung als virtueller Speicher weder ihre Substanz noch ihre Funktion. Ebenso läge es, wenn der [B] die Gespräche mit dem [K] statt in analoger Form auf einem Tonband in digitaler Form auf seinem Notebook oder Smartphone gespeichert hätte. Auch dann stünden dem [K] zwar die Rechte an den Inhalten, aber nicht das Eigentum an dem Notebook oder Smartphone des [B] zu.

An der eigentumsrechtlichen Zuordnung der Tonbänder ändert es schließlich nichts, dass sie (wirtschaftlich) wertvoll sind, weil ihr Besitz den Zugang zu den auf ihnen aufgenommenen Inhalten bietet. Auch dieser Umstand ist nicht der besonderen Eigenart der Tonbänder oder ihrer Veränderung oder Umbildung durch die Aufnahme geschuldet.“

### b) Zwischenergebnis

Damit ist K nicht Eigentümer der Tonbänder gem. § 950 BGB geworden.

### 2. Ergebnis

Es besteht kein Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB.

### III. Herausgabeanspruch gem. § 667 BGB

Es könnte jedoch ein Anspruch auf Herausgabe der Tonbänder gem. § 667 BGB bestehen. Voraussetzung hierfür ist, dass zwischen K und B ein Auftragsverhältnis besteht und B die Tonbänder zur Ausführung des Auftrags erhalten oder durch die Geschäftsbesorgung erlangt hat.

#### a) Auftragsverhältnis zwischen K und B

Voraussetzung für ein Auftragsverhältnis zwischen K und B sind zwei übereinstimmende Willenserklärungen, die auf den Abschluss eines Auftragsverhältnisses gerichtet sind. Das ist hier fraglich, da K und B Abreden zunächst nur mit V getroffen haben. Eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen K und B hat es nicht gegeben. Es kommt jedoch ein konkludenter Vertragsabschluss zwischen K und B in Betracht.

„[Dies stellt eine] Vereinbarung über das von [K] für die Abfassung der Memoiren zur Verfügung zu stellende Material, die die Parteien gewissermaßen „unter dem Dach“ ihrer Verträge mit dem Verlag und zur Durchführung der dort nur allgemein angesprochenen Frage der Materialsammlung konkludent getroffen haben [dar]. Diese Vereinbarung hat entsprechend der Grundstruktur der auszufüllenden Verlagsverträge den Charakter eines Auftragsverhältnisses [...].

Die Parteien haben die ihrer „Besprechung“ vorbehaltenen Modalitäten der Ausstattung des [B] mit dem zur Erstellung des Manuskripts erforderlichen Material nicht in einem schriftlichen Vertrag fixiert. Sie haben sich aber rein tatsächlich darüber verständigt, indem der [K] dem [B] Unterlagen zugänglich gemacht und für lange Gespräche zur Verfügung gestanden hat. Dabei handelt es sich entgegen der Ansicht des [B] weder um eine Absprache im außerrechtlichen, rein gesellschaftlichen Bereich

noch um eine bloße Gefälligkeit, sondern um eine rechtlich verbindliche Vereinbarung über ihre Zusammenarbeit.

Ob eine Partei eine rechtlich verbindliche Vereinbarung oder nur eine unverbindliche Absprache treffen will, ist an Hand der Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu bewerten [...]. Es kommt darauf an, ob die andere Partei unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen solchen Willen schließen musste. Dies ist anhand objektiver Kriterien aufgrund der Erklärungen und des Verhaltens der Parteien zu ermitteln. Dabei sind vor allem die wirtschaftliche sowie die rechtliche Bedeutung der Angelegenheit, insbesondere für den Begünstigten, die Interessenlage der Parteien [...] und das objektive Bedürfnis nach einer rechtsverbindlichen Regelung [...] zu berücksichtigen. Danach haben die Parteien miteinander hier nicht nur eine informelle Absprache getroffen, sondern einen rechtlich verbindlichen Vertrag über ihre Zusammenarbeit bei der Materialsammlung geschlossen.“

Ein Auftragsverhältnis zwischen K und B liegt damit vor.

#### b) Zur Ausführung des Auftrags erhalten

Fraglich ist weiterhin, ob der B die Aufnahmen zur Ausführung des Auftrags erhalten hat.

„Zur Ausführung des Auftrags erhalten ist alles, was dem Beauftragten zum Zwecke der Geschäftsbesorgung zur Verfügung gestellt worden ist. Aus der Geschäftsbesorgung erlangt ist jeder Vorteil, den der Beauftragte aufgrund eines inneren Zusammenhangs mit dem geführten Geschäft erhalten hat [...]. Hierzu zählen nicht nur von Dritten erhaltene Gegenstände, sondern auch die selbst über die Geschäftsführung angelegten Urkunden und Belege, Aufzeichnungen und Unterlagen, Akten und Notizen, soweit sie nicht nur für den Beauftragten selbst bedeutsam sind [...] Herauszugeben sind nicht nur körperliche Gegenstände, sondern auch Datenbestände [...]. Für die Herausgabepflicht ist es unerheblich, ob das Erlangte dem Beauftragten gehört [...]. Nur so ist der Auftraggeber imstande, darüber zu entscheiden, ob und wie die Angelegenheit nach dem Ende des Auftrags fortgeführt oder abgewickelt werden soll. Diesem Interesse muss der Beauftragte auf Grund der allgemeinen Leistungstreuepflicht Rechnung tragen [...]. Wer fremde Geschäfte besorgt und damit auf die Interessen eines anderen zu achten hat, soll aus der Ausführung des Auftrags keine Vorteile haben, die letztlich dem Auftraggeber gebühren [...]. Was zur Herausgabe erforderlich ist, bestimmt sich nach der Art des Erlangten [...].

Danach hat der [B] dem [K] alle Tonbänder herauszugeben, auf denen die mit dem [K] geführten Gespräche aufgezeichnet sind. Diese Tondokumente gehören zu den zentralen Teilen des Materials, das der [B] dem [K] zur Verwendung für die Erstellung des Manuskripts der Memoiren zugänglich machen sollte. Dass sie als solche keine körperlichen Gegenstände sind, ist – wie bei den erwähnten elektronischen Datenbeständen – ohne Bedeutung. Dass es sich bei den Äußerungen des [K] nicht um Monologe, sondern um Antworten auf Fragen des [B] oder Stellungnahmen zu Stichworten handelt, die dieser dem [K] gegeben hat, steht der Herausgabepflicht schon deshalb nicht entgegen, weil diese Form, die Informationen abzurufen und festzuhalten, Teil der Absprache der Parteien war. Ohne Bedeutung ist schließlich, dass die Gedanken und Erinnerungen des [K] auf Tonbändern

aufgenommen worden sind, die möglicherweise dem [B] gehören. Setzt ein Beauftragter zur Erfüllung des Auftrags untergeordnete Hilfsmittel – wie Papier, Notizblöcke, Karteikarten oder Aktenordner, aber eben auch Tonbänder – ein, muss er – gegebenenfalls gegen Erstattung seiner Aufwendungen (§ 670 BGB) – auch das Eigentum daran an den Auftraggeber übertragen, wenn diesem der alleinige Zugriff auf das Erlangte wie hier anders nicht verschafft werden kann.“

### c) Zwischenergebnis

Damit besteht zwischen K und B ein Auftragsverhältnis und B hat die Aufnahmen auch im Rahmen des Auftragsverhältnisses erlangt.

## IV. Ergebnis

B muss die bezeichneten Tonbänder gem. § 667 BGB an K herausgeben.

### Hinweise

Diese in der Presse viel diskutierte Entscheidung des BGH eignet sich hervorragend als Vorlage für Examensklausuren, da sie den Kandidaten einiges an kreativem Denken abverlangt und sicherlich nicht mit auswendig gelernten Schemata zu bewältigen ist. Eine solche Klausur wäre sicherlich am oberen Ende der Schwierigkeitskala anzusiedeln.

Zunächst ein Hinweis zur Prüfungsreihenfolge: Die vorliegende Darstellung hält sich an die Reihenfolge, die auch in der Entscheidung des BGH verwendet wurde. Sie weicht von der sonst propagierten Reihenfolge „Vertrag, Vertrauen, Gesetz“ ab. Der BGH wählt diese Prüfungsreihenfolge, da die Vorinstanz einen Eigentumserwerb gem. § 950 BGB bejaht hatte. Der BGH musste also erst seine Rechtsauffassung darstellen, warum er dies für unzutreffend hält, bevor er die – nach seiner Auffassung – zutreffende vertragliche Anspruchsgrundlage prüfen konnte.

Inhaltlich kann man über die Begründung des BGH sicherlich streiten (vgl. bspw. Die kritische Anmerkung von *Götting*, NJW 2016, 321), das Ergebnis ist aber richtig (und da waren sich die Vorinstanzen ja auch einig). In der Klausur kommt es wie immer auf die Argumente an und dass man die Probleme überhaupt sieht. Das dürfte bei dieser Entscheidung tatsächlich nur möglich sein, wenn man vorher davon schon einmal gehört hat. Aber das haben Sie ja jetzt glücklicherweise.

Dr. *Julius Forschner*

► **Inhaltsverzeichnis**

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesarbeitsgericht

### Zugang einer Kündigungserklärung – Zugangsvereitelung

Versäumnisurteil vom 26.03.2015 – 2 AZR 483/14 (NZA 2015, 1183)

1. Eine verkörperte Willenserklärung geht unter Anwesenden zu – und wird damit entsprechend § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB wirksam –, wenn sie durch Übergabe in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt. Es kommt nicht darauf an, ob der Empfänger die Verfügungsgewalt über das Schriftstück dauerhaft erlangt. Es genügt die Aushändigung und Übergabe, so dass er in der Lage ist, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Der Zugang einer verkörperten Willenserklärung unter Anwesenden ist daher auch dann bewirkt, wenn das Schriftstück dem Empfänger mit der für ihn erkennbaren Absicht, es ihm zu übergeben, angereicht und, falls er die Entgegennahme ablehnt, so in seiner unmittelbaren Nähe abgelegt wird, dass er es ohne Weiteres an sich nehmen und von seinem Inhalt Kenntnis nehmen kann.

2. Verhindert der Empfänger durch eigenes Verhalten den Zugang einer Willenserklärung, muss er sich so behandeln lassen, als sei ihm die Erklärung bereits zum Zeitpunkt des Übermittlungsversuchs zugegangen. Nach Treu und Glauben ist es ihm verwehrt, sich auf den späteren tatsächlichen Zugang zu berufen, wenn er selbst für die Verspätung die alleinige Ursache gesetzt hat. Sein Verhalten muss sich als Verstoß gegen bestehende Pflichten zu Sorgfalt oder Rücksichtnahme darstellen. Lehnt der Empfänger grundlos die Entgegennahme eines Schreibens ab, muss er sich nach § 242 BGB jedenfalls dann so behandeln lassen, als sei es ihm im Zeitpunkt der Ablehnung zugegangen, wenn er im Rahmen vertraglicher Beziehungen mit der Abgabe rechtserheblicher Erklärungen durch den Absender rechnen musste.

3. Ein Arbeitnehmer muss regelmäßig damit rechnen, dass ihm anlässlich einer im Betrieb stattfindenden Besprechung mit dem Arbeitgeber rechtserhebliche Erklärungen betreffend sein Arbeitsverhältnis übermittelt werden. Der Betrieb ist typischerweise der Ort, an dem das Arbeitsverhältnis berührende Fragen besprochen und geregelt werden.

4. Eine verkörperte Willenserklärung geht unter Abwesenden i.S.v. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB zu, sobald sie in verkehrsbüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist und für diesen unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von ihr Kenntnis zu nehmen. Zum Bereich des Empfängers gehören von ihm vorgehaltene Empfangseinrichtungen wie ein Briefkasten. Ob die Möglichkeit der Kenntnisnahme be-

stand, ist nach den "gewöhnlichen Verhältnissen" und den "Gepflogenheiten des Verkehrs" zu beurteilen. So bewirkt der Einwurf in einen Briefkasten den Zugang, sobald nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Entnahme zu rechnen ist. Dabei ist nicht auf die individuellen Verhältnisse des Empfängers abzustellen. Im Interesse der Rechtssicherheit ist vielmehr eine generalisierende Betrachtung geboten.

5. Anders als dann, wenn ein Brief ohne Wissen des Adressaten erst nach den üblichen Postzustellzeiten in dessen Hausbriefkasten eingeworfen wird, ist mit der Kenntnisnahme eines Schreibens, von dem der Adressat weiß oder annehmen muss, dass es gegen 17:00 Uhr eingeworfen wurde, unter gewöhnlichen Verhältnissen noch am selben Tag zu rechnen.

#### A) Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt)

A ist seit März 2014 als Altenpflegerin bei der S-GmbH beschäftigt. Am Vormittag des 21.10.2015 wird A in das Büro des Geschäftsführers der S-GmbH gerufen. In dem Büro wird A von dem Geschäftsführer und dem Personalleiter der S-GmbH empfangen. Im Verlaufe des anschließenden Gesprächs erklärt der Geschäftsführer gegenüber A, diese werde zeitnah eine betriebsbedingte Kündigung erhalten. Um die Ankündigung zu unterstreichen, zeigt er ihr eine entsprechende schriftliche Kündigungserklärung, ohne diese indes aus den Händen zu geben. Aus dem Adressfeld und der Anredeformel des auf den 21.10.2015 datierten Schreibens ging A als Adressat der Kündigung hervor.

Am Nachmittag des 22.10.2015, einem Donnerstag, gegen 16:45 Uhr sucht sodann der Pflegedienstleiter P der S-GmbH die A unter ihrer Wohnanschrift auf. Nachdem A die Haustüre auf Klingeln zunächst nicht öffnet, kommt sie P nach einiger Zeit aus ihrem Haus entgegen. Auf den Hinweis, er wolle ihr ein Schreiben übergeben, erklärt A gegenüber P, sie habe momentan keine Zeit, da sie zu einer Verabredung müsse, und fährt ohne ein weiteres Wort mit ihrem Auto davon. Daraufhin wirft P das von dem Geschäftsführer der S-GmbH unterzeichnete Kündigungsschreiben gegen 17:00 Uhr in den Hausbriefkasten der A ein. Am Vormittag des 23.10.2015 findet A das auf den 21.10.2015 datierte Schreiben der S-GmbH, mit welchem die S-GmbH das Arbeitsverhältnis mit A zum 30.11.2015 kündigt, in ihrem Hausbriefkasten.

Am 13.11.2015, einem Freitag, erhebt A schließlich beim zuständigen Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung.

Wahrt die seitens A am 13.11.2015 erhobene Kündigungsschutzklage die Frist des § 4 Satz 1 KSchG? Falls die Kündigungsschutzklage die Frist des § 4 Satz 1 KSchG nicht wahrt, wäre dann ein Antrag der A, die gegen die Kündigung gerichtete Klage nachträglich zuzulassen, begründet?

### B) Fristgemäße Erhebung der Kündigungsschutzklage

Will ein Arbeitnehmer geltend machen, dass eine ihm gegenüber erklärte Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, so muss er gemäß § 4 Satz 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Klage nicht aufgelöst ist. Wird die Unwirksamkeit der Kündigung nicht rechtzeitig geltend gemacht, gilt sie gemäß § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam. Eine verspätet erhobene Kündigungsschutzklage ist als unbegründet abzuweisen.

Die seitens A am 13.11.2015 erhobene Kündigungsschutzklage hätte die Frist des § 4 Satz 1 KSchG danach nur dann gewahrt, wenn sie innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigungserklärung erhoben worden wäre. Dies wiederum wäre gemäß §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB nur dann der Fall, wenn die Kündigung nicht bereits vor Freitag, dem 23.10.2015, der A zugegangen wäre.

### I. Zeitpunkt des Zugangs einer Willenserklärung

*"Eine verkörperte Willenserklärung geht unter Anwesenden zu – und wird damit entsprechend § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB wirksam –, wenn sie durch Übergabe in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt. Es kommt nicht darauf an, ob der Empfänger die Verfügungsgewalt über das Schriftstück dauerhaft erlangt. Es genügt die Aushändigung und Übergabe, so dass er in der Lage ist, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Das Schreiben muss so in seine tatsächliche Verfügungsgewalt gelangen, dass für ihn die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht. Der Zugang einer verkörperten Willenserklärung unter Anwesenden ist daher auch dann bewirkt, wenn das Schriftstück dem Empfänger mit der für ihn erkennbaren Absicht, es ihm zu übergeben, angereicht und, falls er die Entgegennahme ablehnt, so in seiner unmittelbaren Nähe abgelegt wird, dass er es ohne Weiteres an sich nehmen und von seinem Inhalt Kenntnis nehmen kann. Es geht dagegen nicht zu, wenn es dem Empfänger zum Zwecke der Übergabe zwar angereicht, aber von dem Erklärenden oder Überbringer wieder an sich genommen wird, weil der Empfänger die Annahme abgelehnt hat. In diesem Fall ist das Schreiben zu keinem Zeitpunkt in dessen tatsächliche Verfügungsgewalt gelangt.*

*Verhindert der Empfänger durch eigenes Verhalten den Zugang einer Willenserklärung, muss er sich so behandeln lassen, als sei ihm die Erklärung bereits zum Zeitpunkt des Übermittlungsversuchs zugegangen. Nach Treu und Glauben ist es ihm verwehrt, sich auf den späteren tatsächlichen Zugang zu berufen, wenn er selbst für die Verspätung die alleinige Ursache gesetzt hat. Sein Verhalten muss sich als Verstoß gegen bestehende Pflichten zu Sorgfalt oder Rücksichtnahme darstellen. Lehnt der Empfänger grundlos die Entgegennahme eines Schreibens ab, muss er sich nach § 242 BGB jedenfalls dann so behandeln lassen, als sei es ihm im Zeitpunkt der Ablehnung zugegangen, wenn er im Rah-*

*men vertraglicher Beziehungen mit der Abgabe rechtserheblicher Erklärungen durch den Absender rechnen musste. Voraussetzung dafür, dass der Adressat eine Erklärung als früher zugegangen gegen sich gelten lassen muss, ist es, dass der Erklärende seinerseits alles Zumutbare dafür getan hat, dass seine Erklärung den Adressaten erreicht."*

Einer Zugangsvereitelung durch einen Arbeitnehmer, der die Entgegennahme einer sein Arbeitsverhältnis betreffenden rechtserheblichen Erklärung grundlos ablehnt, steht in diesem Zusammenhang auch nicht entgegen, dass ihm das Kündigungsschreiben zeitnah auch an seiner Wohnanschrift hätte zugestellt werden können. Es kommt allein darauf an, ob der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verpflichtet war, unter den konkreten Umständen ein Kündigungsschreiben entgegenzunehmen.

*"Ein Arbeitnehmer muss regelmäßig damit rechnen, dass ihm anlässlich einer im Betrieb stattfindenden Besprechung mit dem Arbeitgeber rechtserhebliche Erklärungen betreffend sein Arbeitsverhältnis übermittelt werden. Der Betrieb ist typischerweise der Ort, an dem das Arbeitsverhältnis berührende Fragen besprochen und geregelt werden. Ob tatsächlich mit einer Kündigung zu rechnen war, ist nicht entscheidend. [...] Ein Arbeitgeber darf darauf vertrauen, einem Arbeitnehmer während einer Besprechung im Betrieb eine schriftliche Willenserklärung in Bezug auf das Arbeitsverhältnis übermitteln zu können. Die Pflicht zur Rücksichtnahme auf Seiten des Arbeitnehmers als Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis gemäß § 241 Abs. 2 BGB gebietet es, die Entgegennahme nicht grundlos zu verweigern. Dies gilt schon deshalb, weil es dem Arbeitgeber auf einen Zugang zu diesem Zeitpunkt ankommen kann. Ob die auszuhändigende Erklärung tatsächlich fristgebunden und dem Arbeitnehmer dies bewusst ist, ist nicht ausschlaggebend."*

### II. Zugang am Vormittag des 21.10.2015

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze könnte A die Kündigungserklärung bereits im Rahmen des Gesprächs im Büro des Geschäftsführers der S-GmbH am Vormittag des 21.10.2015 zugegangen sein. Allerdings gelangte die Kündigungserklärung zu diesem Zeitpunkt noch nicht im Sinne des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB in den Herrschaftsbereich der A, da ihr das Schreiben gerade nicht dergestalt ausgehändigt und übergeben wurde, dass sie in der Lage war, vom Inhalt des Schreibens Kenntnis zu nehmen. Vielmehr wurde A das Kündigungsschreiben lediglich gezeigt, um die Ankündigung zu unterstreichen, sie werde zeitnah eine betriebsbedingte Kündigung erhalten. Unter diesen Umständen musste sich A auch nicht veranlasst sehen, das Schreiben zu ergreifen und es auf diese Weise entgegenzunehmen. Damit scheidet auch eine treuwidrige Annahmeverweigerung seitens der A aus. Insgesamt ist A die Kündigungserklärung somit nicht im Rahmen des Gesprächs im Büro des Geschäftsführers der S-GmbH am Vormittag des 21.10.2015 zugegangen.

### III. Zugang am Nachmittag des 22.10.2015

Es könnte jedoch sein, dass A die Kündigungserklärung am 22.10.2015 zugeht. Auch in diesem Fall hätte die seitens A am 13.11.2015 erhobene Kündigungsschutzklage die Frist von drei

Wochen nach § 4 Satz 1 KSchG nicht gewahrt. Das Bundesarbeitsgericht führt hierzu wie folgt aus:

*"Eine verkörperte Willenserklärung geht unter Abwesenden iSv. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB zu, sobald sie in verkehrsbüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist und für diesen unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von ihr Kenntnis zu nehmen. Zum Bereich des Empfängers gehören von ihm vorgehaltene Empfangseinrichtungen wie ein Briefkasten. Ob die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand, ist nach den "gewöhnlichen Verhältnissen" und den "Gepflogenheiten des Verkehrs" zu beurteilen. So bewirkt der Einwurf in einen Briefkasten den Zugang, sobald nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Entnahme zu rechnen ist. Dabei ist nicht auf die individuellen Verhältnisse des Empfängers abzustellen. Im Interesse der Rechtssicherheit ist vielmehr eine generalisierende Betrachtung geboten. Wenn für den Empfänger unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand, ist es unerheblich, ob er daran durch Krankheit, zeitweilige Abwesenheit oder andere besondere Umstände einige Zeit gehindert war. Den Empfänger trifft die Obliegenheit, die nötigen Vorkehrungen für eine tatsächliche Kenntnisnahme zu treffen. Unterlässt er dies, so wird der Zugang durch solche – allein in seiner Person liegenden – Gründe nicht ausgeschlossen."*

Danach ist A das Kündigungsschreiben noch am 22.10.2015 zugegangen, obwohl es erst gegen 17:00 Uhr in den Hausbriefkasten der A eingeworfen wurde. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts musste A nach dem Hinweis des P, dass er ihr ein Schreiben übergeben wolle, davon ausgehen, dass P das Kündigungsschreiben in den Hausbriefkasten der A einwerfen würde und es damit in den Herrschaftsbereich der A gelangt wäre. Unter gewöhnlichen Verhältnissen bestand damit für A die Möglichkeit, von dem Kündigungsschreiben noch am 22.10.2015 Kenntnis zu nehmen. Das Bundesarbeitsgericht führt hierzu wie folgt aus:

*"Anders als dann, wenn ein Brief ohne Wissen des Adressaten erst nach den üblichen Postzustellzeiten in dessen Hausbriefkasten eingeworfen wird, ist mit der Kenntnisnahme eines Schreibens, von dem der Adressat weiß oder annehmen muss, dass es gegen 17:00 Uhr eingeworfen wurde, unter gewöhnlichen Verhältnissen noch am selben Tag zu rechnen."*

Ob A angesichts ihrer Verabredung tatsächlich in der Lage war, von dem Schreiben und dessen Inhalt noch am 22.10.2015 Kenntnis zu nehmen, ist nicht entscheidend. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob der Geschäftsführer der S-GmbH oder einer der Mitarbeiter der S-GmbH Kenntnis von der Verabredung der A hatte.

#### IV. Ergebnis

Die Kündigungserklärung der S-GmbH ist A somit am 22.10.2015, einem Donnerstag, zugegangen. Die am 13.11.2015, einem Freitag, seitens A erhobene Kündigungsschutzklage wahrt demnach die Frist von drei Wochen nach § 4 Satz 1 KSchG nicht. Die Kündigungsschutzklage ist bereits aus diesem Grunde unbegründet.

#### C) Antrag auf nachträgliche Klagezulassung

Ein Antrag auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage wäre begründet, wenn die Voraussetzungen einer nachträglichen Klagezulassung nach § 5 KSchG vorlägen. Eine nachträgliche Klagezulassung durch das Arbeitsgericht setzt gemäß § 5 Abs. 1 KSchG unter anderem voraus, dass ein Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, die Kündigungsschutzklage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung zu erheben.

Diese Voraussetzungen liegen im Falle der A nicht vor. A fand die Kündigungserklärung bereits am Vormittag des 23.10.2015 in ihrem Hausbriefkasten. A wäre es somit bei Anwendung aller ihr nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt ohne Weiteres möglich gewesen, die Kündigungsschutzklage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung rechtzeitig, nämlich spätestens am 12.11.2015, zu erheben. Ein Antrag der A auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage, die sich gegen die am 22.10.2015 zugegangene Kündigung richtet, hat somit keine Aussicht auf Erfolg.

#### Hinweise

Mit seiner Entscheidung bestätigt das Bundesarbeitsgericht zunächst seine ständige Rechtsprechung zum Zugang von schriftlichen Kündigungserklärungen. Danach geht eine schriftliche Kündigungserklärung unter Anwesenden dem Empfänger zu, wenn sie durch Übergabe in dessen Herrschaftsbereich gelangt. Es kommt nicht darauf an, ob der Empfänger die Verfügungsgewalt über das Schriftstück dauerhaft erlangt. Es genügt vielmehr die Aushändigung und Übergabe, so dass er in der Lage ist, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Das Schreiben muss so in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangen, dass für ihn die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht.

Unter Abwesenden geht eine schriftliche Kündigungserklärung dagegen zu, sobald sie in verkehrsbüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist und für diesen unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von ihr Kenntnis zu nehmen. Zum Bereich des Empfängers gehören hierbei insbesondere von ihm vorgehaltene Empfangseinrichtungen wie ein Briefkasten. Ob die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand, ist nach den "gewöhnlichen Verhältnissen" und den "Gepflogenheiten des Verkehrs" zu beurteilen.

Sehr umstritten war und ist in der Rechtsprechung, ob und gegebenenfalls bis zur welcher Uhrzeit nachmittags in den Briefkasten eingeworfene Briefe noch am selben Tag zugehen. So hat das Bundesarbeitsgericht in einer etwas älteren Entscheidung beispielsweise entschieden, dass ein Zugang am selben Tag jedenfalls dann abzulehnen sei, wenn der Brief gegen 16:30 Uhr eingeworfen werde (Urteil vom 08.12.1983 – 2 AZR 337/82, NZA 1984, 31). Nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts Köln soll ein

Kündigungsschreiben, das nach 16:00 Uhr in den Briefkasten des Arbeitnehmers eingeworfen wird, grundsätzlich nicht mehr am Tag des Einwurfs zugehen (Urteil vom 19.07.2010 – 4 Sa 721/10, NZA-RR 2011, 180).

Dagegen soll eine Kündigung, die am letzten Tag der Sechs-Monats-Frist des § 1 Abs. 1 KSchG um 16:00 Uhr in den Briefkasten des Arbeitnehmers eingelegt wird, nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts Berlin jedenfalls dann noch an diesem Tag zugehen, wenn der Arbeitnehmer nach vorangegangenen Verhandlungen über einen Aufhebungsvertrag damit rechnen muss, dass der Arbeitgeber ihm das Kündigungsschreiben noch an diesem Tag durch einen Boten überbringen lässt (Urteil vom 11.12.2003 – 16 Sa 1926/03, NZA-RR 2004, 528). Auf dieser Linie liegt nunmehr auch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, wonach ein Schreiben, von dem der Adressat weiß oder annehmen muss, dass es gegen 17:00 Uhr in den Hausbriefkasten eingeworfen wurde, grundsätzlich noch am selben Tag zugeht.

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts eignet sich als Prüfungsgegenstand, weil sie Probleme des allgemeinen Teils des BGB mit arbeitsrechtlichen Besonderheiten verknüpft. Übertragen werden kann die Problematik des Zugangs einer Kündigungserklärung im arbeitsrechtlichen Kontext insbesondere auch auf die Frage, ob die Kündigungsfrist nach § 622 BGB oder die Kündigungserklärungsfrist gemäß § 626 Abs. 2 BGB eingehalten wurde. Auch für die Frage, ob die Kündigung noch innerhalb der Sechs-Monats-Frist des § 1 Abs. 1 KSchG ausgesprochen wurde und sich der Arbeitnehmer daher nicht auf einen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz berufen kann, ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung von entscheidender Bedeutung.

Einen Überblick zu den wesentlichen Problemen im Zusammenhang mit dem Zugang von Willenserklärungen bieten *Noack/Uhlig*, JA 2012, 740 ff. sowie speziell zu Kündigungen *Müller*, Fachanwalt Arbeitsrecht 2012, 356 ff.; *Springer*, BB 2012, 1477 ff. und *Röbke*, Fachanwalt Arbeitsrecht 2011, 260 ff.

**Dr. Nikolaus Polzer**

Rechtsanwalt  
CMS Hasche Sigle, Stuttgart

► **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](mailto:robert.krywalski@cms-hs.com)

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

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### „Tod eines Raubtäters“

Urteil vom 27. Oktober 2015, Az. – 3 StR 199/15

**1. Die Verteidigungshandlung muss bei § 32 StGB vom Verteidigungswillen getragen sein.**

**2. Ein Erlaubnistatbestandsirrtum kann gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB die Strafbarkeit wegen vorsätzlichen Handelns entfallen lassen.**

**3. Notwehrexzess setzt das Bestehen einer objektiv gegebenen Notwehrlage voraus. Auf Fälle der sogenannten Putativnotwehr, also unter anderem in einer irrtümlich angenommenen Notwehrlage, ist die Vorschrift des § 33 StGB nicht anwendbar.**

(Leitsätze des Bearbeiters)

#### A) Sachverhalt

„I. Nach den Feststellungen des Landgerichts begaben sich der später getötete [...] L. und vier weitere Mittäter am 13. Dezember 2010 zum Grundstück des Angeklagten, um diesen auszurauben. Sie führten eine Softair-Pistole mit sich und hatten sich [...] maskiert. Als der Angeklagte nach 21 Uhr sein Haus verließ, [...] wurde er von drei der Raubtäter überwältigt und zu Boden geworfen. Anschließend schleppten sie ihn ins Haus, wo er sich zu einem Stuhl im Wohnzimmer führen ließ, in dessen Armlehne er einige Zeit zuvor aus Angst vor einem Überfall eine scharfe und geladene Pistole versteckt hatte. Die Raubtäter, die die Waffe nicht bemerkten, befragten den Angeklagten in aggressivem Ton nach den Aufbewahrungsorten von Geld und Tresorschlüsseln. Der später Getötete und ein Mittäter fixierten den Angeklagten dabei an den Armen, hielten ihm die Softair-Pistole an den Kopf und strangulierten ihn mit einem Schal. Die drei übrigen Täter durchsuchten das Haus nach Wertgegenständen und nahmen Geld und Schmuckstücke an sich. Dabei lösten sie versehentlich die Alarmanlage aus; im Haus erklang ohrenbetäubender Lärm und die Außenbeleuchtung ging an, die die Terrasse und den angrenzenden Gartenbereich erhellte. Die Raubtäter gerieten dadurch in Panik und verließen [...] durch eine nur teilweise zu öffnende Terrassentür das Haus des Angeklagten, um möglichst schnell zu ihrem Fluchtfahrzeug zu gelangen. Der später Getötete, der - von diesem unbemerkt - das Portemonnaie des Angeklagten mit über 2.000 € Bargeld eingesteckt hatte, zwängte sich als vierter durch den Türspalt. Der Angeklagte hatte inzwischen die Waffe ergriffen und durchgeladen und war den Raubtätern in einen Zwischenflur nachgegangen, aus dem er die Terrassentür im Blick hatte.“ Er „meinte, einen Schuss gehört zu haben“ und glaubte, dieser habe möglicherweise ihm gegolten. Er war „der Auffassung, nunmehr ebenfalls schießen zu dürfen. Tatsächlich war kein Schuss abgegeben oder von einem der Raubtäter auch nur eine Waffe auf den Angeklagten gerichtet worden. Dieser gab aus dem Zwischenflur heraus ohne vorherige Androhung des Schusswaffengebrauchs oder einen Warnschuss vier Schüsse in

Körperhöhe in Richtung der weiterhin in Panik fliehenden Raubtäter ab. Der dritte traf L., der sich noch in unmittelbarer Nähe der Terrassentür befand, in den Rücken [...]; er verstarb binnen weniger Minuten an einem durch den Blutverlust verursachten Herz-Kreislauf-Versagen.

Der Angeklagte hielt bei den Schüssen den Tod eines der Flüchtenden, die er wegen der Außenbeleuchtung gut sehen konnte, für möglich und nahm dies billigend in Kauf. Er sah aufgrund der vorangegangenen Raubtat und eines am Tag zuvor stattgefundenen Überfalls, bei dem ein Opfer zu Tode gekommen war, sein Leben als bedroht an; zugleich war ihm allerdings bewusst, dass ein weiterer Angriff der fliehenden Täter, die ersichtlich keine Waffe auf ihn richteten, nicht unmittelbar bevorstand. Er schoss, um den Raubtätern zu verdeutlichen, dass sie“ ihre Flucht fortsetzen und „nicht zurückkommen sollten. Die Sicherung seines Eigentums spielte bei Abgabe der Schüsse keine Rolle.“

#### B) Prozessgeschichte

„Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Totschlags "in einem minder schweren Fall" schuldig gesprochen und ihn zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Dagegen wenden sich die jeweils auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten und das zu seinen Gunsten eingelegte, vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft.“ Die Revisionen hatten vor dem Senat keinen Erfolg.

#### C) Entscheidung und Hinweise

II. Für den Senat erweist sich auf „der Grundlage dieser Feststellungen [...] die Verurteilung des Angeklagten wegen Totschlags auch unter Berücksichtigung der Revisionsangriffe als rechtsfehlerfrei. Der Erörterung bedarf nur Folgendes:“

Der Senat lässt sich zunächst kurz aus zur Feststellung bedingten Tötungsvorsatzes (1.), was durchaus interessant sein mag. Zentral sind jedoch seine folgenden Ausführungen (zu Fragestellungen auf anderen Prüfungsebenen im Delikttaufbau): Für die Strafbarkeit entscheidend ist die Frage, ob der Angeklagte in Notwehr handelte (2.), darauf baut die Prüfung des Eingreifens eines Erlaubnistatbestandsirrtums (3.) und sodann eines Notwehrexzesses (4.) auf.

1. Zum subjektiven Tatbestand führt der Senat aus: „Die Annahme [...], der Angeklagte habe mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt, begegnet keinen durchgreifenden revisionsrechtlichen Bedenken.“ Vom „Vorliegen des Tötungsvorsatzes des Angeklagten“ hat sich die Kammer „im Wesentlichen wegen der besonderen Gefährlichkeit der Tathandlung (mehrere Schüsse intentional in Höhe des Oberkörpers aus vier bis fünf Metern Entfernung), des nach Angaben des hinzugezogenen Sachverständigen

sehr zielgerichteten Schussbildes, der Erfahrung des Angeklagten im Umgang mit Waffen sowie der guten Sichtbarkeit der fliehenden Raubtäter überzeugt. Bei dieser Sachlage“ lag die Annahme, „der Angeklagte habe bei Tatbegehung darauf vertraut, trotz der erkannten Gefährlichkeit seines Handelns werde der Taterfolg ausbleiben“, fern.

2. Zur Rechtswidrigkeit stellt der Senat fest, die Kammer hat zu Recht „eine Rechtfertigung der Handlungen des Angeklagten abgelehnt“.

Bei der Frage, ob der Angeklagte in Notwehr, § 32 StGB, handelte, unterscheidet er zwischen drei möglicherweise tangierten Rechtsgütern des Angeklagten:

a) Ein gegenwärtiger Angriff „der Raubtäter auf Leib und Leben des Angeklagten“ lag nicht vor, da nicht „tatsächlich ein Schuss auf den Angeklagten abgegeben wurde“. Eine diesbezügliche Notwehrlage war also (im Zeitpunkt der Notwehrhandlung) bereits objektiv nicht gegeben.

b) Die „Ablehnung eines Notwehrrechts wegen der Wegnahme des Portemonnaies“ (Rechtsgut Eigentum des Angeklagten) war zutreffend: Eine Rechtfertigung scheidet „insoweit bereits an dem aus mehreren Gründen fehlenden Verteidigungswillen des Angeklagten, von dem die Verteidigungshandlung nach ständiger Rechtsprechung, von der abzuweichen der vorliegende Fall keinen Anlass bietet, getragen sein muss“. Denn nach den Feststellungen „ging der Angeklagte im Tatzeitpunkt davon aus, die Raubtäter hätten keine Beute erlangt. Er hatte also keine Kenntnis von der Notwehrlage. Zudem gab er die Schüsse auch nicht ab, um sein Eigentum zu verteidigen; allein handlungsleitendes Motiv war vielmehr Angst um sein Leben, nachdem er meinte, einen Schuss gehört zu haben.“

Weiter der Senat: „Selbst wenn man mit einer in der Literatur vertretenen Auffassung in Fällen, in denen das subjektive Rechtfertigungselement fehlt, eine Strafbarkeit wegen vollendeten Delikts entfallen lassen und - mit Blick auf strukturelle Ähnlichkeiten zum untauglichen Versuch - nur eine solche wegen Versuchs annehmen wollte [Nachw.], würde dies den Bestand des angefochtenen Urteils nicht gefährden“. Denn zutreffend hat die Kammer ausgeführt, „dass die Schüsse in Höhe des Oberkörpers der fliehenden Täter nicht erforderlich waren, der Angeklagte vielmehr - jedenfalls mit Blick auf die Verteidigung allein seines Eigentums - gehalten war, auf die Beine der Flüchtenden zu zielen“.

#### Hinweise

Unausgesprochen bejaht der Senat also diesbezüglich eine Notwehrlage. Eine solche (ein noch gegenwärtiger, weil noch nicht beendeter Angriff) ist gegeben. Auch richtet sich die Notwehrhandlung (die Schüsse) gegen den Angreifer. Jedoch erachtet der Senat die Grenzen der Notwehr als nicht gewahrt: Nicht erforderlich waren danach die Schüsse, da das „Prinzip des mildesten Mittels“ nicht beachtet wurde. Der Angeklagte war zu einem zunächst nicht lebensgefährlichen Schusswaffeneinsatz, also einem Schuss „auf die Beine der Flüchtenden“ anstelle „in Höhe des Oberkörpers“ gehalten. Die Nichtbeachtung dieser sog. abgestuften Reaktionsfolge

beim Schusswaffeneinsatz (vertiefend BGH, Urte. v. 02.11.2011 - 2 StR 375/11 = JSE 3/2012, 101 (103 f., 105) (Ernst)) führt zur Verneinung der Erforderlichkeit und damit zum Entfallen einer Rechtfertigung nach § 32 StGB. Überdies fehlt – so der Senat – der nach st. Rspr. nötige Verteidigungswille, woran eine Rechtfertigung (jedenfalls) scheitert.

Was die Ausführungen des Senats zum Verteidigungswillen anbelangt, so ist gegen die Feststellung, selbiges fehle beim Angeklagten und dieses Fehlen lasse eine Rechtfertigung (jedenfalls) scheitern, nichts einzuwenden (zum notwendigen Verteidigungswille ausf. BGH, Urte. v. 25.04.2013 - 4 StR 551/12 = JSE 1/2014, 87 ff. (Ernst); zur sog. Lehre vom subjektiven Rechtfertigungselement und dessen Zusammensetzung Ernst, ZJS 2011, 382 (384); **↳ ders., JSE 1/2014, 93 ff.** je m.w.N.). Soweit sie die Konsequenzen des Fehlens des subjektiven Rechtfertigungselements betreffen, nötigen sie zum Widerspruch: Folge ist nicht Strafbarkeit wegen vollendeter Tat (so der Senat unter Verweis auf st. Rspr., sog. Vollendungslösung), sondern wegen versuchter Tat (sog. Versuchslösung), was bereits andernorts nachgewiesen wurde und worauf verwiesen sei (Ernst, ZJS 2011, 382 (384); OLG Celle, Beschl. v. 25.01.2013 - 2 Ws 17 - 21/13 = JSE 1/2014, 96 (97 f., 99) (Ernst) mit den entsprechenden Hinweisen, je m.w.N.).

c) Schlussendlich kommt Notwehr zur Verteidigung des Hausrechts nicht in Betracht. Denn der Angeklagte handelte „auch nicht mit dem erforderlichen Willen, sein Hausrecht gegen einen gegenwärtigen Angriff der Raubtäter darauf zu verteidigen. Vielmehr waren nach den Feststellungen ursächlich für die Schüsse allein die Angst um sein Leben wegen des vermeintlichen Schusses auf ihn sowie sein Wunsch, den Angreifern zu verdeutlichen, dass sie nicht zurückkehren sollten“. Der Senat merkt an, dass die Schüsse zudem keine zur Verteidigung des Hausrechts gebotene Notwehrhandlung darstellten. „Zwar ist anerkannt, dass auch das Hausrecht „grundsätzlich mit scharfen Mitteln“ verteidigt werden darf, soweit es sich bei dem Angriff nicht um eine Bagatelle handelt [Nachw.]. Steht indes die mit der Verteidigung verbundene Beeinträchtigung des Angreifers in einem groben Missverhältnis zu Art und Umfang der aus dem Angriff drohenden Rechtsverletzung, so ist die Notwehr unzulässig [Nachw.]. Dies war angesichts des Umstands, dass die Raubtäter im Begriff waren, das Grundstück fluchtartig zu verlassen und die Beendigung der Hausrechtsverletzung damit - wie von dem Angeklagten erkannt - auch ohne sein Zutun unmittelbar bevorstand, hier der Fall. Aus diesem Grund liegt auch der Einwand der Revision des Angeklagten, die Strafkammer habe sich mit der Intensität der ursprünglichen, in dem Überfall liegenden Hausrechtsverletzung nicht ausreichend auseinandergesetzt, neben der Sache“.

#### Hinweise

Eine Notwehrlage im Hinblick auf das Rechtsgut Hausrecht des Angeklagten (zur Notwehrfähigkeit desselben Günther, SK/StGB (31. Lfg., 7. Aufl.), § 32 Rn. 47) kann der Senat noch bejahen, sieht allerdings aufgrund des

„groben Missverhältnis[es]“ (Tötung des Angreifers, um das Hausrecht zu verteidigen) wiederum die Grenzen der Notwehr als nicht gewahrt an. Denn jedenfalls eine für den Angreifer lebensgefährliche Verteidigung scheidet aus, droht eine lediglich geringfügige, kurzfristige oder reversible Verletzung des Rechtsgutes (Günther, aaO, § 32 Rn. 110; gegen eine Notwehrbeschränkung aufgrund des Missverhältnisses zwischen den kollidierenden Gütern allerdings Mitsch, in: Baumann/Weber/ders., StrR AT, 11. Aufl. (2003), § 17 Rn. 36). Das beim Angeklagten fehlende subjektive Element bildet sozusagen den doppelten Boden.

3. Sodann wendet sich der Senat einem Dauerklassiker zu, der Frage des Vorliegens eines Erlaubnistatbestandsirrtums zu, „der gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB die Strafbarkeit wegen vorsätzlichen Handelns entfallen lassen könnte (st. Rspr.; [Nachw.] vgl. aber auch BGH, Urteil vom 2. 11. 2011 - 2 StR 375/11 [= JSE 3/2012, 101 (104) (Ernst) [...]]: Ausschluss der Vorsatzschuld“; vertiefend: Kühl, StrR AT, 7. Aufl. (2012), § 13 Rn. 63 ff.; ▶Ernst/Doerbeck, JSE 2/2013, 169 (177 ff.), auch mit Hinweisen zum Prüfungsaufbau). Diese habe die Kammer mit Recht verneint. „In einem solchen Erlaubnistatbestandsirrtum befindet sich, wer irrig Umstände annimmt, die - wenn sie vorlägen - einen anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen würden“.

a) „Diese Voraussetzung war [...] bei dem Angeklagten nicht gegeben“.

„Er nahm [...] nicht an, sich in einer Lage zu befinden, aufgrund derer sein Handeln durch Notwehr hätte gerechtfertigt sein können. Denn das Landgericht hat ausdrücklich festgestellt, dass dem Angeklagten im Moment der Schussabgabe bewusst war, dass ein (weiterer) Angriff der flüchtenden Raubtäter nicht unmittelbar bevorstand und diese keine Waffe auf ihn richteten“. Der Angeklagte stellte sich „gerade keinen gegenwärtigen Angriff auf sein Leben oder seine Gesundheit vor: Der vermeintlich abgegebene Schuss auf ihn hatte ihn ersichtlich nicht verletzt; weil er erkannte, dass ein weiterer Schuss nicht abgegeben werden würde, dauerte der (angenommene) Angriff aus seiner Sicht auch nicht mehr fort, weil die Herbeiführung oder Vertiefung einer Rechtsgutsverletzung nicht zu erwarten war“.

4. Schlussendlich bejaht der Senat die Schuld des Angeklagten: Er war „auch nicht gemäß § 33 StGB entschuldigt. Nach dieser Vorschrift wird der Täter nicht bestraft, der die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken (sog. asthenische Affekte) überschreitet. Voraussetzung ist das Bestehen einer objektiv gegebenen Notwehrlage; auf Fälle der sogenannten Putativnotwehr, also unter anderem in einer irrtümlich angenommenen Notwehrlage [Nachw.], ist die Vorschrift des § 33 StGB nicht anwendbar (st. Rspr. [Nachw.]). Die asthenischen Affekte müssen weiter dafür ursächlich sein, dass der den Angriff wahrnehmende Täter die Grenzen der Notwehr überschreitet [Nachw.], wobei er gleichsam mit Verteidigungswillen handeln muss [Nachw.]“.

Nach diesen Grundsätzen sind die Voraussetzungen eines Notwehrexzesses nicht erfüllt:

In Bezug auf das Rechtsgut Leben und Gesundheit lag ein gegenwärtiger Angriff - wie dargelegt - nicht vor; der Angeklagte überschritt auch nicht die Grenzen der Notwehr, vielmehr wären seine Schüsse - hätten die Raubtäter tatsächlich auf ihn gefeuert und wäre ihr Angriff noch gegenwärtig gewesen - gerechtfertigt gewesen. Es handelt sich insoweit mithin allenfalls um einen Fall allein der Putativnotwehr in Form eines Tatsachenirrtums über einen in Wirklichkeit nicht vorliegenden Angriff; nicht aber um einen Notwehrexzess [Nachw.].

Mit Blick auf das Rechtsgut Eigentum fehlt es wiederum am Verteidigungswillen des Angeklagten, so dass auch insoweit die Anwendung des § 33 StGB ausscheidet.

Gleiches gilt - wie dargelegt - hinsichtlich der Verteidigung des Hausrechts des Angeklagten: Insoweit schoss er nicht aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken über den stattgehabten Angriff auf dieses Rechtsgut oder zu dessen Verteidigung gegen einen gegenwärtigen Angriff. Die nach den Feststellungen für die Schüsse ursächliche Angst um sein Leben sowie sein Wunsch, den Angreifern zu verdeutlichen, dass sie nicht zurückkehren sollten, belegen den erforderlichen Verteidigungswillen mit Blick auf das Hausrecht nicht, so dass es nicht darauf ankommt, ob die Todesangst wegen des vermeintlich gehörten Schusses im Rahmen der Überschreitung des das Hausrecht betreffenden objektiv gegebenen Notwehrrechts überhaupt zu berücksichtigen ist, was entgegen den dargelegten Grundsätzen doch zu einer Berücksichtigung einer tatsächlich nicht bestehenden Notwehrlage im Rahmen der Prüfung des § 33 StGB führen könnte. Auch bedarf es keiner Entscheidung, ob - wie das Landgericht angenommen hat - in Fällen, in denen die Verteidigungshandlung in einem groben Missverhältnis zu der aus dem Angriff drohenden Rechtsverletzung steht, die Anwendung der Vorschrift des § 33 StGB ebenso ausscheidet, wie das Notwehrrecht“.

#### Hinweis

Vertiefend und weiterführend zum Problemkreis etwa BGH, Beschl. v. 01.03.2011 - 3 StR 450/10 = JSE 4/2013, 117 (120 ff., 122 ff.) (Ernst/Doerbeck); BGH, Ur. v. 25.04.2013 - 4 StR 551/12 = 1/2014, 87 (95) (Ernst) je mit den entsprechenden Hinweisen.

III. „Der Senat hat den Schuldspruch neu gefasst, weil die Urteilsformel von allem freizuhalten ist, was nicht unmittelbar der Erfüllung ihrer Aufgabe dient, das begangene Unrecht zu kennzeichnen und die im Urteil getroffenen Anordnungen zu verlautbaren. Eine Bezeichnung der Tat als "minder schwerer Fall" erübrigt sich danach“.

#### Hinweise

Dem geneigten Leser wird jedenfalls der Sachverhalt in seinen groben Zügen bekannt vorkommen. In der Tat war dieser - noch in Gestalt der Anklageschrift - Gegenstand der Entscheidung des OLG Celle, Beschl. v. 25.01.2013 - 2 Ws 17 - 21/13 = JSE 1/2014, 96 ff. (Ernst). Damals gingen die Nebenkläger gegen die Nichteröffnung des Hauptverfahrens in die sofortige Beschwerde und das OLG war zur Entscheidung berufen. Vorliegend war es der BGH, der über die Revisionen des Angeklag-

ten und der Staatsanwaltschaft zu befinden hatte. Das Landgericht, das noch die Anklageschrift nicht zuließ und das Hauptverfahren nicht eröffnete, war nun nach der Beweisaufnahme zur Verurteilung des Angeklagten gelangt. – Nach revisionsrechtlicher Prüfung mit Billigung des BGH. Bereits das OLG hatte auf Grundlage des damaligen Ermittlungsstandes eine Verurteilungswahrscheinlichkeit bejaht.

Die Beweisaufnahme führte zur Feststellung eines im Wesentlichen vergleichbaren Sachverhaltes. Und die materiell-rechtlichen Fragen, mit denen ab der Anfängerübung gerechnet werden muss und die – das zeigt vorliegendes Urteil – auch in der Praxis eine bedeutsame Rolle spielen (können), erfuhren ausführliche höchst-richterliche Würdigung. – Anlass genug, dieselben anhand vorliegender Entscheidung und den gegebenen Hinweisen (nochmals) zu vertiefen.

### ***Guido Philipp Ernst***

Staatsanwalt

Lehrbeauftragter an der Hochschule für Öffentliche  
Verwaltung und Finanzen

#### **► Inhaltsverzeichnis**

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Zu den Voraussetzungen des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB) – Frische der Tat, räumlich-zeitliche Anforderungen an die Nötigungshandlung, Vorsatz

Beschluss vom 04. August 2015, Az. 3 StR 112/15

1. Auf frischer Tat betroffen iSd § 252 StGB ist der Täter, wenn er noch in unmittelbarer Nähe zum Tatort und alsbald nach der Tatausführung wahrgenommen wird, wenn also im Moment der Wahrnehmung noch ein enger, sowohl örtlicher als auch zeitlicher Zusammenhang mit der Vortat besteht.

2. Es genügt für die im Tatbestand des räuberischen Diebstahls vorausgesetzte Nötigungshandlung, dass sie Folge des Betroffenseins ist, mithin zu diesem in Bezug steht. Ein solcher ist auch gegeben, wenn das Nötigungsmittel im Rahmen der so genannten Nacheile angewendet wird, also während der sich unmittelbar an das Betreffen auf frischer Tat anschließenden Verfolgung. Liegen diese Voraussetzungen vor, kommt es auf einen engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang zwischen Vortat und Gewaltanwendung nicht an, solange die Verfolgung ohne Zäsur durchgeführt wird.

3. Zu den Anforderungen an den Tatvorsatz bei einem räuberischen Diebstahl.

(Leitsätze nach BeckRS-Redaktion)

#### A) Sachverhalt (gekürzt)

Der Angeklagte A drang in den frühen Morgenstunden gemeinsam mit zwei Komplizen in eine Bankfiliale ein, während ein vierter Beteiligter draußen die Szenerie absicherte.

Dem Angeklagten und seinen Komplizen gelang es, einen Geldautomaten aufzubrechen und aus diesem 74.850 € zu entnehmen. Die Gruppe floh daraufhin mit drei, später nur noch mit zwei Fahrzeugen vom Tatort, wobei sich A in demjenigen Fluchtauto befand, in welchem auch die Beute transportiert wurde.

Was den Agierenden zu diesem Zeitpunkt nicht bekannt war: Die gesamte Tatbegehung war von Beamten des LKA observiert worden, weshalb ein – von den observierenden Beamten informiertes – Mobiles Einsatzkommando des LKA die Täter nach ca. 30-minütiger Fahrt und ca. 35 km vom Tatort entfernt zum Anhalten bringen konnte.

Als der Angeklagte A und sein das Fahrzeug führender Komplize – insbesondere aufgrund des Aufdrucks „Polizei“ – erkannten, dass sie von Polizeibeamten umstellt waren, kamen sie überein, auf einen der Beamten zuzufahren, um der Festnahme zu entgehen und sich im Besitz der Beute zu erhalten. Im

Rahmen dieses Manövers kam es zu einem Zusammenprall mit dem Polizeibeamten, welcher eine schmerzhaft Knieprellung davontrug. Dies war von den beiden Wageninsassen in Kauf genommen worden.

Wiederum zweieinhalb Stunden nach dieser Flucht konnte der Angeklagte A festgenommen werden.

#### B) Verfahrensgang

Das als Tatsacheninstanz mit der Aburteilung befasste LG Trier befand, dass sich der Angeklagte A – unter anderem – wegen besonders schweren räuberischen Diebstahls gemäß §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht hat.

Die Revision des Angeklagten richtete sich gegen die Verurteilung wegen räuberischen Diebstahls sowie der daran anknüpfenden Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

#### C) Entscheidung und Hinweise

Der 3. Strafsenat des BGH verwarf die Revision des Angeklagten durch Beschluss nach Maßgabe des § 349 Abs. 2 StPO.

Im Hinblick auf § 252 StGB bot der zugrundeliegende Sachverhalt für den BGH gleich an *drei Stellen* Anlass, Erörterungen zur Reichweite des Räuberischen Diebstahls vorzunehmen. Er konzentrierte seine Ausführungen auf die Frage nach einer Strafbarkeit wegen (gemeinschaftlichen) besonders schweren räuberischen Diebstahls. Diese Beschränkung soll auch hier übernommen werden.

**Obersatz:** A könnte sich durch das – mit dem Fahrer des Fluchtfahrzeugs einverständlich beschlossene – Zufahren auf den Polizeibeamten, nachdem A und seine Komplizen beim Aufbrechen des Bankautomaten beobachten worden waren, wegen (gemeinschaftlichen) besonders schweren räuberischen Diebstahls gemäß §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2, 25 Abs. 2 strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

##### 1. Objektiver Tatbestand des Grunddelikts (§ 252 StGB)

###### a) Geeignete Vortat

§ 252 setzt als Anknüpfungspunkt ausweislich seines Wortlauts einen Diebstahl voraus.

**Hinweis**

Taugliche Anknüpfungstat kann neben §§ 242 – 244a StGB (LK-Vogel, 12. Aufl. 2010, § 252 Rn. 11) nach h.M. auch der Raub (§ 249 StGB) sein. Dies ergibt sich aus folgender Überlegung:

Für den Dieb finden die §§ 250, 251 StGB – mit ihren erheblichen Strafraumen – über § 252 StGB unzweifelhaft Anwendung. Für den Räuber, der erst in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung die (Qualifikations-)Merkmale nach §§ 250, 251 StGB verwirklicht, kann unter Wertungsgesichtspunkten nichts anderes gelten (Schönke/Schröder-Eser/Bosch, 29. Aufl. 2014, § 252 Rn. 3; LK-Vogel, 12. Aufl. 2010, § 252 Rn. 12). Zudem enthält § 249 StGB alle Diebstahlelemente.

Ein vollendeter (gemeinschaftlicher) Diebstahl (in einem besonders schweren Fall, §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 (verschlossenes Behältnis), 25 Abs. 2 StGB) ist vorliegend jedenfalls nach Verladung der aus dem Geldautomaten entnommenen Geldscheine in das bereitgestellte Fluchtauto zu bejahen. Danach liegt in Gestalt des Diebstahls eine geeignete Vortat vor.

**b) Auf frischer Tat betroffen**

Der Täter muss bei dem **Diebstahl** betroffen sein. Das erfordert, dass das bereits vollendete Delikt noch im Gange, also noch nicht beendet ist (Rotsch, in: ders./Nolte/Pfeifer/Weitemeyer, Die Klausur im Ersten Staatsexamen (2003), S. 365). Es muss also der Gewahrsamswechsel vollzogen, die Vortat darf aber noch nicht beendet sein (Eisele, BT II, 3. Aufl. 2015, Rn. 403).

Vorliegend ist jedenfalls durch das Verladen des Geldes in das Fluchtauto der Gewahrsamswechsel vollzogen, gesicherter Gewahrsam As und seiner Komplizen aber noch nicht begründet. Denn für die Beendigung der Wegnahme ist notwendig, dass der (neue) Gewahrsam auch in gewissem Maße gesichert ist, was zu bejahen ist, wenn dem bisherigen Gewahrsamsinhaber nicht mehr das Recht nach § 859 Abs. 2 BGB (Besitzkehr) zusteht, sondern er verbotene Eigenmacht (§ 859 Abs. 1 BGB) beginge (Kindhäuser, LPK, 5. Aufl. 2013, § 242 Rn. 54). Das ist hier aufgrund der – observierten – Flucht nicht der Fall. Der (gemeinschaftliche) Diebstahl (in einem besonders schweren Fall) ist also vollendet, aber noch nicht beendet.

Ein Betreffen auf frischer Tat liegt laut Senat vor, „wenn der Täter noch in unmittelbarer Nähe zum Tatort und alsbald nach der Tatausführung wahrgenommen wird“. Es müsse „im Moment der Wahrnehmung noch ein enger, sowohl örtlicher als auch zeitlicher Zusammenhang mit der Vortat“ bestehen.

Dies erscheint mit Blick auf die Konfrontation, welche erst nach ca. 30-minütiger Fahrt sowie in 35 km Entfernung vom Tatort stattgefunden hat, zweifelhaft.

Sodann subsumiert der Senat:

„Danach war die Tat zwar im Moment des Zugriffs durch die Beamten des Mobilen Einsatzkommandos nicht mehr frisch; anders verhält es sich indes bei der Wahrnehmung durch die Observationskräfte. Dabei steht dem Betreffen nicht entgegen,

dass diese die Tat nicht erst nach ihrer Vollendung entdeckten, sondern sie bereits von Anfang an beobachteten.“

**Hinweis**

Die erste Frage, die der BGH auf Grundlage der gegebenen Sachverhaltskonstellation beantworten musste, ist also die nach der „Frische“ der Tat.

Wenn der BGH lapidar anführt, dass jedenfalls die Observationskräfte die Täter direkt am Tatort wahrgenommen haben, stellt er nochmals klar, dass § 252 StGB nur Anwendung finden kann, wenn ein Betreffen am Tatort bzw. in räumlicher Nähe zu bejahen ist (BGHSt 9, 255, 257; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 252 Rn. 4).

**c) Nötigungshandlung**

Das Zufahren auf den Polizeibeamten ist als Gewalt – sprich: durch Anwendung von (auch nur geringer) körperlicher Kraft verursachter *körperlich wirkender Zwang* gegen eine Person, der dazu bestimmt ist, geleisteten oder erwarteten Widerstand zu verhindern oder zu überwinden (Eisele, BT II, Rn. 306) – und damit als von § 252 StGB erfasste Nötigungshandlung einzustufen.

Vorliegend verhält es sich so, dass die Nötigungshandlung erst in erheblicher räumlicher sowie zeitlicher Entfernung vom Tatort vorgenommen wird (s.o.).

Dazu der 3. Senat:

„Es genügt, dass die Nötigungshandlung Folge des Betroffenseins ist, mithin zu diesem in Bezug steht. Ein solcher ist auch gegeben, wenn das Nötigungsmittel im Rahmen der sogenannten Nacheile angewendet wird, also während der sich unmittelbar an das Betreffen auf frischer Tat anschließenden Verfolgung [...]. Liegen diese Voraussetzungen vor, kommt es auf einen engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang zwischen Vortat und Gewaltanwendung nicht an, solange die Verfolgung - wie vorliegend - ohne Zäsur durchgeführt wird [...].“

Ferner stellt der Senat klar, dass es „gemäß dem eindeutigen Wortlaut des § 252 StGB“ nicht darauf ankomme, „dass sich die in dem Anfahren auf den Polizeibeamten liegende, dem Angeklagten gemäß § 25 Abs. 2 zuzurechnende Gewaltanwendung nicht gegen einen der Polizeibeamten richtete, der die Täter auf frischer Tat angetroffen hatte [...].“

**Hinweise**

1. Dass hier Mittäterschaft vorliegt und mithin eine Zurechnung vorzunehmen ist, scheint für den BGH auf der Hand zu liegen. In einer Klausur wären ein paar Worte mehr sicher angezeigt (vertiefend etwa Geppert, JURA 2011, 30).

2. Die zweite Frage, welcher sich der BGH zuwenden musste, betrifft den räumlich-zeitlichen Zusammenhang von **Betreffen** und **Nötigungshandlung**.

Insoweit ist der Begriff der **Nacheile** hervorzuheben: Findet eine Wahrnehmung des Täters am Tatort bzw. in unmittelbarer Tatortnähe statt und wird unverzüglich

die Verfolgung des Täters aufgenommen, besteht ein hinreichender Zusammenhang zwischen Betroffensein und Nötigungshandlung, welcher eine Bestrafung wegen „Verteidigung der Diebesbeute mit Raubmitteln“ (zum Strafgrund vgl. etwa Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 252 Rn. 1) angezeigt erscheinen lässt (BGH GA 1962, 145; Eisele, BT II, Rn. 404; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 252 Rn. 5/6).

## 2. Objektiver Tatbestand der Qualifikation (§ 250 Abs. 2)

Die Subsumtion des (A nach § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnenden) Zufahrens auf einen Polizeibeamten mit einem Pkw unter das **Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs** iSd § 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB bereitet – trotz der Uneinigkeit über den Werkzeugbegriff (auch) im Rahmen des § 250 Abs. 2 StGB (vgl. nur Eisele, BT II, Rn. 366 f.) – wenig Schwierigkeiten:

Der Pkw ist bei abstrakt-objektiver Betrachtung als gefährlich einzustufen (vgl. Fischer, 62. Aufl. 2015, § 250 Rn. 8), erfüllt aber auch die Voraussetzungen an ein gefährliches Werkzeug iSd § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB (für eine entsprechende Heranziehung im Rahmen des § 250 Abs. 2 StGB die Rspr.; vgl. nur BGHSt 45, 249, 250). Schließlich ist der zum Teil geforderte Verwendungsvorbehalt (Rengier, BT I, 17. Aufl. 2015, § 8 Rn. 17 iVm Rn. 3) zu bejahen.

### Hinweis

Dementsprechend befasst sich der BGH in seinem Beschluss ausschließlich mit der Frage nach der Verwirklichung des § 252 StGB. Die Vorschrift, nach welcher der Täter „gleich einem Räuber“ zu bestrafen ist, eröffnet immerhin erst den Weg zu den Raubqualifikationen.

## 3. Subjektiver Tatbestand

### a) Vorsatz

Zunächst muss der Angeklagte A vorsätzlich in Ansehung des objektiven Tatbestandes (s.o.) gehandelt haben.

BGH: „Dazu ist [...] erforderlich, dass sich der Vorsatz des Täters auch auf sein eigenes Betroffensein bezieht.“

Daran könnten insoweit Zweifel bestehen, als A erst im Zeitpunkt der Konfrontation auf die Polizeibeamten aufmerksam wurde.

Der BGH führt dazu aus:

„Da dieser Vorsatz jedoch gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB erst bei Begehung der Tat, also bei Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung vorliegen muss, reicht es in der vorliegenden Konstellation aus, wenn der Angeklagte in dem Moment des Gewahrdens der Polizeikräfte und der Entscheidung, auf einen von ihnen zuzufahren, jedenfalls erkannte und billigend in Kauf nahm, dass er möglicherweise bereits in unmittelbarer zeitlicher und räumlicher Nähe zum Diebstahl bemerkt worden war und dies zu der Polizeiaktion führte.“

Das Vorliegen von Eventualvorsatz leitet sich nach Auffassung des Senats insbesondere aus den objektiven Umständen ab, welche der (versuchte) Zugriff mit sich brachte:

Der entsprechende Eventualvorsatz erschließe sich „aufgrund der Situation [Anm.: Die Beamten hatten die Täterfahrzeuge mit ihren Fahrzeugen ausgebremst, trugen Sturmhauben und traten den Flüchtigen mit gezogenen Waffen entgegen] *zwanglos*“.

### Hinweis

Abschließend thematisiert der BGH die – dem AT zuzuordnende – Frage nach dem sog. Vorsatz-Zeitpunkt. Deren Beantwortung ergibt sich in Gestalt des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB unmittelbar aus dem Gesetz. Da Tathandlung im Rahmen des § 252 StGB die Nötigungshandlung ist, muss der Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale erst in diesem Zeitpunkt vorliegen.

Die Ermittlung der inneren Tatseite anhand äußerer Umstände ist in der Praxis an der Tagesordnung, für den Studierenden, der im Rahmen einer Fallbearbeitung zumeist kurz und prägnant über das Innenleben des Täters oder Teilnehmers informiert wird, dagegen eher fremd.

### b) Besitzerhaltungsabsicht

Die notwendige Besitzerhaltungsabsicht, die neben andere Motive (Verhinderung der Festnahme) treten kann (BGHSt 13, 64, 65; Eisele, BT II, Rn. 413; MüKo-Sander, 2. Aufl. 2012, § 252 Rn. 16), liegt in der Person des A vor.

## II. Ergebnis

Der rechtswidrig und schuldhaft handelnde A hat sich gemäß §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2, 25 Abs. 2 strafbar gemacht.

### Hinweis

Der Sachverhalt bietet ergänzend zu den angesprochenen Problempunkten einen bunten Strauß an möglicherweise einschlägigen Delikten. Begonnen etwa bei Körperverletzungsdelikten (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 und – denkbar – Nr. 5 StGB), über § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB (womöglich über § 315b Abs. 3 i.V.m. § 315 Abs. 3 StGB; dazu etwa ▶OLG Hamm, JSE 3/2014, 342 (343, 344 f.) (Ernst) mit den entsprechenden Hinweisen) zu § 113 StGB. – Klausurersteller könnten sich verlocken lassen.

## Alexander Bechtel

Akademischer Mitarbeiter

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

### ▶ Inhaltsverzeichnis

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Unwesentliche Abweichung vom Kausalverlauf bei mehraktigem Tatgeschehen („Scheunenmord“-Fall)

Urteil vom 03. Dezember 2015, Az. 4 StR 223/15

**Eine unwesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf kann auch bei einer auf einem eigenständigen Tatentschluss beruhenden Zweithandlung des Täters zu bejahen sein.**

**(Leitsatz des Bearbeiters)**

#### A) Sachverhalt (gekürzt)

Nach den Feststellungen des Landgerichts schlug der Angeklagte (A) seinem zwei Jahre jüngeren Freund (F) in der Nähe einer Scheune im Außenbereich von Büren (Nordrhein-Westfalen) – möglicherweise nach einer vorangegangenen verbalen Auseinandersetzung – unvermittelt mehrfach von hinten mit einer Metallstange auf den Kopf, wodurch dieser u.a. ein hochgradiges Schädelhirntrauma erlitt und – bereits tödlich verletzt – bewusstlos liegen blieb. Der Angeklagte, der meinte, seinen Freund getötet zu haben, entfernte sich daraufhin zunächst vom Tatort, kehrte jedoch ca. eine Stunde später wieder zurück, in der Absicht die Polizei zu verständigen und dieser vorzutäuschen, er habe seinen Freund tot aufgefunden. Als er festgestellt hatte, dass dieser noch lebte, trennte er dem Tatopfer, das aufgrund der Schädelverletzung zu einer Abwehrreaktion nicht in der Lage war, mit einem Messer die Kehle durch, worauf das Tatopfer verstarb. Der Angeklagte setzte anschließend einen Notruf ab und gab an, seinen Freund mit aufgeschnittener Kehle aufgefunden zu haben.

#### Strafbarkeit des A?

#### B) Verfahrensgang

Das Tatgericht (LG Paderborn) verurteilte den Angeklagten wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung sowie wegen Totschlags.

#### C) Einleitende Hinweise

Die Fallgestaltung erinnert beim ersten Lesen an den sog. Jauchegrubenfall (BGHSt 14, 193). Dort hatte der Täter angenommen, das Opfer bereits durch Ersticken getötet zu haben, während der Tod tatsächlich erst durch das Versenken des vermeintlich leblosen Körpers in einer Jauchegrube eintrat.

Der hiesige Sachverhalt stimmt mit der dem Jauchegrubenfall zugrunde liegenden Konstellation insoweit überein, als beide Täter das Opfer nach Abschluss der ersten Gewalteinwirkung irrtümlich für tot hielten.

Im Jauchegrubenfall *verbleibt* der Täter in diesem Irrtum; das Versenken des Opfers in der Grube erfolgte in der festen Vorstellung, einen Leichnam zu „entsorgen“. Vorliegend bemerkte

der Täter dagegen seinen Irrtum, woraufhin er sein Werk zu Ende brachte.

Die Wertung des BGH im Jauchegrubenfall ist bekannt:

Der Umstand, dass der Tod erst mit Versenken des Körpers in der Grube eintrat, sei zwar eine „*Abweichung des wirklichen vom vorgestellten Ursachenablauf*“. Doch sei die Abweichung „*gering und rechtlich ohne Bedeutung*“ (zum Ganzen BGHSt 14, 193, 194). Danach ging der BGH von einer unwesentlichen Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf aus, weshalb dem Angeklagten ein vollendeter Totschlag vorzuwerfen war (a.A. die sog. Versuchslösung, welche die erste Gewalteinwirkung lediglich als Versuch und die sich anschließende konkret todesursächliche Handlung als Fahrlässigkeitstat bewertet; vgl. Kühl, AT, 7. Aufl. 2012, § 13 Rn. 48; S/S/W-Momsen, 2. Aufl. 2014, §§ 15, 16 Rn. 33).

Fraglich ist, ob die rechtliche Einschätzung des Bundesgerichtshofes hinsichtlich der (Un-)Wesentlichkeit der Vorsatzabweichung für den Fall aufrechterhalten werden kann, dass der Täter seinen Irrtum bemerkt und ganz bewusst – sprich: *vorsätzlich* – eine weitere Tötungshandlung vornimmt.

#### D) Entscheidung und Hinweise

##### I. Strafbarkeit des A

##### gemäß §§ 212 I, 211 I, II Gr. 2 Alt. 1 StGB

A könnte sich durch das Einschlagen mit der Metallstange auf den Kopf des F wegen Mordes gemäß §§ 212 I, 211 I, II Gr. 2 Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben.

##### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Objektiver Tatbestand

##### aa) Voraussetzungen des § 212 I StGB

##### (1) Erfolg

Der Erfolg in Gestalt des Todes des F ist letztlich eingetreten.

##### (2) Handlung

Die Handlung liegt in den Schlägen mit der Metallstange.

##### (3) Kausalität

Hätte A nicht mit der Metallstange auf den Kopf des F eingeschlagen, so wäre dieser zu dem Zeitpunkt, in welchem A dem F die Kehle durchtrennte, nicht wehrlos am Boden gelegen. Demnach ist die Handlung im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel ursächlich für den (Todes-)Erfolg. Dazu der BGH:

„Ursächlich für den Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolgs ist jede Bedingung, die den Erfolg herbeigeführt hat. Dabei ist gleichgültig, ob neben der Tathandlung noch andere Umstände, Ereignisse oder Geschehensabläufe zur Herbeiführung des Erfolgs beigetragen haben [...]. Ein Kausalzusammenhang ist nur dann zu verneinen, wenn ein späteres Ereignis die Fortwirkung der ursprünglichen Bedingung beseitigt und seinerseits allein unter Eröffnung einer neuen Ursachenreihe den Erfolg herbeigeführt hat [...]. Dagegen schließt es die Ursächlichkeit des Täterhandelns nicht aus, dass ein weiteres Verhalten an der Herbeiführung des Erfolgs mitgewirkt hat. Ob es sich bei dem mitwirkenden Verhalten um ein solches des Opfers oder um deliktisches oder undeliktisches Verhalten eines Dritten [...] oder des Täters selbst handelt [...], ist dabei ohne Bedeutung.“

#### (4) Objektive Zurechnung

Im Todeserfolg müsste sich, soweit man die Lehre von der objektiven Zurechnung als Korrektiv zur weiten Kausalitätsformel auch im Rahmen von Vorsatzdelikten anerkennt (so die ganz überwiegende Literatur; vgl. nur *Heinrich*, AT, 3. Aufl. 2012, Rn. 242; *Rengier*, AT, 6. Aufl. 2014, § 13 Rn. 40 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 44. Aufl. 2014, Rn. 178), die geschaffene (Ausgangs-)Gefahr realisiert haben.

#### Hinweis

Die Rechtsprechung behandelt, da sie der Figur der objektiven Zurechnung – jedenfalls im Rahmen von Vorsatzdelikten – keine eigenständige Bedeutung zumisst, die Zurechnungsproblematik ausschließlich im Rahmen des subjektiven Tatbestandes. Bemüht man sich mit der überzeugenden h.M. in der Literatur um eine Eingrenzung bereits auf Ebene des objektiven Tatbestandes, ist die Zurechnungsfrage zweifach – unter dem Gesichtspunkt der objektiven Zurechnung sowie unter dem Gesichtspunkt eines (möglichen) vorsatzrelevanten Irrtums über den Kausalverlauf – zu erörtern (überzeugend *Valerius*, JA 2006, 261, 264).

Fraglich ist, ob das *vorsätzliche Dazwischentreten des Täters selbst* den Zurechnungszusammenhang zu unterbrechen vermag. Für den Fall des (eigenverantwortlichen) Dazwischentreten eines Dritten ist die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs regelmäßig zu bejahen (*Heinrich*, AT, 3. Aufl. 2012, Rn. 253). Beim „Dazwischentreten“ des Täters selbst kann nichts anderes gelten: Auch dieser schafft eine – an die Ausgangshandlung anknüpfende – *neue*, in ihrer Wirkungsweise *eigenständige Gefahr*. Diese Gefahrschaffung fußt wiederum auf einem neuen, ebenfalls eigenständigen Tatentschluss (zur Zäsurwirkung in solchen Fällen auch BGH NStZ 2002, 253).

D.h. aber, dass sich im Todeserfolg nicht die Ausgangsgefahr (Schlag mit der Metallstange), sondern die anknüpfende Gefahr (Messerschnitt) realisiert hat. Die objektive Zurechenbarkeit ist also zu verneinen.

#### Hinweis

Trotz der Verneinung der objektiven Zurechenbarkeit soll eine Darstellung der vom BGH präferierten Lösung erfolgen. Aufgrund des Verzichts des BGH auf die Kategorie der objektiven Zurechnung im Rahmen von Vorsatzdelikten kann eine entsprechende Darstellung erst auf Vorsatzebene (Irrtum über den Kausalverlauf) erfolgen (s.o.).

Ferner muss sich – der Vollständigkeit halber – eine Prüfung der tatbezogenen Mordmerkmale anschließen.

#### bb) Tatbezogene Mordmerkmale

Die von hinten sowie unvermittelt erfolgenden Schläge auf den Kopf könnten als heimtückisches Handeln iSd § 211 II Gr. 2 Alt. 1 StGB einzuordnen sein. A müsste daher die auf Arglosigkeit beruhende Wehrlosigkeit des F in feindseliger Willensrichtung ausgenutzt haben (zur Heimtücke-Definition und möglichen Restriktionen vgl. etwa ▶ *Bechtel*, JSE 2014, 267, 277 ff.). F versah sich hier keines Angriffs auf Leib und Leben, weshalb er arglos war. Infolge seiner Arglosigkeit war er in seinen Verteidigungsmöglichkeiten nicht nur unerheblich eingeschränkt und demnach wehrlos. Schließlich handelte A ersichtlich in feindseliger Willensrichtung. Das tatbezogene Mordmerkmal der Heimtücke ist in Ansehung der Schläge auf den Kopf zu bejahen.

#### b) Subjektiver Tatbestand

Fraglich ist, ob A auch vorsätzlich in Ansehung des Kausalverlaufs handelte. Dies ist nur dann zu bejahen, wenn sich die Fehlvorstellung (im Zeitpunkt der Vornahme der tatbestandlichen Handlung) über den zum tatbestandlichen Erfolg führenden Geschehensablauf *als eine unwesentliche* darstellt.

Dass der konkrete Todeserfolg erst durch das Durchschneiden der Kehle eintrat, müsste demnach eine unwesentliche Abweichung vom vorgestellten Geschehensablauf – sprich: Todeseintritt infolge der Schläge mit der Metallstange – darstellen. Dazu der BGH:

„Eine Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als unwesentlich anzusehen, wenn sie sich innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren hält und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigt [...]. Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs ist in Fällen, in denen bei Angriffen gegen das Leben der Tod des Opfers nicht unmittelbar durch die Angriffshandlung sondern durch vorsätzliches Handeln eines Dritten oder eine nicht mehr vom Tötungsvorsatz getragene Verdeckungshandlung des Täters herbeigeführt wurde, von der Rechtsprechung eine wesentliche Abweichung vom Kausalverlauf verneint worden [...].“

Sodann subsumiert der Senat:

„Im vorliegenden Fall ist nach den festgestellten Tatumständen eine lediglich unwesentliche Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf gegeben. Der Umstand, dass der Tod des durch die Schläge mit dem der Metallstange bereits tödlich verletzten Tatopfers unmittelbar durch die im Zuge der Bemühungen um eine Tatverschleierung mit gleicher Angriffsrichtung

gegen das wider Erwarten noch nicht verstorbene Opfer geführten Messerstiche bewirkt wurde, bewegt sich nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit und rechtfertigt keine andere Bewertung der Tat.“

Danach stellt eine mit Vorsatz verübte zweite Angriffshandlung keine – den Zurechnungszusammenhang unterbrechende – Zäsur dar.

Das Vorliegen täterbezogener Mordmerkmale iSd § 211 II StGB ist nicht ersichtlich.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte weder gerechtfertigt noch entschuldigt.

## II. Ergebnis

A hat sich – nach Auffassung des BGH – wegen vollendeten Heimtücke-Mordes gemäß § 211 I, II Gr. 2 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

Zu einem abweichenden Ergebnis gelangt man, wenn man bereits auf Ebene des objektiven Tatbestandes die Zurechenbarkeit verneint (s.o.). In diesem Fall wäre – in Übereinstimmung mit dem Landgericht – eine Strafbarkeit wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (Schläge mit der Metallstange) in Tatmehrheit mit vollendetem Totschlag (Einwirkung mit dem Messer) zu bejahen (§§ 211 I, II Gr. 2 Alt. 1, 22, 23 I Alt. 1, 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5, 52 I; 212 I; 53 I StGB).

### Hinweis

Freilich stellt sich auch in Ansehung der Zweithandlung die Frage nach dem Vorliegen von Mordmerkmalen. Das LG Paderborn sah insoweit keine Mordmerkmale verwirklicht. Dies überzeugt, was ein mögliches heimtückisches Handeln anbelangt. Das sich im Todeskampf befindliche Opfer F kann nach dem ersten Angriff auf sein Leben nicht mehr als arglos bezeichnet werden. Schwieriger stellt sich die Rechtslage hinsichtlich des Vorliegens von Verdeckungsabsicht dar. Hier ist auch innerhalb der Rechtsprechung umstritten, in welchem Verhältnis erster und zweiter Angriff auf dasselbe Opfer stehen müssen, um ein Handeln mit Verdeckungsabsicht bejahen zu können (vgl. nur Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, 29. Aufl. 2014, § 211 Rn. 32a). Es erscheint jedenfalls vertretbar, aufgrund des insgesamt noch bestehenden zeitlichen Zusammenhangs und trotz der Annahme von Tatmehrheit ein Handeln mit Verdeckungsabsicht zu verneinen.

### Abschließender Hinweis

Das vom BGH gefundene Ergebnis vermag angesichts der eindeutigen Zäsurwirkung des neuerlichen Tatent schlusses nicht zu überzeugen. Die insoweit gezogene Parallele zu Fällen, in denen der Tod im Umfeld von unvorsätzlichen Verdeckungshandlungen eintrat, trägt dementsprechend nicht.

Man kommt nicht umhin, sich zu fragen, ob die Bejahung einer unwesentlichen Abweichung im vorgestellten Kausalverlauf dem Bestreben geschuldet war, der besonders rücksichtslosen Vorgehensweise des Täters mit dem Vorwurf des vollendeten Mordes zu begegnen.

## Alexander Bechtel

Akademischer Mitarbeiter

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und

Computerstrafrecht

(Prof. Dr. Jörg Eisele)

### ► Inhaltsverzeichnis

## RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

### Erfolgloser Antrag auf einstweilige Anordnung gegen die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung

Beschluss vom 21. Dezember 2015, Az. 2 BvR 2347/15

**1. Das in § 217 StGB normierte Verbot der gewerbsmäßigen Sterbehilfe bleibt bestehen. Eine vorläufige Aussetzung des Gesetzesvollzugs ist nach Folgenabwägung durch das BVerfG nicht haltbar.**

**2. Bei Erlass einer einstweiligen Anordnung würde der durch § 217 StGB bezweckte Schutz menschlichen Lebens als eines grundrechtlich durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützten Rechtsguts von höchstem Rang und der Schutz des autonomen Umgangs des Einzelnen mit diesem Rechtsgut vor einer jedenfalls abstrakten Gefährdung entfallen. Die Anzahl der Personen, bei denen sich diese abstrakte Gefährdung vom Zeitpunkt des Erlasses der einstweiligen Anordnung bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache realisieren könnte, ist dabei kaum einzuschätzen.**

**3. Die mit Erlass des § 217 StGB verfolgte gesetzgeberische Intention dem Suizid nicht den „fatalen Anschein einer Normalität“ zukommen zu lassen, sodass schlimmstenfalls sogar Menschen zur Selbsttötung verleitet werden, ist nicht offensichtlich fehlerhaft.**

(Leitsätze der Bearbeiter)

#### A) Sachverhalt

Die Anträge der Beschwerdeführer sind darauf gerichtet, § 217 StGB in der Fassung durch das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung vom 3. Dezember 2015 (BGBl I S. 2177) außer Vollzug zu setzen. Gemäß dem neu gefassten § 217 Abs. 1 StGB macht sich derjenige strafbar, der in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt. Die Tat wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Als Teilnehmer bleibt gemäß § 217 Abs. 2 StGB straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.

In dieser am 10. Dezember 2015 in Kraft getretenen Vorschrift sehen die Beschwerdeführer eine Verletzung ihres Selbstbestimmungsrechts über das eigene Sterben, das Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG) sei, zumindest aber von der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) umfasst werde.

Die Beschwerdeführer sind alle Mitglieder des Vereins Sterbehilfe Deutschland e.V., dessen Zweck gemäß § 2 Abs. 1 der Vereinssatzung insbesondere die Unterstützung seiner Mitglieder bei der Durchsetzung des „Recht[s] auf Selbstbestimmung bis zum letzten Atemzug“ ist. Gemäß § 2 Abs. 4 der Satzung ermöglicht der Verein einem Mitglied das aus dem Leben scheidenden will, „unter Beachtung der jeweils geltenden deutschen und schweizerischen Rechtsordnung“ einen begleiteten Suizid.

Die Beschwerdeführer tragen vor, sich über einen längeren Zeitraum ausführlich mit der Option eines Suizids beschäftigt zu haben und wegen ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigungen ernsthaft gewillt zu sein, ihrem Leben unter bestimmten Voraussetzungen in der nahen Zukunft ein Ende zu setzen. Zum Beleg ihrer uneingeschränkten Fähigkeit zur Einsicht und selbstbestimmten Willensbildung haben sie jeweils ein Gutachten eines Facharztes für Neurologie und Psychiatrie vorgelegt.

Der Verein hat ihnen zwischen April und Juni 2014 auf ihren Wunsch hin und nach Maßgabe seiner ethischen Grundsätze die – als „grünes Licht“ bezeichnete – Zusage erteilt, sie im Falle eines eigenverantwortlichen Sterbewunsches bei einer Selbsttötung zu unterstützen. Im Hinblick auf den Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens zu dem von den Beschwerdeführern angegriffenen § 217 StGB hat der Verein allerdings durch Pressemitteilung vom 27. November 2015 erklärt, keine Suizidbegleitungen mehr durchzuführen. Bereits durch eine zum 30. August 2015 erfolgte Satzungsänderung hatte der Verein in § 2a der Satzung geregelt, sich an eine in Kraft getretene Regelung, die eine Begleitung beim Suizid verbietet, halten zu wollen.

Die Beschwerdeführer sehen sich in ihrem Selbstbestimmungsrecht über das eigene Sterben zum einen als (mögliche) Adressaten der Strafnorm verletzt. Es sei nicht mit hinreichender Sicherheit auszuschließen, dass sie sich als Teilnehmer einer Tat gemäß § 217 StGB strafbar machen könnten. Es komme insbesondere eine Strafbarkeit wegen Anstiftung gemäß §§ 217, 26 StGB in Betracht, wenn sie als Suizidwillige bei dem potenziellen Förderer des Suizids einen Tatentschluss im Sinne des § 217 StGB hervorrufen sollten. Zum anderen umfasse der Schutzbereich des Selbstbestimmungsrechts über den eigenen Tod auch die Inanspruchnahme der Hilfe Dritter zu diesem Zweck. § 217 StGB erschwere oder verhindere jedoch durch die Strafandrohung für den geschäftsmäßigen Suizidhelfer die von den Beschwerdeführern gewünschte Inanspruchnahme professioneller Hilfe beim Suizid.

## B) Die Entscheidung des BVerfG

Die Anträge auf einstweilige Anordnung durch das BVerfG sind begründet, wenn die begehrte Außervollzugsetzung des § 217 StGB zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum allgemeinen Wohl dringend geboten ist (vgl. § 32 Abs. 1 BVerfGG).

Dass sich bereits das Hauptsacheverfahren von vornherein als unzulässig oder offensichtlich unbegründet erweist, was der Annahme „schwerer Nachteile“ oder „einem anderen wichtigen Grund“ iSv. § 32 Abs. 1 BVerfGG und damit der Begründetheit des Antrags entgegenstehen würde, ist nicht ersichtlich. Dagegen sind die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens offen. Dazu das BVerfG:

(Rn. 11): „Die Verfassungsbeschwerde ist weder von vornherein unzulässig noch offensichtlich unbegründet.“

Insofern ist eine Folgenprognose in Form einer Nachteilsabwägung vorzunehmen. Dabei sind gegeneinander abzuwägen die Nachteile, die für den Antragsteller eintreten, wenn die begehrte einstweilige Anordnung abgelehnt wird, in der Hauptsache später sich aber herausstellt, dass die gerügte Entscheidung verfassungswidrig ist, mit denjenigen Nachteilen, die sich ergäben, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen wird, sich später in der Hauptsache aber herausstellt, dass ein Verfassungsverstoß nicht bestand. Geht es um die Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes, ist zu beachten, dass nur gravierende Nachteile bei Fortgeltung der angegriffenen Rechtsvorschrift bis zur Entscheidung in der Hauptsache Berücksichtigung finden können. Dazu das BVerfG:

(Rn. 10): „Zudem rechtfertigen schwere Nachteile oder ein anderer wichtiger Grund für sich eine einstweilige Anordnung noch nicht. Ihr Erlass muss zur Abwehr der Nachteile auch unter Berücksichtigung der bei einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz erforderlichen Zurückhaltung des Senats dringend geboten sein. Die in § 32 Abs. 1 BVerfGG geforderte Dringlichkeit ist als Unaufschiebbarkeit einer zumindest vorläufigen Regelung zu verstehen (BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 27. April 2000 - 2 BvR 801/99 -, juris, Rn. 29; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 9. Juni 2004 - 1 BvR 668/04 -, juris, Rn. 4).“

Erginge die einstweilige Anordnung nicht, könnte ein Verstoß gegen das Selbstbestimmungsrecht über das eigene Sterben – umfasst von der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) – als schwerer Nachteil eintreten. In diesem Zusammenhang führt das BVerfG aus:

(Rn. 12 ff.): „Sofern § 217 StGB nicht außer Vollzug gesetzt wird, wären die Beschwerdeführer jedenfalls bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache gehindert, die von ihnen grundsätzlich gewünschte Form einer begleiteten Selbsttötung in Anspruch zu nehmen, da der Verein Sterbehilfe Deutschland e.V. durch das strafbewehrte Verbot einer geschäftsmäßigen Sterbehilfe gehindert ist, die den Beschwerdeführern zugesagte Unterstützung zu leisten.“

aa) Entgegen der von den Beschwerdeführern vertretenen Rechtsansicht würden diese sich jedoch selbst dann keinem Risi-

ko einer Strafbarkeit aussetzen, wenn sie Mitarbeiter des Vereins oder andere Personen als geschäftsmäßige Suizidhelfer zu tatbestandsmäßigen Förderungshandlungen im Sinne des § 217 StGB bestimmen oder Beihilfehandlungen zu einer solchen Tat leisten sollten. **Eine Strafbarkeit wegen Anstiftung oder Beihilfe zu einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung kommt nach den Grundsätzen einer sogenannten notwendigen Teilnahme nicht in Betracht.** Eine notwendige Teilnahme liegt vor, wenn die Tatbestandsverwirklichung begrifflich die Mitwirkung mehrerer voraussetzt. Demgemäß bleibt insbesondere das durch die Strafvorschrift geschützte Opfer auch bei einer Mitwirkungshandlung straflos (vgl. BGHSt 10, 386; BGH, Urteil vom 19. Januar 1993 - 1 StR 518/92 -, MDR 1993, S. 563; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorbem. §§ 25 ff. Rn. 42 m.w.N.). Da es bei einer Mitwirkungshandlung des geschützten Rechtsgutsinhabers generell an der für eine strafbare Teilnahme notwendigen eigenständigen Unrechtsverwirklichung fehlt (vgl. Heine/Weißer, a.a.O., Rn. 42), kommt es auch nicht darauf an, ob die Teilnahmehandlung das Maß des zur Tatbestandsverwirklichung Notwendigen nicht überschreitet.

Aus der Begründung des Gesetzentwurfs ergibt sich, dass gerade der potenzielle Suizident vor einer abstrakt das Leben und die Autonomie des Einzelnen gefährdenden Handlung in Form einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung geschützt werden soll (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 11 f., 14). Ebenso wie sich der Sterbewillige bei einem missglückten Tötungsversuch, der von einem anderen auf ausdrücklichen Wunsch des Opfers hin unternommen wurde, nicht wegen Teilnahme an einer Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) strafbar machen kann (Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 216 Rn. 18), bleibt daher auch der Suizidwillige, der bei einem anderen den Entschluss zu einer Förderungshandlung im Sinne des § 217 StGB weckt oder eine Beihilfehandlung hierzu erbringt, straflos. Diese Straffreistellung des Suizidwilligen entspricht auch dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, der allein im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Grundsätze einer notwendigen Teilnahme von einer expliziten Straffreistellung abgesehen hat (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 20).

bb) Die Beschwerdeführer sind daher von der Strafandrohung des § 217 StGB nicht als Normadressaten, sondern nur insoweit betroffen, als das Verbot einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung die von ihnen grundsätzlich gewünschte konkrete Art eines begleiteten Suizids mit Unterstützung des Vereins Sterbehilfe Deutschland e.V. verhindert.

Dabei ist jedoch zum einen zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführer ihren grundsätzlichen Wunsch nach einem begleiteten Suizid in den von ihnen gegenüber dem Verein Sterbehilfe Deutschland e.V. ausgefüllten Fragebögen bereits in einem Zeitraum von Mai 2013 bis Januar 2014 geäußert haben, ohne dass sich seitdem ihr Wunsch aktualisiert hätte. Zum anderen würde eine Fortgeltung des § 217 StGB bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache nur zu einem weiteren Aufschub der beabsichtigten Form der begleiteten Selbsttötung führen, die im Falle eines Erfolgs der Verfassungsbeschwerden in der Hauptsache noch realisiert werden könnte. Der Eintritt irreversibler Folgen ist somit nicht zu befürchten. Schließlich ist zu berücksichtigen,

dass die von den Beschwerdeführern gewünschte Selbstbestimmung über ihr eigenes Sterben durch eine Fortgeltung des § 217 StGB nicht vollständig verhindert, sondern lediglich hinsichtlich des als Unterstützer in Betracht kommenden Personenkreises beschränkt wird. Selbst die Inanspruchnahme professioneller ärztlicher Unterstützung wäre für die Beschwerdeführer nicht gänzlich ausgeschlossen, sofern der betreffende Helfer nicht das Tatbestandsmerkmal der Geschäftsmäßigkeit erfüllt.“

Demgegenüber sind die Folgen für den Fall abzuwägen, dass die einstweilige Anordnung erginge. Insofern ist bei einer Aussetzung des Vollzugs zu berücksichtigen, dass § 217 StGB seinen Folgen nach nicht nur in Bezug auf die Beschwerdeführer, sondern gegenüber allen Normadressaten Wirkung entfaltet. Dazu das BVerfG:

(Rn. 17 ff.): „Für den Fall, dass die einstweilige Anordnung ergeht, die Verfassungsbeschwerde aber später erfolglos bliebe, sind nicht nur die Folgen zu berücksichtigen, die sich für die Beschwerdeführer und diejenigen ergeben, die sich aufgrund eines frei gebildeten Willensentschlusses ebenso wie die Beschwerdeführer zu einer durch geschäftsmäßig tätige Helfer im Sinne des § 217 StGB begleiteten Selbsttötung entschlossen haben. Bei der Folgenabwägung sind vielmehr die Auswirkungen auf alle von dem Gesetz Betroffenen zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 112, 284 <292>; 122, 342 <362>; 131, 47 <61>).

Es ist daher zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber bei Beschluss des § 217 StGB davon ausgegangen ist, dass eine Entwicklung hin zu einer zunehmenden Verbreitung des assistierten Suizids nicht nur künftig zu befürchten, sondern bereits eingetreten ist. **Der Gesetzgeber sieht mit dieser Entwicklung die Gefahr verbunden, dass der „fatale Anschein einer Normalität“ und schlimmstenfalls sogar der sozialen Gebotenheit der Selbsttötung entstehen und dadurch auch Menschen zur Selbsttötung verleitet werden könnten, die dies ohne ein Angebot eines assistierten Suizids aus eigenem Antrieb nicht täten** (BTDrucks 18/5373, S. 11 mit weiterem Verweis auf BTDrucks 17/11126, S. 1, 6 und 7). Weder der Vortrag der Beschwerdeführer noch sonstige Anhaltspunkte lassen darauf schließen, dass die tatsächlichen Feststellungen, von denen der Gesetzgeber ausgegangen ist, offensichtlich fehlerhaft sein könnten und die von diesem prognostizierte weitere Entwicklung einer rationalen Grundlage entbehren könnte.

Für den Fall, dass § 217 StGB außer Vollzug gesetzt würde, ist daher zu besorgen, dass sich insbesondere unter schweren Erkrankungen leidende, auf fremde Hilfe angewiesene Personen, die in weit geringerem Maße als die Beschwerdeführer zu einer selbstbestimmten und reflektierten Entscheidung über das eigene Sterben in der Lage sind, durch die dann fortsetzbaren Angebote geschäftsmäßiger Förderung der Selbsttötung zu einem Suizid verleiten lassen könnten. Es kann dabei auch nicht davon ausgegangen werden, dass jeder geschäftsmäßige Anbieter einer Suizidassistenz seine Leistungen von der Erfüllung ethischer Standards abhängig macht, die den „Ethischen Grundsätzen“ entsprechen, die der Verein Sterbehilfe Deutschland e.V. gemäß § 2 Abs. 1 Satz 4 seiner Satzung für verbindlich erklärt hat.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass bei Erlass der einstweiligen Anordnung der durch § 217 StGB bezweckte Schutz menschlichen Lebens als eines grundrechtlich durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Rechtsguts von höchstem Rang (vgl. BVerfGE 115, 118 <152> m.w.N.) und der Schutz des autonomen Umgangs des Einzelnen mit diesem Rechtsgut vor einer jedenfalls abstrakten Gefährdung entfallen würde. Die Anzahl der Personen, bei denen sich diese abstrakte Gefährdung vom Zeitpunkt des Erlasses der einstweiligen Anordnung bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache realisieren könnte, ist dabei kaum einzuschätzen.“

Gemessen an den vorstehenden Erwägungen erleiden die Beschwerdeführer bei einer Fortgeltung des § 217 StGB bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache, nicht so gravierende Nachteile, dass es unabdingbar wäre, § 217 StGB vorläufig außer Kraft zu setzen. Nach alledem führt die vom Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Entscheidung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG vorzunehmende Folgenabwägung zu dem Ergebnis, dass die gegen den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe überwiegen. Das BVerfG führt aus:

(Rn. 21): „Insgesamt wiegen die Nachteile, die bei einer Aussetzung des Vollzugs des § 217 StGB drohen, schwerer als die nachteiligen Folgen, die auf Seiten der Beschwerdeführer eintreten, wenn die einstweilige Anordnung nicht erlassen wird.“

Die Anträge der Beschwerdeführer auf Erlass einer Anordnung nach § 32 BVerfGG sind unbegründet. Das Bundesverfassungsgericht wird die einstweilige Anordnung nicht erlassen.

**C) Anmerkung**

Das BVerfG betont in seiner Entscheidung, dass das Verbot der geschäftsmäßigen Sterbehilfe nicht offenkundig unzulässig sei. So stehe das gesetzliche Ziel, menschliches Leben zu schützen, in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz. Die sich ergebenden Nachteile für die Beschwerdeführer seien nicht so groß, um das Verbot der geschäftsmäßigen Sterbehilfe außer Kraft zu setzen. Sollte die Verfassungsbeschwerde erfolgreich sein, könnten sie auch später noch Unterstützung von dem Sterbehilfeverein erhalten.

Das BVerfG hat aus Sicht der Bearbeiter eine richtige Entscheidung getroffen. Gerade bei einstweiligen Anordnungen, die auf die Außervollzugsetzung erst kürzlich in Kraft getretener Gesetze gerichtet sind, ist seitens des „Hüters der Verfassung“ Zurückhaltung geboten. Dies gilt zunächst im Hinblick auf die von Gesetzen zu gewährleistende Rechtssicherheit, die durch eine anderslautende – bloß vorläufige – Entscheidung des BVerfG nachhaltig beeinträchtigt werden würde. Gerade im besonders sensiblen, weil sanktionsbewehrten Strafrecht muss für den Laien als Rechtsanwender klar erkennbar sein, welche normativen Rahmenbedingungen der Gesetzgeber geschaffen hat und ob diese gültig sind. Ferner verpflichtet der in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG verankerte Grundsatz der Gewaltenteilung das BVerfG zu einem behutsamen Vorgehen, wenn es in die dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber zugewiesenen Kompetenzen eingreifen will. Gerade in den letzten Jahren hat das BVerfG, wie die politisch stark umstrittenen Entscheidungen zum Kopftuchverbot für Lehrerinnen oder zur Erbschaftssteuer belegen, dieser Prämisse nicht immer ausreichend Beachtung geschenkt.

***Finn Mengler***

Repetitor  
KissAkademie

***Lorenz Bode***

Wissenschaftliche Hilfskraft  
Lehrstuhl für Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug  
(Prof. Dr. Dr. h. c. Jörg-Martin Jehle)

**► Inhaltsverzeichnis**

# Impressum

## Redaktion

Benjamin Baisch  
 Alexander Bechtel  
 Dominique Beck  
 Pius Dolzer  
 StA Guido Philipp Ernst  
 RA Steffen Follner  
 Dr. Karin Hummel, M. A.  
 Lina Kammerer  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL. M.  
 RA Dr. Andreas Lohbeck  
 Dipl.-Pol. Philipp Louis  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
*(Schriftleiter)*  
 RA Dr. Paul Popescu  
 Gabriel Schmidt  
*(Stellvertretender Schriftleiter)*  
 Amela Schön  
 Dipl. Jur. Sascha Sebastian, M.mel.  
*(Stellvertretender Schriftleiter)*  
 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)*  
 Dipl.-Jur. Sascha Sebastian, M.mel.  
*(Stellvertretender Vorsitzender)*  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M  
*(Schatzmeister)*  
 StA Guido Philipp Ernst  
*(Ressortleiter Strafrecht)*  
 Prof. Dr. Arne Pautsch  
*(Ressortleiter Öffentliches Recht)*

6. Jahrgang (2016)

ISSN 2195-044X

## Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann  
 Prof. Dr. Jörg Eisele  
 RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser  
 Prof. Dr. Volker Haas  
 RA Dr. Roland Haberstroh, LL. M. (Boston University)  
 RD Jochen Heinz  
 Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL. M. (Tübingen)  
 RA Prof. Rainer Kirhdörfer  
 Prof. Dr. Alexander Proelß  
 Prof. Dr. Joachim Renzikowski  
 Prof. Dr. Gottfried Schiemann  
 Prof. Dr. Jan Schürnbrand  
 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](mailto: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

4/2015   <i>Sascha Brüggemann</i>	Anonymität im Internet
3/2015   <i>Patrick Christian Otto</i>	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts
3/2015   <i>Christian F. Majer</i>	Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen
2/2015   <i>Simon Pschorr</i>	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle
2/2015   <i>Arne Pautsch</i>	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand
1/2015   <i>Christian Picker</i>	Das neue Mindestlohngesetz
4/2014   <i>Caprice Nina Doerbeck</i>	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?
4/2014   <i>Sascha Brüggemann</i>	Datenkrake NSA
3/2014   <i>Alexander Bechtel</i>	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
2/2014   <i>Christian F. Majer</i>	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung
2/2014   <i>Philipp K. Kauffmann</i>	In dubio pro – Selbstanzeige?
1/2014   <i>Andreas Lohbeck</i>	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?
4/2013   <i>Philipp Kauffmann</i>	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat
4/2013   <i>Stanyo Dinov</i>	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan
3/2013   <i>Sebastian Brüggemann</i>	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit
2/2013   <i>Joachim Renzikowski</i>	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.
1/2013   <i>Andreas Lohbeck</i>	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht
1/2013   <i>Hartmut Kilger/Christian F. Majer</i>	Die Ethik und die Rechtsanwälte
4/2012   <i>Tobias Rist</i>	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
3/2012   <i>Christian F. Majer</i>	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten
2/2012   <i>Paul Popescu</i>	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
1/2012   <i>Julius Forschner</i>	Die Haftung von Ratingagenturen
1/2012   <i>Nicolas Sonder</i>	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
1/2011   <i>Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer</i>	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](http://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](mailto: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