

### HERAUSGEBER

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

### Vereinsvorstand:

RA Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)  
RA Marian Wiczorke (Stellvertr. Vorsitzender)  
Gabriel Schmidt (Schatzmeister)  
Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)

### BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchman  
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. Gottfried Schiemann  
Prof. Dr. Jan Schürnbrand  
RA Dr. Dominik Skauradszun  
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner  
RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
Dr. Christian Traulsen  
RA Dr. Werner Walk  
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)  
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)  
MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

## AUS DEM INHALT

### BEITRAG:

*Christian F. Majer*

Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten

### KLAUSUREN:

*Gottfried Schiemann*

Original-Examensklausur Zivilrecht: „Parken unerwünscht“

*Joachim Renzikowski*

Original-Examensklausur Strafrecht: „Auf dem Schulhof ist der Teufel los“

### RECHTSPRECHUNG:

*BGH*

Hausverbot gegenüber Rechtsextremen

*BVerfG*

Verbot des Tragens von Kutten im Gerichtssaal – „Hells Angels“

## Inhaltsverzeichnis

### Beitrag

Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten Christian F. Majer	Seite 05
---	----------

### Klausuren

1. Parken unerwünscht Gottfried Schiemann	Seite 24
2. „Auf dem Schulhof ist der Teufel los“ Joachim Renzikowski	Seite 37

### Rechtsprechung Zivilrecht

1. Beschaffenheitsvereinbarung bei e-bay-Kauf BGH, Urteil vom 28.03.2012 ( <i>Majer</i> )	Seite 54
2. Hausverbot durch Hotelbetreiber - „Udo Voigt“ BGH, Urteil vom 09.03.2012 ( <i>Majer</i> )	Seite 60
3. Zur Anwendbarkeit von § 28 HGB auf freie Berufe BGH, Urteil vom 17.11.2011 ( <i>Follner</i> )	Seite 68
4. Kein Anspruch auf „Entfristung“ bei Verstoß gegen das Maßregelungsverbot BAG, Urteil vom 21.09.2011 ( <i>Polzer</i> )	Seite 79
5. Wertersatz für vertragslos erbrachte Bauleistungen KG, Urteil vom 14.03.2012 ( <i>Majer</i> )	Seite 89

### Rechtsprechung Strafrecht

1. Tanken mit dem Willen, nicht zu bezahlen (sog. „Schwarztanken“) BGH, Beschluss vom 10.01.2012 ( <i>Ernst</i> )	Seite 95
--	----------

2. Warum gab sich das SEK nicht zu erkennen? Der sog. Hells-Angels-Fall  
BGH, Beschluss vom 02.11.2011 (*Ernst*) Seite 101

### **Rechtsprechung Öffentliches Recht**

1. Verbot des Tragens von Motorradwesten („Kutten“) im Gerichtsgebäude –  
„Hells Angels“ Seite 108  
BVerfG, Beschluss vom 14.03.2012 (*Majer*)
2. Ein Fotografierverbot von Polizeibeamten eines Spezialeinsatzkommandos ist  
rechtswidrig Seite 114  
BVerwG, Urteil vom 28.03.2012 (*Heinz*)
3. Abwehr von Geräuschmissionen von Kinderspielplätzen Seite 124  
VGH BW, Urteil vom 06.03.2012 (*Heinz*)

### Editorial

Seitdem der Gesetzgeber im Jahr 2001 die Prostitution in einem eigenen Gesetz regelte, sind die damit verbundenen Rechtsfragen heillos umstritten. Das Gesetz und seine Folgewirkungen hat weit über die juristischen Kreise hinaus Aufmerksamkeit erregt. Der Beitrag von *Majer* „Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten“ untersucht die bei diesen Fragen zentrale Problematik der Sittenwidrigkeit von Vereinbarungen über sexuelle Dienstleistungen und erörtert auch die Folgeprobleme in anderen Rechtsgebieten. Das Thema ist nicht nur von allgemeinem Interesse, sondern betrifft den Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts und damit zentrale Examensprobleme.

Die Klausuren von *Schiemann* und *Renzikowski* sind Original-Klausuren aus dem ersten juristischen Staatsexamen und bieten daher zusätzlich zu ihrem Übungseffekt auch einen wertvollen Einblick in die Examenspraxis. Die Klausur von *Schiemann* betrifft mit der zivilrechtlichen Problematik des Falschparkens einen Klassiker des BGB; die Klausur von *Renzikowski* bietet einen Streifzug durch Probleme des Allgemeinen und Besonderen Teils des StGB und enthält darüber hinaus noch Hinweise für eine Korrektur, was für die Bearbeitung sehr nützlich ist.

Wie immer enthalten ist auch aktuelle Rechtsprechung, darunter auch Entscheidungen, die die Aufmerksamkeit der Medien erregt haben wie etwa die Entscheidung des BGH zum Hausverbot eines Hotelbetreibers gegenüber eines rechtsextremen Politikers oder zum Freispruch eines Hell's Angel wegen Putativnotwehr.

Dr. Christian F. Majer  
Vorsitzender

Marian Wieczorke  
Stellv. Vorsitzender

Verein der Zeitschrift JSE e.V.

## Impressum

### Redaktion

Benjamin Baisch  
Dominique Beck  
Amela Causevic  
Guido Philipp Ernst  
RA Steffen Follner  
Fabian Friz  
RAin Karin Hummel  
RA Andreas Lohbeck  
RA Dr. Christian F. Majer  
(Schriftleiter)  
RA Dr. Paul Popescu  
Gabriel Schmidt  
(Stellv. Schriftleiter)  
Philipp Trautmann  
Anna Vögelein  
RAin Stephanie Walz  
Julian Weippert  
RA Marian Wiczorke  
(Stellv. Schriftleiter)

### Herausgeber

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

### Vereinsvorstand:

RA Dr. Christian F. Majer  
(Vorsitzender)

RA Marian Wiczorke  
(Stellv. Vorsitzender)

Gabriel Schmidt  
(Schatzmeister)

Guido Philipp Ernst  
(Resortleiter Strafrecht)

### E-Mail

redaktion@zeitschrift-jse.de

ISSN 2195-044X

### Beirat

RA Dr. Felix E. Buchman  
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. Gottfried Schiemann  
Prof. Dr. Jan Schürnbrand  
RA Dr. Dominik Skauradszun  
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner  
RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
Dr. Christian Traulsen  
RA Dr. Werner Walk  
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)  
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)  
MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Dr. Christian F. Majer\*

## Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten

### I. Einleitung

Nach der bis zum Erlass des Prostitutionsgesetzes herrschenden Auffassung war der Prostitutionsvertrag<sup>1</sup> sittenwidrig und damit nichtig i.S.d. § 138 I BGB.<sup>2</sup> Die Folge war, dass weder Freier noch Prostituierte Ansprüche hatten; insbesondere hatte die Prostituierte auch nach Vornahme der sexuellen Handlung keinen Anspruch gegen den Freier. Das hatte zur Folge, dass ein Freier, der eine Zahlung von vornherein nicht bezweckte, sich auch nicht wegen Betruges strafbar machte, da der Anspruch

der Prostituierten nicht zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehörte.<sup>3</sup>

Dieser Zustand wurde nun vom Gesetzgeber als unbillig empfunden, er hat daher das „Gesetz zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation der Prostituierten“ (ProstG) erlassen. Dessen § 1 hat folgenden Wortlaut:

*„Sind sexuelle Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen worden, so begründet diese Vereinbarung eine rechtswirksame Forderung. Das Gleiche gilt, wenn sich eine Person, insbesondere im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses, für die Erbringung derartiger Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt für eine bestimmte Zeitdauer bereithält.“*

Daneben enthält das Gesetz noch Bestimmungen zur Unübertragbarkeit der Forderung und zum Ausschluss von Einwendungen sowie Änderungen zum Strafgesetzbuch.

### II. Sittenwidrigkeit der Prostitution und das Prostitutionsgesetz

#### 1. Überblick über den Meinungsstand

Nicht ausdrücklich geregelt im ProstG ist die Frage, ob der Prostitutionsver-

---

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in Tübingen und Lehrbeauftragter an der Universität Konstanz.

<sup>1</sup> Siehe zu den gesellschaftlichen Hintergründen der Prostitution *Renzikowski*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Vorbem §§ 174 ff. Rdnr. 38 ff. m. umfangr. Nachweisen aus der soziologischen Literatur in Fn. 95-107.

<sup>2</sup> *BGH NJW* 1975, 638 (639 f.); *BGHZ* 67, 119 (122 ff.) = *NJW* 1976, 1883; *BGH NJW* 1984, 797; *Mayer-Maly/Armbrüster* in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2001, § 138 Rdnr. 57; *Medicus BGB AT*, 8. Aufl. Rdnr. 701; *Heinrichs* in: Palandt, Kommentar zum BGB, 60. Aufl. 2001, § 138 Rdnr. 37 ff.

---

<sup>3</sup> Siehe dazu etwa *BGHSt* 4, 373 = *NJW* 1953, 1839; *BGH NStZ* 1987, 407; *BGH BeckRS* 1988, 04205; *Kühne*, ZRP 2001, 383 (383); *OLG Hamm NJW* 1989, 2551; *Behm*, NStZ 1996, 317 (317).

trag nach wie vor als sittenwidrig i.S.d. § 138 I BGB anzusehen ist oder nicht. Darüber besteht nun ein erheblicher Streit.<sup>4</sup> Teilweise wird die Frage in Rechtssprechung und Literatur bejaht,<sup>5</sup> teilweise verneint.<sup>6</sup> Unstreitig hat die Prostituierte aufgrund § 1 ProstG einen Anspruch auf Zahlung des Lohns, wenn sie ihre Arbeit erbracht hat. Genauso unstreitig hat der Freier keinen Anspruch auf Vornahme der sexuellen Handlung, wobei hier die Begründungen erheblich divergieren. Man könnte

---

<sup>4</sup> Jedenfalls kann angesichts der jüngsten Entscheidung des BGH und der zahlreichen Stimmen in der Literatur (Fn. 5) keine Rede davon sein, dass sich, wie in der Öffentlichen Debatte und der Literatur gelegentlich behauptet wird, in den letzten Jahren die Ansicht durchgesetzt habe, die Sittenwidrigkeit sei zu verneinen.

<sup>5</sup> *BGH* (3. StS) *NStZ* 2011, 278 (278 f.); *OLG Schleswig* *NJW* 2005, 225 (227); *LAG Schleswig-Holstein*, BeckRS 2002, 30797103; *AG Berlin-Lichtenberg*, *MMR* 2012, 66 (67); *Ellenberger*, in: Palandt, *BGB*, 71. Aufl. 2012, § 1 ProstG Rdnr. 2; *Palm/Arnold*, in: Erman, *BGB*, § 138 Rdnr. 158; *Schiemann*, in: Staudinger, *BGB*, 2005, § 252 Rdnr. 15; *ders.*, in: Staudinger, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 2012, C Rdnr. 174; *Larenz/Wolf*, *BGB-AT*, 9. Aufl., 2004, § 41 Rdnr. 41; *Medicus*, *BGB-AT*, 9. Aufl., 2008, Rdnr. 701; *Majer*, *NJW* 2008, 1926 (1927); *Rauscher*, *LMK* 2008, 254388; *Vahle*, *NZA* 2002, 1077 (1078).

<sup>6</sup> *BVerfG NVwZ* 2009, 905 (907); *BGH* (3. ZS) *NJW* 2008, 140 (141); *VGH Mannheim*, *NJOZ* 2009, 2787 (2791); *Ahrens*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, *BGB*, 7. Aufl. 2012, § 138 Rdnr. 140; *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum *BGB*, 6. Aufl. 2012, § 1 ProstG Rdnr. 19; *ders.*, *NJW* 2002, 2763 (2764); *Fischinger*, in: Staudinger, *BGB*, 2011, § 1 ProstG Rdnr. 9 ff.; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, *StGB*, 28. Aufl. 2010, Vor §§ 174 ff. Rdnr. 8; *Rautenberg*, *NJW* 2002, 650 ff.; *Rüthers/Stadler*, *BGB-AT*, 16. Aufl. 2009, § 26 Rdnr. 38.

nun folglich annehmen, es handele sich um eine rein akademische Frage. Dem ist jedoch nicht so, wie die Auswirkungen auf andere Vertragsverhältnisse und die Beurteilung der Prostitution in anderen Zusammenhängen zeigt.<sup>7</sup>

Dabei muss vorab klargestellt werden, dass die Frage der Sittenwidrigkeit der Prostitution sich jedenfalls im Bereich des § 138 BGB auf die zugrunde liegende vertragliche Vereinbarung bezieht, nicht auf die Tätigkeit als solche: ein Realakt kann nicht nach § 138 BGB sittenwidrig und nichtig sein, die Norm betrifft nur Rechtsgeschäfte.

Wenn nun argumentiert wird, die durch das Prostitutionsgesetz geregelte Prostitution sei nur eine solche, bei der eine Rechtspflicht nicht begründet wird, und diese sei nicht sittenwidrig,<sup>8</sup> so treffen diese Ausführungen den Streit um die Sittenwidrigkeit i.S.d. § 138 I BGB nicht. Dieser betrifft ausschließlich die Frage, ob eine Vereinbarung, die auf sexuelle Handlungen gerichtet ist, Rechtspflichten erzeugt. Ob die Tätigkeit als solche sittenwidrig ist, ist insoweit nicht relevant.

---

<sup>7</sup> Siehe dazu unten IV.

<sup>8</sup> so *Fischinger*, in: Staudinger, *BGB*, 2012, § 1 ProstG Rdnr. 15.

## 2. Der Wille des Gesetzgebers

Erheblicher Streit besteht in der Literatur schon darüber, ob der Wille des Gesetzgebers dahin geht, die Prostitution nicht mehr dem Sittenwidrigkeitsverdikt des § 138 I BGB zu unterstellen.<sup>9</sup>

Dazu bedarf es einer genauen Betrachtung der Gesetzesmaterialien.

Anfangs nimmt der Gesetzgeber Bezug auf die herrschende Rechtsprechung, welche Prostitution als sittenwidrig und daher nichtig i.S.d. § 138 I BGB angesehen hat. Daraus ergaben sich nach Auffassung des Gesetzgebers diverse Benachteiligungen.<sup>10</sup>

Wörtlich wird nun ausgeführt: „Durch die gesetzgeberische Klarstellung, dass das Entgelt für die Tätigkeit der Prostituierten zivilrechtlich wirksam vereinbart werden kann, sollen diese Benachteiligungen aufgehoben werden.“<sup>11</sup>

Im Weiteren wird ausgeführt, die bislang herrschende Einordnung der Sittenwidrigkeit der Prostitution entspreche nicht mehr der heutigen Zeit und werde von weiten Teilen der Bevölkerung nicht geteilt. Die Einordnung als sittenwidrig habe schwerwiegende Kon-

sequenzen für die Prostituierten.<sup>12</sup> So dann wird ausgeführt:

„Hierzu wird im Gesetz eindeutig geregelt, dass Prostituierte einen Anspruch auf das vereinbarte Entgelt haben, *wenn sie ihre Leistung erbracht haben*. Die Vereinbarung verstößt nicht gegen die guten Sitten. Eine Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB *auf diese Vereinbarung* soll damit ausgeschlossen werden.“<sup>13</sup>

Satz 1 beschreibt nun den Gesetzeswortlaut. Satz 2 und 3 bezwecken einen Ausschluss der Anwendung des § 138 I BGB.

Vordergründig betrachtet hat der Gesetzgeber die Sittenwidrigkeit verneint. Genau betrachtet jedoch betreffen die Ausführungen den besonderen Typus des Prostitutionsvertrages nach § 1 ProstG. Daraus ergibt sich, dass eine Prostituierte nur dann einen Anspruch auf die vereinbarte Zahlung haben soll, wenn sie ihre Leistung erbracht hat. Das allerdings ist bei einem Vertrag üblicherweise nicht Voraussetzung.

Weiter führt der Gesetzgeber in der Kommentierung zu § 1 ProstG aus: „Eine Klarstellung ist dahin gehend notwendig, Prostituierten, die freiwillig ihre Tätigkeit anbieten, rechtlichen Schutz zu gewähren. Ihre Tätigkeit wird

<sup>9</sup> s. die in Fn. 5 genannten.

<sup>10</sup> BT-Drucks. 14/5958, S. 1.

<sup>11</sup> BT-Drucks. 14/5958, S. 2.

<sup>12</sup> BT-Drucks. 14/5958, S. 4.

<sup>13</sup> Hervorhebung von Verf.

vom Gesetzgeber nicht als gegen die guten Sitten verstoßend gewertet. § 138 Abs. 1 BGB ist *insoweit* nicht mehr anwendbar.“<sup>14</sup>

§ 1 ProstG soll also die Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB ausschließen, soweit sein Anwendungsbereich reicht.

Andererseits führt der Gesetzgeber aus: „Indem hierbei der Weg eines einseitig verpflichtenden Vertrages gewählt wurde, wird deutlich gemacht, dass es dem Gesetzgeber um Rechtsansprüche der Prostituierten, nicht aber um Rechtsansprüche zugunsten von Kunden und Bordellbetreibern gegen die Prostituierten geht.“<sup>15</sup> Und weiter: „Der Gesetzgeber will durch den vorliegenden Entwurf die rechtliche Stellung der Prostituierten – nicht die der Kunden, der Bordellbetreiber und anderer – verbessern.“<sup>16</sup>

Das steht zur Beurteilung der Prostitution als nicht mehr sittenwidrig in Kontrast: wenn Prostitution nicht mehr sittenwidrig ist, fehlt die Grundlage, Rechtsansprüche von Kunden, Bordellbetreibern und Dritten auszuschließen. Sieht man das Sittenwidrigkeitsverdikt über die Prostitution als durch das Gesetz aufgehoben an, handelt es sich um einen gewöhnlichen Vertrag, dem die

allgemeinen Wirkungen wie Erfüllungspflichten oder Schadensersatzansprüche sowie Folgewirkungen auf Drittverhältnisse zukommen.

Wenn die generelle Aufhebung des Sittenwidrigkeitsverdikts Ziel des Gesetzgebers gewesen wäre, hätte er dies in dieser Weise klarstellen können.

Das Gesetz und die Ausführungen dazu in den Materialien sind, vorsichtig ausgedrückt, unglücklich. Es drängt sich der Eindruck auf, der Gesetzgeber gehe davon aus, dass ein Vertrag zu seiner Wirksamkeit der besonderen gesetzlichen Grundlegung bedürfe.

Das ist freilich nicht der Fall. Ein Rechtsgeschäft ist wirksam, weil es dem Willen einer Partei entspricht; ein Vertrag demzufolge, weil er von beiden Parteien gewollt ist. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Privatautonomie; das BGB geht davon aus (s. § 311 I BGB).<sup>17</sup> Unwirksam ist das Rechtsgeschäft nur beim Vorliegen besonderer Gründe wie etwa dem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder eben dem Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB).

<sup>14</sup> Hervorhebung von Verf.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 14/5958, S. 4.

<sup>16</sup> BT-Drucks. 14/5958, S. 4.

<sup>17</sup> Mot. II 2; siehe aus der Literatur etwa *Busche*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2012, F Rdnr. 4; *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 4. Auflage 1992, § 15 (S. 6), *Bork*, BGB-AT, 3. Aufl. 2012, Rdnr. 99 ff.

Aus der Normierung eines Anspruchs der Prostituierten auf Entgelt nach Vornahme der sexuellen Handlung ergibt sich eben nicht im Gegenschluss, dass die sonstigen Ansprüche nicht bestehen.<sup>18</sup> Sie bestehen kraft Privatautonomie, solange die ihnen zugrunde liegenden Vereinbarungen nicht aus einem bestimmten Grund nichtig sind. Die fehlende ausdrückliche Anerkennung eines Anspruchs durch den Gesetzgeber bewirkt nicht, dass er als nichtig anzusehen ist.<sup>19</sup>

Der Wille des Gesetzgebers geht dahin, einen Anspruch der Prostituierten nach Vornahme der sexuellen Handlung anzuerkennen; *insoweit* soll die Vereinbarung nicht sittenwidrig sein. Kunden, Zuhälter und sonstige Dritte sollen aber nicht geschützt werden. Das ist, wie noch zu zeigen ist, nur dann zu erreichen, wenn die Vereinbarung im Übrigen sittenwidrig ist.

### 3. Die rechtliche Einordnung des Prostitutionsvertrags

Umstritten ist demzufolge auch die Rechtsnatur des Prostitutionsvertrages.

Teilweise wird vertreten, es handele sich um einen Realkontrakt.<sup>20</sup> Realkon-

trakte waren nach der römisch-rechtlichen Lehre ein bestimmter Vertragstypus, als Beispiel wurde das Darlehen genannt, welches nur zur Rückzahlung verpflichtete, wenn die Valuta ausbezahlt worden war. Hintergrund war, dass der Konsens nur in bestimmten Fällen genügend war, eine vertragliche Verpflichtung zu begründen.<sup>21</sup>

Das Privatrecht erkennt jedoch den Konsens generell als Grundlage für Verträge an; dass manche Ansprüche wie etwa der Darlehensrückzahlungsanspruch einen Realakt voraussetzen, steht dem nicht entgegen.<sup>22</sup> Die Konstruktion des Realkontrakts ist daher abzulehnen. Im konkreten Fall steht der Einordnung als Realkontrakt auch entgegen, dass ausdrücklich von „Vereinbarung“ die Rede ist.<sup>23</sup>

Nach anderer Ansicht handelt es sich um einen hinkenden Austauschvertrag wie im öffentlichen Recht: bei diesem bestehe eine nur einseitige Leistungspflicht, aber die Leistung der Behörde bilde die Geschäftsgrundlage.<sup>24</sup> Be-

<sup>18</sup> so aber *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 1 ProstG Rdnr. 7.

<sup>19</sup> kritisch zum ProstG insoweit auch *Rüthers/Stadler*, BGB-AT, 16. Aufl. 2009, § 26 Rdnr. 38.

<sup>20</sup> *Bergmann*, JR 2003, 270, 271 ff.

<sup>21</sup> Siehe zum ganzen etwa *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, 16. Aufl., 2008, § 38 Rdnr. 6 ff.

<sup>22</sup> Auch das Darlehen wird heute allgemein und mit Recht als Konsensualvertrag angesehen, siehe etwa *Freitag/Mülbert*, in: Staudinger, BGB, 2011, § 488 Rdnr. 11 (s. Rdnr. 9, 10 zur früheren Rechtslage).

<sup>23</sup> Ablehnend auch *Fischinger*, in: Staudinger, BGB, 2012, § 1 ProstG Rdnr. 26.

<sup>24</sup> So *Fischinger*, in: Staudinger, BGB, 2012, § 1 ProstG Rdnr. 28.

kannte Beispiele dafür finden sich im Städtebaurecht: Die Verpflichtung der Gemeinde zur Aufstellung eines Bebauungsplans ist unwirksam (§ 1 III 2 BauGB), die Verpflichtung des Privaten kann jedoch wirksam sein, dann gilt die Aufstellung des Bebauungsplan als Bedingung oder Geschäftsgrundlage.<sup>25</sup>

Das ist plausibel, allerdings setzt der hinkende Austauschvertrag eine vorgeschaltete vertragliche Verpflichtung voraus, die aus bestimmten Gründen nichtig ist. Das Verbot der Gemeinde nach § 1 III 2 BauGB, sich zur Aufstellung eines Bebauungsplans zu verpflichten, ist allgemein als Verbotsgesetz anerkannt, welches nach § 59 I VwVfG i.V.m. § 134 BGB zur Nichtigkeit der Vereinbarung führt.<sup>26</sup>

Hier ist jedoch – sofern man die Prostitution nicht als sittenwidrig ansieht – unklar, aufgrund welcher Norm dieser vorgeschaltete Vertrag nichtig sein soll.

Es handelt sich vielmehr um einen gewöhnlichen zweiseitig verpflichtenden Dienstvertrag: die Prostituierte verpflichtet sich zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen, der Freier verpflichtet sich zur Zahlung des Entgelts; insoweit ergibt sich kein Unterschied zu einem Vertrag über eine sons-

tige, am Körper zu erbringende Dienstleistung. Sieht man den Vertrag als sittenwidrig und demzufolge nach § 138 I BGB nichtig an, ergibt sich folgende Situation:

Der Freier hat keinen Anspruch auf Vornahme der sexuellen Dienstleistung, die Prostituierte keinen Anspruch auf Zahlung des Lohnes. Sie kann auch ihre Leistung wegen § 817 S. 2 BGB nicht kondizieren.

An diesem Punkt, der allgemein als ungerecht empfunden wurde, setzt nun das ProstG an. Es konstruiert ein einseitig verpflichtendes Vertragsverhältnis, das erst durch Vornahme der sexuellen Handlung entsteht. Die Nichtigkeit des vorangegangenen Vertrags wird dadurch aber vorausgesetzt.

### **III. Folgen der Frage der Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrages**

Die Frage, ob der Prostitutionsvertrag weiterhin als sittenwidrig anzusehen ist, soweit das ProstG keine Regelung enthält, hat erhebliche Konsequenzen.

#### **1. Auswirkungen auf sonstige Vertragsverhältnisse**

##### **a) Vertrag zwischen Prostituierte und Bordellbetreiber und zwischen Kunde und Bordellbetreiber**

Zwischen Prostituierte und Bordellbetreiber besteht ebenfalls ein Ver-

<sup>25</sup> Spieth, in: Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, 01.07.2012, § 56 Rdnr. 30.

<sup>26</sup> Spieth, in: Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, 01.07.2012, § 59 Rdnr. 16.

tragsverhältnis. Umstritten ist, ob der Bordellbetreiber einen Anspruch darauf hat, dass sich die Prostituierte für sexuelle Dienstleistungen bereithält.<sup>27</sup>

Bei dem Rechtsverhältnis zwischen Prostituiertes und Bordellbetreiber handelt es sich um einen Dienst- oder Arbeitsvertrag.<sup>28</sup> Dieser ist wirksam kraft der privatautonomen Entscheidung der Beteiligten, es sei denn, er verstößt gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten. Als ein gesetzliches Verbot kommt allenfalls § 1 ProstG in Frage: dieser enthält jedoch seinem Wortlaut nach keine Aussage zur Frage der Wirksamkeit sonstiger Vertragsbeziehungen. Er regelt nur einen Anspruch der Prostituierten nach Vornahme der sexuellen Handlung. Die in den Materialien geäußerte Absicht, dadurch Dritte nicht begünstigen zu wollen, begründet nicht den Charakter des § 1 ProstG als Verbotsgesetz.

Allenfalls könnte man, verneint man die Nichtigkeit nach § 138 BGB, die Vor-

schrift des § 888 III ZPO analog anwenden.<sup>29</sup>

Insoweit ist es konsequent, die Wirksamkeit des Vertrages anzunehmen, wenn die Sittenwidrigkeit zu verneinen wäre. Mit dem Ziel des Gesetzgebers, die Rechtsposition der Prostituierten zu stärken und nicht die der Bordellbetreiber, steht dieses Ergebnis freilich nicht in Einklang, im Gegenteil. Es führt dazu, dass die Position der Prostituierten gegenüber der früheren Rechtslage deutlich geschwächt wird, hat doch der Bordellbetreiber jetzt ein Druckmittel mehr gegenüber der Prostituierten. Der Gesetzgeber würde also die Position der Bordellbetreiber zu Lasten der Prostituierten stärken, was seiner erklärten Zielsetzung zuwiderläuft.

Ähnliches gilt für das Vertragsverhältnis zwischen Kunde und Bordellbetreiber. Hier ist das Prostitutionsgesetz nach zutreffender einhelliger Auffassung nicht anwendbar.<sup>30</sup> Dennoch ist der Vertrag – es handelt sich um einen Dienstvertrag, die Prostituierte ist Er-

---

<sup>27</sup> Bejahend etwa *Fischinger*, in: Staudinger, BGB, 2012, § 1 ProstG Rdnr. 50. Verneinend etwa *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 1 ProstG Rdnr. 13.

<sup>28</sup> *BGH NJW* 2004, 81 (81 f.); *Fischinger*, in: Staudinger, BGB, 2012, § 1 ProstG Rdnr. 50 *Vogelsang*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl. 2011, § 9 Rdnr. 47 m.w.N.

---

<sup>29</sup> So *Fischinger*, in: Staudinger, BGB, § 1 ProstG, 2012 Rdnr. 51.

<sup>30</sup> *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 1 ProstG Rdnr. 12; *ders.*, *NJW* 2002, 2763 (2764); *Fischinger*, in: Staudinger, BGB, 2012, § 1 ProstG Rdnr. 51; *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 01.02.2012, § 1 ProstG Rdnr. 6; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, Anh. zu § 138 Rdnr. 2.

füllungsgehilfin – wirksam, wenn man ihn nicht für sittenwidrig hält.<sup>31</sup> Das führt ebenfalls zu einer Stärkung der Rechtsposition der Bordellbetreiber, was dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziel, die Position Dritter nicht stärken zu wollen, zuwiderläuft.

### **b) Vermittlung von sexuellen Dienstleistungen**

Von der Frage der Sittenwidrigkeit abhängig ist auch, ob der Vermittler einer sexuellen Dienstleistung ein Vermittlungshonorar verlangen kann. Für den Fall der Vermittlung von Telefonsex bejahte der BGH dies mit Urteil vom 8.11.2007<sup>32</sup>: dem Anspruch des Vermittlers könne nach Erlass des ProstG nicht mehr mit Erfolg der Einwand der Sittenwidrigkeit entgegengehalten werden. Dies begründete der BGH unter anderem mit der Wertung, die dem Prostitutionsgesetz zugrunde liegt.<sup>33</sup>

In der Konsequenz muss auch einem Zuhälter, welcher den Kontakt zwischen einer Prostituierten und ihrem Kunden vermittelt, ein Honorar zustehen, sofern das mit dem Kunden vereinbart ist. Ausgeschlossen durch das

Prostitutionsgesetz ist lediglich, dass dieser die Ansprüche der Prostituierten geltend macht (§ 1 S. 2 ProstG). Nicht ausgeschlossen ist es danach aber, ein zusätzliches Honorar zu vereinbaren.

Das Urteil des BGH führt daher zu einer Konsequenz, die dem Willen des Gesetzgebers diametral entgegensteht, nämlich zu einer Verbesserung der Rechtsstellung sonstiger Beteiligter bei der Vereinbarung sexueller Dienstleistungen. Ein Vertrag über die Erbringung von Telefonsex ist im Übrigen eine Vereinbarung, die eine sexuelle Handlung zum Gegenstand hat und rechtlich nicht anders als die klassische Prostitution zu behandeln.<sup>34</sup>

### **2. Auswirkungen im Strafrecht**

Auch für das Strafrecht hat diese Frage erhebliche Auswirkungen. Unstreitig ist nun, dass Betrug gemäß § 263 I StGB zu Lasten der Prostituierten nun möglich ist, wenn der Freier nach Inanspruchnahme der sexuellen Dienstleistung das Entgelt nicht bezahlt. Der durch § 1 ProstG begründete Anspruch ist Bestandteil des strafrechtlich geschützten Vermögens.<sup>35</sup> Für die weiteren Fälle hängt die Beurteilung teilweise von der

<sup>31</sup> *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 1 ProstG Rdnr.23; *Fischinger*, in: Staudinger, BGB, 2012, § 1 ProstG Rdnr. 52.

<sup>32</sup> BGH NJW 2008, 140 ff.; *Rauscher*, LMK 2008, 254388; *Dehrer*, NJW 2002, 3747 (3748); Kritisch dazu *Majer*, NJW 2008, 1926 ff.

<sup>33</sup> BGH NJW 2008, 140 (141).

<sup>34</sup> So auch *AG Essen*, NJW 1989, 3162 (3163); *OLG Hamm*, NJW 1989, 2551; *LG Mannheim*, NJW 1995, 3398 ff.

<sup>35</sup> *Ziethen*, NStZ 2003, 184 (188); *Hefendehl*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2006, § 263 Rdnr. 432.

Beurteilung der Sittenwidrigkeit der Prostitution ab.<sup>36</sup>

Ebenfalls Auswirkungen hat die Frage auf die Strafbarkeit wegen Erpressung. Der BGH bejaht mit Urteil vom 18.1.2011 zutreffend eine Strafbarkeit wegen Erpressung erst dann, wenn nach Vornahme der sexuellen Handlung der Verzicht auf die Geltendmachung der Forderung abgenötigt wird.<sup>37</sup> Die erzwungene sexuelle Dienstleistung stellt daher keine Erpressung dar, weil ihr kein Vermögenswert zukommt. Der BGH (3. StrS) führt aus, dass er Prostitution weiterhin als sittenwidrig ansehe, sofern das ProstG keine Regelung treffe.<sup>38</sup>

Andernfalls wäre eine Erpressung auch bei einer erzwungenen sexuellen Handlung zu bejahen und jede sexuelle Nötigung einer Prostituierten wäre zugleich eine Erpressung bzw. ein Sonderfall dieser. Das lässt sich auch nicht mit dem Argument bestreiten, einer erzwungenen sexuellen Handlung komme trotz fehlender Sittenwidrigkeit einer solchen Vereinbarung wegen Verstoßes gegen die Menschenwürde nach

Art. 1 I GG kein Vermögenswert zu.<sup>39</sup> Selbstverständlich verstößt das Erzwingen einer sexuellen Handlung gegen die Menschenwürde nach Art. 1 I GG. Kommt einer freiwilligen sexuellen Handlung ein Vermögenswert zu, ist es nicht einleuchtend, die Prostituierte schlechter zu stellen, falls die Handlung nicht freiwillig war. Einer erzwungenen sonstigen Dienstleistung kommt regelmäßig ein Vermögenswert zu, der vom Dienstpflichtigen nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts.<sup>40</sup> Es existiert, sofern die Prostitutionsvereinbarung nicht rechtlich missbilligt ist, keine Grundlage, einen Vermögenswert hier abzulehnen.

### 3. Auswirkungen im Sozialrecht

#### a) Anspruch auf Vermittlungstätigkeit

Die Frage der Sittenwidrigkeit der Prostitution hat auch Auswirkungen im Sozialrecht. Ein Bordellbetreiber hatte von der Bundesagentur für Arbeit verlangt, ihm Prostituierte zu vermitteln. Das BSG verneinte mit Urteil vom 06.05.2009 eine Verpflichtung dazu und begründete dies damit, die „Förderung des Zustandekommens von Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnissen im

---

<sup>36</sup> Siehe zu den Konstellationen im Einzelnen *Hefendehl*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2006, § 263 Rdnr. 432 ff.; *Heger*, StV 2003, 350 (355); *Ziethen*, NStZ 2003, 184 (188).

<sup>37</sup> BGH NStZ 2011, 278 ff.

<sup>38</sup> BGH NStZ 2011, 278 (279).

---

<sup>39</sup> So aber *Zimmermann*, NStZ 2011, 211 (213).

<sup>40</sup> Siehe etwa BAG NJW 1993, 484; BGH BeckRS 1967, 30398153; OLG Stuttgart NJW 2000, 2680 (2683) (Zwangsarbeit während des 2. Weltkriegs).

Bereich der Prostitution (sei) weder mit den Zielsetzungen des SGB III noch mit der Wertordnung des GG zu vereinbaren“.<sup>41</sup>

Das BSG hat dabei die Frage der Sittenwidrigkeit der Prostitution mit der Begründung offen gelassen, jedenfalls verfolge das ProstG nicht den Zweck, sonstige Dritte wie Bordellbetreiber zu schützen.

Wäre allerdings mit dem Erlass des ProstG eine grundlegende rechtliche Neubewertung der Prostitution verbunden und das Sittenwidrigkeitsverdict ausgeschaltet, müsste diese Wertung auch im Bereich der Arbeitsvermittlung zu berücksichtigen sein. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die Wertungen des Grundgesetzes, welche das BSG als ein tragendes Argument anführt. Nach Ansicht der Befürworter der Aufhebung des Sittenwidrigkeitsverdicts der Prostitution gebieten es gerade die Wertungen des Grundgesetzes nicht, die Prostitution als sittenwidrig anzusehen.<sup>42</sup>

### **b) Prostitution als zumutbare Arbeit ?**

Noch weitaus gravierender ist die Frage, ob es sich bei Prostitution um eine zumutbare Arbeit i.S.d § 10 SGB II handelt. Die Folge der Bejahung wäre, dass

die Empfänger von Arbeitslosengeld sich darauf verweisen lassen müssen, als Prostituierte arbeiten zu müssen, um keine Kürzung der Zuwendung zu riskieren. Nach § 10 II Nr. 5 SGB II ist eine Tätigkeit unzumutbar unter anderem aus sonst wichtigen Gründen, dazu zählen auch Fälle der Rechts- und Sittenwidrigkeit. Nach überwiegender (und richtiger) Auffassung im Sozialrecht ist die Prostitution weiterhin als sittenwidrig anzusehen.<sup>43</sup> Verneint man die Frage nun aufgrund des Prostitutionsgesetzes, liegt es nahe, auch die Prostitution und sonstige Tätigkeiten im Sexualbereich als zumutbar anzusehen. Diese Konsequenz wird glücklicherweise von niemandem gezogen, es ist jedoch nicht stimmig, die Prostitution als legal und „sittenkonform“ anzusehen, ihre Zumutbarkeit dann aber doch als illegitim zu verneinen. Dass die Agenturen für Arbeit Prostitution aufgrund „Wertvorstellungen, über die Konsens besteht“ beziehungsweise aufgrund „grundsätzlicher Erwägungen“ nicht als zumutbar ansehen,<sup>44</sup> dürfte

<sup>41</sup> BSG NJW 2010, 1627 (1628).

<sup>42</sup> So etwa *Fischinger*, in: Staudinger, BGB, 2012, § 1 ProstG Rdnr. 12 ff.

<sup>43</sup> *Kapp*, in: BeckOK-Sozialrecht, 01.06.2012, § 10 SGB II Rdnr. 60; *Peters-Lange*, in: Gagel, SGB II/SGB III, 45. Aufl. 2012, § 36 SGB III Rdnr. 7d; wohl auch *Spellbrink*, in: Kreikebohm, Kommentar zum Sozialrecht, 2. Aufl. 2012, § 10 Rdnr. 16 (arg e Art. 1 GG); teilweise anders *Rixen*, SGB 2005, 509 ff.; *Rixen*, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, § 10 Rdnr. 108 (zwar nicht sittenwidrig, staatliches Verlangen aber illegitim).

<sup>44</sup> Siehe den Bericht des *BMFSFJ* über die Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes aus dem Jahr 2005, <http://www.bmfsfj.de/doku/Publikatio->

kaum hinreichend sein, zumal sich die Frage stellt, welche Wertvorstellungen das denn sein sollen, wenn doch Prostitutionsvereinbarungen nicht mehr sittenwidrig sind.<sup>45</sup>

#### **4. Auswirkungen im Öffentlichen Recht**

Einfluss kommt der Frage der Sittenwidrigkeit der Prostitution auch im öffentlichen Recht zu. So kann nach Art. 297 EGStGB „zum Schutz der Jugend oder des öffentlichen Anstandes“ ein Sperrbezirk für Prostituierte eingerichtet werden. Diese Norm wurde vom Bundesverfassungsgericht als verfassungskonform bestätigt, das Ziel, den „öffentlichen Anstand“ zu schützen, als legitim bezeichnet: Zweck sei der Schutz vor „mit einer nach außen hin auftretenden Prostitution typischerweise verbundenen Belästigungen und Gefährdungen“.<sup>46</sup> Auch die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte sieht auch nach Erlass des Prostitutionsgesetzes den Erlass von Sperrbezirksverordnungen nach Art. 297 EGStGB als

zulässig an.<sup>47</sup> Ferner stellt sich die Frage nach der Bewertung der Prostitution im Gewerbe- und Baurecht.<sup>48</sup>

Nimmt man an, Prostitutionsvereinbarungen seien generell nicht mehr als sittenwidrig anzusehen, ist es schwierig zu begründen, warum dennoch der „öffentliche Anstand“ den Erlass von Sperrbezirksverordnungen für Prostituierte rechtfertigen können soll, zumal beide Begriffe eine ähnliche Schutzrichtung haben.

#### **IV. Maßstab zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit der Prostitution**

Bislang wurde die Frage, ob der Prostitutionsvertrag gegen die guten Sitten verstößt und demzufolge nach § 138 I BGB nichtig ist, offen gelassen. Der Gesetzgeber will zwar, wie gezeigt das Sittenwidrigkeitsverdikt für die Prostitution aufheben, allerdings nur insoweit, wie das Prostitutionsgesetz reicht. Im Übrigen geht der Gesetzgeber wie gezeigt von einer Nichtigkeit der Vereinbarungen aus, jedenfalls ist das sein Ziel, wenn er eine Besserstellung sonstiger Dritter wie Kunden oder Zuhälter bei der Prostitution vermeiden will.

---

nen/prostitutionsgesetz/0302010401.html (Abruf am 19.7.2012) und den Bericht der Bundesregierung aus 2007, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/041/1604146.pdf> (Abruf am 19.7.2012).

<sup>45</sup> Abgesehen davon ist es nicht akzeptabel, die Frage in das Belieben der Arbeitsagenturen zu stellen, zumal diese Praxis sich unter dem Eindruck zunehmender finanzieller Haushaltslasten auch ändern kann.

<sup>46</sup> BVerfG NVwZ 2009, 905 (907).

---

<sup>47</sup> BVerwG NVwZ 2004, 743; OVG Münster, NVwZ-RR 2012, 516; VGH Mannheim, NJOZ 2009, 2787.

<sup>48</sup> Siehe dazu etwa Gurlit, GewA 2008, 426 ff., Renzikowski, GewA 2008, 432 ff., Kurz, Prostitution und Sittenwidrigkeit, GewA 2002, 142, Stühler, GewA 2005, 129.

Fraglich ist allerdings, ob es insoweit überhaupt auf den Willen des Gesetzgebers ankommt.

### 1. Auslegung des Begriffs der guten Sitten

Bei dem Begriff der guten Sitten handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, welcher der Konkretisierung durch andere Wertungen bedarf. Nach der Rechtsprechung des RG und des BGH war früher maßgeblich, ob das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verletzt ist.<sup>49</sup> Die Formel wirft natürlich die Schwierigkeit auf, den Kreis der „billig und gerecht denkenden“ zu bestimmen, was selbst wiederum eine Wertung voraussetzt. Maßgeblich sind daher vorwiegend die von der Rechtsordnung selbst getroffenen Wertungen, insbesondere die des Grundgesetzes.<sup>50</sup>

Sittenwidrig sind danach etwa Verträge, in denen sich eine Partei zur Einnahme empfängnisverhütender Mittel verpflichtet; das ergibt sich aus den Wer-

tungen der Art. 1 I i.V.m. 2 I, 6 I u. 6 IV GG.<sup>51</sup> Ein unbefristetes Wettbewerbsverbot ist ebenfalls nach § 138 I BGB nichtig, das ergibt sich aus der Wertung des Art. 12 GG.<sup>52</sup>

Zu erörtern ist demnach, ob Verträge mit der Pflicht zur Vornahme sexueller Handlungen gegen die Wertungen der Rechtsordnung, insbesondere des Grundgesetzes verstoßen.

Schon die oben genannten Beispiele weisen darauf hin, dass die Frage zu bejahen ist. Es leuchtet sich ein, warum die Verpflichtung zur Einnahme von empfängnisverhütenden Mitteln sittenwidrig sein soll, die Verpflichtung zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen aber nicht.

Die Frage des Verstoßes der Prostitution gegen die Wertungen des Grundgesetzes ist allerdings umstritten: während noch anerkannt ist, dass der Zwang zur Duldung sexueller Handlungen gegen die Menschenwürde nach Art. 1 GG verstößt,<sup>53</sup> so ist dies umstritten, wenn es sich um eine freiwillig begründete Verpflichtung handelt.

---

<sup>49</sup> RGZ 80, 219, 221; RGZ 120, 142, 148; BGHZ 10, 228, 232; BGHZ 17, 327, 332, 333; BGHZ 20, 71, 74; BGHZ 27, 172, 178.

<sup>50</sup> Jauernig, in: Jauernig, BGB, 13. Aufl. 2009, § 138 Rdnr. 6; Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 138 Rdnr. 20; Schiemann, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2012, C Rdnr. 174. Wendtland, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 01.02.2012, § 138 Rdnr. 17; Heinrich/Dörner, in: Schulze u.a. Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Aufl. 2006, § 138 Rdnr. 3.

---

<sup>51</sup> Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012 § 138 Rdnr. 21 m.w.N.

<sup>52</sup> BGH NJW 2010, 1206 ff.; Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 138 Rdnr. 21.

<sup>53</sup> Siehe nur Fischinger, in: Staudinger, BGB, 2011, § 1 ProstG Rdnr.15.

Die Freiwilligkeit einer Maßnahme schließt allerdings nach allgemeinen Maßstäben jede Grundrechtsverletzung aus, sofern der Einzelne über dieses Recht disponieren kann. Ist der Betroffene mit der Maßnahme einverstanden, so ist er nicht in seinem Grundrecht verletzt.<sup>54</sup>

Das würde im Bereich des § 138 I BGB dazu führen, dass Grundrechte generell ungeeignet sind, Maßstab für die Bestimmung der guten Sitten zu sein, sofern es sich um Verträge handelt. Diese setzen beiderseitige Freiwilligkeit voraus, eine Verletzung der Grundrechte in ihrer subjektiv-rechtlichen Funktion scheidet aus.

Maßgeblich ist daher nicht das Grundrecht als subjektives Recht, sondern als objektive Wertentscheidung.

Zur Menschenwürde gehört anerkanntermaßen ein absolut geschützter Bereich der privaten Lebensgestaltung.<sup>55</sup> Dieses erlangt in der Rechtsprechung in der Regel zwar vorwiegend als Abwehrrecht gegenüber dem Staat Bedeu-

tung. Es muss aber auch als objektive Wertentscheidung<sup>56</sup> im Privatrecht Berücksichtigung finden, sodass der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung nicht nur staatlichen Eingriffen, sondern auch einer rechtlich anerkannten Kommerzialisierung entgegenstehen muss.

Die Intimsphäre ist auch als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 1 i.V.m. 2 I GG geschützt. Das umfasst über den engen Bereich des fehlenden Sozialbezuges wie etwa Tagebuchzeichnungen hinaus unter anderem auch den Sexualbereich einer Person.<sup>57</sup>

Daraus ergibt sich die Wertung, dass dieser Bereich frei sein soll von staatlicher Einflussnahme; zu dieser gehört auch die Anerkennung einer Rechtspflicht zur Vornahme sexueller Handlungen. Der Intimbereich des Menschen bedarf des Schutzes nicht nur gegen direkte staatliche Einflussnahme, sondern auch vor Verrechtlichung und staatlich anerkannter Kommerzialisierung. Dies bedeutet keine „Tugenddik-

---

<sup>54</sup> Siehe nur *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Januar 2012, Art. 2 Rdnr. 36, eingehend und mit weiteren Nachweisen zur verfassungsrechtlichen Diskussion eines Schutzes der Menschenwürde gegen ihren Träger.

<sup>55</sup> *BVerfGE* 6, 32, 41; 80, 367, 373; *Hillgruber*, in: Beckscher Online-Kommentar Grundgesetz, 01.07.2012, Art. 1 Rdnr. 26; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein, Grundgesetz, 6. Aufl., 2010, Art. 1 Rdnr. 35; *Kloepfer*, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 2010 § 55 Rdnr. 27.

---

<sup>56</sup> Siehe dazu *BVerfGE* 7, 198 (207); *Kloepfer*, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 2010, § 48 Rdnr. 34 ff.; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Januar 2012, Art. 1 Rdnr. 58.

<sup>57</sup> *BVerfGE* 47, 46 (73); *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Januar 2012 Art. 2 GG Rdnr. 200; *Hillgruber*, in: BeckOK-GG, 01.07.2012, Art. 2 Rdnr. 39.

tatur<sup>58</sup> oder staatliche Bevormundung, sondern setzt nur die grundgesetzlichen Wertungen um. Zu berücksichtigen ist auch, dass sich jemand in den meisten Fällen nicht zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung verpflichtet wird, es sei denn, er befindet sich in extremer wirtschaftlicher Not oder einer sonstigen Zwangslage. Insoweit kann von einer Freiwilligkeit ohnehin nur eingeschränkt die Rede sein.<sup>59</sup> Eine ähnliche Problematik regelt das Verbot des Organhandels; es verfolgt den Zweck, zu verhindern, dass Menschen dem Anreiz ausgesetzt werden, ihre Gesundheit um wirtschaftlicher Vorteile willen beeinträchtigen.<sup>60</sup> Es wurde vom Bundesverfassungsgericht als verfassungsgemäß beurteilt;<sup>61</sup> dieses hält ausdrücklich fest, dass es ein legitimes Anliegen des Gemeinwohls sei, Menschen daran zu hindern, sich

einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen.<sup>62</sup>

## 2. Einschätzung des Gesetzgebers

Die Einschätzung des Gesetzgebers ist demgegenüber nicht maßgeblich. Dem Gesetzgeber steht nicht die Befugnis zu, sich über die Wertungen des Grundgesetzes hinwegzusetzen.

Ein Gesetz, das die Prostitution allgemein für zulässig erklärt,<sup>63</sup> wäre anhand des Grundgesetzes auf seine Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen. Bedenklich wäre insbesondere die Anerkennung einer vertraglich begründeten Rechtspflicht zur Vornahme sexueller Handlungen. Der Erlass eines Gesetzes zur Regelung dieser Fragen wäre jedoch der Weg, den der Gesetzgeber gehen könnte, wenn er bestimmte Wertungen treffen wollte. Umgekehrt steht es dem Gesetzgeber frei, bestimmte Verhaltensweisen zu verbieten, die Nichtigkeit würde sich dann aus § 134 BGB i.V.m. diesem Gesetz ergeben, welches freilich wiederum an den Grundrechten der Betroffenen zu prüfen wäre.<sup>64</sup>

---

<sup>58</sup> So aber *Fischinger*, in: Staudinger, BGB, § 1 ProstG, 2012, Rdnr. 13.

<sup>59</sup> Wie hier *Looschelders*, in: Nomos-Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2012, § 1 ProstG Rdnr. 12; *Schittek*, NVwZ 1988, 80 ff.; kritisch zu diesem Ansatz *Renzikowski*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2005, Vor §§ 174 ff. Rdnr. 45.

<sup>60</sup> Siehe nur *König*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, Transplantationsgesetz, 1. Aufl., 2005, Vor §§ 17, 18 Rdnr. 22: „Autonomieschutz gegen Selbstkorrumpierung“.

<sup>61</sup> BVerfG NJW 1999, 3399 ff.; siehe dazu *Rixen* NJW 1999, 3399 ff.; *Gutmann*, NJW 1999, 3387 ff.

---

<sup>62</sup> BVerfG NJW 1999, 3399 (3401); ablehnend *Gutmann*, NJW 1999, 3387 (3388), welcher dem BVerfG Paternalismus vorwirft.

<sup>63</sup> Was der Gesetzgeber aber auch nicht intendiert, siehe oben.

<sup>64</sup> Zu prüfen wären Art. 2 I GG und Art. 12 I GG, eine Rechtfertigung dürfte aber ohne weiteres zu bejahen sein.

Die in Gesetzesmaterialien beiläufig geäußerte Ansicht, eine bestimmte Vereinbarung sei nicht mehr sittenwidrig, kann jedenfalls nicht alleiniger Maßstab sein, wenn sie im Gesetz keinen Niederschlag findet und auch mit der *ratio legis* (Schutz nur der Prostituierten, nicht der Kunden, Zuhälter etc.) nicht in Einklang steht.

### 3. Anschauung der Bevölkerung

In diesem Zusammenhang wird meist darauf verwiesen, dass nach den heutigen Anschauungen der Bevölkerung die Prostitution nicht mehr sittenwidrig sei.<sup>65</sup>

Zum Beleg dient ein Urteil des VG Berlin vom 1.12.2000 zum Gaststättenrecht, welches für die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „Unsittlichkeit“ oder „öffentlicher Ordnung“ unter anderem auf demoskopischen Erhebungen sowie Stellungnahmen von Trägern öffentlicher Belange oder in den Medien verwies.<sup>66</sup>

Allerdings konzidiert das VG Berlin selbst, dass demoskopische Umfragen nicht alleiniger Maßstab sein können, will sie aber berücksichtigen, wenn sie

von der Einschätzung von Fachleuten und Trägern öffentlicher Belange gestützt werden.<sup>67</sup>

Die Grundlage dieser Tendenz besteht darin, dass das Sittenwidrigkeitsverdict über die Prostitution sich auf frühere moralische Anschauungen stützte; folgerichtig ist es dann, zu überprüfen, inwieweit diese Anschauungen heute auch noch Gültigkeit beanspruchen.

Freilich sind moralische Anschauungen nach heute überwiegender Auffassung nicht maßgebliche Grundlage für ein Sittenwidrigkeitsverdict. In einer pluralistischen Gesellschaft, in welcher die Grundrechte des Einzelnen oberster Maßstab sind, kommen moralischen Anschauungen nicht die allein bestimmende Funktion über die Zulässigkeit des Handelns anderer zu, nur die ethisch-moralischen Mindeststandards, welche nach allgemeiner Auffassung bestehen, sind insoweit maßgeblich.<sup>68</sup>

Die Beurteilung der Prostitution als sittenwidrig mag sich in der Vergangenheit auf moralische Anschauungen gestützt haben, nach heutiger Auffassung ergibt sich dies allerdings allein aus den Wertungen des Grundgesetzes.

Abgesehen davon ist es fraglich, ob Prostitution generell nach der heutigen

---

<sup>65</sup> So vor allem BT-Drucks. 14/5958, S. 4; *Fischer*, in: Staudinger, BGB, 2012, § 1 ProstG Rdnr. 14; *BGH NJW* 2002, 361, 361 f.; *Wesel*, *NJW* 1998, 120, 121; *BGH NJW* 2008, 140, 141; *OLG Köln*, *MMR* 2001, 43, 44.

<sup>66</sup> *VG Berlin*, *NJW* 2001, 983 ff.

---

<sup>67</sup> *VG Berlin*, *NJW* 2001, 983 (988).

<sup>68</sup> Siehe nur etwa *Schiemann*, in: Staudinger, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 2012, C Rdnr. 174.

Anschauung der Bevölkerung nicht mehr sittenwidrig sein soll. Auf Frage „Finden Sie es richtig, dass Prostitution nicht mehr sittenwidrig und die Förderung von Prostitution nicht mehr strafbar sein soll?“ antworteten im September 2006 40 % mit „richtig“, 33 % mit „nicht richtig“ und 27 % mit „unentschieden“.<sup>69</sup> Eine klare Mehrheit sieht anders aus.

Zudem muss bei der Berücksichtigung solcher Umfragen immer hinterfragt werden, ob die Befragten überhaupt verstanden haben, was „sittenwidrig“ bedeutet. Die Frage impliziert, es gehe lediglich um ein moralisches Unwerturteil und nicht um eine rechtliche Einschätzung. Dass die Ergebnisse anders aussehen, wenn man fragt, ob der Prostitutionsvertrag ein Vertrag ist, der Rechtspflichten erzeugen soll, ist nicht belegt, liegt aber nahe.

## V. Fazit und Ausblick

Vereinbarungen, die sexuelle Dienstleistungen zum Gegenstand haben, sind sittenwidrig und damit nichtig nach § 138 I BGB.<sup>70</sup> Etwas anderes ergibt sich

---

<sup>69</sup> Allensbacher Jahrbuch der Demoskopie, 2003-2009, S. 188.

<sup>70</sup> Von den Befürwortern der Aufhebung der Sittenwidrigkeit wird eine Rechtspflicht teilweise unter Berufung auf die Menschenwürde verneint, siehe *Fischinger*, in: Staudinger, BGB, § 1 ProstG, 2012 Rdnr. 35. Dem ist beizupflichten, allerdings ergibt sich die Nichtigkeit einer Vereinbarung nicht unmittelbar aus dieser, weil

auch nicht aus dem Prostitutionsgesetz: der Wille des Gesetzgebers geht dahin, die Prostitution insoweit nicht mehr als sittenwidrig anzusehen, wie dieses Verdikt der Prostituierten Nachteile bringt. Daher wurde ein Entgeltanspruch der Prostituierten nach Vornahme der sexuellen Handlung statuiert. Die Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrages resultiert aus der Wertung des Art. 1 I GG (Menschenwürde) sowie Art. 1 I i.V.m. 2 I GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht), welcher eine Kommerzialisierung und Verrechtlichung des Intimbereichs entgegenstehen und Verpflichtungen zur Vornahme sexueller Handlungen untersagen.

Befremdlich ist zudem die ständige Betonung der Sittenwidrigkeitsfrage durch den Gesetzgeber: es drängt sich der Eindruck auf, mit der Bejahung der Sittenwidrigkeit sei ein moralisches, durch die heutigen Anschauungen überholtes Werturteil über die Tätigkeit der Prostituierten getroffen. Das ist freilich nicht der Fall: es handelt sich bei der Sittenwidrigkeit um einen Rechtsbegriff, der zwar auch auf außerrechtliche Wertungen verweist, jedoch vorwiegend durch rechtsethische Maßstäbe wie der grundgesetzlichen Werteordnung be-

---

Grundrechte keine unmittelbaren Wirkungen auf Privatpersonen haben, sondern vermittelt über die Generalklauseln des Zivilrechts wie etwa § 138 I BGB.

stimmt wird.<sup>71</sup> Die Bewertung eines Vertrages als sittenwidrig setzt mit anderen Worten nicht voraus, dass ein Verhalten auch als unsittlich im Sinne von (beiderseits) moralisch verwerflich angesehen wird.

Darüber hinaus muss die Frage gestellt werden, ob sich die Rechtsstellung der Prostituierten tatsächlich durch das Prostitutionsgesetz verbessert hat.

Schon ob die Anerkennung eines Anspruchs der Prostituierten den gewünschten Erfolg hat, muss bezweifelt werden. Die Annahme, Prostituierte würden rechtlich gegen ihre nicht zahlungswilligen Freier vorgehen, war von vornherein realitätsfremd; tatsächlich haben nach dem Bericht des BMFSFJ über die Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes aus dem Jahr 2005 nur 1,3 % der befragten Prostituierten angegeben, seit Erlass des Prostitutionsgesetzes Forderungen gegen Freier geltend gemacht zu haben; eine Befragung der Gerichte, Behörden, sowie von Mitarbeitern der Beratungsstellen hatte kein einziges Klageverfahren auf Entgeltzahlung zu Tage gebracht.<sup>72</sup> Nach Aussagen von Kriminalbeamten ist Deutschland zudem „zum Eldorado für Zuhälter

und Bordellbetreiber“ geworden;<sup>73</sup> das Prostitutionsgesetz habe vor allem die Position der Zuhälter gestärkt.<sup>74</sup>

Nach einer von der EU finanzierten Studie aus dem Jahr 2010 hat der Menschenhandel infolge des Prostitutionsgesetzes sogar noch zugenommen.<sup>75</sup>

Der Gesetzgeber ist daher gut beraten, das Prostitutionsgesetz zu ändern. Er sollte klarstellen, dass die allgemeinen Vorschriften des BGB, insbesondere § 138 BGB, anwendbar sind, soweit nicht das Prostitutionsgesetz Sonderregeln enthält. Er sollte zudem klar zum Ausdruck bringen, dass die Sittenwidrigkeit der Prostitution als solche vom Gesetz nur insoweit eingeschränkt wird, wie es ausdrückliche Regelungen zum Schutz der Prostituierten enthält. Darüber hinaus sind weitere Maßnahmen zur Bekämpfung insbesondere der Zwangsprostitution erforderlich.<sup>76</sup> Man sollte allerdings auch darüber nachdenken, ob der eingeschlagene Weg der rechtlichen Regulierung der Prostitution durch das Prostitutionsgesetz der richtige ist; in Schweden beispielsweise

---

<sup>71</sup> Siehe oben V 1.

<sup>72</sup> <http://www.bmfsfj.de/doku/Publikationen/prostitutionsgesetz/pdf/gesamt.pdf>, S. 65. (Abruf am 19.7.2012).

---

<sup>73</sup> <http://daserste.ndr.de/panorama/aktuell/prostitution131.html> (Abruf der Seite am 19.7.2012).

<sup>74</sup> Schmidbauer, NJW 2005, 871 (872). Kritisch zu Verschärfungen des Strafrechts in diesem Bereich Renzikowski, ZRP 2005, 213 ff.

<sup>75</sup> Abrufbar unter [http://www2.vwl.wiso.uni-goettingen.de/courant-papers/CRC-PEG\\_DP\\_96.pdf](http://www2.vwl.wiso.uni-goettingen.de/courant-papers/CRC-PEG_DP_96.pdf) (Datum des Abrufs der Seite: 19.7.2012).

<sup>76</sup> Vorschläge bei Mäurer, ZRP 2010, 253 ff.

ist Prostitution verboten und strafbar, allerdings nur für Freier, nicht für Prostituierte, da diese mit Recht als Opfer der Prostitution angesehen werden.<sup>77</sup> Doch das ist ein anderes Thema.

---

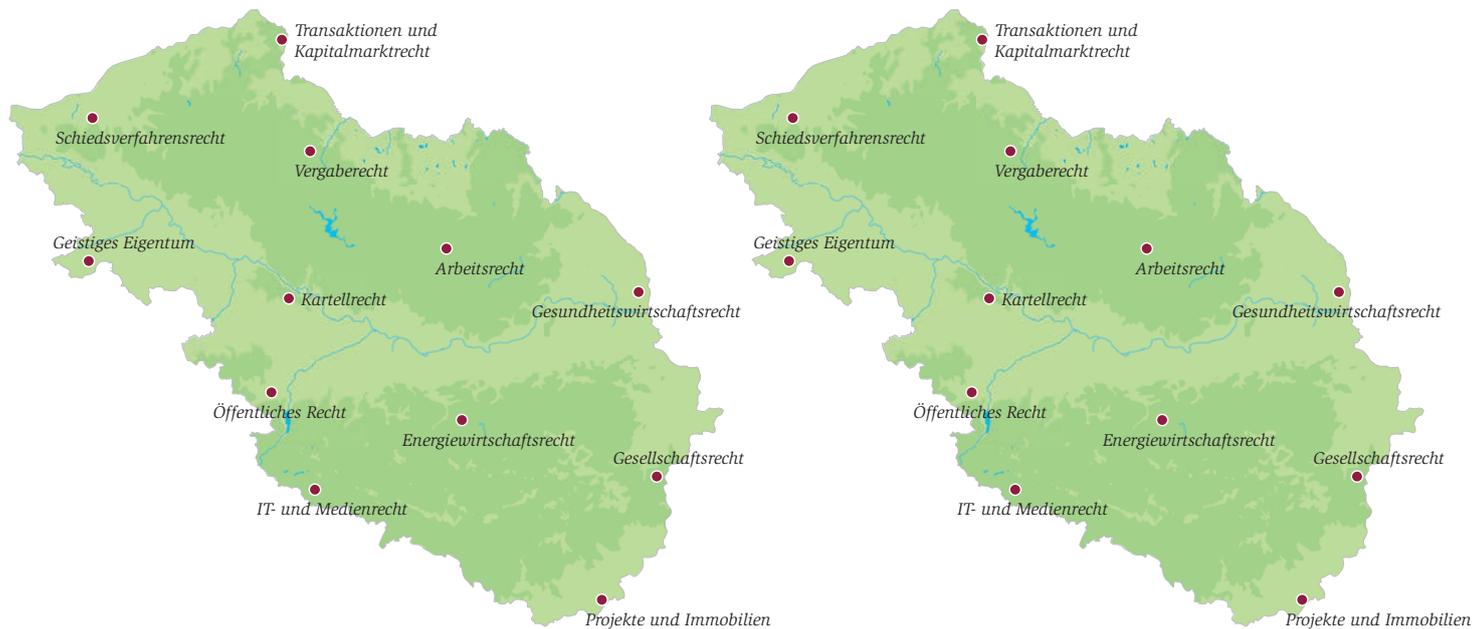
<sup>77</sup> Das kann an dieser Stelle nicht näher vertieft werden, s. zum schwedischen Modell etwa *Hamdorf/Lernestedt*, KJ 2000, 352 ff.

Willkommen bei

# OPPENLÄNDER

*Schöne Aussichten!*

Karriere in der Welt der Wirtschaft



*Jetzt auch  
in München!*

## Ihr Weg bei OPPENLÄNDER Rechtsanwälte

Ihre Anwaltskarriere starten Sie als Angestellte/r mit attraktivem Einstiegsgehalt. Nach 3 Kalenderjahren ist Ihre Aufnahme als assoziierter Partner angestrebt; nach Ablauf zweier weiterer Kalenderjahre die Aufnahme als Partner und Gesellschafter. Weitere Zwischenschritte halten wir nicht für sinnvoll.

Referendarstationen betrachten wir als optimale Gelegenheit zum Kennenlernen. Referendare werden von uns individuell ausgebildet und erhalten eine zusätzliche Vergütung. Promotionsvorhaben unterstützen wir ebenfalls.

*Das sollten Sie mitbringen, wenn Sie bei uns beginnen möchten:*

- hervorragende Examina (mindestens „vollbefriedigend“)
- vorzugsweise eine Promotion (weitgehend abgeschlossene Dissertation)
- Freude an wissenschaftlichem und zugleich praxisbezogenem Arbeiten

OPPENLÄNDER

RECHTSANWÄLTE

Prof. Dr. G. Schiemann\*

## Parken unerwünscht

### Sachverhalt:

Als S eines Morgens zur Arbeit fahren will, findet er die Ausfahrt seiner Garage durch den Wagen des R blockiert. Durch Nachfrage in einem Nachbarhaus ermittelt S, dass R sich dort gerade bei einem Arzt in Behandlung befindet. R ist nicht bereit, die Behandlung zu unterbrechen. Vielmehr lässt R den S durch die Sprechstundenhilfe auffordern, die halbe Stunde bis zum Ende seiner Behandlung auf ihn zu warten. Als S mit dem Abschleppen des Fahrzeugs droht, lässt R ihm ausrichten, dafür werde er auf keinen Fall zahlen. S beauftragt dennoch den Abschleppunternehmer A, den Wagen des R von seiner Garagenausfahrt zu entfernen. A schickt nach knapp fünf Minuten seinen mit guten Zeugnissen vor kurzem neu eingestellten Mitarbeiter M, so dass S endlich die Fahrt zur Arbeit antreten kann. M verhält sich beim Abschleppen von R's Wagen aber so ungeschickt, dass er dieses Fahrzeug und den ordnungsgemäß geparkten Wagen des P jeweils nicht unerheblich beschädigt. Die Reparatur des Fahrzeugs von R wird

mit 2.000,00 Euro, diejenige des Fahrzeugs von P mit 3.000,00 Euro veranschlagt.

Als R und P ihren Schaden bei A geltend machen, stellt sich heraus, dass bei diesem nichts mehr zu holen ist. A seinerseits besteht gegenüber S auf Bezahlung des vereinbarten Abschlepplohns von 207,00 Euro. Als sich S deswegen an R wendet, erklärt ihm dieser empört, S solle ihm „den Anspruch gefälligst vom Halse schaffen“. Wenn er schon seinen Schaden von A nicht ersetzt bekomme, wolle er nicht auch noch die Abschleppkosten übernehmen. Zutreffend weist R auch darauf hin, dass S höchstens 70,00 Euro hätte aufwenden müssen, wenn er mit dem Taxi zur Arbeit und wieder nach Hause gefahren wäre.

### Aufgabe:

In einem Rechtsgutachten ist zu prüfen, ob

- a) S den R wegen der Abschleppkosten in Anspruch nehmen kann,
- b) R wegen der Beschädigung seines Fahrzeugs ein Anspruch gegen S zusteht,
- c) P wegen der Beschädigung seines Fahrzeugs Ansprüche gegen R und S geltend machen kann.

---

\* Der Autor ist em. o. Prof. an der Universität Tübingen.

Vermerk für die Bearbeiter: Nach § 12 Abs. 3 Nr. 3 StVO ist das Parken vor Grundstücksein- und -ausfahrten unzulässig.

### Lösungshinweise

I. Ansprüche des S gegen R auf Freistellung von der Abschlepplohnverpflichtung

1. aus **§§ 683 S. 1, 670 BGB**

a) Bei der Veranlassung des Abschleppens durch S könnte es sich um ein **Geschäft des R** gehandelt haben. Das Wegschaffen eines Fahrzeugs zur Beseitigung einer verkehrswidrigen Situation ist in erster Linie Sache des Fahrers. Überdies kommt eine Verpflichtung des R gegenüber S zum Wegschaffen seines Fahrzeugs nach §§ 1004, 862, 823 BGB in Betracht (dazu genauer unten 3b). Mit der Veranlassung des Abschleppens hat S daher objektiv ein Geschäft des R geführt. Dass R selbst mit dem Fahrzeug einfach hätte wegfahren können, während S einen Abschleppunternehmer einschalten musste, hindert nicht die Annahme einer objektiv fremden Geschäftsführung<sup>1</sup>. Ferner hindert die Tatsache, dass S vor allem sich selbst „freie Fahrt“ verschaffen wollte, nicht die Annahme seines Fremdgeschäftsführungswillens. Eine genauere Unter-

suchung ist nicht erforderlich, da nach h.M.<sup>2</sup> der Fremdgeschäftsführungswille beim auch-fremden Geschäft jedenfalls vermutet wird.

b) Der Anspruch aus § 683 S. 1 BGB ist aber nur gegeben, wenn die Übernahme der Geschäftsführung, also die Räumung der Garagenzufahrt durch das Abschleppen von R's Fahrzeug, dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des R entsprach<sup>3</sup>. Hier hat R sich ausdrücklich dagegen ausgesprochen, dass S zu seinen Lasten das Fahrzeug abschleppen lässt. Der **wirkliche Wille** des R steht der Geschäftsführung also entgegen. Auf den mutmaßlichen Willen oder das Interesse des Geschäftsherrn kommt es dann in der Regel nicht mehr an<sup>4</sup>.

Ausnahmsweise könnte der entgegengesetzte Wille des R nach § 683 S. 2 BGB unbeachtlich sein, wenn die Voraussetzungen des **§ 679 BGB** gegeben sind. Aus § 12 Abs. 3 Nr. 3 StVO ergibt sich, dass die Pflicht, nicht vor Grund-

---

<sup>2</sup> BGHZ 140, 102 = NJW 1999, 858, 860; BGHZ 98, 235, 240 = NJW 1987, 187; BGH, NJW-RR 2008, 683 Tz 18; Gehrlein, in: BeckOK, BGB, Stand 1.5.2012, § 687 Rdnr. 15; Beuthien, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. (2012), § 687 Rdnr. 5; Baldringer, NZV 2005, 75 (77).

<sup>3</sup> BGHZ 16, 12; BGHZ 33, 251; BGHZ 47, 370; BGHZ 98, 235.

<sup>4</sup> Der wirkliche Wille ist selbst dann maßgebend, wenn er den objektiven Interessen widerspricht oder unvernünftig ist, BGHZ 138, 281; OLG Saarbrücken, Urt. v. 24.03.2009 - 4 U 103/08, Rz. 56.

---

<sup>1</sup> Lorenz, NJW 2009, 1025 (1027); Paal/Guggenberger, NJW 2011, 1036 (1039); Medicus, JZ 1967, 65 (65); Dörner, JuS 1978, 668 (688).

stücks- und Garagenzufahrten zu parken, auch im öffentlichen Interesse erfüllt werden muss (vgl. auch unten III. A 1a am Ende). Daraus allein ergibt sich jedoch noch nicht ein öffentliches Interesse am Abschleppen eines falsch geparkten Fahrzeugs. Es ist freilich anerkannt, dass in Fällen der vorliegenden Art auch die Polizei nach pflichtgemäßem Ermessen das Abschleppen veranlassen kann<sup>5</sup>. Hiermit ist aber noch nicht gesagt, dass das Eingreifen eines privaten Geschäftsführers im öffentlichen Interesse liegt. In der Regel soll sich gerade im Straßenverkehr der Private nicht zum Vertreter der Polizei aufschwingen<sup>6</sup>.

(Der entgegengesetzte Standpunkt ist sicher vertretbar. Fraglich bleibt dann nur, ob die nach dieser Auffassung im öffentlichen Interesse bestehende Pflicht des R, sein Fahrzeug aus dem verbotenen Parkraum zu entfernen, ohne die Geschäftsführung durch S nicht rechtzeitig erfüllt worden wäre. Hierzu genügt jedoch, dass die Erfüllung der Pflicht zum Zeitpunkt der Maßnahme fällig war<sup>7</sup>. Diese Voraus-

setzung ist vom Beginn des Falschparkens an erfüllt. Gegenüber dem Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 683 S. 1, 670 BGB sind die unten (I 3 c) erörterten Fragen der Obliegenheit des S zur Schadensbeseitigung nach § 254 BGB in einem etwas anderen Zusammenhang zu behandeln: „Erforderlich“ i. S. des § 670 BGB war zwar die Eingehung der Verbindlichkeit aus dem Abschleppvertrag; deren Erfüllung aber ist es nicht, wenn die Verbindlichkeit selbst durch Aufrechnung mit dem Ersatzanspruch wegen der Schädigung des R zum Erlöschen gebracht werden kann.)

## 2. aus §§ 684, 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB

Wenn die Geschäftsführung weder durch Wille und Interesse des R, noch gemäß § 679 BGB gerechtfertigt war, so kommt wenigstens ein Anspruch des S auf **Herausgabe eines Vorteils** des R durch Beseitigung der von R zu vertretenden Störung in Betracht.

Zweifelhaft ist aber schon, ob R durch das Abschleppen überhaupt „etwas“ erlangt hat. Denn ohne die Selbsthilfe des S hätte R selbst eine halbe Stunde später die Störung beseitigt; Kosten wären ihm daraus nicht entstanden. Eine gerichtliche Verfolgung des Beseitigungsanspruchs hätte R nicht fürchten müssen, da die Störung nur kurze Zeit andauerte. Die Selbsthilfe des S

<sup>5</sup> Dazu genauer *Biletzki*, NZV 1996 (303 ff); *Jahn*, NZV, 1989 (300 ff); *Bouska*, 21. Deutscher Verkehrsgerichtstag, 1983, 282 ff; *VG Freiburg*, NJW 1979, 2060 ff.

<sup>6</sup> S. etwa *Dörner*, JuS 1978, 669, sowie *Paal/Guggenberger*, NJW 2011, 1036 (1037) zur Anbringung sog. Parkkrallen durch Privatpersonen.

<sup>7</sup> *BGH*, NJW 1978, 1258.

bewirkte allenfalls die Beseitigung des Schadens, für den R hätte aufkommen müssen. Eine Bereicherung läge darin aber nur, wenn die zu befürchtenden Schäden die Schadensverhinderungskosten überschritten hätten. Das ist hier nicht der Fall, da durch den Aufwand von 207,00 Euro nur ein wirtschaftlicher Schaden von 70,00 Euro vermieden worden ist.

Stellt man stattdessen auf den durch die Einsperrung selbst entstandenen Schaden ab, liegt keine Bereicherung bei R vor, weil die Abschleppkosten ihrerseits Schäden waren, für die R möglicherweise aufkommen musste; denn dann ist R gerade nicht von der Ersatzpflicht befreit worden<sup>8</sup>.

### 3. aus § 823 Abs. 1 BGB

a) Als Verletzungsobjekt kommt zunächst die **Freiheit** des S in Betracht, nach seinem Belieben sein Fahrzeug zu gebrauchen. In diesem Sinne versteht Eckert<sup>9</sup> die Freiheit. Demgegenüber ist mit der h. M. daran festzuhalten, dass nur die persönliche körperliche Bewegungsfreiheit unter das Merkmal „Freiheit“ in § 823 Abs. 1 BGB fällt<sup>10</sup>. Denn

sonst würde das System eines beschränkten Rechtsgüterschutzes gegen fahrlässige Verletzungen aus den Angeln gehoben.

b) Auszugehen ist stattdessen davon, dass es zum Schutzbereich des Eigentums gehört, darüber auch im tatsächlichen Sinne zu verfügen. Deshalb sind Diebstahl und andere Wegnahmehandlungen nach allgemeiner Ansicht Eigentumsverletzungen, für die freilich meist die Sonderregelungen der §§ 989 f. BGB gelten. Nicht wesentlich anders, als wenn ihm das Fahrzeug weggenommen worden wäre, wirkt sich die tatsächliche Stilllegung des Fahrzeugs für denjenigen aus, dessen Pkw eingesperrt worden ist: Der bestimmungsgemäße Gebrauch ist eine Zeitlang völlig ausgeschlossen. Es liegt beim eingesperrten Fahrzeug genauso wie beim eingesperrten Schiff im bekannten „Fleet“-Fall<sup>11</sup>. Teile der Literatur wollen eine Eigentumsverletzung in solchen Fällen freilich erst ab einer längeren Dauer der Beeinträchtigung oder bei einer Minderrung des Marktwertes annehmen. Für

<sup>8</sup> Genauer zum Bereicherungsanspruch *Dörner*, JuS 1978, 669 f; *Janssen*, NJW 1995, 624 (627). *Baldringer/Jordans*, NZV 2005, 75 (80).

<sup>9</sup> JuS 1994, 631.

<sup>10</sup> *Deutsch*, FS Hauß, 1978, S. 43 f; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl., § 76 II 2, S. 385 f.; *Schiemann*, in: Erman,

BGB, 13. Aufl. (2011), § 823 Rdnr. 23; *Hager*, in: *Staudinger*, BGB, Neubearbeitung 2009, § 823 Rdnr. B53; *Wagner*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. (2009), § 823 Rdnr. 99.

<sup>11</sup> *BGHZ* 55, 153; hierzu s. auch *Deutsch*, Eigentumsverletzung durch Umweltveränderung, 1997, 19 (132); s. auch *Picker*, JZ 2010, 541 f., der bei zugeparkten oder generell „eingeschlossenen“ Gegenständen wegen der hiermit verbundenen „nur“ negativen Einwirkung einen Schadensersatzanspruch grundsätzlich verneint und nur bei besonderen Umständen bejaht.

diese Differenzierung enthält das Gesetz aber keinen Anhaltspunkt. Nach der Entscheidung des Großen Senats zur Entschädigung des abstrakten Gebrauchsvorteils<sup>12</sup> erscheint es vielmehr konsequent, gerade auch kurzfristige Gebrauchsverhinderungen nicht nur als Folgeschäden zu ersetzen, sondern zunächst einmal überhaupt als Eigentumsverletzungen zu bewerten. Alle bisher zur Frage der Eigentumsverletzung durch Nutzungsstörungen erörterten Fälle betreffen gerade diejenigen Güter, deren Entbehrung der Große Senat schadensrechtlich beachten will, nämlich Grundstücke und Kfz. Demnach ist auch im vorliegenden Fall eine Eigentumsverletzung am Kfz des S durch den R anzunehmen<sup>13</sup>.

Durch das Einsperren des Fahrzeuges wird die Rechtswidrigkeit der Verletzung indiziert. R hat auch schuldhaft gehandelt, da er das Parken in der Garagenausfahrt leicht hätte vermeiden können. Es lag ferner nahe, dass S zur Beseitigung der Einsperrung gerade zur Zeit seines Arbeitsbeginns ein Abschleppunternehmen beauftragte. Durch diese Maßnahme wurde die Verletzung beseitigt. Problematisiert werden kann hier, ob nicht eigentlich nur ein wirtschaftlicher Schaden von 70,00

Euro entstanden ist und der S daher auch nur in dieser Höhe Ersatz von R verlangen kann. Bei wirtschaftlicher Betrachtung hätte S sein Ziel mit diesem Aufwand erreichen können, es kam ihm nicht darauf an, gerade mit seinem eigenen Wagen zur Arbeit zu kommen.

Jedoch ändert dies zunächst nichts daran, dass die Abschleppkosten als Kosten der Naturalrestitution nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB ersatzfähig sind. Immerhin ist aber **§ 254 Abs. 1 BGB** zu berücksichtigen. Hier kann mit gesamtwirtschaftlichen Erwägungen vertreten werden, dass es dem S im konkreten Fall nicht gelingt, ein legitimes Interesse an der Naturalrestitution nachzuweisen. In diesem Fall ist im Folgenden mit einem Anspruch i.H.v. 70,00 Euro weiter zu prüfen (bedenke das „Wirtschaftlichkeitsgebot“).

c) Der Ersatz des aus der Einsperrung des Pkw entstandenen Schadens des S könnte aber nach **§ 254 Abs. 2 BGB** ausgeschlossen sein. Dies könnte sich daraus ergeben, dass S die Obliegenheit hatte, seine Verpflichtung gegenüber D zur Bezahlung der Abschleppkosten zu beseitigen. Hierfür ist zu prüfen, ob zwischen S und A (schon vor der Insolvenz, was hier aber nicht untersucht zu werden braucht) eine Aufrechnungslage bestand.

(1) Grundlage einer **Aufrechnungsmöglichkeit** könnte der Schaden sein,

<sup>12</sup> BGHZ 98, 212; aus der neueren Rspr. s. BGH, NJW 2005, 277; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 71. Aufl., § 249 Rdnr. 40 f m. w. N.

<sup>13</sup> A. A. Picker (a. a. O. Fn. 11).

den M als Erfüllungsgehilfe des A dem R zugefügt hat. R war allerdings nicht Vertragspartner des A, und soweit R einen eigenen Schadensersatzanspruch hätte, fehlte die für § 387 BGB erforderliche Gegenseitigkeit.

In Betracht kommt hier aber ein Anspruch des S auf Liquidation des bei R entstandenen Schadens. Ist ein Fall der Drittschadensliquidation<sup>14</sup> gegeben, steht der Anspruch nach allgemeiner Ansicht nicht dem geschädigten Dritten, sondern dem „Zweiten“, in Vertragsfällen also dem Vertragspartner zu. Für einen solchen Anspruch wäre hier daher die Gegenseitigkeit zum Lohnanspruch des A gegeben. Anders müsste man hingegen entscheiden, wenn der Schadensersatzanspruch auf einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte<sup>15</sup> zu stützen wäre. Dann stünde der Ersatzanspruch dem Dritten zu, und nur dieser könnte u. U. aufrechnen. Eine Abtretung des etwaigen Anspruchs des R an S liegt hier jedenfalls nicht vor.

Für die Lösung des Falles ist daher entscheidend, ob eine Drittschadensliquidation angenommen werden kann.

---

<sup>14</sup> Zu den Grundsätzen der Drittschadensliquidation s. etwa v. Caemmerer, Das Problem des Drittschadensersatzes, ZHR 127, 241; Stamm, Rechtsfortbildung der Drittschadensliquidation, AcP 203 (2003) 366; Tägert, Die Geltendmachung des Drittschadens, 1938, S. 1 ff.

<sup>15</sup> Zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter BGH, NJW 1971, 1931; Lorenz JZ 1960, 109; Sonnenschein JA 1979, 225 (226).

Voraussetzung dafür wäre, dass S einen Anspruch gegen A ohne einen Schaden, R einen Schaden ohne Anspruch gegen A hat und dass eine der anerkannten Fallgruppen der Drittschadensliquidation einschlägig ist. Eine fast allgemein anerkannte Fallgruppe dafür sind die „Obhutsfälle“<sup>16</sup>. Bei ihnen schließt jemand, der eine fremde Sache in Obhut hat oder nimmt, mit dem späteren Schädiger einen Vertrag, durch den die Sache dessen Einwirkung ausgesetzt wird. Die Drittschadensliquidation erscheint dann gerechtfertigt, weil es aus der Sicht des Schuldners bloßer Zufall ist, ob die Sache dem Vertragsgläubiger gehört oder einem Dritten. Durch die Liquidierung des Sachschadens hat sich das Haftungsrisiko des Schuldners daher nicht vermehrt, sondern nur verlagert. Die „Obhut“ des Vertragsgläubigers über die Sache ist hierbei nicht etwa im Sinne einer besonderen Pflicht gegenüber dem Eigentümer zu verstehen. Dies zeigt § 991 Abs. 2 BGB, für dessen Anwendung es keine Rolle spielt, ob den mittelbaren Besitzer gegenüber dem Eigentümer Schutzpflichten treffen. Das rein tatsächliche Merkmal der Obhut ist dadurch erfüllt, dass S das Fahrzeug des R zum Gegenstand seines Vertrages mit A gemacht hat.

Ein Anspruch des S gegen A liegt ebenfalls vor (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 278),

---

<sup>16</sup> BGHZ 15, 224 = NJW 1955, 257; BGH, NJW 1969, 789.

der jedoch von S mangels eigenen Schadens nicht zu verwirklichen ist. Jedoch müsste auch die dritte Voraussetzung vorliegen: R dürfte keinen eigenen Anspruch gegen A haben. Dieser könnte sich aus einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ergeben.

Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte setzt eine Leistungs- und Gläubigernähe des Dritten, die Erkennbarkeit für den Vertragspartner sowie eine Schutzbedürftigkeit des Dritten voraus<sup>17</sup>. Problematisch ist hier die Gläubigernähe. Für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ist es charakteristisch, dass der (primäre) Vertragsgläubiger ein dem Schuldner erkennbares Interesse am Schutz des Dritten hat<sup>18</sup>. Wendet man diese Kriterien an, könnte man argumentieren, dass gerade im vorliegenden Fall kein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte vorliegt, da S nicht in berechtigter Geschäftsführung für R, sondern sogar gegen dessen ausdrücklichen Willen gehandelt hat. Ein Interesse des S am Schutz des R wäre also nicht anzunehmen.

---

<sup>17</sup> BGH, NJW 2001, 3115 (3116); BGHZ 133, 168 (173); BGH, NJW 1995, 1739 (1747); M. Schwab, JuS 2002, 872 (873 f.); Gottwald, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. (2012), § 328 Rdnr. 178 f.

<sup>18</sup> Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 23. Aufl. (2011), Rdnr. 845, vgl. aber Rdnr. 846a und sogleich.

Dagegen spricht aber, dass die Rspr. schon wiederholt einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte auch dann angenommen hat, wenn der Gläubiger (S) kein Interesse an der Einbeziehung des Dritten hatte, ja die Interessen gerade diametral entgegengesetzt, so etwa in den Gutachterfällen<sup>19</sup>. Die Wohl- und Wehe-Formel ist Billigkeitserwägungen gewichen. Dass R kein Interesse am Abschluss des Vertrages hatte, muss nicht auch heißen, dass er kein Interesse an der Einbeziehung hat, wird der Vertrag dennoch abgeschlossen. Dies erscheint vielmehr wahrscheinlicher. Auch die Erkennbarkeit für A liegt vor, da S wohl kaum seinen eigenen Wagen abschleppen lassen würde.

(2) Demnach liegen die Voraussetzungen der Drittschadensliquidation also nicht vor. Somit bestünde keine Aufrechnungsmöglichkeit des S gegenüber A.

(3) Es ist anzunehmen, dass nur weit überdurchschnittliche Bearbeiter ihre Überlegungen bis hierher vorantreiben können. Dennoch ist für die „Superstars“ noch Folgendes zu erwägen:

Die Verneinung eines abtretbaren Anspruchs des S gegen A wegen des Schadens des R führt zu dem merkwürdigen Ergebnis, dass A besser steht, als wenn

---

<sup>19</sup> BGH, JZ 1995, 306, 308, vgl. hierzu auch die Besprechung von Pfeiffer, LM H. 3/1995, § 328 BGB Nr. 91.

man den Vertrag mit Schutzwirkung ablehnt und deshalb eine Drittschadensliquidation für zulässig hält. Denn A könnte dann die Abschleppkosten von S verlangen, wovon R diesen freistellen müsste, und für R gäbe es keine Möglichkeit, mit einem Schadenersatzanspruch gegen A aufzurechnen. Da die Einbeziehung des R in den Schutzbereich des Werkvertrages zwischen S und A auf einer ergänzenden Vertragsauslegung aus Billigkeitsgesichtspunkten beruht, also ergebnisorientiert vorgenommen wird, lässt sich folgendermaßen argumentieren: Die Einbeziehung in den Schutzbereich soll billigerweise nur gelten, wenn der dadurch geschaffene Anspruch für R auch realisierbar ist. Wird R durch die Gewährung eines wirtschaftlich wertlosen Anspruchs schlechter gestellt, als er ohne die Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrages stünde, soll die Einbeziehung selbst nach dem hypothetischen Parteiwillen entfallen. Dann wäre wieder Raum für die Drittschadensliquidation und somit für eine Aufrechnungsmöglichkeit des S gegenüber A.

(4) Wird ein Anspruch des S bejaht, hat er eine Obliegenheit gegenüber R zur Aufrechnung gegenüber A dennoch nur dann, wenn ihm die Aufrechnung zumutbar ist. Dies ist hier anzunehmen, da S den Schadenersatzanspruch ohnehin nur hat, um ihn in irgendeiner Weise an R weiterzuleiten.

4. aus **§§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. 12 Abs. 3, Nr. 3 StVO**

Die Voraussetzungen dieses Anspruchs sind erfüllt. Insbesondere liegt es im sachlichen Schutzbereich des Parkverbots, dass ein dadurch beeinträchtigter Garageninhaber den Falschparker abschleppen lässt. Für den Wegfalls des Anspruchs nach § 254 Abs. 2 BGB gilt aber dasselbe wie nach 3.

5. aus **§§ 823 Abs. 2 i. V. m. 858, 1004 BGB**

Es ist heute anerkannt, dass diese Vorschriften Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2 BGB sind<sup>20</sup>. Hinsichtlich des Eigentums am Pkw ist freilich für § 1004 BGB zu beachten, dass die Einsperrung der Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes gleichkommt (oben 3b); und ob S Eigentümer des Garagengrundstücks ist, kann dem Sachverhalt nicht entnommen werden. Jedenfalls ist der Anspruch auch insoweit nach § 254 Abs. 2 BGB ausgeschlossen.

---

<sup>20</sup> *BGH*, NJW 1985, 1773 (1774); *BGHZ* 104, 6, 16; *BGH*, NJW 1988, 1778 (1780); *BGH*, JZ 1990, 919 (920); *BGH*, NJW 1993, 925 (928); *BGH*, NZM 2000, 106 (108); *Ruhwedel JuS* 1982, 27 (29); *a. A. Gursky* NJW 1971, 782 (787); *Picker*, in: FS Herm Lange [1992] 625 (684); Zum Verhältnis zwischen § 1004 BGB und § 832 I BGB *Armbrüster*, NJW 2003, 3087 (3088 f).

## II. Ansprüche des R gegen S

### 1. aus unberechtigter Geschäftsführung, **§ 678 BGB**

a) Zum Vorliegen eines Geschäfts des R gilt hier dasselbe wie oben I 1 a.

b) Die Übernahme des fremden Geschäfts durch S stand hier im Widerspruch zum ausdrücklich von R geäußerten Willen, dass S sich bis zum Ende der Arztbehandlung gedulden möge. Diese Merkmal des § 678 BGB ist hier jedoch irrelevant, wenn die Voraussetzungen des § 679 BGB gegeben sind. Letzteres ist bereits oben (I 1 b) verneint worden.

c) Auch bei Verneinung des § 679 BGB muss man jedoch zur **Ablehnung des Anspruchs aus § 678 BGB** gelangen: Dem S steht gegen R – wie oben ausgeführt (I 3. – 5.) – u. a. dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB zu. Bei dessen Erfüllung sind A und M nicht Erfüllungsgehilfen des S. Vielmehr umfasst der Ersatz der Folgeschäden auch die Aufwendungen, die dem S zur Erfüllung einer ihn selbst durch die Schädigung treffenden Haftpflicht entstehen. Infolgedessen gilt hier: *dolo facit, qui petit, quod redditurus est*, § 242 BGB<sup>21</sup>.

### 2. aus schuldhafter Verletzung des Geschäftsführungsverhältnisses, **§§ 677 ff. i.V.m. §§ 280, 278 BGB**

Voraussetzung hierfür wäre, dass der schuldhaft handelnde M als **Erfüllungsgehilfe** des S angesehen werden kann. Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag handelt es sich um ein dem Auftrag nahe stehendes Verhältnis. Für den Auftrag erwähnt § 664 Abs. 1 S. 2 BGB die Substitution anstelle der Einschaltung eines Gehilfen, lässt sie im Zweifelsfalle allerdings gerade nicht zu. Im Unterschied zum Auftrag liegt bei der Geschäftsführung ohne Auftrag aber kein persönliches Vertrauensverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer vor<sup>22</sup>. Daher kann es dem Geschäftsherrn in der Regel auch nicht auf die persönliche Erfüllung der Geschäftsführerplichten ankommen. In Fällen der vorliegenden Art widerspricht diese sogar dem evidenten Interesse des Geschäftsherrn daran, dass der Geschäftsführer nicht selbst das Geschäft ausführt, sondern einen „Fachmann“ beauftragt. Dann beschränkt sich die Pflicht des Geschäftsführers auf die sorgfältige Auswahl des Substituten (*culpa in eligendo*). Bei Einschaltung eines gewerblichen Abschleppunternehmens spricht die Vermutung für dessen ausreichende Sach-

<sup>21</sup> BGH, NJW 1981, 980; BGHZ 94, 240, 246 = NJW 1986, 1052; Wacke, JA 1982, 477.

<sup>22</sup> Bergmann, in: Staudinger, BGB - Neubearbeitung 2006, Vor §§ 677 ff. Rdnr. 54 f.

kunde. Daher hat S den durch M verursachten Schaden **nicht zu vertreten**.

### 3. aus §§ 990, 278 BGB

Durch den Abschluss des Abschleppvertrages mit A könnte diese unmittelbare Besitzerin, der S aber mittelbarer Besitzer geworden sein. Ein Anspruch des R gegen S aus diesem Grunde muss aber schon daran scheitern, dass S, wenn er seine Ansprüche gegen R durchsetzen wollte, gar nicht anders verfahren konnte. Man wird ihn deshalb zum Besitz berechtigt halten müssen.

Umstritten ist freilich, wie das Recht des S, selbst für die Beseitigung der Störung zu sorgen, begründet werden kann:

a) Es mag zweifelhaft sein, ob im Versperren der Zufahrt während einer nicht allzu langen Zeit wirklich ein Angriff auf den gestörten Pkw-Besitzer lag, gegen den das Abschleppen eine verhältnismäßige Abwehr war (Frage der Erforderlichkeit oder des Rechtsmissbrauchs). Ein Abschleppen nach § 228 BGB scheidet aus, weil die „Gefahr“ durch R herbeigeführt worden ist, der sich rechtswidrig verhalten hat, nicht durch die Sache selbst<sup>23</sup>. Die Anwendung des § 904 BGB scheidet daran,

dass der abzuschleppende Pkw das „Instrument“ des rechtswidrig handelnden R ist<sup>24</sup>.

b) R hat hier gegen § 12 Abs. 3 Nr. 3 StVO verstoßen. Diese Vorschrift ist ein Schutzgesetz zugunsten des Zufahrtsberechtigten, hier also des S<sup>25</sup>. Gemäß § 823 Abs. 2 BGB kommt daher nicht nur ein Schadensersatzanspruch des S in Frage, sondern auch ein Unterlassungsanspruch. Zu dessen Verwirklichung könnte S zur **Selbsthilfe** nach § 229 BGB berechtigt sein. Nach dem Sachverhalt ist jedoch nicht sicher anzunehmen, dass eine obrigkeitliche Hilfe durch die Polizei wirklich zu spät käme. Außerdem spricht generell gegen die Anwendung des § 229 BGB in Fällen der vorliegenden Art die Regelung des § 230 Abs. 2 BGB mit der Verpflichtung zur Beantragung eines dinglichen Arrestes.

c) Als sicherster Begründungsweg zur Rechtfertigung des S erscheint daher die Anwendung der **§§ 858 Abs. 1, 859 BGB**. Das „Zuparken“ ist zwar keine Besitzentziehung; für § 858 Abs. 1 BGB genügt aber auch eine Besitzstörung. Unter einer Besitzstörung ist jede Behinderung des Besitzers in der Aus-

<sup>23</sup> Zu den Voraussetzungen des § 228 BGB im Einzelnen *Kessler*, in: Prütting/Wegen/Weinreich BGB, 7. Aufl. (2012), § 228 Rdnrn. 1 f.

<sup>24</sup> Hieraus folgt die Abgrenzung zum Notstand des § 228 BGB *Lemke*, in: Prütting/Wegen/Weinreich BGB, 7. Aufl. (2012), § 904 Rdnr. 1.

<sup>25</sup> vgl. *OLG Karlsruhe*, NJW 1978, 274.

übung des Besitzes zu verstehen<sup>26</sup>. Deshalb ist durch das Versperren der Ausfahrt sowohl der Besitz des S am Garagengrundstück als auch am Pkw in der Garage gestört. Das Recht zur Beseitigung der Störung durch Abschleppen ist zeitlich nicht begrenzt. § 859 Abs. 2, 3 BGB sind nicht anzuwenden<sup>27</sup>. S durfte daher den Pkw des R ohne Herbeirufen der Polizei abschleppen lassen.

#### 4. aus §§ 823, 831 BGB

Dieser Anspruch ist nicht gegeben: Zwar sind §§ 823 ff. BGB nach Annahme einer Besitzberechtigung des S ohne weiteres anwendbar („Exzess des berechtigten Fremdbesitzers“), der unmittelbare Schädiger M war aber nicht den Weisungen des S unterworfen. Er kommt daher nicht als Verrichtungsgeselle des S in Betracht.

### III. Ansprüche des P

#### A. gegen R

1. Als **Anspruchsgrundlage** kommt hier in erster Linie eine Haftung des R

nach **§ 823 Abs. 1 BGB** wegen Verletzung seines Eigentums in Betracht.

a) Fraglich ist vor allem, ob die Beschädigung des Eigentums des P dem R zugerechnet werden kann, da der Schaden unmittelbar durch M und nicht durch R verursacht worden ist. Das Falschparken des R ist freilich **conditio sine qua non** dafür, dass S den A beauftragt hat, den Wagen des R abzuschleppen, so dass es dann zur Eigentumsverletzung durch M kam. Es liegt auch nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass beim Abschleppvorgang Schäden entstehen können, so dass die **Adäquanz** der Verursachung durch R kaum zu verneinen ist.

Fraglich erscheint jedoch, ob die eingetretene Verletzung noch im **Rechtswidrigkeitszusammenhang** mit dem Fehlverhalten des R steht (sinngleich wird auch vom Schutzzweck oder Schutzbereich der Verletzungsnorm gesprochen<sup>28</sup>). Nicht entscheidend gegen die Zurechnung spricht die Tatsache, dass M als Dritter seinerseits eine zum Ersatz verpflichtende Handlung begangen hat. Insbesondere ist § 831 BGB keine abschließende Regelung für den Fall der Mitwirkung Dritter an der Schadensentstehung. Kern dieser Vorschrift ist vielmehr die Vermutung der

<sup>26</sup> Berger, in: Jauernig BGB, 14. Aufl. (2011), § 858 Rdnr. 3.

<sup>27</sup> A. A. die Rspr., welche aber beim unberechtigten Parken auf einem fremden Grundstück hinsichtlich des zeitlichen Moments großzügig verfährt, vgl. etwa OLG Karlsruhe, OLGZ 78, 206; LG Frankfurt, NJW 1984, 183; AG Braunschweig, NJW-RR 1998, 1414.

<sup>28</sup> BGHZ 46, 17 (23) = NJW 1966, 2014; BayObLG, VersR 1971, 522; v. Caemmerer, DAR 1970, 283, 289; OLG Düsseldorf, NJW 1971, 1811.

Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des Geschäftsherrn<sup>29</sup>. Derjenige, dessen mittelbarer schuldhafter Verursachungsbeitrag feststeht, kann auch nach § 823 Abs. 1 BGB haften. Die Rechtsprechung geht in der Annahme eines Zurechnungszusammenhanges sehr weit. So hat der BGH<sup>30</sup> die Haftung eines Fahrzeughalters bejaht, der seinen Pkw ungesichert stehengelassen und hierdurch einem Schwarzfahrer die Benutzung ermöglicht hatte; die Haftung umfasste sogar die Körperschäden, die der Schwarzfahrer bedingt vorsätzlich einem Polizisten bei einer Verkehrskontrolle zugefügt hatte<sup>31</sup>. Auch sonst wird im Allgemeinen gerade im Straßenverkehr z. B. die Haftung des für einen Erstunfall Verantwortlichen für schuldhaft verursachte Folgeunfälle angenommen. Zu diesen Entscheidungen würde es kaum passen, wenn man in der vorliegenden Fallgestaltung die Haftung verneinen würde. Ein möglicher **dogmatischer Begründungsweg** kann davon ausgehen, dass R durch das Falschparken eine Verkehrspflicht verletzt hat, die nicht nur aus Rücksicht auf den Bewegungsspielraum des „zugeparkten“ Verkehrsteilnehmers besteht, sondern auch gerade deshalb, weil durch die Notwendigkeit von Ab-

schleppmaßnahmen generell andere Verkehrsteilnehmer einer erhöhten Gefahr ausgesetzt werden. Eine solche im Schutzbereich des Parkverbots liegende Gefahr hat sich im vorliegenden Fall verwirklicht.

b) Hinsichtlich der **subjektiven Zurechnung** (Verschulden) genügt, dass der Täter die Verkehrspflicht selbst für ihn erkennbar und vermeidbar verletzt hat, hier also das Parkverbot. Daran ist bei R nicht zu zweifeln.

2. Alle Erwägungen zur Zurechnung nach § 823 Abs. 1 BGB treffen auch für **§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 12 Abs. 3 Nr. 3 StVO** zu, insbesondere hinsichtlich des sachlichen und persönlichen Schutzbereichs des Parkverbots (1a am Ende).

3. Der Umstand, dass weitere Personen, z. B. M, für den Schaden verantwortlich sind, hat keinen Einfluss auf die Haftung des R: Als deliktisch Verantwortlicher ist er im Außenverhältnis zu P jedenfalls **Gesamtschuldner**, §§ 840 Abs. 1, 421 BGB, so dass er für den Schaden des P in voller Höhe aufkommen muss.

B. gegen S

1. Ein Anspruch aus **§§ 831, 823 BGB** scheidet schon daran, dass weder die A-GmbH noch deren Mitarbeiter M Verrichtungsgehilfen des S waren: Bei-

<sup>29</sup> v. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band I, 1996, Rdnrn. 185 ff.

<sup>30</sup> NJW 1971, 459.

<sup>31</sup> Ähnlich schon RGZ 135, 149 und später erneut BGH, NJW 1981, 113.

de waren nicht von den Weisungen des S abhängig.

2. Ein Anspruch aus **§ 823 Abs. 1 BGB** ist abzulehnen, weil S durch den Auftrag zum Abschleppen an das gewerbliche Unternehmen A nicht verkehrspflichtwidrig gegenüber P gehandelt hat.

3. Erwägen könnte man einen Anspruch aus **§ 904 S. 2 BGB**, da S möglicherweise in einem Notstand gehandelt hat. Die Schädigung des P wie überhaupt eine Einwirkung auf dessen Fahrzeug war aber zur Abwendung der Gefahr nicht notwendig (§ 904 S. 1 BGB).

Prof. Dr. Joachim Renzikowski\*

## „Auf dem Schulhof ist der Teufel los“

### I. Sachverhalt

Der 15jährige Timo Teufel (T) und sein gleichaltriger Kumpel Kevin Kralle (K) sind der Schrecken der Gesamtschule Südwest. Ihr neuestes Opfer ist Peter Pickel (P), der sie nicht nur durch seine ständig guten Noten, sondern auch durch seine Herkunft provoziert. Sein Vater ist nämlich Zahnarzt.

Demnächst ist Abschlussball. P hat sich mit der schönen Yolande verabredet, auf die auch T ein Auge geworfen hat. Daher überfällt er mit K den P nach der letzten Schulstunde – ausgerechnet Sport. Als P gerade als Letzter die Umkleide verlassen will, drängt ihn K in einen leeren Abstellraum. T droht:

„Muck dich nicht auf, sonst setzt’s was! Hier hört dich eh keiner.“ Dann fordert er P auf: „Morgen sagst du der Yolande ab. Lass’ dir was einfallen! Keine Zicken, sonst verziehen wir dir dein Gesicht, dass dich deine eigene Mutter nicht mehr erkennt!“ Dabei spielt T höhnisch lächelnd mit einem abgebrochenen Flaschenhals herum. P, eher von schwächlicher Statur, ist zudem durch die Präsenz des als Schläger gefürchteten K völlig eingeschüchtert und verspricht, nicht zum Abschlussball zu gehen. Am nächsten Tag bleibt P krank zuhause, und Yolande, die mit ihm noch die letzten Details ihres Ballkleides absprechen wollte, wartet umsonst.

Da Yolande trotzdem nicht mit T getanzt hat, steigert sich seine Wut auf P und er beschließt, ihm „wirklich weh zu tun“. T bringt Norbert (N), den Freund von P, dazu, sich am Nachmittag mit P zu verabreden. P soll seine wertvolle Briefmarkensammlung (Wert: ca. 1.500 €) mitbringen, denn er, N, habe einige sehenswerte neue Objekte zum Tauschen. Als P sich zu N begibt, stürzen sich T und K auf ihn und zerren ihm in einem Handgemenge seinen Rucksack von den Schultern, so dass ein Tragegurt dabei abreißt. P ergreift schleunigst die Flucht. Beim Öffnen des Rucksacks findet T jedoch nicht die erhofften wertvollen Briefmarken, auf die allein er es abgesehen hatte, sondern nur ein altes schimmeliges Brot. N hatte P

---

\* Der Verfasser ist Inhaber der Professur für Strafrecht, Rechtsphilosophie/Rechtstheorie, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Die Klausur wurde im Land Sachsen-Anhalt am 26. 2. 2008 im ersten Staatsexamen gestellt. Zu beachten ist der nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 JAPrVO-LSA eingeschränkte Prüfungsumfang im Besonderen Teil des StGB. Die Klausur wurde insgesamt von 51 Kandidat(inn)en bearbeitet und ist folgendermaßen ausgefallen:

0: 0, 1: 5, 2: 11, 3: 6, 4: 4, 5: 4, 6: 6, 7: 4, 8: 2, 9: 3, 10: 1, 11: 0, 12: 2, 13: 1, 14: 0, 15: 1, 16: 0, 17: 0, 18: 0. Das ergibt einen Notendurchschnitt von 4,82 P. bei 43,13 % nicht bestandenen Arbeiten.

nämlich vorgewarnt. Enttäuscht stopfen T und K den Rucksack in einen Abfalleimer; von dort wird er von der örtlichen Müllabfuhr noch am selben Tage entsorgt.

Nun reicht es aber, und T beschließt, P eine endgültige Lektion zu erteilen. Nach dem nächsten Sportunterricht kommt T mit K in die Umkleidekabine, in der P einmal wieder getrödelt hat. Auf ein Zeichen von T prügelt K sofort auf P ein. Währenddessen schaut sich T das Geschehen eine Zeit lang von der Tür aus an, bis er schließlich fragt: „Na, hast Du jetzt endlich genug?“ Als der im Gesicht blutende P nickt, weist T den K an: „Hör auf, für heute reicht's!“ und beide verlassen den Raum.

Wie haben sich T und K strafbar gemacht?

## II. Strafprozessuale Zusatzfrage

Gegen T und K wird ein Ermittlungsverfahren eingeleitet. Da sie beide einschlägig bekannt sind, beschließt der Jugendstaatsanwalt, sie am Amtsgericht anzuklagen. Da kündigen die Eltern des einzigen Zeugen P an, ihr Sohn werde nicht vor Gericht aussagen, da er T und K nie mehr wieder sehen wolle. In den Akten befindet sich aber die Aussage, die P vor Polizeihauptkommissar Stämmeler gegen T und K gemacht hat.

Kann man die Angaben von P bei der Polizei in das Verfahren einführen?

### Hinweise:

**Es sind beide Aufgaben zu bearbeiten. Ausführungen zum JGG sind nicht veranlasst. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt. Bei der Frage II ist nicht zu prüfen, ob die Verweigerung der Aussage durch P und seine Eltern rechtmäßig ist bzw. welche Maßnahmen gegebenenfalls zur Erzwingung einer Aussage denkbar wären.**

Mit nachstehenden Lösungshinweisen wird nicht (wie sonst verbreitet) eine „Musterlösung“ veröffentlicht, was auf den ersten Blick verwundern mag. Es werden hier vielmehr Hinweise zur Lösung und damit zur Korrektur gegeben. Dies soll dem interessierten Klausurbearbeiter einen Einblick in die Welt des Korrektors im Examen ermöglichen, der im Hinblick auf die Anfertigung von Prüfungsarbeiten äußerst lehrreich sein kann. Mindestens ebenso lehrreich kann es sein, diese Klausur in einer Lerngruppe zu schreiben und die Arbeiten dann anhand der Hinweise gegenseitig zu korrigieren.

Der Text der Aufgabe und der Lösung sind daher **Originaltexte**. Bei der Lösung wurde lediglich die zitierte Literatur aktualisiert. Weiterführende An-

merkungen befinden sich in Kästen. Regelmäßig weist das Prüfungsamt darauf hin, dass die Lösungshinweise keine Vollständigkeit beanspruchen. Sie sollten allerdings die wichtigsten Argumentationslinien enthalten. Das bedeutet außerdem, dass es sich nicht um eine Musterlösung für Studierende in dem Sinne handelt: Wie schreibe ich es am besten hin? Im Gutachten wird man häufig ausführlicher subsumieren müssen. Andererseits wird in einer Klausur nicht erwartet, dass man jeder Verästelung des Argumentationsstrangs nachgeht.

#### **A. Erster Tatkomplex: Die erzwungene Absage**

1. *Strafbarkeit von T und K wegen mittäterschaftlicher Nötigung, §§ 240, 25 Abs. 2 StGB*
2. *Strafbarkeit von T und K wegen mittäterschaftlicher Geiselnahme, § 239 b StGB*
3. *Strafbarkeit von T und K wegen Freiheitsberaubung, § 239 StGB*
4. *Strafbarkeit von T und K wegen Bedrohung, § 241 StGB*

#### **B. Zweiter Tatkomplex: Die Entwendung des Rucksacks**

1. *Strafbarkeit von T und K wegen mittäterschaftlichen Raubes, §§ 249, 25 Abs. 2 StGB*

2. *Strafbarkeit von T und K wegen gemeinschaftlicher Sachbeschädigung, §§ 303, 25 Abs. 2 StGB*

#### **C. Dritter Tatkomplex: Prügel für P**

1. *Strafbarkeit von K wegen Körperverletzung, § 223 StGB*
2. *Strafbarkeit von T wegen Anstiftung zur Körperverletzung, §§ 223, 26 StGB*
3. *Strafbarkeit des K wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung, § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB*
4. *Beteiligung des T an der gefährlichen Körperverletzung des K*

**Strafprozessuale Zusatzfrage:** Verwertbarkeit der Angaben von P vor der Polizei

#### **Lösungshinweise**

Die Arbeit hat im materiellen Strafrecht drei Problemschwerpunkte. Im ersten Abschnitt ist neben den einschlägigen Freiheitsdelikten die schwierige Frage zu behandeln, ob sich T und K wegen Geiselnahme strafbar gemacht haben (s. dazu BGH, NStZ 2006, 36 m. Anm. Jahn/Kudlich, 340), ein „Schmankerl“ für die besseren Kandidaten. Im zweiten Abschnitt geht es darum, ob ein vollendeter oder nur ein versuchter Raub vorliegt (vgl. BGH, NStZ 2006, 686 m. Bespr. von Streng,

JuS 2007, 422 ff.). Der dritte Abschnitt spricht die gemeinschaftliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB an (vgl. BGHSt 47, 383 m. Bespr. von Küper, GA 2003, 362). Hier ist auch der Prüfungsaufbau etwas knifflig. Die strafprozessuale Zusatzfrage betrifft den Zeugen vom Hörensagen (vgl. EGMR, NJW 2003, 2893).

## **Strafbarkeit von T und K**

### **A. Erster Tatkomplex: Die erzwungene Absage**

1. *Strafbarkeit von T und K wegen mittäterschaftlicher Nötigung, §§ 240, 25 Abs. 2 StGB*

#### a. Objektiver Tatbestand:

(1) Man könnte hier zunächst darauf abstellen, dass T und K den P in den Abstellraum gedrängt haben. Der Sachverhalt gibt insoweit nicht sehr viel Auskunft, aber da es für den Gewaltbegriff nicht auf die Stärke der körperlichen Kraftentfaltung ankommt, reicht es bereits aus, dass beide den P mit ihren Körpern in den Raum gedrängt haben.

Das Nötigungsziel war jedoch nicht der Aufenthalt des P im Abstellraum, sondern die Absage, mit Y auf den Abschlussball zu gehen. Daher stellt sich das gesamte Geschehen als ein einheitlicher Angriff auf die Willensbildung und Willensbetätigung des P dar.

T und K kündigten P schwere Verletzungen an; sie drohten ihm also mit einem empfindlichen Übel. Aufgrund dieser Drohung unterließ P die Teilnahme am Abschlussball. Somit liegt der objektive Tatbestand von § 240 Abs. 1 StGB vor.

(2) Fraglich ist, ob T und K als Mittäter gehandelt haben. Im Wesentlichen stehen sich hierbei die eher subjektive Abgrenzung der Rechtsprechung und die in der Literatur vorherrschende Tatherrschaftslehre gegenüber.

Nach der Rechtsprechung ist die Frage der Mittäterschaft ein „offenes Wertungsproblem“. Gemäß der nur noch verbal bemühten subjektiven Täterlehre muss unter Berücksichtigung aller von der Vorstellung der Beteiligten umfassten Umstände in wertender Betrachtung ermittelt werden, ob die betreffende Person mit dem „Willen zur Tatherrschaft“ gehandelt hat. Als Anhaltspunkte werden genannt das eigene Interesse am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft.<sup>1</sup> Legt man diese Kriterien zugrunde, so dürfte bei K wohl das eigene Interesse an der Tatbegehung fehlen, da er selbst keinen Vorteil aus der Absage des Ab-

---

<sup>1</sup> Vgl. BGHSt 28, 346 (348 ff.); 37, 289 (291); 48, 52 (56); Fischer, StGB, 59. Aufl. 2011, § 25 Rdnr. 12 ff. m.w.N.

schlussballes durch P zieht und (nur) für T handelt.

*Mit dieser Begründung wäre es hier vertretbar, Mittäterschaft abzulehnen, so dass sich K nur wegen Beihilfe zur Nötigung des T strafbar gemacht hat. Hier wäre dann eine Diskussion der verschiedenen Lösungsansätze angebracht. Die Kritik an der subjektiven Theorie stützt sich bekanntlich auf zwei Haupteinwände: Wenn es objektiv keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Beiträgen gibt, wieso sollte es dann auf die Vorstellung der Akteure ankommen. Das Abstellen auf die Gesinnung des Betroffenen (wie soll die ermittelt werden?) führt zu beliebigen Ergebnissen.*

Nach der „normativen Kombinationstheorie“<sup>2</sup> der Rechtsprechung ist das fehlende Eigeninteresse indes nur ein Indiz, welches durch andere Gesichtspunkte, hier der wesentliche Tatbeitrag und das Mitbeherrschen des Geschehensablaufs durch K, aufgewogen wird. Daher dürfte auch die Rechtsprechung im vorliegenden Fall zu Mittäterschaft gelangen.

Die Tatherrschaftslehre erklärt die Mittäterschaft durch den Begriff der „funktionalen Tatherrschaft“: Mittäterschaft ist Tatbestandsverwirklichung durch arbeitsteilige Ausführung. Die Tatherr-

schaft des Mittäters ergibt sich dabei aus seiner Funktion bei der Ausführung der Tat. Da die Mittäter nur durch ihr gemeinsames Zusammenwirken die Tat realisieren können, würde jeder Einzelne von ihnen durch einen Rückzug das gesamte Unternehmen gefährden. Demnach verschafft das eigene Tun des Mittäters ihm die Mitherrschaft über die Gesamttat.<sup>3</sup> Nach dieser Ansicht handelten T und K als Mittäter, weil nur durch ihr arbeitsteiliges Zusammenwirken die Nötigung des P gelingen konnte.

b. Subjektiver Tatbestand:

T und K handelten mit dem Willen zur gemeinsamen Tatausführung sowie mit Nötigungsvorsatz.

c. Rechtswidrigkeit:

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Da schon die Androhung von Prügel vom Recht nicht gebilligt wird, war die Nötigung auch verwerflich gemäß § 240 Abs. 2 StGB.

d. Schuld:

T und K sind nach § 19 StGB strafmündig. Gründe, die die Schuld ausschließen, sind nicht ersichtlich.

---

<sup>2</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rdnr. 22.

---

<sup>3</sup> Roxin, AT-2, § 25 Rdnr. 188 und 257; ders., Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, Rdnr. 267 ff.

2. Strafbarkeit von T und K wegen mittäterschaftlicher Geiselnahme, § 239 b StGB

a. Objektiver Tatbestand:

Tathandlung nach der hier allein einschlägigen 1. Alternative ist, dass der Täter das Opfer durch eine Ortsveränderung oder auf sonstige Weise in seine Gewalt bringt. Entführen ist das Herbeiführen einer Ortsveränderung gegen den Willen des Opfers. Das kann im Einzelfall auch schon einmal ein Zimmerwechsel sein.<sup>4</sup> In jedem Fall kommt es aber darauf an, dass der Täter die physische Verfügungsgewalt über das Opfer erlangt.<sup>5</sup> Das bedeutet, dass die Geisel aufgrund ihrer Vereinzelung dem Täter in der Weise schutzlos ausgeliefert ist, dass er seine (geplante) Drohung jederzeit in die Tat umsetzen könnte. In diesem Sinne war P in die Gewalt von T und K geraten. Somit ist der objektive Tatbestand von § 239 b Abs. 1 1. Alt. StGB erfüllt.

b. Subjektiver Tatbestand:

(1) T und K müssen mit Vorsatz bezüglich der Begründung der Verfügungsgewalt über P gehandelt haben. Zusätzlich ist die Absicht erforderlich, die Lage der Geisel zu einer Nötigung auszunutzen. Auf die Art des Nötigungsziels

kommt es bei § 239 b StGB – im Unterschied zu § 239 a StGB – nicht an. Die Nötigungsmittel sind indes gegenüber § 240 StGB begrenzt. Hier kommt die Drohung mit einer schweren Körperverletzung nach § 226 StGB in Betracht. Die angekündigte „Gesichtsverschönerung“ kann unter das Merkmal der dauernden Entstellung in erheblicher Weise nach § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB subsumiert werden.<sup>6</sup>

(2) Sodann müssen beide mit der Absicht gehandelt haben, die Bemächtigungssituation zu einer Nötigung auszunutzen. Die vorliegende Fallkonstellation weist dabei die Besonderheit auf, dass Geisel und Nötigungsoffer identisch sind. Für diese Fallgruppe legt die Rechtsprechung den Tatbestand enger aus, damit nicht zahlreiche Spezialtatbestände mit abweichenden Strafrahmen (z.B. § 177 StGB) praktisch gegenstandslos werden. Der BGH verlangt, dass die Bemächtigungssituation gegenüber der beabsichtigten Nötigung eine eigenständige Bedeutung aufweist. Daran soll es fehlen, wenn das Mittel für die Begründung der Gewalt über die Geisel und das Mittel für die geplante Nötigung identisch sind.<sup>7</sup> In der Sache läuft diese Lösung auf eine chronologische Zweiaktigkeit des Delikts hinaus:

<sup>4</sup> S. Renzikowski, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 239 a Rdnr. 28.

<sup>5</sup> Vgl. BGH, NStZ 1996, 277.

<sup>6</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 226 Rdnr. 9; vgl. auch Rengier, Strafrecht BT-2, 12. Aufl. 2011, § 15 Rdnr. 18 ff.

<sup>7</sup> Seit BGHSt 40, 350 (359).

Der Täter muss die durch den ersten Akt geschaffene Zwangslage zu einem zweiten eigenständigen Nötigungsakt ausnutzen wollen.<sup>8</sup>

Beim vorliegenden Fall kann man zweifeln, ob die Voraussetzungen der einschränkenden Auslegung vorliegen. Dafür spricht, wenn man zwischen dem Festhalten in dem Abstellraum und der Androhung künftiger Prügel unterscheidet.

(3) Letztlich kann diese Frage aber dahinstehen. Denn zwischen der Begründung der Herrschaft über das Opfer und der geplanten Nötigung muss ein funktionaler und zeitlicher Zusammenhang bestehen. An einem derartigen Zusammenhang fehlt es, wenn die abgenötigte Leistung nicht mehr während der Bemächtigungslage erfolgen soll.<sup>9</sup>

Im vorliegenden Fall wird die Bemächtigungslage nicht mehr zu einer Nötigung ausgenutzt, denn das abgenötigte Verhalten (die Nichtteilnahme am Abschlussball) soll P erst nach der Aufhebung der Bemächtigungslage erbringen. Seine Zusage könnte man zwar ebenfalls als Nötigungserfolg ansehen, doch hat sie im Verhältnis zu dem erstrebten Endzweck keine eigenständige Bedeutung.

Folglich haben sich T und K nicht wegen gemeinschaftlicher Geiselnahme strafbar gemacht.<sup>10</sup>

### 3. Strafbarkeit von T und K wegen Freiheitsberaubung, § 239 StGB

T und K haben P in einen Abstellraum gedrängt und für eine gewisse Zeitspanne verhindert, dass P sich entfernen konnte. Darin liegt eine vollendete Freiheitsberaubung gemäß § 239 Abs. 1 StGB, die jedoch als Bestandteil der Nötigung hinter § 240 StGB zurücktritt.<sup>11</sup>

### 4. Strafbarkeit von T und K wegen Bedrohung, § 241 StGB

Die angedrohte schwere Körperverletzung (§ 226 Abs. 1 StGB) erfüllt den Tatbestand eines Verbrechens. Die gemeinschaftlich begangene Bedrohung tritt jedoch hinter die Nötigung zurück.<sup>12</sup>

Der erste Abschnitt enthält ein sehr schwieriges Problem, welches von kaum jemandem ordentlich herausgearbeitet wurde: Kann man wirklich ernsthaft daran denken, dass sich K und T wegen mittäterschaftlicher Geiselnahme strafbar gemacht haben könnten? Dieses Problem wurde durch die Erweiterung von § 239 b StGB auf Zwei-

<sup>8</sup> Zur Kritik s. *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 239 a Rdnr. 55 ff.

<sup>9</sup> *BGH*, StV 1997, 302; *NStZ* 2006, 36 f.; *Fischer*, StGB, § 239 b Rdnr. 6.

<sup>10</sup> Es wäre ein grober Fehler, nunmehr einen Versuch zu prüfen.

<sup>11</sup> *Fischer*, StGB, § 239 Rdnr. 18.

<sup>12</sup> *Fischer*, StGB, § 241 Rdnr. 7.

Personen-Konstellationen geschaffen und kann trotz aller Einschränkungsversuche durch die Rechtsprechung bis heute nicht als befriedigend gelöst betrachtet werden. Eine kurze Darstellung des Streitstandes mit umfassenden Nachweisen findet sich etwa bei Küper, Strafrecht. BT: Definitionen mit Erläuterungen, 7. Aufl. 2008, S. 271 ff.

Schwächere Kandidaten werden sich lange bei § 241 StGB – oder gar bei § 123 StGB – aufhalten. Aber man sollte sich klar machen, dass die Regel: „Mit den schweren Delikten beginnen – klotzen statt kleckern!“ nicht nur für die Praxis relevant ist – geringfügige Begleitdelikte werden nämlich gerne eingestellt (s. §§ 154, 154 a StPO) –, sondern auch für die Klausurbearbeitung: Die zentralen, schwierigen Fragen der Aufgabenstellung wird man kaum in § 123 StGB – ähnlich „beliebt“: § 246 StGB – verstecken, so lange es noch um andere, viel „interessantere“ Delikte geht.

## **B. Zweiter Tatkomplex: Die Entwendung des Rucksacks**

1. Strafbarkeit von T und K wegen mittäterschaftlichen Raubes, §§ 249, 25 Abs. 2 StGB

a. Objektiver Tatbestand:

T und K haben den Gewahrsam des P an seinem Rucksack gebrochen und eigenen daran begründet. Somit liegt eine Wegnahme vor.

*Eine Abgrenzung zur räuberischen Erpressung ist durch den Sachverhalt nicht veranlasst.*

Laut Sachverhalt haben T und K dem P den Rucksack vom Rücken „gezerrt“. Insofern kommt als Nötigungsmittel Gewalt in Betracht. § 249 StGB verlangt zwar grundsätzlich, dass sich die Gewalt gegen die Person richtet, der die Sache weggenommen wird. Jedoch genügt auch Gewalt gegen Sachen, wenn sie zugleich als eine physische Einwirkung auf die Person empfunden wird. Das ist hier der Fall, denn der Rucksack konnte dem P nur mit so erheblicher Kraftentfaltung entrissen werden, dass dabei ein Tragegurt abriss. Die Wegnahme wurde also nicht – nur – durch die tatbestandsirrelevante Ausnutzung des Überraschungsmoments ermöglicht.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Vgl. BGH, NJW 1955, 1404 f.

Da T und K laut Sachverhalt gemeinsam gehandelt haben, liegt unproblematisch Mittäterschaft vor.

b. Subjektiver Tatbestand:

T und K wussten, dass sie Gewalt gegen P anwendeten, um sich den Gewahrsam an dem Rucksack zu verschaffen. Sie handelten also vorsätzlich im Hinblick auf die Nötigung. Probleme bereiten jedoch Wegnahmenvorsatz und Zueignungsabsicht. Was den Rucksack betrifft, so liegt zwar Wegnahmenvorsatz vor, aber es fehlt an der Zueignungsabsicht, denn T und K waren nicht am Rucksack selbst interessiert. Zum Teil wird Zueignungsabsicht dann bejaht, wenn das Behältnis zumindest vorübergehend als Transportmittel genutzt werden soll, auch wenn es anschließend „entsorgt“ wird.<sup>14</sup> Mit dieser Begründung könnte hier im Hinblick auf den Rucksack Zueignungsabsicht angenommen werden, obwohl der Sachverhalt offen lässt, ob der Rucksack an Ort und Stelle oder erst später geöffnet werden sollte.

Fraglich ist, ob T und K im Hinblick auf den Inhalt mit Wegnahmenvorsatz und Zueignungsabsicht gehandelt haben. Insoweit hat der BGH jüngst in einer vergleichbaren Konstellation ohne weitere Begründung den subjektiven Tat-

bestand verneint mit der Konsequenz, dass sich T und K nur wegen versuchten mittäterschaftlichen Raubes zu verantworten hätten, da sie ihr anvisiertes Ziel, nämlich die Briefmarkensammlung, letztlich nicht erreicht haben.<sup>15</sup>

T und K wussten jedoch, dass es sich beim Inhalt des Rucksackes um eine fremde bewegliche Sache handelte. Ihre Fehlvorstellung über weitere Eigenschaften dieser Sache (wertvolle Briefmarken statt schimmeliges Brot) begründet einen bloßen Identitäts- bzw. Motivirrtum (*error in objecto*), der bei tatbestandlicher Gleichwertigkeit von vorgestelltem und tatsächlich angegriffenem Objekt gemeinhin für unbeachtlich angesehen wird.

*Zu einer anderen Lösung gelangt man nur dann, wenn man mit einer vereinzelt Ansicht zwischen „geistiger“ und optischer Konkretisierung differenziert. Ein unbeachtlicher error in objecto liegt demnach vor, wenn das vom Täter visualisierte Objekt mit dem tatsächlich beeinträchtigten Objekt identisch ist, während bei einer abweichenden reinen Vorstellung eine Tatvollendung wegen Irrtums verneint wird.<sup>16</sup> Im Ergebnis läuft diese Auffassung auf die Beachtlichkeit des Motivirrtums hinaus.*

<sup>14</sup> Vgl. Kindhäuser, Strafrecht BT II, 5. Aufl. 2008, § 2 Rdnr. 100; Ruß, FS Pfeiffer, 1988, S. 61, 64 f.

<sup>15</sup> BGH, NStZ 2006, 686 f.

<sup>16</sup> Vgl. Herzberg, JA 1981, 470, 472 ff.; zur Kritik s. nur Roxin, AT-1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rdnr. 197.

Geht man richtigerweise von Wegnahmevorsatz aus, stellt sich die Frage nach der Zueignungsabsicht. Hier könnte man folgendermaßen argumentieren: T und K wollten sich zum Zeitpunkt der Wegnahme des Rucksacks seinen gesamten Inhalt zueignen. Nur deshalb führten sie den Überfall aus. Ebenso wie der Wegnahmevorsatz nicht durch den error in objecto beseitigt wird, so bleibt die auf der Wollensebene erfolgende Identifizierung des Inhalts des Rucksacks ein unbeachtliches Motiv.<sup>17</sup> Dafür spricht, dass niemand sicher sein kann, was in einem Behältnis ist, bevor er es nicht geöffnet und nachgesehen hat. Bezieht man die Zueignungsabsicht dagegen – als überschießende Innentendenz – nur auf die vorgestellte Briefmarkensammlung und nicht auf den faktischen Inhalt des Rucksacks, so ist die Zueignungsabsicht zu verneinen.<sup>18</sup> Denn für die Zueignungsabsicht kommt es darauf an, dass der Täter sich eine Sache vorstellt, die aneignungswürdig ist – und eben nicht irgendeine beliebige Sache. Lehnt man für den Fall, dass der Rucksack völlig leer ist, die Zueignungsabsicht ab, dann leuchtet es nicht ein, dass sich das Ergebnis bereits dann ändern soll, wenn sich im Rück-

sack ein für den Täter ganz wertloser Gegenstand befindet.<sup>19</sup>

*Folgt man der ersten Ansicht, so liegt ein vollendeter Raub vor. Die zweite Ansicht kommt zu einem versuchten Raub. Selbstverständlich sind beide Lösungen vertretbar. Die gleichfalls verwirklichte vollendete Nötigung tritt hinter § 249 StGB auch dann zurück, wenn der Raub nur versucht wurde. Daher muss § 240 StGB nicht gesondert geprüft werden.*

*2. Strafbarkeit von T und K wegen gemeinschaftlicher Sachbeschädigung, §§ 303, 25 Abs. 2 StGB*

Nach dem Sachverhalt haben T und K den Rucksack in einen Abfalleimer gestopft und dadurch verursacht, dass er als Abfall beseitigt wird. Das ist eine strafbare Sachbeschädigung.

Die Schwierigkeit im zweiten Tatkomplex besteht darin, strikt zwischen den einzelnen denkbaren Objekten der Wegnahme und der beabsichtigten Zueignung zu differenzieren. Die Aufgabenstellung ist insofern lehrreich, als es darum geht, den Sachverhalt genau zu lesen und auszuschöpfen. Auch das muss geübt werden.

<sup>17</sup> Vgl. *Arzt/Weber*, Strafrecht BT, 2000, § 13 Rdnr. 131; *Graul*, JR 1999, S. 338 (341); s. auch *BGHSt* 5, S. 205 (206).

<sup>18</sup> S. *BGH*, NJW 1990, 2569; NStZ-RR 2000, S. 343; NStZ 2004, S. 333; Eser/Bosch, in: *Schönke/Schröder StGB*, 28. Aufl. 2010, § 242 Rdnr. 63; *Fischer*, StGB, § 242 Rdnr. 30.

<sup>19</sup> In diesem Sinne *Streng*, JuS 2007, S. 422 (424 f.).

### C. Dritter Tatkomplex: Prügel für P

*Die Strafbarkeit wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung bereitet Aufbau-probleme, weil nach einer Ansicht Gemeinschaftlichkeit mittäterschaftliches Zusammenwirken gemäß § 25 Abs. 2 StGB verlangt. Den Königsweg gibt es hier nicht. Vorzugswürdig dürfte es sein, erst die Strafbarkeit von K und T im Hinblick auf § 223 StGB – getrennt (!) – zu prüfen und sich sodann der Frage des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB zuzuwenden. Ansonsten ist eine Inzidentprüfung der Beteiligung des T fast unvermeidbar.*

#### *1. Strafbarkeit von K wegen Körperverletzung, § 223 StGB*

K hat auf P eingepöbeln, so dass dieser im Gesicht blutende Verletzungen erlitt. Das ist eine üble unangemessene Beeinträchtigung der körperlichen Integrität des P und ebenfalls die Verursachung eines pathologischen Zustands. K wusste dabei, was er tat und hat sich somit nach § 223 StGB strafbar gemacht.

#### *2. Strafbarkeit von T wegen Anstiftung zur Körperverletzung, §§ 223, 26 StGB*

(1) T hat selbst keine Hand gegen P erhoben, sondern den K nur angewiesen. Fraglich ist, ob dies bereits für Mittäterschaft genügt. Nach der in der Literatur vorherrschenden Tatherrschaftslehre ist dies ein klassischer Fall für Anstiftung,

denn es fehlt an dem für die funktionale Tatherrschaft konstitutiven arbeitsteiligen Zusammenwirken bei der Tatausführung. Dass T dem K Anweisungen erteilt, nach denen sich K richtet, begründet noch keine Tatherrschaft des T.

Schwieriger ist das Ergebnis zu prognostizieren, wenn man der „normativen Kombinationstheorie“ der Rechtsprechung folgt, die im Rahmen einer Gesamtabwägung verschiedene Gesichtspunkte berücksichtigt. Immerhin spielt in diesem Zusammenhang das eigene Interesse des T an der Tatausführung eine wichtige Rolle. Gleichwohl verlangt auch die Rechtsprechung in objektiver Hinsicht einen wesentlichen Tatbeitrag, ohne den die Tat wesentlich erschwert worden wäre.<sup>20</sup> Somit dürfte man nur auf dem Boden der – überholten – extrem-subjektiven Theorie zu Mittäterschaft des T gelangen.

(2) Im Übrigen sind die Voraussetzungen des § 26 StGB unproblematisch. Eine rechtswidrige Haupttat des K liegt vor. T hat K zur Verletzung des P angewiesen; auf sein Zeichen hat K die Prügel beendet. Das ist ein Bestimmen zur Tat i.S.v. § 26 StGB. Dabei handelte T mit doppeltem Anstiftervorsatz.

---

<sup>20</sup> Vgl. BGH, NStZ 1991, S. 91; Fischer, StGB, § 25 Rdnr. 12a.

3. Strafbarkeit des K wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung, § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Bei § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ist umstritten, ob eine gemeinschaftliche Körperverletzung das Zusammenwirken von mindestens zwei Mittätern am Tatort voraussetzt oder ob auch das Zusammenwirken des Täters mit einem Teilnehmer am Tatort ausreicht. Aus diesem Streit ergeben sich, je nach der Lösung unter III.2., verschiedene Kombinationsmöglichkeiten:

- Wer bei T lediglich Anstiftung angenommen hat und für § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB Mittäterschaft verlangt, muss eine gefährliche Körperverletzung schon deshalb ablehnen.
- Wer bei T lediglich Anstiftung angenommen hat und für § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB keine Mittäterschaft verlangt, kann zu einer gefährlichen Körperverletzung kommen.
- Wer bei T Mittäterschaft bejaht hat, muss sich bei § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB nicht mit dem Streit zwischen Mittäterschafts- und Beteiligungslösung auseinandersetzen. Gleichwohl versteht sich die Annahme einer gefährlichen Körperverletzung auch dann durchaus nicht von selbst.

Die vorherrschende Ansicht geht davon aus, dass der Gesetzgeber durch die

Formulierung „mit einem anderen Beteiligten“ klargestellt hat, dass Mittäterschaft nicht mehr erforderlich ist, denn nach der Definition des § 28 Abs. 2 StGB sind auch bloße Teilnehmer „Beteiligte“. Das Merkmal „gemeinschaftlich“ bezieht sich demnach nicht auf die Beteiligungsform, sondern auf das Erfordernis eines einverständlichen Zusammenwirkens am Tatort. Nach dem Strafgrund dieses „Konvergenzdeliktes“ kommt es auf die gesteigerte Gefährlichkeit der Tat für das Opfer an, das aufgrund des gemeinsamen Zusammenwirkens mehrerer Angreifer einerseits in seinen Abwehrchancen beeinträchtigt ist und andererseits mit einer Eskalation der Auseinandersetzung rechnen muss. Diese Erwägung ist nicht zwingend mit der Abgrenzung zwischen verschiedenen Beteiligungsformen verbunden.<sup>21</sup>

Nach der Gegenauffassung kann nur der Beteiligte eine Körperverletzung gemeinschaftlich mit einem anderen begehen, der als Mittäter handelt. Darauf soll das Merkmal „gemeinschaftlich“ hinweisen, das sich auch in § 25 Abs. 2 StGB findet. Die von der herrschenden Ansicht betonte besondere Gefährlichkeit der Tat sei gerade für das funktio-

<sup>21</sup> S. BGHSt 47, S. 383 ff.; Kindhäuser, BT-1, 5. Aufl. 2012, § 9 Rdnr. 19 f.; Lilie, in: LK, § 224 Rdnr. 33 ff.; Fischer, StGB, § 224 Rdnr. 11a; grundlegend Küper, GA 2003, S. 363 (378 ff.).

nelle Zusammenwirken von Mittätern kennzeichnend.<sup>22</sup>

Im vorliegenden Fall dürfte es nicht auf diesen Streit ankommen, sondern vielmehr darauf, ob T durch seine Anwesenheit am Tatort die Abwehrmöglichkeiten des P geschwächt hat. Aus dem Sachverhalt ergibt sich nicht, dass T dem P seine jederzeitige Eingriffsbereitschaft offenbart hat. Allein das Erteilen von Anweisungen genügt noch nicht.<sup>23</sup>

*Die Gegenansicht ist mit entsprechender Begründung vertretbar. So kann man zu gemeinschaftlicher Körperverletzung kommen, wenn man darauf abstellt, dass K die Intensität seiner Verletzungshandlungen entsprechend den Anweisungen des T steuert.*<sup>24</sup>

#### 4. Beteiligung des T an der gefährlichen Körperverletzung des K

Bejaht man eine gefährliche Körperverletzung des K gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB, so hat sich T – je nach Ansicht –

daran als Mittäter oder als Anstifter beteiligt.

Der dritte Teil bereitet Aufbauprobleme, wie sich auch daran sehen lässt, dass die Lösungshinweise zwischen den Beteiligten hin- und her springen. Das liegt an der besonderen Schwierigkeit der sog. „Konvergenzdelikte“. Hier ist bekanntlich umstritten, ob die „Gemeinschaftlichkeit“ Mittäterschaft voraussetzt oder Teilnahme ausreicht. Einig ist man sich nur insofern, als alle Täter am Tatort in irgendeiner Weise zusammenwirken müssen. Aufbauregeln sind nicht „heilig“, sondern können auch durchbrochen werden, wenn es im Einzelfall nicht anders geht. Eine strukturierte Prüfung zeichnet sich immer dadurch aus, dass sie den Leser wie mit einem roten Faden durch die Lösung führt und alle Argumente folgerichtig entwickelt. Das sollte die oberste Maxime für Sie sein.

#### **Strafprozessuale Zusatzfrage: Verwertbarkeit der Angaben von P vor der Polizei**

Die Angaben des P vor der Polizei können durch eine Vernehmung von PHK Stämmler, der die Aussage entgegengenommen hat, gemäß § 250 StPO in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Ein Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz liegt darin nicht, denn

<sup>22</sup> S. Krey/Heinrich, Strafrecht BT-1, 13. Aufl. 2005, Rdnr. 252b ff.; Paeffgen, in: Nomos Kommentar, 3. Aufl. 2010, § 224 Rdnr. 23 f.

<sup>23</sup> Vgl. Lilie, in: LK, § 224 Rdnr. 35; Wesels/Hettinger, Strafrecht BT-1, 35. Aufl. 2011, Rdnr. 281.

<sup>24</sup> So soll es nach BGH, NJW 1998, S. 466 genügen, wenn ein am Tatort anwesender Beteiligter den Tatwillen des unmittelbar Ausführenden psychisch „bestärkt“; vgl. auch Gösse/Dölling, Strafrecht BT-1, 2. Aufl. 2004, § 13 Rdnr. 45 f.

Stämmeler ist selbst Zeuge, nämlich über das, was er von P selbst gehört hat.<sup>25</sup>

Allerdings wird sich auf diese Weise kaum eine Verurteilung von T und K erreichen lassen. Denn nach der Rechtsprechung des BGH ist bei der Beweiswürdigung der Aussage eines Zeugen vom Hörensagen besondere Sorgfalt geboten, so dass in der Regel darauf allein eine Verurteilung nicht gestützt werden kann.<sup>26</sup> Noch strikter geht der EGMR vor, der die Auskunftsperson – hier also P – selbst als Zeugen ansieht, den der Angeklagte oder sein Verteidiger gemäß Art. 6 Abs. 3 Buchst. d EMRK unmittelbar selbst befragen dürfen. Wenn diese Konfrontation aus welchen Gründen auch immer nicht möglich ist, dürfen die Angaben nach dem EGMR überhaupt nicht verwertet werden.<sup>27</sup>

Die Bedeutung der prozessualen Zusatzfrage wird häufig unterschätzt. In der Regel hängt etwa eine Notenstufe an ihrer Beantwortung. In der vorliegenden Klausur ging es um einen strafprozessualen Dauerbrenner, das sog. „Konfrontationsrecht“ nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK. Hier ist die Recht-

sprechung des EGMR stark im Fluss, s. dazu neuerdings:

*Frank Meyer*, Die „sole or decisive“-Regel zur Würdigung nicht konfrontierter Zeugenaussagen – not so decisive anymore, HRRS 2012, S. 117 ff.

*Antje du Bois-Pedain*, Artikel 6 Abs. 3 lit. d EMRK und der nicht verfügbare Zeuge: Weist der modifizierte Lucà-Test den Weg aus der Sackgasse?, HRRS 2012, 120 ff.

#### *Abschließende Bemerkungen:*

Für Übungsklausuren gilt: Ohne gründliche Übung ist es kaum möglich, im Examen fünfstündige Klausuren erfolgreich zu absolvieren. Es ist daher unumgänglich, die universitären Angebote im Examensklausurenkurs wahrzunehmen. Man sollte nach meiner Erfahrung mindestens 40 Klausuren geschrieben haben. Dabei kommt es – zumindest zu Beginn der Examensvorbereitung – weniger auf die jeweilige Note an. Ebenso wichtig wie die Beherrschung des Prüfungsstoffes – und dabei leider häufig unterschätzt – ist die Fähigkeit, das, was man sich ausgedacht hat, in einer ansprechenden Form zu Papier zu bringen. Daher sollten Sie ruhig ausprobieren, wie viel Zeit Sie benötigen, um eine Seite in ordentlichem Deutsch und leserlich (!) hinzuschreiben, und ob es Ihnen leichter

<sup>25</sup> S. BGHSt 17, S. 382 (383 f.); Meyer-Gofßner, StPO, 55. Aufl. 2012, § 250 Rdnr. 4.

<sup>26</sup> Vgl. BVerfGE 57, S. 250 (277 ff., 292 f.); BGHSt 34, 15 (17 ff.); 49, S. 112 (119).

<sup>27</sup> Vgl. EGMR, NJW 2003, S. 2893 ff. (P.S. gegen Deutschland).

fällt, wenn Sie eine umfangreiche Lösungsskizze zur Vorlage haben. Dadurch können Sie austesten, wie viel Zeit Sie zum Schreiben brauchen, und wie viel Zeit Sie sich für die Erstellung der Lösungsskizze nehmen können/sollten. Außerdem sollten Sie auch testen, ob Ihnen kleinere Pausen gut tun (z.B. als „Belohnung“ etwas Schokolade nach der Lösungsskizze – und dann auf zum Schreiben, bis die Finger schmerzen ...).

Es ist daher auch völlig unerheblich, ob Sie nach den ersten Minuten den Eindruck haben, den Stoff der Aufgabenstellung zu kennen oder nicht. Nicht wenige geben dann schon nach kurzer Zeit resigniert auf. So ein Blödsinn! Als ob Sie ernsthaft damit rechnen könnten, dass Ihnen im Examen nur Bekanntes vorgesetzt würde. Gerade darin zeigt sich der Meister, dass er den Anfangsfrust überwindet und sich in die Aufgabenstellung verbeißt. Ein guter Jurist kann jeder Rechtsfrage noch eine Argumentation abgewinnen. Auch diese Erfahrung müssen Sie machen.

Sehr verlockend ist es, wenn man ein gelerntes Problem in der Aufgabenstellung zu entdecken meint und sich dann so richtig ausbreitet. Examensklausuren enthalten mehrere Schwerpunktprobleme – wie etwa die vorliegende Arbeit. Häufig erweist sich der (oder die) gute Jurist (oder -in) gerade dort, wo die

Aufgabenstellung auf unbekanntes Gebiet führt. Hier hilft das bewährte Handwerkszeug (vor allem die Auslegungsmethoden), einen gangbaren Pfad zu finden – und dem Leser der Klausur aufzuzeigen. Auswendig Gelerntes ohne rechtes Verständnis wiederzukäuen, beeindruckt den Korrektor nämlich nicht.

Wenn Sie eine Klausur im Klausurenkurs geschrieben haben, mögen Sie häufig über die schlechte Korrektur, mit der man aber auch gar nichts anfangen kann, verärgert sein. Da ist es kein Trost, dass die Korrekturassistenten zu schlecht bezahlt werden und dass es Generationen von Studierenden ebenso ergangen ist usw. Aber statt mit Lehrstuhlmitarbeitern über die korrekte Bewertung zu räsonieren, sollten Sie unbedingt zur Besprechung gehen. Nur dort erfahren Sie schließlich, was von Ihnen erwartet wurde, und nur dort können Sie Fragen stellen, wenn Ihnen etwas unklar geblieben ist. Die Dozenten beantworten Ihnen Ihre Fragen gern. Und nicht zuletzt sollten Sie genügend Selbstkritik entwickeln, um Ihren Leistungsstand selbst einschätzen zu können.

Die Nacharbeitung einer Klausur ist ein Thema für sich. Für eine systematische Erfassung des Stoffes taugt sie nicht. Dafür ist die Eigeninitiative Lerngruppe zuständig. Eine Klausur kann aber dar-

auf hinweisen, wo Ihre Defizite liegen.  
Wenn Sie dann regelmäßig „über dem  
Strich“ schreiben, sollten Sie sich für  
das Examen anmelden.

Auf der Suche nach  
besten Perspektiven?



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

## Referendare (w/m)

in den Anwaltsstationen und der Wahlstation aus.

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

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

**MENOLD BEZLER**  
RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt

## Beschaffenheitsvereinbarung bei e-bay-Kauf

BGH, Urteil vom 28.03.2012 - VIII ZR 244/10, BeckRS 2012, 09229

1. Bei einer Internetauktion rechtfertigt ein grobes Missverhältnis zwischen dem Maximalgebot eines Bieters und dem (angenommenen) Wert des Versteigerungsobjekts nicht ohne Weiteres den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Bieters. (amtlicher Leitsatz)
2. Aus einem geringen Startpreis (hier: 1 €) bei einer Internetauktion ergeben sich keine Rückschlüsse auf den Wert des Versteigerungsobjekts. (amtlicher Leitsatz)
3. Ob und mit welchem Inhalt bei einer Internetauktion durch die Angebotsbeschreibung des Anbieters eine Beschaffenheitsvereinbarung mit dem Meistbietenden zustande kommt, ist unter umfassender Würdigung der abgegebenen Willenserklärungen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. (amtlicher Leitsatz)
4. Grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers von der Unechtheit eines im Internet unter Angabe des Markennamens versteigerten Luxusobjekts kann nicht mit der Begründung bejaht werden, es sei erfahrungswidrig, dass ein solcher Gegenstand mit einem Startpreis von nur einem Euro angeboten werde. (amtlicher Leitsatz)

**Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):**

V bot bei e-bay ein Mobiltelefon unter Hinzufügung eines Fotos unter der Bezeichnung „Vertu Weiss Gold“ an. In der Beschreibung hieß es „Zustand gebraucht“, außerdem war folgender Text beigefügt:

"Hallo an alle Liebhaber von Vertu.

Ihr bietet auf ein fast neues Handy (wurde nur zum ausprobieren ausgepackt). Weist aber ein paar leichte Gebrauchsspuren auf (erwähne ich ehrlichkeit halber). Hatte 2 ersteigert und mich für das gelb goldene entschieden. Gebrauchsanweisung (englisch) lege ich von dem gelb goldene bei, das andere habe ich auch nicht bekommen. Dazu bekommt ihr ein Etui, Kopfhörer und Ersatzakku. Privatverkauf, daher keine Rücknahme. Viel Spaß beim Bieten."

Startpreis war 1 €. K erwarb das Handy, nachdem er ein Maximalgebot in Höhe von 1.999 € abgegeben hatte, für 782 € per Zuschlag. Bei Lieferung stellte sich heraus, dass das Handy ein Imitat und kein Original war; K verlangte Lieferung eines Original-Handys (deren Wert er mit 24.000 € angab) oder Schadensersatz im Wert 23.218 €.

Bestehen die Ansprüche des K?

**Hinweise:**

1. Vertu“-Mobiltelefone sind Luxusausfertigungen von Mobiltelefonen, ihr Preis reicht von 4000 € bis zu 80.000 €.
2. In den AGB von e-bay ist der Verkauf von Repliken und Fälschungen ausdrücklich untersagt.

**Anspruch aus §§ 433 I 1, 437, 280 I, 281 BGB**

I. Ein Kaufvertrag zwischen K und V ist zustande gekommen.

1. Fraglich ist aber, ob dieser Vertrag wirksam ist. Die Unwirksamkeit des Vertrages könnte sich aus § 138 I BGB ergeben. Nach der Rechtsprechung des BGH zum wucherähnlichen Rechtsgeschäft muss bei einem besonders krassem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung regelmäßig auf eine verwerfliche Gesinnung geschlossen werden, welche zusammen mit einem auffälligen Missverhältnis die Sittenwid-

rigkeit eines Rechtsgeschäfts begründet. Das wird bei Grundstückskaufverträgen regelmäßig dann angenommen, wenn der Wert der Leistung mehr als doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung.

Fraglich ist aber, ob diese Grundsätze auch auf Internetauktionen anwendbar sind. Von der Vorinstanz wurde das bejaht; die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur verneint die Frage jedoch mit der Berufung auf Besonderheiten der Internetauktionen. Dieser Auffassung schließt sich der BGH an:

*„Der Schluss von dem besonders groben Äquivalenzmissverhältnis auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten leitet sich aus dem Erfahrungssatz her, dass außergewöhnliche Leistungen in der Regel nicht ohne Not oder einen anderen den Benachteiligten hemmenden Umstand zugestanden werden und der Begünstigte diese Erfahrung teilt. Von einem solchen Beweisanzeichen kann indes bei einer Onlineauktion nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Denn die Situation einer Internetversteigerung unterscheidet sich grundlegend von den bisher entschiedenen Fällen, in denen sich in den Vertragsverhandlungen, die zu den Zugeständnissen der objektiv benachteiligten Seite führten, nur die Vertragspartner gegenüberstanden.*

Hier kann aus einem deutlich unter dem Wert des angebotenen Gegenstandes liegenden Gebot des Bieters nicht auf dessen verwerfliche Gesinnung geschlossen werden. Zwar ist der Kaufpreis für den Bieter durch den von ihm eingegebenen Höchstpreis zunächst nach oben begrenzt. Es macht jedoch gerade den Reiz einer (Internet-)Auktion aus, mit der Abgabe eines zunächst niedrigen Gebots die Chance wahrzunehmen, den Auktionsgegenstand zum "Schnäppchenpreis" zu erwerben, während umgekehrt der Anbieter die Chance wahrnimmt, durch den Mechanismus des Überbietens am Ende einen für ihn vorteilhaften Kaufpreis zu erzielen. Für den Bieter kann es daher durchaus taktische Gründe geben, zunächst nicht sein äußerstes Höchstgebot anzugeben, sondern - etwa kurz vor Ablauf der Auktion - noch ein höheres Gebot zu platzieren, zu dem er indes keine Veranlassung hat, wenn er sich zu diesem Zeitpunkt aufgrund des Auktionsverlaufes bereits Chancen ausrechnen kann, den Gegenstand zu dem von ihm zunächst gebotenen Höchstpreis zu erwerben. Bereits aus diesem Grund ist der vom Berufungsgericht angenommene Schluss einer verwerflichen Gesinnung alleine aus dem Verhältnis des abgegebenen Höchstgebots zum Wert nicht gerechtfertigt.

Es bedürfte vielmehr zusätzlicher - zu einem etwaigen Missverhältnis von Leis-

tung und Gegenleistung hinzutretender - Umstände, aus denen bei einem Vertragsschluss im Rahmen einer Internetauktion geschlossen werden kann, der Bieter habe trotz der hier bestehenden besonderen Preisbildungssituation die Not oder einen anderen den Anbieter hemmenden Umstand in verwerflicher Weise zu seinem Vorteil ausgenutzt. Derartige Umstände hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.“

Der Vertrag ist also nicht nach § 138 I BGB nichtig. Im Übrigen fehlte es hier an der korrekten Vergleichsgrundlage, wie der BGH bemängelt:

„Davon abgesehen hat das Berufungsgericht zum Wert des von der Beklagten angebotenen Mobiltelefons keine Feststellungen getroffen, sondern seiner Beurteilung den vom Kläger behaupteten Ladenpreis eines neuen VertuMobiltelefons des Modells "Signature weiß-gold" zugrunde gelegt. Das ist offensichtlich unzutreffend. Das angebotene Mobiltelefon war nicht neu, sondern gebraucht. Die Beklagte hatte zudem angegeben, es selbst ersteigert und damit nicht im autorisierten Fachhandel erworben zu haben, zudem fehle die Gebrauchsanleitung. Ein derartiger Gegenstand hat ersichtlich nicht ansatzweise den Marktwert eines vom Fachhandel angebotenen neuen Originalgeräts.“

2. Ein wirksamer Kaufvertrag zwischen V und K liegt also vor.

## II. Sachmangel

Darüber hinaus müsste das Gerät mangelhaft sein. Die technischen Funktionen sind intakt, jedoch ist hier möglicherweise eine Beschaffensvereinbarung dahingehend abgeschlossen worden, dass ein Handy der Marke „Vertu“ im Original verkauft werden sollte. Dem könnte allerdings schon der Startpreis 1 € entgegenstehen, wie die Vorinstanz meinte. Der BGH lehnt das aber ab:

*„Das Berufungsgericht verkennt, dass dem Startpreis angesichts der Besonderheiten einer Internetauktion im Hinblick auf den Wert des angebotenen Gegenstandes grundsätzlich kein Aussagegehalt zu entnehmen ist. Denn der bei Internetauktionen erzielbare Preis ist von dem Startpreis völlig unabhängig, da er aus den Maximalgeboten der Interessenten gebildet wird, so dass auch Artikel mit einem sehr geringen Startpreis einen hohen Endpreis erzielen können, wenn mehrere Bieter bereit sind, entsprechende Beträge für den Artikel zu zahlen. Dieses System kann den Anbieter veranlassen, auch hochwertige Artikel zu einem niedrigen Einstiegspreis anzubieten. Der Anbieter kann mit einem solchen Startpreis beispielsweise versuchen, das Interesse einer Vielzahl von Interessenten zu wecken, und sich dabei von der Hoffnung leiten lassen, durch eine Vielzahl von Geboten einen hohen Preis zu*

*erzielen, oder durch einen niedrigen Startpreis die Angebotsgebühr zu minimieren. Ein Rückschluss darauf, ob die Parteien eine Beschaffensvereinbarung über wertbildende Eigenschaften getroffen haben, kann daher entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts aus dem Startpreis einer Internetauktion nicht erfolgen.“*

Ob eine Beschaffensvereinbarung hier vorliegt, ist Auslegungsfrage, der BGH nennt einige Kriterien:

*„Ausgangspunkt dieser Beurteilung ist das Angebot der Beklagten, welches in der Überschrift ein Mobiltelefon mit der Bezeichnung "Vertu" anbietet und sich ausdrücklich "an alle Liebhaber von Vertu" richtete. Dies sind Umstände, die für eine Beschaffensvereinbarung sprechen können. Hinzu kommt, dass eBay den Verkauf von Repliken und Fälschungen ausdrücklich verbietet. Dieses Verbot ist auch bei der Auslegung der Willenserklärung des Anbieters zu berücksichtigen. Denn wie der Senat bereits entschieden hat, richtet sich der Erklärungsinhalt der Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) bei Abschluss des Kaufvertrages im Rahmen der bei eBay durchgeführten Internetauktion auch nach den Bestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay, denen die Parteien vor der Teilnahme an der Internetauktion zugestimmt haben. Bezieht sich das Angebot ausdrücklich*

*auf einen Markennamen, kann und darf der Kunde, soweit sich nicht aus dem Angebot eine Einschränkung ergibt, daher im allgemeinen die berechtigte Erwartung haben, dass das angebotene Produkt diesen Vorgaben entspricht und kein Plagiat ist.*

*Andere Umstände erscheinen dagegen geeignet, Zweifel am Bestehen einer Beschaffenheitsvereinbarung zu wecken. So gab die Beklagte an, das streitgegenständliche Telefon und ein weiteres Vertu-Mobiltelefon selbst ersteigert und damit nicht im autorisierten Fachhandel erworben zu haben; auch fehle die Gebrauchsanleitung. Zudem enthält der Angebotstext - für Luxusobjekte ungewöhnlich - keine Modellbezeichnung. Ob sich hinsichtlich des angebotenen Modells aus dem Foto, das dem Angebot beigefügt war, Näheres ergibt, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.“*

Die besseren Gründe sprechen also dafür, eine Beschaffenheitsvereinbarung anzunehmen (a.A. vertretbar).

Von dieser weicht das angebotene Mobiltelefon ab, ein Sachmangel gemäß § 434 I 1 BGB ist also gegeben.

### III. Ausschluss der Mängelrechte

Die Rechte des Käufers sind jedoch ausgeschlossen, wenn er den Mangel kennt oder infolge grobfahrlässiger Unkenntnis nicht kennt (§ 442 BGB). Das

hatte die Vorinstanz angenommen, der BGH lehnt das jedoch ab und verweist auf seine Ausführungen zur Einordnung des Startpreises von 1 € nach oben:

*„Aus den unter ... dargelegten Gründen kann dem Berufungsgericht schließlich auch insoweit nicht gefolgt werden, als es den geltend gemachten Schadensersatzanspruch mit der Hilfsbegründung verneint hat, dem Kläger sei der unterstellte Mangel der Unechtheit des von der Beklagten angebotenen Mobiltelefons infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben (§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB), weil es erfahrungswidrig sei, dass ein Mobiltelefon mit dem von dem Kläger behaupteten Wert zu einem Startpreis von 1 € auf einer Internetplattform angeboten werde.“*

### IV. Schadensersatzhöhe

K hat eine Frist für die Leistung eines Original-Handys gesetzt, diese ist abgelaufen. Ihm steht daher ein Schadensersatzanspruch aus §§ 433 I, 434, 437, 280, 281 BGB zu. Dieser richtet sich auf Wertersatz in Höhe des tatsächlichen Werts des vertraglich geschuldeten Mobiltelefons abzüglich des Kaufpreises.

### Hinweise:

1. Der Fall eignet sich – in Kombination mit anderen Fällen – hervorragend für eine Examensklausur; Fälle über e-bay-Versteigerungen sind in den letzten

Jahren immer beliebter Examensstoff gewesen. Aber auch für Klausuren in den Übungen ist er sehr gut geeignet.

2. Besonders interessant ist der Fall auch deswegen, weil er mit dem Verkauf von gefälschter Markenware ein verbreitetes Phänomen betrifft und rechtlich thematisiert. Dabei weist der BGH zutreffend darauf hin, dass ein Käufer einer Marke erwarten darf, ein Original und nicht ein Plagiat zu erhalten.

3. Der BGH hatte im Original den Fall nicht selbst zu entscheiden, sondern hat als Revisionsinstanz die Sache an das Berufungsgericht zur weiteren Feststellung zurückverwiesen.

*(Rechtsanwalt Dr. Christian F. Majer)*

## **BGH: Hausverbot durch Hotelbetreiber – „Udo Voigt“**

BGH, Urteil vom 09.03.2012 - V ZR 115/11, BeckRS 2012, 06870

- 1. Der Abschluss eines Beherbergungsvertrags führt dazu, dass die Grundrechte des Hotelbetreibers auf Privatautonomie, unternehmerische Freiheit und Ausübung der Eigentumsrechte hinter das Persönlichkeitsrecht des von einem späteren Hausverbot betroffenen Vertragspartners und das Diskriminierungsverbot zurücktreten; ein den Vertrag vereitelndes Hausverbot bedarf deshalb der Rechtfertigung durch besonders gewichtige Sachgründe. (amtlicher Leitsatz)**
- 2. Hat sich der Hotelbetreiber die Entscheidung darüber vorbehalten, wen er als Gast aufnimmt, ist er in seiner unternehmerischen Entscheidung frei, ob und unter welchen Voraussetzungen er anderen den Aufenthalt in seinen Räumen gestattet; die Erteilung eines Hausverbots muss in diesem Fall nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden. (amtlicher Leitsatz)**
- 3. Sofern sich nicht aus einer bestätigten Buchung ein anderes ergibt, und sei es auch im Rahmen automatisierter Buchungssysteme, steht es einem Hotelier frei, welchen Gast er aufnehmen und welchen er ablehnen will. Im Falle einer bestätigten Buchung bedarf es für die Erteilung eines Hausverbots im Einzelfall besonderer sachlicher Gründe (hier: verneint angesichts des bloßen Verdachts der Störung anderer Hotelgäste durch die Anwesenheit des NPD-Vorsitzenden).**

### **Sachverhalt:**

Die Ehefrau des V buchte bei einem Touristikunternehmen für beide Eheleute einen Aufenthalt in einem von H betriebenen Hotel für die Zeit vom 6. bis zum 10. Dezember 2009. Nachdem das Touristikunternehmen die Buchung zunächst bestätigt hatte, teilte es am 19. November 2009 mit, dass ein Aufenthalt in dem Hotel des H nicht möglich

sei, und bot verschiedene Unterbringungsalternativen sowie eine kostenfreie Stornierung an. Auf Nachfrage erteilte H dem V am 23. November 2009 ein Hausverbot. Dieses begründete sie mit Schreiben vom 8. Dezember 2009 damit, dass die politische Überzeugung des V - dieser war seinerzeit Bundesvorsitzender der Nationaldemokratischen Partei Deutschlands (NPD) - nicht mit dem Ziel des Hotels zu vereinbaren sei,

jedem Gast nach Möglichkeit ein exzellentes Wohlfühlerlebnis zu bieten.

V verlangt von H Widerruf des Hausverbots. Zu Recht?

### **A. Anspruch auf Widerruf des Hausverbots aus § 1004 BGB analog**

Der BGH führt aus unter Berufung auf den Grundsatz der Privatautonomie:

*„Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die H aufgrund ihres Hausrechts grundsätzlich befugt ist, für das von ihr betriebene Hotel ein Hausverbot auszusprechen. Das Hausrecht beruht auf dem Grundstückseigentum oder -besitz (§§ 858 ff., 903, 1004 BGB) und ermöglicht es seinem Inhaber, in der Regel frei darüber zu entscheiden, wem er den Zutritt gestattet und wem er ihn verwehrt. In ihm kommt insbesondere die - ihrerseits aus der grundrechtlichen Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) fließende Befugnis des Eigentümers zum Ausdruck, mit der Sache grundsätzlich nach Belieben zu verfahren und andere von der Einwirkung auszuschließen (§ 903 Satz 1 BGB). Darüber hinaus ist das Hausrecht Ausdruck der durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Privatautonomie, die die Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben schützt. Dazu gehört, dass rechtlich erhebliche Willensentscheidungen in der Regel keiner Rechtfertigung bedürfen; das gilt in gleicher Weise für die Ent-*

*scheidung, ob und in welchem Umfang einem Dritten der Zugang zu einer bestimmten Örtlichkeit gestattet wird.“*

Das diese Grundrechte einschränkende AGG ist, so der BGH, hier nicht anwendbar:

*„Zu Recht hat das Berufungsgericht auch angenommen, dass aus der speziellen zivilrechtlichen Regelung des § 19 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 21 AGG keine Einschränkungen des Hausrechts der H hergeleitet werden können. Abgesehen davon, dass es bereits zweifelhaft erscheint, ob Verträge über den Aufenthalt in einem Wellnesshotel überhaupt unter den Tatbestand der Norm fallen, scheidet das Eingreifen der Vorschrift jedenfalls daran, dass der Gesetzgeber bewusst davon Abstand genommen hat, das Diskriminierungsverbot auf Benachteiligungen wegen politischer Überzeugungen zu erstrecken. Auch die der Regelung zugrunde liegenden Richtlinien 2000/43/EG vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft und 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen enthalten insoweit keine weitergehenden Anforderungen.“*

Anderes gilt jedoch bei bestehenden Vertragsbeziehungen, so der BGH:

*„Das Berufungsgericht hat aber übersehen, dass die H ihr Hausrecht bezogen auf die Zeit vom 6. bis zum 10. Dezember 2009 deshalb nicht frei ausüben konnte, weil sie vertraglich verpflichtet war, dem V den gebuchten Aufenthalt in dem Hotel zu gestatten. Mit der Bestätigung der Buchung seitens des Touristikunternehmens erwarb nämlich nicht nur seine Ehefrau, sondern auch der V selbst jedenfalls nach den Regeln des Vertrages zugunsten Dritter einen auf die Erbringung der vereinbarten Leistungen gerichteten Anspruch.“*

Eine Lösung davon ist nur nach den Regeln der Anfechtung oder der Kündigung aus wichtigem Grund möglich:

*„Von diesem Vertrag hat sich die H weder durch eine Anfechtung noch durch eine Kündigung aus wichtigem Grund wirksam gelöst, ohne dass es auf die - nicht festgestellten - Einzelheiten der vertraglichen Beziehungen zwischen der H, dem Touristikunternehmen sowie dem V und dessen Ehefrau ankäme.*

*Eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB wegen eines Irrtums über eine Eigenschaft des V scheidet schon daran, dass die H sie nicht unverzüglich im Sinne von § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB erklärt hat. Dass die H den V wegen dessen politischer Überzeugung nicht als Gast in ih-*

*rem Hotel wünschte, hat sie erstmals mit Schreiben vom 8. Dezember 2009 geltend gemacht. Diese - nachgeschobene - Begründung mag bei wohlwollender Betrachtung als Anfechtungserklärung zu verstehen sein. Den Grund kannte die H aber zumindest seit der auf ihre Veranlassung hin vorgenommenen Stornierung der Buchung durch das Touristikunternehmen am 19. November 2009. Die damit mehr als zwei Wochen später erklärte Anfechtung kann nicht als unverzüglich angesehen werden.“*

Für eine Kündigung fehlt es, so der BGH, am wichtigen Grund:

*„Soweit in der Erteilung des Hausverbots zudem eine Kündigung des Vertragsverhältnisses aus wichtigem Grund durch die H zu erblicken sein sollte, ginge diese schon deshalb ins Leere, weil das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund regelmäßig eine, nicht notwendig schuldhaft, Vertragsverletzung durch eine Vertragspartei voraussetzt. Daran fehlte es.*

*Die zivilrechtliche Bindung, durch deren Begründung die H ihre Interessen freiwillig - privatautonom - gestaltet hat, führt dazu, dass die Berufung auf die Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und die unternehmerische Freiheit (Art. 12 GG) sowie die Ausübung der Eigentumsrechte (Art. 14 GG) deutlich an Gewicht verlieren. Dasselbe würde für das Recht gelten, sich durch die Erteilung eines Hausverbots politisch zu positionieren (Art. 5*

*Abs. 1 Satz 1 GG); hierauf hat sich H allerdings nicht berufen. Diese Grundrechte treten bei der gebotenen Abwägung hinter das Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) des von dem Hausverbot Betroffenen sowie das Diskriminierungsverbot (Art. 3 GG) zurück, da diese Regelungen insbesondere über die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB ebenfalls mittelbar in das Zivilrecht einwirken. Die Abwägung führt dazu, dass ein den Vertrag vereitelndes Hausverbot der Rechtfertigung durch besonders gewichtige Sachgründe bedarf. Solche Sachgründe lagen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht vor, soweit das Hausverbot den bereits gebuchten Aufenthalt betraf, wobei nur solche Gründe zu würdigen sind, auf die es von vornherein gestützt worden ist oder die in den Tatsacheninstanzen unter Beachtung der §§ 296, 529 ff. ZPO in den Prozess eingeführt worden sind.*

*Die von H gegebene Begründung, wonach die politische Überzeugung des V in einem Widerspruch zu dem Ziel des Hotels stehe, jedem Gast nach Möglichkeit ein „exzellentes Wohlfühlerlebnis“ zu bieten, trägt nicht die Weigerung, dem V den bereits gebuchten Aufenthalt in dem Hotel zu gestatten. Da keine Verfahrensrügen gegen die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts erhoben worden sind, ist der Senat als Revisionsgericht an den festgestellten Sachverhalt gebunden (§ 559 ZPO). Tatrichterliche*

*Feststellungen, aufgrund deren konkrete Störungen durch V zu befürchten wären, liegen nicht vor. Insbesondere hat das Berufungsgericht keine Tatsachen festgestellt, aufgrund deren die Befürchtung bestanden hätte, dass V bei dem beabsichtigten Aufenthalt in dem von H betriebenen Hotel - anders als bei seinen vorherigen Besuchen - durch Äußerung rechtsextremer Thesen Unruhe gestiftet hätte.*

*Der H bleibt angesichts der eingegangenen vertraglichen Bindung auch die Berufung darauf versagt, berechnete Belange anderer Hotelgäste begründeten ein schutzwürdiges Interesse an der Erteilung des Hausverbots. Zwar liegt die Annahme durchaus nahe, dass die Anwesenheit des V mit Blick auf die von diesem und dessen Partei vertretenen rechtsextremen Positionen bei anderen Gästen Missfallen erregen oder gar als Provokation empfunden wird. Das Bestehen unterschiedlicher politischer Auffassungen ist der freiheitlichen - wesentlich durch das Mehrparteiensystem geprägten demokratischen Grundordnung indessen immanent. Das schließt die Möglichkeit ein, im alltäglichen Leben und damit auch in einem Wellnesshotel mit einer Person zusammenzutreffen, die innerhalb einer - nicht verbotenen - politischen Partei eine hervorgehobene Funktion innehat. Es begründet als solches keine rechtlich erhebliche Beeinträchtigung, die etwa Ansprüche gegen*

den Hotelbetreiber aus einem mit diesem geschlossenen Beherbergungsvertrag oder, sofern der Aufenthalt auf der Grundlage eines Reisevertrags erfolgt, gegen den Reiseveranstalter (vgl. §§ 651c ff. BGB) auslösen könnte.

Die Befürchtung, die Anwesenheit des V in dem Hotel könne zu Beschwerden anderer Gäste oder gar dazu führen, das diese ihren Hotelaufenthalt vorzeitig beenden oder von einem neuerlichen Aufenthalt Abstand nehmen werden, vermag bereits deshalb ein Hausverbot nicht zu tragen, weil es auch insoweit jedenfalls an hinreichend konkreten Anhaltspunkten für eine solche Annahme fehlt. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat sich der V bereits mehrmals in dem Hotel der H aufgehalten, ohne dass es deshalb zu Beanstandungen gekommen wäre. Die abstrakte Möglichkeit, es könne sich bei einem weiteren - rein privaten und nicht von der parteipolitischen Funktion des V geprägten - Aufenthalt anders verhalten, reicht für die Erteilung eines Hausverbots nicht aus. Vor diesem Hintergrund kann auch nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, ein Aufenthalt des V werde die wirtschaftlichen Interessen der H in rechtlich erheblicher Weise beeinträchtigen.

Schließlich macht die H schon nicht geltend, dass ein Aufenthalt des V in ihrem Hotel die naheliegende Gefahr begrün-

det, sie werde dadurch in der öffentlichen Wahrnehmung mit den von diesem bzw. der NPD vertretenen politischen Positionen identifiziert.“

Anderes gilt nach dem BGH allerdings für das Hausverbot für zukünftige, noch nicht gebuchte Besuche:

„Rechtlich nicht zu beanstanden ist das Hausverbot dagegen, soweit dem V dadurch für die Zukunft der Zutritt zu dem Hotel untersagt wird.

Ein vertraglicher Anspruch des V, aufgrund dessen die H bei der Ausübung ihres Hausrechts Einschränkungen unterläge, besteht nach Ablauf der Zeit, für die der Hotelaufenthalt gebucht war, nicht mehr.

Die H war insoweit auch nicht aus sonstigen Gründen an der Erteilung eines Hausverbots gehindert.“

Die vom BGH anerkannte Ausnahme der Öffnung für den allgemeinen Publikumsverkehr greift hier nach Ansicht des BGH nicht ein:

„Einschränkungen bei der Ausübung des Hausrechts können sich, abgesehen von einer vertraglichen Bindung des Hausrechtsinhabers, insbesondere daraus ergeben, dass dieser die Örtlichkeit für den allgemeinen Publikumsverkehr öffnet und dadurch seine Bereitschaft zu erkennen gibt, generell und unter Verzicht auf eine Prüfung im Einzelfall je-

dem den Zutritt zu gestatten, der sich im Rahmen des üblichen Verhaltens bewegt. Das schließt es zwar auch in solchen Fällen nicht aus, dass der Berechtigte die Befugnis zum Aufenthalt nach außen hin erkennbar an rechtlich zulässige Bedingungen knüpft. Geschieht dies jedoch nicht oder sind die Bedingungen erfüllt, bedarf ein gegenüber einer bestimmten Person ausgesprochenes Verbot, die Örtlichkeit (künftig) zu betreten, zumindest grundsätzlich eines sachlichen Grundes, weil auch in solchen Konstellationen die Grundrechte des Betroffenen, namentlich dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und das Gebot der Gleichbehandlung (Art. 3 GG), bei der gebotenen Abwägung einem willkürlichen Ausschluss entgegen stehen.

In solchen Fallgestaltungen tritt die Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) des Hausrechtsinhabers in ihrem Gewicht zurück. Das ist deshalb gerechtfertigt, weil bei einer Öffnung der Örtlichkeit für den allgemeinen Publikumsverkehr der Person des einzelnen Besuchers oder Kunden regelmäßig nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt. Hier liegt die Annahme besonders nahe, es sei unter Verzicht auf eine Prüfung im Einzelfall jedem der Zutritt gestattet, der sich im Rahmen des üblichen Verhaltens bewegt.

Diese Erwägungen sind indes auf die Erteilung eines Hausverbots für ein Hotel mit Wellnesscharakter nicht übertragbar. Mit dem Betrieb eines Wellnesshotels soll erkennbar nur ein eingeschränkter Besucher- oder Kundenkreis angesprochen werden. Aus der Sicht potentieller Gäste tritt klar zutage, dass sich der Hotelbetreiber eine individuelle Entscheidung darüber vorbehalten wird, ob er demjenigen, der um eine Beherbergung nachsucht oder aus sonstigen Gründen das Hotelgelände betreten will, den Zutritt gestattet. Ein solcher Vorbehalt ist im Grundsatz nicht zu beanstanden. Er ist ebenfalls Ausdruck der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG), der unternehmerischen Freiheit (Art. 12 GG) sowie der Freiheit des Eigentums (Art. 14 GG; § 903 Satz 1 BGB) und beruht auf dem legitimen Interesse, innerhalb der durch die Rechtsordnung gezogenen Grenzen auf die Zusammensetzung des Publikums Einfluss auszuüben. Daraus folgt, dass der Hausrechtsinhaber nicht nur im Bereich privater Lebensgestaltung, sondern auch in seiner unternehmerischen Entscheidung frei ist, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen er anderen den Aufenthalt in seinen Räumen gestattet. Die privatautonome Erteilung eines Hausverbots muss daher auch insoweit in der Regel nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden.

Etwas anderes folgt nicht daraus, dass die H die Disposition über ihre Beherber-

gungskapazitäten teilweise einem Touristikunternehmen überlassen hat. Die darin zum Ausdruck kommende (teilweise) Öffnung des Hotels hat nicht zur Folge, dass die H ihre Freiheit verliert, die Zusammensetzung des Hotelpublikums zu beeinflussen.“

Weder das AGG noch das Grundgesetz gebieten nach dem BGH eine andere Beurteilung:

„Auch der Umstand, dass die H das Hausverbot auf die politische Überzeugung des V gestützt hat, lässt dieses nicht als rechtswidrig erscheinen. Wie bereits dargelegt, ergeben sich insoweit keine Einschränkungen aus §§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 21 AGG. Nichts anderes folgt aus der Regelung des Art. 3 Abs. 3 GG, durch die unter anderem solche Benachteiligungen verboten werden, die an die politischen Anschauungen einer Person anknüpfen. Diese Bestimmung ist im Rechtsverkehr zwischen Privaten nicht unmittelbar anwendbar. Ob ihr im Wege der mittelbaren Drittwirkung eine im Vergleich zu dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) „größere Durchschlagskraft“ zukommt, wird - jedenfalls was die Diskriminierung wegen der politischen Anschauung betrifft - unterschiedlich beurteilt, kann aber dahinstehen.

Selbst wenn der Regelung des Art. 3 Abs. 3 GG auch im Verhältnis zwischen Privaten ein besonderes Gewicht beizumessen

wäre, führte dies nicht dazu, dass sich das Interesse des V, nicht auf Grund seiner politischen Überzeugung durch die Erteilung eines Hausverbots benachteiligt zu werden, bei der gebotenen Abwägung gegenüber den ebenfalls grundrechtlich geschützten Interessen der H durchsetzte. V sieht sich durch das Verbot, das Hotel der H zu nutzen, lediglich in seiner Freizeitgestaltung beeinträchtigt. Im Übrigen erfährt er dadurch, dass das Hausverbot schriftlich - und nicht etwa erst bei seiner Ankunft in dem Hotel - erteilt wurde, auch keine öffentliche Bloßstellung. Demgegenüber trägt die H das wirtschaftliche Risiko für das von ihr betriebene Geschäftskonzept eines Wellnesshotels. Das lässt es gerechtfertigt erscheinen, der H - soweit sie nicht eine vertragliche Bindung eingegangen ist (dazu unter 2.) - die Freiheit einzuräumen, solchen Gästen den Zutritt zu verweigern, von denen sie annimmt, ihr Aufenthalt könne mit Blick auf die von ihnen vertretene politische Auffassung diesem Konzept abträglich sein.“

**B. Ein Anspruch auf Widerruf des Hausverbots aus § 1004 BGB analog besteht also teilweise.**

**Hinweise:**

1. Das in den Medien und der Öffentlichkeit auf ein großes Echo gestoßene Urteil betrifft mit der Privatautonomie die Grundlagen des Zivilrechts und sollte schon deswegen jedem Studenten

und Referendar bekannt sein. Das Urteil sollte zudem Anlass bieten, sich mit dem – hier nicht einschlägigen – AGG zu befassen.

2. Geradezu lehrbuchartig geht der BGH auf die grundlegende Unterscheidung bei der Frage privatautonomer Entscheidung innerhalb und außerhalb bestehender Vertragsbeziehungen ein; seine Ausführungen dazu verdienen auch Beifall.

3. Ungenau ist allerdings die vom BGH genannte Anspruchsgrundlage: tatsächlich geht es hier um einen Anspruch auf Vertragserfüllung und nicht um Widerruf eines Hausverbotes. Fragwürdig ist auch die vom BGH selbst geschaffene Einschränkung der Privatautonomie, wenn die Einrichtung allgemein dem Publikumsverkehr geöffnet ist, zumal deren Abgrenzung im Einzelfall nicht immer einfach sein wird.

*(Rechtsanwalt Dr. Christian F. Majer)*

## Zur Anwendbarkeit von § 28 HGB auf freie Berufe

BGH, Urteil vom 17.11.2011 - IX ZR 161/09, NZG 2012, 65

**Bringt ein Rechtsanwalt seine Einzelkanzlei in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein, haftet die Gesellschaft auch dann nicht für eine im Betrieb des bisherigen Einzelanwalts begründete Verbindlichkeit, wenn dieser im Rechtsverkehr den Anschein einer Sozietät gesetzt hatte. (amtlicher Leitsatz)**

### Sachverhalt (abgewandelt):

A und ihr Ehemann suchten am 3. November 2003 die Räumlichkeiten auf, in denen jetzt die B, eine aus Rechtsanwälten bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ihre Kanzlei unterhält.

Seinerzeit wurde in diesen Räumlichkeiten unter der Bezeichnung "R. Rechtsanwälte" eine Rechtsanwaltskanzlei betrieben. C hatte die Einzelkanzlei "R. Rechtsanwälte" mit schriftlichem Vertrag vom 10. Juli 2003 von dem bisherigen Inhaber, dem Rechtsanwalt M. R., gekauft. M. R. führte unter gleicher Anschrift eine Einzelkanzlei unter der Bezeichnung "M. R., Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht" weiter.

Gegenstand der Besprechung vom 3. November 2003, an welcher C sowie Rechtsanwalt M. R. teilnahmen, waren Schadensersatzansprüche der A wegen einer Kreditkündigung, die sich gegen

die D-Bank oder gegen N richten konnten.

A und ihr Ehemann wurden am 3. November 2003 und in der Folgezeit, etwa im Februar 2004, nicht nur von C beraten, sondern auch von anderen Anwälten, die unter der Bezeichnung "R. Rechtsanwälte" handelten. Am 4. November 2003 erhielt A ein Schreiben von "R. Rechtsanwälte", das von Rechtsanwalt M. R. unterzeichnet worden ist. Ein weiteres Schreiben vom 26. Februar 2004 ist von Rechtsanwalt Rö. unterzeichnet; dieser Rechtsanwalt hatte A und ihren Ehemann aufgesucht, um Unterlagen zu sichten. Bei beiden Schreiben wurde ein Briefkopf verwendet, in dem acht Rechtsanwälte – darunter Rechtsanwalt M. R., Rechtsanwalt Rö. und C – aufgeführt waren. Im Rahmen der Beratung wurde A auf die Ansprüche gegen N nicht hingewiesen.

A erhielt im Laufe der Beratung ein Schreiben der "R. Rechtsanwälte" vom

16. September 2004, in welchem "R. Rechtsanwälte", handelnd durch C, gegenüber A und ihrem Ehemann unter der Überschrift "Neue Gestaltung unserer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung" die Haftungsverhältnisse darlegte. In diesem Schreiben heißt es wörtlich:

"In unserer Kanzlei haben sich mehrere Rechtsanwälte zu einer gemeinsamen Berufsausübung zusammen geschlossen. Wir haben bisher bei der Nennung der in der Kanzlei tätigen Rechtsanwälte keine Unterscheidung zwischen Partnern, freien Mitarbeitern und angestellten Rechtsanwälten vorgenommen, so dass theoretisch eine Haftung aller genannten Rechtsanwälte möglich wäre. Um für den Fall eines Fehlers die daraus resultierende Haftung der Kanzlei R. Rechtsanwälte für Sie so transparent wie möglich zu gestalten, teilen wir Ihnen hiermit mit, dass die in der Kanzlei tätigen Rechtsanwälte E, K, Dr. Ro und H angestellte Rechtsanwälte der Kanzlei R. Rechtsanwälte sind und deswegen nicht als Partner haften würden. Um dies auch nach außen zu dokumentieren, werden wir zukünftig auch auf dem Briefkopf der Kanzlei einen entsprechenden Hinweis aufnehmen."

In der Folgezeit verklagte A, vertreten durch "R. Rechtsanwälte", die D-Bank auf Schadensersatz. Die Klage blieb in zwei Instanzen ohne Erfolg. Das Beru-

fungsurteil wurde am 18. April 2007 verkündet. Ansprüche gegen N sind zu diesem Zeitpunkt bereits verjährt.

Nach Abschluss des Verfahrens schloss sich C mit weiteren Rechtsanwälten in seinen bisherigen Kanzleiräumen zu der Sozietät B zusammen. Dazu schloss C mit seinen weiteren Partnern am 24. Mai 2007 einen Partnerschaftsvertrag ab. Der Vertrag enthält folgende Bestimmungen:

### "3. Einlagen

Die Partner bringen ein: [...] C: Sachwerte und ideelle Werte der bisherigen Einzelkanzlei "R. Rechtsanwälte" [...]

### 4. Verbindlichkeiten aus der bisherigen Einzelkanzlei "R. Rechtsanwälte"

Soweit erforderlich für den Betrieb der Kanzlei bedient die Partnerschaft die jeweils anfallenden Kosten aus den zum 31.12.2006 noch offenen Verbindlichkeiten der bisherigen Einzelkanzlei "R. Rechtsanwälte" gemäß Anlage 1. Dies gilt nur solange, wie die Partnerschaft besteht. Ansonsten verbleiben diese Verbindlichkeiten, wie ebenfalls die Verbindlichkeiten aus der ursprünglichen Übernahme von RA M. R. im Jahre 2003 bei C."

Ein Teil der für "R. Rechtsanwälte" tätigen Rechtsanwälte ist auch für die B tätig.

A fühlt sich falsch beraten und möchte nun wissen, ob ihr gegen C oder die Kanzlei B Ansprüche zustehen. Sie behauptet, dass sie nicht nur gegen die D-Bank, sondern auch gegen N Klage erhoben hätte, wäre sie von ihren Anwälten auf die gegen N möglicherweise bestehenden Ansprüche hingewiesen worden. C wendet demgegenüber ein, dass A auch bei einem Hinweis auf die gegen N bestehenden Ansprüche gegen N nicht gerichtlich vorgegangen wäre, da sie mangels Rechtsschutzversicherung das Prozesskostenrisiko gescheut hätte. A habe von Anfang an nur gegen die D-Bank vorgehen wollen.

Hinweis: Es ist davon auszugehen, dass eine Klage gegen N erfolgreich gewesen wäre, wenn sie rechtzeitig erhoben worden wäre.

### **I. Ansprüche der A gegen C aus § 280 I BGB wegen Verletzung der Pflichten aus dem anwaltlichen Beratungsvertrag**

Durch Aufnahme des Beratungsgesprächs am 3. November 2003 kam zwischen A und C ein Beratungsvertrag jedenfalls konkludent zustande.

#### **1. Verletzung der anwaltlichen Pflichten aus dem Beratungsvertrag**

Bei dem Beratungs- oder Anwaltsvertrag handelt es sich um einen Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscha-

rakter. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist der Rechtsanwalt daraus seinem Auftraggeber zu einer umfassenden und erschöpfenden Belehrung verpflichtet. Der Anwalt muss den ihm vorgetragenen Sachverhalt dahin prüfen, ob er geeignet ist, den vom Auftraggeber erstrebten Erfolg herbeizuführen. Dem Mandanten hat der Anwalt diejenigen Schritte zu empfehlen, die zu dem erstrebten Ziel führen können. Er muss den Auftraggeber vor Nachteilen bewahren, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat der Anwalt seinem Mandanten den sichersten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant eine sachgerechte Entscheidung treffen kann; Zweifel und Bedenken, zu denen die Sachlage Anlass gibt, muss der Anwalt darlegen und mit seinem Auftraggeber erörtern (BGH, NJW 1994, 1211, 1212).

Wäre die Klage von A nicht nur gegen die D-Bank, sondern auch gegen N erhoben worden, wären die gegen N bestehenden Ansprüche gemäß § 204 I Nr. 1 BGB nicht verjährt und A hätte ihren Schadensersatzanspruch jedenfalls gegen N mit Erfolg durchsetzen können.

Durch den unterlassenen Hinweis auf die gegen N bestehenden Ansprüche und die unterlassene Klageerhebung

wurden die bestehenden Pflichten aus dem Beratungsvertrag verletzt.

Dabei kommt es nicht darauf an, dass A von Anfang nur gegen die D-Bank vorgehen wollte. Die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts und die daraus abzuleitenden Empfehlungen obliegen dem Rechtsanwalt. Von A kann mangels entsprechender Kenntnisse nicht erwartet werden, mögliche Ansprüche gegen N zu erkennen und die Folgen einer unterlassenen Klageerhebung abzuschätzen.

Fraglich ist nur, wer die Pflichtverletzung tatsächlich begangen hat. A wurde hier nicht nur von C, sondern auch von anderen Rechtsanwälten von "R. Rechtsanwälte" beraten.

Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass C die Kanzlei "R. Rechtsanwälte" von RA M. R. im Jahre 2003 übernommen hat. C war somit Alleininhaber der Kanzlei "R. Rechtsanwälte".

Es kann somit dahingestellt bleiben, ob C die Pflichtverletzung hier selbst begangen hat, denn das Verhalten der für ihn in seiner Kanzlei tätigen Rechtsanwälte wird C gemäß § 278 BGB zugerechnet.

## **2. Verschulden**

Mangels abweichender Anhaltspunkte hat C gemäß § 280 I 2 BGB die Pflichtverletzung zu vertreten.

## **3. Schaden**

Gemäß § 249 I BGB ist A so zu stellen, wie sie stehen würde, wenn C seine Pflichten aus dem Beratungsvertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. In diesem Fall hätte sie ihren Schadensersatzanspruch wegen der Kreditkündigung erfolgreich gegen N durchsetzen können. Die infolge der unterlassenen Anspruchsdurchsetzung gegen N bestehende Vermögensdifferenz ist A zu ersetzen.

## **4. Kausalität und Zurechnung**

Nun ließe sich noch fragen, ob der Schaden der A auch dann entstanden wäre, wenn C sie auf die gegen N bestehenden Ansprüche hingewiesen hätte.

C behauptet, dass A auch bei einem Hinweis auf die gegen N bestehenden Ansprüche gegen N nicht gerichtlich vorgegangen wäre, da sie mangels Rechtsschutzversicherung das Prozesskostenrisiko gescheut hätte.

Grundsätzlich trägt der Anspruchsteller die Beweislast für die Voraussetzungen des Anspruchs, den er geltend macht. Dies bedeutet, dass er vorzutragen und auch zu beweisen hat, dass eine Pflichtverletzung für seinen Schaden kausal geworden ist.

C macht jedoch geltend, dass A der Schaden auch dann entstanden wäre,

wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte.

In Fällen, in denen die Anwaltshaftung auf ein Unterlassen gestützt wird, ist die Frage, ob ein Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, Teil der Kausalitätsbetrachtung (BGH, NJW 1995, 2108; NJW-RR 2006, 1645), während dies in anderen Fällen als Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens und somit als Einrede gegen den Schaden zu behandeln ist (Vollkommer/Greger/Heinemann, in: Anwaltshaftungsrecht, 3. Aufl., § 19 Rn. 24 ff.).

Dies hat erhebliche Auswirkungen auf die Beweislast: Die haftungsbegründenden Voraussetzungen eines Tatbestands hat der Anspruchsteller (BGH, NJW 2003, 295, 296), die Voraussetzungen des Einwands des rechtmäßigen Alternativverhaltens der Schädiger zu beweisen (BGH, NJW 1993, 520, 521 f.).

A müsste hier also beweisen, dass sie auch gegen N Klage erhoben hätte, wenn sie auf die gegen N bestehenden Ansprüche hingewiesen worden wäre.

Da es sich bei solch einem Willensentschluss um einen rein subjektiven Vorgang handelt, wird A diesen Beweis kaum führen können.

Dem Mandanten kommt jedoch im Haftungsprozess gegen den Rechtsan-

walt die Vermutung Beratungsgemäßen Verhaltens als Anscheinsbeweis zugute. Danach besteht eine die tatsächliche Vermutung begründende Lebenserfahrung, dass derjenige, der einen anderen wegen seiner besonderen Sachkunde um Rat fragt, sich Beratungsgemäß verhalten hätte, wenn er richtig beraten worden wäre und wenn für den Mandanten bei vernünftiger Betrachtungsweise aus damaliger Sicht lediglich ein bestimmtes Verhalten nahegelegen hätte (vgl. BGH, NJW 1993, 3259, 3260; NJW 1992, 1159, 1160; jüngst etwa BGH, NJW 2009, 1591 zur Steuerberaterhaftung).

Diesen Anscheinsbeweis müsste C dadurch erschüttern, dass hier ein von dem typischen Geschehensablauf abweichender Sachverhalt vorlag. Dafür bestehen jedoch keine Anhaltspunkte.

## 5. Ergebnis

A hat somit gegen C einen Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB.

Der oben dargestellte Anspruch war nicht Gegenstand der BGH-Entscheidung, sondern wurde hier nur der Vollständigkeit halber dargestellt.

Der BGH befasste sich ausschließlich mit der anschließenden Frage, ob für den Schadensersatzanspruch der A gegen C auch die B haftet.

## II. Ansprüche der A gegen B aus § 280 I BGB

Die B muss für den Schaden der A einstehen, wenn diese entweder selbst Partei des anwaltlichen Beratungsvertrags zwischen A und C geworden ist oder die Haftung aus dem Beratungsvertrag auf B übergegangen ist.

### 1. Beratungsvertrag zwischen A und B

Ein Schadensersatzanspruch der A gegen B aus § 280 I BGB kommt zunächst in Betracht, falls die B zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen A und C am 3. November 2003 bereits unter der Firmierung "R. Rechtsanwälte" als Gesellschaft bürgerlichen Rechts existierte und damit ein Beratungsvertrag zwischen A und "R. Rechtsanwälte" als Rechtsvorgängerin der B zustande gekommen ist.

Ein Vertragsschluss zwischen A und B setzt voraus, dass die B, sei es auch unter anderer Firmierung, zu diesem Zeitpunkt bereits existierte.

Dafür spricht, dass bereits in der Kanzlei "R. Rechtsanwälte" mehrere Rechtsanwälte tätig waren, die B nun in denselben Kanzleiräumen tätig ist und dort im Wesentlichen dieselben Personen tätig sind wie bei "R. Rechtsanwälte". Die B könnte also bereits vor dem förmlichen Zusammenschluss mit Partner-

schaftsvertrag vom 24. Mai 2007 gegründet worden sein, denn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann auch konkludent gegründet werden.

Folglich könnte C den Beratungsvertrag mit A als Vertreter der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts "R. Rechtsanwälte" geschlossen haben, die dann in die B umfirmierte.

Jedenfalls könnte "R. Rechtsanwälte" als Scheinsozietät bestanden haben, da durch die Verwendung des Briefkopfs der Eindruck erweckt worden sein könnte, dass es sich bei "R. Rechtsanwälte" um den Zusammenschluss mehrerer Rechtsanwälte handelt.

Der BGH stellt hierzu die folgenden Erwägungen an:

*„C hat die Einzelkanzlei "R. Rechtsanwälte" mit schriftlichem Vertrag vom 10. Juli 2003 von dem bisherigen Inhaber, dem Rechtsanwalt M. R., gekauft. [...] Die schriftlichen Unterlagen, welche die Revision zitiert, lassen keinen sicheren Schluss darauf zu, dass die B vor dem 3. November 2003 gegründet worden war.*

*Die Klägerin und ihr Ehemann wurden am 3. November 2003 und in der Folgezeit, etwa im Februar 2004, nicht nur von C beraten, sondern auch von anderen Anwälten, die unter der Bezeichnung "R. Rechtsanwälte" handelten. [...]*

*Der Briefkopf und das Handeln anderer Rechtsanwälte als des C im Rahmen des der Kanzlei "R. Rechtsanwälte" erteilten Mandats können auf das Bestehen einer Sozietät hindeuten. Ebenso kann jedoch [...] nur eine "Scheinsozietät" bestanden haben. Hierunter versteht man den Zusammenschluss mehrerer Rechtsanwälte, die nach außen gemeinsam in Erscheinung treten, ohne dass ein Gesellschaftsvertrag besteht oder ohne dass in einen bestehenden Gesellschaftsvertrag sämtliche nach außen in Erscheinung tretenden Rechtsanwälte einbezogen sind (BGH, Urt. v. 12.10.2000 - WpSt (R) 1/00, BGHSt 46, 154, 156 f.; BGHZ 172, 169 Rn. 19 f.; Henssler, NJW 1993, 2137, 2139; Henssler/Prütting/Hartung, BRAO, 3. Aufl., § 59a Rn. 144; Terbille in Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts, 7. Aufl., Rn. 166; Rinkler in Zugehör/Fischer/Vill/Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltschaft, 3. Aufl., Rn. 403; vgl. auch BGHZ 70, 247, 249).*

*Rechtsanwalt M. R., Rechtsanwalt Rö. und die übrigen im Briefkopf aufgeführten Rechtsanwälte können Angestellte des C gewesen oder als freie Mitarbeiter tätig geworden sein. Letzteres kommt insbesondere im Fall des Rechtsanwalts M. R. in Betracht, der die Kanzlei "R. Rechtsanwalt" an den C verkauft hatte, dem Vertrag zufolge jedoch Inhaber der unter gleicher Anschrift ansässigen Einzelkanzlei "M. R., Rechtsanwalt und*

*Fachanwalt für Insolvenzrecht" war und bleiben wollte."*

Für eine Einordnung der "R. Rechtsanwälte" als Gesellschaft bürgerlichen Rechts könnte ferner das Schreiben der "R. Rechtsanwälte" vom 16. September 2004 sprechen, in welchem "R. Rechtsanwälte", handelnd durch C, gegenüber A und ihrem Ehemann unter der Überschrift "Neue Gestaltung unserer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung" die Haftungsverhältnisse darlegte.

Somit könnten die nicht genannten, aber im Briefkopf der Kanzlei aufgeführten Rechtsanwälte M. R., T. und Rö. neben C Partner gewesen sein, also Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gewesen sein.

Dieses Argument greift nach Ansicht des BGH jedoch nicht, da das Schreiben vom 16. September 2004 keine Rückschlüsse auf die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen A und C am 3. November 2003 bestehende Rechtslage zulasse.

Der BGH kommt im Ergebnis zu dem Schluss, dass hinreichende Anhaltspunkte für eine Qualifizierung der "R. Rechtsanwälte" als Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder Scheinsozietät zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen A und C nicht bestanden haben.

Ein Beratungsvertrag zwischen A und B ist somit nicht zustande gekommen.

## **2. Übergang Haftung aus dem Beratungsvertrag auf B**

Der BGH wendet sich danach der Frage zu, ob die Haftung des C aus dem Beratungsvertrag zwischen A und C auf B vertraglich oder gesetzlich übergegangen ist.

### **a) Übernahme aufgrund des Partnerschaftsvertrags vom 24. Mai 2007**

Zunächst könnte sich aus dem Partnerschaftsvertrag vom 24. Mai 2007 eine Vertragsübernahme ergeben. Schließlich hat sich B in dem Partnerschaftsvertrag verpflichtet, die jeweils anfallenden Kosten aus den zum 31. Dezember 2006 noch offenen Verbindlichkeiten der bisherigen Einzelkanzlei "R. Rechtsanwälte" soweit erforderlich zu bedienen.

Eine vertragliche Haftungsübernahme lehnt der BGH jedoch aus den folgenden Gründen ab:

*„Durch den Partnerschaftsvertrag allein ist B nicht Partei des am 3. November 2003 zwischen A und C geschlossenen Anwaltsvertrags geworden. Zwar werden die Beiträge der Gesellschafter gemäß § 718 I BGB (i.V.m. § 1 IV PartGG) gemeinschaftliches Vermögen (Gesellschaftsvermögen). Die einzelnen Vermögensgegenstände müssen jedoch, wenn*

*sie in das Vermögen der Gesellschaft übergehen sollen, nach den jeweils geltenden Vorschriften übertragen werden (Bamberger/Roth/Timm/Schöne, BGB, 2. Aufl., § 706 Rn. 6). Bewegliche Sachen werden nach §§ 929 ff. BGB übereignet, Forderungen und Rechte nach §§ 398 ff., 413 BGB abgetreten; für Grundstücke gelten §§ 873, 925 BGB. Eine Vertragsübernahme erfolgt durch einen drei- oder mehrseitigen Vertrag unter Beteiligung der bisherigen Parteien und der übernehmenden Partei oder durch zweiseitigen Vertrag zwischen der ausscheidenden und der übernehmenden Partei mit Zustimmung der verbleibenden Partei (BGHZ 96, 302, 308; Bamberger/Roth/Rohe, BGB, 2. Aufl., § 415 Rn. 27).“*

Da es vorliegend keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass A an einer Vertragsübernahme beteiligt war oder zugestimmt hat, sind die Voraussetzungen für eine Vertragsübernahme des anwaltlichen Beratungsvertrags zwischen A und C durch B nicht gegeben.

### **b) Vertragliche Haftungsübernahme**

Auch eine Haftungsübernahme in Form eines Schuldbeitritts lehnt der BGH mangels eines entsprechenden Willens der Partner der B ab:

*„[...] Abschnitt 4 des Partnerschaftsvertrages [enthält] auch keine Haftungsübernahme der B. Diese hat sich verpflichtet, offene Verbindlichkeiten der*

bisherigen Einzelkanzlei zu bedienen, soweit dies für den Betrieb der Kanzlei erforderlich ist. Die Erfüllung eines Regressanspruchs gegen C dient nicht dem Betrieb der Kanzlei. Mit diesem Begriff werden vielmehr ersichtlich Betriebskosten und laufende Verbindlichkeiten beschrieben, nicht Verpflichtungen, die den C persönlich treffen, ohne sich auf den Betrieb der Kanzlei auszuwirken.“

### c) Gesetzlicher Übergang der Haftung gemäß § 28 I HGB

Schließlich kommt noch ein Übergang der Haftung auf die B aus § 28 I HGB in Betracht.

Der BGH führt hierzu aus:

„Nach § 28 I HGB haftet die Gesellschaft, die durch den Eintritt eines persönlich haftenden Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns entsteht, für alle im Betrieb des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers; die in dem Betrieb begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf die Gesellschaft übergegangen.“

Die unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift scheidet daran, dass ein Rechtsanwalt kein Handelsgewerbe betreibt (§ 2 II BRAO). Ihre entsprechende Anwendung auf den Fall, dass sich ein Rechtsanwalt mit einem bisher als Einzelanwalt tätigen anderen Rechtsanwalt

zur gemeinsamen Berufsausübung in einer Sozietät in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammenschließt, hat der Bundesgerichtshof wegen der besonderen Ausgestaltung der zwischen einem Einzelanwalt und seinen Mandanten bestehenden Rechtsverhältnisse abgelehnt (BGH, Urt. v. 22.01.2004 – IX ZR 65/01, NJW 2004, 835; ebenso BSGE 98, 89 Rn. 21; Kreft in Festschrift für Goette, 2011, 263, 275). An dieser Rechtsprechung, deren Richtigkeit von der Revision auch nicht in Zweifel gezogen wird, hält der Senat fest.“

In dem Urteil vom 22. Januar 2004 hat der BGH eine analoge Anwendung von § 28 I HGB auf Rechtsanwälte vor allem deswegen abgelehnt, weil das Verhältnis zwischen Mandant und Anwalt auch bei einem Zusammenschluss mehrerer Rechtsanwälte immer noch durch die persönliche und eigenverantwortliche Dienstleistung des Anwalts geprägt ist: Das – wie hier – einem Einzelanwalt erteilte Mandat sei in besonderem Maße dadurch gekennzeichnet, dass die zu erbringende Dienstleistung an die Person des beauftragten Anwalts geknüpft ist. Der Mandant, der gerade keine Sozietät von mehreren Anwälten beauftragt hat, dürfe bei Auftragserteilung davon ausgehen, dass der beauftragte Rechtsanwalt die ihm aufgrund besonderen Vertrauens übertragene Dienstleistung persönlich erbringt. Da die persönliche Leistungserbringung die

berufliche Tätigkeit des Einzelanwalts insgesamt charakterisiere, seien nicht etwa nur einzelne Rechtsverhältnisse oder Verbindlichkeiten von einem Übergang der Haftung auszunehmen, sondern es sei eine analoge Anwendung des § 28 I HGB auf den Eintritt in das "Geschäft" eines Einzelanwalts grundsätzlich zu verneinen (siehe zu Vorstehendem insgesamt: BGH, NJW 2004, 835, 837 f.).

Am Durchgreifen dieses Arguments bestehen im vorliegenden Fall freilich Zweifel, da A die Kanzlei "R. Rechtsanwälte" aufsuchte, was eher auf eine Sozietät als auf eine Einzelkanzlei hindeutet und A tatsächlich auch durch mehrere Rechtsanwälte beraten wurde.

Ein weiteres Argument des BGH gegen eine analoge Anwendung von § 28 I HGB auf die vorliegende Konstellation liegt darin, dass den in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammengeschlossenen Rechtsanwälten nicht die Möglichkeit offen stehe, eine abweichende Vereinbarung durch Eintragung in das Handelsregister gemäß § 28 II HGB Dritten gegenüber Geltung zu verleihen. Im Falle einer analogen Anwendung von § 28 II HGB wären Nichtkaufleute damit schlechter gestellt als Kaufleute (BGH, NJW 2004, 835, 838).

Somit ist eine analoge Anwendung von § 28 I HGB auf den Beitritt eines oder mehrere Rechtsanwälte in die Kanzlei

eines Einzelanwalts mit dem BGH zu Recht abzulehnen.

#### **d) Haftung nach Rechtsscheingrundsätzen**

Schließlich prüft der BGH auf den Vortrag der A noch, ob die B nach Rechtsscheingrundsätzen in entsprechender Anwendung von § 130 I HGB in Anspruch genommen werden kann.

Auch dies lehnt der BGH jedoch klar ab:

*„Die Klägerin [A] beruft sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Haftung des Scheinsozius (BGHZ 70, 247, 249; 124, 47, 51; WM 1999, 1846, 1847) sowie zur Haftung der Sozietät für Fehler und unerlaubte Handlungen des Scheinsozius (BGHZ 172, 169 ff.). Danach haften angestellte Rechtsanwälte sowie freie Mitarbeiter wie Sozietätsmitglieder, wenn sie den zurechenbaren Anschein gesetzt haben, Mitglieder der Sozietät zu sein. Umgekehrt haftet die Sozietät, die den Scheinsozius nach außen wie einen Sozius handeln lässt, für dessen Fehler bei der Bearbeitung eines Mandats ebenso wie für dessen unerlaubte Handlungen. Die Revision meint, nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGHZ 146, 341) verdiene die Scheinsozietät keine besondere Behandlung. Jedenfalls nachdem sie zu einer Sozietät (BGB-Gesellschaft) "erstarkt" sei, müsse es möglich*

*sein, sie selbst auf Erfüllung von Schadensersatzverpflichtungen in Anspruch zu nehmen, die während der Zeit der Scheinsozietät begründet worden seien.*

*Diese Ansicht trifft nicht zu. Eine Scheinsozietät ist rechtlich nicht existent. Sie kommt als Anspruchsgegnerin nicht in Betracht. Eine Bestimmung im Gesetz, welche die während des Bestehens einer Scheinsozietät entstandenen Ansprüche, die sich nur gegen einzelne Personen oder eine bereits vorhandene Gesellschaft richten können, auf eine später gegründete Gesellschaft überleitet, gibt es nicht. Soweit der Anschein einer Sozietät gesetzt wurde, haften die Scheingesellschafter für die Fehler des Einzelanwalts oder der wirklichen Gesellschafter ebenso, wie der Einzelanwalt oder die wirkliche Gesellschaft und die wirklichen Gesellschafter für die Fehler von Scheingesellschaftern einzustehen haben. Die Vorschrift des § 130 HGB, die nach Ansicht der Revision auf den vorliegenden Fall entsprechend angewendet werden soll, könnte allenfalls zu einer Haftung weiterer Gesellschafter führen, nicht jedoch zu einer Haftung der B selbst (vgl. BGHZ 154, 370; WM 2010, 139 Rn. 15 ff.).“*

Somit besteht auch unter Rechts-scheingesichtspunkten kein Schadensersatzanspruch der A gegen B.

### **3. Ergebnis**

Schadensersatzansprüche der A gegen B aus § 280 I bestehen somit nicht.

#### **Hinweise:**

Die dargestellte BGH-Entscheidung ist unter zwei Aspekten examensrelevant: Zum einen werden Haftungsfragen im anwaltlichen Berufsrecht aufgeworfen, deren Grundlagen jedenfalls im 2. Staatsexamen beherrscht werden sollten (zur Vertiefung siehe: *Vollkommer/Greger/Heinemann*, in: *Anwaltshaftungsrecht*, 3. Aufl.). Zum anderen spielt auch die immer examensrelevante Vorschrift des § 28 HGB eine zentrale Rolle.

*(Rechtsanwalt Steffen Follner)*

## **Kein Anspruch auf „Entfristung“ bei Verstoß gegen das Maßregelungsverbot**

**BAG, Urteil vom 21.09.2011 - 7 AZR 150/10, NZA 2012, 317**

- 1. Bietet ein Arbeitgeber einem befristet beschäftigten Arbeitnehmer keinen Folgevertrag an, weil der Arbeitnehmer ihm zustehende Rechte ausgeübt hat, liegt darin eine von § 612a BGB verbotene Maßregelung. (amtlicher Leitsatz)**
- 2. Verletzt der Arbeitgeber das Maßregelungsverbot, kann der Arbeitnehmer Anspruch auf Schadensersatz haben. § 15 Abs. 6 AGG ist jedoch entsprechend anzuwenden. Der Arbeitnehmer kann deshalb keinen Folgevertrag verlangen. (amtlicher Leitsatz)**

### **Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):**

Im Januar 2006 schlossen die B-GmbH (B) und K, der Mitglied der IG-Metall ist und mit der Marxistisch-Leninistischen Partei Deutschlands (MLPD) sympathisiert, einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag für die Zeit vom 01.04.2006 bis 31.03.2007. Im November 2006 verlängerten sie den Arbeitsvertrag bis 31.03.2008. In der Abteilung, in der K beschäftigt war, arbeiteten neben K zwölf gewerbliche Arbeitnehmer. Zehn dieser Arbeitnehmer wurden befristet beschäftigt. Sechs von ihnen wurden etwa zeitgleich mit K am 01.04.2006 oder kurz zuvor befristet eingestellt. Diese sechs Arbeitnehmer schlossen später unbefristete Arbeitsverträge mit B. Als Mitglied der IG

Metall war K seit August 2007 Vorsitzender des gewerkschaftlichen Vertrauenskörpers bei B. In dieser Eigenschaft ergriff er in einer Betriebsversammlung am 14.12.2007 das Wort, sprach sich für eine Entgeltsonderzahlung aus und machte kritische Anmerkungen zum Abbau von 100 Arbeitsplätzen. Der Geschäftsführer der B bezeichnete diese Anmerkungen als „Frechheit“. Am 20.12.2007 informierte der Abteilungsleiter L den K darüber, dass die Geschäftsführung dessen Arbeitsvertrag nicht „entfristen“ werde. Der Betriebsrat teilte K am 21.12.2007 mit, die Geschäftsführung habe erklärt, dass es Überlegungen gebe, das Arbeitsverhältnis des K nicht zu „entfristen“. In der ersten Januarwoche des Jahres 2008 machten im Werk, in dem K tätig war,

Gerüchte die Runde, K sei wegen seiner Nähe zur MLPD nicht in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen worden. Als der Betriebsrat in der zweiten Januarwoche des Jahres 2008 ein Gespräch mit der Geschäftsführung wegen der „Übernahme“ des K führte, wurde ihm mitgeteilt, er brauche doch nur in das Internet zu schauen.

Welche Ansprüche hat K gegen B?

### **I. Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags**

K könnte gegen B zunächst einen Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags unter dem Gesichtspunkt eines Anspruchs auf Schadensersatz in Form von Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB haben. Dies würde allerdings voraussetzen, dass sowohl die Tatbestandsvoraussetzungen einer Schadensersatznorm erfüllt sind, als auch auf Rechtsfolgenseite der Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags geschuldet ist.

#### **1. Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 15 Abs. 1 AGG**

Das Verhalten der B könnte die Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 Abs. 1 AGG erfüllen. Nach dieser Norm ist der Arbeitgeber bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG zum Schadensersatz verpflichtet. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der

Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Demnach müsste die fehlende Bereitschaft der B, mit K ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu begründen, eine unzulässige Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals darstellen.

#### **a) Unzulässige Benachteiligung wegen der „Weltanschauung“**

Die fehlende Bereitschaft der B, mit K ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu begründen, könnte eine unmittelbare Benachteiligung des K im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG wegen dessen „Weltanschauung“ darstellen. Unter „Weltanschauung“ versteht man die nichtreligiöse Sinndeutung der Welt im Ganzen, die von einem vergleichbar umfassenden Geltungsanspruch getragen sein muss wie die Religion. Lebensregeln für Teilfragen werden als nicht ausreichend angesehen.

Zu der Frage, ob K von B wegen seiner Weltanschauung benachteiligt wurde, führt das Bundesarbeitsgericht aus:

*„Der Kläger hat nach den bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts keinen Vortrag gehalten, der es rechtfertigte anzunehmen, dass er wegen seiner politischen Überzeugung – seiner Nähe zur MLPD – nicht in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen wurde. (...) Die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, dem Betriebsrat sei in der zwei-*

*ten Januarwoche des Jahres 2008 sinn- gemäß mitgeteilt worden, er brauche (hinsichtlich des Klägers) doch nur in das Internet zu schauen, trägt einen solchen Schluss nicht. Diesem unstreitigen Vortrag kommt indiziell geringe Bedeutung zu, weil die Aussage nicht ausdrücklich mit der politischen Haltung des Klägers verknüpft ist. Auch das (...) Vorbringen des Klägers, im Werk hätten in der ersten Januarwoche des Jahres 2008 Gerüchte die Runde gemacht, dass er wegen seiner Nähe zur MLPD nicht übernommen werde, hat indiziell geringe Aussagekraft. Sie sind keiner für die Beklagte handelnden Person zugeordnet. Es kann daher auf sich beruhen, ob die Zugehörigkeit zu einer Partei oder das Eintreten für deren Ziele das in § 1 AGG genannte Diskriminierungsmerkmal der Weltanschauung betrifft.“*

Eine unzulässige Benachteiligung des K wegen des Merkmals der „Weltanschauung“ liegt demnach nicht vor.

#### b) Ausschluss der Naturalrestitution

Selbst wenn jedoch eine unzulässige Benachteiligung des K wegen seiner „Weltanschauung“ vorliegen würde, so würde hieraus gemäß § 15 Abs. 6 AGG kein Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags unter dem Gesichtspunkt der Naturalrestitution folgen.

*„Die Naturalrestitution der Wiedereinstellung ist ferner nach § 15 Abs. 6 AGG ausgeschlossen. (...) Nach § 15 Abs. 6 AGG begründet ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot der §§ 1, 7 Abs. 1 AGG auch keinen Anspruch auf Begründung eines (...) Beschäftigungsverhältnisses, hier eines Arbeitsverhältnisses, es sei denn, ein solcher ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund. Ein nach § 249 Abs. 1 BGB auf Naturalrestitution gerichteter Schadensersatzanspruch scheidet aus.“*

2. Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB

Es könnte jedoch sein, dass das Verhalten der B gegenüber K gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB verstößt.

a) Verstoß gegen das Maßregelungsverbot

Zum Verstoß gegen das Maßregelungsverbot führt das BAG aus:

*„§ 612a BGB bestimmt, dass der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen darf, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Die Norm erfasst einen Sonderfall der Sittenwidrigkeit. Das in § 612a BGB geregelte Benachteiligungsverbot soll den Arbeitnehmer in seiner Willens-*

freiheit bei der Entscheidung darüber schützen, ob er ein Recht ausüben will oder nicht. Diese Entscheidung soll er ohne Furcht vor wirtschaftlichen oder sonstigen Repressalien des Arbeitgebers treffen können. Indem die Vorschrift dem Arbeitgeber untersagt, bei Vereinbarungen oder Maßnahmen den Umstand zum Nachteil des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausgeübt hat, schränkt sie die Vertrags- und Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers ein. Wie aus dem auf Arbeitnehmer beschränkten Anwendungsbereich der Bestimmung deutlich wird, beruht sie auf dem für Arbeitsverhältnisse typischen Ungleichgewicht, das sich durch Weisungsrechte des Arbeitgebers und Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers auszeichnet.

Eine Rechtsausübung in diesem Sinn kann nicht nur in der Geltendmachung von Ansprüchen bestehen, sondern auch in der Wahrnehmung sonstiger Rechtspositionen. Von § 612a BGB wird auch die Ausübung von Grundrechten erfasst, soweit sie im Verhältnis zum Arbeitgeber rechtserheblich sind. Dazu gehören insbesondere auch das von Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Grundrecht auf freie Meinungsäußerung und die durch Art. 9 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 GG gewährleistete Betätigungsfreiheit. Die verbotene Benachteiligung kann sowohl in einer einseitigen Maßnahme des Arbeitgebers

als auch in einer vertraglichen Vereinbarung liegen. Eine Maßnahme rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Art kann in einem Unterlassen bestehen. Ob eine Benachteiligung des Arbeitnehmers vorliegt, ist durch einen Vergleich der Situation des Arbeitnehmers vor und nach der Maßnahme oder Vereinbarung zu beurteilen. Ein Nachteil ist stets gegeben, wenn sich die bisherige Rechtsposition des Arbeitnehmers verschlechtert, seine Rechte also verkürzt werden. Eine Benachteiligung im Sinne von § 612a BGB kann aber auch darin bestehen, dass dem Arbeitnehmer Vorteile vorenthalten werden, die der Arbeitgeber anderen Arbeitnehmern gewährt, die entsprechende Rechte nicht ausgeübt haben. Das Maßregelungsverbot ist nur dann verletzt, wenn zwischen der Benachteiligung und der Rechtsausübung ein unmittelbarer Zusammenhang besteht. Die zulässige Rechtsausübung muss der tragende Grund, d.h. das wesentliche Motiv für die benachteiligende Maßnahme sein. Es reicht nicht aus, dass die Rechtsausübung nur den äußeren Anlass für die Maßnahme bietet.

Ob § 612a BGB für die vorenthaltene Leistung unmittelbar anspruchsbegründende Wirkung zukommt oder ein Primäranspruch lediglich in Verbindung mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz in Betracht kommt, ist noch nicht abschließend geklärt. Die Frage kann auch im Streitfall offen blei-

ben. Jedenfalls kann ein Verstoß gegen § 612a BGB – in Verbindung mit § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB oder in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB – Sekundäransprüche auf Schadensersatz begründen.“

Hinsichtlich der Geschehnisse in der Betriebsversammlung vom 14.12.2007 kommt nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts eine Benachteiligung des K wegen Ausübung seiner Grundrechte auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 GG und auf individuelle Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 GG in Betracht:

„Es spricht einiges dafür, dass sich die Beklagte nur deshalb weigerte, mit dem Kläger einen unbefristeten Arbeitsvertrag zu schließen, weil der Kläger in der Betriebsversammlung in seiner Eigenschaft als Leiter des gewerkschaftlichen Vertrauenskörpers gegenüber der Beklagten Kritik geäußert und damit seine Grundrechte ausgeübt hatte. Ein starkes Indiz für die Richtigkeit der Behauptung des Klägers, die Beklagte habe den Abschluss eines Folgevertrags entscheidend wegen seiner kritischen Äußerungen in der Betriebsversammlung abgelehnt, ist der Umstand, dass der Geschäftsführer der Beklagten die Forderung des Klägers nach einer Entgeltsonderzahlung und seine kritischen Anmerkungen zum Abbau von 100 Arbeitsplätzen als „Frechheit“ bezeichnete. Indizielle Bedeutung

kommt auch dem Umstand zu, dass die Beklagte mit dem Kläger – anders als mit den sechs etwa zeitgleich eingestellten Arbeitnehmern – keinen unbefristeten Arbeitsvertrag schloss. (...)

Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts steht der Anwendung des Maßregelungsverbots in § 612a BGB nicht der Umstand entgegen, dass die Beklagte von ihrer Befugnis Gebrauch gemacht hat, frei darüber zu entscheiden, ob sie nach dem Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses einen weiteren Arbeitsvertrag mit dem Kläger schließt. Allerdings handelt es sich dann, wenn der Arbeitgeber sein Verhalten an der Rechtsordnung orientiert, um keine nach § 612a BGB unzulässige Benachteiligung. Das in § 612a BGB zum Ausdruck kommende Unwerturteil ist in diesem Fall nicht gerechtfertigt, auch wenn sich aus dem Verhalten des Arbeitgebers Nachteile für den Arbeitnehmer ergeben. Schutzzweck des Maßregelungsverbots ist es nicht, den Arbeitsvertragsparteien die rechtlich zulässigen Möglichkeiten zur Gestaltung der Arbeits- und Ausscheidensbedingungen zu nehmen.

Der Arbeitgeber orientiert sein Verhalten aber nicht an der Rechtsordnung, wenn er gerade deswegen den Abschluss eines Folgevertrags ablehnt, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt, und der Arbeitgeber den Vertrag ohne die Rechtsausübung geschlossen

*hätte. Vielmehr handelt es sich in einem solchen Fall um eine verbotene Maßregelung. Der Arbeitgeber übt nicht lediglich in zulässiger Weise seine Vertragsfreiheit aus. Sein Motiv dafür, dem Arbeitnehmer wegen der zulässigen Ausübung von Rechten den Vorteil eines unbefristeten Arbeitsvertrags vorzuenthalten, wird von der Rechtsordnung missbilligt. Das gilt gleichermaßen für vorangehende sachgrundlose Befristungen wie für Befristungen mit Sachgrund.*

*Dem steht das Urteil des Senats vom 13. August 2008 (7 AZR 513/07 – Rn. 23, BAGE 127, 239) nicht entgegen. Nach dieser Entscheidung begründet der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz keinen Anspruch eines Arbeitnehmers auf Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags nach § 14 Abs. 2 TzBfG. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit genießt Vorrang. Daran hält der Senat ausdrücklich fest. Der Arbeitgeber, der in einem befristeten Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer steht, ist dennoch verpflichtet, bei der Entscheidung über den Abschluss eines weiteren Arbeitsvertrags das Maßregelungsverbot des § 612a BGB zu beachten. Die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers ist nur in den Grenzen der Rechtsordnung geschützt. Das über den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz hinausgehende Maßregelungsverbot des § 612a BGB ist Teil dieser Rechtsordnung. Versagt der Arbeitgeber*

*dem Arbeitnehmer den Abschluss eines unbefristeten Vertrags aus dem tragenden Beweggrund einer von § 612a BGB verbotenen Benachteiligung, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausgeübt hat, wird dieses Motiv von der Rechtsordnung nicht anerkannt. Das ohne den benachteiligenden Beweggrund zulässige Handeln des Arbeitgebers ist wegen des Maßregelungsverbots in § 612a BGB untersagt.“*

Das Bundesarbeitsgericht kommt somit zu dem Zwischenergebnis, dass einiges dafür spricht, dass in der vorliegenden Konstellation ein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB vorliegt.

#### b) Ausschluss der Naturalrestitution

Gleichwohl würde aus einem Verstoß gegen § 612a BGB nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts kein Anspruch des K auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags folgen:

*„Dem Kläger kommt weder unmittelbar aus § 612a BGB noch aus § 612a in Verbindung mit §§ 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB oder aus § 612a in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB oder aus § 612a BGB in Verbindung mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ein Wiedereinstellungsanspruch zu. Das folgt aus der gebotenen Analogie zu § 15 Abs. 6 AGG, der eine Naturalrestitution*

nach § 249 Abs. 1 BGB durch Wiedereinstellung ausschließt.

Der Ausschlussgrund des § 15 Abs. 6 AGG ist unbeabsichtigt lückenhaft. Für das Maßregelungsverbot des § 612a BGB besteht eine vergleichbare Interessenlage wie für die Benachteiligungsverbote des § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG. § 612a BGB enthält spätestens seit Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897) eine unbewusste Regelungslücke. Die Vorschrift blieb zu diesem Zeitpunkt – am 18. August 2006 – unverändert. Sie besteht noch immer in der Fassung, in der sie durch das Arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz vom 13. August 1980 (BGBl. I S. 1308) eingeführt wurde. Abweichend vom AGG hat der Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt, ob sich aus einem Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 612a BGB ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses ergeben kann. Bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 612a BGB kommt jedoch regelmäßig ein Schadensersatzanspruch insbesondere aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 oder aus § 823 Abs. 2 BGB in Betracht. § 612a BGB ist ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. Das bedeutet allerdings nicht, dass ein Schadensersatzanspruch darauf gerichtet ist, ein Arbeitsverhältnis zu begründen. Die gesetzgeberische Wertung, die in § 15

Abs. 6 AGG zum Ausdruck kommt, macht deutlich, dass der Gesetzgeber die Frage versehentlich nicht geregelt hat. § 15 Abs. 6 AGG knüpft an den aufgehobenen § 611a Abs. 2 und Abs. 5 BGB an und schließt einen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses aus. Das gilt nicht nur für das Verbot der geschlechtsbezogenen Benachteiligung im aufgehobenen § 611a BGB, sondern für alle Diskriminierungsverbote des § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG, also für Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität. Darin kommt ersichtlich eine allgemeine gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck. Nach ihr soll der Arbeitgeber selbst bei massivsten Diskriminierungen – etwa wegen des Geschlechts, der Rasse oder der Religion – nicht verpflichtet werden, ein Arbeitsverhältnis einzugehen. Der Anspruch des benachteiligten Arbeitnehmers ist auf Geldersatz beschränkt. Es kann nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber bei den typischerweise deutlich weniger gewichtigen Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot des § 612a BGB, etwa bei Geltendmachung von Urlaubsansprüchen oder Überarbeitsvergütung, einen Anspruch des bislang befristet beschäftigten Arbeitnehmers auf Abschluss eines Folgevertrags begründen wollte. Der

*Gesetzgeber hat die Regelungslücke erkennbar übersehen.*

*Die Regelungslücke ist mit einer entsprechenden Anwendung von § 15 Abs. 6 AGG zu schließen. Die Interessenlage von Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist bei einer Verletzung des Maßregelungsverbots in § 612a BGB vergleichbar mit derjenigen bei einem Verstoß gegen die Benachteiligungsverbote in § 7 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 AGG.*

*Die Entscheidung des Senats vom 6. April 2011 (7 AZR 524/09 – Rn. 34) hindert eine analoge Anwendung von § 15 Abs. 6 AGG in den Fällen des § 612a BGB nicht. Nach diesem Urteil ist eine Analogie zu § 15 Abs. 6 AGG bei einer aufgrund von § 7 Abs. 2 AGG unwirksamen Befristungsabrede nicht geboten. Im Streitfall geht es dagegen nicht um die Wirksamkeit einer Befristungsvereinbarung und den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses, der sich regelmäßig aus der Unwirksamkeit der Befristungsabrede ergibt, sondern um die Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses. Erst dadurch wird die grundrechtlich geschützte Auswahlfreiheit des Arbeitgebers berührt. Ihr trägt § 15 Abs. 6 AGG Rechnung.“*

§ 15 Abs. 6 AGG ist demnach im Rahmen des § 612a BGB analog anzuwenden und schließt daher einen Anspruch auf Begründung eines (unbefristeten) Arbeitsverhältnisses als Anspruch auf

Schadensersatz in Form einer Naturalrestitution aus.

K hat gegen B im Ergebnis somit weder nach § 15 Abs. 1 AGG noch nach § 612a BGB einen Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags. Einem entsprechenden Anspruch steht in beiden Fällen § 15 Abs. 6 AGG (analog) entgegen.

## **II. Anspruch auf Geldersatz**

K könnte gegen B wegen deren Weigerung, einen unbefristeten Arbeitsvertrag abzuschließen, allerdings einen Anspruch auf Schadensersatz in Form von Geldersatz unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB zustehen.

*„Das Landesarbeitsgericht wird sich (...) eine Überzeugung darüber bilden müssen, ob die Beklagte gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB verstoßen hat und daraus ein Anspruch auf Geldersatz aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 oder aus § 823 Abs. 2 BGB – jeweils in Verbindung mit §§ 612a, 251 Abs. 1, 252 BGB – folgt. Das hängt davon ab, ob dem Kläger deshalb kein Folgevertrag angeboten wurde, weil er in zulässiger Weise seine Rechte ausübte. Sollte die Beklagte § 612a BGB verletzt haben, wird das Landesarbeitsgericht zu prüfen haben, welcher Schaden dem Kläger dadurch entstanden ist.“*

### III. Ergebnis

K steht demnach ein Anspruch auf Schadensersatz in Form von Geldersatz zu, wenn das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis kommt, dass B gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB verstoßen hat. Nach den Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts sprechen starke Indizien für einen entsprechenden Verstoß der B gegen das Maßregelungsverbot. Gleichwohl hat das Bundesarbeitsgericht die Sache zur weiteren Sachverhaltsaufklärung an die Vorinstanz zurückverwiesen.

#### Hinweise:

1. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts stellt erstmals klar, dass nicht nur Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG, sondern auch Verstöße gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes keinen Anspruch auf unbefristete Begründung oder Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses vermitteln. § 15 Abs. 6 AGG (analog) schließt insoweit eine Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB aus. Es kommt allein ein Anspruch auf Geldersatz nach §§ 251 Abs. 1, 252 BGB in Betracht.
2. Von dem hier entschiedenen Fall, dass der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer keinen Folgevertrag abschließt, weil dieser ihm zustehende Rechte aus-

geübt hat, ist die Konstellation zu unterscheiden, in der die in einem bereits abgeschlossenen Arbeitsvertrag vereinbarte Befristungsabrede selbst gegen das Maßregelungsverbot oder gegen ein Diskriminierungsverbot verstößt. In diesem Fall wendet das Bundesarbeitsgericht nämlich § 15 Abs. 6 AGG in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der Norm nicht an, sondern geht davon aus, dass der Verstoß der Befristungsabrede gegen das Maßregelungs- oder Diskriminierungsverbot zur Folge hat, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zwischen den Vertragsparteien besteht (vgl. BAG vom 06.04.2011 – 7 AZR 524/09 – Rn. 34).

3. Das Bundesarbeitsgericht hat die Frage offen gelassen, ob die Zugehörigkeit zu einer Partei oder das Eintreten für deren Ziele das in § 1 AGG genannte Diskriminierungsmerkmal der „Weltanschauung“ betrifft. Dagegen hat das Arbeitsgericht Berlin (ArbG Berlin vom 30.07.2009 – 33 Ca 5772/09, NZA-RR 2010, 70 ff.) in einer anderen Entscheidung bereits positiv festgestellt, dass die politische Überzeugung „Marxismus-Leninismus“ als gesamtgesellschaftliche Theorie unter den Begriff der „Weltanschauung“ im Sinne des § 1 AGG fällt.

4. Eine einführende Übersicht über das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz findet sich bei *Hromadka/Maschmann*,

in: Arbeitsrecht Band 1, 5. Aufl. 2012, § 5 Rn. 7 ff. Einen guten Überblick über die Rechtsprechung der letzten Jahre zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz liefern *Bissels/Lützeler*, BB 2012, 701 ff., 833 ff. Eine Zusammenfassung zu Umfang und Grenzen des Maßregelungsverbots bietet *Benecke*, NZA 2011, 481 ff.

*(Rechtsanwalt Dr. Nikolaus Polzer)*

## Wertersatz für vertragslos erbrachte Bauleistungen

KG, Urteil vom 14.03.2012 - 21 U 39/11, BeckRS 2012, 06921

1. Der Unternehmer, der eine Bauleistung erbringt, kann gegen den willentlichen Empfänger dieser Leistung einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Wertersatz haben. (Leitsatz der Redaktion)
2. Die Person des Leistenden kann aus der Verwendung eines Firmenstempels auf einer Preisangabe auch dann herzuleiten sein, wenn die Preisanfrage an ein Schwesterunternehmen gerichtet war. (Leitsatz der Redaktion)
3. Die Höhe des Wertersatzes bemisst sich nach dem angegebenen Preis abzüglich eines Abschlags für die mangels Vertrags nicht bestehende Gewährleistungsverpflichtung. (Leitsatz der Redaktion)

**Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):**

A, ursprünglich Teil der C, erbrachte am Grundstück des B Fußbodenverlegearbeiten. Zuvor hatte A ein Angebot der B auf Abschluss eines Vertrages zugesandt; B hatte dieses beantwortet, das Schreiben aber nicht an A, sondern an C gerichtet. Im Schreiben wurde unter anderem auf ein anderes Bauvorhaben zwischen C und B Bezug genommen. A hatte mit seinem eigenen Firmenstempel versehene Rechnungen an B übersandt, welche auch an A bezahlt wurden. C macht nun geltend, er habe stets angenommen, nur mit B in Beziehung zu stehen und auch die Leistung als eine solche der B angesehen zu haben.

Welche Ansprüche hat A gegen B?

### I. Vertragliche Ansprüche

In Betracht kommen zunächst vertragliche Ansprüche, welche das KG jedoch verneint:

*„Wie zutreffend vom Landgericht erkannt und auch von der A letztlich nicht anders bewertet, kommt ein Anspruch der A aus Vertrag nicht in Betracht, weil zwischen den Parteien hinsichtlich der streitgegenständlichen Fußbodenverlegearbeiten ein Vertrag nicht zustande gekommen ist.*

*Dabei kann dahinstehen, ob das von A am 01.12.2005 übermittelte Angebot, versehen mit der handschriftlichen Bestäti-*

gung der Einheitspreise plus 5% nebst Stempel und Unterschrift der A bereits als Angebot im Sinne von § 145 BGB zu verstehen ist oder ob es sich dabei lediglich um eine Aufforderung an die B handelt, ihrerseits ein Angebot bezüglich dieser Arbeiten abzugeben. Selbst wenn man darin bereits ein verbindliches Angebot sieht, hätte dies B mit ihrem Auftragschreiben vom 01.12.2005 nicht angenommen, weil darin eine massenmäßige Abweichung der zu erbringenden Leistungen enthalten ist. Damit gilt das Schreiben der B vom 01.12.2005 gemäß § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung des bisherigen Angebots, verbunden mit einem neuen Antrag.

Dieses Angebot ist jedenfalls nicht von der A angenommen worden, weil es nicht an diese, sondern an die C gerichtet war.

Dabei handelte es sich nicht um ein (rechtlich unschädliches) Versehen der B im Sinne eines Schreibfehlers bei der Eingabe der Adresse, wie sich aus dem weiteren Inhalt des Schreibens ergibt, in dem B auf ein gemeinsames Bauvorhaben Bezug nimmt. Unstreitig hatte in dem erwähnten Bauvorhaben nicht A, sondern C Leistungen für B erbracht.

Ob es sich bei dem in der Durchführung der Arbeiten liegenden konkludenten Angebot um ein solches der A oder über § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB aus Sicht der B um ein Angebot der C handelte, kann an dieser Stelle dahinstehen, weil A jeden-

falls nicht nachgewiesen hat, dass die in dem bloßen Gewährenlassen der Arbeiten liegende konkludente Annahme der B sich auf ein Angebot der A bezog. Insoweit kann A den Einwand der B nicht ausräumen, dass diese dabei von einer rechtlichen Beziehung zur C ausgegangen war.“

## II. Bereicherungsrechtliche Ansprüche

Zu prüfen sind nun Ansprüche aus Bereicherungsrecht. Solche bejaht das KG:

„Der Anspruch der A folgt jedoch aus Bereicherungsrecht und zwar aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB (Leistungskondition) wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat. Danach ist derjenige, der durch die Leistung eines anderen auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat, diesem gegenüber zur Herausgabe verpflichtet. Die Leistungskondition dient damit der Rückabwicklung eines Leistungsverhältnisses, bei dem der Leistungszweck nicht erreicht wird oder sonst ein rechtlicher Grund für die durch die Leistung eingetretene Vermögensverschiebung nicht besteht, wo also die Leistung dem Empfänger zwar wirksam zugewendet worden ist, ihm aber nach den schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Leistendem und Empfänger nicht endgültig zusteht. Ist die Herausgabe des Erlangten nicht mehr möglich, hat der Verpflichtete den Wert zu ersetzen, § 818 Abs. 2 BGB.

1. Die Arbeiten wurden von A erbracht.

Unstreitig sind an dem Bauvorhaben die streitgegenständlichen Fußbodenverlegearbeiten durchgeführt worden. Es ist auch davon auszugehen, dass A diese Arbeiten eigenständig ausgeführt hat und nicht etwa als Nachunternehmerin der C.

(...)

B hat dafür Teilzahlungen in Höhe von 29.700,00 EUR geleistet und zwar an A, wie diese unwidersprochen vorträgt und was in ihrer von B geprüften Schlussrechnung vom 11.10.2006 entsprechende Berücksichtigung gefunden hat. (...)

B hat auch an keiner Stelle vorgetragen, dass C an sie mit der Bitte um Bezahlung der streitgegenständlichen Verlegearbeiten herangetreten ist.

2. Es lag eine Leistung der A vor.

Unter einer Leistung im bereicherungsrechtlichen Sinne wird jede bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens verstanden.

Die Leistung besteht vielfach in einer rechtsgeschäftlichen Verfügung des Leistenden, die er aufgrund einer zwischen ihm und dem Empfänger bestehenden oder mindestens angenommenen Leistungsbeziehung erbringt; sie kann aber auch in einem rein tatsächlichen Handeln bestehen. Leistender und damit Be-

reicherungsgläubiger ist, wer nach den übereinstimmenden Vorstellungen der Parteien, hilfsweise nach dem Empfängerhorizont, sei es unmittelbar oder mittelbar über einen Dritten etwas zuwendet.

Gemessen an diesen Grundsätzen lag eine Leistung der A bereits durch ihr tatsächliches Handeln vor. Wie dargelegt hat die A die Bauleistungen erbracht. Die B hat diese Leistungen auch willentlich entgegengenommen. Mehr ist für das Vorhandensein einer Zuwendung nicht erforderlich.“

Problematisch ist hier aber, ob auch aus Sicht eines objektiven Empfängers eine Leistung der A vorlag. Das KG bejaht das:

„Soweit B geltend macht, dass aus bereicherungsrechtlicher Sicht nicht eine Leistung der A, sondern eine solche der C vorläge, weil sie, B, gemäß § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB von einem Vertrag mit der C hätte ausgehen dürfen, was eine Leistung der A ausschliesse, kann dem nicht gefolgt werden. Der Einwand betrifft die Frage, ob für die Leistung ein rechtlicher Grund besteht, nicht aber, ob überhaupt eine Leistung gegeben ist.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass bei nicht übereinstimmenden Vorstellungen der Parteien über die Person des Leistenden eine objektive Betrachtungsweise aus der Sicht des Zuwendungsemp-

fängers dem sogenannten „Empfängerhorizont“ geboten ist. Maßgebend ist, wie eine vernünftige Person die Zuwendung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste und durfte. Danach richtet sich unter Berücksichtigung der Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes und der Risikoverteilung im Grundsatz auch, als wessen Leistung zugunsten welcher Person sich das tatsächliche Zugewendete darstellt. Die Vorstellung des Empfängers genügt allein nicht.

Hier kann die B sich nicht mit Erfolg darauf zurückziehen, aus ihrer Sicht läge eine Leistung der C vor. Ist - wie hier - davon auszugehen, dass die der Forderung zugrunde liegenden Arbeiten von der A eigenständig durchgeführt worden sind, ändert eine bei B möglicherweise hierüber bestehende Fehlvorstellung daran nichts und führt nicht etwa zu der Annahme, dass anstelle einer Leistung der A eine solche der C vorläge.

3. Ein rechtlicher Grund für die Leistung liegt nicht vor.

Voraussetzung eines jeden Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung ist das Fehlen eines die Vermögensverschiebung objektiv rechtfertigenden Grundes. Eine Leistung ist dem Empfänger immer dann ohne rechtlichen Grund zugewendet, wenn sie ihm nach den Vorstellungen der Beteiligten, insbesondere nach den zugrunde liegenden schuldrechtli-

chen Beziehungen nicht zusteht. Ob der rechtfertigende Grund fehlt, bestimmt sich allein nach dem Verhältnis zwischen Benachteiligten und Bereicherten, nicht hingegen danach, ob der Bereicherte im Verhältnis zu einem Dritten einen Anspruch auf den Vermögenserwerb hat. Dass zwischen den Parteien in Bezug auf die Verlegearbeiten keine vertraglichen Beziehungen bestehen, ist bereits eingangs dargestellt worden und unstrittig. Ob die B mit der C über § 164 Abs. 2 BGB einen Werkvertrag geschlossen hat oder nicht, ist damit für den vorliegenden Bereicherungsanspruch nicht von Bedeutung.“

Ein Rechtsgrund im Verhältnis A-B liegt also nicht vor. Das KG nimmt dennoch Stellung zur Frage eines möglichen Vertrages zwischen A und C.

„Es kommt daher nicht darauf an, dass die Annahme der B, es sei über § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Vertrag mit der C zustande gekommen, keinesfalls zwingend ist.

Dennoch will der Senat kurz darauf eingehen: Nach § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB macht es bei einer im Rahmen bestehender Vertretungsmacht für einen Anderen als den Erklärenden abgegebenen Willenserklärung keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Erklärenden erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll. Es trifft zwar zu, dass § 164

*Abs. 1 Satz 2 BGB als Auslegungsregel nicht nur die Frage beantwortet, ob der Vertreter im Namen eines anderen gehandelt hat, sondern auch dann maßgebend ist, wenn ungewiss ist, in welchem Namen der Vertreter einen Vertrag abschließt. In einem solchen Fall ist die Willenserklärung des Vertreters ebenfalls gemäß den §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung aller Umstände auszulegen. Von Bedeutung ist also, wie sich die Erklärung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte für einen objektiven Betrachter in der Lage des Erklärungsgegners darstellt. Dabei sind die gesamten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, insbesondere die dem Rechtsverhältnis zugrunde liegenden Lebensverhältnisse, die Interessenlage, der Geschäftsbereich, dem der Erklärungsgegenstand zugehört und die typischen Verhaltensweisen. In diesem Zusammenhang kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die A den Wunsch der B nach Bestätigung der Einheitspreise am 1.12.2005 durch ihren Geschäftsführer unter Verwendung ihres Firmenstempels nachgekommen ist. Auch wenn die mündliche Anfrage an die C gerichtet war und die A nur wegen der identischen Geschäftsräume und teilidentischen Geschäftsführer erreicht hat, so konnte sich der B aus dem neuen Firmenstempel erschließen, dass es inzwischen neben der C eine weitere Gesellschaft mit identischem Firmensitz und verantwortlichen Personen gab. Auch*

*wenn die B dies nicht bemerkt oder zur Kenntnis genommen haben sollte, musste sich für einen objektiven Betrachter in der Lage der B bei Würdigung der gesamten Begleitumstände im Vorfeld der Verlegearbeiten deren Vornahme damit nicht zwingend als Angebot der C darstellen.“*

Inhalt des Anspruchs ist Ersatz des Wertes. Fraglich ist, wie der objektive Wert einer Bauleistung zu bestimmen ist. Das KG führt aus:

*„Zu ersetzen ist der gemeine Wert, d. h. der objektive Verkehrswert, den die Leistung nach ihrer tatsächlichen Beschaffenheit für jedermann hat. Dabei ist die Vergütung, die die Parteien - wie hier - ihren Leistungen zugrunde gelegt haben, ein zutreffender Ansatz. Es ist auch richtig, dass hiervon ein Abschlag gemacht werden kann mit Rücksicht auf die gegenüber einem vertraglichen Anspruch noch bestehenden Gewährleistungsansprüche. (...)“*

**Hinweise:**

1. Die Entscheidung des KG bringt nichts wesentlich Neues, betrifft aber eine klassische Problemsituation (nämlich den Bereicherungsausgleich in Mehrpersonenverhältnissen bei Irrtum über die Person des Leistenden), die dem Examenskandidaten bekannt sein sollte. Sie bietet Gelegenheit, die darin angesprochenen Probleme des allge-

meinen Teils und des Bereicherungsrechts zu wiederholen.

2. Insbesondere die Frage, aus wessen Sicht zu beurteilen ist, ob eine Leistung i.S.d. Bereicherungsrechts vorliegt, sollte genau diskutiert werden; dabei ist vom Bearbeiter im Studium und im ersten Staatsexamen nicht nur die Rechtsprechung des BGH darzustellen (wie vom KG vorgenommen), sondern auch die dem entgegenstehende Literatursicht (eingehend dazu Lorenz, in: Staudinger, BGB, § 812 Rdnr. 61).

*(Rechtsanwalt Dr. Christian F. Majer)*



## MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

---

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

---

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

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

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E [robert.krywalski@cms-hs.com](mailto:robert.krywalski@cms-hs.com)

---

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

## **Tanken mit dem Willen, nicht zu bezahlen (sog. „Schwarztanken“)**

BGH, Beschluss vom 10.01.2012 - 4 StR 632/11 (LG Essen) = NZV 2012, 248 = NJW 2012, 1092 = NStZ 2012, 324 = StraffO 2012, 111 = StV 2012, 465

1. War das Bestreben des Täters beim Tanken von Anfang an darauf gerichtet, das Benzin an sich zu bringen, ohne den Kaufpreis zu entrichten, macht er sich grundsätzlich nicht des Diebstahls oder der Unterschlagung, sondern des (versuchten) Betruges schuldig. (Leitsatz der Redaktion)

2. Ein vollendeter Betrug liegt jedoch nicht vor, wenn der Täter an einer Selbstbedienungstankstelle tankt, ohne vom Tankstelleninhaber oder dessen Mitarbeiter bemerkt zu werden. In einem solchen Fall ist aber regelmäßig vom Tatbestand des versuchten Betruges auszugehen. (Leitsatz der Redaktion)

**Sacherhalt (vereinfacht und verkürzt):**

Der Tank von Ts Auto ist leer. An Os Selbstbedienungstankstelle betankt T sein Auto mit 60 Liter Super Benzin. Dabei geht er davon aus, von O beobachtet zu werden. Doch O ist abgelenkt und bemerkt T überhaupt nicht. Wie von Anfang an beabsichtigt, entfernt sich T nach dem Tanken, ohne den Kaufpreis für den Kraftstoff zu bezahlen.

Wie hat sich T nach dem StGB strafbar gemacht?

Die Antwort ist rasch gegeben: Ausweislich obiger Leitsätze sieht der BGH

im fraglichen Verhalten einen versuchten Betrug (gegenüber und zu Lasten des Tankstelleninhabers O), was auf der Linie bisheriger Rspr. und der h.L. liegt. Dementsprechend hielt sich der Senat auch nicht mit anderen etwaig vorliegenden Tatbeständen auf und begnügte sich im Wesentlichen mit Ausführungen zum Betrug bzw. Betrugsversuch, also dem nach h.M. „richtigen“ Ergebnis für eine solche Fallkonstellation. Was sich der BGH leisten kann, wird dem Prüfling in Klausur oder mündlichem Examen zum Nachteil gereichen. Daher von vorne:

**A) Strafbarkeit Ts gem. § 242 I StGB (durch das Tanken und zu Lasten Os)**

Der objektive Tatbestand verlangt, dass T eine fremde (also sich nicht in seinem Alleineigentum stehende, weder herrenlose noch eigentumsunfähige) Sache weggenommen hat. Jedenfalls im Zeitpunkt des Beginns des Tankvorgangs war die Sache Super Benzin für T fremd.

**Anm.:** Das genügt und deshalb sind Veränderungen der Eigentumsverhältnisse *nach* dem Zeitpunkt des Beginns der Tathandlung irrelevant, sonst könnte der Täter durch eigenes (möglicherweise deliktisches) Handeln die Fremdheit des Tatobjekts und dadurch seine Strafbarkeit beeinflussen (*Streng*, JuS 2002, 454 (454)). Gleichwohl soll nicht verschwiegen werden, dass sich oftmals an dieser Stelle (wir werden sie weiter unten anstellen) Überlegungen zu einem möglichen gesetzlichen oder gewillkürten Eigentumserwerb (Alleineigentum) des Täters nach Beginn der Tathandlung finden (etwa *Jäger*, BT, 4. Aufl. (2011), Rdnr. 192). Wird der Kraftstoff (richtigerweise) als fremd angesehen, ist die Wegnahme zu prüfen.

Die relevante Frage ist die nach der Wegnahme, ob T fremden Gewahrsam gebrochen und (hier einzig in Betracht kommenden) eigenen begründet hat. Bruch fremden Gewahrsams heißt, diesen ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers aufzuheben. Ist dieser einverstanden, schließt das den Tatbestand

aus (tatbestandsausschließendes Einverständnis). Beim SB-Tanken wird allgemein ein solches Einverständnis in Bezug auf den Gewahrsamswechsel angenommen, sofern der Kunde die Tankanlage äußerlich ordnungsgemäß bedient. Ob er dabei bemerkt wird, sei ebenso unbeachtlich wie sein (innerer) Vorbehalt, nicht bezahlen zu wollen. Dieses Einverständnis könne – ist Gewahrsam doch ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis – nur an tatsächliche, nicht aber an rechtlichen Bedingungen wie die (vollständige) Kaufpreiszahlung geknüpft werden – so das ganz herrschende Verständnis.

Damit fehlt der Bruch fremden Gewahrsams und es liegt keine Wegnahme vor. Der Tatbestand entfällt. T hat sich nicht wegen Diebstahls zu Lasten Ps strafbar gemacht. Dazu der BGH in der erwähnten Kürze: In Fällen wie dem vorliegenden mache sich der Täter „*grundsätzlich nicht des Diebstahls [...] schuldig*“.

**B) Strafbarkeit Ts gem. § 263 I StGB** (durch das Tanken, ohne dafür bezahlen zu wollen, gegenüber und zu Lasten Os).

Zur Strafbarkeit Ts wegen Betrugs führt der Senat aus:

„*War das Bestreben des Täters – wie mithin hier – von Anfang an darauf gerichtet, das Benzin an sich zu bringen,*

*ohne den Kaufpreis zu entrichten, so macht er sich grundsätzlich [...] des (versuchten) Betrugs schuldig. Denn indem er als Kunde auftritt und sich wie ein solcher verhält, bringt er – jedenfalls in der Regel – durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck, dass er das Benzin nach dessen Erhalt bezahlen werde. Durch diese Vortäuschung einer nicht vorhandenen Zahlungsbereitschaft erweckt er bei dem Tankstelleninhaber oder dessen Personal einen entsprechenden Irrtum mit der Folge, dass ihm – sofern es sich um eine Bedienungstankstelle handelt – das Benzin in den Tank eingefüllt oder – falls es eine Selbstbedienungstankstelle ist – das Einfüllen gestattet wird. Aus dem äußeren Erscheinungsbild der Tat handlungen folgt bei natürlicher Betrachtungsweise, dass es sich hier um ein durch Täuschung bewirktes Geben und nicht um ein Nehmen im Sinne eines Gewahrsamsbruchs handelt. Ob mit dem Einfüllen bereits das Eigentum an dem Benzin erlangt wird, kann dabei dahingestellt bleiben. Jedenfalls bringt der Täter durch die Täuschungshandlung das Benzin in seinen Besitz und erlangt damit einen Vermögensvorteil i.S. des § 263 StGB, dem auf Seiten der geschädigten Tankstelle ein entsprechender Vermögensnachteil gegenübersteht. Ein vollendeter Betrug liegt jedoch nicht vor, wenn der Täter an einer Selbstbedienungstankstelle tankt, ohne vom Tankstelleninhaber oder dessen Mitarbeiter bemerkt zu werden.“*

Daraus ergibt sich: Zwar liegt eine konkludente Täuschung (durch äußerlich normales Tanken) vor, doch fehlt der Täuschungserfolg, da nur ein Mensch irren kann und niemand da war, der irren konnte. Es liegt bereits der objektive Tatbestand eines (vollendeten) Betrugs nicht vor.

**Anm.:** Mangels Täuschung entfällt Betrug (und Betrugsversuch mangels Täuschungsvorsatz), wenn der Täter erst nach dem Tanken den Entschluss fasst, nicht zu bezahlen.

**C) Strafbarkeit Ts gem. §§ 263 I und II, 22, 23 I Var. 2, 12 II StGB** (durch dieselbe Handlung gegenüber und zu Lasten Os)

Jedoch bejaht der Senat (das zeigten die zuvor abgedruckten Ausführungen) einen Betrugsversuch. Zur Verdeutlichung:

T muss auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale gerichteten Vorsatz gehabt haben, sonstige subjektive Tatbestandsmerkmale müssen vorliegen. In Konstellationen wie der vorliegenden hat der BGH daran keine Zweifel: Es sei „regelmäßig vom Tatbestand des versuchten Betrugs auszugehen“. Dem folgt die h.L. (etwa Wessels/Hillenkamp BT 2, 34. Aufl. (2011), Rdnr. 197 m.w.N.). Der Vorsatz auf die objektiven Tatbestandsmerkmale wird etwa begründet wie folgt:

Der Täter wollte konkludent über eine Tatsache seines Innenlebens, die Zahlungswilligkeit, täuschen und dadurch einen Irrtum über diese Tatsache hervorrufen, weil er davon ausging, beobachtet zu werden. Dass „die Tankvorgänge von dem jeweiligen Kassenspersonal wahrgenommen“ werden, sei „unter den heutigen Verhältnissen (Video-Überwachung, Kontrollpulte im Kassenraum etc.) vielfach der Fall“ (BGH, Beschl. v. 28.07.2009 - 4 StR 254/09 = NStZ 2009, 694). Vorsatz auf eine (irrtumsbedingte) Vermögensverfügung und den Vermögensschaden wird auch als gegeben angesehen: Bei der Vermögensverfügung stellt der BGH auf das Gestatten des Tankens, bei dem Schaden auf den Besitzverlust (s.o.) ab. Die „Bereicherungsabsicht“ Ts bereitet keine Probleme, ebenso wenig das unmittelbare Ansetzen, hat T doch die Tat handlung selbst bereits vorgenommen. Weil Rechtswidrigkeit und Schuld dem dann auch nicht entgegen stehen, hat sich T dieser h.M. folgend wegen versuchten Betrugs strafbar gemacht.

**D) Strafbarkeit Ts gem. § 246 I StGB (durch das Tanken, zu Lasten Os)**

Nach dem Senat handele der Täter „schon beim Einfüllen mit dem Willen [...], sich das Benzin zuzueignen“. Eine „Bestrafung wegen Unterschlagung [kommt] schon wegen deren Subsidiarität (§ 246 I StGB StGB) auch dann nicht

in Betracht, wenn er durch den – versuchten oder vollendeten – Betrug nur den Besitz und nicht bereits das Eigentum an diesem erlangt.“ In Fällen wie dem vorliegenden macht sich der Täter „grundsätzlich nicht [...] der Unterschlagung [...] schuldig“. Entscheidend wird also auf die formelle Subsidiarität des § 246 zu allen gleichzeitig verwirklichten Eigentums- und Vermögensdelikten (hier versuchter Betrug) abgestellt. – Eine ergebnisorientierte und knappe, doch konsequente Lösung. In der Prüfung wären ein paar Worte mehr zur Zueignung und deren Rechtswidrigkeit wünschenswert.

**E) Strafbarkeit Ts gem. § 265a I Var. 1 StGB (durch das Tanken, zu Lasten Os)**

Die Tankanlage muss einen Automaten i.S.d. Norm darstellen. Es wird zwischen Leistungsautomaten (die eine unkörperliche Dienstleistung bereitstellen, z.B. Waschanlagen) und Warenautomaten (die Sachen ausschütten, z.B. Geldautomaten) differenziert. Nur Leistungsautomaten sind von § 265a I Var. 1 StGB erfasst (h.M.): Die „Produkte“ der Warenautomaten seien bloße Sachen, nicht aber einzig um ihrer selbst willen produzierte Leistungen des Automaten. Und Sachen seien seit jeher von §§ 242, 246 StGB erfasst. Auch die Tankanlage erbringe nach herrschendem Verständnis eine Sachleistung; sie stelle keinen Automaten

i.S.d. § 265a I Var. 1 StGB dar. T hat sich demnach nicht wegen Automatenmissbrauchs strafbar gemacht.

**F) Strafbarkeit Ts gem. § 246 I StGB**  
(durch das Wegfahren, zu Lasten Os)

Fraglich ist, ob das Super Benzin in diesem Zeitpunkt (noch) eine für T fremde bewegliche Sache war, ob zwischenzeitlich (also nach Beginn des Tankvorgangs aber vor dem Wegfahren) T Eigentum erworben hat.

Gesetzlicher Eigentumsübergang:

T kann durch das Einfüllen des Benzins in seinen Tank alleiniges Eigentum nur erlangt haben, wenn das im Tank noch vorhandene Benzin als Hauptsache anzusehen ist, § 948 I Var. 1 BGB i.V.m. § 947 II BGB. Das war nicht der Fall, T erwarb kein Alleineigentum. Ein etwaiger Miteigentumserwerb (§ 948 I Var. 1 BGB i.V.m. § 947 I BGB) ließe die Fremdheit nicht entfallen.

Gewillkürter Eigentumsübergang:

T kann durch Übereignung (§ 929 S. 1 BGB) Alleineigentümer geworden sein.

Einer Ansicht nach ist das der Fall. Sie bejaht den Eigentumsübergang bereits beim Tanken: Im Einfüllen des Treibstoffs in den Kraftfahrzeugtank liege das Angebot des Kunden auf Abschluss eines Treibstoffkaufvertrages und der dinglichen Einigung, das das Tankstel-

lenpersonal annimmt, indem es die Selbstbedienung zulässt (*Herzberg*, JA 1980, 385 (390 f.)).

Der h.M. nach geht das Eigentum erst mit (vollständiger) Bezahlung über, wobei es vorliegend auf die genaue rechtliche Konstruktion (Kaufvertrag schon beim Tanken, dingliche Einigung erst an der Kasse; (jedenfalls) stillschweigende Vereinbarung eines [regelmäßig kurzfristigen] Eigentumsvorbehalts [§§ 929 S. 1, 158 I BGB] bis zur Bezahlung an der Kasse [Eigentumsübergang erst dann Zug um Zug gegen Bezahlung] oder Zustandekommen von Kaufvertrag und dinglicher Einigung erst an Kasse) nicht entscheidend ankommt.

Alleine die herrschende Betrachtungsweise wird den tatsächlichen Gegebenheiten gerecht. Wenn nicht sowieso schon durch AGB ein Eigentumsvorbehalt bis zur Bezahlung vereinbart und daher kein Raum für die Annahme eines Eigentumsübergangs beim Tanken ist, stellt dessen Konstruktion eine bloße Fiktion dar. Beobachtet der Tankstelleninhaber den Kunden (wie hier) nicht, kann er dessen Angebot auch nicht annehmen, es fehlt offensichtlich an der Einigung.

Die Fremdheit ist zu bejahen.

Jedenfalls im Zeitpunkt des Wegfahrens liegt eine Manifestation des Zueig-

nungswillens vor (da jedenfalls durch Verbrauch Zueignung gegeben ist).

Umstritten ist, ob eine wiederholte Zueignung nach strafbarer Sacherlangung (nach h.M. hier versuchter Betrug, s.o.) überhaupt noch möglich ist.

Ob man der Ansicht ist, eine wiederholte Zueignung könne den Tatbestand des § 246 StGB nicht mehr verwirklichen (sog. Tatbestandslösung) oder die wiederholte Betätigung des Herrschaftswillens über die bereits deliktisch erlangte Sache als straflose Nachtat hinter dem ersten deliktischen Zueignungsakt zurücktreten lässt (sog. Konkurrenzlösung), i.E. trifft es hier zu, dass der Täter durch das Wegfahren „*nicht [...] der Unterschlagung [...] schuldig*“ ist.

#### **Hinweise:**

1. Der Senat bezieht zu dem Problem des sog. Schwarztankens nur kurz Stellung, was (wie bereits gesagt) nicht dessen Relevanz in der Prüfung entspricht. Daher wurde hier dieser Themenkreis ausführlicher dargestellt.

2. Dass in Fällen wie diesem „*regelmäßig vom Tatbestand des versuchten Betrugs auszugehen*“ ist (so ja die h.M.), kann m.E. mit guten Gründen bezweifelt werden: In dem Gestatten des Tankens liegt regelmäßig keine Vermögensverfügung des Tankstelleninhabers. Bestenfalls duldet er das Zapfen. Wird

der Gewahrsamsübergang nur geduldet, ist anerkannt, dass eine bewusste Vermögensverfügung notwendig ist (*Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), § 263 Rdnr. 60). Bemerkt der Tankstelleninhaber den Tankvorgang gar nicht, kann nicht von einer bewussten Verfügung die Rede sein. Die Zapfsäulen werden stets automatisch nach Bezahlung des vorangegangenen Kunden freigeschaltet. Jeder Kunde darf tanken - ohne irgendeine vorangegangenen Kontrolle. Weil das die Kunden regelmäßig wissen, ist die Annahme eines Tatentschlusses auf eine Vermögensverfügung regelmäßig bloße Fiktion. Liegt danach ein (versuchter) Betrug nicht vor, ist § 246 I StGB nicht subsidiär, so dass Unterschlagung (auch schon im Zeitpunkt des Tankens) ausführlicher zu untersuchen ist. Die landgerichtliche Würdigung des Täterverhaltens als Unterschlagung in hiesigem Fall war daher korrekt.

(Wiss. Ang. RA Guido Philipp Ernst)

## Warum gab sich das SEK nicht zu erkennen? Der sog. Hells-Angels-Fall

BGH, Beschluss vom 02.11.2011 - 2 StR 375/11 (LG Koblenz) = NStZ 2012, 272 = StV 2012, 332 = JR 2012, 204

1. Ein Erlaubnistatbestandsirrtum führt zum Wegfall der Vorsatzschuld. (Leitsatz der Redaktion)
2. I.R.d. Erforderlichkeit der Notwehr gilt das Erfordernis der abgestuften Reaktionsfolge beim Schusswaffengebrauch nicht absolut, sondern es ist stets auf die konkrete Kampfsituation abzustellen. (Leitsatz der Redaktion)

### Sacherhalt (vereinfacht und verkürzt):

Rocker S., führendes Mitglied der „Hells Angels“, ist davon überzeugt, dass ein Mitglied der verfeindeten „Bandidos“ einen womöglich tödlichen Angriff auf ein Mitglied seiner Gruppe plane. I.R.e. Ermittlungsverfahrens wird u.a. ein Durchsuchungsbeschluss für die Wohnung des S. erlassen. Weil S. als gewaltbereit eingeschätzt wird und mit behördlicher Erlaubnis über Schusswaffen verfügt, beschließt die zuständige Stelle, dass ein Sondereinsatzkommando der Polizei (SEK) gewaltsam in das Haus des S. eindringen und für die Durchsuchung eine „stabile Lage“ herstellen soll. Um 6 Uhr des Tattages beginnen Polizeibeamte des SEK mit der Öffnung der dreifach verriegelten

Haustüre. Zwei Verriegelungen sind mit lautem Knacken erfolgreich entfernt. S. erwacht, vernimmt Geräusche und Stimmen an der Haustüre. Er begibt sich in den Flur und schaltet das Licht ein. Obgleich die Polizeibeamten das Licht bemerken, geben sie sich nicht zu erkennen und arbeiten weiter. Aus der Fortsetzung der Aufbruchstätigkeit schließt S., es handele sich nicht um einen normalen Einbruch, sondern um den befürchteten, gegen sein Leben gerichteten Angriff der „Bandidos“ und ruft „verpisst Euch“. Die Situation empfindet S. als lebensbedrohlich und rechnet damit, er könne alsbald durch die Türe oder sofort nach dem unmittelbar drohenden Aufbrechen selbiger von den vermeintlichen Angreifern beschossen werden. Er gibt zu seiner Verteidigung zwei Schüsse auf die Türe ab

und nimmt dabei billigend in Kauf, einen Menschen tödlich zu treffen. Der erste Schuss geht fehl, der zweite trifft Polizeibeamten P, dringt durch eine Öffnung an dessen Schutzweste und verletzt ihn tödlich. Daraufhin ruft ein anderer Beamter: „Sofort aufhören zu schießen. Hier ist die Polizei.“ Sofort legt S. die Pistole weg, geht zum Fenster und ruft: „Wie könnt ihr so was machen? Warum habt ihr nicht geklingelt? Wieso gebt ihr euch nicht zu erkennen?“. S. lässt sich widerstandslos verhaften.

Hat sich Rocker S. nach dem StGB strafbar gemacht?

**A) Strafbarkeit gem. § 212 I StGB** (am Polizeibeamten P, durch den zweiten Schuss)

I) Der Tatbestand des § 212 I StGB ist gegeben.

II) Das Handeln des S. kann gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein. Dies setzt zunächst das – objektive – Vorliegen einer Notwehrlage, also eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs auf ein notwehrfähiges Rechtsgut (des S.), voraus. Dazu führt der Senat aus: „Eine Notwehrlage hätte für ihn [S.] vorgelegen, wenn der Polizeieinsatz in seiner konkreten Gestalt nicht rechtmäßig war. Gegen die Rechtmäßigkeit könnte sprechen, dass es sich bei einer Durchsuchung um eine grundsätzlich offen durchzuführen-

de Maßnahme handelt. Ob sich für das konkrete Vorgehen der Polizei in den §§ 102 ff. StPO eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage ergibt [...], kann zweifelhaft sein. § 164 StPO erlaubt ein Einschreiten nur gegen eine tatsächlich vorliegende oder konkret bevorstehende Störung der Durchsuchung [...]. Ob präventiv-polizeirechtliche Regeln das Verfahren der strafprozessualen Durchsuchung abändern können, ist fraglich [...]. Die Frage der Rechtswidrigkeit des Polizeieinsatzes und eines hieraus folgenden möglichen Notwehrrechts des Angekl. [S.] hiergegen kann aber im Ergebnis offen bleiben [...].“ Der Senat vermeidet also eine Festlegung, ob ein rechtswidriger Angriff in der Tat vorlag. Geht man von einem rechtmäßigen Einsatz der Polizei aus, liegt kein rechtswidriger Angriff vor und es entfällt mangels Notwehrlage eine Rechtfertigung nach § 32 StGB.

III) Dieses Ergebnis ermöglicht (nach der vom Senat gewählten Lösung i.R.d. Schuld) Ausführungen zu einer Putativnotwehr (Täter nimmt irrig das Vorliegen der Voraussetzungen der Notwehr an, es fehlt aber objektiv an einer Notwehrlage; allgemein: Erlaubnistatbestandsirrtum oder - synonym - Erlaubnistatumstandsirrtum).

1. S. muss sich also Umstände vorstellen haben, die (wären sie tatsächlich gegeben) den Voraussetzungen der Notwehr

unterfielen. Auf dieser Grundlage führt der Senat aus („hypothetische“ Notwehrprüfung):

Zur Notwehrlage: „Der Angekl. [S.] ging [...] von einem Überfall durch ein Rollkommando der verfeindeten „Bandidos“ aus. Er schloss einen „normalen Einbruch“ angesichts des Vorgehens der Angreifer, die sich auch durch Einschalten der Beleuchtung im Haus und den Ruf „verpisst euch“ nicht aufhalten ließen, aus. Die Bedrohung war aus seiner Sicht akut, da die Angreifer die Haustür bereits weitgehend aufgebrochen hatten und das Eindringen unmittelbar bevorstand, weil er mit einer nicht abschätzbaren Zahl von Angreifern mit unbekannter Bewaffnung und Ausrüstung und mit einem besonders aggressiven Vorgehen rechnete.“

Zur Notwehrhandlung (bzw. der Grenzen der Notwehr): „Wenn diese irrtümliche Annahme des Angekl. [S.] zutreffend gewesen wäre, wäre der sogleich auf eine Person gerichtete Schusswaffeneinsatz als erforderliche Notwehrhandlung gerechtfertigt gewesen. Wird eine Person rechtswidrig angegriffen, dann ist sie grundsätzlich dazu berechtigt, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, welches eine endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet; der Angegriffene muss sich nicht mit der Anwendung weniger gefährlicher Verteidigungsmittel begnügen, wenn deren Abwehrwirkung zwei-

felhaft ist. Das gilt auch für die Verwendung einer Schusswaffe. Nur wenn mehrere wirksame Mittel zur Verfügung stehen, hat der Verteidigende dasjenige Mittel zu wählen, das für den Angreifer am wenigsten gefährlich ist. Wann eine weniger gefährliche Abwehr geeignet ist, die Gefahr zweifelsfrei und sofort endgültig zu beseitigen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab [...]. Unter mehreren Abwehrmöglichkeiten ist der Verteidigende zudem nur dann auf die für den Angreifer weniger gravierende verwiesen, wenn ihm genügend Zeit zur Wahl des Mittels sowie zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht [...]. In der Regel ist der Angegriffene bei einem Schusswaffeneinsatz zwar gehalten, den Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen oder vor einem tödlichen Schuss einen weniger gefährlichen Einsatz zu versuchen. Die Notwendigkeit eines Warnschusses kann aber nur dann angenommen werden, wenn ein solcher Schuss auch dazu geeignet gewesen wäre, den Angriff endgültig abzuwehren [...]. Das war hier nicht der Fall, zumal der Angekl. [S.] damit rechnete, dass er seinerseits von den Angreifern durch die Tür hindurch beschossen werden könne. Ihm blieb angesichts seiner Annahme, dass ein endgültiges Aufbrechen der Tür und das Eindringen mehrerer bewaffneter Angreifer oder aber ein Beschuss durch die Tür unmittelbar bevorstand, keine Zeit zur ausreichenden Abschätzung des schwer kalkulierbaren Risikos. Bei dieser

zugespitzten Situation ist nicht ersichtlich, warum die Abgabe eines Warnschusses die Beendigung des Angriffs hätte erwarten lassen [...]. Ein Warnschuss ist im Übrigen auch nicht erforderlich, wenn dieser nur zu einer weiteren Eskalation führen würde [...]. Hier war aus Sicht des Angekl. [S.] zu erwarten, dass die hartnäckig vorgehenden Angreifer ihrerseits gerade dann durch die Tür schießen würden, wenn sie durch einen Warnschuss auf die Abwehrbereitschaft des Angekl. [S.] aufmerksam gemacht worden wären. Auf einen Kampf mit ungewissem Ausgang muss sich ein Verteidiger nicht einlassen. Daher waren beide Schüsse, die der Angekl. [S.] durch die Tür abgegeben hat, aus seiner Sicht erforderliche Notwehrhandlungen [...].“

Es liegen die „Voraussetzungen eines Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes“ („Erlaubnistatbestandsirrtum“ i.F.d. Putativnotwehr) vor.

2. Zur rechtlichen Behandlung dieser Situation äußert sich der Senat knapp, aber deutlich: Dieser Irrtum „führt entsprechend § 16 Abs. 1 StGB zum Ausschluss der Vorsatzschuld“. S. handelte daher ohne Schuld und hat sich nicht wegen Totschlags strafbar gemacht.

**B) Strafbarkeit gem. § 222 StGB** (am Polizeibeamten P, durch dieselbe Handlung)

„Fahrlässigkeit i.S.v. §§ 16 Abs. 1 S. 2, 222 StGB ist dem Angekl. [S.] ebenfalls nicht vorzuwerfen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn er seinen Irrtum über die Identität und Absicht der Angreifer hätte vermeiden können. Das ist ausgeschlossen, weil der Angekl. [S. ...] mit plausiblen Gründen von einem lebensbedrohenden Angriff durch „Bandidos“ ausging, ferner weil die tatsächlich angreifenden Polizeibeamten sich auch nach Einschalten der Beleuchtung im Haus nicht zu erkennen gaben und weil der Angekl. [S.] wegen ihres verdeckten Vorgehens keine Möglichkeit hatte, rechtzeitig zu erkennen, dass es sich um einen Polizeieinsatz handelte [...].“ S. hat sich nicht wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht.

**C) Strafbarkeit gem. §§ 212 I, 22, 23 I Var. 1, 12 I StGB** (durch den ersten Schuss)

Das unter A) III) Ausgeführte gilt entsprechend; eine Strafbarkeit ist zu verneinen.

Ergebnis: S. hat sich nicht strafbar gemacht.

**Hinweise:**

1. Diese Entscheidung hat enorme mediale Aufmerksamkeit gefunden und die Gemüter erhitzt. Die zentralen inhaltlichen Aussagen betreffen Prüfungsrelevantes. Nach dem Senat befand sich S. „jedenfalls [...] in einem Er-

*laubnistatbestandsirrtum*“. Dieser ist „ein Thema, das der Student mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit schon in einer Übungsarbeit der Anfängerübung erwarten kann“ (Kühl, StrR AT, 6. Aufl. 2008, § 13 Rdnr. 63). Seine rechtliche Behandlung gehört zu den strittigsten Problemen der Irrtumslehre. Dementsprechend ist es erfreulich, dass sich der Senat klar (wenn auch äußerst knapp) zur Folge dieses Irrtums äußerte.

2. Dass der Senat i.R.d. Notwehrlage die „Frage der Rechtswidrigkeit des Polizeieinsatzes und eines hieraus folgenden möglichen Notwehrrechts [des S. ...] im Ergebnis offen“ lässt (Erb, JR 2012, 207 (208 ff.) und Rotsch, ZJS 2012, 109 (112 f.) bejahen mit beachtlichen Gründen die Rechtswidrigkeit) und sich sofort der Frage nach einem Erlaubnistatbestandsirrtum zuwendet, ist genau genommen „unsauber“: Stellt man die harsche Kritik an seinem Ergebnis (Verneinung einer Strafbarkeit wegen der Schüsse aufgrund eines Erlaubnistatumstandsirrtums) in Rechnung, kann man die Empörung erahnen, die dem Senat bei Annahme eines rechtswidrigen Einsatzes, und damit eines rechtswidrigen Angriffs (Ps) und im Endergebnis einer Rechtfertigung des S. nach § 32 StGB (hierfür Erb, JR 2012, 207 (210); vgl. auch Rotsch, ZJS 2012, 109 (112 ff.)) entgegenschlagen wäre. Hieraus

könnte sich das beschriebene Vorgehen erklären.

3. Ausführlich widmet sich der Senat i.R.d. Prüfung einer hypothetischen Notwehrlage der Frage der Erforderlichkeit (Geeignetheit und „Prinzip des mildesten Mittels“), speziell dem Erfordernis einer abgestuften Reaktionsfolge beim Schusswaffengebrauch. Ein Schusswaffengebrauch ist nicht von vornherein unzulässig, kann jedoch nur das letzte Mittel der Verteidigung sein. I.d.R. muss dieser zunächst angedroht oder, sofern dies nichts nutzt, ein Warnschuss abgegeben werden. Vor einem tödlichen Schuss ist - sofern möglich - ein Schuss in Bein, Arm oder Schulter vorrangig. Allerdings ist stets der Einzelfall, die Kampfsituation zu beachten. Wenn danach die Gefahr besteht, dass eine vorherige Androhung eine effektive Verteidigung vereiteln könnte, ist eine Androhung des Waffengebrauchs ausnahmsweise entbehrlich. Des Weiteren muss sich der Angegriffene dann nicht auf einen Schuss in Bein, Arm oder Schulter beschränken, wenn dies ein unzumutbares Risiko für sein Leben oder seine körperliche Integrität begründen, also keine sichere Gefahrbeseitigung gewährleisten würde. Eine abgestufte Reaktionsfolge ist darüber hinaus auch beim Einsatz sonstiger Waffen im technischen Sinne, sowie gefährlicher Werkzeuge anerkannt.

4. I.R.d. hypothetischen Notwehrprüfung verzichtet der Senat auf Ausführungen zur Frage der Gebotenheit (krit. *Jäger*, JA 2012, 230 (229 f.)). Nach dem Sachverhalt war davon auszugehen, dass S. (seine Vorstellung als wahr unterstellt) in Kenntnis der objektiven Umstände und durch sie motiviert handelte (subjektives Rechtfertigungselement, zu dessen Notwendigkeit und den Folgen seines Fehlens *Ernst*, ZJS 2011, 382 (384 f.)).

5. Die Antwort auf die Frage der rechtlichen Behandlung eines Erlaubnistatbestandsirrtums gibt der Senat in einem Satz und folgt damit der sog. rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie, wonach bloß die Rechtsfolgen des § 16 I StGB herangezogen werden, was „zum Wegfall der Vorsatzschuld“ führt. Dieses Ergebnis mag man kritisieren: Bekanntermaßen sehen manche die Lösung in der Anwendung des § 17 StGB (sog. strenge Schuldtheorie), die Anhänger der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen ziehen § 16 I StGB direkt heran und nach der sog. eingeschränkten Schuldtheorie im engeren Sinne ist § 16 I StGB analog anwendbar. Der Vorteil des „Wegfall[s] der Vorsatzschuld“ besteht darin, dass Teilnahmekonstellationen wegen der hierfür nötigen *vorsätzlichen* rechtswidrigen Haupttat „angemessen“ gelöst werden können. Speziell zur Beteiligungsproblematik sowie zur rechtli-

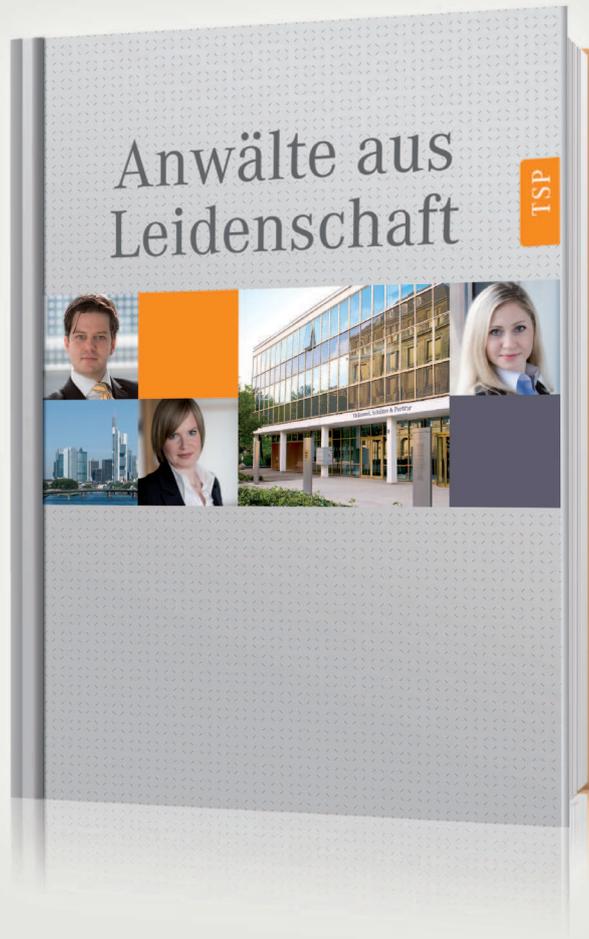
chen Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums auf Basis der hier sog. eingeschränkten Schuldtheorie im engeren Sinne instruktiv, knapp und aktuell *Kühl/Hinderer*, JURA 2012, 488 (489 f. [Erlaubnistatbestandsirrtum]; 491 [Beteiligungsproblematik]).

6. Bei Bejahung eines Erlaubnistatbestandsirrtums sollte stets (jedenfalls gedanklich) ein letzter Schritt geprüft werden: Auch wenn nach dem vorliegend vom Senat vertretenen Modell die Heranziehung von § 16 I StGB auf die Rechtsfolge beschränkt ist, bleibt eine Strafbarkeit des Irrenden wegen fahrlässiger Tatbegehung möglich (Rechtsfolge des § 16 I 2 StGB). Dies setzt voraus, dass seine Fehlvorstellung auf einem Sorgfaltsmangel beruhte oder (wie es der Senat ausdrückt) „er seinen Irrtum [...] hätte vermeiden können“. Das verneint der Senat, weswegen eine fahrlässige Tötung entfällt.

(Wiss. Ang. RA Guido Philipp Ernst)

# Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE



TSP

## Köpfe gesucht.

Referendarinnen / Referendare

Praktikantinnen / Praktikanten

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

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

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

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

[www.tsp-law.com](http://www.tsp-law.com)



## **Verbot des Tragens von Motorradwesten („Kutten“) im Gerichtsgebäude – „Hells Angels“**

BVerfG, Beschluss vom 14.03.2012 - AZ 2 BvR 405 – 11, NJW 2012, 1863

- 1. Der Grundsatz der Öffentlichkeit (§ 169 S.1 GVG) kann außer durch ausdrückliche Regelungen auch durch gesetzlich nicht erfasste unabweisbare Bedürfnisse der Rechtspflege modifiziert werden. Dazu gehört die Notwendigkeit, durch geeignete vorbeugende Maßnahmen für eine sichere und ungestörte Durchführung der Verhandlung zu sorgen.**
- 2. Maßnahmen, die den Zugang zu einer Gerichtsverhandlung nur unwesentlich erschweren und dabei eine Auswahl der Zuhörerschaft nach bestimmten persönlichen Merkmalen vermeiden, sind zulässig, wenn für sie ein verständlicher Anlass besteht. Es bleibt dem pflichtgemäßen Ermessen des das Hausrecht ausübenden Gerichtspräsidenten überlassen, worin solche Maßnahmen im Einzelfall bestehen.**
- 3. Das Hausrecht des Gerichtspräsidenten ist Rechtsgrundlage für alle Maßnahmen im Gerichtsgebäude, die außerhalb des Sitzungsbereichs erfolgen.**

**Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):**

A, B und C, alle Mitglieder der „Hells Angels“, waren wegen räuberischer Erpressung angeklagt; sie hatten im Verfahren die Geschädigten massiv bedroht und so unter Druck gesetzt, dass diese später ihre Aussage zeitweilig zurückgezogen hatten. Nach Durchführung einer Sicherheitskonferenz verfügte der Vorsitzende, dass das Tragen von Motorradwesten („Kutten“) im Gerichtssaal

untersagt sein sollte; begründet wurde dies damit, das Tragen dieser Kutten stelle eine nicht hinnehmbare Machtdemonstration dar, die das Gefühl der Unsicherheit und Bedrohung hervorruft und Verfahrensbeteiligte einschüchtern und beeinflussen könnte. Alle wurden verurteilt, ihre Rechtsmittel waren erfolglos, ein Verstoß gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens nach § 169 GVG wurde verneint. A, B und C legen nun Verfassungsbeschwerden ein. Mit Erfolg?

## **A. Zulässigkeit**

Gegen die Zulässigkeit bestehen keine Bedenken, auch der Grundsatz der Rechtswegerschöpfung ist gewahrt.

## **B. Begründetheit**

### **I. Verstoß gegen Art. 3 I GG**

Möglicherweise sind die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht aus Art. 3 I GG verletzt. Im Fall einer Urteilsverfassungsbeschwerde gelten folgende Grundsätze, so das BVerfG:

*„Die Auslegung des Gesetzes und seine Anwendung auf den einzelnen Fall sind Sache der dafür zuständigen Fachgerichte und daher der Nachprüfung durch das BVerfG entzogen. Ein verfassungsgerichtliches Eingreifen gegenüber Entscheidungen der Fachgerichte unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG) in seiner Bedeutung als Willkürverbot kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. Willkürlich ist ein Richterspruch nur dann, wenn er unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht. Das ist anhand objektiver Kriterien festzustellen. Schuldhaftes Handeln des Richters ist nicht erforderlich. Fehlerhafte Rechtsanwendung allein macht eine Gerichtsentscheidung nicht willkürlich. Willkür liegt vielmehr erst vor, wenn*

*eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder der Inhalt einer Norm in krasser Weise missgedeutet wird.“*

Im vorliegenden Fall liegt nach dem BVerfG Willkür nicht vor:

*„Danach ist die Auslegung und Anwendung der § 169 S. 1 GVG, § 338 Nr.6 StPO nicht willkürlich.*

*Der BGH hat seine Entscheidung hinsichtlich des vom Beschwerdeführer beanstandeten Verstoßes gegen die Öffentlichkeit des Verfahrens nicht begründet. Daher kann davon ausgegangen werden, dass sich der BGH insoweit der Begründung des Verwerfungsantrags des Generalbundesanwalts angeschlossen hat.*

*Diese Begründung begegnet unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.*

*Der rechtliche Ausgangspunkt entspricht der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung und wird auch in der Literatur vertreten. Danach kann der Grundsatz der Öffentlichkeit (§ 169 S. 1 GVG) außer durch ausdrückliche Regelungen auch durch gesetzlich nicht erfasste unabweisbare Bedürfnisse der Rechtspflege modifiziert werden. Dazu gehört die Notwendigkeit, durch geeignete vorbeugende Maßnahmen für eine sichere und ungestörte Durchführung der Verhandlung zu sorgen. Maßnah-*

men, die den Zugang zu einer Gerichtsverhandlung nur unwesentlich erschweren und dabei eine Auswahl der Zuhörerschaft nach bestimmten persönlichen Merkmalen vermeiden, sind zulässig, wenn für sie ein verständlicher Anlass besteht. Es bleibt dem pflichtgemäßen Ermessen des das Hausrecht ausübenden Gerichtspräsidenten überlassen, worin solche Maßnahmen im Einzelfall bestehen. Das Hausrecht des Gerichtspräsidenten ist Rechtsgrundlage für alle Maßnahmen im Gerichtsgebäude, die außerhalb des Sitzungsbereichs erfolgen.

Diese Erwägungen sind nicht unvertretbar oder sachfremd. Insbesondere ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Aufrechterhaltung der Ordnung im gerichtlichen Verfahren auch den störungsfreien äußeren Ablauf der Sitzung und die ungehinderte Entscheidungsfindung umfasst.

Die Anwendung der danach bestehenden Befugnisse im Einzelfall unterliegt nur eingeschränkter verfassungsrechtlicher Überprüfung. Daran gemessen, legt die Begründung der Verfassungsbeschwerde nicht dar und ist auch sonst nicht ersichtlich, dass Einschätzung und Bewertung sowohl einer möglichen Beeinträchtigung der Hauptverhandlung durch das Tragen bestimmter Kleidung oder Abzeichen als auch der zur Abwehr dieser Gefahr geeigneten und erforderlichen Maß-

nahmen verfassungsrechtlich bedenklich wären.“

Ein Verstoß gegen Art. 3 I GG liegt also nicht vor.

## **II. Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren**

Möglicherweise sind die Beschwerdeführer aber in ihrem Recht auf ein faires Verfahren verletzt. Das BVerfG skizziert zunächst die Grundsätze dieses Rechts:

„Das Recht auf ein faires Verfahren hat seine Wurzeln im Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Freiheitsrechten und Art. 1 I GG und gehört zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens. Am Recht auf ein faires Verfahren ist die Ausgestaltung des Strafprozesses zu messen, wenn und soweit keine spezielle verfassungsrechtliche Gewährleistung existiert.

Das Recht auf ein faires Verfahren enthält keine in allen Einzelheiten bestimmten Ge- oder Verbote; vielmehr bedarf es der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Fachgerichte ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben worden ist. Im

*Rahmen dieser Gesamtschau sind nicht nur die Rechte des Beschuldigten, insbesondere prozessuale Rechte und Möglichkeiten mit der erforderlichen Sachkunde wahrnehmen und Übergriffe der staatlichen Stellen oder anderer Verfahrensbeteiligter angemessen abwehren zu können, sondern auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege in den Blick zu nehmen.“*

Im konkreten Fall sieht das BVerfG keine Verletzung dieses Rechts:

*„Es bedarf im vorliegenden Zusammenhang keiner Entscheidung, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz einen Angekl. in seinem Recht auf ein faires Strafverfahren verletzen kann.*

*Der Grundsatz der Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen wurde gewahrt.*

*Der im Gerichtsverfassungsrecht enthaltene Grundsatz der Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen ist ein Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips. Die rechtsstaatliche Komponente der Gerichtsöffentlichkeit zielt darauf, die Einhaltung des formellen und materiellen Rechts zu gewährleisten und zu diesem Zweck Einblick in die Funktionsweise der Rechtsordnung zu ermöglichen. Dies soll zur Gewährleistung von Verfahrensgerechtigkeit beitragen.*

*Der Verfassungsgrundsatz der Öffentlichkeit gilt nicht ausnahmslos. Einer unbegrenzten Öffentlichkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht stehen gewichtige Interessen gegenüber. Zu den entgegenstehenden Belangen gehören die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege, insbesondere die ungestörte Wahrheits- und Rechtsfindung. Der Grundsatz der Öffentlichkeit besagt noch nichts zu den Modalitäten, unter denen die Öffentlichkeit zugelassen wird. Darüber hinaus kann die Öffentlichkeit aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls auch dort ganz oder teilweise ausgeschlossen werden, wo sie nach der Verfassung grundsätzlich geboten ist.*

*Danach wurde der Öffentlichkeitsgrundsatz gewahrt. Die dem Grunde nach gerechtfertigte Sicherheitsverfügung legte ausschließlich Zugangsmodalitäten fest, deren Befolgung ohne Weiteres möglich und zumutbar war. Sie führte weder ausdrücklich noch faktisch zum Ausschluss der Öffentlichkeit insgesamt oder auch nur einzelner Personengruppen oder Personen.“*

Sodann prüft das BVerfG noch einen Verstoß gegen die EMRK (welchen es ebenfalls verneint):

*„Die Sicherheitsverfügung widerspricht schließlich nicht den Anforderungen an eine öffentliche Verhandlung nach der EMRK.*

*Art. 6 I 1 EMRK gewährleistet das Recht auf eine öffentliche Verhandlung. Nach Art. 6 I 2 Halbs. 2 EMRK kann die Öffentlichkeit während des ganzen oder eines Teils des Verfahrens ausgeschlossen werden – soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält –, wenn unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde.*

*Die durch Art. 6 I 1 EMRK garantierte Öffentlichkeit des Verfahrens schützt die Rechtsunterworfenen vor einer Geheimjustiz, die sich öffentlicher Kontrolle entzieht. Sie ist außerdem ein Mittel, um das Vertrauen in die Gerichtsbarkeit zu sichern.*

*Eine Verhandlung entspricht den an die Öffentlichkeit zu stellenden Anforderungen, wenn die Allgemeinheit Informationen über deren Zeit sowie Ort erhalten kann und wenn dieser Ort einfach zugänglich ist. Zwar können tatsächliche Hindernisse ebenso gegen ein Konventionsrecht verstoßen wie rechtliche Beschränkungen. Daher kann es bei erheblichen tatsächlichen Zugangshindernissen erforderlich sein, zur Gewährleistung der Öffentlichkeit Ausgleichsmaßnahmen zu treffen. Allerdings wird der öffentliche Charakter einer Verhandlung nicht schon dadurch berührt, dass sich mögliche Zuschauer etwa bestimmten Identitätsüberprüfungen und möglichen*

*Sicherheitsüberprüfungen unterziehen müssen.*

*Danach war die Verhandlung i.S. von Art. 6 I 1 EMRK öffentlich. Die Sicherheitsverfügungen des Gerichtspräsidenten führten nicht zu einem tatsächlichen Hindernis, als Zuschauer an der Hauptverhandlung teilnehmen zu können. Das Gerichtsgebäude war auch für Träger der in der Sicherheitsverfügung bezeichneten Oberbekleidung nach wie vor einfach zugänglich, da diese nur ausgezogen und außerhalb des Gerichtsgebäudes hätte deponiert werden müssen. Es handelte sich ersichtlich um eine ganz geringfügige Beschränkung, die keine kompensatorischen Maßnahmen erforderlich machte.“*

#### **Hinweise:**

1. Eine interessante Entscheidung zu einer klausurrelevanten Materie. Sie bietet Gelegenheit, sich die Grundsätze des BVerfG zum Recht auf ein faires Verfahren nochmals zu erarbeiten.
2. Vom BVerfG nur knapp angesprochen ist hier die Möglichkeit, belastende Maßnahmen ohne gesetzliche Grundlage allein aufgrund des Hausrechts auszusprechen. Auch mit diesem Institut sollten sich Examenskandidaten näher beschäftigen.

3. Im Ausgangsfall hat das BVerfG die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.

*(Rechtsanwalt Dr. Christian F. Majer)*

## **Ein Fotografierverbot von Polizeibeamten eines Spezialeinsatzkommandos ist rechtswidrig**

BVerwG, Urteil vom 28.03.2012 - 6 C 12/11

1. Es bleibt, jedenfalls bei Vorliegen der sonstigen Sachurteilsvoraussetzungen, offen, ob im Falle der Erledigung eines Verwaltungsakts vor Klageerhebung eine Fortsetzungsfeststellungsklage in analoger Anwendung von § 113 I 4 VwGO oder eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO statthaft ist. (Leitsatz der Redaktion)
2. Die mit einer Bildaufnahme verbundene Möglichkeit eines rechtsverletzenden Gebrauchs, insbesondere einer gegen Rechte Dritter verstoßenden Veröffentlichung, muss nicht notwendig immer auf der ersten Stufe abgewehrt werden; dies kann in vielen Fällen vielmehr auch auf der zweiten Stufe des Gebrauchs des entstandenen Bildes geschehen, beispielsweise dadurch, dass die Polizei ihren Rechtsstandpunkt dem Journalisten oder dem ihn beschäftigenden Presseunternehmen mitteilt und auf eine Verständigung über "ob" und "wie" der Veröffentlichung drängt. (amtlicher Leitsatz)
3. Dabei wird sich aus dem Zusammenspiel von Landespolizei- und Landespresserecht ergeben, ob ein etwaiger daran anschließender Konflikt durch den Erlass einer Polizeiverfügung mit der Möglichkeit des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes durch den Journalisten oder das Presseunternehmen ausgetragen wird oder durch die Inanspruchnahme des Rechtsschutzes vor den ordentlichen Gerichten durch die Polizei. (amtlicher Leitsatz)

**Sachverhalt (zu Ausbildungszwecken vereinfacht):**

Die Klägerin betreibt einen Zeitungsverlag und begehrt die Feststellung, dass eine gegen zwei ihrer Journalisten gerichtete Untersagung von Bildauf-

nahmen eines Polizeieinsatzes rechtswidrig gewesen ist.

Am 16.03.2007 wurde ein Untersuchungsgefängnis einer Justizvollzugsanstalt von acht Beamten eines Spezialeinsatzkommandos (SEK) der Polizei des Beklagten in eine Augenarztpraxis

im Zentrum von ... gebracht. Während des Arztbesuchs blieben zwei Beamte des SEK bei dem Gefangenen, die anderen sechs Beamten bezogen vor dem Gebäude Stellung. Etwa zehn Minuten vor dem Ende der ärztlichen Untersuchung traten ein Fotograf und ein Volontär der von der Klägerin verlegten Tageszeitung auf den Kommandoführer des SEK zu und fragten ihn nach dem Grund des Einsatzes. Dieser gab zwar die erbetene Auskunft, untersagte aber die Anfertigung von Bildaufnahmen. Die beiden Reporter befolgten das Fotografierverbot und betrachteten das weitere Geschehen aus der Ferne. Kurz darauf wurde der Gefangene zurücktransportiert. Am nächsten Tag erschien in der von der Klägerin verlegten Tageszeitung ein Wortbericht über den Einsatz.

Nach ausführlichem vorprozessualen Schriftwechsel (dessen wesentlicher Inhalt an den maßgeblichen Stellen in die Entscheidungsgründe eingearbeitet wurde) hat die Klägerin Feststellungsklage erhoben, da sie der Auffassung ist, das ausgesprochene Fotografierverbot sei rechtswidrig gewesen.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat der Verwaltungsgerichtshof die erstinstanzliche Entscheidung geändert und die beantragte Feststellung

ausgesprochen. Die Revision des Beklagten blieb ohne Erfolg.

## **Wesentliche Entscheidungsgründe**

### **I. Zulässigkeit der Klage**

#### **1. Statthafte Klageart**

Das Fotografierverbot ist nach seinem objektiven Sinngehalt, unabhängig davon, mit welchen Worten es ausgesprochen wurde (die Beklagte hatte sich vorprozessual darauf eingelassen, dass dieses lediglich als Bitte formuliert gewesen sei), ein Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 LVwVfG BW. Dieser hat sich mit dem Rücktransport des Gefangenen und dem Ende des SEK Einsatzes durch Zeitablauf erledigt (vgl. § 43 II LVwVfG BW). Umstritten ist in einem solchen Fall, in dem sich der Verwaltungsakt schon vor Klageerhebung erledigt, ob hier die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO oder die Feststellungsklage nach § 43 VwGO statthaft ist. Das BVerwG lässt diese Frage (erneut) offen, nachdem für beide Klagearten in casu die Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen, insbesondere das erforderliche schutzwürdige Interesse der Klägerin an der begehrten Feststellung (vgl. zum Meinungsstand: Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO, § 113 Rn. 99).

## 2. Klagebefugnis

Die Klagebefugnis der Klägerin als Drittbetroffene folgt aus der Pressefreiheit (Artikel 5 I 2 GG), die sich auch auf die Informationsbeschaffung, insbesondere durch eigenes Personal, erstreckt (vgl. bereits BVerfG, Urteil vom 05.08.1966 - 1 BvR 586/62, BVerfGE 20, 162).

## 3. Berechtigtes Feststellungsinteresse

Als berechtigtes Feststellungsinteresse kommt hier eine Wiederholungsgefahr in Betracht, da der Beklagte vorprozessual generell ein Interesse an der Wahrung der Anonymität von SEK-Beamten geltend gemacht hat, damit diese vor Repressalien geschützt und für getarnte Einsätze verwendungsfähig blieben. Die Klägerin muss deshalb befürchten, in vergleichbaren Fällen wie dem vorliegenden wieder einem Fotografierverbot ausgesetzt zu werden.

Auch kann sich die Klägerin auf ein Rehabilitationsinteresse berufen, weil ein solches Fotografierverbot ihr Grundrecht auf Pressefreiheit nach Artikel 5 I 2 GG berührt.

## 4. Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig.

## II. Begründetheit der Klage

### 1. Passivlegitimation

Die Beamten des SEK gehören zum Polizeivollzugsdienst nach § 70 I Nr.3 PolG BW, da das SEK nach Anlage 3 der Verwaltungsvorschrift über die Organisation des Polizeivollzugsdienstes des Landes Baden-Württemberg dem Direktor der Bereitschaftspolizei und damit dem Bereitschaftspolizeipräsidium zugeordnet ist. Rechtsträger und richtiger Beklagter ist daher das Land.

### 2. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die Verfügung der Beklagten war hier die polizeiliche Generalklausel (§§ 1, 3 PolG BW). Diese Ermächtigungsgrundlage war hier weder durch Vorschriften des Landespressegesetzes (LPresseG BW) noch durch Vorschriften des Grundgesetzes gesperrt.

Das Bundesverwaltungsgericht führt hierzu aus:

*"Den Verwaltungsakt hat der Beklagte auf die Generalermächtigung zur Gefahrenabwehr in den §§ 1, 3 PolG BW gestützt. Nach Ansicht des Verwaltungsgesichtshofs war er daran auch nicht durch § 1 Absatz 2 LPresseG BW gehindert, wonach die Freiheit der Presse nur den Beschränkungen unterliegt, die durch das Grundgesetz unmittelbar und in seinem Rahmen durch das Landespressege-*

setz zugelassen sind. Die in Artikel 5 Absatz 1 GG genannten Grundrechte können durch die Polizei- und Ordnungsgesetze beschränkt werden und sind nicht generell polizeifest, d.h. sind auf der Basis der allgemeinen Polizei- und Ordnungsgesetze einschränkbar. Hier enthält allerdings Artikel 5 Absatz 1 Satz 3 GG, der die Vorzensur verbietet, eine absolute Schranke für polizeiliche Maßnahmen. Die Anwendung der allgemeinen Polizei- und Ordnungsgesetze bei Eingriffen in die Pressefreiheit ist aber zum Teil durch Spezialgesetze ausgeschlossen. So ist z.B. die präventivpolizeiliche Beschlagnahme von Presseerzeugnissen in den Landespressegesetzen abschließend geregelt. Diese Regelungen betreffen jedoch nur den geistigen Inhalt der Presseerzeugnisse und die davon ausgehenden Gefahren für die öffentliche Sicherheit und entfalten deshalb auch nur insoweit abschließende Wirkung. Beschränkungen, die den äußeren Rahmen der Pressetätigkeit betreffen, sind nach Polizeirecht zulässig, so etwa ein Platzverweis. Eine Zensur nach Artikel 5 Absatz 1 Satz 3 GG steht nicht in Rede. Die Veröffentlichung einer Information wird durch die polizeiliche Generalermächtigung aus §§ 1, 3 PolG BW nicht von einer vorherigen Kontrolle des Staates abhängig gemacht. Vielmehr geht es um die Vorfrage, ob etwas zum Inhalt einer Presseinformation werden kann. Maßnahmen aufgrund der vorgenannten Regelungen im baden-württembergischen

Polizeigesetz können die Pressefreiheit als allgemeine Gesetze i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG in zulässiger Weise begrenzen."

### **3. Formelle Rechtmäßigkeit**

Der Einsatzleiter des SEK war für den Erlass der Verfügung nach § 60 II PolG BW zuständig, da ein sofortiges Tätigwerden erforderlich schien. Die Verfügung konnte nach § 37 II LVwVfG BW mündlich erlassen werden. Eine bestimmte Form war für sie nicht vorgeschrieben.

### **4. Materielle Rechtmäßigkeit**

Die Polizei hat nach § 1 I 1 PolG BW die Aufgabe, von dem Einzelnen und dem Gemeinwesen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird, und Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu beseitigen, soweit es im öffentlichen Interesse geboten ist. Nach § 3 PolG BW hat die Polizei innerhalb der durch das Recht gesetzten Schranken zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben diejenigen Maßnahmen zu treffen, die ihr nach pflichtmäßigem Ermessen erforderlich erscheinen.

#### **4.1 Betroffenheit des Schutzgutes der öffentlichen Sicherheit**

Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit umfasst neben der Unverletzlichkeit der Normen der Rechtsordnung die Unversehrtheit von Leben, Gesundheit,

Freiheit, Ehre und Vermögen des Einzelnen, sowie den Bestand und das Funktionieren des Staates und seiner Einrichtungen. Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit ist hier in mehrfacher Hinsicht betroffen und zwar hinsichtlich der Sicherheit des durchgeführten Polizeieinsatzes, einer befürchteten Bedrohung der Funktionsfähigkeit des SEK durch Enttarnung, sowie des Rechts der SEK-Beamten am eigenen Bild.

Die Subsumtion des Bundesverwaltungsgerichts:

*"Die vom Beklagten mit dem Fotografierverbot unternommene Sicherung des streitgegenständlichen Polizeieinsatzes gehört zum Schutzgut der öffentlichen Sicherheit im Sinne der polizeilichen Generalermächtigung. Es handelt sich bei der polizeilichen Eskortierung eines Untersuchungshäftlings zu einem Arztbesuch um eine Rechtshandlung, die in Ausübung staatlicher Sicherheitsgewährleistung erfolgte und folglich dem Schutz der staatlichen Funktionsordnung diene. Die zur Begründung des Fotografierverbotes außerdem angeführte Bedrohung der Funktionsfähigkeit des SEK durch Enttarnung seiner Angehörigen betrifft ebenfalls das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit im Sinne der polizeilichen Generalermächtigung. Die Einsatzfähigkeit der Polizeiorganisation ist Teil der Sicherheit des Staates und*

*seiner Einrichtungen. Es ging dem Einsatzleiter bei der fraglichen Polizeiverfügung darum, dass die eingesetzten Beamten nicht abgelichtet werden sollten, um ihre Identität zu schützen und um mögliche Sanktionen der Gegenseite auszuschließen. Er sah somit die Gefahr, dass die Identität der SEK-Beamten aufgedeckt wird und dadurch Leben und Gesundheit der Beamten und ihrer Familienangehörigen sowie die Einsatzfähigkeit des SEK bedroht sein könnten. Schließlich ist als weiteres Schutzgut der öffentlichen Sicherheit das Recht der eingesetzten Beamten am eigenen Bild betroffen."*

#### **4.2 Vorliegen einer konkreten Gefahr**

Ein Tätigwerden der Polizei zum Zwecke der Gefahrenabwehr setzt eine konkrete Gefahr voraus. Eine solche liegt vor, wenn ein bestimmter einzelner Sachverhalt, das heißt eine konkrete Sachlage oder ein konkretes Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung führen würde. Der Schadenseintritt braucht aber auch nicht mit Gewissheit zu erwarten sein. Andererseits ist aber die bloße Möglichkeit des Schadenseintritts nicht ausreichend. Der erforderliche Grad der Wahrscheinlichkeit des

Schadenseintritts ist dabei abhängig vom Rang des Rechtsguts, in das eingegriffen werden soll, sowie vom Rang des polizeilichen Schutzguts.

Ausgehend von diesem Ansatz hat das Bundesverwaltungsgericht drei Gefahren bewertet. Das Gericht führt zunächst hinsichtlich der Sicherung des konkreten Polizeieinsatzes gegen Gefährdungen (z. B. könne das Hantieren eines Fotoreporters mit der Kamera bei Passanten zusätzliches Aufsehen erregen und zu einer unübersichtlichen Situation führen, bei der im Falle einer etwaigen Gefangenenbefreiung konkrete Gefahren für Leben und Gesundheit der Anwesenden hätten eintreten können) aus:

*"Soweit nach dem Vortrag des Beklagten im Prozess durch das ausgesprochene Verbot der konkrete Polizeieinsatz gegen Gefährdungen infolge anwesender und fotografierender Personen gesichert werden sollte, kann offenbleiben, ob das Verbot hierauf schon deshalb nicht gestützt werden darf, weil der Einsatzleiter nach seinen Vorstellungen mit dem Verbot eine solche Gefahr nicht abwenden wollte. Der Beklagte meint, es hätte die Gefährdungsanalyse des Landeskriminalamts, auf deren Grundlage der SEK-Einsatz angeordnet worden sei, beigezogen werden müssen und der Beamte gehört werden müssen, der diese Gefährdungsanalyse angefertigt habe. Hierauf*

*kam es aber in diesem Zusammenhang nicht an. Der Verwaltungsgerichtshof hat nicht die allgemeine Gefahrenlage anders als das Landeskriminalamt beurteilt, sondern nur die konkrete Entwicklung während des Einsatzes auf dem Hintergrund dieser allgemeinen Gefahrenlage gewürdigt. Zwar ist dem Verwaltungsgerichtshof insofern ein Fehler im Rahmen seiner Überzeugungsbildung unterlaufen, als er bei Würdigung der Gefahrenlage vor Ort die Möglichkeit außer Betracht gelassen hat, dass die eingesetzten Beamten durch die Anwesenheit von Pressevertretern von der Durchführung der ihnen zugewiesenen Sicherungsaufgaben hätten abgelenkt werden können. Zur Ausschaltung einer etwaigen Ablenkungsgefahr hätte es ausgereicht, den in Rede stehenden Pressevertretern durch Ausspruch eines Platzverweises (vgl. § 27a PolG BW) verbindlich aufzugeben, das Geschehen aus einer gewissen räumlichen Distanz zu den eingesetzten Beamten weiter zu beobachten."*

Der Ausspruch eines Fotografierverbots, das die Ausübung der Pressefreiheit stärker beschränkt hat, als es ein entsprechender Platzverweis getan hätte, war demnach bezogen auf das Vorliegen einer konkreten Gefahr nicht geeignet, das Vorliegen einer solchen zu rechtfertigen.

Sodann bewertet das Bundesverwaltungsgericht, unter Bezugnahme der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Pressefreiheit, die Gefahr für das Schutzgut der Funktionsfähigkeit des SEK durch Enttarnung seiner Angehörigen, sowie das Schutzgut des Rechts der SEK-Beamten am eigenen Bild.

Hierzu führt das Gericht aus:

*"Auf eine Gefahr für das Schutzgut der Funktionsfähigkeit des SEK durch Enttarnung seiner Angehörigen sowie das Schutzgut des Rechts der SEK-Beamten am eigenen Bild konnte das vom Beklagten gegen die Klägerin verhängte Fotografierverbot ebenfalls nicht gestützt werden, insbesondere aber auch nicht auf eine drohende Schutzgutverletzung wegen der Gefahr der Veröffentlichung von Photos. Dabei hält der erkennende Senat nicht die Erwägung des Verwaltungsgerichtshofs zu der zu vermutenden Rechtstreue von Journalisten beim Umgang mit Bildmaterial für entscheidend. Vielmehr geht es um die Abwägung der einander gegenüberstehenden Rechtspositionen der Presse und der Gefahrenabwehr sowie deren angemessenen Ausgleich.*

*Die in Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 GG verbürgte Pressefreiheit gewährleistet nicht nur die Freiheit der Verbreitung von Nachrichten und Meinungen; sie schützt vielmehr auch den gesamten Bereich*

*publizistischer Vorbereitungstätigkeit, zu der insbesondere die Beschaffung von Informationen gehört, wie sie u.a. mit der Herstellung von Bildaufnahmen durch Fotojournalisten verbunden ist. Der Staat ist - unabhängig von subjektiven Berechtigungen Einzelner - verpflichtet, in seiner Rechtsordnung überall dort, wo der Geltungsbereich einer Norm die Presse berührt, dem Postulat ihrer Freiheit Rechnung zu tragen. Die Gerichte ihrerseits müssen bei der Auslegung derartiger einfachrechtlicher Normen und ihrer konkreten Anwendung im Einzelfall diese grundgesetzliche Wertentscheidung berücksichtigen. Dem hat die Auslegung von Rechtsnormen Rechnung zu tragen, soweit sie einzeln oder im Zusammenwirken die Pressefreiheit beeinträchtigen können.*

*Der Beklagte beabsichtigte, mit der der Klägerin auferlegten Einschränkung ihres Grundrechts aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 GG Gefahren von den Schutzgütern der Funktionsfähigkeit des SEK sowie der Rechte der SEK-Beamten am eigenen Bild abzuwehren. Dabei hätte er vermeiden müssen, bereits das einfache Recht in einseitiger Weise zum Nachteil der Klägerin auszulegen. Zum Schutz der in Rede stehenden Rechte bzw. Rechtsgüter bedurfte es nicht unbedingt eines Fotografierverbots. Der Verwaltungsgerichtshof ist in seiner rechtlichen Bewertung beanstandungsfrei davon ausgegangen, eine polizeiliche Gefahr auf-*

grund der Anfertigung von Bildaufnahmen drohe überhaupt erst, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestünden, dass derjenige, der Lichtbilder herstelle, diese ohne Einwilligung der abgebildeten Person sowie anderer Rechtfertigungsgründe veröffentlichen und sich dadurch gemäß § 33 KunstUrhG strafbar machen werde. Solche - die drohende Rechtsverletzung ausschließenden - Rechtfertigungsgründe können typischerweise in der Einwilligung nach § 22 KunstUrhG sowie darin liegen, dass es sich bei den Fotos von der abgebildeten Person im Sinne von § 23 Absatz 1 Nummer 3 KunstUrhG um Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte handelt. Um ein zeitgeschichtliches Ereignis von jedenfalls lokaler Bedeutung hat es sich bei dem SEK-Einsatz gehandelt. Diesen Rechtfertigungsgründen können allerdings nach § 23 Absatz 2 KunstUrhG zu berücksichtigende berechnigte Interessen der Abzubildenden entgegenstehen, wie sie etwa mit befürchteten Repressalien gegen die Betroffenen selbst oder ihre Familien dargetan sind. Der Beklagte hat die Abwägung dieser Rechts- und Schutzgüter einseitig zu Lasten der Pressefreiheit vorgenommen.

Die streitgegenständliche Polizeiverfügung berücksichtigt unter den im vorliegenden Fall gegebenen Umständen nicht im ausreichenden Maße das Grundrecht der Klägerin auf Pressefreiheit. Die mit einer Bildaufnahme verbundene Mög-

lichkeit eines rechtsverletzenden Gebrauchs, insbesondere einer gegen Rechte von Dritten verstößenden Veröffentlichung, muss nicht notwendig immer auf der ersten Stufe abgewehrt werden; dies kann in vielen Fällen vielmehr auch auf der zweiten Stufe des Gebrauchs des entstandenen Bildes geschehen. Wird ein Journalist daran gehindert, eine Fotoaufnahme zu tätigen, wird insoweit irreversibel in sein Recht auf Pressefreiheit eingegriffen. Dies kann in der Regel nicht hingenommen werden. Insbesondere kann diese Rechtsbeeinträchtigung nicht auf die Erwägung gestützt werden, die Wortberichterstattung bleibe auch dann möglich, wenn die Bildberichterstattung vereitelt werde. Denn es kommt nicht der Polizei gegenüber der Presse zu, zu entscheiden, welche Form der Berichterstattung erfolgen soll und welcher Art von vorbereitender Recherche es demgemäß bedarf. Verhältnismäßig ist es in einem solchen Fall daher in der Regel nicht, die durch den Journalisten beabsichtigte Photoaufnahme selbst zu verhindern, sondern nur, Vorkehrungen für die befürchtete anschließende Verletzung eines Rechtsgutes durch den Gebrauch des Bildes zu treffen. Dies kann beispielsweise dadurch geschehen, dass die Polizei ihren Rechtsstandpunkt dem Journalisten oder dem ihn beschäftigenden Presseunternehmen mitteilt und auf eine Verständigung über "ob" und "wie" der Veröffentlichung drängt. Dabei wird sich aus dem Zusammenspiel von Landespo-

*lizei- und Landespresserecht ergeben, ob ein etwaiger daran anschließender Konflikt durch den Erlass einer Polizeiverfügung mit der Möglichkeit des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes durch den Journalisten oder das Presseunternehmen ausgetragen wird oder durch die Inanspruchnahme des Rechtsschutzes vor den ordentlichen Gerichten durch die Polizei. Ein solches Vorgehen hätte vorliegend auch nahe gelegen, weil die Journalisten sich durch ihre Presseausweise gegenüber dem Einsatzleiter ausgewiesen haben und kooperationsbereit gewesen sind. Nur wenn es aus ex-ante-Sicht des polizeilichen Einsatzleiters aus zeitlichen oder anderen Gründen von vornherein keinen Erfolg verspricht, gegenüber Pressevertretern auf konsensuellem Weg die Beachtung rechtlicher Beschränkungen bezüglich der Veröffentlichung angefertigter Bildaufnahmen sicherzustellen, ist dieser befugt, durch Nutzung polizeirechtlicher Anordnungsbefugnisse bereits die Bildanfertigung zu unterbinden. Gleiches gilt, wenn aufgrund außergewöhnlicher Umstände des Einzelfalls bereits die Anfertigung von Fotos mit dem Anliegen eines wirksamen Schutzes eines in Rede stehenden Schutzgutes schlechthin unvereinbar wäre. Weder hierfür noch für eine von vornherein bestehende Aussichtslosigkeit einer konsensual erfolgenden Sicherstellung rechtlicher Veröffentlichungsbeschränkungen bietet der vorliegende Fall jedoch Anhaltspunkte."*

Es fehlt mithin auch bezüglich des Schutzguts der Funktionsfähigkeit des SEK durch Enttarnung seiner Angehörigen sowie des Schutzguts des Rechts der SEK-Beamten am eigenen Bild an einer konkreten Gefahr.

### **4.3 Verhältnismäßigkeit**

Schließlich ist die streitgegenständliche Verfügung auch unverhältnismäßig, da diese nicht erforderlich war. Es hätten mit einem Platzverweis (vgl. § 27a PolG BW) sowie einer Beschlagnahme des Datenträgers (vgl. § 33 PolG BW) mildere Mittel zur Verfügung gestanden. Soweit die Beklagte mit Blick auf die nach § 33 PolG BW im Vergleich zu

§§ 1, 3 PolG BW höheren Eingriffsvoraussetzungen dies in Zweifel zieht, stellt das Bundesverwaltungsgericht klar:

*"Der Beklagte hält eine polizeiliche Maßnahme auf einer gesetzlichen Grundlage mit qualifizierten tatbestandlichen Anforderungen nicht für ein denkbar milderes Mittel gegenüber einer Maßnahme auf einer gesetzlichen Grundlage mit einfachen tatbestandlichen Anforderungen. Dem vermag der erkennende Senat nicht zu folgen. Im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes "milder" ist nämlich nicht das Mittel mit den einfacher strukturierten Tatbestandsvoraussetzungen, sondern dasjenige mit der geringeren Eingriffsintensität. Die vorübergehende*

*Beschlagnahme eines Speichermediums greift weniger in die Pressefreiheit ein als die Verhinderung einer Photoaufnahme und somit deren Speicherung auf dem Medium."*

### 5. Zwischenergebnis

Die Klage ist begründet.

### III. Ergebnis

Die zulässige Klage ist begründet. Das Verwaltungsgericht hat daher zu Unrecht die Klage abgewiesen, was der Verwaltungsgerichtshof insofern zu Recht korrigiert hat. Die Revision des beklagten Landes gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs war daher kostenpflichtig durch das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen.

#### Hinweise:

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist unter mehreren Aspekten examensrelevant.

1. Prozessual stellt sich bei durch Zeitablauf schnell erledigenden Verwaltungsakten die Frage der statthaften Klageart. Die herrschende Meinung stellt, trotz der bewussten Offenlassung dieser Frage durch das Bundesverwaltungsgericht, bei einer Erledigung vor Klageerhebung auf § 113 I 4 VwGO analog ab. Zur weiteren Vertiefung des Problems wird auf die in der Entschei-

dung angegebene Kommentarstelle verwiesen.

2. Bei der Anwendung des materiellen Polizeirechts stellt sich zunächst die Frage der Sperrwirkung spezialgesetzlicher Normen. Dieses Problem ist beispielsweise auch geläufig im Verhältnis des Zusammenspiels von Polizeirecht und Versammlungsrecht und sollte daher in der Examensvorbereitung erfasst werden.

3. Schließlich wird bei der Anwendung der polizeilichen Generalklausel Grundlagenwissen dargestellt. Die Entscheidung zeigt aber, dass eine saubere und ordentliche Begrifflichkeit und Subsumtion notwendig ist. Dies gilt es auch in Prüfungssituationen nicht aus dem Auge zu verlieren.

*(RD Jochen Heinz)*

## **Abwehr von Geräuschimmissionen von Kinderspielflächen**

VGH BW, Urteil vom 06.03.2012 - 10 S 2428/11

- 1. Auch wenn grundsätzlich dem Anwohner ein Anspruch auf Einhaltung der von der Gemeinde festgesetzten Nutzungszeiten öffentlicher Einrichtungen zustehen kann, so gilt dies für die Abwehr von Geräuschimmissionen, die durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch von Kinderspielflächen verursacht werden, seit Inkrafttreten von § 22 Ia BImSchG nicht mehr. (amtlicher Leitsatz)**
- 2. Der Betreiber einer öffentlichen Einrichtung ist für die durch den bestimmungswidrigen Gebrauch verursachten erheblichen Belästigungen dann verantwortlich, wenn er durch die Einrichtung einen besonderen Anreiz zum Missbrauch geschaffen hat, d.h. wenn in dem bestimmungswidrigen Verhalten eine mit der Einrichtung geschaffene besondere Gefahrenlage zum Ausdruck kommt und der Fehlgebrauch sich damit bei einer wertenden Betrachtungsweise als Folge der konkreten Standortentscheidung erweist. (amtlicher Leitsatz)**

### **Sachverhalt (zu Ausbildungszwecken vereinfacht):**

Der Antragsteller wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen ausgehenden Lärm von einem im Eigentum der antragsgegnerischen Gemeinde stehenden Spielplatzes. Der Spielplatz liegt gegenüber dem Anwesen des Antragstellers in einem Wohngebiet in unmittelbarer Waldrandlage bzw. grenzt an ein Biotop an. Er ist an einer für den öffentlichen Straßenverkehr nur schwer zugänglichen Stelle positioniert. Der Spielplatz wird - neben seiner bestimmungsgemäßen Nutzung durch Kinder - regelmäßig insbe-

sondere in den Sommermonaten bis in die Nachtstunden hinein von Jugendlichen und jungen Erwachsenen als Treffpunkt und zum Feiern benutzt. Die Gemeinde hat in einer Benutzungsordnung die Benutzungszeiten des Spielplatzes festgelegt (8:00 bis 20:00 Uhr, in der Winterzeit nur bis zum Einbruch der Dunkelheit), welche in seltenen Einzelfällen aber auch von spielenden Kindern nicht eingehalten werden. Nach einer Vielzahl von erfolglosen Beschwerden des Antragstellers bei der Gemeinde hat dieser unter dezidiertem Aufzeichnung der Verstöße gegen die Benutzungsordnung um einstweiligen

Rechtsschutz nachgesucht mit dem Ziel, die Einhaltung der Benutzungsordnung durch die Antragsgegnerin sicher zu stellen.

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag abgelehnt. Auf die Beschwerde des Antragstellers hin hat der Verwaltungsgerichtshof den Beschluss des Verwaltungsgerichts geändert und der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung aufgegeben, die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um die nicht bestimmungsgemäße Nutzung (Missbrauch) des Spielplatzes durch Jugendliche und Erwachsene zu unterbinden.

## Wesentliche Entscheidungsgründe

### I. Zulässigkeit des Antrags

#### 1. Statthafte Antragsart

Ausgehend von der Abgrenzungsnorm des § 123 V VwGO ist für die Prüfung der statthafte Antragsart auf die statthafte Klageart in der Hauptsache abzustellen. Im Falle einer Anfechtungsklage richtet sich der einstweilige Rechtsschutz grundsätzlich nach § 80 V VwGO, bei allen anderen Klagearten grundsätzlich nach § 123 VwGO. Der Antragsteller begehrt hier ein schlichthoheitliches Handeln, welches in der Hauptsache mit der allgemeinen Leistungsklage zu verfolgen ist, so dass sich der einstweilige Rechtsschutz nach § 123

VwGO richtet. Konkret begehrt er die Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis, so dass statthafte Antragsart eine Regelungsanordnung nach § 123 I 2 VwGO ist.

#### 2. Zwischenergebnis

Der Antrag ist zulässig.

### II. Begründetheit des Antrags

Der Verwaltungsgerichtshof stellt in seinem Beschluss zunächst abstrakt die Anforderungen einer einstweiligen Anordnung dar. Er führt aus:

*„Nach § 123 Absatz 1 Satz 2 VwGO kann eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis ergehen, wenn diese Regelung nötig erscheint, um u.a. wesentliche Nachteile abzuwehren. Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Absatz 1 VwGO ist, dass sowohl ein Anordnungsgrund als auch ein Anordnungsanspruch vorliegen (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO). Deren tatsächliche Voraussetzungen müssen zwar nicht zur Überzeugung des Gerichts feststehen, aber hinreichend wahrscheinlich („glaubhaft“) sein (§ 123 Absatz 3 VwGO i.V.m. § 920 Absatz 2 ZPO). Ein Anordnungsgrund besteht, wenn eine vorläufige gerichtliche Entscheidung erforderlich ist, weil ein Ver-*

*weis auf das Hauptsacheverfahren aus besonderen Gründen unzumutbar ist. Ein Anordnungsanspruch liegt vor, wenn der Antragsteller in der Hauptsache bei summarischer Prüfung voraussichtlich Erfolg haben wird. Welche Anforderungen an die Erfolgsaussichten zu stellen sind, hängt maßgeblich von der Schwere der dem Antragsteller drohenden Nachteilen und ihrer Irreversibilität, aber auch davon ab, inwieweit durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung die Hauptsache vorweggenommen wird. Wird durch die begehrte Maßnahme die Entscheidung in der Hauptsache insgesamt endgültig und irreversibel vorweggenommen, kann die einstweilige Anordnung nur erlassen werden, wenn ein Anordnungsanspruch mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegt und für den Fall, dass die einstweilige Anordnung nicht ergeht, dem Antragsteller schwere und unzumutbare Nachteile entstünden. Dieser besonders strenge Maßstab ist hingegen abzumildern, wenn die begehrte Rechtsposition nur für den Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung eingeräumt werden soll, weil sie faktisch nicht mehr rückgängig zu machen ist, während über diesen Zeitpunkt hinaus keine vollendeten Tatsachen geschaffen werden und die Rechtsstellung insoweit nur vorläufig gewährt wird. In diesem Fall können schon überwiegende Erfolgsaussichten in der Hauptsache genügen und die befürchteten wesentlichen Nachteile müssen nicht*

*als schlechterdings unzumutbar eingestuft werden. Ist eine überwiegende Erfolgsaussicht hingegen nicht feststellbar, kann eine Regelungsanordnung nur ergehen, wenn dem Betroffenen andernfalls schwere und irreversible Nachteile, insbesondere existenzielle Gefahren für Leben und Gesundheit drohen.“*

### **1. Anordnungsanspruch**

Der Antragsteller besitzt einen Anordnungsanspruch auf Basis des öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs (öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch). Dessen dogmatische Herleitung erfolgt unterschiedlich (analoge Anwendung der §§ 1004, 906 BGB oder aufgrund eines grundrechtlichen Anspruchs aus Artikel 2 II 1 GG und Artikel 14 I 1 GG). Jedenfalls ist dieser Anspruch mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkannt.

Ein Nachbar kann u.a. Geräusche, welche die Benutzung seines Grundstücks nicht nur unwesentlich beeinträchtigen, abwehren. Als Maßstab dafür, ob Geräuschimmissionen wesentlich und deshalb nicht zu dulden sind, ist § 22 I i.V.m. § 3 I BImSchG heranzuziehen. Nach den Regelungen des § 22 I Nr.1 BImSchG sind nicht genehmigungsbedürftige Anlagen, zu denen der hier streitgegenständliche Kinderspielplatz als sonstige ortsfeste Einrichtung im Sinne des § 3 V Nr.1 BImSchG zählt, so zu errichten und zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen ver-

hindert werden, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind. § 3 I BImSchG definiert schädliche Umwelteinwirkungen als Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen. Bezüglich des von Kinderspielplätzen ausgehenden Lärms ist jedoch § 22 Ia BImSchG zu beachten.

Der Verwaltungsgerichtshof führt zu dieser Vorschrift aus:

*„Dieser vom Gesetzgeber für die Beurteilung der Erheblichkeit von Kinderlärm nunmehr ausdrücklich normierte Maßstab war nach der herrschenden Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte und des Bundesverwaltungsgerichts schon bisher maßgeblich. Ob Immissionen als schädlich anzusehen sind, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab. Die Schädlichkeit lässt sich nicht nach einem festen und einheitlichen Maßstab für jegliche Art von Geräuschen bestimmen und ist weitgehend der tatrichterlichen Wertung im Einzelfall vorbehalten. Insofern ist eine umfassende situationsbezogene Abwägung aller Umstände des Einzelfalles und ein Ausgleich widerstrebender Interessen vorzunehmen. Dabei sind die Wirkungen der Immissionen für die Betroffenen zu berücksichtigen. Die tatrichterliche Bewertung der Zumutbarkeit richtet sich danach ausschließlich nach*

*den jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles, insbesondere nach der durch die Gebietsart und die tatsächlichen Verhältnisse bestimmten Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit. Zu berücksichtigen sind dabei wertende Elemente wie allgemeine Akzeptanz und soziale Adäquanz. Diese Umstände müssen im Sinne einer „Güterabwägung“ in eine wertende Gesamtbetrachtung einfließen. Mit Blick auf die Zumutbarkeit der von Kinderspielplätzen im Rahmen ihrer bestimmungsgemäßen Nutzung ausgehenden Geräuschemissionen ist in die vorzunehmende wertende Gesamtbetrachtung vor allem einzustellen, dass Kinderspielplätze in einem reinen und erst recht in einem allgemeinen Wohngebiet grundsätzlich bauplanungsrechtlich zulässig sind. Der - unvermeidbare - Lärm spielender Kinder stellt regelmäßig keine immissionsschutzrechtlich relevante Störung dar, so dass auch und gerade ein in einem Wohngebiet oder in der Nähe eines Wohngebietes angelegter Kinderspielplatz im Rahmen seiner bestimmungsgemäßen Nutzung unter Anwendung eines großzügigen Maßstabs von den Nachbarn grundsätzlich als sozialadäquat hinzunehmen ist. Diese in der Rechtsprechung schon bisher angewendeten Beurteilungskriterien hat der Gesetzgeber mit § 22 Absatz 1a BImSchG normativ festgeschrieben.“*

In der nun folgenden Subsumtion differenziert der Verwaltungsgerichtshof

einerseits zwischen dem bestimmungsgemäßen Betrieb des Kinderspielplatzes, als auch dessen Benutzung durch Kinder außerhalb der von der Antragsgegnerin festgelegten Öffnungszeiten, sowie andererseits der missbräuchlichen Nutzung des Spielplatzes durch Jugendliche und junge Erwachsene.

### **1.1 Bestimmungsgemäße Nutzung des Spielplatzes**

Soweit die - im Übrigen verhältnismäßige - Benutzungsordnung durch spielende Kinder eingehalten wird, hat der Antragsteller eine Unterlassung nicht begehrt. Dem Antragsteller steht aber auch kein öffentlich-rechtlicher Abwehranspruch gegen Geräuschimmissionen zu, die aus der Nutzung des Spielplatzes durch Kinder außerhalb der von der Gemeinde festgesetzten Öffnungszeiten resultieren.

Der Verwaltungsgerichtshof führt hierzu aus:

*„Zwar handelt es sich bei dem Spielplatz der Antragsgegnerin um eine öffentliche Einrichtung (§ 10 Absatz 2 GemO), die durch Zurverfügungstellung für jedermann schlicht hoheitlich betrieben wird; die bestimmungsgemäße Nutzung des Spielplatzes bestimmt sich dabei nach dem Widmungszweck. Die Antragsgegnerin hat aufgrund ihrer Benutzungsordnung feste Benutzungszeiten geregelt und für den streitgegenständlichen Spiel-*

*platz bestimmt, dass eine Nutzung nur innerhalb der Zeit von 08:00 bis 20:00 Uhr (in der Winterzeit nur bis zum Einbruch der Dunkelheit) zulässig sein soll. Dem Antragsteller steht jedoch kein subjektiv-rechtlicher Anspruch auf Einhaltung der von der Gemeinde festgelegten Nutzungszeiten zu. Dahingestellt kann in diesem Zusammenhang bleiben, ob die Gemeinde die von ihr festgesetzten Öffnungszeiten des Spielplatzes überhaupt mit drittschützender Wirkung zugunsten der Anwohner ausgestaltet hat. Auch wenn von einer drittschützenden Wirkung dieser Festsetzungen ausgegangen wird, kann der Antragsteller nicht die Unterbindung der Nutzung des Spielplatzes durch Kinder außerhalb der Öffnungszeiten verlangen. Die frühere Rechtsprechung des erkennenden Gerichtshofs, nach der dem Anwohner ein Anspruch auf Einhaltung der von der Gemeinde festgesetzten Nutzungszeiten öffentlicher Einrichtungen zustehen kann, ist auf die hier in Rede stehende Abwehr von Geräuschimmissionen, die durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch von Kinderspielplätzen verursacht werden, seit Inkrafttreten von § 22 Absatz 1a BImSchG nicht mehr anwendbar. Denn die Bestimmung des § 22 Absatz 1a BImSchG steht der schematischen Heranziehung statischer Regelungen zur Beurteilung der Zumutbarkeit von Geräuschimmissionen, die von Kinderspielplätzen und ähnlichen Einrichtungen ausgehen, entgegen. Dieses Er-*

gebnis lässt sich einer systematischen Auslegung von § 22 Absatz 1a BImSchG sowie der Gesetzesbegründung entnehmen. § 22 Absatz 1a Satz 2 BImSchG verbietet die Heranziehung von Immissionsgrenz- und -richtwerten bei der Beurteilung von Geräuscheinwirkungen, die von Kindertageseinrichtungen, Kinderspielplätzen und ähnlichen Einrichtungen durch Kinder hervorgerufen werden. Dadurch soll gewährleistet werden, dass für die Beurteilung der Zumutbarkeit solcher Immissionen jeweils eine Entscheidung im Einzelfall zu treffen ist, bei der die besonderen Umstände des Einzelfalls berücksichtigt und die widerstreitenden Interessen abgewogen werden. Diesem Ziel stünde es entgegen, wenn ein Träger einer öffentlichen Einrichtung durch die Festlegung von Benutzungsregeln einen eigenen Zumutbarkeitsmaßstab begründen könnte. Dadurch würde eine Abkehr von der vom Gesetzgeber ausdrücklich gewünschten Einzelfallbetrachtung hin zu einer schematischen Beurteilung der Geräuschemissionen bewirkt, bei der lediglich die Benutzungsordnung und der Verstoß hiergegen zu prüfen wären. Einzelfallgesichtspunkte, wie z.B. die örtliche Bebauungssituation, die Tageszeit, die gesundheitliche Verfassung der betroffenen Nachbarn usw. blieben außer Betracht. Einer derartig schematischen Betrachtung steht jedoch der Wille des Gesetzgebers entgegen. Dieser hat zur Begründung des § 22 Absatz 1a BImSchG ausgeführt:

*„Geräusche spielender Kinder sind Ausdruck der kindlichen Entwicklung und Entfaltung und daher grundsätzlich zumutbar. Abwehransprüche sollen auf seltene Einzelfälle beschränkt bleiben. (...) Durch die neue Regelung wird ein Beurteilungsmaßstab in das geltende Lärmschutzrecht eingefügt, der eine größere Toleranz zur Beurteilung des Kinderlärms einfordert und im verwaltungsbehördlichen Vollzug einer Heranziehung der TA-Lärm, der 18. BImSchV oder der LAI-Freizeitlärmrichtlinie entgegen steht“.*

Darüber hinaus stellt § 22 Absatz 1a BImSchG nach dem Willen des Gesetzgebers eine Privilegierungsregelung grundsätzlicher Art dar, die auch auf das sonstige Immissionsschutzrecht und über das zivile Nachbarschaftsrecht hinaus Wirkung entfaltet, soweit dies für die Bewertung von Kinderlärm relevant ist. Mit § 22 Absatz 1a BImSchG hat der Gesetzgeber im Übrigen normiert, was bereits das beschließende Gericht und die anderen Oberverwaltungsgerichte als gefestigte Rechtsprechung zum Beurteilungsmaßstab von Kinderlärm zugrunde gelegt haben, nämlich dass die von wohnortnah gelegenen Spielplätzen ausgehenden Lärmeinwirkungen regelmäßig als ortsübliche, sozialadäquate Lebensäußerungen der Kinder hinzunehmen sind, hinter die das Ruhebedürfnis Erwachsener zurücktreten muss. Der Gesetzgeber fordert dabei bei der Beurtei-

lung der Zumutbarkeit der Lärmimmissionen eine strikte Einzelfallbetrachtung. Entscheidend ist, ob sich Kindertageseinrichtungen und Kinderspielplätze nach Art und Größe sowie Ausstattung in Wohngebiete und die vorhandene Bebauung einfügen; in einem solchen Regelfall liegen nach dem Willen des Gesetzgebers die von den Einrichtungen hervorgerufenen Geräuscheinwirkungen durch spielende Kinder im Rahmen des Üblichen und sind nicht geeignet, eine erhebliche Belästigung für die Nachbarschaft und damit eine schädliche Umwelteinwirkung im Sinne des § 3 Absatz 1 BImSchG darzustellen. Zu Recht weist der Antragsteller zwar darauf hin, dass dadurch ein öffentlich-rechtlicher Abwehranspruch gegen von Kinderspielplätzen ausgehende Geräuschemissionen nach dem Willen des Gesetzgebers nicht schlechterdings ausgeschlossen wird. Hierzu wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt:

*„Eine auch dem Drittschutz betroffener Nachbarn verpflichtete Regelung muss vielmehr für besondere Fallsituationen eine Prüfung im Einzelfall ermöglichen, in dem selbst bei Zugrundelegung eines weiten Maßstabs noch erhebliche Benachteiligungen oder erhebliche Belästigungen angenommen werden können. Diese Prüfung bleibt mit der neuen Regelung, die nur für den Regelfall gilt, eröffnet. Ein vom Regelfall abweichender Sonderfall liegt im Hinblick auf die Be-*

*lange des Schutzes vor Geräuscheinwirkungen, die von Kindertageseinrichtungen und Kinderspielplätzen hervorgerufen werden, allerdings nur vor, wenn besondere Umstände gegeben sind, z.B. die Einrichtungen in unmittelbarer Nachbarschaft zu sensiblen Nutzungen wie Krankenhäusern und Pflegeanstalten gelegen sind, oder sich die Einrichtungen nach Art und Größe sowie Ausstattung in Wohngebiete und die vorhandene Bebauung nicht einfügen‘.*

*Dem letztgenannten Absatz der Gesetzesbegründung lässt sich zugleich entnehmen, welche schutzwürdigen Interessen ein betroffener Nachbar zur Abwehr von Geräuschemissionen von Kinderspielplätzen geltend machen kann. Eine solche vom Regelfall abweichende Sondersituation liegt hier jedoch jedenfalls nach summarischer Prüfung nicht vor.“*

### **1.2 Missbräuchliche Nutzung des Spielplatzes**

Dem Antragsteller steht jedoch ein öffentlich-rechtlicher Abwehranspruch gegen die Geräuschemissionen zu, die aus der missbräuchlichen Nutzung des Spielplatzes durch Jugendliche und junge Erwachsene resultieren.

Hierzu der Verwaltungsgerichtshof:

*„Jedenfalls bei summarischer Prüfung spricht entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts vieles dafür, dass*

sich die Antragsgegnerin diese Immissionen als Betreiberin des Spielplatzes auch zurechnen lassen muss. Dem Betreiber einer solchen Anlage ist zunächst das an Auswirkungen zuzurechnen, was durch ihre Funktion als Spielplatz bedingt wird. Er muss sich darüber hinaus aber bei Hinzutreten besonderer Umstände auch die durch zweckfremde Nutzungen verursachten Beeinträchtigungen zurechnen lassen. Für eine Zurechnung zweckfremder Nutzungen reicht es dabei freilich nicht aus, dass die Anlage nur „geeignet“ ist, missbräuchlich genutzt zu werden. Öffentlichen Kinderspielplätzen ist wie öffentlichen Grünanlagen dabei die Gefahr nicht bestimmungsgemäßer Nutzung im Grundsatz immanent; die Gefahr gelegentlicher Missbräuche ist daher unvermeidbar. Störungen solcher Art sind grundsätzlich polizeirechtlich oder ordnungsrechtlich zu beseitigen. Der Betreiber einer öffentlichen Einrichtung oder nicht genehmigungsbedürftigen Anlage ist ausnahmsweise für die durch den bestimmungswidrigen Gebrauch verursachten erheblichen Belästigungen dann verantwortlich, wenn er durch die Einrichtung einen besonderen Anreiz zum Missbrauch geschaffen hat, d.h. wenn in dem bestimmungswidrigen Verhalten eine mit der Einrichtung geschaffene besondere Gefahrenlage zum Ausdruck kommt und der Fehlgebrauch sich damit bei einer wertenden Betrachtungsweise als Folge der konkreten Standortentschei-

dung erweist bzw. als Folge des Betriebs der Einrichtung anzusehen ist, wenn er mithin eine Einrichtung geschaffen hat, bei der ein Missbrauch durch einen nicht zugelassenen Personenkreis wie auch in der Art der Benutzung wahrscheinlich ist. Gemessen hieran ist jedenfalls bei summarischer Betrachtung auch der mit erheblichen Lärmimmissionen einhergehende missbräuchliche Gebrauch des Spielplatzes durch Jugendliche oder junge Erwachsene in den Abendstunden der Antragsgegnerin zurechenbar. Dieser Missbrauch ist nämlich nicht nur Folge der jedem Spielplatz immanenten Gefahrenlage, von Jugendlichen gelegentlich als Treffpunkt benutzt zu werden. Wie zwischen den Beteiligten nicht streitig ist, liegt der Spielplatz unmittelbar in Waldrandlage bzw. grenzt an ein Biotop an und ist wiederum an einer für den öffentlichen (Straßen-) Verkehr nur schwer zugänglichen Stelle positioniert. Regelmäßig müssen Besucher des Spielplatzes daher nur mit eingeschränktem Anliegerverkehr rechnen, der nachts erfahrungsgemäß nahezu zum Erliegen kommen dürfte. Dieser Umstand bedingt zwar auf der einen Seite einen unabwiesbaren Vorteil für die Zielgruppe des Spielplatzes, da die dort spielenden Kinder vor Gefährdungen durch den Straßenverkehr weitgehend geschützt sind. Auf der anderen Seite bietet diese Lage im Vergleich zu anderen Spielplätzen jedoch einen besonderen Anreiz für Jugendliche, die sich von Passanten unbe-

*obachtet und unkontrolliert treffen wollen. Ferner hat der Antragsteller im erstinstanzlichen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes geltend und durch eidesstattliche Versicherungen glaubhaft gemacht, dass in der Vergangenheit wiederholt Jugendliche die Möglichkeit zur Flucht in den Wald vor herannahenden Kontrollen genutzt hätten.“*

## **2. Anordnungsgrund**

Soweit sich der Antragsteller gegen die missbräuchliche Nutzung des Spielplatzes durch Jugendliche und junge Erwachsene wendet, steht ihm ein Anordnungsgrund zu.

Der Verwaltungsgerichtshof begründet dies wie folgt:

*„Dem Antragsteller ist es nicht zuzumuten, die davon ausgehenden Lärmimmissionen bis zur Hauptsacheentscheidung weiter zu dulden. Dabei kann offen bleiben, ob die Lärmimmissionen insoweit einen gesundheitsgefährlichen Grad erreicht haben. Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen, hier durch Geräusche, ist nach § 22 Absatz 1 i.V.m. § 3 Absatz 1 BImSchG nicht erst dann zu gewähren, wenn eine konkrete Gesundheitsgefahr eintritt, sondern schon wenn erhebliche Belästigungen auftreten. Zumindest letzteres ist hier höchstwahrscheinlich der Fall. Wegen der nur zeitlich begrenzten Vorwegnahme der Hauptsache sind vorliegend keine höhe-*

*ren Anforderungen zu stellen. Auch steht einem Anordnungsgrund nicht entgegen, dass der Antragsteller gegen die von ihm als unzumutbar betrachteten Lärmimmissionen nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch genommen hat. Denn der Antragsteller ist insoweit nicht untätig geblieben, sondern hat sich regelmäßig an die Gemeinde mit der Bitte um Abhilfe gewandt.“*

## **3. Hinreichende Glaubhaftmachung**

Der Antragsteller hat hinreichend glaubhaft gemacht, dass der Spielplatz tatsächlich bis in die Nachtstunden hinein nicht nur gelegentlich missbräuchlich von Jugendlichen und jungen Erwachsenen als Treffpunkt und zum Feiern genutzt wird.

Dazu der Verwaltungsgerichtshof:

*„Der Antragsteller hat detaillierte Aufstellungen vorgelegt, welche die Häufigkeit und Dauer der missbräuchlichen Nutzung dokumentieren. Dem dürfte nicht entgegenstehen, dass bei den von Bediensteten der Antragsgegnerin durchgeführten Kontrollen derartige Missbrauchssituationen nicht aufgetreten sind. Dies dürfte zwanglos damit zu erklären sein, dass die Antragsgegnerin den Spielplatz zumindest in den Abendstunden nicht systematisch und engmaschig kontrolliert hat, sondern lediglich stichprobenartige Kontrollen durch Ge-*

*meindebedienstete hat vornehmen lassen, wenn diese in der Nähe waren. Auch hat der Antragsteller durch seine eidesstattlichen Versicherungen hinreichend glaubhaft gemacht, dass diese Geräuschimmissionen aus der missbräuchlichen Nutzung des Spielplatzes in qualitativer Hinsicht die Schwelle des Zumutbaren überschreiten. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin ist in diesem Zusammenhang unerheblich, dass der Antragsteller keine gerichtsverwertbaren Lärmmessungen durchführen ließ. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes dürfen die Anforderungen an die Glaubhaftmachung nicht überspannt werden, so dass von einem Antragsteller regelmäßig nicht erwartet werden kann, auf eigene Kosten gerichtlich verwertbare Lärmmessungen durch einen vereidigten Sachverständigen durchführen zu lassen. Vielmehr muss eine weitere Sachverhaltsaufklärung dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.“*

#### **4. Keine Vorwegnahme der Hauptsache**

Grundsätzlich darf mit dem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die Hauptsache nicht vorweggenommen werden. Die vorläufige Anordnung, die notwendigen Vorkehrungen zur Unterbindung der missbräuchlichen Nutzung des Spielplatzes zu treffen, wirkt nur für den Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung und schafft über diesen Zeit-

punkt hinaus keine vollendeten Tatsachen. Die Entscheidung in der Hauptsache wird nicht endgültig und irreversibel vorweggenommen.

#### **5. Zwischenergebnis**

Der Antrag ist begründet.

#### **III. Ergebnis**

Der zulässige Antrag ist begründet. Bei der Anwendung des dem Gericht nach § 123 III VwGO i.V.m. § 938 I ZPO eröffneten Ermessens war die aus dem Sachverhalt ersichtliche einstweilige Regelung zu treffen. Das Gericht hat insbesondere davon abgesehen, der Antragsgegnerin genauere Vorgaben hinsichtlich der durchzuführenden Maßnahmen vorzuschreiben, da der Antragsgegnerin insoweit ein Auswahlermessen zukommt.

#### **Hinweis:**

Mit dem öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch widmet sich der Verwaltungsgerichtshof einer ungeschriebenen Anspruchsgrundlage. Die Beherrschung solcher ungeschriebenen Anspruchsgrundlagen (z.B. auch Folgenbeseitigungsanspruch, öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch etc.) ist für eine umfassende Examensvorbereitung unerlässlich.

*(RD Jochen Heinz)*