

HERAUSGEBER

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

Vereinsvorstand:

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

BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchmann
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL. M. (Boston University)
RD Jochen Heinz
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL. M. (Tübingen)
RA Prof. Rainer 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

Arne Pautsch

Die „konsultative Volksbefragung“
auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand

Simon Pschorr

Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle

KLAUSUREN

Christian F. Majer

Zivilrecht: „Am Strande von Mallorca“

Isabelle Grüner-Blatt

Strafrecht: „Eheprobleme und ihre Folgen“

Edward Schramm/Yvonne Markgraf

Strafrecht: „Langfinger in einer Jenaer Kaufhalle“

RECHTSPRECHUNG

BGH

„TÜV neu“ und Unzumutbarkeit der Nacherfüllung

OLG Celle

„Haltet den Dieb!“ – zum Tatbegriff des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO

United States Supreme Court

Verfassungsgemäßheit der Eheschließung zweier
Personen gleichen Geschlechts

Inhaltsverzeichnis

BEITRÄGE

ARNE PAUTSCH

Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand Seite ▶ 119

SIMON PSCHORR

Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle Seite ▶ 127

KLAUSUREN

CHRISTIAN F. MAJER

Examensklausur Zivilrecht:
„Am Strande von Mallorca“ Seite ▶ 135

ISABELLE GRÜNER-BLATT

Zwischenprüfungsklausur Strafrecht:
„Eheprobleme und ihre Folgen“ Seite ▶ 145

EDWARD SCHRAMM/YVONNE MARKGRAF

Fortgeschrittenenklausur Strafrecht:
„Langfinger in einer Jenaer Kaufhalle“ Seite ▶ 160

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

BGH

Erbunwürdigkeit wegen versuchten Totschlags
in einem minder schweren Fall
Urteil vom 11.03.2015 (Julius Forschner) Seite ▶ 178

BGH

"TÜV neu" und Unzumutbarkeit der Nacherfüllung
Urteil vom 15.04.2015 (Julius Forschner) Seite ▶ 183

BAG

Klageverzicht – Inhaltskontrolle
Urteil vom 25.09.2014 (Nikolaus Polzer)

Seite ▶ 187

BGH

Kapitalerhaltung in der GmbH & Co. KG
Urteil vom 09.12.2014 (Steffen Follner)

Seite ▶ 196

RECHTSPRECHUNG STRAFRECHT

OLG CELLE

„Haltet den Dieb!“ – zum Tatbegriff des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO
Urteil vom 26.11.2014 (Guido Philipp Ernst)

Seite ▶ 204

RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

VGH MANNHEIM

Auch Plansätze mit Regel-Ausnahme-Struktur
können Ziele der Raumordnung sein
Urteil vom 05.03.2014 (Jan Knöbl)

Seite ▶ 208

VGH MANNHEIM

Überlassung einer kommunalen Einrichtung
für Bundesparteitagsveranstaltung der NPD
Beschluss vom 16.10.2014 (Sabine Merz)

Seite ▶ 214

U.S. SUPREME COURT

Verfassungsgemäßheit der Eheschließung zweier
Personen gleichen Geschlechts
Urteil vom 26.06.2015 (Sascha Sebastian)

Seite ▶ 223

Editorial

Seit langer Zeit werden in Politik und Wissenschaft mehr Elemente direkter Demokratie gefordert. Abstimmungen, wie beispielsweise „Stuttgart 21“, haben die Debatte auch in die Öffentlichkeit und sind Zeugnis ihrer nach wie vor bestehenden Aktualität. Mit einem Teilbereich dieser Forderung nach mehr direkter Demokratie, namentlich der konsultativen Volksbefragung, befasst sich daher der Beitrag von PAUTSCH. Mit Blick auf die anhaltenden Vorwürfe gegen den Waffenhersteller Heckler & Koch bestehen auch an der Aktualität des Beitrages von PSCHORR keine Zweifel. Speziell geht es hier um die Frage der Kontrolle des Exports von Kriegswaffen.

Klausuren sind diesmal für jeden Schwierigkeitsgrad vorhanden. Während die zivilrechtliche Klausur von MAJER sich eher an Examenskandidaten wendet, wegen ihrer schuld- und sachenrechtlichen Thematik aber auch für niedrigere Semester interessant ist, richten sich die strafrechtlichen Klausuren von SCHRAMM/MARKGRAF und GRÜNER-BLATT von vornherein an Studienanfänger bzw. Fortgeschrittene. Aber auch für Examenskandidaten kann die Befassung mit den dort besprochenen Problemen – beispielsweise in der Lerngruppe – zweifellos von Gewinn sein.

In der aktuellen Rechtsprechung wird auch dieses Mal wieder ein großer Teil des examensrelevanten Wissens abgedeckt. Von aktuellen Dauerbrennern, wie die Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Nacherfüllung beim Kauf, über fast schon klassischen Fragen, wie jene des Tatbegriffes in § 127 StPO (OLG Celle), bis hin zu auch politisch diskutierten Urteilen, wie dem Umgang mit der NPD, womit sich der VGH Mannheim zu befassen hatte.

Beinahe tagesaktuell ist die Entscheidungsbesprechung von SEBASTIAN zum Urteil des United States Supreme Court, welcher die Eheschließung auch für Partner gleichen Geschlechts legalisiert hat. Ob und inwiefern dies eine Signalwirkung für die deutsche Politik haben wird, muss sich zwar erst noch zeigen, klar ist aber schon jetzt, dass die Argumente des Gerichtshofes auch in der hiesigen Diskussion Beachtung finden werden.

Prof. Dr. Christian F. Majer

Schriftleiter

Dipl.-Jur. Sascha Sebastian

Stellvertretender Schriftleiter

Zeitschrift Jura Studium & Examen (JSE)

Prof. Dr. Arne Pautsch*

Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand

Nachdem in Bayern als erstem Bundesland die so genannte konsultative Volksbefragung eingeführt wurde, stellt sich die Frage nach deren verfassungsrechtlicher Zulässigkeit. Im Kern geht es darum, ob solche nicht-bindenden Befragungen des Staatsvolkes einer Verfassungsänderung bedürfen, mithin also unter Verfassungsvorbehalt stehen. Ausgehend von dem bayerischen Modell untersucht dieser Beitrag die Volksbefragung als Instrument direkter Demokratie „von oben“ auch am Maßstab des Grundgesetzes.

A. Einleitung

Als erstes Bundesland hat Bayern die so genannte konsultative Volksbefragung eingeführt und damit das Repertoire der direkten Demokratie um ein weiteres Instrument er-

gänzt.¹ Der bayerische Vorstoß erfolgte indes ohne Verfassungsänderung durch bloße Änderung des Landeswahlgesetzes. Die Volksbefragung ist auf Vorhaben des Staates mit landesweiter Bedeutung bezogen und findet ihren Niederschlag im neuen Art. 88a BayLWG, der folgenden Wortlaut hat:

„Art. 88a Volksbefragung

- (1) ¹Über Vorhaben des Staates mit landesweiter Bedeutung wird eine Volksbefragung durchgeführt, wenn Landtag und Staatsregierung dies übereinstimmend beschließen. ²Über die Gesetzgebung findet keine Volksbefragung statt.
- (2) Art. 75 Abs. 1, Art. 76 Abs. 1 Sätze 1 und 2, Art. 77 Sätze 1 und 2, Art. 78 und 80 finden entsprechende Anwendung.
- (3) Das Ergebnis einer Volksbefragung lässt die dem Landtag und der Staatsregierung nach der Verfassung zustehenden Befugnisse unberührt.“

Die Neuregelung ist indes verfassungsrechtlich umstritten.² Zudem sprechen auch verfassungspolitische Erwägungen gegen die konsultative Volksbefragung.³ Zum Teil wird ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit in Frage gestellt, und auf Betreiben der Landtagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen ist

* Der Autor ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg. Dort leitet er zugleich das Institut für Bürgerbeteiligung und Direkte Demokratie. Der Beitrag beruht auf umfangreichen gemeinsamen Vorarbeiten mit Hermann K. Heußner zur Thematik der konsultativen Volksbefragung, vgl. insbesondere Heußner/Pautsch, NVwZ-Extra 2014, S. 1 ff.; dies., NJW 2015, S. 1225 ff.

¹ Burgi, ZG 2015, S. 34 ff.

² Zur Verfassungswidrigkeit Heußner/Pautsch, NVwZ-Extra 2014, S. 1 ff.; Möstl, BayVBl. 2015, S. 217 ff.; dagegen jedoch Burgi, ZG 2015, S. 34 ff.; Thum, BayVBl. 2015, S. 224 ff.

³ Hierzu Heußner/Pautsch, NVwZ-Extra 2014, S. 1 ff.; Möstl, BayVBl. 2015, S. 217 ff.

die Regelung nunmehr vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof gelandet.⁴

In diesem Beitrag sollen – ausgehend von dem bayerischen Vorstoß – die verfassungsrechtlichen Bedenken im Grundsatz noch einmal allgemeiner mit Bezug auf die Vorgaben des Grundgesetzes nachgezeichnet werden. Denn die konsultative Volksbefragung gibt bei aller Bedeutung, die der Ergänzung der repräsentativen Demokratie durch direktdemokratische Elemente beizumessen ist, Anlass zu einer kritischen Betrachtung.

Das Instrument der Volksbefragung hat im rechtswissenschaftlichen Schrifttum bislang eher eine untergeordnete Rolle gespielt und wurde wegen seines explizit konsultativen Charakters auch überwiegend für verfassungsrechtlich zulässig erachtet.⁵ Lediglich im Zusammenhang mit der Wiederbewaffnung hatte das BVerfG im Jahre 1958 über landesrechtlich vorgesehene konsultative Volksbefragungen zu befinden. Auch wenn der Zweite Senat die Volksbefragungen seinerzeit im Wesentlichen wegen fehlender Landeskompetenz als verfassungswidrig verworfen hatte, entstammt dieser Entscheidung das Verdikt von der staatsbürgerchaftlichen Einbindung des Volkes in den staatlichen Willensbildungsprozess auch bei der Teilnahme an unverbindlichen Willensbe-

kundungsverfahren.⁶ Hierauf wird zurückzukommen sein. Weitere Ausführungen zur allgemeinen verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der konsultativen Volksbefragung lassen sich indes dieser frühen Entscheidung nicht entnehmen. Ihre Einführung und konkrete Ausgestaltung in Bayern zeigt indes, dass damit gleichwohl nicht unerhebliche Verschiebungen in der Verfassungsstruktur verbunden sind. Sie sollten zu verfassungspolitischer Zurückhaltung anhalten und einer negativen Vorbildfunktion in anderen Ländern vorbeugen. Entsprechende Pläne etwa Berlins im Zusammenhang mit der nun zugunsten Hamburgs ausgefallenen Olympia-Bewerbung mögen in diesem Zusammenhang als Beleg für die politische Sogwirkung des bayerischen Modells der konsultativen Volksbefragung dienen.⁷ Nachfolgend soll primär am Maßstab des Grundgesetzes untersucht werden, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Einführung der konsultativen Volksbefragung verfassungsrechtlich zulässig ist.

B. Verfassungsrechtliche Probleme

I. Ergänzung des repräsentativ-parlamentarischen Systems durch Elemente direkter Demokratie

Die Einführung direktdemokratischer Verfahren wird unter dem Grundgesetz jedenfalls mit Blick auf Art. 79 Abs. 3 GG als

⁴ Heußner/Pautsch, NVwZ-Extra 2014, S. 1 ff.; dies., NJW 2015, S. 1225 ff.; s. auch Möstl, BayVBl. 2015, S. 217 ff.

⁵ Überblick mwN bei Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, Art. 20 (Demokratie) Rn. 109.

⁶ BVerfGE 8, 104, 114. Siehe auch Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 303.

⁷ Zu den Verfassungsfragen mit Blick auf Berlin und Hamburg eingehend Heußner/Pautsch, NJW 2015, S. 1225 ff.

grundsätzlich zulässig angesehen.⁸ Auch wenn sich der Verfassungsgeber im Grundsatz für ein repräsentativ-parlamentarisches System entschieden habe,⁹ gebiete insbesondere die Ewigkeitsgarantie nicht, es bei dieser Systementscheidung zu belassen.¹⁰ Augenfälliger Beleg hierfür ist die Existenz von Abstimmungen neben den Wahlen in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG. Das Grundgesetz kann somit jedenfalls als offen für beide Formen demokratischer Legitimation, d.h. repräsentative und direktdemokratische Elemente, angesehen werden.¹¹ Ausgehend von diesem Befund ist es in allen Bundesländern zur Einführung von Formen der Volksgesetzgebung gekommen, denn Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 GG stellen insoweit auch mit Blick auf das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG keine Schranke dar.¹²

⁸ *Berlit*, KritV 76 (1993), S. 318 (324); *Böckenförde*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, § 34 Rn. 23; *Degenhart*, Der Staat 31 (1992), S. 77 (78); *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, Art. 20 (Demokratie) Rn. 109; *Ebsen*, AÖR 110 (1985), S. 2 (15); *Hufschlag*, Einführung plebiszitärer Komponenten in das Grundgesetz?, S. 113 ff.; *Ipsen*, Staatsrecht I, Rn. 132 f.

⁹ *Schnapp*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, Art. 20 Rn. 19.

¹⁰ *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, Art. 20 (Demokratie) Rn. 109.

¹¹ *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, Art. 20 (Demokratie) Rn. 110.

¹² *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, Art. 28 Rn. 67 mwN.

II. Die Kernfrage: Der Verfassungsvorbehalt

1. Allgemeine Erwägungen

Nicht abschließend geklärt ist, ob und inwieweit für die Einführung direktdemokratischer Verfahren im Allgemeinen ein Verfassungsvorbehalt gefordert ist, wobei die Diskussion ihren Ausgangspunkt wiederum in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG finden muss. Vereinzelt vertretene Auffassungen wollen Volksabstimmungen generell ohne Verfassungsänderung durch einfaches Gesetz erlauben bzw. betrachten allein Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG und die darin ausdrücklich erwähnten Abstimmungen als eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage.¹³ Dem muss aber bereits entgegengehalten werden, dass selbst die Wahlen als Element der repräsentativen Demokratie ausdrücklich im Grundgesetz selbst näher ausgestaltet worden sind und die so genannten Territorialplebiszite (Art. 29, 118, 118a GG) als die einzigen im Grundgesetz vorgesehenen Abstimmungen ebenfalls in der Verfassung selbst geregelt wurden. Soweit nämlich Elemente direkter Demokratie in das Grundgesetz eingeführt werden, handelt es sich angesichts der bisherigen – durch Verfassungsänderung freilich veränderbaren – grundsätzlichen Ausrichtung des Verfassungsgebers auf eine rein parlamentarische Demokratie, die sich in der Konkretisierung

¹³ So *Meyer*, Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes, VVDStRL 33 (1975), S. 69 ff. (115); *ders.* JZ 2012, S. 538 (542 f.); *Pestalozza*, Der Popularvorbehalt, S. 11 ff.; *Stein*, in: Denninger u.a. (Hrsg.) AK-Grundgesetz, Art. 20 Rn. 51 f.; *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 128 f.

durch das Wahlrecht in den Art. 38 ff. GG sowie den Art. 76, 77 GG bezüglich des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens äußert, um eine wesentliche Strukturentscheidung des Grundgesetzes, welche eine Regelung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber nach Art. 79 Abs. 2 GG erforderlich macht.¹⁴ Diese Annahme wird maßgeblich dadurch gestützt, dass es sich bei der durch Wahlen erfolgten Ausgestaltung der politisch-demokratischen Legitimation sowohl unter dem Grundgesetz als auch in den Landesverfassungen um ein geschlossenes System politischer Repräsentation handelt. Es hat seinen Niederschlag vor allem in den Bestimmungen über das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren gefunden. Will man dieses System durch plebiszitäre Elemente ergänzen, bedarf es hierfür einer Verfassungsänderung.¹⁵ Gleiches gilt für die mindestens semi-repräsentativ ausgestalteten Landesverfassungen, namentlich auch die Bayerische Verfassung, welche die Volksgesetzgebung in den Art. 71 ff. auf Verfassungsebene geregelt hat.¹⁶

¹⁴ Dietlein, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, S. 242 ff.; Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, Art. 20 (Demokratie) Rn. 110; Ebsen, AöR 110 (1985), S. 4 ff.; Krause, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, § 35 Rn. 7, 19; Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Art. 20 Rn. 32; offen wohl bei Pieroth, in: Jarass/ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Art. 20 Rn. 7.

¹⁵ Siehe dezidiert auch Löwer, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, Art. 28 Rn.

19.

¹⁶ Heußner/Pautsch, NVwZ-Extra 2014, S. 1 (3 ff.).

2. Verfassungsvorbehalt auch für konsultative Volksbefragungen?

Der grundsätzliche Verfassungsvorbehalt für die Einführung direktdemokratischer Elemente in die Verfassungen – Grundgesetz wie auch Landesverfassungen – wird für rein konsultative Volksbefragungen von einigen Autoren teilweise für nicht erforderlich gehalten. Argumentativ belegt wird dies damit, es fehle insoweit an einer verbindlichen – dezisiven – Mitwirkung des Staatsvolkes an der politischen Willensbildung.¹⁷ Zur Begründung wird angeführt, dass das Ergebnis der rein konsultativen Volksbefragung gerade keine rechtliche Bindungswirkung für die staatlichen Organe – insbesondere Parlament und Regierung – entfalte, sondern ihnen allenfalls ein faktisch-politisches Gewicht zu eigen sei, über das sich eine parlamentarische (Regierungs-)Mehrheit jederzeit auch hinwegsetzen könne.¹⁸ In der Folge soll die Einführung konsultativer Volksbefragungen durch einfaches Parlamentsgesetz zulässig sein. Zum Teil wird diese Annahme zunächst auch von den grundlegenden Ausführungen ROMMELFANGERS¹⁹ in seiner elementaren Untersuchung zur konsultativen Volksbefragung gestützt. Danach könne ein Verfassungsvorbehalt auch weder als Ergebnis einer

¹⁷ Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, Art. 20 (Demokratie) Rn. 111; Bugiel, Volkswille und repräsentative Entscheidungen, S. 395 f.; Ebsen, AöR 110 (1985), S. 4 ff.

¹⁸ Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, Art. 20 (Demokratie) Rn. 111.

¹⁹ Rommelfanger, Das konsultative Referendum, S. 131 ff.

Wortlautauslegung noch einer historisch-genetischen Auslegung hergeleitet werden. Soweit es die Wortlautauslegung betrifft, wird dies damit belegt, dass Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG gerade eine gleichberechtigte Nennung von Wahlen und Abstimmungen vorsehe, wodurch bereits sprachlich zum Ausdruck komme, dass beide Formen demokratischer Legitimation im Grundsatz durch den Verfassungsgeber im Verfassungstext vorgesehen sein sollten.²⁰ Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes und insbesondere die Verhandlungen im Parlamentarischen Rat²¹ zeigten mit Blick auf die historisch-genetische Auslegung überdies, dass der Verzicht auf Volksbegehren und Volksentscheid nicht zugleich als genereller Ausschluss plebiszitärer Elemente – wie insbesondere auch unverbindliche Befragungen des Volkes – betrachtet werden könne.²² Dem wird gleichwohl unter Rekurs auf die weiteren Ergebnisse ROMMELFANGERS entgegenzutreten sein.

²⁰ Rommelfanger, Das konsultative Referendum, S. 131 f.

²¹ Dazu Rommelfanger, Das konsultative Referendum, S. 133 f., mit Blick auf die dort wiedergegebene Erörterung zum Entwurf des Art. 20 im Ausschuss für Grundsatzfragen des Parlamentarischen Rates vom 14.10.1948 zwischen dem Ausschussvorsitzenden von Mangoldt und dem Ausschussmitglied Carlo Schmid.

²² Rommelfanger, Das konsultative Referendum, S. 133 f.

3. Bewertung anhand verfassungsrechtlicher Maßstäbe

a) Zum Verfassungsvorbehalt für Volksbefragungen im Allgemeinen

Jene Auffassungen, die einen Verfassungsvorbehalt für konsultative Volksbefragungen ablehnen, verkennen die Bedeutung des faktisch-politischen Einflusses solcher nach politischer Opportunität der parlamentarischen Regierungsmehrheit angesetzter Verfahren auf die Willensbildung in den durch Wahlen demokratisch legitimierten Gesetzgebungsorganen. Dies konzidiert denn auch ROMMELFANGER, der jedenfalls unter dem Gesichtspunkt einer teleologisch-systematischen Auslegung hinsichtlich der Volksbefragungen von einem Eingriff in die Staatswillensbildung ausgeht.²³ Dem liegt die vom BVerfG getroffene Annahme zugrunde, dass das Staatsvolk bei einer konsultativen Befragung organschaftlich in die Staatswillensbildung einbezogen sei.²⁴ Da die Staatswillensbildung unter dem Grundgesetz jedoch durch die Art. 38 ff. GG und Art. 76 ff. GG zugunsten eines rein repräsentativen Systems ausgefallen ist, obliegt sie in erster Linie dem Parlament und in der Folge dem Zusammenwirken von Parlament und Regierung. Das entspricht der Ausgestaltung als parlamentarisches Regierungssystem.

Vor diesem Hintergrund ist insbesondere das Gesetzgebungsverfahren, also die Art. 76 ff. GG, als geschlossenes System zu verstehen,

²³ Rommelfanger, Das konsultative Referendum, S. 134.

²⁴ BVerfGE 8, 104 (114 f.).

das durch eine entsprechende Verfassungspraxis seit Bestehen des Grundgesetzes eingeübt ist, und zwar auch und gerade in Ansehung der mitintendierten Minderheitenrechte der parlamentarischen Opposition sowie des freien Mandats. Eine auf Veranlassung einer Parlamentsmehrheit – noch dazu, wenn es sich, wie in Bayern vorgesehen, um eine lediglich einfache Mehrheit handelt²⁵ – eingeleitete Volksbefragung rein konsultativen Charakters berührt zwar die eigentliche Entscheidung des Parlaments bzw. der Regierung nicht. Genau darin ist jedoch die offene Flanke der konsultativen Volksbefragung zu sehen. Dem gewählten Parlament und seinen Abgeordneten wird nämlich das ihnen durch die Verfassung in Ausgestaltung von Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG („Wahlen“) zugewiesene Recht abgeschnitten bzw. mindestens wesentlich verkürzt, wenn inmitten einer Legislaturperiode zusätzlich – gleichsam die parlamentarische Regierungsmehrheit verstärkend – die Meinung des Volkes eingeholt wird.²⁶ Es ist mit anderen Worten gerade die vorhandene – durch den Verfassungsgeber bewusst geschaffene – Kompetenz der Legislative, im parlamentarischen Willensbildungsprozess Entscheidungen zu treffen und diesen Willensbildungsprozess zudem aktiv zu steuern, die im Rahmen der Initiierung

und Durchführung konsultativer Volksbefragungen ausgehebelt wird.²⁷ Die aktive Steuerungsfunktion des Parlaments entfällt nämlich dann bzw. wird mindestens relativiert, wenn diese Entscheidung vom Volk in einer konsultativen Volksbefragung antizipiert wird, indem der Souverän in eine bestimmte Richtung gelenkt wird, ohne dass ihm die aktive Rolle des Parlaments zuteilwürde, die gerade Kernelement des staatlichen Willensbildungsprozesses ist. Letztlich führt dies dazu, dass der Souverän in einer Weise an der staatlichen Willensbildung beteiligt wird, welche die Verfassung gar nicht vorsieht.²⁸ Wenn solche Volksbefragungen mit ihrer weitreichenden Einwirkung in den primär dem Parlament vorbehaltenen Bereich der staatlichen Willensbildung aber eingeführt werden sollen und damit zugleich der Kernbereich der repräsentativen Legislative betroffen wird, indem das austarierte und geschlossene System der Art. 76 ff. GG mindestens partiell unterlaufen wird, bedarf eine solche Regelung einer Verfassungsänderung.

Die eigentliche Steuerung liegt somit faktisch in den Händen der Regierung, welche gewissermaßen ihre Mehrheit im Parlament nutzen kann, vermeintlich brisante politische Entscheidungen durch ein bloßes „Ja“ oder „Nein“ des Souveräns abzusichern. Damit ist auch der Rolle des Souveräns im verfassungsrechtlichen Sinne nicht hinreichend Rechnung getragen. Abstimmungen im Sinne des

²⁵ Daran ändert unter dem bayerischen Modell auch die „doppelte Absicherung“ durch eine einfache Mehrheit auch in der Regierung nichts (Art. 88a Abs. 1 Satz 1 BayLWG). Denn beide einfachen Mehrheiten – im Landtag und in der Regierung – bilden letztlich nur die Regierungsmehrheit ab.

²⁶ So auch *Rommelfanger*, Das konsultative Referendum, S. 136.

²⁷ *Rommelfanger*, Das konsultative Referendum, S. 136.

²⁸ So zutreffend *Rommelfanger*, Das konsultative Referendum, S. 136.

Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG müssen – sollten sie das repräsentative, auf Wahlen gestützte System auch nur annähernd ergänzen – ein Mindestniveau an aktiver Vorbefassung mit dem Sachgegenstand der Volksbefragung aufweisen. Diese Funktion erfüllen unter den Instrumenten direkter Demokratie jedoch nur Volksbegehren und Volksentscheid, weil sie Elemente von Volksgesetzgebung sind und stets eine aktive Willensbildung „von unten“ notwendig voraussetzen.

Letztlich führt dies zu dem Ergebnis, dass der Souverän in weitaus erheblicherer Weise – allerdings ohne eine dem Parlament vergleichbar aktive Rolle einzunehmen und durch die vorgegebene Fragestellung des Referendums ohnehin thematisch eingeschränkt – an der staatlichen Willensbildung beteiligt wird, als dies durch die Verfassung vorgesehen ist.²⁹ Die Willensbildung ist mithin partiell in den vor- bzw. außerparlamentarischen Raum verlagert. Wegen dieser Strukturveränderung im Verfassungsgefüge bleibt festzuhalten, dass konsultative Volksbefragungen unter Verfassungsvorbehalt stehen.³⁰

b) Der Blick nach Bayern

Man mag einwenden, dass die geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken auf das

eingangs als aktuelles Umsetzungsbeispiel dargestellte bayerische Modell möglicherweise nicht zutreffen, da die Bayerische Verfassung in den Art. 71 ff. mit der Volksgesetzgebung bereits Elemente direkter Demokratie vorsieht und nach Art. 88a Abs. 1 Satz 2 BayLWG Gesetzesvorhaben als Gegenstand der Volksbefragung ausgeschlossen sind.

Allerdings ändert dies nichts an der auch in Bayern durch die Volksbefragung hervorgerufenen Störungen in der Funktionsordnung der Verfassung. Die obigen Ausführungen zum Wesen der Volksbefragung zeigen, dass deren rein konsultativer Charakter das verfassungsrechtliche Problem gerade verstärkt und keineswegs abmildert, indem die Regierung mit ihrer parlamentarischen Mehrheit sich mittels Volksbefragung während der Dauer einer Legislaturperiode in – wie LINDNER³¹ es treffend benannt hat – eine „Koalition mit dem Bürger“ begibt und damit die parlamentarischen Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse mindestens relativiert. Dies geschieht im Übrigen auch zu Lasten der in der Verfassung verbürgten Oppositionsrechte.³² Außerdem sind selbst dann, wenn man als Gegenstände der Volksbefragung solche Fragen annehmen wollte, die durch einfachen Beschluss der Staatsregierung ergehen könnten, Verschiebungen im durch die Verfassung vorgegebenen Regierungssystem auszumachen, da auch die Exe-

²⁹ Rommelfanger, Das konsultative Referendum, S. 136.

³⁰ S. auch die überkommene Staatsrechtslehre, vgl. etwa Stern, Staatsrecht II, S. 16; sogar eine Einführung von Volksbefragungen durch Verfassungsänderung ablehnend Krause, in: HStR III, § 35 Rn. 23 ff.; aktuell Heußner/Pautsch, NJW 2015, S. 1225 (1226 f.); Möstl, BayVBl. 2015, S. 217 (219).

³¹ Lindner, Anlage 3 zum Wortlautprotokoll der Sachverständigenanhörung im Bayerischen Landtag vom 16.10.2014, S. 84 ff. (88).

³² Nach Art. 16a BayVerf. dazu eingehend Heußner/Pautsch, NVwZ-Extra 2014, S. 1 (5).

kutivbefugnisse dort abschließend geregelt sind.³³

Erschwerend kommt hinzu, dass die möglichen Gegenstände der in Bayern eingeführten Volksbefragung nach dem neuen Art. 88a BayLWG eher im Diffusen bleiben und es vornehmlich in den Händen der Regierung und der sie tragenden parlamentarischen Mehrheit liegt, zu bestimmen, was zu den „Vorhaben des Staates mit landesweiter Bedeutung“ im Sinne des Art. 88a Abs. 1 Satz 1 BayLWG zählt – und was eben auch nicht. Allein diese Entscheidung ist bereits dem politischen Willensbildungsprozess, wie er eben auch im grundsätzlich repräsentativen System nach der Bayerischen Verfassung im Grundsatz vorgegeben ist, entzogen. Damit ist mit Blick auf die bayerische Verfassungslage ein Eingriff in die Staatswillensbildung im beschriebenen Sinne anzunehmen und daher ein Verfassungsvorbehalt – d.h. die zwingende Einführung der nunmehr lediglich in Art. 88a BayLWG vorgesehenen Volksbefragung durch Änderung der Landesverfassung – erforderlich.³⁴

C. Fazit

In seiner grundlegenden Untersuchung zur konsultativen Volksbefragung konstatiert ROMMELFANGER:

³³ Heußner/Pautsch, NVwZ-Extra 2014, S. 1 (3 f.).

³⁴ So ausdrücklich auch Möstl, BayVBl. 2015, S. 217 (219). Dafür streitet nicht zuletzt auch der Umstand, dass die Ergänzung der Bayerischen Verfassung um die Elemente der Volksgesetzgebung ehemals auch durch Änderung des Verfassungstextes erfolgte (Art. 74 BayVerf.).

„Das konsultative Referendum bricht in das exakt austarierte Entscheidungssystem des Grundgesetzes im Bereich der Staatswillensbildung ein.“³⁵

Dieser Befund hat auch unter der Aktualität der bayerischen Volksbefragung sowie der daraus abgeleiteten Absichten zu Volksbefragungen im Kontext etwa der Olympia-Bewerbungen Berlins bzw. nun Hamburgs nichts von seiner Aussagekraft eingebüßt. Der jedenfalls faktisch-bindende Charakter der konsultativen Volksbefragung bewirkt Verschiebungen in der Arithmetik des Willensbildungs- und Entscheidungsprozesses der Verfassung. Sie einzuführen, erfordert stets eine Änderung der Verfassung, steht also „unter Verfassungsvorbehalt“, wie hier anhand des Grundgesetzes und der Bayerischen Verfassung erläutert wurde. Als Instrument direkter Demokratie „von oben“ erscheint die Volksbefragung überdies auch als verfassungspolitisch fragwürdig, ist sie doch geeignet, die bestehenden Volksrechte „von unten“ – allen voran Volksbegehren und Volksentscheid, die in allen Ländern eingeführt sind und echte staatsbürgerschaftliche Aktivität erfordern – zu entwerten.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

³⁵ Rommelfanger, Das konsultative Referendum, S. 136.

BEITRAG

Simon Pschorr*

Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle

I. Hintergründe

Am 21.10.2014 entschied das Bundesverfassungsgericht über die Anträge mehrerer Abgeordneter, die sich in ihren Informationsrechten gemäß Art. 38 I 2, 20 II 2 GG verletzt sahen.¹ Die Abgeordneten wollten wissen, wie viele Waffen an welche Empfängerländer geliefert wurden – ein heikles Thema, bedenkt man die aktuellen politischen Umstände. Im Irak und Syrien brennt das Feuer des Krieges lichterloh, viele umliegende Staaten haben sich noch nicht von den Wirren des arabischen Frühlings erholt, und schließlich besteht die Gefahr, dass noch bestehende diktatorische Regime der arabischen Halbinsel Waffen auch gegen die eigene Bevölkerung richten. Vor diesem Hintergrund erscheinen Waffengeschäfte mit Staaten des Nahen und Mittleren Ostens besonders fragwürdig. Solange jedoch die Öffentlichkeit von diesen Geschäften nichts erfährt, ist das politische Risiko gering.

Das Bundesverfassungsgericht verurteilte die Bundesregierung, das Parlament zu informieren, sollte der Bundessicherheitsrat einem Antrag eines Rüstungskonzerns auf Ausführungsgeschäfte stattgegeben haben. Würde das Parlament noch vor der Beschlussfassung informiert, so bestünde die Gefahr, dass die Aufgabe der Regierungsleitung der Bundesregierung als zuständigem Organ der Gubernative entzogen würde und stattdessen der Bundestag Regierungsverantwortung übernehme.² Um dem vorzubeugen, soll das Parlament erst informiert werden, wenn die Regierungsentscheidung gefällt wurde. Das Bundesverfassungsgericht sieht diesen Moment mit einer positiven Genehmigungsentcheidung eines Rüstungsgeschäfts durch den Bundessicherheitsrat gegeben. Erst zu diesem Zeitpunkt liege ein abgeschlossener Sachverhalt vor³; ein Eingriff in den Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung⁴ sei somit ausgeschlossen.

Im Rahmen dieses Urteils konnte das Bundesverfassungsgericht jedoch nicht darüber befinden, ob der Bundessicherheitsrat überhaupt die Zuständigkeit für eine solche Entscheidung hat. Es hatte dies vielmehr offen gelassen.⁵ Zur Beantwortung der Frage, ab wann ein Informationsrecht der Bundestagsabgeordneten bestünde, legte das Bundesverfassungsgericht die faktische Entscheidungshoheit zu Grunde und sah damit einen abge-

* Simon Pschorr ist Student der Rechtswissenschaften und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung Prof. Dr. H. C. Röhl, Universität Konstanz.

¹ BVerfG, Urteil vom 21.10.2014 - 2 BvE 5/11, BeckRS 2014, 57205.

² BVerfG BeckRS 2014, 57205, Rn.148, 163.

³ BVerfG, BeckRS 2014, 57205, Rdnrn.148, 159, 164.

⁴ BVerfG, BeckRS 2014, 57205, Rdnrn.137, 172.

⁵ BVerfG, BeckRS 2014, 57205, Rdnr.148.

schlossenen Sachverhalt, über diesen die Bundesregierung zu informieren verpflichtet sei, mit der Entscheidung des Bundessicherheitsrats als gegeben. Ob es sich hierbei um eine Entscheidung im Rahmen eines legitimen Verfahrens handelte, war nicht Gegenstand des Urteils.⁶

Die folgenden Ausführungen sollen zuerst darstellen, wer nach dem einfachen Recht zuständig ist, um Entscheidungen in Fragen der Kriegswaffenkontrolle zu fällen. Nähere Regelungen finden sich in § 11 des Kriegswaffenkontrollgesetzes (KWaffKG)⁷ und § 1 der 1. Verordnung zum Kriegswaffenkontrollgesetz (1.KWaffKVO) (III.). Zuvor soll aufgezeigt werden, in welchem Rechtsrahmen sich die vorliegende Problematik bewegt (II.).

Daraufhin wird die tatsächliche Praxis des Bundes kurz skizziert (IV.). Schließlich sollen die Anforderungen des Grundgesetzes dargelegt und daraus Schlussfolgerungen für die § 11 II KWaffKG, § 1 1.KWaffKVO getroffen werden (V.). Ein Fazit bezüglich der prozessualen Folgen beendet die Ausführungen (VI.).

II. Das Recht der Kriegswaffenkontrolle

Die Bundesrepublik Deutschland versteht sich als friedliebender Staat, der das Völkerrecht achtet und von dem keine Gefahren für die Völker der Erde ausgehen. Schon die Präambel des Grundgesetzes unterwirft

Deutschland dem Dienst am Frieden⁸ – zu Recht, gerade eingedenk der eigenen Vergangenheit.

Doch nicht nur durch aktive, aggressive Militärmanöver, Überfälle und Besetzung fremden Hoheitsgebiets wird die internationale Friedensordnung bedroht, auch das Verkaufen und In-Verkehr-Bringen von Tötungswerkzeugen kann eine Gefahr für die internationale Stabilität bedeuten. Gerade die Terrorakte des Islamischen Staates⁹ beweisen, dass Waffen, die in falsche Hände geraten, ganze Nationen zu Fall bringen können. Auch die Mütter und Väter des Grundgesetzes haben diese Bedrohung erkannt und schon in der Verfassung die Kriegswaffenkontrolle reglementiert. Sie steht in Art. 26 II GG direkt hinter dem Verbot des Angriffskriegs. Auch das internationale Recht versucht den Austausch von Kriegswaffen so gut wie möglich einzuhegen und zu unterbinden. Besondere Formen der Kriegswaffen sind durch verschiedene internationale Abkommen geächtet – als Beispiel sei hier das Übereinkommen über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, der Herstellung und der Weitergabe von Antipersonenminen und über deren Vernichtung¹⁰ genannt.¹¹ Die Europäische Union überlässt die Regelung von

⁶ BVerfG, BeckRS 2014, 57205, Rdnr. 148.

⁷ Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen i.d.F. vom 22.11.1990, BGBl. I S.2506.

⁸ Hillgruber in: Beck'scher Onlinekommentar GG, Stand: 01.12.2014, Präambel, Rdnr.16.

⁹ Für viele: <http://www.tagesschau.de/ausland/unbericht-is-irak-101.html> (abgerufen am: 13.05.2015)

¹⁰ BGBl. 1998, Teil II, S.778-794.

¹¹ Einen Überblick gewährt Heinrich in: Münchner Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2013, Vorbemerkungen zum KrWaffG, Rdnrn.17 ff.

Kriegswaffenausfuhr – in Grenzen – den Mitgliedsstaaten.¹²

Art. 26 II 2 GG weist dem Bundesgesetzgeber die Aufgabe zu, nähere Regelungen zur Kriegswaffenkontrolle zu treffen. Die Ausfuhr von Kriegswaffen ist heute detailliert durch einfaches Recht geregelt. Das Kriegswaffenkontrollgesetz (KWaffKG) präzisiert in § 1 KWaffKG, welche Waffen als Kriegswaffen anzusehen sind, und ermächtigt zum Erlass der Kriegswaffenliste, die die besonders geächteten Waffen aufführt.¹³ Für Waffen aller Art gilt darüber hinaus das Außenwirtschaftsgesetz¹⁴, das gleichzeitig das Embargorecht umfasst, soweit es nicht auf die europäische Union übergegangen ist. Näheres wird in der Außenwirtschaftsverordnung¹⁵ geregelt.

Wer Kriegswaffen im Sinne des Kriegswaffenkontrollgesetzes herstellt, ist besonderen Sorgfaltspflichten unterworfen, § 12 I, II KWaffKG. Das Kriegswaffenkontrollgesetz unterwirft die Herstellung und Veräußerung von Kriegswaffen einer Genehmigungspflicht nach § 2 KWaffKG. Dasselbe gilt für den Vermittler von Kriegswaffengeschäften, § 4a KWaffKG. Wer ohne diese Genehmigung

Kriegswaffengeschäfte tätigt, macht sich strafbar; schon für das genehmigungslose Herstellen einfacher Kriegswaffen beträgt die Mindeststrafe gemäß § 22a I Nr. 1 KWaffG ein Jahr und ist damit ein Verbrechen.¹⁶

Ein Anspruch auf die Genehmigung besteht nicht gem. § 6 I KWaffKG, auch kann keine ermessensfehlerfreie Entscheidung verlangt werden.¹⁷ § 6 II KWaffKG enthält einen nicht abschließenden Katalog („insbesondere“) von Gründen, aus denen die Genehmigung versagt werden kann. Dazu zählt unter anderem, dass der Antragssteller nicht Deutscher im Sinne des Art. 116 GG ist § 6 II Nr. 2b KWaffKG. Eine Genehmigung ist ohne Ermessen zu versagen, wenn ein Grund des § 6 III KWaffKG vorliegt. Dass Kriegswaffen nicht zum Zwecke eines friedensstörenden Akts, besonders eines Angriffskrieges, gemäß § 6 III Nr. 1 KWaffKG veräußert werden dürfen, trägt gerade dem Schutzauftrag und der Friedensordnung des Grundgesetzes Rechnung. Soweit Deutschland eine völkerrechtliche Bindung eingegangen ist, die durch das konkrete Geschäft bedroht sein kann, wird diese durch § 6 III Nr. 2 KWaffKG geschützt.

III. Die Zuständigkeitsordnung nach dem Kriegswaffenkontrollgesetz

Die Zuständigkeitsordnung für diese Genehmigung soll im Folgenden genauer analysiert werden. § 11 KWaffKG weist in seinem

¹² Vedder/Lorenzmeier in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Auflage 2009, Art.133 EGV, Rdnr.17; Kirchner, DVBL 2012, 336 (339).

¹³ Eine schon etwas ältere Rechtsprechungsübersicht zum Thema bieten Holthausen/Hucko, NStZ-RR 1998, 193ff.

¹⁴ Außenwirtschaftsgesetz i.d.F. vom 06.06.2013 (BGBl. I S.1482); Kirchner, DVBL 2012, 336 .

¹⁵ Außenwirtschaftsverordnung i.d.F. vom 02.08.2013 (BGBl. I S.2865).

¹⁶ Ein Beispiel: BGH, Urteil vom 03.06.1982 - 1 StR 176/82, BeckRS 1982, 31107092.

¹⁷ Kirchner, DVBL 2012, 336 (343).

Absatz 18 die Entscheidungszuständigkeit grundsätzlich der Bundesregierung zu. § 11 II, III KWaffKG eröffnet jedoch die Möglichkeit, eine Rechtsverordnung zu erlassen, die die Entscheidung für die Genehmigungserteilung auf einzelne Fachminister überträgt; jeweils nach Sachnähe zu den einzelnen Ressorts dem Bundesministerium der Verteidigung, der Finanzen, des Innern, der Wirtschaft und Technologie oder dem Verkehrsministerium. Eine solche Rechtsverordnung ist mit der Ersten Verordnung zum Kriegswaffenkontrollgesetz (1.KWaffKVO) ergangen. In ihren §§ 1 und 2 1.KWaffKVO werden die oben genannten Delegationsbefugnisse umgesetzt.

Hieraus ergibt sich: Nach einfachem Recht wäre für die Entscheidung, ob eine gewisse Kriegswaffe hergestellt oder ausgeführt werden darf, der jeweils ressortnahe Fachminister zuständig und letztentscheidungsbefugt.

IV. Ständige Praxis: Der Bundessicherheitsrat

Die Realität weicht deutlich von der gesetzlich geregelten Zuständigkeit ab. Formal erlässt der jeweils zuständige Bundesminister die Genehmigung. Blickt man jedoch hinter die Kulissen, so steht ein ganz anderes Gremium hinter den Entscheidungen: Der sog. Bundessicherheitsrat (BSR). Weder das einfache Recht noch die Verfassung sehen ein solches Gremium vor. Allein seine Geschäftsordnung (GeschO)¹⁸ bezeichnet seine rechtli-

che Existenz. Er tagt geheim, § 1 II S. 4 GeschO. Dem BSR gehören gemäß § 2 II 1 der GeschO der Bundeskanzler, die Bundesminister des Auswärtigen, der Verteidigung, des Innern, der Finanzen, der Justiz, für wirtschaftliche Entwicklung und für Wirtschaft und der Chef des Bundeskanzleramts an.¹⁹ Weitere Mitglieder der Bundesregierung können gemäß § 2 II 2 GeschO in Sachen hinzugezogen werden, die deren Geschäftsbereich berühren. Doch hier machen die Einbeziehungsmöglichkeiten der GeschO keinen Halt: Gemäß § 3 I GeschO dürfen weitere Personen Teil der Geheimverhandlungen dieses Kabinettsausschusses (§ 1 I GeschO) werden, darunter der Generalinspekteur der Bundeswehr.

Grundsätzlich könnte der Bundessicherheitsrat als ein Kabinettsausschuss eine beratende Funktion einnehmen. Durch die Kumulation verschiedener Informationsquellen würde die komplexe Entscheidung, gewisse Waffenlieferungen zu genehmigen, auf eine belastbare Tatsachengrundlage gestellt, die ein Ministerium allein kaum zusammentragen kann. Der jeweils zuständige Fachminister könnte sich die Meinung des Bundessicherheitsrates zu eigen machen oder davon abweichend eine eigene Entscheidung treffen. Die Beschlusspraxis der Kriegswaffenkontrolle²⁰ deutet jedoch darauf hin, dass der Bundessicherheitsrat statt als Beratungsgremium aufzutre-

¹⁸ Geschäftsordnung des Bundessicherheitsrates vom 27. 01.1959 in der Fassung vom 04.06.2014.

¹⁹ Epping, Grundgesetz und Kriegswaffenkontrolle, 1993, S.224; Pottmeyer, Kriegswaffenkontrollgesetz (KWKG) Kommentar, 2. Auflage 1994, §11, Rdnr.5a; beide insoweit mittlerweile unvollständig.

²⁰ BVerfG, BeckRS 2014, 57205, Rdnr.166.

ten vielmehr der eigentliche Träger aller essentiellen Beschlüsse ist.²¹ Hiervon geht auch das Bundesverfassungsgericht aus.²² Er ist „das leitende Organ der Regierung in sicherheitspolitischen Fragen.“²³ Sogar die Geschäftsordnung ordnet dies explizit in § 1 II 3 GeschO an, jedoch unter dem irritierenden Vorbehalt, dass weder Grundgesetz noch einfaches Bundesrecht ein Anderes bestimmen dürfen. Wie bereits unter II. dargestellt, ist eine solche Anordnung in § 11 I – III KWaffKG i.V.m. §§ 1, 2 1.KWaffKVO bereits getroffen. Was also sagt das Grundgesetz dazu?

V. Vorgaben der Verfassung:

Art. 26 II 1 GG

1. Die Bundesregierung in Art. 26 II 1 GG

Art. 26 II 1 GG weist die Kontrolle der Kriegswaffen der Bundesregierung zu: Eine Befugnis zum Erlass eines Verwaltungsaktes im Grundgesetz!

Zu erörtern ist, was hier unter dem Begriff „Bundesregierung“ zu verstehen ist. Wie viele Mitglieder der Bundesregierung müssen an einem Beschluss mitwirken, damit er den Anforderungen des Grundgesetzes standhält?

Eine Ansicht möchte es ausreichen lassen, wenn nur ein Mitglied der Bundesregierung –

also ein Minister – die Entscheidung fällt.²⁴ Zumindest soll eine Delegation durch Gesetz oder Verordnung möglich und verfassungsgemäß sein.²⁵ Auch die Bundesregierung ging beim Erlass des KWaffKG von einem solchen Verfassungsverständnis aus.²⁶ Die Aufgabe der Kontrolle von Kriegswaffen lasse sich durch die Trennung in einzelne Zuständigkeitsbereiche zwischen den Ressorts viel einfacher bewältigen.

Die ganz herrschende Meinung begreift unter „Bundesregierung“ i.S.d. Art. 26 II 1 GG jedoch das Kollegialorgan – die Bundesregierung im Ganzen, ohne Beteiligung Anderer so.²⁷ Diese Ansicht verdient Zustimmung. Gerade die besondere Bedeutung der Kriegswaffenkontrolle erzwingt die Befassung des gesamten Kabinetts mit dieser brisanten Frage.²⁸ Auch scheint gerade der Bezug zu mehreren Ressorts einen kollegialen Beschluss zu

²¹ Epping, Grundgesetz und Kriegswaffenkontrolle, 1993, S.225.

²² BVerfG, BeckRS 2014, 57205, Rdnr.166, 167.

²³ Epping, Grundgesetz und Kriegswaffenkontrolle, 1993, S.225.

²⁴ Risse in: Hömig, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Auflage 2007, Art.26, Rdnr.4; Pottmeyer, Kriegswaffenkontrollgesetz (KWKG) Kommentar, 2. Auflage 1994, §11, Rdnr.2.

²⁵ Hernekamp in: von Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, Band 1, 6. Auflage 2012, Art.26, Rdnr.29.

²⁶ BT-Drs. 3/1589 S.20.

²⁷ Epping, Grundgesetz und Kriegswaffenkontrolle, 1993, S.218 f.; Streinz in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage 2011, Art.26, Rdnr.46; Windthorst in: Grundgesetz Studienkommentar, 2013, Art.26, Rdnr.16; Schmahl in: Sodan, Grundgesetz, 2. Auflage 2011, Art.26, Rdnr.13; Hillgruber in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Grundgesetz Kommentar, 12. Auflage 2011, Art.26, Rdnr.12; Jarras in: Jarras/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Auflage 2014, Art.26, Rdnr.10; Kirchner, DVBL 2012, 336 (338).

²⁸ Epping, Grundgesetz und Kriegswaffenkontrolle, 1993, S.218 f.

fordern.²⁹ Man muss sich der Stellung des Art. 26 II 1 GG Gewahr werden: Die Kriegswaffenkontrolle ist unmittelbar im Anschluss an das Verbot des Angriffskrieges geregelt. Es ist eine Lehre der deutschen Geschichte, welche ein hohes Gut der Frieden der Völker ist. Nicht nur ein aktiver Überfall auf die Nachbarn, auch ein hemmungsloses Exportieren von Rüstungsgütern in alle Welt kann die Stabilität des internationalen Sicherheitsgeflechts wesentlich beeinflussen.

Auch hier scheint das Bundesverfassungsgericht die Tendenz der in der Literatur vorherrschenden Meinung einschlagen zu wollen.³⁰ Es weist selbst auf den Wortlaut des Grundgesetzes hin.³¹ Darüber hinaus betont es seine ständige Rechtsprechung, die den Begriff „Bundesregierung“ grundsätzlich als Kollegialorgan versteht und betont die Sondersituation des Art. 86 GG, in der ausnahmsweise auch ein einzelner Fachminister als Bundesregierung i.S.d. Grundgesetzes operieren kann.³² In Ermangelung der Entscheidungserheblichkeit legt es sich jedoch in der vorliegenden Entscheidung nicht fest.

2. Folge: Verfassungswidrigkeit

Konsequenterweise muss deshalb sowohl § 11 II, III KWaffKG als auch §§ 1 f. 1.KWaffKVO

²⁹ Epping, Grundgesetz und Kriegswaffenkontrolle, 1993, S.218.

³⁰ BVerfG, BeckRS 2014, 57205, Rdnr.146 f., hier setzt sich das Gericht mit den Literaturstimmen auseinander.

³¹ BVerfG, BeckRS 2014, 57205, Rdnr. 166.

³² BVerfG, BeckRS 2014, 57205, Rdnr. 145.

als verfassungswidrig qualifiziert werden.³³ Eine Delegation kann insbesondere nicht auf die Konkretisierungsbefugnis aus Art. 26 II 2 GG gestützt werden. Soweit der Wortlaut des Grundgesetzes abschließend ist, bedarf es keiner Konkretisierung, ansonsten würde die Verfassung zur Disposition des einfachen Gesetzgebers gestellt – ein Verstoß gegen Art. 79 III GG.³⁴ Selbiges gilt für die Einrichtung und die Beschlüsse des BSR.³⁵ Aufgrund dieser Zuständigkeitsverstöße erlassene Genehmigungen müssen an § 44 VwVfG gemessen werden. Nach überwiegender Ansicht liegt kein Fall von Nichtigkeit vor³⁶, die erlassenen Verwaltungsakte sind rechtswidrig, jedoch mehrheitlich schon bestandskräftig geworden.

VI. Juristisches Glasperlenspiel?

Wozu die ganzen Überlegungen? Alles nur juristisches Glasperlenspiel? Mitnichten. Wie gezeigt wurde, agieren im Bereich der Kriegswaffenkontrolle unzuständige Gremien hinter verschlossenen Türen. Die deutsche Bevölkerung hat das Recht, dass über die

³³ Streinz in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage 2011, Art.26, Rdnr.46; Hillgruber in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Grundgesetz Kommentar, 12. Auflage 2011, Art.26, Rdnr.12; Jarras in: Jarras/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Auflage 2014, Art.26, Rdnr.10; Epping, Grundgesetz und Kriegswaffenkontrolle, 1993, S.223.

³⁴ Epping, Grundgesetz und Kriegswaffenkontrolle, 1993, S. (Fn. 19), S. 223.

³⁵ Epping, Grundgesetz und Kriegswaffenkontrolle, 1993, S. (Fn. 19), S. 227.

³⁶ Streinz in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage 2011, Art.26, Rdnr.46; Jarras in: Jarras/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Auflage 2014, Art.26, Rdnr.10.

Ausfuhr von Kriegswaffen ein Organ entscheidet, das vom Grundgesetz zu dieser Aufgabe berufen ist – niemandem anders kann die Berechtigung übertragen werden, über Werkzeuge zur Tötung von Millionen zu entscheiden. Dies soll ein Beitrag zur Transparenz der Deals mit Waffen sein. Allein – der juristische Zugriff erscheint schwierig: Eine Verfassungsbeschwerde wird schon an der unmittelbaren Betroffenheit, damit bereits an der Zulässigkeit scheitern, solange nicht ein Konkurrent selbst Klage erhebt. Im Rahmen eines (Inner-)Organstreitverfahrens könnte auch ein einzelner, nicht im Bundessicherheitsrat vertretener Fachminister³⁷ eine Entscheidung herbeiführen. Für beide Gruppen lässt sich jedoch kaum ein Interesse erkennen, die Zuständigkeitsordnung auf die Probe zu stellen. Allein eine abstrakte Normenkontrolle der Oppositionsparteien des Bundestages könnte Aussicht auf Erfolg haben. Hier scheint einzige Hürde das Viertel-Quorum der Mitglieder des Bundestages³⁸, schließlich umfassen die aktuellen Oppositionsparteien nur rund 21,2 % der gesetzlichen Mitgliederzahl.

► Inhaltsverzeichnis

³⁷ Morgenthaler in: Beck'scher Onlinekommentar GG, Stand: 01.12.2014, Art.93 Rdnr.21 m.w.N.

³⁸ Rozek in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 44. Ergänzungslieferung 2014, §76 Rdnr.11.



MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

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

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

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

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

KLAUSUR ZIVILRECHT

Prof. Dr. Christian F. Majer*

Am Strande von Mallorca

Examensklausur

Sachverhalt

A (deutscher Staatsangehöriger) begibt sich im Urlaub auf Mallorca an den im Eigentum der Gemeinde stehenden Strand. Dort ist es bereits sehr voll, er findet aber noch einen freien Platz, auf welchen er sein Badetuch großflächig ausbreitet und sich dann ins Wasser begibt. Als er zurückkommt, liegt sein Badetuch sorgfältig zusammengefaltet am Rand. Dort, wo er es hingelegt hatte, liegt nun Tourist B (ebenfalls deutscher Staatsangehöriger) auf seiner Strandmatte. A fordert B auf, den Platz zu verlassen; B erwidert, er solle sich zum Teufel scheren. Daraufhin bestreut er ihn auf Gesicht und Bauch mit Sand, um ihn zum Verlassen des Platzes zu bewegen. Der körperlich überlegene B verpasst ihm daraufhin einen Kinnhaken und droht ihm, er werde ihn krankenhausaufreißend prügeln.

A ist empört und sinnt auf Rache. Als er den Zwergpudel des B erblickt, nimmt er ihn in einem Moment der Unaufmerksamkeit des B mit sich und rennt davon. Er verfrachtet den

Pudel in seinen PKW, fährt an das andere Ende der Insel und lässt den Hund dort frei. B findet ihn nicht wieder und erleidet, da er sehr an dem Hund hängt, eine schwere Depression.

Am nächsten Tag versucht A sein Glück an einem anderen Strand. Dort befinden sich Liegestühle, welche Hotelbetreiber H aufgestellt hat. Die Liegestühle sind gebührenpflichtig, um die Mittagszeit kommt ein Hotelmitarbeiter und kassiert die Gebühr. A legt sich in einem Liegestuhl und bezahlt auch die Gebühr. Am frühen Nachmittag verlässt er den Stuhl, da er noch einen Ausflug ins Gebirge machen will. Tourist C (britischer Staatsangehöriger) sieht den freien Stuhl einige Zeit später und legt sich bis zum Abend dort hinein. A bemerkt nichts davon.

Aufgabe 1:

Welche Ansprüche bestehen unter den Beteiligten? Hierbei ist von der Geltung deutschen Rechts auszugehen

Aufgabe 2:

Welches Recht ist auf die Ansprüche von einem deutschen Gericht anzuwenden?

Sämtliche im Fall aufgeworfenen Fragen sind ggfs. hilfsgutachterlich zu beantworten

Anhang:

Art.10 span. Código civil "Besitz und Eigentum... bestimmen sich nach dem Recht des Staates, in dem sie sich befinden"

* Der Autor ist Inhaber einer W2-Professur an der Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg. Die Klausur wurde im Examensklausurenkurs an der Universität Konstanz im SS 2014 gestellt.

Gliederung

Aufgabe 1:

A. Anspruch des A gegen B auf Herausgabe des Liegeplatzes

- I. Anspruch des A gegen B aus § 985
- II. Anspruch des A gegen B aus § 861
- III. Anspruch aus § 823 I wegen Verletzung des Gemeingebrauchs

B. Anspruch des A gegen B auf Schadensersatz wegen des Kinnhakens

- I. Anspruch aus § 823 I BGB
- II. Anspruch des B gegen A wegen Aussetzen des Hundes aus §§ 989, 990 I BGB
- III. Anspruch des B gegen A wegen Aussetzen des Hundes aus § 823 I BGB auf Ersatz des Werts des Hundes
- IV. Anspruch aus § 823 I BGB auf Schmerzensgeld wegen Depression

C. Anspruch A gegen C auf Zahlung wegen des Sitzen im Liegestuhls

- I. aus § 823
 1. Handlung
 2. Rechtsgutsverletzung
 3. Rechtswidrigkeit (Mutmaßliche Einwilligung)
 4. Ersatzfähiger Schaden

II. Anspruch aus § 812 I 1 Var. 2

D. Ansprüche des H gegen C

- I. Anspruch H gegen C aus § 985 BGB
- II. Anspruch H gegen C aus §§ 990, 987 BGB
- III. Anspruch des H gegen C aus § 812 I 1 Var.2 BGB

Aufgabe 2:

A. Anspruch A gegen B aus § 861 BGB?

- I. Art.43 EGBGB
- II. Art.46 EGBGB
- III. Art.4 I EGBGB

B. Anspruch A gegen B aus § 823 I BGB

C. Anspruch B gegen A aus §§ 990, 989 BGB

D. Ansprüche A gegen C

- I. aus §§ 990, 987
- II. aus § 823 I BGB
- III. aus § 812 I 1 Var.2 BGB

E. Ansprüche H gegen C

- I. aus §§ 990, 987 BGB
- II. aus § 823 I BGB
- III. aus § 812 I 1 Var.2 BGB

Aufgabe 1:

**A. Anspruch des A gegen B auf
Herausgabe des Liegeplatzes**

I. Anspruch des A gegen B aus § 985

A ist nicht Eigentümer des Liegeplatzes. Ein Anspruch des A gegen B aus § 985 BGB kommt nicht in Betracht.

II. Anspruch des A gegen B aus § 861

1. Voraussetzung ist zunächst früherer Besitz des A am Strandabschnitt.

Unter Besitz versteht man die tatsächliche Sachherrschaft, das ist eine von natürlichem Besitzwillen getragene Machtbeziehung einer Person zu einer Sache.¹ Fraglich ist angesichts der Kurzzeitigkeit des Besitzes hier, ob eine bestimmte Dauer des Besitzes erforderlich ist.²

Dafür spricht zwar, dass häufig bei kurzzeitigem Besitz ein Besitzschutz nicht sinnvoll ist, wie etwa im Fall des Gastes, der Besteck in der Hand hält. Dagegen spricht allerdings, dass das Kriterium der Dauer zu unbestimmt ist, eine bestimmte Dauer kann schließlich nicht angegeben werden.³ Zudem wäre es unangemessen, den Besitz zu verneinen, wenn eine Sache binnen weniger Minuten weiterveräußert wird. Die Kurzzeitigkeit steht der Annahme von Besitz daher nicht entgegen (a.A. vertretbar). A war also zur

Zeit des Aufenthalts am Strandabschnitt Besitzer.

Fraglich ist aber, ob er zur Zeit des Aufenthalts im Wasser den Besitz verloren hat. Grundsätzlich ist die aktuelle Sachherrschaft nicht erforderlich, die soziale Zuordnung ist entscheidend. Nicht erforderlich ist zudem, dass Möglichkeit besteht, andere von der Einwirkung auszuschließen.⁴

Möglicherweise liegt die Zuordnung hier aber nach sozialer Anschauung vor. Dafür spricht etwa, dass Besitz auch durch Reservieren eines Parkplatzes möglich ist.⁵ Dagegen könnte man aber einwenden, dass nach den maßgeblichen Ortsanschauungen ein Strandabschnitt nicht reservierbar ist

Also liegt ein Besitzerwerb am Strandabschnitt vor (a.A. vertretbar). A hat den Besitz also nicht dadurch verloren, dass er ins Wasser gegangen ist, das Handtuch steht insoweit stellvertretend für ihn (a.A. vertretbar).

2. Der Besitz wurde ihm auch entzogen.

3. Dies erfolgte auch durch verbotene Eigenmacht

4. Besitzschutz ist ausgeschlossen, wenn A seinerseits den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt hat. Das Reservieren eines Strandes ist aber keine verbotene Eigenmacht, da die Einwilligung des Strandinhabers vorliegt.

¹ Joost, in: MüKo-BGB, § 854 Rn.3.

² siehe Joost a.a.O.

³ siehe OLG Hamm 1970, 2074: Kfz-Inhaber bezüglich Parkplatz.

⁴ Joost Rn.6.

⁵ Gutzeit, in Staudinger, BGB, § 854 Rn. 46.

5. Also hat A gegen B einen Anspruch aus § 861 BGB

III. Anspruch aus § 823 I wegen Verletzung des Gemeingebrauchs

Ein Anspruch aus § 823 I BGB wegen Verletzung des Gemeingebrauchs liegt nicht vor, da der Gemeingebrauch kein absolut geschütztes Rechtsgut ist.

B. Anspruch des A gegen B auf Schadensersatz wegen des Kinnhakens

I. Anspruch aus § 823 I BGB

1. Eine Handlung liegt vor. Der Körper des B ist verletzt, die Handlung war adäquat kausal dafür.

2. Rechtfertigung durch Notwehr nach § 227 BGB.

In Betracht kommt aber eine Rechtfertigung durch Notwehr nach § 227 BGB

Erforderlich ist ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff auf ein notwehrfähiges Rechtsgut

a) Angriff: Bestreuen mit Sand?

Fraglich ist, ob das Bestreuen mit Sand als Angriff zu bezeichnen ist. Ein Angriff ist zu verneinen, wenn keine messbare Beeinträchtigung eintritt („Unfugabwehr“).⁶ Sand in Mund oder Augen ist jedoch eine messbare

Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit, also liegt ein Angriff vor.

b) Der Angriff ist außerdem gegenwärtig.

c) Der Angriff müsste des Weiteren rechtswidrig gewesen sein. Er könnte seinerseits gerechtfertigt durch § 859 II BGB gerechtfertigt sein.

aa) Eine Besitzverletzung liegt vor (s.o.)

bb) Diese erfolgte durch verbotene Eigenmacht.

cc) Fraglich ist, ob die Handlung geeignet und erforderlich war.

Dafür spricht, dass ein milderes, gleich effektives Mittel nicht ersichtlich ist (polizeiliche Unterstützung war hier nicht zu erwarten) und ein mittelbarer Zwang zur Besitzaufgabe ausgeübt wurde.

dd) Also ist eine Rechtfertigung des Angriffs durch § 859 II BGB gegeben.

also war der Angriff des A nicht rechtswidrig.

b) Daher ist keine Rechtfertigung des B durch Notwehr gegeben.

Hilfsgutachten:

c) Angriff des B erforderlich

Fraglich ist die Erforderlichkeit des Angriffs des B. Als milderes Mittel kommen hier das Androhen von leichter körperlicher Gewalt (wegschieben) oder das Androhen der Schläge in Frage.

⁶ siehe Perron, in: Schönke/Schröder, § 32 Rn. 49.

d) Möglich sind auch Einschränkungen des Notwehrrechts wegen Gebotenheit.

Dafür spricht, dass es ein besonders geringfügiger Angriff ohne bleibende Folgen war. Andererseits lag aktuell eine erhebliche Belästigung vor.

Ende des Hilfsgutachtens

Ein Anspruch des A gegen B auf Schadensersatz besteht.

II. Anspruch des B gegen A wegen Aussetzen des Hundes aus §§ 989, 990 I BGB

1. Anwendbarkeit nach § 992 BGB?

Fraglich ist aufgrund der Vorschrift des § 992 BGB, ob die Normen der §§ 989, 990 I BGB hier anwendbar sind. Das könnte man hier mit der Erwägung verneinen, dass nach § 992 BGB nur das Deliktsrecht in diesen Fällen greifen soll.⁷ Jedoch soll § 992 BGB nur zusätzlich die Sperre des § 993 I a.E. gegenüber dem Deliktsrecht aufheben (mit der Folge, dass auch für Zufall haftet wird, § 848 BGB).⁸ Ein anderes Ergebnis wäre auch sinnwidrig, so wäre der deliktische Besitzer sonst gegenüber dem nichtdeliktischen Besitzer teilweise privilegiert.

⁷ In diese Richtung *Baldus*, in Münchener Kommentar zum BGB, § 992 Rn.1 unter Hinweis auf die Materialien.

⁸ *Jauernig/Berger*, § 992 Rn.1.

2. Eigentum des B lag vor. Tiere sind keine Sachen, allerdings werden sie gem. § 90a BGB als solche behandelt.

3. Besitz des A war gegeben.

4. Er hatte kein Recht zum Besitz

5. Herausgabeunmöglichkeit war ebenfalls eingetreten.

6. Bösgläubigkeit bei Besitzerlangung lag auch vor.

Der Ersatzfähige Schaden liegt im Wert des Hundes.

III. Anspruch des B gegen A wegen Aussetzen des Hundes aus § 823 I BGB auf Ersatz des Werts des Hundes

1. Anwendbar neben §§ 989, 990 BGB

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut ist die Vorschrift hier neben §§ 989, 990 I BGB anwendbar.

a) Die Handlung liegt in der Wegnahme des Hundes

b) Eine Rechtsgutsverletzung in Form der Eigentumsverletzung (iVm § 90a BGB) liegt ebenfalls vor.

Liegt ebenfalls vor. Zwar ist keine Substanzverletzung eingetreten, der Besitz und damit die Sachherrschaft des Eigentümers ist aber aufgehoben worden.

2. Ein Anspruch aus § 823 I BGB, gerichtet auf Ersatz des Wertes des Hundes, liegt also auch vor.

IV. Anspruch aus § 823 I BGB auf Schmerzensgeld wegen Depression

Ein Anspruch aus § 823 I BGB wegen einer Gesundheitsverletzung ist aber fraglich.

Eine Handlung liegt vor, die Gesundheit ist verletzt. Fraglich ist aber, ob sie adäquat kausal auf der Handlung beruht. Die Rechtsprechung verneint eine Ersatzfähigkeit bei der sogenannten psychisch vermittelten Kausalität, sofern keine nahen Angehörigen betroffen sind.⁹ Das wird mit dem Hinweis kritisiert, auch bei Nichtangehörigen oder gar Tieren sei im Einzelfall eine starke emotionale Bindung denkbar, sodass es unangemessen wäre, den Ersatz pauschal zu verneinen.¹⁰ Hier dürfte sich jedoch die Reaktion, auch bei einer Einzelfallprüfung, als unangemessen herausstellen. Denn eine besondere emotionale Bindung aufgrund langjähriger Vertrautheit und fehlender menschlicher Bindungen oder eine ähnliche Sondersituation ist nicht ersichtlich.

⁹ Siehe etwa BGH NJW 2012, 1730.

¹⁰ Etwa Wagner, in: Müko-BGB, § 823 Rn. 144.

C. Anspruch A gegen C auf Zahlung wegen des Sitzen im Liegestuhls

I. aus § 823 I BGB

1. Handlung

Das Sitzen im Liegestuhl bzw. dessen Inbesitznahme ist eine Handlung.

2. Rechtsgutsverletzung

Der berechtigter Besitz ist als Rechtsgut i.S.d. § 823 I BGB weitgehend anerkannt (wegen des Schutzes über Art.14 GG).¹¹

3. Rechtswidrigkeit (Mutmaßliche Einwilligung)

Möglicherweise ist A aufgrund mutmaßlicher Einwilligung gerechtfertigt. A benötigt hier den Stuhl nicht mehr, es ist daher davon auszugehen, dass ihm die Benutzung durch Dritte egal ist (a.A. vertretbar mit der Begründung, dass er für den Stuhl gezahlt hat).

Hilfsgutachten:

4. Ersatzfähiger Schaden

Fraglich ist aber, ob hier ein ersatzfähiger Schaden vorliegt. Das ist nur dann der Fall, wenn die entgangene Nutzungsmöglichkeit als Schaden anzusehen ist. Dafür spricht, dass der Wert hier kommerzialisierbar ist. Die herrschende Gegenansicht stellt auf die Differenzhypothese ab und verneint einen

¹¹ BGH NJW 1960, 1201, 1204; BGH NJW 1974, 1189, 1190; BGH NJW 1976, 1630, 1631; BGH NJW 1998, 377, 380; Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 823 Rn.120.

Schaden. Eine Ausnahme nimmt die Rechtsprechung bei Gütern an, auf deren Verfügbarkeit man für eine eigenverantwortliche Lebensführung angewiesen ist.¹²

Das ist bei einem Liegestuhlplatz nicht der Fall.

II. Anspruch aus § 812 I 1 Var. 2

1. B hat etwas erlangt, nämlich einen Liegestuhlplatz.

2. Fraglich ist aber, ob das auch auf Kosten des A erfolgte. Der Platz ist absolut dem Eigentümer zugewiesen, also dem H. Möglicherweise ist er durch Mietvertrag dem Mieter zugewiesen.

Dafür lässt sich anführen, dass das die Konsequenz aus der Anerkennung des mietrechtlichen Besitzes als absolutes Recht wäre;¹³ dagegen aber, dass andernfalls eine Doppelzuständigkeit begründet würde.¹⁴

Fraglich ist auch, ob die Besitzaufgabe hieran etwas ändert. Die Berechtigung ist jedoch unabhängig vom tatsächlich ausgeübten Besitz und besteht daher trotz Aufgabe weiter.

3. Die Besitzerlangung erfolgte auch ohne Rechtsgrund.

¹² Eingehend zum Meinungsstreit und zur Rechtsprechung Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 249 Rn. 60 f.

¹³ BGH NJW 1996, 838 (unberechtigte Untervermietung); Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 812 Rn. 252; Stadler, in: Jauernig, BGB, § 812 Rn.52.

¹⁴ Etwa Gebauer Jura 1998, 128, 131

4. Die Herausgabe des Erlangten ist unmöglich, also schuldet C Wertersatz nach § 818 II BGB.

5. Entreicherung nach § 818 III BGB

Eine Entreicherung nach § 818 III BGB kommt hier in Betracht, da der Vermögensvorteil nicht mehr vorhanden ist, sobald C selbst den Besitz aufgibt. Allerdings wird nach h.M. der Einwand der Entreicherung versagt, sofern der Schuldner bösgläubig ist und eine bereicherungsunabhängige Wertersatzpflicht angenommen.¹⁵ Angeführt werden dafür §§ 818 IV, 819 I BGB, was sich aber mit dem Wortlaut allein kaum begründen lässt.

Allenfalls Wertungsgesichtspunkte lassen sich dafür anführen.

D. Ansprüche des H gegen C

I. Anspruch H gegen C aus § 985 BGB

Möglicherweise hat H gegen C einen Anspruch aus § 985 BGB auf Herausgabe des Liegestuhlplatzes.

1. Eigentum des H am Liegestuhlplatz besteht.

2. C ist Besitzer des Liegestuhlplatzes.

3. fehlende Besitzberechtigung des C

C ist nicht unmittelbar besitzberechtigt, allerdings ist es A. Möglicherweise liegt eine Übertragung des Besitzrechts in seiner Ab-

¹⁵ Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 288 m.w.N.

wesenheit an C vor. Dafür spricht, dass er durch das Verlassen des Stuhls die Nutzung jedermann ermöglicht. Allerdings stellt sich die Frage, ob er wirklich einem beliebigen Dritten, mit dem er nicht kommuniziert hat, die Nutzung ermöglichen möchte; das ist eher zu verneinen (aA vertretbar).

Also hat C kein Besitzrecht.

4. H kann von C Herausgabe des Liegestuhls verlangen.

II. Anspruch H gegen C aus §§ 990, 987 BGB

1. Eine Vindikationslage besteht hier (siehe soeben).

2. Fraglich ist, ob C Nutzungen gezogen hat. Nach natürlicher Betrachtungsweise ist das zu bejahen. Gegenüber dem Eigentümer stellen sich die Nutzungen aber als Nutzungen des Mieters dar. Er wäre ungerechtfertigt bereichert, wenn er bereits vom Mieter abgeholte Nutzungen von dem tatsächlichen Nutzer holen kann (aA vertretbar).

Hilfsgutachten

3. Bösgläubigkeit des C wird vermutet, § 990 BGB.

III. Anspruch des H gegen C aus § 812 I 1 Var.2 BGB

1. H hat Besitz am Liegestuhl erlangt.

2. auf Kosten des H erfolgte das dann, wenn man ihn nach wie vor als Inhaber des Zuweisungsgehalts ansieht (siehe oben).

3. Auf eine Entreicherung kann sich C nicht berufen (siehe oben).

Aufgabe 2:

Fraglich ist, welches Recht auf die Ansprüche anzuwenden ist.

A. Anspruch A gegen B aus § 861 BGB?

I. Art.43 EGBGB

Möglicherweise ist der Anspruch sachenrechtlich nach Art.43 EGBGB zu qualifizieren.

Der Besitz ist zwar kein Recht, aber die Auslegung erfolgt unabhängig vom Sachrecht; die Ansprüche sind dinglicher Natur, da sie gegen jedermann gerichtet sind. Sie sind mithin nach Art.43 EGBGB zu qualifizieren.¹⁶

Danach ist spanisches Recht anzuwenden.

II. Art.46 EGBGB

Möglicherweise besteht aber eine wesentlich engere Verbindung zum deutschen Recht nach Art.46 EGBGB.

Dafür spricht die gemeinsame deutsche Staatsangehörigkeit, Drittinteressen sind außerdem nicht betroffen. Dagegen spricht aber, dass die Ansprüche ausschließlich am

¹⁶ Wendehorst, in: Münchener Kommentar zum BGB, Art.43 EGBGB Rn. 38.

Lagerort zu erfüllen sind, da es sich um eine unbewegliche Sache handelt. Also ist spanisches Recht anzuwenden.

III. Art.4 I EGBGB

Nach Art.4 I EGBGB handelt es sich um einen Gesamtverweis.

Das spanische internationale Privatrecht (IPR) nimmt den Verweis an.

B. Anspruch A gegen B aus § 823 I BGB

Grundsätzlich gilt für Ansprüche nach Art.4 I Rom-II-VO der Schadensort.

Hier greift jedoch die Ausweichklausel nach Art.4 II Rom-II-VO ein.

Es ist daher deutsches Recht anzuwenden.

C. Anspruch B gegen A aus §§ 990, 989 BGB

Die Qualifikation der Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ist umstritten. Nach einer Ansicht erfolgt diese sachenrechtlich, da sie an Eigentum und Besitz anknüpfen und die Rom-VOen hierzu keine Regelungen enthalten.¹⁷

Nach der Gegenansicht ist das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ein Schuldverhältnis, welches nur an einen sachenrechtlichen Tatbestand anknüpft.¹⁸ Man könnte die Ansprüche je nach Regelungsgehalt als Schadenser-

satz- oder Bereicherungsansprüche einordnen. Für die ernstgenannte Ansicht spricht trotz der Rechtsnatur der Ansprüche als schuldrechtliche Ansprüche die enge Beziehung zu einem sachenrechtlichen Tatbestand.

Folglich ist hier spanisches Recht anzuwenden.

D. Ansprüche A gegen C

I. aus §§ 990, 987

s.o. zur Qualifikation

Auch auf die Ansprüche nach §§ 990, 987 BGB ist spanisches Recht nach Art. 43 EGBGB anzuwenden.

II. aus § 823 I BGB

Die Ansprüche des A gegen C aus § 823 I BGB unterliegen spanischem Recht, Art.4 I Rom-I-VO.

III. aus § 812 I 1 Var.2 BGB

Nach Art.10 III Rom-II-VO findet auf den Anspruch aus § 812 I 1 Var.2 BGB spanisches Recht Anwendung.

E. Ansprüche H gegen C

I. aus §§ 990, 987 BGB

siehe oben, spanisches Recht ist gemäß Art.43 EGBGB anwendbar.

¹⁷ Dafür etwa *Wendehorst* aaO.; BGH NJW 1990, 242; BGH NJW 1998, 1321.

¹⁸ OLG Frankfurt WM 1995, 50, 52

II. aus § 823 I BGB

Art.4 I Rom-II-VO. Maßgeblich ist der Schadensort. Daher ist auch hier spanisches Recht anwendbar.

III. aus § 812 I 1 Var.2 BGB

Art.10 III Rom-II-VO. Auch hier ist spanisches Recht anwendbar.

▶ [Inhaltsverzeichnis](#)

KLAUSUR STRAFRECHT

Ass. iur. Isabelle Grüner-Blatt*

Eheprobleme und ihre Folgen

Zwischenprüfungsklausur

Die Schwerpunkte der Klausur bewegen sich hauptsächlich im Bereich des Allgemeinen Teils. Abgeprüft wurden die Aufstiftung, die Garantenstellung bei getrennt lebenden Ehegatten und die Auswirkung eines Irrtums auf den Vorsatz. Daneben wurden vertiefende Kenntnisse im Bereich der §§ 223, 224 StGB verlangt und im groben Überblick § 123 StGB und § 323c StGB.

Sachverhalt

M und F sind seit vielen Jahren verheiratet. Allerdings gab es in den letzten beiden Jahren immer wieder schwerwiegende Streitigkeiten, so dass F beschloss M zu verlassen. F zog vor einigen Monaten aus der gemeinsa-

men Wohnung aus und lebt mittlerweile mit ihrem neuen Freund P zusammen. F möchte sich von M scheiden lassen, da sie keine Zukunft mehr in einer gemeinsamen Beziehung sieht. Sie hat ihren Anwalt bereits mit der Einreichung der Scheidungsklage beauftragt und dies auch M mitgeteilt.

M ist über das Verhalten der F sehr verärgert und möchte seinem Unmut irgendwie Luft machen. Deshalb entschließt er sich dazu, den völlig unbeteiligten T bei der Polizei anzuzeigen. Denn er weiß, dass T schon mehrmals Waren im örtlichen Supermarkt eingesteckt und unbezahlt mitgenommen hat. Als T von der Anzeige erfährt, ist er nicht erfreut und möchte M mit einigen Faustschlägen eine saftige Abreibung verpassen. Sein Kumpel K überredet ihn aber dazu, nicht nur mit den Fäusten zuzuschlagen, sondern einen Baseballschläger zu verwenden, um den M zu vermöbeln. Davon lässt sich T überzeugen und dringt eines Abends in die Wohnung des M ein, schlägt diesem mit dem Baseballschläger in den Magen und mehrmals sehr kräftig gegen den Kopf und das Gesicht. M erleidet einigen Prellungen, eine gebrochene Nase und eine schwere Gehirnerschütterung. Als F von den Verletzungen ihres Noch-Ehemannes erfährt, hat sie ein schlechtes Gewissen. Denn kurz vor der Tat hatte sie zufällig vom Plan des T erfahren und sich überlegt M zu warnen, dann aber doch davon abgesehen. Sie nahm an, dass sich M nur ausreichend schützen könne, wenn sie ihn entsprechend warne. Hätte F den M gewarnt, wäre die Tat verhindert worden.

* Die Autorin ist wissenschaftliche Angestellte am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie von Herrn Prof. Dr. Frank Saliger an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen. Diese anspruchsvolle Klausur wurde von der Autorin während ihrer vorangehenden Anstellung bei Herrn Prof. Dr. Hans-Ludwig Günther im Sommersemester 2014 in der Anfängerübung im Strafrecht gestellt. Die Klausur wurde von 297 Teilnehmern bearbeitet. Der Notendurchschnitt lag bei 6,07 Punkten, die Durchfallquote bei 20,9 %.

M ist sehr wütend darüber, wie T ihn behandelt hat, und will sich rächen. Allerdings reichen ihm ein paar kräftige Schläge nicht aus, sondern er entschließt sich dazu, den T durch eine Autobombe zu töten, die beim Anlassen detoniert. M bringt diese an einem Auto an, welches vor dem Haus des T steht, tatsächlich aber dem X gehört. Beim Anlassen des Autos wird X getötet.

Fallfrage:

Wie haben sich T, F, M und K nach den Vorschriften des StGB strafbar gemacht?

Bearbeiterhinweis:

§§ 138, 211, 242, 303 StGB sind nicht zu prüfen.

Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Auszug aus dem BGB:

§ 1353 BGB Eheliche Lebensgemeinschaft

(1) Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung.

§ 1565 BGB Scheitern der Ehe

(1) Eine Ehe kann geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Die Ehe ist gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen.

Gliederung

Erster Handlungsabschnitt: Die saftige Abreibung

Strafbarkeit des T

I. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2

2 Var. 2, Nr. 5 StGB zu Lasten des M

1. Objektiver Tatbestand

- a) Grundtatbestand
- b) Qualifikation
- c) Kausalität und objektive Zurechnung

2. Subjektiver Tatbestand

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

4. Ergebnis

II. Hausfriedensbruch, § 123 I StGB

Strafbarkeit des K

I. Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung, §§

223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, 26 StGB zu Lasten des M

1. Objektiver Tatbestand

- a) vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat
- b) Bestimmen
- c) Aufstiftung – *Omnimodo facturus*
 - aa) *aliud*-Theorie – Analytisches Trennungsprinzip
 - bb) Qualifikationstheorie
 - cc) Unwertsteigerungstheorie
 - dd) Streitentscheidung

d) Zwischenergebnis

2. Subjektiver Tatbestand

3. Rechtswidrigkeit

4. Schuld

II. Ergebnis

Strafbarkeit der F

I. Gefährliche Körperverletzung durch Unterlassen, §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, Nr. 5, 13 I StGB zu Lasten des M

1. Objektiver Tatbestand

- a) Erfolgseintritt
- b) Nichtvornahme der gebotenen Handlung
- c) Individuelle Möglichkeit der Gefahrminderung
- d) Garantenstellung

aa) Erlöschen mit Rechtskraft des Scheidungsurteils

bb) Erlöschen mit Trennung der Ehegatten

cc) Erlöschen mit endgültiger Trennung der Ehegatten

dd) Streitentscheidung

2. Ergebnis

II. Unterlassene Hilfeleistung, § 323c StGB

1. Tatbestand

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

3. Ergebnis

Zweiter Handlungsabschnitt: Die Rache des M

I. Strafbarkeit des M nach § 212 I zu Lasten des X

1. Objektiver Tatbestand

2. Subjektiver Tatbestand

- a) *Error in persona*
- b) *Aberratio ictus*
- c) Streitentscheidung
- d) Zwischenergebnis

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

II. Ergebnis

Gesamtergebnis

Lösungsvorschlag

Erster Handlungsabschnitt: Die saftige Abreibung

Strafbarkeit des T

I. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, Nr. 5 StGB zu Lasten des M

T könnte sich wegen gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, Nr. 5 StGB strafbar gemacht haben, indem er auf M mit einem Baseballschläger einschlug.

1. Objektiver Tatbestand

a) Grundtatbestand

Der **Grundtatbestand** des § 223 I StGB ist in beiden Varianten erfüllt: Durch die Schläge mit dem Baseballschläger wurde das körperliche Wohlbefinden des M mehr als nur unerheblich beeinträchtigt. Er erleidet Prellungen, eine gebrochene Nase und eine schwere Gehirnerschütterung. Eine üble, unangemessene Behandlung liegt vor. M wurde folglich **körperlich misshandelt**¹. Zudem wurde bei M ein vom Normalzustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichender krankhafter Zustand hervorgerufen², indem die Schläge zu Prellungen, einer gebrochenen Nase und einer schweren Gehirnerschütterung führten. Eine **Gesundheitsschädigung** ist gegeben.

¹ Vgl. Wessels/Hettinger, BT 1, 37. Aufl., Rdnrn. 255f.

² Vgl. Wessels/Hettinger, BT 1, 37. Aufl., Rdnrn. 257ff.

b) Qualifikation

Möglicherweise erfüllen die Schläge mit dem Baseballschläger das Merkmal des **gefährlichen Werkzeugs** nach § 224 I Nr. 2 Var. 2 StGB. Ein gefährliches Werkzeug ist jeder Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der konkreten Art seiner Benutzung im konkreten Einzelfall dazu geeignet ist erhebliche Verletzungen hervorzurufen.³ Dabei sind die konkreten Tatumstände zu berücksichtigen, mithin die Art des Werkzeugs, die Verwendungsart und die betroffenen Körperteile.⁴ T schlägt mit einem Baseballschläger zu, welcher insbesondere bei sehr kräftigen Schlägen gegen empfindliche Körperbereiche geeignet ist erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Da T sehr kräftig in das Gesicht Ms und damit auf einen empfindlichen Körperbereich⁵ einschlägt, ist mit dem Baseballschläger ein gefährliches Werkzeug gegeben⁶.

Weiter könnte die Körperverletzung **mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung** herbeigeführt worden sein, indem T den M gegen den Kopf schlägt. Umstritten ist dabei, ob es einer konkreten oder einer abstrakten Lebensgefahr bedarf. Nach **Ansicht der Rechtsprechung** und großen Teilen der

³ Vgl. Rengier, BT 2, 15. Aufl., § 14 Rdnrn. 27ff. mwN.

⁴ Vgl. BGH NStZ 1999, 616 (617); BGH NJW 1982, 1164 (1165); in diese Richtung gehend auch BGH NStZ 1984, 328 (329).

⁵ So BGH NStZ 2010, 151; BGHSt 30, 375 (377); BGH NStZ 1999, 616 (617).

⁶ Vgl. auch LG Kaiserslautern, Urteil vom 16. Februar 2005 – 6035 Js 19586/04 4 KLS – Rdnr. 174; Hardtung, in: Münchener Kommentar, 2. Aufl., § 224 Rdnr. 25.

Literatur genügt es, wenn die Körperverletzung objektiv generell geeignet ist, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen.⁷ Wuchtige Schläge mit einem Baseballschläger gegen den Kopf sind generell dazu geeignet das Opfer in Lebensgefahr zu bringen.⁸ Damit liegt nach dieser Ansicht eine das Leben gefährdende Behandlung vor. Nach Ansicht eines **kleinen Teils der Literatur** muss demgegenüber eine konkrete Lebensgefahr eingetreten sein.⁹ Über ernsthafte Verletzungen des M, die zu einer konkreten Lebensgefahr geführt haben, ist nichts bekannt. Eine lebensgefährdende Behandlung ist nicht gegeben.

Die letztgenannte Ansicht überzeugt jedoch nicht. Zum einen stellt der *Wortlaut des Gesetzes* auf die Handlung und nicht den Erfolg ab. Zum anderen *rückt* die lebensgefährdende Behandlung anderenfalls *zu nahe an die §§ 212, 22 StGB heran* und entfernt sich zu weit von den anderen Varianten des § 224 I StGB.¹⁰ Deshalb ist der erstgenannten Meinung zu folgen und auf die abstrakte Eignung der Körperverletzung abzustellen. Eine das Leben gefährdende Behandlung ist gegeben.

⁷ Vgl. Rengier, BT 2, 15. Aufl., § 14 Rdnr. 50; Kindhäuser, in: Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl., § 224 Rdnr. 18.

⁸ Vgl. BGH NJW 1990, 3156, NStZ 2005, 156 (157).

⁹ Vgl. Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 3. Aufl., § 224 Rdnr. 27 m.w.N.

¹⁰ Vgl. Küper, BT, 5. Aufl., S. 59 ff.; Rengier, BT 2, 15. Aufl., § 14 Rdnr. 50; Beulke, Klausurenkurs III, 3. Aufl., Rdnr. 6.

c) Kausalität und objektive Zurechnung

Die Schläge mit dem Baseballschläger können nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfällt. Kausalität ist damit gegeben. Weiter hat T durch die Schläge eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen, die sich in den Verletzungen des M realisiert hat. Folglich ist auch die objektive Zurechnung zu bejahen. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

T handelte hinsichtlich der Verwirklichung des Grundtatbestandes mit Wissen und Wollen, also vorsätzlich. Weiter wusste er um die Umstände, aus denen die Gefährlichkeit des Baseballschlägers resultierte und handelte auch hinsichtlich des gefährlichen Werkzeugs vorsätzlich. Umstritten sind jedoch die Anforderungen an den Vorsatz bei der lebensgefährdenden Behandlung. Die **Rechtsprechung** lässt es für den Vorsatz genügen, dass der Täter die „Umstände“ kennt, aus denen sich die Lebensgefährdung ergibt, ohne dass insoweit eine „Bewertung“ als lebensgefährlich erforderlich ist.¹¹ T waren die Umstände, die sehr kräftigen Schläge gegen den Kopf und in das Gesicht des M, bekannt. Die **Literatur** verlangt dagegen ein substantielles Gefährdungsbewusstsein, das über die Kenntnis der tatsächlichen Umstände hinausgeht, genauer eine „Parallelwertung in der Laiensphäre“. Der Täter muss sich weiter der Bedeutung seines Verhaltens bewusst gew-

¹¹ Vgl. BGHSt 19, 352 (353); BGH NJW 1990, 3156.

sen sein, also die Gefährlichkeit seines Handelns für das Leben des Opfers wenigstens für möglich gehalten und in Kauf genommen haben.¹² T wollte den M verletzen und wusste auch was er tat. Zudem waren ihm die Umstände bekannt, die sein Verhalten als lebensgefährdende Behandlung kennzeichnen, sowie die generelle Eignung seiner Handlung zu solchen Verletzungen.¹³ Er wusste, dass kräftige Schläge gegen den Kopf eines anderen Menschen geeignet sind, diesen lebensgefährdend zu verletzen. Denn dies ist allgemein bekannt.¹⁴ Anhaltspunkte dafür, dass T dies nicht bekannt war, sind nicht gegeben. Folglich handelte T auch nach dieser Ansicht vorsätzlich. Eine Streitentscheidung ist entbehrlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungsgründe sind nicht gegeben. T handelte rechtswidrig. Ebenfalls sind keine Entschuldigungsgründe gegeben, weswegen T schuldhaft handelte.

4. Ergebnis

T hat sich nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, Nr. 5 StGB wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht.

II. Hausfriedensbruch, § 123 I StGB

Anmerkung:

Von den Studenten wurden das Auffinden des Tatbestandes und eine saubere Subsumtion unter den Gesetzestext erwartet. Dagegen waren keine sauberen Definitionen gefordert. Waren solche aber vorhanden, sollten diese positiv bewertet werden.

T ist in eine **Wohnung eingedrungen**. Eine solche ist bei Räumlichkeiten gegeben, die ihren Hauptzweck darin haben, Menschen zur ständigen Unterkunft zu dienen.¹⁵ M nutzt die Wohnung zum ständigen Wohnen, womit die Voraussetzungen erfüllt sind. Weiter hat T die Wohnung **ohne den Willen** des M als **Hausrechtsinhaber**¹⁶ betreten. Dabei handelte er vorsätzlich. Er wusste, dass M nicht will, dass er die Wohnung betritt. Weiter handelte T rechtswidrig und schuldhaft.

Daher hat sich T nach § 123 I StGB wegen Hausfriedensbruch strafbar gemacht.

Zudem wurde der nach § 123 II StGB erforderliche Strafantrag gestellt.

¹² Vgl. Lackner/Kühl, 27. Aufl., § 224 Rdnr. 9; Wessels/Hettinger, BT 1, 37. Aufl., Rdnr. 284.

¹³ Vgl. Hardtung, in: Münchner Kommentar, 2. Aufl., § 224 Rdnr. 45; Lackner/Kühl, 27. Aufl., § 224 Rdnr. 9.

¹⁴ Vgl. Heinke, NStZ 2010, 119 (122f.), welcher dies anhand einer Befragung von über 800 Personen darlegt.

¹⁵ Vgl. Lackner/Kühl, 27. Aufl., § 123 Rdnr. 3.

¹⁶ Vgl. Fischer, 62. Aufl., § 123 Rdnrn. 3f. Da F nicht mehr in der ehemals gemeinsamen Wohnung lebt, hat sie kein Hausrecht mehr inne. Dieses hat sie aufgegeben, womit nicht auch auf ihren Willen abzustellen ist.

Strafbarkeit des K

I. Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, 26 StGB zu Lasten des M

K könnte sich durch das Überreden des T wegen Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, 26 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat

Mit der gefährlichen Körperverletzung zu Lasten des M ist eine **vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat** gegeben. (s.o.)

b) Bestimmen

Weiter müsste K den T zur Tat **bestimmt** haben. Darunter ist das Hervorrufen des Tatentschlusses zu verstehen, was grundsätzlich durch jede Art der Willensbeeinflussung möglich ist.¹⁷ Ein konkludentes Verhalten kann genügen. Umstritten¹⁸ ist aber, ob für das Bestimmen jedes (mit-)ursächliche Hervorrufen des Tatentschlusses genügt¹⁹ oder ob die Bestimmungshandlung eine kommu-

nikative Beziehung, einen geistigen Kontakt zum Haupttäter verlangt²⁰.

Vorliegend überredet K den T dazu, einen Baseballschläger bei der Tat zu verwenden. Dabei liegt nach beiden Ansichten ein Bestimmen iSd § 26 StGB vor. Das Überreden war ursächlich für den Entschluss des T, den M mit einem Baseballschläger zu verletzen, und es liegt eine ausdrückliche Kommunikation im Überreden vor.

c) Aufstiftung – *Omnimodo facturus*

Problematisch könnte sein, dass T bereits zu einer Körperverletzung hinsichtlich des M entschlossen war, als K begann auf ihn einzureden. Möglicherweise scheidet damit eine Anstiftung aus, denn ein bereits zur Tat Entschlossener (sog. **Omnimodo facturus**) kann nicht mehr angestiftet werden.²¹ Allerdings wurde T von K zu einer Qualifikation bewegt, genauer zu einer gefährlichen Körperverletzung nach § 224 StGB. Fraglich ist, ob dies für die Bejahung der Anstiftung genügt.

¹⁷ Beispielsweise durch das Überreden, das Äußern von Bitten, Anregungen, die Zusage von Belohnungen, usw.

¹⁸ Ein kurzer Überblick zum Bestimmen findet sich bei *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 44. Aufl., Rdnr. 568.

¹⁹ So die Verursachungstheorie: Vgl. *BGHSt* 45, 373 (374); *Lackner/Kühl*, Strafrecht, 27. Aufl., § 26 Rdnr. 2 mwN.

²⁰ So die Kommunikationstheorie: Vgl. *Joecks*, in: *Münchener Kommentar*, 2. Aufl., § 26 Rdnrn. 15ff. mwN; *Kühl*, Strafrecht AT, 7. Aufl., § 20 Rdnrn. 172ff.

²¹ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 44. Aufl., Rdnr. 569.

aa) aliud-Theorie²² – Analytisches Trennungsprinzip²³

Nach der engsten Ansicht ist eine Anstiftung nur zu einem **echten aliud** möglich, ein bloßes „Mehr“ genügt nicht. Daher ist es nötig, dass der Anstifter den Täter zu einem neu hinzukommenden, selbständigen Tatbestand anstiftet und so der Tat ein „Unrechts-plus“ verleiht.²⁴ Der Qualifikationstatbestand des § 224 I Nr. 2 Var. 2 StGB stellt keinen selbständigen Tatbestand dar, sondern baut gerade auf dem Grundtatbestand auf. Es kann folglich von keinem „Hervorrufen“ des Tatentschlusses gesprochen werden, da dieser nur „gesteigert“ wird. Es liegt ein bloßes „Mehr“ vor.²⁵ Daher ist eine Anstiftung des T nach dieser Ansicht nicht möglich.

bb) Qualifikationstheorie²⁶

Diese Ansicht verlangt zumindest eine **Qualifikation** als aufgestiftete Tat.²⁷ Durch die Qualifikation wird eine neue Wertungsstufe erreicht und damit seitens des Anstifters eine neue Unrechtseinheit angestoßen.²⁸ Folglich

ist eine Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung möglich.

cc) Unwertsteigerungstheorie²⁹

Diese Theorie lässt bereits eine **wesentliche Steigerung des Unwertgehaltes** der Tat für die Bejahung einer Anstiftung genügen.³⁰ Begründet wird dies damit, dass das Unrecht durch die Anstiftung konkret gesteigert wird und somit eine Anstiftung zum Tatganzen gegeben ist. Schließlich war der Täter zuvor noch nicht zur Begehung der letztlich begangenen Tat entschlossen, sondern wurde dazu verleitet.³¹ Eine solche Unwertsteigerung ist in einer Qualifikation zu sehen, womit eine Anstiftung im vorliegenden Fall gegeben ist.

dd) Streitentscheidung

Allein die aliud-Theorie verneint eine Anstiftung. Gegen diese Theorie spricht die gesetzliche Wertung, die schon das qualifizierte Delikt einer anderen Bewertungsstufe zu misst. Dadurch ist die Tatidentität verändert. Schließlich ist der Qualifikationstatbestand des § 224 I Nr. 2 Var. 2 StGB eine selbständige Unrechtseinheit und rechtfertigt eine Bestrafung nach § 26 StGB.³² Durch die Kombination von neuen und alten Deliktselementen entsteht durch die Aufstiftung ein ganz-

²² So genannt bei *Heinrich*, Strafrecht AT, 3. Aufl., Rdnr. 1302.

²³ Diese Begrifflichkeit stammt von *Schulz*, JuS 1986, 933 (935).

²⁴ Vgl. *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar, 7. Aufl. 34. Lfg. (Oktober 2000), § 26 Rdnrn. 19f.; *Beulke*, Klausurenkurs III, 3. Aufl., Rdnr. 503.

²⁵ Vgl. *Heinrich*, Strafrecht AT, 3. Aufl., Rdnr. 1302.

²⁶ So genannt bei *Heinrich*, Strafrecht AT, 3. Aufl., Rdnr. 1299.

²⁷ Vgl. *Krey*, Strafrecht AT, 5. Aufl., Rdnr. 1047; *Lackner/Kühl*, Strafrecht, 27. Aufl., § 26 Rdnr. 2a.

²⁸ Vgl. *Heinrich*, Strafrecht AT, 3. Aufl., Rdnr. 1302; *Kühl*, Strafrecht AT, 7. Aufl., § 20 Rdnr. 182.

²⁹ Die Begrifflichkeit stammt von *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 13. Aufl., 181. Daneben wird der Streitstand ausführlich dargestellt.

³⁰ Vgl. *BGHSt* 19, 339.

³¹ Vgl. *BGHSt* 19, 339; *Roxin*, Strafrecht AT II, § 26 Rdnrn. 104ff.

³² Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT II, § 26 Rdnrn. 104ff.; *Krey*, Strafrecht AT, 5. Aufl., Rdnr. 1047; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 44. Aufl., Rdnr. 571.

heitlich anderes Unrecht.³³ Daher ist eine Anstiftung des T im vorliegenden Fall möglich.

Alternativ kann eine Anstiftung verneint werden:

Allein die aliud-Theorie vermag zu überzeugen, da sich eine Anstiftung immer nur auf denjenigen Teil der Straftat beziehen kann, zu dem der Täter selbst noch nicht entschlossen war.³⁴ Dem Anstifter wird anderenfalls Unrecht angelastet, das nicht von ihm hervorgerufen wurde.³⁵ Denn er ist nicht der „Auctor“ der gesamten Tat.³⁶ Ein bloßes „Steigern“ des Tatentschlusses ist ein typischer Fall der Beihilfe und nicht der Anstiftung. Damit liegt kein tatbestandsmäßiges Bestimmen iSd § 26 StGB vor. Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

Allerdings muss anschließend eine psychische Beihilfe zu §§ 223, 224 I Nr. 2 Var. 2 StGB geprüft und im konkreten Fall auch bejaht werden.

d) Zwischenergebnis

Folglich ist der objektive Tatbestand erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

K müsste mit einem doppelten Vorsatz gehandelt haben: einmal hinsichtlich der Vollendung der Haupttat und das andere Mal hinsichtlich des Bestimmens, sprich seiner eigenen Anstiftungshandlung.³⁷ K wollte den T zur gefährlichen Körperverletzung des M

bestimmen und wusste auch um die Auswirkung seines Handelns.³⁸ Er handelte folglich vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. K handelt rechtswidrig.

4. Schuld

Auch liegen keine Entschuldigungsgründe vor, womit K schuldhaft handelt.

II. Ergebnis

K hat sich wegen Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung zu Lasten des M nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, 26 StGB strafbar gemacht.

Strafbarkeit der F

I. Gefährliche Körperverletzung durch Unterlassen, §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, Nr. 5, 13 I StGB zu Lasten des M

F könnte sich wegen gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen strafbar gemacht haben, indem sie M nicht warnte.

³³ Vgl. *Schünemann*, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl., § 26 Rdnr. 34.

³⁴ Vgl. *Heinrich*, Strafrecht AT, 3. Aufl., Rdnr. 1302.

³⁵ Vgl. *Kühl*, Strafrecht AT, 7. Aufl., § 20 Rdnr. 182.

³⁶ Vgl. *Joecks*, in: Münchener Kommentar, 2. Aufl., § 26 Rdnr. 41.

³⁷ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 44. Aufl., Rdnr. 572.

³⁸ Ob K genau wusste, dass M abstrakt lebensgefährlich verletzt wird ist aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Ihm war kaum bekannt, auf welche Körperteile T mit welcher Intensität einschlägt. Daher hatte K keinen Vorsatz bezüglich § 224 I Nr. 5 StGB und es erfolgt keine Zurechnung über § 26 StGB.

1. Objektiver Tatbestand

a) Erfolgseintritt

Der tatbestandliche Erfolg der gefährlichen Körperverletzung ist eingetreten (s.o.).

b) Nichtvornahme der gebotenen Handlung

F hat nicht aktiv gehandelt, sondern gerade nichts unternommen. Damit kommt allein eine Strafbarkeit durch Unterlassen in Betracht.

c) Individuelle Möglichkeit der Gefahrenminderung

Für F bestand die physisch-reale Möglichkeit tätig zu werden. So hätte sie M warnen oder die Polizei benachrichtigen können.

d) Garantenstellung

Es stellt sich die Frage, ob F als **Garantin** zum Handeln zu Gunsten des M verpflichtet war. Dazu könnte sie die eheliche Garantenpflicht als besondere Rechtspflicht verpflichten. Grundsätzlich besteht zwischen Ehegatten eine Garantenpflicht aus der gegenseitigen Zusage durch das Eingehen der Ehe dem anderen gegebenenfalls beizustehen.³⁹ Ge-

setzlich bestimmt findet sich dies in § 1353 BGB wieder.⁴⁰ Fraglich ist aber, ob diese Pflicht bei getrennt lebenden Ehegatten noch besteht. Hierzu werden mehrere Ansichten vertreten, die an unterschiedliche Gesichtspunkte anknüpfen:

aa) Erlöschen mit Rechtskraft des Scheidungsurteils

Die Garantenstellung erlischt erst mit der **Rechtskraft des Scheidungsurteils**, wenn man mit der **formellen Rechtspflichttheorie** auf den juristischen Bestand der Ehe abstellt.⁴¹ Als Argument kann der Gedanke der Rechtssicherheit angeführt werden.⁴² M und F waren noch nicht rechtskräftig geschieden, womit die Garantenstellung nach dieser Ansicht noch besteht.

bb) Erlöschen mit Trennung der Ehegatten

Die Garantenstellung erlischt bereits mit der **Trennung der Ehegatten**. Dafür lässt sich anführen, dass sich die Garantenpflicht allein aus der gelebten Gemeinschaft der Eheleute ergibt und diese mit der Trennung nicht mehr gegeben ist.⁴³ Damit ist vorliegend die Garantenstellung mit dem Auszug der F erloschen.

³⁹ Vgl. *RG* 64, 273 (278f.); *BGHSt* 2, 150 (153f.); *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl., § 13 Rdnr. 18; *Freund*, *NJW* 2003, 3384 (3385). Zusätzlich begründet *Ingelfinger*, *NStZ* 2004, 409 (411) die Garantenpflicht auf einer gewissen Verminderung des Schutzes der Eheleute im Außenverhältnis. Denn die Gesellschaft verlasse sich darauf, dass sich die Ehegatten in Notlagen gegenseitig helfen und greift selbst erst später oder zurückhaltend ein.

⁴⁰ Vgl. *BGH NStZ* 2004, 30; a.A. *Ingelfinger*, *NStZ* 2004, 409 (411); *Weigend*, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl., § 13 Rdnr. 28.

⁴¹ Vgl. *Jakobs*, *Strafrecht AT*, 2. Aufl.; 29/64; *Geilen*, *FamRZ* 1961, 147 (148f.).

⁴² Vgl. *Ingelfinger*, *NStZ* 2004, 409.

⁴³ Vgl. *Rudolphi*, in: *Systematischer Kommentar*, 8. Aufl., 119. Lfg. (Stand 2009), § 13 Rdnr. 51.

cc) Erlöschen mit endgültiger Trennung der Ehegatten

Die Garantenstellung erlischt mit der endgültigen Trennung der Ehegatten, sofern beide um die Trennung wissen und **kein potentieller Rückkehrwille** besteht.⁴⁴ Hierfür spricht, dass es durchaus Trennungen geben kann, bei denen eine Rückkehr zum Ehegatten noch nicht ausgeschlossen ist und es sich um eine „Trennung auf Probe“ handelt. Es fehlt zwar die häusliche Gemeinschaft unter den Ehegatten. Allerdings muss dies nicht gleichzeitig bedeuten, dass die eheliche Lebensgemeinschaft aufgegeben wurde.⁴⁵ Folglich ist die Garantenstellung zwischen M und F nicht mehr gegeben. F hatte keinen Rückkehrwillen mehr, sondern zog bereits vor Monaten aus der ehelichen Wohnung aus, hat einen neuen Freund und will die Scheidung. Dies war M bekannt.

dd) Streitentscheidung

Die erste Ansicht kann nicht überzeugen, da nicht das Bestehen der Ehe allein dazu führt, dass eine Garantenstellung entsteht. Vielmehr ist hierfür eine gegenseitige Zusage der Ehegatten maßgeblich. Diese gegenseitige Hilfszusage, einander beizustehen, wird regelmäßig konkludent erklärt und sollte so auch wieder zurückgenommen werden können. Auf ein rechtskräftiges Scheidungsurteil kann es somit nicht ankommen, da die gegenseitige Hilfszusage bereits vorher wider-

rufen worden sein kann. Bei der ersten Ansicht besteht die Ehe demnach nur noch auf dem Papier, ohne dass sich die Ehegatten an ihre Hilfszusage gebunden fühlen.⁴⁶ Im Folgenden stellt sich aber die Frage, ab wann von einem solchen Widerruf ausgegangen werden kann. Ausschlaggebend kann allein die Trennung mit endgültiger Trennungsabsicht sein. Denn die Ehegatten können sich auch trennen, um ihre Beziehung zu retten. Dabei ist das gegenseitige Eheversprechen noch nicht aufgehoben, sondern es besteht für beide Ehegatten die Hoffnung wieder zu einer funktionierenden Ehe zu finden.⁴⁷ Vorliegend ist mit der räumlichen Trennung der Ehegatten seit einigen Monaten und der Zuwendung der F zu einem neuen Partner, sowie dem Scheidungsverlangen der F kein Rückkehrwille zu erkennen. Die Garantenpflicht und eine sich daraus ergebende Garantenstellung ist nicht mehr gegeben.

Anmerkung:

Mit entsprechender Argumentation kann eine Garantenstellung der F bejaht werden. Allerdings ist dann zu fragen, ob eine Nebentäterschaft der F anzunehmen ist oder ob allein eine Beihilfe in Betracht kommt⁴⁸. Wird dann die Nebentäterschaft bejaht, ist die Risikoerhöhungslehre in der Quasi-Kausalität zu diskutieren.

⁴⁴ Vgl. *BGH NStZ* 2004, 30; *Weigend* in *Leipziger Kommentar*, 12. Aufl., § 13 Rdnr. 28.

⁴⁵ Vgl. *BGH*, *NStZ* 2004, 30.

⁴⁶ Vgl. *BGH NStZ* 2004, 30; *Weigend* in *Leipziger Kommentar*, 12. Aufl., § 13 Rdnr. 28; *Ingelfinger*, *NStZ* 2004, 409 (410).

⁴⁷ So *BGH NStZ* 2004, 30; zustimmend: *Freund*, *NJW* 2003, 3384 (3385f.); kritisch zur dogmatischen Herleitung: *Ingelfinger*, *NStZ* 2004, 409 (410ff.).

⁴⁸ Vertiefend hierzu *Eisele*, *JSE* 2011, 89 (97ff.); *Haas*, *ZIS* 2011, 392.

2. Ergebnis

Mangels Garantenstellung ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt. Eine Strafbarkeit der F nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, Nr. 5, 13 I StGB scheidet aus.

II. Unterlassene Hilfeleistung, § 323c StGB⁴⁹

Möglicherweise hat sich F wegen unterlassener Hilfeleistung nach § 323c StGB strafbar gemacht, indem sie M nicht warnte.

1. Tatbestand

Zunächst müsste ein **Unglücksfall** gegeben sein. Dieser liegt bei jedem Ereignis vor, das die unmittelbare Gefahr eines erheblichen Schadens für andere Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert hervorruft.⁵⁰ Ausreichend ist hierfür eine drohende Straftat eines Dritten.⁵¹ Mit der bevorstehenden gefährlichen Körperverletzung durch T ist eine drohende Straftat und somit ein Unglücksfall gegeben. Weiter hat F Hilfeleistungsmaßnahmen **unterlassen**, welche ihr **zumutbar** gewesen wären. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass F eine Hilfeleistung nicht zumutbar war. Für die Tatbestandsverwirklichung genügt es bereits, wenn die, aus ex-ante Sicht eines objektiven

Betrachters, erfolgsversprechende Hilfe unterlassen wird.⁵² F hat es unterlassen den M zu warnen oder anderweitig für Hilfe zu sorgen. Dies wäre ihr möglich und erfolgsversprechend gewesen. Auch handelte F vorsätzlich. Damit ist der Tatbestand erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es sind weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe gegeben.

3. Ergebnis

Damit hat sich F wegen unterlassener Hilfeleistung nach § 323c StGB strafbar gemacht.

Zweiter Handlungsabschnitt: Die Rache des M

I. Strafbarkeit des M nach § 212 I zu Lasten des X

Gemäß § 212 I StGB könnte sich M durch das Anbringen der Bombe zu Lasten des X wegen Totschlags strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der tatbestandsmäßige Erfolg ist eingetreten, X ist tot.

Das Anbringen der Bombe kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der tatbestandsmäßige Erfolg entfällt. Kausalität ist somit gegeben.

⁴⁹ Anmerkung: Es genügte, wenn die Studenten §323c StGB im Gesetz fanden und den Sachverhalt sauber unter den Gesetzestext subsumierten. Alles Weitere war positiv zu werten.

⁵⁰ Vgl. BGHSt 3, 65; 57, 42 (48); Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 37. Aufl., Rdnr. 1044.

⁵¹ Vgl. BGHSt 57, 42, (48); Fischer, 61. Aufl., § 323c Rdnr. 6.

⁵² Vgl. Fischer, 62. Aufl., § 323c Rdnr. 9; Freund, NJW 2003, 3384 (3386).

M hat mit dem Anbringen der Bombe eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen, die sich auch mit der Tötung des X infolge der Detonation realisiert hat. Folglich ist der objektive Tatbestand erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

Problematisch erscheint jedoch, ob M insofern auch vorsätzlich gehandelt hat. Er wollte nicht X, sondern T durch die Bombe töten.

a) Error in persona

Es könnte ein **error in persona** vorliegen, da sich M über die **Identität der Person** (statt T steigt X in das Auto) **täuschte**. Ein bloßer Irrtum über ein gleichwertiges Tatobjekt ist im Hinblick auf das Vorliegen von Wissen und Wollen bzgl. der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes jedoch unbeachtlich. Bezugspunkte des Vorsatzes sind nur die in § 16 I 1 StGB genannten äußeren Tatumstände, nicht aber die mit der Tat verbundenen Beweggründe oder Fernziele: M wollte einen Menschen töten und hat mit X einen Menschen getötet. Zieht man somit die *Gleichwertigkeitstheorie*⁵³ heran, liegt ein unbeachtlicher error in persona vor. M hat X zwar nicht gesehen und damit nicht selbst optisch wahrgenommen, aber durch das zur Sprengfalle umfunktionierte Fahrzeug mittelbar individualisiert. In einem solchen Fall gilt im Ergebnis nichts anderes als bei opti-

scher Wahrnehmung des Opfers selbst. M hat das als Tatmittel benutzte Fahrzeug der falschen Person zugeordnet. Letztlich wurde durch das Attentat jedoch wie beabsichtigt die Person getötet, die als erste den Zündschlüssel betätigt.⁵⁴ Somit hat sich M lediglich über die Identität dieser Person geirrt und nicht über einen Umstand, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Vorsatz ist folglich gegeben.

b) Aberratio ictus

Möglich erscheint es auch die Regeln der **aberratio ictus** anzuwenden. Das äußere **Geschehen ist nicht nach Plan verlaufen** und es besteht eine gewisse Parallele zur aberratio-ictus-Konstellation. Anknüpfungspunkt ist dabei nicht die Wahrnehmung des Objekts am Tatort, sondern mangels optischer Wahrnehmung die geistige Vorstellung des Täters. Macht sich der Täter keine Gedanken darüber, dass auch andere Personen verletzt werden können, so geht sein Angriff fehl.⁵⁵ M hat zwar das korrekte Ziel (den T) ins Auge gefasst, der Angriff ist aber nicht nach seiner Vorstellung verlaufen und dadurch wurde ein anderes Objekt als das ins Visier genommene getroffen. M hat den X nicht als mögliches Opfer der Tötung in sein Bewusstsein aufgenommen. Folglich liegt ein

⁵³ Vgl. Gaede, in: Matt/Renzikowski, 2013, § 16 Rdnr. 22; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 44. Aufl., Rdnrn. 247ff.; Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, JuS 2012, 289 (296f.).

⁵⁴ Vgl. BGH NStZ 1998, 294 (295); Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl., § 13 Rdnr. 27; Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, JuS 2012, 289 (297).

⁵⁵ So vertreten von Herzberg, JA 1981, 473; Heinrich, Strafrecht AT, 3. Aufl., Rdnr. 1112, der damit argumentiert, dass anderenfalls die Vorsatzkonkretisierung zu weit nach vorne verlegt werde.

beachtlicher Tatbestandsirrtum vor. M hat deshalb ohne Tötungsvorsatz bzgl. X gehandelt.

c) Streitentscheidung

Die aberratio ictus Lösung ist schwerwiegenden Einwänden ausgesetzt: Zwar ist aus der Sicht des M das falsche Opfer getötet worden, doch hat er den X gerade nicht durch einen direkten Angriff getötet, sondern eben durch eine „Sprengfalle“. Bei dieser Tötungsvariante muss sich der Vorsatz notwendig auf jedes Opfer beziehen, das dem Tatplan entsprechend in die Falle geht.⁵⁶ Daher kann nicht eingewandt werden, der Täter habe die Gefahr verkannt, ein anderer könne das Auto benutzen.⁵⁷ Zudem ist eine aberratio ictus nur anzunehmen, wenn der Täter auf ein Tatobjekt zielt, das er vor sich sieht, jedoch ein anderes Objekt trifft. M hatte T hier aber nicht „im Visier“, sondern nur vor seinem „inneren Auge“. Somit stellt diese Meinung allein auf die *geistige Vorstellung* ab, die aber nicht zu einer ausreichenden Individualisierung führen kann.⁵⁸

Für die Lösung nach den Grundsätzen des error in persona lässt sich anführen, dass es nur einen *kleinen Unterschied* macht, ob der Täter die Bombe auf die falsche Person wirft, dabei aber davon ausgeht die richtige Person

vor sich zu haben oder ob er die Bombe am falschen Auto befestigt.⁵⁹

Folglich sprechen die besseren Argumente für die Lösung nach den Grundsätzen des error in persona, die einen unbeachtlichen Tatbestandsirrtum annimmt. Damit handelte M vorsätzlich.

Korrekturanmerkung:

Auch hier ist mit entsprechender Begründung die Annahme einer aberratio ictus möglich. Folglich ist der Vorsatz zu verneinen. Konsequenz ist dann mit § 16 I 2 StGB die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit des M wegen § 222 StGB zu Lasten des X zu prüfen und ein versuchter Totschlag hinsichtlich des anvisierten Opfers, T.

d) Zwischenergebnis

Der Tatbestand ist erfüllt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte mangels Rechtfertigungsgründen rechtswidrig und mangels Entschuldigungsgründen schuldhaft.

II. Ergebnis

M hat sich somit durch das Anbringen der Bombe zu Lasten des X gemäß § 212 I StGB⁶⁰ strafbar gemacht.

⁵⁶ Vgl. Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl., § 13 Rdnr. 27.

⁵⁷ So aber angeführt von Herzberg, NStZ 1999, 217 (221); Heinrich, Strafrecht AT, 3. Aufl., Rdnr. 1112.

⁵⁸ Vgl. BGHSt 37, 214 (216); Prittwitz, GA 1983, 110 (130); a.A. Toepel, JA 1996, 886 (893).

⁵⁹ Vgl. Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., § 12, Rdnr. 197; Toepel, JA 1996, 886 (893); Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, JuS 2012, 289 (297).

⁶⁰ §§ 223f. StGB treten als subsidiär zurück.

Anmerkung:

Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags zu Lasten des T

Im Töten des X mit Hilfe des Sprengsatzes liegt nicht zugleich ein Tötungsversuch an T, denn als die Tat des M das Versuchsstadium erreichte, richteten sich dessen Vorsatz, Angriff und Ausführungshandlung allein gegen den über das Auto „mittelbar individualisierten“ X. M hat sich somit nicht gemäß §§ 212 I, 22, 23 I StGB zu Lasten des T strafbar gemacht. Sein Vorsatz war bereits verbraucht.

Gesamtergebnis

Strafbarkeit des T nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, Nr. 5 – 53 – 123 I StGB.

Strafbarkeit des K nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, 26 StGB.

Strafbarkeit der F nach § 323c StGB.

Strafbarkeit des M nach § 212 I StGB.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

KLAUSUR STRAFRECHT

Prof. Dr. Edward Schramm/
Ass. iur. Yvonne Markgraf*

Langfinger in einer Jenaer Kaufhalle

Fortgeschrittenenklausur**

Die Abgrenzung von Diebstahl (§ 242) und einfachem Betrug (§ 263) hat durch die moderne Fallkonstellation des Einscannens eines falschen Barcodes an der Selbstbedienungskasse eine neuartige klausurrelevante Dimension - und zwar in der besonderen Gestalt der Abgrenzung des Diebstahls vom Computerbetrug (§ 263a) - gewonnen. Die Unterscheidung des Trickdiebstahls vom Sachbetrug ist auf das Exklusivitätsverhältnis zwischen beiden Delikten zurückzuführen: Diebstahl als Fremdschädigungsdelikt und Betrug als Selbstschädigungsdelikt schließen einander aus.¹ Maßgeblich ist hierbei, ob eine Wegnahme (dann § 242) oder eine Vermögensverfügung (dann § 263) vorliegt. Sofern jedoch keine natürliche Person ge-

täuscht werden und verfügen kann, kommt statt § 263 beim möglichen Einwirken auf einen Datenverarbeitungsvorgang der betrugsverwandte § 263a in Betracht. Die dort verlangte Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorganges muss unmittelbar zu einer Vermögensminderung führen, was bei Verwendung eines falschen Strichcodes aber letztlich verneint werden muss und so schlussendlich auf die Annahme eines Diebstahls hinausläuft. Weitere Klausurprobleme stellen die Wegnahme beim Verzehr von Waren sowie die Problematik von Verpackungs-Tricks beim Kassieren im Selbstbedienungsladen dar.

Sachverhalt

S hält sich mit Gelegenheitsjobs über Wasser und ist ständig knapp bei Kasse. Dennoch will er auf sein geliebtes Erotikmagazin „Playboy“ nicht verzichten. So geht er im September in den Supermarkt „B“ in Jena. Er nimmt sich das Erotikmagazin und geht daraufhin zu einer modernen elektronischen Selbstbedienungskasse des Marktes. Mittels eines Barcodelesers muss der Kunde zur Bedienung der Selbstbedienungskasse den EAN-Code (schwarz-weißer Strich-Code) durch Vorhalten vor den Scanner einlesen lassen. Ein LCD-Farb-Touchscreen (Bedienanzeige/Monitor) zeigt dem Kunden, was mittels der Datenbank der SB-Kasse laut des eingescannten Codes für ein Produkt erworben werden soll. Der Kunde wird sodann zur Zahlung nach erfolgter vollständiger Warenaufnahme im System aufgefordert, wobei er zwischen Bar- und Kartenzahlung wählen

* Edward Schramm ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht, Europäisches und Internationales Strafrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Yvonne Markgraf ist Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.

** §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB. Die Aufgabe wurde im WS 2013/14 an der Friedrich-Schiller-Universität Jena als Klausur in der Übung für Fortgeschrittene gestellt. Der Notendurchschnitt lag bei 4,26 Punkten, die Durchfallquote bei 34,57 %.

¹ Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 2. Aufl., Rdnr. 52.

kann. Der Zahlvorgang kann sogleich an der Kasse vorgenommen werden.

Statt des Codes vom Erotikmagazin, welches 6 EUR kostet, hält S, von niemandem beobachtet, vor das Scangerät einen Strichcode, den er aus seinem Geldbeutel zieht. Es handelt sich hierbei um einen abgerissenen Strichcode von einer günstigen Tageszeitung, dem „Jenakurier“ im Wert von 1,30 EUR. Auf dem Monitor wird gemäß des eingescannten Codes die Tageszeitung im Wert von 1,30 EUR aufgeführt, worüber S dann auch zur Zahlung aufgefordert wird. S bezahlt die 1,30 EUR mit seiner EC-Karte und verschwindet mit dem „Playboy“ unbehelligt aus dem Supermarkt.

Im Oktober ist das Konto des S zu Beginn des Monats schon fast leer. Er benötigt allerdings ein Geschenk für seinen besten Freund P. P liebt Horrorfilme über alles, so dass sich S in den Supermarkt „E“ aufmacht. S muss zudem seinen leeren Kühlschrank auffüllen. Er steuert seinen Einkaufswagen daher zunächst in die Lebensmittelabteilung. Hier packt er einen Cola-Kasten sowie Wurst und Brot ein. Auch Frischkäse soll es sein. Die Geschmackssorte „Sweet Chili“ vom letzten Einkauf seiner Lieblingsmarke hat ihm nicht geschmeckt. Er nimmt daher einen Becher der aktuellen Sorte „Thüringer Waldpilz“ aus dem Kühlregal, reißt Deckel und Folie ab und testet mit dem Finger den Frischkäse. Sodann verschließt er den Becher wieder und stellt ihn zurück ins Kühlregal, denn Pilze sind so gar nicht seine Geschmacksrichtung.

In der Filmabteilung des „E“ angelangt, hat er den optimalen Horrorfilm „Der Tanz der Teufel“ für P gefunden. P hat sich, wie S weiß, einen Blu-ray-Player gekauft. Da Blu-ray Disc's in der Regel teurer sind, ist S nicht bereit, diese zu bezahlen, so dass er nur die Blu-ray Disc aus der Hülle nimmt und diese in das Innere der DVD-Hülle zu dem Film „Halloween – Die Nacht des Grauens“ klemmt, der gerade im Sonderangebot von 8 EUR ist. Somit befinden sich insgesamt die zwei Horrorfilm-Discs in der DVD-Hülle. Die Blu-ray-Disc „Tanz der Teufel“ hat einen Wert von 19,95 EUR. Der Supermarkt-Detektiv D beobachtet das Ganze. S geht zur Kasse. Kassierer K bemerkt nicht die teurere Blu-ray-Disc in der günstigeren Verpackung. S bezahlt alles und ist schon mit seinem Wagen auf dem Weg Richtung Ausgang, als er vom Detektiv gestellt wird.

Aufgabe:

Wie hat sich S nach dem StGB strafbar gemacht? Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Bearbeitungshinweis:

Urkundendelikte sind nicht zu prüfen.

Gliederung

Erster Tatkomplex: Der erste Supermarkt-Besuch - „Playboy“

A. § 263a I

I. Objektiver Tatbestand

1. Tathandlungen des § 263a I
2. Die Beeinflussung eines Datenverarbeitungsvorganges

II. Ergebnis

B. § 242 I

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Fremde bewegliche Sache
 - b) Wegnahme
2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz
 - b) Zueignungsabsicht
3. Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Ergebnis

Zweiter Tatkomplex: Der zweite Supermarkt-Besuch - Der Frischkäse

A. § 242 I

B. § 242 I

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Fremde bewegliche Sache
 - b) Wegnahme
2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz
 - b) Zueignungsabsicht

3. Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

III. Ergebnis

C. § 303 I

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Fremde Sache
 - b) Beschädigen, Zerstören
2. Subjektiver Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

III. Ergebnis

D. Konkurrenzen

Dritter Tatkomplex: Der Horrorfilm

A. § 242 I

I. Tatbestandsvoraussetzungen

II. Ergebnis

B. § 263 I

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Täuschung
 - b) Irrtum
 - c) Vermögensverfügung
 - d) Vermögensschaden
2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz
 - b) Eigennützige (und fremdnützige) Absicht stoffgleicher Bereicherung
3. Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung und entsprechender Vorsatz

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

C. § 123 I Alt. 1

Gesamtergebnis und Konkurrenzen

Lösungsvorschlag

Erster Tatkomplex: Der erste Supermarkt-Besuch - „Playboy“

A. § 263a I

S könnte sich gem. § 263a I wegen Computerbetruges strafbar gemacht haben, indem er auf die Selbstbedienungskasse durch die Verwendung eines nicht korrekten Strichcodes eingewirkt hat.

I. Objektiver Tatbestand

1. Tathandlungen des § 263a I

Zunächst muss eine der Handlungsalternativen des § 263a I erfüllt sein.

a) Die unrichtige Gestaltung des Programms (1. Var.) liegt nicht vor. Es sind kein Neuschreiben, Verändern oder Löschen ganzer Programme oder jedenfalls von Programmteilen gegeben.² Mit dem Einscannen des „Jenakurier“-Strichcodes ist eine solche Einwirkung nicht erfolgt.

b) Die Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten (2. Var.) liegt dann vor, wenn die eingegebenen Daten in einen anderen Zusammenhang gebracht oder unterdrückt werden, wobei eine Programmgestaltung unrichtig bzw. unvollständig ist, wenn sie bewirkt, dass die Daten zu einem Ergebnis verarbeitet werden, das inhaltlich entweder falsch ist oder den bezeichneten Sachverhalt nicht ausreichend erkennen lässt, den

Computer also gleichsam „täuscht“.³ Durch das Einlesen des Strichcodes wird aber der Kaufpreis einer Ausgabe des „Jenakuriers“ richtig und vollständig angezeigt, diesen Kaufpreis hat S auch bezahlt.⁴

c) Das Merkmal der unbefugten Verwendung von Daten (3. Var.) setzt voraus, dass der Täter die Daten in den Datenverarbeitungsprozess einführt, wobei die bloße Nutzung bereits vorhandener Daten nicht genügt.⁵ Letzteres ist nicht ganz unstrittig.⁶ Umstritten ist dabei die Auslegung des Merkmals der Unbefugtheit. Die h.M. legt dieses Merkmal aufgrund der Überschrift, tatbestandlichen Ausgestaltung und systematischen Lokalisierung des § 263a StGB neben dem § 263 StGB zu Recht *betrugsspezifisch* aus.⁷ Unbefugt ist danach die Verwendung der Daten, wenn sie täuschungsäquivalent ist.⁸ Eine solche Täuschungsäquivalenz liegt vor, wenn das Verhalten gegenüber einer fiktiven Person den Charakter einer Täuschungshandlung und Irrtumserregung hätte.⁹ Es soll auf das Vorstellungsbild einer natürlichen Person abgestellt werden, die sich ausschließlich mit den

³ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 263a Rn. 10.

⁴ A.A. Fahl, NStZ 2014, 244 (245), der hier von der Verwendung „unvollständiger“ Daten ausgeht.

⁵ Küper/Zopfs, Strafrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., Rdnr. 697.

⁶ Vgl. dazu Küper/Zopfs, Strafrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., Rdnr. 700.

⁷ BGHSt 38, 120 (121); BGH, NStZ 2005, 213; BGH, NJW 2008, 1394; OLG Köln, NJW 1992, 125 (126 f.).

⁸ Vgl. Küper/Zopfs, Strafrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., Rdnr. 697.

⁹ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 263a Rdnr. 13.

² Fischer, StGB, 62. Aufl., § 263a Rdnr. 6.

Fragen befasst, die auch der Computer „prüft“. ¹⁰ Das Lesegerät einer Selbstbedienungskasse zeigt lediglich den in dem Strichcode festgelegten Kaufpreis an, ohne zu prüfen, ob auch tatsächlich die dem Strichcode zugewiesene Ware bezahlt und mitgenommen wird. Demzufolge würde ein „fiktiver Kassierer“ ebenfalls nur eine derart eingeschränkte Prüfung vornehmen und deshalb über den korrekt eingelesenen Preis der Tageszeitung nicht getäuscht werden. ¹¹

Das gegenteilige Ergebnis ließe sich aber ebenso gut bejahen mit der Begründung, die von einem Teil des Schrifttums für Fälle der Benutzung einer EC-Karte durch einen berechtigten Karteninhaber herangezogen wird: A müsste, würde er einen manipulierten Strichcode beim Kauf einer Zeitschrift am Kiosk vorlegen, den Verkäufer ebenso über die Identität des gekauften Gegenstandes täuschen. ¹² Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man das Merkmal der Unbefugtheit subjektiv interpretiert, d. h. Daten dann als unbefugt gebraucht ansieht, wenn sie ab-

redewidrig gegen den Willen des Berechtigten verwendet werden. ¹³ Der Kasseninhaber ist nicht damit einverstanden, dass mit dem Strichcode einer billigen Zeitung ein teures Hochglanzmagazin bezahlt wird. Der subjektivierenden Ansicht wird aber zu Recht vorgehalten, dass sie zu weitgehend sei und jede Vertragswidrigkeit zu pönalisieren drohe. ¹⁴ Eine andere Theorie, die *computerspezifische Auslegung*, fragt bei der Befugnis danach, ob sich der einer Datenverwendung entgegenstehende Wille des Betreibers in der Programmgestaltung niedergeschlagen hat, also das Programm selbst die Befugnis des Verwenders überprüft (wie z.B. durch das Abfragen von Codes). ¹⁵ Dies wäre hier nicht der Fall, abgesehen davon, dass diese Ansicht den Tatbestand zu sehr einschränkt. ¹⁶

d) Die sonst unbefugte Einwirkung auf den Ablauf (4. Var.) ist schließlich auch nicht erfüllt. Als Auffangtatbestand sollen solche strafwürdigen Manipulationen sanktioniert werden, die von den anderen Alternativen nicht erfasst sind. ¹⁷ Auch hier ist die Reichweite strittig. ¹⁸ In Frage kommen Konstellationen, wie Einwirkungen auf das Programm oder den Datenfluss, äußere Einwirkungen

¹⁰ BGHSt 47, 160 (163).

¹¹ So OLG Hamm, Beschluss vom 08. August 2013 – III-5 RVs 56/13, 5 RVs 56/13 –, juris, Rdnr. 16.

¹² Daher verlangen Küper und Zopfs eine weitergehende Definition des Merkmals unter Zugrundelegung der betrugsspezifischen Auslegung dahingehend, dass für die Täuschungsäquivalenz zu fragen sei, was bei dieser Art der Datenverwendung nach der Verkehrsanschauung und dem zugrundeliegenden Vertragstyp in Bezug auf eine Berechtigung konkludent miterklärt wird: Sei dieser Erklärungswert unwahr, handele der Täter bei dieser Datenverwendung unbefugt. Vgl. Küper/Zopfs, Strafrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., Rdnrn. 697, 701. Kritisch auch Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 17. Aufl., § 14 Rdnrn. 18 ff.

¹³ Hilgendorf, in: Satzger/Schmidt/Widmaier, StGB, 2. Aufl., § 263a Rdnr. 10, 14.

¹⁴ Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 2. Aufl., Rdnr. 677.

¹⁵ Siehe Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., § 21 Rdnr. 32.

¹⁶ Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 263a Rdnr. 16.

¹⁷ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 17. Aufl., § 14 Rdnr. 59.

¹⁸ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 17. Aufl., § 14 Rdnr. 59.

auf die Anlage (Hardware-Manipulationen) oder auch das „Leerspielen“ von Geldautomaten.¹⁹ Durch das Einscannen des Strichcodes des „Jenakurier“ wird aber gerade keine Einwirkung auf den Ablauf, d. h. auf das Programm oder den Datenfluss bewirkt. Zudem wird vertreten, dass § 263a vor dem Hintergrund seiner Entstehungsgeschichte nicht derart weit ausgelegt werden könne, dass auch solche Verhaltensweisen erfasst werden, die ohnehin bereits nach § 242 unter Strafe gestellt seien.²⁰ Beide Tatbestände schließen sich aus.²¹

2. Die Beeinflussung eines Datenverarbeitungsvorganges

Sofern mit einer Meinung die Verwendung unvollständiger Daten (2. Var) durch das Einscannen eines falschen Stichcodes angenommen wird oder sofern die unbefugte Verwendung von Daten (3. Var) mit der Minderheitsmeinung bejaht wird, müsste dadurch das Ergebnis eines Datenvereinbarungsvorganges beeinflusst worden sein.

Datenverarbeitung ist der elektronisch technische Vorgang, bei dem durch Erfassung von Daten und ihre Verknüpfung durch Programme Arbeitsergebnisse erzielt werden.²² Genauer bedeutet das, dass der Täter in einer

Weise auf den Computer einwirkt, dass das Resultat der dort gespeicherten und im Arbeitsprogramm verwerteten Daten geändert wird.²³ Das Verarbeitungsergebnis muss dabei – parallel zur Vermögensverfügung bei § 263 – **unmittelbar** zu einer Vermögensminderung führen.²⁴ Dieser Unmittelbarkeitszusammenhang ist beispielsweise gegeben, wenn der nichtberechtigte Karteninhaber unter Eingabe der PIN eine Geldabhebung am Geldautomaten vornimmt.

Im vorliegenden Fall ist fraglich, ob durch das Vorhalten eines nicht korrekten Strichcodes der Scanvorgang im Sinne der Definition beeinflusst wird und insbesondere eine unmittelbare Vermögensminderung eingetreten ist. Die Vermögensminderung muss unmittelbar, d. h. ohne weitere Zwischenhandlung des Täters, des Opfers oder eines Dritten durch den Datenverarbeitungsvorgang selbst eintreten.²⁵ Daran fehlt es, wenn durch die Manipulation der Datenverarbeitung nur die Voraussetzungen für eine vermögensmindernde Straftat geschaffen werden, z. B. beim Ausschalten oder Überwinden elektronischer Schlösser.²⁶ Die Rspr. verneint hier einen verfügungsähnlichen Vorgang, der sich als unmittelbare Vermögens-

¹⁹ Siehe Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 263a Rdnr. 15 m.w.N.

²⁰ OLG Hamm, Beschluss vom 08. August 2013 – III-5 RVs 56/13, 5 RVs 56/13 –, juris = NStZ 2014, 275.

²¹ Vgl. Tiedemann/Valerius, in: Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl., § 263a Rdnr. 65.

²² Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 2. Aufl., Rdnr. 670.

²³ Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 263a Rn. 18.

²⁴ Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 2. Aufl., Rdnr. 670.

²⁵ Vgl. Fahl, NStZ 2014, 244 (246) m.w.N.

²⁶ Siehe Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 263a Rdnr. 19.

beeinträchtigung darstellt.²⁷ Denn durch das Einscannen des Strichcodes des „Jenakuriers“ kommt es lediglich zu der Anzeige eines geringeren Kaufpreises im Verhältnis zur tatsächlich ausgewählten Zeitschrift.²⁸ Die Anzeige allein bewirkt aber diese vermögensrelevante Disposition des Computers nicht.²⁹ Daher wird die nachfolgende Mitnahme der Zeitschriften durch den Datenverarbeitungsvorgang als solchen weder ermöglicht noch erleichtert.³⁰ Hierzu bedürfte es vielmehr einer selbstständigen, den Übergang der Sachherrschaft bewirkenden Handlung des Täters.³¹ Das unterscheidet sich vom Abheben von Geld an einem Geldautomaten durch den nicht berechtigten Karteninhaber, der durch die Ausgabe des Geldes unmittelbar eine Verfügung des Automaten bewirkt.³²

Damit ist (zumindest auch) das Tatbestandsmerkmal der Beeinflussung des Datenverarbeitungsvorganges nicht erfüllt.

Der objektive Tatbestand des § 263a I ist mithin nicht gegeben.

II. Ergebnis

S hat sich nicht gem. § 263a I strafbar gemacht.

²⁷ OLG Hamm, Beschluss vom 08. August 2013 – III-5 RVs 56/13, 5 RVs 56/13 –, juris = NStZ 2014, 275 mit Bspr. Jäger, JA 2014, 155; Jahn, JuS 2014, 179.

²⁸ OLG Hamm, NStZ 2014, 275 (276).

²⁹ Vgl. auch Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 17. Aufl., § 14 Rdnrn. 5, 50.

³⁰ OLG Hamm, NStZ 2014, 275 (276).

³¹ OLG Hamm, NStZ 2014, 275 (276). Zustimmend auch Fahl, NStZ 2014, 244 (246).

³² Vgl. auch Jahn, JA 2014, 155 (156).

B. § 242 I

S könnte sich aber eines Diebstahls gem. § 242 I strafbar gemacht haben, indem er den „Playboy“ mitnahm.

I. Tatbestandsmäßigkeit

S müsste eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

aa) Bewegliche Sache

Sachen sind körperliche Gegenstände (vgl. § 90 BGB).³³ Beweglich sind alle Sachen, die tatsächlich fortbewegt werden können.³⁴ Die Zeitschrift „Playboy“ ist eine bewegliche Sache.

bb) Fremdheit der Sache

Fremd ist eine Sache, wenn sie (zumindest auch) im Eigentum eines anderen steht, also weder im Alleineigentum des Täters noch herrenlos noch eigentumsunfähig ist.³⁵ Fraglich ist, ob die Zeitschrift für S fremd war, da durch die Zahlung an der SB-Kasse eine Eigentumsübertragung auf S stattgefunden haben könnte. Es stellt sich also die Frage, ob eine wirksame Übereignung erfolgt ist. Nach den zivilrechtlichen Voraussetzungen ist für die Übereignung nach § 929 BGB die Ein-

³³ Vogel, in: Leipziger Kommentar, StGB, § 242 Rn. 4.

³⁴ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 242 Rdnr. 11.

³⁵ Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., § 13 Rdnr. 37.

gung und Übergabe erforderlich. Eine wirksame Willenserklärung des Ladeninhabers – dessen Wille nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist – in Richtung eines Angebotes ist nicht anzunehmen, wenn gerade nicht die Zeitschrift übereignet wird, die dem benutzten Barcode entspricht und die Zeitschrift gerade nicht zu „ihrem“ Preis bezahlt³⁶ wurde. Fremdheit liegt somit vor.

b) Wegnahme

Der „Playboy“ müsste weggenommen worden sein. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams.³⁷ Gewahrsam ist ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis zwischen einer Person und einer Sache, das von einem Herrschaftswillen getragen ist.³⁸ Ob diese Elemente vorliegen, ist nach der natürlichen Auffassung des täglichen Lebens zu beurteilen (sozial-normativer Maßstab).³⁹ Der **Bruch fremden Gewahrsams** erfordert die Aufhebung der tatsächlichen Herrschaftsmacht ohne Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers.⁴⁰ Dieser entgegenstehende Wille des Gewahrsamsinhabers kann allerdings durch dessen Einverständnis tatbe-

standsausschließend wirken.⁴¹ Mit der Kaufabwicklung mittels Selbstbedienungskassen könnte ein solches generelles Einverständnis zum Gewahrsamsübergang durch den Gewahrsamsinhaber bestehen, da die SB-Automaten gerade das Personal für die Kaufabwicklung ersetzen sollen.⁴² Hierzu wird aber zu Recht betont, dass – unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung und der berechtigten Geschäftsinteressen des Verkäufers – dieser sein Einverständnis nur unter der Bedingung erteile, dass die Selbstbedienungskasse äußerlich ordnungsgemäß bedient werde.⁴³ Dazu gehört das korrekte Einscannen und Bezahlen der tatsächlich zur Selbstbedienungskasse mitgebrachten Ware.⁴⁴

Hierin liegt etwa auch der zentrale Unterschied zum unbefugten Tanken an einer Tankstelle: Während dort der Tankstellenbesitzer zunächst prinzipiell damit einverstanden ist, dass jeder Kunde seinen Tank mit Benzin befüllt,⁴⁵ dürfte dagegen der Scankassenbesitzer, von vorneherein nur damit einverstanden sein, dass derjenige Kunde die Sache an der Kasse mitnimmt, der auch eine korrekte Abrechnung vornimmt. Somit ist die Sachherrschaft des Gewahrsamsinhabers gegen dessen Willen aufgehoben und frem-

³⁶ OLG Hamm, NStZ 2014, 275 (276).

³⁷ Vogel, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl., § 242 Rdnr. 49.

³⁸ Vgl. Küper/Zopfs, Strafrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., Rdnr. 750.

³⁹ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 242 Rdnr 23 f.

⁴⁰ Vgl. Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 37. Aufl., Rdnr.115.

⁴¹ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 242 Rdnr 35.

⁴² Sofern nicht zusätzliches Personal für die Kontrolle des SB-Kaufvorganges vorhanden ist. Vgl. dazu OLG Hamm, NStZ 2014, 275 (276).

⁴³ OLG Hamm, NStZ 2014, 275 (276).

⁴⁴ OLG Hamm, NStZ 2014, 275 (276).

⁴⁵ Vogel, in: Leipziger Kommentar, StGB, § 242 Rn. 118 m. w. N.

der Gewahrsam gebrochen. Neuer Gewahrsam am „Playboy“ wurde durch S mit dem Passieren des Kassensbereiches begründet. Eine Wegnahme i.S.d. § 242 I StGB liegt somit vor.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

Vorsatz, als Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung, liegt vor.

b) Zueignungsabsicht

Zueignung bedeutet die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Herrschaftsmacht über die Sache, indem der Täter entweder die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert dem eigenen Vermögen einverleibt.⁴⁶ A möchte den Playboy wie ein Eigentümer verwenden. Zueignungsabsicht ist gegeben.

3. Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung

Die erstrebte Zueignung widerspricht der Rechtsordnung, war somit rechtswidrig, worauf sich auch der Vorsatz erstreckt.⁴⁷

II. Rechtswidrigkeit

S handelte rechtswidrig. Rechtfertigungsgründe sind nicht gegeben.

III. Schuld

S handelte zudem schuldhaft. Entschuldigungsgründe liegen nicht vor.

IV. Ergebnis

S ist strafbar gem. § 242 I wegen Diebstahls an dem „Playboy“.

Zweiter Tatkomplex: Der zweite Supermarkt-Besuch - Der Frischkäse

A. § 242 I

S könnte sich dadurch, dass er den Becher in den Einkaufswagen gelegt hat, wegen Diebstahls an dem Frischkäse-Becher⁴⁸ gem. § 242 I strafbar gemacht haben. Der Becher ist eine fremde bewegliche Sache. Da S den Frischkäse-Becher aber wieder zurück in das Regal gestellt hat, stellt sich die Frage, ob eine Wegnahme⁴⁹ gegeben ist. Fraglich ist, ob die **Begründung neuen Gewahrsams** vorliegt. Neuer Gewahrsam ist begründet, wenn der Täter die tatsächliche Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass ihrer Ausübung keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen und der bisherige Gewahrsamshaber auf die Sache nicht mehr einwirken kann, ohne zuvor die Verfügungsgewalt des Täters zu beseitigen.⁵⁰ Bei kleineren Sachen mit geringem Umfang und leichter Beweglichkeit ist auch in einem fremden räumli-

⁴⁶ Schramm, JuS 2008, 773 (774).

⁴⁷ Vgl. Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 2. Aufl., Rdnr. 88.

⁴⁸ Vgl. auch die Fallgestaltung bei Oğlaktıoğlu, JA 2013, 107 (109).

⁴⁹ Zur Definition siehe oben.

⁵⁰ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 37. Aufl., Rdnr. 121.

chen Herrschaftsbereich die Herrschaftsmacht des bisherigen Gewahrsamsinhabers vollständig aufgehoben und die Wegnahme vollendet, wenn die Sache in die sog. Gewahrsamsenklave des Kunden, etwa in die Kleidung oder in ein Behältnis gesteckt oder wie eine eigene Sache fortgetragen wird.⁵¹ In Selbstbedienungsläden liegt das aber dann nicht vor, wenn die Sache zunächst in den Einkaufswagen zum Kauf gelegt wird.⁵² Ebenso kann das Ergreifen der Sache⁵³ zur Wegnahme genügen, allerdings erfordert es auch den Herrschaftswillen sowie insbesondere eine Einschätzung der Situation nach den tatsächlichen Umständen des Falles und der Verkehrsanschauung zu der Frage ob neuer Gewahrsam begründet ist.⁵⁴ Vorliegend wollte S erkennbar zwar den Frischkäse erwerben und zum Kauf in den Einkaufswagen legen. Durch das Zurücklegen in das Regal wurde aber deutlich, dass letztlich noch kein eigener Gewahrsam begründet wurde.

S ist nicht strafbar nach § 242 I wegen des Ergreifens des Frischkäse-Bechers.

B. § 242 I

S könnte sich aber wegen Diebstahls gem. § 242 I strafbar gemacht haben, indem er mit dem Finger einen Teil des Inhalts des Frisch-

käses Sorte „Thüringer Waldpilz“ aufnahm und verzehrte.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

Bei dem Frischkäse, auch in der „Mini-Portion“ am Finger, handelt es sich um eine fremde bewegliche Sache. § 242 schützt das Eigentum und enthält daher keinen tatbestandlichen Ausschluss von wirtschaftlich (ganz oder teilweise) bedeutungslosen Gegenständen,⁵⁵ wie im Übrigen auch in der Strafantragsregelung in § 248a zum Ausdruck kommt, die andernfalls überflüssig wäre.

b) Wegnahme

Sodann muss eine Wegnahme vorliegen. Ein Teil des Käses klebte zunächst am Finger, insofern wurde fremder Gewahrsam gebrochen. Klärungsbedürftig ist, ob S durch den Verzehr des Käses Gewahrsam an der Sache erlangt hat. S hatte zunächst nicht vor, sich an dem Frischkäse-Becher als Ganzem die Herrschaftsmacht unter Ausschluss des bisherigen Eigentümers zu verschaffen. Gleichwohl hat er in dem Moment, als er den Teil Frischkäse in seinen Mund gesteckt und verzehrt, also heruntergeschluckt hat, die Herrschaftsmacht des bisherigen Gewahrsamsinhabers vollständig aufgehoben. Dadurch hat der Käse seine Eigenschaft als selbständige

⁵¹ Vgl. *Küper/Zopfs*, Strafrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., Rdnr. 752.

⁵² Siehe auch *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 37. Aufl., Rdnr.128.

⁵³ Sog. Apprehensionstheorie der h.M., vgl. *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 37. Aufl., Rdnr.122.

⁵⁴ Hierzu *OLG Köln*, NJW 1986, 392 m.w.N.

⁵⁵ *Kindhäuser*, Strafrecht Besonderer Teil II, 8. Aufl., § 3 Rndr. 2.

Sache verloren.⁵⁶ In dem Augenblick des Verpeisens ist der bisherige Gewahrsamsinhaber von jedem Einfluss auf diesen Teil seiner Ware ausgeschlossen worden.⁵⁷ In jenem Augenblick war der Teil der Ware nach der Lebensauffassung eindeutig der Herrschaftssphäre des Täters zuzuordnen. Es lag zwar nur eine kurze, vorübergehende, aber ausreichende Sachherrschaft vor. Auch ist der Fall nicht anders zu bewerten, als wenn der Täter einen unauffälligen, leicht beweglichen Gegenstand, wie zum Beispiel ein Geldstück, ergreift und festhält.⁵⁸ Damit liegt eine Begründung neuen Gewahrsams und somit eine Wegnahme vor.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

S handelte wissentlich und willentlich zum Verzehr der Ware.

b) Zueignungsabsicht

Zueignungsabsicht ist gegeben, da S durch das Schlucken den in dem Käse verkörperten Sachwert unter dauerndem Ausschluss des Berechtigten seinem Vermögen einverleibt hat.⁵⁹

⁵⁶ OLG Köln, NJW 1986, 392.

⁵⁷ OLG Köln, NJW 1986, 392.

⁵⁸ OLG Köln, NJW 1986, 392; vgl. auch *Oğlakcioğlu*, JA 2013, 107 (110); *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 242 Rdnr 38.

⁵⁹ Vgl. auch *LG Karlsruhe*, NStZ 1993, 543.

3. Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung

Die erstrebte Zueignung war rechtswidrig, worauf sich auch der Vorsatz erstreckt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

liegen vor.

III. Ergebnis

S ist strafbar gem. § 242 I wegen des Verzehrs des Frischkäses aus dem Becher.

Es ist wegen der Geringwertigkeit der Sache § 248a zu beachten. Freilich wurden die erforderlichen Strafanträge laut Aufgabenstellung gestellt.

C. § 303 I

S könnte sich auch einer Sachbeschädigung gem. § 303 I strafbar gemacht haben, indem er aus dem Frischkäse-Becher im Supermarkt probiert.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde Sache

Der Frischkäse ist eine fremde Sache.

b) Beschädigen, Zerstören

S müsste eine Sache beschädigt oder zerstört haben. *Beschädigen* bedeutet jede nicht ganz unerhebliche körperliche Einwirkung auf die Sache, durch die ihre stoffliche Zusammensetzung verändert oder ihre Unversehrtheit

derart aufgehoben wird, dass die Brauchbarkeit für ihre Zwecke gemindert ist.⁶⁰ Mit dem Öffnen und Ansehen des Bechers hat S die Frischkäse-Packung beschädigt. Zerstören bedeutet eine Einwirkung mit der Folge, dass die bestimmungsmäßige Brauchbarkeit der Sache völlig aufgehoben wird.⁶¹ Dadurch, dass S den Frischkäse verzehrt und damit verbraucht hat, ist dieser in seiner Substanz vollständig zerstört worden. Zerstören liegt ebenso vor.⁶²

2. Subjektiver Tatbestand

S handelte vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

liegen vor.

III. Ergebnis

S ist auch nach § 303 I strafbar.

D. Konkurrenzen

Das Beschädigen des Bechers und das anschließende Zerstören des Frischkäseanteils stellen tatbestandlich insgesamt nur eine Sachbeschädigung dar. Beim Verzehren fallen Diebstahl und Sachbeschädigung zusammen, und das vorherige Öffnen des Bechers diente dem anschließenden Testen (und Diebstahl) des Käses. Hier ist richtiger-

weise davon auszugehen, dass die Sachbeschädigung als mitbestrafte Vor- bzw. Begleitstat hinter dem Diebstahl zurücktritt. Gut vertretbar ist aber auch Idealkonkurrenz gem. §§ 242 I, 52.⁶³

Dritter Tatkomplex: Der Horrorfilm

A. § 242 I

I. Tatbestandsvoraussetzungen

Problematisch ist hier die Wegnahme, die von der Weggabe und somit vom Betrug abzugrenzen ist. Für eine **Abgrenzung von Diebstahl und Betrug** bei den jeweiligen Tatbestandsmerkmalen der Wegnahme und Vermögensverfügung sei nicht nur das äußere Erscheinungsbild des Tatgeschehens, sondern auch die Willensrichtung des Getäuschten maßgebend: Betrug liege vor, wenn der Getäuschte aufgrund freier, nur durch Irrtum beeinflusster Entschließung Gewahrsam übertragen wolle und übertrage; Diebstahl sei gegeben, wenn die Täuschung lediglich dazu dienen solle, einen gegen den Willen des Berechtigten gerichteten eigenmächtigen Gewahrsamsbruch des Täters zu ermöglichen oder wenigstens zu erleichtern.⁶⁴

S hat die Blu-ray Disc zu dem anderen Filmdatenträger hinzugesteckt.⁶⁵ Durch das Ver-

⁶⁰ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 303 Rdnr. 3.

⁶¹ Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 16.

⁶² Vgl. Zaczyk, in: Nomos Kommentar, 4. Aufl., § 303 Rn. 19.

⁶³ Vgl. MüKo-StGB/Wieck-Noodt, § 303 Rn. 70; Oğlakcioğlu, JA 2013, 107 (110), Fn. 21.

⁶⁴ BGHSt 41, 198 = NJW 1995, 3129 (3130).

⁶⁵ Es würde dabei keinen Unterschied machen, ob die Discs ausgetauscht werden oder eine zu einer anderen hinzugepackt wird, vgl. Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 17. Aufl., § 13 Rdnr. 88; Oğlakcioğlu, JA 2012, 902 (904).

packen einer Disc in eine andere Verpackung ist noch kein Gewahrsamswechsel bzw. keine neue Gewahrsamsbegründung durch S erfolgt, da ihm sozial-normativ noch kein eigener Gewahrsam bzw. keine Sachherrschaft an den Sachen zugestanden werden kann. Erst beim Passieren der Kasse erfolgt ein Gewahrsamswechsel. Das Vorbeischmuggeln von Waren in Selbstbedienungsläden ist grundsätzlich als Diebstahl nach § 242 einzuordnen, wenn der Kassierer kein Verfügungsbewusstsein haben kann, weil die Ware nicht in sein Blickfeld gerät.⁶⁶ Das betrifft die Fälle, in denen Waren unter anderen verdeckt werden, wie z.B. unter einen Cola-Kasten.⁶⁷

Beim Passieren der Kasse hat der Kassierer K aber in dem Bewusstsein gehandelt gerade über diese DVD-Verpackung und deren Inhalt zu verfügen. Damit könnte Verfügungsbewusstsein vorliegen und eine Wegnahme scheidet aus. Ein solches Verfügungsbewusstsein soll jedenfalls vorliegen, wenn eine Sache ausgetauscht wird und dann die Originalverpackung mit anderem Inhalt vorgelegt wird. Hier habe sich das Verfügungsbewusstsein auf die zu übereignende Sache konkretisiert und der Kassierer verfüge nur in Unkenntnis ihrer Eigenschaften.⁶⁸

Wie allerdings die Konstellationen zu bewerten sind, in denen die Ware **in eine andere Verpackung hinzugesteckt** und damit in ihr versteckt wird, ist *als Grenzfall umstritten*. Nach einer Meinung wird eine, wenn auch verschleierte, Wegnahme angenommen, da es darum gehe, den Gewahrsam ohne Wissen und demnach ohne Einverständnis des Getäuschten aufzuheben.⁶⁹ Auch soll es keinen Unterschied machen, ob die Sache im Einkaufswagen völlig verborgen bleibt oder in der Originalverpackung versteckt würde.⁷⁰ Die Fälle sollen daher gleich behandelt werden. Vorzugswürdiger ist allerdings die Meinung, die eine Wegnahme ablehnt, da der Kassierer über den Gegenstand bewusst in irgendeiner Weise *willentlich* verfügt.⁷¹ Der Kassierer verfügt hier (täuschungsbedingt) in der Weise über das ihm vorgelegte Paket, wie es in sein Blickfeld und damit in sein Bewusstsein gelangt.⁷² § 242 I scheidet damit aus.

Auf die Fragen der Beobachtung (mögliches Einverständnis in den Gewahrsamswechsel) oder der Vollendung der Wegnahme bei unmittelbarem Abfangen des Täters nach dem

⁶⁶ Vgl. Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 17. Aufl., § 13 Rdnr. 86. Dazu auch Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 37. Aufl., Rdnr. 639.

⁶⁷ Dazu auch Schramm, JuS 2008, 678 (682).

⁶⁸ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 37. Aufl., Rdnr. 639 mit dem Ergebnis, dass Betrug bejaht wird.

⁶⁹ Siehe nur Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 37. Aufl., Rdnr. 639; Tiedemann, in: Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl., § 263 Rdnr. 120.

⁷⁰ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 37. Aufl., Rdnr. 639.

⁷¹ Vgl. Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 17. Aufl., § 13 Rdnr. 88 m.w.N.

⁷² Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 17. Aufl., § 13 Rdnr. 88. Vgl. auch Oğlakcioğlu, JA 2012, 902 (904), der dann aber auf eine mögliche Aufspaltung des Verfügungsbewusstseins hinweist.

Kassenbereich kommt es daher nicht mehr an.⁷³

II. Ergebnis

S ist nicht strafbar nach § 242 I durch das Hinzupacken der Disc in eine andere Verpackung und dem damit beabsichtigten Passieren der Kasse.

B. § 263 I

S könnte sich durch das Verbergen der teuren Blue-ray-Disc in der günstigeren DVD-Verpackung wegen Betruges gem. § 263 I gegenüber dem Kassierer K und zulasten des Ladeninhabers strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung

S müsste den Kassierer über die verdeckte Ware getäuscht haben. Täuschung, als Vorspiegeln, Entstellen oder Unterdrücken setzt die Täuschung über Tatsachen voraus. Die

Täuschung ist eine bewusst wahrheitswidrige Tatsachenbehauptung und umschreibt ein zur Irreführung bestimmtes Verhalten mit entsprechendem Erklärungswert, durch das auf die Vorstellung eines anderen eingewirkt wird.⁷⁴ S hat nicht aktiv getäuscht, so dass eine konkludente Täuschung in Betracht kommen könnte. Die konkludente Täuschung ist ein Verhalten, das nach Auslegung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles, des Empfängerhorizontes und der Erwartungen der Beteiligten als stillschweigende oder schlüssige Erklärung über eine Tatsache zu verstehen ist.⁷⁵ Allerdings wird bezweifelt, dass der Käufer an der Kasse konkludent behaupten muss, er habe in der Verpackung keine weitere als die auf ihr angegebene Ware dabei.⁷⁶ Der Erklärungsgehalt des Kaufangebotes wird überwiegend dahingehend ausgelegt, dass damit nicht zugleich implizit behauptet wird, keine Ware entnommen zu haben.⁷⁷ Ein innerer Zusammenhang zum Kaufvertrag wird damit verneint.⁷⁸ Dahingehend wird aber eine **Täuschung durch Unterlassen** angenommen⁷⁹ und die erforderliche *Garantenstellung aus*

⁷³ Nach Kaufabwicklung an der Kasse ist die Wegnahme und damit der Diebstahl beendet, so dass weder die Beobachtung durch den Detektiv dem entgegensteht, noch das unmittelbare Abfangen des S nach dem Kassenbereich. Das ist zurückzuführen auf die Einordnung des Gewahrsamsbegriffes, der einerseits als faktischer Gewahrsamsbegriff auf die Umstände des Einzelfalles und auf die Verkehrsanschauung und andererseits als sog. sozial-normativer Begriff auf die Zuordnung der Sache zur Herrschaftssphäre des Täters abstellt. Nach der herrschenden sozial-normativen Auslegung ist mit der Abfertigung an der Kasse die Vollendung erreicht. Dazu vgl. *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 37. Aufl., Rdnrn. 111, 128; *Oğlakcioğlu*, JA 2012, 902 (903).

⁷⁴ Vgl. *Küper/Zopfs*, Strafrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., Rdnr. 477.

⁷⁵ *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil II, 2. Aufl., Rdnr. 530.

⁷⁶ So *Hillenkamp*, JuS 1997, 217 (221); *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 37. Aufl., Rdnr. 499.

⁷⁷ *Kindhäuser*, in: *Nomos Kommentar StGB*, 4. Aufl., § 263 Rdnr. 128, *Tiedemann*, in: *Leipziger Kommentar, StGB*, 12. Aufl., § 263 Rdnr. 50.

⁷⁸ Vgl. *Tiedemann*, in: *Leipziger Kommentar, StGB*, 12. Aufl., § 263 Rdnr. 50.

⁷⁹ Kritisch allerdings auch *Hillenkamp*, JuS 1997, 217 (221).

Ingerenz bejaht.⁸⁰ Das pflichtwidrige Vorverhalten besteht in der Gefährlichkeit des Verbergens der Sache.⁸¹ Das Verbergen führt zu einem weiteren drohenden Schaden für andere Rechtsgüter, was hier der Vermögensschaden sein kann.⁸²

Eine Täuschung durch Unterlassen liegt vor. Auch die sonstigen Merkmale der Unterlassungsstrafbarkeit liegen vor.

b) Irrtum

Irrtum ist die unrichtige Vorstellung einer Person über Tatsachen.⁸³ Bei dem Kassierer wurde täuschungsbedingt ein Irrtum über die Eigenschaft der Kaufsache erregt.

c) Vermögensverfügung

Sofern die vermögensmindernde Wirkung im Verlust des Gewahrsams an der Sache besteht, erfordert die Vermögensverfügung ein dahingehendes Verfügungsbewusstsein des Getäuschten.⁸⁴ Ein willentlicher Gewahrsamswechsel hat stattgefunden. Der Kassie-

rer K verfügt (täuschungsbedingt) in derjenigen Weise über das ihm vorgelegte Paket, wie es in sein Blickfeld gelangt, so dass das Verfügungsbewusstsein des Kassierers und damit die Verfügung die Verpackung samt dem Inhalt als Ganzes umfasst. Auch steht der Kassierer K in einem Obhuts- und Näheverhältnis zum Geschäftsinhaber bzw. in dessen „Lager“, so dass nach den herrschenden Theorien zum Dreiecksbetrug⁸⁵ auch K zugunsten des Inhabers wirksam verfügt hat bzw. eine Zurechnung an diesen erfolgt.

d) Vermögensschaden

Die Vermögensverfügung muss unmittelbar zu einer Vermögensbeschädigung führen. Wesentlich sind dabei der wirtschaftliche sowie der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff. Nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung tritt ein Vermögensschaden ein, wenn der Gesamtsaldo eine Einbuße an Vermögenswerten aufweist.⁸⁶ Im Rahmen der Gesamtbetrachtung muss insbesondere berücksichtigt werden, ob dem betroffenen Vermögen Gegenleistungen zufließen, welche die Hingabe des Vermögenswertes objektiv-wirtschaftlich vollwertig kompensieren.⁸⁷ Indem S die teurere Disc in eine Verpackung mit geringerem Preis gesteckt hat und die teurere Disc nicht abgerechnet wurde, liegt in dem Besitzverlust des Eigentümers eine

⁸⁰ Tiedemann, in: Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl., § 263 Rdnr. 68.

⁸¹ Tiedemann, in: Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl., § 263 Rdnr. 68; a.A. Hillenkamp, JuS 1997, 217 (221).

⁸² Sofern sowohl konkludente Täuschung als auch Täuschung durch Unterlassen nicht angenommen werden, ist die Betrugsprüfung bereits hier beendet. Von einem Betrug sind aber insbesondere BGHSt 41, 198, als auch Fahl, JuS 2004, 885 (889) ausgegangen. Die Frage bleibt umstritten als „Grenzfall der konkludenten Täuschung“, vgl. Tiedemann, in: Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl., § 263 Rdnr. 50.

⁸³ Küper/Zopfs, Strafrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., Rdnr. 369.

⁸⁴ Küper/Zopfs, Strafrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., Rdnr. 647.

⁸⁵ Vgl. Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, 8. Aufl., § 27 Rdnr. 44 ff.

⁸⁶ Zum Ganzen Küper/Zopfs, Strafrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., Rdnr. 626.

⁸⁷ Vgl. Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, 8. Aufl., § 27 Rdnr. 57 ff.

Vermögensminderung, die durch kein ökonomisches Äquivalent unmittelbar kompensiert wird. Ein Vermögensschaden liegt somit vor.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

liegt vor.

b) Eigennützige (und fremdnützige) Absicht stoffgleicher Bereicherung

Die Bereicherungsabsicht verlangt zunächst das Streben nach einem Vermögensvorteil, d. h. nach einer günstigeren Gestaltung der Vermögenslage im Sinne einer Mehrung des wirtschaftlichen Wertes.⁸⁸ Auch handelt S in der Absicht, sich selbst, also eigennützig, zu bereichern, da er nicht so viel Geld für das Geschenk für P aufwenden muss, so dass es einen Vermögensvorteil darstellt.

3. Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung und entsprechender Vorsatz

liegen vor.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

liegen vor.

III. Ergebnis

S ist strafbar wegen Betruges nach § 263 I durch das Verstecken der teuren Disc in einer billigeren Verpackung beim Kauf.

C. § 123 I Alt. 1

Eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs scheidet aus, da ein Eindringen, also das Betreten gegen den Willen des Berechtigten regelmäßig nicht vorliegt, da wohl von einem Einverständnis auszugehen ist, welches der berechtigte Ladeninhaber von vornherein an einen unbestimmten Personenkreis ausgesprochen hat.⁸⁹

Gesamtergebnis und Konkurrenzen

S ist strafbar wegen vorsätzlichen einfachen Diebstahls in 3 Fällen, davon in einem Fall Tateinheitlich zur Sachbeschädigung.

Hinweise:

Bei den behandelten Problemen handelt es sich um klausur- und praxisrelevante Fallgestaltungen zum Diebstahl im Selbstbedienungsladen. Schwerpunktthema ist die Abgrenzung des Diebstahls zum Betrug bei den maßgeblichen Tatbestandsmerkmalen der Wegnahme und der Vermögensverfügung. Die Abgrenzungsmerkmale wurden auch auf die Abgrenzung von Diebstahl und Computerbetrug übertragen. Weiterhin wurde das Tatbestandsmerkmal der Wegnahme einerseits im Hinblick auf den Gewahrsamsbruch und andererseits hinsichtlich der Gewahrsamsbegründung beleuchtet. Ebenso wird verdeutlicht, dass Diebstahl beim Vorbeischmuggeln von Waren an der Kasse

⁸⁸ Küper/Zopfs, Strafrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., Rdnr. 130.

⁸⁹ Fallbearbeitung bei Kühl/Schramm, JuS 2003, 681 (683).

einschlägig ist, während beim Verstecken von Ware in einer anderen Verpackung die besseren Gründe für einen Betrug sprechen, wenngleich die Abgrenzung zum Diebstahl sehr umstritten ist.

▶ Inhaltsverzeichnis

KÖPFE

GESUCHT

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

Thümmel, Schütze & Partner
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Erbunwürdigkeit wegen versuchten Totschlags in einem minder schweren Fall

Urteil vom 11. März 2015 - IV ZR 400/14

1. Erbunwürdig gemäß § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist auch der Erbe (hier: Ehegatte), der versucht, den seit Jahren nicht mehr geschäftsfähigen Erblasser zu töten (§§ 212, 213 StGB). Das gilt jedenfalls dann, wenn der Erblasser keine Patientenverfügung hinterlassen hat, keine Tötung auf Verlangen gemäß § 216 StGB vorliegt, der Erbe nicht das Verfahren nach §§ 1901a ff. BGB eingehalten hat und sich auch sonst kein tatsächlich geäußerter Wille des Erblassers zum Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen ermitteln lässt.

2. Erbunwürdigkeit setzt in den Fällen des § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB Schuldfähigkeit des Handelnden voraus.

(amtliche Leitsätze)

A. Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

K ist der Sohn der M und des B. Am 9. März 2012 verstarb die M unter Hinterlassung eines nicht unerheblichen Vermögens. Als Alleinerben hat sie (wirksam) den B eingesetzt. Der K erhebt gegen den B Anfechtungsklage gem. § 2342 BGB, weil sich folgender Sachverhalt zugetragen hat:

Die seit 1997 an Alzheimer erkrankte M wurde 2002 nach einem Krankenhausaufenthalt in ein Alten- und Pflegeheim verlegt. Im Jahr 2003 erhielt sie nach einem epileptischen Anfall eine Magensonde, durch die sie künstlich ernährt wurde. Eine verbale Kommunikation mit ihr war nicht mehr möglich. Der als ihr Betreuer eingesetzt B besuchte sie regelmäßig.

Der B, der sich in einem depressiven Zustand befand und bereits einen Selbstmordversuch unternommen hatte, durchtrennte am 9. Februar 2012 mittels einer mitgebrachten Schere den Verbindungsschlauch der Magensonde der Erblasserin und widersprach einer erneuten Verbindung, nachdem das Pflegepersonal seine Handlung entdeckt hatte. Er äußerte, dass er lediglich dem Leiden der M ein Ende habe setzen wollen. Dem Pflegepersonal gelang es jedoch, die Verbindung zu reparieren. Die M verstarb einen Monat später an einer Lungenentzündung, die in keinem ursächlichen Zusammenhang mit der Tat des B stand. Dieser wurde wegen versuchten Totschlags in einem minder schweren Fall gem. § 213 StGB zu einer Freiheits-

strafe von einem Jahr auf Bewährung verurteilt.

Frage:

Ist die Klage des K begründet?

B. Falllösung

Die Klage auf Anfechtung der Erbschaft wegen Erbunwürdigkeit ist begründet, wenn einer der Gründe des § 2339 BGB vorliegt.

I. Erbunwürdigkeit gem. § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB

Der B könnte vorliegend erbunwürdig sein, weil er vorsätzlich versucht hat, die M, also die Erblasserin, zu töten. Problematisch ist allerdings, ob hier die Verwirklichung des minder schweren Falls des Totschlags gem. § 213 StGB auch unter die Vorschrift fällt. Dazu der BGH:

„Die Vorschrift erfasst auch den Fall der versuchten vorsätzlichen Tötung, den der Gesetzgeber – anders als noch im ursprünglichen Entwurf vorgesehen – der vollendeten Tötung gleichgestellt hat (vgl. Protokolle, Bd. V, 635 f.). Unter den Begriff der vorsätzlichen und widerrechtlichen Tötung im Sinne des Strafrechts fallen Taten gem. §§ 211, 212 StGB [...]. Hier ist der [B] wegen versuchten Totschlags in einem minder schweren Fall gemäß §§ 212, 213, 21, 22, 23 StGB verurteilt worden. Bei § 213 StGB handelt es sich nach herrschender strafrechtlicher Auffassung nicht um einen eigenständigen Tatbestand, sondern lediglich um eine Strafzumessungsregel [...]

Nicht erfasst von den strafrechtlichen Tötungsdelikten i.S. des § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB wird lediglich die Tötung auf Verlangen gemäß § 216 StGB [...]. Dies rechtfertigt sich aus der Wertung des § 2343 BGB, weil eine Tötung auf Verlangen ebenso zu behandeln ist wie die Verzeihung, die ebenfalls die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit ausschließt. Hier liegt nach den bisher getroffenen Feststellungen eine Tötung auf Verlangen nicht vor. So wird bereits im Strafurteil ausgeführt, der [B] habe die Sonde durchschnitten, um sämtliche lebensverlängernden Maßnahmen zu beenden, obwohl es hierfür an einem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Einverständnis seiner Ehefrau gefehlt habe. Sie habe einen diesbezüglichen Willen weder schriftlich noch mündlich geäußert. Der [B] habe ihren Willen auch nicht aus sonstigen früheren Äußerungen oder ihren ethischen oder persönlichen Wertvorstellungen herzuleiten vermocht.

Zwar entfaltet das Strafurteil keine Bindungswirkung für das Zivilverfahren [...]. Der Zivilrichter muss sich aber mit den Feststellungen im Strafurteil auseinandersetzen, die für seine eigene Würdigung relevant sind. Hier ist nicht ersichtlich und wird auch vom [B] nicht mit Substanz vorgetragen, dass ein Fall von § 216 StGB vorliegt. Dies kam schon deshalb nicht in Frage, weil eine Kommunikation mit der [M] seit Jahren nicht mehr möglich war. [...]

Die Anforderungen an einen zulässigen Abbruch der lebenserhaltenden Maßnahmen zugunsten der [M] gemäß §§ 1901a ff. BGB sind gleichfalls nicht erfüllt. Hat ein einwilligungs-

fähiger Volljähriger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt (Patientenverfügung), prüft der Betreuer, ob diese Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Ist dies der Fall, hat er dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen (§ 1901a Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB). Ein derartiger Fall liegt hier nicht vor, da die Erblasserin keine Patientenverfügung hinterlassen hat. In dieser Lage bedarf die vom Betreuer beabsichtigte Einwilligung in den Abbruch der künstlichen Ernährung des einwilligungsunfähigen Betroffenen nach § 1904 Abs. 2 BGB grundsätzlich der betreuungsgerichtlichen Genehmigung [...]. Hieran fehlt es, da sich der Beklagte um eine derartige Genehmigung nicht bemüht hat. Eine solche Genehmigung ist gemäß § 1904 Abs. 4 BGB nur dann nicht erforderlich, wenn zwischen dem Betreuer und dem behandelnden Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901a BGB festgestellten Willen des Betreuten entspricht [...]. Dem Schutz des Patienten vor einem etwaigen Missbrauch der Betreuerbefugnisse wird mithin durch die wechselseitige Kontrolle zwischen Arzt und Betreuer Rechnung getragen. Auch eine derartige Konstellation ist nicht gegeben, da der [B] ein Einvernehmen mit dem behandelnden Arzt nicht hergestellt hat.

II. Teleologische Reduktion des § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB?

§ 2339 Abs. 1 Nr. 1 könnte jedoch vorliegend teleologisch zu reduzieren sein, da es sich lediglich um einen versuchten Totschlag in einem minder schweren Fall handelt und der B das Motiv verfolgte, das Leiden der M zu beenden.

„Im Schrifttum wird verschiedentlich die Auffassung vertreten, das Gesetz gehe bei den in § 2339 BGB genannten Verfehlungen lediglich typisierend davon aus, dass der hypothetische Erblasserwille auf eine Enterbung des Täters gerichtet sei. Wegen der ausdrücklich vorgesehenen Möglichkeit der Verzeihung nach § 2343 BGB könne von einer Art widerlegbarer gesetzlicher Vermutung gesprochen werden [...]. Auf dieser Grundlage wird teilweise angenommen, bei einem Totschlag in einem minder schweren Fall sei gemäß § 213 StGB wegen der anzuwendenden Regelvermutung nicht von Erbunwürdigkeit auszugehen [...].

Dem ist nicht zu folgen. Maßgebend für die Beurteilung der Frage, ob eine teleologische Reduktion von § 2339 Abs. 1 BGB oder die Anwendung der Vorschrift als widerlegbare gesetzliche Vermutung möglich ist, ist der Gesetzeszweck der Erbunwürdigkeitsvorschriften. Dieser wird unterschiedlich beurteilt [...]. Nach Auffassung des Senats ist die Erbunwürdigkeit gemäß § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB eine spezifisch erbrechtliche Sanktion auf schwerstes vorsätzlich begangenes Handlungsunrecht, das es als unerträglich erscheinen ließe, wenn der Nachlass des Opfers auf den Täter

übergänge [...]. Das rückt die Erbuwürdigkeit in die Nähe schuldhaft begangener unerlaubter Handlungen. Die Verwirkung des Erbrechts stellt sich insoweit ungeachtet ihres strafähnlichen Charakters als zivilrechtliche Sanktion dar [...].

Auf dieser Grundlage kommt eine allgemeine Abwägung mit einem Regel-Ausnahme-Verhältnis, ob Erbuwürdigkeit vorliegt oder nicht, angesichts des Wortlauts, der Entstehungsgeschichte und des Gesetzeszwecks nicht in Betracht. Erst recht gilt dies für die Auffassung, die § 2339 BGB nicht anwenden will, wenn ein Fall von § 213 StGB vorliegt (so SCHULZ, ErbR 2012, 276, 278). Das Gesetz selbst enthält in § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB typisierende Regelungen, bei denen unabhängig von den Umständen des Einzelfalles von schwerem Handlungsunrecht auszugehen ist, welches die Erbuwürdigkeit des Erben begründet. Auf die Regelung über die Verzeihung nach § 2343 BGB kann für eine allgemeine Abwägung im Rahmen von § 2339 BGB nicht abgestellt werden. Erforderlich für eine Verzeihung ist, dass der Erblasser selbst noch in der Lage war, auf das Verhalten des Täters zu reagieren, was in Fällen wie dem hier zu beurteilenden nicht der Fall ist. Auf eine "hypothetische Verzeihung" kommt es bei §§ 2339, 2343 BGB demgegenüber nicht an.

Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass es zu Tötungen oder Tötungsversuchen an Erblassern kommt, ohne dass die Voraussetzungen einer Tötung auf Verlangen gemäß § 216 StGB oder diejenigen einer Patientenverfügung ge-

mäß § 1901a ff. BGB erfüllt sind. Dies ist der Fall, wenn der Täter, weil er einen vermeintlichen Willen des Erblassers vollziehen will oder die gesundheitliche Lage des Erblassers für aussichtslos oder unwürdig hält, ohne Rücksprache mit Ärzten, Betreuungsgericht etc. die Dinge selbst in die Hand nimmt [...]. Dem Beklagten ist zuzubilligen, dass er sich in einer persönlich äußerst schwierigen Situation befand. Gleichwohl gab ihm das nicht das Recht, einseitig die Behandlung der Erblasserin abbrechen mit dem Ziel, ihren Tod herbeizuführen. Allein auf die tragischen Umstände des Falles abzustellen, um eine Erbuwürdigkeit zu verneinen, begründet der (sic!) Gefahr, dass die Konturen der §§ 2339, 2343 BGB verwischt werden. Ob ausnahmsweise unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 2343 BGB keine Erbuwürdigkeit in Betracht kommt, wenn ein in der Vergangenheit - auch formlos - geäußertes Wille des Erblassers ermittelt werden kann, im Falle bestimmter Krankheitsverläufe lebenserhaltende Maßnahmen nicht durchführen zu lassen oder abbrechen, muss hier nicht entschieden werden. Hierzu fehlt es bislang an Feststellungen des Berufungsgerichts."

Eine teleologische Reduktion des § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB kommt daher nicht in Betracht.

III. Ergebnis

B ist erbuwürdig. Die Klage des K ist begründet.

Hinweise

Zunächst mag die Materie für das Examen etwas speziell anmuten. Auch wenn in den meisten Bundesländern das Erbrecht zum Prüfungsstoff gehört, gehört die Erbwürdigkeit zu den seltener geprüften Gebieten. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass auch so eine Konstellation einmal Gegenstand einer Examensklausur ist. Denn hier kann beispielhaft abgeprüft werden, ob die Kandidaten das beherrschen, was die Prüfungsordnungen eigentlich von ihnen verlangen: Umgang mit unbekanntem Normen und die Lösung unbekannter Fälle allein anhand der Lektüre des entsprechenden Gesetzestextes.

Darüber hinaus ist die Entscheidung methodisch äußerst gut gelungen. Der BGH geht lehrbuchmäßig vor und legt die Norm mittels der verschiedenen Auslegungsmethoden (Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck) aus und kommt zu einem zutreffenden Ergebnis. Über die Frage der Sterbehilfe lässt sich trefflich streiten und es sei dahingestellt, ob die aktuell bestehenden Regelungen hierzu zutreffend sind. Solange jedoch die Handlung eine vorsätzliche Tötung darstellt oder darstellen würde, kann es nicht angehen, dass der Täter das Opfer beerbt. Hier kann das Zivilrecht keine abweichende Wertung treffen, da ansonsten dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet wäre.

Prüfungstechnisch bietet die Fragestellung noch den Fallstrick, dass ausnahmsweise einmal nicht nach einem Anspruch gefragt ist. Hier ist besondere Vorsicht bei der Obersatzbildung geboten. Keinesfalls darf hier der Fehler passieren, im Obersatz mit der Prüfung eines Anspruchs zu beginnen, wenn nach der Begründetheit der Klage gem. § 2342 BGB gefragt ist. Hierbei handelt es sich übrigens um eine Gestaltungsklage und nicht um eine Feststellungsklage. Mit Rechtskraft (§ 2342 Abs. 2 BGB) des Urteils ändert sich unmittelbar die Rechtslage. Die Universalsukzession auf den Erbwürdigen wird beseitigt. Die Unterscheidung

von Feststellungs- und Gestaltungsklage gehört sicherlich für das 1. Examen noch nicht zum notwendigen Rüstzeug, ist im 2. Examen aber umso wichtiger.

Dr. JULIUS FORSCHNER

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

"TÜV neu" und Unzumutbarkeit der Nacherfüllung

Urteil vom 15. April 2015 - VIII. ZR
80/14

1. Den Gebrauchtwagenhändler trifft keine generelle, anlassunabhängige Obliegenheit, das Fahrzeug vor dem Verkauf umfassend zu untersuchen. Vielmehr kann er zu einer Überprüfung des Fahrzeugs nur aufgrund besonderer Umstände, die für ihn einen konkreten Verdacht auf Mängel begründen, gehalten sein. Abgesehen von diesen Fällen ist der Händler grundsätzlich nur zu einer fachmännischen äußeren Besichtigung („Sichtprüfung“) verpflichtet [...].

2. Die im Kaufvertrag enthaltene Eintragung „HU neu“ beinhaltet bei interessengerechter Auslegung die stillschweigende Vereinbarung, dass sich das verkaufte Fahrzeug im Zeitpunkt der Übergabe in einem für die Hauptuntersuchung nach § 29 StVZO geeigneten verkehrssicheren Zustand befinde und die Hauptuntersuchung durchgeführt sei [...].

3. Für die Beurteilung, ob die Nacherfüllung für den Käufer gem. § 440 Satz 1 Alt 3 BGB unzumutbar ist, sind alle Um-

stände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere die Zuverlässigkeit des Verkäufers, diesem vorzuwerfende Nebenpflichtverletzungen oder der Umstand, dass der Verkäufer bereits bei dem ersten Erfüllungsversuch, also bei der Übergabe, einen erheblichen Mangel an fachlicher Kompetenz hat erkennen lassen und das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nachhaltig gestört ist.

A. Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Die K verlangt von V, einem gewerblichen Autohändler, die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über einen Gebrauchtwagen. Mit Vertrag vom 3. August 2014 kaufte die K von V einen erstmalig am 30. August 1999 zugelassenen Opel Zafira, mit einer Laufleistung von 150.000 km zum Preis von 5.000,00 €. Der Kaufvertrag enthält unter der Rubrik „Zubehör/Sonderausstattung“ unter anderem den Eintrag „HU neu“. Am Tag des Fahrzeugkaufs hatte der Technische Überwachungsverein (TÜV) die Hauptuntersuchung durchgeführt und das Fahrzeug beanstandungsfrei mit einer TÜV-Plakette versehen.

Am nächsten Tag fuhr die K zu ihrem rund 900 km entfernten Wohnort. Auf der Fahrt dorthin versagte der Motor aufgrund eines technischen Defekts mehrfach. Bei der anschließenden, von der K veranlassten Untersuchung des Fahrzeugs wurde zudem eine starke Korrosion an den Bremsleitungen festgestellt. Diese Korrosion an den Bremsleitungen lässt die Verkehrssicherheit des Autos

entfallen. Die K erklärte daraufhin mit Schreiben vom 30. August 2014 die Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung, hilfsweise den Rücktritt vom Kaufvertrag und begründete dies mit den bei der Untersuchung festgestellten, die Verkehrssicherheit des Fahrzeugs beeinträchtigenden, Mängeln. Der V behauptet, er habe das Fahrzeug vor dem Verkauf äußerlich angesehen und nur vordergründige Roststellen festgestellt. Im Übrigen habe er sich auf den TÜV verlassen.

Frage:

Hat die K gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 5.000 €?

I. Anspruch gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Variante 1 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Variante 1 BGB haben.

Voraussetzung hierfür ist, dass der V etwas durch Leistung der K ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

Die K hat an den V den Kaufpreis in Höhe von 5.000 € bezahlt und damit ohne Zweifel etwas an den V geleistet. Als rechtlicher Grund kommt hier der Kaufvertrag in Betracht. Dieser war ursprünglich ohne Zweifel wirksam. Er könnte jedoch gem. § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen sein. Hierfür ist erforderlich, dass eine Anfechtungserklärung innerhalb der Anfech-

tungsfrist abgegeben wurde und ein Anfechtungsgrund vorliegt.

Eine Anfechtungserklärung wurde hier unproblematisch abgegeben. Diese ist dem V auch zugegangen und die Anfechtung erfolgte auch innerhalb der Jahresfrist gem. § 124 Abs. 1 BGB. Als Anfechtungsgrund kommt eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 Abs. 1 BGB in Betracht. Als Täuschungshandlung kommt vorliegend lediglich eine Täuschung durch Unterlassen in Betracht. Für eine Täuschung durch aktives Tun ist nichts ersichtlich. Erforderlich für eine Täuschung durch Unterlassen ist, dass den V eine Aufklärungspflicht über die Roststellen, die die Verkehrssicherheit beeinträchtigen, trifft. Hierfür ist wiederum erforderlich, dass den Gebrauchtwagenhändler V eine Prüfungspflicht bezüglich der Verkehrstüchtigkeit des Gebrauchtwagens trifft. Dies verneint der BGH:

„Nach ständiger Rechtsprechung des Senats trifft den Gebrauchtwagenhändler keine generelle, anlassunabhängige Obliegenheit, das Fahrzeug vor dem Verkauf umfassend zu untersuchen [...]. Vielmehr kann er zu einer Prüfung des Fahrzeugs nur aufgrund besonderer Umstände, die für ihn einen konkreten Verdacht auf Mängel begründen, gehalten sein [...], etwa dann, wenn er die Vorschädigung eines zu veräußernden Fahrzeugs kennt [...].“

Für solche Anhaltspunkte, die den V hier dazu hätten veranlassen müssen, das Fahrzeug näher zu untersuchen, fehlen weitere Anhaltspunkte. Vielmehr hat er sogar das

Auto vom TÜV prüfen lassen, der keine Mängel gefunden hat.

Damit trifft den V hier keine Aufklärungspflicht bezüglich eines Mangels, sodass auch keine arglistige Täuschung durch Unterlassen vorliegen kann. Ein Anfechtungsgrund gem. § 123 Abs. 1 BGB scheidet damit aus.

Damit hat die K gegen V keinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Variante 1 BGB.

II. Anspruch der K gegen V gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 440 Satz 1, 323 Abs. 1 BGB auf Rückzahlung von 5000 €

Voraussetzung für einen Anspruch gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2 BGB ist, dass ein Sachmangel vorliegt, und ein Rücktritt ausnahmsweise ohne Fristsetzung möglich ist. Fraglich ist, ob hier ein Sachmangel vorlag. Dies ist jedenfalls bei mangelnder Verkehrssicherheit zu bejahen. Im Übrigen lässt sich die im Kaufvertrag getroffene Feststellung "HU neu" dahingehend auslegen, dass eine stillschweigende Vereinbarung getroffen wurde, dass sich das Fahrzeug im Zeitpunkt der Übergabe in einem für die Hauptuntersuchung nach § 29 StVZO geeigneten, verkehrssicheren Zustand befindet. Ein Sachmangel lag damit unproblematisch vor.

Fraglich ist jedoch, ob hier ohne Fristsetzung zurückgetreten werden konnte. Grundsätzlich ist gem. § 323 Abs. 1 BGB vor dem Rücktritt eine Fristsetzung erforderlich. Eine solche Fristsetzung ist hier nicht erfolgt. Die

Fristsetzung könnte aber gem. § 440 Satz 1 BGB entbehrlich sein. Gem. § 440 Satz 1 BGB ist eine Fristsetzung dann entbehrlich, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 3 BGB verweigert, oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. Hier könnte dem K die Nacherfüllung unzumutbar i.S. des § 440 Satz 1 BGB sein. Dazu der BGH:

„Für die Beurteilung, ob die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere die Zuverlässigkeit des Verkäufers [...], diesem vorzuwerfende Nebenpflichtverletzungen [...] oder der Umstand, dass der Verkäufer bereits bei dem ersten Erfüllungsversuch, also bei Übergabe, einen erheblichen Mangel an fachlicher Kompetenz hat erkennen lassen [...] und das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nachhaltig gestört ist [...].

[...] Hiernach steht fest, dass das als verkehrssicher verkaufte Fahrzeug massive Mängel in Form fortgeschrittener Korrosion an sicherheitsrelevanten Bauteilen aufwies, die bereits bei einer ordnungsgemäß durchgeführten einfachen Sichtprüfung ohne Weiteres erkennbar gewesen wären. Der [V] hat das Ausmaß des von ihm – nach seinem eigenen Vorbringen – bemerkten „vordergründigen Rosts“ zumindest fahrlässig verkannt [...]. Angesichts dieser Umstände hat die Klägerin nachvollziehbar jedes Vertrauen in die Zuverlässigkeit und Fachkompetenz des [V] verloren. Der Um-

stand, dass der TÜV das Fahrzeug nicht beanstandet hat, rechtfertigt mit Blick auf die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung keine andere Betrachtung. Darauf, ob der TÜV als Erfüllungsgehilfe des Beklagten anzusehen war, oder diesem etwaige Versäumnisse des TÜV bei der Hauptuntersuchung mit Rücksicht auf den hoheitlichen Charakter der dem TÜV übertragenen Fahrzeugüberwachung nicht zugerechnet werden können, kommt es insoweit nicht an.“

Damit ist der K wegen des zerstörten Vertrauensverhältnisses zwischen ihr und V eine Nacherfüllung durch V nicht mehr zumutbar i.S. des § 440 Satz 1 BGB. Somit konnte die K hier ohne Fristsetzung zurücktreten.

Damit steht der K ein Anspruch gem. §§ 346 Abs. 1, 347 Nr. 2, 440 Satz 1 BGB zu.

III. Ergebnis

Der K steht gegen V ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 5.000,00 € zu.

Hinweise:

Mit dem vorliegenden Fall sollte man sich vor dem Examen auseinandersetzen, da er insbesondere die leicht zu übersehende Norm des § 440 Satz 1 BGB behandelt. Auch ansonsten sind Gebrauchtwagenfälle immer wieder Gegenstand der Klausuren im ersten und zweiten Staatsexamen. § 440 Satz 1 BGB modifiziert die §§ 281 Abs. 2 und 323 Abs. 2 BGB und normiert zusätzliche Fälle, in denen die Nachfristsetzung nicht erforderlich ist. Er stellt also eine Ausnahme zum Grundsatz des Vorrangs der Nacherfüllung dar.

Die Aufklärungspflichten beim Gebrauchtwagenkauf sind zahlreiche Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen. Für das Examen ist nicht erforderlich, dass diese Rechtsprechung in allen Einzelheiten beherrscht wird. Es ist jedoch erforderlich, dass man ein Gefühl dafür entwickelt, in welchen Fällen man an eine Täuschung durch Unterlassen denken muss.

Dr. JULIUS FORSCHNER

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Bundesarbeitsgericht

Klageverzicht – Inhaltskontrolle

BAG, Urteil vom 25.09.2014 – 2 AZR
788/13 (NZA 2015, 350)

1. Abreden über Hauptleistungen sind nicht generell von der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, 2 BGB ausgeschlossen. Sie sind ihr gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nur dann entzogen, wenn sie – wie regelmäßig – keine von Rechtsvorschriften abweichenden oder diese ergänzenden Regelungen enthalten.

2. Durch eine innerhalb von drei Wochen nach Zugang einer Kündigung eingegangene Verpflichtung, auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage zu verzichten, wird von der gesetzlichen Regelung in § 4 Satz 1 KSchG abgewichen, wonach dem Arbeitnehmer drei Wochen für die Überlegung zur Verfügung stehen, ob er Kündigungsschutzklage erheben will.

3. Der formularmäßige Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage ohne jede arbeitgeberseitige Kompensation – etwa in Bezug auf den Beendigungszeitpunkt, die Beendigungsart, die Zahlung einer Entlassungsentschädigung oder den Verzicht auf eigene Ersatzansprüche – stellt eine unangemessene Be-

nachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dar.

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt)

Handwerker H ist seit dem Jahr 2011 bei dem Bauunternehmer B beschäftigt. Im September 2013 erleidet H einen Arbeitsunfall und ist infolgedessen fast 18 Monate arbeitsunfähig. Im März 2015 wird H schließlich als "arbeitsfähig" aus der Rehabilitation entlassen und nimmt seine Tätigkeit bei B wieder auf. Am Morgen des 26.05.2015 bittet B den H in sein Büro und überreicht ihm ein Schreiben, in dem B die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 30.06.2015 erklärt. Zugleich legt B dem H ein vorformuliertes und von ihm bereits unterzeichnetes Schreiben vor, das mit "Klageverzichtsvertrag" überschrieben ist und u.a. folgenden Passus enthält:

"Kündigung akzeptiert und mit Unterschrift bestätigt. Auf Klage gegen die Kündigung wird verzichtet."

Eine Gegenleistung für H enthält die mit "Klageverzichtsvertrag" überschriebene Vereinbarung nicht. Da H wegen seiner langen arbeitsunfähigkeitsbedingten Abwesenheit gegenüber B ein schlechtes Gewissen hat und keine Chance sieht, die Kündigung zu vermeiden, gibt er dem Drängen des B, der gegenüber H die Einräumung einer Überlegungsfrist ablehnt, nach und unterschreibt die Vereinbarung.

Zu Hause berichtet H seiner Frau zunächst von der Kündigung. Diese rät ihm dringend,

gegen die Kündigung vorzugehen, weil ihrer Ansicht nach kein Kündigungsgrund vorliege. Daraufhin erzählt H seiner Frau, dass dies leider nicht mehr möglich sei, da er einen Klageverzichtsvertrag unterschrieben habe und wohl bereits aus diesem Grunde die Erhebung einer Kündigungsschutzklage nicht erfolgversprechend sei. Die Frau des H ist zunächst konsterniert, erklärt dann jedoch, dass sie Zweifel habe, ob man überhaupt wirksam auf die Erhebung einer Klage gegen eine Kündigung verzichten könne. H solle sich hierzu doch einmal die Meinung eines Rechtsanwalts einholen.

Führt bereits der Klageverzichtsvertrag dazu, dass die Erhebung einer Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung vom 26.05.2015 nicht erfolgversprechend ist?

Lösungsvorschlag

Die Erhebung einer Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung vom 26.05.2015 wäre nicht erfolgversprechend, wenn H durch Unterzeichnung des Klageverzichtsvertrag rechtswirksam auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichtet hätte und sich aus diesem Grunde nicht mehr gerichtlich gegen die Kündigung zur Wehr setzen könnte.

I. Allgemeine Zulässigkeit eines Klageverzichts

Zunächst müsste der Verzicht eines Arbeitnehmers auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage allgemein zulässig sein. Vor Ausspruch einer Kündigung können Arbeitneh-

mer nicht rechtswirksam auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichten, da das Kündigungsschutzgesetz nicht dispositiv ist. Nach Ausspruch einer Kündigung können Arbeitnehmer jedoch auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichten. Die Zulässigkeit eines solchen Verzichts ergibt sich bereits daraus, dass das Kündigungsschutzgesetz im Gegensatz zu anderen Gesetzen, die einen Verzicht auf bestimmte Rechte für unzulässig erklären, beispielsweise § 4 Abs. 4 TVG und § 77 Abs. 4 BetrVG, keine Regelung getroffen hat, die dem Arbeitnehmer den Verzicht auf den Kündigungsschutz untersagt. Hinzu kommt, dass der Arbeitnehmer nicht gehalten ist, eine Kündigung mit der Kündigungsschutzklage anzugreifen. Vor allem ist der Arbeitnehmer berechtigt, sein Arbeitsverhältnis jederzeit durch Aufhebungsvertrag zu beenden. Nach Ausspruch einer Kündigung abgeschlossene Klageverzichtsverträge sind damit grundsätzlich zulässig. Es könnte jedoch sein, dass der Klageverzichtsvertrag aus anderen Gründen unwirksam ist.

II. Unwirksamkeit des Klageverzichtsvertrags im Ganzen

Möglicherweise ist der Klageverzichtsvertrag im Ganzen unwirksam.

1. Formerfordernis

Der Klageverzichtsvertrag könnte zunächst gemäß § 125 BGB wegen eines Verstoßes gegen das Formerfordernis der §§ 623, 126 Abs. 2 BGB unwirksam sein. Nach § 623 BGB bedürfen die Beendigung von Arbeitsverhält-

nissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.

Ein Klageverzichtsvvertrag soll nicht selbstständig zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen, sondern "lediglich" die Rechtswirksamkeit der Kündigung außer Streit stellen. Dementsprechend geht die überwiegende Meinung auch davon aus, dass es sich bei einem Klageverzichtsvvertrag nicht um einen Auflösungsvertrag i.S.v. § 623 BGB handele. Teilweise wird allerdings auch vertreten, ein Abwicklungsvertrag sei in den Anwendungsbereich des § 623 BGB und seinen Formzwang einzubeziehen, da es sich um einen Unterfall des Aufhebungsvertrags handele. Allein dadurch, dass man den Aufhebungsvertrag in eine Kündigung mit Abwicklungsvertrag aufspalte, könne man das Schriftformerfordernis nicht umgehen. Das Bundesarbeitsgericht vertritt dagegen die Auffassung, dass jedenfalls solche Klageverzichtsvvereinbarungen, die im unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit dem Ausspruch einer Kündigung getroffen werden, in Wahrheit Aufhebungsverträge darstellen und somit dem Schriftformerfordernis der §§ 623, 126 Abs. 2 BGB unterfielen. Einer Entscheidung, welcher der Auffassungen der Vorzug zu geben ist, bedarf es im Ergebnis nicht. Der zwischen H und B geschlossene Klageverzichtsvvertrag wurde sowohl von H als auch von B unterschrieben, so dass der Klageverzichtsvvertrag in jedem Falle den Anforderungen der §§ 623, 126 Abs. 2 BGB genügt.

2. Sittenwidrigkeit

Der Klageverzichtsvvertrag könnte weiterhin nach § 138 Abs. 1 BGB gegen die guten Sitten verstoßen und daher insgesamt nichtig sein. Ein Rechtsgeschäft ist als im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig anzusehen, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Ein Klageverzichtsvvertrag ist allerdings nicht bereits deshalb sittenwidrig, weil der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer weder eine Bedenkzeit noch ein Rücktritts- oder Widerrufsrecht einräumt und ihm auch das beabsichtigte Gesprächsthema nicht mitteilt, bevor er den Arbeitnehmer mit dem Wunsch nach Abschluss eines Klageverzichtsvvertrags konfrontiert. Ebenso wenig ist ein Klageverzichtsvvertrag sittenwidrig, weil er ohne Abfindungsregelung geschlossen wird. Es müssen vielmehr besondere Umstände hinzukommen, um die Annahme zu rechtfertigen, das Geschäft sei nach seinem Gesamtcharakter als sittenwidrig anzusehen. Solche die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände sind nicht ersichtlich. Der Klageverzichtsvvertrag ist daher nicht gemäß § 138 Abs. 1 BGB insgesamt nichtig.

3. Anfechtungsmöglichkeit

Die auf Abschluss des Klageverzichtsvvertrags gerichtete Willenserklärung des H könnte von diesem möglicherweise noch wirksam angefochten werden. In diesem Fall würde die Bindung an den Klageverzichtsvvertrag gemäß § 142 Abs. 1 BGB rückwirkend entfallen. Eine Anfechtungserklärung kann H noch

abgeben. Allerdings ergeben sich aus dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Inhalts-, Erklärungs- oder Eigenschaftsirrtums nach § 119 BGB. Auch eine arglistige Täuschung oder eine widerrechtliche Drohung, die objektiv die Ankündigung eines zukünftigen Übels voraussetzt, dessen Zufügung in irgendeiner Weise als von der Macht des Ankündigenden abhängig hingestellt wird, liegt im Sinne von § 123 Abs. 1 BGB nicht vor. Fraglich ist indes, ob eine widerrechtliche Drohung auch dann angenommen werden kann, wenn der "Drohende" eine überstürzte Entscheidung erzwingt und dem "Bedrohten" durch das Ablehnen jeder Überlegungsfrist vor Abschluss des Vertrags die Möglichkeit einer freien Entschließung nimmt. Das wird von einem Teil der Literatur zwar erwogen, die Rechtsprechung ist dem allerdings zu Recht nicht gefolgt. Der Zeitdruck, unter dem ein Arbeitnehmer einen Vertrag schließt, berechtigt nicht zur Anfechtung, da dieser Umstand keine "Drohung" im Sinne des Inaussichtstellens eines Übels darstellt.

Möglicherweise ist § 123 Abs. 1 BGB allerdings analog auf Fälle anzuwenden, in denen eine rechtsgeschäftliche Erklärung zwar ohne widerrechtliche Drohung, jedoch unter Zeitdruck zustande gekommen ist. Eine solche Anwendung ist indes nicht gerechtfertigt. Nur eine durch widerrechtliche Drohung verursachte Zwangslage berechtigt zur Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB. Die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit des Einzelnen wird nicht allgemein gegen jede Art von Beeinträchtigung durch eine Zwangslage ge-

schützt, sondern nur gegen die rechtswidrige Beeinflussung durch arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung. Eine Analogie ist daher allenfalls dann zu bejahen, wenn der Eingriff in die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit an Intensität einer arglistigen Täuschung oder widerrechtlichen Drohung vergleichbar ist. Das Drängen auf unverzügliche Abgabe einer Willenserklärung kann aber nicht den gesetzlichen normierten Anfechtungstatbeständen, durch die die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit wesentlich gravierender beeinträchtigt wird, gleichgesetzt werden.

Insgesamt liegt daher kein Grund für die Anfechtung der auf Abschluss des Klageverzichtsvertrags gerichteten Willenserklärung des H vor. Eine Anfechtung scheidet somit aus.

4. Zwischenergebnis

Der Klageverzichtsvertrag ist somit nicht im Ganzen unwirksam.

III. Unwirksamkeit der Klageverzichtsklausel

Es könnte jedoch sein, dass der Klageverzichtsvertrag insoweit unwirksam ist, als auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichtet wird. Diese Klausel könnte nach §§ 305 ff. BGB unwirksam sein. Insbesondere kommt eine Unwirksamkeit gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen einer unangemessenen Benachteiligung des H in Betracht.

1. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Nach § 305 Abs. 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrags stellt. Demnach müsste es sich bei der Klageverzichtsklausel zunächst um eine "Vertragsbedingung" handeln. Das Bundesarbeitsgericht führt hierzu wie folgt aus:

"Die Zusicherung, keine Kündigungsschutzklage zu erheben, stellt eine Vertragsbedingung i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB dar. Sie ist im Streitfall Gegenstand einer zweiseitigen Vereinbarung. Die Beklagte unterbreitet einem Mitarbeiter, dem sie die Ausgleichsquittung vorlegt, zugleich das Angebot, sich ihr gegenüber zu verpflichten, keine Kündigungsschutzklage zu erheben. Dieses Angebot nimmt der Mitarbeiter mit Unterzeichnung und Rückgabe des Schreibens an. Damit kommt ein prozessrechtlicher Vertrag des Inhalts zu Stande, das Recht, Klage zu erheben, nicht wahrzunehmen."

Bei der Klageverzichtsklausel handelt es sich demnach um eine "Vertragsbedingung". Diese Vertragsbedingung müsste für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sein. Vertragsbedingungen sind für eine Vielzahl von Verträgen grundsätzlich bereits dann vorformuliert, wenn ihre dreimalige Verwendung beabsichtigt ist. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB dagegen nicht vor, soweit die Vertrags-

bedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind. "Ausgehandelt" i.S.v. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB ist eine Vertragsbedingung nur, wenn der Verwender die betreffende Klausel inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen.

Ob eine dreimalige Verwendung der Klageverzichtsklausel beabsichtigt war, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Dies könnte allerdings dahinstehen, wenn bereits die einmalige Verwendung der Klageverzichtsklausel eine AGB-Kontrolle eröffnen würde. Die Klageverzichtsklausel würde nämlich nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB auch dann einer Kontrolle nach §§ 306, 307 bis 309 BGB unterliegen, wenn sie nur zur einmaligen Verwendung bestimmt gewesen wäre, es sich bei dem Klageverzichtsvertrag zwischen H und B um einen Verbrauchervertrag handeln würde und H aufgrund der Vorformulierung der von B gestellten Vertragsbedingungen auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. Bei Arbeitnehmern handelt es sich nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts um Verbraucher i.S.v. § 13 BGB, da Arbeitnehmer bei dem Abschluss von Verträgen, die ihr Arbeitsverhältnis betreffen, ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließen, das überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Gleichzeitig ist B Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB, da er bei

Abschluss des Klageverzichtungsvertrags in Ausübung seiner gewerblichen bzw. selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelte. Bei dem Klageverzichtsvertrag handelt es sich somit um einen Verbrauchervertrag i.S.v. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Zudem konnte H aufgrund der Vorformulierung der von B gestellten Vertragsbedingungen auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen. Somit eröffnet bereits die einmalige Verwendung der Klageverzichtsklausel eine AGB-Kontrolle.

2. Klageverzichtsklausel als Bestandteil des Klageverzichtungsvertrags

Die Vereinbarung "Kündigung akzeptiert und mit Unterschrift bestätigt. Auf Klage gegen die Kündigung wird verzichtet." müsste Bestandteil des Klageverzichtungsvertrags geworden sein. Unabhängig davon, ob man als Maßstab für die Einbeziehung § 305 Abs. 2 BGB heranzieht oder aber davon ausgeht, dass arbeitsrechtliche Klageverzichtsverträge unter den Begriff des "Arbeitsvertrags" i.S.v. § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB fallen und daher nicht § 305 Abs. 2 BGB gilt, sondern §§ 145 ff. BGB, liegen sowohl die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB als auch die der §§ 145 ff. BGB vor, so dass eine wirksame Einbeziehung der Klageverzichtsklausel in den Klageverzichtsvertrag jedenfalls nicht an diesen Vorschriften scheitert.

Einer wirksamen Einbeziehung der Klageverzichtsklausel könnte jedoch § 305c Abs. 1 BGB entgegenstehen. Nach dieser Vorschrift werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umstän-

den, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Das Überraschungsmoment kann sich auch aus dem ungewöhnlichen äußeren Zuschnitt einer Klausel oder ihrer Unterbringung an unerwarteter Stelle ergeben. Bereits nach der Überschrift des Formulars ("Klageverzichtsvertrag") stellt der in dem Vertrag vereinbarte Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage keine Überraschungsklausel dar. Der Passus enthält erkennbar eine eigenständige Regelung. Dies wird dadurch unterstrichen, dass nicht auch noch der Erhalt der Kündigung als solcher bestätigt werden soll, sondern vielmehr erklärt wird, die Kündigung werde akzeptiert, dies werde mit der Unterschrift bestätigt und auf eine Klage gegen die Kündigung werde verzichtet. Die Klageverzichtsklausel wurde somit auch unter Beachtung des § 305c Abs. 1 BGB wirksam in den "Klageverzichtsvertrag" einbezogen.

3. Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen?

Die Klageverichtsvereinbarung unterläge nur dann der Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 309, 308, 307 Abs. 1, 2 BGB, wenn darin eine vom Gesetz abweichende Regelung i.S.v. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB zu sehen wäre. Hierzu führt das Bundesarbeitsgericht aus:

"Keiner Entscheidung bedarf, ob es sich bei dem Klageverzicht um eine Nebenabrede zum Arbeitsvertrag oder um die Haupt- oder Ne-

benabrede eines eigenständigen Vertrags handelt. Eine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn der Klageverzicht die Hauptabrede eines eigenständigen Klageverzichts- oder Abwicklungsvertrags darstellt. Auch Hauptabreden sind nicht etwa generell von der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB ausgeschlossen. Sie sind ihr gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nur dann entzogen, wenn sie – wie regelmäßig – keine von Rechtsvorschriften abweichenden oder diese ergänzenden Regelungen enthalten. Eine solche Abweichung ist mit einem Klageverzicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung jedoch verbunden. Durch ihn wird von der gesetzlichen Regelung in § 4 Satz 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG abgewichen, wonach dem Arbeitnehmer drei Wochen für die Überlegung zur Verfügung stehen, ob er Kündigungsschutzklage erheben will. Die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG soll zwar vornehmlich den Arbeitgeber schützen. Er soll nach einer angemessenen Zeit, die vom Gesetzgeber auf drei Wochen zuzüglich der zur Zustellung der Klageschrift erforderlichen Zeit bemessen wird, davor geschützt sein, sich mit dem Begehren nach Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auseinandersetzen zu müssen. Nach dem gesetzlich vorgesehenen Interessenausgleich soll aber umgekehrt dem Arbeitnehmer die dreiwöchige Klagefrist voll zur Verfügung stehen. Das Gesetz mutet es dem Arbeitgeber jedenfalls bis zum Ablauf dieser Zeitspanne zu, die Wirksamkeit der Kündigung zu verteidigen und alle etwa geltend gemachten Unwirksamkeitsgründe entweder

entkräften oder gegen sich gelten lassen zu müssen."

Die Klageverzichtsvereinbarung unterliegt somit insgesamt einer Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 309, 308, 307 Abs. 1, 2 BGB.

4. Unwirksamkeit der Klageverzichtsklausel

Ein Verstoß der Klageverzichtsklausel gegen die Klauselverbote der §§ 309, 308 BGB ist nicht ersichtlich. Es könnte jedoch sein, dass die Klageverzichtsklausel eine unangemessene Benachteiligung des H gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt. Nach dieser Vorschrift sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

"Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist unangemessen, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zu gewähren. Die typischen Interessen der Vertragspartner sind unter besonderer Berücksichtigung grundrechtlich geschützter Rechtspositionen wechselseitig zu bewerten. Die Unangemessenheit beurteilt sich nach einem generellen und typisierenden, vom Einzelfall losgelösten Maßstab unter Berücksichtigung von Gegenstand, Zweck und Eigenart des jeweiligen Geschäfts innerhalb der beteiligten Verkehrskreise."

Gemessen hieran stellt ein formularmäßig und ohne Gegenleistung erklärter Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dar:

"Der Arbeitgeber verfolgt damit das Ziel, seine Rechtsposition ohne Rücksicht auf die Interessen des Arbeitnehmers zu verbessern, indem er diesem die Möglichkeit entzieht, die Rechtswirksamkeit der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberkündigung gerichtlich überprüfen zu lassen. Dieser Verzicht wirkt allein zu Lasten des gekündigten Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber muss bei einem innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG erklärten Klageverzicht den Ablauf der Klagefrist nicht mehr abwarten, sondern kann bereits zuvor davon ausgehen, dass seine Kündigung das Arbeitsverhältnis rechtswirksam beendet hat bzw. beenden wird. Er kann Dispositionen treffen, ohne die Feststellung einer Unwirksamkeit der Kündigung am Ende eines möglicherweise langjährigen Prozesses fürchten zu müssen. Ein formularmäßiger Klageverzicht ohne jede arbeitgeberseitige Kompensation – etwa in Bezug auf den Beendigungszeitpunkt, die Beendigungsart, die Zahlung einer Entlassungsschädigung oder den Verzicht auf eigene Ersatzansprüche – ist daher i.d.R. unzulässig."

H hat für die Unterzeichnung der Klageverzichtsklausel keine Gegenleistung von B erhalten. Der formularmäßige Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage ist danach gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen

einer unangemessenen Benachteiligung des B unwirksam. Es bestehen in diesem Zusammenhang auch keine arbeitsrechtlichen Besonderheiten i.S.v. § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB, die einer Anwendung des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Klageverzichtsklausel entgegenstehen könnten. Insbesondere ergeben sich solche Besonderheiten nicht aus dem Arbeitgeberinteresse nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit; diesem ist bereits durch die Einführung der Drei-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG Rechnung getragen. Somit kann auch dahinstehen, ob arbeitsrechtliche Klageverzichtsverträge überhaupt unter den Begriff der "Arbeitsverträge" i.S.v. § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB fallen.

IV. Gesamtergebnis

Die in dem Klageverzichtsvertrag enthaltene Klageverzichtsklausel ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Der von H unterzeichnete Klageverzichtsvertrag führt somit nicht dazu, dass die Erhebung einer Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung vom 26.05.2015 nicht erfolgversprechend ist. H kann sich vielmehr gerichtlich gegen die Kündigung zur Wehr setzen. Die Frage, ob allerdings die Kündigung im Ergebnis wirksam oder unwirksam ist, ist eine gesondert und unabhängig davon zu beantwortende Frage.

Hinweise:

1. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts betrifft im Kern Fragen des allgemeinen Zivilrechts, nämlich insbesondere der Reichweite des § 123 Abs. 1 BGB sowie die Prüfung einer Vertragsklausel am Maßstab der §§ 305 ff. BGB. Im Rahmen des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB bietet sich die Möglichkeit, unter Heranziehung einer allgemeinen arbeitsrechtlichen Vorschrift, nämlich § 4 Satz 1 KSchG, Argumentationsgeschick zu beweisen. Der vom Bundesarbeitsgericht entschiedene Fall kann daher ohne Weiteres Teil einer Klausur oder einer mündlichen Prüfung sein.

2. Ein Überblick über die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Klageverzichtvereinbarungen findet sich bei MÜLLER, BB 2011, S. 1653 ff. und BAUER/GÜNTHER, NJW 2008, S. 1617 ff. Eine Übersicht über die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in arbeitsrechtlichen Vereinbarungen findet sich bei HROMAKA/MASCHMANN, Arbeitsrecht Band 1, 6. Aufl. 2015, § 5 Rn. 113 ff.

Rechtsanwalt Dr. NIKOLAUS POLZER

► Inhaltsverzeichnis

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Kapitalerhaltung in der GmbH & Co. KG

Urteil vom 09.12.2014 – II ZR 360/13, (NZG 2015, 225 ff.)

a) Bei der GmbH & Co. KG ist eine Zahlung aus dem Vermögen der Kommanditgesellschaft an einen Gesellschafter der Komplementär-GmbH oder einen Kommanditisten eine nach § 30 Abs. 1 GmbHG verbotene Auszahlung, wenn dadurch das Vermögen der GmbH unter die Stammkapitalziffer sinkt oder eine bilanzielle Überschuldung vertieft wird. Wenn der Zahlungsempfänger (auch) Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist, ist es für seine Haftung nach § 30 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich ohne Bedeutung, ob daneben eine natürliche Person als Komplementär unbeschränkt haftet.

b) Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH haftet nach § 43 Abs. 3 GmbHG für nach § 30 Abs. 1 GmbHG verbotene Auszahlungen aus dem Vermögen der Kommanditgesellschaft an einen Gesellschafter der Komplementär-GmbH gegenüber der Kommanditgesellschaft.

(amtliche Leitsätze)

I. Sachverhalt (abgewandelt)

An der A GmbH & Co. KG waren die A GmbH und der vermögenslose E als Komplementäre beteiligt. Geschäftsführer der A GmbH waren u.a. B und der alleinige GmbH-Gesellschafter H. Einzige Kommanditistin der Schuldnerin war die N Holding GmbH & Co. KG. Deren Kommanditisten waren B und H. Geschäftsführer der Komplementär GmbH der N Holding GmbH & Co. KG war ebenfalls B.

H entnahm dem Vermögen der A GmbH & Co. KG mit Kenntnis von B und E im Jahre 2001 1.200.000,00 Euro und im Jahre 2002 1.800.000,00 Euro für private Zwecke.

Diese Entnahmen führten dazu, dass die A GmbH in eine bilanzielle Überschuldung geriet.

Am 1. Mai 2003 wurde über das Vermögen der A GmbH & Co. KG das Insolvenzverfahren eröffnet.

I, der Insolvenzverwalter über das Vermögen der A GmbH & Co. KG, fordert nun von B Zahlung in Höhe der Entnahmen des H im Jahr 2001 und 2002 von insgesamt 3.000.000,00 Euro.

Kann I die Zahlung verlangen?

II. Anspruch B auf Zahlung von 3.000.000,00 Euro

B war sowohl Geschäftsführer der A GmbH, bei der es sich um die Komplementärin der A GmbH & Co. KG handelte, als auch Kommanditist der N Holding GmbH & Co. KG.

Daher kommen Ansprüche gegen B sowohl aus seiner Gesellschafterstellung als auch seiner Geschäftsführerstellung in Betracht.

I ist als Insolvenzverwalter der A GmbH & Co. KG gemäß § 80 Abs. 1 InsO Partei kraft Amtes und somit prozessführungsbefugt, Ansprüche der A GmbH & Co. KG geltend zu machen.

1. Anspruch gegen B aus §§ 172 Abs. 4, 171 HGB

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der A GmbH & Co. KG ist I als Insolvenzverwalter prozessführungsbefugt, die Ansprüche aus §§ 172 Abs. 4, 171 HGB geltend zu machen.

B war allerdings nicht Empfänger der von I beanstandeten Entnahmen. Eine Haftung des B gemäß §§ 172 Abs. 4, 171 Abs. 1 HGB kommt somit bereits aus diesem Grund nicht in Betracht.

2. Anspruch gegen B aus § 43 Abs. 2 GmbHG

Da B außerdem Geschäftsführer der A GmbH war, könnte er sich gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG gegenüber der A GmbH & Co. KG schadensersatzpflichtig gemacht haben,

wenn er seine Pflichten als Geschäftsführer schuldhaft verletzt hat.

a) Pflichtverletzung

B ist gegen die von H getätigten Entnahmen nicht eingeschritten. Sofern für B eine Pflicht bestanden hätte, die Entnahmen des H zu unterbinden, hätte er durch sein Unterlassen gegen diese Pflicht verstoßen.

Eine Pflichtverletzung scheidet allerdings dann aus, wenn ein Geschäftsführer bei einer bestimmten Maßnahme auf Weisung oder mit Einverständnis der Gesellschafter handelt (vgl. i.E. FLEISCHER, in: MünchKomm. GmbHG, 1. Aufl. 2012, § 43, Rn. 275 ff.). Weisung und Einverständnis der Gesellschafter führen grundsätzlich zu einer Enthaltung der Geschäftsführer.

Folglich lehnt der BGH eine Pflichtverletzung des B im Sinne des § 43 Abs. 2 GmbHG ab (BGH NZG 2015, 225, 226):

[15] Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei einen Schadensersatzanspruch der [A GmbH & Co. KG] gegen [B] nach § 43 Abs. 2 GmbHG wegen der Duldung unberechtigter Entnahmen verneint. Ein Handeln des Geschäftsführers einer GmbH im - auch stillschweigenden - Einverständnis mit sämtlichen Gesellschaftern stellt - solange kein Fall des § 43 Abs. 3 GmbHG oder der Existenzvernichtung vorliegt - grundsätzlich keine (haftungsbegründende) Pflichtverletzung i.S.v. § 43 Abs. 2 GmbHG dar (vgl. BGH, Urteil vom 7. April 2003 - II ZR 193/02, ZIP 2003, 945, 946; Urteil vom 28. April 2008 - II ZR 264/06, BGHZ 176, 204 Rn. 39 -

GAMMA). Bei der GmbH & Co. KG kann eine pflichtwidrige haftungsbegründende Handlung im Hinblick auf das für die Haftungserstreckung nach § 43 Abs. 2 GmbHG notwendige Schutzbedürfnis der Kommanditgesellschaft regelmäßig auch dann nicht angenommen werden, wenn sämtliche Gesellschafter der Kommanditgesellschaft als potentiell Geschädigte nach zutreffender Information über den Sachverhalt mit dem Handeln des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH einverstanden waren (BGH, Urteil vom 18. Juni 2013 - II ZR 86/11, BGHZ 197, 304 Rn. 33).

Über die Entnahmen des H fassten die Gesellschafter der A GmbH & Co. KG ausweislich des Sachverhalts jedoch keinen förmlichen Gesellschafterbeschluss. Da Entscheidungen der Gesellschafter üblicherweise in Form von Beschlüssen gefasst werden, ist fraglich, ob ein Einverständnis der Gesellschaft auch stillschweigend erklärt werden kann.

Die h.M. bejaht dies (vgl. FLEISCHER, in: MünchKomm. GmbHG, 1. Aufl. 2012, § 43, Rn. 279 m.w.N.).

Der BGH führt hierzu aus (BGH NZG 2015, 225, 226):

[15] [...] Ein förmlicher Gesellschafterbeschluss ist dazu (für ein Einverständnis; Anm. d. Verf.) nicht erforderlich. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die einzige Kommanditistin, die N Holding GmbH & Co. KG, mit den Auszahlungen einverstanden war, weil [B] als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH dieser Kommanditgesellschaft die Entnahmen kann-

te und sie geduldet hat. Das gleiche gilt für den Komplementär der [A GmbH & Co. KG] [E] und deren Komplementär-GmbH sowie deren Gesellschafter. [...]

Aufgrund des wirksamen Einverständnisses der Gesellschafter der A GmbH & Co. KG mit den Entnahmen des H liegt keine Pflichtverletzung des B gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG vor.

b) Zwischenergebnis

I kann von B keine Zahlung aus § 43 Abs. 2 GmbHG verlangen.

3. Anspruch gegen B aus § 43 Abs. 3 GmbHG

Sofern es sich bei den Entnahmen des H um eine verbotene Einlagenrückgewähr gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG handelte, könnte sich ein Anspruch gegen B aus § 43 Abs. 3 GmbHG ergeben.

a) Haftungsausschluss wegen Einverständnis

Da die Entnahmen des H mit Einverständnis der Gesellschafter der A GmbH & Co. KG erfolgten, ist fraglich, ob ein solches Einverständnis auch zu einem Ausschluss der Haftung des B gemäß § 43 Abs. 3 GmbHG führen könnte.

Da die Vorschriften über die Kapitalerhaltung gemäß §§ 30, 31 GmbHG und die hieran anknüpfende Geschäftsführerhaftung aus § 43 Abs. 3 GmbHG dem Gläubigerschutz dienen, können sich die Geschäftsführer gemäß § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG in Fällen ei-

ner Verletzung des Kapitalerhaltungsgebots zu deren Entlastung nicht auf eine Weisung oder ein Einverständnis der Gesellschafter berufen (vgl. FLEISCHER, in: MünchKomm. GmbHG, 1. Aufl. 2012, § 43, Rn. 277, 280).

B kann sich im Rahmen der Haftung aus § 43 Abs. 3 GmbHG somit nicht auf das stillschweigende Einverständnis der Gesellschafter der A GmbH & Co. KG berufen.

b) Verbotene Auszahlung

Eine Haftung gemäß § 43 Abs. 3 GmbHG setzt voraus, dass entgegen dem Kapitalerhaltungsgebot gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen geleistet wurden.

Das Kapitalerhaltungsgebot gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG gilt unmittelbar nur für die GmbH. Da die Entnahmen des H jedoch aus dem Vermögen der A GmbH & Co. KG und somit der Kommanditgesellschaft erfolgten, greift § 30 Abs. 1 GmbHG an sich nicht ein.

Hierbei ist jedoch zu beachten, dass das Stammkapital einer GmbH als Komplementärin einer Kommanditgesellschaft auch durch Auszahlungen von Vermögen aus der Kommanditgesellschaft beeinträchtigt werden kann.

Eine Komplementär-GmbH haftet gemäß §§ 161 Abs. 2, 128 HGB gegenüber den Gläubigern der Kommanditgesellschaft unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen. Erfüllt die Komplementär-GmbH Verbind-

lichkeiten der Kommanditgesellschaft steht ihr wiederum gemäß §§ 161 Abs. 2, 110 HGB ein Ersatzanspruch gegen die Kommanditgesellschaft zu. Verfügt die Kommanditgesellschaft nicht mehr über ausreichendes Vermögen, um den Ersatzanspruch der Komplementär-GmbH zu erfüllen, kann diese in eine Unterbilanz geraten.

In Bezug auf die vorliegenden Entnahmen des H begründet der BGH das Vorliegen einer Auszahlung wie folgt (BGH NZG 2015, 225):

[8] Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass eine Zahlung aus dem Vermögen der Kommanditgesellschaft an einen Gesellschafter der Komplementär-GmbH oder einen Kommanditisten eine nach § 30 Abs. 1 GmbHG verbotene Auszahlung ist, wenn dadurch das Vermögen der GmbH unter die Stammkapitalziffer sinkt oder eine bilanzielle Überschuldung vertieft wird (BGH, Urteil vom 29. März 1973 - II ZR 25/70, BGHZ 60, 324, 328 f.; Urteil vom 27. September 1976 - II ZR 162/75, BGHZ 67, 171, 175; Urteil vom 29. September 1977 - II ZR 157/76, BGHZ 69, 274, 279; Urteil vom 24. März 1980 - II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 329; Urteil vom 8. Juli 1985 - II ZR 269/84, BGHZ 95, 188, 191; Urteil vom 25. November 1985 - II ZR 93/85, WM 1986, 447, 448; Urteil vom 6. Juli 1998 - II ZR 284/94, ZIP 1998, 1437, 1438; Urteil vom 10. Dezember 2007 - II ZR 180/06, BGHZ 174, 370 Rn. 10). Das ist die Konsequenz daraus, dass die GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin der Kommanditgesellschaft für deren Verbindlichkeiten haftet und entsprechende Passivposten

bilden muss. Andererseits kann sie den gegen die Kommanditgesellschaft gerichteten Freistellungsanspruch aus § 161 Abs. 2, § 110 HGB in ihrer Bilanz aktivieren. Führt eine Leistung der Kommanditgesellschaft an einen Gesellschafter zur Aushöhlung des Vermögens der Kommanditgesellschaft, so ist der Freistellungsanspruch der GmbH nicht mehr durchsetzbar und in der Bilanz nicht aktivierbar, so dass eine Unterbilanz oder Überschuldung entstehen oder vertieft werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 29. März 1973 - II ZR 25/70, BGHZ 60, 324, 329).

Im vorliegenden Fall war neben der A GmbH jedoch auch E persönlich haftender Gesellschafter der A GmbH & Co. KG. Die Anwendung des Kapitalerhaltungsgebots gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG auf die GmbH & Co. KG wird damit begründet, dass bei der GmbH & Co. KG keine natürliche Person unbeschränkt persönlich haftet, sondern lediglich eine Kapitalgesellschaft, die "nur" mit ihrem Gesellschaftsvermögen haftet (vgl. HENZE/NOTZ, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl. 2014, Anh. A, Rn. 243 f.).

Da E ebenfalls Komplementär der A GmbH & Co. KG war, steht dies einer Anwendung der Vorschriften des § 30 GmbHG auf die A GmbH & Co. KG entgegen (so auch die Vorinstanz: OLG Hamm, Urteil vom 4. September 2013 - 8 U 4/13, BeckRS 2014, 23356, Rn. 19, unter Verweis auf BGH NJW 1990, 1725).

Diese Begründung greift nach Auffassung des BGH aber zu kurz:

[10] Zwar hat der Bundesgerichtshof in dem vom Berufungsgericht angeführten Fall (BGH, Urteil vom 19. Februar 1990 - II ZR 268/88, BGHZ 110, 342, 356; ebenso Urteil vom 22. Oktober 1990 - II ZR 238/89, ZIP 1990, 1593, 1595) vorausgesetzt, dass keine natürliche Person unbeschränkt haftet. Dabei bestand jedoch die Besonderheit, dass an einen Kommanditisten ausgezahlt wurde, der nicht auch noch Gesellschafter der GmbH war. Den Nur-Kommanditisten trifft die Haftung für eine Auszahlung durch die Kommanditgesellschaft grundsätzlich nur, wenn keine natürliche haftende Person unbeschränkt haftet. Die Haftung nach § 30 Abs. 1 GmbHG für eine mittelbare Auszahlung aus dem gebundenen Vermögen der GmbH setzt voraus, dass der Zahlungsempfänger für die Ausstattung der Gesellschaft mit haftendem Kapital verantwortlich ist. Das ist bei demjenigen, der (auch) GmbH-Gesellschafter ist, immer der Fall. Es macht keinen Unterschied, ob er eine Leistung zu Lasten des Gesellschaftsvermögens von der GmbH direkt oder auf dem Umweg über die Kommanditgesellschaft erhält. Beim Nur-Kommanditisten kann eine solche Verantwortlichkeit für die Kapitalausstattung auch der GmbH und damit für die verbundene Gesellschaft aber im Regelfall nur angenommen werden, wenn nicht auch eine natürliche Person unbeschränkt haftet, die ansonsten für die Kapitalausstattung der Kommanditgesellschaft zumindest mitverantwortlich wäre.

[11] Die Beteiligung einer natürlichen Person als Komplementär neben der GmbH kann aber aus anderen Gründen Einfluss auf die Haftung haben. Wenn die Kommanditgesellschaft wie

hier einen weiteren Komplementär hat, ist bei der Prüfung, ob bei der GmbH eine Unterbilanz entsteht oder vertieft wird, ein Freistellungsanspruch aus § 426 Abs. 1 BGB gegen den (Mit-)Komplementär zu aktivieren. Zwischen mehreren nach § 128 HGB im Außenverhältnis persönlich haftenden Gesellschaftern besteht ein Gesamtschuldverhältnis, auf das § 426 Abs. 1 BGB Anwendung findet (BGH, Urteil vom 24. September 2013 - II ZR 391/12, ZIP 2013, 2152 Rn. 9 mwN). Ob sich daraus ein Freistellungsanspruch ergibt, hängt von den Haftungsquoten der persönlich haftenden Gesellschafter ab. Die Haftungsquote des einzelnen Gesellschafters folgt dabei den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen bzw. dem Gewinn- und Verlustanteil (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 2013 - II ZR 391/12, ZIP 2013, 2152 Rn. 10). Darüber hinaus kann ein rechtlich bestehender Freistellungsanspruch bei der GmbH nur aktiviert werden, wenn er auch realisierbar ist. [...]

Die Entnahmen des H verstießen somit gegen § 30 Abs. 1 GmbHG, weil diese dazu führten, dass ein etwaiger Ersatzanspruch der A GmbH gegen die A GmbH & Co. KG aus §§ 161 Abs. 2, 110 HGB wertlos war.

c) Haftung des B

Der BGH kommt danach zu folgendem Ergebnis:

[12] [B] haftet gegenüber der Kommanditgesellschaft nach § 43 Abs. 3 GmbHG als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH für nach § 30 Abs. 1 GmbHG verbotene Auszahlungen aus dem Vermögen der Kommanditge-

sellschaft an einen Gesellschafter der Komplementär-GmbH (vgl. BGH, Urteil vom 19. Februar 1990 - II ZR 268/88, BGHZ 110, 342, 353 zum Liquidator).

Der Rückzahlungsanspruch nach § 30 Abs. 1 GmbH steht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Kommanditgesellschaft zu, wenn Zahlungen aus ihrem Vermögen geflossen sind. Wegen der gesellschaftsrechtlichen Bindung an die GmbH & Co. KG könnte die GmbH aus dem Verstoß gegen das Verbot des § 30 GmbHG keinen Vorteil zu Lasten des Vermögens der Kommanditgesellschaft ziehen und deshalb nicht Leistung an sich, sondern nur Rückzahlung in das Vermögen der Kommanditgesellschaft zur Wiederherstellung ihres Stammkapitals verlangen (BGH, Urteil vom 29. März 1973 - II ZR 25/70, BGHZ 60, 324, 330). Aus diesem Grund steht auch der dem Anspruch gegen die Gesellschafter nach §§ 30, 31 GmbHG entsprechende Anspruch gegen den Geschäftsführer nach § 43 Abs. 3 GmbHG der Kommanditgesellschaft zu. Auch insoweit erstreckt sich der Schutzbereich des zwischen der Komplementär-GmbH und ihrem Geschäftsführer bestehenden Organverhältnisses auf die Kommanditgesellschaft (vgl. zu § 43 Abs. 2 GmbHG BGH, Urteil vom 18. Juni 2013 - II ZR 86/11, BGHZ 197, 304 Rn. 15).

[13] Das Einverständnis der Gesellschafter mit den Entnahmen entlastet den Beklagten nicht. Der Beklagte musste als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH unabhängig von Weisungen der Gesellschafter von GmbH oder Kommanditgesellschaft dafür sorgen, dass das

Stammkapital der GmbH nicht angegriffen wurde.

III. Ergebnis

I kann von B somit Zahlung von 3.000.000,00 Euro aus § 43 Abs. 3 GmbHG verlangen.

Hinweise:

Die Kapitalerhaltungsvorschriften gemäß §§ 30, 31 GmbHG spielen in der Praxis eine große Rolle, da für die beteiligten Gesellschafter und Geschäftsführer bei Verstößen erhebliche Haftungsrisiken drohen. Grundlagen sollten daher auch in der Ausbildung bekannt sein. Das Urteil bietet eine gute Möglichkeit, sich mit dem Anwendungsbereich der Kapitalerhaltungsvorschriften auf die GmbH & Co. KG auseinanderzusetzen. Dabei stellt der BGH auch gut die Unterschiede zwischen Auszahlungen an einen Kommanditisten, der nur an der KG beteiligt ist, und an einen Kommanditisten dar, der auch an der Komplementär-GmbH beteiligt ist (zur Vertiefung: GUMMERT, DStR 2015, 761).

Rechtsanwalt STEFFEN FOLLNER

▶ Inhaltsverzeichnis

Auf der Suche nach
besten Perspektiven?



Wir sind eine unabhängige partnerschaftlich strukturierte Rechtsanwalts- und Notarkanzlei mit 60 Berufsträgern in Stuttgart. Unsere Kernkompetenz ist die wirtschaftsrechtliche Beratung von Unternehmen und Unternehmern sowie der öffentlichen Hand. Wir bilden

Referendare (w/m)

in den Anwaltsstationen und der Wahlstation aus.

Von Ihnen erwarten wir ein hervorragendes juristisches Fachwissen, gute Englischkenntnisse, Verständnis für wirtschaftliche Zusammenhänge sowie Team- und Sportsgeist. Im Rahmen einer Nebentätigkeit bieten wir eine attraktive Vergütung.

Möchten Sie in einem Team mitarbeiten, das Ihnen ausgezeichnete Perspektiven bietet? Dann sind Sie bei uns richtig. Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung an Frau Sandra Vollmann. Menold Bezler Rechtsanwälte, Rheinstraße 3, 70469 Stuttgart, Telefon +49 711 86040-00, Sandra.Vollmann@menoldbezler.de, www.menoldbezler.de

MENOLD BEZLER
RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt

RECHTSPRECHUNG STRAFRECHT

Oberlandesgericht Celle

**„Haltet den Dieb!“ – zum
Tatbegriff des § 127 Abs. 1
S. 1 StPO**

Urteil vom 26.11.2014 – 32 Ss 176/14

1. Zur Ausübung des Festnahmerechts nach § 127 Abs. 1 StPO muss gegen einen Verdächtigen mindestens ein starker Tatverdacht im Sinne eines dringenden Tatverdachts vorliegen.

2. Ein leichter Verdacht rechtfertigt die Festnahme nicht. In einem solchen Fall darf der Verdächtige sein Notwehrrecht ausüben.

(amtliche Leitsätze)

A. Sachverhalt

Der spätere Angeklagte A. hielt sich mehrere Minuten lang vor der Eingangstür eines Supermarktes auf „und ging dort mehrfach auf und ab. Was er genau dort tat, konnte nicht aufgeklärt werden. Ein unbekannter Täter nahm im Geschäft zwei Fernsehbildschirme im Wert von jeweils 199,- EUR an sich und strebte damit auf die Eingangstür zu, in deren unmittelbarer Nähe sich der Angeklagte [A.] aufhielt. Die Eingangstür, die lediglich durch eine von außen auslösende Lichtschranke zu öffnen ist, öffnete sich aus ungeklärtem Grund

und der unbekannte Täter verließ durch sie mit den beiden Fernsehgeräten den Supermarkt. Eine Kassiererin, die Zeugin K., bemerkte dies und rief den Kunden zu: „Da haut gerade einer ab.“, deutete dann auf den Angeklagten, der ihr bereits während seines mehrminütigen Aufenthalts vor der Tür aufgefallen war, und rief: „Der gehört auch dazu.“ Eine an der Kasse anstehende Kundin, die Zeugin und spätere Geschädigte B., nahm dies zum Anlass, dem Angeklagten nachzueilen. Da der Angeklagte Anstalten traf, den Laden durch den Ausgangsbereich wieder zu verlassen, packte sie ihn zunächst hinten an der Jacke. Als er sich anschickte, sich ihrem Griff zu entziehen und in Richtung der Fahrradständer ging, kamen noch eine zweite Kassiererin und weitere Kunden hinzu. Der Angeklagte schrie die anwesenden Personen an und strebte weiter in Richtung des Fahrradständers. Er schrie, die Zeugin B. solle ihn loslassen. Dennoch packte sie den Angeklagten, den sie für einen Komplizen des Ladendiebs hielt, links am Arm bzw. Oberarm. Der Angeklagte drückte die Zeugin zunächst von sich weg. Da sie ihn weiter festhielt, schlug er schließlich um sich, wodurch er die Zeugin, die ihn zu diesem Zeitpunkt bereits fest im Griff hatte, zwei- bis dreimal traf. Vor den Schlägen sagte er noch zu ihr: „Loslassen! Ich habe nichts damit zu tun.“ sowie „Loslassen, sonst passiert was!“. Die Zeugin B. verspürte in dieser Situation keine Schmerzen, bemerkte zuhause jedoch blaue Flecken an einem Oberarm, die sie jedoch nicht für behandlungsbedürftig hielt. Bleibende Schäden hat sie nicht erlitten“.

Hat sich A. strafbar gemacht? Strafantrag ist gestellt.

B. Prozessgeschichte und Entscheidung:

Das Amtsgericht verurteilte A. wegen vorsätzlicher Körperverletzung in Tateinheit mit versuchter Nötigung zu einer Freiheitsstrafe von vier Monaten. Auf seine Berufung hin hob das Landgericht das amtsgerichtliche Urteil auf und sprach den Angeklagten insgesamt frei. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Staatsanwaltschaft. Diese hatte in der Sache vor dem Senat keinen Erfolg.

C. Entscheidung und Hinweise:

Bei der Frage nach der **Strafbarkeit A.s gemäß § 223 Abs. 1 StGB** durch das Umschlagen befindet sich das Problem des Falls auf der Ebene der **Rechtswidrigkeit**. A.s Handeln kann durch Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt sein. Hierfür muss er sich in einer (a)) *Notwehrlage* befunden haben, was einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff der B. auf notwehrfähige Rechtsgüter des A. voraussetzt. Problematisch ist, ob der im Festhalten liegende, gegenwärtige, weil soeben stattfindende, Angriff der B. auf die Fortbewegungsfreiheit des A. *rechtswidrig* war. Das setzt voraus, dass er objektiv die Rechtsordnung verletzte und nicht durch einen Erlaubnissatz (Rechtfertigungsgrund) gedeckt war. Notwendig ist also die (inzident) Prüfung, ob B. ihrerseits gerechtfertigt handelte (Schlagwort: keine Notwehr gegen gerechtfertigtes Handeln):

B.s Handeln kann einzig nach **§ 127 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StPO** gerechtfertigt sein. Dafür muss A. „auf frischer Tat betroffen“ sein. Die Auslegung des **Tatbegriffs** des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO ist fraglich (ausf. etwa WAGNER, ZJS 2011, 465 (468 ff.); SATZGER, JURA 2009, 107 (109 f.)).

Dazu der Senat: „*Es ist umstritten, ob das Festnahmerecht nach § 127 Abs. 1 StPO eine tatsächlich vom Festgehaltenen begangene Tat voraussetzt (so KG Berlin, VRS 45, 35; OLG Hamm NJW 1972, 1826; NJW 1977, 590, 591; Meyer-Gofßner/Schmitt § 127 Rn. 4) oder ob es bereits ausreicht, dass die erkennbaren äußeren Umstände nach der Lebenserfahrung ohne vernünftigen Zweifel den Schluss auf eine rechtswidrige Tat zulassen (so BGH, 6. Zivilsenat, NJW 1981, 745 ff.; BayObLG MDR 1986, 956 f.; OLG Stuttgart Justiz 1990, 372; OLG Koblenz VR 2009, 32; OLG Zweibrücken NJW 1981, 2016; OLG Hamm, NStZ 1998, 370; KK-Schultheis, § 127 Rn. 9)*“.

((1)) „Für die erstgenannte Auffassung [sog. materiell-rechtliche Theorie] sprechen der Wortlaut der Vorschrift und die rechtspolitische Überlegung, dass einem Unschuldigen das Notwehrrecht gegen freiheitsbeschränkende Angriffe von Privatpersonen zustehen muss“.

Da sowohl die Strafkammer als auch „zuvor das Amtsgericht die vorgeworfene Beteiligung des Angeklagten [A.] an dem Diebstahl der Fernseher als nicht erwiesen erachtet“ haben, war A. hier nicht „auf frischer Tat betroffen“ („oder verfolgt“). „Danach hätte der Angeklag-

te [A.] hier sein Notwehrrecht behalten und wäre deshalb wegen der Verletzungen der Zeugin [... B.] gerechtfertigt“.

((2)) Die zweitgenannte Auffassung (sog. prozessualen Theorie) führt die Stellung des § 127 StPO gerade in der StPO und nicht im StGB an. Strafprozessuale Ermittlungshandlungen setzten stets nur einen entsprechenden Tatverdacht und keine objektive Täterschaft voraus, die – wenn überhaupt – am Ende des Prozesses festgestellt würde. Zudem werde die Befugnis des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO bei einer Risikoverteilung zu Lasten des Festnehmenden entgegen der Intension des historischen Gesetzgebers ausgehöhlt (vgl. dazu SICKOR, JuS 2012, 1074 (1076)).

Selbst wenn man mit dieser Betrachtungsweise meint, „schon ein dringender Tatverdacht reiche aus, um eine andere Person festhalten zu dürfen, wäre das Notwehrrecht des Angeklagten [A.] nicht entfallen, denn ein dringender Tatverdacht der Beihilfe zum Diebstahl lag gegen ihn nicht vor“. Dringender Tatverdacht erfordert, dass (zum gegenwärtigen Ermittlungsstand) eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Beschuldigte als Täter oder Teilnehmer rechtswidrig und schuldhaft eine Straftat begangen hat. Der Verdacht gegen A. „war allein durch einen Ausruf der Zeugin K. an der Kasse des Ladengeschäftes entstanden, die lediglich auf Grund des auffälligen Aufenthalts des Angeklagten im Eingangsbereich auf seine Beteiligung geschlossen hatte, ohne dass die Zeugin

B. selbst Beobachtungen gemacht hatte, die den Angeklagten belasteten.

[...] Damit kommt es im Ergebnis nicht darauf an, welcher Auslegung des Merkmals der „Tat“ i.S.d. § 127 Abs. 1 StPO man beipflichtet. Nach beiden Auffassungen bestand keine Berechtigung der Zeugin B., den Angeklagten festzuhalten“.

Anmerkung:

Der Senat weist noch auf folgendes hin: „Es kommt auch nicht darauf an, welche Vorstellungen sich die Zeugin B. über ein Festnahmerecht machte, sondern ob nach den objektiven Umständen bei einer Betrachtung ex ante [jedenfalls] ein dringender Tatverdacht vorlag. Den Vorstellungen der Zeugin B. wäre nur dann nachzugehen gewesen, wenn ihr Verhalten strafrechtlich zu überprüfen gewesen wäre“. Dann wäre in einer Klausur weiter zu prüfen, ob sich B. in einem Erlaubnistatbestandsirrtum (ausf. dazu BGH, Beschl. v. 02.11.2011 - 2 StR 375/11 = JSE 3/2012, 101 ff. (ERNST); ERNST/DOERBECK, JSE 2/2013, 169 (177 ff.)) befand.

Zu ergänzen bleibt hier noch, dass es auf B.s Vorstellungen auch dann angekommen wäre, wenn (je nach Betrachtungsweise) eine von A. begangene Tat bzw. ein diesbezüglicher dringender Tatverdacht gegeben gewesen wäre. Denn dann wäre für ihre Rechtfertigung noch das Vorliegen des subjektiven Rechtfertigungselements notwendig (vgl. zu diesem BGH, Urteil vom 25.04.2013 - 4 StR 551/12 = JSE 1/2014, 87 ff., 92 ff. (ERNST) mit den entsprechenden Hinweisen).

Zu notieren bleibt also, dass A. nicht „auf frischer Tat betroffen“ war, daher eine Rechtfertigung des Handelns der B. nach § 127 Abs. 1 StPO entfällt, mithin ein rechts-

widriger Angriff der B. auf A. und somit auch eine Notwehrlage (für A.) vorlag.

(b)) Die Notwehrhandlung A.s richtete sich gegen Angreiferin B.

(c)) A. muss die Grenzen der Notwehr beachtet haben.

(aa)) Zur Erforderlichkeit führt der Senat aus: *„Soweit die Revision noch rügt, der Angeklagte hätte andere, mildere Mittel zu seiner Verteidigung wählen müssen, bleibt sie die Begründung schuldig, was dies noch hätte sein sollen. Nach den Feststellungen des Urteils versuchte der Angeklagte sich zunächst durch Worte und Anschreien zu befreien, dann versuchte er die Zeugin wegzudrücken, sich loszureißen und schlug sie erst, nachdem dies keinen Erfolg hatte. Es ist nicht erkennbar, welches mildere Mittel er sonst noch hätte wählen können, um sich zu befreien“.*

(bb)) Der Senat weiter zur Gebotenheit: *„Da er sich dabei abgestuft und äußerst moderat gegen das objektiv rechtswidrige Verhalten der Geschädigten zur Wehr setzte, besteht insbesondere auch kein unerträgliches Missverhältnis zwischen dem angegriffenen Rechtsgut und der Verteidigungshandlung, welches die Gebotenheit der Notwehr ausnahmsweise entfallen und dem Angeklagten die Duldung seiner Festnahme zumutbar erscheinen lassen könnte“.*

Die Notwehrgrenzen sind also gewahrt.

(d)) Auch das subjektive Rechtfertigungselements, also A.s Kenntnis der rechtfertigenden objektiven Umstände und ein Handeln mit Verteidigungswille, ist gegeben.

(e)) Der Senat gelangt zu dem Ergebnis: *„Nach allem war er [A.] durch Notwehr gerechtfertigt, § 32 StGB“.* Die Rechtswidrigkeit entfällt. A. ist nicht gemäß § 223 Abs. 1 StGB strafbar.

Identisches gilt im Hinblick auf eine (noch vom Amtsgericht bejahte) versuchte Nötigung der B.

Vorliegender Sachverhalt mag Inspirationsquelle für Klausurersteller sein. Die Auslegung des Tatbegriffs des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO (auch zu weiteren interessanten Aspekten der Vorschrift vertiefend SATZGER, JURA 2009, 107 ff.; SICKOR, JuS 2012, 1074 ff.; WAGNER, ZJS 2011, 465 ff.) und der (je nach Aufgabenstellung und Fallgestaltung) im Anschluss zu prüfende Erlaubnistatbestandsirrtum sind absolute Klassiker.

Richter GUIDO PHILIPP ERNST

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Verwaltungsgerichtshof Mannheim

Auch Plansätze mit Regel-Ausnahme-Struktur können Ziele der Raumordnung sein

Urteil vom 05.03.2014 – 8 S 808/12

1. Plansatz 3.1.9 (Z) S. 1 des Landesentwicklungsplans 2002 Baden-Württemberg (Verordnung der Landesregierung vom 23.07.2002, Gesetzblatt S. 301) – LEP 2002, wonach die Siedlungsentwicklung vorrangig am Bestand auszurichten ist, ist ein Ziel der Raumordnung i.S.d. § 1 Abs. 4 BauGB.

2. Der einschränkende Zusatz „vorrangig“ im Plansatz 3.1.9 (Z) S. 1 LEP 2002 zwingt nicht zu der Auslegung, dass er den nachfolgenden Planungsstufen eine Abwägung mit gegenläufigen Belangen eröffnet. Es handelt sich vielmehr um ein Ziel mit Regel-Ausnahme-Struktur.

(Amtliche Leitsätze)

I. Sachverhalt

(1) Im Berufungsverfahren vor dem VGH Mannheim (Vorinstanz: VG Sigmaringen, U. v. 30.11.2011 - 4 K 637/10) ging es um die Frage, ob die Klägerin, eine baden-württembergische Gemeinde, einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung der Änderung ihres Flächennutzungsplans gemäß § 6 Abs. 1 BauGB hat. Gemäß § 1 Abs. 8 BauGB bedarf auch die Änderung eines Flächennutzungsplans der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde. Die Genehmigung wurde vom Landratsamt verweigert. Das Regierungspräsidium half im Rahmen des Widerspruchsverfahrens nicht ab. Hiergegen wandte sich die Klägerin sodann mit der Verpflichtungsklage und unterlag in erster Instanz.

(2) Gegenstand der Änderung des Flächennutzungsplans ist die Darstellung einer knapp 28 ha großen gewerblichen Baufläche auf einer landwirtschaftlich genutzten und bisher nicht qualifiziert überplanten Fläche. Das Plangebiet liegt unstrittig außerhalb des Siedlungszusammenhangs. Der Standort wurde aufgrund einer Studie ermittelt, die feststellte, dass dieser Standort von neun geprüften Standorten der am besten geeignete sei.

(3) Das Landratsamt lehnte den Antrag gemäß § 6 Abs. 2 BauGB mit der Begründung ab, der Flächennutzungsplan sei nicht erforderlich i.S.d. § 1 Abs. 3 BauGB, da ein Verstoß gegen das Natura 2000-Gebiet vorliege. Im Übrigen fehle es an einem schlüssigen städ-

tebaulichen Konzept, da kein Bedarf an zusätzlichen Gewerbeflächen bestehe, Industrie aber in dem Plangebiet kaum angesiedelt werde. Im Widerspruchsverfahren führte das sodann zuständige Regierungspräsidium aus, dass zusätzlich zu den vom Landratsamt genannten Argumenten, auch ein Verstoß gegen § 1 Abs. 4 BauGB vorliege, da das Ziel der Raumordnung in Plansatz 3.1.9 (Z) LEP 2002 missachtet worden sei.

Plansatz 3.1.9 des maßgeblichen Landesentwicklungsplans 2002 (im Folgenden: LEP 2002) bestimmt:

„Die Siedlungsentwicklung ist vorrangig am Bestand auszurichten. Dazu sind die Möglichkeiten der Verdichtung und Arrondierung zu nutzen, Baulücken und Baulandreserven zu berücksichtigen sowie Brach-, Konversions- und Altlastenflächen neuen Nutzungen zuzuführen. Die Inanspruchnahme von Böden mit besonderer Bedeutung für den Naturhaushalt und Landwirtschaft ist auf das Unvermeidbare zu beschränken.“

Eine Anpassung an die Ziele der Raumordnung liege nicht vor, insbesondere, weil die Darstellung einer gewerblichen Fläche ohne Anbindung an den bestehenden Siedlungsbereich nicht in Betracht komme. Zwar sehe Plansatz 3.1.9 (Z) LEP 2002 lediglich vor, dass die Siedlungsentwicklung „vorrangig“ am Bestand auszurichten sei. Die Darstellung einer gewerblichen Fläche außerhalb des Siedlungszusammenhangs weiche aber gleichwohl von den planerischen Leitvorstellungen ab, die jedenfalls im Rahmen der Ab-

wägung mit entsprechendem Gewicht einzustellen seien. Dieses Gewicht habe die Gemeinde im Rahmen der Abwägung aber verkannt.

(4) Die Gemeinde vertritt die Rechtsauffassung, ein Verstoß gegen § 1 Abs. 4 BauGB i.V.m. Plansatz 3.1.9 (Z) des LEP 2002 komme schon deswegen nicht in Betracht, weil der Plansatz kein Ziel der Raumordnung, sondern nur ein Grundsatz der Raumordnung sei. Unter anderem hierauf stützt die Gemeinde die Klage bzw. ihre Berufung.

II. Die Entscheidung des VGH Mannheim

Der Verwaltungsgerichtshof wies die Berufung zurück. Er stellte fest, dass Plansatz 3.1.9 (Z) LEP 2002 ein Ziel der Raumordnung mit Regel-Ausnahme-Struktur sei. Die Voraussetzungen einer Ausnahme lägen nicht vor. Die Genehmigung gemäß § 6 Abs. 1 BauGB sei daher zu Recht nicht erteilt worden. Eine Verletzung der kommunalen Planungshoheit scheide aus.

1. Zielcharakter von landesplanerischen Aussagen mit Regel-Ausnahme-Struktur

Die Entscheidung des VGH Mannheim führt die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Zielcharakter von Plansätzen, die eine Regel-Ausnahme-Struktur aufweisen, konsequent fort. Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits mehrfach entschieden, dass auch landesplanerische Aussagen, die eine Regel-Ausnahme-Struktur aufweisen, die Merkmale eines Zieles der Raumord-

nung erfüllen können, wenn neben den Regel- auch die Ausnahmevoraussetzungen mit hinreichender Bestimmtheit oder zumindest Bestimmbarkeit festgelegt sind (vgl. z.B. BVerwG, NVwZ 2004, 226). Dies entspricht auch der herrschenden Auffassung in der Literatur (vgl. z.B. BATTIS in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 1 BauGB, Rn. 39).

2. Plansatz 3.1.9 (Z) als Ziel der Raumordnung

Mit dem VGH Mannheim ist davon auszugehen, dass Plansatz 3.1.9 (Z) LEP 2002 ein Ziel der Raumordnung ist. Ziele der Raumordnung sind gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbar, vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogenen textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherheit des Raumes. Sie binden die Adressaten, d.h. auch die Träger der Bauleitplanung, dergestalt, dass diese sich nicht im Wege der Abwägung über die Ziele der Raumordnung hinwegsetzen dürfen (vgl. auch BVerwGE 90, 329). Sie sind, was auch der VGH Mannheim feststellt, keiner weiteren Abwägung auf einer nachfolgenden Planungsstufe zugänglich (vgl. BVerwGE 138, 301). Davon ausgehend, das auch Plansätze, die eine Regel-Ausnahme-Struktur aufweisen, ein Ziel der Raumordnung sein können (dazu (1)), stellte sich für den Verwaltungsgerichtshof die Frage, ob der Einordnung des

Plansatzes 3.1.9 (Z) LEP 2002 als ein solches Ziel entgegensteht, dass ein einschränkender Zusatz verwendet wurde. So ist gemäß Plansatz 3.1.9 (Z) LEP 2002 die Siedlungsentwicklung „vorrangig“ am Bestand auszurichten. Mit dem Verwaltungsgerichtshof ist aber davon auszugehen, dass dieser Zusatz nicht zu der Auslegung zwingt, es handele sich lediglich um einen Grundsatz der Raumordnung. Für die Annahme eines Zieles spricht mit dem VGH bereits, dass der Plansatz als Ziel gekennzeichnet („Z“) ist. Dies indiziert die Zieleigenschaft. Im Übrigen bringt der Plansatz mit der Verwendung des Begriffs „vorrangig“ lediglich zum Ausdruck, dass das Ziel nicht ausnahmslos gelten soll, sondern Ausnahmeentscheidungen möglich sein sollen. Auch insofern hat das Bundesverwaltungsgericht - wie gezeigt - bereits entschieden, dass ein Ziel der Raumordnung vorliegt, wenn der Ausnahmefall hinreichend konkret beschrieben ist. Das ist der Fall, wenn sich im Wege der Auslegung ermitteln lässt, auf welchen atypischen Fall die Ausnahmeregelung anzuwenden ist (vgl. BVerwGE 138, 301). Plansatz 3.1.9 (Z) LEP 2002 ist entsprechend konkret gefasst. Er regelt in S. 2, dass zur Zielerreichung die Möglichkeiten der Verdichtung und Arrondierung zu nutzen, Baulücken und Baulandreserven zu berücksichtigen sowie Brach-, Konversions- und Altlastenflächen neuen Nutzungen zuzuführen sind. Damit wird deutlich gemacht, dass eine Ausnahme dann in Betracht kommt, wenn keine dieser Möglichkeiten realisiert werden kann und die Zielbeachtung unmöglich ist. Der VGH führt weiter aus:

„Gibt es im konkreten Fall keine dieser Möglichkeiten einer bestandsnahen Siedlungsentwicklung, ist die Zielbeachtung unmöglich und ist damit zugleich eine hinreichend klar umschriebene Ausnahme eröffnet.“

Dies vorausgeschickt, war im vorliegenden Fall entscheidend, ob eine Ausnahme wegen der Unmöglichkeit bestandsnaher Siedlungsentwicklung vorlag. Dies war angesichts der im Prozess vorgelegten Standortalternativen-Prüfungen jedoch nicht der Fall, da diese nicht zum Ergebnis kamen, dass eine zielkonforme, gewerbliche Siedlungsentwicklung nicht möglich ist. Der VGH führte aus:

„Die Darstellung einer gewerblichen Baufläche für das interkommunale Gewerbegebiet in der 2. Änderung des Flächennutzungsplans ist nicht an das Ziel der Raumordnung im Plansatz 3.1.9 Z LEP 2002 angepasst. Denn sie liegt - das ist zwischen den Beteiligten unstrittig - abseits bestehender Siedlungen im bisher landwirtschaftlich genutzten Außenbereich. Eine Ausnahme wegen Unmöglichkeit bestandsnaher Siedlungsentwicklung liegt nicht vor. Sowohl die im Planaufstellungsverfahren wie die im erstinstanzlichen Verfahren vorgelegten Standortalternativen-Prüfungen, die im Rahmen des Zielabweichungsverfahrens in Bezug auf das Ziel 3.3.5 Z des Regionalplans Bodensee-Oberschwaben von 1996 zugesagte Flächenkompensation von insgesamt rund 40 ha wie auch die im erstinstanzlichen Verfahren von der Klägerin vorgelegte Flächenbilanz zeigen, dass eine zielkonforme gewerbliche Siedlungsentwicklung als solche nicht unmög-

lich war. Beispielhaft zu nennen ist aus dem Standortalternativen-Gutachten von 2006 der Alternativstandort Ziegelbach. Der Vortrag der Klägerin, dass es „kaum möglich“ sei, unter Berücksichtigung des Trennungsgrundsatzes gewerbliche Bauflächen von der mit dem OGI geplanten Art auszuweisen, genügt nicht für die Bejahung der Ausnahme. Unter diesen Umständen stellt sich vielmehr die Frage, ob eine Ansiedlung dieser Art und Größe in der konkreten Planungssituation unter raumordnerischen Gesichtspunkten vertretbar ist und die Grundzüge der Planung nicht berührt, so dass eine Zielabweichung möglich ist.“

Ein Verstoß gegen die zwingende Regelung des § 1 Abs. 4 BauGB, wonach Bauleitpläne den Zielen der Raumordnung anzupassen sind, lag daher aus Sicht des VGH Mannheim vor.

3. Kein Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 GG / Art. 71 Abs. 1 LVerf BW

Der VGH Mannheim führt weiter aus, dass auch ein Verstoß gegen die von der Verfassungsgarantie geschützte gemeindliche Planungshoheit nicht vorliegt:

„Der Plansatz 3.1.9 Z LEP 2002 verstößt als Ziel im materiellen Sinne auch nicht gegen die Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung gemäß Art. 28 Abs 2 GG, Art. 71 Abs. 1 der Landesverfassung. Die von der Verfassungsgarantie geschützte gemeindliche Planungshoheit steht der gemeindlichen Bindung an Ziele der Raumordnung und Landesplanung nicht prinzipiell entgegen (...). Das Grundgesetz wie

auch die Landesverfassung gewähren die kommunale Selbstverwaltung nur, soweit die Gesetze nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen. Beschränkungen auf gesetzlicher Grundlage müssen allerdings ihrerseits durch überörtliche Interessen von höherem Gewicht gerechtfertigt sein. Der allgemeine verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zu beachten und es ist eine Güterabwägung vorzunehmen (...).

Das Raumordnungsgesetz sieht in § 2 Abs. 2 Nr. 2 ausdrücklich als Grundsatz der Raumordnung vor, dass die Flächeninanspruchnahme im Freiraum zu begrenzen ist. Dieser Grundsatz wird im Plansatz 3.1.9 Z LEP 2002 konkretisiert. Der Freiraumschutz ist zwar hinsichtlich der jeweiligen Möglichkeiten seiner Verwirklichung von örtlichen Gegebenheiten abhängig, nicht aber hinsichtlich der Zielvorgabe als solcher. Mit ihm werden gewichtige Belange der Siedlungsstruktur, des Bodenschutzes, des Umwelt-, Natur- und Landschaftsschutzes verfolgt. Die zielförmige landesplanerische Vorgabe, die Siedlungsentwicklung am Bestand auszurichten, ist ein geeignetes Mittel des Freiraumschutzes, wie der zu entscheidende Fall deutlich zeigt. Dieses Mittel ist auch erforderlich. Als Grundsatz ausgestaltet, wäre ein entsprechender Planungssatz der Abwägung zugänglich und damit in seiner Durchsetzungskraft erheblich geschwächt. Eine unverhältnismäßige Einschränkung der gemeindlichen Planungshoheit durch die zielförmige Vorgabe einer bestandsnahen Siedlungsentwicklung ist nicht feststellbar. Das Ziel lässt den nachfolgenden Planungsstufen

und insbesondere den Gemeinden erheblichen eigenen Planungsspielraum sowohl hinsichtlich der räumlichen wie auch hinsichtlich der inhaltlichen Umsetzung. Ein solcher Spielraum bliebe selbst bei einer ausnahmslosen Zielformulierung ohne den Zusatz „vorrangig“. Durch die Eröffnung der Ausnahme insbesondere im Falle des Fehlens sämtlicher Möglichkeiten und Mittel einer siedlungsnahen Entwicklung wird der gemeindlichen Planungshoheit zusätzlich Raum gegeben. Zudem trägt die Möglichkeit der Zielabweichung gemäß § 6 Absatz 2 ROG Härtefällen und damit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung (...).“

4. Bewertung

Die Entscheidung des VGH Mannheim befindet sich auf einer Linie mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Zielen der Raumordnung mit Regel-Ausnahme-Struktur. Sie macht deutlich, dass eine Auslegung der jeweiligen Plansätze erfolgen muss, damit festgestellt werden kann, ob ein Ziel der Raumordnung vorliegt. Nicht ausreichend für die Feststellung, dass ein Ziel der Raumordnung vorliegt, ist die Bezeichnung des Plansatzes durch den Plangeber als Ziel der Raumordnung. Die Verwendung des „Z“ hinter dem Plansatz indiziert den Zielcharakter lediglich. Sie macht eine Auslegung des gesamten Plansatzes aber nicht entbehrlich.

Prüfungsrelevanz

Mag der Fall auch einen etwas „exotischen Aufhänger“ haben, weil er im Bereich der Landes- und Regionalplanung spielt, so kommt er doch auf ganz grundlegende Fragen zu sprechen. Diese betreffen einerseits das Bauplanungsrecht, da es um die Genehmigung eines Flächennutzungsplans gemäß § 6 Abs. 1 BauGB geht und andererseits die grundlegenden juristischen Methoden, da es um die Auslegung eines Rechtssatzes geht. Der Landesentwicklungsplan 2002 Baden-Württemberg ist eine Rechtsverordnung der Landesregierung, so dass Plansatz 3.1.9 (Z) LEP 2002 ein Rechtssatz ist, der mit dem Kanon der klassischen Auslegungsmethoden inhaltlich näher definiert werden kann. Im Rahmen einer Prüfung des § 1 Abs. 4 BauGB könnte daher ohne weiteres auch die Beurteilung eines Plansatzes abgeprüft werden. Des Weiteren hat der Fall auch eine verfassungsrechtliche Dimension, wenn es um die Frage geht, ob Einschränkungen der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aufgrund des Landesplanungsgesetzes verfassungskonform sind. Derartige Fragestellungen tauchen z.B. auch im Zusammenhang mit der Regelung von Einzelhandelsagglomerationen auf (vgl. dazu BVerwG, NVwZ 2012, 315).

Rechtsanwalt Dr. JAN KNÖBL

Kanzlei Thümmel, Schütze & Partner, Stuttgart

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Verwaltungsgerichtshof Mannheim

Überlassung einer kommunalen Einrichtung für Bundesparteitagsveranstaltung der NPD

Beschluss vom 16.10.2014 - 1 S 1855/14¹

1. Hält sich eine geplante Veranstaltung (hier: Bundesparteitag der NPD) in einer öffentlichen Einrichtung im Rahmen des in einer Benutzungsordnung ausdrücklich bestimmten Widmungszwecks, so kann eine Beschränkung des Widmungszwecks nicht daraus abgeleitet werden, dass in der betreffenden Einrichtung noch keine vergleichbaren nichtöffentlichen Parteiveranstaltungen stattgefunden haben.

2. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung nach dem Prioritätsprinzip erfolgt.

(Amtliche Leitsätze)

3. Für die nach dem Prioritätsprinzip maßgebliche Reihenfolge genügt es, wenn eine öffentliche Einrichtung nach einer gängigen Verwaltungspraxis einem

Veranstalter verbindlich zugesagt wurde, obwohl die Benutzungsordnung der öffentlichen Einrichtung eine verbindliche Überlassung erst mit Abschluss eines schriftlichen Mietvertrags vorsieht.

(Leitsatz der Bearbeiterin)

I. Sachverhalt

1. Ausgangsverfahren

Dem Beschluss liegt im Ausgangsverfahren ein Antrag der NPD auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 I VwGO zu Grunde. Dieses Verfahren basiert wiederum auf einem Antrag der NPD vom 13.02.2014 an die Stadt Weinheim, ihr den Großen Saal der Stadthalle für ihren Bundesparteitag vom 01.11.2014 bis zum 02.11.2014, hilfsweise vom 08.11.2014 bis zum 09.11.2014, weiter hilfsweise vom 22.11.2014 bis zum 23.11.2014, höchst hilfsweise vom 29.11.2014 bis zum 30.11.2014 zu überlassen. Dies lehnte die Stadt Weinheim insbesondere ab, weil die Halle an den von der NPD begehrten Daten bereits belegt sei. Das VG Karlsruhe lehnte den Erlass einer einstweiligen Anordnung ab. Der Antrag sei unbegründet, da es jedenfalls am Anordnungsanspruch fehle. Die geplante Veranstaltung der NPD halte sich zwar im Rahmen des Widmungszwecks, allerdings hätte die NPD nicht glaubhaft gemacht, dass auf Grund einer Selbstbindung der Verwaltung ein Anspruch auf Zugang zur Stadthalle bestehe. Zwar habe die NPD die Halle zuvor mehrfach für politische Veranstaltungen genutzt. Dabei habe es sich aber um Wahlkampfveranstaltungen gehandelt.

¹ Ausgangsverfahren: Verwaltungsgericht Karlsruhe, Beschluss vom 10.09.2014 - 6 K 1670/14

staltungen gehandelt, die nicht mit der Abhaltung eines Bundesparteitages vergleichbar seien. Auch bestünden Zweifel am Vorliegen eines Anordnungsgrundes. Da hier mit der begehrten einstweiligen Anordnung die Hauptsache zwangsläufig vorweggenommen werde, müsse die einstweilige Anordnung zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes notwendig sein, um schwerwiegende, für die NPD unzumutbare Nachteile zu verhindern. Es sei nicht zwingend erforderlich, dass die NPD zu den gewünschten Terminen im November 2014 einen Bundesparteitag abhalte. Sie sei gem. § 9 I 3 PartG und gem. § 19 lit. a S. 3 ihrer Satzung verpflichtet, in jedem zweiten Kalenderjahr einen Bundesparteitag abzuhalten. Der letzte fand am 20./21.04.2013 statt, so dass ein Bundesparteitag 2014 nicht zwingend erforderlich sei. Dagegen wendet sich die Beschwerde der NPD zum VGH Mannheim.

2. Einwendungen der Beschwerdeführerin

Die NPD wendet ein, ein Anordnungsgrund liege vor, da der Rücktritt des Parteivorsitzenden im April 2013 eine unverzügliche Neuwahl eines Vorsitzenden im Rahmen eines Bundesparteitages erforderlich mache. Auch sei ein Anordnungsanspruch gegeben, da sich die geplante Veranstaltung im Rahmen des Widmungszwecks halte und eine Belegung der Halle zu den fraglichen Terminen nicht glaubhaft gemacht sei. Im Zuge dessen hat die Stadt auf gerichtlichen Hinweis Nachweise für die Belegung der Halle

bzw. Sperrzeiten vorgelegt. Am 01.11.2014 sei die Stadthalle laut Verfügung des Amtes für Immobilienwirtschaft vom 12.12.2013 wegen des gesetzlichen Feiertages Allerheiligen geschlossen. Die übrigen Termine seien durch andere Veranstaltungen bereits belegt, die vor dem Antrag der NPD verbindlich angemeldet gewesen seien.

II. Die Entscheidung des VGH Mannheim

Im Ergebnis bestätigt der VGH Mannheim die Ausgangsentscheidung des VG Karlsruhe, allerdings mit einer anderen Begründung. Der VGH hatte hier über eine Beschwerde zu entscheiden, die weder im ersten noch im zweiten Staatsexamen zum Prüfungsstoff gehört. Daher bezieht sich die nachfolgende Darstellung auf das Ausgangsverfahren des VG Karlsruhe unter Berücksichtigung der Entscheidung des VGH.

1. Zur Zulässigkeit eines Antrags gem. § 123 I VwGO

Anträge im einstweiligen Rechtsschutz bereiten Studenten immer wieder Schwierigkeiten. Gerade auch deshalb sind sie ein beliebtes Klausurthema. Ein Antrag nach § 123 I VwGO war hier statthaft. Das VG Karlsruhe hat das nicht näher ausgeführt.

Anmerkung:

In einer Klausur im Rahmen des Studiums bzw. des Ersten Staatsexamens wären Ausführungen zur statthaften Antragsart erforderlich. Sie richtet sich nach dem Begehren des Antragsstellers gem. § 88 VwGO. Hier ging es um einstweiligen Rechtsschutz. Die unterschiedlichen Formen einstweiligen Rechtsschutzes sind gem. § 123 V VwGO voneinander abzugrenzen. Danach sind §§ 80 V, 80a VwGO gegenüber § 123 I VwGO vorrangig. Hier ging es der NPD um die Überlassung des großen Saals einer Stadthalle. In der Hauptsache beehrte sie folglich den Erlass eines Verwaltungsakts. Damit sind nicht §§ 80 V, 80a VwGO einschlägig. Sie sind statthaft, wenn es um eine Anfechtungsklage in der Hauptsache geht. Ein Antrag nach § 123 I VwGO ist daher hier statthaft. Weiter differenziert § 123 I VwGO zwischen der Sicherungsanordnung (S. 1) und der Regelungsanordnung (S. 2). Die Unterscheidung hat im Ergebnis keine Auswirkungen. Für gewöhnlich wird danach differenziert, ob die bestehende Situation des Antragsstellers abgesichert werden soll (= Sicherungsanordnung) oder ob seine Rechtsstellung verbessert werden soll (= Regelungsanordnung). Im vorliegenden Fall beehrt die NPD die Überlassung des großen Saals einer Stadthalle, also eine Verbesserung ihrer Rechtsstellung, so dass es sich hier um eine Regelungsanordnung handelt.

Weiter müsste die Antragsbefugnis thematisiert werden. Sie ist auch im Rahmen von § 123 I VwGO analog § 42 II VwGO erforderlich. Dies folgt daraus, dass ein Rechtsbehelf im einstweiligen Rechtsschutz nicht weiter gehen kann als ein Hauptsacherechtsbehelf und aus dem Bedürfnis, Popularklagen zu vermeiden. Ein solcher Begründungssatz ist auch in einer Klausur erforderlich, da auch im öffentlichen Recht Analogien nicht einfach angenommen werden können, sondern wie auch im Zivilrecht zu begründen sind.

Das VG spricht lediglich das Rechtsschutzbedürfnis ausführlicher an. Dies könnte zum einen deshalb ausgeschlossen sein, weil die NPD vor dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung keinen gesonderten Antrag gegenüber der Stadt Weinheim gestellt hat, ihr die Halle ohne parlamentarische Bestuhlung zu überlassen. Die NPD hatte wohl im Vorfeld des Antrags auf einstweilige Anordnung per E-Mail gegenüber der Stadt signalisiert, auch Abstriche oder Änderungen hinsichtlich der Nutzung der Halle hinzunehmen. Die Stadt hatte aber damals bereits erklärt, sie würde dennoch die Halle nicht überlassen. Zum anderen könnte das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, weil die NPD zuletzt am 18./19.01.2014 einen Parteitag abgehalten hat. Dabei handelte es sich wohl auch nicht um einen ordentlichen Bundesparteitag, sondern lediglich um eine besondere Vertreterversammlung zur Wahl der Bewerber für die Europawahl. Der letzte ordentliche Parteitag fand am 20./21.04. 2013 statt. Nach dem VG Karlsruhe stellt dies aber keinen im Rahmen der Zulässigkeit beachtlichen Punkt dar:

„Der Umstand, dass die Antragstellerin am 18./19.01.2014 bereits einen Parteitag durchgeführt hat, stellt das Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin ebenfalls nicht in Frage. Die Frage, ob dies einen Anordnungsgrund ausschließt, ist vielmehr ausschließlich ein im Rahmen der Beurteilung der Begründetheit des Antrags zu berücksichtigender Gesichtspunkt.“

Das trifft zu. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn der Antragssteller sein Rechtsschutzziel auf einfachere oder schnellere bzw. wirksamere Weise erreichen kann (SCHOCH, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 26. EL 2014, § 123, Rn. 121). Das Problem des zuletzt im Januar 2014 abgehaltenen Parteitages betrifft diese Fragen nicht. Es geht vielmehr darum, ob für die NPD die Angelegenheit tatsächlich dringlich war, wenn sie doch erst im Januar 2014 einen Parteitag abgehalten hat. Das bezieht sich auf den Anordnungsgrund.

Anmerkung:

In Klausuren ist das Rechtsschutzbedürfnis bei einem Antrag nach § 123 I VwGO regelmäßig anzusprechen. Das Problem, ob zuvor ein Antrag bei der Behörde gestellt werden muss, stellt einen absoluten Klassiker dar. Der Wortlaut von § 123 I VwGO enthält zwar keine Anhaltspunkte für ein solches Erfordernis. Jedoch kann der Antragssteller sein Rechtsschutzziel schneller erreichen, wenn die Behörde seinem Begehren entsprechen kann. Demnach ist ein Rechtsschutzbedürfnis dann ausgeschlossen (OVG Hamburg NJW 1989, 605; PUTTLER, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. (2014), § 123, Rn. 70), wobei hier in der Klausur auch eine andere Ansicht vertretbar ist. Eine Ausnahme gilt, wenn die Behörde bereits unmissverständlich zu verstehen gegeben hat, dass sie dem Begehren nicht entsprechen werde. Dann stellt ein vorheriger Antrag bei der Behörde keinen schnelleren Weg dar.

Als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung wird teilweise das grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache geprüft (vgl. VGH Kassel, NVwZ 1989, 1183, 1184). Es ist aber genauso vertretbar dies als Punkt in der Begründetheit anzusprechen (PUTTLER, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. (2014), § 123, Rn. 75). Im vorliegenden Fall wird mit einer Entschei-

dung im Sinne des Antragsstellers die Hauptsache zwingend vorweg genommen, da ihm durch die einstweilige Anordnung die Stadthalle überlassen wird. Eine Vorwegnahme der Hauptsache ist allerdings zulässig, wenn ohne sie kein effektiver Rechtsschutz i. S. v. Art. 19 IV GG zu gewähren ist. Das ist hier der Fall. Bei der Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung zu einem bestimmten Termin kann effektiver Rechtsschutz nur dadurch gewährt werden, dass dem Antragssteller die öffentliche Einrichtung überlassen wird (vgl. SCHOCH, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: 26. EL 2014, § 123, Rn. 157a).

2. Zur Begründetheit eines Antrags gem. § 123 I VwGO

Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet, wenn ein Anordnungsgrund und ein Anordnungsanspruch gegeben sind.

a) Anordnungsgrund

Das VG Karlsruhe hat hier einen Anordnungsanspruch vor allem deshalb angezweifelt, weil ein ordentlicher Bundesparteitag gem. § 9 I 3 PartG und gem. § 19a S. 1 der Satzung der NPD alle zwei Kalenderjahre stattfinden muss, der letzte aber - wie bereits erwähnt - am 20./21.04.2013 abgehalten wurde. Demnach war es nicht zwingend, dass ein Parteitag an den beantragten Terminen stattfinden musste. Dieser Auffassung vermochte der VGH nicht zu folgen:

„Ein Parteitag einer nicht verbotenen politischen Partei im Sinne des Artikel 21 GG ist - nicht anders als eine anlassbezogene Versammlung - eine termingebundene Veranstaltung, weil die Partei - unter Beachtung der

rechtlichen Vorgaben aus dem Parteiengesetz und ggf. ihrer Satzung- selbst darüber entscheidet, wann und wo sie einen Parteitag abhält. Diese Entscheidung, die eine Partei im Rahmen ihres Selbstorganisationsrechts trifft, ist grundsätzlich hinzunehmen. Unerheblich ist daher, dass die Antragstellerin, die ihren letzten ordentlichen Parteitag am 20. und 21.04.2013 veranstaltet hat, einen solchen nach § 9 Abs. 1 Satz 3 PartG und nach § 19 lit. a Satz 1 ihrer Satzung zwingend erst im Jahr 2015 wieder einberufen muss. Denn mit der beabsichtigten Abhaltung eines Parteitags im November 2014 hält sie sich im Rahmen der rechtlichen Vorgaben. Zudem hat sie hinreichend gewichtige sachliche Gründe dafür angeführt, den nächsten Bundesparteitag bereits jetzt und nicht erst im kommenden Jahr abhalten zu wollen.“

Mit den gewichtigen sachlichen Gründen wird auf die erforderliche Neuwahl des Parteivorsitzenden abgestellt, da der bisherige Parteivorsitzende Ende 2013 zurück getreten war. Dem ist zuzustimmen. Ein Anordnungsgrund setzt voraus, dass das Begehren des Antragsstellers so dringlich ist, dass er nicht die Entscheidung in der Hauptsache abwarten kann (PUTTLER, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. (2014), § 123, Rn. 80). Dass ein Parteitag hier erst im Januar 2014 abgehalten wurde, kann diesbzgl. kein Argument sein. Das Gesetz verpflichtet eine Partei zur Durchführung eines Parteitages alle zwei Kalenderjahre, verbietet ihnen aber nicht, dies öfter zu tun. Der Rücktritt des Parteivorsitzenden

spricht hier für das Vorliegen von Dringlichkeit.

b) Anordnungsanspruch

Das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs haben sowohl das VG Karlsruhe als auch der VGH verneint. Ein Anordnungsanspruch ist gegeben, wenn dem Antragssteller tatsächlich ein materiell-rechtlicher Anspruch auf die begehrte Leistung, hier auf die Überlassung des Großen Saals der Stadthalle in Weinheim, zusteht. Es handelt sich also um den Anspruch, den der Antragssteller im Hauptsacheverfahren geltend machen würde (PUTTLER, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. (2014), § 123, Rn. 77).

aa) Anspruch aus § 10 II, III, IV GemOBW

Ein Anspruch der Partei könnte sich aus § 10 II, III, IV GemOBW ergeben. Dazu müsste die Stadthalle eine öffentliche Einrichtung sein. Das ist eine Zusammenfassung persönlicher und/oder sächlicher Mittel, die die Gemeinde im öffentlichen Interesse durch Widmung für eine Nutzung durch die Einwohner zur Verfügung stellt (BOCK, in: Kunze/Bronner/Katz, GemOBW, Stand: Oktober 2013, § 10, Rn. 15). Das trifft auf eine Stadthalle zu. Die Stadt Weinheim hat sie nach A 1. ihrer Benutzungsordnung dem kulturellen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und politischen Leben der Stadt Weinheim gewidmet und damit zur Benutzung der Einwohner zur Verfügung gestellt. Allerdings ist die NPD kein Einwohner bzw. keine Einwohnern

gleichgestellte juristische Person. Das hat bereits das VG Karlsruhe festgestellt:

„Die Antragstellerin kann einen Anspruch auf Benutzung der als öffentliche Einrichtung der Antragsgegnerin zu qualifizierenden Stadthalle Weinheim nicht aus § 10 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 und 4 GemO ableiten. Denn diese Vorschrift berechtigt ausschließlich Vereinigungen, die ihren Sitz im Gemeindegebiet haben. Dies ist bei der Antragstellerin mit Sitz in Berlin (§ 39 Parteisatzung) nicht der Fall. Hieran ändert es nichts, dass der Kreisverband R.-N. der Antragstellerin seinen Sitz im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin hat. Denn Streitgegenstand des hiesigen Verfahrens, an dem der Kreisverband nicht beteiligt ist, ist ausschließlich das Nutzungsbegehren der Antragstellerin selbst. Diese ist insoweit weder als Sachwalterin ihres Kreisverbandes aufgetreten noch wäre sie befugt, etwa im Wege eines Selbsteintritts dessen Rechte wahrzunehmen.“

Hinzu komme nach dem VG, dass die Veranstaltung hier keinen Bezug zum Gemeindegebiet hatte:

„Im Übrigen besteht auch das Zugangsrecht ortsansässiger Untergliederungen von Parteien grundsätzlich nur für Veranstaltungen mit örtlichem Einzugsbereich (vgl. hierzu Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 16.05.1988 – VG Mannheim Aktenzeichen 1S174688 1 S 1746/88, NVwZ-RR 1988, S. NVWZ-RR Jahr 1988 Seite 43). Hierzu zählen Bundesparteitage nicht.“

Diese Hilfsargumentation des VG Karlsruhe scheint zweifelhaft. An sich ist zutreffend, dass politische Parteien bei parteiinternen Veranstaltungen nach § 10 IV GemOBW grundsätzlich nur einen Anspruch auf Zugang zu einer kommunalen öffentlichen Einrichtung haben, wenn sich ihre Veranstaltung an die örtliche Gemeinschaft richtet (BOCK, in: Kunze/Bronner/Katz, GemOBW, Stand: Oktober 2013, § 10, Rn. 26). Allerdings kann eine Gemeinde ihre öffentlichen Einrichtungen auch für überörtliche Veranstaltungen zur Verfügung stellen, indem sie sie dementsprechend widmet. Hier wurde der Zweck der Stadthalle in einer Benutzungsordnung festgelegt. Nach A. 1. der Benutzungsordnung² dient die Stadthalle dem kulturellen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und politischen Leben der Stadt Weinheim. Sie wird darüber hinaus für überörtliche Veranstaltungen vermietet. Dadurch kommt zum Ausdruck, dass die Stadt Weinheim die Stadthalle auch für überörtliche Veranstaltungen gewidmet hat. Es ist daher hier nicht erforderlich, dass eine parteiinterne Veranstaltung sich an Gemeindegewohner richtet.

bb) Anspruch aus § 5 I 1 PartG, Art. 3 I 1, II 1, 21 GG i. V. m. § 10 II, III, IV GemOBW

Als Anspruchsgrundlage kommt aber § 5 I 1 PartG, Art. 3 I 1, II 1, 21 GG i. V. m. § 10 II, III, IV GemOBW in Betracht. § 5 I 1 PartG, Art. 3

² abrufbar unter

http://www.weinheim.de/servlet/PB/show/1292691/01_Benutzungsordnung_Stadthalle_01.01.09.pdf

§ 1, III 1, 21 GG vermittelt Parteien einen Anspruch auf Gleichbehandlung beim Zugang zu öffentlichen Einrichtungen. Diese Normen enthalten aber keinen Anspruch auf Zugang zu einer öffentlichen Einrichtung (vgl. KÖSTER, KommJur 2007, 244, 246), so dass ein Anspruch zusätzlich auf § 10 II, III, IV GemOBW gestützt werden muss. Das hat weder das VG noch der VGH präzise herausgearbeitet. Allerdings besteht dieser Anspruch nicht grenzenlos. Er wird zunächst durch den Zweck der öffentlichen Einrichtung eingeschränkt, da dieser den Nutzungsanspruch definiert. Für gewöhnlich kommt der Zweck in der Widmung der öffentlichen Einrichtung oder in einer Benutzungssatzung zum Ausdruck. Wie bereits erwähnt wurde der Zweck der öffentlichen Einrichtung hier durch eine Benutzungsordnung festgelegt. Daher besteht nur ein Anspruch, wenn sich die geplante Nutzung im Rahmen des Nutzungszwecks hält. Der VGH hat das hier bejaht:

„Danach hält sich hier die geplante Abhaltung eines Bundesparteitags im Rahmen des Widmungszwecks nach Satz 2 („überörtliche Veranstaltung“). Unerheblich ist entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts, ob bereits Parteitage oder ähnliche Parteiveranstaltungen in der Stadthalle stattgefunden haben. Nur wenn es an einer ausdrücklichen Widmung durch Satzung oder Beschluss des Gemeinderats fehlen würde, käme es maßgeblich auf die tatsächliche Vergabep Praxis an, aus der sich eine konkludente Widmung für bestimmte Arten von Veranstaltungen ergeben könnte. Hier vermag dagegen der Umstand, dass tat-

sächlich noch keine Parteitage in der Stadthalle abgehalten wurden, den in der Benutzungsordnung niedergelegten Widmungszweck nicht einzuschränken, zumal dies möglicherweise allein darauf zurückzuführen ist, dass der Antragsgegnerin entsprechende Anfragen politischer Parteien noch nicht vorlagen.“

An den Ausführungen lässt sich erkennen, dass vorrangig auf den ausdrücklich erklärten Zweck der öffentlichen Einrichtung abzustellen ist. Erst wenn ein solcher nicht festgestellt werden kann, ist eine konkludente Widmung zu prüfen. Das gilt auch für etwaige Einschränkungen der Widmung. Der ausdrücklich niedergelegte Widmungszweck kann nicht durch eine tatsächliche Vergabep Praxis abgeändert werden.

Eine weitere Beschränkung des Anspruchs ergibt sich aus der Kapazität der Einrichtung (vgl. VGH Mannheim, BWGZ 1995, 418, 419). In diesem Fall muss die Gemeinde anhand von sachlichen Kriterien eine Auswahlentscheidung treffen. Insoweit wird der grundsätzlich gegebene Anspruch zu einem Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Im vorliegenden Fall wurde auf das sog. Prioritätsprinzip abgestellt. Danach wird derjenige zu der öffentlichen Einrichtung zugelassen, der dies zuerst beantragt. Dies stellt ein zulässiges Differenzierungskriterium dar, solange keine Grundrechte beeinträchtigt werden (BOCK, in: Kunze/Bronner/Katz, GemOBW, Stand: Oktober 2013, § 10, Rn. 26; GERN, KommunalR BW, 9. Aufl. (2005), Rn. 298).

Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, dass nach der Benutzungsordnung eine verbindliche Überlassung der Stadthalle erst aufgrund eines schriftlich abgeschlossenen Mietvertrages erfolgt. Dies sei nach dem VGH aber unerheblich:

„Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Antragsgegnerin in ihrer Verwaltungspraxis die angemeldeten Termine als verbindlich bestätigt und die eigentliche Vergabe nach der Reihenfolge der Vormerkungen, d. h. nach dem Prioritätsprinzip, vornimmt. Eine solche Vergabep Praxis entspricht den Forderungen der Antragstellerin und ist auch vom Senat als sachgerecht anerkannt worden (vgl. Urt. v. 19.05.2003 - 1 S 1449/01 - BWGZ 2003, 804). Auch die jeweiligen Veranstalter vertrauen nach Erhalt einer Reservierungsbestätigung auf eine entsprechende endgültige Vergabe, was sich insbesondere daran zeigt, dass für die Veranstaltungen bereits vor Abschluss des Mietvertrags (mit dem ...-theater erst am 06.10.2014 und mit dem ... erst am 02.10.2014) geworben wird.“

Es kommt also entscheidend darauf an, wann eine Gemeinde den Zugang zu einer öffentlichen Einrichtung tatsächlich zusagt, nicht auf den Abschluss eines - wie hier privat-rechtlich ausgestalteten - Nutzungsverhältnisses.

Damit liegt hier eine ermessensfehlerfreie Entscheidung der Stadt Weinheim vor und der Antrag der NPD auf Erlass einer einstweiligen Anordnung war abzuweisen und die Beschwerde zurückzuweisen.

Hinweise für Studenten

Der Anspruch auf Zugang zu einer öffentlichen Einrichtung ist ein beliebtes Klausurthema, das vor allem kommunalrechtliche, allgemein verwaltungsrechtliche und prozessuale Fragen miteinander verbinden kann. Dabei ist bei kommunalen Einrichtungen von § 10 II GemOBW als Anspruchsgrundlage auszugehen. Für Parteien besteht die Besonderheit, dass auch § 5 I 1 PartG, Art. 3 I 1, II 1, 21 GG i. V. m. § 10 II, III, IV GemO einen Zugangsanspruch vermitteln kann, der keine Wohnereignis der Partei voraussetzt.

Zu beachten ist weiter, dass sich die Grenzen des Zugangsanspruchs nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, sondern letztlich aus teleologischen Erwägungen. Eine Gemeinde ist nicht verpflichtet öffentliche Einrichtungen bereit zu stellen. Das ergibt sich aus dem Wortlaut von § 10 II GemOBW, wonach eine Gemeinde im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit öffentliche Einrichtungen schafft. Wenn sie es allerdings tut, kann sie den Umfang der Einrichtung und damit des Nutzungsrechts der Berechtigten eingrenzen, indem sie die Einrichtung einem bestimmten Zweck widmet. Die Widmung stellt damit die erste Grenze des Anspruchs dar. Zu beachten ist dabei, dass eine Widmung auch konkludent durch eine bestimmte Vergabep Praxis erfolgen kann. Die zweite Grenze ergibt sich aus der Kapazität der Einrichtung und damit aus den tatsächlichen Gegebenheiten. Die Gemeinde muss dann wie bereits erwähnt eine Auswahlentscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen treffen. Neben dem Prioritätsprinzip können dabei das Kriterium „bekannt und bewährt“, Ausstattung und technischer Standard, Anziehungskraft oder Ortsansässigkeit zulässige Erwägungen sein (vgl. GERN, KommunalR BW, 9. Aufl. (2005), Rn. 298).

In prozessualer Hinsicht ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ebenfalls ein gern verwendetes Klausurthema. Es weist besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen auf, die bekannt sein

müssen. Ebenso weist die Begründetheitsprüfung Unterschiede zu einer schlichten Verpflichtungsklage auf. Zu prüfen sind die Punkte Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch, wobei letzteres mit dem materiell-rechtlichen Anspruch auf eine bestimmte Leistung gleichzusetzen ist. Daher kann ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auch im Zusammenhang mit einem öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch oder einem anderen Anspruch, für den in der Hauptsache eine allgemeine Leistungsklage oder eine Verpflichtungsklage statthaft wäre, abgefragt werden.

Rechtsreferendarin Dr. SABINE MERZ
Kanzlei Thümmel, Schütze & Partner, Stuttgart

► Inhaltsverzeichnis

RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

United States Supreme Court

Verfassungsgemäßheit der Eheschließung zweier Personen gleichen Geschlechts

Urteil vom 26.06.2015, Nr. 14-556 (u.a.) - Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.¹

"The Fourteenth Amendment requires a State to license a marriage between two people of the same sex and to recognize a marriage between two people of the same sex when their marriage was lawfully licensed and performed out-of-State."

Der vierzehnte Verfassungszusatz verpflichtet den (Bundes-)Staat zwei Personen gleichen Geschlechts die Eheschließung zu ermöglichen und die in einem anderen (Bundes-)Staat rechtmäßig geschlossene Ehe zweier Personen gleichen Geschlechts anzuerkennen

(amtlicher Leitsatz)

¹ Die Entscheidung kann auf der Seite des Supreme Court (<http://www.supremecourt.gov/>) heruntergeladen werden. Seitenangaben beziehen sich auf diese Veröffentlichung.

Sachverhalt (verkürzt)²:

Die Beschwerdeführer sind 14 gleichgeschlechtliche Paare und zwei Männer, deren Partner verstorben sind. Die Beschwerdegegner sind für die Vollstreckung der beschwerdegegenständlichen Gesetze zuständig. Der Gerichtshof beschränkt sich bei seiner Darstellung der Einzelfälle auf drei Paare, welche das persönliche Schicksal der Betroffenen am besten verdeutlichen. Zwei davon sollen auch hier wiedergegeben werden.

1. Der Namensgeber der Entscheidung *James Obergefell* lernte *John Arthur* vor über 20 Jahren kennen. Die beiden verliebten sich und begannen ein gemeinsames Leben. Bei *Arthur* wurde im Jahre 2011 eine Amyotrophe Lateralsklerose diagnostiziert. Zwei Jahre später beschloss das Paar – in Anbetracht der noch verbleibenden gemeinsamen Zeit – zu heiraten. Da dies in ihrem Heimatstaat (Ohio) nicht möglich war, flogen sie mit einem medizinischen Transportflugzeug nach Maryland. Aufgrund *Arthurs* fortgeschrittener Erkrankung heiratete das Paar im Flugzeug auf der Landebahn des Baltimore/Washington International Airport. *Arthur* erlag drei Monate später seiner Erkrankung. Da eine Ehe zwischen zwei Personen gleichen Geschlechts in Ohio nicht anerkannt wurde, konnte *Obergefell* nicht als überlebender Ehegatte im Totenschein ausgewiesen werden. Vor dem Gesetz sind *Obergefell* und *Arthur* damit fremde im Tode, ein Zustand,

² Opinion of the Court S. 4 f.

welchen Obergefell als unerträglich empfindet ("hurtful for the rest of time")

2. Der zweite Fall ist der eines lesbischen Paares aus Michigan, welches seit 8 Jahren zusammenlebt. Sie ziehen zusammen drei Kinder groß. Allerdings ist in Michigan nur für einen der beiden Partner eine Adoption möglich. Die gemeinsame Adoption ist Ehepaaren vorbehalten. Problematisch ist dies deshalb, weil es so zu dem Fall kommen kann, dass eine Partnerin stirbt und die andere bzgl. der Kinder keinerlei Rechte hat.

Entscheidungsgründe

Die von *Justice Kennedy* verfasste Mehrheitsentscheidung beginnt mit einer Zusammenfassung des Problems:

*"The Constitution promises liberty to all within its reach, a liberty that includes [to] allow persons, within a lawful realm, to define and express their identity. The petitioners in these cases seek to find that liberty by marrying someone of the same sex and having their marriages deemed lawful on the same terms and conditions as marriages between persons of the opposite sex."*³

Grundlage der Beurteilung ist der vierzehnte Zusatz zur Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika⁴ welcher besagt:

³ Opinion of the Court S. 1 f.

⁴ Im Folgenden „vierzehnter Verfassungszusatz“; Abzurufen bspw. auf http://www.usconstitution.net/xconst_Am14.html.

"[...] nor shall any State deprive any person of [...] liberty [...] without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

Hieraus leitet der Gerichtshof ab, dass er zwei Fragen zu beantworten hat:

1. Verpflichtet der vierzehnte Verfassungszusatz einen Bundesstaat, zwei Personen gleichen Geschlechts eine Eheschließung zu ermöglichen?
2. Verpflichtet der vierzehnte Verfassungszusatz einen Bundesstaat, die andernorts rechtmäßig geschlossene Ehe zweier Personen gleichen Geschlechts (als Ehe) anzuerkennen?

Um diese Fragen an der Verfassung messen zu können, ist es erforderlich, dass einzelstaatliche Eheverbote für gleichgeschlechtliche Partner eine ausreichende gesetzliche Grundlage sind und auch im Einzelfall ihrer Anwendung rechtsstaatlichen Grundsätzen genügt ("due process")⁵. Bei dieser Prüfung ist der Gleichheitsgrundsatz elementar ("**equal** protection of the laws").

⁵ Vgl. *Koch/Zekoll*, ZEuP 2010, 107 (112) und *Klode*, NJOZ 2009, 1762 (1768 f.). Tatsächlich ist das amerikanische Verfassungsprinzip des "due process" sehr schwer mit einem (einzelnen) deutschen Verfassungsprinzip zu vergleichen. Es umfasst sowohl die formelle Rechtmäßigkeit einer Rechtsgrundlage ("procedural due process") als auch gewisse materielle Aspekte ("substantive due process"). Während der erste Aspekt vor allem mit den Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK verglichen werden kann, muss der zweite Aspekt wohl als eine Art Verhältnismäßigkeitsprüfung verstanden werden.

1. Historischer Abriss⁶

Die Entscheidungsfindung selbst beginnt mit einem geschichtlichen Abriss, welcher kurz die gesellschaftlichen, politischen, aber auch juristischen Entwicklungen nachzeichnet, die zu Notwendigkeit einer Supreme-Court-Entscheidung geführt haben.

"From their beginning to their most recent page, the annals of human history reveal the transcendent importance of marriage. The lifelong union of a man and a woman always has promised nobility and dignity to all persons, without regard to their station in life. Marriage is sacred to those who live by their religions and offers unique fulfillment to those who find meaning in the secular realm. Its dynamic allows two people to find a life that could not be found alone, for a marriage becomes greater than just the two persons. Rising from the most basic human needs, marriage is essential to our most profound hopes and aspirations."

Dem folgt die Feststellung, dass die Ehe als Institut seit Jahrtausenden besteht und Zivilisationen überspannt. Um diesen Punkt zu verdeutlichen, beruft man sich auf Zitate von Konfuzius und Cicero, welche die Ehe als Grundlage der Regierung (Konfuzius) bzw. erste Grundlage der Gesellschaft, noch vor Kindern und Familie, ansehen (Cicero). Trotz der Allgegenwärtigkeit der Ehe in Religion, Philosophie, Kunst und Kultur sei der Begriff

allerdings meistens von der Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner geprägt gewesen. Es ist diese Stelle im Urteil, an der deutlich wird, was der Gerichtshof mit dem geschichtlichen Abriss bezweckt: Es geht darum darzustellen, dass der Begriff der Ehe keineswegs statisch ist, sondern sich ständig wandelt. Diese Betrachtung ist deshalb so wichtig, weil die Tradition eines der Hauptargumente der Gegner gleichgeschlechtlicher Eheschließungen ist. Treffend bemerkt der Gerichtshof daher:

*"That history is the beginning of these cases. The respondents say it should be the end as well."*⁷

Um zu zeigen, wie sehr das Verständnis des Ehebegriffes von Recht und Gesellschaft abhängt, wählt der Gerichtshof zwei Beispiele. Das erste ist das vorkonstitutionelle Verständnis der Ehe als Vereinbarung zwischen den Eltern des Ehepaares auf Basis politischer, religiöser oder finanzieller Interessen. Ein Eheverständnis also, dass gern als überholt abgetan wird, aber noch immer in Teilen unserer Welt praktiziert wird. Das zweite Beispiel ist indes das für den Fall wichtigere. Hier geht es darum, wie sehr das Verständnis von Ehe von der Rechtsstellung der Ehemittler Personen abhängt. Vor der Frauenrechtsbewegung des 19. Jahrhunderts war die Ehe eine männlich-dominierte Rechtseinheit ("single male-dominated legal entity"). Heute handelt es sich um eine gleichberechtigte

⁶ Opinion of the Court S. 3 ff.

⁷ Opinion of the Court S. 4.

Partnerschaft. Es haben mithin bereits mehrere tiefgreifende strukturelle Veränderungen des Verständnisses des Instituts der Ehe stattgefunden. An anderer Stelle verweist der Gerichtshof auf die Entscheidungen *Loving v. Virginia*⁸ in welcher er das Verbot ethnischer Partnerschaften für verfassungswidrig befand. Diese Entscheidung kann als Kulmination der afro-amerikanischen Bürgerrechtsbewegung verstanden werden. Entsprechend stellt der Gerichtshof fest

*"These new insights have strengthened, not weakened, the institution of marriage. Indeed, changed understandings of marriage are characteristic of a Nation where new dimensions of freedom become apparent to new generations, often through perspectives that begin in pleas or protests and then are considered in the political sphere and the judicial process."*⁹

Es folgt eine Darstellung der LGBT-Bewegung, welche ebenfalls lang für ihre Gleichberechtigung kämpfen musste. Eckpunkte der Ausführungen des Gerichtshofes sind die langjährige Kriminalisierung homosexueller Handlungen, das Verbot, als homosexuelle Person öffentliche Ämter zu bekleiden und die Behandlung von Homosexualität als Krankheit. Tatsächlich wurde die Kriminalisierung homosexueller Intimität erst in

der Entscheidung *Lawrence v. Texas*¹⁰ aus dem Jahre 2003 für verfassungswidrig erklärt.

Der historische Teil der Darstellung schließt mit einem Überblick über die Befassung der nationalen Rechtsprechung mit der gleichgeschlechtlichen Ehe. Herauszuheben ist hier eine Entscheidung des Gerichtshofes aus dem Jahre 2013. In *United States v. Windsor*¹¹ wurde entschieden, dass der Bund eine gleichgeschlechtliche Ehe als wirksam anerkennen muss, wenn sie in einem der Bundesstaaten rechtmäßig geschlossen wurde.

2. Prüfungsgegenstand

Bevor sich der Gerichtshof der Frage der Verfassungsgemäßheit im engeren Sinne widmet, erklärt er sein Vorgehen bei der anzustellenden Prüfung. Hierbei stellt er fest, dass der vierzehnte Verfassungszusatz zwar gewisse Freiheiten („liberties“) gewährt, diese im Einzelnen aber nicht benennt. Anerkannt sei allerdings, dass hierunter auch höchstpersönliche und selbstbestimmt getroffene Entscheidungen fallen, welche Ausdruck der persönlichen Identität und des Glaubens des Einzelnen sind. Welche Entscheidungen das im Einzelnen sind, sei von den Gerichten zu entscheiden. Hierbei verbiete sich jedwede schematische Lösung:

⁸ US Supreme Court, Urt. v. 12.06.1967, Nr. 67-395 - *Loving v. Virginia*.

⁹ Opinion of the Court S. 7.

¹⁰ US Supreme Court, Urt. v. 26.06.2003, Nr. 02-102 - *Lawrence v. Texas*.

¹¹ US Supreme Court, Urt. v. 26.06.2013, Nr. 12-307 - *United States v. Windsor*.

"Rather, it requires courts to exercise reasoned judgment in identifying interests of the person so fundamental that the State must accord them its respect."¹²

wiederum nutzt der Gerichtshof die Gelegenheit, um klarzustellen, dass der Blick in die Geschichte allenfalls der Anfang, nicht aber das Ende Verfassungsinterpretation ist.¹³

"History and tradition guide and discipline this inquiry but do not set its outer boundaries. [...] That method respects our history and learns from it without allowing the past alone to rule the present."¹⁴

Bevor er die Frage beantwortet, ob die Ehe zwischen zwei Personen gleichen Geschlechts ein von der Verfassung geschütztes fundamentales persönliches Interesse ist, erinnert der Gerichtshof daran, dass er dies jedenfalls für die Ehe zwischen verschiedenen-geschlechtlichen Partnern seit jeher vertreten hat. Die wohl deutlichste Aussage in diesem Zusammenhang ist.

"[...] a unanimous Court held marriage is one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men."¹⁵

Um zu prüfen ob diese Erkenntnis auch gilt, wenn es sich - im Wortsinne - um zwei "free men"¹⁶ handelt, wählt der Gerichtshof folgende Vorgehensweise: Er extrapoliert aus seinem gesamten caselaw zur Eheschließung vier tragende Prinzipien bzw. Traditionen und untersucht, ob diese auch auf gleichgeschlechtliche Partnerschaften zutreffen. Wenn das der Fall sein sollte, bedürfte es gewichtiger Gründe, die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.

3. Die tragenden Prinzipien des verfassungsrechtlichen Eheschutzes¹⁷

a) Eheschließung als Ausdruck individueller Selbstbestimmung

Der Gerichtshof beschreibt die Entscheidung, eine Ehe einzugehen, als einer der intimsten Entscheidungen, welche ein Individuum für sich selbst treffen kann. Um den Stellenwert dieser Aussage zu verdeutlichen, wird sie Entscheidungen über Schwangerschaftsverhütung, Familienbeziehungen, Fortpflanzung und Kindeserziehung gegenübergestellt. Im Ergebnis erschiene es widersprüchlich, diese Rechte – wie es der Falle ist – als vom Schutz der Verfassung umfasst anzuerkennen, nicht aber jene Beziehung, welche die Grundlage der Gesellschaft bildet. Hier verweist der Gerichtshof auf eine Entscheidung des Supreme

¹² Opinion of the Court S. 10.

¹³ Zur Unterscheidung zwischen Auslegung der Verfassung als "living instrument" oder strikt nach dem "original intent" vgl. (allerdings zum Recht der EMRK) Baade, AVR, 339 (343).

¹⁴ Opinion of the Court S. 10 f.

¹⁵ Opinion of the Court S. 11.

¹⁶ Das wörtliche Zitat aus dem eigenen caselaw erscheint hier mit Blick auf den Fall ein wenig unglücklich. Allerdings war 1967 - dem Jahr der zitierten Entscheidung - "man" das gebräuchlichere Wort, um von Menschen zu sprechen. Heute wäre es wohl "person".

¹⁷ Opinion of the Court S. 12 ff.

Judicial Court of Massachusetts, welcher feststellte

*"it fulfils yearnings for security, safe haven, and connection that express our common humanity, civil marriage is an esteemed institution, and the decision whether and whom to marry is among life's momentous acts of self-definition."*¹⁸

Die Natur der Ehe sei daher durch das fortwährende Füreinander-einstehen zweier Personen geprägt, welche von ihren Freiheiten - wie Intimität und Spiritualität - fortan gemeinsam Gebrauch machen. Und auf dieser Grundlage wird man feststellen müssen, dass dies für Paare gleichen Geschlechts ebenso zutrifft, wie für alle anderen. Der Gerichtshof schließt daher zutreffend mit der Feststellung:

*"There is dignity in the bond between two men or two women who seek to marry and in their autonomy to make such profound choices. [...] [T]he freedom to marry, or not marry, [another person] resides with the individual and cannot be infringed by the State"*¹⁹

b) Die Bedeutung der Ehe für das Individuum

Der zweite Aspekt, auf welchen der Gerichtshof abstellt, betrifft die bereits geschlossene Ehe. Sie wird bezeichnet als "two-

person union unlike any other in its importance to the committed individuals". Das stellt sich gleichsam als Fortsetzung des ersten Prinzips dar. Die Ehe soll es den Ehemittigen ermöglichen, sich über ihre Hingabe zueinander zu definieren und so der universellen Angst, allein gelassen zu werden, entgegenzuwirken. Ehe in diesem Sinne ist also die Sicherheit für den Rest des Lebens eine Person zu haben, welche sich um einen kümmert.

*"Marriage is a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred. It is an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social projects. Yet it is an association for as noble a purpose as any involved in our prior decisions."*²⁰

Auch hier stellt der Gerichtshof fest, dass diese Ideen keineswegs nur auf Paare verschiedenen Geschlechts zutreffen. Es handelt sich um elementare Ängste, welche jeder Mensch - freilich in unterschiedlicher Ausprägung - hat.

c) Die Ehe als Keimzelle der Gesellschaft

Der dritte vom Gerichtshof herangezogene Aspekt ist auch in der deutschen Diskussion

¹⁸ Supreme Judicial Court of Massachusetts, Urt. v. 18.11.2013, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003), S. 955.

¹⁹ Opinion of the Court S. 13.

²⁰ Opinion of the Court S. 13 f.; Ursprünglich aus US Supreme Court, Urt. v. 07.06.1965, Nr. 65-496 - Griswold v. Connecticut.

anzutreffen.²¹ Indem die Ehe als Institut eine gewisse Absicherung bietet, bildet sie die Grundlage für die Ausübung weiterer fundamentaler Rechtsgarantien. Namentlich seien dies das Recht auf Fortpflanzung, Kindeserziehung und Bildung. Dementsprechend könne das Recht auf Eheschließung auch einheitlich in folgendem Sinne verstanden werden:

*"[T]he right to marry, establish a home and bring up children"*²²

Es geht dem Gerichtshof also darum, aufzuzeigen, dass es eine gewisse Wechselwirkung zwischen den Rechtsfolgen einer Ehe und dem Kindeswohl gibt. Konkret führt er aus:

*"By giving recognition and legal structure to their parents' relationship, marriage allows children to understand the integrity and closeness of their own family and its concord with other families in their community and in their daily lives. Marriage also affords the permanency and stability important to children's best interests."*²³

Dieser Aspekt ist in der Tat schwerer auf gleichgeschlechtliche Paare zu übertragen, als die ersten beiden. Allerdings hat der Gerichtshof ein starkes empirisches Argument auf seiner Seite, wenn er (samt entsprechendem Nachweis) feststellt, dass es hunderttau-

sende Fälle gebe, in denen gleichgeschlechtliche Paare ihren Kindern - gleich ob biologisch oder adoptiert - ein liebevolles und fürsorgliches Zuhause bieten.²⁴ Tatsächlich haben die meisten Bundesstaaten aus diesem Grunde die Adoption - jedenfalls für einen der Partner - legalisiert. Würde man gleichgeschlechtliche Paare daher von der Ehe ausschließen nähme man mitunter verheerende Folgen für das Wohl der in der Beziehung lebenden Kinder in Kauf:

*„[...] their children suffer the stigma of knowing their families are somehow lesser.“*²⁵

Abschließend weist der Gerichtshof darauf hin, dass die Fortpflanzung nur einer von vielen Aspekten des Instituts der Ehe ist, und dass selbstverständlich auch kinderlose Ehen den Schutz des Staates verdienen. Dieser Punkt ist daher so zu verstehen, dass das "Keimzellen-Argument" jedenfalls nicht gegen eine Eheschließung gleichgeschlechtlicher Paare spricht.

d) Die herausgehobene Stellung der Ehe in Gesellschaft und Recht

Der letzte Aspekt an dem sich - nach Ansicht des Gerichtshofes - die gleichgeschlechtliche Ehe messen muss, ist die Stellung der Ehe als "Grundpfeiler der Gesellschaftsordnung" ("*keystone of our social order*").

²¹ Vgl. nur *Di Fabio* NJW 2003, 993 (995); *Scholz/Uhle*, NJW 2001, 393 (396f.); *Burgi*, Der Staat 2000, 487 (501).

²² Opinion of the Court S. 14.

²³ Opinion of the Court S. 15.

²⁴ Opinion of the Court S. 15 mwN.

²⁵ Opinion of the Court S. 15.

Dieser Aspekt ist streng genommen die Folge der drei vorangegangenen Funktionen der Ehe. Wie insbesondere der dritte Aspekt zeigt, ist sie nämlich nicht nur Ausdruck individueller Selbstbestimmung, sondern spielt auch eine wichtige Rolle für die Gesellschaft als Ganzes. Hieraus folgt, dass sich nicht nur das Ehepaar gegenseitige Unterstützung schwört, sondern auch der Staat dem Ehepaar - neben symbolischer Anerkennung ihrer Beziehung - gewisse Vorteile zusichert, welche die Verbindung stärken sollen.

Aus diesem Grunde ist die Ehe heute Basis staatlicher Eingriffsrechte, bestimmter Pflichten aber auch zahlreicher Vorzüge. Und obwohl es sich bei Fragen der Eheschließung um Landesrecht handelt, knüpfen auch zahlreiche bundesrechtliche Regelungen an diesen Status an. Der Gerichtshof hält daher fest:

"The States have contributed to the fundamental character of the marriage right by placing that institution at the center of so many facets of the legal and social order."²⁶

Ein vernünftiger Grund, warum diese Vorteile (und Pflichten) nicht auch gleichgeschlechtliche Paare treffen sollen, sei nicht ersichtlich. Wozu eine solche Ungleichbehandlung führen kann, macht der Fall des Namensgebenden *Obergefell* mehr als deutlich. Der Gerichtshof geht sogar so weit zu behaupten, dass die Bundesländer, indem sie

die Ehe einen so hohen Status zumessen, aber gleichzeitig homosexuelle Paare von ihr ausschließen, diese als Personen erniedrigen.

4. Freiheit und Gleichheit

Mit der Untersuchung des letzten der vier Aspekte des staatlichen Eheschutzes leitet der Gerichtshof zur Prüfung der Rechtfertigung der festgestellten Ungleichbehandlung über. Diese beginnt er mit einer wichtigen Präzisierung der zentralen Fragestellung: Es gehe den Antragsstellern nämlich nicht um die Schaffung eines - bisher unbekanntes - "Rechtes auf gleichgeschlechtliche Eheschließung", sondern vielmehr um den Zugang zum bereits bestehenden allgemeinen "Recht auf Eheschließung". Hiermit nimmt der Gerichtshof die in der amerikanischen Öffentlichkeit häufig anzutreffende Kritik der gleichgeschlechtlichen Ehe als „gay-privilege“ auf und positioniert sich klar gegen ein solches Begriffsverständnis. Auf dieser Grundlage kann es bei der sich anschließenden Diskussion also nur um die Frage gehen, ob es irgendwelche Gründe gibt, die Gruppe von Personen - welcher die Beschwerdeführer angehören - vom Recht auf Ehe auszuschließen.

"The right to marry is fundamental as a matter of history and tradition, but rights come not from ancient sources alone. They rise, too, from a better informed understanding of how

²⁶ Opinion of the Court S. 17.

*constitutional imperatives define a liberty that remains urgent in our own era.*¹²⁷

Hieran zeigt sich, dass das Freiheitsrecht und das Gleichheitsrecht im vorliegenden Fall nicht getrennt betrachtet werden dürfen. Denn dadurch, dass gleichgeschlechtliche Paare - welche verschiedengeschlechtlichen Paaren in den relevanten Aspekten gleichkommen (s.o.) - nicht den Ehegesetzen der Länder unterfallen, werden sie gleichzeitig an der Ausübung ihres Freiheitsrechtes auf Eheschließung gehindert.

*"It is now clear that the challenged laws burden the liberty of same-sex couples, and it must be further acknowledged that they abridge central precepts of equality. Here the marriage laws [...] are in essence unequal: same-sex couples are denied all the benefits afforded to opposite-sex couples and are barred from exercising a fundamental right. Especially against a long history of disapproval of their relationships, this denial to same-sex couples of the right to marry works a grave and continuing harm. The imposition of this disability on gays and lesbians serves to disrespect and subordinate them."*¹²⁸

5. Die Bedeutung des demokratischen Prozesses

Der letzte Teil der Entscheidung betrifft die Frage, inwiefern eine Gerichtsentscheidung einem demokratischen Prozess vorgreifen

darf. Grund hierfür ist das Vorbringen der Beschwerdegegner, eine so grundlegende Entscheidung, wie die Öffnung der Ehe, dürfe nicht ohne hinreichenden demokratischen Diskurs getroffen werden.

Dem hat der Gerichtshof zweierlei entgegenzusetzen:

a) Zunächst stellt er ausführlich dar, dass dieser Diskurs bereits seit Jahrzehnten in Gesellschaft, Politik und Rechtsprechung geführt wird und ein weiteres Abwarten nichts zur Entscheidungsfindung des Gerichts beitragen könnte.²⁹

b) Viel wichtiger ist jedoch der zweite Aspekt, nachdem es gerade die Rolle des Gerichtshofes ist, die Grundrechte des Einzelnen auch gegenüber der Mehrheit zu schützen. Denn tatsächlich sei ein Handeln nicht nur deshalb rechtmäßig, weil es demokratisch legitimiert ist.

*"[t]he freedom secured by the Constitution consists, in one of its essential dimensions, of the right of the individual not to be injured by the unlawful exercise of governmental power. [...] Thus, when the rights of persons are violated, the Constitution requires redress by the courts, notwithstanding the more general value of democratic decisionmaking."*³⁰

Es sei nämlich gerade das Wesen der in der Verfassung verbürgten Freiheitsgarantien,

²⁷ Opinion of the Court S. 18.

²⁸ Opinion of the Court S. 22.

²⁹ Opinion of the Court S. 23 f.

³⁰ Opinion of the Court S. 24.

dass der Einzelne nicht den demokratischen Prozess abwarten müsse, um sie ausüben zu können.

"An individual can invoke a right to constitutional protection when he or she is harmed, even if the broader public disagrees and even if the legislature refuses to act. The idea of the Constitution was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts."³¹

Abschließend geht der Gerichtshof noch auf die beiden am häufigsten vorgebrachten "Mehrheitsargumente" ein:

- a) Eine Legalisierung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare führe zur Entwertung der "traditionellen" Ehe und
 - b) schränke weiterhin die Religionsfreiheit - insbesondere der christlichen - Bevölkerungsgruppen ein.
- a) Auch wenn es nicht noch einmal explizit erwähnt wird, hat der Gerichtshof bereits eingangs festgestellt, dass es keine "traditionelle" Ehe gibt (s.o.).³² Darüber hinaus gebe es keine empirischen Belege, dass eine Legalisierung tatsächlich zu einem Rückgang der heterosexuellen Eheschließungen führen würde. Tatsächlich seien hier nur die Rechte zweier einwilligungsfähiger Erwachsener be-

troffen, deren Handeln keine Gefahr für die Rechte anderer darstellt.

b) Der zweite Aspekt wird noch kürzer abgehandelt. Der Gerichtshof belässt es bei einem Verweis auf den ersten Verfassungszusatz (die Meinungsfreiheit). Denn das Recht religiöser und anderer ideologischer Gruppen, ihre Auffassungen zu gleichgeschlechtlichen Ehen zu verbreiten, werde durch die Entscheidung nicht tangiert.

6. Schlussbetrachtung

Es ist schwer, einen besseren Abschluss zu finden, als der Gerichtshof selbst; es soll daher nicht versucht werden.

"No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were. As some of the petitioners in these cases demonstrate, marriage embodies a love that may endure even past death. It would misunderstand these men and women to say they disrespect the idea of marriage. Their plea is that they do respect it, respect it so deeply that they seek to find its fulfillment for themselves. Their hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization's oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right. [...] It is so ordered."³³

³¹ Opinion of the Court S. 25.

³² Opinion of the Court S. 6 ff.

³³ Opinion of the Court S. 28.

Hinweise für Studenten:

Auch wenn amerikanisches Verfassungsrecht freilich kein Prüfungsstoff im ersten oder zweiten Staatsexamen ist, kann die Lektüre der Entscheidung nur empfohlen werden. Die Argumente des Gerichtshofes können nämlich größtenteils auch in der deutschen Diskussion fruchtbar gemacht werden. Gerade die Darstellung des im Wandel befindlichen Ehebegriffes und seine Bindung an die Frauen- bzw. Bürgerrechtsbewegung ist ein Aspekt, auch in der Auslegung von Art. 6 GG Beachtung finden muss.³⁴

Das methodische Entwickeln der einzelnen Eheprinzipien mag ein Spezifikum des caselaw-Systems sein, die gefundenen Grundsätze finden sich aber auch in der Auslegung des deutschen Rechts wieder. Genannt seien hier nur die Ehe als Lebens- und Instandsgemeinschaft (§ 1353 BGB), gleichberechtigte Partnerschaft (BVerfGE 103, 89 (101); 105, 1 (10); 114, 357 (369)) und „Keimzelle der Gesellschaft“ (s.o.). Aber auch die herausgehobene Stellung der Ehe aus anderen Lebensgemeinschaften ist keineswegs eine Eigenheit des amerikanischen Rechts. Sie hat auch hierzulande Verfassungsrang (Art. 6 I GG; vgl. BVerfGE 6, 55 (71); 24, 119 (149)).

Ein letzter wichtiger Aspekt, sind die Ausführungen des Gerichtshofes zum Minderheitenschutz. Er hat damit einen wichtigen Beitrag zum Verständnis der Stellung der Judikative im System der Gewaltenschränkung geleistet. Gerade bei moralisch aufgeladenen Diskussion kann der Aussage nicht genug Bedeutung beigemessen werden, dass der Einzelne durchaus Schutz vor dem Willen der Mehrheit begehren kann.

Dipl.-Jur. SASCHA SEBASTIAN
Lehrkraft für besondere Aufgaben
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

► [Inhaltsverzeichnis](#)

³⁴ Vgl. zur Offenheit des deutschen Ehebegriffes Uhle, in: Epping/Hillgruber, Beck-OK GG, Edition 24 (01.03.2015), Art. 6 Rn. 2.

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
Alexander Bechtel
Dominique Beck
Pius Dolzer
Richter Guido Philipp Ernst
RA Steffen Follner
RAin Karin Hummel, M. A.
Lina Kammerer
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL. M.
RA Dr. Andreas Lohbeck
Dipl. Jur. Sascha Sebastian
(*Stellvertretender Schriftleiter*)
Prof. Dr. Christian F. Majer
(*Schriftleiter*)
RA Dr. Paul Popescu
Gabriel Schmidt
(*Stellvertr. Schriftleiter*)
Amela Schön
Philipp Trautmann
Richterin Anna Vögelein
Stephanie Walz
Julian Weippert
Julia Zaiser

Herausgeber

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

Vereinsvorstand:

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

4. Jahrgang (2014)

ISSN 2195-044X

Beirat

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

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



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

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

Beiträge in früheren Ausgaben

1/2015 | *Christian Picker:*

Das neue Mindestlohngesetz

4/2014 | *Caprice Nina Doerbeck:*

Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?

4/2014 | *Sascha Brüggemann*

Datenkrake NSA

3/2014 | *Alexander Bechtel:*

Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?

2/2014 | *Christian F. Majer:*

Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung

2/2014 | *Philipp K. Kauffmann:*

In dubio pro – Selbstanzeige?

1/2014 | *Andreas Lohbeck:*

Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?

4/2013 | *Philipp Kauffmann:*

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

4/2013 | *Stanyo Dinov:*

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

3/2013 | *Sebastian Brüggemann:*

Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit

2/2013 | *Joachim Renzikowski:*

Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.

1/2013 | *Andreas Lohbeck:*

Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht

1/2013 | *Hartmut Kilger / Christian F. Majer:*

Die Ethik und die Rechtsanwälte

4/2012 | *Tobias Rist:*

Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern

3/2012 | *Christian F. Majer:*

Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten

2/2012 | *Paul Popescu:*

Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe

1/2012 | *Julius Forschner:*

Die Haftung von Ratingagenturen

1/2012 | *Nicolas Sonder:*

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

1/2011 | *Dominik Skauradszun / Felix Hornfischer:*

Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten

1/2011 | *Werner Walk / Nils Wiese:*

Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

- sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten.

Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter ▶ www.zeitschrift-jse.de.

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

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

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

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

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

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

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen