

HERAUSGEBER

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

Vereinsvorstand:

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

BEIRAT

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

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

AUS DEM INHALT

BEITRAG

Sebastian Brüggemann
Anonymität im Internet

KLAUSUREN

Joachim Renzikowski
Strafrecht: „Auri sacra fames“

Dominik Skauradszun
Zivilrecht: „Unsere Frauen können alles: Hochdeutsch und Management.“ Die neuen Zielgrößen im GmbH-Recht

Philipp Kauffmann/Christian F. Majer/Andreas Heidrich
Strafrecht: „Eine verhängnisvolle Urlaubsfahrt“

RECHTSPRECHUNG

BGH
Fahrgemeinschaft als Gefälligkeitsverhältnis

BAG
Außerordentliche Kündigung – Äußerungen über einen Repräsentanten des Arbeitgebers im Wahlkampf

BVerfG
Verfassungskonforme Auslegung des Geldwäschetatbestandes bei Honorarannahme durch Strafverteidiger

VGH Baden-Württemberg
Zumutbarkeit des von einem Bolzplatz ausgehenden Lärms

INHALTSVERZEICHNIS

Beiträge	Sebastian Brüggemann Anonymität im Internet	Seite ▶ 302
Klausuren	Joachim Renzikowski Original-Examensklausur Strafrecht: „Auri sacra fames“	Seite ▶ 309
	Dominik Skauradszun Schwerpunktbereichsklausur Zivilrecht: „Unsere Frauen können alles: Hochdeutsch und Management.“ Die neuen Zielgrößen im GmbH-Recht	Seite ▶ 317
	Philipp Kauffmann/Christian F. Majer/ Andreas Heidrich Schwerpunktbereichsklausur Strafrecht: „Eine verhängnisvolle Urlaubsfahrt“	Seite ▶ 322
Rechtsprechung Zivilrecht	BGH Fahrgemeinschaft als Gefälligkeitsverhältnis Urteil vom 23.07.2015 (<i>Julius Forschner</i>)	Seite ▶ 334
	BGH Abwehranspruch gegen Verschattung eines Grundstücks Urteil vom 10.07.2015 (<i>Julius Forschner</i>)	Seite ▶ 336
	BAG Außerordentliche Kündigung – Äußerungen über einen Repräsentanten des Arbeitgebers im Wahlkampf Urteil vom 18.12.2014 (<i>Nikolaus Polzer</i>)	Seite ▶ 338
Rechtsprechung Strafrecht	BVerfG Verfassungskonforme Auslegung des Geldwäschetatbestandes bei Honorarannahme durch Strafverteidiger (§ 261 Abs. 1 StGB) Beschluss vom 28.06.2015 (<i>Sascha Sebastian</i>)	Seite ▶ 344
Rechtsprechung Öffentliches Recht	VGH Baden-Württemberg Zumutbarkeit des von einem Bolzplatz ausgehenden Lärms Urteil vom 23.05.2014 (<i>Andreas Wax/Nikolas Winter</i>)	Seite ▶ 350

EDITORIAL

In Anbetracht der Flüchtlingssituation haben „Hetzkommentare“ in sozialen Medien erheblich zugenommen. Die Gründe hierfür mögen vielfältig sein, doch trägt das Gefühl von Anonymität im virtuellen Raum sicher seinen Teil bei. Zahlreiche Ermittlungsmaßnahmen und erste Verurteilungen, haben jedoch gezeigt, dass diese Anonymität durchaus Grenzen kennt. Es drängt sich mithin die Frage auf, ob und inwieweit der oder die Einzelne, im Falle von Betätigung im virtuellen Raum, ein subjektives Recht darauf hat, die eigene Identität nicht preisgeben zu müssen und wo die Grenzen eines solchen Rechts liegen (müssten). Aufgrund der Aktualität und gesellschaftlichen Bedeutung der Thematik, befasst sich der **Beitrag** von *Brüggemann* daher mit Recht und Realität bei Fragen der Anonymität im Internet.

Der didaktische Teil des Heftes ist in dieser Ausgabe besonders gewinnbringend. Das liegt zunächst an einer Original-Examensklausur von *Renzikowski*, welche sich primär mit dem strafrechtlichen Schutz von Eigentum und Vermögen befasst. Es folgen zwei **Klausuren** aus dem Bereich des Schwerpunkstudiums. Die Ausarbeitung von *Skauradszun* befasst sich mit der gesellschaftspolitisch heiß diskutierten Frage der Umsetzung von „Frauenquoten“ in Unternehmen, während *Kauffmann, Majer* und *Heidrich* in ihrer Fallbearbeitung einige Fragen des in der Praxis so wichtigen Rechts der Ordnungswidrigkeiten nachgehen.

Bei den **Urteilen** werden wie gewohnt zahlreiche examensrelevante Konstellationen in den Blick genommen. Im bürgerlichen Recht geht es um die Fragen, inwiefern eine Fahrgemeinschaft ein Gefälligkeitsverhältnis ist und ob es einen Abwehranspruch gegen Verschattung eines Grundstücks gibt (beides *Forschner*). Im Arbeitsrecht geht das BAG der Frage nach, inwiefern Äußerungen über einen Repräsentanten des Arbeitgebers im Wahlkampf eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen (*Polzer*). Im Strafrecht gibt es die Fortsetzung eines „Klassikers“, nämlich der Frage, ob sich ein Strafverteidiger bei der Honorarannahme wegen Geldwäsche strafbar machen kann (*Sebastian*). Im Öffentlichen Recht geht es schließlich um das Recht des Immissions-schutzes, namentlich die Frage, inwieweit der von einem Bolzplatz ausgehende Lärm noch zumutbar ist (*Wax/Winter*).

Prof. Dr. Christian F. Majer
Schriftleiter

Dipl.-Jur. Sascha Sebastian
Stellvertretender Schriftleiter

BEITRAG

Dr. Sebastian Brüggemann, M.A.*

Anonymität im Internet

„*On the Internet, nobody knows you're a dog*“, lautete im Juli 1993 eine Bildunterschrift des Karikaturisten Peter Steiner, erschienen im Magazin „*The New Yorker*“.¹ Die Karikatur zeigt einen Hund, der vor einem Computer sitzt und dabei mit einem anderen Hund spricht. Was dem damaligen Zeitgeist entsprach und eine öffentliche Diskussion über Privatsphäre und Anonymität im Internet auslöste, ist heute noch genauso zutreffend, gilt aber nur noch eingeschränkt. Während die meisten Internetnutzer nach wie vor nicht wissen, mit wem sie gerade über das Internet kommunizieren,² haben sie gleichwohl das Gefühl, bei der Nutzung mancher Webangebote regelrecht durchleuchtet zu werden. Wenn wir als Nutzer so gläsern sind, warum fordern Strafverfolgungsbehörden und Politik dann seit Jahren weitreichende Registrierungspflichten und einen Klarnamenzwang im Internet, während Suchmaschinenbetreiber und soziale Netzwerke alles über uns zu wissen scheinen? Die Frage, ob es sich bei der IP-Adresse um ein personenbezogenes Datum handelt, liegt derzeit dem EuGH zur Entscheidung vor.³ Können wir uns wirklich anonym und damit frei im virtuellen Raum bewegen, und haben wir nicht gar das Recht dazu?

I. Anspruch

Die Anonymität des einzelnen Nutzers gilt als ein sprichwörtliches „Charakteristikum“ des Internets,⁴ und tatsächlich weiß der einzelne Nutzer oftmals nicht, mit wem er gerade kommuniziert oder Informationen austauscht. Während Politik und Strafverfolgungsbehörden die Anonymität des Internets als Hindernis bei der Aufklärung von Straftaten anprangern und umso vehementer die Wiedereinführung der Vorratsdatenspeicherung fordern, umso mehr scheinen Unternehmen wie Facebook oder Google über ihre Nutzer und deren Surfgehnheiten zu wissen. Spätestens jenen Nutzern, die für die Nutzung illegaler Tauschbörsen (sog. Peer-to-Peer-Filesharing) abgemahnt wurden, dürfte schmerzlich bewusst geworden sein, dass bestimmte Formen der Internetkommunikation alles andere als anonym sind. Der Grad der Anonymität, mit der wir uns im Internet bewegen, ist somit relativ in Abhängigkeit von den technischen und rechtlichen Möglichkeiten unseres Ge-

genüßers sowie unserem eigenen Verhalten zu bestimmen. Abgesehen vom Falle der freiwilligen Offenbarung, bspw. bei der Registrierung in Online-Shops oder sozialen Netzwerken, stellt sich die Frage, wie weit der rechtliche Schutz der Anonymität im Internet reicht.

1. Recht auf Anonymität

Grundsätzlich gilt: „*Der Diensteanbieter hat die Nutzung von Telemedien und ihre Bezahlung anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist*“ (§ 13 Abs. 6 S. 1 TMG). Die Regelung ist Ausfluss des grundrechtlich geschützten Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) in seiner Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, welches durch das Gebot der Datenvermeidung (§ 3a BDSG) weiter konkretisiert wird.⁵ Dieses Recht gilt jedoch nicht uneingeschränkt.

a) Anwendungsbereich des TMG

Eine Einschränkung ergibt sich bereits aus dem Anwendungsbereich des Telemediengesetzes: Die Verpflichtung betrifft nur Anbieter von Telemediendiensten (§ 2 Abs. 1 TMG), auch wenn es sich bei der Mehrzahl der verfügbaren Internetdienste um solche handelt. Entsprechend der Negativdefinition des § 1 Abs. 1 TMG gelten sämtliche Informations- und Kommunikationsdienste als Telemedien i. S. d. Telemediengesetzes, soweit es sich nicht um Telekommunikationsdienste i. S. d. § 3 Nr. 24 TKG handelt, deren Tätigkeit ausschließlich oder überwiegend in der Übertragung von Signalen besteht (hier greift das Fernmeldegeheimnis Art. 10 GG, § 88 TKG). Internetzugangsanbieter (Accessprovider) wie bspw. die Telefon- und Kabelnetzbetreiber sind in erster Linie Telekommunikationsdienste, zugleich aber auch Telemedienanbieter, etwa wenn es um den Betrieb ihrer Unternehmenswebseite oder anderer Angebote inhaltlicher Art (Musik-Streaming, Video-on-Demand etc.) geht.

b) Anonymität und Pseudonymität

Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus dem Wortlaut der Norm, der neben der Möglichkeit der anonymen Nutzung auch eine solche unter einem Pseudonym genügen lässt. Im Gegensatz zur Anonymität (§ 3 Abs. 6 BDSG), bei der eine Identifizierung des Nutzers ausgeschlossen ist, werden bei der Pseudonymisierung (§ 3 Abs. 6a BDSG) lediglich personenbezogene Identifikationsmerkmale verfremdet oder durch solche Identifikationsmerkmale ersetzt, die keinen direkten Personenbezug aufweisen. Im Falle der Pseudonymität lässt sich der Nutzer auch zu einem späteren Zeitpunkt noch identifizieren.

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter für Internetrecht an der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen.

¹ Vgl. <http://www.nytimes.com/2000/12/14/technology/14DOGG.html?pagewanted=1&ei=5070&en=f0518aafecf36fd&ex=1183089600> [Stand: 12.6.2015].

² Die Wahrscheinlichkeit, dass es sich bei dem Gegenüber um einen Hund handelt, dürfte ausgesprochen gering sein; gleichwohl kann man beim Online-Dating sicherlich so manche Überraschung erleben.

³ Vgl. BGH, Beschl. v. 28.10.2014 – VI ZR 135/13, BeckRS 2014, 20158, mit dem der BGH die Frage, ob es sich bei IP-Adressen um personenbezogene Daten handele, dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt hat.

⁴ So Pichler, in Hoeren/Sieber/Holznapel (Hrsg.): Handbuch Multimedia-Recht, München, 2015, Teil 25, Rn. 8; ähnlich OLG Hamm, Beschl. v. 3.8.2011 – 3 U 196/10, BeckRS 2011, 23166.

⁵ Weichert, in Kilian/Heussen (Hrsg.): Computerrechts-Handbuch, München, 2008, Kap. 13, Rn. 41 f.; Spindler/Nink, in Spindler/Schuster (Hrsg.): Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl., München, 2015, § 13 TMG, Rn. 21.

c) Reichweite des Rechts auf Anonymität

Der Anspruch auf eine anonyme bzw. pseudonyme Nutzung von Telemediendiensten besteht lediglich gegenüber dem jeweiligen Anbieter, wirkt aber auch im Verhältnis zu anderen Nutzern.⁶ Dies gilt jedoch nur für die Nutzung des eigentlichen Dienstes, nicht jedoch für ein mittels dessen begründetes Vertragsverhältnis, bspw. den Abschluss eines Kaufvertrags mit dem Betreiber eines Online-Shops⁷, wie sich aus dem Wortlaut der Norm („Nutzung von Telemedien“) ergibt. Andernfalls lägen ohnehin nicht alle für den Vertragsschluss erforderlichen Informationen (*essentialia negotii*) vor, so dass ein wirksamer Vertrag nicht zustande käme.⁸ Die Erhebung von Bestandsdaten (u. a. Name, Anschrift, E-Mail-Adresse) des Nutzers zum Zwecke der Vertragsabwicklung wird zudem durch § 14 TMG ausdrücklich gestattet. Zur Begründung eines Vertragsverhältnisses kann daher sowohl im Online-Shop als auch gegenüber den Betreibern sozialer Netzwerke die Angabe des Namens vonnöten sein,⁹ wohingegen ein Klarnamenzwang bei der Nutzung des Dienstes, etwa im eigenen Profil, wie von Facebook vorgesehen, gegen § 13 Abs. 6 TMG verstößt.¹⁰ Die Angabe des Namens im Innenverhältnis zum Diensteanbieter erlangt für den Diensteanbieter vor allem dann Bedeutung, wenn er als Störer für rechtsverletzendes Verhalten seiner Nutzer vom Verletzten in Anspruch genommen wird, bspw. für beleidigende Nutzerkommentare in einem Forum.¹¹ Das Recht auf Anonymität aus § 13 Abs. 6 TMG steht somit im Spannungsverhältnis zur Störerhaftung des Telemediendienstes und begründet für diesen, je nach Gefahreneigtheit, ein mitunter unzumutbares Haftungsrisiko.

2. Einschränkungen und Ausnahmen

Wie schon die der Norm zugrundeliegenden Grundrechte wird auch das Recht auf Anonymität im Internet nicht schrankenlos gewährt. Dies geht bereits aus § 13 Abs. 6 TMG selbst hervor, der eine anonyme oder pseudonyme Nutzungsmöglichkeit von Telemedienangeboten nur dann fordert, wenn dies (1) „*technisch möglich*“ und (2) „*rechtlich zumutbar*“ ist.

Im Hinblick auf die rechtliche Zumutbarkeit ist vor allem die Art des Dienstes und dessen Gefahreneigtheit im Hinblick auf eine mögliche Verletzung von Rechten Dritter maßgeblich. Gegenüber dem Betreiber eines Forums erfährt das Recht auf Anonymität eine grundrechtliche Bereichsverstärkung durch die Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) – ein Umstand, der bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer anonymen Nutzungsmöglichkeit mit in die Abwägung einfließt. Das Haftungsrisiko des Forenbetreibers selbst ist in solchen Fällen eher gering, sofern er im Falle der Inanspruchnahme den entsprechenden Eintrag beseitigt. Eine Verpflichtung, möglichen

Wiederholungsfällen vorzubeugen, dürfte dabei regelmäßig am Verbot proaktiver Überwachungsmaßnahmen (§ 7 Abs. 2 TMG) scheitern. So erachtet bspw. das OLG Hamm die anonyme Nutzung als für das Internet typisch und verneinte den Anspruch eines Arztes über die Offenlegung der Nutzeridentität gegenüber dem Betreiber eines Ärztebewertungsportals aufgrund eines kritischen Kommentareintrags.¹² Das Gericht verweist dabei auf die „*spickmich*“-Entscheidung des BGH, der einer verpflichtenden Identitätsangabe durch Furcht vor Repressalien eine „*Gefahr der Selbstzensur*“ beimisst.¹³ Anders sieht es die Rechtsprechung dagegen bei eher gefahreneigten Diensten wie bspw. den sog. Sharehostern, über die häufig rechtswidrig urheberrechtlich geschützte Inhalte von Nutzern zum Download angeboten würden, weshalb eine anonyme Nutzung regelmäßig unzumutbar sei,¹⁴ was ein erhöhtes Haftungsrisiko für den Anbieter begründet.

3. Zusammenfassung

Das vermeintliche Recht auf Anonymität des § 13 Abs. 6 TMG verschafft dem Nutzer keinen direkten Anspruch gegenüber den Anbietern von Telemediendiensten, sondern nimmt diese lediglich in die Pflicht, ohne sie gleichwohl über die Maße zu beanspruchen. So fließen in die Zumutbarkeitsabwägung neben dem aus der Anonymität der Nutzer erwachsenden Haftungsrisiko auch noch weitere Kriterien mit ein. Die Grenze des Zumutbaren kann also auch bereits dann überschritten sein, wenn der Anbieter des Telemediendienstes zur Refinanzierung seines Angebots auf zielgruppen- oder personenbezogene Werbung setzt oder anderweitig wirtschaftlich von der Auswertung der Nutzerdaten profitiert. Zwar bedarf es hierfür nach wie vor eines entsprechenden Erlaubnistatbestands, die sich jedoch recht zahlreich in den §§ 14, 15 TMG finden. An die Stelle der anonymen Nutzungsmöglichkeit treten dann entsprechende Informationspflichten zum Umgang mit den personenbezogenen Daten der Nutzer (Datenschutzerklärung). Diese Pflicht ergibt sich bereits aus § 13 Abs. 1 TMG. Die Informationspflicht des § 13 Abs. 6 TMG erfasst dagegen nur die Aufklärung über die Möglichkeit, ob und ggf. wie das Telemedienangebot anonym oder unter Verwendung eines Pseudonyms genutzt werden kann. Verfügt der Telemedienanbieter über die zur Identifikation des Nutzers notwendigen Daten, kann er in bestimmten gesetzlich geregelten Fällen auch zur Auskunft hierüber verpflichtet werden.

II. Wirklichkeit

Die Anonymität des Internets – ein Mythos? Während wir uns in der analogen Realität weitestgehend anonym bewegen und selbst viele alltägliche Aktivitäten und damit verbundene Rechtsgeschäfte anonym abwickeln können, ist dies im Internet nur selten der Fall. Jede Form der elektronischen Kommunikation hinterlässt Spuren, die sich weitestgehend dem Kontrollbereich des Nutzers entziehen. Es ist daher stets nur eine Frage des Aufwands und der Ressourcen, die jemand bereit ist dafür aufzuwenden, einen anderen Internetnutzer zu identifizieren.

⁶ Schnabel/Freund, CR 2010, 718, 720; Spindler/Nink (FN 5), § 13 TMG, Rn. 22.

⁷ Härting, NJW 2013, 2065, 2067; Spindler/Nink (FN 5), § 13 TMG, Rn. 22.

⁸ Spindler/Nink (FN 5), § 13 TMG, Rn. 22; a.A. Zierbarth, ZD 2013, 375, 377.

⁹ Hullen/Roggenkamp, in Plath (Hrsg.): BDSG Kommentar, Köln, 2013, § 13 TMG, Rn. 42; Spindler/Nink (FN 5), § 13 TMG, Rn. 22; vgl. auch ULD, ZD-Aktuell 2012, 03311; ähnlich Richter, MMR 2014, 517, 519.

¹⁰ OLG Hamburg, BeckRS 2008, 20404; Härting, NJW 2013, 2065, 2067; Spindler/Nink (FN 5), § 13 TMG, Rn. 22; a. A. Schnabel/Freund, CR 2010, 718, 719 f.

¹¹ OLG Hamburg, BeckRS 2008, 20404; OLG Düsseldorf, MMR 2006, 618, 620; Spindler/Nink (FN 5), § 13 TMG, Rn. 22.

¹² OLG Hamm, Beschl. v. 3.8.2011 – 3 U 196/10, BeckRS 2011, 23166.

¹³ BGH, Urt. v. 23.6.2009 – VI ZR 196/08, ZUM 2009, 753, 758; OLG Hamm, Beschl. v. 3.8.2011 – 3 U 196/10, BeckRS 2011, 23166; Ballhausen/Roggenkamp, K&R 2008, 403, 406.

¹⁴ OLG Hamburg, MMR 2010, 51, 54.

1. IP-Adresse als personenbezogenes Datum

Die Frage, ob es sich bei (dynamischen) IP-Adressen zusammen mit der Information des Abrufzeitpunkts um personenbezogene Daten handelt oder nicht, ist seit Jahren in Rechtsprechung und Schrifttum heftig umstritten.¹⁵ Der BGH hat diese Frage nun mit Beschluss vom 24.10.2014 dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt.¹⁶ Ein Datum gilt dann als personenbezogen, wenn es Einzelangaben über die persönlichen oder sachlichen Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person enthält (§ 3 BDSG).

IP-Adressen sind etwas komplexer als analoge Telefonnummern oder die Postanschrift,¹⁷ erfüllen aber grundsätzlich den gleichen Zweck. Sie ermöglichen die Zustellung von Datenpaketen und damit die Internetkommunikation zwischen den einzelnen Teilnehmern und Telemedien. Ihre Vergabe erfolgt i. d. R. dynamisch. Jeder Accessprovider verfügt über einen Pool von IP-Adressen, aus denen heraus er seinem Kunden (Nutzern) immer dann eine zuweist, wenn dieser online geht. Nach spätestens 24 Stunden erhält der Nutzer eine neue IP-Adresse zugewiesen. Viele Unternehmen und Telemedienanbieter verfügen dagegen über eine oder mehrere statische IP-Adressen, die ihnen fest zugewiesen sind, was die Wiedererkennung vereinfacht und damit die Erreichbarkeit des Angebots verbessert. Auch Privatkunden können diese Option grundsätzlich nutzen.

In dem Verfahren, das durch die Instanzen bis hinauf zum BGH ging, hatte ein Nutzer die Bundesrepublik Deutschland verklagt, es künftig zu unterlassen, die IP-Adressen von Besuchern der Webseiten des Bundes nebst Zeitpunkt und Dauer sowie der aufgerufenen Inhalte oder eingegebenen Suchbegriffe über das Ende der Verbindung hinaus zu speichern.¹⁸ Während der Accessprovider mit der Kenntnis der IP-Adresse und dem Zugriffszeitpunkt seinen Kunden und damit den Inhaber des jeweiligen Internetanschlusses identifizieren kann, ist dies dem Webseitenbetreiber (Telemediendienst) nicht ohne weiteres möglich. Der EuGH hat nun zu entscheiden, ob die IP-Adresse auch für den Webseitenbetreiber auch dann ein personenbezogenes Datum darstellt, wenn ein Dritter (Accessprovider) über das zur Identifizierung notwendige Zusatzwissen verfügt (absoluter Personenbezug),¹⁹ oder ob es sich für ihn gerade nicht um ein personenbezogenes Datum handelt, weil er zur Identifizierung auf das Zusatzwissen Dritter angewiesen ist (relativer Personenbezug).²⁰

¹⁵ Alich/Voigt, CR 2012, 344, 346.

¹⁶ BGH, Beschl. v. 24.10.2014 – VI ZR 135/13.

¹⁷ IP-Adressen der Version 4 (IPv4) bestehen aus vier Zahlen zwischen 0 und 255 und sind bereits erschöpft, weshalb seit einigen Jahren bereits mit der Umstellung auf die Protokollversion 6 (IPv6) begonnen wurde.

¹⁸ BGH, Beschl. v. 24.10.2014 – VI ZR 135/13, Rn. 2 f.

¹⁹ So bisher LG Berlin, Urt. v. 6.9.2007 – 23 S 3/07, MMR 2007, 799, 800; AG Berlin-Mitte, Urt. v. 27.03.2007 – 5 C 314/06, Rn. 14; VG Wiesbaden, Beschl. v. 27.02.2009 – 6 K 1045/08.WI, Rn. 39; Schaar, Datenschutz im Internet, München, 2002, Rn. 174; Pahlen-Brandt, DuD 2008, 37, 37 ff.; dies., K&R 2008, 288, 291; Weichert, VuR 2009, 323, 325; Karg, MMR-Aktuell 2011, 315811.

²⁰ So LG Berlin, Urt. v. 31.1.2013 – 57 S 87/08, mit Anm. Mantz, ZD 2013, 625 ff.; Arning/Forgó/Krügler, DuD 2006, 704, 704 ff.; Ernst/Spoenle, CR 2007, 439, 441; Bär, MMR 2008, 632, 635; Meyerdierks, MMR 2009, 8, 13; Sachs, CR 2010, 547; Eckhardt, CR 2011, 339, 339 ff.; Karg, MMR 2011, 345; Krüger/Maucher, MMR 2011, 433.

Legt man die relative Theorie zugrunde, ist eine Betrachtung des jeweiligen Einzelfalls geboten. Ausgehend von den jeweiligen Möglichkeiten muss es dem Webseitenbetreiber, ggf. unter Rückgriff auf Informationen Dritter, ohne unverhältnismäßig großen Aufwand möglich sein, den Nutzer bzw. den Anschlussinhaber zu identifizieren.²¹ Für die meisten Webseitenbetreiber stellt die IP-Adresse somit kein personenbezogenes Datum dar, da die Accessprovider nur bei Vorliegen eines gesetzlichen Erlaubnistatbestands dazu berechtigt sind, über die Identität des hinter einer bestimmten IP-Adresse stehenden Anschlussinhabers Auskunft zu erteilen, andernfalls machten sie sich nach § 206 StGB strafbar. Zu den Erlaubnisvorschriften zählen u. a. die Auskunftsansprüche der Strafverfolgungsbehörden nach § 100j StPO sowie die zivilrechtlichen Auskunftsansprüche im Zusammenhang mit der Verletzung von Urheber- und gewerblichen Schutzrechten (§ 101 UrhG, § 19 MarkenG). Hierunter fallen auch die Filesharingfälle.

Damit kommt es also in der Praxis vor allem darauf an, über welches Zusatzwissen der Webseitenbetreiber in Bezug auf seine Nutzer verfügt. Registriert sich der Nutzer, um im Online Shop einzukaufen, oder gibt er seine personenbezogenen Daten im Rahmen des Anmeldeprozesses eines sozialen Netzwerks ein, weisen alle vom Betreiber erhobenen und gespeicherten Daten einen Personenbezug auf. Neben der Anmeldung bzw. Registrierung verfügen die meisten Webseitenbetreiber jedoch über eine Vielzahl weiterer Möglichkeiten, Informationen über ihre Nutzer zu erheben. In einigen Fällen funktioniert dies sogar, wenn sich die Nutzer überhaupt nicht auf der Seite des Betreibers befinden, bspw. durch die Kooperation mit webseitenübergreifenden Werbenetzwerken oder durch den Einsatz von Social Plugins (bspw. Facebook Like Button, Google +). Aufgrund der regionalen Vergabemechanismen können Webseitenbetreiber anhand der IP-Adresse i. d. R. jedoch erkennen, aus welcher Region der jeweilige Benutzer stammt (Geolokation). Auf diese Weise optimieren Suchmaschinenbetreiber bspw. ihre Suchergebnisse, wenn es um lokale Freizeitgestaltungs- und Einkaufsmöglichkeiten geht, oder blenden entsprechende Werbung ein.

2. Webtracking

Webseitenbetreiber verfügen über ein vielfältiges Arsenal an technischen Möglichkeiten, Informationen über das (Surf-)Verhalten der Nutzer zu sammeln, die unter dem Begriff des „(Web-)Tracking“ zusammengefasst werden und nicht selten zu Werbezwecken Verwendung finden.²² Hierzu zählen u. a. das IP-Tracking, das Browser-/Device-Fingerprinting sowie Social Media und sonstige Plugins. Zu den gängigsten Methoden zählt dabei nach wie vor der Einsatz von Cookies.²³

²¹ Eckhardt, K&R 2007, 602, 603; Sankol, K&R 2008, 469, 470; Meyerdierks, MMR 2009, 8, 10; Hoeren, ZD 2011, 3, 4; Wegener/Heidrich, CR 2011, 479, 483.

²² Ausführlich zum Einsatz von Webtracking-Technologien zu Zwecken verhaltensbezogener Werbung (Online Behavioural Advertising), Zeidler/Brüggemann, CR 2014, 248 ff.

²³ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2010 zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting v. 22.6.2010, S. 6; Alich/Voigt, CR 2012, 344, 344.

a) Einsatz von Cookies

Der Begriff „Cookie“ ist weit zu verstehen, so dass auch ähnliche Tracking-Technologien hierunter fallen.²⁴ Es wird zwischen client- und serverbasierten Lösungen unterschieden. Bei ersteren erfolgt die Datenerhebung über eine Textdatei (.txt), die auf dem PC des Nutzers abgelegt wird und in der Informationen über das Surfverhalten beim Aufruf von Webseiten und deren Nutzung protokolliert und beim nächsten Besuch an den Webseitenbetreiber oder den Betreiber eines Werbenetzwerkes (je nachdem wer den Cookie gesetzt hat und kontrolliert) übermittelt werden.²⁵ Bei serverbasierten Lösungen hat der Betreiber des Werbenetzwerkes regelmäßig auch Zugang zu den Daten des Webseitenbetreibers. In der Praxis findet i. d. R. eine parallele Anwendung statt. Zu den Informationen, die standardmäßig ausgelesen werden, gehören u. a. der verwendete Internetbrowser, die IP-Adresse, mitunter aber auch Präferenzen oder gar Passwörter. Cookies werden zudem häufig von Webseitenbetreibern eingesetzt, um Nutzer wiederzuerkennen und bspw. beim Aufruf der Seite persönlich zu begrüßen oder ihnen vermeintlich interessante Angebote zu präsentieren. Ferner lassen sich Cookies sowohl nach ihrer Lebensdauer als auch dem Programm unterscheiden, an das sie andocken. Sog. „Session Cookies“ werden beim Schließen des Internetbrowsers gelöscht, wohingegen sog. „Persistent Cookies“ dauerhaft auf dem PC des Nutzers verbleiben und nur von diesem selbst gelöscht werden können. Dies kann freilich auch über die Voreinstellungen des Internetbrowsers erfolgen. Während herkömmliche Cookies üblicherweise an den Internetbrowser andocken, nutzen andere Cookies andere Programme und sind deshalb häufig deutlich schwieriger zu unterbinden oder zu löschen, da sie nicht von den üblichen Browserfunktionen erfasst werden.²⁶ Hierzu zählen bspw. die sog. „Flash-Cookies“, die an den weit verbreiteten „Flash-Player“ von Adobe anknüpfen, der von vielen Webseiten zur Wiedergabe von Videos, aber auch für die eigentliche Darstellung der Webseite genutzt wird.

Die 2009 in Kraft getretene ePrivacy-Richtlinie (2009/136/EG),²⁷ die entsprechend ihres Hauptregelungszwecks auch „Cookie-Richtlinie“ genannt wird, sollte für europaweit einheitliche rechtliche Standards beim Einsatz von Cookies sorgen. Sie wurde in Deutschland bisher nicht umgesetzt, da umstritten ist, ob die derzeit geltende Rechtslage nicht bereits die Anforderungen der Richtlinie erfüllt und für eine Umsetzung damit schlicht kein Bedarf mehr besteht.²⁸ Alternativ solle Art. 5 Abs.

3 EK-DSRL (2002/58/EG) in der Fassung der ePrivacy-Richtlinie direkt Anwendung finden.²⁹

§ 13 Abs. 1 S. 2 TMG verpflichtet Webseitenbetreiber, die personenbezogene Daten ihrer Nutzer erheben und verarbeiten, diese zuvor hierüber zu informieren.³⁰ Diese Verpflichtung erfüllt i. d. R. die auf der Webseite vorgehaltene Datenschutzerklärung. Kommt der Webseitenbetreiber dem nach, darf er gem. § 15 Abs. 3 TMG zu Zwecken der Werbung, Marktforschung oder der bedarfsgerechten Gestaltung des Dienstes pseudonyme Nutzerprofile erstellen, sofern er den Nutzer auf sein Widerspruchsrecht hingewiesen hat und dieser hiervon bisher keinen Gebrauch gemacht hat (Opt-Out).

Nach den Regelungen der ePrivacy-Richtlinie ist dagegen ein Opt-In, also die (aktive) Einwilligung des Nutzers, erforderlich.³¹ Deren Wirksamkeitsvoraussetzungen sind hingegen nicht klar umrissen. So genügt Erwägungsgrund 66 der ePrivacy-Richtlinie zufolge eine entsprechende Einstellung des Internetbrowsers („Do Not Track Funktion“) oder anderer Programme, bspw. die Verwendung eines Adblockers.³² In der Praxis sind viele Webseitenbetreiber und andere Telemedien-dienste dazu übergegangen, das „Do Not Track“ Signal zu ignorieren,³³ und Softwareangebote zur Umgehung von Adblockern haben Hochkonjunktur.

b) Browser-/Device-Fingerprinting

Beim Browser-Fingerprinting werden die standardisiert im Rahmen der Internetkommunikation vom Browser übermittelten Informationen erhoben, gespeichert und ausgewertet.³⁴ Neben Art und Version des Browsers, den installierten Plugins und (Sicherheits-)Einstellungen gehören hierzu auch Informationen über die verwendete Hardware (Treiber/Endgerät), die Mac-Adresse, das Betriebssystem einschließlich Spracheinstellungen, Schriftarten, Uhrzeit, Zeitzone und Bildschirmauflösung. Diese Informationen werden grundsätzlich übermittelt, um etwa die optimale Darstellung der Webseite auf dem jeweiligen System oder Endgerät (Device) zu ermöglichen. Dieselben Informationen, die sich zur Optimierung der Darstellung einer Webseite beim Aufruf von einem Smartphone (kleines Display) nutzen lassen, können u. a. auch dazu dienen, andere (i. d. R. höhere) Preise anzuzeigen, da dem Nutzer unterwegs die Vergleichsmöglichkeiten fehlen, oder eben auch zur Wiedererkennung und Profilbildung. Paradoxe Weise gilt hier, je besser und individueller der eigene Browser eingestellt ist, desto eher lässt er sich anhand des Datenmusters (Fingerprint) identifizieren. Untersuchungen zufolge sind ca. 93 % aller Browser-Fingerprints einzigartig.³⁵ Rechtlich betrachtet sind sie nicht anders zu handhaben als Cookies (s. o.).

²⁴ Thürauf, ZD 2011, 24, 25.

²⁵ Steidle/Pordesch, DuD 2008, 324, 324.

²⁶ Vgl. Schröder, ZD 2011, 59, 60.

²⁷ Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz.

²⁸ Vgl. Schneider, EU-Kommission: Cookie-Richtlinie ist in Deutschland umgesetzt, Telemedicus v. 5.2.2014, <https://www.telemedicus.info/article/2716-EU-Kommission-Cookie-Richtlinie-ist-in-Deutschland-umgesetzt.html> [Stand: 16.8.2015]; ders., Die Stellungnahme der Bundesregierung zur Cookie-Richtlinie, Telemedicus v. 11.2.2014, <http://www.telemedicus.info/article/2722-Die-Stellungnahme-der-Bundesregierung-zur-Cookie-Richtlinie.html> [Stand: 16.8.2015].

²⁹ Polenz, VuR 2012, 207, 212 f.; Moos, K&R 2012, 635, 638.

³⁰ Moos, K&R 2012, 635.

³¹ Vgl. Art. 5 Abs. 3 Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (2002/58/EG) in seiner durch die ePrivacy-Richtlinie geänderten Fassung. ³² Alvaro, Cookies Prior Consent Not Required, Privacy & Security Law Report v. 25.10.2010, S. 1, 3.

³³ Ausführlich hierzu Brüggemann, juris AZO ITR 2014, Heft 16, Anm. 3.

³⁴ Ausführlich Alich/Voigt, CR 2012, 344 ff.

³⁵ Tillmann, Browser Fingerprinting: Tracking ohne Spuren zu hinterlassen, Berlin 2013, S. 103, <http://bfp.henning-tillmann.de/downloads/Henning%20Tillmann%20-%20Browser%20Fingerprinting.pdf> [Stand: 16.8.2015].

c) Social Media Plugins

Die sog. Social Media Plugins werden von den Anbietern des jeweiligen sozialen Netzwerks bereitgestellt und von den Betreibern in ihre Webseiten als iFrames integriert. Dabei werden bestimmte Funktionen einer fremden Webseite (z. B. eines sozialen Netzwerks) in die eigene Webseite eingebunden, so dass der Nutzer stets zwei oder mehrere Telemedienangebote zugleich aufruft. Ein entsprechender Hinweis hierauf findet sich üblicherweise in der jeweiligen Datenschutzerklärung. Derlei Funktionen finden häufig auch bei der Einbindung von Werbeflächen Anwendung. Die Verwendung dieser Funktion hat zur Folge, dass die über die zuvor genannten Tracking-Methoden erhobenen Daten nicht nur an den Betreiber der Webseite gesendet werden, sondern auch stets an das jeweilige soziale Netzwerk, unabhängig davon, ob man den Like-Button betätigt oder nicht. Auf diese Weise lässt sich das Surfverhalten des Nutzers über mehrere Webseiten und einen längeren Zeitraum hinweg verfolgen. Rechtlich betrachtet gelten für sie die gleichen Anforderungen wie für Cookies (s. o.).

d) Zusammenfassung

Die vorgenannten Tracking-Technologien gehören zu den verbreitetsten, die Aufzählung ist aber keineswegs abschließend. Sie verdeutlicht dagegen sehr genau, wie viel Informationen einzelne Telemediendienste über ihre Nutzer sammeln und auswerten. Dies gilt insbesondere für webseitenübergreifend agierende Werbe- oder soziale Netzwerke. Insbesondere letztere verfügen zudem über weitaus mehr Informationen, nämlich jene, die wir als Nutzer Ihnen freiwillig anvertrauen, die sie aus unserem virtuellen sozialen Umfeld und unserem Kommunikationsverhalten gewinnen. Wie gläsern wir uns machen, bestimmen wir oftmals durch unser Nutzungsverhalten selbst.

3. Möglichkeiten staatlicher Überwachung

Vom gläsernen Nutzer bzw. Konsumenten geht es nahtlos über zum gläsernen Bürger. Staatlichen Organisationen stehen bei der Überwachung grundsätzlich ähnliche technische Möglichkeiten zur Verfügung. Sie verfügen jedoch über weitaus mehr Befugnisse etwa in Bezug auf Auskunftersuchen und Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung (§§ 100 ff. StPO) sowie über gesetzliche Möglichkeiten, Anbieter von Anonymisierungsdiensten oder verschlüsselten Kommunikationsdiensten zur Herausgabe der Schlüssel bzw. der Einrichtung einer Schnittstelle zum automatischen Datenabruf zu verpflichten (§ 110 TKG i. V. m. den Regeln der Telekommunikationsüberwachungsverordnung (TKÜV)). Die geplante Wiedereinführung der Vorratsdatenspeicherung lässt dagegen aktuell auf sich warten, wohingegen die heimliche Onlinedurchsuchung strengen rechtlichen Anforderungen unterliegt³⁶ und die Beweiseignung der gefundenen Ergebnisse aufgrund der umfangreichen und umfassenden technischen Zugriffsrechte, die der Einsatz entsprechender Spionagesoftware erfordert, mehr als zweifelhaft ist. Weitere

spezialgesetzliche Erlaubnisnormen betreffen die Tätigkeit der deutschen Nachrichtendienste.³⁷

III. Anonymität durch Technik

Das Verschleiern der eigenen Datenspuren im Internet ist trotz der vielfältigen technischen Möglichkeiten kein einfaches Unterfangen. Während es ein leichtes ist, einen webgestützten Anonymisierungsdienst zu nutzen, der die eigenen Suchanfragen oder Webseitenaufrufe über eine gesicherte VPN-Verbindung (Virtual Private Network) weiterleitet und damit die eigene IP-Adresse verschleiert,³⁸ hilft diese Methode nicht gegen den Einsatz anderer Webtracking-Methoden wie Cookies, Browser-Fingerprinting oder Social Media Plugins.

Zentral agierende Anonymisierungsdienste mit mehr als 10.000 Kunden unterfallen zudem dem Anwendungsbereich der Telekommunikationsüberwachungsverordnung (TKÜV) und sind gem. § 100 TKG i. V. m. § 3 Abs. 2 Nr. 5 TKÜV dazu verpflichtet, den Behörden eine Schnittstelle für den automatisierten Zugriff auf die Kommunikation ihrer Kunden bereitzustellen – unverschlüsselt, versteht sich. Hier bieten auf Peer-to-Peer (P2P) Technologie basierende Projekte wie der Anonymisierungsdienst TOR (The Onion Router) mehr Sicherheit. Die P2P-Struktur, bei der jedermann seinen eigenen TOR-Server (Knoten) betreiben kann, bietet jedoch auch genügend Angriffsfläche für eine Unterwanderung des Netzwerks.

Der Betrieb eines TOR-Servers ist zudem mit gewissen rechtlichen Risiken verbunden. Auch wenn derartige hybride Dienste grundsätzlich der Haftungsprivilegierung der §§ 7 ff. TMG unterliegen, haftet der Betreiber im Falle einer über seinen Knoten begangenen Rechtsverletzung zumindest auf Beseitigung und Unterlassung. Die Haftungsprivilegierung des TMG gilt allerdings nach derzeit h. M. nur für kommerzielle Dienste,³⁹ so dass insbesondere private Anbieter Gefahr laufen, auch finanziell für Rechtsverletzungen Dritter zur Rechenschaft gezogen zu werden. Weitaus gravierender als die zivilrechtlichen Fragen der Störerhaftung dürfte allerdings die Gefahr wiegen, ins Visier der Strafverfolgungsbehörden zu geraten.

Im Falle der übrigen der oben genannten Tracking-Methoden ist Abhilfe weitaus einfacher möglich und rechtlich mit weniger Risiken behaftet. Oftmals genügt hier bereits das Abschalten bestimmter Browserfunktionen und Plugins, die Aktivierung der Do-Not-Track-Funktion sowie die Regeln zum Umgang mit Cookies.⁴⁰ Einige Freeware-Tools wie bspw. Ghostery⁴¹ ermöglicht zudem ein schnelles und übersichtliches Ein- und Ausschalten bestimmter Plugins und Funktionen, was oftmals hilfreich ist, da viele Webseiten und Telemediendienste bestimmte Funktionen für die fehlerfreie Darstellung oder das Funktionieren ihres Dienstes voraussetzen. Die Kehrseite ist,

³⁷ Ausführlich zu den Kompetenzen und der Tätigkeit der deutschen Nachrichtendienste Brüggenmann, JSE 2014, 362 ff.

³⁸ Bspw. <https://www.hidemyass.com/de/>.

³⁹ Ausführlich Rau/Behrens K&R 2009, 766, 768.

⁴⁰ Ausführlich zu den verschiedenen Tracking-Methoden, Zeidler/Brüggenmann CR 2014, 248 ff.

⁴¹ <https://www.ghostery.com/de/>.

³⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, MMR 2008, 315.

dass derartige Modifikationen die Erfolgchancen des Browser-Fingerprintings erhöhen.⁴²

IV. Fazit

Die Aussage „On the Internet, nobody knows you're a dog“ ist auch nach über 20 Jahren nach wie vor gültig, bezieht sich heutzutage allerdings umso mehr auf das Verhältnis der einzelnen Nutzer untereinander. Während die meisten also nach wie vor nicht wissen, wer unter einem bestimmten Pseudonym chattet oder Beiträge und Kommentare in Blogs und Foren postet, wissen Webseitenbetreiber und andere Telemediendienste häufig deutlich mehr über den einzelnen Nutzer. Dieses Wissen gründet aber nur zum Teil auf dem, zugegeben weit verbreiteten, Einsatz von Tracking-Technologien. Einen nicht unerheblichen Anteil hieran haben wir als Nutzer selbst, durch unser alltägliches und oftmals allzu sorgloses Kommunikations- und Surfverhalten. Dies lässt sich jedoch nicht durch strengere gesetzliche Regelungen vermeiden, sondern nur durch ein ausgeprägtes Risikobewusstsein und ein gewisses Maß an Selbstdisziplin.

► Inhaltsverzeichnis

⁴² Vgl. *Zeidler/Brüggemann*, Die Zukunft personalisierter Werbung im Internet, CR 2014, 248 ff.



KÖPFE

GESUCHT

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

Thümmel, Schütze & Partner
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

KLAUSUR - STRAFRECHT

Prof. Dr. Joachim Renzikowski*

„Auri sacra fames“ Original-Examensklausur

Vorbemerkung

Die schönsten Fälle schreibt das Leben. Na ja, vielleicht stimmt dieser Satz nicht immer, aber folgender Klausursachverhalt ist aus einem Fall entstanden, den das AG Reutlingen – Zivilrichter – vor inzwischen vielleicht schon fast zwanzig Jahren verhandelt hat. Überflüssig ist der Hinweis, dass die Namen natürlich nicht stimmen. Freilich wurde damals noch in DM abgerechnet. Auch Z und N wurden erst nachträglich eingefügt, aber so viel (literarische) Freiheit muss sein.

Sachverhalt

Der Juwelier Gottfried Goldig (G) schuldet dem Malermeister Kuno Kleckser (K) noch 5.000 € aus einem Werkvertrag. Über diese Forderung ist beim Amtsgericht Halle ein Rechtsstreit anhängig, in dem G die Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung in gleicher Höhe wegen Schlechterfüllung erklärt hat. Aufgrund von Gerüchten befürchtet K, dass G alsbald in Zahlungsunfähigkeit fallen und er dann seine Forderung abschreiben könnte.

Deshalb überredet K seine Schwiegertochter Sabrina (S), ihm von G Schmuck in Höhe der Werklohnforderung zu beschaffen. Obwohl der S die Sache nicht geheuer ist, besucht sie aus familiärer Verbundenheit zu K den Juwelierladen des G und bittet ihn um eine Perlenkette zur Ansicht. Vor einer Kaufentscheidung wolle sie die Kette erst ihrem Verlobten zeigen. Falls sie ihm gefalle, werde sie den Kaufpreis in Höhe von 5.000 € bezahlen. Anderenfalls werde sie die Kette wieder zurückbringen. G erliegt den Reizen der attraktiven S und lässt sich auf diesen Vorschlag ein. S eilt mit dem Schmuck nach Hause und händigt ihn unverzüglich dem K aus. In dessen weitere Pläne ist S nicht eingeweiht.

Am nächsten Tag bringt K den Schmuck zu seinem Freund, dem Bankangestellten Zacharias Zähler (Z), und bittet ihn, nachdem er ihm die ganze Geschichte erzählt hat, die Perlenkette vorübergehend für ihn zu verwahren, bis er entweder sein Geld erhalten oder einen Abnehmer für den Schmuck gefunden hat. Z hält das Verhalten des G für eine „Sauerei“ und kommt der Bitte nach, weil er – anders als K selbst – glaubt, man müsse von Rechts wegen mit säumigen Schuldnern so umgehen dürfen. Mit Bestimmtheit weiß Z das jedoch nicht.

* Der Verfasser ist Inhaber der Professur für Strafrecht, Rechtsphilosophie/Rechtstheorie an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Die Klausur wurde im Land Sachsen-Anhalt im ersten Staatsexamen gestellt.

Wieder einen Tag später erhält G folgenden Brief:

„Lieber Herr Goldig,

da Sie mir immer noch 5.000 € für meine Malerarbeiten schulden, habe ich mir über meine Schwiegertochter eine Perlenkette im selben Wert besorgen lassen. Vermissen Sie schon etwas? Dieses Faustpfand ruht in einem nur mir bekannten Banksafe. Sollten Sie Ihre ausstehenden Schulden begleichen, erhalten Sie Ihr Eigentum umgehend zurück. Anderenfalls wäre ich gezwungen, mir anderweitig mein Geld zu verschaffen.

In freudiger Erwartung Ihrer Zahlung verbleibe ich für heute Ihr sehr ergebener

Kuno Kleckser

PS: Sie werden doch nicht so kleinlich sein und zur Polizei gehen.“

Während K von dem Gelingen seines Planes überzeugt ist, wendet sich G umgehend an das Amtsgericht Reutlingen, um mit einer einstweiligen Verfügung die Herausgabe der Perlenkette zu erreichen. Amtsrichter Friedemann Friedensreich (F), der die Klage von K und die Aufrechnung von G zu bearbeiten hat, sieht eine günstige Gelegenheit, den gesamten Streit ein für alle Mal aus der Welt zu schaffen. Deshalb beraumt er einen mündlichen Termin an, in dem er den K mit sanftem Druck („Sonst lege ich die Akten halt der Staatsanwaltschaft vor.“) dazu bringt, seine Klage gegen G für erledigt zu erklären. Da G ebenfalls in dem vor Gericht geschlossenen Vergleich der Erledigung zustimmt sowie den Verzicht darauf erklärt, wegen der Perlenkette eine Strafanzeige zu erstatten, ziehen alle Beteiligten friedlich von dannen, nachdem auch der Schmuck dem Eigentümer zurückgegeben wurde. Nur Rechtsreferendar P. Nibel ist empört: Rechtfertigt das Interesse an einem guten Pensenschlüssel die Verfahrenserledigung um jeden Preis, selbst um den Preis der Instrumentalisierung des staatlichen Strafanspruchs?

Aufgabe:

Wie haben sich K, S und Z strafbar gemacht? Ist das Verhalten des F im mündlichen Termin strafrechtlich zu beanstanden?

Gliederung**Erster Tatkomplex: Die Beschaffung der Perlenkette****A) Strafbarkeit der S**

I. Wegen § 263 StGB
(Betrug)

1. Objektiver Tatbestand
2. Subjektiver Tatbestand
3. Rechtswidrigkeit und Schuld
4. Strafzumessung

II. Wegen § 246 Abs. 2 StGB
(Unterschlagung durch Übergabe des Schmuckes an K)
III. Wegen § 123 StGB
(Hausfriedensbruch)

B) Strafbarkeit des K

I. Wegen §§ 263, 26 StGB
(Anstiftung zum Betrug)

1. Objektiver Tatbestand:
2. Subjektiver Tatbestand:
3. Rechtswidrigkeit
4. Schuld

II. Wegen § 259 StGB
(Hehlerei durch Entgegennahme der Perlenkette)
III. Wegen § 246 StGB
(Unterschlagung durch Entgegennahme der Perlenkette)

C) Strafbarkeit des Z

I. Wegen § 259 StGB
(Hehlerei)
II. Wegen § 257 StGB
(Begünstigung)

1. Objektiver Tatbestand
2. Subjektiver Tatbestand
3. Rechtswidrigkeit

Zweiter Tatkomplex: Der Brief**A) Strafbarkeit des K**

I. Wegen §§ 253, 22 StGB
(Versuchte Erpressung)

1. Vorprüfung
2. Subjektiver Tatbestand

II. Wegen §§ 240, 22 StGB
(Versuchte Nötigung)

1. Vorprüfung
2. Subjektiver Tatbestand
3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB
4. Rechtswidrigkeit

III. Wegen § 246 StGB
(Unterschlagung)

B) Strafbarkeit des Z wegen §§ 240, 22, 27 StGB

- I. Objektiver Tatbestand
- II. Subjektiver Tatbestand
- III. Rechtswidrigkeit
- IV. Schuld

C) Strafbarkeit der S wegen §§ 240, 22, 27 StGB**Dritter Tatkomplex: Der mündliche Termin****A) Strafbarkeit des F wegen §§ 258a, 13, 22 StGB**

I. Objektiver Tatbestand
II. Subjektiver Tatbestand

B) Strafbarkeit des F wegen § 240 StGB

I. Objektiver Tatbestand
II. Subjektiver Tatbestand
III. Rechtswidrigkeit

Lösungshinweise

Erster Tatkomplex: Die Beschaffung der Perlenkette

A) Strafbarkeit der S

I. Wegen § 263 StGB (Betrug)

1. Objektiver Tatbestand

S hat den G getäuscht, indem sie ihm ihren in Wirklichkeit nicht bestehenden Willen, die Perlenkette entweder zu bezahlen oder zurückzubringen, vorspiegelte. Dabei handelt es sich nicht etwa um eine für § 263 StGB grundsätzlich irrelevante Täuschung über ein nicht dem Beweis zugängliches Werturteil oder eine Meinungsäußerung, unter welches auch Prognosen gerechnet werden. Vielmehr können innere Vorgänge ebenfalls Tatsachen sein.¹

Durch die Äußerung der S wurde bei G die Fehlvorstellung hervorgerufen, entweder den Schmuck oder den Gegenwert zu erhalten.

Aufgrund dieser Fehlvorstellung übertrug G der S den Besitz an der Perlenkette und minderte dadurch unmittelbar sein Vermögen.

Fraglich ist, ob G durch sein Verhalten einen betrugsrelevanten Vermögensschaden erlitten hat. Der Schaden muss unmittelbare Folge der Vermögensverfügung sein und ist durch einen Vergleich des Vermögens vor und nach der Verfügung des Getäuschten zu ermitteln. Insofern ist G ein Schaden entstanden, da die Verfügung zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwertes geführt hat. Auf die verschiedenen Theorien zum Begriff des Vermögens kommt es nicht an. Zwar könnte man argumentieren, dass G den Umstand, dass er für die Übertragung des Besitzes der Perlenkette kein wirtschaftlich gleichwertiges Äquivalent erhalten habe², gekannt habe. Somit handle es sich um eine nicht von § 263 StGB erfasste eigenverantwortliche Selbstschädigung. Diese Erwägung verkennt jedoch, dass das von G zumindest in Aussicht genommene wirtschaftliche Äquivalent im Willen zur Erfüllung der Rückgabepflicht – wie übrigens bei jeder Leihe (§ 604 BGB) – bestand. Ein Rückgriff auf die – umstrittene – Zweckverfehllingslehre³ – ist deshalb entbehrlich.

2. Subjektiver Tatbestand

S handelte dabei mit Täuschungsvorsatz. Ferner ist die Absicht rechtswidriger Bereicherung erforderlich. Hierbei kommt eine Selbstbereicherung in Betracht, wenn man darauf abstellt, dass zunächst S die Perlenkette in Besitz genommen hat. Man könnte aber auch eine Drittbereicherungsabsicht zugunsten des K mit der Erwägung annehmen, S habe von Anfang an nur für den K besitzen wollen und nur in seinem Auftrag gehandelt. Die Stoffgleichheit zwischen dem Verlust des G und dem Gewinn bei S bzw. bei K ist nicht zweifelhaft. Jedoch muss der

Vermögensvorteil, den der Täter dem Dritten verschaffen will, rechtswidrig sein. Ein wirksamer, fälliger und einredefreier Anspruch auf Entziehung gerade der Perlenkette bestand indes nicht, was S auch wusste.⁴ Ob die betrügerische Vermögensverschiebung durch andere Erlaubnissätze (z.B. § 229 BGB) gedeckt ist, muss an dieser Stelle nicht erörtert werden, da nach dem Sachverhalt der S die Sache nicht geheuer war. Sie ging also von der Rechtswidrigkeit ihres Tuns aus.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Da Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe nicht ersichtlich sind, hat sich S nach § 263 StGB strafbar gemacht.

4. Strafzumessung

Ein besonders schwerer Fall nach Abs. 3 ist nicht ersichtlich. So wird ein Vermögensverlust großen Ausmaßes (Nr. 2) erst ab einem Schaden in Höhe von 50.000 € in Betracht gezogen.⁵ Für eine wirtschaftliche Not des G (Nr. 3) gibt der Sachverhalt nichts her.

II. Wegen § 246 Abs. 2 StGB

(Unterschlagung durch Übergabe des Schmuckes an K)

Eine eigenständige Strafbarkeit wegen veruntreuender Unterschlagung – die Perlenkette wurde der S zu treuen Händen übergeben – scheidet im Ergebnis aus.⁶ Nach der Tatbestandslösung der Rechtsprechung kann eine bereits erlangte Sache nicht wiederholt zugeeignet werden.⁷ Anderes soll allerdings gelten, wenn ein vorausgegangener Betrug nur den Fremdbesitz verschafft hat.⁸ In der Literatur wird dagegen eine Konkurrenzlösung favorisiert, wonach die tatbestandliche zweite Zueignung als mitbestrafte Nachtat zurücktritt.⁹ Dieser Streit wurde durch die Subsidiaritätsklausel in § 246 Abs. 1 StGB, die auch für Abs. 2 gilt, nicht vorentschieden. Im vorliegenden Fall greift die Subsidiarität schon deshalb nicht, weil die Weitergabe des Schmuckes eine andere Tat darstellt als die betrügerische Erlangung des Besitzes.

Im Hinblick auf die tatbestandliche Zueignungshandlung lässt sich diskutieren, ob in der Weitergabe des Schmuckes an K nicht – auch – eine Selbstzueignung liegt. So wird vertreten, dass sich in der eigenverantwortlichen Weitergabe der Sache die Anmaßung eigentümerähnlicher Verfügungsmacht ausdrückt.¹⁰ Die Gegenmeinung verlangt, dass der Täter gegenüber dem Empfänger wie ein Eigentümer auftritt oder durch die Weitergabe der Sache zumindest einen mittelbaren Nutzen im weitesten Sinn erlangt. Ein rein immaterieller Vorteil reicht

¹ Vgl. BGHSt 9, 245 (246); 15, 24 (26).

² Ein Kaufvertrag ist gerade noch nicht zustande gekommen, s. §§ 495 Abs. 1 iVm 158 Abs. 1 BGB. G konnte also nicht von einem Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises (§ 433 Abs. 2 BGB) als wirtschaftliches Äquivalent zur Übergabe der Perlenkette ausgehen.

³ S. dazu Wessels/Hillenkamp, BT-2, 38. Aufl. 2015, Rn. 553 ff.

⁴ Die Frage nach der Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung stellt sich hier nicht, da S davon ausging, dass K die Perlenkette selbst verwerten würde.

⁵ Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 263 Rn. 215a.

⁶ Deshalb sind insofern breite Ausführungen nicht angebracht, auch wenn sich im Zusammenhang mit § 246 interessante Rechtsfragen stellen.

⁷ S. BGHSt 14, 38 (43).

⁸ BGHSt 16, 280 (282).

⁹ Vgl. Mitsch, BT-2/1, 3. Aufl. 2015, S. 180 f.

¹⁰ S. Wolfslast, NStZ 1994, 542 (544).

nicht aus.¹¹ Demnach käme bei S nur eine Drittzueignung in Betracht.

III. Wegen § 123 StGB (Hausfriedensbruch)

S hat die Geschäftsräume des G betreten. G war generell ohne Einschränkung hinsichtlich eines bestimmten Personenkreises mit dem Eintreten von Kunden einverstanden. S kam jedoch nicht als Kundin, sondern zur Verfolgung eines deliktischen Zwecks. Deshalb wird vertreten, dass der mutmaßliche Wille des Berechtigten bereits dem Betreten des geschützten Raumes durch den Täter und nicht erst der Verwirklichung des von diesem erstrebten unerlaubten Zweckes entgegenstehe und damit das Betreten zu einem widerrechtlichen Eintreten mache.¹² Demnach hätte S den Tatbestand des Hausfriedensbruchs erfüllt. Überwiegend wird dagegen bei generalisierten Erlaubnissen gefordert, dass sich die deliktische Absicht schon beim Betreten offenbaren müsse. Ein widerrechtliches Eindringen liegt demzufolge hier aber nicht vor, da sich S in ihrem äußeren Erscheinungsbild nicht von jeder anderen Kundin unterschieden hat.¹³

B) Strafbarkeit des K

I. Wegen §§ 263, 26 StGB (Anstiftung zum Betrug)

1. Objektiver Tatbestand:

Vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat ist der Betrug der S. K hat die S zur Begehung dieser Tat bestimmt, da er in ihr den Tatentschluss hervorgerufen hat. Fraglich ist allerdings, ob die angesonnene Haupttat auch hinreichend konkretisiert war, da K die S lediglich aufforderte, ihm Schmuck von G zu beschaffen, ohne die einzelnen Tatmodalitäten – Diebstahl, Betrug, Raub – näher vorzugeben. Zwar genügt die bloße Aufforderung zur Begehung von Straftaten ebenso wenig wie die abstrakte Angabe des zu verwirklichenden Tatbestands. Andererseits ist es nicht erforderlich, sämtliche Einzelheiten der auszuführenden Tat anzugeben. Vielmehr muss die Tat als ein konkret-individualisierbares Geschehen erkennbar sein.¹⁴ Diesen Anforderungen dürfte im vorliegenden Fall Genüge geleistet worden sein: Die Angriffsrichtung und das Opfer waren eindeutig bestimmt.¹⁵

Eine Abgrenzung zur Täterschaft ist nicht erforderlich. Zwar lag die Tat allein im Interesse des K. Auf ihre konkrete Ausführung hat K jedoch keinen Einfluss genommen. Wollte man eine Täterschaft des K gleichwohl auf sein Interesse stützen, so wäre dies nur vom Boden einer extrem-subjektiven Theorie möglich, die in dieser reinen Form niemals vertreten worden ist.

¹¹ BGHSt 41, 187 ff.; die bloße Übergabe besitzt indes nicht den Charakter einer Übereignung, vgl. *Kindhäuser* in: NK-StGB, § 242 Rn. 98.

¹² S. RGSt 12, 132 (134); 20, 150 (156); BGH bei *Dallinger*, MDR 1968, 551.

¹³ S. OLG Düsseldorf, NJW 1982, 2679; *Sternberg-Lieben* in: Schönlke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 123 Rn. 26. *Sternberg-Lieben* (a.a.O., Rn. 13) hält stattdessen ein strafbares Eindringen durch Unterlassen für möglich, sobald der Täter mit seinem deliktischen Tun beginnt. Auf diese Weise wird jedoch die Voraussetzung der Aufforderung, sich zu entfernen, umgangen. Von den Bearbeitern ist diese Variante nicht zu erwarten.

¹⁴ Vgl. BGHSt 34, 63 (67 f.); 42, 332 (334).

¹⁵ Mit guter Begründung erscheint die Gegenauffassung vertretbar. Dann käme aber psychische Beihilfe in Betracht, vgl. *Ingelfinger*, Anstiftungsvorsatz und Tatbestimmtheit, 1992, 229 ff.

2. Subjektiver Tatbestand:

Der „doppelte“ Anstiftungsvorsatz muss einerseits die Anstiftungshandlung als solche umfassen. Andererseits muss er sich auf eine bestimmte Handlung beziehen, welche die Voraussetzungen einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat erfüllt. Vielfach wird erst an dieser Stelle erörtert, ob die Haupttat ausreichend konkretisiert ist (s. dazu oben).

3. Rechtswidrigkeit

Da K gehandelt hat, um einen Anspruch durchzusetzen, kommt § 229 BGB (Selbsthilfe) in Betracht. Der Selbsthilfe steht dabei nicht entgegen, dass G die Aufrechnung erklärt hat, denn auch in diesem Fall gewähren die §§ 916, 935 ZPO vorläufigen Rechtsschutz. Auch kommt es nicht auf die entwendeten Objekte an, da zur Sicherung eines Zahlungsanspruchs jede pfändbare Sache weggenommen werden darf.¹⁶ Indes rechtfertigt drohende Zahlungsunfähigkeit allein die Selbsthilfe noch nicht.¹⁷ Denn gerade für diese Fälle steht der einstweilige Rechtsschutz der ZPO zur Verfügung. Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wäre dem K insbesondere auch deshalb möglich gewesen, weil der Streit über die Forderung bereits rechtshängig war. Objektiv liegen die Voraussetzungen des § 229 BGB also nicht vor.¹⁸

Aus dem Sachverhalt ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Annahme, K wäre davon ausgegangen, sich rechtmäßig zu verhalten. Im Gegenteil belegt das Postscriptum, dass K mit Unrechtsbewusstsein handelte.¹⁹

Anderere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

4. Schuld

Da auch Entschuldigungsgründe fehlen, hat sich K wegen Anstiftung zum Betrug strafbar gemacht.

II. Wegen § 259 StGB (Hehlerei durch Entgegennahme der Perlenkette)

Da die Perlenkette auf betrügerische Weise erlangt wurde, stellt sich weiterhin das Problem, ob der Anstifter als Hehler zu bestrafen ist, wenn er sich die Beute beschafft. Nach früherer Rechtsprechung war der Teilnehmer, der es von vorneherein auf einen Beuteteil abgesehen hatte, nur wegen Teilnahme, nicht wegen Hehlerei zu bestrafen.²⁰ Heute anerkennt die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur eine Strafbarkeit des Teilnehmers an der Vortat wegen Hehlerei. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass der Wortlaut des § 259 StGB diese Möglichkeit nicht ausschließt, da für den Gehilfen

¹⁶ S. *Ellenberger* in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 229 Rn. 6.

¹⁷ Vgl. *Heinrichs* in: Palandt, § 229 Rn. 5.

¹⁸ Zudem hätte K nach § 230 Abs. 2 BGB unverzüglich die dingliche Arrestierung der Perlenkette beantragen müssen. Auch daran fehlt es im vorliegenden Fall.

¹⁹ Auf den Streit über die verschiedenen Theorien zum Erlaubnistatbestands- und zum Erlaubnisirrtum kommt es deshalb nicht an.

²⁰ Vgl. BGHSt 2, 315; 4, 41; 5, 155 (165 f.); *Oellers*, GA 1967, 6 (15): Der Teilnehmer habe schon an der rechtswidrigen Vermögensverschiebung mitgewirkt. Ihre Perpetuierung sei allenfalls mitbestrafte Nachtat. Ebenso noch *Seelmann*, JuS 1988, 39 (42).

die Vortat keine eigene, sondern eine fremde Tat ist.²¹ Demnach wäre K als Hehler zu bestrafen.

Demgegenüber differenziert eine andere Meinung: War die Teilnahme auf die Erlangung einer bestimmten Beute gerichtet, so dass deren Übertragung auf den Hehler nicht mehr durch eine „freie“ Verfügung des Vortäters geschieht, so soll die spätere Verteilung keinen hehlerischen Erwerb i.S. des § 259 StGB darstellen, sondern nur die verabredete Behandlung der Beute. Hier fehle es an der tatbestandlich vorausgesetzten Disposition des Vortäters über die Beute. Zudem bestehe in diesen Fällen kein kriminalpolitisches Bedürfnis, den Teilnehmer wegen Hehlerei zu belangen.²² Hält man diese teleologische Reduktion des § 259 StGB für richtig, so ist K nicht wegen Hehlerei zu bestrafen.

Die übrigen Merkmale des § 259 StGB sind nicht problematisch: K hat sich die Perlenkette verschafft, da er im Einvernehmen mit der Vortäterin S die Sache zur eigenen Verfügungsgewalt bekommen hat. Hierbei handelte er vorsätzlich und mit der Absicht, sich selbst zu bereichern. Auf die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils kommt es insofern nicht an. Rechtfertigungsgründe (z.B. § 229 BGB) greifen nicht ein.

III. Wegen § 246 StGB (Unterschlagung durch Entgegennahme der Perlenkette)

Lehnt man Hehlerei ab, so kommt eine – ansonsten subsidiäre (!) – Unterschlagung in Betracht. Fraglich ist hierbei, ob sich K die Perlenkette zugeeignet hat.

Seit der Neufassung des Tatbestands durch das 6. StrRG spielt es keine Rolle mehr, dass vorliegend Gewahrsamerlangung und Zueignung zusammenfallen. Denn der Gesetzgeber hat sich in der Sache für die Lösung der „großen berichtigenden Auslegung“ entschlossen und § 246 StGB als Auffangtatbestand für sämtliche Formen der Zueignung ausgestaltet.

Fraglich ist jedoch, ob in der Entgegennahme der Perlenkette eine objektive Manifestation eines Zueignungswillens zu erblicken ist. Bereits die Enteignungskomponente erscheint hier zweifelhaft. Zwar hat K den G aus seiner wirtschaftlichen Position verdrängt, indem er ihm die Sache entzogen hat. Es fehlt jedoch an einer auf Dauer gerichteten Enteignung, da G den Schmuck, wenn auch gegen ein Lösegeld, wieder erhalten sollte. Soweit sich K die eigenhändige Verwertung etwa durch Verkauf des Schmuckes vorbehalten hat, kommt als Zueignungsakt erst diese Verwertung selbst in Betracht, die jedoch in der Zukunft liegt und zum Zeitpunkt der Entgegennahme des Schmuckes noch zweifelhaft ist. Die Verwendbarkeit einer Sache als Mittel zur rechtswidrigen Erlangung von Vermögensvorteilen allein reicht aber als Gegenstand der Zueignung nicht

aus.²³ Vorliegend kommt hinzu, dass sich K gegenüber G keine Eigentümerstellung angemaßt hat.²⁴

Die Gegenauffassung erscheint nur vom Boden einer extremen Sachwerttheorie für vertretbar: Stellt man auf den Sachwert der Perlenkette im weitesten Sinne ab, so könnte man Zueignungsabsicht bejahen. Der Wert des Schmuckes bestand für K darin, den G zur Bezahlung der Außenstände zu zwingen. Die Eigentumswürden indes zu bloßen Bereicherungsdelikten umgedeutet, wenn man jegliche Verwendungsmöglichkeit der Sache als Zueignungsobjekt ausreichen ließe.²⁵ K hat sich daher nicht nach § 246 StGB strafbar gemacht.

C) Strafbarkeit des Z

I. Wegen § 259 StGB (Hehlerei)

Fraglich ist, ob Z sich die Perlenkette dadurch verschafft hat, dass er sie für den K zur Verwahrung übernommen hat. Sich-Verschaffen setzt voraus, dass der Täter Verfügungsgewalt über die Sache zu eigenen Zwecken erlangt. Daran fehlt es jedoch vorliegend, weil Z den Schmuck lediglich für K verwahrt und ihm nicht die Befugnis eingeräumt ist, nach eigenem Belieben damit zu verfahren.²⁶ Selbst wenn man mit der Rechtsprechung auf einen Erfolg des Absetzens und der Absatzhilfe verzichtet, sind diese Alternativen durch eine bloße Verwahrung noch nicht erfüllt.

II. Wegen § 257 StGB (Begünstigung)

1. Objektiver Tatbestand

Das Verhalten des Z unterfällt jedoch dem Tatbestand der Begünstigung. Denn die Aufbewahrung des Schmuckes dient der Sicherung der aus der rechtswidrigen Vortat erlangten Beute.²⁷

2. Subjektiver Tatbestand

Z handelte auch mit Hilfeleistungsvorsatz und Vorteilssicherungsabsicht.

3. Rechtswidrigkeit

Zur Rechtswidrigkeit s. unten.

²¹ S. Lackner/Kühl, StGB, § 259 Rn. 18.

²² Vgl. OLG München, NSTZ-RR 2006, 371.

²³ Der Druck auf den Schuldner stellt keinen Sachwert dar, da er unabhängig von sachimmanenten Funktionen besteht, Bernsmann, NJW 1982, 2214 (2215).

²⁴ Vgl. BGH, NJW 1982, 2265 (2266); StV 1984, 422 (423); 1994, 128; 1999, 315 f.; Mitsch, BT-2/1, S. 43 f.; Bernsmann, NJW 1982, 2215; Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, § 242 Rn. 47.

²⁵ Vgl. Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, § 242 Rn. 49.

²⁶ Vgl. BGHSt 2, 135; NSTZ 1993, 282; 1995, 594; Stree/Hecker in: Schönke/Schröder, § 259 Rn. 17.

²⁷ Vgl. Stree/Hecker in: Schönke/Schröder, § 257 Rn. 12.

Zweiter Tatkomplex: Der Brief

A) Strafbarkeit des K

I. Wegen §§ 253, 22 StGB (Versuchte Erpressung)

1. Vorprüfung

Vollendung scheidet aus, weil G sich nicht dem Ansinnen des K gebeugt hat. Somit kommt lediglich Versuch in Betracht, der nach Abs. 3 strafbar ist.

2. Subjektiver Tatbestand

K muss sich vorgestellt haben, dem G ein empfindliches Übel anzudrohen. Unter Übel ist jede Einbuße an Werten oder Zufügung von Nachteilen zu verstehen.²⁸ Die Drohung bezog sich auf den endgültigen Verlust wertvollen Schmuckes. Da K die Perlenkette deliktisch erworben hatte, war er zur Rückgabe verpflichtet.²⁹ Durch die Drohung wollte K den G zur Bezahlung der offenen Werklohnforderung, mithin zu einer Vermögensverfügung³⁰ nötigen. Die Bezahlung hätte für G eine Vermögenseinbuße bedeutet, denn da K den Schmuck zurückgeben musste, kommt es nicht darauf an, ob die Forderung des Erpressers dem Wert des Gegenstandes entsprach. Somit fehlt es an einem anrechenbaren Gegenwert.³¹ Damit lag Vorsatz auch bezüglich der Zufügung eines Nachteils vor.

Fraglich ist jedoch, ob K mit der Absicht, sich rechtswidrig zu bereichern gehandelt hat. So soll nach herrschender Ansicht ein fälliger Anspruch die Rechtswidrigkeit der Vermögensverschiebung beseitigen. Dass er mit Nötigungsmitteln durchgesetzt werden soll, mache den begehrten Vermögensvorteil selbst noch nicht rechtswidrig.³² Vorliegend ist indes zu beachten, dass über den Anspruch ein Rechtsstreit anhängig ist, in dem eine – ebenfalls strittige – Aufrechnung erklärt worden ist. K erstrebt somit die Erfüllung eines Anspruchs, die G ihm so nicht (oder noch nicht) schuldet.³³

Gegen die Absicht rechtswidriger Bereicherung lässt sich jedoch einwenden, dass die wahre Rechtslage maßgeblich sei.³⁴ Geht man, da die Rechtslage bislang ungeklärt ist, zugunsten des K von der Begründetheit seiner Klage aus, so fehlt es am

²⁸ *Eser/Eisele* in: Schönke/Schröder, § 240 Rn. 9; zum vorliegenden Fall s. *Bernsmann*, NJW 1982, 2216.

²⁹ Es liegt jedenfalls verbotene Eigenmacht nach § 858 BGB vor. Ob Drohen mit einem Unterlassen eine Pflicht zum Handeln verlangt (vgl. *Eser/Eisele* in: Schönke/Schröder, § 240 Rn. 20a m. w. Nachw.), kann angesichts § 861 Abs. 1 BGB dahinstehen.

³⁰ Auf den Streit, ob die Nötigung bei § 253 StGB auf eine Vermögensverfügung gerichtet sein muss, vgl. *Eser/Bosch* in: Schönke/Schröder, § 253 Rn. 8, kommt es letztlich nicht an.

³¹ So aber OLG Hamburg, JR 1974, 473 m. abl. Anm. *Jakobs*; *Trunk*, JuS 1985, 944 (946), die stattdessen Nötigung bejahen. Ablehnend wie hier BGHSt 26, 346. *Gössel*, JR 1977, 32 ff. stellt demgegenüber darauf ab, dass dem Eigentümer lediglich der entzogene Besitz wieder eingeräumt werde, der kein Äquivalent für den Marktwert darstelle. Andererseits: Welchen Wert besitzt Eigentum an einer abhanden gekommenen Sache?

³² BGHSt, 20, 136; NJW 1982, 2265; StV 1988, 365; 1990, 205; *Bernsmann*, NJW 1982, 2216; *Eser/Bosch* in: Schönke/Schröder, § 253 Rn. 19.

³³ Vgl. *Lackner* in: LK, StGB, 10. Aufl., § 263 Rn. 279.

³⁴ So ist für die parallele Problematik bei § 263 StGB inzwischen anerkannt, dass falsche Angaben im Prozess zum Zweck, einen begründeten, aber wegen Beweisschwierigkeiten gefährdeten Anspruch durchzusetzen, keinen Prozessbetrug darstellen, vgl. BGHSt 3, 160; *Lackner* in: LK10, § 263 Rn. 276; ablehnend früher RGSt 72, 133 (137 f.).

subjektiven Tatbestand.³⁵ Auf die Verwerflichkeit des Verhaltens des K (§ 253 Abs. 2 StGB) kommt es dann nicht mehr an.

II. Wegen §§ 240, 22 StGB (Versuchte Nötigung)

1. Vorprüfung

Die Strafbarkeit der versuchten Nötigung ergibt sich aus Abs. 3.

2. Subjektiver Tatbestand

Geht man mit einer neueren Auffassung davon aus, dass § 240 StGB nur die Beschneidung der rechtlich garantierten Freiheit eines anderen erfasst³⁶, muss Nötigung verneinen, wer bereits die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils abgelehnt hat. K wollte nur das erlangen, was ihm nach seiner Meinung zustand. Er stellt sich demnach kein tatbestandsmäßiges Nötigungsverhalten vor.

Für die herrschende Lehre schließt indes die Rechtmäßigkeit des Ziels Nötigung nicht von vornherein aus. K wollte den G durch die Drohung mit dem Verlust des Schmuckes zur Bezahlung des Werklohnes zwingen und handelte deshalb mit Nötigungsvorsatz.

3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Da der Brief an G die Androhung des empfindlichen Übels enthält, hat K bereits zur Erpressung unmittelbar angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit der Nötigung verlangt gemäß § 240 Abs. 2 StGB, dass das Nötigungsmittel außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stand. An einer Verwerflichkeit fehlt es jedenfalls dann, wenn ein Rechtfertigungsgrund eingreift.³⁷

Wie bereits dargelegt, liegen die objektiven Voraussetzungen der Selbsthilfe nach § 229 BGB nicht vor. Andere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Da der Gläubiger seine Ansprüche nur mit den vom Recht zur Verfügung gestellten Mitteln und nicht durch eigenmächtigen Zwang durchsetzen darf³⁸, war die versuchte Nötigung gemäß § 240 Abs. 2 StGB verwerflich. Ein Erlaubnistatbestandsirrtum kommt nicht in Betracht.

III. Wegen § 246 StGB (Unterschlagung)

Im Ergebnis scheidet eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung aus. Zweifelhaft ist zunächst, ob sich dies nicht bereits aus der Subsidiaritätsklausel des § 246 StGB ergibt. Dagegen lassen sich zwei Bedenken anführen: Einerseits ist die Strafe für versuchte Nötigung nicht schwerer als für vollendete Unterschlagung. Andererseits ist umstritten, ob die Subsidiarität auch im

³⁵ Die irrtümliche Annahme eines Anspruches schließt zudem als Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB den Vorsatz aus: Die Unrechtmäßigkeit ist normatives Tatbestandsmerkmal; vgl. BGH, StV 1984, 422; 1988, 526; 1994, 128; *Eser/Bosch* in: Schönke/Schröder, § 253 Rn. 22.

³⁶ Vgl. *Jakobs*, FS Peters, 1974, S. 69 (77 ff.).

³⁷ Der Streit, ob die Verwerflichkeit bereits zum Tatbestand gehört oder eine besondere Rechtfertigungsregel darstellt – zum Streitstand vgl. *Günther*, FS Baumann, 1992, S. 213 (222 f.) –, besitzt, zumindest für den vorliegenden Fall, keine praktische Bedeutung und muss deshalb nicht behandelt werden.

³⁸ BGH, StV 1988, 365 f.; 1990, 205; *Eser/Eisele* in: Schönke/Schröder, § 240 Rn. 21.

Konkurrenzverhältnis zu Straftaten gilt, die keine Eigentums- bzw. Vermögensdelikte darstellen und deshalb das Zueignungsunrecht der jeweiligen Tat nicht substantiell miterfassen.³⁹

Jedoch enthält der Brief noch keine objektive Manifestation eines Zueignungswillens, sondern lediglich die Androhung einer künftigen Zueignung. Gegenüber G stellt K dessen Eigentum an der Perlenkette gerade nicht in Frage.

B) Strafbarkeit des Z wegen §§ 240, 22, 27 StGB⁴⁰

I. Objektiver Tatbestand

Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat liegt in der Form der versuchten Nötigung vor. Z hat zu dieser Nötigung auch beigegeben, indem er den Schmuck versteckte, so dass G befürchten musste, ihn nicht mehr zu bekommen.

II. Subjektiver Tatbestand

Z wusste zwar, dass er die Tat des K unterstützte. Er hielt das Tun des K jedoch für erlaubt. Da Beihilfe objektiv das Vorliegen einer rechtswidrigen Haupttat verlangt, stellt sich die Frage, ob die Fehlvorstellung des K als Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 StGB zu behandeln ist. Z kannte alle tatsächlichen Umstände. Würde man zur Bejahung des Vorsatzes zusätzlich eine zutreffende rechtliche Würdigung der Tat verlangen, so würde der Vorsatzbegriff beim Teilnehmer anders gebildet als beim Täter. Das überzeugt jedoch nicht. Somit scheidet Vorsatz nicht schon deshalb aus, weil Z die Haupttat für rechtmäßig hielt.

III. Rechtswidrigkeit

Z befand sich auch nicht in einem Erlaubnistatbestandsirrtum, denn er stellte sich keine Umstände vor, die die Tat nach § 229 BGB gerechtfertigt hätten.⁴¹ Auf den Theorienstreit kommt es deshalb nicht an.

IV. Schuld

Z ging davon aus, dass die Tat im Gegensatz zum geltenden Recht gerechtfertigt sei. Damit befand er sich in einem Erlaubnisirrtum, der nach § 17 StGB zu behandeln ist. Da Z sich nicht erkundigt hat, ob sein Glaube auch zutrifft, war der Irrtum für ihn vermeidbar. Also ist er wegen Beihilfe zum Nötigungsversuch des K zu bestrafen.

C) Strafbarkeit der S wegen §§ 240, 22, 27 StGB

S hat zwar durch die Wegnahme des Schmuckes den Nötigungsversuch überhaupt erst ermöglicht. Ihre Strafbarkeit wegen Beihilfe entfällt indes mangels Vorsatzes. Da sie in die weiteren Pläne von K nicht eingeweiht war, fehlt bereits das erste Element des doppelten Gehilfenvorsatzes: die Kenntnis einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat.

³⁹ Für eine extensive Anwendung der Subsidiaritätsklausel BGHSt 47, 243 f.; Lackner/Kühl, § 246 Rn. 14; dagegen restriktiv Fischer, § 246 Rn. 23a; Wessels/Hillenkamp, BT-2, Rn. 326.

⁴⁰ Wer oben Erpressungsversuch bejaht hat, muss natürlich Beihilfe hierzu prüfen.

⁴¹ Vgl. dazu BGHSt 17, 90 f.

Dritter Tatkomplex: Der mündliche Termin

A) Strafbarkeit des F wegen §§ 258a, 13, 22 StGB

I. Objektiver Tatbestand

Da F darauf verzichtet, durch Weiterleiten der Akten die strafrechtliche Aufarbeitung des Geschehens zu initiieren, kommt eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung durch Unterlassen in Betracht. Da der Sachverhalt keine Angaben zum Taterfolg⁴² enthält, muss nach dem Zweifelsgrundsatz ein nach Abs. 4 strafbarer Versuch geprüft werden.

II. Subjektiver Tatbestand

F hat nur dann mit dem entsprechenden Tatentschluss gehandelt, wenn er zur Weiterleitung der Akten an die Staatsanwaltschaft rechtlich verpflichtet war. Die nach § 13 StGB erforderliche Garantenstellung besitzt aber nur, wer von Rechts wegen dazu berufen ist, an der Strafverfolgung mitzuwirken (§ 258a StGB). Als derartige Amtsträger kommen auch Richter in Betracht, aber nur, wenn sie dienstlich mit der Strafsache befasst sind. F war jedoch (nur) Zivilrichter. Selbst wenn man auf den vorliegenden Sachverhalt die Grundsätze zur Strafverfolgungspflicht bei außerdienstlich erlangter Kenntnis anwendet, gelangt man zu keinem anderen Ergebnis. Denn bei den einschlägigen Delikten handelt es sich im Hinblick auf die Schadenshöhe und die Vorgehensweise der Täter nicht um schwere, die Öffentlichkeit besonders berührende Straftaten.⁴³

B) Strafbarkeit des F wegen § 240 StGB

I. Objektiver Tatbestand

Die Androhung der Strafverfolgung gegenüber K stellt sich für ihn als Inaussichtstellen eines künftigen Übels dar. Aufgrund dieser Drohung erklärt K seine Klage für erledigt.

II. Subjektiver Tatbestand

F handelte auch mit dem entsprechenden Nötigungsvorsatz.

III. Rechtswidrigkeit

Die Nötigung ist jedoch nicht rechtswidrig, wenn die Drohung mit der Weiterleitung der Akten zum Zweck des Abschlusses eines Vergleichs nicht als verwerflich anzusehen ist.⁴⁴ Verwerflichkeit bedeutet einen erhöhten Grad sittlicher Missbilligung.⁴⁵ Die vom Gesetz normierte Zweck-Mittel-Relation bestimmt sich dabei nach den Umständen des Einzelfalles, so dass eine gewisse Rechtsunsicherheit unvermeidlich ist. Gegen die Akzeptanz der Drohung mit der Einleitung der Strafverfolgung spricht, dass F selbst keinen Anspruch auf den erzwungenen Vergleichsschluss hat.⁴⁶ Zudem wurde die Drohung eines Rechtsanwalts mit einer Strafanzeige, um einen Rechtsmittelverzicht zu erzwingen, bereits für verwerflich angesehen.⁴⁷ Muss das nicht erst recht für den Richter gelten, der die Würde

⁴² Hierbei ist umstritten, ob eine „Vereitelung auf Zeit“ bereits zur Vollen- dung führt, dagegen etwa Schittenhelm, FS Lenckner, 1998, S. 519 (532 ff.); anders die h.L., s. Fischer, § 258 Rn. 8.

⁴³ Vgl. Lackner/Kühl, § 258a Rn. 4.

⁴⁴ Wer die Verwerflichkeit bereits für ein den Tatbestand einschränkendes Korrektiv ansieht, muss dieses Merkmal bereits im objektiven Tatbestand abhandeln.

⁴⁵ Vgl. BGHSt 17, 329; 18, 391; 19, 268.

⁴⁶ Vgl. BGHSt 5, 261.

⁴⁷ S. BGH, AnwBl. 1955, 69.

des Gerichts als staatlicher Institution zur Streitbeilegung zu wahren hat? Andererseits genügt für § 240 Abs. 2 StGB noch nicht jede Sozialwidrigkeit, sondern es ist eine gesteigerte Strafrechtswidrigkeit zu verlangen.⁴⁸ Für die Entlastung des F spricht der Zusammenhang zwischen der strafbaren Selbsthilfe des G und der zugrunde liegenden zivilrechtlichen Auseinandersetzung. Schließlich ist der Wert einer friedlichen Verfahrenserledigung im vorliegenden Sachverhalt zu bedenken. Deshalb sind beide Ansichten vertretbar.

► Inhaltsverzeichnis

⁴⁸ S. Günther, FS Baumann, S. 219.

KLAUSUR - ZIVILRECHT

Prof. Dr. Dominik Skauradszun*

„Unsere Frauen können alles: Hochdeutsch und Management.“ Die neuen Zielgrößen im GmbH-Recht Schwerpunktbereichsklausur

Sachverhalt

Die *Future Car Electronics (FCE) GmbH & Co. KG* aus Stuttgart ist Automobilzulieferer. Ihre Bilanzsumme beträgt 35.000.000 €. Die Geschäfte der FCE GmbH & Co. KG werden von der *FCE Verwaltungs-GmbH* geführt. Diese ist die einzige vollhaftende Gesellschafterin der KG. Stimmrecht hat sie bei der KG nicht. Die FCE GmbH & Co. KG stellt ein sogenanntes Familienunternehmen dar. Auf Ebene der Kommanditisten, die zudem alleamt zu gleichen Anteilen an der KG und Verwaltungs-GmbH beteiligt sind, stehen in einem Lager die Schwestern Anna, Babette und Cécile (A, B und C), in einem anderen Lager die Brüder Xaver, Yale und Zamir (X, Y und Z). Das Stammkapital der Verwaltungs-GmbH beträgt 600.000 €.

Die FCE GmbH & Co. KG beschäftigt insgesamt 1.700 Arbeitnehmer (m/w), die bei der KG angestellt sind. Ranghöchste Arbeitnehmer unterhalb der Geschäftsführung sind vier Betriebsleiter, darunter die zwei weiblichen Betriebsleiter Paula und Petra.

Die Verwaltungs-GmbH hat in der Regel nicht mehr als 470 Arbeitnehmer. Sie wird von vier Geschäftsführern geleitet, nämlich X, Y und Z sowie dem männlichen externen Geschäftsführer Gregor (G). Ranghöchste Arbeitnehmer unterhalb der Geschäftsführung sind hier die männlichen drei Betriebsleiter Ludwig, Leopold und Lenny. Ansonsten ist die Hierarchieebene unterhalb der Betriebsleiter flach. Die Verwaltungs-GmbH verfügt ferner über einen Aufsichtsrat, der hälftig durch Vertreter der Anteilsinhaber und hälftig durch Vertreter der Arbeitnehmer besetzt ist. 33 % der Aufsichtsräte sind weiblich.

Auf der letzten Betriebsversammlung hat die Frauenbeauftragte der FCE GmbH & Co. KG über 500 Arbeitnehmerinnen zu einer Unterschriftenaktion mobilisieren können. Weil sich die Arbeitnehmerinnen bei der internen Besetzung von Führungspositionen seit Jahren benachteiligt fühlen, fordern sie die FCE GmbH & Co. KG auf, auf Ebene der Geschäftsführung und der des Aufsichtsrats umgehend eine für mindestens zehn Jahre verbindliche feste Frauenquote einzuführen, die ihrer Ansicht nach in beiden Gremien nicht unter 30 % liegen dürfe. Der Unterschriftenaktion wird ein Bild der Bundesministerin *Schwesig* beigelegt, ferner in Anspielung auf einen Slogan des Landes Baden-Württemberg¹ der Schriftzug „Unsere Frauen können alles. Hochdeutsch und Management.“.

Aufgrund des im Unternehmen entstandenen Unmuts berufen X, Y, Z und G auf den 1. Oktober 2015 eine außerordentliche Gesellschafterversammlung der FCE GmbH & Co. KG ein. In dieser diskutieren die beiden Lager darüber, ob

1. eine Zielgröße von 0 % in der Geschäftsführung möglich ist,
2. eine Zielgröße von 0 % im Aufsichtsrat möglich ist,
3. hinsichtlich der Führungsebenen unterhalb der Geschäftsführung etwas zu veranlassen ist,
4. der FCE GmbH & Co. KG Konsequenzen drohen, wenn die aktuellen Besetzungen der Geschäftsführung, des Aufsichtsrats und der weiteren Führungsebenen unverändert bleiben und
5. ob bei künftigen Veröffentlichungen der Jahresabschlüsse oder sonstiger Berichte ergänzende Angaben zu machen sind.

Die Kommanditisten kommen überein, dass zunächst ein Gutachten der Wirtschaftsprüferin und Rechtsanwältin R einzuholen ist.

Aufgabe:

Erstellen Sie dieses Gutachten.

Bearbeitungshinweis:

Arbeitsrechtliche Themen, insbesondere solche zu § 92 Abs. 3 BetrVG, sind nicht zu erörtern.

* Dominik Skauradszun ist Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht, insb. Unternehmensrecht an der Hochschule Fulda, ferner Of Counsel bei Gleiss Lutz, Praxisgruppe Restrukturierungen, sowie Lehrbeauftragter für Gesellschafts-, Konzern- und Internationales Insolvenzrecht an der Dualen Hochschule Baden-Württemberg.

¹ „Wir können alles. Außer Hochdeutsch.“

Lösungsvorschlag

Frage 1:

Fraglich ist, ob auf Ebene der Geschäftsführung der FCE GmbH & Co. KG eine Zielgröße von 0 % Frauenanteil möglich ist.

1. Zunächst ist zu klären, wer zur „Geschäftsführung“ der FCE GmbH & Co. KG gehört.

a) Bei der Kommanditgesellschaft sind die **Kommanditisten** nach § 164 Satz 1 HGB von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Davon abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag sind nicht bekannt. Folglich werden die Geschäfte allein von der Verwaltungs-GmbH geführt, der einzigen **persönlich haftenden Gesellschafterin** der Kommanditgesellschaft (§§ 161 Abs. 2, 114 ff. HGB).

b) Die Verwaltungs-GmbH wiederum wird durch **Geschäftsführer** im Sinne von § 35 ff. GmbHG vertreten.

2. Sodann ist zu klären, wer befugt ist, Geschäftsführer bei der Verwaltungs-GmbH zu bestellen und damit Einfluss zu nehmen, ob weibliche oder männliche Personen in die Geschäftsführung berufen werden.

a) Grundsätzlich ist die Bestellung von Geschäftsführern Aufgabe der **Gesellschafterversammlung** (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Die Gesellschafterversammlung besteht hier aus den Gesellschafterinnen A, B und C sowie den Gesellschaftern X, Y und Z. Kein Lager verfügt über eine einfache Mehrheit (§ 47 Abs. 1 GmbHG), da jeder Gesellschafter (m/w) nur einen Geschäftsanteil in Höhe von 100.000 € hält. Da die beiden Lager in der Gesellschafterversammlung zerstritten sind, ist nicht anzunehmen, dass die Gesellschafterinnen mit ihren Stimmen weibliche Geschäftsführerinnen durchsetzen können. Insoweit wird Ihnen die einfache Mehrheit im Sinne von § 47 Abs. 1 GmbHG fehlen.

b) Sollte auf die Verwaltungs-GmbH jedoch das **Mitbestimmungsgesetz** anwendbar sein, wäre der dortige **Aufsichtsrat** nicht fakultativ sondern zwingend. Dann wäre dieser auch für die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern (§ 31 Mitbestimmungsgesetz)² sowie für die Festlegung von **Zielgrößen** eines Frauenanteils unter den Geschäftsführern **zuständig** (§ 52 Abs. 2 Satz 2 GmbHG n. F.)³.

aa) Im **Grundsatz** sind **Personengesellschaften** – zu denen auch eine Kommanditgesellschaft gehört – **mitbestimmungsfrei**.⁵

bb) Fraglich ist, ob hier aber auf die Verwaltungs-GmbH das Mitbestimmungsgesetz Anwendung findet. Nach **§ 1 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz** haben die Arbeitnehmer ein Mitbestimmungsrecht, wenn es sich um ein Unternehmen in der

Rechtsform der Kommanditgesellschaft auf Aktien oder einer GmbH, einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft handelt und dort in der Regel **mehr als 2.000 Arbeitnehmer** beschäftigt sind.

cc) Die Verwaltungs-GmbH ist zwar Unternehmen im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 Mitbestimmungsgesetz, bei ihr sind jedoch nicht mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt. Auf der anderen Seite ist die FCE GmbH & Co. KG als Personengesellschaft keine Rechtsform, die von § 1 Abs. 1 Nr. 1 Mitbestimmungsgesetz erfasst wird. Allerdings enthält § 4 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz eine **Zurechnungsregelung**.⁶ Eine solche Zurechnung kommt in Betracht, wenn

- die GmbH⁷ persönlich haftende Gesellschafterin der KG ist und
- die Mehrheit der Kommanditisten der KG, berechnet nach der Mehrheit der Anteile oder der Stimmen, die Mehrheit der Anteile oder der Stimmen in der GmbH innehaben⁸ und
- die GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin **keinen** eigenen Geschäftsbetrieb mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern hat.

dd) Diese **Voraussetzungen liegen hier vor**. Die Kommanditisten sind jeweils zu 1/6 an der KG beteiligt. Sie halten – sowohl berechnet nach Anteilen als auch nach Stimmen – alle Anteile (und damit offensichtlich die Mehrheit) an der Verwaltungs-GmbH. Es liegt eine sogenannte **beteiligungsidetische Kommanditgesellschaft** vor.⁹ Die Verwaltungs-GmbH selbst hat zwar womöglich einen eigenen Geschäftsbetrieb, sie beschäftigt jedoch in der Regel nicht mehr als 500 Arbeitnehmer. Damit ist sie im Sinne von § 4 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz nicht als eigenständiges Unternehmen zu betrachten¹⁰ und fällt auch nicht unter das Drittelbeteiligungsgesetz¹¹. Folglich werden die 1.700 Arbeitnehmer der KG der Verwaltungs-GmbH **zugerechnet**, so dass diese in Summe regelmäßig 2.170 Arbeitnehmer beschäftigt.¹²

c) Die Verwaltungs-GmbH unterliegt somit der Mitbestimmung. Auf Ebene der GmbH handelt es sich damit um einen **zwingend zu bildenden und erhaltenen Aufsichtsrat**¹³ (§ 6 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz).

3. Nach § 52 Abs. 2 Satz 2 GmbHG n. F. ist dieser **Aufsichtsrat befugt**, für den Frauenanteil unter den Geschäftsführern **Zielgrößen festzusetzen**. Fraglich ist daher, ob der Aufsichtsrat eine Zielgröße von 0 % in der Geschäftsführung festlegen darf-

⁶ Gach, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2014, § 4 MitbestG Rn. 5; Heither/v. Morgen, in: Hümmerich/Boecken/Düwell, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 4 Rn. 1.

⁷ Heither/v. Morgen, in: Hümmerich/Boecken/Düwell, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 4 Rn. 2.

⁸ Folglich ist eine parallele Willensbildung in KG und Komplementärgesellschaft möglich, Heither/v. Morgen, in: Hümmerich/Boecken/Düwell, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 4 Rn. 11.

⁹ Gummert, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, 4. Aufl. 2014, § 49 Rn. 12; Liebscher, in: MüKoGmbHG, 2012, § 45 Rn. 154.

¹⁰ Vgl. Gach, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2014, § 4 MitbestG Rn. 12.

¹¹ Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG.

¹² Vgl. Gach, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2014, § 4 MitbestG Rn. 9.

¹³ Heither/v. Morgen, in: Hümmerich/Boecken/Düwell, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 6 Rn. 1.

² Jaeger, in: BeckOK GmbHG (Ziemons/Jaeger), Ed. 22 (März 2015), § 52 Rn. 41.

³ Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst vom 24.04.2015 (BGBl. I S. 642) mit Wirkung vom 01.05.2015 (Gesetzesbegründung: **BT-Drucksache 18/3784**).

⁴ Müller-Bonanni/Forst, GmbHR 2015, 621 (625).

⁵ Gach, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2014, § 4 MitbestG Rn. 2; Winter/Marx/De Decker, DB 2015, 1331 (1333).

te. Da die männlichen Mitglieder des Aufsichtsrats gegenwärtig die Stimmenmehrheit haben und der **Aufsichtsrat** – wie in § 25 Abs. 1 Nr. 2 Mitbestimmungsgesetz i.V.m. § 108 AktG stillschweigend vorausgesetzt wird – **mit einfacher Mehrheit beschließt**,¹⁴ ist derzeit zu befürchten, dass die männlichen Aufsichtsräte die Position der männlichen Geschäftsführer stabilisieren.

a) Sobald der Frauenanteil bei Festlegung der Zielgröße **unter 30%** liegt, darf die Zielgröße den jeweils erreichten Anteil nach § 52 Abs. 2 Satz 3 GmbHG n. F. **nicht mehr unterschreiten**.

b) Derzeit liegt der Frauenanteil in der Geschäftsführung bei 0 % und damit unter 30 %. Eine Zielgröße von 0 % in der Geschäftsführung ist bei dieser Konstellation möglich,¹⁵ wenn gleich eine solche Zielgröße so vom Gesetzgeber nicht gewünscht ist.¹⁶ Da § 52 Abs. 2 Satz 3 GmbHG aber nicht vorgibt, dass der Frauenanteil einen bestimmten festen Wert erreichen muss (**keine „feste Quote“** bei nicht vollmitbestimmungspflichtigen und börsennotierten Gesellschaften¹⁷ und auch **keine Mindestquote**¹⁸), ist es vorliegend möglich – und wohl zu erwarten – dass die Geschäftsführung der Verwaltungs-GmbH und damit die Geschäftsführung der KG zu 100 % in den Händen von männlichen Geschäftsführern liegt und liegen wird. Daran wird auch § 52 Abs. 2 Satz 3 GmbHG nichts ändern können, da „0 %“ mathematisch nicht unterschritten werden können.

4. Die Zielgröße kann an eine Frist gekoppelt werden, die allerdings nach § 52 Abs. 2 Satz 4 GmbHG nicht länger als 5 Jahre sein darf. Die erste Frist darf nach § 5 EG-GmbHG jedoch nur bis zum **30.06.2017** dauern.¹⁹

5. Die **Übergangsfrist** bis zum 30.09.2015 ist mittlerweile verstrichen (vgl. § 5 EG-GmbHG). In der Gesellschafterversammlung vom 01.10.2015 waren die neuen Vorschriften folglich schon zu beachten.

Ergebnis

„Geschäftsführung“ der FCE GmbH & Co. KG meint hier die Geschäftsführung der Verwaltungs-GmbH. Die dortigen Geschäftsführer werden zwar von der Gesellschafterversammlung bestellt. Die Zielgrößen für den Frauenanteil legt jedoch der Pflicht-Aufsichtsrat fest. Eine Zielgröße von 0 % in der Geschäftsführung ist vorliegend möglich.

Frage 2:

Fraglich ist, ob auch im **Aufsichtsrat** eine Zielgröße von 0 % Frauenanteil möglich ist.

1. Nach § 52 Abs. 3 Satz 2 GmbHG ist der **Aufsichtsrat befugt**, für den Frauenanteil im Aufsichtsrat selbst **Zielgrößen festzulegen**. Auch für den Aufsichtsrat gilt, dass – liegt der Frauen-

anteil bei Festlegung der Zielgrößen unter 30 % – die Zielgröße den jeweils erreichten Frauenanteil nicht mehr unterschreiten darf (§ 52 Abs. 2 Satz 3 GmbHG; Verschlechterungsverbot²⁰).

2. Da die Verwaltungs-GmbH unter das Mitbestimmungsgesetz fällt, richtet sich die **Zusammensetzung des Aufsichtsrats** nach § 7 Mitbestimmungsgesetz. Aufgrund der Zurechnungsvorschrift des § 4 Mitbestimmungsgesetz sind insgesamt 2.170 Arbeitnehmer anzusetzen. Damit setzt sich der Aufsichtsrat nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 Mitbestimmungsgesetz aus 6 Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und aus 6 Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer zusammen. Der Aufsichtsrat hat folglich insgesamt **12 Mitglieder**.

a) Da gegenwärtig 33 % der Aufsichtsräte weiblich sind, sind offenbar 4 von 12 Plätzen durch Frauen besetzt ($4/12 = 1/3 = 33\%$). Damit liegt der Frauenanteil bei Festlegung der Zielgröße nicht unter 30 %, so dass die besondere Vorschrift des § 52 Abs. 3 Satz 3 GmbHG nicht zur Anwendung kommt. Das führt zu dem Ergebnis, dass der Aufsichtsrat als **neue Zielgröße** eine solche unter 30 %²¹ und mangels einer festen Mindestquote sogar eine solche von 0 % festlegen kann.²² Da der Aufsichtsrat mehr männliche als weibliche Mitglieder hat und den Beschluss über die Festlegung der Zielgröße mit einfacher Mehrheit fassen kann, ist es möglich, dass der Aufsichtsrat als Zielgröße nunmehr einen Frauenanteil von 0 % festlegt. Allerdings gilt beim tatsächlichen Unterschreiten der 30 % Marke dann wieder das Verschlechterungsverbot.²³

b) Die Sondervorschrift des § 7 Abs. 3 Mitbestimmungsgesetz n. F., die eine solche **feste Mindestquote von 30 % Frauenanteil** vorsieht, findet vorliegend **keine Anwendung**. Denn diese Vorschrift setzt voraus, dass das Unternehmen zudem **börsennotiert** ist. Das ist bei der vorliegenden Kommanditgesellschaft nicht der Fall. Die Kommanditgesellschaft hat keine Anteile, die zu einem Markt zugelassen sind, der von staatlich anerkannten Stellen geregelt und überwacht wird, regelmäßig stattfindet und für das Publikum mittelbar oder unmittelbar zugänglich ist (§ 3 Abs. 2 AktG).

3. Die Zielgröße muss an eine **Frist** gekoppelt werden, die allerdings nach § 52 Abs. 2 Satz 4 GmbHG nicht länger als 5 Jahre sein darf.²⁴ Die erste Frist darf nach § 5 EG-GmbHG nur bis zum **30.06.2017** dauern.²⁵

Ergebnis

Auch im **Aufsichtsrat** ist eine Zielgröße von 0 % Frauenanteil möglich.

¹⁴ Jaeger, in: BeckOK GmbHG (Ziemons/Jaeger), 23. Ed., § 52 Rn. 20e. Allgemein Habersack, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2014, § 108 Rn. 20; Koch, in: Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2014, § 108 Rn. 6.

¹⁵ Winter/Marx/De Decker, DB 2015, 1331 (1332); Müller-Bonanni/Forst, GmbHR 2015, 621 (627); Seibt, ZIP 2015, 1193 (1204 und 1206); Mense/Klie, GWR 2015, 441 (444).

¹⁶ BT-Drucksache 18/3784, S. 119.

¹⁷ BT-Drucksache 18/3784, S. 40 (43).

¹⁸ Jaeger, in: BeckOK GmbHG (Ziemons/Jaeger), 23. Ed., § 52 Rn. 20b.

¹⁹ Winter/Marx/De Decker, DB 2015, 1331.

²⁰ BT-Drucksache 18/3784, S. 119.

²¹ BT-Drucksache 18/3784, S. 119: „Liegt der Frauenanteil dagegen bei Festlegung der Zielgrößen bei 30 Prozent oder mehr, darf die festzulegende Zielgröße für die entsprechende Führungsebene den erreichten Wert wieder unterschreiten“. Ebenso zu diesem Verständnis Jaeger, in: BeckOK GmbHG (Ziemons/Jaeger), 23. Ed., § 52 Rn. 20c.

²² Vgl. BT-Drucksache 18/3784, S. 119. Winter/Marx/De Decker, DB 2015, 1331 (1332).

²³ Seibt, ZIP 2015, 1193 (1204); Jaeger, in: BeckOK GmbHG (Ziemons/Jaeger), 23. Ed., § 52 Rn. 20c.

²⁴ Jaeger, in: BeckOK GmbHG (Ziemons/Jaeger), 23. Ed., § 52 Rn. 20d.

²⁵ Winter/Marx/De Decker, DB 2015, 1331.

Frage 3:

Fraglich ist, ob hinsichtlich der Führungsebene unterhalb der Geschäftsführung etwas zu veranlassen ist.

1. Die Geschäfte der mitbestimmungspflichtigen Kommanditgesellschaft werden von der Verwaltungs-GmbH geführt (s.o.). Auf diese findet § 36 GmbHG n. F. Anwendung.²⁶ Danach legen die Geschäftsführer einer Gesellschaft, die der Mitbestimmung unterliegt, für den Frauenanteil in den beiden Führungsebenen unterhalb der Geschäftsführer Zielgrößen fest. Die Vorschrift regelt in Satz 1 folglich nur, wer für die Festlegung der Zielgröße **zuständig** ist.²⁷ Das sind vorliegend die **Geschäftsführer als Organ selbst**.²⁸

2. Fraglich ist, wie das Tatbestandsmerkmal der „**Führungsebene unterhalb der Geschäftsführer**“ auszulegen ist. Denkbar ist zum einen, die Führungsebene allein aus dem Kreis der Mitarbeiter der **Verwaltungs-GmbH** zu bestimmen. Genauso ist es denkbar, auf die **Kommanditgesellschaft** insgesamt **abzustellen** („unternehmensweit“), deren Geschäfte von der Verwaltungs-GmbH geführt werden. Letzteres liegt deshalb nahe, da § 4 Mitbestimmungsgesetz eine solche **Gesamtbetrachtung** unter bestimmten Voraussetzungen vorsieht und § 36 GmbHG n. F. ausdrücklich nur dann Anwendung findet, wenn die GmbH der Mitbestimmung unterliegt. Durch diese Verknüpfung wird deutlich, dass der Gesetzgeber offenbar von einer Unternehmenseinheit zwischen KG und Komplementär-GmbH ausgegangen ist.²⁹ Nicht umsonst wird die GmbH & Co. KG auch im **Konzernrecht** wirtschaftlich als **ein einziges**, lediglich künstlich aufgespaltenes **Unternehmen** verstanden.³⁰ Schließlich wollte der Gesetzgeber bewusst einen **großen Spielraum** bei der Festlegung der Führungsebenen gewähren.³¹ Die Führungsebene wird vorliegend also bezogen auf das Unternehmen insgesamt verstanden (*a.A. vertretbar*³²).

a) Auch § 36 Abs. 2 GmbHG n. F. bestimmt keine feste Mindestquote, sondern regelt lediglich, dass – liegt der Frauenanteil bei Festlegung der Zielgröße unter 30 % – die neue Zielgröße den jeweils erreichten Anteil nicht mehr unterschreiten darf (Verschlechterungsverbot).

b) Gegenwärtig besteht die Führungsebene unterhalb der Geschäftsführer aus **sieben Betriebsleitern**. **Zwei** von ihnen (Paula und Petra) sind **weiblich**. Die gegenwärtige Quote liegt damit bei 2/7 (28 %). Im Grundsatz sind nach § 36 S. 1 GmbHG zwar die **beiden** Führungsebenen unterhalb der Geschäftsführung Gegenstand einer Zielgröße, da die Festlegung der beiden Führungsebenen aber **nicht** nach **betriebswirtschaftlichen Lehren** zu definieren ist (beispielsweise Top-Management,

Middle-Management und Low-Management), sondern nach den tatsächlich im konkreten Unternehmen eingerichteten Hierarchieebenen zu bestimmen ist,³³ kann sich bei einer **flachen Hierarchie** die Verpflichtung nach § 36 S. 1 GmbHG ggf. auch nur auf **eine** Führungsebene – vorliegend die der Betriebsleiter – beziehen.³⁴

3. Da der Frauenanteil bei Festlegung der Zielgröße somit unter 30 % liegt, darf diese Zielgröße nicht mehr unterschritten werden. Sollte eine der beiden Betriebsleiterinnen zu einem späteren Zeitpunkt ausscheiden, muss diese Stelle wieder mit einer Frau besetzt werden.³⁵

4. Für die verpflichtende Festlegung der Zielgröße von mindestens 28 % hat sich die Geschäftsführung eine Frist zur Erreichung der Zielgröße vorzugeben, § 36 S. 3 GmbHG. Diese erste Frist darf nicht länger als bis zum 30.06.2017 dauern, § 5 S. 2 EGGmbHG.³⁶

Ergebnis

Zumindest auf Ebene der Betriebsleiter **muss eine Zielgröße festgelegt werden**, wonach künftig weiterhin mindestens 28 % der Positionen durch Betriebsleiterinnen besetzt werden.

Frage 4:

Fraglich ist, ob der FCE GmbH & Co. KG Konsequenzen drohen, wenn die aktuellen Besetzungen der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats unverändert bleiben.

1. Weder im GmbHG noch im Mitbestimmungsgesetz sind Konsequenzen vorgesehen, wenn die Zielgrößen für den Frauenanteil in Führungspositionen bei mitbestimmten Unternehmen nicht erfüllt oder fehlerhaft festgesetzt werden.³⁷ Das gilt auch für die in der Übergangsvorschrift genannte **Umsetzungsfrist**³⁸ bis zum 30.09.2015 (§ 5 EG-GmbHG). Der **Gesetzgeber** hat sich vorgestellt, dass die **Öffentlichkeit** wahrnimmt, ob und wie sich Unternehmen anstrengen, eine gerechte Teilhabe von Frauen und Männern in den Führungsebenen unterhalb des Top-Managements zu erreichen. Bereits der **Druck der Öffentlichkeit** werde dafür sorgen, dass die Zielgrößen kurzfristig umgesetzt würden.³⁹

2. Soweit der Gesetzgeber nicht erfüllte Mindestquoten damit „sanktioniert“, dass der für ein weibliches Mitglied im Leitungs- oder Kontrollorgan vorgesehene aber nicht vergebene Platz unbesetzt bleibt (so genannter **leerer Stuhl**),⁴⁰ handelt es sich um Sondervorschriften für voll-mitbestimmungspflichtige **börsennotierte** Unternehmen, die eine feste Mindestquote für jedes Geschlecht von mindestens 30 % erfüllen müssen (vgl. § 104 AktG; § 10f MitbestErgG). Vorliegend ist die Kommanditgesellschaft zwar voll-mitbestimmungspflichtig, jedoch **nicht**

²⁶ Vgl. Müller-Bonanni/Forst, GmbHR 2015, 621 (622), die § 36 GmbHG auf die Komplementär-GmbH zunächst anwenden wollen, dann aber meinen, die Rechtsfolgen der Norm würden ins Leere gehen.

²⁷ Winter/Marx/De Decker, DB 2015, 1331 (1333).

²⁸ Müller-Bonanni/Forst, GmbHR 2015, 621 (622).

²⁹ So auch Winter/Marx/De Decker, DB 2015, 1331 (1333).

³⁰ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 10. Aufl. 2013, § 33 Rn. 5.

³¹ So verstehen es auch Müller-Bonanni/Forst, GmbHR 2015, 621 (623).

³² Anders wohl Seibt, ZIP 2015, 1193 (1205): „Bezugspunkt für die Ermittlung der Führungsebenen ist die konkrete Gesellschaft (juristische Person, einschließlich auch ausländischer Niederlassungen) und nicht das Unternehmen oder ein Konzern“. Allerdings bespricht Seibt nicht explizit die GmbH & Co. KG.

³³ Winter/Marx/De Decker, DB 2015, 1331 (1333).

³⁴ BT-Drucksache 18/3784, S. 119; Winter/Marx/De Decker, DB 2015, 1331 (1333); Seibt, ZIP 2015, 1193 (1205); Röder/Arnold, NZA 2015, 1281 (1283). Im Ergebnis wohl auch Müller-Bonanni/Forst, GmbHR 2015, 621 (623), allerdings ohne Diskussion einer unternehmensweiten Betrachtung.

³⁵ Müller-Bonanni/Forst, GmbHR 2015, 621 (624).

³⁶ Müller-Bonanni/Forst, GmbHR 2015, 621 (624).

³⁷ Jaeger, in: BeckOK GmbHG (Ziemons/Jaeger), 23. Ed., § 52 Rn. 20 f.; Röder/Arnold, NZA 2015, 1281 (1288).

³⁸ Winter/Marx/De Decker, DB 2015, 1331.

³⁹ BT-Drucksache 18/3784, S. 119.

⁴⁰ Vgl. BT-Drucksache 18/3784, S. 43 und 121.

börsennotiert. Die Sanktion eines „leeren Stuhls“ würde hier also nicht greifen.

Ergebnis

Abgesehen von einem etwaigen Druck der Öffentlichkeit drohen hier rechtlich keine Konsequenzen, wenn die aktuellen Besetzungen der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats unverändert bleiben.

Frage 5:

Fraglich ist abschließend, ob bei der nächsten Veröffentlichung des Jahresabschlusses ergänzende Angaben zu machen sind.

1. Nach § 289a Abs. 4 HGB n. F. hat die Verwaltungs-GmbH, die den Pflichten der §§ 36 und 52 GmbHG unterliegt, in ihrem **Lagebericht** künftig als **gesonderten Abschnitt** eine Erklärung zur Unternehmensführung mit den Festlegungen und Angaben der Zielgrößen aufzunehmen. Da die FCE GmbH & Co. KG selbst offenlegungspflichtig ist (§§ 264a Abs. 1 Nr. 1, 325 Abs. 1 S. 1 HGB), da sie nicht wenigstens einen persönlich haftenden Gesellschafter als natürliche Person hat, trifft sie diese Pflicht unmittelbar.⁴¹ Damit hat sie in ihrem **eigenen** Lagebericht (§§ 264a Abs. 1 Nr. 1, 289a Abs. 4 HGB) als gesonderten Abschnitt eine Erklärung aufzunehmen, ob die festgelegten Zielgrößen erreicht worden sind, und wenn nicht, warum nicht. **Größenabhängige Erleichterungen** kommen **nicht** zur Anwendung (§§ 326 Abs. 1 S. 1, 267 Abs. 1 HGB). Die Gesellschaft gilt bei dieser Bilanzsumme und Arbeitnehmeranzahl als „groß“ im Sinne des Handelsrechts.

2. Da die FCE GmbH & Co. KG die Zielgrößen in der Geschäftsführung und im Aufsichtsrat gegebenenfalls auf 0 % festlegen wird, wird aber **keine Begründungspflicht**⁴² **entstehen** (vgl. § 289a Abs. 2 Nr. 4 HGB n. F.), weshalb diese **Zielgröße nicht erreicht** wurde. Denn eine Zielgröße von mindestens 0 % wird dann immer erreicht. Das mit der erweiterten Offenlegungspflicht verfolgte Ziel⁴³ **comply or explain** bzw. **naming and shaming** wird vorliegend also nur unzureichend erreicht. Zu erwarten ist allerdings, dass die Belegschaft, die schon gegenwärtig nennenswert mobilisiert werden konnte, weiter an ihren Forderungen festhalten und insoweit auch die **Unruhe** im Unternehmen aufrechterhalten wird.

3. Versteht man die Berichtspflicht so weit, dass auch eine **Beschreibung der Führungsebenen** vorgenommen werden muss, und hat die Gesellschaft nur eine Führungsebene, so soll auch dies in den Bericht aufzunehmen sein.⁴⁴

Ergebnis

Der Lagebericht ist künftig zu erweitern. Sollten die Zielgrößen in der Geschäftsführung und im Aufsichtsrat tatsächlich auf 0 % festgelegt werden, entsteht keine weitere Begründungspflicht.

► Inhaltsverzeichnis

⁴¹ Starck, DStR 2008, 2035 (2036).

⁴² Im Erg. ebenso Müller-Bonanni/Forst, GmbHR 2015, 621 (626).

⁴³ Winter/Marx/De Decker, DB 2015, 1331 (1335).

⁴⁴ Seibt, ZIP 2015, 1193 (1207).

KLAUSUR – STRAFRECHT

Dr. Philipp Kauffmann, LL.M./Prof. Dr. Christian F. Majer/VorsRiLG Andreas Heidrich*

„Eine verhängnisvolle Urlaubsfahrt“ Schwerpunktbereichsklausur

Sachverhalt

A (20 Jahre alt) befindet sich mit dem Beifahrer, seinem Bruder B (17 Jahre alt), auf dem Weg in den Skiurlaub nach Tirol. Das Mobiltelefon von A liegt in der Mittelkonsole. Nebenher isst er einen Apfel. Als A auf der A 93 Richtung Kufstein auf der Gegenfahrbahn mehrere ineinander verkeilte Fahrzeuge sieht, bremst er relativ stark, um den Unfall genauer zu betrachten. Ein Rettungswagen ist dabei, Verletzte einzuladen, was lediglich A vor dem Bremsen sofort bemerkt. Dabei fällt das Mobiltelefon auf den Boden. A nimmt es - ohne Wissen des B - auf und legt es wieder an seinen Platz. Der mit einem Abstand von 50m (bei einer Geschwindigkeit von 130 km/h) hinter ihm fahrende C kann ihm gerade noch ausweichen. A rechtfertigt sich später damit, er habe schauen wollen, ob Hilfe erforderlich sei. Den Apfelbutzen übergibt er dem B zur Entsorgung, der diesen aus dem Fenster ins Gebüsch wirft; über das Erlaubtsein dieses Verhaltens haben sich weder A noch B Gedanken gemacht.

Zehn Minuten später fährt er, weil er ein „dringendes Bedürfnis“ verspürt, auf den Parkplatz einer Tankstelle. Da die Toilette besetzt ist, begibt sich A in den angrenzenden Wald und pinkelt an einen in der Nähe des Parkplatzes stehenden Baum, an einer Stelle, wo er vom Parkplatz und der Tankstelle aus nicht beobachtet werden konnte. In der Zwischenzeit begab sich B in die Tankstelle und erwarb an der Kasse bei dem zuständigen Tankstelleninhaber T, der B aufgrund seiner Statur für volljährig hält, 4 Dosen „Rum-Cola“. Auf dem Parkplatz trinken A und B jeweils die zwei Dosen. A hat zwar zunächst Bedenken, setzt sich aber wieder hinters Steuer, da er sich als geübter Trinker fahrtüchtig hält (A hat tatsächlich 0,55 ‰, B sogar 0,8 ‰).

Später, im Grenztunnel Deutschland-Österreich, übersieht A das Tempo 80-Schild. Auf Nachfrage erläutert B, dass er auch kein Schild gesehen habe, weshalb A glaubt, mit 95 km/h konstant weiterfahren zu können. Infolgedessen fährt er auf ein vor ihm fahrendes PKW auf. Der Unfall ereignet sich bereits auf der österreichischen Seite. Verletzt wird niemand, es entsteht aber erheblicher Sachschaden.

Fallfrage:

Haben sich A, B und T ordnungswidrig verhalten? Alle in Betracht kommenden Tatbestände sind zu prüfen; auf die Konkurrenzen ist einzugehen.

* Der Verfasser *Dr. Kauffmann* ist Lehrbeauftragter an der Hochschule für Verwaltung und Finanzen Ludwigburg und Rechtsanwalt bei Kullen Müller Zinser in Sindelfingen. Der Verfasser *Prof. Dr. Majer* ist Inhaber des Lehrstuhls für Zivilrecht und Strafrecht an der Hochschule für Verwaltung und Finanzen Ludwigburg. Der Autor *Andreas Heidrich* ist Vorsitzender Richter am Landgericht Karlsruhe (Berufungsstrafkammer).

Gliederung**Tatkomplex 1: „Der Beinahe-Unfall“****A) Ordnungswidrigkeit des A**

I. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 1 Nr. 22, 23 Abs. 1a StVO (Benutzung des Mobiltelefons)

1. Tatbestand
 - a) Führen eines Kraftfahrzeugs
 - b) Benutzung

2. Ergebnis

II. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm § 49 Abs. 1 Nr. 4, 4 Abs. 1 Satz 2 StVO (Bremsmanöver)

1. Tatbestand
2. Rechtswidrigkeit
 - a) Notstand
 - b) Zwischenergebnis

3. Vorwerfbarkeit

- a) Vorsatz
- b) Erlaubnisirrtum

4. Ergebnis

III. § 24 Abs. 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO (Bremsmanöver)

IV. §§ 69 Abs. 1 Nr. 2, 28 Abs. 1 KrWGiVm § 14 OwiG (Apfel)

1. Tatbestand
 - a) Voraussetzungen der Beteiligung
 - b) Sonderdelikt / Allgemeindelikt
 - c) Einheitstätersystem
2. Rechtswidrigkeit
3. Vorwerfbarkeit
 - a) Ausschluss wegen vermeidbaren Verbotsirrtum des B
 - b) Zwischenergebnis
4. Ergebnis

B) Ordnungswidrigkeiten des B

I. §§ 69 Abs. 1 Nr. 2, 28 Abs. 1 KrWG (Apfel)

1. Tatbestand
2. Rechtswidrigkeit
3. Vorwerfbarkeit
 - a) Verbotsirrtum
 - b) Zwischenergebnis

4. Ergebnis

II. § 24 Abs. 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 1 Nr. 27, 32 Abs. 1 StVO (Apfel)

III. § 24 Abs. 1 StVG iVm § 49 Abs. 1 Nr. 22, 23 Abs. 1a StVO und iVm § 14 Abs. 1 OwiG (Mobiltelefon)

Tatkomplex 2: „Verhalten an der Raststätte“**A) Ordnungswidrigkeiten des T wegen dem Verkauf der Dosen**

I. §§ 28 Abs. 1 Nr. 10, 9 Abs. 1 Nr. 1 JuSchG

1. Tatbestand
 - a) Veranstalter/ Gewerbetreibender
 - b) Branntwein
 - c) Alter

2. Rechtswidrigkeit

3. Vorwerfbarkeit

- a) Tatbestandsirrtum
- b) Zwischenergebnis

4. Ergebnis

II. §§ 28 Abs. 4, Abs. 1 Nr. 10, 9 Abs. 1 JuSchG

III. §§ 28 Abs. 1 Nr. 11a, 9 Abs. 4 JuSchG

1. Tatbestand

2. Ergebnis

IV. § 24a Abs. 1 StVG iVm § 14 OwiG

B) Ordnungswidrigkeiten des A

I. § 118 OwiG (Pinkeln)

1. Tatbestand

- a) Verstoß gegen Gemeinschaftswerte
- b) Belästigung der Allgemeinheit

2. Rechtswidrigkeit

3. Vorwerfbarkeit

II. §§ 28 Abs. 1 Nr. 10, 9 Abs. 1 JuSchG iVm. § 14 OwiG (Kauf der Dosen)

III. §§ 28 Abs. 4, Abs. 1, 9 Abs. 1 JuSchG

(Beteiligung an dem Ausschank an B)

IV. § 24 a Abs. 1 StVG (Weiterfahrt)

1. Tatbestand

2. Rechtswidrigkeit

3. Vorwerfbarkeit

a) Tatbestandsirrtum

b) Fahrlässigkeit

4. Ergebnis

V. § 24 c StVG (Weiterfahrt)

1. Tatbestand

2. Rechtswidrigkeit

3. Vorwerfbarkeit

a) Verbotsirrtum

b) Zwischenergebnis

4. Ergebnis

C) Ordnungswidrigkeiten des B gem. §§ 24a Abs. 1, 24c StVG iVm § 14 OwiG**Tatkomplex 3: „Die Grenzfahrt“****A) Ordnungswidrigkeiten des A**

I. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 1 Nr. 3, 3 StVO (Zu-Schnell-Fahren)

II. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 3 Nr. 4, 41 Abs. iVm Zeichen 274 (Zu-Schnell-Fahren)

1. Tatbestand

2. Rechtswidrigkeit

3. Vorwerfbarkeit

a) Erlaubnisirrtum

b) Tatbestandsirrtum

4. Ergebnis

III. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO (Unfall)

IV. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm. §§ 49 Abs. 1 Nr. 29, 34 Abs. 1 StVO (Unfall)

B) Ordnungswidrigkeit des B gem. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 3 Nr. 4, 41 I iVm Zeichen 274 iVm § 14 OwiG (Zu-Schnell-Fahren)

I. Tatbestand

II. Ergebnis

Gutachten

Tatkomplex 1: „Der Beinahe-Unfall“

A) Ordnungswidrigkeit des A

I. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 1 Nr. 22, 23 Abs. 1a StVO (Benutzung des Mobiltelefons)

A könnte eine Ordnungswidrigkeit gem. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 1 Nr. 22, 23 Abs. 1a StVO begangen haben.

A müsste eine Ordnungswidrigkeit begangen haben, mit der die Voraussetzungen einer Ordnungswidrigkeit erfüllt werden. Eine Ordnungswidrigkeit ist eine tatbestandmäßige, rechtswidrige und vorwerfbare Handlung im Sinne des § 1 Abs. 1 OWiG.

1. Tatbestand

A müsste eine tatbestandmäßige Handlung begangen haben. Gemäß § 23 Abs. 1a StVO ist einem Fahrzeugführer die Benutzung eines Mobil- oder Autotelefon unter sagt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Kraftfahrzeug steht und der Motor ausgeschaltet ist, § 23 Abs. 1a Satz 2 StVO.

a) Führen eines Kraftfahrzeugs

Gemäß § 1 Abs. 2 StVG sind Kraftfahrzeuge Landfahrzeuge, die durch Maschinenkraft bewegt werden, ohne an Bahngleise gebunden zu sein. Erfasst sind auch Mofas, motorisierte Krankenfahrstühle und selbstfahrende Arbeitsmaschinen. Nicht erfasst sind wegen Betriebsunfähigkeit abgeschleppte Fahrzeuge (vgl. § 18 Abs. 1 StVZO) sowie Wasser- und Luftfahrzeuge.

Der Begriff des Führens setzt voraus, dass das Fahrzeug in Bewegung gesetzt wird; Führer eines Kraftfahrzeugs ist folglich derjenige, wer sich selbst mindestens eines Teils der wesentlichen Einrichtungen des Fahrzeugs bedient, die für seine Fortbewegung bestimmt sind. Die bloße Beteiligung als Beifahrer reicht daher in aller Regel nicht aus. Ausschlaggebend ist, dass die Motorkraft des Fahrzeugs genutzt wird, um es zu bewegen.

Hinweis

Gemäß § 2 XV Satz 2 StVG gilt im Rahmen von Ausbildungsfahrten auch der Fahrlehrer „im Sinne dieses Gesetzes als Führer des Kraftfahrzeuges“, wenn er den am Steuer sitzenden und noch nicht im Besitz einer Fahrerlaubnis befindlichen Fahrschüler begleitet. Die Vorschrift dient ihrem Sinn und Zweck nach dem Schutz des Fahrschülers, in dem sie ihn von einer Strafbarkeit gemäß § 21 StVG bewahrt und an seiner Stelle den Fahrlehrer der zivilrechtlichen Gefährdungshaftung nach § 18 StVG verwirft.¹ Ohne diese gesetzliche Fiktion des § 2 XV Satz 2 StVG würde der Fahrschüler, der während der Ausbildungsfahrt am Steuer sitzt, als Fahrzeugführer die Tatbestände der §§ 21, 18 StVG verwirklichen, was vom Gesetz weder gewollt ist, da die erforderliche Fahrerlaubnis zunächst noch erworben werden soll.

b) Benutzung

Des Weiteren müsste A während des Führens eines Kraftfahrzeugs ein Mobiltelefon benutzt haben. Der Begriff „Nutzung“ des Mobiltelefons wird in der obergerichtlichen Rechtspre-

chung unterschiedlich ausgelegt. Nach einer Auffassung ist dem Fahrzeugführer die Benutzung eines Mobiltelefons untersagt, wenn er hierfür das Mobiltelefon lediglich aufnimmt oder hält. Nicht erforderlich ist, dass tatsächlich eine Telefonverbindung hergestellt wird. Nach vereinzelter Auffassung fallen unter das Verbot des § 23 Abs. 1a StVO auch die Tätigkeiten, die nur die Vorbereitung der Nutzung gewährleisten sollen, da es sich auch dabei um eine bestimmungsmäßige Verwendung bzw. derer Vorbereitung handelt.² Nach anderer Auffassung³ soll unter dem Begriff der Benutzung eines Mobiltelefons nicht das Aufnehmen des Geräts, beispielsweise um es von einem Ablageort an einen anderen zu legen, erfasst sein. Voraussetzung ist, dass zumindest eine Bedienfunktion vorliegen muss (Verwendung der Organisator-Funktionen, z.B. als Kalender, oder Ablesung der Uhrzeit auf dem Handydisplay.⁴ Der Druck auf ein berührungsempfindliches Display würde zweifelsohne der Betätigung ähnlich eines Schalters gleichstehen.

A hat ein Kraftfahrzeug, in dem er auf der Autobahn gefahren ist, im Straßenverkehr geführt. Aufgrund des abrupten Bremsmanövers musste A das von der Mittelkonsole heruntergefallene Mobiltelefon wieder aufheben. Bereits von seinem Wortstamm her, weist diese Handhabung keinerlei Bezug zu einer der Funktionen des Geräts auf. Gleiches ergibt sich aus dem Sinngehalt, wonach nicht jedes in die Handnehmens eines Mobiltelefons (während der Fahrt) als tatbestandmäßige Benutzung verstanden werden kann. Der Wechsel des Ablageortes ist daher nicht als tatbestandsrelevant zu qualifizieren (andere Ansicht vertretbar).

Hinweis

(1) Nach neuerer Rechtsprechung ist § 23 Abs. 1a Satz 1 StVO nicht einschlägig, wenn ein zur Tatzeit nicht aktiv in das Fahrgeschehen eingreifender Fahrlehrer telefoniert. Insofern führt er kein Kraftfahrzeug im Sinne des § 23 Abs. 1a Satz 1 StVO.⁵ Danach kann § 23 Abs. 1a Satz 1 StVO nur von demjenigen verwirklicht werden, der das Fahrzeug in Bewegung setzt oder unter Handhabung seiner technischen Vorrichtungen während der Fahrtbewegung lenkt. Ein Führen allein „durch Worte“ reiche hierfür nicht aus, so dass nach herrschender Meinung der einer Ausbildungsfahrt nur mündlich anleitende Fahrlehrer kein Fahrzeugführer ist, solange er nicht manuell in die Steuerung des Wagens eingreift.⁶

(2) Nach einer neuen Entscheidung des OLG Hamm⁷ liegt ein Verstoß gegen § 23 Abs. 1a StVO nicht vor, wenn das Fahrzeug steht und der Motor in Folge eines automatischen Ausschaltens des Motors (sogenannte „Start – Stop – Funktion“) ausgeschaltet ist. Das Oberlandesgericht ist der Auffassung, dass das Gesetz nicht zwischen einer manuellen oder automatischen Abschaltung des Motors differenziert. Dies ist insbesondere beim Anhalten vor einer roten Ampel oder bei einem

² Vgl. OLG Hamm, NZV 2003, 1998.

³ Vgl. OLG Köln, NZV 2005, 247.

⁴ Vgl. OLG Hamm, NZV 2005, 548.

⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.07.2013 – IV – 1 RBS 80/13.

⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 23.09.2014 – 4 StR 92/14.

⁷ Beschluss vom 09.09.2014 – 1 RBS 1/14.

¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.07.2013 – IV – 1 RBS 80/13.

längeren Stillstand wie zum Beispiel im Stau, von erheblicher Relevanz. Denn während derjenige, der im Stau bei laufendem Motor telefoniert, tatbestandsmäßig handelt, kann das Telefonieren eines Fahrzeugführers, der ein Kraftfahrzeug mit „Start-Stop-Funktion“ führt, nicht als Ordnungswidrigkeit geahndet werden.

2. Ergebnis

A hat den objektiven Tatbestand nicht erfüllt. Eine Ordnungswidrigkeit nach § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 1 Nr. 22, 23 Abs. 1a StVO liegt nicht vor.

II. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm § 49 Abs. 1 Nr. 4, 4 Abs. 1 Satz 2 StVO (Bremsmanöver)

A könnte eine Ordnungswidrigkeit nach § 24 StVG iVm § 49 Abs. 1 Nr. 4, 4 Abs. 1 Satz 2 StVO begangen haben.

1. Tatbestand

A als Fahrzeugführer ist Verkehrsteilnehmer und somit tauglicher Täter.

A müsste als Vorausfahrender ohne zwingenden Grund stark gebremst haben. Zwar wird im allgemeinen Sprachgebrauch ein starkes Bremsen einer Vollbremsung gleichgestellt. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es im Rahmen des Gesetzes nicht auf die Intensität des Bremsvorgangs, sondern vielmehr auf den Überraschungseffekt ankommt.⁸ Ein plötzliches Abbremsen ist dann als starkes Abbremsen im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 2 StVO zu qualifizieren, wenn es deutlich über das Maß des normalen Bremsvorganges hinausgeht.

A hat nur deshalb stark abgebremst, weil er den auf der Gegenfahrbahn eingetretenen Unfall genauer betrachten wollte. Laut Sachverhalt ist davon auszugehen, dass A über das normale Maß hinweg gebremst hat. Ein zwingender Grund zum starken Bremsen bestand zudem nicht.

2. Rechtswidrigkeit

a) Notstand

Die Tat müsste rechtswidrig gewesen sein. Dies ist dann der Fall, wenn keine Rechtfertigungsgründe vorliegen. In Betracht kommt eine Rechtfertigung wegen Notstand gemäß § 16 OwiG.

aa) Notstandslage

Es müsste eine gegenwärtige Gefahr für ein dort genanntes Rechtsgut vorliegen. Eine Gefahr ist ein Zustand, in dem aufgrund tatsächlicher Umstände die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses besteht.⁹ Die Gefahr ist gegenwärtig, wenn bei natürlicher Weiterentwicklung der Dinge der Eintritt eines Schadens sicher oder doch höchstwahrscheinlich ist, falls nicht alsbald Abwehrmaßnahmen ergriffen werden, oder wenn der ungewöhnliche Zustand nach menschlicher Erfahrung und natürlicher Weiterentwicklung der gegebenen Sachlage jederzeit in einen Schaden umschlagen kann.¹⁰ Der zu diesem Zeitpunkt eingetretene Unfall stellte eine gegenwärtige Gefahr für das Leben oder Leib der in den Verkehrsunfall verwickelten Personen dar. Insofern war – objektiv

– ernstlich damit zu rechnen, dass eine Lebensgefahr für mögliche Verletzte bestand.

bb) Notstandshandlung

Fraglich ist jedoch, ob die Gefahr nicht anders abwendbar gewesen ist. Dies ist dann der Fall, wenn das Bremsmanöver geeignet und erforderlich war, um die auf der Gegenseite bestehende Gefahr abzuwenden. Es darf kein weniger einschneidendes Abwendungsmittel zur Verfügung stehen. Laut Sachverhalt war bereits ein Rettungswagen vor Ort, der die Verletzten versorgte. Insoweit erscheint es bereits fraglich, ob das Bremsmanöver geeignet gewesen war, um die andauernde Gefahr zu beseitigen. Letztendlich kann dies jedoch dahin gestellt bleiben, da die Verhaltensweise nicht erforderlich gewesen war. Aufgrund der Versorgung der Verletzten durch die anwesenden Rettungsärzte konnte eine Abwendung des drohenden Schadens gar nicht mehr erfolgen.

b) Zwischenergebnis

Eine Rechtfertigung wegen Notstand scheidet aus.

3. Vorwerfbarkeit

a) Vorsatz

A müsste auch vorwerfbar gehandelt haben, §§ 1, 12 OwiG. A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz umfasst das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung. Dabei reicht auch fahrlässiges Handeln aus, wenn es ausdrücklich vom Gesetz benannt wird. A hat das Bremsmanöver, durch welches der objektive Tatbestand erfüllt wurde, wissentlich vorgenommen. Er hat plötzlich und abrupt abgebremst, um zu sehen, was sich auf der Gegenfahrbahn abgespielt hat. Vorsätzliches Handeln ist daher gegeben.

b) Erlaubnisirrtum

Fraglich ist jedoch, ob A einem Erlaubnisirrtum unterlegen ist. Ein Erlaubnisirrtum stellt prinzipiell einen umgekehrten Verbotsirrtum dar. Da dieser gesetzlich nicht normiert ist, findet § 11 Abs. 2 OwiG entsprechend (analog) Anwendung.

A rechtfertigte sich damit, er habe nachsehen wollen, ob Hilfe an dem Unfallort erforderlich ist. Dies könnte als irriige Annahme eines tatsächlich nicht existierenden Rechtfertigungsgrundes gewürdigt werden, insbesondere bei Unfällen auf der Gegenfahrbahn ein Recht zum starken Abbremsen zu besitzen. Für eine solche Annahme sind im Sachverhalt jedoch keine Anhaltspunkte vorhanden. Selbst bei Unterstellung einer solchen Annahme würde jedoch der Erlaubnisirrtum an der Prüfung der Vermeidbarkeit analog § 11 Abs. 2 OwiG scheitern. A hätte erkennen können, dass ein solches Verhalten im Straßenverkehr gegen Ge- bzw. Verbote verstößt.

4. Ergebnis

A hat mit dem abrupten Bremsmanöver auf der Autobahn eine Ordnungswidrigkeit nach § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm § 49 Abs. 1 Nr. 4, 4 Abs. 1 Satz 2 StVO begangen.

⁸ OLG Hamm DAR 1973, 167.

⁹ Vgl. BGH 18, 271.

¹⁰ BGH 5, 373.

Hinweis

Nach herrschender Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass die beabsichtigte Aufnahme eines Fahrgastes in ein Taxi kein zwingender Grund im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 2 StVO darstellt. Mit anderen Worten: Bremst ein Taxi auf der Suche nach Fahrgästen bspw. innerorts abrupt ab, so erfüllt dies grundsätzlich den Tatbestand des § 4 Abs. 1 Satz 2 StVO. Zur Frage des „Ausbremsens“ und der gleichzeitigen Verwirklichung des Strafdelikts des § 240 Abs. 1 StGB vgl. die Entscheidung des OLG Karlsruhe.¹¹

III. § 24 Abs. 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO (Bremsmanöver)

A könnte weiterhin eine Ordnungswidrigkeit nach § 24 StVG iVm § 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO begangen haben.

1. Tatbestand

A ist Fahrzeugführer und Verkehrsteilnehmer (s.o.).

Das Opfer der Ordnungswidrigkeit muss ein Anderer sein. Der Begriff „Anderer“ umfasst dabei nicht nur Verkehrsteilnehmer.¹² Es spielt keine Rolle, ob sich der von der Tat betroffene Andere selbst rechtswidrig verhält oder in einem rechtswidrigen Zustand befindet. Bei C handelt es sich folglich um einen Anderen. Unerheblich ist, ob der Abstand von 50 Meter bei einer Geschwindigkeit von 130 km/h dem Mindestabstand genügte. Ausreichend ist, dass A den C durch das Bremsmanöver geschädigt, gefährdet oder mehr, als nach den Umständen und vermeidbar, behindert, oder belästigt haben. Das plötzliche Abbremsen hat dazu geführt, dass C dem A „gerade noch ausweichen“ konnte. Dies stellt zumindest eine konkrete Gefährdung dar.

Die Gefährdung beruhte auch darauf, dass A ohne zwingenden Grund stark abgebremst hat. Sein Verhalten war daher kausal („conditio-sine-qua-non“-Formel).

2. Rechtswidrigkeit

Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit.

3. Vorwerfbarkeit

A handelte auch vorwerfbar (s.o.). A hat eine Ordnungswidrigkeit nach § 24 StVG iVm § 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO begangen.

IV. §§ 69 Abs. 1 Nr. 2, 28 Abs. 1 KrWGiVm § 14 OwiG (Apfel)

A könnte sich an der Ordnungswidrigkeit des B gem. §§ 69 Abs. 1 Nr. 2, 28 Abs. 1 KrWG beteiligt haben.

1. Tatbestand**a) Voraussetzungen der Beteiligung**

B hat den objektiven Tatbestand der Ordnungswidrigkeit erfüllt (s.u.). Er hat als Beifahrer während der Fahrt den Apfel achtlos aus dem Fenster geworfen. Zwar unterlag er einem Verbotsirrtum gemäß § 11 Abs. 2 OwiG. Der Irrtum war jedoch vermeidbar, sodass eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und

vorwerfbare Handlung des A vorlag. Die Voraussetzungen einer Beteiligung gemäß § 14 Abs. 2, 3 OwiG liegen vor.

b) Sonderdelikt / Allgemeindelikt

Es ist gleichwohl fraglich, ob die Beteiligung an einem Umweltdelikt möglich ist. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn es sich bei § 28 KrWG um ein Sonderdelikt oder eigenhändiges Delikt handelt. Als Sonderdelikte bezeichnet man solche Delikte, die lediglich durch einen bestimmten Täterkreis verwirklicht werden können, beim Täter also ein besonderes persönliches Merkmal voraussetzen. Als eigenhändige Delikte werden solche bezeichnet, die zwar nicht auf einen bestimmten Täterkreis beschränkt sind, allerdings nur von demjenigen begangen werden können, der die tatbestandliche Handlung selbst, also eigenhändig, begeht.

Nach herrschender Auffassung handelt es sich bei § 28 KrWG um ein Allgemeindelikt. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Norm, wonach - im Allgemeinen - Abfälle zum Zweck der Beseitigung in den dafür zugelassenen Anlagen oder Einrichtungen belagert werden dürfen. Zudem beinhaltet § 28 KrWG kein Unrecht, welches lediglich täterschaftlich verwirklicht werden könnte.

c) Einheitstätersystem

Voraussetzung einer Beteiligung ist, dass sich jemand an einer Ordnungswidrigkeit eines anderen beteiligt. Im Gegensatz zum differenzierten Strafrechtssystem der §§ 25-27 StGB liegt dem Ordnungswidrigkeitenrecht ein Einheitstätersystem zugrunde. Danach wird im Rahmen des § 14 OwiG nicht zwischen Täter und Beteiligten unterschieden. Der Wortlaut „so handelt jeder von ihnen ordnungswidrig“ im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 1 Abs. 2 OwiG gibt vor, dass jeder Beteiligte Täter der Ordnungswidrigkeit eines anderen ein vorsätzlicher Tatbeitrag geleistet wird. Es muss folglich doppelter Vorsatz bezüglich der Haupttat und des eigenen Tatbeitrags vorliegen.

Indem A dem B den Apfel mit der Bitte übergab, diesen zu entsorgen, hat er eine tatbestandsmäßige Beteiligungshandlung vorgenommen. Unerheblich ist dabei, ob es sich um eine beihilfe- oder anstiftungsähnliche Beteiligung handelt. Gleiches gilt überdies im Hinblick der Einstufung des Verhaltens als aktive Handlung (Rauswerfen) oder als Teilnahme durch Unterlassen gemäß § 8 OwiG, da eine Garantenstellung aus der Sachherrschaft über das Kraftfahrzeug besteht und somit die Voraussetzung einer Beteiligung durch Unterlassen gegeben wäre.

2. Rechtswidrigkeit

Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit.

3. Vorwerfbarkeit**a) Ausschluss wegen vermeidbaren Verbotsirrtum des B**

A müsste Vorsatz bezüglich der rechtswidrigen vorsätzlichen Handlung des B gehabt haben. A übergab B den Apfel mit dem Willen, diesen entsorgt zu bekommen.

¹¹ Vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 24.04.1997 - 3 Ss 53/97.

¹² Vgl. *Burmann/Hess/Jahnke/Janker/Hess*, § 21 Nr. 72.

Fraglich ist jedoch, ob der bei B bestehende vermeidbare Verbotsirrtum die Beteiligung gemäß § 14 OWiG ausschließt. Nach herrschender Rechtsprechung ist eine Beteiligung ausgeschlossen, wenn bei einem Beteiligten im Rahmen der Tatbestandsverwirklichung der Vorsatz fehlt oder ein den Vorsatz ausschließender Tatbestandsirrtum nach § 11 Abs. 1 Satz 1 OWiG vorliegt. Dagegen soll eine Beteiligung möglich bleiben, wenn die Verantwortlichkeit gemäß § 12 OWiG ausgeschlossen ist oder ein unvermeidbarer Verbotsirrtum gemäß § 11 Abs. 2 OWiG vorliegt. Im vorliegenden Fall unterlag der B einem unvermeidbaren Verbotsirrtum gemäß § 11 Abs. 2 OWiG. Insofern vermag dieser, da der Vorsatz grundsätzlich bestehen bleibt, einer Beteiligung nicht entgegen zu stehen.

b) Zwischenergebnis

A handelte vorwerfbar.

4. Ergebnis

A hat sich daher gemäß §§ 69 Abs. 1 Nr. 2, 28 Abs. 1 KrWGiVm § 14 OWiG ordnungswidrig verhalten.

B) Ordnungswidrigkeiten des B

I. §§ 69 Abs. 1 Nr. 2, 28 Abs. 1 KrWG (Apfel)

1. Tatbestand

B könnte eine Ordnungswidrigkeit gemäß §§ 69 Abs. 1 Nr. 2, 28 Abs. 1 KrWG begangen haben.

Dann müsste B entgegen § 28 Abs. 1 Satz 1 KrWG vorsätzlich oder fahrlässig Abfälle zur Beseitigung behandelt, gelagert oder abgelagert haben. Gemäß § 3 Abs. 1 KrWG sind Abfälle im Sinne dieses Gesetzes alle Stoffe oder Gegenstände, derer sich ihr Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss. Abfälle zur Verwertung sind Abfälle, die verwertet werden.

Bei dem Apfel handelt es sich folglich um einen Gegenstand, der unter die Begriffsbestimmung zu subsumieren ist. Indem B den Apfel aus dem fahrenden Auto warf, hat er auch entgegen § 28 KrWG den Apfel nicht in den dafür zugelassenen Anlagen entsorgt.

2. Rechtswidrigkeit

Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit.

3. Vorwerfbarkeit

Fraglich ist jedoch, ob B vorwerfbar gehandelt hat.

a) Verbotsirrtum

Die Vorwerfbarkeit könnte wegen eines Irrtums ausgeschlossen sein. In Betracht kommt ein Verbotsirrtum gemäß § 11 Abs. 2 OWiG. Danach handelt ein Täter dann nicht vorwerfbar, wenn der Irrtum nicht vermieden werden konnte.

Von einem Verbotsirrtum ist auszugehen, wenn das Unrechtsbewusstsein fehlt, mithin bei Einsatz aller geistigen Erkenntniskräfte und ggf. unter Ausräumung vorhandener Zweifel durch Nachdenken der Irrtum über das Verbotensein des Tuns nicht vermeidbar war. Zwar könnte vorliegend angenommen werden, dass sich B über das Verboten sein keinerlei Gedanken gemacht hat. Allerdings gilt grundsätzlich, dass Unwissenheit nicht vor Strafe schützt. Vorausgesetzt wird folglich ein allgemeines Unrechtsbewusstsein.

Der Irrtum war für B jedoch vermeidbar. B hätte sich darüber informieren können, ob das achtlose Wegschmeißen von Abfall ein sorgfaltswidriges Verhalten darstellt. Insofern muss von einer Vermeidbarkeit des Irrtums ausgegangen werden, die den Vorsatz unberührt lässt (andere Ansicht vertretbar).

b) Zwischenergebnis

B handelte vorwerfbar.

4. Ergebnis

B hat daher eine Ordnungswidrigkeit gemäß §§ 69 Abs. 1 Nr. 2, 28 Abs. 1 KrWG begangen.

II. § 24 Abs. 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 1 Nr. 27, 32 Abs. 1 StVO (Apfel)

B könnte eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 24 Abs. 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 1 Nr. 27, 32 Abs. 1 StVO begangen haben.

Gemäß § 32 Abs. 1 StVO ist es verboten, die Straße zu beschmutzen oder Gegenstände auf Straßen zu bringen oder dort liegen zu lassen, wenn dadurch der Verkehr gefährdet oder erschwert werden kann. Zwar ist von einer Beschmutzung der Straße oder in Verkehr bringen von Gegenständen auf Straßen durch das Wegschmeißen des Apfels auszugehen. Gleichwohl ist hierdurch eine Verkehrsgefährdung („und dadurch“) nicht eingetreten.

B hat sich daher nicht gemäß § 24 Abs. 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 1 Nr. 27, 32 Abs. 1 StVO ordnungswidrig verhalten.

III. § 24 Abs. 1 StVG iVm § 49 Abs. 1 Nr. 22, 23 Abs. 1a StVO und iVm § 14 Abs. 1 OWiG (Mobiltelefon)

Eine Ordnungswidrigkeit ist bereits deshalb nicht gegeben, da sich das Benutzungsverbot von Mobiltelefonen ausschließlich an den Fahrzeugführer richtet. Es handelt sich folglich um ein Sonderdelikt. Da lediglich A Fahrzeugführer ist, kann B den objektiven Tatbestand des Bußgeldtatbestandes nicht als Täter erfüllt haben.

Gleiches gilt bei der Frage, ob sich B an der Tat des A gemäß § 14 Abs. 1 OWiG beteiligt hat. Eine Beteiligung liegt bereits deshalb nicht vor, da keine tatbestandsmäßige Handlung eines anderen als Voraussetzung vorliegt.

Tatkomplex 2: „Verhalten an der Raststätte“

A) Ordnungswidrigkeiten des T wegen dem Verkauf der Dosen

I. §§ 28 Abs. 1 Nr. 10, 9 Abs. 1 Nr. 1 JuSchG

T könnte sich, indem er dem B Alkohol verkauft hat, gem. §§ 28 Abs. 1 Nr. 10, 9 Abs. 1 Nr. 1 JuSchG ordnungswidrig verhalten haben.

1. Tatbestand

a) Veranstalter/ Gewerbetreibender

A müsste Veranstalter oder Gewerbetreibender sein. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass T Inhaber der Tankstelle ist. Er ist also Gewerbetreibender.

Hinweis

Unproblematisch wäre ebenfalls der Ausschank von Alkohol durch einen angestellten Tankwart. Als Bevollmächtigter würde sein Handeln dem Inhaber gem. § 9 Abs. 2 OwiG zugerechnet werden.

b) Branntwein

T müsste dem B ein branntweinhaltiges Getränk verkauft haben. Bei Rum-Cola handelt es sich um ein branntweinhaltiges Getränk, vgl. § 130 BranntwMonG.

c) Alter

B müsste Jugendlicher iSd § 1 Abs. 1 Nr. 2 JuSchG sein. B ist zur Tatzeit 17 Jahre alt und damit Jugendlicher. Ein Ausschlussgrund nach §§ 9 Abs. 2, 1 Abs. 1 Nr. 3 JuSchG liegt nicht vor, da es sich bei A um keine personensorgeberechtigte Person handelte.

2. Rechtswidrigkeit

Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit.

3. Vorwerfbarkeit

T müsste vorwerfbar gehandelt haben.

a) Tatbestandsirrtum

T könnte sich in einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum gem. § 11 Abs. 1 OwiG befunden haben. T hält den B aufgrund seines Aussehens und seiner Statur für volljährig. Er geht daher davon aus, zum Ausschank berechtigt zu sein. Vorsätzliches Handeln scheidet daher aus. Unberührt bleibt das Vorgehen wegen Fahrlässigkeit.

T hätte den B nach seinem Alter fragen und sich den Personalausweis vorlegen lassen können. Das Unterlassen stellt eine grobe Verletzung der Sorgfaltspflicht als Gewerbetreibender dar.

b) Zwischenergebnis

T handelte vorwerfbar.

4. Ergebnis

T hat sich wegen fahrlässigem Handeln gem. §§ 28 Abs. 1 Nr. 10, 9 Abs. 1 Nr. 1 JuSchG ordnungswidrig verhalten (andere Ansicht vertretbar).

Hinweis

Nach einer Entscheidung des OLG Naumburg¹³ liegt eine schuldhaftige Abgabe alkoholischer Getränke an einen Jugendlichen nur dann vor, wenn dieser entweder tatsächlich so aussieht, als sei er noch nicht 18 Jahre alt, oder ein Zweifelsfall vorliegt, der die Verpflichtung nach sich zieht, das Lebensalter zu überprüfen.

II. §§ 28 Abs. 4, Abs. 1 Nr. 10, 9 Abs. 1 JuSchG

T könnte eine Ordnungswidrigkeit gemäß §§ 28 Abs. 4, Abs. 1 Nr. 10, 9 Abs. 1 JuSchG

wegen dem Verkauf begangen haben.

¹³ OLG Naumburg, Beschluss vom 13.09.2012 – 2 Ss (Bz) 83/12.

Der Tatbestand ist allerdings nicht verwirklicht, da die Vorschrift lediglich Verhaltensweisen von anderen Personen als den in Absatz 1 genannten Gewerbetreibenden und deren Bevollmächtigten erfasst.

Hinweis

Nach einer aktuellen Entscheidung¹⁴ zur unerlaubten Abgabe von Alkohol im Rahmen eines Testkaufs liegt eine „Abgabe“ an Jugendliche erst dann vor, wenn dem Minderjährigen die tatsächliche Gewalt über die Substanz überlassen wird. Dies sei nicht der Fall, wenn sich die Ware noch unbezahlt im Kassensbereich befindet. Nach einer anderen Ansicht¹⁵ soll ein Testkauf nicht gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens („fair-trial“-Grundsatz) verstoßen, wenn der Testkäufer die Schwelle zur Tatprovokation („agent provocateur“) nicht überschreitet. Dies sei der Fall, wenn sich der Testkäufer wie ein normaler Kunde verhält und nichts unternimmt, um Bedenken des Verkäufers über das Mindestalter zu zerstreuen.

III. §§ 28 Abs. 1 Nr. 11a, 9 Abs. 4 JuSchG

T könnte eine Ordnungswidrigkeit gemäß §§ 28 Abs. 1 Nr. 11a, 9 Abs. 4 JuSchG

wegen dem Verkauf begangen haben.

1. Tatbestand

A müsste alkoholhaltige Süßgetränke im Sinne des § 1 Abs. 2 und 3 des AlkopopStG an Minderjährige verkauft und in den Verkehr gebracht haben.

Bei den abgefüllten „Rum-Cola“-Dosen handelt es sich um ein Alkopop iSd § 1 Abs. 2 AlkopopStG. Die dort kumulativ genannten Voraussetzungen liegen vor. B ist zudem minderjährig (s.o.).

Allerdings dient das Gebot lediglich der Hinweis – bzw. Kennzeichnungspflicht. Ein Verstoß dagegen ist laut Sachverhalt nicht ersichtlich.

2. Ergebnis

Eine Ordnungswidrigkeit liegt nicht vor.

IV. § 24a Abs. 1 StVG iVm § 14 OwiG

Eine Ordnungswidrigkeit liegt nicht vor, da in der bloßen Bewirtung mit Alkohol im Normalfall keine ahnbare Beteiligung liegt – auch wenn der Ausschenkende mit der unter § 24a StVG fallenden Autofahrt rechnet.¹⁶ Das Ausschchenken von Alkohol stellt ein sozialadäquates Verhalten dar, dessen Folgen solange in den Verantwortungsbereich des trinkenden Gastes fallen, bis dieser erkennbar betrunken (vgl. §§ 28 Abs. 1 Nr. 9, 20 Nr. 2 GastG) ist und sich nicht mehr eigenverantwortlich verhalten kann.¹⁷

¹⁴ OLG Naumburg, Beschluss vom 13.09.2012 – 2 Ss (Bz) 83/12.

¹⁵ OLG Bremen, Beschluss vom 31.10.2011 – 2 SsRs 28/11.

¹⁶ So zutreffend Rengier, KK-OwiG, § 14 Rdn. 63 m.w.N.

¹⁷ vgl. BGHSt. 19, 152 = NJW 1964, 412; OLG Saarbrücken NJW-RR 1995, 968, 987 zum Gastwirt; für den privaten Gastgeber gilt dies entsprechend, vgl. BGHSt. 26, 35, 39 = NJW 1975, 1175.

B) Ordnungswidrigkeiten des A

I. § 118 OwiG (Pinkeln)

A könnte eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 118 OwiG wegen dem Pinkeln im Wald begangen haben.

1. Tatbestand

a) Verstoß gegen Gemeinschaftswerte

A müsste eine grob ungehörige Handlung vorgenommen haben, die geeignet war, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. Grob ungehörig ist eine Handlung (Unterlassung), die sich bewusst nicht in die für das gedeihliche Zusammenleben der Rechtsgemeinschaft erforderliche Ordnung einfügt¹⁸ und dadurch in einen deutlichen Widerspruch zur Gemeinschaftsordnung tritt. Das Pinkeln im Wald stellt eine solche Verletzung gegen die aufgestellte Gemeinschaftsordnung dar.

b) Belästigung der Allgemeinheit

Fraglich ist jedoch, ob die Handlung geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden. Ein Erfolgseintritt wird von § 118 Abs. 1 OwiG nicht vorausgesetzt, da es sich lediglich um ein (potenzielles) Gefährdungsdelikt handelt. Unter „Allgemeinheit“ wird ein individuell nicht abgrenzbarer Personenkreis verstanden. Die mögliche Belästigung kann physischer, aber auch psychischer Art sein. Ausreichend ist, dass A hierzu ein öffentliches Gelände aufsucht. Eine mögliche Belästigung könnte jedoch dadurch ausgeschlossen sein, dass die Örtlichkeit für Dritte nicht sichtbar bzw. einsehbar gewesen ist.

Aufgrund einer Abwägung ist davon auszugehen, dass das Verhalten des A ausreichend war, um schutzwürdige Interessen, wie bspw. ein natürliches Schamgefühl, zu beeinträchtigen. Denn auch eine nur ungewollte und nach den gegebenen Örtlichkeiten nicht zu erwartende Konfrontation mit einem nackten Körper reicht zur Tatbestandsverwirklichung aus.¹⁹ Von einem tatbestandsmäßigen Verhalten ist daher auszugehen.

2. Rechtswidrigkeit

Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit.

3. Vorwerfbarkeit

A handelte auch vorwerfbar, sodass sich A gemäß § 118 Abs. 1 OwiG ordnungswidrig verhalten hat.

Hinweis

Das Pinkeln in der Öffentlichkeit verstößt dagegen nicht gegen die Bußgeldvorschrift des § 69 KrWG. Etwas anderes gilt nach herrschender Rechtsprechung dagegen im Hinblick auf das Fäkieren der Straßen durch Tiere. Zum einen stellt dies eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung im Sinne des § 118 Abs. 1 OwiG dar; zum anderen ist anerkannt, dass das von einem an der Leine geführten Hundes auf einer Spiel- und Liegewiese abgesetzte und von dem Hundeführer nicht beseitigte Kothaufen in der Regel Abfall im Sinne des subjektiven und

objektiven Abfallbegriffes darstellt. Wer daher den von seinem Hund abgesetzten Kot nicht beseitigt, erfüllt den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit gemäß §§ 69 Abs. 1 Nr. 2, 28 Abs. 1 KrWG. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Voraussetzungen für eine Strafbarkeit nach § 326 Abs. 1 Nr. 1 StGB (Strafbarkeit des Hundeführers wegen umweltgefährdender Abfallbeseitigung) gegeben ist.²⁰ Insofern wird gemäß § 21 Abs. 1 OwiG lediglich das Strafgesetz angewendet.

II. §§ 28 Abs. 1 Nr. 10, 9 Abs. 1 JuSchG iVm. § 14 OwiG (Kauf der Dosen)

A könnte eine Ordnungswidrigkeit gemäß §§ 28 Abs. 1 Nr. 10, 9 Abs. 1 Nr. 1 JuSchG iVm § 14 OwiG begangen haben. Dann müsste er sich an der Tat des T beteiligt haben. Eine Beteiligung scheidet jedoch bereits deshalb aus, da der Kauf der Dosen mit B nicht abgesprochen war und A zunächst hiervon nichts wusste.

Überdies wäre eine Beteiligung ausgeschlossen, da nach herrschender Meinung eine Beteiligung an fahrlässig begangenen Ordnungswidrigkeiten ausscheidet (s.o.).

Hinweis

Um Wertungswidersprüche zu vermeiden geht die herrschende Meinung davon aus, dass entsprechend den strafrechtlichen Regelungen nur eine vorsätzliche Mitwirkung an der Tat eines anderen möglich ist. Die ordnungswidrigkeitenrechtlichen Teilnahmevorschriften würden ansonsten weit über den strafrechtlichen Teilnehmerkreis hinausgehen. Da Ordnungswidrigkeiten („Ahndung“) vom Unrechtsgehalt unter denen des Strafrechts („Strafe“) stehen, würden Widersprüche auftreten.

III. §§ 28 Abs. 4, Abs. 1, 9 Abs. 1 JuSchG (Beteiligung an dem Ausschank an B)

A könnte sich gemäß §§ 28 Abs. 4, 9 Abs. 1 JuSchG ordnungswidrig verhalten haben. Dies setzt jedoch voraus, dass A den Entschluss zum Trinkverhalten bzw. zum Einkauf der Dosen zumindest herbeigeführt oder gefördert hat. Dem Sachverhalt lassen sich keine Anhaltspunkte entnehmen, dass A als Person über 18 Jahre das Verhalten seines Bruders B entsprechend gesteuert hat.

Eine Ordnungswidrigkeit liegt nicht vor.

Hinweis

nach aktueller Rechtsprechung sollen die Tathandlungen des Herbeiführens oder Förderns denen der Anstiftung und Beihilfe im StGB entsprechen. Eine Ahndung ist daher nur möglich, wenn eine ahndungsfähige Haupttat vorliegt.²¹

¹⁸ BGH 13, 244.

¹⁹ Karlsruhe NSStZ – RR 00, 310.

²⁰ Nach Ansicht des Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 01.03.1991 – 5 Ss 300/91 wäre eine Strafbarkeit gemäß § 326 Abs. 1 Nr. 1 StGB nur dann einschlägig, wenn der Hundekot Gifte oder Erreger gemeingefährlicher und übertragbarer Krankheiten enthielte.

²¹ OLG Naumburg, Beschluss vom 13.09.2012 – 2 Ss (Bz) 83/12.

IV. § 24 a Abs. 1 StVG (Weiterfahrt)

A könnte sich gemäß § 24 a Abs. 1 StVG ordnungswidrig verhalten haben.

1. Tatbestand

Dann müsste A im Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug geführt haben, obwohl er mehr als 0,5 Promille Alkohol im Blut hatte.

A hat unstreitig ein Kraftfahrzeug im Straßenverkehr geführt. Zum Zeitpunkt der Weiterfahrt hatte A laut Sachverhalt eine Blutalkoholkonzentration von 0,55 Promille. Der Tatbestand ist daher verwirklicht.

2. Rechtswidrigkeit

Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit.

3. Vorwerfbarkeit

Fraglich ist jedoch, ob A vorwerfbar gehandelt hat.

a) Tatbestandsirrtum

In Betracht kommt ein Tatbestandsirrtum gemäß § 11 Abs. 1 OwiG. Danach handelt ein Täter nicht vorsätzlich, wenn er bei Begehung der Handlung einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. A glaubt als geübter Trinker fahrtüchtig zu sein. Er hält sich daher weitestgehend für nüchtern und fahrtauglich. A irrt folglich über einen Umstand, nämlich die Höhe seiner Blutalkoholkonzentration, die allerdings Grundlage von § 24 a Abs. 1 StVG ist.

b) Fahrlässigkeit

Vorsätzliches Handeln ist daher ausgeschlossen. Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 OwiG bleibt jedoch die Ahndung wegen fahrlässigen Handelns unberührt. Fahrlässiges Handeln liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn der Täter die Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den Umständen und seinen persönlichen Fähigkeiten verpflichtet und im Stande ist (also pflichtwidrig handelt) und deshalb die Tatbestandsverwirklichung nicht erkennt oder voraussieht oder die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung zwar erkennt, aber mit ihr nicht einverstanden gewesen ist und ernsthaft darauf vertraut, diese werde nicht eintreten.²² Aufgrund der Umstände des Einzelfalls hätte ein besonnener und auf die Einhaltung der Rechtsordnung bedachter Bürger die Tatbestandsverwirklichung erkennen und vermeiden können. Insbesondere im Straßenverkehr können Nachlässigkeiten und Irrtümer leicht zur Gefährdung Anderer und zu Unfällen führen. Insofern ist ein besonders sorgfältiges Verhalten geboten. A hätte erkennen können, dass durch die brandweinhaltigen Getränke eine Fahrtauglichkeit zumindest fraglich war. Er hat daher seine Sorgfaltspflicht insbesondere im Straßenverkehr grob außer Acht gelassen.

4. Ergebnis

Gemäß § 10 OwiG iVm § 24 a Abs. 1 StVG hat sich A daher ordnungswidrig verhalten.

V. § 24 c StVG (Weiterfahrt)

A könnte sich darüber hinaus auch wegen § 24 c Abs. 1 StVG ordnungswidrig verhalten haben.

1. Tatbestand

A müsste in der Probezeit nach § 2 a StVG oder vor Vollendung seines 21. Lebensjahres als Führer eines Kraftfahrzeuges im Straßenverkehr alkoholische Getränke zu sich genommen haben.

Unstreitig handelt es sich bei A um den Führer eines Kraftfahrzeuges.

A ist laut Sachverhalt 20 Jahre alt, befindet sich daher im 21. Lebensjahr. Da der Wortlaut der Norm ausdrücklich die Verhaltensweise vor Vollendung des 21. Lebensjahres umfasst, ist auch diese Tatbestandsvariante erfüllt.

Laut Sachverhalt hat A auch alkoholische Getränke zu sich genommen.

Hinweis

Nach einer Entscheidung des OLG Stuttgart²³ soll ein Verstoß gegen das Alkoholverbot für Fahranfänger regelmäßig ab einer Blutalkoholkonzentration von 0,15 Promille vorliegen.

2. Rechtswidrigkeit

Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit.

3. Vorwerfbarkeit**a) Verbotsirrtum**

Fraglich ist, ob A vorwerfbar gehandelt hat. In Betracht kommt ebenfalls ein Irrtum. Im Gegensatz zu § 24 a Abs. 1 StVG ist sich A jedoch bewusst, dass er alkoholische Getränke zu sich genommen hat. Das heißt der Umstand, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, ist A prinzipiell bekannt.

In Betracht kommt deshalb ein Verbotsirrtum gemäß § 11 Abs. 2 OwiG, sofern A das Bestehen der Rechtsvorschrift des § 24 c StVG nicht kannte. Laut Sachverhalt sind keine Anhaltspunkte darüber enthalten, ob A Kenntnis – zumindest in der Variante der Altersbeschränkung – hatte. Im Rahmen einer Vermeidbarkeitsprüfung ist jedoch davon auszugehen, dass der Irrtum vermeidbar gewesen ist. Besonders im Straßenverkehr unterliegt der Verkehrsteilnehmer einer Erkundigungspflicht. Er hätte sich daher im Vorfeld über Ge- und Verbote informieren können. Danach bleibt vorsätzliches Handeln bestehen.

b) Zwischenergebnis

A hat vorwerfbar gehandelt.

4. Ergebnis

A hat sich daher gemäß § 24 c Abs. 1 StVG ordnungswidrig verhalten (andere Ansicht vertretbar).

²² BGH 10, 369.

²³ OLG Stuttgart, Beschluss vom 18.03.2013 – 1 Ss 661/12.

Hinweis

Immer wieder sind die Promillegrenzen Gegenstand der Rechtsprechung und auch von Klausuren. Dazu zählt auch die Promillegrenze für Radfahrer, die im Gegensatz zu den mittlerweile gerichtlich anerkannten Grenzen für Autofahrer (0,3 ‰ und 1,1‰) höchststrichterlich noch nicht entschieden wurde. Die absolute Fahruntauglichkeit erkennt die Rechtsprechung bei Radfahrern zwischen 1,5 bis 1,7 Promille an. Nach neuen Studien konnte jedoch festgestellt werden, dass bei einem Zustand von 1,6 Promille eine nicht signifikant höhere Fahrfehleranzahl als bei nüchternen Radfahrern vorlag. Diesbezüglich wäre es unausweichlich, den Grenzwert künftig höher anzulegen als bisher.²⁴

Hilfsweise:

C. Ordnungswidrigkeiten des B gem. §§ 24a Abs. 1, 24c StVG iVm § 14 OWiG

B könnte sich wegen Beteiligung an der Trunkenheitsfahrt ordnungswidrig verhalten haben. Eine Ahndbarkeit scheidet jedoch aus, da es sich bei Straßenverkehrsordnungswidrigkeiten um Sonderdelikte handelt und B nicht der Fahrzeughalter ist.²⁵

Tatkomplex 3: „Die Grenzfahrt“**A) Ordnungswidrigkeiten des A****I. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 1 Nr. 3, 3 StVO (Zu-Schnell-Fahren)**

A könnte eine Ordnungswidrigkeit gem. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm. §§ 49 Abs. 1 Nr. 3, 3 StVO wegen der Geschwindigkeitsüberschreitung begangen haben.

A müsste einen Verstoß gegen § 3 StVO begangen haben. Ein solcher kommt lediglich in Betracht, wenn A die Beherrschung über sein Fahrzeug verloren (Satz 1) oder die Geschwindigkeit den entsprechenden Sicht- bzw. Wetterbedingungen nicht angepasst hätte (Satz 2). Eine andere Anwendbarkeit scheidet aufgrund der Regelung der Geschwindigkeit auf einer Autobahn durch Verkehrszeichen aus. Feststellungen über die in § 3 Abs. 1 StVO genannten Umstände liegen nicht vor.

Eine Ahndung wegen § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm. §§ 49 Abs. 1 Nr. 3, 3 StVO scheidet folglich aus.

II. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 3 Nr. 4, 41 Abs. iVm Zeichen 274 (Zu-Schnell-Fahren)

A könnte eine Ordnungswidrigkeit gem. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm. §§ 49 Abs. 3 Nr. 4, 41 Abs. iVm Zeichen 274 wegen der Geschwindigkeitsüberschreitung begangen haben.

1. Tatbestand

A müsste entgegen § 41 Absatz 1 StVO ein durch Vorschriftzeichen angeordnetes Ge- oder Verbot der Anlage 2 Spalte 3 nicht befolgt haben. In Betracht kommt ein Verstoß gegen Zeichen

274.²⁶ Danach müsste A schneller als die angegebene Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h gefahren sein. Laut Sachverhalt ist A konstant 95 km/h gefahren. Ein Verstoß liegt vor.

2. Rechtswidrigkeit

A müsste auch rechtswidrig gehandelt haben. Dies ist der Fall, wenn keine Rechtfertigungsgründe vorliegen. In Betracht kommt eine Rechtfertigung wegen der „Absicherung“ bei B.

Die Rückfrage, wonach B ebenfalls kein (neues) Verkehrszeichen gesehen habe, stellt gleichwohl keinen, auch nicht ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund dar.

3. Vorwerfbarkeit

Fraglich ist, ob A allerdings vorwerfbar gehandelt hat.

a) Erlaubnisirrtum

In Betracht kommt ein Erlaubnisirrtum analog § 11 Abs. 2 OWiG. A glaubt aufgrund der Rückfrage bei B mit einer überhöhten Geschwindigkeit weiterfahren zu dürfen. Er könnte sich daher über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes geirrt haben. Da der Erlaubnisirrtum mit dem Verbotsirrtum verwandt ist (s.o.), gilt zu prüfen, ob der Irrtum vermeidbar war. Nach allgemeinem Erkenntnisstand kann vorausgesetzt werden, dass A davon ausgehen konnte, dass die Rückfrage allein nicht ausreichend war, um die Zweifel zu beseitigen. Insbesondere im Straßenverkehrsrecht ist ein erhöhter Sorgfaldsmaßstab anzulegen.

b) Tatbestandsirrtum

A könnte jedoch einem Tatbestandsirrtum gem. § 11 Abs. 1 OWiG unterlegen gewesen sein, weil er das Schild übersehen hat. A kannte den Umstand nicht, dass er nicht mehr 95 km/h fahren durfte. Nach § 11 Abs. 1 Satz 2 OWiG verbleibt es jedoch bei Fahrlässigkeit.

Jeder Verkehrsteilnehmer muss die Verkehrsregelungen in den Grundzügen kennen²⁷ und so seine Fahrweise anpassen, dass Verkehrszeichen gesehen werden. Insbesondere an die Sorgfalt des motorisierten Verkehrsteilnehmers bei der Beachtung von Verkehrszeichen sind strenge Anforderungen zu stellen; im Zweifel muss die Fahrweise gewählt werden, die mit dem geringsten Risiko des Fehlverhaltens behaftet erscheint.²⁸ A hätte die Geschwindigkeit zunächst anpassen können, bis ein weiteres Verkehrsschild auftaucht.

4. Ergebnis

A hat sich wegen fahrlässigem Verhalten gem. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm. §§ 49 Abs. 3 Nr. 4, 41 Abs. iVm Zeichen 274 ordnungswidrig verhalten.

²⁴ So richtig Kettler, SVR 2015, 7.

²⁵ Ansonsten wäre eine Beteiligung des Halters durch Unterlassen eine selbstständige Halterhaftung nach § 69a Abs. 5 Nr. 3 iVm § 31 Abs. 2 StVZO zu prüfen.

²⁶ Vorschriftenzeichen nach § 41 StVO sind Verwaltungsakte in Form der Allgemeinverfügung.

²⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, NZV 1992, 40.

²⁸ OLG Saarbrücken, VRS 36, 134, 135.

Hinweis

Im Hinblick auf die Überschreitung der Geschwindigkeit wegen fehlender Kenntnis oder falscher Deutung der Verkehrszeichen liegen mittlerweile zahlreiche Entscheidungen vor. In der Regel verbleibt es bei Fahrlässigkeit (Übersehen des Verkehrszeichens²⁹) bzw. bei einem vermeidbaren Verbotsirrtum (Irrtum über die Bedeutung des Verkehrszeichens³⁰). Die Anordnung eines Fahrverbots gem. § 25 Abs. 1 StVG wird allerdings nur dann unterbleiben, wenn dem Täter einfache Fahrlässigkeit zur Last gelegt wird.

III. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO (Unfall)

A könnte eine Ordnungswidrigkeit gem. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO wegen dem Unfall begangen haben.

Voraussetzung ist, dass der Unfall im Geltungsbereich des Ordnungswidrigkeitengesetzes begangen wurde. Insofern gilt für das deutsche Ordnungswidrigkeitengesetz das Territorialitätsprinzip gem. § 5 OWiG.

Aus dem Sachverhalt lassen sich die Feststellungen dahingehend entnehmen, dass A zwar im Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland zu schnell gefahren ist; der tatsächliche Eintritt des Unfalls erfolgte aber auf österreichischem Staatsboden.

Da die Tat nicht auf deutschem Hoheitsgebiet begangen wurde, scheidet eine Ahndbarkeit der Ordnungswidrigkeit wegen des Unfalls aus.

Hinweis

Für Verkehrsordnungswidrigkeiten im Grenzbereich ist nach ständiger Rechtsprechung³¹ anerkannt, dass in einem Grenzabfertigungsbereich deutsches Ordnungswidrigkeitenrecht nur dann zur Geltung gelangt, wenn die Verkehrs-Owi auf deutschem Boden begangen wurde.

IV. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm. §§ 49 Abs. 1 Nr. 29, 34 Abs. 1 StVO (Unfall)

Eine Ordnungswidrigkeit liegt weder bei A noch bei B vor, da im Sachverhalt keine Angaben vorhanden sind, wonach diese als Beteiligte gegen eine Verhaltensregel des § 34 Abs. 1 StVO verstoßen haben.

B) Ordnungswidrigkeit des B gem. § 24 Abs. 1 Satz 1 StVG iVm §§ 49 Abs. 3 Nr. 4, 41 iVm Zeichen 274 iVm § 14 OWiG (Zu-Schnell-Fahren)

A könnte sich an der Ordnungswidrigkeit des A wegen der Geschwindigkeitsüberschreitung beteiligt haben.

I. Tatbestand

Zwar ist nicht B, sondern A zu schnell gefahren. Eine Beteiligungshandlung (aufgrund des Einheitstätersystems reicht jede Handlung aus) gem. § 14 OWiG ist darin zu sehen, dass B den A durch die Aussage, er habe ebenfalls kein Verkehrszeichen gesehen, darin bestärkt hat, konstant mit 95 km/h weiterzufahren. Dies wäre als psychische Beihilfe oder Anstiftung zu bewerten.

Allerdings ist, wie oben bereits geschildert, eine Beteiligung ausgeschlossen, wenn dem anderen Beteiligten (hier: A) lediglich fahrlässiges Handeln vorzuwerfen ist. Denn eine Beteiligung ist nur bei einer vorsätzlichen Ordnungswidrigkeit möglich.

II. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Beteiligung an der Geschwindigkeitsüberschreitung des A ordnungswidrig verhalten.

► Inhaltsverzeichnis

²⁹ BGH, Beschluss vom 11.09.1997 - 4 StR 638/96.

³⁰ BayOLG, Beschluss vom 29.11.1999 - 2 ObOWI 550/99; OLG Bamberg, Beschluss vom 11. 07. 2007 - 3 Ss OWI 924/07.

³¹ Vgl. bspw. OLG Oldenburg, Beschluss vom 31.10.1991 - Ss 418/91.

Auf der Suche nach
besten Perspektiven?



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

Referendare (w/m)

in den Anwaltsstationen und der Wahlstation aus.

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

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

MENOLD BEZLER
RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Fahrgemeinschaft als Gefälligkeitsverhältnis

Urteil vom 23. Juli 2015, Az. III ZR 346/14

Wenn minderjährige Mitglieder eines Amateursportvereins von ihren Familienangehörigen oder Angehörigen anderer Vereinsmitglieder zu Sportveranstaltungen gefahren werden, handelt es sich grundsätzlich – auch im Verhältnis zum Sportverein – um eine reine Gefälligkeit, die sich im außerrechtlichen Bereich abspielt, sodass Aufwendungsersatzansprüche gegen den Verein (hier: Ersatz eines Verkehrsunfallschadens) ausscheiden

(amtlicher Leitsatz).

A. Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Die Enkelin der K spielt in der Mädchen-Fußballmannschaft des Vereins Dynamo B. Die Mannschaft nahm am 9. Januar 2013 im Ort F an der Hallenkreismeisterschaft teil. Die K, die ihre Enkelin zu dieser Veranstaltung bringen wollte, verunfallte mit ihrem PKW auf der Fahrt nach F unverschuldet und zog sich dabei Verletzungen zu. Die Heilbehandlungskosten für neue Zähne (die von der Krankenversicherung der K nicht übernommen werden) belaufen sich dabei auf 3.000 €. Der Versicherer A, bei der der B eine Sportversicherung unterhält, lehnte die bei ihr angemeldeten Ansprüche der K ab. Nach den Versicherungsbedingungen würden nur Vereinsmitglieder und zur Durchführung versicherter Veranstaltungen "offiziell eingesetzte" Helfer Versicherungsschutz genießen; zu diesem Personenkreis gehöre die K jedoch nicht.

Kann K von B den Ersatz der Heilbehandlungskosten in Höhe von 3.000 € verlangen?

B. Falllösung

I. Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 823 Abs. 1 BGB

Zunächst kommen Ansprüche auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB; 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB in Betracht. Gemeinsame Voraussetzungen dieser Anspruchsgrundlagen ist jedoch, dass ein Verschulden der B vorliegt. Hierfür fehlen Anhaltspunkte im Sachverhalt. Auch wenn gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB das Verschulden vermutet wird, ist es für B ein Leichtes, das Verschulden zu widerlegen, da der Verein in keiner Weise am Unfall beteiligt war. Im Übrigen fehlen schon Anhaltspunkte für eine Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch B.

II. Anspruch gem. §§ 670 (analog), 677, 683 Satz 1 BGB

In Betracht kommt jedoch ein Ersatz des Schadens gem. §§ 670 (analog), 677, 683 Satz 1 BGB. Zwar erfasst § 670 BGB seinem Wortlaut nach nur „Aufwendungen“. Es ist jedoch in der Rechtsprechung anerkannt, dass gem. § 670 BGB analog auch ein Anspruch auf Ersatz der bei der Geschäftsführung aufgetretenen Schäden (sog. „risikotypische Begleitschäden“) verlangt

werden kann. Hierfür müssen jedoch zunächst die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen. Es ist also erforderlich, dass die K mit der Fahrt zum Fußballturnier ein Geschäft der B geführt hat und hierbei Fremdgeschäftsführungswille vorlag.

1. Geschäftsführung durch K

Voraussetzung ist zunächst, dass die K ein Geschäft der B geführt hat.

„Im Bereich der rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisse wird zwischen einem Auftrags- und einem Gefälligkeitsverhältnis unterschieden. Ob jemand für einen anderen ein Geschäft im Sinne des § 662 BGB besorgt oder jemandem nur eine (außerrechtliche) Gefälligkeit erweist, hängt vom Rechtsbindungswillen ab. Maßgeblich ist insoweit, wie sich dem objektiven Beobachter – nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls mit Rücksicht auf die Verkehrssitte – das Handeln des Leistenden darstellt. Eine vertragliche Bindung wird insbesondere dann zu bejahen sein, wenn erkennbar ist, dass für den Leistungsempfänger wesentliche Interessen wirtschaftlicher Art auf dem Spiel stehen und er sich auf die Leistungszusage verlässt oder wenn der Leistende an der Angelegenheit ein eigenes rechtliches oder wirtschaftliches Interesse hat. Ist dies hingegen nicht der Fall, kann dem Handeln der Beteiligten nur unter besonderen Umständen ein rechtlicher Bindungswille zugrunde gelegt werden. Ein Bindungswille wird deshalb in der Regel beim sogenannten Gefälligkeitshandeln des täglichen Lebens, bei Zusagen im gesellschaftlichen Bereich oder bei Vorgängen, die diesen ähnlich sind, zu verneinen sein [...].“

Genauso muss, um Wertungswidersprüche zu vermeiden, im Bereich der gesetzlichen Schuldverhältnisse zwischen der Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677 ff BGB und der (außerrechtlichen) Gefälligkeit ohne Auftrag unterschieden werden. Maßgeblich ist insoweit ebenfalls, wie sich dem objektiven Beobachter – nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls mit Rücksicht auf die Verkehrssitte – das Handeln des Leistenden darstellt. Die Abgrenzung erfolgt unter Berücksichtigung unter anderem der Art der Tätigkeit, ihrem Grund und Zweck, ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung für den Geschäftsherrn, der Umstände, unter denen sie erbracht wird, und der dabei entstehenden Interessenlage der Parteien. Gefälligkeiten des täglichen Lebens oder vergleichbare Vorgänge können insoweit regelmäßig den Tatbestand der §§ 677 ff BGB nicht erfüllen. Hierbei kann dahinstehen, ob die Wertungen, die über das Vorliegen des gesetzlichen Schuldverhältnisses der Geschäftsführung ohne Auftrag oder des Nichtschuldverhältnisses der "Geschäftsführung aus Gefälligkeit" bestimmen, im Rahmen eines normativen Verständnisses des Begriffs des "Geschäfts" im Sinne des § 677 BGB [...] oder im

Rahmen des "Geschäftsübernahmewillens" [...] berücksichtigt werden.“

Der BGH sieht vorliegend in der Fahrt zum Fußballturnier lediglich eine rechtlich nicht relevante Gefälligkeit:

„Die [K] hat ihre Enkelin nach [F] fahren wollen, um dieser die Teilnahme an der Kreismeisterschaft zu ermöglichen. Dies geschah aus Gefälligkeit gegenüber ihrer Enkelin beziehungsweise deren sorgeberechtigten Eltern. An dem Charakter der Fahrt als Gefälligkeit ändert sich nichts dadurch, dass der Transport nicht ausschließlich im alleinigen Interesse der Enkelin und ihrer Eltern, sondern auch im Interesse der Mannschaft und damit des beklagten Sportvereins lag. Der "Bringdienst" der minderjährigen Spielerinnen zu auswärtigen Spielen war nach den tatrichterlichen Feststellungen Sache der Eltern beziehungsweise anderer Angehöriger oder Freunde. Die [K] hat im Rahmen ihrer Anhörungen vor den Instanzgerichten angegeben, die Kinder seien immer privat gefahren worden. Sie selbst habe viele Fahrten durchgeführt und dafür nie etwas bekommen. Wenn sie nicht gefahren wäre, hätte man den Transport innerhalb der Familie oder der übrigen Vereinsmitglieder so umorganisiert, dass eine andere Person ihre Enkelin gefahren hätte. Dieser übliche Ablauf spricht entscheidend dagegen, den auf freiwilliger Grundlage erfolgten Transport der Kinder zu Auswärtsspielen durch Personen aus ihrem persönlichen Umfeld als auf der Grundlage eines mit wechselseitigen Rechten und Pflichten ausgestalteten Schuldverhältnisses erbracht anzusehen. Vielmehr handelt es sich, wenn minderjährige Mitglieder eines Amateursportvereins von ihren Familienangehörigen oder Angehörigen anderer Vereinsmitglieder zu Sportveranstaltungen gefahren werden, grundsätzlich – auch im Verhältnis zum Sportverein – um eine reine Gefälligkeit, die sich im außerrechtlichen Bereich abspielt. Solange jedenfalls keine gegenteiligen Absprachen getroffen werden, scheiden damit Aufwendungsersatzansprüche aus.“

Ein Anspruch gem. §§ 670 (analog), 677, 683 Satz 1 BGB scheidet damit aus.

2. Ergebnis

Weitere Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich. Die K hat gegen B keinen Anspruch auf Ersatz der Heilbehandlungskosten in Höhe von 3.000 €.

Hinweise

Der schwierige Punkt in dieser Klausur dürfte sein, die richtige Anspruchsgrundlage zu finden. Dann gilt es, mutig Schwerpunkte zu setzen. Dass Schadensersatzansprüche hier mangels Verschulden der B ausscheiden, sollte im Examen nicht mehr als 1-2 Sätze wert sein. Die Korrektoren honorieren in aller Regel den Blick fürs Wesentliche.

Über das Ergebnis der Entscheidung lässt sich trefflich streiten. Das zeigt sich schon daran, dass die Vorinstanz, das OLG Celle (Urt. v. 16. Oktober 2014, Az. 5 U 16/14 – Juris), die Ansprüche der K bejaht hat. Es war der Auffassung, dass es Sache des Sportvereins sei, die Mitglieder zu den Turnieren zu transportieren. Hier sind in der Klausur sicherlich verschiedene Auffassungen vertretbar.

Als Erkenntnis sollte man aus der Entscheidung insbesondere den folgenden Punkt mitnehmen: Die Abgrenzung zwischen Gefälligkeit und rechtlich bindendem Verhalten gilt auch bei der Geschäftsführung ohne Auftrag. „Um Wertungswidersprüche zu vermeiden“, wie es der BGH formuliert. Dies entspricht auch der Ansicht Teilen der Literatur (vgl. bspw. T.W. Dornis in: Erman BGB, 14. Auflage 2014, § 677 BGB, Rn. 3 m.w.N.). Das ist auf den ersten Blick verwirrend, da es sich bei einem „Geschäft“ im Sinne des § 662 BGB gerade auch um ein tatsächliches (rechtsgeschäftlich nicht relevantes) Verhalten drehen kann und nicht nur um ein Rechtsgeschäft. Es lässt sich aber am besten so verstehen, dass Geschäftsführung mit Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag sich nur im „Auftrag“ unterscheiden, die sonstigen Wertungsgesichtspunkte aber dieselben sind.

Abseits der Fallfrage sollte auch noch folgende Erkenntnis mitgenommen werden: Ein Direktanspruch gegen den Versicherer des B besteht nicht. Warum nicht? Es fehlt an einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage. § 115 VVG greift hier nicht, da es sich nicht um eine Haftpflichtversicherung nach dem Pflichtversicherungsgesetz handelt. Nur dann besteht ein Direktanspruch gegen den Versicherer.

Dr. Julius Forschner

► Inhaltsverzeichnis

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Abwehranspruch gegen Verschattung eines Grundstücks

Urteil vom 10. Juli 2015, Az. V ZR 229/14

Der Entzug von Luft und Licht durch Anpflanzungen auf dem Nachbargrundstück stellt keine Einwirkung im Sinne von § 906 BGB dar (amtlicher Leitsatz).

A. Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Der K ist seit 2000 Bewohner und seit 2004 Eigentümer eines in Nordrhein-Westfalen belegenen Grundstücks, das mit einem nach Süden ausgerichteten Bungalow bebaut ist. Sein 10 m x 10 m großer Garten grenzt an eine öffentliche Grünanlage der Stadt B. Dort stehen in einem Abstand von 9 bzw. 10,30 m von der Grenze zwei ca. 25 m hohe, gesunde Eschen. K verlangt die Beseitigung dieser Bäume mit der Begründung, sein Garten werde vollständig verschattet (was als zutreffend zu unterstellen ist). Er eigne sich infolgedessen weder zur Erholung noch zur Hege und Pflege der von ihnen angelegten anspruchsvollen Bonsai-Kulturen. Das Wachstum der Bäume sei für ihn bei Erwerb des Hauses nicht vorhersehbar gewesen. Derartig hoch wachsende Laubbäume seien mit einer konzeptionell nach Süden ausgerichteten Bungalow-Siedlung unvereinbar.

Hat K gegen B einen Anspruch auf Beseitigung der Bäume?

Bearbeiterhinweis:

§ 41 Abs. 1 Nr. 1a NachbG NRW lautet:

„Mit Bäumen außerhalb des Waldes, Sträuchern und Rebstöcken sind von den Nachbargrundstücken – vorbehaltlich des § 43 – folgende Abstände einzuhalten:

1. mit Bäumen außer den Obstgehölzen, und zwar

a) stark wachsenden Bäumen, insbesondere der Rotbuche (*Fagus sylvatica*) und sämtliche Arten der Linde (*Tilia*), der Platane (*Platanus*), der Roßkastanie (*Aesculus*), der Eiche (*Quercus*) und der Pappel (*Populus*)

[...]“

Für die Bearbeitung ist davon auszugehen, dass die Esche einen stark wachsenden Baum i.S.d. § 41 Abs. 1 Nr. 1a NachbG NRW darstellt.

B. Falllösung

I. Anspruch auf Beseitigung gem. § 1004 BGB

Voraussetzung für einen Anspruch des K gegen B auf Beseitigung der beiden Bäume könnte sich aus § 1004 BGB ergeben. Voraussetzung hierfür ist, dass das Eigentum des K in anderer Weise als durch Entziehung oder Besitzstörung beeinträchtigt wird und er nicht zur Duldung gem. § 1004 Abs. 2 BGB i.V.m. § 906 Abs. 1 BGB verpflichtet ist. Es stellt sich schon die Frage, ob eine „Verschattung“ des Grundstücks überhaupt eine Beeinträchtigung des Eigentums des K darstellt. Dazu der BGH:

„Im Ausgangspunkt kann der Unterlassungsanspruch gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB zwar auf die Beseitigung von Bäumen gerichtet sein [...]. Voraussetzung hierfür ist aber unter anderem eine Beeinträchtigung des Eigentums. Nach der Wertung des § 903 ist eine Benutzung des Grundstücks in dessen räumlichen Grenzen im Zweifel von dem Eigentumsinhalt gedeckt. Eine negative Einwirkung kann nur dann als Eigentumsbeeinträchtigung anzusehen sein, wenn die betreffende Grundstücksbenutzung gegen eine Rechtsnorm verstößt, die den Inhalt des Eigentumsrechts im Interesse des Nachbarn beschränkt und damit zugleich dessen Eigentumssphäre entsprechend erweitert[...]. Solche Rechtsnormen enthalten die Regelungen der Landesnachbargesetze über den bei Anpflanzungen einzuhaltenden Abstand.“

B hat den in § 41 Abs. 1 Nr. 1a NachbG NRW festgelegten Mindestabstand vorliegend eingehalten. Der BGH ist der Auffassung, dass bei sog. „negativen Einwirkungen“ eine Beeinträchtigung nur dann vorliegt, wenn gegen eine Rechtsnorm verstoßen wird. Ein Verstoß gegen § 41 Abs. 1 Nr. 1a NachbG NRW liegt – wie bereits erwähnt – wegen der Einhaltung der dort genannten Mindestabstände nicht vor.

Es kommt aber grundsätzlich auch ein Verstoß gegen § 906 BGB in Betracht. Diesen hält der BGH jedoch vorliegend schon für nicht anwendbar.

„Dagegen kann nach der [...] ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung der in § 906 BGB enthaltene Maßstab insoweit nicht herangezogen werden [...]. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass der Eigentümer bestimmte Einwirkungen abwehren kann, sofern eine wesentliche Beeinträchtigung der Benutzung seines Grundstücks durch eine ortsunübliche Benutzung des benachbarten Grundstücks herbeigeführt wird (vgl. § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB). Dies betrifft jedoch nicht den Entzug von Luft und Licht als sogenannte „negative“ Einwirkung. Ähnliche Einwirkungen im Sinne von § 906 Abs. 1 Satz 1 BGB könnten – so der Senat – nur solche sein, die mit den in der Norm ausdrücklich genannten Phänomenen vergleichbar seien. Hierzu gehörten nur positiv die Grundstücksgrenze überschreitende, sinnlich wahrnehmbare Wirkungen [...].

Dass der Entzug von Luft und Licht nicht zu den Einwirkungen im Sinne von § 906 BGB zählt, entspricht auch der inzwischen nahezu einhelligen Ansicht in der Rechtsliteratur [...]. Der Maßstab des § 906 BGB schränke den Nutzungsspielraum des Eigentümers zu sehr ein [...].

Andere schlagen im Grundsatz vor, negative Immissionen ebenso wie positive Immissionen zu behandeln, da erstere den Eigentümer genauso beeinträchtigen könnten wie letztere oder sogar stärker [...]. Weitere Kritiker des höchstrichterlich geprägten

Einwirkungsbegriffs meinen zwar, dass § 906 BGB einen über die Grenzabstände des öffentlichen Rechts hinausgehenden Schutz bieten müsse, wollen aber für den „Normalfall“ gegen den Entzug von Licht und Luft keine Abhilfe gewähren [...] oder stellen negative Immissionen den positiven nur dann gleich, wenn sie zu unzumutbaren Beeinträchtigungen führen [...].

Für den Entzug von Licht und Luft durch Anpflanzungen hält der Senat an seiner Rechtsprechung uneingeschränkt fest. Die Aufgabe einer jahrzehntelangen, gewachsenen Rechtsprechung setzt voraus, dass deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe dafür sprechen [...]. Solche Gründe sind schon deshalb nicht ersichtlich, weil jedenfalls in der weit überwiegenderen Zahl der Bundesländer die jeweiligen Landesnachbarrechtsgesetze auf der Grundlage von Art. 124 Satz 2 EGBGB privatrechtliche Regelungen über den bei der Bepflanzung des Grundstücks einzuhaltenden Abstand enthalten und daneben kein praktisches Bedürfnis besteht, den Maßstab des § 906 BGB heranzuziehen. Diese Normen beruhen auf einer detaillierten gesetzgeberischen Abwägung der widerstreitenden nachbarlichen Interessen, nämlich der Bepflanzung einerseits und der Zufuhr von Luft und Licht andererseits. Sie bringen diese im Regelfall zu einem vernünftigen Ausgleich, indem etwa Abstandsregelungen nach Art und Höhe der jeweiligen Pflanzen abgestuft werden (vgl. etwa § 41 NachbG NRW), und berücksichtigen dabei auch das öffentliche Interesse an einer Begrünung. Ob wegen des Entzugs von Luft und Licht durch Anpflanzungen Beseitigungsansprüche bestehen, beurteilt sich daher vornehmlich nach diesen Vorschriften; im Verhältnis untereinander können Nachbarn grundsätzlich darauf vertrauen, dass sie ihr Grundstück nach freier Wahl bepflanzen dürfen, sofern sie den landesrechtlich vorgeschriebenen Abstand wahren. Grob unbilligen Ergebnissen kann über das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis Rechnung getragen werden [...].“

II. Anspruch auf Beseitigung aus dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis

Das nachbarrechtliche Gemeinschaftsverhältnis stellt eine eigenständige Anspruchsgrundlage dar, kommt jedoch nur in absoluten Ausnahmefällen zur Anwendung. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

„[...] Eine solche selbständige Verpflichtung stellt nach ständiger Rechtsprechung des Senats mit Rücksicht auf die nachbarrechtlichen Sonderregelungen eine Ausnahme dar und setzt voraus, dass ein über die gesetzliche Regelung hinausgehender billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen dringend geboten erscheint [...]. Danach wäre jedenfalls erforderlich, dass [K] wegen der Höhe der Bäume ungewöhnlich schweren und nicht mehr hinzunehmenden Beeinträchtigungen ausgesetzt wären [...], was das Berufungsgericht im Ergebnis ohne Rechtsfehler verneint. Allerdings ist zweifelhaft, ob – wie es das Berufungsgericht annimmt – tatsächlich nur auf die Verschattung der Gartenfläche abzustellen ist oder ob es vielmehr auf diejenige des gesamten Grundstücks ankommt, da dessen bauliche Gestaltung der Beklagten nicht zum Nachteil gereichen kann. Aber auch unter alleiniger Berücksichtigung der Gartenfläche – was für [K] günstiger ist – ist das Berufungsgericht auf der Grundlage der getroffenen und von der Revision nicht beanstandeten Feststellungen nachvollziehbar zu dem Ergebnis gekommen, dass die Beein-

trächtigung [K] zuzumuten sei, weil es an einer ganzjährigen vollständigen Verschattung der Gartenfläche fehle. Zudem ist bei der erforderlichen Abwägung zu berücksichtigen, dass ein erheblicher Grenzabstand eingehalten wird, der den vorgeschriebenen Abstand von 4 m (§ 41 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a NachbG NRW) um mehr als das Doppelte überschreitet. Umso mehr tritt in den Vordergrund, dass öffentliche Grünanlagen zum Zwecke der Luftverbesserung, zur Schaffung von Naherholungsräumen und als Rückzugsort für Tiere gerade auch große Bäume enthalten sollen, für deren Anpflanzung auf vielen privaten Grundstücken kein Raum ist (vgl. auch § 1 Abs. 6 BNatSchG). Die damit einhergehende Verschattung ist Ausdruck der Situationsgebundenheit des klägerischen Grundstücks, das am Rande einer öffentlichen Grünanlage belegen ist.“

Ein Anspruch aus dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis scheidet damit aus.

III. Ergebnis

K hat gegen B keinen Anspruch auf Beseitigung der Bäume.

Hinweise

Bis vor einigen Jahren spielte das Nachbarrecht in der Examenspraxis wohl eher ein Schattendasein. Die Berichte verschiedener Examenskandidaten zeigen aber, dass sich das Nachbarrecht (Beeinträchtigungen, Überbau etc.) zunehmender Beliebtheit bei den Prüfungsämtern erfreut.

Diese Entscheidung eignet sich zudem deshalb sehr gut für eine Examensklausur, weil das Basiswissen bzgl. § 1004 BGB und des Eigentumsbegriff abgefragt werden kann. Die auf den ersten Blick leicht wirkende Fragestellung hat es in sich. In der Klausur treten nicht unerhebliche Aufbau Probleme auf.

Der BGH prüft, ob ein Gesetzesverstoß vorliegt, schon bei der Frage der Beeinträchtigung des Eigentums (und nicht erst bei der Frage der Duldungspflicht gem. § 1004 Abs. 2 BGB). Das ist konsequent, wenn man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hierzu kennt. Der BGH geht davon aus, dass der Inhalt des Eigentumsrechts gem. § 903 BGB durch die sonstige Rechtsordnung bestimmt wird (vgl. BVerfG NJW 1982, 745 ff.). Die Frage „Was ist eigentlich Eigentum?“ im Sinne des BGB wird also maßgeblich durch die einfachgesetzliche Rechtsordnung bestimmt (sofern diese verfassungsgemäß ist).

Wenn der Bearbeiter zu dem Ergebnis käme, es liege eine Beeinträchtigung des Eigentums vor (m.E. vertretbar), dann müssten die Erwägungen des landesrechtlichen Nachbarrechts und des § 906 BGB bei der Duldungspflicht gem. § 1004 Abs. 2 BGB geprüft werden.

Dr. Julius Forschner

► Inhaltsverzeichnis

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesarbeitsgericht

Außerordentliche Kündigung – Äußerungen über einen Repräsentanten des Arbeitgebers im Wahlkampf

Urteil vom 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 (NZA 2015, 797)

1. Grobe Beleidigungen des Arbeitgebers oder seiner Vertreter und Repräsentanten oder von Arbeitskollegen stellen eine erhebliche Verletzung der Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB dar, die einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB bilden kann. Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitnehmer bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen über seinen Arbeitgeber, Vorgesetzte oder Kollegen aufstellt, insbesondere dann, wenn die Erklärungen den Tatbestand der üblen Nachrede erfüllen.

2. Ein Arbeitnehmer kann sich für bewusst falsche Tatsachenbehauptungen nicht auf sein Recht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 GG berufen. Solche Behauptungen sind vom Schutzbereich des Grundrechts nicht umfasst. Anderes gilt für Äußerungen, die nicht Tatsachenbehauptungen, sondern ein Werturteil enthalten. Sie fallen in den Schutzbereich des Rechts auf Meinungsfreiheit. Dasselbe gilt für Äußerungen, in denen sich Tatsachen und Meinungen vermengen, sofern sie durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt sind.

3. Zu den allgemeinen, das Grundrecht auf Meinungsfreiheit beschränkenden Gesetzen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG gehört auch § 241 Abs. 2 BGB. Meinungsfreiheit und beschränkendes Gesetz beeinflussen sich gegenseitig. Die Reichweite der Pflicht zur vertraglichen Rücksichtnahme muss unter Beachtung der Bedeutung des Grundrechts bestimmt, der Meinungsfreiheit muss dabei also die ihr gebührende Beachtung geschenkt werden – und umgekehrt.

4. Ob eine Äußerung ihrem Schwerpunkt nach als Meinungsäußerung oder als Tatsachenbehauptung anzusehen ist, beurteilt sich nach dem Gesamtkontext, in dem sie steht. Eine Trennung der tatsächlichen und der wertenden Bestandteile einer Äußerung ist nur zulässig, wenn dadurch ihr Sinn nicht verfälscht wird. Wo dies der Fall wäre, muss die Äußerung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes insgesamt als Meinungsäußerung angesehen werden. Gilt für Meinungsäußerungen – insbesondere im öffentlichen Meinungskampf – bei der Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem

Rechtsgut, in dessen Interesse sie durch ein allgemeines Gesetz eingeschränkt werden kann, eine Vermutung zu Gunsten der freien Rede, gilt dies für Tatsachenbehauptungen nicht in gleicher Weise.

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

K ist seit Oktober 2013 als Arbeitnehmerin bei dem Landkreis L beschäftigt. Am 22.04.2015 fand die Wahl des Landrats statt. Der Amtsinhaber stellte sich zur Wiederwahl. Die parteilose K kandidierte ebenfalls. Sie warb mit einem Flyer für sich. In diesem stellte sie die "Säulen" ihrer Politik vor, als welche sie "Transparenz in der Verwaltung", "Bürgernahe Politik" und "Jugend, Familien und Senioren" bezeichnete. Zum Punkt "Transparenz in der Verwaltung" hieß es in dem Flyer:

"Wie der jüngste Umweltskandal in der Stadt B. und der Subventionsbetrug am Rathaus in der Stadt C. beweist, deckt der amtierende Landrat sogar die Betrügereien im Kreis. Ich stehe für eine transparente Politik, die Gesetze einhält und die Pflichtaufgaben des Landkreises überprüft."

Der Flyer lag einem lokalen Anzeigenblatt bei, das am 18.04.2015 mit einer Auflage von 28.700 verteilt wurde. Nach ordnungsgemäßer Beteiligung des Personalrats kündigte L das mit K bestehende Arbeitsverhältnis daraufhin mit Schreiben vom 21.04.2015 formell ordnungsgemäß außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich zum 30.06.2015 und warf K üble Nachrede und Beleidigung seines Repräsentanten, des Landrats, vor.

K meint, sie habe sich nicht im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses geäußert, sondern als Kandidatin im Wahlkampf. Ihr Flyer werde missverstanden. Es sei ihr nicht darum gegangen, den amtierenden Landrat persönlich zu diffamieren, einer Straftat zu bezichtigen oder gar zu beleidigen. Sie habe vielmehr zum Ausdruck bringen wollen, dass der Landrat im Hinblick auf den Umweltskandal in B. und die Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit der Sanierung des Rathauses in C. nichts unternommen habe und stattdessen transparenter und in der Öffentlichkeit aktiver mit diesem Thema hätte umgehen müssen. Das sei von der Meinungsfreiheit gedeckt. Im Übrigen habe sie nur Vorwürfe wiederholt, die bereits zuvor in der Presse erhoben worden seien.

L ist der Ansicht, K habe dem Landrat wider besseres Wissen unterstellt, dieser decke Betrügereien, sei also aktiv am Vertuschen von Straftaten beteiligt und erfülle damit den Straftatbestand der Strafvereitelung. Die Unterstellung krimineller Machenschaften sei eine von der Meinungsfreiheit nicht gedeckte

grobe Beleidigung und üble Nachrede. Der Landrat müsse dies auch im Wahlkampf nicht hinnehmen. Solche Vorwürfe habe es in der Presse nicht gegeben.

Hat die außerordentliche fristlose Kündigung vom 21.04.2015 oder zumindest die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis zwischen K und L wirksam beendet?

I. Wirksamkeit der außerordentlichen fristlosen Kündigung

Die außerordentliche fristlose Kündigung vom 21.04.2015 hätte das zwischen K und L bestehende Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung beendet, wenn die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB vorlägen und die Kündigung innerhalb der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB erklärt worden wäre.

1. Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB

Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dabei ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände "an sich" und damit typischerweise einen wichtigen Grund darstellt. Falls dies zu bejahen ist, bedarf es in einem zweiten Schritt der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht.

Als "wichtiger Grund" kann neben der Verletzung vertraglicher Hauptpflichten auch die schuldhaftige Verletzung von Nebenpflichten "an sich" geeignet sein, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Zu diesen Nebenpflichten zählt insbesondere die Pflicht der Arbeitsvertragsparteien zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des jeweils anderen Teils nach § 241 Abs. 2 BGB. Danach hat der Arbeitnehmer seine Arbeitspflichten so zu erfüllen und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben verlangt werden kann. Eine in diesem Sinne erhebliche Pflichtverletzung stellen unter anderem grobe Beleidigungen des Arbeitgebers oder seiner Vertreter und Repräsentanten oder von Arbeitskollegen durch den Arbeitnehmer dar. Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen über seinen Arbeitgeber, Vorgesetzte oder Kollegen aufstellt, insbesondere dann, wenn die Erklärungen den Straftatbestand der üblen Nachrede erfüllen. Das Bundesarbeitsgericht führt hierzu wie folgt aus:

"Ein Arbeitnehmer kann sich für bewusst falsche Tatsachenbehauptungen nicht auf sein Recht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 GG berufen. Solche Behauptungen sind vom Schutzbereich des Grundrechts nicht umfasst. Anderes gilt für Äußerungen, die nicht Tatsachenbehauptungen, sondern ein Werturteil enthalten. Sie fallen in den Schutzbereich des Rechts

auf Meinungsfreiheit. Dasselbe gilt für Äußerungen, in denen sich Tatsachen und Meinungen vermengen, sofern sie durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt sind. Darauf kann sich auch ein Arbeitnehmer berufen. Mit der Bedeutung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit wäre es unvereinbar, wenn es in der betrieblichen Arbeitswelt nicht oder nur eingeschränkt anwendbar wäre. Der Grundrechtsschutz besteht dabei unabhängig davon, welches Medium der Arbeitnehmer für seine Meinungsäußerung nutzt und ob diese rational oder emotional, begründet oder unbegründet ist. Vom Grundrecht der Meinungsfreiheit umfasste Äußerungen verlieren den sich daraus ergebenden Schutz selbst dann nicht, wenn sie scharf oder überzogen geäußert werden.

Das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG ist allerdings nicht schrankenlos gewährleistet. Es ist gemäß Art. 5 Abs. 2 GG durch die allgemeinen Gesetze und das Recht der persönlichen Ehre beschränkt. Mit diesen muss es in ein ausgeglichenes Verhältnis gebracht werden. Auch § 241 Abs. 2 BGB gehört zu den allgemeinen, das Grundrecht auf Meinungsfreiheit beschränkenden Gesetzen. Zwischen der Meinungsfreiheit und dem beschränkenden Gesetz findet demnach eine Wechselwirkung statt. Die Reichweite der Pflicht zur vertraglichen Rücksichtnahme muss ihrerseits unter Beachtung der Bedeutung des Grundrechts bestimmt, der Meinungsfreiheit muss dabei also die ihr gebührende Beachtung geschenkt werden – und umgekehrt.

Im Rahmen der Abwägung fällt die Richtigkeit des Sachgehalts, der dem Werturteil zugrunde liegt, ins Gewicht. Handelt es sich bei einem Werturteil um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage, dann spricht die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede. Erweist sich das in einer Äußerung enthaltene Werturteil als Formalbeleidigung oder Schmähkritik, muss die Meinungsfreiheit regelmäßig zurücktreten. Allerdings macht auch eine überzogene oder gar ausfällige Kritik eine Erklärung für sich genommen noch nicht zur Schmähung. Dafür muss hinzutreten, das bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht, die diese jenseits polemischer und überspitzter Kritik in erster Linie herabsetzen soll."

2. Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten durch K

Unter Zugrundelegung dieser Voraussetzungen ist zu prüfen, ob die Äußerungen der K in dem Flyer vom 18.04.2015 eine Verletzung arbeitsvertraglicher Rücksichtnahmepflichten darstellen.

Hierbei ist zunächst festzuhalten, dass die Äußerungen der K nicht schon deshalb keine Vertragspflichtverletzung darstellen, weil sie außerdienstlich und überdies im Wahlkampf gefallen sind. K hat die Amtswahrnehmung des Landrats kritisiert. Dieses Verhalten berührt unmittelbar auch die Belange des Landkreises.

Die Äußerungen der K würden allerdings nur dann eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten gegenüber L darstellen, wenn diese eine unzulässige Schmähkritik gegenüber dem Landrat als Repräsentant des Landkreises oder eine Formalbeleidigung darstellen oder den Tatbestand der üblen Nachrede erfüllen würden.

a) Rechtsnatur der Äußerung der K

Zunächst ist die Rechtsnatur der Äußerungen der K zu klären, ob es sich bei diesen also ihrem Schwerpunkt nach um Werturteile handelt oder aber um dem Wahrheits- oder Unwahrheitsbeweis zugängliche Tatsachenbehauptungen.

"Während für Werturteile die subjektive Beziehung des sich Äußernden zum Inhalt seiner Aussage kennzeichnend ist, werden Tatsachenbehauptungen durch die objektive Beziehung zwischen der Äußerung und der Wirklichkeit charakterisiert. Anders als Werturteile sind Tatsachenbehauptungen daher grundsätzlich dem Beweis zugänglich. Gilt für Meinungsäußerungen, insbesondere im öffentlichen Meinungskampf, bei der Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Rechtsgut, in dessen Interesse sie durch ein allgemeines Gesetz eingeschränkt werden kann, eine Vermutung zu Gunsten der freien Rede, gilt dies für Tatsachenbehauptungen nicht in gleicher Weise. Ob eine Äußerung ihrem Schwerpunkt nach als Meinungsäußerung oder als Tatsachenbehauptung anzusehen ist, beurteilt sich nach dem Gesamtkontext, in dem sie steht. Die isolierte Betrachtung eines umstrittenen Äußerungsteils wird den Anforderungen an eine zuverlässige Sinnermittlung regelmäßig nicht gerecht. Auch eine Trennung der tatsächlichen und der wertenden Bestandteile einer Äußerung ist nur zulässig, wenn dadurch ihr Sinn nicht verfälscht wird. Wo dies der Fall wäre, muss die Äußerung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes insgesamt als Meinungsäußerung angesehen werden. Anderenfalls drohte eine wesentliche Verkürzung des Grundrechtsschutzes. In der Verwendung eines Rechtsbegriffs liegt nur dann eine Tatsachenbehauptung, wenn die Beurteilung nicht als bloße Rechtsauffassung kenntlich gemacht ist, sondern beim Adressaten zugleich die Vorstellung von konkreten, in die Wertung eingebetteten tatsächlichen Vorgängen hervorruft, die als solche einer Überprüfung mit den Mitteln des Beweises zugänglich sind. Dabei kommt es auch hier entscheidend auf den Zusammenhang an, in dem der Rechtsbegriff verwendet wird."

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze handelt es sich bei den Äußerungen der K ihrem Schwerpunkt nach insgesamt um Werturteile und nicht um dem Wahrheits- oder Unwahrheitsbeweis zugängliche Tatsachenbehauptungen.

"Der Vorwurf, nicht genug zur Aufklärung – vermeintlicher – Betrügereien im öffentlichen Bereich getan zu haben, umschreibt kein spezifisches, einem objektiven Wahrheitsbeweis zugängliches Verhalten (...). Der Vorwurf kann im vorliegenden Zusammenhang vielmehr schon das Unterlassen höherer Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts oder auch nur mangelndes Interesse daran zum Gegenstand haben. Die Gründe dafür, schon in bloßer Passivität politisch ein "Decken" von Missständen zu erblicken, können unterschiedlich sein und hängen erkennbar von der subjektiven Einschätzung des Betrachters ab. Der Vorwurf, etwas zu "decken", bringt daher vor allem die Meinung zum Ausdruck, der Betreffende habe nicht alles von ihm zu Fordernde zur Aufklärung unternommen. Ob eine solche Wertung berechtigt erscheint, ist eine Frage des Dafürhaltens und Meinens ohne konkret fassbaren Tatsachenkern."

Dies gilt auch dann, wenn man in die Auslegung einbezieht, dass die Klägerin dem Landrat vorgeworfen hat, "Betrügereien" im Landkreis zu decken, wie der jüngste "Umweltskandal" in B. und

der „Subventionsbetrug“ am Rathaus in C. bewiesen. Aus der Bezugnahme auf die solcherart umschriebenen Vorgänge ergibt sich zwar erst die Relevanz des Vorwurfs. Hätte die Klägerin neutraler von bloßen "Vorgängen" gesprochen, hätte der Vorhalt, nicht genug zu deren Aufklärung getan zu haben, nicht das gleiche Gewicht gehabt. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht aber auch in der Verwendung dieser Begriffe keine dem Beweis zugänglichen Tatsachenbehauptungen gesehen. Die Ausdrücke "Umweltskandal" und "Betrügereien" sind dafür zu unbestimmt. Der Terminus "Subventionsbetrug" ist zwar ein Rechtsbegriff, der den Straftatbestand des § 264 StGB bezeichnet. Ein verständiger Leser verknüpft mit seiner Verwendung in dem Wahl-Werbeflyer der Klägerin aber nicht die Vorstellung von konkreten, strafrechtlich relevanten Vorgängen, die einer Überprüfung mit den Mitteln des Beweises zugänglich wären. Die von der Klägerin verwendeten Formulierungen dienten im Rahmen des Wahlkampfes ersichtlich als pointierte Schlagworte zur Beschreibung der von ihr ausgemachten Missstände, um die Leser ggf. dazu zu animieren, sich über die fraglichen Vorgänge selbst näher zu unterrichten. Soweit die Klägerin von "Subventionsbetrug" spricht, ist damit erkennbar allenfalls eine pauschale Umschreibung gemeint, ohne dass diese einen fassbaren Tatsachenkern zum Gegenstand hätte. (...)

Der Ausdruck, die genannten Vorgänge "bewiesen", dass der amtierende Landrat Betrügereien im Landkreis decke, ändert nichts am Charakter der Aussage als Meinungsäußerung. "Beweisen" steht im gegebenen Zusammenhang für "belegen" oder "zeigen". Die Klägerin erklärt damit, sie halte das von ihr kritisierte Verhalten des Landrats durch die angesprochenen Vorfälle für belegt oder erwiesen. Ob dies gerechtfertigt ist, ist erneut eine Frage des Dafürhaltens und Meinens, ohne dass konkret fassbare Tatsachen behauptet würden. Selbst im Rechtssinne erfordert die Frage, ob etwas "bewiesen" ist, eine wertende Betrachtung. In einem nicht juristischen Kontext wie hier liegt erst recht ein wertender Gebrauch nahe.

Ein anderes Verständnis verlangt auch nicht die anschließende Formulierung, die Klägerin stehe für eine transparente Politik, die "Gesetze einhält und die Pflichtaufgaben des Landkreises überprüft". Damit wird dem bisherigen Landrat nicht implizit und zwingend vorgeworfen, die Gesetze verletzt zu haben. Ebenso gut lässt sich die Aussage dahin verstehen, die Klägerin wolle hervorheben, dass sie als Landrätin möglichen Gesetzesverstößen konsequenter und transparenter nachgehe. Auch dies ergibt sich nicht zuletzt aus dem Zusammenhang der Äußerung mit der von ihr so bezeichneten Säule ihrer Politik "Transparenz in der Verwaltung"."

b) Grundrecht der Meinungsfreiheit

Handelt es sich den Äußerungen der K ihrem Schwerpunkt nach insgesamt um Werturteile, so unterfallen diese dem Schutzbereich des Grundrechts der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Eine Verletzung arbeitsvertraglicher Rücksichtnahmepflichten der K gegenüber L kann in diesem Fall nur dann vorliegen, wenn der grundrechtlich geschützten Meinungsfreiheit nicht Vorrang vor der arbeitsvertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber L einzuräumen wäre. Die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers gemäß § 241 Abs. 2 BGB muss insoweit unter Beachtung der

Bedeutung des Grundrechts der Meinungsfreiheit bestimmt werden.

Bei der Würdigung der Äußerungen der K fällt hierbei zunächst ganz maßgeblich ins Gewicht, dass es sich um Äußerungen über einen Gegenkandidaten im laufenden Wahlkampf gehandelt hat. Ein Wahlbewerber muss sich in einer solchen Situation ggf. auch überzogener Kritik stellen. Die Grenzen zulässiger Kritik sind gegenüber einem Politiker weiter gefasst als gegenüber einer Privatperson. Auch als Beschäftigte des Landkreises durfte K für das Amt des Landrats kandidieren und sich im Rahmen ihrer Wahlwerbung mit der Amtsausübung des seinerseits kandidierenden Landrats auseinandersetzen. Durch ihre Kandidatur und ihre öffentlichen Äußerungen setzte sich K gleichermaßen selbst der kritischen Überprüfung aus. In einem öffentlichen Wahlkampf ist auch ein Arbeitnehmer nicht darauf verwiesen, Kritik an der Amtsausübung eines Gegenkandidaten, der zugleich Repräsentant seines Arbeitgebers ist, zunächst nur intern zu äußern. Es geht gerade um den öffentlichen Meinungskampf, in dessen Rahmen ansonsten zu beachtende vertragliche Pflichten zur Rücksichtnahme, soweit im Interesse der Meinungsfreiheit erforderlich, zurücktreten müssen.

Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass die Äußerungen der K die Grenzen zur Schmähkritik nicht überschreiten. Bei den Äußerungen stand nicht die persönliche Diffamierung des amtierenden Landrats im Vordergrund. K hat nicht dem Landrat selbst "kriminelle Machenschaften" unterstellt. Sie hat vielmehr, wenn auch in zugespitzter Form, Kritik an dessen Amtswahrnehmung geübt. Es ging um eine politische Frage von öffentlichem Interesse, nämlich das Erfordernis transparenten Verwaltungshandelns.

Zudem hat K die Kritik an der Amtswahrnehmung ihres Gegenkandidaten nicht ins Blaue hinein erhoben. An einem solchen Beitrag bestünde auch im politischen Wahlkampf kein anerkanntes Interesse. K hat vielmehr nur Vorwürfe wiederholt, die bereits zuvor in der Presse erhoben worden waren. Ihrer kritischen Bewertung der Amtsausübung des Landrats lag damit zumindest die Tatsache zugrunde, dass die Vorgänge in den Städten B. und C. und die Rolle des Landratsamts in der Öffentlichkeit bereits zuvor als aufklärungsbedürftig angesehen worden waren. Handelt es sich bei den Äußerungen der K im Übrigen um ein Werturteil – nämlich über die Amtsausübung des Landrats – und bei diesem um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage, spricht eine Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede. Diese beschränkt sich nicht auf spontane, mündliche Äußerungen. Vielmehr schützt Art. 5 Abs. 1 GG die freie Meinungsäußerung "in Wort, Schrift und Bild".

Schließlich gingen die Äußerungen der K auch nach Form und Zeitpunkt nicht über das in einem Wahlkampf hinzunehmende Maß hinaus. Insbesondere wollte K potentielle Wähler nicht durch eine persönliche Diffamierung des amtierenden Landrats, sondern vielmehr durch eine politische Stellungnahme zu dessen Amtswahrnehmung für sich gewinnen.

Aus den vorgenannten Gründen ist dem Grundrecht der Meinungsfreiheit der K insgesamt Vorrang vor der Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Landkreises einzuräumen. Die Äußerungen der K stellen daher keine Verletzung arbeitsvertraglicher Rücksichtnahmepflichten gegenüber L dar.

3. Zwischenergebnis

Mangels Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten durch K liegt kein "an sich" geeigneter Kündigungsgrund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB vor. Die außerordentliche fristlose Kündigung vom 21.04.2015 hat das zwischen K und L bestehende Arbeitsverhältnis somit bereits aus diesem Grunde nicht wirksam beendet.

II. Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung

Möglicherweise hat jedoch zumindest die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis wirksam beendet. Dies würde indes voraussetzen, dass die ordentliche Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG durch Gründe, "die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt" wäre. Die Äußerungen der K könnten einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG darstellen. Angesichts des Umstands, dass die Äußerungen der K allerdings nicht mit einer Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten gegenüber L verbunden sind, ist die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung sozial ungerechtfertigt im Sinne von § 1 Abs. 1, 2 KSchG.

III. Gesamtergebnis

Sowohl die außerordentliche fristlose Kündigung als auch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung vom 21.04.2015 sind unwirksam und haben das zwischen K und L bestehende Arbeitsverhältnis nicht wirksam beendet.

Hinweise

1. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist sehr examensrelevant. Die Prüfung der Wirksamkeit sowohl einer außerordentlichen fristlosen Kündigung gemäß § 626 BGB als auch die Prüfung einer ordentlichen Kündigung am Maßstab des Kündigungsschutzgesetzes gehören zum arbeitsrechtlichen Pflichtprüfungsstoff der staatlichen Pflichtfachprüfung.

2. In der Klausur sind zunächst die Voraussetzungen einer außerordentlichen fristlosen Kündigung gemäß § 626 BGB darzustellen und anschließend unter Verwertung der Sachverhaltsinformationen zu prüfen. Sodann ist die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung am Maßstab des Kündigungsschutzgesetzes auf ihre soziale Rechtfertigung hin zu prüfen. Im Zusammenhang mit der Frage, ob die Arbeitnehmerin ihre arbeitsvertraglichen Pflichten gegenüber ihrem Arbeitgeber verletzt hat, ist zwingend auf die grundgesetzlich geschützte Meinungsfreiheit der Arbeitnehmerin und die Reichweite dieses Grundrechts einzugehen.

3. Ergänzend eignet sich insbesondere für eine mündliche Prüfung die Frage, ob das Verhalten der Arbeitnehmerin einen Auflösungsantrag des Arbeitgebers gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1, 2 KSchG rechtfertigt. Stellt das Arbeitsgericht auf eine Kündigungsschutzklage der K nämlich fest, dass das zwischen K und L bestehende Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung vom 21.04.2015 nicht aufgelöst worden ist, so ist das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Arbeitgebers gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung durch das Arbeitsgericht aufzulösen, wenn eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen K und L nicht zu erwarten ist. Das Bundesarbeitsgericht gelangte im entschiedenen Fall zu der Einschätzung, dass die Äußerungen der K keinen Auflösungsantrag rechtfertigen, da L keine Umstände dargelegt habe, die einer weiteren gedeihlichen Zusammenarbeit entgegenstünden.

Weiterführende Literatur

Ein Überblick über die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis findet sich bei *Howald*, ArbRAktuell 2013, 195 ff. Mit kündigungrechtlichen Fragen bei Äußerungen des Arbeitnehmers im Internet befasst sich *Kort*, NZA 2012, 1321 ff.

Dr. Nikolaus Polzer

Rechtsanwalt
CMS Hasche Sigle, Stuttgart

► **Inhaltsverzeichnis**



MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

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

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

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

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

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesverfassungsgericht

Verfassungskonforme Auslegung des Geldwäschetatbestandes bei Honorarannahme durch Strafverteidiger (§ 261 Abs. 1 StGB)

Beschluss vom 28. Juni 2015, Az. 2 BvR 2558/14 [u.a.]

[Die] Besonderheit des Honoraranspruchs eines Strafverteidigers gebietet verfassungskonforme einschränkende Auslegung auch des § 261 Abs. 1 StGB

(Juris Leitsatz)

A) Sachverhalt (verkürzt und vereinfacht)*

A beging Anlagebetrugshandlungen im Rahmen eines Schneeballsystems und verursachte so einen Gesamtschaden von rund 312 Millionen Euro zum Nachteil von Anlegern und ausländischen Großbanken. Um die Geldflüsse aus den einzelnen Taten zu verschleiern, gründete er auf den British Virgin Islands die H Limited, welche über ein Konto bei einer Privatbank in der Schweiz verfügte. Mitte 2009 betrug dessen Kontostand 255.000 Euro. Wirtschaftlich Berechtigte des Vermögens und Verfügungsbefugte über das Konto war B, die Ehefrau des A.

Am 21. Oktober 2009 wurde gegen A ein Haftbefehl erlassen und dinglicher Arrest in Höhe von 177,6 Millionen Euro in sein Vermögen angeordnet. Eine Woche später wurde A verhaftet. Einen Tag nach der Verhaftung, am 29. Oktober 2009, wurde A im Beisein seines Verteidigers C der Haftbefehl eröffnet. Am 30. Oktober 2009 mandatierte B den Rechtsanwalt D, welcher gemeinsam mit C eine Kanzlei betreibt, „wegen Pfändungen/Arresten und anderen Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem Verfahren gegen A“. Am 4. November 2009 wurde dinglicher Arrest in Höhe von 117.000 Euro in das Vermögen der B angeordnet (§ 73 Abs. 3 StGB).

Anfang November 2009 informierte B die Rechtsanwälte C und D über das Konto der H Limited und beauftragte die beiden, zu klären, ob das Geld zur Begleichung ihrer Honorarforderungen in Höhe von geschätzten 50.000 Euro verwendet werden könne. B gab weiterhin an, das Guthaben von A „für Notzeiten und Spenden“ geschenkt bekommen zu haben, wobei er ihr erklärt habe, „dass das Geld in Ordnung sei, sie es aber versteuern müsse“. Am 17. November 2009 legte C das Strafmandat in der Sache des A nieder. Am 20. November 2009 wandte sich die Kanzlei von C und D – aufgrund einer von B unterzeichneten Vollmacht – an die Schweizer Privatbank. Nachdem C und D der B versichert hatten, dass das Geld ausgezahlt werden könne, veranlasste diese am 4. Dezember 2009 eine Überweisung in Höhe von 50.000 Euro auf das Kanzleikonto, auf dem der Betrag am 10. Dezember 2009 gutgeschrieben wurde. Am selben Tag bat die Kanzlei von C und D die Bank um Mitteilung

der Kontostände und die B verpflichtete sich für die Kosten der Verteidigung ihres Ehemannes aufzukommen. Im Dezember 2009 stellte die Kanzlei von C und D mehrere Rechnungen an die B, wobei die Beträge mit den bereits erhaltenen 50.000 verrechnet wurden. Konkret handelte es sich um 13.081,08 Euro für die Strafverteidigertätigkeit des C, sowie um 35.581,95 „für zivilrechtliche Mandate im weitesten Sinn“, welche im Betreff der Rechnungen näher ausgeführt wurden.

Mit Verfügung vom 23. März 2010 wurden die Vermögenswerte der H Limited von der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich gesperrt. Dem ging ein Rechtshilfeersuchen der Staatsanwaltschaft Würzburg vom 3. Februar 2010 voraus. Zu diesem Zeitpunkt betrug der Kontostand 205.000 Euro.

Am 19. August 2010 erteilte A dem D das Mandat zu seiner Verteidigung, wofür die B am 27. August 2010 mit der Kanzlei von C und D eine schriftliche Vergütungsvereinbarung traf. Am selben Tag stellte die Kanzlei B eine Rechnung „für den Leistungszeitraum: 02.11.2009 – 27.08.2010“ über 51.170 Euro. Zur Sicherung der Ansprüche wandte sich die Kanzlei an die Privatbank in der Schweiz und bat um Bezahlung der geltend gemachten Honoraransprüche. Diese verwies jedoch auf die Sperrung des Kontos, weswegen man sich bei Zahlung des Betrages „dem Vorwurf der Geldwäscherei“ aussetzen würde. Zur Begründung der Aussage wurde ein Schreiben der Staatsanwaltschaft übermittelt, in welchem es hieß, dass eine Aufhebung der Kontensperre zur Bezahlung der Anwaltskanzlei nicht infrage komme, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass es sich bei den Vermögenswerten um Deliktserlös handle. Der D verfasste hierauf, in Kenntnis und mit dem Willen des C, am 6. Oktober 2010 ein Anschreiben an die Staatsanwaltschaft in Zürich, in welchem er unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes – erfolglos – die Freigabe des Guthabens der H Limited in Höhe des geltend gemachten Verteidigerhonorars verlangte.

B) Der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten

Auf dieser Grundlage wurden C und D am 25. September 2012 vom AG Würzburg wegen mittäterschaftlich begangener Geldwäsche (Entgegennahme des Geldes vom Konto der H Limited) in Tatmehrheit mit versuchter Geldwäsche (Bemühungen zur Erlangung weiteren Geldes vom Konto der H Limited) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von jeweils Sieben Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Daneben wurden beide zu einer Gesamtgeldstrafe von 120 Tagessätzen zu je 120 Euro verurteilt.

* Der Autor dankt Frau stud. jur. Theresa Blum für die Durchsicht und die damit verbundenen nützlichen Anmerkungen zur Entwurfsfassung der Entscheidungsaufbereitung.

Der Schuldspruch hatte sowohl in der Berufungs- (LG Würzburg) als auch in der Revisionsinstanz (OLG Bamberg¹) Bestand, wobei beide Spruchkörper davon ausgingen, dass das in BVerfGE 110, 226 entwickelte „Vorsatzprivileg“ zum einen auf Strafverteidiger und zum anderen auf die Konstellation der sog. „leichtfertigen Geldwäsche“² gem. § 261 Abs. 2 Nr. 1 iVm. Abs. 5 StGB zu beschränken sei.

C) Die Entscheidung der Kammer

C und D meinen, diese Auslegung des Geldwäschetatbestandes durch die Fachgerichte mache ihnen die angemessene wirtschaftliche Verwertung ihrer beruflichen Leistung unmöglich und verletze daher die Verfassung, namentlich die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG).³

I. Der Schutzbereich des Art. 12 GG für den Rechtsanwaltsberuf

In Bezug auf Rechtsanwälte statuiert Art. 12 GG den sog. „Grundsatz der freien Advokatur“, welcher besagt, dass die „anwaltschaftliche Berufsausübung [...] unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts“ unterliegt.⁴ Der Schutz vor staatlicher Kontrolle und Bevormundung erfolgt jedoch nicht allein im (individuellen) Interesse des einzelnen Rechtsanwalts, sondern auch „im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege.“⁵ [...] Denn [u]nter der Geltung des Rechtsstaatsprinzips des Grundgesetzes müssen dem Bürger schon aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit Rechtskundige zur Seite stehen, denen er vertrauen und von denen er erwarten kann, dass sie seine Interessen unabhängig, frei und uneigennützig wahrnehmen.⁶ Der Rechtsanwalt ist [daher] „Organ der Rechtspflege“ und dazu berufen, als unabhängiger Berater und Beistand die Interessen seines Mandanten zu vertreten (vgl. §§ 1 und 3 BRAO).⁷

Auch wenn es sich bei der Strafverteidigung nicht um ein gesetzlich geschütztes Berufsbild handelt, sondern einen Sammelbegriff für Rechtsanwälte, die sich der strafrechtlichen Beratung widmen,⁸ ist natürlich auch diese Tätigkeit anerkanntermaßen vom Schutzbereich des Art. 12 I GG umfasst.⁹ Denn gerade im Strafverfahren ist zuverlässiger und integrierter Rechtsbeistand elementare Voraussetzung für die Herstellung von „Waffengleichheit“¹⁰ zwischen Angeklagtem und den Strafver-

folgungsbehörden bzw. dem Gericht.¹¹ Damit der Verteidiger dieser Aufgabe nachgehen kann, benötigt er allerdings detaillierte Kenntnis eben jenes Sachverhalts, der Anknüpfungspunkt des Tatvorwurfes ist.¹² Um mithin die offene und freie Kommunikation zwischen Mandant und Verteidiger zu gewährleisten, bedarf es eines Vertrauensverhältnisses zwischen beiden Parteien.¹³ „Integrität und Zuverlässigkeit des einzelnen Berufsangehörigen“¹⁴ sowie das Recht und die Pflicht zur Verschwiegenheit (§ 43a Abs. 2 BRAO und § 2 BORA¹⁵) sind die Grundbedingungen dafür, dass dieses Vertrauen entstehen kann, weshalb die Verschwiegenheitspflicht von jeher zu den anwaltlichen Grundpflichten rechnet und als unverzichtbare Bedingung der anwaltlichen Berufsausübung am Schutz des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG teilhat.¹⁶

II. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 GG durch die Geldwäschegesetzgebung

Bei der Frage nach einem Eingriff in diesen Schutzbereich stellt die Kammer zunächst nicht auf eine konkrete Regelung ab, sondern auf „[d]as für alle am Wirtschaftsverkehr Teilnehmenden gleichermaßen geltende gesetzliche Verbot, sich aus bestimmten Vortaten stammende, bemakelte Vermögenswerte zu verschaffen“. Weil jedoch „zum Mandantenkreis eines forensisch tätigen Strafverteidigers typischerweise Personen zählen, die in den Verdacht einer Katalogtat der Geldwäsche geraten und gegen die deshalb ein Ermittlungsverfahren geführt wird“ und „aus dem Verteidigungsverhältnis Informationen sowohl über den Lebenssachverhalt, der dem Tatvorwurf zugrunde liegt, als auch über die Vermögensverhältnisse seines Mandanten erlangt“ werden, ist mit der Wahrnehmung der beruflichen Aufgaben in derartigen Fällen das Risiko signifikant erhöht, „selbst in den Anfangsverdacht einer Geldwäsche zu geraten“.¹⁷

„Diese spezifische Gefahrenlage wird den Strafverteidiger vor Übernahme eines Mandats aus dem Katalog des Geldwäschetatbestandes häufig vor die Frage stellen, ob er eine Verteidigung überhaupt übernehmen will, die mit dem nicht geringen und nur schwer kalkulierbaren Risiko eigener Strafbarkeit verbunden ist und die möglicherweise nur als Pflichtverteidigung zustande kommt. Damit wird seine Entscheidungsfreiheit für oder gegen die Übernahme eines Mandats empfindlich berührt.“

Die Kammer erkennt indes korrekt, dass der Eingriff keineswegs in der Anwendung einer spezifischen Norm des gesetzlichen Instrumentariums zur „Bekämpfung“¹⁸ der Geldwäsche besteht. Es sind vielmehr „die Vorwirkungen des Straftatbestands der Geldwäsche“, welche geeignet seien „[d]ie Tätigkeit eines Strafverteidigers, die sich insbesondere durch das Gebot umfassender und ausschließlicher Wahrnehmung der Interessen des Mandanten und seine absolute Pflicht zur Verschwiegenheit

¹ OLG Bamberg NStZ 2015, 235.

² Zur Frage, warum die Bezeichnung begrifflich ungenau ist siehe Sebastian, NStZ 2015, 438 (Fn. 1).

³ Darüber hinaus rügen die Beschwerdeführer auch das Analogieverbot (Rn. 16-18), das Verschleifungsverbot (Rn. 19), sowie das Willkürverbot (Rn. 25), auf diese Rügen soll hier aber nicht eingegangen werden.

⁴ Vgl. BVerfGE 15, 226 (234); 50, 16 (29); 63, 266 (284); 108, 150 (158); 110, 226 (251 f.).

⁵ Vgl. BVerfGE 15, 226 (234); 34, 293 (302); 37, 67 (77 ff.); 72, 51 (63 ff.); 110, 226 (252).

⁶ Vgl. BVerfGE 63, 266 (284); 87, 287 (320).

⁷ Vgl. BVerfGE 10, 185 (198); 110, 226 (252).

⁸ Raschke, NStZ 2012, 606 (608).

⁹ Vgl. BVerfGE 15, 226 (231); 22, 114 (119 f.); 34, 293 (299); 39, 238 (242); 110, 226 (253); vgl. auch § 3 BRAO und § 138 Abs. 1 StPO.

¹⁰ Zum Begriff: Sebastian, Die Strafprozessordnung im Lichte verfahrensbedingender Verständigung (2014), S. 40 f.; Zur Ausgestaltung: Müller, NJW 1976, 1063 (1065) und Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Auflage (2011), Art. 6 Rn. 36.

¹¹ BVerfGE 110, 226 (254 f.).

¹² Raschke, NStZ 2012, 606 (607).

¹³ BVerfG NJW 2004, 1305 (1308); BVerfGE 79, 171 (190).

¹⁴ Vgl. BVerfGE 63, 266 (286); 87, 287 (320); 93, 213 (236).

¹⁵ Vgl. BVerfGE 76, 171 (190); 76, 196 (209 f.).

¹⁶ BVerfGE 110, 226 (252).

¹⁷ BVerfGE 110, 226 (255).

¹⁸ Mit Recht kritisch zu einem als „Kampf“ gegen „Phänomene“ verstandenen Strafrecht Vormbaum, Einführung in die Moderne Strafrechtsgeschichte (2009), §§ 6 und 7: „sprachliche Hochrüstung“ und Hefendehl, ZStW 119 (2007), 816 (817): „inflationärer Aktionismus“.

auszeichnet, [...] *nachhaltig*“ zu verändern.¹⁹ Sieht sich der Verteidiger nämlich der Gefahr möglicher eigener Strafbarkeit ausgesetzt, so ist ihm die Ausübung der sog. „*statusbildenden Grundpflichten des Rechtsanwalts*“, namentlich des Verbots der Mehrfachvertretung (§ 146 StPO) und der Verschwiegenheitspflicht (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB), kaum mehr möglich, denn die Pflicht des Anwalts zur Verschwiegenheit findet ihre Grenze anerkanntermaßen dort, wo die Verteidigung in eigener Sache die Offenbarung seines beruflich erlangten Wissens rechtfertigt: „*Ein Strafverteidiger, der sich durch die Annahme eines Honorars der Gefahr eigener Strafverfolgung ausgesetzt sieht, kann die von ihm gewählte berufliche Tätigkeit [mithin] nicht mehr frei und unabhängig ausführen und ist nicht in der Lage, die ihm von Verfassungen wegen anvertraute Aufgabe der Interessenwahrnehmung für den Beschuldigten zu erfüllen*“.²⁰ „*Der Tatbestand der Geldwäsche und das ihm zugeordnete strafprozessuale Instrumentarium sind [mithin] geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant zu gefährden*“ wodurch „*die Berufsausübung überhaupt*“ in Frage gestellt wird.

III. Rechtfertigung eines Eingriffes in Art. 12 GG; insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

„*Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung müssen auf einem Gesetz beruhen und sind mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn das Gesetz durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt und verhältnismäßig ist.*“²¹

Bei der Prüfung der genannten Voraussetzungen fällt auf, dass die Kammer auf die „*Einführung und Erweiterung des Straftatbestands der Geldwäsche*“ abstellt. Das verwundert insofern, als im Rahmen des Eingriffes eine phänomenologische Beschreibung der Geldwäschehandlung²² (Rn. 40) und später neben dem Tatbestand auch „*das ihm zugeordnete strafprozessuale Instrumentarium*“ (Rn. 42) Gegenstand der Prüfung waren. Die Synonyme Verwendung der verschiedenen Begriffe ist indes trotz ihrer Ungenauigkeit vertretbar. Denn zum einen kann die in § 261 StGB enthaltene Verhaltensnorm²³ als gesetzliche Konkretisierung der phänomenologischen Beschreibung verstanden werden und zum anderen dient das umschriebene Verhalten als Anknüpfungspunkt für alle Regelungen der „*Geldwäschebekämpfung*“ im engeren und weiteren Sinne.²⁴

a) Legitimer Zweck

Die Frage, welche sich die Kammer stellen muss, lautet also, ob die strafrechtliche „*Bekämpfung*“ des als „*Geldwäsche*“ sanktionierten Verhaltens wichtigen Gemeinwohlbelangen dient. Hierfür stellt der Spruchkörper auf zwei Aspekte ab:

1. Die „*wirkungsvolle Bekämpfung*“ der „*organisierten Kriminalität*“ und
2. internationale Verpflichtungen.

Auf eine Subsumtion wird verzichtet, sodass dieser Teil der Prüfung mit der Feststellung endet „*§ 261 StGB dient damit wichtigen Gemeinschaftsbelangen*“. Die Ausführungen werden jedoch klarer, wenn man sie mit BVerfGE 110, 226 (263) zusammennimmt. Dort heißt es zur Erläuterung des unter 1. genannten Zieles Das Verbot „*der Geldwäsche [...] sollte die organisierte Kriminalität gleichsam an ihrer Wurzel - dem Gewinnstreben - bekämpfen und verhindern, dass Gewinne aus Straftaten in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf fließen und Straftäter in den Genuss der Tatbeute kommen (vgl. BT-Drs. 12/989, S. 26; 12/3533, S. 11). Der Straftatbestand der Geldwäsche sollte organisierte Kriminalität an der Schnittstelle zwischen legalem und illegalem Finanzkreislauf sichtbar machen und Erfolg versprechende Ermittlungsansätze für ihre Bekämpfung liefern*“. Der zweite Senat legte seiner Entscheidung mithin das Verständnis zugrunde, dass § 261 StGB das sekundäre Rechtspflegeinteresse an der Aufklärung und Ermittlung von Straftaten schützen soll.²⁵ Das Ziel, eine funktionierende Rechtspflege zu gewährleisten, ist in der Tat ein gewichtiges Gemeinwohlinteresse.

Verfehlt ist es indes, die Erfüllung internationaler Verpflichtungen als wichtigen Gemeinwohlbelang anzusehen. Damit ist nicht gemeint, dass die mit den einzelnen internationalen Rechtsakten verfolgten Ziele nicht legitim sind. Denn entweder geht es auch dort darum, eine funktionierende Rechtspflege sicherzustellen (Straßburger Übereinkommen²⁶), oder die öffentliche Gesundheit soll geschützt (Suchtstoffübereinkommen²⁷) bzw. die Ausnutzung des Finanzsystems zu kriminellen Zwecken verhindert werden (1. Geldwäscherichtlinie²⁸). Allerdings erweckt die Kammer – wie schon der 2. Senat vor ihr – den Eindruck, dass die Erfüllung internationaler Verpflichtungen unabhängig von deren Inhalt ein wichtiger Gemeinwohlbelang ist. Bei aller Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes wird man dem so jedoch nicht folgen können.

b) Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit

Für die übrigen Aspekte der Verhältnismäßigkeit verweist die Kammer im Grundsatz auf die Rechtsprechung des zweiten Senats, um in der Folge auf diese aufbauen zu können. Demnach ist „*die Strafandrohung zur Erreichung des ihr gesetzten Zwecks im Grundsatz geeignet und erforderlich [...], [ihre] uneingeschränkte Anwendung für den Adressatenkreis der Strafverteidiger [würde] jedoch gegen das Übermaßverbot verstoßen*“.

Begründet wird dies mit dem Berufsethos des Rechtsanwalts, welchen die Kammer als Gewähr dafür ansieht, dass diese Berufsgruppe nur schwer zum Zwecke der Geldwäsche auszunutzen

¹⁹ BVerfGE 110, 226 (256).

²⁰ BVerfGE 110, 226 (257).

²¹ vgl. BVerfGE 94, 372 (390); 101, 331 (347); 110, 226 (262)

²² Vgl. zur international gebräuchlichen Terminologie BT-Drs. 12/989, S. 26; Aschke, Der Straftatbestand der Geldwäsche im Lichte zivilrechtlicher Erwerbsprinzipien (2012), S. 10 ff.; Suendorf, Geldwäsche: eine kriminologische Untersuchung (2001), S. 145 ff.; Vogt, in: Herzog/Mülhausen, Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung (2006), § 1.

²³ Allgemein zur Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnormen Ast, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik (2010), S. 10 und Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Auflage (2006), S. 4 ff.

²⁴ Vgl. Sebastian, ZBB 2014, 382 (382, 384), allerdings kritisch zum Verständnis als Konkretisierung.

²⁵ Vgl. Schröder/Bergmann, Selbstgeldwäsche (2013), S. 38 und Arzt, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, 2. Auflage (2009) § 29 Rn. 32.

²⁶ Konvention des Europarats über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten v. 8.11.1990.

²⁷ Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen unerlaubten Handel mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen v. 20.12.1988.

²⁸ Richtlinie 91/308/EWG v. 10.6.1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche.

zen sei: „Der Rechtsanwalt [...] unterliegt einer Reihe von besonderen Berufspflichten, die weit über das Maß an Rechtstreue hinaus reichen, die von jedermann erwartet wird. Treuepflichten, das Zulassungsverfahren und die Überwachung durch spezielle Anwaltsgerichte bieten eine erhöhte Gewähr dafür, dass der Rechtsanwalt ein Berufsethos entwickelt und sich rechtstreu verhält.“ Hieran anknüpfend stellt die Kammer fest, dass der Verteidiger als Organ der Rechtspflege (auch) ein wichtiger Teil jenes Systems, dessen Funktionsfähigkeit das Instrumentarium der „Geldwäschebekämpfung“ schützen soll, sei.

Die Kammer stellt allerdings auch klar, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip keineswegs die vollständige Freistellung des Strafverteidigers von der Strafandrohung des § 261 StGB erfordere. „Das Grundgesetz verlangt keinen strafrechtsfreien Raum, in dem der Strafverteidiger uneingeschränkt bemakeltes Vermögen als Honorar annehmen und damit, etwa in Abstimmung mit dem Katalogtäter oder durch Scheinhonorierung, die Ziele des Gesetzgebers beim Verbot der Geldwäsche unterlaufen darf. Weder das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit noch die Garantie der freien Wahl eines Strafverteidigers in einem fairen Strafverfahren tragen die Freistellung eines Strafverteidigers vom Verbot der Geldwäsche, wenn dieser sich bemakeltes Geld bewusst verschafft und damit seine Rolle als Strafverteidiger zur Geldwäsche missbraucht.“ In diesem Falle fungierte der Strafverteidiger gerade nicht (mehr) als Organ der Rechtspflege, sodass die Strafbarkeit wegen Geldwäsche – legt man ihr das Verständnis als Rechtspflegedelikt zugrunde – angemessen und damit verhältnismäßig erscheint.

Um dieses Ergebnis zu untermauern, hebt die Kammer den Aspekt des Vertrauens noch einmal gesondert hervor: Auf der einen Seite ist es gerade das Vertrauen des Beschuldigten/Angeklagten in die Verschwiegenheit seines Verteidigers, welches eine effektive Berufsausübung überhaupt erst möglich mache, auf der anderen Seite begründet eine vollkommene Freistellung der Strafverteidigertätigkeit die Gefahr, dass „das Vertrauen der Bevölkerung in die persönliche Integrität und Zuverlässigkeit der Strafverteidiger in Zweifel [gezogen] und damit die Institution der Strafverteidigung [als solche] langfristig“ geschwächt würde.

IV. Folgen der möglichen Grundrechtsverletzung

Es bestehen mithin keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, dass sich ein Strafverteidiger wegen Geldwäsche strafbar machen kann. Allerdings erfasst § 261 StGB auch Fälle, in denen eine solche Strafbarkeit unverhältnismäßig wäre. Das führt allerdings nicht zur Verfassungswidrigkeit des Straftatbestandes, denn eine Norm ist nur dann für verfassungswidrig zu erklären, „wenn keine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige und mit der Verfassung zu vereinbarende Auslegung möglich ist. Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelungen und deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, von denen nur eine zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führt, so ist diese geboten.“²⁹ Bei dieser Auslegung ist jedoch auf den mit der

Regelung verfolgten Zweck zu achten, denn „[d]er Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt gebietet es [...], dem Willen des Gesetzgebers im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen so weit wie möglich Rechnung zu tragen.“³⁰ Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenzen [mithin] dort, wo sie zum Wortlaut der Norm und zum klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde.³¹

1. Restriktive Auslegung des §§ 261 Abs. 2 Nr. 1 (iVm. Abs. 5) StGB

Für den Fall der Honorarannahme durch den Strafverteidiger, bei der sich die illegale Herkunft des Geldes geradezu aufdrängt (Leichtfertigkeit), wurde eine solche verfassungskonforme (restriktive) Auslegung in BVerfGE 110, 226 entwickelt:

„§ 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB enthält keine Umschreibung der Voraussetzungen, die vorsätzliches Handeln (vgl. § 15 StGB) erfüllen muss. Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift hindert ihre einengende Auslegung ebenfalls nicht. Allerdings hat der Gesetzgeber den so genannten Isolierungstatbestand des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB als Auffangtatbestand konzipiert (vgl. BR-Drs. 507/92, S. 23 f.);³² er zielte also im Interesse einer effektiven Geldwäschebekämpfung auf Weite der Gesetzesfassung und sah deshalb bewusst von ausdrücklichen Ausnahmen für Alltagsgeschäfte oder sonstige Konstellationen mit allenfalls geringem Unrechtsgehalt ab. Die in der besonderen Situation der Honorarannahme durch den Wahlverteidiger auftretende verfassungsrechtliche Spannungslage hat er indes nicht hinreichend bedacht; die mit einer uneingeschränkten Einbeziehung der Strafverteidiger verbundene verfassungsrechtliche Dimension des Isolierungstatbestands des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist im Gesetzgebungsverfahren nicht hinreichend erörtert worden. Da nicht anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber von einer Einschränkung der Strafbarkeit für Strafverteidiger abgesehen hätte, wäre er sich der Gefahren für die Berufsausübungsfreiheit der Strafverteidiger und das verfassungsrechtlich verbürgte Institut der Wahlverteidigung bewusst gewesen, steht einer verfassungskonform einengenden Auslegung nichts im Wege.“

2. Restriktive Auslegung auch des § 261 Abs. 1 StGB

Fraglich erscheint nun, inwieweit sich die in BVerfGE 110, 226 entwickelte Lösung auch auf den Verschleierungs- und Vereitelungstatbestand in § 261 Abs. 1 StGB übertragen lässt.

a) „Für den Verschleierungstatbestand geht die überwiegende Auffassung im Schrifttum ausdrücklich oder der Sache nach davon aus, dass angesichts der im Gesetzeswortlaut verwendeten „finalen Tätigkeitsworte“ eine „manipulative Tendenz“ des Täters erforderlich sei.“³³ Bei einem solchen Tatbestandsverständnis besteht von Verfassungs wegen kein Bedürfnis, zum Schutze des redlichen Strafverteidigers weitere Einschränkungen vorzusehen.³⁴

²⁹ vgl. BVerfGE 86, 288 (320)

³⁰ vgl. BVerfGE 54, 277 (299 f.); 71, 81 (105); 90, 263 (275).

³¹ Mit Recht kritisch hierzu Bergmann, WuB IV A. § 823 BGB 1.13, S. 380 (381).

³² Maiwald, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch (1999), S. 631 (644).-

³³ vgl. auch Hombrecher, Geldwäsche durch Strafverteidiger? (2001), S. 160; Glaser, Geldwäsche durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme (2009), S. 61, 75, 191; Müther, Jura 2001, 318 (324).

²⁹ BVerfGE 83, 201 (214 f.); Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, 6. Auflage (2010), Art. 93 Rn. 52; Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 47. EL (August 2015), § 31 Rn. 258.

b) „Beim Vereitelungs- und Gefährdungstatbestand hingegen wird in Rechtsprechung und Literatur nur teilweise ein auf die Besserstellung des Vortäters "abzielendes" Element gefordert.³⁵ Überwiegend werden die objektive Gefährdung oder Vereitelung einerseits und die Tatbegehung mit bedingtem Vorsatz andererseits für ausreichend erachtet, ohne dass ein "klandestines" (heimliches) Verhalten³⁶ oder eine im vorgenannten Sinn finale Zielsetzung oder manipulative Tendenz als notwendig angesehen werden.³⁷ Dieses Verständnis liegt auch den angegriffenen Entscheidungen zugrunde.“

Hierbei handelt es sich zwar um eine vertretbare Auslegung der Norm, sie hat allerdings zur Folge, dass das für den Isolierungstatbestand entwickelte „Vorsatzprivileg“ immer dann unterlaufen wird, wenn für das als Honorar angenommene Vermögen der Verfall angeordnet wurde. Der Strafverteidiger wäre dann bezüglich der – im Hinblick auf § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB privilegierten Handlung – dennoch strafbar, obwohl ihm die deliktische Herkunft der Mittel nicht sicher bekannt war. Hieraus folgert die Kammer, dass „[e]in Verständnis des § 261 Abs. 1 Satz 1 StGB, das im Falle der Honorierung eines Strafverteidigers keinerlei Restriktionen im subjektiven Tatbestand vorsieht, [...] eine verfassungsrechtlich nicht hinnehmbare Gefährdung der die Entscheidung BVerfGE 110, 226 tragenden, die Belange und die spezifische Situation von Strafverteidigern in den Blick nehmenden Erwägungen besorgen“ ließe.

Hieraus wird jedoch nicht gefolgert, dass das für den Isolierungstatbestand entwickelte Vorsatzprivileg auf den Vereitelungstatbestand zu übertragen ist. Die Kammer betont ausdrücklich, dass auch das Erfordernis eines „finalen Elements“ oder einer „manipulativen Tendenz“ mit der Verfassung im Einklang stünde. Auffassungen, welche eine Lösung auf Tatbestands- oder Rechtfertigungsebene favorisieren, dürfte hiermit jedoch eine Absage erteilt worden sein.³⁸

3. Übertragung des "Strafverteidigerprivilegs" auf andere Berufsgruppen

Die Frage, inwiefern das „Strafverteidigerprivileg“ auch auf andere Berufsgruppen übertragen werden kann, erkennt die Kammer zwar, meint jedoch, dass die Anträge der Beschwerdeführer den Darlegungsanforderungen nicht genügen. Begründet wird dies damit, dass aus dem Vorbringen unklar bleibe,

„inwiefern [...] Sachverhalte gegenständlich waren, die sich aus den Vortaten ergaben“.

V. Ergebnis

Soweit die Fachgerichte mithin davon ausgingen, dass es für die Strafbarkeit nach § 261 Abs. 1 S. 1 StGB genüge, wenn ein Strafverteidiger bezüglich der (konkreten) deliktischen Herkunft seines Honorars lediglich mit Eventualvorsatz handele, handelt es sich um eine methodisch vertretbare Auslegung der Norm, die aber von Verfassungs wegen ausgeschlossen ist. Da es den Beschwerdeführern jedoch nach Ansicht der Kammer nicht gelungen sei, den Darlegungsanforderungen des § 93a BVerfGG gerecht zu werden, wird die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.

D) Bewertung der Entscheidung

Wollte man die Kammerentscheidung mit zwei Worten beschreiben, so böten sich die Adjektive „konsequent“ und „effektiv“ an. Konsequent insofern, als sich die Übertragung des „Strafverteidigerprivilegs“ auf den gesamten Straftatbestand der Geldwäsche durchaus als „organische“ Fortführung der bisherigen Rechtsprechung darstellt und effektiv, weil sich der Beschluss auf eben diese Frage beschränkt.

Das ist besonders ärgerlich, wenn man bedenkt, dass eine Ausdehnung des Privilegs jedenfalls auf alle Rechtsanwälte keines erheblich höheren Begründungsaufwandes bedurft hätte. Auch der in Zivilsachen tätige Rechtsanwalt ist als „Organ der Rechtspflege“ dazu verpflichtet, als unabhängiger Berater und Beistand die Interessen seines Mandanten zu vertreten (vgl. §§ 1 und 3 BRAO), wobei er bezüglich der ihm anvertrauten Informationen zur Verschwiegenheit verpflichtet und berechtigt ist (vgl. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB und § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO). Die Besonderheiten eines Strafverfahrens modifizieren die Beratungssituation allenfalls aus Sicht des Beschuldigten, was jedoch dann nicht ins Gewicht fällt, wenn man das Vorsatzprivileg aus der Berufsausübungsfreiheit des Rechtsanwaltes und gerade nicht aus dem Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK; Art. 20 GG) ableitet.³⁹

Abseits dieser spezifischen Frage zeichnet sich die Entscheidung durch einen auffällig unreflektierten Umgang mit der eigenen früheren Rechtsprechung des Gerichts aus. So waren insbesondere die Ausführungen zur Frage, ob die „Geldwäschebekämpfung“ einen legitimen Zweck verfolgt, schon in BVerfGE 110, 226 reichlich oberflächlich und ungenau, wurden hier aber in einer noch weiter verkürzten – aus sich heraus zudem (mehr) nicht verständlichen – Form einfach übernommen. Das mag freilich daran liegen, dass es sich eben doch „nur“ um einen Kammerbeschluss handelt.

³⁵ OLG Hamburg NJW 2000, 673 (680) m. Anm. Reichert, NStZ 2000, 316; Stree/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage (2014), § 261 Rn. 13, 24; Herzog/Achtelik, in: Herzog, GwG, 2. Auflage (2014), Einl. Rn. 97; Sommer, in: AnwaltKommentar StGB, 2. Auflage (2015), § 261 Rn. 30; vgl. auch Hombrecher, Geldwäsche durch Strafverteidiger? (2001), S. 159 ff.

³⁶ So Jahn, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Auflage (2014), § 261 Rn. 37; siehe auch Eschelbach, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (2011), § 261 StGB Rn. 45.

³⁷ Vgl. Maiwald, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch (1999), S. 631 (644); Leip, Der Straftatbestand der Geldwäsche, 2. Auflage (1999), S. 145 f.; Schmidt/Krause, in: LK-StGB, 12. Auflage (2010), § 261 Rn. 14 ff., 36 f.; Altenhain, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Auflage (2013), § 261 Rn. 94 ff., 102, 105 ff., 131; Neuheuser, in: MüKo StGB, 2. Auflage (2012), § 261 Rn. 62 ff., 84 ff.; Fischer, StGB, 62. Auflage (2015), § 261 Rn. 22, 28, 40; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Auflage (2014), § 261 Rn. 7, 9; Ruhmannseder, in: Beck-OK-StGB, § 261 Rn. 24 ff., 53 ff.; Nestler, in: Herzog, GwG, 2. Auflage (2014), § 261 StGB Rn. 86; Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 7. Auflage (2012), § 29 Teil 22 Rn. 119 f.

³⁸ Bspw. Barton, StV 1993, 156 (163); Bauer, in: FS- Maiwald (2010), S. 127 (143). Ambos, JZ 2002, 70 (80); Bernsmann, StV 2000, 40 (45) und Hamm, NJW 2000, 636 (638).

³⁹ So zu Recht Raschke NStZ 2012, 606 (609).

Hinweise für Studierende

Auch wenn der Straftatbestand der Geldwäsche in Klausuren – jedenfalls im ersten Staatsexamen – regelmäßig keine große Rolle spielt, ist die Lektüre des Kammerbeschlusses jedenfalls in methodischer Hinsicht gewinnbringend:

1. Zunächst bietet die Entscheidung eine kurze und – zumeist – verständliche Zusammenfassung und Konkretisierung der ersten Entscheidung zur Frage der Geldwäschestrafbarkeit des Strafverteidigers (BVerfGE 110, 226).
2. Darüber hinaus bieten die Ausführungen zum Schutzbereich des Art. 12 GG eine gelungene Darstellung der verfassungsrechtlichen Stellung des Rechtsanwalts im Allgemeinen und des Strafverteidigers im Besonderen. Es wird hervorgehoben, welche Rolle letzterer sowohl im System der Strafverfolgung einnimmt als auch, was seine Beziehung zum Mandanten ausmacht. Auch auf die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Wahl- und Pflichtverteidiger (und deren Bedeutung für die Strafverfolgung an sich) wird kurz eingegangen (Rn. 43).
3. In methodischer Hinsicht sind vor allem die Ausführungen zur verfassungskonformen Auslegung einer Strafnorm und die Herleitung dieser Notwendigkeit aus dem Prinzip der Gewaltenverschränkung interessant. In diesem Zusammenhang ist vor allem die Zurückhaltung der Kammer bei der Vorgabe einer konkreten Lösung des verfassungsrechtlichen Problems interessant.

Weiterführende Literatur

Zur Geldwäsche als Delikt und politisches Programm: *Schröder/Bergmann*, Warum die Selbstgeldwäsche straf-frei bleiben muss (2013) und *Sebastian*, ZBB 2014, 382.

Zum Vorsatzprivileg für Strafverteidiger: *Glaser*, Geldwäsche durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme (2009) und *Raschke* NStZ 2012, 606.

Zur Rollenverteilung der Beteiligten eines Strafverfahrens: *Sebastian*, Die Strafprozessordnung im Lichte ver-fahrensbeendender Verständigung (2014) und *ders.* NJ 2014, 508.

Dipl.-Jur. Sascha Sebastian

Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie/Rechtstheorie
(Prof. Dr. Joachim Renzikowski)

Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht
(Prof. Dr. Christian Schröder)

► Inhaltsverzeichnis

RECHTSPRECHUNG

ÖFFENTLICHES RECHT

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg

Zumutbarkeit des von einem Bolzplatz ausgehenden Lärms

Urteil vom 23. Mai 2014, Az. 10 S 249/14

1. Auch bei von hoheitlich betriebenen Anlagen ausgehendem Lärm folgt aus einer etwaigen Verletzung des immissionsschutzrechtlichen Vermeidungsgebots gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BImSchG kein unmittelbarer Abwehranspruch im Nachbarschaftsverhältnis zwischen Störer und Gestörtem; als Anspruchsgrundlage für das Lärminderungsbegehren von Nachbarn kommt allein der allgemeine öffentlich-rechtliche Abwehranspruch in Betracht.

2. Die Kinderlärm privilegierende und ein absolutes Toleranzgebot statuierende Vorschrift des § 22 Abs. 1a BImSchG ist nicht anwendbar, wenn der Benutzerkreis einer öffentlichen Einrichtung nicht auf Kinder (also auf Personen unter 14 Jahren) beschränkt ist oder es sich bei der Einrichtung ihrer Ausstattung nach um einen Bolzplatz und nicht um eine Ballspielfläche für Kinder handelt.

3. Die Zumutbarkeit des von einem Bolzplatz ausgehenden Lärms kann nicht abschließend anhand von technischen Regelwerken beurteilt werden, da sich weder die TA Lärm oder die 18. BImSchV (Sportanlagenlärmschutzverordnung) noch die Freizeitlärm-Richtlinie (LAI-Richtlinie) für derartige Anlagen Geltung beimessen. Die normkonkretisierende Funktion der Immissionsrichtwerte der Sportanlagenlärmschutzverordnung kann die individuelle Würdigung der von Spiel- und Freizeitanlagen ausgehenden Lärmimmissionen nicht ersetzen; die Verordnung kann jedoch einen Ausgangspunkt für die rechtliche Bewertung bieten (Anschluss an BVerwG, Beschluss vom 11.02.2003 – 7 B 88.02 – NVwZ 2003, 377).

(amtliche Leitsätze)

I. Einleitung

Lärmimmissionen, die von hoheitlich betriebenen Anlagen, wie beispielsweise Kinderspielplätzen ausgehen, bergen seit jeher ein immenses Streitpotenzial. In vielen Fällen wenden sich die „genervten“ Nachbarn an die Verwaltungsgerichtsbarkeit, um die Nutzung einer Anlage wegen des ihnen unzumutbaren Lärms zu unterbinden. Das Urteil des VGH Baden-Württemberg vom 23.05.2014 – 10 S 249/14 bietet Anlass dafür, sich zum einen mit dem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch, zum anderen mit der Zumutbarkeit des von einer hoheitlich betriebenen Anlage ausgehenden Lärms auseinanderzusetzen.

II. Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt)

Der VGH Baden-Württemberg (§ 184 VwGO i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1 AG-VwGO; nachfolgend: VGH) hatte sich mit einer Berufung i.S.d. §§ 124 ff. VwGO zu befassen. Dem Gericht lag dabei folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger wendet sich gegen Lärmimmissionen, die von der Nutzung eines von der Beklagten, einer Stadt, in seiner unmittelbaren Nähe betriebenen Bolzplatzes ausgehen.

Seit dem Jahre 1995 wohnt der Kläger zur Miete in einem Mehrfamilienhaus, das sich im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes befindet, der ein allgemeines Wohngebiet festsetzt. Die Wohnung des Klägers befindet sich im Teilort eines außergewöhnlich ruhigen Kurorts, der keinerlei Vorbelastung mit Lärmimmissionen aufweist. Auf der gegenüberliegenden Straßenseite – der Abstand zum vom Kläger bewohnten Haus beträgt ca. 30 Meter – befindet sich eine im Jahr 1981 baurechtlich genehmigte Tennisplatzanlage. Diese besteht aus zwei Hartplätzen, wird von einem ca. drei Meter hohen Gitterzaun umfasst und liegt im Geltungsbereich eines Bebauungsplans aus dem Jahr 1974, der ein Sondergebiet (Ferienpark) ausweist. Anfang der 1990er Jahre wurden die Hartplätze nicht mehr regelmäßig und zweckgebunden zum Tennisspiel, sondern vielmehr durch Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene zum Fußball- und Hockeyspielen genutzt. Nachdem die Beklagte eine derartige Nutzung zunächst verboten hatte, legalisierte sie das Ballspiel in der Folgezeit und wandelte die Hartplätze mit dem schlichten Hinweis auf die einzuhaltenden allgemeinen Ruhezeiten in einen Bolzplatz um. Seit 1997 beschwerte sich der Kläger in regelmäßigen Abständen bei der Beklagten, dass durch die Benutzung der Anlage unzumutbarer Lärm, insbesondere durch das Aufprallen des Balles auf die den Platz umgebenden Gitterzäune, entstehe. Ein daraufhin von der Beklagten in Auftrag gegebenes Sachverständigengutachten kam zum Ergebnis, dass die Richtwerte der TA Lärm nicht überschritten werden. Für die Nutzung des Grundstücks existierte zunächst keine Baugenehmigung. Am 28.09.2009 beantragte die Beklagte deshalb bei der zuständigen Baurechtsbehörde eine Genehmigung zur entsprechenden Nutzungserweiterung der Anlage, die am 12.02.2010 erteilt wurde. Daraufhin erlaubte die Beklagte die Nutzung der Anlage als Bolzplatz von Montag bis Freitag (08.00 bis 20.00 Uhr) und an Sonn- und Feiertagen (09.00 bis 13.00 Uhr und 15.00 und 20.00 Uhr).

Am 05.05.2008 hatte der Kläger Klage zum VG Stuttgart erhoben und beantragt, die Nutzung der Tennisplatzanlage als Bolzplatz und zum Hockeyspiel zu unterbinden. Mit Beschluss vom 26.05.2008 verwies das VG Stuttgart den Rechtsstreit an

das örtlich zuständige VG Karlsruhe. Mit Urteil vom 16.11.2009 wurde der Klage stattgegeben. Daraufhin ließ der Senat des VGH mit Beschluss vom 10.01.2011 die Berufung gegen das Urteil des VG Karlsruhe zu.

Der VGH entschied am 23.05.2014 wie folgt:

„Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 16. November 2009 - 8 K 1604/08 - geändert. Die Klage wird abgewiesen.“

III. Die Entscheidung des VGH

Die Berufung der Beklagten wurde vom VGH als zulässig und begründet bewertet.

1. Zur Zulässigkeit

Der VGH unterließ Ausführungen zur Zulässigkeit. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Berufung i.S.d. §§ 124 ff. VwGO sollen unter Beachtung der Besonderheiten des Falles überblickshalber kurz dargestellt werden.

a) Keine Prüfung des Verwaltungsrechtswegs

Im Gegensatz zu erstinstanzlichen verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen bedarf es keiner Prüfung der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs. Dies folgt aus § 17a Abs. 5 GVG. Diese Norm soll verhindern, dass ein Verfahren nicht mehr dadurch belastet wird, dass erst im Rechtsmittelverfahren ein etwaiger Mangel des gewählten Rechtsweges erkannt wird. Die Frage der Rechtswegzuständigkeit soll in einem möglichst frühen Zeitpunkt des Verfahrens (in der ersten Instanz) bindend festgelegt werden.

b) Statthaftigkeit der Berufung

Die Berufung gem. §§ 124 ff. VwGO ist das statthafte Rechtsmittel, wenn der Rechtsmittelführer ein Urteil des VG sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht durch den VGH überprüfen lassen möchte, § 124 Abs. 1 VwGO (*Kopp/Schenke*, VwGO, 18. Auflage 2012, § 124, Rdnr. 1). Grundsätzliche Voraussetzung ist jedoch, dass die Berufung entweder durch das VG (§ 124 Abs. 1 Var. 1 VwGO) oder durch den VGH (§ 124 Abs. 1 Var. 2 VwGO) zugelassen wurde. Vorliegend hat nicht das VG Karlsruhe, sondern der VGH die Berufung zugelassen:

„Die vom Senat wegen ernstlicher Richtigkeitszweifel [gem. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO] zugelassene Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet.“

Hierbei ist zu beachten, dass der VGH nicht ex officio über die Zulassung einer Berufung entscheidet. Vielmehr ist ein Antrag des Rechtsmittelführers erforderlich, § 124a Abs. 4 S. 1 VwGO, der innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen erstinstanzlichen Urteils beim VG zu stellen ist, § 124a Abs. 4 S. 2 VwGO. Über den Antrag entscheidet gem. § 124 Abs. 5 S. 1 VwGO der VGH. Lässt dieser die Berufung zu, wird das Zulassungsverfahren vor dem VGH als Berufungsverfahren fortgesetzt, vgl. § 124a Abs. 5 S. 5 VwGO (*Kopp/Schenke*, a.a.O., § 124a, Rdnr. 65). Etwaige Fristen für die Einlegung der Berufung sind dementsprechend nicht mehr zu berücksichtigen.

c) Rechtsmittelberechtigung

Der Rechtsmittelführer muss weiterhin rechtsmittelberechtigt sein. Rechtsmittelberechtigt sind grundsätzlich alle Beteiligten der Vorinstanz (§ 63 VwGO), insbesondere die Parteien, vorliegend also die Beklagte (*Schäfer*, in: Fehling/Kastner/Störmer, VwGO, 3. Auflage 2013, § 124, Rdnr. 16).

d) Beschwer

Die Berufung ist des Weiteren nur dann zulässig, wenn der Rechtsmittelführer durch die angegriffene Entscheidung – hier das Urteil des VG Karlsruhe – rechtlich beschwert ist (*BVerwG*, DÖV 2001, 655; *Blanke*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Auflage 2014, Vorb. § 124, Rdnr. 59). Da die Beklagte die Berufung eingelegt hat, ist eine sog. materielle Beschwer erforderlich (vgl. *Kopp/Schenke*, a.a.O., Vorb. § 124, Rdnr. 40). Eine materielle Beschwer ist zu bejahen, wenn die ergangene Entscheidung ungünstige Auswirkungen für den Rechtsmittelführer zeitigt (so z.B. *Blanke*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Auflage 2014, Vorb. § 124, Rdnr. 64). Da das VG Karlsruhe der Klage stattgegeben und die Beklagte verpflichtet hat, die Nutzung der Anlage als Bolzplatz und zum Hockeyspiel zu unterbinden, ist die materielle Beschwer vorliegend ohne Weiteres zu bejahen.

e) Berufungsanträge und -begründung

Wird die Berufung durch den VGH zugelassen, muss sie innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses über die Zulassung der Berufung begründet werden, vgl. § 124a Abs. 5 S. 1 VwGO. Die Begründung ist beim VGH einzureichen, § 124a Abs. 5 S. 2 VwGO. Sie hat auch die Berufungsanträge zu enthalten, § 124a Abs. 5 S. 3 VwGO i.V.m. § 124a Abs. 3 S. 4 VwGO.

f) Vorliegen der allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen

Im Übrigen sind die allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen wie Beteiligten- und Prozessfähigkeit (§§ 61, 62 VwGO), Postulationsfähigkeit (§ 67 VwGO) und das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis zu berücksichtigen.

g) Ergebnis

Die Zulässigkeit der Berufung gem. §§ 124 ff. VwGO war vorliegend zu bejahen.

2. Zur Begründetheit

Der VGH kam des Weiteren zum Ergebnis, dass die Berufung begründet sei:

„Die vom Senat wegen ernstlicher Richtigkeitszweifel zugelassene Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet. Das Verwaltungsgericht hat der Klage zu Unrecht stattgegeben. Die Klage ist zwar zulässig [...], sie bleibt jedoch entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts in der Sache ohne Erfolg [...].“

a) Prüfungsumfang des VGH

Das Berufungsgericht prüft als weitere Tatsacheninstanz den anhängigen Streitfall im Rahmen der Berufungsanträge (§ 129 VwGO) grundsätzlich im selben Umfang wie das Gericht erster Instanz in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (*Schäfer*, in: Fehling/Kastner/Störmer, a.a.O., § 128, Rdnr. 7; *Kopp/Schenke*, a.a.O., § 128, Rdnr. 1). Demnach muss sich das Berufungsgericht damit befassen, ob der Verwaltungsrechtsweg eröffnet und im Übrigen die Klage zulässig und begründet war.

b) Verwaltungsrechtsweg

Der VGH bejahte die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, ging jedoch nicht näher auf die Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ein:

„Der Kläger macht einen öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch geltend, für den der Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO) [...] gegeben ist.“

Jedenfalls die Annahme einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO hätte indes einer eingehenderen Begründung bedurft. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist zu bejahen, wenn streitentscheidende Normen solche des öffentlichen Rechts sind (BGH, NJW 1985, 2756; Eyer-mann/Rennert, VwGO, 11. Auflage 2000, § 40, Rdnr. 31). Abwehransprüche gegen Lärmimmissionen können sich aber sowohl aus dem öffentlichen Recht als auch aus dem Privatrecht – so z.B. aus § 1004 BGB – ergeben. Die neuere Rechtsprechung vertritt dabei die Auffassung, dass sich der Abwehranspruch dann als ein öffentlich-rechtlicher darstellt, wenn er sich gegen ein Verwaltungshandeln wendet, das seinerseits wiederum öffentlich-rechtlicher Natur ist; der Abwehranspruch ist die Kehrseite des Eingriffs und teilt dessen Rechtsnatur (sog. Kehrseitentheorie, vgl. Eyer-mann/Rennert, a.a.O., § 40, Rdnr. 80; BVerwG, NJW 1974, 817). Die Parteien streiten über die Nutzung einer von der Beklagten zu öffentlichen Zwecken betriebenen kommunalen Einrichtung der Daseinsvorsorge. Des Weiteren hat die Beklagte das Ballspiel auf der Tennisplatzanlage legalisiert und damit öffentlich-rechtlich genehmigt. Die Ausführung des Betriebs der Anlage steht ferner – im Bebauungsplan ist ein Sondergebiet (Ferienpark) ausgewiesen – in einem öffentlich-rechtlichen Planungs- und Funktionszusammenhang, weshalb die Lärmimmissionen öffentlich-rechtlicher Natur und folglich mit dem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch anzugreifen sind (so auch BVerwG, NJW 1989, 1291; OVG Koblenz, NVwZ 1990, 279; BGH, NJW 1976, 570; VGH München, NVwZ 1987, 986).

Allerdings hätte die Frage der Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges aufgrund des Verweisungsbeschlusses des VG Stuttgart vom 26.05.2008 vorliegend auch offen bleiben können. Nach § 83 S. 1 VwGO i.V.m. § 17 Abs. 2 S. 3 GVG war das VG Karlsruhe an die Verweisung gem. § 83 S. 1 VwGO i.V.m. § 17 Abs. 2 S. 1 GVG gebunden (Kopp/Schenke, a.a.O., § 83, Rdnr. 14).

c) Zulässigkeit

Der VGH bejahte die Zulässigkeit der Klage.

aa) Statthafte Klageart

Zunächst stellte der VGH zunächst fest, dass als zulässige Klageart nur die allgemeine Leistungsklage gem. § 43 Abs. 2 VwGO in Betracht kommt, da nicht der Erlass eines Verwaltungsaktes, sondern mit der Abwehr störender Folgen einer hoheitlich betriebenen Anlage schlicht hoheitliches Handeln begehrt wird (vgl. OVG Koblenz, NVwZ 1990, 279; BVerwG, NJW 1988, 2396).

bb) Klagebefugnis

Weiterhin führte der VGH richtiger Weise aus, dass auch im Rahmen der allgemeinen Leistungsklage die Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO erforderlich sei und bejahte diese:

„Auch kommt dem Kläger die Klagebefugnis zu, die in entsprechender Anwendung von § 42 Abs. 2 VwGO im Rahmen der allgemeinen Leistungsklage zu fordern ist.“

Nach § 42 Abs. 2 VwGO analog muss der Kläger geltend machen, möglicherweise einen allgemeinen öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch zu haben. Dies ist damit zu rechtfertigen, dass – wie auch bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage – das Bedürfnis besteht, Popularklagen auszuschließen.

Zutreffend bemerkte der VGH, dass die Klagebefugnis nicht deshalb ausgeschlossen sei, weil als Maßstab für die Beurteilung des Falles bauplanungsrechtlicher Nachbarschutz anzulegen sei:

„Zutreffend weist die Beklagte im Ausgangspunkt zwar darauf hin, dass bauplanungsrechtlicher Nachbarschutz nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur dem Eigentümer zusteht, nicht jedoch sonstigen Personen, die – wie hier der Kläger als Wohnungsinhaber – lediglich obligatorisch berechtigt sind (vgl. BVerwG, Urteil vom 11.05.1989 - 4 C 1.88 - BVerwGE 82, 61).“

Der Kläger macht jedoch keinen Nachbarschutz nach bauplanungsrechtlichen Vorschriften, sondern einen allgemeinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch zur Abwehr von „schädlichen Umwelteinwirkungen“ im Sinne von § 3 Abs. 1 BImSchG geltend. Dieser Anspruch und die immissionsschutzrechtlichen Schutzpflichten sind anders als das Bauplanungsrecht jedoch nicht grundstücksbezogen, sondern bezwecken den Schutz sämtlicher Personen, welche von den Auswirkungen einer genehmigungsbedürftigen oder sonstigen Anlage als Nachbar und damit nicht bloß als Teil der Allgemeinheit betroffen werden; ausreichend ist, dass sich die Person regelmäßig derart im Einwirkungsbereich der Anlage aufhält, dass sie durch diese in einer von § 5 Abs. 1 S. 1 BImSchG missbilligen Weise betroffen sein kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 22.10.1982 - 7 C 50.78 - DVBl 1983, 183).“

Somit war auch die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO analog gegeben, da das Vorliegen des öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs nicht eindeutig und nach jeder denkbaren Betrachtungsweise ausgeschlossen erschien.

cc) Entbehrlichkeit des Vorverfahrens

Des Weiteren führte der VGH aus, dass die Durchführung eines Vorverfahrens gem. § 68 VwGO i.R.d. allgemeinen Leistungsklage nicht erforderlich sei:

„Zutreffend verneint das Verwaltungsgericht auch die Erforderlichkeit eines Vorverfahrens nach § 68 VwGO. Bei der allgemeinen Leistungsklage ist die Durchführung eines Vorverfahrens generell entbehrlich (vgl. Pietzcker in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 17. Ergänzungslieferung 2008, § 42 RdNr. 154).“

Auch hierbei ist dem VGH zuzustimmen. Dafür spricht zum einen die systematische Stellung der §§ 68 ff. VwGO im Gesetz („8. Abschnitt: Besondere Vorschriften für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen“), zum anderen der klare Wortlaut des § 68 VwGO.

dd) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis war vorliegend ebenfalls zu bejahen:

„Im Übrigen ergibt sich aus den Behördenakten, dass der Kläger vor Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes sein Begehren auf Unterbindung von Immissionen bzw. auf Schließung des Bolzplatzes in hinreichender Weise bei der Beklagten vorgetragen hat.“

ee) Ergebnis

Im Ergebnis hat das VG Karlsruhe die Zulässigkeit der Klage zutreffend angenommen.

d) Begründetheit

Im weiteren Verlauf der Prüfung verneinte der VGH allerdings die Begründetheit der Klage:

„Die Klage bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg. Dem Kläger steht der allein in Betracht kommende allgemeine öffentlich-rechtliche [Abwehranspruch] nicht zu.“

aa) § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BImSchG

Der VGH verneinte zunächst – entgegen dem VG Karlsruhe – im Einklang mit Literatur und Rechtsprechung das Bestehen eines unmittelbaren Abwehranspruchs aus § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BImSchG (vgl. nur BVerwG, NJW 1988, 2396; Czajka, in: Feldhaus, BImSchG, 164. Aktualisierung 2011, § 22, Rdnr. 6 f.):

„Entgegen der vom Verwaltungsgericht der Sache nach vertretenen Auffassung folgt aus einer etwaigen Verletzung des immissionsschutzrechtlichen Vermeidungsgebots gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BImSchG kein Unterlassungsanspruch eines Dritten. Auch in Bezug auf Anlagen, die – wie hier der Bolzplatz – als öffentliche Einrichtung (vgl. § 10 Abs. 2 GemO) hoheitlich betrieben werden, gilt, dass § 22 Abs. 1 BImSchG kein Rechtsverhältnis zwischen Betreiber und Nachbarn begründet und dem letzteren daher auch keinen unmittelbaren Anspruch gegen jenen verleiht (vgl. grundlegend BVerwG, Urteil vom 29.04.1988 - 7 C 33.87 - BVerwGE 79, 254).“

Dem ist zuzustimmen. Dafür spricht zunächst die amtliche Überschrift von § 22 BImSchG (Pflichten der Betreiber nicht genehmigungsbedürftiger Anlagen). Des Weiteren kann der klare Wortlaut der Norm herangezogen werden, der keinen unmittelbaren Anspruch des Nachbarn statuiert. § 22 BImSchG betrifft lediglich das Verhältnis zwischen Anlagenbetreiber und Aufsichtsbehörde, nicht jedoch das Verhältnis zwischen Anlagenbetreiber und Nachbarn, auch wenn die Anlage hoheitlich betrieben wird (Czajka, in: Feldhaus, a.a.O., § 22, Rdnr. 6 f.).

bb) Allgemeiner öffentlich-rechtlicher Abwehranspruch

Der VGH zog demnach den allein in Betracht kommenden allgemeinen öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch heran, verneinte aber im Ergebnis dessen Vorliegen:

„Als Anspruchsgrundlage für das Begehren des Klägers kommt [...] allein der allgemeine öffentlich-rechtliche Abwehranspruch in Betracht. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat der Nachbar einer von der öffentlichen Hand (schlicht hoheitlich) betriebenen Anlage einen am Maßstab des § 22 BImSchG i.V.m. § 3 Abs. 1 BImSchG ausgerichteten öffentlich-rechtlichen Anspruch darauf, dass erhebliche Lärmbeeinträchtigungen aus dem Betrieb der Anlage unterbleiben oder auf ein Mindestmaß beschränkt werden. Indes steht dem Kläger der der Sache nach geltend gemachte öffentlich-rechtliche Abwehranspruch [...] nicht zu.“

(1) Dogmatische Herleitung

Der allgemeine öffentlich-rechtliche Abwehranspruch ist nicht ausdrücklich normiert. Dogmatisch gestützt wird er auf das Rechtsstaatsprinzip, das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG), Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG oder auf §§ 1004, 906, 861, 862 BGB analog (Voßkuhle/Kaiser, JuS 2012, 1079 (1080); Bumke, JuS 2005, 22). Jedenfalls ist der allgemeine öffentlich-rechtliche Abwehranspruch gewohnheitsrechtlich anerkannt.

(2) Anspruchsvoraussetzungen

Der allgemeine öffentlich-rechtliche Abwehranspruch ist zu bejahen, wenn ein hoheitlicher Eingriff in subjektive Rechte des Betroffenen vorliegt und eine Duldungspflicht seitens des Betroffenen nicht besteht.

Auffällig ist, dass sich der VGH vorliegend ausführlich mit etwaigen Duldungspflichten auseinandergesetzt hat, ohne die übrigen Anspruchsvoraussetzungen anzusprechen.

α) Hoheitlicher Eingriff

Dabei ist im vorliegenden Fall bereits das Vorliegen eines hoheitlichen Eingriffs nicht ohne Weiteres zu bejahen. Dem könnte nämlich entgegenstehen, dass die Geräuschimmissionen durch die Sporttreibenden, also durch Private, hervorgerufen wurden. Dabei gilt, dass dem Staat grundsätzlich Störungen durch private Dritte zuzurechnen sind, wenn er durch sein Verhalten eine typische Gefährdungssituation für die subjektiv-öffentlichen Rechte des Betroffenen schafft, die Folgen des Betriebens einer öffentlichen Einrichtung von der Verwaltung also intendiert wurden (sog. Zustandsverantwortlichkeit; vgl. Bumke, a.a.O., 22 (23); zur Zurechnung einer missbräuchlichen Benutzung siehe VGH Mannheim, NVwZ 1990, 988). Vorliegend gingen die Geräuschimmissionen von einer hoheitlich betriebenen Sportanlage aus. Damit hat gerade der Staat, hier die beklagte Stadt, eine Gefährdungssituation geschaffen, die typische Konfliktsituationen mit den Grundrechten der Betroffenen hervorruft. Der Lärm war folglich der Beklagten zuzurechnen. d.h. ein hoheitlicher Eingriff zu bejahen.

β) Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht

Ein Eingriff ist gegeben bei jeder rechtlichen oder tatsächlichen nachteiligen Beeinträchtigung einer geschützten Rechtsposition (Bumke, a.a.O., 22). Durch die Lärmimmissionen wurde der Kläger in seinen Rechten aus Art. 14 GG, jedenfalls aus Art. 2 Abs. 2 GG verletzt.

γ) Duldungspflicht

Ohne dass der VGH dies im Urteil ausdrücklich erwähnte, können sich Duldungspflichten insbesondere aus Gesetz oder aus einem Verwaltungsakt ergeben.

αα) Duldungspflicht aufgrund der erteilten Baugenehmigung

Der VGH ging hierbei zunächst der Frage nach, ob sich eine Duldungspflicht aus der am 12.02.2010 erteilten Baugenehmigung ergeben könnte, verneinte dies aber zutreffend:

„Der durch die Baugenehmigung vermittelte Bestandsschutz kann sich nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur in den Grenzen entfalten, die ihm das Immissionschutzrecht lässt [...]. Da die Grundpflichten des § 22 Abs. 1 BImSchG für die gesamte Dauer des Betriebs einer Anlage zu erfüllen sind, steht nicht einmal die durch eine bestandskräftige Baugenehmigung geschützte Position einem öffentlich-rechtlichen Abwehrenspruch entgegen.“

ββ) Duldungspflicht aus § 906 Abs. 1 S. 1 BGB analog

Anschließend befasste sich der VGH eingehend mit der Frage, ob sich eine Duldungspflicht aus § 906 Abs. 1 S. 1 BGB analog ergeben könnte. Er vertrat – beanstandungslos – die Ansicht, dass ein Nachbar entsprechend § 906 Abs. 1 S. 1 BGB Geräusche, die die Benutzung seines Grundstücks nicht nur unwesentlich beeinträchtigen, abwehren könne (vgl. hierzu *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2013, § 906, Rdnr. 39). Insoweit führte er im Einvernehmen mit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung aus, dass sich der Maßstab für die Wesentlichkeit von Geräuschimmissionen, die von einer nicht genehmigungsbedürftigen Anlage wie dem Bolzplatz ausgehen (vgl. nur *Czajka*, in: Feldhaus, a.a.O., Vorb §§ 22-25, Rdnr. 19), aus § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BImSchG ergebe (so *OVG Koblenz*, NVwZ 1990, 279; *BVerwG*, NJW 1989, 1291; *OVG Schleswig*, NVwZ 1995, 1019). Danach müsse ein Nachbar schädliche Umwelteinwirkungen gem. § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BImSchG i.V.m. § 3 Abs. 1 BImSchG grundsätzlich nicht hinnehmen. Den Prüfungsmaßstab für schädliche Umwelteinwirkungen nach § 3 Abs. 1 BImSchG definierte der VGH – unter Beachtung der ständigen Rechtsprechung des *BVerwG* (vgl. nur *BVerwG*, NJW 1988, 2396 (2397)) – wie folgt:

„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 sind eine umfassende situationsbezogene Abwägung aller Umstände des Einzelfalles und ein Ausgleich widerstrebender Interessen vorzunehmen. [...]. 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.“

Bevor der VGH jedoch in eine Abwägungsprüfung unter Heranziehung aller relevanten Umstände des Einzelfalles einstieg,

beschäftigte er sich vorerst mit der Anwendung der ein absolutes Toleranzgebot aufstellenden Regelung des § 22 Abs. 1a BImSchG. Nach § 22 Abs. 1a BImSchG stellen Geräuschimmissionen, die von Kindereinrichtungen ausgehen, grundsätzlich keine schädlichen Umwelteinwirkungen gem. § 3 Abs. 1 BImSchG dar (*Jarass*, BImSchG, 10. Auflage 2013, § 22, Rdnr. 45). Indes verneinte der VGH vorliegend die Anwendbarkeit dieser Norm:

„Diese Privilegierungsregelung ist im hier zu beurteilenden Fall [...] nicht anwendbar.“

Hierzu führte der VGH überzeugend aus:

„Dem steht zum einen bereits entgegen, dass der Benutzerkreis der Ballspielanlage von der Beklagten nicht verbindlich und nach außen erkennbar auf Kinder im Sinne des § 22 Abs. 1a BImSchG beschränkt worden ist. Auf [den] Kreis der Kinder [...] hat die Beklagte die Benutzung des Bolzplatzes jedoch nicht beschränkt; vielmehr soll er nach ihrem Vortrag im gerichtlichen Verfahren auch der sportlichen Betätigung für Jugendliche und junge Erwachsene dienen.“

§ 22 Abs. 1a BImSchG ist aufgrund seines eindeutigen Wortlauts nur dann anwendbar, wenn die Geräuschimmissionen von Einrichtungen ausgehen, die nach ihrer Ausgestaltung auf die überwiegende Nutzung durch Kinder angelegt sind (im Ergebnis auch *Scheidler*, NVwZ 2011, 838 (840)). Für eine solche Auslegung der Norm spricht auch der Sinn und Zweck des § 22 Abs. 1a BImSchG, wonach Einrichtungen, die gerade von Kindern benutzt werden, besonders zu fördern sind (*Jarass*, a.a.O., § 22, Rdnr. 45). Da der Bolzplatz aber nicht nur Kindern, sondern auch Jugendlichen und jungen Erwachsenen zur Benutzung offen steht, kann die Regelung des § 22 Abs. 1a BImSchG damit nicht zu einer grundsätzlichen Zumutbarkeit der Lärmimmissionen führen.

Des Weiteren ging der VGH der Frage nach, ob sich die Zumutbarkeit nicht aus einem – wie vorliegend gegeben – Nicht-überschreiten der Richtwerte der TA Lärm ergeben könnte. Im Einvernehmen mit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung führte er allerdings aus, dass *„die Zumutbarkeit der hier in Rede stehenden Lärmimmissionen nicht abschließend anhand von verbindlichen Grenz- oder Richtwerten lärmtechnischer Regelwerke bestimmt werden [können] [,] dies [...] einen orientierenden Rückgriff bei der gebotenen Gesamtabwägung indes nicht [ausschließt].“* Der VGH ging jedoch zutreffend von einer Unanwendbarkeit der TA Lärm im vorliegenden Fall – auch im Rahmen der Abwägung – aus:

„Der verfahrensgegenständliche Bolzplatz wird [nicht] von der TA Lärm [...] erfasst. Gemäß Ziffer 1 Buchst. a und b TA Lärm ist diese weder auf Sportanlagen, die der 18. BImSchV unterliegen, noch auf sonstige nicht genehmigungsbedürftige Freizeitanlagen anwendbar.“

Die demzufolge vom VGH vorgenommene Abwägung aller Umstände des Einzelfalles ergab, dass sich die Lärmimmissionen noch im Rahmen des Zumutbaren bewegen würden:

„Die gebotene situationsbezogene Abwägung aller Umstände führt zu dem Ergebnis, dass die Lärmimmissionen von dem Kläger hinzunehmen sind.“

Der VGH stellte dabei schulmäßig dar, welche Kriterien bei der Abwägung zu berücksichtigen sind:

„Im Rahmen dieser Abwägung bestimmt sich die Frage der Erheblichkeit von Lärmbelästigungen im Sinne des § 3 Abs. 1 BImSchG und damit die Frage ihrer Zumutbarkeit für die Nachbarschaft entscheidend durch die bauplanungsrechtliche Situation, in der sich störende und gestörte Nutzung befinden. Das Bebauungsrecht als Bodenrecht bestimmt einerseits, welche Nutzungen – auch im Hinblick auf Beeinträchtigungen der Nachbarschaft – an bestimmten Standorten zulässig sind, andererseits welchen Schutz vor Beeinträchtigungen andere Nutzungen, wie hier die Wohnnutzung beanspruchen können [...]. Neben der baurechtlichen Situation sind wertende Elemente, wie die Herkunftlichkeit, die soziale Adäquanz und die allgemeine Akzeptanz mitbestimmend.“

Zugunsten des Klägers sprach nach Ansicht des VGH, dass sich das Mehrfamilienhaus in einer ruhigen Wohngegend ohne nennenswerte Geräuschvorbelastungen befindet.

Zu Ungunsten des Klägers führte der VGH allerdings aus, dass der Bebauungsplan für die Wohnung des Klägers ein allgemeines Wohngebiet gem. § 4 BauNVO vorsehe und gem. § 4 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO Anlagen zu sportlichen Zwecken in allgemeinen Wohngebieten nicht generell unzulässig seien. Der VGH nahm zutreffend an, dass Bolzplätze dem Begriff der Anlage zu sportlichen Zwecken zu subsumieren seien (so auch OVG Schleswig, NVwZ 1995, 1019 (1020); BVerwG, NVwZ 1992, 884). Dafür spricht insbesondere der weite Wortlaut des Begriffs der Anlage zu sportlichen Zwecken, der ohne Weiteres auch einen Bolzplatz umfasst, sowie der Sinn und Zweck der Regelung, der darin besteht, die planungsrechtlichen Möglichkeiten einer wohnungsnahen sportlichen Betätigung zu verbessern (siehe hierzu Stock, in: König/Roeser/Stock, BauNVO, 3. Auflage 2014, § 4, Rdnr. 64). Folgerichtig vertrat der VGH die Auffassung, dass Bolzplätze, die in allgemeinen Wohngebieten zulässig sind, auch dann zulässig sein müssen, wenn sie an ein allgemeines Wohngebiet angrenzen (so auch BVerwG, NVwZ 1991, 884; BVerwG, NJW 1989, 1291 (1294)).

Andere Kriterien ließ der VGH augenscheinlich außen vor. Zwar verwendete er Begriffe wie „soziale Funktion“ und „soziale Erforderlichkeit“. Ob er damit auf die allgemein anerkannten Kriterien „soziale Adäquanz“ und „allgemeine Akzeptanz“ abstellen wollte, bleibt indes unklar. Auch keine Erwähnung fand das Kriterium der „plangegebenen Vorbelastung“ (vgl. dazu nur BVerwG, NVwZ 1992, 884 (885)), welches bei der Abwägung ebenfalls hätte berücksichtigt werden können.

Im Ergebnis war die Auffassung des VGH, dass die Abwägung zulasten des Klägers ausfallen müsse, jedoch nicht zu beanstanden.

(3) Ergebnis

Mangels Unzumutbarkeit bzw. Wesentlichkeit des Sportlärms bestand für den Kläger eine Duldungspflicht aus § 906 Abs. 1 S.

1 BGB analog. Der VGH verneinte deshalb zutreffend den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Abwehrensanspruch.

3. Ergebnis

Die Berufung der Beklagten war demnach begründet.

Hinweise für Studierende und Referendare

Das Urteil des VGH enthält – sieht man von der berufsrechtlichen „Einkleidung“ des Falles ab – einen ausbildungsrelevanten Themenbereich. Der allgemeine öffentlich-rechtliche Abwehrensanspruch und die mit ihm verbundenen Probleme der Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, der Zulässigkeit und Begründetheit der Klage stellen einen „Dauerbrenner“ im ersten und zweiten Staatsexamen dar.

Dr. Andreas Wax

Rechtsanwalt

Kanzlei Thümmel, Schütze & Partner, Stuttgart

Nikolas Winter

Rechtsreferendar

► Inhaltsverzeichnis

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
 Alexander Bechtel
 Dominique Beck
 Pius Dolzer
 StA Guido Philipp Ernst
 RA Steffen Follner
 Dr. Karin Hummel, M. A.
 Lina Kammerer
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL. M.
 RA Dr. Andreas Lohbeck
 Dipl.-Pol. Philipp Louis
 Prof. Dr. Christian F. Majer
(Schriftleiter)
 RA Dr. Paul Popescu
 Gabriel Schmidt
(Stellvertretender Schriftleiter)
 Amela Schön
 Dipl. Jur. Sascha Sebastian
(Stellvertretender Schriftleiter)
 Philipp Trautmann
 Richterin Anna Vögelein
 Stephanie Walz
 Julian Weippert
 Julia Zaiser

Herausgeber

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

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer
(Vorsitzender)
 Dipl.-Jur. Sascha Sebastian
(Stellvertretender Vorsitzender)
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M
(Schatzmeister)
 StA Guido Philipp Ernst
(Ressortleiter Strafrecht)
 Prof. Dr. Arne Pautsch
(Ressortleiter Öffentliches Recht)

5. Jahrgang (2015)

ISSN 2195-044X

Beirat

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

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>

E-Mail: redaktion@zeitschrift-jse.de



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:
 ▶ CMS Hasche Sigle | ▶ Menold Bezler | ▶ Thümmel, Schütze & Partner

Beiträge in früheren Ausgaben

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

1/2011 | *Werner Walk/Nils Wiese*

Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –

Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter

▶ www.zeitschrift-jse.de.

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer review“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an redaktion@zeitschrift-jse.de. Unter ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen