

### HERAUSGEBER

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

Vereinsvorstand:  
RA Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)  
Stephanie Walz (Stellvertr. Vorsitzende)  
Frederic Dachs (Schatzmeister)

## AUS DEM INHALT

*Dominik Skauradszun / Felix Hornfischer*

Es kann nicht sein, was nicht sein darf –  
die Insolvenz von Staaten

*Werner Walk / Nils Wiese*

Wer klaut, der fliegt - oder etwa doch nicht –  
das Problem der Bagatellkündigungen in der  
aktuellen Rechtsprechung

*Jörg Eisele*

Original-Examensklausur Strafrecht –  
Gewalt in der Ehe

RECHTSPRECHUNG:

*BGH*

Erfüllungsort der Nacherfüllung im Kaufrecht

*BVerfG*

Griechenland-Hilfe und Euro Rettungsschirm

### BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchman  
Prof. Dr. Jörg Eisele  
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser  
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)  
RD Jochen Heinz  
RA Prof. Rainer Kirchdörfer  
Prof. Dr. Alexander Proelß  
Prof. Dr. Gottfried Schieman  
RA Dr. Dominik Skauradszun  
RIOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner  
RILG Dr. Felix Tausch, mag. rer. publ.  
Dr. Christian Traulsen  
RA Dr. Werner Walk  
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)  
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)

## Inhaltsverzeichnis

### Beiträge

1. Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten Seite 05  
Dominik Skauradszun und Felix Hornfischer
2. Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Seite 26  
Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung  
Werner Walk und Nils Wiese, LL.M. (Krakau)

### Klausuren

1. Der beschränkt Geschäftsfähige bei der Internetauktion Seite 46  
Alexander Segmiller und Frederic Dachs
2. Ötzi - Die Gletschermumie vom Hauslabjoch Seite 71  
Christian F. Majer
3. Examensklausur Strafrecht: Gewalt in der Ehe Seite 89  
Jörg Eisele

### Rechtsprechung Zivilrecht

1. Vergütungsanspruch einer Kartenlegerin „Life Coaching“ Seite 124  
BGH Urteil vom 13. 1. 2011 (*Majer*)
2. Beherrschung einer Gefahrenquelle und nachbarrechtlicher Ausgleich Seite 131  
BGH Urteil vom 01.04.2011 (*Majer*)
3. Erfüllungsort der Nacherfüllung im Kaufrecht Seite 136  
BGH Urteil vom 13.04.2011 (*Majer*)
4. Vertragliche Haftung für Nutzung eines Ebay-Kontos durch Dritte? Seite 146  
BGH, Urteil vom 11.5.2011 (*Majer*)
5. Zur Frage der Wirksamkeit einer Kündigung wegen Arbeitsverweigerung aus Glaubensgründen Seite 152  
BAG, Urteil vom 24.2.2011 (*Walk/Schneider*)

## Rechtsprechung Strafrecht

1. Erpressung – Rechtswidrigkeit der Bereicherung Seite 160  
BGH, Urteil vom 28.10.2010 (*Baur*)
2. Tötung zur Verdeckung einer unbefugten Verfügung über ein fremdes Konto –  
Strafbarkeit nach § 211 II? Seite 165  
BGH, Urteil vom 17.05.2011 (*Baur*)

## Rechtsprechung Öffentliches Recht

1. Griechenland-Hilfe und Euro-Rettungsschirm Seite 172  
BVerfG, Urteil vom 07.09.2011 (*Majer*)
2. § 80 Absatz 6 VwGO ist eine nicht nachholbare Zugangsvoraussetzung Seite 189  
VGH BW, Beschluss vom 28.02.2011 (*Heinz*)
3. Keine stillschweigende Antragsänderung bei Erledigung des Verfahrens Seite 195  
VGH BW, Urteil vom 31.05.2011 (*Heinz*)

## Editorial

Mit dieser Ausgabe liegt das erste Exemplar der Online-Zeitschrift „Jura-Studium und Examen (JSE)“ vor. Viele werden jetzt möglicherweise die Frage stellen, ob wirklich die Notwendigkeit für eine weitere Ausbildungszeitschrift besteht. Die JSE ist jedoch keine klassische Ausbildungszeitschrift. Sie richtet sich zwar vorwiegend an Studenten und Referendare, enthält im Aufsatzteil aber ausschließlich Beiträge zu Themen mit politischem sowie rechtspolitischem und -ethischem Hintergrund. Auf didaktische Beiträge, Grundfälle, Überblicksaufsätze etc. wird bewusst verzichtet, mit Ausnahme von Klausuren und aktueller Rechtsprechung.

Kaum ein Thema prägt die öffentliche Debatte derzeit so sehr wie die krisenhaften Entwicklungen in den Euro-Ländern. In dieser Diskussion stellen sich schwierige juristische und volkswirtschaftliche Fragen. Mit einer zentralen Frage beschäftigt sich der Beitrag von *Skauradszun* und *Hornfischer*. Er erörtert, ob Staaten insolvent sein können.

Es sind schon einige Monate vergangen, seit Maultaschen und Pfandbons zu gravierenden Entrüstungen in der nichtjuristischen Öffentlichkeit führten. Die Relevanz von Bagatellkündigungen für die juristischen Staatsexamina schmälert dies aber nicht. Der Beitrag von *Walk* und *Wiese* zu diesem Thema betrifft die Kernmaterie des Arbeitsrechts. Die Fragestellungen gehören zum notwendigen Wissen für Examenklausuren.

Ein Einblick in die Praxis des ersten Staatsexamens bringt die Original-Staatsexamensklausur im Strafrecht von *Eisele*. In den beiden Zivilrechtsklausuren (von *Dachs/Segmiller* und *Majer*) kommen die Bearbeiter teilweise mit untypischen Sachverhalten und Themenbereichen in Berührung. Sie zeigen aber auch, dass strukturiertes und sauberes Arbeiten zum Ziel führt. Die Klausuren können selbständig gelöst oder in einer Lerngruppe besprochen werden.

Die bearbeitete Rechtsprechung darf ebenfalls in keiner Examensvorbereitung fehlen. Die Urteile vermitteln Wissen, das für Klausuren unerlässlich ist. Das Durcharbeiten ist insbesondere für Examenskandidaten, sowohl im ersten wie auch im zweiten Examen, sehr zu empfehlen.

Nähere Informationen über unser Konzept finden Sie auf unserer Internetseite [www.zeitschrift-jse.de](http://www.zeitschrift-jse.de).

Dr. Christian F. Majer  
1. Vorsitzender

Stephanie Walz  
2. Vorsitzende

## Impressum

### Redaktion

Alexander Baur  
Dominique Beck  
Amela Causevic  
Frederic Dachs  
RA Steffen Follner  
Fabian Friz  
RA Dr. Christian F. Majer  
(Schriftleiter)  
Stanislav Poliakov  
Philipp Trautmann  
Anna Vögelein  
Stephanie Walz  
Elena L. Wasserbäch

### Herausgeber

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

### Vereinsvorstand:

RA Dr. Christian F. Majer  
(1. Vorsitzender)

Stephanie Walz  
(2. Vorsitzende)

Frederic Dachs  
(Schatzmeister)

### E-Mail

redaktion@zeitschrift-jse.de

### Beirat

RA Dr. Felix E. Buchman  
Prof. Dr. Jörg Eisele  
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser  
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)  
RD Jochen Heinz  
RA Prof. Rainer Kirhdörfer  
Prof. Dr. Alexander Proelß  
Prof. Dr. Gottfried Schiemann  
RA Dr. Dominik Skauradszun  
Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner  
Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
Dr. Christian Traulsen  
RA Dr. Werner Walk  
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit  
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)

Dr. Dominik Skauradszun und Dr. Felix Hornfischer\*

## Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten

### I. Einleitung

1. Materielle und formelle Insolvenz
2. Beispiele der Rechtsgeschichte
3. Beispiele der Gegenwart

### II. Staatsversagen und Anreizverzerrung

### III. Vertragliche Einzelfallmaßnahmen

### IV. Das Dogma der Insolvenzunfähigkeit von Staaten

1. Begründung des Dogmas
2. Widerlegung des Dogmas

### V. Der rechtliche Rahmen für ein Staateninsolvenzrecht

1. Ausgleich der involvierten Interessen
2. Wesentliche Eckpfeiler eines Insolvenzrechts für Staaten

### VI. Völkerrechtliches Verfahrensrecht

### VII. Zusammenfassung

## I. Einleitung

Nach dem Palmström'schen Argumentationsmuster kann nicht sein, was nicht sein darf.<sup>1</sup> Mit dieser Argumenta-

tion äußern sich derzeit viele zur

---

\* Der Autor *Skauradszun* ist Rechtsanwalt bei OPPENLÄNDER Rechtsanwälte (Büro Stuttgart) und dort im Insolvenzrecht tätig. Der Autor *Hornfischer* ist Rechtsassessor und

---

akademischer Angestellter am Institut für Öffentliches Recht, Abt. IV (Prof. Dr. *Friedrich Schoch*) der Universität Freiburg.

<sup>1</sup> Nach der lyrischen Figur *Palmström* des Dichters *Christian Morgenstern* (06.05.1871 - 31.03.1914) und aus dem Gedicht „Die unmögliche Tatsache“: „[...] Und er kommt zu dem Ergebnis: Nur ein Traum war das Erlebnis. Weil, so schließt er messerscharf, nicht sein kann, was nicht sein darf“.

Staatsschuldenkrise Griechenlands. Eine Insolvenz Griechenlands könne nicht sein, da eine Insolvenz Griechenlands nicht sein dürfe. Der deutsche Vizekanzler, der sich gegen ein solches Denkverbot gewandt hat und äußerte, die Insolvenz Griechenlands dürfe kein Tabuthema sein,<sup>2</sup> wurde erst von der deutschen Bundeskanzlerin abgekanzelt, dann von der unmittelbar folgenden Landtagswahl in Berlin abgestraft.

Hinter diesem Schauspiel steht die abstrakte Frage, ob und wenn ja wie Staatsschuldenkrisen behandelt werden können. Um die Antwort vorwegzunehmen: Weder das Ob noch das Wie ist in den beteiligten Wissenschaften derzeit auch nur ansatzweise geklärt. Die Behandlung von Staatsinsolvenzen steckt immer noch in den Anfängen, obwohl die Staatsschuldenkrise Griechenlands das Problem der Staateninsolvenz nicht erstmals, sondern wiederholt aufwirft.

Nachfolgend wird die Staateninsolvenz in terminologischer und rechtsgeschichtlicher Hinsicht aufgearbeitet

und gezeigt, dass Staaten materiell insolvent und – de lege ferenda – Verfahrensobjekt eines Insolvenzverfahrens sein können. Letzteres ist volkswirtschaftlich wünschenswert, um Anreizverzerrungen der Märkte entgegenzuwirken.

### **1. Materielle und formelle Insolvenz**

Der alltägliche, nicht juristische Sprachgebrauch kennt verschiedene Begriffe für die Umschreibung einer staatlichen Finanzkrise. Überwiegend ist vom Bankrott oder auch von der Insolvenz die Rede – ohne dass der genaue Sinngehalt dieser Begriffe bekannt und bedacht wird.

Das Wort „Bankrott“ ist italienischen Ursprungs: „banca rotta“ bedeutet „zerbrochene Bank“. Geldwechsler, die auf Bänken ihre Dienste anboten, mussten damit rechnen, dass im Falle ihrer Unfähigkeit, ihre Verpflichtung ordnungsgemäß zu erfüllen, ihre Bank zerbrochen wurde.<sup>3</sup> Mit dem Bankrott ging

---

<sup>2</sup> Gastbeitrag von Rösler in „Die Welt“ vom 12.09.2011.

---

<sup>3</sup> Paulus, KTS 2000, 239 (241).

also für den Betroffenen eine erhebliche öffentliche Stigmatisierung einher.<sup>4</sup>

Der Staatsbankrott ist kein Rechtsbegriff<sup>5</sup> – anders etwa als die Begriffe der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung, vgl. §§ 17, 19 InsO. Er hat keinen subsumtionsfähigen Inhalt, sondern beschreibt nur die faktische Nichterfüllung staatlicher Verbindlichkeiten.<sup>6</sup> Er ist damit ein sozialwissenschaftlicher bzw. politischer Begriff, der gegebenenfalls eine „Aburteilung und Wertung“ über den bankrotten Staat

ausspricht.<sup>7</sup> Einen juristischen Zugriff auf das Phänomen der Staatsschuldenkrise ermöglicht der Begriff nicht.

Der Staatsbankrott ist dabei nicht Mittel zur Zerschlagung oder vermögensrechtlichen Abwicklung des Staates, sondern wurde und wird in der Staatspraxis als Überlebensinstrument eingesetzt; er ist eine „Form der Selbstretung“<sup>8</sup>. Er greift dort, wo die Staatsschulden im wahrsten Sinne des Wortes unerträglich werden, wo nicht nur ihr Betrag unvorstellbar wird, sondern mit ihm auch die Erfüllung der Verbindlichkeiten.<sup>9</sup> Der Staatsbankrott ist Staatssanierung ohne förmliches Sanierungsverfahren.<sup>10</sup>

Der Begriff der Insolvenz erlangt seine Gebräuchlichkeit durch seine Verwendung in der deutschen „Insolvenzord-

---

<sup>4</sup> Paulus, JZ 2009, 1148 (1149); Haarmeyer, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (2009), S. 249.

<sup>5</sup> A.A. Leisner-Egensperger, Die Leistungsfähigkeit des Staates (1998), S. 54.

<sup>6</sup> Manes, Staatsbankrotte, 3. Aufl. (1922), S. 22 f.; Forsthoff/Simons, Die Zwangsvollstreckung gegen Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts (1931), S. 42; Engelsing, Die Zahlungsunfähigkeit von Kommunen und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts (1999), S. 156 f.; Isensee, in: Festschrift Selmer (2004), S. 687 (688); Ohler, JZ 2005, 590 (592); Hornfischer, Die Insolvenzfähigkeit von Kommunen (2010), S. 119 f.; v. Lewinski, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott (2011), S. 17 f. Auch das Bundesverfassungsgericht verwendet den „Bankrott“ nicht als abstrakten Rechtsbegriff, sondern als Umschreibung einer einmaligen Lage des Deutschen Reiches am Ende des Zweiten Weltkrieges, BVerfGE 19, 150 (159); 41, 126 (151); 53, 161 (176 f.).

---

<sup>7</sup> Moeller, in: v. Beckerath u. a. (Hrsg.), Handbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9 (1959) S. 740.

<sup>8</sup> Kratzmann, JZ 1982, 319.

<sup>9</sup> Isensee, in: Festschrift Selmer (2004), S. 687 (688); schon Adam Smith hat den Staatsbankrott in diesem Sinne in seiner Schrift „An Inquiring into the Nature and Causes of the Wealth of Nations“ beschrieben, auf dt.: Der Wohlstand der Nationen, vollständige Ausgabe nach der 5. Aufl. London 1789, 11. Aufl. (2005), S. 803

<sup>10</sup> Ähnlich Ohler, JZ 2005, 590 (592).

nung“, die das *Insolvenzverfahren* zum Gegenstand hat.

Der Begriff der Insolvenz beschreibt einerseits die Tatsache, dass ein Rechtssubjekt – sei es nun eine natürliche oder juristische Person – seinen finanziellen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann. Er kann also materiell<sup>11</sup> in dem Sinne verstanden werden, wie die Insolvenzordnung den Eröffnungsgrund eines Insolvenzverfahrens versteht: als Zahlungsunfähigkeit (§ 17 I InsO), als drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 I InsO) oder als Überschuldung (§ 19 II InsO).<sup>12</sup> Ist von der *Insolvenzfähigkeit* die Rede, kann dies daher in dem Sinne verstanden werden, dass ein Rechtssubjekt fähig ist, in den Zustand der materiellen Insolvenz zu geraten,<sup>13</sup> also – gegebenenfalls in abseh-

barer Zeit – keine liquiden Finanzmittel mehr zu haben.

Andererseits beschreibt der Begriff der Insolvenz auch die verfahrensrechtliche Behandlung der materiellen Insolvenz, also die Eröffnung und Durchführung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Rechtssubjektes.<sup>14</sup> In diesem formellen Sinne bedeutet Insolvenzfähigkeit nichts anderes als die Fähigkeit eines Rechtssubjektes, Gegenstand eines förmlichen Insolvenzverfahrens zu sein. Diese Fähigkeit wird Staaten gemeinhin abgesprochen.

## 2. Beispiele der Rechtsgeschichte

Eine vergleichsweise moderne Sanierung durch Bankrott nahmen etwa die vereinigten Königreiche Dänemark und Norwegen mit den Herzogtümern Schleswig und Holstein im Jahre 1813 vor.<sup>15</sup> Die napoleonischen Kriege hatten durch Rüstung und Kontributionen ihre

---

<sup>11</sup> Zur Differenzierung zwischen materiellem und formellem Verständnis der Insolvenz vgl. nur Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 4. Aufl. (2007), Rn. 3.01.

<sup>12</sup> Uhlenbruck, in: Uhlenbruck, *InsO*, 13. Aufl. (2010), § 1 Rn. 2; Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 4. Aufl. (2007), Rn. 1.01. Dabei beziehen sich die Zahlungsunfähigkeit und die drohende Zahlungsunfähigkeit auf die Person des Schuldners, die Überschuldung dagegen auf das schuldnerische Vermögen einer juristischen Person.

<sup>13</sup> Hornfischer, *Die Insolvenzfähigkeit von Kommunen* (2010), S. 33.

---

<sup>14</sup> In diesem Sinne versteht die Rechtsordnung den allein stehenden Begriff der Insolvenz dort, wo sie ihn überhaupt verwendet, v. Lewinski, *Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott* (2011), S. 19, Fn. 21 mit Verweis etwa auf § 93 III S. 2 UmwG.

<sup>15</sup> Hierzu und zum Folgenden Kratzmann, *JZ* 1982, 319 f.

Spuren im Staatshaushalt hinterlassen, eine Inflation schwächte die Währung. König Frederik VI. erließ daraufhin die Verordnung über die Veränderung im Geldwesen vom 05.01.1813, die eine Währungsreform vom Kuranttaler hin zum Reichsbanktaler vorsah. Mit der Währungsreform einher ging die Abwertung der bisherigen Währung hin zum Reichsbanktaler im Verhältnis 10:1.

Auch die deutsche Geschichte<sup>16</sup> kennt den Staatsbankrott; allein im 20. Jahrhundert stand das Deutsche Reich zweimal vor dem finanziellen Niedergang.<sup>17</sup> Die gravierenden Folgen des Ersten Weltkrieges und

des Ruhrkampfes gegen die französische und belgische Besatzung mündeten in die Staats- und Währungskrise der Jahre 1921 bis 1923. Die junge Weimarer Republik warf ihre Schulden im Wege einer Hyperinflation („Papiergeldbankrott“<sup>18</sup>) ab, so dass Verbindlichkeiten nominal, jedoch tatsächlich nur zu einem Bruchteil des eingegangenen Wertes befriedigt werden konnten. Den Abschluss dieses Vorgangs stellte die Währungsreform von der Reichs- hin zur Rentenmark dar. Das Deutsche Reich vollzog schließlich selbst einen harten Schuldenschnitt: Durch das „Gesetz über die Ablösung öffentlicher Anleihen“ vom 16. Juli 1925<sup>19</sup> wurden öffentliche Anleihen im Verhältnis 1000:25 abgewertet.<sup>20</sup> Ein ähnliches Szenario fand am Ende des Zweiten Weltkrieges statt, der Schuldenstand des Deutschen Reiches belief sich auf etwa 800 Milliarden Reichsmark.<sup>21</sup> Innerstaatlich erfolgte ein Schuldenschnitt durch die Währungsreform des Jahres 1948, die Einführung des Art. 135a GG<sup>22</sup>

<sup>16</sup> Zu weiteren Fällen des Staatsbankrotts in der europäischen Geschichte vgl. *Lehmann*, Die Konkursfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts (1999), S. 62 ff., und das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Überschuldung und Staatsinsolvenz in der Europäischen Union (Gutachten Nr. 01/11), S. 18, wonach von den Staaten der Eurozone seit dem Jahre 1824 Österreich, Griechenland, Portugal, Deutschland und Spanien mindestens einmal gegenüber ihren Gläubigern faktisch zahlungsunfähig waren. Das Gutachten ist abrufbar unter <http://www.bmwi.de> (nachfolgend: Gutachten Nr. 01/11).

<sup>17</sup> Vgl. zum Folgenden etwa *Kratzmann*, JZ 1982, 319 (320); *Ohler*, JZ 2005, 590 (591); *Lehmann*, Die Konkursfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts (1999), S. 64 f.; *Hornfischer*, Die Insolvenzfähigkeit von Kommunen (2010), S. 121; v. *Lewinski*, Öffentlichrechtliche Insolvenzen und Staatsbankrott (2011), S. 2.

<sup>18</sup> *Loewy*, Staatsbankrotte (1922), S. 49 (52).

<sup>19</sup> RGBl. I 1925, S. 137.

<sup>20</sup> *Kratzmann*, JZ 1982, 319 (320) spricht von einer „Konkursquote“.

<sup>21</sup> Vgl. *BVerfGE* 15, 126 (127); 23, 153 (181).

<sup>22</sup> Nach Art. 135a I Nr. 1 GG kann etwa durch Bundesgesetz bestimmt werden, dass „Verbindlichkeiten des Reiches sowie Verbindlichkeiten des ehemaligen Landes Preußen und sonstiger nicht mehr bestehender Kör-

im Jahre 1957 und den Erlass des Allgemeinen Kriegsfolgengesetzes<sup>23</sup>. Gerade das Allgemeine Kriegsfolgengesetz hatte letztlich keine andere Funktion, als die Entschuldung des Staates zu gewährleisten und war damit faktisch ein Insolvenzgesetz.<sup>24</sup> Die Auslandsschulden wurden mit dem Londoner Schuldenabkommen von 1953 einer Konsenslösung zugeführt.<sup>25</sup>

Schließlich stand die Deutsche Demokratische Republik im Jahre 1989 nicht nur vor dem politischen Ruin, ihre Zahlungsfähigkeit wurde in der Spätphase nur noch durch westdeutsche Kredite gewährleistet. Die Schulden der Deutschen Demokratischen Republik wurden schließlich durch die Einfügung des Art. 135a II GG bewältigt.

### 3. Beispiele der Gegenwart

Auch im 21. Jahrhundert ist der Staatsbankrott nach wie vor Staatspraxis. So weigerte sich Argentinien im Jahre 2001 in der Folge einer Wirtschaftskrise, seine Anleiheverbindlichkeiten zu erfül-

len. Dies führte etwa in Deutschland zu zivilgerichtlichen Klagen gegen Argentinien. Gegenstand dieser Klagen war die Erfüllung der Verbindlichkeiten aus den begebenen Anleihen. Argentinien berief sich auf einen finanziellen Staatsnotstand als Rechtfertigungsgrund für die Nichterfüllung. Damit wurde die Frage aufgeworfen, ob es eine allgemeine Regel des Völkerrechts gibt, nach der ein Staat unter Berufung auf den Staatsnotstand die Erfüllung privatrechtlicher Verbindlichkeiten verweigern darf.<sup>26</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat dies in einem Normverifikationsverfahren verneint.<sup>27</sup>

Im Jahre 2008 stand Island im Rahmen der globalen Finanzkrise kurz vor der Schwelle zum Staatsbankrott. Ursache war die aggressive internationale Expansion der drei größten isländischen

---

perschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts“ nicht befriedigt werden.

<sup>23</sup> BGBl. I 1957, S. 1747. Vgl. hierzu *BGHZ* 36, 245 ff.; *BVerfGE* 15, 126 ff.

<sup>24</sup> So *Cranshaw*, *Insolvenz- und finanzrechtliche Perspektiven der Insolvenz von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere Kommunen* (2007), S. 78.

<sup>25</sup> Dazu etwa *Ohler*, *JZ* 2005, 590 (591) m.w.N.

---

<sup>26</sup> *OLG Frankfurt*, Urt. v. 29.09.2003 – 8 U 60/03; Urt. v. 16.02.2006 – 8 U 107/03; Urt. v. 13.06.2006 – 8 U 107/03 = *NJW* 2006, 2931; Urt. v. 27.06.2006 – 8 U 213/03; Urt. v. 27.06.2006 – 8 U 110/03; *Beschl. v. 16.02.2006 – 8 U 109/03*. Zur Argentinienkrise ausführlich *Sester*, *NJW* 2006, 2891 ff.

<sup>27</sup> *BVerfGE* 118, 124. Abweichendes Sondervotum der Richterin *Lübbe-Wolff*, die sich für den finanziellen Staatsnotstand als Rechtfertigungsgrund ausspricht, *BVerfGE* 118, 124 (156).

Banken *Landsbanki*, *Glitnir* und *Kaupthing*. Nur die Rettungsmaßnahmen des IWF, der skandinavischen Länder und Polens konnten den Staatsbankrott abwenden.

Die seit dem Jahre 2010 in der breiten Öffentlichkeit wahrgenommene griechische Finanzkrise ist schließlich das derzeit prominenteste Beispiel einer Haushalts- und Staatsschuldenkrise. Am 23.04.2010 beantragte Griechenland offiziell bei der EU zur Vermeidung des Staatsbankrotts entsprechende Hilfen. Seit dem 03.05.2011 wird dem griechischen Staat von der Europäischen Zentralbank gestattet, Kredite mit griechischen Staatsanleihen zu besichern, obwohl deren Bonität als niedrig eingestuft wird. Die Europäische Zentralbank rechtfertigt den Verzicht auf eine Mindestqualität griechischer Kreditsicherheiten mit einer positiven Einschätzung des von Griechenland vorgelegten Anpassungsprogramms.<sup>28</sup> Ziel der Maßnahme ist es, Griechenland weiterhin

die Teilnahme am internationalen Kreditmarkt zu ermöglichen. Dieses Vorgehen wie auch viele weitere Maßnahmen<sup>29</sup> wirkten auf die Kapitalmärkte weder koordiniert noch vertrauensstiftend. Bislang haben diese Maßnahmen eine geordnete Bewältigung des griechischen Staatsbankrotts nicht erzielt. Teilweise wird das Vorgehen der Europäischen Zentralbank sogar als die Krise begünstigend bewertet.<sup>30</sup> Zuletzt gelang es, die Banken als die bedeutendsten Privatgläubiger zu einem Forderungsverzicht in Höhe von 50 % zu bewegen (Schuldenschnitt). Die Durchführung dieses Schuldenschnitts wurde jedoch

---

<sup>28</sup> Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Überschuldung und Staatsinsolvenz in der Europäischen Union (Gutachten Nr. 01/11), S. 10.

---

<sup>29</sup> Siehe etwa die Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 29.09.2011 zu den Prüfungen der Finanzkontrolleure von EU, Europäischer Zentralbank (EZB) und Internationalem Währungsfonds (IWF) zur Beurteilung, ob Griechenland eine weitere Auszahlung aus dem Hilfspaket erhält. Vgl. ferner die politisch logische Fortsetzung der Griechenlandhilfe durch den Europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus (EFSM) und dazu aus volkswirtschaftlicher Sicht Meyer, *The Cost of the European Financial Stability Facility (EFSF) – The German Point of View*, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* (2011), S. 288 ff.

<sup>30</sup> Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Überschuldung und Staatsinsolvenz in der Europäischen Union (Gutachten Nr. 01/11), S. 16.

durch die jüngste Regierungskrise in Griechenland vereitelt.

## **II. Staatsversagen und Anreizverzerrung**

Die Staatsverschuldung resultiert aus Fehlern sowohl auf Ebene des Staates als auch auf Ebene der Märkte. Die Staatsverschuldung ist also zum einen Ausdruck von Staatsversagen: Der Staat beachtet die sich selbst auferlegten Selbstbeschränkungen nicht oder nicht mehr. Zum anderen ist die Staatsverschuldung Ausdruck von Marktversagen.<sup>31</sup> Das Marktversagen äußert sich darin, dass der Kreditmarkt der staatlichen Nachfrage nach Fremdkapital keine früh- und damit rechtzeitigen Grenzen setzt – eine Kreditteuerung oder eine Kreditversagung setzt, wenn überhaupt, erst viel zu spät ein. Eine Korrektur des Kreditmarkts erfolgt typischerweise erst, wenn Ratingagenturen die Bonität eines Staates herabgestuft haben. Allerdings ist die im Zuge der Staatsfinanzkrise der Jahre 2010 und

2011 gegenüber Staaten wie Griechenland, Portugal oder gar den Vereinigten Staaten zu beobachtende Herabstufung der Bonität durch Ratingagenturen nur eine sehr verspätete und teils auch von Panik geleitete Reaktion und nicht Ausdruck eines funktionierenden Kreditmarktes. Immerhin aber erreichen Ratingagenturen die Korrektur des Kreditmarkts, indem die Kreditkonditionen an die neue Bonitätsstufe angepasst werden und neue Kredite zurückhaltender vergeben werden. Damit wird die Anreizverzerrung teilweise entzerrt. Gleichwohl lässt sich das Marktversagen mit Ratingagenturen nicht beseitigen, sondern nur eindämmen. Hintergrund für das Marktversagen selbst ist die verbreitete Auffassung der Kreditgeber, den Staatskredit per se als risikoschwach einzuschätzen.

Ein rechtlich geordnetes Verfahren zur Bewältigung einer überbordenden Staatsverschuldung würde den Kreditmarkt dazu anhalten, die staatlichen Kreditnehmer früher kritisch zu bewerten. Je schwerer es für einen Staat ist, am Kapitalmarkt an neue Mittel zu kommen, desto disziplinierter wird der

---

<sup>31</sup> *Daldoss/Angelini*, DST 2005, 252 (256); *Hornfischer*, Die Insolvenzfähigkeit von Kommunen (2010), S. 195 f.

Staat seine Haushaltspolitik betreiben.<sup>32</sup> Damit würden die realen Kosten der schuldenbasierten Staatsfinanzierung schon im Zeitpunkt der Schuldenaufnahme für alle Beteiligten greifbar werden. Schließlich würde die Existenz eines Insolvenzverfahrensrechts für Staaten erst gar nicht die Erwartung aufkommen lassen, dass andere Staaten in die Haftung mit einträten, um die materielle Insolvenz zu beseitigen.<sup>33</sup>

### **III. Vertragliche Einzelfallmaßnahmen**

Zur Beseitigung der griechischen Staatsschuldenkrise werden derzeit verschiedene volkswirtschaftliche Lösungsmodelle diskutiert. Aus rechtlicher Sicht handelt es sich um Einzelfallmaßnahmen, die auf dem Konsens des Schuldnerstaates mit jedem einzelnen Gläubiger beruhen. Rechtliche Grundlage ist also ein Vertrag. Die gegenwärtig diskutierten Lösungsansätze

sind – gegebenenfalls nur mit anderer Terminologie – aus Sicht der Unternehmenssanierung altbekannt und werden üblicherweise in der rechtlichen Gestalt des Insolvenzplans umgesetzt. Zu den diskutierten Vorschlägen<sup>34</sup> zählen insbesondere der sogenannte harte Schuldenschnitt, die Umschuldung und die Einführung sogenannter Eurobonds.

Beim sogenannten harten Schuldenschnitt bietet der Schuldnerstaat an, auf die Forderungen der Gläubiger (nur noch) eine Quote zu bezahlen. Die Gläubiger verzichten auf den restlichen Teil ihrer Forderungen. Je kleiner die vom Schuldnerstaat zu leistende Quote ausfällt, umso mehr sinken die Schulden. Die reduzierte Nettoverschuldung führt dazu, dass neue Mittel am Kapitalmarkt zu besseren Konditionen aufgenommen werden können. Problem eines harten Schuldenschnitts ist der bei den Gläubigern schwer vorauszusehende „Dominoeffekt“, da die Gläubiger durch den teilweisen Verlust ihrer For-

---

<sup>32</sup> Ähnlich auch *Paulus*, WM 2002, 725 (726, 729).

<sup>33</sup> Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Überschuldung und Staatsinsolvenz in der Europäischen Union (Gutachten Nr. 01/11), S. 18.

---

<sup>34</sup> Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Überschuldung und Staatsinsolvenz in der Europäischen Union (Gutachten Nr. 01/11), S. 20.

derungen selbst in bilanzielle Probleme geraten können, da sie den nicht befriedigten Teil ihrer Forderungen außerplanmäßig abschreiben müssen. Sowohl auf Staatenebene als auch auf Ebene der Privatwirtschaft geht mit einem harten Schuldenschnitt am Kapitalmarkt ein immenser Reputationsverlust einher. Aus Sicht des deutschen Insolvenzrechts ist der harte Schuldenschnitt freilich nichts anderes als eines der üblichen Ergebnisse des gestaltenden Teils eines Insolvenzplans (§ 221 InsO i.V.m. § 224 InsO), also die Vereinbarung mit den Gläubigern, sich mit der quotalen Befriedigung ihrer Forderungen zum Zwecke der Sanierung des Schuldners zufrieden zu geben.

Zu den vertraglichen Einzelfallmaßnahmen gehört auch die sogenannte Umschuldung. Es handelt sich typischerweise um die Verlängerung der Kreditlaufzeiten. Auch hier ist der Konsens mit den Gläubigern erforderlich, die sich bereit erklären müssen, die bisherigen Verträge abzuändern und entweder die Kreditlaufzeit zu verlängern und/oder die Darlehenszinsen zu

reduzieren. Anders als beim harten Schuldenschnitt ändert sich bei den Gläubigern die eigene Bilanz nicht. Die Gläubiger erwirtschaften nur für die Zukunft weniger Ertrag. Diese Form der Umschuldung stellt letztlich die Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses i.S.v. § 311 I BGB dar und kann ebenfalls ein üblicher Inhalt des gestaltenden Teils eines Insolvenzplans sein. Das Verschieben des Fälligkeitszeitpunkts i.S.v. § 271 BGB ist ein bekanntes Sanierungsinstrument, da damit der Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO verhindert bzw. beseitigt werden kann. Die Zahlungsunfähigkeit wird grundsätzlich stichtagsbezogen ermittelt.<sup>35</sup> Verbindlichkeiten, die zum Stichtag nicht fällig sind, sind bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit außen vor zu lassen.<sup>36</sup>

Von besonderem politischem Interesse sind schließlich die Überlegungen zu

<sup>35</sup> *Bußhardt*, in: Braun (Hg.) InsO, 4. Aufl. (2010), § 17 Rn. 8.

<sup>36</sup> Denkbar ist allerdings eine drohende Zahlungsunfähigkeit i.S.d. § 18 InsO, die in Deutschland aber nur zu einem Antragsrecht und nicht einer Antragspflicht führt.

sogenannten Eurobonds.<sup>37</sup> Dahinter steht der Gedanke, Staaten nicht individuell gegenüber dem Kapitalmarkt auftreten, sondern die Staaten gemeinschaftlich handeln zu lassen. Die Kreditaufnahme könnte also statt durch einen einzelnen Staat durch die europäische Staatengemeinschaft geschehen, die dann im Innenverhältnis die aufgenommenen Kreditmittel an die Mitgliedstaaten verteilt. Während der Kapitalmarkt bislang die individuelle Bonität des jeweiligen Staates bewertet und danach die Vertragskonditionen angepasst hat, wäre bei Eurobonds auf die Bonität der europäischen Staatengemeinschaft insgesamt abzustellen. Das dürfte tendenziell zu einer positiveren Bewertung als die individuelle Bewertung von schwachen Mitgliedstaaten der EU führen. Der oben zwischen dem Schuldnerstaat und seinen Gläubigern erwähnte Konsens ist bei Eurobonds auf der Ebene der Mitgliedstaaten erforderlich. Mitgliedstaaten der EU, die am Kapitalmarkt zu guten

Konditionen Kreditmittel aufnehmen können, müssten auf ihre individuelle Bonitätsbewertung verzichten.

## IV. Das Dogma der Insolvenzunfähigkeit von Staaten

### 1. Begründung des Dogmas

Die Aussage über die Insolvenzunfähigkeit von Staaten hat erstens eine *materielle* und zweitens eine *formelle* Dimension.

Insolvenzunfähig sei ein Staat *erstens*, weil er nicht in den Zustand der *materiellen* Insolvenz geraten könne. Das staatliche Steuererhebungsrecht gewährleiste fortlaufende und durch Steuerschätzung prognostizierbare Staatseinnahmen<sup>38</sup>, Staaten seien daher unbegrenzt zahlungsfähig. Davon geht auch die Rechtsordnung aus.<sup>39</sup> Nur die Erwartung, einen stets solventen Schuldner zu erhalten, rechtfertigen die Amtshaftung nach § 839 BGB und die gesetzliche Schuldübernahme des Staa-

<sup>37</sup> Vgl. exemplarisch etwa die 16. Handelsblatt Jahrestagung vom 05./06.09.2011 und die Folgen für Eurobonds durch das Urteil des BVerfG vom 07.09.2011 - 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10 = NJW 2011, 2946 ff.

<sup>38</sup> Ohler, JZ 2005, 590 (591) m. w. N. Vgl. schon den Satz des römischen Rechts: „... fiscus semper idoneus successor sit et solvendo“.

<sup>39</sup> Hierzu v. Lewinski, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott (2011), S. 1 mit weiteren Beispielen.

tes nach Art. 34 S. 1 GG. Auch die sofortige Vollziehbarkeit von Verwaltungsakten, die öffentliche Abgaben und Kosten erheben nach § 80 II S. 1 Nr. 1 VwGO, wird als Beschränkung des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) damit gerechtfertigt, dass der mögliche staatliche Rückgewährschuldner insolvenzunfähig sei und der vorleistende Bürger daher kein Ausfallrisiko zu tragen habe.<sup>40</sup> Der sofortige Vollzug eines solchen Verwaltungsaktes wird also wegen der unbegrenzten Zahlungsfähigkeit des Staates als jederzeit reversibel erachtet. Die verfahrensrechtlichen Konsequenzen hieraus zieht § 12 I Nr. 1 InsO: Das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Bundes oder eines Landes ist unzulässig.

Dies führt nahtlos zur zweiten Dimension der Aussage: Der souveräne Staat könne unmöglich Gegenstand eines Insolvenzverfahrens sein. Er könne weder liquidiert noch dazu gezwungen werden, seiner Gläubiger zu befriedigen, denn es fehle an einer dem Staat

übergeordneten Zwangsgewalt.<sup>41</sup> Der Staat sei also auch *formell* insolvenzunfähig. Das zur Verfügung stehende Insolvenzverfahrensrecht könne insbesondere der öffentlichen Aufgabenerfüllung nicht gerecht werden. Unmöglich sei es auch, dass der Staat seinen Gläubigern sein ganzes Vermögen nur zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung zur Verfügung stelle, da er andernfalls seine zuvorderste Pflicht verletzte, nämlich die Erfüllung staatlicher Aufgaben.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Vgl. etwa OVG Berlin, LKV 2009, 287 (288); v. Lewinski, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott (2011), S. 1.

---

<sup>41</sup> Forsthoff/Simons, Die Zwangsvollstreckung gegen Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts (1931), S. 42; Lehmann, Die Konkursfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts (1999), S. 64 f.; Kratzmann, JZ 1982, 319 (322). Illustrativ etwa O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. (1924), S. 381: „Nun es ernsthaft an den Zwang geht, ergibt sich der Widersinn, daß der Hort des Rechts im Namen dieses Rechtes mit äußerem Zwang dazu gebracht werden soll, sein Recht zu achten und ihm genug zu tun. Hier muss die Gleichstellung aufhören: gegen den Staat greifen die gewöhnlichen Zwangsmittel nicht Platz“.

<sup>42</sup> BVerfGE 15, 126 (135); Forsthoff/Simons, Die Zwangsvollstreckung gegen Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts (1931), S. 42; Kratzmann, JZ 1982, 319 (322).

## 2. Widerlegung des Dogmas

Dieses Dogma ist in der Vergangenheit häufig – und zu Recht – kritisiert worden.<sup>43</sup>

Die Behauptung der materiellen Insolvenzunfähigkeit des Staates aufgrund des umfassenden Steuererhebungsrechts wird durch die Tatsache widerlegt, dass Staaten immer wieder die Grenzen ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit überschreiten, wie dies auch in jüngerer Vergangenheit zu beobachten war. Entsprechend des eingangs erwähnten Palmström'schen Argumentationsmusters, es kann nicht sein was nicht sein darf, ist die materielle Insolvenz des Staates für die Verfechter dieser Behauptung eine „unmögliche Tatsache“<sup>44</sup>.

Die Behauptung verkennt das *tatsächliche Wesen* und die *rechtlichen Grenzen* staatlicher Steuereinnahmen. Steuererhöhungen und dadurch gesteigerte Steuereinnahmen wirken nur sehr langfristig – kurzfristig tragen sie nicht zur Entspannung der Einnahmensituation eines Staates bei. Denn die eingegangenen Verbindlichkeiten, wie etwa die ausgegebenen Staatsanleihen, können sehr kurzfristig fällig werden. Steuereinnahmen sind aufgrund ihrer Langfristigkeit hierfür ungeeignete Deckungsmittel.<sup>45</sup> Aber auch wirtschaftlich ist die Annahme eines unbegrenzten staatlichen Besteuerungsrechts unzutreffend. Ein erdrückend hoher Steuerersatz vernichtet letztlich die eigene Besteuerungsgrundlage.<sup>46</sup> Darüber hinaus sind dem Steuererhebungsrecht auch verfassungsrechtliche Grenzen gezogen.<sup>47</sup> Ungeachtet der Frage, ob der

---

<sup>43</sup> Zusammenfassend etwa *Hornfischer*, Die Insolvenzfähigkeit von Kommunen (2010), S. 122 ff.

<sup>44</sup> Vgl. Fn. 1. Vgl. ferner den Gastbeitrag von *Rösler* in „Die Welt“ vom 12.09.2011, in dem *Rösler* zu dieser Tatsache ausführt „Um den Euro zu stabilisieren, darf es auch kurzfristig keine Denkverbote mehr geben. Dazu zählt notfalls auch eine geordnete Insolvenz Griechenlands, wenn die dafür notwendigen Instrumente zur Verfügung stehen“ und dafür postwendend von der Bundeskanzlerin „abgekanzelt“ wurde (so die „Süddeutsche Zeitung“ vom 13.09.2011).

---

<sup>45</sup> So schon *Meili*, Rechtsgutachten und Gesetzesvorschlag betreffend die Schuldexekution und den Konkurs gegen Gemeinden, Bern (1885), S. 199; *Hornfischer*, Die Insolvenzfähigkeit von Kommunen (2010), S. 122.

<sup>46</sup> *Kratzmann*, JZ 1982, 319 (323); *Ohler*, JZ 2005, 590 (591); *Hornfischer*, Die Insolvenzfähigkeit von Kommunen (2010), S. 122.

<sup>47</sup> Hierzu ausführlich *Hornfischer*, Die Insolvenzfähigkeit von Kommunen (2010), S. 122 f.

Steuereingriff an den Grundrechten der Art. 12 und 14 GG zu messen ist, sind konfiskatorische Steuern mit Art. 12, 14 GG unvereinbar. Jenseits dessen<sup>48</sup> setzen Art. 2 I GG und das durch Art. 1 I GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip gewährleistete Existenzminimum sowie der Schutz von Ehe und Familie gem. Art. 6 GG der staatlicher Steuererhebung Grenzen.

Staatliche Souveränität steht einem Insolvenzverfahren nicht per se entgegen. Der Einwand der fehlenden übergeordneten Zwangsgewalt geht davon aus, dass der Staat ein homogenes Gebilde ist, das die oberste und letztinstanzliche Form organisierter Herrschaft darstellt.<sup>49</sup> Dieses Verständnis ist jedoch überholt.<sup>50</sup> So sieht etwa die Rechtsordnung die Möglichkeit der Einzelzwangsvollstreckung gegen den Staat vor (vgl. § 882a ZPO und § 170 I VwGO). Die Verfassungsprinzipien der Gewaltenteilung und des Rechtsstaats verbieten es, den Staat als monolithi-

schen Block zu begreifen: Der Staat handelt nur durch seine einzelnen Organe und nicht als Ganzes.<sup>51</sup> Die Organe sind dabei dem demokratisch gebildeten Staatswillen verpflichtet.<sup>52</sup> Der Staatswille ist im gewaltenteilten Rechtsstaat auf rechtmäßiges Verhalten ausgerichtet, und was rechtmäßig ist, entscheidet im System der Gewaltenteilung grundsätzlich die Rechtsprechung. Daher ist es mit der staatlichen Souveränität durchaus vereinbar, ein Verfahren zu erdenken, dessen Träger der Staat ist und das zugleich den Staat zum Gegenstand hat.<sup>53</sup> Ein aktuelles und prominentes Beispiel hierfür ist etwa der aufgrund von Art. 109a I Nr. 1 GG eingesetzte Stabilitätsrat nach § 1 StabRatG (Gesetz zur Errichtung eines Stabilitätsrates und zur Vermeidung von Haushaltsnotlagen).

Auch die völkerrechtliche Souveränität eines Staates ist kein überzeugender

<sup>48</sup> BVerfGE 14, 221 (241); 23, 288 (315); 115, 97 (114 f.).

<sup>49</sup> Hornfischer, Die Insolvenzfähigkeit von Kommunen (2010), S. 124.

<sup>50</sup> Paulus, WM 2002, 725 (727).

<sup>51</sup> Miedtank, Die Zwangsvollstreckung gegen Bund, Länder, Gemeinden und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts (1964), S. 4 f.

<sup>52</sup> Zu dieser Differenzierung grundlegend Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung (1951), S. 151.

<sup>53</sup> Hornfischer, Die Insolvenzfähigkeit von Kommunen (2010), S. 124 f.

Einwand gegen die Insolvenzfähigkeit von Staaten. Das Konzept völkerrechtlicher Souveränität des einzelnen Staates ist in Auflösung begriffen. Inter- und supranationale Organisationen üben schon seit über einem halben Jahrhundert Zwangsgewalt über souveräne Staaten aus.<sup>54</sup> Erinnert sei nur an die UNO, den IWF oder die EU-Organisationen, die von der Selbstbeschränkung staatlicher Souveränität nach außen und innen leben und anders gar nicht denkbar sind.<sup>55</sup>

Schließlich ist auch das Fehlen eines geeigneten Verfahrens kein dauerhafter Einwand gegen die Insolvenzfähigkeit von Staaten. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Konkursunfähigkeit der Bundesrepublik

Deutschland<sup>56</sup> erging zum Allgemeinen Kriegsfolgendengesetz und noch zur Zeit der Konkursordnung. Durch die Einführung der Insolvenzordnung, die mit § 1 InsO (vgl. die amtliche Überschrift: *Ziele* des Insolvenzverfahrens) und den Regelungen des Eigenverwaltungs- und Planverfahrens auch die Sanierung des Schuldners in den Blick nimmt, ist die Tragkraft des bundesverfassungsgerichtlichen Verdikts verloren gegangen.<sup>57</sup> Insbesondere trägt der Einwand nicht mit Blick auf die Möglichkeit, dass de lege ferenda ein Verfahren geschaffen werden könnte, dass den anspruchsvollen Herausforderungen einer Staateninsolvenz Rechnung tragen würde. Die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des staatlichen Schuldners ist keine Frage seiner Insolvenz(un)fähigkeit, sondern insbesonde-

---

<sup>54</sup> *Hornfischer*, Die Insolvenzfähigkeit von Kommunen (2010), S. 124.

<sup>55</sup> Zu den Möglichkeiten der Unterwerfung unter ein internationales Insolvenzregime für Staaten vgl. etwa *Pieper*, in: Dabrowski/Eschenburg/Gabriel (Hg.), Lösungsstrategien zur Überwindung der internationalen Schuldenkrise (2000), S. 245 (255 f.). Allgemein zu den Auflösungserscheinungen staatlicher Souveränität *Kahl*, Staatsaufsicht, Wandel und Neubestimmung unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über Gemeinden (2000), S. 427 f.

---

<sup>56</sup> *BVerfGE* 15, 126 ff. Hierzu kritisch schon zu Zeiten der Geltung der Konkursordnung, *T. Stoll*, KTS 1992, 521 (526 f.).

<sup>57</sup> *Engelsing*, Die Zahlungsunfähigkeit von Kommunen und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts (1999), S. 158; *Paulus*, WM 2002, 725 (729); *Isensee*, in: Festschrift Selmer (2004), S. 687 (688).

re der Bestimmung der Insolvenzmasse.<sup>58</sup>

## V. Der rechtliche Rahmen für ein Staateninsolvenzrecht

Auf das Phänomen der Staateninsolvenz reagiert die Rechtsordnung bislang nur durch ad hoc getroffene Entscheidungen.<sup>59</sup> Teilweise handelt es sich dabei um auf den Einzelfall bezogene Maßnahmengesetze.<sup>60</sup> Nicht selten entledigt sich der einzelne Staat seiner finanziellen Lasten allein kraft seiner „Selbstherrlichkeit“.<sup>61</sup> Die staatliche Reaktion auf einen (drohenden) Bankrott ist daher für niemanden vorherzusehen – was etwa die Griechenlandkrise eindrücklich widerspiegelt. Ein vom einzelnen Bankrott losgelöstes, geordnetes Verfahren brächte nicht nur ein

Mehr an Rechtssicherheit, sondern könnte die involvierten, widerstreitenden Interessen in einen angemessenen Ausgleich zueinander bringen.

Die deutsche Rechtsordnung hält mit dem Insolvenzverfahren ein geordnetes Verfahren für den „Bankrott“ eines Rechtssubjekts bereit. Die besondere Verfahrensausgestaltung der Eigenverwaltung und des Planverfahrens sind auf Schuldner ausgelegt, die sich selbst verwalten können bzw. deren Liquidation nicht nötig oder nicht möglich ist. Auch Staaten sind Schuldner, die sich selbst verwalten können und müssen und die nicht liquidiert werden können. Eine Insolvenzverfahrensfähigkeit von Staaten ist daher nicht so fernliegend, wie häufig behauptet.

### 1. Ausgleich der involvierten Interessen

Ziel des Insolvenzrechts ist, „die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen“, § 1 S. 1 InsO. Das deutsche Insolvenzrecht ist damit vor allem

<sup>58</sup> Vgl. dazu deshalb den Rechtsgedanken des § 882a II ZPO.

<sup>59</sup> *Paulus*, WM 2002, 725 (726); *Ohler*, JZ 2005, 590 (592).

<sup>60</sup> Als Beispiel eines auf bestimmte Schuldner zugeschnittenes Maßnahmengesetz siehe auch das Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung vom 09.12.2010.

<sup>61</sup> In diese Richtung auch *Jaffé*, ZHR 175 (2011), 38 (39).

Haftungsrecht.<sup>62</sup> Es verwirklicht die Haftung einer natürlichen oder juristischen Person, wenn deren Vermögen nicht mehr zur vollen Befriedigung aller Gläubiger ausreicht. Die Sanierung und Reorganisation und damit die Schuldenbereinigung des Schuldners ist neben der Liquidation nach § 1 S. 1 InsO hierfür nur gleichwertiges Mittel zum Zweck.<sup>63</sup>

Ein Insolvenzverfahrensrecht für Staaten müsste dagegen vor allem das funktionsfähige Fortbestehen des Schuldnerstaates zum Ziel haben. Denn der staatliche Schuldner könnte nicht mit dem Abschluss eines Insolvenzverfahrens liquidiert werden.<sup>64</sup> Vielmehr müsste gewährleistet sein, dass der Staat auch weiterhin seine öffentlichen Aufgaben, wie etwa die innere Sicherheit und die Daseinsvorsorge, erfüllen könnte. Daher ist nur ein besonderes Insolvenzrecht für Staaten vorstellbar, „bei welchem die Schaffung einer

Grundlage für die Zukunft und nicht die Gläubigerbefriedigung im Vordergrund stehen sollte“<sup>65</sup>. Ein Insolvenzverfahren für Staaten hätte also auch und vor allem die Schuldenbereinigung und Reorganisation des Schuldnerstaates zum vorrangigen Ziel, der Haftungsgedanke müsste in den Hintergrund treten.<sup>66</sup> Dieses Ziel deckt sich mit den Zwecken des Insolvenzrechts anderer Rechtsordnungen, das – etwa wie das US-amerikanische Insolvenzrecht – seit jeher auf einen „fresh start“ ausgerichtet ist oder – etwa wie in Frankreich – auf den Erhalt möglichst vieler Arbeitsplätze abstellt.<sup>67</sup>

## **2. Wesentliche Eckpfeiler eines Insolvenzrechts für Staaten**

Grundsätzlich enthält die deutsche Insolvenzordnung Eckpfeiler, die auch für das Insolvenzverfahrensrecht von Staaten Anwendung finden könnten. Dies überrascht auch nicht, wenn man be-

<sup>62</sup> Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 4. Aufl. (2007), Rn. 1.11.

<sup>63</sup> Für die Sanierung als Verfahrensziel: Thole, *JZ* 2011, 765; ablehnend Schmerbach, in: *Frankfurter Kommentar InsO*, 6. Aufl. (2011), vor §§ 1 ff. Rn. 30.

<sup>64</sup> Ähnlich Paulus, *WM* 2002, 725 (729).

<sup>65</sup> Faber, *DVBl.* 2005, 933 (946) in Anlehnung an *BVerfGE* 15, 127 (141).

<sup>66</sup> Ähnlich Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, *Überschuldung und Staatsinsolvenz in der Europäischen Union* (Gutachten Nr. 01/11), S. 20.

<sup>67</sup> Dazu Paulus, *WM* 2002, 725 (729).

denkt, dass sich die Insolvenzordnung auch bei Großinsolvenzen in der Privatwirtschaft bewährt hat (vgl. etwa die Arcandor-Insolvenz). Dabei bietet die Insolvenzordnung das rechtliche Instrument zur Reorganisation und Sanierung für Insolvenzschuldner mit zehntausenden Arbeitnehmern und einer Insolvenzmasse im Milliarden-Bereich. Freilich sind nicht alle Instrumente der deutschen Insolvenzordnung zugleich taugliche Eckpfeiler eines Insolvenzverfahrensrechts für Staaten.

Die deutsche Insolvenzordnung sieht für den Schuldner mit der Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO ein effektives Instrument vor, die Insolvenzmasse – unter der Aufsicht eines Sachwalters – selbst zu verwalten und über sie verfügen zu dürfen.

Die Eigenverwaltung könnte bei einem Insolvenzverfahrensrecht für Staaten eine zentrale Bedeutung erlangen: Zum Schutz staatlicher Souveränität<sup>68</sup> könnte die Eigenverwaltung als Regelverfah-

ren für Staatsinsolvenzen vorgesehen werden.<sup>69</sup> Wenn der Schuldnerstaat seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis trotz des eröffneten Insolvenzverfahrens nicht verliert, sondern sich im rechtlichen Gewand der Eigenverwaltung selbst verwalten dürfte, wäre auch der Souveränität des Staates hinreichend Rechnung getragen.

Ebenso würde sich das Insolvenzplanverfahren nach den §§ 217 ff. InsO gerade für das Insolvenzverfahren von Staaten anbieten. Der Insolvenzplan ist ein Instrument, mit dem zwischen den Gläubigern und den Schuldnern einvernehmliche Lösungen gefunden werden sollen.<sup>70</sup> Dabei steht der Insolvenzplan allen rechtlich möglichen Regelungen offen.<sup>71</sup> Durch diese Eigenschaften wäre der Insolvenzplan flexibel genug, um für den jeweiligen Einzelfall sachgerechte und zielführende Lösungen zu vereinbaren.

---

<sup>68</sup> Vgl. Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Überschuldung und Staatsinsolvenz in der Europäischen Union (Gutachten Nr. 01/11), S. 20 f.

---

<sup>69</sup> Vgl. *Hornfischer*, Die Insolvenzfähigkeit von Kommunen (2010), S. 309 zur Vereinbarkeit der Eigenverwaltung mit der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung gem. Art. 28 II GG.

<sup>70</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. (2007), Rn. 28.01.

<sup>71</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. (2007), Rn. 28.03.

Konsensuale Lösungen zur Bewältigung einer finanziellen Staatskrise stehen stets vor der Herausforderung, dass für sie die Zustimmung aller Beteiligter vorliegen muss. Voraussetzung für die Durchführung der Lösungen ist damit eine vertragliche Einigung. Die ablehnende Haltung Einzelner kann somit nicht durch die Entscheidung der Mehrheit überwunden werden.<sup>72</sup>

Bei einem Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Staates könnten die Gläubiger in verschiedene Gruppen aufgeteilt werden,<sup>73</sup> wobei es dann nicht mehr auf die Zustimmung jedes einzelnen Gläubigers, sondern nur auf die der jeweiligen Gruppe ankommen würde.

Die dargestellten vertraglichen Einzelmaßnahmen könnten – ohne dass es einer Einstimmigkeit bedürfte<sup>74</sup> – grundsätzlich im Rahmen des Insol-

venzplanverfahrens umgesetzt werden. Dafür könnte das Insolvenzplanverfahren vorsehen, im gestaltenden Teil des Insolvenzplans auch alle dinglichen Rechtsänderungen zu regeln (vgl. § 221 InsO). Zu diesen Rechtsänderungen würden etwa die Kombination von fiskalischen Anpassungsmaßnahmen, einer Schuldenverringerung, einer Laufzeitverlängerung und einer Reduzierung der Zinslast zählen.<sup>75</sup> Anders als bei der aktuellen Diskussion um konsensuale Lösungen würde das Insolvenzplanverfahren den notwendigen rechtlichen Rahmen gewähren und damit den Gläubigern Rechtssicherheit bieten.

Entscheidend ist, dass das Insolvenzplanverfahren demokratisierend wirkt, Schuldner und Insolvenzverwalter also nicht um einzelne Gläubigerstimmen, sondern um die jeweilige Mehrheit werben müssten. Das würde gewährleisten, dass die rechtlichen Veränderungen durch einen Insolvenzplan spä-

---

<sup>72</sup> Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Überschuldung und Staatsinsolvenz in der Europäischen Union (Gutachten Nr. 01/11), S. 20.

<sup>73</sup> Beispielsweise könnte eine Gruppe für private Anleihegläubiger gebildet werden, *Paulus*, WM 2002, 725 (733).

<sup>74</sup> Zum deutschen Insolvenzrecht *Paulus*, WM 2002, 725 (728), der auch den „London Approach“ thematisiert.

---

<sup>75</sup> Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Überschuldung und Staatsinsolvenz in der Europäischen Union (Gutachten Nr. 01/11), S. 20.

ter auch von der Mehrheit der Gläubiger mitgetragen werden.

## **VI. Völkerrechtliches Verfahrensrecht**

Ein Insolvenzverfahrensrecht für Staaten, insbesondere die Entscheidung über die Verfahrenseröffnung wie auch die Durchführung des Verfahrens selbst, stellen erhebliche Eingriffe in die staatliche Souveränität dar. Diese Eingriffe würden jedoch zur Wiederherstellung der faktisch durch die materielle Insolvenz ohnehin eingebüßten Souveränität vorgenommen werden. Eine erfolgreiche Verfahrensdurchführung, an deren Ende im besten Falle die Sanierung des Staates stünde, würde im Ergebnis auch die staatliche Souveränität wiederherstellen.

Das Konzept staatlicher Souveränität ist seit Mitte des 20. Jahrhunderts in einer Umbruchphase, deren Ende noch nicht absehbar ist. Die nationalstaatliche Souveränität tritt zunehmend mehr zugunsten inter- und supranationaler Organisationen zurück. Auch ist die Weltgemeinschaft nicht mehr bereit,

eine absolute, unantastbare staatliche Souveränität zu akzeptieren.<sup>76</sup> Freilich müsste ein allgemeingültiges Insolvenzverfahrensrecht für Staaten auf einem grundsätzlichen Konsens gerade auch der potentiellen Insolvenzschuldner beruhen. Die staatliche Souveränität wäre indes kein dauerhafter Einwand gegen die Institutionalisierung eines solchen Verfahrens.

## **VII. Zusammenfassung**

Entgegen dem Palmström'schen Argumentationsmuster kann die Insolvenz eines Staates sein, weil sie sein muss. Ohne die Möglichkeit eines Insolvenzverfahrens fehlt den Märkten der Anreiz zur Risikovorsorge. Der rechtliche Rahmen für eine geordnete Insolvenz ist also ein Steuerungsinstrument des Staatshaushalts.

Das Dogma der Insolvenzunfähigkeit von Staaten kann widerlegt werden. Die Rechtsgeschichte flankiert diese Argumentation, da etliche Staaten der Eurozone in den letzten rund einhundert

---

<sup>76</sup> Paulus, WM 2002, 725 (726).

Jahren mindestens einmal insolvent waren.

Ein Insolvenzverfahrensrecht für Staaten hätte nur sekundär die möglichst hohe Befriedigung der Gläubiger, primär aber die Funktionserhaltung des Staates zum Ziel. Dazu könnte das Insolvenzverfahren grundsätzlich als Eigenverwaltungsverfahren ausgestaltet werden, in dem der Schuldnerstaat einen Insolvenzplan erarbeitet. Mit einem solchen Plan könnten die derzeit diskutierten konsensualen Lösungen umgesetzt werden.

---

Rechtsanwalt Dr. Werner Walk und Rechtsanwalt Nils Wiese, LL.M. (Krakau) \*

## **Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht?**

### **Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung**

*I. Einleitung*

*II. Problemaufriss*

*III. Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung*

*1. An sich geeigneter Grund*

- a) Bagatelldelikt als an sich geeigneter Grund*
- b) Keine Übertragung der strafrechtlichen Wertungen*
- c) Verdachtskündigung*

*2. Interessenabwägung im Einzelfall*

- a) Interessenabwägung auch bei Eigentums- und Vermögensdelikten*
- b) Erarbeitetes Vertrauenskapital*
- c) Berücksichtigung späteren (Prozess-)Verhaltens*

*IV. Hilfsweise ordentliche Kündigung*

*V. Auflösungsantrag des Arbeitgebers*

*VI. Fazit*

---

\* Dr. Werner Walk ist Partner, Nils Wiese Rechtsanwalt bei der Rechtsanwaltssozietät CMS Hasche Sigle am Standort Stuttgart.

## I. Einleitung

Pfandbons, Frikadellen, Maultaschen – Kündigungen wegen so genannter Bagatelldelikte sind häufig Gegenstand arbeitsrechtlicher Streitigkeiten. Insbesondere der Fall "Emmely" hat nicht nur in der Öffentlichkeit intensive Diskussionen über die Rechtfertigung von Bagatellkündigungen und die Forderung nach einer Geringfügigkeitsgrenze ausgelöst, sondern erfährt auch große Beachtung in der juristischen Ausbildung. Der folgende Beitrag erläutert die rechtlichen Hintergründe der aktuellen Diskussion und zeigt, welche Voraussetzungen bei Fällen einer außerordentlichen fristlosen Kündigung wegen eines Bagatelldelikts zu prüfen sind und welche Neuerungen dabei seit der „Emmely-Entscheidung“ zu berücksichtigen sind.

## II. Problemaufriss

Am 10.06.2010 hatte das Bundesarbeitsgericht über die Rechtmäßigkeit der Kündigung der als Kassiererin Emmely bekannt gewordenen Arbeitnehmerin zu entscheiden. Die Kassiererin hatte

zwei Pfandbons im Wert von zusammen € 1,30, die ihr der Filialleiter zur Aufbewahrung anvertraut hatte, bei einem späteren Privateinkauf selbst eingelöst. Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis daraufhin außerordentlich fristlos.<sup>2</sup> Öffentliche Aufmerksamkeit erregten ebenso die in den vergangenen beiden Jahren entschiedenen Fälle der fristlosen Kündigung eines Mensamitarbeiters wegen des Verzehrs von Pommes Frites und Frikadellen<sup>3</sup>, eines Krankenpflegehelfers wegen des Verzehrs eines Stücks einer Patientenpizza und eines nicht verbrauchten Rests einer Patientenportion Gulasch<sup>4</sup>, einer Altenpflegerin wegen Diebstahls von sechs Maultaschen<sup>5</sup> und eines Müllmanns wegen der Mitnahme eines zur Entsorgung bestimmten Kinderbetts<sup>6</sup>. Darf ein Arbeitgeber einem Mitarbeiter wegen eines solchen „geringfügigen“ Eigentums- bzw. Vermögensde-

<sup>2</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09.

<sup>3</sup> LAG Hamm, Urteil vom 04.11.2010 - 8 Sa 711/10.

<sup>4</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 29.09.2010 - 3 Sa 233/10.

<sup>5</sup> ArbG Lörrach, Urteil vom 16.10.2009 - 4 Ca 248/09.

<sup>6</sup> LAG Mannheim, Urteil vom 10.02.2010 - 13 Sa 59/09.

likts sogleich fristlos kündigen, selbst bei langjähriger Betriebszugehörigkeit und wenn es sich nur um eine einmalige Verfehlung handelte?

Zum Teil wird im Rahmen der Diskussion vermutet, dass das Bagatelldelikt oftmals nur Vorwand sei, hinter dem sich ganz andere Motive des Arbeitgebers für den Ausspruch der Kündigung verbergen würden.<sup>7</sup> So könnte der Arbeitgeber etwa im Falle älterer Mitarbeiter, Betriebsratsmitglieder oder Schwerbehinderter, deren ordentliche Kündigung andernfalls nur sehr schwierig möglich ist, ein geringfügiges Delikt dazu nutzen, einen unliebsamen oder aus seiner Sicht zu teuren Mitarbeiter loszuwerden. Anlässlich des Falls „Emmely“, deren Kündigungsschutzklage in den ersten beiden Instanzen abgewiesen worden war, fühlte sich sogar Bundestagsvizepräsident Wolfgang Thierse veranlasst, Stellung zu nehmen, und befand, dass es sich hier um ein „barbarisches Urteil von asozialer Qualität“ handle. Die Frau sei wegen einer Nichtigkeit in die Arbeitslosigkeit

tigkeit in die Arbeitslosigkeit gestoßen worden. Ein solches Urteil zerstöre das Vertrauen in die Demokratie.<sup>8</sup>

Diese nach „Emmely“ aufgeflammete Diskussion über die Rechtmäßigkeit von Bagatellkündigungen ist jedoch im Grunde keine neue. Bereits im Jahr 1984 beschäftigte sich das BAG im sogenannten „Bienenstichfall“ mit der Rechtmäßigkeit einer Bagatellkündigung.<sup>9</sup> Eine Verkäuferin hatte ein zum Verkauf vorgesehenes Stück Bienenstichkuchen aus der Kuchentheke entnommen und dieses verzehrt, ohne es zu bezahlen. Hierbei wurde sie beobachtet und in der Folge fristlos gekündigt. Das BAG entschied damals, dass auch die rechtswidrige und schuldhaft e Entwendung einer im Eigentum des Arbeitgebers stehenden Sache von geringem Wert durch den Arbeitnehmer an sich geeignet sei, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung abzugeben. Ob ein solches Verhalten ausreiche, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, hänge von der

<sup>7</sup> Vgl. *Klueß*, *ArbuR* 2010, 192 (193); *Adam*, *MDR* 2011, 205 (205); *Fischer*, *jurisPR-ArbR* 16/2009 Anm. 1.

<sup>8</sup> FOCUS Online, 26.02.2009, "Wolfgang Thierse - 'Barbarisch und asozial'".

<sup>9</sup> BAG, Urteil vom 17.05.1984 - 2 AZR 3/83.

unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls vorzunehmenden Interessenabwägung ab. Mit der „Emmely-Entscheidung“ hat das BAG zwar die Grundsätze dieser Rechtsprechung bestätigt. Allerdings hat es in der erforderlichen Interessenabwägung beachtliche neue Akzente gesetzt, wonach eine außerordentliche Kündigung weitaus häufiger als bisher als unwirksam beurteilt werden wird.

### **III. Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung**

Eine außerordentliche, fristlose Kündigung gemäß § 626 BGB kommt in Betracht, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Die Kündigungserklärung muss schriftlich (§ 623 BGB) und innerhalb einer Frist von zwei Wochen erfolgen, nachdem der Kündigende von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat (§ 626 II BGB).

Ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 I BGB ist gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung

aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Das BAG konkretisiert den wichtigen Grund durch eine abgestufte Prüfung in zwei systematisch zu trennenden Abschnitten: Zunächst ist zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls "an sich geeignet" ist, einen wichtigen Grund abzugeben. Dies ermöglicht im Interesse der Rechtssicherheit eine Systematisierung der generell geeigneten Gründe. Die generelle Eignung als wichtiger Grund ist zudem gerichtlich voll überprüfbar. Im zweiten Schritt ist dann zu untersuchen, ob bei Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls und der Interessenabwägung die konkrete Kündigung gerechtfertigt ist.

Diese Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalles und der jeweili-

gen Interessen ist nur beschränkt reversibel.<sup>10</sup>

## 1. An sich geeigneter Grund

### a) Bagatelldelikt als an sich geeigneter Grund

Verhaltensbedingte Gründe bilden dann einen an sich geeigneten Grund, wenn der Arbeitnehmer rechtswidrig und schuldhaft seine vertraglichen Pflichten verletzt hat.<sup>11</sup> Dabei war bislang weitestgehend unstrittig, dass auch eine geringfügige Pflichtverletzung einen an sich zur außerordentlichen Kündigung geeigneten Umstand darstellen kann. Ob eine bestimmte Vertragsverletzung und die daraus folgende Störung des Arbeitsverhältnisses als geringfügig anzusehen sind, ist eine von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängende Wertungsfrage, die nicht das Vorliegen eines an sich geeigneten Grundes ausschließt. Der Grad des Verschuldens und die Höhe des Schadens sind bei genereller Eignung

vielmehr im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen.<sup>12</sup> Dementsprechend beurteilte das BAG neben dem oben dargestellten „Bienenstich-Fall“ von 1984 beispielsweise auch die Entwendung von drei Kiwis oder zwei Päckchen Tabak oder eines Liters Sahne als an sich geeignete Gründe.<sup>13</sup> In einer Linie mit dieser seit langem unveränderten Rechtsprechung steht auch die aktuelle „Emmely-Entscheidung“ des BAG. Hierin hat das BAG nochmals klargestellt, dass zum Nachteil des Arbeitgebers begangene Eigentums- oder Vermögensdelikte, aber auch nicht strafbare, ähnlich schwerwiegende Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers typischerweise – unabhängig vom Wert des Tatobjekts und der Höhe des eingetretenen Schadens – als Grund für eine außerordentliche Kündigung in Betracht kommen. Begehe der Arbeitnehmer bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit

<sup>10</sup> Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar, 11. Aufl., § 626 BGB Rdnr. 15.

<sup>11</sup> Fischermeier, in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz (KR), 9. Aufl., § 626 BGB Rdnr. 139.

<sup>12</sup> Dörner/Kiel, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Großkommentar zum Kündigungsrecht, 3. Aufl., § 626 BGB Rdnr. 276; BAG, Urteil vom 11.12.2003 - 2 AZR 36/03.

<sup>13</sup> BAG, Urteil vom 20.09.1984 - 2 AZR 633/82; BAG, Urteil vom 16.10.1986 - 2 AZR 695/85; BAG, Urteil vom 02.04.1987 - 2 AZR 204/86.

rechtswidrige und vorsätzliche – gegebenenfalls strafbare – Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen seines Arbeitgebers, verletzte er zugleich in schwerwiegender Weise seine schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme und missbrauche das in ihn gesetzte Vertrauen.<sup>14</sup> Eine Bagatellgrenze im Sinne einer wertmäßigen Untergrenze, ab der eine Kündigung zulässig wäre, gibt es nach dieser Rechtsprechung nicht.<sup>15</sup>

### **b) Keine Übertragung der strafrechtlichen Wertungen**

Im Strafrecht bestimmt § 248 a StGB, dass Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen nur auf Antrag verfolgt werden, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält. Das Antragserfordernis wird entsprechend auch auf die Straftatbestände der Begünstigung, Hehlerei, Betrug und Untreue angewandt. Maßgeblich für die

Geringwertigkeit einer Sache ist deren Verkehrswert zur Tatzeit. Gegenwertig wird die Grenze der Geringwertigkeit bei ca. € 50,00 gesehen.<sup>16</sup> Das Antragserfordernis bei solchen auf geringwertige Sachen bezogenen Straftaten zeigt, dass die Straftaten nach Auffassung des Gesetzgebers die Allgemeinheit in der Regel so wenig berühren, dass ein Eingreifen mit Kriminalstrafe nur erforderlich scheint, wenn der Verletzte sein Interesse daran durch einen Antrag bekundet.<sup>17</sup> Verfahrensrechtlich ergänzt wird diese Regelung der Bagatelldelikte durch das Opportunitätsprinzip der §§ 153, 153 a StPO.<sup>18</sup> Danach kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung eines Vergehens absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht (§ 153 I StPO) oder wenn jedenfalls die Erfüllung von Auflagen und Weisungen

<sup>14</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09.

<sup>15</sup> Vgl. Grimm /Windeln, ArbRB 2009, 374 (374); Eckert, BC 2010, 26 (26).

<sup>16</sup> Kühl, Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 248 a Rdnr. 3.

<sup>17</sup> Sternberg-Lieben, Bosch, in: Schönlke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 77 Rdnr. 4.

<sup>18</sup> Kröpil, ZRP 2010, 178 (180).

geeignet ist, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen, und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht (§ 153 a I StPO).

Vor diesem Hintergrund wird es teilweise als ungerecht empfunden, dass derartige geringfügige Handlungen gegen das Vermögen des Arbeitgebers zwar gegebenenfalls keiner strafrechtlichen Sanktion ausgesetzt sind, gleichwohl aber den Verlust des Arbeitsplatzes durch außerordentliche Kündigung auslösen können. So wurde schon vor einigen Jahren von einzelnen Landesarbeitsgerichten und Arbeitsgerichten angenommen, dass die Entwendung von geringwertigen Gegenständen schon an sich keinen wichtigen Grund zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung darstelle.<sup>19</sup> Diese Auffassung haben im vergangenen Jahr auch die Bundestagsfraktionen der SPD und der Partei „Die Linke“ aufgegriffen. Beide Fraktionen präsentierten Gesetzentwürfe, die im Fall von Bagatelldelikten eine Kündigung ohne vorangegangene Ab-

mahnung ausschließen. Danach sollte eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung unzulässig sein, „wenn der wirtschaftliche Schaden nicht ins Gewicht fällt“<sup>20</sup> bzw. wenn sich das Eigentums- oder Vermögensdelikt „auf geringwertige Gegenstände“<sup>21</sup> bezogen hat.

Das BAG ist diesen Überlegungen in der „Emmely-Entscheidung“ vom 10.06.2010 zu Recht nicht gefolgt, sondern hat – wie oben dargestellt – die Annahme einer allgemeingültigen Bagatellgrenze zurückgewiesen. Die Erschütterung der für die Vertragsbeziehung notwendigen Vertrauensgrundlage kann unabhängig davon eintreten, welche konkreten wirtschaftlichen Schäden durch den Arbeitnehmer verursacht wurden. Erforderlich ist für eine außerordentliche Kündigung stets eine umfassende Interessenabwägung aller Umstände des Einzelfalls. Bei § 626 BGB handelt es sich um einen offen gestalteten Tatbestand, mit dem die Festlegungen einer bestimmten Wertgrenze nicht zu vereinbaren ist.<sup>22</sup> Die Festlegung einer

<sup>19</sup> Vgl. *LAG Köln*, Urteil vom 30.09.1999 - 5 Sa 872/99; *LAG Hamburg*, Urteil vom 08.07.1998 - 4 Sa 38/97; *ArbG Reutlingen*, Urteil vom 04.06.1996 - 1 Ca 73/96.

<sup>20</sup> Gesetzentwurf der Bundestagsfraktionen der SPD vom 09.02.2010, BT-Drs 17/648.

<sup>21</sup> Gesetzentwurf der Bundestagsfraktionen der Partei „Die Linke“ vom 09.02.2010, BT-Drs 17/649.

einbaren ist.<sup>22</sup> Die Festlegung einer Relevanzschwelle würde auch Folgeprobleme aufwerfen, wie beispielsweise die Frage der exakten Wertberechnung oder die Behandlung nur geringfügiger Grenzüberschreitungen.<sup>23</sup>

Vor allem kann die strafrechtliche Bewertung mit Blick auf ihren Sinn und Zweck nicht auf das Kündigungsrecht übertragen werden. Der Zweck der verhaltensbedingten Kündigung ist nicht die Sanktion für eine erfolgte Vertragspflichtverletzung, sondern die Vermeidung von weiteren Vertragspflichtverletzungen. Es gilt das so genannte „Prognoseprinzip“. Es geht darum, ob aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, dass der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag auch erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzt werden werde.<sup>24</sup> Das zukunftsbezogene Kündi-

gungsrecht hat daher nichts mit der strafrechtlichen Zwecksetzung zu tun.<sup>25</sup> Besonders deutlich wird der Unterschied zum Strafrecht bei der in der Rechtsprechung allgemein anerkannten Möglichkeit einer Verdachtskündigung, die im Strafrecht (im Sinne einer Verdachtsverurteilung) aufgrund der rechtsstaatlichen Unschuldsvermutung undenkbar und verfassungswidrig wäre.<sup>26</sup> Das Bundesarbeitsgericht hat daher wiederholt klargestellt, dass für die kündigungsrechtliche Beurteilung des Verhaltens des Arbeitnehmers die strafrechtliche Bewertung nicht maßgebend ist. Allein entscheidend sei der Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten und der mit ihm verbundene Vertrauensbruch.<sup>27</sup>

### c) Verdachtskündigung

Die für eine verhaltensbedingte Kündigung erforderliche Unzumutbarkeit der weiteren Zusammenarbeit kann sich auch aus einem vertrauenzerstörenden

<sup>22</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09; Walker, NZA 2011, 1 (2); Langen, Arbeit und Arbeitsrecht, 2010, 20 (23); Preiss, ArbuR 2010, 242 (243); Stoffels, NJW 2011, 118 (120).

<sup>23</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09; Preiss, ArbuR 2010, 242 (243).

<sup>24</sup> BAG, Urteil vom 12.01.2006 - 2 AZR 21/05. Vgl. auch Stoffels, NJW 2011, 118 (121).

<sup>25</sup> Vgl. Preis, ArbuR 2010, 186.

<sup>26</sup> Preis, ArbuR 2010, 186 (186 f.).

<sup>27</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09.

Verdacht ergeben.<sup>28</sup> Die Kündigung wird dabei nicht auf eine vom Gekündigten begangene schuldhaftige Pflichtverletzung selbst, sondern allein darauf gestützt, dass der Gekündigte im Verdacht stehe, die Vertragsverletzung begangen zu haben. Eine Verdachtskündigung kann gerechtfertigt sein, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören, und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat.<sup>29</sup>

## **2. Interessenabwägung im Einzelfall**

### **a) Interessenabwägung auch bei Eigentums- und Vermögensdelikten**

Wird das Vorliegen eines an sich geeigneten Grunds bejaht, ist im zweiten Schritt die Interessenabwägung vorzunehmen. Bei der durchzuführenden

Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Zu berücksichtigen sind nach der Rechtsprechung des BAG unter anderem das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung – etwa im Hinblick auf das Maß eines durch sie bewirkten Vertrauensverlusts und ihre wirtschaftlichen Folgen –, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf.<sup>30</sup>

Auch im Falle eines gegen den Arbeitgeber gerichteten Eigentums- oder Vermögensdeliktes ist die Interessenabwägung nicht entbehrlich. In der

<sup>28</sup> Vgl. *Walker*, NZA 2011, 1.

<sup>29</sup> BAG, Urteil vom 06.09.2007 - 2 AZR 164/06; BAG, Urteil vom 10.02.2005 - 2 AZR 189/04.

<sup>30</sup> BAG, Urteil vom 09.06.2011 - 2 AZR 381/10; BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09; BAG, Urteil vom 28.01.2010 - 2 AZR 1008/08.

„Emmely-Entscheidung“ betont das BAG, dass es auch im Zusammenhang mit strafbaren Handlungen des Arbeitnehmers keine absoluten Kündigungsgründe gebe.<sup>31</sup> Die Tatsache, dass in den zahlreichen oben aufgeführten Beispielfällen oftmals eine irreparable Zerstörung des Vertrauensverhältnisses bejaht wurde, bedeutet nicht, dass eine Interessenabwägung unterblieben wäre oder im Regelfall unterbleiben könnte.<sup>32</sup>

#### **b) Erarbeitetes Vertrauenskapital**

Das BAG misst allerdings nunmehr dem Kriterium der Betriebszugehörigkeit und des während dieser Zeit erworbenen "Vertrauenskapitals" des Arbeitnehmers eine gesteigerte Bedeutung zu. Auf diese Weise wird die zweite Stufe der Rechtmäßigkeitsprüfung der Kündigung, die Interessenabwägung, stark aufgewertet.<sup>33</sup> Bereits vor "Emmely" war in der Rechtsprechung anerkannt, dass auch bei Störungen im Vertrauensbereich stets zu prüfen ist, ob nicht schon eine Abmahnung als milderes Mittel

gegenüber der Kündigung zur Reaktion auf die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers ausreichend gewesen wäre. Denn die Kündigung ist "ultima ratio".<sup>34</sup> Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten ist oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist.<sup>35</sup> Denn es sei, so das BAG, nicht in jedem Fall von vornherein ausgeschlossen, dass verlorenes Vertrauen wiederhergestellt wird.<sup>36</sup>

In der Vergangenheit ist das BAG insofern jedoch regelmäßig von einer negativen Prognose ausgegangen und hat auch bei sogenannten Bagatelldelikten gegen das Eigentum oder Vermögen des Arbeitgebers angenommen, dass in sol-

<sup>31</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09.

<sup>32</sup> Walker, NZA 2011, 1 (2). Vgl. auch Zabel, DZWIR 2011, 23 (30).

<sup>33</sup> Tiedemann, ArbRB 2011, 93 (96); Walker, NZA 2011, 1 (3); Stoffels, NJW 2011, 118 (121).

<sup>34</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 04.06.1997 - 2 AZR 526/96.

<sup>35</sup> BAG, Urteil vom 09.06.2011 - 2 AZR 381/10; BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09; BAG, Urteil vom 23.06.2009 - 2 AZR 103/08.

<sup>36</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09; BAG, Urteil vom 04.06.1997 - 2 AZR 526/96; BAG, Urteil vom 12.08.1999 - 2 AZR 923/98.

chen Fällen eine Wiederherstellung des für ein Arbeitsverhältnis notwendigen Vertrauens nicht erwartet werden kann.<sup>37</sup> Gerade bei im Verkauf beschäftigten Arbeitnehmern, denen im Eigentum des Arbeitgebers stehende Güter zum Verkauf und zur Obhut anvertraut sind, hatte das BAG bislang die Auffassung vertreten, dass es dem Arbeitgeber wegen des Verdachts des schweren Missbrauchs des in den Arbeitnehmer gesetzten Vertrauens nicht zuzumuten sei, den Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung durch eine Abmahnung zu einer Rückkehr zu vertragsgerechtem Verhalten zu bewegen.<sup>38</sup> Denn der Arbeitnehmer müsse in einem solchen Fall normalerweise davon ausgehen, dass er mit einem Diebstahl oder einer Unterschlagung auch geringwertiger

Sachen im Betrieb seines Arbeitgebers seinen Arbeitsplatz aufs Spiel setzt.<sup>39</sup>

Von dieser Position ist das BAG nunmehr abgerückt. Jedenfalls bei einmaligen Pflichtverletzungen ist nach der „Emmely-Rechtsprechung“ im Rahmen der Interessenabwägung entscheidend auf das vom Arbeitnehmer erworbene „Vertrauenkapital“ abzustellen. Nach dem Urteil des BAG vom 10.06.2010 gilt, dass, je länger eine Vertragsbeziehung ungestört bestanden hat, desto eher die Prognose berechtigt sein kann, dass der dadurch erarbeitete Vorrat an Vertrauen durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt wird. Dabei komme es nicht auf die subjektive Befindlichkeit und Einschätzung des Arbeitgebers, sondern auf einen objektiven Maßstab an. Maßgeblich sei nicht, ob der Arbeitgeber hinreichendes Vertrauen in den Arbeitnehmer tatsächlich noch habe, sondern, ob er es aus der Sicht eines objektiven Betrachters ha-

---

<sup>37</sup> BAG, Urteil vom 12.08.1999 - 2 AZR 923/98; Tiedemann, ArbRB 2011, 93 (92); Walker, NZA 2011, 1 (3).

<sup>38</sup> So im Fall eines ICE-Stewards, in dessen Tasche bei einer Personalkontrolle drei Kaffeebecher, zwei Schinkenpackungen und eine Flasche Olivenöl entdeckt wurden, BAG, Urteil vom 12.08.1999 - 2 AZR 923/98.

---

<sup>39</sup> BAG, Urteil vom 11.12.2003 - 2 AZR 36/03, im Fall einer Arbeitnehmerin in einem Warenhaus, die 62 nicht mehr verkäufliche Mini-Fläschchen Alkohol und zwei Küchenkrepprollen mit nach Hause nehmen wollte.

ben müsste. Im Arbeitsverhältnis gehe es nicht um ein umfassendes wechselseitiges Vertrauen um die moralischen Qualitäten der jeweils anderen Vertragspartei. Es gehe allein um die von einem objektiven Standpunkt aus zu beantwortende Frage, ob mit einer korrekten Erfüllung der Vertragspflichten zu rechnen sei.<sup>40</sup> Daher gelangte das BAG im Fall "Emmely" zu dem Ergebnis, dass es angesichts eines über 30 Jahre hinweg ohne rechtlich relevante Beanstandungen verlaufenden Arbeitsverhältnisses einerseits und der wirtschaftlichen Geringfügigkeit eines der Arbeitgeberin entstandenen Nachteils andererseits der Arbeitgeberin trotz des Pflichtenverstößes der Arbeitnehmerin nicht unzumutbar sei, diese weiter zu beschäftigen. Denn das Vertrauen in die Zuverlässigkeit der Arbeitnehmerin sei objektiv nicht derart erschüttert, dass dessen vollständige Wiederherstellung und ein künftig erneut störungsfreies Miteinander nicht in Frage käme.<sup>41</sup>

Mit dieser neuen Gewichtung der Interessenabwägung hat das BAG auch kei-

ne klare Orientierungslinie für die Instanzgerichte geschaffen.<sup>42</sup> Zum einen stellt sich die Frage, wann von einer "beanstandungsfreien" Tätigkeit auszugehen ist. Beachtlich sind nach der „Emmely-Entscheidung“ des BAG alle "rechtlich relevanten Beanstandungen".<sup>43</sup> Dabei legt die Entscheidung nahe, dass Abmahnungen, die bereits aus der Personalakte des Arbeitnehmers entfernt wurden, nicht zu berücksichtigen sind.<sup>44</sup> Zudem ist fraglich, nach welcher Beschäftigungsdauer davon ausgegangen werden kann, dass sich der Arbeitnehmer ein solches Vertrauenskapital erarbeitet hat, dass ein (einmaliges) Bagatelldelikt dieses in ihn gesetzte Vertrauen nicht völlig zerstören kann. Ist hierfür wie im Fall "Emmely" eine ganz besonders lange Beschäftigungsdauer von über 30 Jahren erforderlich? Oder kann im Einzelfall bereits eine Beschäftigungsdauer von 5, 10 oder 15 Jahren ausreichen, um hinreichendes Vertrauenskapital aufzubauen-

<sup>40</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09.

<sup>41</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09.

<sup>42</sup> Walker, NZA 2011, 1 (4).

<sup>43</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09.

<sup>44</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 Rdnr. 49 ("Im Übrigen wurde die Abmahnung ein Jahr später aus der Personalakte entfernt").

en?<sup>45</sup> Das LAG Berlin-Brandenburg etwa entschied am 16.09.2010, dass die Kündigung einer Bahnmitarbeiterin wegen Betrugs um ca. € 160,00 angesichts ihrer Beschäftigungsdauer von 40 Jahren unwirksam sei.<sup>46</sup> Das Arbeitsgericht Berlin hingegen hielt in einer Entscheidung vom 28.09.2010 die Kündigung eines Arbeitnehmers, der 17 Jahre lang als Verkäufer und Kassierer beim Arbeitgeber beschäftigt war, wegen selbst ausgestellter und eingelöster Pfandbons im Wert von € 2,00 und € 4,06 für rechtswirksam.<sup>47</sup> Das BAG selbst hat zuletzt mit Urteil vom 09.06.2011 klargestellt, dass nicht stets aufgrund einer langjährigen beanstandungsfreien Beschäftigungsdauer eine Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung erforderlich ist. So überwog nach Ansicht des BAG bei einem versuchten Arbeitszeitbetrug um 135 Minuten aufgrund des Umfangs der versuchten Täuschung sowie des heimlichen, vor-

sätzlich und systematischen Vorgehens der Arbeitnehmerin das Interesse der Arbeitgeberin an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. In der Fallbearbeitung in Studium und Examen ist daher im Rahmen der Interessenabwägung eine besonders sorgfältige Argumentation gefragt.<sup>48</sup>

Nach der „Emmely-Entscheidung“ des BAG ist nicht nur eine verlässliche Bewertung der Wirksamkeit einer Kündigung bei sogenannten Bagatelldelikten kaum noch möglich. Auch die durch das Gericht vorgenommene Aufweichung des Schutzes des Eigentums des Arbeitgebers ist nicht akzeptabel.

### **c) Berücksichtigung späteren (Prozess-)Verhaltens**

Im Fall „Emmely“ versuchte die gekündigte KassiererIn, durch wechselnde Einlassungen die Aufklärung des Unterschlagungsvorwurfs durch ihren Arbeitgeber und im Prozess vor dem Arbeitsgericht zu erschweren. Sie bestritt, die Pfandbons an sich genommen zu haben. Sie erklärte, dass, wenn es sich um die fraglichen Pfandbons gehandelt

<sup>45</sup> Tiedemann, ArbRB 2011, 93 (95). Nach Auffassung von Tiedemann wird eine Beschäftigungsdauer von unter 10 Jahren kaum ausreichend sein.

<sup>46</sup> LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.09.2010 - 2 Sa 509/10.

<sup>47</sup> Arbeitsgericht Berlin, Urteil vom 28.09.2010 - 1 Ca 5421/10.

<sup>48</sup> BAG, Urteil vom 09.06.2011 - 2 AZR 381/10.

habe, die Möglichkeit bestehe, dass eine ihrer Töchter oder eine Arbeitskollegin ihr die Pfandbons in das Portemonnaie gesteckt haben könnten. Ebenso sei denkbar, dass die Pfandbons aufgrund ihrer vorangegangenen Streikteilnahme noch während des Kassiervorgangs zu ihrem Nachteil ausgetauscht worden seien. Die Revisionszulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung begründete der 3. Senat des BAG damit, dass die Rechtsfrage, ob das Prozessverhalten des gekündigten Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden könne, noch nicht abschließend geklärt sei.<sup>49</sup>

Grundsätzlich gilt, dass der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswirksamkeit einer Kündigung der Zeitpunkt ihres Zugangs ist. Nachträglich eingetretene Umstände können dagegen grundsätzlich nicht zur Rechtfertigung der bereits ausgesprochenen Kündigung herangezogen werden.<sup>50</sup> Sie

können für die gerichtliche Beurteilung nur ausnahmsweise dann von Bedeutung sein, wenn sie die Vorgänge, die zur Kündigung geführt haben, in einem neuen Licht erscheinen lassen. Dazu müssen zwischen den neuen Vorgängen und den alten Gründen so enge innere Beziehungen bestehen, dass sie einen einheitlichen Lebensvorgang bilden.<sup>51</sup> Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn der Arbeitgeber lediglich eine Verdachtskündigung ausgesprochen hat, sich aber im Verlauf des Prozesses die Verdachtsmomente gegen den betroffenen Arbeitnehmer derart verdichtet haben, dass das Gericht zu der Überzeugung kommt, dass der Arbeitnehmer die ihm vorgeworfene Tat tatsächlich begangen hat.<sup>52</sup> Ebenso können nachträglich eingetretene Umstände zu berücksichtigen sein, wenn der Arbeitnehmer nach der Kündigung ähnliche Verhaltensweisen zeigt, die eine Wiederholungsgefahr gerade für

<sup>49</sup> BAG, Urteil vom 28.07.2009 - 3 AZN 224/09.

<sup>50</sup> BAG, Urteil vom 28.10.1971 - 2 AZR 15/71; Fischermeier, in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz (KR), § 626 BGB Rdnr. 176.

<sup>51</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09.

<sup>52</sup> BAG, Urteil vom 03.07.2003 - 2 AZR 437/02.

die vorgeworfene Pflichtverletzung belegen.<sup>53</sup>

Im Fall „Emmely“ hielt das BAG jedoch das Prozessverhalten der Klägerin nicht für geeignet, den Kündigungssachverhalt zu erhellen. Insbesondere im Hinblick auf eine Wiederholungsgefahr erscheine der Vorgang für die Klägerin nicht dadurch in einem ungünstigeren Licht, dass diese zunächst die Identität der von ihr eingelösten und der im Kassenbüro aufbewahrten Bons bestritten habe. Ebenso wenig mindere das Prozessverhalten der Klägerin das bei der Interessenabwägung zu berücksichtigende Maß des verbliebenen Vertrauens. Ihr wechselnder Vortrag und beharrliches Leugnen einer vorsätzlichen Pflichtwidrigkeit lasse keine Rückschlüsse auf ihre zukünftige Zuverlässigkeit als Kassiererin zu.<sup>54</sup> In dieser Entscheidung wird deutlich, dass das Prozessverhalten und Verteidigungsvorbringen des gekündigten Arbeitnehmers nicht per se auch eine Vertiefung oder Wiederholung des der Kün-

digung zugrundeliegenden arbeitsvertraglichen Pflichtenverstoßes bedeuten.<sup>55</sup> Vielmehr ist das spätere Verhalten des gekündigten Arbeitnehmers grundsätzlich separat zu würdigen und kann als eigenständiger außerordentlicher oder ordentlicher Kündigungsgrund oder als Grund für einen Auflösungsantrag des Arbeitgebers nach §§ 9, 10 KSchG dienen.<sup>56</sup>

#### **IV. Hilfsweise ordentliche Kündigung**

Sind im Falle eines Bagatelldelikts die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung nicht gegeben, kann das Verhalten des Arbeitnehmers aber Anlass zur ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses geben. Eine verhaltensbedingt ordentliche Kündigung ist ein „Minus“ im Vergleich zur außerordentlichen Kündigung. Eine ordentliche Kündigung aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers ist im Sinne von § 1 II KSchG sozial gerechtfertigt, wenn

<sup>53</sup> Tiedemann, ArbRB 2010, 222 (224).

<sup>54</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 28.10.1971 - 2 AZR 15/71; Weber, RDA 2011, 108 (112); Fischermeier, in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz (KR), § 626 BGB Rdnr. 176.

<sup>53</sup> BAG, Urteil vom 13.10.1977 - 2 AZR 387/76; Tiedemann, ArbRB 2010, 222 (223).

<sup>54</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09.

der Arbeitnehmer eine Vertragspflicht – in der Regel schuldhaft – erheblich verletzt hat, das Arbeitsverhältnis dadurch auch künftig konkret beeinträchtigt wird, eine zumutbare Möglichkeit einer anderen, weitere Störungen zuverlässig ausschließenden Beschäftigung nicht besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile bedingenswert und angemessen erscheint.<sup>57</sup> Zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung gehört eine negative Prognose, dass der Arbeitnehmer auch zukünftig seine Vertragspflichten nicht ordnungsgemäß erfüllen werde. Insbesondere bei Vertragspflichtverletzungen ist in der Regel auch eine vorherige, einschlägige Abmahnung erforderlich.<sup>58</sup>

Die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung unterscheidet sich von der außerordentlichen Kündigung im Wesentlichen dadurch, dass bei der außerordentlichen Kündigung eine Lage gegeben sein muss, die es dem Arbeitge-

ber unter Abwägung der beiderseitigen Vertragsinteressen sogar unzumutbar macht, den Arbeitsvertrag noch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist aufrecht zu erhalten. Kündigungsgründe, die "an sich geeignet" sind, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, kommen in der Regel auch für eine ordentliche Kündigung in Betracht. Der bei der Interessenabwägung anzulegende Maßstab soll jedoch nicht so streng sein wie bei der außerordentlichen Kündigung.<sup>59</sup>

Ein Arbeitgeber wird daher neben der außerordentlichen fristlosen Kündigung vorsorglich hilfsweise auch eine ordentliche Kündigung aussprechen. Dies hatte auch die Arbeitgeberin im Fall "Emmely" getan. Da das BAG allerdings zu dem Ergebnis kam, dass als Reaktion auf das Einlösen der anvertrauten Pfandbons insbesondere aufgrund des großen Vertrauenskapitals der Arbeitnehmerin eine Abmahnung als milderes Mittel zumutbar gewesen wäre, war auch die ordentliche Kündigung unwirksam.

<sup>57</sup> BAG, Urteil vom 28.01.2010 - 2 AZR 1008/08; BAG, Urteil vom 10.09.2009 - 2 AZR 257/0/8.

<sup>58</sup> Oetker, Erfurter Kommentar, 11. Aufl., § 1 KSchG Rdnrn. 196 ff.

<sup>59</sup> Oetker, Erfurter Kommentar, 11. Aufl., § 1 KSchG Rdnrn. 201 ff.

## V. Auflösungsantrag des Arbeitgebers

Schließlich kann trotz unwirksamer Kündigung das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch die Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit der Kündigung und im Rahmen des arbeitsgerichtlichen Prozesses derart zerrüttet sein, dass für Arbeitnehmer oder Arbeitgeber eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr in Betracht kommt. Im Falle einer sozialwidrigen ordentlichen Kündigung gibt dann § 9 I KSchG beiden Vertragsparteien das Recht, das Arbeitsverhältnis durch Urteil auflösen zu lassen. Nach einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung kann der Auflösungsantrag gemäß § 13 I KSchG nur vom Arbeitnehmer gestellt werden. Das Arbeitsverhältnis wird dann zu dem Zeitpunkt aufgelöst, an dem es bei sozial gerechtfertigter Kündigung geendet hätte. Der Arbeitgeber wird zur Zahlung einer angemessenen Abfindung gemäß § 10 I KSchG verurteilt.

Der Auflösungsantrag des Arbeitgebers ist begründet, wenn eine den Betriebs-

zwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht zu erwarten ist, § 9 I 2 KSchG. Dabei erfordert der Auflösungsantrag im Vergleich zu der gescheiterten Kündigung eine zusätzliche Begründung. Der Arbeitgeber muss greifbare Tatsachen dafür vortragen können, weshalb ein konkreter Kündigungssachverhalt, obwohl er die Kündigung selbst nicht zu begründen vermag, so beschaffen sein soll, dass er eine weitere Zusammenarbeit nicht erwarten lässt.<sup>60</sup> In Betracht kommen Umstände, die das persönliche Verhältnis zum Arbeitgeber, die Wertung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers, seine Leistung oder seine Eignung für die gestellten Aufgabe und sein Verhältnis zu den übrigen Mitarbeitern betreffen.<sup>61</sup> Dies sind beispielsweise unzutreffende, insbesondere verleumderische Tatsachenbehauptungen, Beleidigungen, üble Nachrede oder sonstige ehrverletzende Angriffe oder Drohungen gegenüber

<sup>60</sup> *Kiel*, Erfurter Kommentar, 11. Aufl., § 9 KSchG Rdnr. 12; *Spilger*, in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 9. Aufl., § 9 KSchG Rdnr. 52.

<sup>61</sup> BAG, Urteil vom 09.09.2010 - 2 AZR 482/09; BAG, Urteil vom 23.10.2008 - 2 AZR 483/07.

dem Arbeitgeber, Vorgesetzten oder Kollegen – sei es im Zusammenhang mit dem Ausspruch der Kündigung, sei es im laufenden Kündigungsschutzverfahren.<sup>62</sup>

Im Fall "Emmely" hätte die Beklagte den Auflösungsantrag nach § 9 I 2 KSchG stellen können, da auch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung als sozial ungerechtfertigt beurteilt wurde. Der Auflösungsantrag wird prozessual als Hilfsantrag gestellt. In erster Linie beantragt die Beklagte in einem solchen Fall Klagabweisung. Wird allerdings der Klage auch im Hinblick auf die hilfsweise ordentliche Kündigung stattgegeben, kann das Gericht immer noch auf der Grundlage des hilfsweise gestellten Auflösungsantrags das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung eine Abfindung auflösen. In der vorzunehmenden Abwägung hätte das Gericht neben den (zur Kündigung nicht ausreichenden) Kündigungsgründen sowohl das Verhalten der Klägerin im Zusammenhang mit der Sachver-

haltsaufklärung durch die Arbeitgeberin als auch während des Kündigungsschutzprozesses berücksichtigen müssen. Das beharrliche Leugnen des Tatvorwurfs und insbesondere die wahrheitswidrigen Beschuldigungen ihrer Arbeitskollegen sind Umstände, die gegen eine weitere "den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer" sprechen.<sup>63</sup>

## VI. Fazit

Die Emmely-Entscheidung hat in der Praxis zu einer gewissen Verunsicherung geführt. Gerade bei einer an der Kasse beschäftigten Mitarbeiterin war die auch von den beiden Vorinstanzen vertretene Einschätzung, dass das nötige Vertrauen trotz der geringfügigen Schädigung vollkommen aufgezehrt wurde, durchaus nachvollziehbar. Nach "Emmely" bleibt es nun zwar bei der Regel, dass Straftaten zulasten des Ar-

<sup>62</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 09.09.2010 - 2 AZR 482/09; BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 297/09.

<sup>63</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 Rdnr. 57. Die Arbeitgeberin hatte allerdings im Fall „Emmely“ keinen Auflösungsantrag gestellt. Denn auf der Grundlage der zuvor ständigen Rechtsprechung war nicht damit zu rechnen, dass das BAG der Kündigungsschutzklage von Frau Emme stattgeben würde.

beitgebers unabhängig von der Höhe des Schadens eine fristlose Kündigung rechtfertigen können. Eine Bagatellgrenze, unterhalb derer eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung stets unzulässig wäre, gibt es nicht. Allerdings muss der Arbeitgeber in jedem Fall eine umfassende Interessenabwägung vornehmen. Dabei kann einer besonders langen und beanstandungsfreien Betriebszugehörigkeit entscheidendes Gewicht zukommen, so dass der Arbeitgeber auch im Fall eines gegen sein Eigentum bzw. Vermögen gerichteten Verhalten des Arbeitnehmers zunächst als milderer Mittel eine Abmahnung aussprechen muss. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechts-

wirksamkeit der Kündigung ist grundsätzlich der Zeitpunkt ihres Zugangs.

Nachträgliche Umstände, die nicht weitere Rückschlüsse auf den eigentlichen Kündigungsgrund erlauben, wie beispielsweise bewusst wahrheitswidrige Behauptungen oder Beleidigungen des Arbeitgebers oder der Kollegen vor oder während des Kündigungsschutzprozesses, können nicht zur Rechtfertigung der bereits ausgesprochenen Kündigung herangezogen werden. Sie können aber selbst eine weitere ordentliche oder außerordentliche Kündigung begründen oder als Grundlage für einen Auflösungsantrag des Arbeitgebers nach §§ 9, 10 KSchG dienen.

Auf der Suche nach  
besten Perspektiven?



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

## Referendare (w/m)

in den Anwaltsstationen und der Wahlstation aus.

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

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

**MENOLD BEZLER**  
RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt

Alexander Segmiller und Frederic Dachs\*

## Der beschränkt Geschäftsfähige bei der Internetauktion

*Die nachfolgende Hausarbeit war Gegenstand der Übung für Anfänger im Zivilrecht (SS 2011) an der Universität Tübingen. Der Schwerpunkt lag auf Rechtsproblemen des Allgemeinen Teils des BGB. Einzugehen war dabei auf den Vertragsschluss bei Internetauktionen, Anfechtungsrecht und Inhaltskontrolle von AGB. Am Rande mussten sich die Bearbeiter mit der culpa in contrahendo und sachenrechtlichen Herausgabeanprüchen auseinandersetzen.*

### I. Sachverhalt\*

Anfang Januar 2009 hat der 15-jährige M von seinen Eltern die Erlaubnis zum Abschluss eines Mobilfunkvertrags erhalten. Seine Eltern haben ihm € 30 gegeben, damit er sich ein einfaches Handy zum Vertrag dazukaufen kann.

M will sich aber lieber ein „U-Phone“ der Marke „Peach“ kaufen. Auf der Internetauktionsseite „e-Bucht“ hat M das, als fabrikneu deklarierte, „U-Phone“ beim Verkäufer P gesehen. Die Funktionsweise der Auktionen bei „e-Bucht“ wird in § 5.1 der inhaltlich nicht

---

\* Ass. jur. Alexander Segmiller ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsche Rechtsgeschichte und Juristische Zeitgeschichte, Handels- und Gesellschaftsrecht der Eberhard-Karls-Universität Tübingen bei Prof. Dr. Jan Thiessen.

Ass. jur. Frederic Dachs ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Agrarrecht der Universität Hohenheim bei Prof. Dr. Christina Escher-Weingart.

zu beanstandenden AGB, von „e-Bucht“ beschrieben.

*§ 5.1 der AGB von „e-Bucht“*

*Stellt ein Anbieter auf der e-Bucht-Website einen Artikel zur Auktion ein, gibt er ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrags über diesen Artikel ab. Dabei bestimmt der Anbieter einen Startpreis und eine Frist (Angebotsdauer), binnen derer das Angebot per Gebot angenommen werden kann. Der Bieter nimmt das Angebot durch Abgabe eines Gebots an. Das Gebot erlischt, wenn ein anderer Bieter während der Angebotsdauer ein höheres Gebot abgibt. Bei Ablauf der Auktion kommt zwischen Anbieter und Höchstbietendem ein Vertrag über den Erwerb des Artikels zustande.*

Das aktuelle Gebot liegt bereits bei 65 €. Da M nur 30 € von seinen Eltern bekommen hat, über keine eigenen finanziellen Mittel verfügt und die Auktionsuhr abläuft, beschließt er, die 30 € gewinnbringend in Rubbellosen anzulegen. Deren Kauf ist schon ab 14 Jahren zulässig. M hat Glück und gewinnt 300 €.

Bei der Auktion erhält M mit einem Gebot von 300 € den Zuschlag. Das zweithöchste Gebot lag bei 290 €. M vereinbart ein Treffen mit P. Beim Tref-

fen am 07. 01. 2009 übergibt P das Handy an M und erhält im Gegenzug drei 100 €-Scheine, die er zu Hause in sein Sparschwein zu seinem anderen Geld steckt.

Noch am selben Tag begibt sich M zum Mobilfunkvertragshändler „T-AG“. Dort zeigt M sein „U-Phone“ vor und schließt einen Mobilfunkvertrag über 2 Jahre ab, natürlich ohne ein Handy dazu zu nehmen. Beim Vertragsschluss wird M ein Blatt mit der Überschrift „AGB“ überreicht, welches er nur kurz überfliegt und dann in seine Tasche steckt. Seinen Eltern, die moderne Technik ablehnen und sich damit auch nicht auskennen, hat M vorgelogen, dass er das „U-Phone“ für 30 € zum Mobilfunkvertrag hinzugekauft habe.

Im September 2010 beginnt die Anzeige des „U-Phones“ zu flackern und fällt schließlich ganz aus. Als seine Eltern den M drängen, mit dem defekten Gerät zum Mobilfunkhändler zu gehen, um dieses reparieren zu lassen, gesteht M, wie er zu dem Handy gekommen ist. Bei einem Besuch im „Peach“-Fachhandel stellt sich dann auch noch heraus, dass das Handy schon beim

Kauf nicht fabrikneu gewesen sein kann, da sich Spuren einer vorherigen Reparatur finden, was P allerdings nicht wusste und trotz seiner fach- und ordnungsgemäßen Prüfung des Geräts nicht feststellen konnte.

Die Eltern des M verfassen sofort ein Schreiben an P, in dem sie diesen auffordern, das defekte Gerät gegen Rückerstattung des Kaufpreises in Höhe von 300 € zurückzunehmen. Zudem wollen sie von dem Geschäft nichts mehr wissen, da das Gerät bereits einmal repariert wurde. Sie hätten ihrem Sohn das auf keinen Fall erlaubt. Auch werde erwartet, dass P Schadensersatz in Höhe von 50 € für die nun nutzlosen „Apps“ (Softwareanwendungen fürs „U-Phone“) leiste. Diese hatte sich M aus Freude über sein neues „U-Phone“, mit elterlicher Billigung, aus dem Internet geladen. Diese sind nur für dieses Handy verwendbar und daher jetzt nicht mehr zu gebrauchen.

In einem weiteren Schreiben wenden sich die Eltern an die „T-AG“ und erklären die Kündigung des Mobilfunkvertrags zum Monatsende. Das Schreiben geht der „T-AG“ am 10. 09. 2010 zu.

P antwortet auf das Schreiben der Eltern, dass ihn das alles nichts mehr angehe, schließlich sei das schon so lange her. Zudem sei er nicht bereit, sein Sparschwein zu „schlachten“. Außerdem hätten die Eltern ja gewusst, dass M ein „U-Phone“ habe, weshalb das Geschäft auf jeden Fall gelten müsse. Allenfalls sei er bereit, das Gerät zu reparieren. Darüber hinaus wisse er nicht, was „Abstandnehmen“ überhaupt bedeuten solle. Er verlange auf jeden Fall Ersatz der 290 €, die ihm „durch die Lappen gegangen“ seien.

Im Antwortschreiben der „T-AG“ heißt es: „Ihrem Wunsch auf Kündigung zum angegebenen Zeitpunkt kann leider nicht entsprochen werden. Wir verweisen insofern auf § 3.4 unserer AGB. Gern bestätigen wir Ihnen die Kündigung jedoch auf 07.01.2012.“

*§ 3.4 der AGB der „T-AG“*

*Verträge mit einer Mindestlaufzeit von 24 Monaten sind mit einer Frist von 6 Monaten zum Ende der Mindestlaufzeit kündbar. Wird der Vertrag nicht gekündigt, verlängert sich der Vertrag jeweils um weitere 12 Monate, wenn er nicht mit einer Frist von 6 Monaten zum Ende des Verlängerungszeitraumes gekündigt wird.*

*Sämtliche Kündigungen des Vertrages sind schriftlich zu erklären. Die Schriftform kann nicht durch elektronische Form ersetzt werden.*

### **Aufgabe 1**

Ist P zur Rückzahlung des Kaufpreises an M verpflichtet?

### **Aufgabe 2**

Sind P und M jeweils zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet?

### **Aufgabe 3**

Zu welchem Zeitpunkt wird die Kündigung des Vertrags mit der „T-AG“ wirksam?

## **II. Gliederung**

### **Aufgabe 1**

**A. Anspruch M gegen P aus §§ 346 I, 437 Nr.2, 434 I BGB**

I. Vorliegen eines wirksamen Kaufvertrags

1. Vertragsschluss bei Internetauktion
2. Angebot des P durch Onlinestellen des U-Phones
3. Annahmeerklärung des M durch Abgabe des höchsten Gebots
4. Zwischenergebnis

II. Ergebnis

**B. Anspruch M gegen P aus §§ 311 II, 241 II, 280 I**

- I. Schuldverhältnis nach § 311 II
- II. Pflichtverletzung
- III. Vertretenmüssen des P
- IV. Konkurrenz zum Sachmängelgewährleistungsrecht
- IV. Ergebnis

**C. Anspruch des M gegen P aus § 985**

- I. Eigentumslage
- II. Ergebnis
- D. Anspruch M gegen P aus §§ 741, 749 I, 752
- E. Anspruch M gegen P aus § 812 I 1 Alt.1

### **Aufgabe 2**

**A. Ansprüche M gegen P**

- I. Schadensersatz aus §§ 311 II, 280 I, 241 II
- II. Ergebnis

**B. Ansprüche P gegen M**

- I. Schadensersatz aus § 122
  1. Zulässigkeit der Anfechtung
  2. Anfechtungsgrund
  3. Anfechtungserklärung gem. § 143 I

4. Anfechtungsfrist

5. Schaden

II. Schadensersatz aus §§ 311 II, 280 I

### Aufgabe 3

I. Kündigung des Vertrages mit der T-AG

1. Wirksame Einbeziehung der AGB

2. Inhaltskontrolle nach §§ 307–309

3. Rechtsfolge

4. Kündigung

5. Zwischenergebnis

II. Ergebnis

## III. Lösung

### Aufgabe 1

**A. Anspruch M gegen P aus §§ 346 I, 437 Nr.2, 434 I BGB<sup>1</sup>**

**I. Vorliegen eines wirksamen Kaufvertrags**

**1. Vertragsschluss bei Internetauktion**

Grundsätzlich kommt ein Kaufvertrag durch zwei kongruente Willenserklärungen, Angebot und Annahme zu-

stande §§ 145 ff. Vorliegend könnte dies jedoch durch § 156 modifiziert sein.

Zu untersuchen ist, ob § 156 auf Internetversteigerungen der vorliegenden Art Anwendung findet. Bei einer Versteigerung i.S.d. § 156 entsteht der Vertrag durch Zuschlag. Der Zuschlag ist eine vom Auktionator abgegebene Willenserklärung<sup>2</sup>.

Fraglich ist, ob „e-Bucht“ mit einem Auktionator vergleichbar ist. Dies wäre dann der Fall, wenn der Zuschlag durch „e-Bucht“ erfolgt. Vorliegend wird durch „e-Bucht“ jedoch keine Willenserklärung abgegeben. Vielmehr kommt der Vertrag mit dem Bieter zustande, der bei Zeitablauf das höchste Gebot abgibt. Dem bloßen Zeitablauf fehlt jedoch der rechtsgeschäftliche Charakter einer Willenserklärung<sup>3</sup>. Somit fehlt es am Zuschlag. § 156 ist daher auf die vorliegende Versteigerung nicht anwendbar. Es gelten daher die allgemeinen Grundsätze der §§ 145 ff.<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Im Folgenden sind alle Paragraphen ohne Bezeichnung solche des BGB.

<sup>2</sup> BGHZ 138, 339 (342).

<sup>3</sup> BGH, NJW 2005, 53 (54).

<sup>4</sup> BGH, NJW 2005, 53 (Leitsatz); BGHZ 149, 129.

## 2. Angebot des P durch Onlinestellen des U-Phones

Hierbei ist in drei Schritten vorzugehen: Erstens ist festzustellen, anhand welchen Maßstabs Erklärungen im Internet auszulegen sind. Zweitens ist anhand dieses Maßstabs zu klären, ob es sich bei dem Anbieten des U-Phones über die „e-Bucht“-Seite um eine Erklärung mit Rechtsbindungswillen oder um eine bloße *invitatio ad offerendum* handelt. Drittens ist zu fragen, ob es sich bei dieser Erklärung mit Rechtsbindungswillen um ein auflösend bedingtes Angebot oder um eine antizipierte Annahmeerklärung handelt.

### a) Bestimmung des Auslegungsmaßstab

Grundsätzlich sind Verkaufsanzeigen auf Internetseiten lediglich als *invitatio ad offerendum* zu qualifizieren<sup>5</sup>. Vorliegend könnte sich etwas anderes jedoch aus den inhaltlich nicht zu beanstandenden AGB von e-Bucht ergeben. Diese entfalten jedoch nur zwischen e-Bucht und P bzw. M unmittelbare Geltung. Im Verhältnis P-M ist keine der

Vertragsparteien Verwender der AGB. Der Anwendungsbereich der §§ 305 ff. somit nicht unmittelbar eröffnet ist. Inwieweit die AGB trotzdem zur Bestimmung des Vertragsinhalts herangezogen werden können ist umstritten.

aa) Die herrschende Meinung<sup>6</sup> vertritt insoweit die Auslegungslösung. Die Erklärungen von M und P werden danach im Lichte der AGB von „e-Bucht“ gem. §§ 133, 157 ausgelegt. Dies sei deshalb möglich, weil beide Vertragsparteien die AGB von e-Bucht beim Beitritt zur e-Bucht-Seite gelesen und akzeptiert hätten und somit der Erklärung der jeweils anderen Partei den in den AGB zugrunde gelegten Erklärungsinhalt beimessen würden.

bb) Eine andere Ansicht<sup>7</sup> geht einen Schritt weiter. Die AGB des Auktionsplattformbetreibers („e-Bucht“) sollen auch in das Verhältnis (Marktverhältnis) zwischen den Vertragsparteien M-P einbezogen werden. Wäre dies der Fall, so wäre das Onlinestellen des U-

<sup>5</sup> *Ulrici*, JuS 2000, 947 (948).

<sup>6</sup> *LG Münster*, Urteil vom 21. 01. 2000 – 4 O 424/99, MMR 2000, 280 ff.; *Ulrici*, JuS 2000, 947 (948); *OLG Hamm*, NJW 2001, 1142.

<sup>7</sup> *Burgard*, WM 2001, 2102.

Phones als rechtsverbindliches Angebot zu qualifizieren. Innerhalb dieser Ansicht ist umstritten, wie die Einbeziehung dogmatisch geschieht<sup>8</sup>.

cc) Stellungnahme: Gegen die Einbeziehungslösung spricht, dass deren dogmatische Konstruktion erhebliche Schwächen hat. So ist die Einbeziehung über den Vertrag zugunsten Dritter abzulehnen, da damit auch Bestimmungen zu Lasten Dritter in das Vertragsverhältnis zwischen M und P einbezogen würden. Die den Käufer begünstigende Klausel kann für den Verkäufer belastende Wirkung haben. Zudem ist die Rechtsfigur des Vertrags zugunsten Dritter nicht zielführend, da der Vertrag zugunsten Dritter lediglich einen Anspruch eines Dritten auf eine Leistung begründen soll, während die Einbeziehungslösungen eine umfängliche Ordnung der Rechten und Pflichten der

Auktionsteilnehmer anstreben<sup>9</sup>. Der andere Begründungsansatz, die Einbeziehung über die Konstruktion des Rahmenvertrags, (§ 305 III) würde voraussetzen, dass sich die Vertragsparteien (hier M und P) über die Geltung der AGB im Vorfeld (also vor der Auktion) verständigt haben. Eine solche Verständigung fand nicht statt. In den Abschluss des Benutzungsvertrages mit „e-Bucht“ einen entsprechenden Erklärungswillen hineinzulesen überschreitet die Grenzen der Auslegung. Dem gleichen Einwand sieht sich auch die Konstruktion der vorvertraglichen Rahmenvereinbarung ausgesetzt. Auch hier kann ein entsprechender Erklärungswille nicht festgestellt werden. Allein die Tatsache, dass es pragmatisch erscheint, eine Marktordnung über die Einbeziehung der AGB in das Verhältnis des Anbieters zum Bieter zu etablieren, genügt nicht, um die Grundsätze der privatautonom garantierten Vertragsfreiheit aufzuheben. Die Auslegungslösung führt ohne dogmatische Verwerfungen zu einem ähnlichen Er-

<sup>8</sup> E.A.: Benutzungsvertrag mit „e-Bucht“ stellt zugleich Abschluss eines Rahmenvertrags bzw. einer vorvertraglichen Vereinbarung dar, Rechtsgedanke des § 305 III BGB (*Ernst*, CR 2000, 304; *Burgard*, WM 2001, 2102 (2105); *Spindler*, ZIP 2001, 809 (812)); a.A.: Benutzungsvertrag mit „e-Bucht“ ist zugleich Vertrag zugunsten Dritter = zukünftiger Geschäftspartner (*Wiebe*, MMR 2000, 323 (325)).

<sup>9</sup> *Burgard*, WM 2001, 2102 (2105).

gebnis und lässt dabei Spielräume für die Berücksichtigung von Einzelfällen.

dd) Zwischenergebnis

Die AGB sind nicht Vertragsbestandteil im Verhältnis zwischen M und P geworden. Sie sind lediglich als Auslegungshilfe heranzuziehen.

**b) Erklärung mit Rechtsbindungswillen oder bloße „*invitatio ad offerendum*“**

Das Onlinestellen des U-Phones muss gem. §§ 133, 157 unter Zuhilfenahme der AGB ausgelegt werden. Als Argument für das Vorliegen einer bloßen *invitatio ad offerendum* wird grundsätzlich das Risiko, im Fall mehrerer Annahmeerklärungen Schadensersatzverpflichtungen ausgesetzt zu sein, angeführt. Vorliegend besteht dieses Risiko jedoch nicht, da bei einer Versteigerung der Vertrag nur mit dem Höchstbietenden zustande kommt<sup>10</sup>. Oft wird eingewandt, dass der Verkäufer sich im Falle eines rechtsverbindlichen Angebots seiner Auswahlmöglichkeit hinsichtlich der Person des Käufers begeben (z.B.

mangelnde Solvenz). Dieses Argument vermag jedoch im Fall von Internetgeschäften nicht zu überzeugen. Erstens gehört es zum Wesen derselben, dass ein persönlicher Kontakt zwischen den Vertragsparteien nicht stattfindet, es sich quasi um einen „anonymen“ Kauf handelt, und zweitens, dass der Verkäufer durch Treuhandeinrichtungen wie „paypal“ ausreichend gesichert wird. Soweit noch angeführt wird, dass im Falle eines Irrtums keine Korrektur mehr möglich sei, so lässt sich hierzu nur sagen, dass dafür das Institut der Anfechtung dem irrenden Verkäufer zur Verfügung steht. Dieses Ergebnis wird gestützt durch die AGB von „e-Bucht“, nach denen das Einstellen eines Artikels bereits als rechtsverbindliches Angebot anzusehen ist. P gibt mit dem Onlinestellen des U-Phones ein rechtsverbindliches Angebot „*ad incertam personam*“ ab.

**c) Auflösend bedingtes Angebot oder antizipierte Annahmeerklärung**

Zu klären bleibt, ob das Onlinestellen des U-Phones eine auflösend bedingtes

<sup>10</sup> So bereits *Ulrici*, JuS 2000, 947 (948).

Angebot oder eine antizipierte Annahmeerklärung ist.

aa) Eine Ansicht<sup>11</sup> sieht im Onlinestellen des U-Phones ein auflösend bedingtes Angebot. Die auflösende Bedingung ist dabei die Abgabe eines höheren Gebots. Das Angebot kann also von jedem Bieter angenommen werden, erlischt jedoch dann, wenn ein anderer Bieter ein höheres Gebot abgibt.

bb) Die Gegenansicht<sup>12</sup> sieht in dem Onlinestellen des U-Phones eine antizipiert erklärte Annahmeerklärung. Mit Onlinestellen, erklärt der Anbieter das höchste Gebot zum Ende des Auktionszeitraums anzunehmen. Problematisch ist hier, dass es sich bei einer Annahmeerklärung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, die dem beschränkt Geschäftsfähigen wirksam zugehen müsste. Dem könnte § 131 II entgegenstehen. Danach geht eine empfangsbedürftige Willenserklärung dem beschränkt Geschäftsfähigen nur dann sofort zu, wenn diese ihm ledig-

lich einen rechtlichen Vorteil i.S.d. § 107 verschafft oder die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter vorliegt. Da durch die Annahmeerklärung des P hier ein Kaufvertrag zustande kommen würde, ist diese für M nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, auch eine Einwilligung der gesetzlichen Vertreter ist hier nicht gegeben. Diese Ansicht gelangt somit zu dem Ergebnis, dass die antizipierte Annahmeerklärung dem M nicht zugegangen und der Vertrag somit schwebend unwirksam ist<sup>13</sup>.

cc) Stellungnahme: Für die erstgenannte Ansicht und gegen die zweite Ansicht spricht der Wortlaut der AGB von e-Bucht. Dagegen spricht scheinbar, dass im Zeitpunkt des Onlinestellens des U-Phones weder die Person des Käufers noch der Preis feststehen, es somit an den *essentialia negotii* fehlt. Das Angebot müsse jedoch so bestimmt sein, dass durch bloße Zustimmung des anderen Teils ein Vertrag zustande käme. Legte man diesen Maßstab an, so läge kein Angebot vor. Allerdings ist sowohl die Person des Käufers als auch

<sup>11</sup> *Rüfner*, JZ 2000, 715 (718).

<sup>12</sup> *Ulrici*, JuS 2000, 947 (950); *Hager*, JZ 2001, 786 (787f.).

<sup>13</sup> *Einsele*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 131 Rdnr. 6.

der Preis über den Mechanismus der Online-Auktion bestimmbar. Wie ein Vergleich mit den §§ 315 ff. zeigt, ist es durchaus möglich, den Inhalt eines Schuldverhältnisses durch nur eine Partei bestimmen zu lassen<sup>14</sup>. Dadurch, dass sich beide Vertragsparteien durch Zustimmung zu den AGB von e-Bucht bei der Registrierung diesen unterwerfen, ist eine Inhaltsbestimmung auch nicht unbillig, sondern folgt vielmehr den privatautonom akzeptierten Spielregeln der Internetauktion.

dd) Zwischenergebnis

Das Onlinestellen des U-Phones ist als auflösend bedingtes Angebot auszulegen. Dieses erweitert den Aktionsradius des M, so dass es auf dessen Minderjährigkeit insoweit nicht ankommt.

**d) Zwischenergebnis**

Mit Onlinestellen des U-Phones gab P ein rechtsverbindliches Angebot gem. § 145 ab.

**3. Annahmeerklärung des M durch Abgabe des höchsten Gebots**

**a) Vorliegen, Abgabe und Zugang der Willenserklärung**

Eine Willenserklärung sowie deren Abgabe und Zugang sind vorliegend durch Mausklick gegeben<sup>15</sup>.

**b) Beschränkte Geschäftsfähigkeit des M**

Problematisch ist, dass M zum Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung beschränkt geschäftsfähig war §§ 2, 106. Weder ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft (Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung ist nachteilig für M) noch die elterliche Einwilligung nach § 107 liegen vor.

Der Kauf könnte jedoch von § 110 gedeckt sein. Dazu müsste M den Kauf mit eigenen, ihm zu diesem Zweck überlassenen Mitteln bewirkt haben. M bewirkt zwar den Kauf mit eigenen Mitteln, jedoch stammen die 300 € nicht aus einer Überlassung der Eltern, sondern aus dem Loggewinn des M. Da M jedoch die Mittel für den Kauf des Loses

<sup>14</sup> Vgl. *Ulrici*, JuS 2000, 947 (949); *Rüfner*, JZ 2000, 715 (718).

<sup>15</sup> *Singer*, in: Staudinger, BGB, Vor §§ 116-144 Rn 57.

überlassen wurden stellt sich die Frage, ob hier möglicherweise die 300 € als Surrogat bei analoger Anwendung des § 110 wie überlassene Mittel zu behandeln sind. Allerdings war schon der Loskauf nicht vom Überlassungszweck gedeckt. M sollte sich jedoch von den 30 € ein Handy zum Vertrag dazukaufen. Die 30 € waren ihm also bereits nicht zur freien Verfügung überlassen. Wenn schon der Loskauf nicht über § 110 gültig werden kann, so setzt sich dieser rechtlich Mangel am Surrogat fort. Für die Anwendung des § 110 ist kein Raum. Dieser stellt keine Ausnahme zu § 107 dar, sondern lediglich eine allgemeine Einwilligung in Rechtsgeschäfte die der Minderjährige mit zur freien Verfügung überlassen Mittel bewirkt<sup>16</sup>. Der Kauf ist somit nicht durch § 110 gedeckt, der Kaufvertrag schwebend unwirksam.

Die Eltern könnten den Kaufvertrag jedoch gem. § 108 genehmigt haben. Eine ausdrückliche Genehmigung liegt nicht vor.

Anzudenken wäre zunächst, dass die Eltern nach so langer Zeit (1 Jahr 8 Monate) eine Genehmigung des Vertrags

nicht mehr verweigern können. Dies ist jedoch nicht der Fall, da der Vertragspartner ausreichend über § 108 II geschützt und der Schutz des Minderjährigen vorrangig ist.

Weiter käme eine konkludente Genehmigung durch die Eltern in Betracht. Eine solche würde voraussetzen, dass sich die gesetzlichen Vertreter der schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages bewusst sind oder zumindest mit ihr rechnen und ein Verhalten zeigen, dass als konkludente Genehmigung aufgefasst werden kann<sup>17</sup>. Zwar wollen die Eltern zunächst, dass M das „U-Phone“ beim Mobilfunkhändler reparieren lässt, allerdings wissen sie zu diesem Zeitpunkt noch nichts vom Geschäft mit P. Sie sind sich des Vertrages also nicht bewusst. Eine konkludente Genehmigung wäre allenfalls nach der Beichte des M möglich. Der Gang in den „Peach“-Fachhandel stellt eine solche jedoch nicht dar. Die Eltern sind sich jetzt des Vertrages mit P bewusst, zeigen aber kein Verhalten, welches auf eine konkludente Genehmigung schlie-

<sup>16</sup> RGZ, 74, 234 (235).

<sup>17</sup> Schmitt, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 108 Rdnr. 10; BGHZ 2, 150 (153).

ßen lässt. Insbesondere ist eine sofortige Zurückweisung des Rechtsgeschäfts mit P durch die Eltern vom Gesetz nicht verlangt<sup>18</sup>. Auch dient der Gang in den Fachhandel nicht der Reparatur. Der Gang dient lediglich der Beschaffung von Informationen über die Art des Defekts. Anzeichen für einen Rechtsbindungswillen, welchen die konkludente Genehmigung erfordert, sind im Sachverhalt nicht angelegt. Im Gegenteil weisen die Eltern im Schreiben an P sogar ausdrücklich darauf hin, dass eine Erlaubnis/Genehmigung nicht vorgelegen habe. Auf das Schreiben an P als konkludente Genehmigung kann daher ebenfalls nicht abgestellt werden. Mit endgültiger Verweigerung der Genehmigung, das im konkludenten Herausgabeverlangen zu sehen ist, tritt Unwirksamkeit des Vertrages ein.

#### **4. Zwischenergebnis**

Zwischen M und P ist kein wirksamer Kaufvertrag gegeben.

## **II. Ergebnis**

M hat keinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen P aus §§ 346 I, 437 Nr. 2, 434 I.

### **B. Anspruch M gegen P aus §§ 311 II, 241 II, 280 I**

#### **I. Schuldverhältnis nach § 311 II**

##### **1. Schuldverhältnis gem. § 311 Nr. 1**

Ein Schuldverhältnis gem. § 311 II Nr. 1 setzt die Aufnahme von Vertragsverhandlungen zwischen M und P voraus. Dabei handelt es sich um einen tatsächlichen Vorgang, also nicht notwendig bereits um die Abgabe von Willenserklärungen. Insbesondere erfasst werden bloße Vorgespräche zum Vertragsabschluss. Es muss sich aber immer um „Verhandlungen“, also um einen zweiseitigen Vorgang handeln<sup>19</sup>. Vorliegend wurden lediglich einseitig Willenserklärungen abgegeben, ohne dass Gespräche zum Vertragsschluss stattgefunden haben. Ein Schuldverhältnis nach § 311 II Nr.1 liegt somit nicht vor.

<sup>18</sup> Den Eltern wird, sogar im Fall der Aufforderung, der hier nicht vorliegt, eine Überlegungsfrist von 2 Wochen eingeräumt, § 108 II 2.

<sup>19</sup> *Emmerich*, in: Münchener Kommentar BGB, § 311 Rdnr. 70.

## 2. Schuldverhältnis gem. § 311 Nr. 2

Ein Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 2 setzt die Anbahnung eines Vertrags voraus. Dies ist bereits mit der Eröffnung eines Verkehrs zur Ermöglichung rechtsgeschäftlicher Kontakte gegeben<sup>20</sup>. Für die Annahme einer Vertragsanbahnung genügt die Unterbreitung des Antrags auf Abschluss eines Vertrags nach § 145, vorausgesetzt, dass damit Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechts- und Interessenssphäre des anderen Teils verbunden sind. Dies kann hier bejaht werden, da M durch die Abgabe seines (Höchst-) Gebots bereits auf die Interessen des P einwirkt. Er verdrängt durch die Abgabe eines höheren Gebots den bis dahin Höchstbietenden und verhindert so eine vertragliche Bindung des P an diesen.

## II. Pflichtverletzung

Die Pflichtverletzung des P ist im Anbieten eines bereits reparierten Gerätes als „fabrikneu“ zu sehen.

## III. Vertretenmüssen des P

Der Schuldner hat nach § 276 I Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Das Vertretenmüssen wird nach § 280 I 2 widerleglich zugunsten des Gläubigers (M) vermutet.

Fraglich ist jedoch, ob P die Vermutung des § 280 I 2 widerlegen kann. Zu prüfen ist somit, ob P fahrlässig oder gar vorsätzlich handelte.

Vorsätzlich handelt, wer die Pflichtverletzung mit Wissen und Wollen begeht. P wusste nichts von der zuvor ausgeführten Reparatur. Vorsatz scheidet somit aus.

P handelt jedoch möglicherweise fahrlässig. Fahrlässig handelt nach § 276 II, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Hier hat P das „U-Phone“ fachmännisch und ordnungsgemäß überprüft und damit seiner Sorgfaltspflicht genüge getan. P handelte somit nicht fahrlässig gem. § 276 II. P hat die Pflichtverletzung somit nicht zu vertreten.

---

<sup>20</sup> *Emmerich*, in: Münchner Kommentar BGB, § 311 Rdnr. 72; *BT-Drucks.* 14/6040 Seite 163.

#### **IV. Konkurrenz zum Sachmängel- gewährleistungsrecht**

Das Sachmängelgewährleistungsrecht §§ 434 ff. ist vorliegend mangels wirksamen Kaufvertrags nicht anwendbar. Auf den Streit um die Abgrenzung der Anwendungsbereiche kommt es insofern nicht an<sup>21</sup>.

#### **IV. Ergebnis**

M hat keinen Anspruch gegen P auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. §§ 311 II, 280 I.

#### **C. Anspruch des M gegen P aus § 985**

M müsste noch Eigentümer der Geldscheine und P deren unberechtigter Besitzer sein (Vindikationslage).

#### **I. Eigentumslage**

##### **1. Ursprünglicher Eigentümer**

Ursprünglich war die Lottogesellschaft Eigentümerin der Geldscheine. Diese könnte ihr Eigentum jedoch nach § 929 S. 1 an M verloren haben. Voraussetzung hierfür wäre eine wirksame Einigung

sowie die Übergabe der Scheine an M und die Berechtigung hierzu.

##### **a) Wirksame Einigung**

M hat sich mit dem Vertreter der Lottogesellschaft (hier: Losverkäufer) über den Übergang des Eigentums geeinigt. Die Einigung ist dabei für M lediglich rechtlich vorteilhaft i.S.v. § 107. Weder geht er eine Verpflichtung ein, noch begibt er sich eines Rechts. Dem steht die Erfüllungswirkung des § 362 nicht entgegen, da nach herrschender Meinung bei Übereignung an den Minderjährigen die Erfüllungswirkung ausbleibt, weil der Minderjährige nach dem Rechtsgedanken des § 131 II für die Erfüllung nicht empfangszuständig ist<sup>22</sup>. Stattdessen erhält M ein Recht: das Eigentum an den Geldscheinen.

##### **b) Übergabe und Berechtigung**

Die Scheine wurden M vom berechtigten Eigentümer (Lottogesellschaft, wirksam vertreten durch Losverkäufer) übergeben.

<sup>21</sup> *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 311 Rdnr. 138ff.; *BGH*, NJW 2009, 2120 (2121) (m.w.N.).

<sup>22</sup> *Schmitt*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 107 Rdnr. 43 (m.w.N.).

**c) Zwischenergebnis**

M hat Eigentum an den Scheinen erlangt.

**2. Verlust des Eigentums an P**

M könnte das Eigentum durch Rechtsgeschäft nach § 929 S. 1 oder durch Gesetz (§§ 946ff.) an P verloren haben.

**a) Verlust durch Rechtsgeschäft**

§ 929 S. 1 setzt voraus, dass sich beide Parteien über den Eigentumsübergang einig sind, die Sache übergeben wird und die übergebende Partei berechtigt ist. M und P waren sich zwar darüber einig, dass das Eigentum an den Geldscheinen auf P übergehen sollte, jedoch ist M nur beschränkt geschäftsfähig. Weder liegt ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft vor (M verlöre das Eigentum an den Geldscheinen), noch ist eine Einwilligung nach § 107 oder eine Deckung des Geschäfts durch § 110 gegeben. Die Einigung ist somit nach § 108 I BGB zunächst schwebend unwirksam. Nachdem die Eltern des M die Genehmigung verweigern (s.o.), ist auch das dingliche Rechtsgeschäft endgültig unwirksam. Damit liegt keine wirksame Einigung vor. M hat das Ei-

gentum an den Geldscheinen nicht nach § 929 S. 1 an P verloren.

**b) Verlust durch Gesetz**

M könnte das Eigentum an den Geldscheinen nach §§ 947, 948 durch Vermischung der Geldscheine mit dem übrigen Geld im Sparschwein verloren haben. Voraussetzung hierfür wäre, dass bewegliche Sachen untrennbar miteinander vermischt oder vermengt werden und eine Sache als Hauptsache anzusehen ist, §§ 948 I, 947 II.

aa) Nach allgemeiner Meinung ist § 948 auch auf die Vermengung von Geld anwendbar<sup>23</sup>. Fraglich ist jedoch, ob der Besitzer der Geldscheine nur Mit- oder Alleineigentum erwirbt.

aaa) Eine verbreitete Ansicht<sup>24</sup> nimmt ein Alleineigentum des (neuen) Besitzers an und gewährt demjenigen, der sein Eigentum verloren hat, einen Ausgleichsanspruch nach § 951 I 1. Voraussetzung hierfür sei zunächst ein quanti-

<sup>23</sup> *Wiegand*, in: Staudinger, BGB, § 948 Rn 9; *Füller*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 948 Rdnr. 7.

<sup>24</sup> *Medicus*, JuS 1983, 897 (899); *Kindl*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 948, Rdnr 7; *Henssler*, in: Soergel, BGB, § 948 Rdnr. 6.

tatives Übergewicht, womit schließlich § 947 II zur Anwendung komme, also die größere Geldmenge als „Hauptsache“ anzusehen sei und somit der alleinige Eigentumserwerb vollzogen werde.

bbb) Eine andere Ansicht<sup>25</sup> geht davon aus, dass mit der Geldvermischung der neue Besitzer nur Miteigentum erwirbt. Damit werde lediglich die Grundsatzregelung des § 947 I aufrechterhalten und nicht auf die Ausnahmeregelung des § 947 II zurückgegriffen.

ccc) Stellungnahme: Gegen die erste Ansicht spricht, dass bei gleichartigen Sachen unklar ist, wann ein „quantitatives Übergewicht“ besteht<sup>26</sup>. Starre Zahlen eignen sich hierfür ebenso wenig wie eine prozentuale Bestimmung<sup>27</sup>. Bei der Geldvermischung besteht keine Notwendigkeit, eine Ausnahme von § 947 I zu machen<sup>28</sup>. Der (neue) Besitzer erhält einen Ausgleichsanspruch nach §§ 947 I, 741ff. Der Einwand, diese Lö-

sung sei, insbesondere bei wechselnden Kassenbeständen, unpraktikabel<sup>29</sup>, überzeugt nicht. Vielmehr hat jeder Miteigentümer ein einseitiges Teilungsrecht<sup>30</sup>. Dieses Ergebnis lässt sich auch durch den Rechtsgedanken des § 469 III HGB stützen, wonach der Anteil ausgeliefert werden darf, ohne dass es der Genehmigung der anderen Bruchteilseigentümer bedarf<sup>31</sup>. Der letztgenannten Ansicht ist zu folgen. Der (neue) Besitzer erwirbt lediglich Miteigentum an den Geldscheinen.

bb) Zwischenergebnis

P hat somit nur Miteigentum an den Geldscheinen erworben.

c) **Zwischenergebnis**

M hat sein Alleineigentum verloren.

### 3. Geldwertvindikation

M hat gegen den Miteigentümer P keinen Anspruch auf Herausgabe der Geldscheine mehr. Dies würde Alleineigentum voraussetzen. Fraglich ist aber,

<sup>25</sup> *Füller*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 948 Rdnr. 7; *Wiegand*, in: Staudinger, BGB, § 948 Rn 9.

<sup>26</sup> *Füller*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 948 Rdnr. 7.

<sup>27</sup> Vgl. Beispiel bei *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 53 Rdnr. 11.

<sup>28</sup> *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 53 Rdnr. 11.

<sup>29</sup> *Paefgen*, JuS 1992, 192 (194f.).

<sup>30</sup> H.M.: *Füller*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 948 Rdnr. 7; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, § 52 Rdnr. 18 (m.w.N.).

<sup>31</sup> *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, § 52 Rdnr. 18.

ob M von P anstatt der Herausgabe der Geldscheine deren Wert ersetzt verlangen kann<sup>32</sup>. Dafür spricht, dass es gerade bei Geldscheinen nicht auf die Sache selbst, sondern viel mehr auf den in ihnen verkörperten Wert ankommt. Andererseits wird gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, ein tragendes Element des Sachenrechts, verstoßen<sup>33</sup>. Zudem würde damit Bargeld gegenüber Buchgeld insbesondere in der Insolvenz privilegiert, da der Gläubiger ein Aussonderungsrecht hätte und nicht auf die Quote reduziert würde<sup>34</sup>. Darüber hinaus würde der Geld- gegenüber dem Sacheigentümer bevorzugt<sup>35</sup>. Die Geldwertvindikation ist daher abzulehnen.

## II. Ergebnis

M hat keinen Anspruch auf Herausgabe der Geldscheine gem. § 985 gegen P.

### D. Anspruch M gegen P aus §§ 741, 749 I, 752

Durch die Begründung von Miteigentum wird eine Bruchteilsgemeinschaft begründet<sup>36</sup>. Deren Vermögen, der Geldbestand im Sparschwein des P, ist natürlich teilbar. M kann von P Ersatz der 300 € aus §§ 741, 749 Abs. 1, 752 verlangen.

### E. Anspruch M gegen P aus § 812 I 1 Alt.1

P müsste von M etwas durch Leistung rechtsgrundlos erlangt haben. P hat sowohl Miteigentum als auch unmittelbaren Alleinbesitz erlangt. Fraglich ist, was P hier „durch Leistung“ erlangte. Leistung ist die bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Das Miteigentum erwirbt P kraft Gesetzes (s.o.). Es ist bereicherungsrechtlich daher unbeachtlich. M hat aber den Besitz an P geleistet. M wollte einen vermeintlich bestehenden Kaufvertrag erfüllen, indem er bewusst und zweckgerichtet Ps Vermögen mehrte. Da der Kaufvertrag unwirksam ist, besteht auch kein

<sup>32</sup> *Simitis*, AcP 159 (1960), 406 (462).

<sup>33</sup> *Füller*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 948 Rdnr. 7.

<sup>34</sup> *Baldus*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 985 Rdnr. 27.

<sup>35</sup> *Bassenge*, in: Palandt, BGB, § 985 Rdnr. 8.

<sup>36</sup> *Schmidt*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 741 Rdnr. 11.

Rechtsgrund. Jedoch ist möglich, dass P die Geldscheine aufgrund der Vermengung nicht mehr herausgeben kann (Fall des § 275 I). Dies lässt sich nicht abschließend klären, kann aber dahinstehen, da jedenfalls § 818 II Wertersatz anstelle der Herausgabe vorsieht. Im Ergebnis hat M einen Anspruch gegen P auf Leistung von Wertersatz für drei 100 €-Scheine aus §§ 812 I 1 Alt.1, 818 II.

## Aufgabe 2

### A. Ansprüche M gegen P

#### I. Schadensersatz aus §§ 311 II, 280 I, 241 II

Hierfür müsste ein vorvertragliches Schuldverhältnis existieren und P schuldhaft gegen die sich hieraus ergebenden Pflichten verstoßen haben.

Ein Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 2 liegt hier vor (s.o.). Indem P dem M nicht mitteilte, dass das U-Phone nicht fabrikneu, sondern bereits einmal repariert worden war, hat er eine vorvertragliche Pflicht verletzt. P hat diese Pflichtverletzung aber nicht zu vertreten (s.o.).

### II. Ergebnis

Es besteht kein Schadensersatzanspruch des M gegen P aus §§ 311 II Nr. 2, 280 I, 241 II.

### B. Ansprüche P gegen M

#### I. Schadensersatz aus § 122 in Höhe von 290 €

Dies setzt zunächst eine wirksame Anfechtung gem. §§ 119ff. seitens des M voraus.

##### 1. Zulässigkeit der Anfechtung

Vorliegend könnte eine Konkurrenz zwischen Anfechtung und Sachmängelrechten gegeben sein. Letztere setzen zu ihrer Entstehung einen wirksamen Kaufvertrag voraus. An diesem fehlt es jedoch (s. Fallfrage 1). Eine Konkurrenz zwischen Anfechtung und Sachmängelgewährleistungsrechten liegt nicht vor<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Zum Vorrang des Sachmängelgewährleistungsrechts vor der Irrtumsanfechtung gem. § 119 II BGB vgl. *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 437 Rdnr. 53ff., *Pammler*, in: jurisPK-BGB, §437 Rdnr. 53 ff.; *Dörner*, in: Handkommentar zum BGB, § 119 Rn 2; a.A. *Faust*, in: Bamberger/Roth, BGB, §437 Rn 182.

Der Zulässigkeit der Anfechtung könnte die Nichtigkeit des Vertrags entgegenstehen. Allerdings ist anerkannt, dass auch ein nichtiges Rechtsgeschäft noch einmal angefochten werden kann (Kipp'sche Lehre von der Doppelnichtigkeit)<sup>38</sup>. Die Anfechtung ist somit zulässig.

## 2. Anfechtungsgrund

Zunächst käme eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 in Betracht. Eine solche scheidet aber mangels Arglist des P. Laut Sachverhalt war ihm die alte Reparatur des U-Phones nicht bekannt.

Es kommt somit nur eine Irrtumsanfechtung nach § 119 II in Betracht. Hierzu müsste sich M über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des U-Phones geirrt haben. Verkehrswesentliche Eigenschaften sind natürliche Merkmale, die infolge ihrer Beschaffenheit und Dauer nach der Verkehrsanschauung für die Wertschätzung von Bedeutung sind<sup>39</sup>. Ob das U-Phone „fabrikneu“ oder „gebraucht“ ist, hat erheblichen

Einfluss auf den Marktwert des U-Phones. Die Eigenschaft der „Fabrikneuheit“ stellt somit eine verkehrswesentliche Eigenschaft dar.

M müsste sich darüber auch geirrt haben. Dies bedeutet, dass bei M Vorstellung und Wirklichkeit unbewusst auseinanderfielen. M hatte aufgrund des Internetangebots die Vorstellung entwickelt, dass es sich um ein „fabrikneues“ Gerät handele. Dies war nicht der Fall. Somit liegt bei M ein Irrtum und demzufolge ein Anfechtungsgrund i. S. d. § 119 II vor.

## 3. Anfechtungserklärung gem. § 143 I

### a) Maßstab für die Auslegung

M selbst hat gar keine Erklärung abgegeben. Allerdings könnten die Eltern für M eine Anfechtungserklärung abgegeben haben. Die Eltern des M sind gem. §§ 1626 I, 1629 zur Ausübung der Vermögenssorge für M gemeinschaftlich vertretungsberechtigt. Fraglich ist, ob in dem Schreiben der Eltern des M an P eine Anfechtungserklärung zu sehen ist. Dies bestimmt sich durch Auslegung des elterlichen Schreibens gem. §§ 133, 157. Maßgeblich ist, ob der ob-

<sup>38</sup> Kipp, in: FS Martitz, 1911, S. 211 ff.

<sup>39</sup> BGHZ 34, 41; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, Rdnr. 417 ff; Kramer, in: Münchener Kommentar BGB, § 119 Rdnr. 128 m.w.N.

jektive Erklärungswert des Schreibens ergibt, dass die Willenserklärung des Anfechtungsberechtigten M nicht mehr gelten soll. Das Wort „anfechten“ muss dabei nicht verwendet werden<sup>40</sup>. Umstritten ist, ob aus der Anfechtungserklärung heraus erkenntlich sein muss, dass das Rechtsgeschäft von Anfang an nichtig sein soll.

aa) Eine Ansicht<sup>41</sup> verlangt dies mit dem Argument, dass ansonsten eine Abgrenzung zwischen Anfechtung und Rücktritt nicht möglich sei. Im Fall wäre somit keine Anfechtungserklärung gegeben, da sich dem Schreiben nicht entnehmen lässt, ab welchem Zeitpunkt das Geschäft nicht mehr gelten soll.

bb) Die Gegenansicht<sup>42</sup> hält dies nicht für erforderlich, da auch bei sonstigen Erklärungen nach deren *objektivem* Erklärungswert ausgelegt werde, ohne dass rechtliche Fachtermini verwendet werden müssten. Im Fall wäre eine An-

fechtungserklärung gegeben, da bei entsprechender Auslegung des Schreibens der Wille das Geschäft als nichtig zu behandeln klar zum Ausdruck kommt.

cc) Die vermittelnde Ansicht<sup>43</sup> geht schließlich davon aus, dass nur dann erkenntlich sein müsse, dass das Rechtsgeschäft von Anfang an nichtig sein soll, wenn eine Konkurrenzsituation zwischen Anfechtung und Rücktritt vorläge. Da im Fall mangels wirksamen Kaufvertrags (s.o. Fallfrage 1) keine Konkurrenzsituation zum Rücktritt vorliegen kann kommt auch diese Ansicht zu einer wirksamen Anfechtungserklärung.

dd) Stellungnahme: Für die zuletzt genannten Ansichten spricht, dass es einem juristischen Laien kaum zuzumuten sein dürfte, den Unterschied in den Rechtswirkungen zwischen Anfechtung und Rücktritt zu erkennen. Die zuerst genannte Ansicht würde an die entsprechenden Erklärungen hohe formale Anforderungen stellen und nicht nur

<sup>40</sup> *OLG Hamm*, NJW 2004, 2601; *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 143 BGB Rdnr. 2; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, Rdnr. 433.

<sup>41</sup> *RG*, JW 1936, 2065; *BGHZ* 91, 324 (331); *Jauernig* in: *Jauernig*, BGB, § 143 Rdnr. 2.

<sup>42</sup> *Flume* AT II § 31, 2; *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 143 Rdnr. 3.

<sup>43</sup> *Larenz/Wolf* AT § 44 Rdnr. 35; *Palm*, in: *Erman*, BGB, § 143 BGB Rdnr. 1.

den wirklichen, sondern ggf. auch den objektiven Willen der Parteien außer Acht lassen. Um sicher zu gehen, müsste in jedes Schreiben eine Erklärung des Inhalts aufgenommen werden, dass das Rechtsgeschäft „als nichtig hilfsweise von Anfang an als nichtig“ angesehen werde. Zwischen den zuletzt genannten Ansichten erscheint die unter b) erörterte vorzugswürdiger, da die vermittelnde Ansicht letztlich immer dann, wenn es darauf ankommt, die gleichen Probleme birgt wie die unter a) beschriebene Ansicht.

#### **b) Auslegung nach §§ 133, 157**

Fraglich ist jedoch, ob eine Auslegung dahingehend hier überhaupt möglich ist. Vorliegend führt die vermeintlich für den Laien günstige Auslegung des Schreibens dazu, dass ihm nur Nachteile (Schadensersatzanspruch des Anfechtungsgegners) und keine Vorteile aus der Anfechtung entstehen. Zu berücksichtigen ist, dass es sich bei M um einen Minderjährigen handelt und dies von P beim persönlichen Treffen auch hätte erkannt werden können. Zudem ist M als Minderjähriger in erhöhtem

Maße schutzwürdig. Andererseits ist das Ergebnis, dass M möglicherweise über § 122 haftet, nicht in unerträglichem Maße ungerecht. Schließlich hatte M für den Zeitraum von 1 Jahr und 8 Monaten ein U-Phone zur Verfügung. Hinzukommt, dass M wusste, dass ihm der Kauf des U-Phones von seinen Eltern nicht erlaubt worden war. Aus diesen Gründen erscheint es nicht unbillig, das Schreiben der Eltern als Anfechtungserklärung auszulegen. Das Schreiben der Eltern des M ist daher als Anfechtungserklärung gem. § 143 I auszulegen.

#### **4. Anfechtungsfrist**

Die Anfechtungsfrist nach § 121 ist eingehalten. Die Eltern haben unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern nach Kenntnis vom Anfechtungsgrund angefochten.

#### **5. Schaden**

Fraglich ist, ob und in welcher Höhe ein Schaden bei P entstanden ist. Schaden ist zunächst jede Vermögenseinbuße<sup>44</sup>. Über § 122 wird jedoch nur der Vertrau-

<sup>44</sup> *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Vor § 249 Rdnr. 9.

ennesschaden ersetzt. Der Empfänger der Anfechtungserklärung ist so zu stellen, als hätte er nie von der angefochtenen Willenserklärung gehört bzw. als hätte er ihre Anfechtbarkeit gekannt<sup>45</sup>. Hätte P um die Anfechtbarkeit der Willenserklärung des M gewusst bzw. hätte er nie von ihr gehört, so wäre ein Vertrag zu dem zweithöchsten Gebot zustande gekommen. Der dem P entgangene Gewinn ist also dem *Grunde* nach ersatzfähig.

Die *Höhe* eines Vermögensschadens bestimmt sich nach der Differenzhypothese. Danach ist die Vermögenslage ohne das schädigende Ereignis (hypothetischer Zustand) mit dem tatsächlich gegebenen Zustand zu vergleichen<sup>46</sup>. Im Fall ist das schädigende Ereignis die Gebotsabgabe durch M. Denkt man sich dieses hinweg, so wäre das Vermögen des P um 290 € durch den Anspruch gegen den nächsthöheren Bieter gemehrt. Tatsächlich ist das Vermögen des P, da er die von M eingenommenen 300 € wieder an M auskehren muss, auf

dem gleichen Stand wie vor der Internetauktion. Somit liegt ein Vermögensschaden in Höhe von 290 € vor.

Die 290 € sind auch ersatzfähig. Zwar ist der Vertrauensschaden durch das positive Interesse begrenzt<sup>47</sup>, dieses beläuft sich vorliegend jedoch auf 300 €. P hat also einen ersatzfähigen Schaden in Höhe von 290 €.

## 6. Ergebnis

P hat einen Schadensersatzanspruch gegen M aus § 122 in Höhe von 290 €.

## II. Schadensersatz aus §§ 311 II, 280 I

Bestünde dieser Anspruch, hätte dies zur Folge, dass der vom Gesetzgeber intendierte Schutz des Minderjährigen unterlaufen würde. Die ganz herrschende Meinung lehnt dies deshalb zu Recht ab<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, Rdnr. 447.

<sup>48</sup> hM: Canaris, NJW 1964, 1987 (1988); Emmerich, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 311 Rdnr. 90 m.w.N.; a.A. Krebs, in: Anwaltskommentar BGB, § 311 Rdnr. 54. Falls der anderen Ansicht gefolgt wird, ist das Verhältnis von c.i.c. und § 122 zu prüfen. Siehe hierzu: Hefermehl, in: Soergel, BGB, § 122 Rdnr. 7; Enneccerus/Nipperdey, § 171 II 4; Kramer, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 122 Rdnr. 6; Larenz/Wolf BGB AT, § 36 Rdnr. 121; Ellenberger, in: Palandt, BGB, § 122 Rdnr. 6.

<sup>45</sup> Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, Rdnr. 783 f..

<sup>46</sup> Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 249 Rdnr. 18; Teichmann, in: Jauernig, BGB, Vor §§ 249 – 253 Rdnr. 5.

### Aufgabe 3

#### I. Kündigung des Vertrages mit der T-AG

Fraglich ist, ob der Vertrag mit der T-AG gekündigt werden kann. Dagegen könnte sprechen, dass in den AGB der T-AG eine Kündigungsfrist von 6 Monaten vorgesehen ist.

##### 1. Wirksame Einbeziehung der AGB

Da die Eltern mit dem Abschluss eines Mobilfunkvertrags einverstanden waren, kommt es nicht darauf an, ob die AGB für M lediglich rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 107 sind. Ob die AGB wirksam einbezogen sind, richtet sich daher zunächst nach § 305 II. Hierfür müsste die T-AG als Verwenderin den M als andere Vertragspartei ausdrücklich auf die AGB hingewiesen haben und M seinerseits müsste die Möglichkeit gehabt haben, in zumutbarer Weise von deren Inhalt Kenntnis zu erlangen.

Dem M wurden die AGB in gedruckter Form übergeben. Fraglich ist, ob die T-AG hiermit schon ihrer Hinweispflicht nach § 305 II Nr. 1 nachgekommen ist. Der Wortlaut der Norm spricht hier gegen eine wirksame Einbeziehung, da

der M gerade nicht ausdrücklich auf die AGB hingewiesen wurde.

Jedoch soll § 305 II Nr. 1 den Vertragspartner vor dem missbräuchlichen Einbeziehen von Regelungen schützen, die der Vertragspartner nicht kannte und deren Folgen er auch nicht absehen konnte. Diese Vorschrift ist jedoch auf Formularverträge, bei denen die AGB in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen sind, nicht anwendbar<sup>49</sup>. M hatte zudem die Möglichkeit, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen<sup>50</sup>. Die AGB der T-AG sind somit wirksam einbezogen.

##### 2. Inhaltskontrolle nach §§ 307 – 309

Die Inhaltskontrolle von AGB bestimmen sich nach §§ 307 – 309, wobei stets mit § 309 zu beginnen ist, da hier die Klauseln ohne Wertungsmöglichkeit, welche stets unwirksam sind, geregelt sind.

Die Kündigungsfrist darf nach § 309 Nr. 9 c) nicht mehr als 3 Monate zum Ver-

<sup>49</sup> Basedow, in: Münchener Kommentar zum BGB, §305 Rdnr. 55.

<sup>50</sup> Auf die Kenntnisnahme der gesetzlichen Vertreter kommt es nicht an, da sie M die Einwilligung zum Abschluss eines Mobilfunkvertrags erteilt haben. Damit ist auch die „Einwilligung“ in die AGB umfasst.

tragsende betragen. Im vorliegenden Fall ist die Kündigungsfrist doppelt so lang bemessen. Die AGB der T-AG halten einer Inhaltskontrolle somit nicht stand.

### 3. Rechtsfolge

Nach § 306 I bleibt der Vertrag im Übrigen grundsätzlich wirksam.

Fraglich ist jedoch, ob das in den unwirksamen Klauseln Geregelte auf das reduziert wird, was nach geltendem Recht gerade noch zulässig ist (geltungserhaltende Reduktion)<sup>51</sup>.

Diese Ansicht wird jedoch zu Recht von der Rechtsprechung<sup>52</sup> und der herrschenden Lehre<sup>53</sup> abgelehnt, da der Verwender der AGB sonst geradezu dazu eingeladen würde, (offensichtlich) unwirksame Klauseln aufzunehmen. Schlimmstenfalls drohe durch das Gericht lediglich die Reduktion auf das gerade noch Zulässige.

Die Klausel wäre daher grundsätzlich als Ganzes unwirksam. Dies gilt jedoch

nicht, wenn eine Klausel sprachlich teilbar und der unwirksame Teil der Klausel "mit einem blauen Stift" gestrichen (blue-pencil-test) und die restliche Regelung, wenn sie verständlich und wirksam ist, aufrechterhalten werden kann<sup>54</sup>.

Im vorliegenden Fall kann man den Teil bezüglich der Kündigungsfrist wegstreichen. Übrig bleibt dann der Teil der Klausel, wonach sich der Vertrag automatisch um 12 Monate verlängert, was nach § 309 Nr.9 a) noch zulässig ist. Die in den AGB niedergelegte Kündigungsfrist ist somit unwirksam.

### 4. Kündigung

Der Vertrag verlängert sich somit um 12 Monate, sofern er nicht gekündigt wird. Fraglich ist, ob eine solche Kündigung fristgerecht und somit wirksam erfolgt ist.

#### a) Kündigungserklärung

Im Schreiben der Eltern des M an die T-AG ist die Kündigungserklärung zu sehen.

<sup>51</sup> Dazu *Basedow*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 306 Rdnr. 12f.; *Stadler*, in: Jauernig, BGB, § 306 Rdnr. 3, 5.

<sup>52</sup> *BGHZ* 84, 109 (115ff.); *BGH*, NJW 2005, 1275 (1277) m.w.N.

<sup>53</sup> *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 306 Rdnr. 6 m.w.N.

<sup>54</sup> *BAG*, DB 2009, 1601.

### **b) Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag**

Für die Frage, ob die Kündigung fristgemäß erklärt wurde, ist zunächst zu klären, nach welchen Vorschriften sich die Kündigungsfrist bemisst. Dies hängt davon ab, wie der Mobilfunkvertrag rechtstechnisch einzuordnen ist. In Betracht kommt eine Einordnung als Dienst- oder Werkvertrag.

Beim Werkvertrag nach § 631 ist ein Erfolg geschuldet, beim Dienstvertrag gemäß § 611 ist nur die Erbringung von Dienstleistungen geschuldet. Der vertragliche Erfolg ist nicht geschuldet. Bei genauer Betrachtung enthält der Mobilfunkvertrag sowohl Elemente des Dienst- (Dauerschuldverhältnis) als auch des Werkvertrags (Erreichbarkeit, Zugang zum Netz etc.). Es handelt sich also um einen typengemischten Vertrag. Die anwendbaren Vorschriften bestimmen sich nach dem Schwerpunkt der zu erbringenden Leistungen<sup>55</sup>. Da hier das dienstvertragliche Element (Dauerschuldverhältnischarakter) be-

troffen ist, sind die Vorschriften des Dienstvertragsrechts anwendbar.

Gem. §§ 620, 621 Nr. 3 ist die Kündigung zum 15. des Monats jeweils mit Wirkung zum Monatsende zu erklären. Vorliegend ist die Kündigung am 10. 09. 2010 erklärt worden und wirkt damit zum Monatsende.

### **5. Zwischenergebnis**

Die Kündigung ist somit wirksam.

## **II. Ergebnis**

Der Vertrag mit der T-AG ist zum 30.09.2010 wirksam gekündigt worden<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Überbl. § 311 Rdnr. 26; *BGH*, MMR 2005, 373 (374).

<sup>56</sup> Die a.A. war hier sehr gut vertretbar, da der Sachverhalt bezüglich des Vertrages nicht ganz eindeutig ist. Man konnte diesen auch so verstehen, dass ein Vertrag mit einer Dauer von 2 Jahre geschlossen wurde (da dies an anderer Stelle im Sachverhalt erwähnt worden war), womit eine Befristung i.S.v. § 620 I vorliegt und eine vorzeitige Kündigung somit nicht möglich ist. Dann wäre die Kündigung zum 07.01.2011 wirksam.

Rechtsanwalt Dr. Christian F. Majer\*

## Examensklausurenkurs Zivilrecht: Ötzi - Die Gletschermumie vom Hauslabjoch

### Sachverhalt\* 1:

Wanderer P erblickt bei einer seiner Wanderungen in den Ötztaler Alpen auf dem Gebiet der rechtsfähigen autonomen Provinz Südtirol (S), welche zum Staat Italien gehört, eine Gletscher-Mumie, d.h. einen durch die Kälte konservierten Leichnam. Er meldet die Entdeckung am Abend auf der Hütte und plant für den nächsten Tag eine Bergungsaktion. Kurz nachdem P die Mumie erblickt hat, sieht der Wanderer W unabhängig von P ebenfalls die Mumie. Er beauftragt sofort Unternehmer U mit der Bergung der Mumie und informiert die zuständigen Behörden der

Provinz Südtirol. U lässt die Mumie einige Stunden später nach Bozen (Bozano), der Landeshauptstadt Südtirols abtransportieren, wo sie den Behörden der Provinz Südtirol übergeben und wissenschaftlich untersucht wird. Es stellt sich heraus, dass es sich um den Leichnam eines vor über 5000 Jahren gestorbenen Mannes handelt. Die Mumie war lange Zeit im Gletscher eingeschlossen und wegen des Abschmelzens des Gletschers freigelegt worden. Das Interesse weltweit ist enorm, die Provinz Südtirol stellt die Mumie in einem Museum aus. W erhält von der Provinz Südtirol einen Geldbetrag zur Belohnung und überlässt ihr seine Rechte an der Mumie.

P ist der Ansicht, ihm gebühre ebenfalls eine Belohnung, er habe die Mumie schließlich gefunden. Er möchte seine

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

<sup>1</sup> Die Klausur wurde im Wintersemester 2007/2008 im Examensklausurenkurs der Universität Tübingen gestellt. Der Durchschnitt lag bei 4,78 Punkten, die Durchfallquote betrug 37,3 %.

Rechte an der Mumie geltend machen, hilfsweise möchte er Anspruch auf eine Belohnung erheben. S wendet ein, das Gebiet, auf dem sich der Gletscher befindet, stehe im Eigentum der S. U, der seinen Lohn von W nicht erhalten hat, fragt ebenfalls nach seinen Rechten gegenüber der Provinz Südtirol, schließlich habe er die Mumie geborgen.

Unter den Museumsbesuchern befindet sich auch der arbeitslose Berufsfotograf F. Als er die Mumie sieht, fotografiert er sie und verkauft die Fotos über das Internet. Die Mumie wurde durch das Fotografieren nicht beschädigt.

Die Mumie befindet sich mittlerweile als Leihgabe für 6 Monate in einem Museum in Innsbruck (Tirol, Österreich).

Später stürzt W bei einer Wanderung im Salzburger Land 100m tief in eine Schlucht; er ist sofort tot. In seinen Unterlagen findet sich ein verschlossener Umschlag, auf welchem sich folgender, von W handschriftlich geschriebener Text befindet: „Mein letzter Wille“. Unterschrieben ist der Text mit „A.W“. In dem Umschlag befindet sich ein

Schriftstück mit dem durchgestrichenen Text „ich vermache mein gesamtes Vermögen dem Deutschen Alpenverein e.V. gez. A.W.“. Am Rand des Schriftstücks findet sich der Vermerk „doch gültig“. Sämtlicher Text war ebenfalls von W handschriftlich verfasst. W hatte stets mit seinen Initialen unterschrieben. W hinterlässt eine Ehefrau, mit der er im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebte.

**Aufgabe 1:**

- Welche Ansprüche haben P und U gegen S?
- Hat S gegen F einen Anspruch auf Unterlassung der weiteren Verbreitung der Bilder?
- Wer ist Erbe des W?

**Aufgabe 2:**

Welches Recht ist auf die Ansprüche des P und U gegen S auf Einräumung von Miteigentum von einem deutschen Gericht anzuwenden?

**Hinweis:**

Für Aufgabe 1 ist die Anwendbarkeit deutschen Rechts zu unterstellen.

Es ist zu unterstellen, dass die Provinz Südtirol (bzw. ihre Rechtsvorgänger) seit jeher Eigentümer der Grundstücke ist, auf denen sich der Gletscher befindet.

Öffentlich-rechtliche Vorschriften zum Schutz von Kulturgut sind nicht anzuwenden.

Alle im Sachverhalt aufgeworfenen Probleme sind ggfs. hilfsgutachtlich zu erörtern.

**Anlage:**

A. Auszug aus dem italienischen IPR-Gesetz Art. 51

Der Besitz, das Eigentum und die anderen dinglichen Rechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen bestimmen sich nach dem Recht des Staates, in dem sich die Sachen befinden.

B. Auszug aus dem österreichischen IPR-Gesetz § 31

(1) Der Erwerb und der Verlust dinglicher Rechte an körperlichen Sachen einschließlich des Besitzes sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem sich die Sachen bei Vollendung des

dem Erwerb oder Verlust zugrunde liegenden Sachverhalts befinden.

(2) Die rechtliche Gattung der Sachen und der Inhalt der im Abs. 1 genannten Rechte sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem sich die Sachen befinden.

**Gliederung:**

**Aufgabe 1a)**

**A. Ansprüche des P**

I. Anspruch auf Herausgabe der Mumie aus § 985<sup>2</sup>

II. Anspruch auf Einräumung von Mitbesitz an der Mumie aus §§ 1008, 742

1. Miteigentum des P

a) Sachqualität

b) Eigentumsverhältnisse

aa) Eigentumserwerb der Provinz Südtirol

bb) Eigentumserwerb des P nach § 984

2. Ergebnis

III. Anspruch auf Zahlung von Finderlohn gemäß §§ 965, 971

---

<sup>2</sup> §§ ohne Angaben sind solche des BGB.

**B. Ansprüche des U**

I. Anspruch auf Einräumung von Mitbesitz aus § 742

II. Anspruch des U gegen S auf Aufwendungsersatz gemäß §§ 683, 677, 670

III. Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung aus § 812 I 1 Var. 2

**Aufgabe 1 b)**

Anspruch der S auf Unterlassung der weiteren Verbreitung der Bilder

**Aufgabe 1 c)**

Erbfolge nach W

**Aufgabe 2**

Anwendbares Recht

1. Qualifikation
2. Statutenwechsel
3. Wesentlich engere Verbindung gemäß Art. 46 EGBGB
4. Ausländisches Kollisionsrecht

**Lösung:**

**Aufgabe 1a)**

**A. Ansprüche des P**

**I. Anspruch auf Herausgabe der Mumie aus § 985**

Erforderlich hierzu ist, dass P Alleineigentum an der Mumie erlangt hat. Das könnte hier nur aufgrund § 958 I der Fall sein. Eine Aneignung liegt hier jedoch nicht vor, da P die Mumie nicht in Besitz genommen hat. Aus demselben Grund ist ein Eigentumserwerb nach § 973 BGB abzulehnen. Daher hat P nicht Alleineigentum an der Mumie erworben und somit auch keinen Anspruch auf Herausgabe aus § 985.

**II. Anspruch auf Einräumung von Mitbesitz an der Mumie aus §§ 1008, 742**

**1. Miteigentum des P**

Der Anspruch aus § 742 setzt voraus, dass P Miteigentümer der Mumie geworden ist.

### a) Sachqualität

Das setzt zunächst voraus, dass es sich bei der Mumie um eine Sache handelt. Bei einer Mumie handelt es sich um den mumifizierten, d.h. durch Witterung veränderten Leichnam eines Menschen.

Zwar handelt es sich bei der Mumie um einen körperlichen Gegenstand i.S.d. § 90. Der Einordnung als Sache könnte jedoch das Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen aus Art. 1 I, 2 I GG entgegenstehen. Anerkannt ist, dass der Körper des lebenden Menschen keine Sache sein kann, da dieser als Rechtssubjekt keine Objektsqualität haben kann<sup>3</sup> und dass das Persönlichkeitsrecht nicht mit dem Tode erlischt;<sup>4</sup> daher weist auch der Leichnam des Menschen als Rückstand seiner Persönlichkeit keine Sachqualität auf.<sup>5</sup>

Der postmortale Persönlichkeitsschutz währt jedoch nicht ewig. Im Hinblick auf den Leichnam endet der Persönlichkeitsschutz dann, wenn die Totenverehrung endet.<sup>6</sup>

Hier sind seit dem Tod mehr als 5000 Jahre vergangen; die Persönlichkeitsrechte sind wegen der langen Zeitdauer daher erloschen.<sup>7</sup>

Bei der Mumie handelt es sich also um eine Sache i.S.v. § 90.

### b) Eigentumsverhältnisse

Ursprünglich war die Mumie herrenlos.

aa) Eigentumserwerb der Provinz Südtirol

aaa) Möglicherweise hat die Provinz Südtirol gemäß § 947 Eigentum an der Mumie dadurch erworben, dass die Mumie in den Gletscher eingefroren ist.

<sup>3</sup> Vgl. schon *Ulpian* D.9.2.13 pr.; *Jickeli/Stieper*, in: Staudinger, BGB, 2004, § 90 Rdnr. 19 m. w. N.

<sup>4</sup> Vgl. zum postmortalen Persönlichkeitsschutz etwa BVerfGE 30,173 (194) („Mephisto“); OLG München NJW-RR 1994, 925 (925).

<sup>5</sup> Ebenso *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, § 2 II 2b (S. 25) mit zutr. arg e § 90a BGB. Ähnlich die h.M., wonach der Leichnam zwar eine Sache sein soll, aber nicht eigentumsfähig ist. Vgl. LG Detmold, NJW 1958, 265 (265); *Fritzsche*, in Beck'scher Online-

Kommentar zum BGB, § 90 Rdnr. 32 m. w. N.

<sup>6</sup> *Ring*, in: Anwaltskommentar zum BGB, 1. Aufl. 2004, § 90 Rdnr. 45; *Marly*, in: Soergel, BGB 13. Aufl., 2000, § 90 Rdnr. 11; *Jickeli/Stieper*, in: Staudinger, BGB, 2004, § 90 Rdnr. 40.

<sup>7</sup> *Holch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 90 BGB Rdnr. 33; *Marly*, in: Soergel, BGB 13. Aufl., 2000, § 90 Rdnr. 10.

Zwar hatte die Provinz Südtirol keine Kenntnis vom Vorhandensein der Mumie; das ist jedoch unschädlich, da es sich bei der Verbindung i.S.d. § 947 um einen rein tatsächlichen Vorgang handelt, bei dem die Kenntnis des Erwerbers nicht erforderlich ist.<sup>8</sup>

Erforderlich ist aber, dass die Mumie wesentlicher Bestandteil des Gletschers wurde.

Fraglich ist hier, ob durch das Einfrieren der Mumie gemäß § 93 eine derartige Verbindung mit dem umgebenden Eis bestand, dass die Mumie nicht vom Gletscher getrennt werden konnte, ohne dass eine der Sachen zerstört oder in ihrem Wesen verändert wurde. Hier dürfte eine Herauslösung der Mumie aus dem Gletscher mit speziellem Gerät möglich gewesen sein, ohne dass die Mumie zerstört oder in ihrem Wesen verändert worden wäre. Der Gletscher selbst würde dadurch nur leicht beschädigt werden, was die Rechtsfolgen

des § 93 nicht auslöst.<sup>9</sup> Die Mumie ist also nicht durch das Einfrieren wesentlicher Bestandteil des Gletschers geworden (*a.A. vertretbar*)

*Vertretbar ist auch eine Lösung über § 946, wenn man annimmt, dass der Gletscher wesentlicher Bestandteil des Grundstücks war.*

Die Provinz Südtirol ist also nicht gemäß § 947 Eigentümer der Mumie geworden.

bbb) In Betracht kommt außerdem ein Eigentumserwerb gemäß § 937 I. Das setzt jedoch Besitzwillen gemäß § 872 voraus. Da S keine Kenntnis von der Existenz der Mumie hatte, kann Besitzwille nur angenommen werden, wenn man einen generellen Besitzwillen bzgl. aller Sachen auf den Grundstücken der S annimmt; das wäre jedoch wohl zu weitgehend.

bb) Eigentumserwerb des P nach § 984. Der Eigentumserwerb setzt grundsätzlich voraus, dass die Sache in jemandes

---

<sup>8</sup> Wiegand, in: Staudinger, BGB, 2004, § 946 Rdnr. 8; Bassenge, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 947 Rdnr. 4; Plewe, in: Anwaltskommentar zum BGB, 1. Aufl. 2004, § 946 Rdnr. 1.

---

<sup>9</sup> OLG Köln, NJW 1991, 2570 (2571); Holch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 90 BGB Rdnr. 12.

Eigentum stand, der Eigentümer aber nicht mehr zu ermitteln ist.

aaa) Hier stand die Mumie nie in jemandes Eigentum. Jedoch ist § 984 nach nahezu allgemeiner Ansicht auf Gegenstände von historischem und naturwissenschaftlichem Interesse analog anzuwenden.<sup>10</sup> Bei einer Mumie eines vor über 5000 Jahren gestorbenen Mannes dürfte das zu bejahen sein.

bbb) Erforderlich ist weiter, dass die Mumie in dem Gletscher verborgen war.

Ursprünglich war das der Fall, da sie im Gletscher eingeschlossen war. Zum Zeitpunkt der Entdeckung war sie aber bereits durch ein Naturereignis, nämlich durch das Abschmelzen des Gletschers freigelegt; nach ganz h. M. ist das jedoch unschädlich, da es nicht erforderlich ist, dass die Sache erst durch Entdecker freigelegt wird.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> OLG Nürnberg, NJW-RR 2003, 933, 934; *Bassenge*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, 984 Rdnr. 1; *Gursky*, in: Staudinger, BGB, 2004, § 984 BGB Rdnr. 3a; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl., 2009, § 53 Rdnr. 84; *Prütting*, Sachenrecht, 33. Aufl., 2008, Rdnr. 509.

<sup>11</sup> *Gursky*, in Staudinger, BGB, 2004 § 984 Rdnr. 1 m.w.N., auch zur Gegenansicht;

ccc) Fraglich ist aber, ob P oder nicht vielmehr W Entdecker ist. Zwar hat P den Leichnam zuerst gesehen, jedoch hat W die Sache bergen lassen. Die anschließende Inbesitznahme der Sache ist erforderlich, vor dieser hat der Entdecker nur ein Anwartschaftsrecht, das durch die Inbesitznahme dann zum Vollrecht erstarkt.<sup>12</sup>

Für den Eigentumserwerb des P spricht der Wortlaut: „Entdecker“ ist im natürlichen Sprachgebrauch derjenige, der die Sache als erster wahrnimmt. Dafür wird auch vorgebracht, dass der zweite Entdecker dem ersten das Anwartschaftsrecht nicht nehmen könne.<sup>13</sup>

Gegen den Eigentumserwerb des P spricht aber, dass die erforderliche Kausalität zwischen Entdeckung und Besitzergreifung<sup>14</sup> nicht gegeben ist; die Ent-

*Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, § 11 VI 1b (S. 160); *Henssler*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2000, § 984 BGB Rdnr. 4.

<sup>12</sup> *Gursky*, in: Staudinger, BGB 2004 § 984, Rdnr. 6; *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, § 11 VI 3 (S. 161).

<sup>13</sup> *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, § 11 VI 3 (S.161); *Müller*, Sachenrecht, 4. Aufl. 1997, Rdnr. 3154; *Dörner*, Zivilrechtliche Probleme der Bodendenkmalpflege, 1992, S. 53.

<sup>14</sup> *Ebbing*, in: Erman, BGB 12. Aufl., 2008, § 984 BGB Rdnr. 7; *Henssler*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2002, § 984 BGB Rdnr. 8.

deckung durch P wird gewissermaßen durch die zweite Entdeckung überholt.<sup>15</sup> Außerdem lässt sich anführen, dass derjenige den Vorzug verdient, welcher die Sache wieder der Nutzbarkeit zugeführt hat.

Also ist W hier Entdecker und nicht P; P ist also nicht gemäß § 984 Miteigentümer der Mumie geworden.

cc) P hatte zu keinem Zeitpunkt (Mit-) Eigentum an der Mumie. Ein Anspruch des P auf Einräumung des Mitbesitzes aus § 742 besteht daher nicht.

## 2. Ergebnis

Ein Anspruch des P auf Einräumung des Mitbesitzes aus § 742 besteht daher nicht.

*Eigentumserwerb des W war nicht zu prüfen*

## III. Anspruch auf Zahlung von Finderlohn gemäß §§ 965, 971

Ein Anspruch auf Zahlung des Finderlohns nach §§ 965, 971 setzt zunächst voraus, dass die Sache verloren, d.h.

besitzlos, aber nicht herrenlos war.<sup>16</sup>

Die Mumie war jedoch zur Zeit der Wahrnehmung durch P herrenlos.

Außerdem ist es erforderlich, dass der Finder die Sache an sich genommen hat; auf das Ansichnehmen kommt es entscheidend an, da dadurch der besitzlose Zustand der Sache beendet wird.<sup>17</sup> Hier hat P die Sache nicht an sich genommen, sodass auch aus diesem Grund kein Fund vorliegt.

P hat also keinen Anspruch auf Zahlung von Finderlohn aus §§ 965, 971.

## B. Ansprüche des U

### I. Anspruch auf Einräumung von Mitbesitz aus § 742

Das setzt voraus, dass U Miteigentümer der Sache geworden ist. Miteigentumserwerb kommt hier nach § 984 in Betracht. Dazu müsste U als Entdecker anzusehen sein.

Zwar erfolgte hier die Inbesitznahme durch U, aber er handelte lediglich im Auftrag des W. Die Sache war bereits

<sup>15</sup> Gursky, in: Staudinger, BGB, 2004 § 984 BGB Rdnr. 6; Wieling, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, § 11 VI 3 (S. 161).

<sup>16</sup> Bassenge, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, Vor § 965 BGB Rdnr. 1; Oechsler, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 965 Rdnr. 3.

<sup>17</sup> BGH NJW 1953, 419 (420); Gursky, in: Staudinger, BGB, 2004 § 965 Rdnr. 8.

„entdeckt“, U wurde – anders als W – im Rahmen einer planmäßigen Bergungsaktion tätig. Also hat U nicht gemäß § 984 Miteigentum erworben.

## II. Anspruch des U gegen S auf Aufwendungsersatz gemäß §§ 683, 677, 670

### 1. Fremdes Geschäft

Erforderlich ist, dass U mit der Bergung der Mumie ein fremdes Geschäft verfolgt hat. Dabei steht dem nicht zwingend entgegen, dass der Geschäftsführer auch eigene Interessen verfolgt („auch-fremdes Geschäft“)<sup>18</sup>. Die Bergung diente auch den Interessen der Provinz Südtirol, danach wäre ein auch-fremdes Geschäft gegeben.

Fraglich ist allerdings, ob das auch dann gilt, wenn der Geschäftsführer einem Dritten gegenüber zur Besorgung verpflichtet ist. Hier war U gegenüber W gemäß § 633 I verpflichtet, die Mumie zu bergen.

Nach der Rechtsprechung<sup>19</sup> ist es grundsätzlich möglich, auch bei einer

vertraglichen Verpflichtung gegenüber einem Dritten ein fremdes Geschäft anzunehmen; anderes soll dann gelten, wenn dadurch die in anderen Vorschriften vorgesehene Risikoverteilung unterlaufen würde;<sup>20</sup> das soll beispielsweise dann der Fall sein, wenn ein wirksamer Vertrag mit einem Dritten die Entgeltfrage abschließend regelt. Da U vorliegend aufgrund eines Werkvertrags tätig wurde, dürfte das hier der Fall sein, zumal die Provinz S möglicherweise Pflichten gegenüber W hat.

Nach der h.L. besteht in solchen Fällen kein auch-fremdes Geschäft: Teilweise wird der Fremdgeschäftsführungswille verneint;<sup>21</sup> nach anderer Ansicht ist der Tatbestand des § 677 teleologisch zu reduzieren<sup>22</sup>. Folglich liegt hier weder nach der Rechtsprechung noch nach der h.L. ein fremdes Geschäft vor.

<sup>18</sup> BGHZ 110, 313 (315); *Sprau*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 677 Rdnr. 6.

<sup>19</sup> BGHZ 143, 9 (13).

<sup>20</sup> BGH, NJW 2000, 72 (72); BGH, NJW 1955, 257 (258); BGHZ 40, 28 (30) BGHZ 54, 157 (160); BGHZ 61, 359 (363) BGH NJW 1976, 748, 749; BGH, NJW 1990, 2058 (2059); BGHZ 140, 102 (109).

<sup>21</sup> *Schwark*, JuS 1984, 321 (323); *Gursky*, AcP 185 (1985), 13, (36 ff)

<sup>22</sup> *Weishaupt*, NJW 2000, 1002 (1003); *Schubert*, NJW 1978, 687 (688 f.); *ders.*, AcP 178 (1978), 425, (435); *Schreiber*, DB 1979, 1397 (1399).

## 2. Zwischenergebnis

U hat somit keinen Anspruch aus §§ 677, 683, 670.

## III. Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung aus § 812 I 1 Var. 2

U könnte ferner gegen S einen Anspruch auf Bereicherungsherausgabe aus § 812 I 1 Var. 2 haben.

1. S hat durch die Bergung der Mumie zumindest Besitz an ihr erlangt.

2. Eine Leistung des U gegenüber S liegt nicht vor, da U aufgrund seiner vertraglichen Verpflichtung gegenüber W tätig wurde. S ist also in sonstiger Weise bereichert.

3. Möglicherweise ist jedoch der Anspruch wegen des von der Rechtsprechung vertretenen Grundsatzes des Vorrangs der Leistungsbeziehungen („Subsidiarität der Eingriffskondiktion“)<sup>23</sup> ausgeschlossen. Hier bestanden zwischen U und W vertragliche Beziehungen, nach denen U die Bergung

erbringen sollte. Danach ist also ein Anspruch des U ausgeschlossen.

Nach der h.L., die den Grundsatz der Subsidiarität der Eingriffskondiktion ablehnt,<sup>24</sup> ergibt sich hier ebenfalls kein Anspruch des U und zwar deswegen, weil der Besitz nicht auf Kosten des U, sondern des W, welcher die Bergung veranlasst hatte und auch vertraglich gegenüber U zur Zahlung verpflichtet war, erlangt wurde.

4. U hat also auch keinen Anspruch aus § 812 I 1 Var. 2.

## Aufgabe 1 b): Anspruch der S auf Unterlassung der weiteren Verbreitung der Bilder

### A. Ansprüche aus §§ 22, 23 KUG

Ansprüche aus §§ 22, 23 KUG bestehen nicht, weil dadurch nur die Aufnahme und Verbreitung von Bildern von Personen gemeint ist. Ein Recht am Bild der eigenen Sache in analoger Anwendung dieser Normen existiert nicht.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Vgl. etwa BGH, NJW 1999, 1393 (1394); BGHZ 56, 228 (240 f.); Sprau, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 812 Rdnr. 7.

<sup>24</sup> Vgl. etwa Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009 § 812 Rdnr. 58.; Larenz/Canaris II/2, 13. Aufl. 1994, S. 215 ff.

<sup>25</sup> OLG Köln, NJW 2004, 619, 620; Schricker/Götting § 22 KUG, 4. Aufl. 2010, Rdnr. 14.

## **B. Ansprüche aus § 97 I UrhG**

Ansprüche aus § 97 I UrhG (*muss nicht geprüft werden*) bestehen ebenfalls nicht, weil die Mumie nicht eine persönliche geistige Schöpfung i.S.d. § 2 II UrhG und damit kein urheberrechtliches Werk darstellt.

## **C. Anspruch gegen F auf Unterlassung des weiteren Verkaufs aus § 1004 I**

### **I. Eigentumsbeeinträchtigung**

Fraglich ist, ob das Fotografieren einer Sache eine Eigentumsbeeinträchtigung darstellt.

### **1. Fotografieren als Eigentumsbeeinträchtigung im Allgemeinen**

Teilweise wird vertreten, dass das Fotografieren stets eine Eigentumsbeeinträchtigung darstelle;<sup>26</sup> dafür wird angeführt, der Eigentümer müsse über die Darstellung einer Sache in der Öffentlichkeit entscheiden können.

Nach ganz überwiegender Meinung ist das Fotografieren einer Sache zumindest dann keine Eigentumsbeeinträchtigung, wenn die Fotografie von einer

allgemein, ohne besondere Erlaubnis zugänglichen Stelle aufgenommen wurde.<sup>27</sup>

Dafür spricht zum einen, dass keine Einwirkung auf die Sache erfolgt, schließlich lässt das Fotografieren Substanz und Nutzung unberührt. Außerdem wird ansonsten der Unterschied zwischen Eigentum und Immaterialgüterrecht verwischt. Wenn zudem schon das Fotografieren (Vervielfältigung iSv § 16 UrhG) von urheberrechtlich geschützten Werken aus öffentlicher Perspektive zulässig ist (§ 59 I UrhG), dann muss erst recht das Fotografieren von Sachen erlaubt sein, die keinen sondergesetzlichen Schutz genießen.

### **2. Fotografieren als Eigentumsbeeinträchtigung bei gewerblicher Fotografie von nicht allgemein zugänglicher Stelle**

Lebhaft umstritten ist jedoch, ob das auch dann gilt, wenn es sich um gewerbliches Fotografieren handelt und

<sup>26</sup> Gerauer, GRUR 1988, 672, 673.

<sup>27</sup> BGH, NJW 2011, 749 (749 („Sanssouci“); BGH, NJW 1989, 2251, 2252 („Friesenhaus“); Baldus, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 1004 Rdnr. 47; Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht 25. Aufl. 2007, § 24 Rdnr. 12.

dazu das Betreten des Grundstücks erforderlich ist.

Nach Ansicht des BGH liegt in diesem Fall eine Eigentumsbeeinträchtigung vor;<sup>28</sup> auch wenn eine generelle Erlaubnis zum Betreten des Grundstücks erteilt wurde, sei die gewerbliche Verwertung ausgenommen; anderes gelte aber bei besonderem öffentlichem Interesse. Nach Auffassung der Literatur liegt auch in diesem Fall keine Eigentumsbeeinträchtigung vor.<sup>29</sup> Angeführt wird dafür, es werde ein neues Immaterialgüterrecht geschaffen, für welches keine gesetzliche Grundlage existiere; für dieses gelte zudem Ewigkeitsschutz, wohingegen der Schutz des Urheberrechts zeitlich befristet sei. Für die letztgenannte Ansicht spricht, dass die Differenzierung zwischen zugänglich und nicht zugänglich insoweit nicht einleuchtet; hier wird die Beeinträchtigung des Mobilieneigentums mit der Beeinträchtigung des Grundeigentums

begründet. Immer noch fehlt es hier an einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache, weswegen die oben genannten Argumente auch vorliegend relevant sind. Eine Substanzverletzung ist zwar nicht notwendig; jedoch liegt in der Fotografie keine Einwirkung auf das Herrschaftsrecht an der Sache. Zwar wird in diesem Fall die Sache mittelbar genutzt, dies ist jedoch beispielsweise bei einem Restaurant in unmittelbarer Nähe einer Sehenswürdigkeit auch nicht anders. Eine Eigentumsbeeinträchtigung ist also in dem Fotografieren der Mumie nicht zu sehen. (a.A. selbstverständlich vertretbar)

#### **Aufgabe 1 c): Erbfolge nach W**

Möglicherweise ist der Deutsche Alpenverein e.V. gemäß §§ 1922, 1937 Erbe geworden.

Das setzt zunächst ein wirksames Testament, das eine Erbeinsetzung beinhaltet, voraus.

1. Das ursprüngliche Testament auf dem Schriftstück enthielt zwar den Wortlaut „vermachen“, was jedoch gemäß § 2087 I als Erbeinsetzung anzusehen ist.

<sup>28</sup> BGH, NJW 1975, 778 f. („Schloß Tegel“) sowie die in Fn.27 zitierten Entscheidungen; *Ebbing*, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 1004 Rdnr. 25.

<sup>29</sup> *Gursky*, in: Staudinger, BGB, 2004, § 1004 Rdnr. 80; *Baur*, JZ 1975, 493 (493); *Schmieder*, NJW 1975, 1164, (1164); *Ruhwedel*, JuS 1975, 242, 244 f.

2. Es wurde jedoch durch das Durchstreichen, bei dem es sich um eine „Veränderung, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt“ handelt<sup>30</sup>, widerrufen gemäß § 2255.

3. Ein Widerruf des so erfolgten Widerrufs ist nicht möglich;<sup>31</sup> dafür spricht zum einen der Umkehrschluss aus § 2257, nach dem ein Widerruf nur für Widerrufstestamente angeordnet wird; zum anderen, dass hier die Gefahr der Fälschung besonders groß ist.

4. Möglicherweise ist das Testament hier jedoch neu errichtet worden. Eine Neuerrichtung des Testaments unter Verwendung des alten Testamentstextes ist möglich, allerdings gelten hierfür die Formvorschriften des § 2247.<sup>32</sup>

a) Nicht ausreichend ist – mangels eigenhändiger Unterschrift – der bloße Gültigkeitsvermerk am Rande des Textes.<sup>33</sup>

b) Möglicherweise ist jedoch der Gültigkeitsvermerk in Verbindung mit der Unterschrift auf dem Briefumschlag als neues Testament anzusehen. Der Gültigkeitsvermerk allein enthält noch keine Verfügung, sondern nimmt Bezug auf den Inhalt der widerrufenen Verfügung. Die Bezugnahme auf eine unwirksame Verfügung führt aber nicht zu einer wirksamen Verfügung, da ein Verfügungsinhalt nicht existiert.

Danach läge hier kein wirksames Testament vor. Jedoch könnte möglicherweise aufgrund der ursprünglichen Wirksamkeit des Testaments in Verbindung mit dem Gültigkeitsvermerk und der Unterschrift ein wirksames Testament vor. Dafür spricht, dass ein Verfügungsinhalt aufgrund des ursprünglichen Testaments existiert; der Gültigkeitsvermerk nimmt nicht lediglich auf ein unwirksames Testament Bezug, sondern auf einen bestimmten

<sup>30</sup> Weidlich, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 2255 Rdnr. 6; Hagen, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2010, § 2255 Rdnr. 7.

<sup>31</sup> Weidlich, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 2257 Rdnr. 2; Hellfeier, ZEV 2003, 1 (2).

<sup>32</sup> Baumann, in: Staudinger, BGB, 2006, § 2247 Rdnr. 66; BayObLG NJW-RR 1992, 1225 (1226); M. Schmidt, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 2247 Rdnr. 10.

<sup>33</sup> Hellfeier a.a.O. S. 3; Riedel, NJW 1970, 1278 (1279).

Verfügungsinhalt. Dieser kann somit als Teil des hier zu prüfenden neuen Testaments gesehen werden. Ein Verfügungsinhalt, der Bestandteil eines wirksamen neuen Testaments sein könnte, existiert also.

aa) Fraglich ist zunächst, ob dadurch ein neues Testament errichtet werden und nicht lediglich der Widerruf des alten Testaments rückgängig gemacht werden sollte. Für die Errichtung eines neuen Testaments spricht, dass der Erblasser das Schriftstück mit dem Gültigkeitsvermerk in einen mit „Mein letzter Wille“ beschrifteten verschlossenen Umschlag gab.<sup>34</sup>

bb) Weiterhin ist jedoch problematisch, ob die Verfügung (d.h. der Gültigkeitsvermerk in Verbindung mit dem ursprünglichen Testament) von einer eigenhändigen Unterschrift umfasst ist.

Grundsätzlich fordert § 2247, nach dem die Unterschrift den Abschluss der Verfügung bilden muss, einen engen räumlichen Zusammenhang. Bei einem Umschlag muss daher ein so enger Zu-

sammenhang mit dem Schriftstück bestehen, dass der Umschlag gleichsam das letzte Blatt der Testamentsurkunde darstellt.<sup>35</sup> Das dürfte hier aufgrund der Verschlussenheit des Umschlages der Fall sein.

cc) Fraglich ist des Weiteren, ob hier eine Unterschrift bei der Unterzeichnung mit Initialen vorliegt; dagegen wird eingewandt, bei einer solchen Unterzeichnung sei die Ernstlichkeit des Willens nicht gewährleistet;<sup>36</sup> dafür, eine Unterschrift anzunehmen, spricht der Wortlaut des § 2247 III, der die Unterzeichnung mit Vor- und Familiennamen nicht zwingend fordert. Außerdem kann einer Unterschrift mit Initialen nicht pauschal die Ernstlichkeit abgesprochen werden.

dd) Dass Zeit- und Ortsangabe fehlen, ist unschädlich; nach § 2247 V 2 macht ihr Fehlen das Testament nicht ungültig,<sup>37</sup> es sei denn, es ergeben sich hier-

<sup>34</sup> Vgl. zu einem ähnlichen Sachverhalt Bay-ObLG, NJW-RR 2005, 525 (526).

<sup>35</sup> OLG Celle, NJW 1996, 2938 (2938); Bay-ObLG, FamRZ 1988, 1211 (1211).

<sup>36</sup> Baumann, in: Staudinger, BGB, 2006, § 2247 Rdnr. 86.

<sup>37</sup> Vgl. Litzemberger, in: Beckscher Online-Kommentar zum BGB, § 2247 Rdnr. 31;

aus Zweifel an der Wirksamkeit. Das ist aber nicht der Fall. Außerdem ist, selbst wenn sich Zweifel an der Gültigkeit daraus ergeben, gem. § 2247 V 2 die fehlende Angabe unschädlich, wenn sich Ort und Zeit anderweitig ermitteln lassen. Im Text selbst sind keine Ausführungen dazu enthalten, allerdings können auch Umstände außerhalb der Urkunde herangezogen werden.<sup>38</sup> Der Sachverhalt enthält diesbezüglich keine Angaben; da aber die Umstände der Testamentserrichtung nicht mitgeteilt sind, kann davon ausgegangen werden, dass Ort und Zeit anhand der Umstände ermittelbar sind.

ee) In dem Gültigkeitsvermerk in Verbindung mit dem Umschlag liegt also ein formgültiges neues Testament vor.

c) Durch dieses Testament wurde der Deutsche Alpenverein als erbfähige juristische Person gemäß §§ 1922, 1937 Erbe. Die Ehefrau des W ist nicht Erbin, sie hat lediglich einen Pflichtteilsan-

spruch gegen den Deutschen Alpenverein e.V. gem. § 2303 I 1.

### **Aufgabe 2:**

#### **I. Ansprüche des P und U auf Einräumung von Mitbesitz**

Maßgeblich für die Beurteilung des auf den Fall anwendbaren Rechts durch ein deutsches Gericht sind, da der Fall Auslandsberührung aufweist (Art. 3 I EGBGB), die Art. 4 – 46 EGBGB.

##### **1. Qualifikation**

Die Ansprüche des P und U auf Einräumung von Mitbesitz resultieren aus dem Miteigentum. Für das Verhältnis zwischen Mitberechtigten an einer Sache gilt Art. 43 EGBGB, d.h. das Recht, in dem sich die Sache befindet (*lex rei sitae*).<sup>39</sup>

Dasselbe gilt für den Anspruch auf Finderlohn gemäß § 965,<sup>40</sup> da er ebenfalls sachenrechtlich qualifiziert wird.

---

Weidlich, in: Palandt, BGB 70. Aufl. 2011, § 2247 Rdnr. 13.

<sup>38</sup> Hagena, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2010, § 2247 Rdnr. 39; Assenmacher, in: KurzKommentar-Erbrecht, 2. Aufl. 2007, § 2247 BGB Rdnr. 21.

---

<sup>39</sup> Thorn, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, Art. 43 EGBGB Rdnr. 3.

<sup>40</sup> Gursky, in: Staudinger, BGB, 2004, Vor §§ 965 ff. Rdnr. 6; Kindl, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, § 965 Rdnr. 3.

## 2. Statutenwechsel

Zur Zeit des „Fundes“ der Mumie (und damit der möglicherweise anspruchsbegründenden Vorgänge) befand sie sich auf dem Gebiet des Staates Italien; ihr jetziger Lageort ist jedoch in Österreich.

Fraglich ist, ob dadurch ein Statutenwechsel, d.h. ein Wechsel hinsichtlich des anwendbaren Rechts eintrat (vgl. Art. 43 II EGBGB).

Ein solcher hat nach überwiegender Ansicht keine Auswirkungen auf abgeschlossene Tatbestände („Ja bleibt Ja“),<sup>41</sup> sodass sich an der Erfüllung des Tatbestandes durch P und U nach § 984 nichts ändern würde; die Wirkungen bestimmen sich in diesem Fall nach dem neuem Recht. Danach wäre hier teilweise italienisches (für Begründung der Rechte), teilweise österreichisches (für Wirkungen) anzuwenden. Beide Rechtsordnungen sehen für diesen Fall Sachnormverweisungen vor, eine Weiterverweisung an eine andere Rechtsordnung ist nicht gegeben.

---

<sup>41</sup> Thorn, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., 2011, Art. 43 EGBGB Rdnr. 6.

## 3. Wesentlich engere Verbindung gemäß Art. 46 EGBGB

Hier besteht aber möglicherweise eine wesentlich engere Verbindung gemäß Art. 46 EGBGB allein zum italienischen Recht („kollisionsrechtliche Ausweichklausel“). Diese ist restriktiv auszulegen, sodass die andere Rechtsordnung erheblich sachnäher sein muss.<sup>42</sup> Für die Anwendung italienischen Rechts spricht hier die Kurzfristigkeit der Verbringung der Mumie in ein anderes Land sowie die Tatsache, dass dies nur das Verhältnis der Provinz Südtirol zur Republik Österreich betrifft; Rechtsbeziehungen zwischen P und U auf der einen sowie der Republik Österreich auf der anderen Seite bestehen nicht. Außerdem sind die Rechtsbeziehungen zwischen Südtirol und Österreich bezogen auf die Sache rein schuldrechtlicher Natur.

Danach ist hier gemäß Art. 46 EGBGB insgesamt italienisches Recht anzuwenden (*a.A. selbstverständlich vertretbar*).

---

<sup>42</sup> Wendehorst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2010, Art. 46 Rdnr. 16; Brinkmann, in: Prütting/Wegen/Weinrich, 6. Aufl., 2011, Art. 46 EGBGB Rdnr. 2.

#### 4. Ausländisches Kollisionsrecht

Die Verweisung auf ein fremdes Recht ist als Gesamtverweisung zu verstehen, Art. 4 I 1 EGBGB, d.h. es wird auch auf die Kollisionsnormen verwiesen. Daher ist hier Art. 51 Italienisches IPR-Gesetz anzuwenden.

Danach wäre österreichisches Recht als das Recht des jetzigen Lageorts der Sache anzuwenden.

Der Verweis auf das österreichische Recht ist ebenfalls Gesamtverweisung; es wird also auch auf das österreichische IPR verwiesen (Weiterverweisung).

Anwendbar ist daher § 31 I österreichisches IPRG. Dieses verweist auf das Recht, in dem sich die Sache bei Vollendung des Rechtserwerbs befand, also auf das italienische Recht zurück. Um eine unendliche Verweisungskette zu vermeiden, wird die Verweisungskette jedoch analog Art. 4 I 2 EGBGB abgebrochen;<sup>43</sup> die Rückverweisung des österreichischen Rechts auf das italieni-

sche Recht ist also als Sachnormverweisung anzusehen.

Anwendbar ist somit italienisches Sachrecht.

---

<sup>43</sup> *Thorn*, in: Palandt, BGB 70. Aufl. 2011, Art. 4 EGBGB Rdnr. 3; *Lorenz*, in: Bamberger/Roth, 2. Aufl. 2008, Art. 4 EGBGB Rdnr. 15.



## MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

---

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

---

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

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

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

---

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

Prof. Dr. Jörg Eisele\*

## Examensklausur Strafrecht: Gewalt in der Ehe

*Schwerpunkte:*

*Garantenstellung der Ehegatten nach Trennung – Abgrenzung zwischen Täterschaft u. Beihilfe durch Unterlassen – Manipulierter error in persona – Erforderlichkeit der Notstandshandlung*

### **I. Sachverhalt\***

Frau F und ihr Ehemann E leben seit sechs Monaten getrennt. F hat sich einem anderen Mann zugewendet und dem E mitgeteilt, dass sie sich scheiden lassen möchte. Beide wohnen noch in demselben Mietshaus. E wohnt im ersten Stockwerk, F seit der Trennung in der Wohnung im zweiten Stockwerk, die zuvor von der gemeinsamen Tochter bewohnt wurde. Für die Wohnung im zweiten Stockwerk hat F seit ihrem Einzug einen gesonderten Mietvertrag

geschlossen. Die Wohnung im Erdgeschoss ist von Nachbar N gemietet.

N ist aufgrund der sich häufenden lautstarken Auseinandersetzungen zwischen den Eheleuten verärgert. Bereits mehrmals hatte er sich bei E erfolglos über dessen Geschrei beschwert. Er beschließt daher, dem E einen Denkkzettel zu verpassen und ihn bei nächster Gelegenheit im Treppenhaus zu verprügeln. Sein Vorhaben kündigt er auch gegenüber F an. F unternimmt jedoch nichts, weil sie ebenfalls der Ansicht ist, dass dem E ein ordentlicher Denkkzettel nicht schaden könne. Sie geht dabei davon aus, dass sich E nur dann vor dem Angriff hinreichend schützen könne, wenn sie ihn entsprechend warne. Einige Tage später stellt N den E im Treppenhaus und streckt ihn nach einem kurzen Streit mit einem Faustschlag nieder.

E möchte nun Rache üben und seinerseits dem N eine schmerzhaft Verlet-

---

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Rechtsinformatik und Außergerichtliche Konfliktbeilegung an der Universität Konstanz.

zung zufügen. Er plant daher, den N im Schutz der Dunkelheit auf dem unbeleuchteten Weg zum Wohnhaus mit einem Wurf durch einen faustgroßen Stein zu verletzen, ohne dass hierbei freilich das Leben des N in Gefahr geraten soll. F, die von der geplanten Tat erfährt, warnt jedoch den N und nennt ihm den genauen Zeitpunkt, zu dem E die Tat geplant hat. N beschließt daraufhin, die Tat des E für sich zu nutzen und den Vermieter V, der nach Ansicht des N zu wenig gegen das Verhalten des E unternommen hat, statt seiner Person in die Falle zu locken. Unter einem Vorwand bittet er den V zum Zeitpunkt der geplanten Tat zum Wohnhaus. Wie von N beabsichtigt, verwechselt E in der Dunkelheit tatsächlich den V mit N. V erleidet durch den Steinwurf eine starke Prellung am Rücken.

In der Folgezeit wird E immer aggressiver. Er misshandelt schließlich F über mehrere Monate hinweg mit schweren Schlägen. F muss aufgrund dessen mehrmals in ein Krankenhaus eingeliefert werden. Selbst das Einschalten staatlicher Behörden vermag an diesen Umständen nichts zu ändern. Insbe-

sondere bleiben Maßnahmen nach dem Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen - wie etwa das Verbot für E, Verbindung zu F aufzunehmen und deren Wohnung zu betreten - ohne Wirkung. Als F ankündigt, dass sie in eine andere Wohnung umziehen werde, fügt E ihr sogar lebensbedrohende Verletzungen zu. Von einer Scheidung sieht F ab, weil ihr E für diesen Fall angedroht hatte, sie zu töten. Als N die wieder genesene F im Treppenhaus trifft, rät er ihr in Kenntnis ihrer Situation, ein Frauenhaus aufzusuchen. F lehnt jedoch resigniert mit der Bemerkung ab, dass E sie "auch dort finden" werde.

Eines Abends kommt es - für alle Hausbewohner hörbar - in der Wohnung der F wiederum zu lautstarken Gewalttätigkeiten durch E. N möchte in dieser Situation der F helfen. Nachdem auf sein Klingeln hin die Wohnungstür nicht geöffnet wird, tritt er diese mit solcher Wucht ein, dass sofort das Türschloss aus dem Rahmen bricht. Als E den Lärm vernimmt, lässt er von F ab und stürzt sich sogleich mit einem Messer bewaffnet auf N. N, der körperlich überlegen ist, streckt den E mit einem

berlegen ist, streckt den E mit einem gezielten Faustschlag nieder. F nutzt diese Situation zur Flucht. N beschließt nunmehr, den Gewalttätigkeiten des E ein Ende zu setzen und diesen zu töten. Er sieht auf einem Regal eine Flasche mit Brennspritus stehen, die er sogleich über den Kopf und den ganzen Körper des noch am Boden liegenden E ausschüttet. Als er den Brennspritus mit seinem Feuerzeug entzündet, wird E sogleich vollständig vom Feuer ergriffen. N ist sich nun sicher, dass E schnell sterben wird. Ihm ist bekannt, dass dem Tod durch Verbrennen schwerste Brandverletzungen vorausgehen werden. Als N jedoch kurz darauf die schmerzzerfüllten Schreie des E vernimmt, ist er darüber entsetzt, was er getan hat. Er wickelt den E schnell in einen Teppich, um so die Flammen zu ersticken. Anschließend ruft er einen Notarztwagen. E wird schließlich trotz lebensgefährlicher Verletzungen gerettet. Aufgrund der von N zugefügten Brandverletzungen erleidet er allerdings dauerhaft entstellende Narben im Gesicht und am ganzen Körper, die

auch durch kosmetische Operationen nicht beseitigt werden können.

**Aufgabe 1:**

In einem Rechtsgutachten ist die Strafbarkeit von N und F zu prüfen. Dabei ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen (ggf. in einem Hilfgutachten) einzugehen. Mordmerkmale sind nicht zu prüfen. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

**Aufgabe 2:**

Gegen E wird ein Ermittlungsverfahren wegen der Misshandlungen an F eingeleitet. Als F vom Ermittlungsrichter über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt wird, gibt sie an, dennoch aussagen zu wollen. E wird von dieser Vernehmung ordnungsgemäß nach § 168c III StPO ausgeschlossen, da zu befürchten ist, dass F bei Anwesenheit des E aufgrund weiterer Drohungen nicht die Wahrheit sagen wird. Die Vernehmung der F, die den E mit ihren Aussagen belastet, wird von einer Kamera auf Videoband aufgezeichnet. In der Hauptverhandlung erklärt F, sie mache nun doch von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch. Daraufhin wird der

Ermittlungsrichter über das Ergebnis seiner Vernehmung der F vernommen. In seiner Gegenwart wird nach einem entsprechenden Gerichtsbeschluss ferner die Videoaufzeichnung der Vernehmung in Augenschein genommen. Kann eine Verurteilung des E wegen Körperverletzungsdelikten (§§ 223, 224 StGB) an F unter anderem auf die Aussage des Ermittlungsrichters und den Inhalt der Videoaufzeichnung gestützt werden?

## II. Gliederung

### Aufgabe 1:

#### 1. Handlungsabschnitt: Das Geschehen im Treppenhaus

##### A. Strafbarkeit des N gemäß § 223 I Var. 1 StGB durch den Faustschlag

##### B. Strafbarkeit der F

I. §§ 223 I Var. 1, 25 II StGB durch den Faustschlag

II. §§ 223 I Var. 1, 13 StGB

1. Tatbestand

a) Garantenstellung

*Problem:* Garantenstellung der Ehegatten nach Trennung

b) Nebentäterschaft der F

*Problem:* Täterschaft oder Beihilfe durch Unterlassen

c) Kausalität

III. §§ 223 I Var. 1, 13, 27 StGB

1. Objektiver Tatbestand

2. Ergebnis

IV. § 323 c StGB

V. Strafbarkeit gemäß § 138 StGB – Nichtanzeige geplanter Straftaten.

#### 2. Handlungsabschnitt: Der Steinwurf auf dem Weg zum Haus

I. §§ 223 I Var. 1 und Var. 2, 224 I Nr. 2, 3 (25 I Var. 2) StGB

1. Objektiver Tatbestand

*Problem:* Manipulierter error in persona

2. Subjektiver Tatbestand

II. §§ 223 I Var. 1 und Var. 2, 224 I Nr. 2, 26 bzw. § 27 StGB

#### 3. Handlungsabschnitt: Das Geschehen in der Wohnung der F

I. § 303 StGB durch Aufbrechen der Wohnungstür

1. Tatbestand

2. Rechtswidrigkeit

a) Nothilfe zugunsten F gem. § 32 StGB

b) Notstandshilfe zugunsten F gem. § 904 S. 1 BGB

II. § 123 StGB durch Eindringen in die Wohnung

1. Tatbestand

2. Rechtswidrigkeit

III. § 223 I Var. 1 StGB durch den Faustschlag

IV. §§ 212, 22, 23 StGB durch das Anzünden

1. Tatbestand

2. Rechtswidrigkeit

a) Notwehr gem. § 32 StGB

b) Nothilfe zugunsten F gem. § 32 StGB

c) Notstandshilfe zugunsten F analog § 228 BGB

d) Notstandshilfe zugunsten F gem. § 34 StGB

*Problem:* Erforderlichkeit der Notstandshandlung

3. Schuld

a) Notwehrexzess gem. § 33 StGB

b) Entschuldigender Notstand zugunsten F gem. § 35 StGB

c) Übergesetzlicher entschuldigender Notstand (analog § 35 StGB)

4. Strafaufhebungsgrund: Rücktritt gem. § 24 I 1 Var. 2 StGB

5. Zwischenergebnis

V. §§ 223 I Var. 1 und Var. 2, 224 I Nr. 2, 5 StGB durch das Anzünden

1. Tatbestand

2. Rechtfertigung, Schuld

3. Rücktritt

VI. § 226 I Nr. 3, II StGB durch das Anzünden

1. Erfolgsqualifikation (§ 226 I Nr. 3)

2. Qualifikation (§ 226 II)

3. Konkurrenzen

### III. Lösung

#### Aufgabe 1:

#### 1. Handlungsabschnitt: Das Geschehen im Treppenhaus<sup>1</sup>

##### A. Strafbarkeit des N gemäß § 223 I Var. 1 StGB – Körperverletzung an E durch den Faustschlag

Durch den Faustschlag an E hat sich N gemäß § 223 I Var. 1 StGB (körperliche Misshandlung) strafbar gemacht.

##### B. Strafbarkeit der F

#### I. Strafbarkeit gemäß §§ 223 I Var. 1, 25 II StGB – mittäterschaftlich begangene Körperverletzung an E durch den Faustschlag

Eine Beteiligung der F an der durch N begangenen Körperverletzung im Wege der Mittäterschaft scheidet schon deshalb aus, weil mangels eines gemeinsam gefassten Tatentschlusses kein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen N und F gegeben ist. Die blo-

ße einseitige Billigung des Verhaltens genügt hierfür nicht<sup>2</sup>.

#### II. Strafbarkeit gemäß §§ 223 I Var. 1, 13 StGB – Körperverletzung an E durch Unterlassen

In Betracht kommt jedoch eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung durch Unterlassen gemäß §§ 223 I Var. 1, 13 StGB im Wege der Nebentäterschaft.

##### 1. Tatbestand

Da ein aktives Tun der F nicht ersichtlich ist, kommt lediglich eine Strafbarkeit durch Unterlassen in Betracht. Die F hatte dabei zunächst die physisch-reale Möglichkeit, zugunsten des E tätig zu werden. Sie hätte entweder auf N einwirken können, damit dieser die Tat nicht ausführt, die Polizei einschalten oder jedenfalls den E über die Pläne informieren können<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Dem 1. Handlungsabschnitt liegt – in abgeänderter Form – die Entscheidung BGHSt 48, 301 ff. = NJW 2003, 3212 zugrunde; dem BGH zustimmend Baier, JA 2004, 354; Freund, NJW 2003, 3384; Ingelfinger, NStZ 2004, 409; Martin, JuS 2004, 82; Rönnau, JR 2004, 158.

<sup>2</sup> Vgl. etwa BGH NStZ 1985, 70 (71); Haft, AT, 9. Aufl. 2004, S. 206; Heine in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 28. Aufl. 2010, § 25 Rdnr. 71. Anders Baier, JA 2004, 354, der im ähnlich gelagerten Fall von BGHSt 48, 301 eine Mittäterschaft durch Unterlassen in Betracht zieht.

<sup>3</sup> Zu den Handlungsmöglichkeiten vgl. auch BGHSt 48, 301 (302).

a) Fraglich ist, ob F eine Garantenstellung und daraus resultierend eine Garantenpflicht zum Tätigwerden besaß. Im Grundsatz wird eine sog. Beschützergarantenstellung<sup>4</sup> – verbunden mit einer gegenseitigen Beistandspflicht – zwischen Ehegatten von der ganz h.M. anerkannt<sup>5</sup>. Streitig sind jedoch die Grundlagen und Grenzen der Garantenstellung. Die Frage, ob eine Garantenstellung auch noch nach Trennung der Ehegatten anzuerkennen ist, hängt vor allem davon ab, wie die Entstehung der Garantenstellung begründet wird. Im Wesentlichen sind hierbei zwei Ansätze zu unterscheiden<sup>6</sup>:

aa) Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass die Garantenpflicht der Ehegatten aus § 1353 I 2 BGB folge. Entscheidend für

die Begründung der Garantenstellung sei im Grundsatz die gesetzliche Verpflichtung und damit das formale Band der Ehe, nicht aber das tatsächliche Bestehen einer Lebensgemeinschaft<sup>7</sup>. Eine Garantenpflicht für die Rechtsgüter Leib, Leben oder Freiheit<sup>8</sup> müsse daher auch in Fällen angenommen werden, in denen die Ehegatten die Lebensgemeinschaft zwar aufgegeben haben, die Ehe aber noch nicht geschieden sei. Folgt man dieser Auffassung, so ist im vorliegenden Fall eine Garantenstellung zu bejahen.

bb) Nach anderer Ansicht findet die Garantenpflicht unter Eheleuten ihre Legitimation hingegen nicht in § 1353 BGB. Vielmehr komme es auf die materielle Legitimation an<sup>9</sup>. Denn § 1353 BGB gebe keine Auskunft darüber, ob mit der Beistandspflicht auch eine strafrechtliche Garantenpflicht verbunden

<sup>4</sup> Davon zu trennen sind Fälle, in denen es um die Rechtspflicht zur Verhinderung von Straftaten des Ehegatten geht und die dem Bereich der Überwachungsgarantenstellung zuzuordnen sind; vgl. etwa BGHSt 6, 322 (324).

<sup>5</sup> Vgl. nur *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil II, Rdnr. 931; *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 18 Rdnr. 56 ff. Anders aber Gallas, Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989, S. 93, mit dem Argument, dass die Ehegatten nicht wechselseitig voneinander abhängig seien.

<sup>6</sup> BGHSt 48, 301 (303 ff.).

<sup>7</sup> *Geilen*, FamRZ 1961, 147 (148); *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 29. Abschn. Rdnr. 64.

<sup>8</sup> Teilweise wird eine Garantenpflicht für andere Rechtsgüter als Leib, Leben oder Freiheit verneint, wenn keine tatsächliche Lebensgemeinschaft mehr besteht;

<sup>9</sup> *Freund*, NJW 2003, 3384 (3385); *Otto*, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2004, § 9 Rdnr. 49.

sei<sup>10</sup>. Dafür spreche auch, dass weder eheliche Lebensgemeinschaft noch die damit verbundenen Pflichten rechtlich durchsetzbar seien (§ 888 III ZPO)<sup>11</sup>. Entscheidend soll hiernach allein das tatsächliche Bestehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen den Ehegatten im Hinblick auf den Schutz der bedrohten Rechtsgüter sein<sup>12</sup>. Entscheidender Gedanke sei die gegenseitige Hilfszusage bzw. die gegenseitige Erwartung diesbezüglich<sup>13</sup>. Mitunter wird zur Argumentation ergänzt, dass die Gemeinschaft davon ausgehe, dass der Ehegatte seinem Partner bei Hilfsbedürftigkeit beistehe und daher die Gemeinschaft mit eigener Hilfe zurückhaltend sein wird und diese nicht aufdrängt<sup>14</sup>. Die Garantienpflicht sei mithin der Preis für die Achtung der Persönlichkeitssphäre durch

Außenstehende<sup>15</sup>. Letztlich wird darauf hingewiesen, dass die Generalklausel des § 13 StGB im Hinblick auf die Begründung von Garantienpflichten angesichts ihrer Unbestimmtheit restriktiv auszulegen sei<sup>16</sup>. Konsequenz dieser Ansicht ist, dass die Garantienpflicht erlischt, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Eheleuten nicht mehr besteht. Dies wird jedenfalls dann der Fall sein, wenn die Ehegatten getrennt leben<sup>17</sup> und die endgültige Trennungabsicht dem Partner auch erkennbar ist<sup>18</sup>. Unter Zugrundelegung dieser Ansicht ist eine Garantienstellung zu verneinen, da E und F seit sechs Monaten in getrennten Wohnungen leben und sich F einem neuen Partner zugewendet hat.

<sup>10</sup> Ingelfinger, NStZ 2004, 409 (411).

<sup>11</sup> Ingelfinger, NStZ 2004, 409 (411); Rönna, JR 2004, 158 (159); Roxin, AT 2, 2003, § 32 Rdnr. 45.

<sup>12</sup> Stein, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 8. Aufl., Stand: 119. Lieferung, September 2009, § 13 Rdnr. 50.

<sup>13</sup> Freund, NJW 2003, 3384 (3386); Ingelfinger, NStZ 2004, 409 (411); Rönna, JR 2004, 158 (159).

<sup>14</sup> Ingelfinger, NStZ 2004, 409 (411).

<sup>15</sup> Otto (Fn. 9), § 9 Rdnr. 49.

<sup>16</sup> Rönna, JR 2004, 158 (160).

<sup>17</sup> Siehe etwa Stree/Bosch, in: Schönlke/Schröder (Fn. 2), § 13 Rdnr. 19/20. Weitergehend Freund, NJW 2003, 3384 (3385), der meint, dass die Sonderverantwortlichkeit – außer zur Unzeit – im Grundsatz jederzeit kündbar sei, so dass keine Garantienstellung besteht.

<sup>18</sup> Zu dieser Voraussetzung Freund, NJW 2003, 3384 (3386 f.); im Anschluss daran auch Ingelfinger, NStZ 2004, 409 (410); Rönna, JR 2004, 158 (159).

cc) Der BGH vereinigt seiner Ansicht nach beide Ansätze<sup>19</sup>, wobei letztlich jedoch die materielle Legitimation im Vordergrund steht<sup>20</sup>. In einer älteren Entscheidung<sup>21</sup> vertrat der BGH zunächst die Ansicht, dass sich die Verpflichtung der Ehegatten, sich gegenseitig zum Schutze beizustehen, auf die „enge, vom Treuegebot beherrschte Lebensgemeinschaft“ gründe. Daneben wird aber auch auf § 1353 BGB abgestellt. Auch in der dem Sachverhalt zugrunde liegenden Entscheidung knüpft der BGH an § 1353 BGB an<sup>22</sup>. Es sei nicht ersichtlich, warum der Grundsatz des § 1353 I 2 BGB nicht auch im Strafrecht Beachtung finden solle. Allerdings dürfe die Beistandspflicht nicht überdehnt werden<sup>23</sup>. Daher sei es nicht sachgerecht, diese ggf. erst mit der Rechtskraft eines Scheidungsurteils enden zu lassen. Es seien Konstellatio-

nen denkbar, in denen trotz der formal fortbestehenden Ehe kein Ehegatte darauf vertrauen könne, der andere Teil würde ihm zum Schutze seiner Rechtsgüter beistehen. Entsprechend den Regelungen in §§ 1353 II, 1565 I BGB<sup>24</sup> ende die strafrechtliche Garantenpflicht unter Eheleuten, wenn sich ein Ehegatte vom anderen in der ernsthaften Absicht getrennt habe, die eheliche Lebensgemeinschaft nicht wiederherzustellen<sup>25</sup>. Folgt man dem, so ist angesichts der Trennung von E und F in Übereinstimmung mit der vorgenannten Meinung eine Garantenpflicht zu verneinen, so dass eine Strafbarkeit der F ausscheidet.

b) Bejaht man eine Garantenstellung der F, so ist weiter zu fragen, ob eine *Nebentäterschaft* der F anzunehmen ist oder lediglich eine Beihilfe zur Tat des N in Betracht kommt<sup>26</sup>. Es geht hier um

<sup>19</sup> BGHSt 48, 301 (304), spricht von einer „vermittelnden Betrachtung; ferner *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 13 Rdnr. 19/20.

<sup>20</sup> Vgl. auch *Martin*, JuS 2004, 82.

<sup>21</sup> BGHSt 2, 150 (153 f.), wonach die Garantenstellung solange besteht, wie kein Ehegatte das Recht zum Getrenntleben besitzt und beide Teile in einer Hausgemeinschaft leben.

<sup>22</sup> BGHSt 48, 301 (304).

<sup>23</sup> BGHSt 48, 301 (305).

<sup>24</sup> Kritisch zu dieser Orientierung an zivilrechtlichen Wertungen *Ingelfinger*, NStZ 2004, 409 (411).

<sup>25</sup> BGHSt 48, 301 (305 f.), wobei ausnahmsweise eine Garantenstellung in Fällen angenommen werden können soll, in denen sich die Ehegatten getrennt haben, um zu prüfen, ob die Beziehung noch eine Chance hat.

<sup>26</sup> BGHSt 48, 301 erörtert diese Frage nicht; die Angeklagte wurde vom LG wegen durch Unterlassen begangener Beihilfe zur Kör-

die Frage, ob derjenige, der das täterschaftliche Begehungsunrecht eines Dritten nicht hindert, Unterlassungstäter oder nur Teilnehmer an der Tat des Dritten ist<sup>27</sup>.

Teilweise werden hierbei die allgemeinen Kriterien zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme herangezogen, teilweise wird jedoch auch abweichend argumentiert:

aa) *Tatherrschaftslehre*<sup>28</sup>: Teilweise wird vertreten, dass auch bei Unterlassungsdelikten Täterschaft und Teilnahme nach dem Kriterium der Tatherrschaft abzugrenzen sei, da dadurch den unterschiedlichen Fallgestaltungen hinreichend Rechnung getragen werden könne. Folgt man dieser Ansicht, so spricht hier vieles dafür, eine bloße Beihilfe anzunehmen, da F nur eine geringe Einflussmöglichkeit auf das Geschehen be-

saß. So stammte nicht nur der Tatplan von N, vielmehr war auch allein N bei der tatbestandlichen Ausführungshandlung anwesend.

Kritik: Gegen diese Ansicht wird in der Literatur u.a. eingewendet, dass bei vorliegender Erfolgsverhinderungsmöglichkeit das Kriterium der Tatherrschaft nur schwerlich geeignet sei, eine weitere Differenzierung herbeizuführen. Zumeist sei Beihilfe anzunehmen, da die Tatherrschaft beim Begehungstäter liege.

bb) *Subjektive Theorie*<sup>29</sup>: Nach Ansicht des BGH gelten ebenfalls allgemeine Abgrenzungsregeln, so dass es darauf ankommt, ob der Beteiligte mit Täterwillen handelt und die Tat als eigene will oder lediglich eine fremde Tat fördern will. Als Kriterien für die Ermittlung des Täterwillens können das Interesse am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft bzw. der Willen zur Tatherrschaft herangezogen werden. Auch danach

---

perverletzung verurteilt; für Täterschaft hingegen *Freund*, NJW 2003, 3384 (3386); vgl. hierzu ferner *Martin*, JuS 2004, 82; *Ingefinger*, NSTz 2004, 409 (413).

<sup>27</sup> Dazu ausführlich *Heinrich* (Fn. 5), Rdnr. 1212 ff., *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem AT, 13. Aufl. 2010, 20. Problem, S. 138 ff.

<sup>28</sup> *Joecks*, in: Münchner Kommentar zum StGB, 2003, § 25 Rdnr. 236; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 40. Aufl. 2010, Rdnr. 522a.

---

<sup>29</sup> BGHSt 43, 381 (396); BGH NSTz 09, 321 (322); *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2003, § 29 Rdnr.58 f.; *Otto* (Fn. 9), § 21 Rdnr. 50.

spricht vieles dafür, eine Beihilfe anzunehmen, da das Interesse der F eher gering und mit dem bloßen Denkkzettel für sie auch kein unmittelbarer Vorteil verbunden war. Auch hatte sie keinen weiteren Einfluss auf die Gestaltung der Tat, so dass auch die Tatherrschaft bzw. der Wille zur Tatherrschaft gering ausgeprägt war.

Kritik: Gegen diese Ansicht wird ebenfalls eingewendet, dass bei einem Unterlassen eine Abgrenzung mithilfe der allgemeinen Kriterien nur schwer möglich ist. Das Interesse an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft bzw. der Willen zur Tatherrschaft seien zu einer klaren Abgrenzung bei einem Unterlassen wenig geeignet.

cc) *Tätertheorie*<sup>30</sup>: Nach einer weiteren Ansicht soll der nichthindernde Garant stets (Neben-) Täter sein. Gemäß § 13 StGB sei das Unterlassen nur dann strafbar, wenn es der täterschaftlichen Verwirklichung des Tatbestandes entspricht. Bestehe eine Rechtspflicht zum Einschreiten, so sei Täterschaft anzunehmen.

<sup>30</sup> Haft (Fn. 2), S. 192 f.; Roxin, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Auflage ab 2006, § 25 Rdnr. 206.

nehmen. F hätte sich daher gemäß §§ 223 I Var. 1, 13 StGB strafbar gemacht.

Kritik: Gegen diese Ansicht wird eingewendet, dass es auch im Unterlassungsbereich eine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme geben müsse. Der Unterlassende würde ansonsten die zwingende Strafmilderungsmöglichkeit bei der Beihilfe (§ 27 II 2 StGB) verlieren und damit schlechter stehen als der aktiv Handelnde<sup>31</sup>.

dd) *Teilnahmetheorie*<sup>32</sup>: Nach weiterer Ansicht soll der nichthindernde Garant grundsätzlich nur Gehilfe sein. Nach Tatherrschaftskriterien habe der Unterlassende gegenüber dem Begehungstäter grundsätzlich eine untergeordnete Rolle. Er könne allenfalls dann die Tatherrschaft besitzen, wenn der den Tatverlauf beherrschende Begehungstäter diese verloren habe. Im vorliegenden Fall besaß N stets die Tatherrschaft. F wäre daher nur wegen Beihilfe zur Körperverletzung strafbar.

<sup>31</sup> § 13 II StGB gewährt beim Unterlassen lediglich eine fakultative Strafmilderungsmöglichkeit.

<sup>32</sup> Gallas, JZ 1960, 686 (687); Kühl (Fn. 5), § 20 Rdnr. 230 ff.

Kritik: Gegen diese Ansicht wird u.a. eingewendet, dass es auch in diesen Fällen eine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme geben müsse. Auch sei es für die Gefahrabwendung gleichgültig, ob die Gefahr vom Opfer selbstverschuldet ist, von Naturgewalten ausgeht (in beiden Fällen ist nur Täterschaft möglich) oder von einem anderen Menschen verursacht wird.

ee) *Differenzierende Theorie*<sup>33</sup>: Nach einer weiteren Ansicht ist zu differenzieren: Ist der Unterlassende Beschützergarant, so soll er Täter sein; ist er hingegen Überwachungsgarant, so kommt nur Beihilfe in Betracht. Der Beschützergarant müsse das Rechtsgut vor jeder Gefahr bewahren, während der Sicherungs- oder Überwachungsgarant nur für eine bestimmte Gefahrenquelle verantwortlich ist. Nach dieser Ansicht läge eine Nebentäterschaft vor, da F eine Beschützergarantenstellung einnimmt.

Kritik: Gegen diese Differenzierung wird u.a. angeführt, dass § 13 StGB nicht nach einzelnen Funktionen der Garantenstellung unterscheidet.

Verneint man eine Nebentäterschaft der F, so ist Beihilfe durch Unterlassen zur Körperverletzung des N an E zu prüfen (dazu sogleich III.).

c) Bejaht man hingegen sowohl eine Garantenstellung der F als auch eine Täterschaft, so ist weiter zu problematisieren, ob das Unterlassen überhaupt kausal für den Erfolg ist (zur Frage der Kausalität bei Annahme einer Beihilfe sogleich III.)<sup>34</sup>. Erforderlich ist nach h.M. eine hypothetische Kausalität (Quasi-Kausalität) zwischen Unterlassen und Erfolg. Diese liegt vor, wenn die gebotene Handlung nicht hinzuge-dacht werden kann, ohne dass der tatbestandsmäßige Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in seiner konkreten Gestalt entfiel<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Herzberg, JuS 1984, 937 (938); Heine in: Schönke/Schröder (Fn. 2), Vorbem. § 25 Rdnr. 104 ff.

<sup>34</sup> Dazu auch Baier, JA 2004, 356; Freund, NJW 2003, 3384.

<sup>35</sup> BGH NJW 1987, 2940; Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 29), § 15 Rdnr. 23; Kühl (Fn. 5), § 18 Rdnr. 36.

Denkt man sich etwaige Bemühungen der F hinzu, den N von seinem Vorhaben abzubringen, so bleibt ungewiss, ob diese erfolgreich gewesen wären und N sich hätte umstimmen lassen. Entsprechendes gilt auch für ein mögliches Einschalten der Polizei. Die Kausalität kann allerdings bejaht werden, wenn man auf eine Benachrichtigung des E abstellt. Denn dieser hätte dann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit Maßnahmen zur Verteidigung ergriffen, so dass N ihn jedenfalls nicht mit einem einfachen Faustschlag hätte niederstrecken können und damit der Erfolg nicht in seiner *konkreten Gestalt* eingetreten wäre<sup>36</sup>. Ebenfalls zur Bejahung der Kausalität gelangt man mit der Risikoerhöhungslehre, die ausreichen lässt, dass der Täter das Risiko für

das verletzte Rechtsgut gesteigert bzw. die Möglichkeit zur Gefahrverminderung durch eine Rettungschance nicht genutzt hat<sup>37</sup>. Gegen die Risikoerhöhungslehre lässt sich jedoch einwenden, dass dadurch Verletzungsdelikte in Gefährungsdelikte umgewandelt werden und der Grundsatz „in dubio pro reo“ zu stark eingeschränkt wird.

Die Gegenauffassung – Verneinung der Kausalität – lässt sich aber ebenfalls vertretbar begründen, wenn man mit dem Grundsatz „in dubio pro reo“<sup>38</sup> davon ausgeht, dass etwaige Verteidigungsbemühungen keinen Erfolg gezeigt hätten. Dann darf allerdings nicht übersehen werden, dass eine Strafbarkeit wegen versuchter Körperverletzung durch Unterlassen nach §§ 223 I Var. 1, 13, 22, 23 I StGB gegeben ist, da sich der Tatentschluss der F darauf bezog, dass sich E bei Benachrichtigung von der geplanten Tat hinreichend schützen kann.

<sup>36</sup> Zum Bezug auf den Erfolg in seiner konkreten Gestalt etwa *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 29), § 15 Rdnr. 23; *Otto* (Fn. 9), § 9 Rdnr. 101; *Wessels/Beulke* (Fn. 28), Rdnr. 712; anders aber z.B. BGH, JZ 1973, 173, wo ganz allgemein die Frage gestellt wird, ob der Erfolg ausgeblieben wäre; ferner *Gropp*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2005, § 11 Rdnr. 75, der nicht auf den Erfolg in seiner konkreten Gestalt abstellt, sondern beim Unterlassungsdelikt verlangt, dass bei Vornahme der unterlassenen Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine wesentliche Abweichung vom Kausalverlauf zu erwarten gewesen wäre.

<sup>37</sup> Siehe etwa *Otto* (Fn. 9), § 9 Rdnr. 101; dagegen *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 29), § 15 Rdnr. 24; *Kühl* (Fn. 5), § 18 Rdnr. 38 ff.

<sup>38</sup> Zur Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ im Rahmen der Quasi-Kausalität BGH, StV 1985, 229; dazu auch *Gropp* (Fn. 36), § 11 Rdnr. 72.

### III. Strafbarkeit des N gemäß §§ 223 I Var. 1, 13, 27 StGB – Beihilfe durch Unterlassen zur Körperverletzung an E

Sofern zwar eine Garantenstellung der F bejaht, jedoch eine Nebentäterschaft abgelehnt wird, ist eine Strafbarkeit der F wegen Beihilfe zur Körperverletzung des N gemäß §§ 223 I Var. 1, 13, 27 StGB zu prüfen.

1. Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat des E liegt vor (vgl. A). Nach Ansicht der Rechtsprechung genügt es für die Annahme einer Beihilfe grundsätzlich, dass die Haupttat in irgendeiner Weise erleichtert oder gefördert wird. Der BGH vertrat im zugrundeliegenden Fall die Ansicht, dass die Haupttat zumindest erschwert worden wäre, wenn die Angeklagte sich bemüht hätte, den Haupttäter von der Tat abzuhalten, oder wenn sie ihren Ehemann gewarnt hätte. Nicht erforderlich sei Kausalität dahingehend, dass die unterlassene Handlung den Taterfolg verhindert hätte<sup>39</sup>. Zum selben Ergebnis ge-

langt auch die Risikoerhöhungslehre (vgl. bereits B II 1 c)<sup>40</sup> und Meinungen, nach denen die Beihilfe ein abstraktes<sup>41</sup> bzw. ein abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt<sup>42</sup> ist, bei dem bereits das bloße Hilfeleisten wegen der damit in aller Regel verbundenen gefahrerhöhenden Wirkung unter Strafe gestellt ist<sup>43</sup>.

Die wohl h.L.<sup>44</sup> vertritt hingegen die Auffassung, dass der Gehilfenbeitrag für den Erfolg der Haupttat in vollem Umfang ursächlich sein muss, da Teilnahme Mitwirkung an fremdem Unrecht sei<sup>45</sup>. Von einer Mitwirkung könne jedoch nicht gesprochen werden, wenn es an einem kausalen Beitrag fehle. Daher sei bei der Beihilfe durch Unterlassen erforderlich, dass die Tat bei einem Tätigwerden nicht oder nicht so hätte began-

<sup>39</sup> BGHSt 48, 301 (302); ferner BGH, NJW 1953, 1838.

<sup>40</sup> Kritisch zur Risikoerhöhungslehre beim Unterlassungsdelikt *Schünemann*, StV 1985, 229 (231 ff.).

<sup>41</sup> *Herzberg*, GA 1971, 1 (4 ff.).

<sup>42</sup> *Vogler*, FS Heinitz, 1972, S. 295 (304 ff.).

<sup>43</sup> Zur Kritik an dieser Auffassung, die zu einer weiten Beihilfestrafbarkeit führt, *Jakobs* (Fn. 7), 22. Abschn. Rdnr. 35.

<sup>44</sup> Siehe etwa *Jakobs* (Fn. 7), 22. Abschn. Rdnr. 34; *Lackner/Kühl*, 27. Aufl. 2011, § 27 Rdnr. 2; *Heine*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 27 Rdnr. 10.

<sup>45</sup> Umfassend zum Streitstand *Hillenkamp* (Fn. 27), 27. Problem, S. 175 ff.

gen werden können<sup>46</sup>. Setzt man demnach auch bei der Beihilfe durch Unterlassen hypothetische Kausalität voraus, so kann diese aber ebenso wie bei Annahme einer Nebentäterschaft bejaht oder verneint werden (vgl. bereits B II 1 c).

2. Bejaht man die Voraussetzungen des objektiven Tatbestandes, so liegt im Übrigen auch „doppelter Gehilfenvorsatz“ hinsichtlich der Vollendung der Haupttat und der Hilfeleistung vor, so dass sich die rechtswidrig und schuldhaft handelnde F nach §§ 223 I Var. 1, 13, 27 StGB strafbar gemacht hat.

#### **IV. Strafbarkeit gemäß § 323 c StGB – Unterlassene Hilfeleistung**

Da auch die drohende Straftat eines Dritten einen Unglücksfall, d.h. ein plötzliches Ereignis mit einer erheblichen Gefahr für den Betroffenen darstellen kann, kommt eine Strafbarkeit der F nach § 323 c StGB in Betracht<sup>47</sup>. Da N allerdings im vorliegenden Fall

lediglich ankündigt, den E zu verprügeln und demnach *kein erheblicher* Schaden für Leib und Leben droht, ist es gut vertretbar, einen Unglücksfall zu verneinen<sup>48</sup>.

Bejaht man einen Unglücksfall bei jedem drohenden Vergehen<sup>49</sup>, so wäre die Hilfeleistung der F auch erforderlich gewesen, weil sie insbesondere durch Information des E die Möglichkeit besaß, den Geschehensablauf zu beeinflussen, d.h. den Unglücksfall zu beheben bzw. zumindest abzumildern<sup>50</sup>. Dies wäre ihr trotz der Trennung auch zumutbar gewesen, zumal die Misshandlungen durch E erst zu einem späteren Zeitpunkt begannen<sup>51</sup>.

Soweit bereits eine täterschaftliche Körperverletzung durch Unterlassen

<sup>46</sup> Heine in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 27 Rdnr. 16 m.w.N.

<sup>47</sup> Baier, JA 2004, 354 (356); Freund, NJW 2003, 3384 (3386); Ingelfinger, NStZ 2004, 409 (413); Rönau, JR 2004, 158 (159).

<sup>48</sup> BGH, MDR/H 1993, 721, wonach das Risiko einer erheblichen Verletzung erforderlich ist. In der Rechtsprechung wurde dies etwa bejaht bei einem versuchten Mord (RGSt 71, 189) oder einer versuchten Vergewaltigung (BGHSt 3, 66).

<sup>49</sup> Siehe etwa Spindel, in: Leipziger Kommentar (Fn. 30), § 323 c Rdnr. 45 – drohender Diebstahl. Vgl. auch Kindhäuser, Strafrecht BT 1, 6. Aufl. 2011, § 72 Rdnr. 6, der Straftaten grundsätzlich als Unglücksfälle einstuft.

<sup>50</sup> Vgl. auch Sternberg-Lieben/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 323 c Rdnr. 16.

<sup>51</sup> Zu diesem Aspekt auch Freund, NJW 2003, 3384 (3386).

oder eine Beihilfe zur Körperverletzung des N bejaht wurde, tritt § 323 c StGB nach ganz h.M. jedoch im Wege der Gesetzeskonkurrenz dahinter zurück<sup>52</sup>.

#### **V. Strafbarkeit gemäß § 138 StGB – Nichtanzeige geplanter Straftaten.**

Eine Strafbarkeit scheidet hier aus, weil § 223 StGB keine Katalogtat ist.

#### **2. Handlungsabschnitt: Der Steinwurf auf dem Weg zum Haus**

**I. Strafbarkeit des N gemäß §§ 223 I Var. 1 und Var. 2, 224 I Nr. 2, 3 (25 I Var. 2) StGB – Körperverletzung an V**  
N könnte sich nach §§ 223 I Var. 1 und Var. 2, 224 I Nr. 2, 3 (25 I Var. 2) StGB einer gefährlichen Körperverletzung an V strafbar gemacht haben.

1. Eigenhändig hat N den V nicht verletzt. Vielmehr wurde die tatbestandsmäßige Ausführungshandlung – der Steinwurf – von E vorgenommen. Diese könnte dem N aber zugerechnet werden, wenn ein Fall der mittelbaren Täterschaft (§ 25 I Var. 2 StGB) vorläge.

<sup>52</sup> BGHSt 3, 65 (67 f.); BGHSt 39, 164 (166); Sternberg-Lieben/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 323 c Rdnr. 31.

Unter Zugrundelegung der Tatherrschaftslehre ist entscheidend, dass dem mittelbaren Täter die Tatherrschaft über die Tatbestandsverwirklichung zukommt, er mithin das Tatgeschehen planvoll durch seinen Willen steuert. Mittelbarer Täter ist demnach derjenige, der sich für die Tatbestandsverwirklichung eines menschlichen Werkzeugs (Tatmittler) bedient, gegenüber dem er durch übergeordnete Wissens- oder Willensherrschaft eine überlegene Stellung hinsichtlich des Tatgeschehens innehat<sup>53</sup>. Die Ansicht des BGH auf Grundlage der subjektiven Theorie unterscheidet sich hiervon wenig, da der Täter zumindest den Willen zur Tatherrschaft haben muss<sup>54</sup> oder verlangt wird, dass eine vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft vorliegen muss<sup>55</sup>. Kennzeichnend ist jedenfalls die unterlegene Stellung des Tatmittlers und die beherrschende Rolle des Hintermannes. Diese Tatherrschaft ist häu-

<sup>53</sup> Siehe etwa *Haft* (Fn. 2), S. 200; *Kühl* (Fn. 5), § 20 Rdnr. 27.

<sup>54</sup> So *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 29), § 29 Rdnr. 117.

<sup>55</sup> BGHSt 35, 347 (353).

fig bei einem Strafbarkeitsmangel des Vordermanns gegeben<sup>56</sup>.

Im vorliegenden Fall ist E als Tatmittler allerdings selbst nach §§ 223 I Var. 1 und Var. 2, 224 I Nr. 2 StGB strafbar (vgl. auch unter a). Hinsichtlich der Verwechslung von V und N liegt ein unbeachtlicher error in persona vor: E traf die von ihm anvisierte Person, Angriffs- und Verletzungsobjekt sind also identisch. Der Vorsatz ist in solchen Fällen bei Vornahme der tatbestandlichen Ausführungshandlung auf die anvisierte Person individualisiert bzw. konkretisiert<sup>57</sup>. Dass sich der Täter dabei über die Identität des Opfers irrt, stellt lediglich ein unbeachtliches Motiv dar<sup>58</sup>. Denn die Identität des Opfers ist kein Tatumstand i.S.d. § 16 I 1 StGB, den der Täter kennen muss<sup>59</sup>. Dem entspricht es, wenn in der Literatur gesagt

wird, dass bei Gleichwertigkeit des vorgestellten und des tatsächlich getroffenen Verletzungsobjekts der Vorsatz bestehen bleibt<sup>60</sup>. Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, die zugunsten des E wirken, liegen nicht vor.

Ob in der hier vorliegenden Konstellation des „Täters hinter dem Täter“ mittelbare Täterschaft in Betracht kommt, ist sehr streitig<sup>61</sup>. Die Veranlassung bzw. Ausnutzung eines error in persona beim Vordermann durch den Hintermann ist als sog. „Dohnafall“ bekannt<sup>62</sup>:

a) Große Teile der Literatur nehmen unter normativer Betrachtungsweise eine mittelbare Täterschaft an, wenn der Hintermann einen error in persona des Vordermanns veranlasst und so dessen Tat ausnutzt<sup>63</sup>. Mittelbare Täter-

<sup>56</sup> Siehe *Haft* (Fn. 2), S. 201; kritisch zum Strafbarkeitsmangel als „Indiz“ der mittelbaren Täterschaft *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 29), § 29 Rdnr. 116.

<sup>57</sup> *Kühl* (Fn. 5), § 13 Rdnr. 22 f.

<sup>58</sup> *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 29), § 21 Rdnr. 11.

<sup>59</sup> BGHSt 11, 268 (270); BGHSt 37, 214 (216); *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 29), § 21 Rdnr. 11; *Kühl* (Fn. 5), § 13 Rdnr. 23 f.; *Wessels/Beulke* (Fn. 28), Rdnr. 247.

<sup>60</sup> *Haft* (Fn. 2), S. 256; *Wessels/Beulke* (Fn. 28), Rdnr. 247.

<sup>61</sup> Siehe hierzu näher die Fallbearbeitung bei *Saal*, JA 1998, 563 (569).

<sup>62</sup> Vgl. *Graf zu Dohna*, Übungen im Strafrecht und Strafprozessrecht, 3. Aufl. 1929, Nr. 36, S. 93; dazu näher *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 29), § 29 Rdnr. 144.

<sup>63</sup> *Haft* (Fn. 2), S. 202; *Lackner/Kühl* (Fn. 44), § 25 Rdnr. 4; *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2011, § 43 Rdnr. 58; *Roxin*, Täterschaft und Teilnahme, 7. Aufl. 2000, S. 212 ff.; ferner *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn.

schaft des N und damit eine Zurechnung der Tathandlung gemäß § 25 I Var. 2 StGB lässt sich damit begründen, dass hinsichtlich des konkreten Opfers V die Tatherrschaft bei N lag, weil er insoweit das Geschehen kraft überlegenen Wissens steuerte und er allein die tatsächliche Bedeutung der Handlung kannte. Die Unbeachtlichkeit des *error in persona* für den Vordermann – und damit verbunden dessen Strafbarkeit – darf den Hintermann nicht entlasten, da er den Irrtum selbst hervorgerufen hat<sup>64</sup>.

Demnach hätte sich N nach §§ 223 I Var. 1 und Var. 2 StGB, 224 I Nr. 2 und Nr. 3, 25 I Var. 2 StGB strafbar gemacht. Was § 224 I StGB anbelangt, so stellt der faustgroße Stein ein gefährliches Werkzeug i.S.d. Nr. 2 dar<sup>65</sup>. Hinsichtlich eines hinterlistigen Überfalls i.S.d. Nr. 3 ist zu beachten, dass das bloße Ausnutzen der Überraschung nicht genügt und daher der unerwartete Angriff von hin-

ten nicht erfasst wird<sup>66</sup>. Allerdings lässt sich das Vorliegen der Nr. 3 für N durchaus damit begründen, dass N selbst den V in die Falle gelockt hat und damit (anders als E) planmäßig sowie in einer auf Verdeckung seiner wahren Absicht berechneten Weise vorgegangen ist.

b) Andere Stimmen lehnen hingegen eine mittelbare Täterschaft ab<sup>67</sup>. Der Irrtum des Vordermanns sei unbeachtlich und stehe daher seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit hinsichtlich eines bestimmten Straftatbestandes nicht entgegen. Stelle man nicht auf das konkrete Opfer, sondern auf die Tat insgesamt ab, so sei eine Tatherrschaft des Hintermanns zu verneinen. Es komme lediglich eine Strafbarkeit des Hintermanns als Teilnehmer in Betracht.

c) Eine weitere Ansicht lehnt ebenfalls eine mittelbare Täterschaft ab, befürwortet jedoch eine unmittelbare *Neben-*

---

29), § 29 Rdnr. 144, auf Grundlage der subjektiven Theorie.

<sup>64</sup> Vgl. auch *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 29), § 29 Rdnr. 116, wonach die Strafbarkeit des Tatmittlers nicht die Frage der Strafbarkeit des Hintermanns beeinflussen kann.

<sup>65</sup> BGH, NJW 1975, 98.

---

<sup>66</sup> Zum Ganzen *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 224 Rdnr. 10.

<sup>67</sup> *Koch*, JuS 2008, 399 (402); *Otto*, JURA 1987, 246 (255); *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 12 Rdnr. 63 f.

täterschaft des Hintermanns<sup>68</sup>. Im Gegensatz zur mittelbaren Täterschaft wirke der Hintermann hier nicht auf das Werkzeug, sondern unmittelbar auf das Opfer ein. Dieser nutze nur die Tat eines anderen aus und habe dadurch selbst den tatbestandlichen Erfolg verursacht bzw. darauf hingewirkt. Es geht unter Zugrundelegung dieser Konzeption dann also nicht mehr darum, dem N den Steinwurf des E als Tathandlung zuzurechnen<sup>69</sup>. Vielmehr muss die Tathandlung des N dann in der Bitte gegenüber V, zur Wohnung zu kommen, gesehen werden. N hätte sich dann gemäß §§ 223 I Var. 1 und Var. 2 StGB, 224 I Nr. 2, 3 StGB strafbar gemacht.

2. Bejaht man eine mittelbare Täterschaft oder eine Nebentäterschaft des N, so ist auch der subjektive Tatbestand gegeben. Die in anderen Konstellationen der mittelbaren Täterschaft umstrittene Frage, wie sich ein error in persona des Tatmittlers auf den mittelbaren Täter auswirkt, ist hier selbstverständlich nicht bedeutsam, da N den

error in persona ja selbst bewirkt hat und der Vorsatz sich daher von vornherein auf eine Verletzung des V bezog.

## II. Strafbarkeit des N gemäß §§ 223 I Var. 1 und Var. 2, 224 I Nr. 2, 26 bzw. § 27 StGB

Soweit unter I. eine Täterschaft des N verneint wird, ist eine Teilnahme an der Tat des E (§§ 223 I Var. 1 und Var. 2, 224 I Nr. 2 StGB zu prüfen (§ 224 I Nr. 3 StGB liegt beim Haupttäter E nicht vor, vgl. I 1 a).

1. Dabei ist zunächst eine Anstiftung zu diskutieren. Diese wird in der Literatur teilweise bejaht, weil der Hintermann auf den Willen des Vordermanns eingewirkt und damit dessen Tatentschluss hinsichtlich der konkreten Person hervorgerufen habe<sup>70</sup>. Dem stehe nicht entgegen, dass ein Irrtum eines bereits zur Tat Entschlossenen ausgenutzt werden soll. Denn in der Ausnutzung liege eine Änderung des sozialen Sinngehalts des Geschehens<sup>71</sup>.

Dagegen spricht jedoch Folgendes: Verneint man eine Täterstellung gerade

<sup>68</sup> Herzberg, JuS 1974, 574 (576 f.); Spendel, FS Lange, 147 (169).

<sup>69</sup> Siehe auch Spendel (Fn. 68), 147 (169).

<sup>70</sup> Vgl. Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 67), § 12 Rdnr. 63.

<sup>71</sup> Otto, JURA 1987, 246 (255).

deshalb, weil nicht nur das konkrete Opfer, sondern die Tat insgesamt ins Blickfeld zu nehmen ist, dann war E zu dieser Tat bereits entschlossen<sup>72</sup>. Eine Anstiftung lässt sich zudem mit der Auffassung verneinen, dass diese eine Beeinflussung des Haupttäters im Wege des geistigen Kontakts erfordert und die bloße Schaffung einer tatprovokierenden Situation oder gar die bloße Verursachung des Tatentschlusses nicht genügt<sup>73</sup>.

2. Folgt man dem, kommt letztlich eine Beihilfestrafbarkeit in Betracht<sup>74</sup>, wenn man annimmt, dass N die Tat durch seine Manipulation gefördert hat<sup>75</sup>. Der doppelte Gehilfenvorsatz hinsichtlich Beihilfehandlung und Haupttat ist ebenfalls gegeben.

<sup>72</sup> Vgl. auch Roxin (Fn. 63), S. 215.

<sup>73</sup> So z.B. Otto (Fn. 9), § 22 Rdnr. 35 f.; Wessels/Beulke (Fn. 28), Rdnr. 568. Anders aber BGHSt 45, 373 f.; BGH, NStZ 2000, 421; Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 29), § 30 Rdnr. 63; Lackner/Kühl (Fn. 44), § 26 Rdnr. 2.

<sup>74</sup> Dafür z.B. Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 362 ff.

<sup>75</sup> Dagegen ließe sich wiederum einwenden, dass eine Förderung der von E geplanten Tat gegen N gerade nicht vorliegt; vgl. dazu Roxin (Fn. 63), S. 216.

### 3. Handlungsabschnitt: Das Geschehen in der Wohnung der F

#### I. Strafbarkeit des N gemäß § 303 StGB – Sachbeschädigung durch Aufbrechen der Wohnungstür

1. Durch das Aufbrechen der Wohnungstür hat N vorsätzlich eine fremde Sache beschädigt und damit den Tatbestand des § 303 StGB verwirklicht.

2. Möglicherweise greift zu seinen Gunsten ein Rechtfertigungsgrund ein, da er der F zu Hilfe eilen wollte.

a) *Nothilfe zugunsten F gemäß § 32 StGB*: Es liegt zum Zeitpunkt des Aufbrechens der Wohnungstür ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff des E auf F vor, so dass eine Notwehrlage besteht. Die Notwehervorschrift vermag nach h.M. allerdings nur Verteidigungshandlungen gegen den Angreifer selbst, nicht aber Eingriffe in die Rechtsgüter unbeteiligter Dritter oder der Allgemeinheit rechtfertigen<sup>76</sup>. Hier ist jedoch

<sup>76</sup> Vgl. BGHSt 5, 245 (248); Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 29), § 17 Rdnr. 19; Haft (Fn. 2), S. 89; Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 32 Rdnr. 31 f. Mit Einschränkungen Spendel, in: Leipziger Kommentar (Fn. 30), § 32 Rdnr. 204 ff., 210 ff. für

das Eigentum des Vermieters V und nicht das Eigentum des Angreifers E betroffen. In solchen Fällen kann eine Rechtfertigung nur nach Notstandsregeln in Betracht kommen. Geht man nämlich davon aus, dass das Notwehrrecht nicht nur auf dem Schutzprinzip, sondern auch auf der Prämisse „das Recht braucht dem Unrecht nicht weichen“ fußt, so zeigt sich, dass es einer Rechtsbewährung gegenüber Dritten, die hinsichtlich des Angriffs keine Verantwortung tragen, gerade nicht bedarf<sup>77</sup>. N ist daher nicht nach § 32 StGB gerechtfertigt.

b) *Notstandshilfe zugunsten F gemäß § 904 S. 1 BGB*<sup>78</sup>: Eine gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben der F i.S.e. Notstandslage lag zum Zeitpunkt des Aufbrechens der Wohnungstür vor, da F von E misshandelt wurde. Das Aufbrechen der Tür war ferner geeignet und mildestes Mittel, um die F zu retten

(Notstandshandlung). Der für die F drohende Schaden für Leib und Leben war zudem ungleich höher als der relativ geringe Schaden an der Tür, so dass der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer V entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß war. Ferner handelte N mit dem Willen, die Gefahr abzuwenden. Die Voraussetzungen des § 904 S. 1 BGB sind damit erfüllt, so dass N gerechtfertigt ist und eine Strafbarkeit nach § 303 StGB zu verneinen ist.

## **II. Strafbarkeit des N gemäß § 123 StGB – Hausfriedensbruch durch Eindringen in die Wohnung**

1. Fraglich ist, ob der objektive Tatbestand („Eindringen“) verwirklicht ist. Ein sog. tatbestandsausschließendes Einverständnis liegt hier nicht vor, da die Wohnungsinhaberin F, der das Hausrecht an der von ihr gemieteten Wohnung allein zustand<sup>79</sup>, zum Zeitpunkt des Betretens der Wohnung durch N davon keine Kenntnis besaß, mithin das Betreten von keinem zu-

---

Fälle in denen der Angreifer fremde Sachen für den Angriff benutzt und auf diese dann eingewirkt wird.

<sup>77</sup> Näher *Kühl* (Fn. 5), § 7 Rdnr. 84 ff.

<sup>78</sup> Eine Rechtfertigung nach § 228 S. 1 BGB kommt ersichtlich nicht in Betracht, da von der beeinträchtigten Sache keine Gefahr ausging.

---

<sup>79</sup> Zum Hausrecht des Mieters siehe *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 123 Rdnr. 17.

stimmenden Willen gedeckt war. Es liegt damit ein Handeln *ohne den Willen* der F vor, Möglicherweise war sie jedoch mutmaßlich mit Betreten einverstanden, weil N ihr zu Hilfe eilen wollte. Allerdings wird von der h.M. ein mutmaßliches tatbestandsausschließendes Einverständnis nicht anerkannt<sup>80</sup>. Folgt man dem, so liegt der objektive Tatbestand des § 123 StGB vor. N handelte auch vorsätzlich.

Zur Verneinung des Merkmals „Eindringen“ und damit des objektiven Tatbestandes kann man freilich gut vertretbar gelangen, wenn man bei § 123 StGB stets ein Handeln *gegen den Willen* des Opfers verlangt<sup>81</sup>.

2. Eine rechtfertigende Einwilligung, die vor der Tat erteilt werden muss, liegt nicht vor. N könnte allerdings durch eine mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt sein. Die mutmaßliche Einwilligung ist gegenüber der erklärten Einwilligung subsidiär und darf deren Voraussetzungen nicht umgehen. Bei Handeln im materiellen Interesse des Verletzten muss die Entscheidung daher nicht rechtzeitig eingeholt werden können. Ist eine Befragung möglich, scheidet eine mutmaßliche Einwilligung aus. Hier konnte die Einwilligung von F nicht eingeholt werden, weil das Klingeln des N erfolglos blieb. Erforderlich ist ferner die Übereinstimmung mit dem Willen des Berechtigten. Liegen – wie hier – keine weiteren Anhaltspunkte vor, dass sich der Betroffene anders entschieden hätte, ist davon auszugehen, dass sein Wille mit dem übereinstimmt, was gemeinhin als normal und vernünftig angesehen wird. N handelte hier im Einklang mit dem mutmaßlichen Willen der F, da es gemeinhin als vernünftig anzusehen ist, in einer Notsituation in eine Wohnung einzudringen, um bei einem schweren

<sup>80</sup> Vgl. auch *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 123 Rdnr. 14/15; *Roxin*, *Strafrecht AT* 1, 4. Aufl. 2005, § 18 Rdnr. 3, der die Einwilligung selbst als tatbestandsausschließend einstuft, die mutmaßliche Einwilligung jedoch als Rechtfertigungsgrund ansieht; ferner *Rudolphi*, in: *Systematischer Kommentar Rudolphi* (Fn. 12), § 123 Rdnr. 18.

<sup>81</sup> Siehe hierzu ausführlich *Ludwig/Lange*, *JuS* 2000, 446 (447 ff.); ferner *Rengier*, *Strafrecht BT* 2, 12. Aufl. 2011, § 30 Rdnr. 9, wonach der mutmaßliche Wille entscheidend sein soll, wenn keine Erklärung des Hausrechtinhabers vorliegt; ferner *Lilie*, in: *Leipziger Kommentar* (Fn. 30), § 123 Rdnr. 45.

Angriff auf Leib und Leben Hilfe zu leisten. N besaß ferner die Absicht, im Sinne des Einwilligungsberechtigten zu handeln; auch kann hier von einer gewissenhaften Prüfung<sup>82</sup> der für den hypothetischen Willen bedeutsamen Umstände ausgegangen werden<sup>83</sup>.

### **III. Strafbarkeit des N gemäß § 223 I Var. 1 StGB – Körperverletzung an E durch den Faustschlag**

Der gezielte Faustschlag stellt eine tatbestandsmäßige Körperverletzung gemäß § 223 I Var. 1 StGB dar. N ist allerdings durch Notwehr, § 32 StGB, gerechtfertigt, da der Faustschlag dazu diene, den gegenwärtigen, rechtswidrigen<sup>84</sup> Angriff des E mit dem Messer abzuwehren.

<sup>82</sup> Gegen eine solche Prüfungspflicht etwa *Roxin* (Fn. 80), § 18 Rdnr. 30; dazu auch *Kühl* (Fn. 5), § 9 Rdnr. 47.

<sup>83</sup> *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 29), § 17 Rdnr. 124; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), vor §§ 32 ff. Rdnr. 58.

<sup>84</sup> Der Angriff des E ist auch rechtswidrig, da er sich seinerseits nicht auf Rechtfertigungsgründe berufen kann. Insbesondere liegt kein Angriff des N i.S.d. § 32 StGB auf dessen Hausrecht vor, da dieses hinsichtlich der von F gemieteten Wohnung allein der F zusteht.

### **IV. Strafbarkeit des N gemäß §§ 212, 22, 23 StGB – versuchter Totschlag an E durch das Anzünden**

In Betracht kommt eine Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags gemäß §§ 212, 22, 23 StGB an E durch das Anzünden mit Brennspritus. Die Tat ist nicht vollendet und der Versuch aufgrund des Verbrechenscharakters (§ 23 I i.V.m. § 12 StGB) strafbar.

1. N besaß Tatentschluss hinsichtlich der Tötung des E in Form von *dolus directus* 1. Grades (Absicht). Das unmittelbare Ansetzen ist ebenfalls zu bejahen, da N durch das Anzünden des Brennspritus bereits mit der eigentlichen Ausführungshandlung begonnen hatte<sup>85</sup>.

2. Möglicherweise ist das Handeln des N jedoch von Rechtfertigungsgründen gedeckt und damit nicht rechtswidrig:

a) *Notwehr gemäß § 32 StGB*: Der Angriff des E auf N hatte mit dem gezielten Faustschlag seinen tatsächlichen

<sup>85</sup> *Haft* (Fn. 2), S. 231; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 49 IV 4; *Wessels/Beulke* (Fn. 28), Rdnr. 599.

Abschluss gefunden und war damit endgültig abgewehrt. Es bestand für N keine Notwehrlage mehr.

b) *Nothilfe zugunsten von F gemäß § 32 StGB*: Auch der Angriff des E auf F war beendet. F hatte bereits den Tatort verlassen. Eine Notwehrlage ist daher zu verneinen. Diese lässt sich auch nicht damit begründen, dass die F der Gefahr künftiger Angriffe durch E ausgesetzt war. Hierbei handelt es sich um eine sog. „Dauergefahr“, die weder als „Präventivnotwehr“ noch als sog. „Dauerangriff“ von § 32 StGB erfasst wird<sup>86</sup>.

Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass § 32 StGB (*analog*) auch auf eine „notwehrähnliche Lage“ anzuwenden sei<sup>87</sup>. Dagegen spricht jedoch, dass dann das Merkmal der Gegenwärtigkeit in § 32 StGB entwertet würde<sup>88</sup>. Auch sind die sehr weitgehenden Eingriffsbe-

fugnisse der Notwehr nur in akut zuge- spitzten Situationen gerechtfertigt<sup>89</sup>. Für andere Sachverhalte kann über § 34 StGB eine sachgerechtere Lösung gefunden werden, weil dort im Rahmen einer umfassenden Abwägung alle widerstreitenden Interessen Berücksichtigung finden können<sup>90</sup>.

c) *Notstandshilfe zugunsten von F analog § 228 BGB*: In der Literatur wird ferner eine analoge Anwendung des § 228 BGB vertreten<sup>91</sup>. Diese Vorschrift lässt nämlich bereits eine *drohende* Gefahr genügen, verlangt mithin keine Gegenwärtigkeit. Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass sich die auf Tier- und Sachgefahren zugeschnittene Spezialregelung nicht ohne Wertungswidersprüche auf Angriffe durch Menschen übertragen lässt<sup>92</sup>.

d) *Notstandshilfe zugunsten von F gemäß § 34 StGB*: Weder für N noch für F drohte eine aktuelle Gefahr. Allerdings drohten der F in Zukunft weitere Miss-

<sup>86</sup> Vgl. *Haft* (Fn. 2), S. 87; *Kühl* (Fn. 5), § 7 Rdnr. 42; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 32 Rdnrn. 16 f. Zu Überlegungen, die Tötung des Haustyrannen in § 32 StGB einzubeziehen, vgl. *Welke*, ZRP 2004, 15 ff.

<sup>87</sup> Siehe z.B. *Suppert*, Studien zur Notwehr, 1973, S. 356 ff. Dazu auch *Hillenkamp*, JZ 2004, 48 (50); ders., Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 112 ff.

<sup>88</sup> So *Roxin*, NStZ 1993, 335.

<sup>89</sup> *Kühl* (Fn. 5), § 7 Rdnr. 42.

<sup>90</sup> *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 32 Rdnrn. 16 f.

<sup>91</sup> Vgl. *Hruschka*, NJW 1980, 21 (22).

<sup>92</sup> *Roxin*, NStZ 1993, 335.

handlungen. Gefahr ist ein Zustand, in dem auf Grund tatsächlicher Umstände die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses besteht<sup>93</sup>. Dazu zählt aber auch eine Dauergefahr, bei der ein länger andauernder gefahrdrohender Zustand jederzeit in einen Schaden umschlagen kann<sup>94</sup>. Dies selbst dann, wenn die Möglichkeit offen bleibt, dass der Schadenseintritt noch einige Zeit auf sich warten lässt. Eine solche Dauergefahr lag hier für die körperliche Unversehrtheit der F vor, denn E neigte dazu, diese zu misshandeln, was auch in Zukunft wieder zu erwarten war. Die Gefahr war daher gegenwärtig i.S.d. § 34 StGB. Eine Notstandlage für F ist gegeben.

Was die Erforderlichkeit der Notstandshandlung anbelangt, so wäre die Tötung des E geeignet gewesen, die Dauergefahr endgültig abzuwenden. Fraglich ist jedoch, ob die Tötung auch das mildeste Mittel darstellte und damit

die Gefahr nicht anders abwendbar war. Der BGH stellt insoweit strenge Anforderungen. Weil eine Verpflichtung staatlicher Stellen (der Polizei, aber auch der Jugendämter) zum wirksamen Einschreiten bestehe, sei die von einem Familientyrannen ausgehende Dauergefahr für die übrigen Familienmitglieder grundsätzlich anders abwendbar als durch die Tötung des „Tyrannen“. Der Notstandstäter müsse zumindest versucht haben, auf eine solche andere Weise aus der Notstandslage herauszukommen. Dies gelte nur dann nicht, wenn die „hinreichende Wirksamkeit der Handlungsalternativen von vornherein zweifelhaft“ sei<sup>95</sup>. Insoweit könnte man hier darauf verweisen, dass F darauf verzichtete, sich in die Obhut eines Frauenhauses zu begeben, und daher nicht alle Möglichkeiten ausgeschöpft hat.

Auf welche alternativen Abwehrmaßnahmen sich der Täter in solchen Fällen verweisen lassen muss, ist bislang weitgehend ungeklärt. Die Problematik beruht letztlich darauf, dass – anderes als

<sup>93</sup> BGHSt 48, 255 (258 f.). Näher hierzu *Kühl* (Fn. 5), § 8 Rdnrn. 62 ff.

<sup>94</sup> BGHSt 48, 255 (258); BGH, NJW 1979, 2053 (2054); *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 29), § 17 Rdnr. 58; *Haft* (Fn. 2), S. 99; *Kühl* (Fn. 5), § 8 Rdnr. 65; *Wessels/Beulke* (Fn. 28), Rdnrn. 306 f.

<sup>95</sup> BGHSt 48, 255 (260 f.); kritisch hierzu *Renner*, NStZ 2004, 233 (237).

bei einer aktuellen Gefahrensituation, bei der angesichts des Erfordernisses der sofortigen Gefahrenabwehr regelmäßig nur wenige Alternativen zur Verfügung stehen – bei einer Dauergefahr eine große Zahl von Abwehrmaßnahmen in Betracht kommt. Die Anforderungen des BGH sind letztlich sehr streng, da er von der Prämisse ausgeht, dass staatliche Hilfe grundsätzlich Erfolg haben wird<sup>96</sup>, dies freilich keineswegs immer der Fall sein muss<sup>97</sup>.

F hatte es laut Sachverhalt bereits unternommen, die zuständigen Behörden einzuschalten<sup>98</sup>. Die entsprechenden Maßnahmen, insbesondere nach dem Gewaltschutzgesetz, blieben aber erfolglos. Auch hatte sie immerhin eine

Scheidung in Erwägung gezogen; eine solche kann angesichts des Umstandes, dass sie von E bereits bei dem Umzugsversuch lebensgefährlich verletzt wurde, nicht als erfolgsversprechend angesehen werden<sup>99</sup>. Auch kann ihr nicht zugemutet werden, bis zu einer etwaigen Scheidung weitere Misshandlungen zu erdulden<sup>100</sup>. Letztlich sind weitere Racheakte auch bei einem Umzug in ein Frauenhaus nicht völlig auszuschließen<sup>101</sup>. Auf unsichere Mittel und solche, die den Schadenseintritt nur hinausschieben, muss sich der Notstandstätter nicht verweisen lassen<sup>102</sup>. Es spricht daher einiges dafür, dass die Gefahr nicht anders abwendbar und die Tötung des E daher erforderlich war. Die gegenteilige Ansicht ist aber selbstverständlich gut vertretbar.

<sup>96</sup> Rengier, NStZ 2004, 233 (237); vgl. ferner Hillenkamp, JZ 2004, 48 (51).

<sup>97</sup> Vgl. etwa RGSt 60, 318 (322), wo weder eine mehrfach erfolgte Einschaltung der Polizei noch eine Trennung erfolgreiche Abwehrmaßnahmen waren.

<sup>98</sup> Vgl. aber auch BGHSt 48, 255 (260), wonach Anhaltspunkte dafür, dass die Alternativen zur Abwehr der Gefahr nicht wirksam gewesen wären, sich etwa daraus ergeben können, dass die Behörden trotz Hilfersuchens und Kenntnis der Lage in der Vergangenheit nicht wirksam eingeschritten waren und daher ungewiss bleiben musste, ob sie in der aktuellen Notstandslage nachhaltig eingreifen würden; dazu auch Rengier, NStZ 1984, 21 (22).

<sup>99</sup> Auch BGHSt 48, 255 (259 f.), berücksichtigt u.a., wie ernst die ausgesprochenen Drohungen tatsächlich zu nehmen waren.

<sup>100</sup> So auch BGH, NJW 1966, 1823 (1825).

<sup>101</sup> Siehe auch Kühl (Fn. 5), § 12 Rdnr. 51, wonach Maßnahmen, die nur vorübergehend schützen würden, nicht zumutbar sind. Vgl. auch BGH, NStZ 1984, 21, wo die Frau eine Flucht ins Frauenhaus verworfen hatte, weil sie nicht wusste, was aus ihrem in der Familie lebenden kranken und hilfsbedürftigen Vater werden sollte.

<sup>102</sup> Kühl (Fn. 5), § 12 Rdnr. 50.

Letztlich scheidet eine Rechtfertigung unter Zugrundelegung der h.M. jedenfalls aber deshalb aus, weil die körperliche Unversehrtheit der F das durch die Tat beeinträchtigte Interesse – das Leben von E – nicht überwog. Das Ergebnis der Abwägung ändert sich selbst dann nicht, wenn eine zugespitzte Situation mit akuter Lebensgefahr vorliegen würde<sup>103</sup>. Das Leben ist nach Ansicht der h.M. einer Abwägung nicht zugänglich, so dass die Tötung eines Menschen über § 34 StGB nicht gerechtfertigt sein kann (keine Abwägung von Leben gegen Leben)<sup>104</sup>. Die Tötung des E ist somit nicht nach § 34 StGB gerechtfertigt.

### **3. Möglicherweise greift zugunsten des N jedoch ein Entschuldigungsgrund ein:**

#### **a) Notwehrexzess gemäß § 33 StGB**

Eine Entschuldigung gemäß § 33 StGB scheidet hier aus: N hat nicht aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken (sog. asthenische Affekte) gehandelt. Nach h.M. scheidet eine Entschuldigung nach § 33 StGB zudem aus, weil die Vorschrift nur den intensiven Notwehrexzess, nicht aber den extensiven Notwehrexzess, bei dem es schon an einer Notwehrlage fehlt, erfasst<sup>105</sup>.

#### **b) Entschuldigender Notstand zugunsten von F gemäß § 35 StGB**

N ist auch nicht nach § 35 StGB entschuldigt, weil er eine der F drohende gegenwärtige Dauergefahr abgewendet hat, da F nicht zu dem nach § 35 StGB geschützten Personenkreis gehört. Für die Annahme „einer anderen ihm nahe stehenden Person“ genügt nicht die lockere Bekanntschaft aus dem Nach-

<sup>103</sup> BGHSt 48, 255 (257); Rengier, NStZ 1984, 21 (22); Lackner/Kühl (Fn. 44), § 32 Rn 4, § 34 Rdnr. 9.

<sup>104</sup> BGHSt 48, 255 (257); Haft (Fn. 2), S. 98; Kühl (Fn. 5), § 8 Rdnr. 122; Roxin (Fn. 80), § 16 Rdnr. 76; Wessels/Beulke (Fn. 28), Rdnr. 316. Anders aber Küper, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, S. 72 ff.; Hirsch, in: Leipziger Kommentar (Fn. 30), § 34 Rdnrn. 73 f., wonach beim Defensivnotstand auch eine Tötung gerechtfertigt sein kann.

<sup>105</sup> BGHSt 27, 336 (339); Wessels/Beulke (Fn. 28), Rdnr. 446. Zum Ganzen Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 29), § 23 Rdnr. 40; Kühl (Fn. 5), § 12 Rdnrn. 135 ff.

barschaftsverhältnis<sup>106</sup>. Durch die Einbeziehung anderer, dem Täter nahestehender Personen sollen nämlich persönliche Verhältnisse berücksichtigt werden, die an Intensität des Zusammengehörigkeitsgefühls der Beziehung zwischen Angehörigen vergleichbar sind. Diese Voraussetzung ist nur bei einer auf Dauer angelegten engen persönlichen Beziehung zwischen dem Täter und der betreffenden Person gegeben<sup>107</sup>.

**c) Übergesetzlicher entschuldigender Notstand (analog § 35 StGB<sup>108</sup>)**

Auch eine Entschuldigung aufgrund eines *übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes* scheidet aus<sup>109</sup>. Diese Rechtsfigur kann richtigerweise nicht bereits auf Fälle angewendet werden, in denen

§ 35 StGB lediglich aufgrund des geschützten Personenkreises zu verneinen ist<sup>110</sup>. Ansonsten könnten die engen Voraussetzungen des § 35 StGB ohne weiteres umgangen werden. Man kann eine Entschuldigung hier auch mit dem Argument ablehnen, dass es für den unbeteiligten N an einem schweren Gewissenskonflikt, der voraussetzt, dass jede Entscheidung eine Verstrickung in schwerste sittliche Schuld bedeutet, fehlt<sup>111</sup>. Ferner könnte man anführen, dass letztlich keine aktuelle Gefahrensituation bestand<sup>112</sup>. Eine Entschuldigung kann auch verneint werden, wenn man mit einer in der Literatur vertretenen Ansicht fordert, dass der Täter durch Preisgabe des Menschenlebens eine größere Anzahl von Menschenleben retten muss<sup>113</sup>, oder gar verlangt, dass

<sup>106</sup> Vgl. OLG Koblenz, NJW 1988, 2316 (2317); Kühl (Fn. 5), § 12 Rdnr. 39; Roxin, Strafrecht AT 1, § 22 Rdnr. 31.

<sup>107</sup> OLG Koblenz, NJW 1988, 2316 (2317); Hirsch, in: Leipziger Kommentar (Fn. 30), § 35 Rdnr. 33.

<sup>108</sup> Haft (Fn. 2), S. 146.

<sup>109</sup> In der Rechtsprechung wurde bislang nur ein persönlicher Strafausschließungsgrund angenommen; OGHSt 1, 321 (335); OGHSt 2, 117 (126); die Anerkennung eines Entschuldigungsgrundes wurde offen gelassen von BGHSt 35, 347 (350 f.).

<sup>110</sup> Hirsch, in: Leipziger Kommentar (Fn. 30), Vor § 32 Rdnr. 217.

<sup>111</sup> Rönnau, in: Leipziger Kommentar (Fn. 30), Vor § 32 Rdnrn. 217, 341.

<sup>112</sup> Haft (Fn. 2), S. 146.

<sup>113</sup> Siehe etwa Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 67), § 10 Rdnr. 129; a.A. aber etwa Kühl (Fn. 5), § 12 Rdnr. 100, wonach Gleichwertigkeit des geschützten Interesses ausreichend und damit nicht erforderlich ist, dass eine größere Anzahl von Menschen gerettet wird; vgl. ferner Roxin (Fn. 80), § 22 Rdnr. 157 ff.

das verletzte Interesse – hier das Leben des E – bereits verloren sein muss<sup>114</sup>.

#### **4. Strafaufhebungsgrund: Rücktritt gemäß § 24 I 1 Var. 2 StGB**

Der Versuch ist hier nicht fehlgeschlagen<sup>115</sup>, so dass die sog. „Rücktrittsfähigkeit“ gegeben ist. Es liegt ferner die Situation des beendeten Versuchs vor, weil N nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung (sog. Rücktrittshorizont) glaubte, alles getan zu haben, was nach seiner Vorstellung von der Tat zur Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges notwendig ist<sup>116</sup>. Indem er das Feuer erstickte und einen Notarztwagen rief, hat er aktive Gegenmaßnahmen, d.h. eine erfolgsverhindernde Tätigkeit entfaltet. Da dies freiwillig geschah, ist ein Rücktritt zu bejahen.

<sup>114</sup> Etwa *Jakobs* (Fn. 7), 20. Abschn. Rdnr. 42, wonach eine Umschichtung des Risikos auf zuvor nicht gefährdete Güter nur im Rahmen des § 35 StGB zulässig ist; ferner *Neumann*, in: *Nomos-Kommentar zum StGB*, § 35 Rdnr. 60.

<sup>115</sup> Soweit man den sog. „Fehlschlag“ als eigenständige Kategorie überhaupt anerkennt; dagegen etwa *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 29), § 27 Rdnr. 12.

<sup>116</sup> *Haft* (Fn. 2), S. 239; *Kühl* (Fn. 5), § 16 Rdnrn. 25 ff.; *Wessels/Beulke* (Fn. 28), Rdnr. 631.

#### **5. Zwischenergebnis**

N ist daher nicht nach §§ 212, 22, 23 StGB strafbar.

#### **V. Strafbarkeit des N gemäß §§ 223 I Var. 1 und Var. 2, 224 I Nr. 2, 5 StGB – gefährliche Körperverletzung an E durch das Anzünden**

1. Hinsichtlich der Brandverletzungen des E liegt der objektive und subjektive Tatbestand einer vollendeten gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 223 I Var. 1 und Var. 2, 224 I Nr. 2 (gefährliches Werkzeug<sup>117</sup>) und Nr. 5 (lebensgefährdende Behandlung) StGB vor.

2. Für die Frage der Rechtfertigung und Entschuldigung kann auf IV. verwiesen werden.

3. Der Rücktritt vom versuchten Totschlag lässt die Strafbarkeit wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung

<sup>117</sup> In Abgrenzung zu § 224 I Nr. 1 StGB werden Einwirkungen thermischer Art – wie etwa das Entzünden eines Feuers mithilfe eines Feuerzeugs erfasst, vgl. *Hardtung* in: *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 3, Aufl. 1, 2003, § 224 Rdnr. 15; *Stree/Sternberg-Lieben* in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 224 Rdnr. 6.

unberührt, da der Täter lediglich „wegen Versuchs nicht bestraft“ wird<sup>118</sup>.

## **VI. Strafbarkeit des N gemäß § 226 I Nr. 3, II StGB – schwere Körperverletzung an E durch das Anzünden**

1. Die von N begangene Körperverletzung könnte ferner gemäß § 226 I Nr. 3, II StGB qualifiziert sein (schwere Körperverletzung). Da E durch die Tat in erheblicher Weise dauerhaft entstellt wurde, ist der objektive Tatbestand des § 226 I Nr. 3 StGB verwirklicht.

2. Fraglich ist allerdings, ob B absichtlich oder zumindest wissentlich i.S.d. Qualifikation<sup>119</sup> des § 226 II StGB hinsichtlich der dauernden Entstellung handelte, da sein Vorsatz auf den Tod des E gerichtet war<sup>120</sup>. Die in § 226 I StGB genannten schweren Folgen stel-

len nämlich anders als die einfache Körperverletzung nach § 223 StGB kein notwendiges Durchgangsstadium zur Tötung dar<sup>121</sup>. Sie weisen ein gewisses Dauerelement auf<sup>122</sup> und sind daher nicht ohne weiteres i.S.d. Einheitstheorie vom Tötungsvorsatz umfasst<sup>123</sup>. Vielmehr schließt der Tötungsvorsatz regelmäßig den Vorsatz hinsichtlich des Eintritts einer schweren Folge nach § 226 StGB aus, weil die schweren Folgen gerade das Überleben des Opfers zumindest für einen geraumen Zeitraum voraussetzen<sup>124</sup>. Es besteht daher grundsätzlich ein tatbestandliches Exklusivitätsverhältnis<sup>125</sup>. So liegt gerade auch eine dauernde Entstellung nur im Falle des Überlebens vor.

<sup>118</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 5), § 16 Rdnr. 88; *Rengier* (Fn. 81), § 21 Rdnr. 4; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 67), § 11 Rdnr. 96.

<sup>119</sup> § 226 II StGB ist ein Qualifikationstatbestand, vgl. *Rengier* (Fn. 81), § 15 Rdnr. 2; *Stree/Sternberg-Lieben* in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 226 Rdnr. 13.

<sup>120</sup> Der Sachverhalt ist angelehnt an BGHR StGB § 226 Abs. 2 Schwere Körperverletzung 2, Gründe – dort jedoch ohne Rücktritt vom versuchten Tötungsdelikt; dazu *Eisele*, JA 2003, 105 ff.; vgl. zu einem ähnlichen Fall BGH, NJW 2001, 980 f.; siehe auch *Lackner/Kühl* (Fn. 44), § 226 Rdnr. 5.

<sup>121</sup> *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil I, 2008, Rdnr. 342. Dazu, dass der Tötungsvorsatz den Körperverletzungsvorsatz mit enthält, vgl. BGHSt 16, 122 (123); BGHSt 44, 196 (199).

<sup>122</sup> *Rengier* (Fn. 81), § 15 Rdnr. 33.

<sup>123</sup> BGH, NStZ 1997, 233 (234); *LK-Hirsch*, § 226 Rdnr. 29.

<sup>124</sup> BGH, NStZ 1997, 233 (234); *Jakobs*, Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten, 1967, S 109; *Hirsch*, in: *Leipziger Kommentar* (Fn. 30), § 226 Rdnr. 39.

<sup>125</sup> *Hardtung*, in: *Münchener Kommentar* (Fn. 117), § 226 Rdnr. 6.

Tötungsvorsatz und absichtliches bzw. wissentliches Handeln i.S.d. § 226 II StGB können daher nur in Ausnahmefällen zusammentreffen. Zu nennen sind etwa Konstellationen des Alternativvorsatzes, d.h. wenn der Täter Vorsatz sowohl hinsichtlich der schweren Folge als auch der Tötung besitzt<sup>126</sup>. Im vorliegenden Fall war N bekannt, dass dem Tod durch Verbrennen schwerste Brandverletzungen vorausgehen werden.

Der BGH<sup>127</sup> bejahte aus diesem Grund in der dem Sachverhalt zugrunde liegenden Entscheidung ein wissentliches Handeln. Der Täter habe nämlich die schwere Folge durch die gewählte Art und Weise der Tötung als notwendiges Durchgangsziel erkannt. Gegen die Annahme von § 226 II StGB spricht jedoch, dass der BGH mit seiner Argumentation lediglich zum Ausdruck bringt, dass der Täter die Entstellungen als sichere Folge seines Handelns erkannt hat. Hingegen fehlt eine hinreichende Begrün-

dung, warum es der Täter auch alternativ als *sicher* voraussah, dass das Opfer überleben und daher *dauerhaft* entstellt sein wird<sup>128</sup>. Hierauf muss sich ebenfalls der Vorsatz beziehen, da die Langwierigkeit der Folge zum tatbestandlichen Erfolg gehört<sup>129</sup>. Im Ergebnis kann § 226 II StGB bejaht oder verneint werden.

Soweit § 226 II StGB verneint wird, ist jedoch die Erfolgsqualifikation<sup>130</sup> des § 226 I StGB zu bejahen, die sowohl dolus eventualis als auch fahrlässiges Handeln erfasst.

Der BGH hat zwar einmal entschieden, dass dem Täter, der mit Tötungsvorsatz handelt, keine Fahrlässigkeit zur Last falle<sup>131</sup>, weil die Annahme der Fahrlässig-

<sup>126</sup> BGH, NStZ 1997, 233 (234); BGH, NJW 2001, 980 f.; Lackner/Kühl (Fn. 44), § 226 Rdnr. 5.

<sup>127</sup> BGHR StGB § 226 Abs. 2 Schwere Körperverletzung 2, Gründe.

<sup>128</sup> Eisele, JA 2003, 105 (107); *Hardtung*, in: Münchener Kommentar (Fn. 117), § 226 Rdnr. 46; ähnl. *Kindhäuser*, BT 2, 2003 § 10 Rdnr. 39.

<sup>129</sup> *Hardtung*, in: Münchener Kommentar (Fn. 117), § 226 Rdnrn. 13 ff.

<sup>130</sup> Eisele (Fn. 123), Rdnr. 328; Rengier (Fn. 81), § 15 Rdnr. 1; Weber, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 6 Rdnr. 60.

<sup>131</sup> Dolus eventualis ist zu verneinen. Verlangt man nämlich mit der h.M ein voluntatives Element, so müsste N den Eintritt der schweren Folge, d.h. die dauernde Entstellung gebilligt haben. Dies würde aber zugleich bedeuten, dass N das auch Überle-

keit ansonsten auf den Vorwurf hinausliefe, der Täter habe es bei der von ihm beabsichtigten Tötung an der erforderlichen und zumutbaren Sorgfalt fehlen lassen<sup>132</sup>. Die Begründung geht jedoch fehl: Der Vorwurf der Fahrlässigkeit liegt nämlich nicht in einer unsorgfältigen Tötung, sondern selbstverständlich in der Vornahme der Tötungshandlung selbst. Eine solche Handlung mit den erkennbar drohenden Folgen des § 226 I StGB muss er daher vollständig unterlassen<sup>133</sup>. Eine Strafbarkeit gemäß § 226 I StGB ist zu bejahen.

3. §§ 223 I Var. 1 und Var. 2, 224 I Nr. 2 und Nr. 5 StGB treten nach h.M. im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter § 226 StGB zurück<sup>134</sup>. A.A. – Annahme von Tateinheit – ist aber vertretbar<sup>135</sup>.

---

ben des E gebilligt haben müsste. Anders ist zu entscheiden, wenn man der Möglichkeits- oder der Wahrscheinlichkeitstheorie folgt, die beide auf ein voluntatives Element verzichten; vgl. dazu Haft (Fn. 2), S. 158 f.

<sup>132</sup> BGHSt 22, 248 (249).

<sup>133</sup> Hirsch, ZStW 81 (1969), S. 927 (930).

<sup>134</sup> Siehe BGHSt 21, 194 (195); Lackner/Kühl (Fn. 44), § 224 Rdnr. 12.

<sup>135</sup> Lilie, in: Leipziger Kommentar (Fn. 30), § 224 Rdnr. 41.

## VII. Gesamtergebnis

### 1. Handlungsabschnitt:

#### **Strafbarkeit des N**

N hat sich gemäß § 223 I Var. 1 StGB wegen des Faustschlags strafbar gemacht.

#### **Strafbarkeit der F**

Verneint man eine Garantenstellung der F bzw. die Kausalität, so scheidet eine Strafbarkeit nach §§ 223 I Var. 1, 13 (§ 27) StGB aus. Es kommt dann nur eine Strafbarkeit nach § 323 c StGB in Betracht, die bejaht oder verneint werden kann; ggf. ist F insoweit also strafflos. Wird eine Strafbarkeit nach §§ 223 I Var. 1, 13 (§ 27) StGB bejaht, so tritt § 323 c StGB dahinter im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück.

### 2. Handlungsabschnitt:

N ist hinsichtlich des Steinwurfs als mittelbarer Täter oder Nebentäter gemäß §§ 223 I Var. 1 und Var. 2, 224 I Nr. 2 und Nr. 3 (§ 25 I Var. 2) StGB strafbar. Vertretbar ist auch die Annahme einer Anstiftung oder Beihilfe zur Tat des E

gemäß §§ 223 I Var. 1 und Var. 2, 224 I Nr. 2, § 26 bzw. § 27 StGB.

### 3. Handlungsabschnitt:

N ist hinsichtlich des Anzündens des E mit Brennspritus nach § 226 II StGB, jedenfalls aber nach § 226 I StGB strafbar. §§ 223 I Var. 1 und Var. 2, 224 I Nr. 2 und Nr. 5 StGB treten nach h.M. im Wege der Gesetzeskonkurrenz dahinter zurück. A.A. – Annahme von Tateinheit – aber vertretbar.

Die Taten des N in den einzelnen Handlungsabschnitten stehen in Tateinheit, § 53 StGB, zueinander.

### Aufgabe 2: <sup>136</sup>

F besitzt gemäß § 52 I Nr. 2 StPO als Ehegatte ein Zeugnisverweigerungsrecht. Nach § 252 StPO darf die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen nicht verlesen werden, wenn der Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht.

<sup>136</sup> Aufgabe 2 liegt die Entscheidung BGH, NJW 2004, 1605, mit Besprechung Norouzi, JA 2004, 599 ff. abgewandelter (und vereinfachter) Form zugrunde.

1. Zunächst geht es um ein bekanntes Standardproblem. Nach h.M. enthält die Vorschrift nicht nur ein Verlesungsverbot, sondern auch ein Beweisverwertungsverbot<sup>137</sup>. Auch die Verhörspersonen als Beweissurrogate dürfen grundsätzlich nicht vernommen werden. Nach Teilen der Literatur soll dies absolut gelten. Nach dem Schutzzweck des § 252 i.V.m. § 52 StPO sei eine Differenzierung nach Verhörspersonen nicht überzeugend<sup>138</sup>. Nach Ansicht der Rechtsprechung soll hingegen die Vernehmung des Ermittlungsrichters als Ausnahme zulässig sein<sup>139</sup>, da Vernehmungen durch ihn gesetzlich gestärkt seien (§§ 251 II StPO), er daher ein höheres Vertrauen genieße<sup>140</sup> und die Vernehmung auch strafrechtlich abgesichert sei (§§ 153, 154, 161 StGB)<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2010, Rdnrn. 419 f.; Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl. 2011, § 252 Rn 12 f. Zum Ganzen Lesch, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2002, 2. Kap Rdnrn. 145 ff.

<sup>138</sup> So etwa Roxin, Strafprozessrecht, 25. Aufl. 1998, § 44 Rdnr. 21 m.w.N.

<sup>139</sup> BGHSt 32, 25 (29); BGHSt 46, 189 (195); Meyer-Goßner (Fn. 137), § 252 Rdnr. 14.

<sup>140</sup> BGHSt 21, 218 (219).

<sup>141</sup> Lesch (Fn. 139), 2. Kap Rdnr. 147.

2. Die Hauptproblematik liegt aber nun darin, ob der Inhalt der Videoaufzeichnung ebenfalls verwertet werden kann und welche Bedeutung dies für die Vernehmung des Ermittlungsrichters besitzt.

Hinsichtlich der Videoaufzeichnung gilt Folgendes: Diese wurde außerhalb der Hauptverhandlung in zulässiger Weise unmittelbar nach § 58 a I 1 StPO angefertigt. Nach dieser Vorschrift kann nämlich jede Zeugenvernehmung aufgezeichnet werden<sup>142</sup>. Dies gilt auch für Vernehmungen durch den Ermittlungsrichter, ohne dass ein Fall des § 168 e StPO (Videodirektschaltung) gegeben sein muss<sup>143</sup>. Für die Verwertung der Aufzeichnung im Wege der Inaugenscheinnahme<sup>144</sup> gilt § 255 a StPO. Zwar liegt hier der erforderliche Gerichtsbeschluss nach § 255 a I i.V.m. § 251 IV StPO vor. Einer Vorführung nach § 255 a I StPO steht aber das im Rahmen dieser Vorschrift entsprechend geltende Verwertungsverbot des § 252 StPO entgegen.

Auf Grundlage der Rechtsprechung ist damit nur die Vernehmung des Ermittlungsrichters möglich, nicht hingegen die Vorführung des Videoprotokolls. Dies führt letztlich zu dem merkwürdigen Ergebnis, dass nur das entferntere (und damit das weniger zuverlässigere) Beweissurrogat (nämlich die Aussage des Ermittlungsrichters) verwendet werden kann, während die zuverlässigere Videoaufzeichnung einer Verwertung nicht zugänglich ist. Diesen Widerspruch sieht auch der BGH: „Während das schriftliche Protokoll die Aussage des Zeugen in der Regel nicht wörtlich wiedergibt, vermittelt die Videoaufzeichnung die frühere Aussage des Zeugen – einschließlich der nonverbalen Vernehmungsinhalte und der erfolgten Interaktionen – in allen Einzelheiten sehr viel genauer, als der auf der Grundlage seiner Erinnerung aussagende Richter es könnte.“ Eine einschränkende Auslegung des Verweises auf § 252 StPO dahingehend, dass im Falle der Vernehmung des Ermittlungsrichters auch die Vorführung einer Videoaufzeichnung zulässig ist, lehnt der BGH

<sup>142</sup> *Beulke* (Fn. 139), Rdnr. 430g.

<sup>143</sup> *Meyer-Goßner* (Fn. 137), § 168 e Rdnr. 9; hier liegt weder ein Fall des § 168 e StPO noch des § 247 a StPO vor.

<sup>144</sup> Vgl. BGH, NJW 2004, 1468 (1468).

angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 255 a I StPO dennoch zu Recht ab.

Ist aber die Vorführung des zuverlässigeren Beweissurrogats der Videovernehmung nunmehr nach § 255 a I StPO unzulässig, so spricht – entgegen der bisherigen Rechtsprechung – einiges dafür, auch die Vernehmung des Ermittlungsrichters in Fällen des § 252 StPO als unzulässig anzusehen<sup>145</sup>. Der BGH möchte diese Konsequenz aber (noch) nicht ziehen.

Auch eine Vorführung nach § 255a II StPO (es handelt sich gegenüber Absatz 1 um eine eigenständige Vorschrift) scheidet aus. Zwar soll die Vorschrift des § 252 StPO auf Absatz 2 des § 255 a StPO nach Ansicht des BGH – entgegen Stimmen in der Literatur<sup>146</sup> – keine Anwendung finden, da in Fällen des § 255 a II StPO die Beweisaufnahme im Interesse der Vermeidung mehrfacher Belastungen für den Zeugen in das Ermittlungsverfahren vorgezogen wird. Mit anderen Worten: Die ermittelungsricht-

terliche Vernehmung im Ermittlungsverfahren stellt bereits einen vorgelagerten Teil der Hauptverhandlung dar, so dass bereits dort das Zeugnisverweigerungsrecht ausgeübt werden muss. Dafür spricht auch (argumentum e contrario), dass § 255 a II StPO anders als § 255 a I StPO nicht auf § 252 StPO verweist.

Jedoch fehlt es hier an einer in § 255 a II StPO genannten Straftat. §§ 223, 224 StGB sind insoweit nicht genannt. Ferner werden nur Zeugen unter sechzehn Jahren erfasst. Letztlich setzt § 255 a II StPO auch voraus, dass der Angeklagte und sein Verteidiger Gelegenheit zur Mitwirkung an der richterlichen Vernehmung hatten. Auch daran fehlt es hier, weil E nach § 168 c III StPO von der aufgezeichneten Vernehmung ausgeschlossen worden ist.

<sup>145</sup> Vgl. auch *Norouzi*, JA 2004, 599 ff.

<sup>146</sup> So etwa *Diemer*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 5. Aufl. 2003, § 255 a Rdnr. 11; *Meyer-Goßner* (Fn. 137), § 255 a Rdnr. 8.

## Vergütungsanspruch einer Kartenlegerin „Life Coaching“

BGH, Urteil vom 13. 1. 2011, Aktenzeichen III ZR 87/10, NJW 2011, 756

Zur Frage der objektiven Unmöglichkeit einer Leistung, die unter Einsatz übernatürlicher, magischer Kräfte und Fähigkeiten erbracht werden soll (hier: Lebensberatung in Verbindung mit Kartenlegen), und der Auswirkungen auf den Vergütungsanspruch

### Sachverhalt (vereinfacht):

A bietet im Internet Lebensberatung („Life-Coaching“) an; die dazu erforderlichen Erkenntnisse sollen mittels Kartenlegen gewonnen werden. B nahm diese Dienste, nachdem er wegen seiner Trennung sich in einer Lebenskrise befand, in Anspruch. Die vereinbarte Vergütung für den Monat Januar 2009 überwies er nicht, nachdem er in der Vergangenheit eine Summe von über 35.000 € überwiesen hatte. A verlangt nun Zahlung für Januar 2009 in Höhe von 6723,50 €.

Zu Recht?

### A. Anspruch aus Dienstvertrag gemäß § 611 BGB

#### I. Vertragsschluss

Ein Vertrag zwischen A und B ist zustande gekommen; er ist mangels geschuldetem Erfolg auch als Dienstvertrag zu qualifizieren

#### II. Unwirksamkeit nach § 138 I BGB

Möglicherweise ist der Vertrag jedoch nach § 138 I BGB unwirksam. Die Unmöglichkeit der Leistung als solche begründet noch keine Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB; anders als nach § 306

BGB a.F. steht es der Wirksamkeit nicht entgegen, wenn eine Partei von ihrer Leistungspflicht nach § 275 BGB befreit ist (§ 311a I BGB). Eine Sittenwidrigkeit könnte sich hier aber aus den sonstigen Umständen ergeben. Dafür spricht zum einen, dass die vereinbarte Vergütung sehr hoch ist; zum anderen wird hier eine psychische Zwangslage ausgenutzt. Der BGH führt aus:

*„In diesem Zusammenhang darf nicht verkannt werden, dass sich viele der Dienstberechtigten, die einen Vertrag mit dem vorliegenden oder einem ähnlichen Inhalt abschließen, in einer schwierigen Lebenssituation befinden oder es sich bei ihnen um leichtgläubige, unerfahrene oder psychisch labile Personen handelt. Daher dürfen in solchen Fällen keine allzu hohen Anforderungen an einen Verstoß gegen die guten Sitten i. S. des § 138 I BGB gestellt werden“*

Der BGH entscheidet die Frage jedoch nicht selbst, sondern weist das Berufungsgericht an, die Frage zu prüfen. Der Vertrag ist also nach § 138 I BGB unwirksam (so auch das AG Mannheim

BeckRS 2011, 05543 in einem ähnlichen Fall (a.A. vertretbar)).

### **Hilfsgutachten**

Unterstellt, ein wirksamer Vertrag liege vor, wäre nun zu prüfen, ob dem Anspruch weitere Einwendungen oder Einreden entgegenstehen

### **III. Entfallen des Vergütungsanspruchs gemäß § 326 I BGB**

Der Vergütungsanspruch entfällt grundsätzlich, wenn der Schuldner gemäß § 275 I BGB von der Leistungspflicht befreit ist

#### **1. Unmöglichkeit gemäß § 275 I BGB**

Möglicherweise ist die Leistung hier gemäß § 275 I BGB objektiv unmöglich. Eine Leistung ist objektiv unmöglich, wenn sie von niemandem erbracht werden kann. Der BGH führt dazu aus:

*Eine Leistung ist objektiv unmöglich und kann deshalb nicht verlangt oder gar erzwungen werden (§ 275 BGB), wenn sie nach den Naturgesetzen oder nach dem Stand der Erkenntnis von Wissenschaft und Technik schlechthin nicht erbracht werden kann. So liegt es beim Verspre-*

*chen des Einsatzes übernatürlicher, „magischer“ oder parapsychologischer Kräfte und Fähigkeiten...*

*Es ist für den Bereich des Rechts allgemein anerkannt und offenkundig, dass die Existenz magischer oder parapsychologischer Kräfte und Fähigkeiten nicht beweisbar ist, sondern lediglich dem Glauben oder Aberglauben, der Vorstellung oder dem Wahn angehört; diese Kräfte und Fähigkeiten können, als nicht in der wissenschaftlichen Erkenntnis und Erfahrung des Lebens begründet, vom Richter nicht als Quelle realer Wirkungen anerkannt werden, sondern sind in rechtlicher Beziehung nicht als Mittel zur Herbeiführung irgendwelcher Veränderung in der Welt des Tatsächlichen anzusehen...*

*Unter das Versprechen einer Leistung durch Gebrauch übernatürlicher, magischer Kräfte und Fähigkeiten fällt auch das Kartenlegen im Sinne einer Wahrsagepraktik, aus Spielkarten Auskunft über verborgene oder zukünftige Dinge sowie Ratschläge zu erhalten.*

Allerdings sind nicht sämtliche Fälle der Magie-Dienstleistungen objektiv unmöglich; der BGH führt weiter aus:

*Hiervon abzugrenzen sind Fälle, in denen es allein um die Erbringung allgemeiner Lebensberatung geht oder tatsächlich nicht der Einsatz magischer Kräfte und Fähigkeiten, sondern nur eine jahrmarktähnliche Unterhaltung erwartet und geschuldet wird Maßgeblich ist insofern ... die Auslegung der Vereinbarung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere auch der Höhe der verabredeten Vergütung, und wie sich hiernach der jeweilige konkrete Inhalt der versprochenen Leistung darstellt ( §§ 133, 157 BGB)*

Die Leistung der Kartenlegerin war also objektiv unmöglich gemäß § 275 I BGB.

## **2. Entfallen der Gegenleistung gemäß § 326 I BGB**

Grundsätzlich entfällt bei Unmöglichkeit der Leistung auch der Anspruch auf die Gegenleistung gemäß § 326 I BGB. Allerdings kann die Vorschrift durch Individualvereinbarung abbedungen werden. Der BGH führt dazu aus:

Danach können Vertragsparteien im Rahmen der Vertragsfreiheit und in Anerkennung ihrer Selbstverantwortung wirksam vereinbaren, dass eine Partei sich – gegen Entgelt – dazu verpflichtet, Leistungen zu erbringen, deren Grundlagen und Wirkungen nach den Erkenntnissen der Wissenschaft und Technik nicht erweislich sind, sondern nur einer inneren Überzeugung, einem dahingehenden Glauben oder einer irrationalen, für Dritte nicht nachvollziehbaren Haltung entsprechen. Dies gilt im Hinblick auf § 611 II BGB insbesondere für dienstvertragliche Leistungen, und zwar auch für solche, mit denen eine wie auch immer geartete Lebensberatung verbunden ist. „Erkauft“ sich jemand derartige (Dienst-)Leistungen im Bewusstsein darüber, dass die Geeignetheit und Tauglichkeit dieser Leistungen zur Erreichung des von ihm gewünschten Erfolgs rational nicht erklärbar ist, so würde es Inhalt und Zweck des Vertrags sowie den Motiven und Vorstellungen der Parteien widersprechen, den Vergütungsanspruch des Dienstverpflichteten mit der Begründung zu verneinen, der Dienstverpflich-

tete sei nicht in der Lage nachzuweisen, tatsächlich mittels Einsatzes magischer oder übersinnlicher Kräfte bestimmte Voraussagen machen oder auf die Willensbildung Dritter Einfluss nehmen zu können.

Genau um einen solchen Fall handelt es sich nach dem BGH:

Auch wenn die – geschäftsfähigen – Parteien darauf vertrauten, dass magische Kräfte existieren und über die Kl. für den Bekl. nutzbar gemacht werden konnten, so war ihnen doch bewusst, dass sie mit dem Abschluss des Vertrags den Boden wissenschaftlich gesicherter Erfahrungen verließen und sich auf die Ebene eines vernunftmäßig nicht mehr begründbaren und verifizierbaren Vertrauens in übersinnliche Erkenntnis- und Beeinflussungsmöglichkeiten begaben; die Kl. sollte mit dem vereinbarten Einsatz magischer Fähigkeiten eine Leistung erbringen, die nach dem Stand der Wissenschaft und Technik schlechthin nicht erbracht werden konnte. Wenn sich der Bekl. bei dieser Sachlage gleichwohl entschloss, der Kl. für das Kartenlegen ein Entgelt zu versprechen – und diese Leis-

tungen über einen längeren Zeitraum auch tatsächlich in Anspruch genommen und vergütet hat –, so liegt die Annahme nicht fern, dass die Kl. nach dem Willen der Parteien die vereinbarte Vergütung ungeachtet des Umstands beanspruchen konnte, dass die „Tauglichkeit“ der erbrachten Leistung rational nicht nachweisbar ist.

Allerdings waren die Parteien sich hier nicht darüber im Klaren, dass eine Vergütungspflicht nicht bestand. Das ist nach dem BGH aber unschädlich:

*Dabei ist zu beachten, dass die Annahme einer wirksamen Vergütungsvereinbarung nicht voraussetzt, dass sich die Parteien darüber im Klaren waren, dass der Kl. nach den Maßstäben des § 326 I 1 und des § 275 BGB von Rechts wegen keine Vergütung zustand. Eine Willenserklärung ist zwar eine Äußerung, die auf die Herbeiführung eines rechtsgeschäftlichen Erfolgs gerichtet ist. Ein solcher Rechtsfolgewille setzt aber nicht voraus, dass der Erklärende eine ins Einzelne gehende Vorstellung über die rechtstechnische Herbeiführung des angestrebten wirtschaftlichen Erfolgs hat.*

*Es genügt vielmehr, dass dieser als rechtlich gesichert und anerkannt gewollt ist.*

§ 326 I BGB wurde also wirksam abbedungen; eine Vergütungspflicht bestand demnach trotz objektiver Unmöglichkeit.

### **Ende des Hilfgutachtens**

#### **B. Anspruch aus § 812 I 1 Var.1 BGB**

B hat durch die Leistung der A telefonische Beratung erlangt. Geht man jedoch von der Nichtigkeit gemäß § 138 I BGB aus, so ist der Anspruch gemäß § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen.

#### **Hinweise:**

1. Der Fall ist für eine Examensklausur hervorragend geeignet, betrifft er doch mit dem allgemeinen Schuldrecht und dem allgemeinen Teil Kernbereiche des BGB und bietet Gelegenheit, strukturelles Wissen abzufragen. Eine einfache Subsumtion unter die Vorschriften der §§ 275 I, 326 I BGB genügt nicht, sie würde dem Problem des Falles nicht gerecht.

2. Eine andere Möglichkeit, welche die Literatur vorschlägt, besteht darin, die Vergütungspflicht nach § 326 II BGB bestehen zu lassen: die Wirkungslosigkeit der Magie sei ein Umstand, für den der Gläubiger allein verantwortlich sei. Dagegen spricht allerdings, dass für die Wirkungslosigkeit der Magie letztendlich niemand verantwortlich ist; von einer Zuweisung des Risikos zum Gläubiger kann nur gesprochen werden, wenn dieser gegenüber dem Schuldner wider besseren Wissen die Wirksamkeit verspricht.

(RA Dr. Christian F. Majer)

## **Beherrschung einer Gefahrenquelle und nachbarrechtlicher Ausgleich**

BGH, Urteil vom 24.2.2011, Aktenzeichen V ZR 193/10, NJW-RR 2011, 739,740

Nachbarrechtlich ausgleichspflichtiger Störer ist auch derjenige Nutzer eines Hausteils (hier: die Ehefrau des Eigentümers, die den Raum, in dem der die geltend gemachten Schäden verursachende Brand ausgebrochen ist, als Schlafzimmer nutzte), der eine später schadensursächliche Gefahrenquelle - auch wenn ein vorbeugendes Tätigwerden nicht veranlasst gewesen sein mag - benutzt und beherrscht hat (hier: Bett mit elektrischer Verstellmöglichkeit der Liegefläche).

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

A und B sind Nachbarn. A bewohnt ein Haus zusammen mit seiner Ehefrau (E). Im Haus des A bricht ein Brand aus; ob er auf Fahrlässigkeit beruhte, kann nicht festgestellt werden. Sicher ist aber, dass er von dem Schlaf- und Arbeitszimmer von A und E ausging, das Zentrum war in der Nähe des elektrisch verstellbaren Bettgestells. Der Brand greift auf das Grundstück des B über und beschädigt sein Haus erheb-

lich. Die Gebäudeversicherung (G) des B bezahlt den Schaden und nimmt nun bei E Regress.

Zu Recht?

### **I. Anspruch aus §§ 280 I, 278 BGB i.V.m. § 86 VVG**

Voraussetzung eines Anspruchs aus § 280 I BGB ist ein Schuldverhältnis. Als solches kommt hier das sog. nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis in Betracht. Von einer Mindermeinung wird es wegen der Vielzahl an nachbar-

rechtlichen Pflichten gemäß §§ 906 ff. BGB als Schuldverhältnis i.S.d. § 280 I BGB angesehen BGB angesehen.

Die ganz herrschende Meinung lehnt es jedoch wegen fehlender Konturen und somit fehlender Bestimmtheit ab. Auch der BGH sieht das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis nicht als Schuldverhältnis i.S.d. § 280 I BGB an.

Ein Anspruch aus §§ 280 I, 278 BGB i.V.m. § 86 VVG besteht also nicht.

## **II. Anspruch aus § 906 II 2 BGB i.V.m. § 86 VVG**

Eine Duldungspflicht gemäß § 906 II 1 BGB bestand nicht. Der übergreifende Brand ist keine ortsübliche Beeinträchtigung.

## **III. Anspruch aus § 906 II 2 BGB analog i.V.m. § 886 VVG**

### **1. Voraussetzungen der analogen Anwendung**

In Betracht kommt aber eine analoge Anwendung. Der BGH wendet die Vorschrift in ständiger Rechtsprechung analog auf sog. faktische Duldungspflichten an. In diesen Fällen ist der Eigentümer nicht rechtlich, sondern faktisch daran gehindert, seinen Ab-

wehanspruch aus § 1004 I BGB durchzusetzen. Ein solcher Fall liegt hier vor: B war zwar rechtlich nicht verpflichtet, das Übergreifen des Brandes zu dulden. Er war aber faktisch nicht in der Lage, es abzuwehren.

Umstritten ist allerdings, ob eine analoge Anwendung auch dann in Betracht kommt, wenn wie hier ein Nachbargrundstück aufgrund des Zustandes einer Sache beschädigt wird.

Die Literatur (s. etwa Popescu/Majer, NZM 2009, 181 ff.) lehnt ebenso wie das OLG Hamm (BeckRS 2011, 08530) als Vorinstanz die Analogie in diesen Fällen überwiegend ab. Eine fortdauernde Beeinträchtigung liege nicht vor. Es sei nicht der nachbarschaftliche Nutzungskonflikt betroffen, den § 906 II 2 BGB regeln will. Zudem werde eine verschuldensunabhängige Haftung aufgrund Eigentums eingeführt, was gegen das Prinzip des numerus clausus der Gefährdungshaftungstatbestände verstoße. Eine vergleichbare Interessenslage bestehe also nicht.

Der BGH hält jedoch an seiner Rechtsprechung, die den Anspruch in diesen Fällen bejaht, fest:

*[...] dass es in diesen Fällen von der Interessenlage her nicht um die Einführung einer Gefährdungshaftung für eine gefährliche Einrichtung im Verhältnis zwischen Nachbarn, also nicht um das Entstehen für Schäden, die allein auf das rechtmäßige Vorhandensein einer Anlage oder eine erlaubte Tätigkeit zurückzuführen sind, sondern um die Haftung für rechtswidrige Störungen aus einer bestimmungsgemäßen Grundstücksnutzung geht, die von dem beeinträchtigten Nachbarn aus tatsächlichen Gründen nicht abgewehrt werden können.*

## **2. Eigentum des B**

B war Eigentümer des Grundstücks, auf dem die Beschädigung eintrat.

## **3. Einwirkung auf das Grundstück**

Eine Einwirkung auf das Grundstück des B liegt zumindest im Moment des Übergreifens des Brandes vor.

## **4. faktische Duldungspflicht**

B war nicht in der Lage, das Übergreifen des Brandes zu verhindern, eine faktische Duldungspflicht war danach gegeben.

## **5. Anspruchsgegner**

Fraglich ist, ob sich der Anspruch auch gegen E richtet. Die Vorinstanz verneinte dies mit der Begründung, wenn gegen jeden Nutzer eines Grundstücks dieser Anspruch geltend gemacht werden könnte, würde eine uferlose Haftung bestehen.

Anders aber der BGH:

*Die Störereigenschaft i. d. S. der §§ 1004, 862 BGB folgt nach ständiger Rechtsprechung des Senats nicht allein aus dem Eigentum oder Besitz an dem Grundstück, von dem die Einwirkung ausgeht, und setzt auch keinen unmittelbaren Eingriff voraus; erforderlich, aber auch ausreichend ist vielmehr, dass die Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks wenigstens mittelbar auf den Willen des Eigentümers oder Besitzers zurückgeht. Ob dies der Fall ist, kann nicht begrifflich, sondern nur in wertender*

*Betrachtung von Fall zu Fall festgestellt werden. Entscheidend ist, ob es jeweils Sachgründe gibt, dem Grundstückseigentümer oder -besitzer die Verantwortung für ein Geschehen aufzuerlegen. Dies ist dann zu bejahen, wenn sich aus der Art der Nutzung des Grundstücks, von dem die Einwirkung ausgeht, eine „Sicherungspflicht“, also eine Pflicht zur Verhinderung möglicher Beeinträchtigungen, ergibt. Das Bestehen einer Sicherungspflicht in diesem Sinn ist Voraussetzung für die Störereigenschaft auch bei Immissionen auf Grund eines technischen Defekts [...]*

*Denn sie war es, die die Gefahrenquelle, das Bettelement, benutzte und beherrschte. Sie war für den ordnungsgemäßen Zustand sämtlicher Teile, insbesondere der Elektromotoren und der elektrischen Leitungen, verantwortlich. Da der Brand nicht Folge eines von niemandem zu beherrschenden Naturereignisses war, sondern auf Umständen beruhte, auf die die Bekl. Einfluss nehmen konnte, auch wenn konkret kein Anlass für ein vorbeugendes Tätigwerden bestanden haben mag,*

*ist es gerechtfertigt, sie als Störer i. S. von § 1004 BGB anzusehen.*

## **6. Rechtsfolge**

Nach dem Wortlaut des § 906 II 2 BGB besteht die Rechtsfolge in einer Entschädigung des Eigentümers. Nach dem BGH kann aber in Fällen wie diesem diese im Einzelfall bis zum vollen Ersatz des Schadens gehen. Die Literatur kritisiert dies teilweise mit dem Argument, die Unterschiede zwischen Entschädigung und Schadensersatz würden verwischt und der Anspruch dann als quasi-deliktisch eingeordnet.

## **7. Übergang des Anspruchs (cessio legis) gemäß § 86 VVG**

Da der Versicherer hier Ausgleich geleistet hat, ist der Anspruch des B gegen E auf ihn gemäß § 86 VVG (bzw § 67 VVG a.F.) übergegangen

## **IV. Anspruch aus § 823 I BGB**

Ein Anspruch aus § 823 I BGB setzt Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus; die Beweislast trägt der Geschädigte. Da dies hier nicht nachweisbar ist, ist ein Anspruch aus § 823 I BGB nicht gegeben.

**Hinweise:**

1. Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch nach § 906 II 2 BGB, insbesondere die Probleme seiner analogen Anwendung, gehört zu den im Studium oft vernachlässigten Bereichen. Gerade in den letzten Jahren hat der BGH sich verschiedentlich mit den Problemen dieses Anspruchs auseinandersetzen gehabt, so z.B. mit der Frage der Grundstücksnutzung (*BGH NJW 2009, 3787* – „Feuerwerksrakete“), der analogen Anwendung auf Wohnungseigentum (*BGH NJW 2010, 2347*) und der Frage der Gewährung von Schmerzensgeld (*BGH NJW 2010, 3160* – „Bergbau-Phobie“).

2. Eng zusammenhängend mit dieser Problematik sind die Streitfragen im Zusammenhang mit § 1004 BGB (Störereigenschaft, Inhalt des Anspruchs). Es geht auch hier vor allem um das Verhältnis zum Deliktsrecht und das Verschuldensprinzip. Das Urteil sollte daher Anlass sein, sich nochmals mit dieser Norm zu beschäftigen.

(RA Dr. Christian F. Majer)

## **Erfüllungsort der Nacherfüllung im Kaufrecht**

BGH Urteil vom 13.04.2011, VIII ZR 220-10

**1. Der Erfüllungsort der Nacherfüllung hat im Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches keine eigenständige Regelung erfahren. Für seine Bestimmung gilt daher die allgemeine Vorschrift des § 269 Abs. 1 BGB.**

**2. Danach sind in erster Linie die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen entscheidend. Fehlen vertragliche Abreden über den Erfüllungsort, ist auf die jeweiligen Umstände, insbesondere die Natur des Schuldverhältnisses, abzustellen. Lassen sich auch hieraus keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen, ist der Erfüllungsort letztlich an dem Ort anzusiedeln, an welchem der Verkäufer zum Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung (§ 269 Abs. 2 BGB) hatte.**

### **Sachverhalt (vereinfacht):**

Der in Frankreich wohnhafte K hat von dem in Deutschland ansässigen V einen Camping-Anhänger erworben. In der Auftragsbestätigung ist vereinbart worden „Lieferung ab Sitz des V, Selbstabholer“. V liefert den Anhänger trotzdem nach Frankreich zu K. Während des Urlaubs des K in Frankreich treten Mängel am Anhänger auf. K fordert V schriftlich zur Behebung der Mängel in Frankreich auf und setzt ihm eine Frist.

Nach Ablauf der Frist erklärt er den Rücktritt und verlangt Rückzahlung.

Zu Recht?

### **A. Anwendbarkeit des deutschen Rechts**

Nach dem mangels Rechtswahl anwendbaren Art.4 I Nr.a) Rom-I-VO ist das Recht desjenigen Staates anzuwenden, in welchem der Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Art.6 I

Rom-I-VO (Verbraucherverträge) ist nicht einschlägig, da der Vertrag nicht auf die dort genannte Art und Weise zustande gekommen ist. Der gewöhnliche Aufenthalt des V ist in Deutschland, somit ist deutsches Recht anwendbar.

**B. Anspruch aus §§ 437 Nr.2, 323, 346 I BGB**

**I. Ein wirksamer Kaufvertrag liegt vor.**

**II. Ein Sachmangel i.S.d. § 434 I BGB ist ebenfalls zu bejahen.**

**III. Fraglich ist, ob K V wirksam zur Nacherfüllung aufgefordert hatte.**

Das hängt davon ab, ob die Nacherfüllung am Belegenheitsort der Sache - wozu K V aufgefordert hatte - geschuldet war.

Nach einer in Literatur und Rechtsprechung teilweise vertretenen Ansicht ist die Nacherfüllung am Ort der Belegenheit der Sache geschuldet. Dafür wird die Vorschrift des § 439 II BGB, nach der der Verkäufer die Kosten der Nacherfüllung zu tragen hat, angeführt. Auch der Wortlaut des § 439 I BGB

(„Lieferung“) spreche für eine Nacherfüllung am Belegenheitsort. Das entspreche auch der Lösung zum früheren Recht. Der Verkäufer sei zudem nach § 439 III BGB geschützt. Schließlich wird noch eine europarechtskonforme Auslegung ins Feld geführt.

Der BGH schließt sich jedoch der Gegenansicht an; er entscheidet

*... dass der Erfüllungsort für die Nacherfüllung nach der allgemeinen Vorschrift des § 269 BGB zu bestimmen ist.*

*§ 269 BGB als Bestimmung des allgemeinen Schuldrechts ist anwendbar, weil das Kaufrecht des BGB keine spezielle Regelung zum Erfüllungsort der Nacherfüllung enthält. Eine solche lässt sich auch nicht aus der Entstehungsgeschichte oder der Systematik der aktuellen Gesetzesfassung ableiten.*

Zum Argument des Wortlauts des § 439 I BGB führt der BGH aus:

*Die in § 439 I BGB verwendete Formulierung, wonach der Käufer im Rahmen der Nacherfüllung die „Lieferung“ einer mangelfreien Sache verlangen kann,*

lässt nicht den Schluss zu, der Gesetzgeber habe hierdurch zum Ausdruck bringen wollen, dass die Nacherfüllung stets eine Bringschuld sei, deren Erfüllungsort beim Käufer liege. Zwar weicht der Wortlaut des § 439 I BGB insoweit von der Terminologie des § 433 BGB, welcher den Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache zu „übergeben“ und das Eigentum an der Sache zu „verschaffen“. Dieser begrifflichen Unterscheidung kommt jedoch schon deswegen keine signifikante Aussagekraft zu, weil der Gesetzgeber bei der Novellierung des Kaufrechts auch im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch des Käufers aus § 433 I BGB die Formulierung „Lieferung“ gebraucht und damit zu erkennen gegeben hat, dass er diesem Begriff keine über die Verschaffung der Sache hinausgehende Bedeutung zugemessen hat. Zudem sagt die Formulierung „Lieferung“ ohnehin nichts darüber aus, an welchem Ort die Lieferverpflichtung zu erfüllen ist.

Auch der Wortlaut des § 439 II ergebe keinen Beleg für die Gegenansicht:

Die Kostenregelung des § 439 II BGB beruht ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs zur Modernisierung des Schuldrechts auf Art. 3 IV der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, nach dem die Nacherfüllung für den Verbraucher unentgeltlich, insbesondere ohne Versand-, Arbeits- und Materialkosten durchzuführen ist. Dafür, dass der Gesetzgeber über die Umsetzung der Richtlinie hinaus eine eigenständige Regelung des Erfüllungsorts für Nacherfüllungsansprüche treffen wollte, bestehen keine tragfähigen Anhaltspunkte... § 439 II BGB erschöpft sich in einer Kostentragungsregel und lässt keine Rückschlüsse auf sonstige Rechte und Pflichten der Kaufvertragsparteien zu.

Auch aus dem Vergleich zur früheren Rechtslage lassen sich nach dem BGH keine Schlüsse für die Frage des Erfüllungsorts der Nacherfüllung ziehen:

Eine eigenständige gesetzliche Festlegung des Erfüllungsorts der Nacherfüllung lässt sich auch nicht der im Zuge der Modernisierung des Kaufrechts erfolgten Streichung des § 476a S. 2 BGB a.F. entnehmen. S. 1 BGB a.F. be-

stimmte für den Fall der vertraglichen Vereinbarung eines – vom Gesetz in der damaligen Fassung als solches nicht vorgesehenen – Nachbesserungsrechts, dass der zur Nachbesserung verpflichtete Verkäufer auch die zum Zwecke der Nachbesserung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen hatte. Ausgenommen hiervon waren nach § 476a S. 2 BGB a.F. Mehraufwendungen, die sich daraus ergaben, dass die gekaufte Sache nach der Lieferung an einen anderen Ort als den Wohnsitz oder die gewerbliche Niederlassung des Käufers verbracht worden war; diese Beschränkung galt allerdings dann nicht, wenn das Verbringen dem bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache entsprach.

Aus dem Wegfall der in § 476a S. 2 BGB a.F. enthaltenen Einschränkung lassen sich schon deswegen keine Erkenntnisse über den Erfüllungsort bei Nacherfüllungsansprüchen gewinnen, weil auch diese Bestimmung letztlich nur die Kostentragungspflicht für den zur Nachbesserung erforderlichen Transport, nicht

jedoch die Frage regelte, wer den Transport durchzuführen hatte und wie sich diese Umstände auf den Erfüllungsort auswirkten. Die Streichung des § 476a S. 2 BGB a.F. ist vom Gesetzgeber ausschließlich mit Kostenerwägungen begründet worden. Sie war ausweislich der Gesetzesbegründung allein deswegen notwendig geworden, weil § 476a S. 2 BGB a.F. im Widerspruch zu der von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geforderten Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung stand. Der Schutz des Verkäufers vor unzumutbaren Kosten sollte fortan über § 439 III BGB gewährleistet werden (BT-Dr 14/6040, S. 231).

Schließlich lehnt der BGH auch den von der Gegenansicht gezogenen Vergleich zum Rücktrittsrecht ab:

Das Rücktrittsrecht und das Nacherfüllungsrecht sind in ihrem dogmatischen Ausgangspunkt und ihren Rechtsfolgen so verschieden, dass es an einer Vergleichbarkeit der beiden Rechte fehlt. Während Nachbesserung und Ersatzlieferung der Herbeiführung des Leistungserfolgs im Rahmen des fortbestehenden

*Vertrags dienen, geht es beim Rücktritt um die Rückabwicklung des Vertrags.*

#### **IV. Ort der Nacherfüllung**

Die Frage des Ortes der Nacherfüllung ist im Kaufrecht also nicht speziell geregelt; es findet daher die allgemeine Bestimmung des § 269 I BGB Anwendung. Der BGH führt aus:

*Danach sind in erster Linie die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen entscheidend. Fehlen – wie hier – vertragliche Abreden über den Erfüllungsort, ist auf die jeweiligen Umstände, insbesondere auf die Natur des Schuldverhältnisses abzustellen. Lassen sich auch hieraus keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen, ist der Erfüllungsort letztlich an dem Ort anzusiedeln, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz bzw. seine gewerbliche Niederlassung (§ 269 BGB) hatte.*

Im folgenden präzisiert der BGH diese Formulierung, indem er Fallgruppen bildet:

*In vielen Fällen wird der Erfüllungsort nach den Umständen des Falls am Sitz des Verkäufers anzusiedeln sein.*

*Bei Geschäften des täglichen Lebens, etwa beim Kauf im Ladengeschäft, entspricht es der Verkehrsauffassung, dass die Kunden ihre Reklamationen regelmäßig unter Vorlage der mangelhaften Ware am Sitz des Verkäufers vorbringen.*

*Beim Fahrzeugkauf vom Händler erfordern Nachbesserungsarbeiten in der Regel technisch aufwändige Diagnose- oder Reparaturarbeiten des Verkäufers, die wegen der dort vorhandenen materiellen und personellen Möglichkeiten sinnvoll nur am Betriebsort des Händlers vorgenommen werden können.*

*Dagegen erweist sich eine Gleichsetzung des Erfüllungsorts der Nacherfüllung mit dem Sitz des Verkäufers insbesondere in den Fällen als unangemessen, in denen es um die Nachbesserung von Gegenständen geht, die der Käufer an ihrem Bestimmungsort auf- oder eingebaut hat, oder in denen ein Rücktransport aus anderen Gründen nicht oder nur unter*

erschweren Bedingungen zu bewerkstelligen wäre.

## V. Vereinbarkeit mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Der BGH geht ferner noch gesondert auf die Frage der Vereinbarkeit dieses Ergebnisses mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ein. Nach Art.3 II und III muss die Nacherfüllung unentgeltlich und „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher“ erfolgen. Das Problem der Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung löst der BGH relativ knapp:

*Erfordert die Nacherfüllung, dass der Käufer die Kaufsache zum Verkäufer bringt oder versendet, fallen die Transport- oder Versandkosten zwar beim Käufer an. Er kann jedoch gestützt auf § 439 II BGB vom Verkäufer deren Erstattung verlangen. Ferner kommt angesichts des Schutzzwecks des Unentgeltlichkeitsgebots auch ein Vorschussanspruch des Verbrauchers aus § 439 II BGB in Betracht.*

Auf die Vorgabe der Vermeidung von erheblichen Unannehmlichkeiten geht der BGH ausführlicher ein. Nachdem er feststellt, dass der Begriff nicht in der Richtlinie definiert ist und auch aus der Entstehungsgeschichte keine Schlüsse gezogen werden können, führt er aus:

*Allerdings erfordert die Richtlinie nicht, den Verbraucher vor sämtlichen Unannehmlichkeiten zu schützen, was sich eindeutig aus dem Zusatz „erheblich“ ergibt (in der englischen Fassung „significant“; in der französischen Fassung „majeur“). Ein gewisses Maß an Unannehmlichkeiten ist dem Verbraucher mithin zumutbar. Der Aufwand des Käufers für die Durchführung oder die Organisation des Rücktransports einer gekauften Sache an den Sitz des Verkäufers zum Zwecke der Nacherfüllung überschreitet nicht zwingend die Erheblichkeitsschwelle. Auch das gegebenenfalls vom Käufer zu tragende Risiko, selbst verauslagte Transportkosten mangels Erforderlichkeit nicht vom Verkäufer ersetzt zu bekommen, stellt keine erhebliche Unannehmlichkeit dar. Der Käufer kann entweder einen Vorschuss*

*für die Transportkosten verlangen oder den Verkäufer vorab darüber informieren, welche Art des Transports er beabsichtigt und welche Kosten hierdurch voraussichtlich entstehen. Bietet der Verkäufer keine günstigere Alternative an, so kann er einem Ersatzanspruch des Käufers später nicht entgegenhalten, die von diesem aufgewendeten Kosten seien nicht erforderlich gewesen.*

Auch eine richtlinienkonforme Auslegung steht dem Bezug zu § 269 I BGB also nicht entgegen. Zuletzt geht der BGH noch auf die Frage ein, ob aus der Rechtsnatur des Nacherfüllungsanspruchs sich Einwände gegen die Anknüpfung an § 269 I BGB ergeben. Er verneint das:

*Zwar handelt es sich beim Nacherfüllungsanspruch aus § 439 I BGB um eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs aus § 433 I BGB...*

*Jedoch folgt hieraus nicht, dass der Erfüllungsort des Nacherfüllungsanspruchs zwingend mit demjenigen des Primärleistungsanspruchs übereinstimmt. Zu berücksichtigen ist nämlich,*

*dass nach der gesetzgeberischen Konzeption der Nacherfüllungsanspruch nicht identisch ist mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch, sondern gewisse Modifikationen aufweist, die sich aus dem wegen des Mangels der gelieferten Sache unzulänglichen Erfüllungsversuch ergeben. Der Unterschied zum Erfüllungsanspruch besteht – neben der speziellen Verjährungsfrist des § 438 BGB – im Wesentlichen darin, dass Gegenstand des Nacherfüllungsanspruchs nicht mehr die erstmalige Lieferung einer mangelfreien Kaufsache ist, sondern die Herstellung ihrer Mangelfreiheit durch Nachbesserung oder durch Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache.*

*Dieser vom ursprünglichen Erfüllungsanspruch des § 433 I BGB abweichende Anspruchsinhalt kann Auswirkungen auf den bei fehlenden Parteiabsprachen sich nach § 269 I BGB aus den Umständen des Schuldverhältnisses ergebenden Erfüllungsort haben. Denn auch die Art der vorzunehmenden Leistung (hier: Herstellung der Mangelfreiheit der ausgelieferten Ware) gehört zu den Umständen, die bei der Ermittlung eines Erfüllungsorts zu berücksichtigen sind.*

orts zu berücksichtigen sind. Allein schon dieser gegenüber dem Erfüllungsanspruch aus § 433 I BGB modifizierte Anspruchsgehalt der Nacherfüllung (§ 439 BGB) kann dazu führen, dass der Nacherfüllungsanspruch an einem anderen Ort zu erfüllen ist als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch.

Im konkreten Fall nimmt der BGH den Erfüllungsort am Sitz des Verkäufers an und begründet das folgendermaßen:

*Das Nacherfüllungsverlangen der Kl. betrifft Mängel eines Camping-Faltanhängers, deren Beseitigung – ähnlich wie die Vornahme von Reparaturen bei Kraftfahrzeugen – den Einsatz von geschultem Personal und Werkstatttechnik erfordert. Dies macht grundsätzlich die Verbringung des Anhängers in eine mit geeigneten Vorrichtungen ausgestattete Werkstatt des Verkäufers notwendig. Dass vorliegend eine Mängelbehebung auch vor Ort möglich gewesen wäre, ist nicht ersichtlich. Für die Kl. stellt es auch keine erhebliche Unannehmlichkeit dar, den Anhänger an den Firmensitz der Bekl. zu verbringen. Der Sitz der Bekl. liegt nicht so weit vom*

*Wohnort der Kl. entfernt, dass ein Transport des Anhängers zwischen diesen beiden Orten (oder wenigstens dessen Organisation) den Kl. nicht zuzumuten wäre. Auch beim Kauf des Anhängers hatten sie sich ursprünglich für eine Selbstabholung entschieden. Nach den Umständen ist die von den Kl. verlangte Nacherfüllung daher am Sitz der Bekl. zu erfüllen, so dass die Kl. den Anhänger zum Zwecke der Nacherfüllung dorthin hätten verbringen müssen.*

Das Nacherfüllungsverlangen war daher unwirksam, die Voraussetzungen des Rücktritts gemäß §§ 437 Nr.2, 323, 346 I BGB lagen also nicht vor.

### **C. Ein Anspruch auf Rückzahlung der Kaufsumme besteht daher nicht.**

#### **Hinweise:**

1. Der BGH nimmt in dieser Entscheidung geradezu schulmäßig zu einer der umstrittensten Fragen im Bereich des Kaufrechts Stellung; auf die Argumente der Gegenansicht geht er ausführlich ein. Die Entscheidung ist hochgradig examensrelevant, das gilt zwar vor allem für das erste, aber auch für das

zweite Staatsexamen, betrifft sie doch einen auch praktisch sehr häufigen Problembereich. Ihre sorgfältige Lektüre sei daher trotz ihrer Ausführlichkeit allen nachdrücklich empfohlen.

2. Besondere Klausurrelevanz gewinnt der Fall durch die Problematik der richtlinienkonformen Auslegung. Er bietet also Gelegenheit, europarechtliche Bezüge in einer Zivilrechtsklausur zu prüfen (die Richtlinie wird in diesem Fall im Wortlaut mitgeteilt). Fragen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sind in den letzten Jahren immer wieder Gegenstand von Kontroversen gewesen (s. etwa BGH NJW 2009, 1660 – Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung, Vorlage an EuGH; BGH NJW 2009, 427 – „Quelle-Entscheidung“, Wertersatz bei Nacherfüllung)

3. Der Nacherfüllungsanspruch nach § 439 I BGB wirft noch eine Reihe weiterer klausurrelevanter Probleme auf, so zum Beispiel die Frage, ob der Käufer ein Recht zur Selbstvornahme hat (nein: BGH NJW 2005, 1348), das Problem des Umfangs der Nacherfüllung (Ausbau der mangelhaften Sache ge-

schuldet? Ja: EuGH EuZW 2011, 626). Auf diese wird auch in dieser Zeitschrift immer wieder gesondert einzugehen sein.

(RA Dr. Christian F. Majer)

# Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE



TSP

## Köpfe gesucht.

Referendarinnen / Referendare

Praktikantinnen / Praktikanten

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

Wir freuen uns immer, ambitionierte und qualifizierte Referendare und Praktikanten bei uns aufzunehmen. Dies sehen wir auch als ideale Möglichkeit des gegenseitigen Kennenlernens. Viele unserer früheren Referendare sind heute unsere Kollegen und Partner. Sprechen Sie uns an.

Thümmel, Schütze & Partner | Rechtsanwalt Dr. Andreas Chmel | Urbanstraße 7 | 70182 Stuttgart  
T +49 (0)711.1667-152 | Fx +49 (0)711.1667-290 | andreas.chmel@tsp-law.com

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

[www.tsp-law.com](http://www.tsp-law.com)



## **Vertragliche Haftung für Nutzung eines eBay-Kontos durch Dritte?**

BGH, Urteil vom 11.5.2011, VIII ZR 289/09, MMR 2011, 447-449

- 1. Werden unter Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos auf den Abschluss eines Vertrages gerichtete Erklärungen abgegeben, liegt ein Handeln unter fremdem Namen vor, auf das die Regeln über die Stellvertretung sowie die Grundsätze der Anscheins- oder der Duldungsvollmacht entsprechend anzuwenden sind (im Anschluss an BGH, Urteile vom 3.3.1966, BGHZ 45, 193; vom 18.1.1988, NJW-RR 1988, 814; vom 8.12.2005, NJW-RR 2006, 701). (amtlicher Leitsatz)**
- 2. Ohne Vollmacht oder nachträgliche Genehmigung des Inhabers eines eBay Mitgliedskontos unter fremdem Namen abgegebene rechtsgeschäftliche Erklärungen sind dem Kontoinhaber nur unter den Voraussetzungen der Duldungs- oder der Anscheinsvollmacht zuzurechnen. Für eine Zurechnung reicht es nicht bereits aus, dass der Kontoinhaber die Zugangsdaten nicht hinreichend vor dem Zugriff des Handelnden geschützt hat (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 11.3.2009, BGHZ 180, 134 - Halzband). (amtlicher Leitsatz)**
- 3. Eine von eBay gestellte und von jedem registrierten Nutzer akzeptierte Formulklausel, wonach Mitglieder grundsätzlich für sämtliche Aktivitäten haften, die unter Verwendung ihres Mitgliedskontos vorgenommen werden, begründet keine Haftung des Kontoinhabers gegenüber Auktionsteilnehmern. (amtlicher Leitsatz)**

**Sachverhalt (vereinfacht):**

A unterhält bei dem Internetaktionshaus ein passwortgeschütztes Konto. Von diesem Konto wurde eine komplette Gastronomieeinrichtung zum Eingangsgebot von 1 € zum Verkauf angeboten. B gab das Höchstgebot in Höhe von 1000 € ab. Die Auktion wurde vorläufig abgebrochen, B verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung. A bringt vor, er habe ein solches Angebot nicht abgegeben, sondern der in seinem Haushalt lebende C ohne sein Einverständnis und unter mißbräuchlicher Nutzung seines Passworts. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay, denen jedes registrierte Mitglied zustimmen muss, heißt es in § 2 Ziffer 9: "Mitglieder haften grundsätzlich für sämtliche Aktivitäten, die unter Verwendung ihres Mitgliedskontos vorgenommen werden."

Bestehen Ansprüche des B gegen A auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung?

**I. Anspruch des B gegen A aus §§ 433 I, 280 I, 281 I BGB**

**1. Kaufvertrag zwischen A und B**

**a) Angebot des A**

aa) Abgabe eines Angebots durch A  
A selbst hat dargelegt, hier kein Angebot abgegeben zu haben. B hat diese Einlassung nicht widerlegen können, er trägt dafür die Beweislast. Ein wirksames Angebot durch A selbst liegt also nicht vor.

bb) Zurechnung des unter dem Konto des A erfolgten Angebots?

Möglicherweise ist A jedoch das unter seinem Konto erfolgte Angebot des C nach den Grundsätzen der Stellvertretung gemäß § 164 I BGB zuzurechnen. Eine direkte Anwendung des § 164 I BGB scheidet aus, da keine Willenserklärung in fremdem Namen abgegeben wurde. Möglicherweise liegt jedoch ein „Handeln unter fremdem Namen“ vor, auf das die Grundsätze entsprechen anzuwenden sind. Dazu der BGH:

*„Wird bei der Nutzung eines fremden Namens beim Geschäftspartner der An-*

*schein erweckt, es solle mit dem Namensträger ein Geschäft abgeschlossen werden, und wird dabei eine falsche Vorstellung über die Identität des Handelnden hervorgerufen, finden die Regeln über die Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) und die hierzu entwickelten Grundsätze entsprechend Anwendung, obwohl dem Handelnden ein Vertretungswille fehlte. Dies gilt auch für Geschäfte, die über das Internet abgewickelt werden“*

Voraussetzung ist weiter, dass C mit Vollmacht des A handelte. Eine rechtsgeschäftliche Vollmacht liegt nicht vor. Möglicherweise ist A das unter seinem Konto abgegebene Angebot des C zuzurechnen, da ein Nutzer bei ebay über das Konto identifiziert werde. Das wird von einer Mindermeinung befürwortet: Begründet wird das mit dem Schutz des Erklärungsempfängers. Dagegen aber – im Einklang mit der h.M. – der BGH:

Das Gesetz (vgl. §§ 164, 177, 179 BGB [analog]) weist das Risiko einer fehlenden Vertretungsmacht des Handelnden dem Geschäftsgegner und nicht demjenigen zu, in oder unter dessen Namen jemand als Vertreter oder scheinbarer

Namensträger auftritt. Eine Durchbrechung dieser Risikozuweisung ist nicht bereits dann gerechtfertigt, wenn der "Vertretene" das Handeln des Dritten bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können. Vielmehr ist in diesen Fällen für eine Zurechnung der von dem Dritten abgegebenen Erklärungen weiter zu fordern, dass der Geschäftsgegner annehmen durfte, der "Vertretene" kenne und bilige das Verhalten des Dritten. Nur unter dieser zusätzlichen Voraussetzung verdient ein vom "Vertretenen" oder Namensträger möglicherweise schuldhaft mit verursachter Rechtsschein im Rechtsverkehr in der Weise Schutz, dass das Handeln des Dritten dem "Vertretenen" zugerechnet wird.

Eine Zurechnung kommt also nur unter den Voraussetzungen der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht in Frage.

Die Voraussetzungen der Duldungsvollmacht liegen nach dem BGH aber nicht vor:

*Eine Duldungsvollmacht liegt vor, wenn der Vertretene es willentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein*

*Vertreter auftritt, und der Geschäftspartner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin versteht und auch verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde zu den vorgenommenen Erklärungen bevollmächtigt ist. Bei einem unter Verwendung einer fremden Identität getätigten Geschäft des Namensträgers finden diese Grundsätze mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass hierbei auf dessen Verhalten abzustellen ist. Einen solchen Duldungstatbestand hat die Beklagte jedoch nach dem für das Revisionsverfahren maßgeblichen Sachverhalt nicht geschaffen.*

*Hier hat jedoch A dem C die Zugangsdaten für ihr Mitgliedskonto bei eBay nicht offen gelegt und von dessen Vorgehen auch keine Kenntnis; vielmehr hat dieser das von A eingerichtete Mitgliedskonto während einer Ortsabwesenheit des A ohne dessen Wissen und Einverständnis unter Verwendung der ihm zufällig bekannt gewordenen Zugangsdaten zum Verkauf des Gaststätteninventars genutzt.*

Auch die Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht liegen nach dem BGH nicht vor:

*Eine Anscheinsvollmacht ist dagegen gegeben, wenn der Vertretene das Handeln des Scheinvertreters nicht kennt, er es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können, und wenn der Geschäftspartner annehmen durfte, der Vertretene kenne und billige das Handeln des Vertreters. Allerdings greifen die Rechtsgrundsätze der Anscheinsvollmacht in der Regel nur dann ein, wenn das Verhalten des einen Teils, aus dem der Geschäftsgegner auf die Bevollmächtigung des Dritten glaubt schließen zu können, von einer gewissen Dauer und Häufigkeit ist. Bei einem mit einer Identitätstauschung verbundenen Handeln unter fremdem Namen ist bei Anwendung dieser Grundsätze auf das Verhalten des Namensträgers abzustellen.*

Daran fehlt es hier in zweifacher Hinsicht. Zum einen musste A nicht damit rechnen, dass C in seiner Abwesenheit sich unbefugt Zugang zu seinem Konto verschafft. Zum anderen handelt es sich

um die erstmalige Nutzung des Kontos durch C, es fehlt also auch an der „gewissen Dauer und Häufigkeit“.

cc) Zurechnung aufgrund von § 9 AGB eBay?

Möglicherweise ist das Handeln des C dem A jedoch aufgrund von § 9 der AGB von eBay zuzurechnen. Der BGH verneint auch das:

*Da diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen jedoch jeweils nur zwischen eBay und dem Inhaber eines Mitgliedskontos vereinbart sind, kommt ihnen keine unmittelbare Geltung zwischen Anbieter und Bieter zu...Eine darüber hinausgehende Haftung könnte die Klausel nur dann begründen, wenn hierin zugunsten zukünftiger Vertragspartner ein Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB oder ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zu sehen wäre. Ob dies der Fall ist, bedarf keiner Entscheidung. Denn eine solche in ihrem Umfang unbegrenzte Haftungsverpflichtung des Kontoinhabers gegenüber beliebig vielen potentiellen Auktionsteilnehmern ginge weit über die Rechtsgrundsätze der Rechtsscheinhaftung hinaus und hielte einer Inhalts-*

*kontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht stand, da sie bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung auch für die Fälle Geltung beanspruchen würde, in denen der Kontoinhaber die unbefugte Nutzung des Mitgliedskontos weder kannte noch diese hätte verhindern können Die in § 2 Ziffer 9 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay vorgesehene Haftungsregelung kann daher allenfalls - ähnlich wie dies bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Herausgeber von EC-Karten der Fall ist- eine Einstandspflicht des Kontoinhabers gegenüber dem Plattformbetreiber für diesem entstandene Schäden begründen.*

dd) Ein wirksames Angebot des A liegt hier also nicht vor.

## **b) Ergebnis**

Ein Kaufvertrag zwischen A und B ist nicht zustande gekommen.

**2. Ein Anspruch des A gegen B aus §§ 433 I, 280 I, 281 BGB besteht also nicht.**

**II. Anspruch aus §§ 311 II, 280 I, 281 BGB**

Ein Anspruch aus einer vorvertraglichen Pflichtverletzung ist zwar denkbar, jedoch ist die Rechtsfolge eines solchen Anspruchs nur der Ersatz des negativen Interesses. Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann danach nicht verlangt werden.

**Hinweise:**

1. Es handelt sich um eine Entscheidung von hoher Examensrelevanz: Probleme des Allgemeinen Teils des BGB sind beliebter Prüfungsstoff, zumal wenn sie – wie hier – in Kombination mit neuartigen Formen des Vertragsschlusses auftreten.

2. Eine andere Beurteilung als die hier vorgenommene ist bei deliktischem Verhalten geboten, worauf der BGH ausdrücklich hinweist. Für den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes hat der BGH eine Zurechnung aufgrund der unsorgfältigen Verwendung von Kon-

todaten bereits bejaht (BGH, NJW 2009, 1960). Im vertraglichen Bereich gelten jedoch andere Grundsätze als bei der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter.

3. Im Zusammenhang mit eBay stellen sich noch weitere klausurrelevante Probleme, beispielsweise die Kontrolle von AGB zum Rückgaberecht (BGH NJW 2010, 989), die Unternehmereigenschaft eines eBay-Verkäufers (MMR 2010, 608), der vorzeitige Abbruch einer Auktion (Urteil vom 8. Juni 2011 – VIII ZR 305/10) oder im strafrechtlichen Bereich die Frage, ob die Bereitsstellung eines Kontos für einen Dritten Hehlerei bzw. Begünstigung sein kann (BGH NStZ 2008, 516).

(RA Dr. Christian F. Majer)

## Zur Frage der Wirksamkeit einer Kündigung wegen Arbeitsverweigerung aus Glaubensgründen

BAG, Urteil vom 24.2.2011, Aktenzeichen 2 AZR 636/09, DB 2011, 2094-2098

1. Berufung sich der Arbeitnehmer gegenüber einer Arbeitsanweisung des Arbeitgebers auf einen ihr entgegenstehenden, ernsthaften inneren Glaubenskonflikt, kann das Beharren des Arbeitgebers auf Vertragserfüllung ermessensfehlerhaft iSv. § 106 S. 1 GewO iVm. Art. 4 Abs. 1 GG sein. (amtlicher Leitsatz)
2. In diesem Fall stellt zwar die Weigerung des Arbeitnehmers, der Weisung nachzukommen, keine vorwerfbare Pflichtverletzung dar, kann aber geeignet sein, eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers zu rechtfertigen, wenn es dem Arbeitgeber nicht ohne größere Schwierigkeiten möglich ist, den Arbeitnehmer anderweit sinnvoll einzusetzen. (amtlicher Leitsatz)

### **Sachverhalt (vereinfacht):**

A ist gläubiger Moslem. Er war seit 1994 als Mitarbeiter eines großen Warenhauses tätig. Seit 2003 wurde er als Ladenhilfe beschäftigt. Zu den Arbeitsaufgaben einer „Ladenhilfe“ gehört es, sämtliche im Einkaufsmarkt anfallenden Auffüll- und Verräumarbeiten auszuführen. Im Februar 2008 weigerte

sich A, im Getränkebereich zu arbeiten. Er berief sich auf seinen Glauben, der ihm den Umgang mit Alkohol und damit auch das Ein- und Ausräumen alkoholischer Produkte verbiete. Dabei machte er deutlich, dass er sich an diese Vorgaben auch gebunden fühlt. Diesen Standpunkt behielt er auch nach schriftlicher Aufforderung zur Arbeitsaufnahme im Getränkebereich bei.

Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte W das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 5.3.2008 ordentlich zum 30.8.2008.

### **War die Kündigung sozial gerechtfertigt?**

Nach § 1 Abs. 2 KSchG ist eine Kündigung gerechtfertigt, wenn sie 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 ist.

### **I. Kündigungsgründe im Verhalten des A**

Die Kündigung des A könnte durch Gründe in seinem Verhalten sozial gerechtfertigt sein (sog. verhaltensbedingte Kündigung).

Eine verhaltensbedingte Kündigung ist sozial gerechtfertigt, wenn das dem Arbeitnehmer vorgeworfene Verhalten eine Vertragspflicht verletzt, das Arbeitsverhältnis dadurch konkret beeinträchtigt wird, keine zumutbare Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung besteht und die Lösung des Ar-

beitsverhältnisses unter Abwägung der Interessen beider Parteien angemessen erscheint.

### **1. Erhebliche Arbeitsvertragspflichtverletzung**

#### **a) Arbeitsverweigerung "an sich" geeigneter Grund**

Das BAG führt aus, die beharrliche Weigerung des Arbeitnehmers, eine vertraglich geschuldete, rechtmäßig und damit wirksam zugewiesene Arbeit zu leisten, sei eine erhebliche Pflichtverletzung. Vorliegend hatte A sowohl auf die mündliche als auch auf die schriftliche Aufforderung von W zu erkennen gegeben, dass er die ihm zugewiesene Tätigkeit im Getränkebereich nicht aufnehmen werde. Damit hat er sich beharrlich verweigert, die ihm zugewiesene Arbeitsleistung zu erbringen.

#### **b) Wirksame arbeitgeberseitige Weisung (§ 106 S. 1 GewO)?**

Die Arbeitsverweigerung könnte jedoch dann keine Vertragspflichtverletzung darstellen, wenn die Weisung, im Ge-

tränkebereich zu arbeiten, nicht nach § 106 S. 1 GewO wirksam ist.

*Aufgrund seines Weisungsrechts (§ 106 GewO) kann der Arbeitgeber eine im Arbeitsvertrag nur abstrakt umschriebene Leistungspflicht des Arbeitnehmers nach Zeit, Ort und Art der Leistung einseitig näher bestimmen, soweit diese nicht durch Gesetz oder Vertrag festgelegt ist. Das Weisungsrecht darf dabei nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden. Das verlangt, dass der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung die wesentlichen Umstände des Einzelfalls abzuwägen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt hat.*

Die zugewiesene Tätigkeit im Getränkebereich bewegte sich im arbeitsvertraglich vereinbarten Leistungsspektrum. Fraglich ist jedoch, ob die Weisung, im Getränkebereich zu arbeiten, billigem Ermessen entsprach. Dazu führt das BAG aus:

*Der Arbeitgeber muss einen ihm offenbaren und beachtlichen Glaubens- oder Gewissenskonflikt des Arbeitnehmers bei der Ausübung seines Weisungsrechts berücksichtigen. Dies setzt voraus, dass*

*der Arbeitnehmer darlegt, ihm sei wegen einer aus einer spezifischen Sachlage folgenden Gewissensnot heraus nicht zuzumuten, die an sich vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen.*

*Das bei der Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts zu wahrende billige Ermessen wird inhaltlich durch die Grundrechte des Arbeitnehmers mitbestimmt. Kollidieren diese mit dem Recht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer im Rahmen der gleichfalls grundrechtlich geschützten unternehmerischen Betätigungsfreiheit (Art. 12 Abs. 2 S. 2 GG) eine von der vertraglichen Vereinbarung gedeckte Tätigkeit zuzuweisen, sind die gegensätzlichen Rechtspositionen grundrechtskonform auszugleichen.*

Unter Berücksichtigung dieser Feststellungen ist nunmehr zu beurteilen, ob die Arbeitsanweisung noch dem billigen Ermessen gem. § 106 S. 1 GewO entsprach. Insoweit ist erforderlich, dass die Weisung in den Schutzbereich des Art. 4 GG eingegriffen hat.

Zu berücksichtigen ist insofern, dass die Darlegungslast für einen konkreten und ernsthaften Glaubenskonflikt den Ar-

beitnehmer trifft, wenn er sich gegenüber einer nach dem Arbeitsvertrag geschuldeten Arbeitsleistung darauf beruft, die Erfüllung der Arbeitspflicht bringe ihn aus religiösen Gründen in Gewissensnot.

Vorliegend entsprach es der ernsthaften religiösen Überzeugung des A, er habe sich als gläubiger Moslem jeglicher Mitwirkung am Alkoholverkauf zu enthalten. A hat auch hinreichend dargelegt, dass er sich durch verbindliche Ge- oder Verbote seines Glaubens daran gehindert sieht, der Weisung von W nachzukommen, soweit sie ihn dazu verpflichtet, durch das Umräumen und Bereitstellen alkoholischer Getränke an deren Verkauf mitzuwirken. Folglich hat die Weisung in den Schutzbereich des Art. 4 GG eingegriffen.

Dabei ist es im Hinblick auf die zuvor ausgeführten Abwägungsgrundsätze unerheblich, dass A zunächst für einige Zeit bereit war, Regale mit alkoholischen Getränken aufzufüllen. A hatte sich erst später dazu entschlossen, sich strikt an die Vorgaben seines Glaubens zu richten. Dies hat er nach Ansicht des BAG auch überzeugend dargelegt.

### c) § 275 Abs. 3 nicht einschlägig

Im Übrigen stellte das BAG noch fest, dass § 275 Abs. 3 BGB nicht als rechtssystematischer Ausgangspunkt für die rechtliche Prüfung in Betracht kam. Dies lag nach Ansicht des BAG zum einen daran, dass es auf ein religiös begründetes Leistungsverweigerungsrecht nur ankomme, wenn das Leistungs-/Erfüllungsverlangen des Arbeitgebers billigem Ermessen iSv. § 106 S. 1 GewO entspricht, was vorliegend aber gerade nicht der Fall war. Zudem *ergeben sich die Voraussetzungen, unter denen ein Glaubens- und Gewissenkonflikt für eine nach dem Arbeitsvertrag geschuldete Leistung Bedeutung gewinnen kann, in jedem Fall aus den Vorgaben höherrangigen Rechts. Die Prüfung von § 106 GewO ist deshalb vorrangig.*

### 1. Weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen einer verhaltensbedingten Kündigung

Das Bundesarbeitsgericht hatte die Entbehrlichkeit einer (hier nicht vorliegenden) einschlägigen Abmahnung nicht zu prüfen und hatte auch keine Interessenabwägung vorzunehmen, da

es an einer erheblichen Vertragspflichtverletzung fehlte. Hätte eine solche vorgelegen, weil die Weisung rechtmäßig war, so hätte die Kündigung keiner vorherigen Abmahnung bedurft, wenn in der schriftlichen Aufforderung des Arbeitgebers zur Aufnahme der angewiesenen Tätigkeit auch eine Kündigungsandrohung für den Fall der weiteren Zuwiderhandlung beinhaltet war.

## **2. Ergebnis**

Es liegen keine Gründe im Verhalten des A vor, die die Kündigung rechtfertigen könnten.

## **II. Gründe in der Person des A**

Die Kündigung könnte jedoch aus Gründen, die in der Person des A liegen, gerechtfertigt sein (sog. personenbedingte Kündigung).

Eine personenbedingte Kündigung ist sozial gerechtfertigt, wenn auf der Grundlage objektiver Ursachen eine negative Prognose gestellt werden kann, wonach der Arbeitnehmer aus in seiner Person ("in seiner Sphäre") liegenden Gründen die Schuld der Arbeitsleistung künftig ganz oder zum Teil nicht mehr erbringen kann.

## **1. Negative Prognose**

Zwar war A aufgrund der nach § 106 S. 1 GewO unwirksamen Weisung nicht verpflichtet, in der Getränkeabteilung zu arbeiten. Vielmehr ist der Arbeitnehmer aus persönlichen Gründen außerstande, einen Teil der vertraglich (weiterhin) versprochenen Leistungen zu erbringen.

Zum Zeitpunkt der Kündigung war es nicht ersichtlich, dass sich die Glaubensüberzeugung des A ändern würde, sodass er sich in der Lage sehen würde, nunmehr doch seinen vertraglich geschuldeten Pflichten in Gänze nachzukommen. Vielmehr hat A mehrfach bekräftigt, dass es ihm aufgrund seines Glaubens nicht möglich sei, am Verkauf alkoholischer Getränke mitzuwirken.

## **2. Interessenabwägung**

### **a) Diskriminierende Kündigung?**

Einer Kündigung könnte aber das Diskriminierungsverbot nach § 7 Abs. 1 iVm. §§ 1, 3 Abs. 1 AGG entgegenstehen. Eine unmittelbare Benachteiligung des A wegen seiner Religion liegt jedoch nicht vor, da die Kündigung nicht deshalb erfolgt ist, weil A Moslem ist, son-

dern vielmehr, weil sich A außerstande sieht, bestimmte vertraglich eingegangene Verpflichtungen zu erfüllen. Jedoch könnte die Kündigung eine mittelbare Diskriminierung darstellen. Ob mit einer Kündigung wie der vorliegenden eine besondere Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 2 AGG einhergehen kann, ließ das BAG allerdings offen. Es widmete sich vielmehr sofort der Frage der Rechtfertigung. Nach Ansicht des BAG ist es *jedenfalls durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und als Mittel zu dessen Erreichung angemessen und erforderlich, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer beendet, der wegen seiner Glaubensüberzeugungen subjektiv nicht in der Lage ist, die vertraglich übernommenen Aufgaben zu verrichten, und anderweitig nicht eingesetzt werden kann.*

#### **b) Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit**

W wäre auch dann nicht zur personenbedingten Kündigung berechtigt gewesen, wenn es eine Möglichkeit gegeben hätte, den A im Betrieb oder Unternehmen entweder innerhalb des ver-

traglich vereinbarten Leistungsspektrums oder aber zu geänderten Vertragsbedingungen unter Vermeidung des Konflikts sinnvoll weiter zu beschäftigen. Ob bei W eine solche Möglichkeit bestanden hat, wurde vom LAG nicht festgestellt.

#### **III. Zurückverweisung an das LAG**

Aufgrund dieser fehlenden Feststellungen zur anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit verwies das BAG die Sache wieder an das zuständige LAG zurück.

In diesem Zusammenhang äußerte sich das BAG zur Darlegungs- und Beweislast der Parteien. So hat im Kündigungsschutzprozess der Arbeitgeber die Voraussetzungen des Kündigungsgrundes darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Das betrifft auch das Fehlen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit iSv. § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG. Umgekehrt hat der Arbeitnehmer, wenn er sich darauf beruft, dass es ihm aus Glaubensgründen nicht möglich sei, die vertraglich geschuldete Tätigkeit auszuführen, auf Nachfrage des Arbeitgebers aufzuzeigen und im Prozess darzulegen, worin die religiösen Bedenken

bestehen und welche vom Arbeitsvertrag umfassten Tätigkeiten ihm seine religiöse Überzeugung verbietet, um verbleibende Einsatzmöglichkeiten prüfen zu können.

Des Weiteren führte das BAG aus, welche Anstrengungen dem Arbeitgeber im Hinblick auf eine anderweitige Beschäftigung des von einem Glaubenskonflikt betroffenen Arbeitnehmers zumutbar sind. Insofern ist eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen.

*Regelmäßig zumutbar ist dem Arbeitgeber die Zuweisung einer anderen Tätigkeit, wenn dem keine betrieblichen Gründe, zu denen sowohl wirtschaftliche als auch organisatorische Gründe zählen können, entgegenstehen. Betriebliche Gründe stehen der Übertragung einer anderen Tätigkeit in der Regel nicht entgegen, wenn ein Arbeitsplatz frei ist und Bedarf an der fraglichen Tätigkeit besteht. Kann die Zuweisung einer anderen Tätigkeit nur durch einen Aufgabentausch mit anderen Arbeitnehmern erfolgen, kann einer solchen Maßnahme die dem Arbeitgeber gegenüber allen Arbeitnehmern obliegende Pflicht zur*

*Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB entgegenstehen.*

**Hinweise:**

1. Diese Entscheidung ist von hoher Examensrelevanz. Die Beurteilung der sozialen Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz sowie das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO gehören zum Pflichtprüfungstoff.

2. Das Bundesarbeitsgericht wird in der Besprechungsliteratur vor allem dafür kritisiert, dass es nicht hinreichend gewürdigt hat, dass der Arbeitnehmer mehrere Jahre lang in der Getränkeabteilung tätig war, ohne sich auf eine Gewissensentscheidung zu berufen. Daher wird zum Teil vertreten, wenn ein Arbeitnehmer sich auf einen solchen Arbeitsvertrag einlasse, müsse er im Falle einer Gewissensentscheidung eben eine Eigenkündigung aussprechen und könne nicht einfach die Arbeitsleistung verweigern (Bauer, Arbeitsrecht aktuell 2011, 143 ff.). Andere verlangen, das Bundesarbeitsgericht müsse zu-

mindest intensiver und kritischer als bisher prüfen, ob eine Glaubens- oder Gewissensentscheidung wirklich vorliege oder nur vorgeschoben sei (Hunold, DB 2011, 1580 ff.).

3. Eine lesenswerte Zusammenfassung und kritische Beleuchtung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Arbeitsverweigerung aus Glaubens- oder Gewissensgründen findet sich bei *Hunold*, DB 2011, 1580 ff.

(RA Dr. Werner Walk / Ref. Iur. Maria Luisa Schneider)

## Erpressung – Rechtswidrigkeit der Bereicherung

BGH, Urteil vom 28.10.2010, Aktenzeichen 4 StR 402/10, NStZ 2011, 519-520

- 1. Rechtswidrig ist ein Vermögensvorteil, wenn auf diesen kein rechtlich begründeter Anspruch besteht. Allein der Umstand, dass ein fälliger Anspruch mit Nötigungsmitteln durchgesetzt werden soll, macht den begehrten Vorteil nicht rechtswidrig.**
- 2. Die Abgrenzung von (räuberischer) Erpressung und Raub erfolgt nach dem äußeren Erscheinungsbild (Nehmen: § 249 StGB; Geben: § 253 StGB).**
- 3. Bei einem zweiaktigen Geschehen steht der Annahme von Tateinheit zwischen versuchtem Raub und der versuchten schweren räuberischen Erpressung nichts entgegen.**

### **Sachverhalt (vereinfacht):**

A hat „Zechschulden“ in der Bar des T in Höhe von etwa 570,- EUR. Nachdem A in den Morgenstunden des 29.2.2008 wiederum in der Bar des T war und kurz vor dem Gehen erneut erklärt, er könne auch die bei diesem Besuch entstandenen Kosten in Höhe von rund 100,- EUR nicht begleichen, entschließt sich T, A dieses Mal nicht gehen zu lassen, ohne ihm Geld und Wertsachen abgenommen zu haben. T bedroht A zu

diesem Zweck mit einer Pistole und schlägt ihm diese mehrfach wuchtig auf den Kopf. Daraufhin befiehlt T dem A, ihm alle mitgeführten Wertgegenstände auszuhändigen – unabhängig davon, ob A Eigentümer von diesen sei oder nicht. Wie von T geplant, händigt A unter dem Eindruck der vorangegangenen Gewalteinwirkung 30,- EUR Bargeld und die EC-Karte seiner Freundin K samt zugehöriger PIN aus. Die EC-Karte hatte A mitgenommen, um den Abend zu finanzieren; mangels Kontodeckung

misslingt dieses Vorhaben allerdings. T geht davon aus, die EC-Karte gehöre nicht A, sondern A habe diese gestohlen. Da T bei A noch weitere Wertgegenstände vermutet, „durchsucht“ er A unter Gewaltanwendung; er findet allerdings nichts.

### **I. Strafbarkeit des T nach §§ 253 I, 255 StGB (30,- EUR Bargeld)?**

1. Tathandlung (Gewaltanwendung und vorliegend insbesondere auch die Androhung weiterer Gewaltanwendung) ist zu bejahen.

2. Fraglich ist, ob der für § 253 StGB notwendige Nötigungserfolg eingetreten ist. Hierzu macht der BGH keine Ausführung; erst in den Konkurrenzen kommt er en passant in anderem Zusammenhang auf das Problem zu sprechen. Es treffe zu,

*... dass für die Abgrenzung des Raubes von der räuberischen Erpressung nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allein das äußere Erscheinungsbild des vermögensschädigenden Verhaltens des Verletzten maßgeblich ist...*

3. Ein Vermögensschaden in Höhe von 30,- EUR liegt vor. T handelte auch vorsätzlich hinsichtlich dieser objektiven Tatbestandsmerkmale.

4. Problematisch ist vorliegend die von § 253 I StGB geforderte Absicht einer rechtswidrigen Bereicherung. T wollte sich bereichern; Absicht im technischen Sinne (dolus directus ersten Grades) ist gegeben. Fraglich ist allerdings, ob der erstrebte Vermögensvorteil auch rechtswidrig war:

*Der Täter will sich dann zu Unrecht bereichern, wenn er einen Vermögensvorteil erstrebt, auf den er keinen rechtlich begründeten Anspruch hat [...] Allein der Umstand, dass ein fälliger Anspruch mit Nötigungsmitteln durchgesetzt werden soll, macht den begehrten Vorteil nicht rechtswidrig [...] Entsprechendes gilt für das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit der Zueignung beim Tatbestand des Raubes im Sinne des § 249 StGB...*

Ein einredefreier und durchsetzbarer zivilrechtlicher Anspruch in Höhe von 670,- EUR (570,- EUR „Altschulden“ sowie 100,- EUR Anspruch aus dem aktuellen Barbesuch) bestehen. Die

Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung ist daher abzulehnen.

## **II. Strafbarkeit des T nach §§ 253 I, 255, 22, 23 I StGB (EC-Karte der Freundin)?**

1.-3. Die Tat ist nicht vollendet; ein Vermögensnachteil ist nicht entstanden (Abhebungen mit der EC-Karte blieben erfolglos); ansonsten ist auf die Prüfung unter I. zu verweisen.

4. Problematisch ist wiederum die Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung. Ausreichend ist nach Wortlaut des § 253 StGB, dass dem Vermögen eines Dritten (hier der K) ein Schaden zugefügt wird.

*Zwar hatte der Angeklagte gegenüber dem Geschädigten nach den Feststellungen zwei fällige und einredefreie Forderungen in Höhe von insgesamt etwa 670 € aus Zechschulden. Auch blieb der vom Angeklagten unter dem Druck der Misshandlungen herausgegebene Geldbetrag mit 30 € deutlich unter der im Ergebnis berechtigten Gesamtforderung. Die Strafkammer hat jedoch ferner festgestellt, dass sich der Angeklagte von dem Geschädigten die EC-Karte sowie die auf einem Zettel vermerkte*

*PIN der Zeugin K. aushändigen ließ, um sie zur Abhebung von Geldbeträgen in nicht näher festgestellter Höhe einzusetzen, und dabei in der Vorstellung handelte, der Geschädigte habe diese Karte einer unbekanntem Berechtigten zuvor entwendet. Damit ist die Absicht rechtswidriger Bereicherung hinreichend dargetan, da der Angeklagte, wie das Landgericht weiter ausgeführt hat, sich darüber im Klaren war, dass er keine Berechtigung hatte, sich durch Abhebung von einem nicht dem Angeklagten gehörenden Konto im Hinblick auf seine Forderungen gegen diesen schadlos zu halten.*

Eine versuchte (räuberische) Erpressung ist mithin zu bejahen.

## **III. Strafbarkeit des T nach §§ 249, 22, 23 I StGB („Durchsuchen“ des A)?**

Ein versuchter Raub nach § 249 StGB ist zu bejahen (durch Gewalteinwirkung erzwungene und erfolglose Durchsuchung des A nach Wertgegenständen).

## **IV. Problematisch werden hier so- dann die Konkurrenzen**

*Auch die Annahme von Tateinheit zwischen dem Tatbestand des versuchten*

*Raubes und dem der versuchten schweren räuberischen Erpressung lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Es trifft zwar zu, dass für die Abgrenzung des Raubes von der räuberischen Erpressung nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allein das äußere Erscheinungsbild des vermögensschädigenden Verhaltens des Verletzten maßgeblich ist [...] und der Tatbestand des (versuchten) Raubes hinter dem der vollendeten räuberischen Erpressung zurücktreten kann, wenn die erzwungene Herausgabe der verlangten Sache und nicht die Duldung ihrer Wegnahme das Tatbild prägt [...] Das Landgericht hat indes im vorliegenden Fall ein – rechtsfehlerfrei als Tateinheit bewertetes – zweiaktiges Geschehen festgestellt, bei dem der Geschädigte zunächst unter dem Eindruck von erheblichen Misshandlungen verlangte Sachen herausgab und im Anschluss (zusätzlich) die – erfolglose – Durchsuchung seiner Kleidung nach weiteren Wertgegenständen durch den Angeklagten und den Mittäter G. dulden musste.*

**Hinweise:**

1. Das Urteil spricht viele Standardprobleme von Raub und (räuberischer) Er-

pressung an. Durchaus anspruchsvoll ist es, das auch im Langtext sehr knappe Urteil in ein ordentliches Gutachten zu überführen. Zur Übung sei dies durchaus empfohlen.

2. Im Rahmen der Prüfung des Nötigungserfolges wäre in einer Klausur das Problem anzusprechen, ob das Tun, Dulden oder Unterlassen die Qualität einer Vermögensverfügung, also eines Handelns, Duldens oder Unterlassens mit unmittelbar vermögensmindernder Wirkung, haben muss oder nicht. Der BGH folgt hier seiner Linie, wonach das Geschehen nach seinem äußeren Erscheinungsbild zu beurteilen sei (A gibt die Wertgegenstände, daher Strafbarkeit aus § 253 StGB; würden A die Wertgegenstände genommen, wäre eine Strafbarkeit aus § 249 StGB zu bejahen). Nach anderer Ansicht ist auch die innere Willensrichtung des Opfers abzustellen, insbesondere darauf, ob er sich in einer „Schlüsselstellung“ wähnt, in dem ihm Handlungsalternativen bleiben; das wäre auf der Grundlage des vom BGH berichteten Sachverhalts keineswegs eindeutig zu beantworten.

3. Das Urteil gibt auch Anlass, sich dem leidigen Thema „Konkurrenzen“ zu widmen. Abgesehen vom Hinweis manches Repetitors, möglichst nichts oder zumindest nur wenig zu den Konkurrenzen in der Klausur zu sagen, weil man eh nur falsch liegen könne, sind die Konkurrenzen ein unterschätztes Gebiet. Wer gerade am Ende einer Klausur mit ordentlichen Ausführungen zu den Konkurrenzen Überblick und Wissen beweist, kann sich sicher sein, dass dies von jedem Korrektor positiv verbucht wird.

(Akad. Mit. Alexander Baur, M.A.)

## **Tötung zur Verdeckung einer unbefugten Verfügung über ein fremdes Konto – Strafbarkeit nach § 211 II?**

BGH, Urteil vom 17.05.2011, Aktenzeichen 1 StR 50/11, NStZ 2011, 579-580

- 1. Für die Annahme von Verdeckungsabsicht reicht es aus, wenn der Täter auch nur subjektiv glaubt, eine günstige Beweisposition aufrecht erhalten zu können. Dem steht auch ein spontaner Tatentschluss (etwa Wut) nicht entgegen.**
- 2. Soll die Tötung die Durchsetzung von (Rück-)Forderungen verhindern, kommt das Merkmal der Habgier in Betracht.**
- 3. Eine Tötung aus Wut oder Verärgerung kann auf niedrigen Beweggründen beruhen, wenn diese Antriebe ihrerseits niedrig motiviert sind.**

### **Sachverhalt (vereinfacht):**

A ist im Besitz der EC-Karte der Eheleute P. Mithilfe der EC-Karte nimmt A zu ihren Gunsten und zu Gunsten ihrer Schwester B mehrfach unbefugte Verfügungen vor: Zunächst unterzeichnete sie zwei Überweisungsformulare (pikanterweise Raten einer gegen ihre Schwester verhängten Geldstrafe zu Gunsten der Landesjustizkasse Bamberg) mit dem Namenszug der Karteninhaberin P; beide Überweisungen

werden mangels Kontodeckung von der Bank nicht ausgeführt. Wenige Tage später kauft A mehrfach in Geschäften ein und bezahlt mit der EC-Karte der Eheleute P. Als A wenige Tage später von einem größeren Zahlungseingang auf dem Konto der Eheleute P erfährt, sucht sie eine Filiale der Bank auf und hebt in zwei Tranchen insgesamt 7.000,- EUR vom Konto der Eheleute P ab.

Herr P erstattet Anzeige bei der Polizei in Erlangen und informiert die Bank. Auch äußert er einen Verdacht gegen A. Da die Überweisungen an die Landesjustizkasse Bamberg mangels Kontodeckung scheitern, sucht der Ehemann der B die Bank auf und möchte die Angelegenheit klären. Hierzu legt er die Durchschläge der Überweisungsträger vor. Der Bankangestellte W schöpft Verdacht, dass die gefälschten Überweisungen und die Barabhebungen im Zusammenhang stehen könnten. W lädt daraufhin A mehrfach zu klärenden Gesprächen in die Bank ein; A leistet den Einladungen keine Folge, weil sie befürchtet, dass nicht nur die gefälschten Überweisungen, sondern vor allem auch die Barabhebungen über 7.000,-EUR aufgedeckt würden. Dabei hat sie zum einen Angst vor einer Bestrafung, zum anderen auch vor dem dann aufgedeckten Vertrauensbruch gegenüber Schwester und Bekannten.

A entschließt sich aber, Frau P aufzusuchen, um abzuklären, was diese über die Verfügungen weiß und ob sie, A, bereits verdächtigt werde und welche Beweise vorlägen. Als P und A im Ge-

spräch auf die Barabhebungen zu sprechen kommen, kommt es zum Streit. A gerät dabei in Wut und tötet die P mit Schlägen auf den Kopf und mehreren Messerstichen.

A will nunmehr erreichen, dass die Ermittlungen gegen sie wegen der unberechtigten Kontoverfügungen beendet werden. Wenige Tage später sucht A deshalb die Bank auf und erklärt dort W, dass alles seine Richtigkeit habe und insbesondere die Überweisungen in Ordnung seien: P schulde ihr und ihrer Schwester noch einen Gefallen; ob das stimme, das könne W freilich nicht mehr überprüfen, da P mittlerweile verstorben sei.

### **Strafbarkeit der A nach § 211 II**

1. Eine vorsätzliche Tötung nach § 212 I StGB liegt vor.
2. Fraglich ist, ob A bei der Tötung der P auch ein Mordmerkmal erfüllt hat. In Betracht kommt hier zunächst das subjektive Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht (§ 211 II HS 3 Alt. 2 StGB).

*In Verdeckungsabsicht handelt, wer als Täter ein Opfer deswegen tötet, um da-*

*durch eine vorangegangene Straftat als solche oder auch Spuren zu verdecken, die bei einer näheren Untersuchung Aufschluss über bedeutsame Tatumstände geben könnten...*

Dies scheint vorliegend problematisch, da die zu verdeckende Straftat der A faktisch bereits entdeckt war: Sowohl Herr P als auch W wussten über die mögliche Beteiligung der A. Die Tötung von Frau P war damit zumindest (objektiv) wenig geeignet, die weitere Aufdeckung der Taten zu verhindern (so auch das Tatgericht). Zumindest eine bereits völlig aufgedeckte Tat kann schon begrifflich nicht mehr verdeckt werden; insofern spielt die objektive Lage eine begrenzende Rolle:

*Ein Täter, der sich [...] „nur“ der Festnahme entziehen will, will weder „Tat noch Täter“ [ver]decken.*

Ist die Tat aber noch nicht vollständig entdeckt und geht es nicht allein um eine Entziehung vor der Festnahme, bleibt Verdeckungsabsicht möglich. Hier kommt es allein auf die Einschät-

zung des Täters an (Verdeckungsabsicht als subjektives Mordmerkmal):

*Dieses objektive Kriterium ist zwar als gewichtiges Indiz gegen eine Verdeckungsabsicht in eine Beweiswürdigung einzustellen [...] Die maßgebliche Beurteilungsgrundlage ist aber nicht die objektive Sachlage, sondern die Vorstellung des Täters hiervon.*

Zentral, so auch der BGH in sprachlich kantigem Ausdruck, ist mithin die „Vorstellung von Entdeckungsvereitelung“:

*Es kommt nicht darauf an, ob die vorangegangene Straftat [...] schon objektiv aufgedeckt war oder ob objektiv von dem Opfer eine Aufdeckung zu befürchten war, solange der Täter nur subjektiv meint, zur Verdeckung dieser Straftat über die Leiche dieses möglichen Zeugen zu müssen [...] Auch nach Bekanntwerden einer Straftat kann ein Täter dann noch in Verdeckungsabsicht handeln, wenn er zwar weiß, dass er als Täter dieser Straftat verdächtigt wird, die genauen Tatumstände aber noch nicht in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang aufgedeckt sind [...] Verdeckungsabsicht ist aus der*

*Sicht des Täters zu beurteilen. Glaubt er mit der Tötung eine günstige Beweisposition aufrecht erhalten oder seine Lage verbessern zu können, so reicht das für die Annahme der Verdeckungsabsicht aus, selbst wenn er bereits als Täter der Vortat verdächtigt wird [...], da die Tatumstände – nach seinem Wissen – noch nicht in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang aufgedeckt waren [...] Verdeckungsabsicht ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Tat als solche bereits entdeckt ist, dem Täter es jedoch noch darauf ankommt, seine eigene Täterschaft zu verbergen; Voraussetzung ist jedoch, dass er sich oder seine Tat noch nicht voll erkannt bzw. nicht voll überführungsfähig glaubt und daher mit der Vorstellung von Entdeckungsvereitelung handelt.*

Der Verdeckungsabsicht könnte entgegenstehen, dass A vor der Tötung der P in Wut geraten ist. Das sei aber nur im Ausnahmefall anzunehmen:

*Reagiert der Täter allerdings allein auf wuterregende Vorhaltungen des Opfers, so kann es bei einer dadurch ausgelösten Tötung an der Verdeckungsabsicht fehlen [...] Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht kann im Übrigen auch bei einem in*

*einer unvorhergesehenen Augenblickssituation spontan gefassten Tötungsentschluss gegeben sein. Die Absicht zur Verdeckung einer anderen Tat erfordert keine Überlegung des Täters im Sinne eines abwägenden Reflektierens über die eigenen Ziele...*

3. Fraglich ist, ob A bei der Tötung der P daneben das subjektive Mordmerkmal der Habgier erfüllt hat (§ 211 II HS 1 Alt. 3 StGB). Ausreichend ist es hier auch, dass der Täter nur Aufwendungen (hier gegebenenfalls: Regressforderungen) ersparen möchte.

Hierzu führt der BGH kurz aus:

*Wenn die Angeklagte [...] P tötete, um hinsichtlich der unberechtigten Geldabhebungen keine Rückzahlung leisten zu müssen, käme im Übrigen auch das Mordmerkmal Habgier in Betracht.*

4. Schließlich könnte A auch das subjektive Mordmerkmal der sonst niederen Beweggründe erfüllt haben (§ 211 II HS 1 Alt. 4 StGB). Auch hier ist die Wut, in die A vor ihrer Tat geraten ist und die für ihre Tat maßgeblich wurde, problematisch:

*Bei einer Tötung aus Wut oder Verärgerung kommt es darauf an, ob diese Antriebsregungen ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruhen [...] Dies wäre aber im Hinblick auf berechnete Vorhaltungen wegen der Geldabhebungen nicht ausgeschlossen.*

Allerdings könnte der Annahme sonst niederer Beweggründe die bereits festgestellte Verdeckungsabsicht entgegenstehen. Auch dies verneint der BGH zumindest für den Fall, dass ein weiterer Unrechtsgehalt neben der Verdeckungsabsicht vorliegt:

*Die Absicht, die Überführung durch Beseitigung eines Belastungszeugen zu erschweren, weist – wenn sie nach den Umständen für die Annahme eines Verdeckungsmordes nicht ausreicht – vielfach auf niedrige Beweggründe hin [...] Neben der Verdeckungsabsicht ist die Annahme niedriger Beweggründe jedoch nicht gerechtfertigt, wenn die zur Begründung dieses Merkmals herangezogenen Motive des Täters über die Verdeckungsabsicht hinaus keinen weiteren Unrechtsgehalt aufweisen...*

## **Hinweise**

1. Im Zentrum der Entscheidung stehen klassische Probleme einer klassischen Vorschrift des StGB; die Examensrelevanz ist damit unzweifelhaft. Auch wenn die Entscheidung wenig Neues bietet, konturiert sie doch die fraglichen Mordmerkmale präzise. Die sprachlich teilweise „gewöhnungsbedürftig“ abgefasste Entscheidung ist manchem Lehrbuchabschnitt überlegen und sei jedem zur Lektüre anempfohlen.

2. In einer (Examens-)Klausur zu erörtern wären gegebenenfalls auch problematische „Motivbündel“ im Rahmen der Prüfung von § 211 StGB und die Frage, ob einzelne Handlungsmotive tatbeherrschend waren oder nicht. Diese Frage reißt der BGH in seiner Entscheidung nur an: Ob eventuell nicht die Verdeckung einer Straftat, sondern der im Urteil angedeutete Umstand, dass A nicht das Vertrauen ihrer Schwester und Bekannten einbüßen wollte, handlungsleitend war, wird nach der Zurückverweisung vom Landgericht eingehend zu prüfen sein. Das überzeu-

gend festzustellen, kann nicht nur in der (Examens-)Klausur schwierig sein; auch in der Praxis tat sich das LG Nürnberg-Fürth als erste Instanz schwer: Die Angeklagte machte zu ihrer Motivlage keine Einlassungen; damit war die subjektive Handlungsseite aus der objektiven Faktenlage zu erschließen.

3. Der Sachverhalt bietet interessante Anknüpfungspunkte, um in (Examens-)Klausuren Vermögens- und Urkundendelikte ergänzend abzu prüfen.

4. Sind die Opfer bei Tötungsdelikten nach §§ 211, 212 StGB nahezu gleich verteilt, ist die Täterschaft von Frauen in diesem Deliktsbereich selten. 2010 waren nur 13,6 Prozent (in absoluten Zahlen: 367) der eines Totschlags oder eines Mordes verdächtigen Personen Frauen (vgl. Polizeiliche Kriminalstatistik 2011, S. 97). Auch der modus operandi der Angeklagten A ist nicht unbedingt „weiblich“ (zum „typisch weiblichen“ Heimtückemord vgl. Eisenberg, Kriminologie, § 45 RN 50). Damit erregen Fall und Urteil nicht nur dogmati-

sches Interesse, sondern auch kriminologische Aufmerksamkeit.

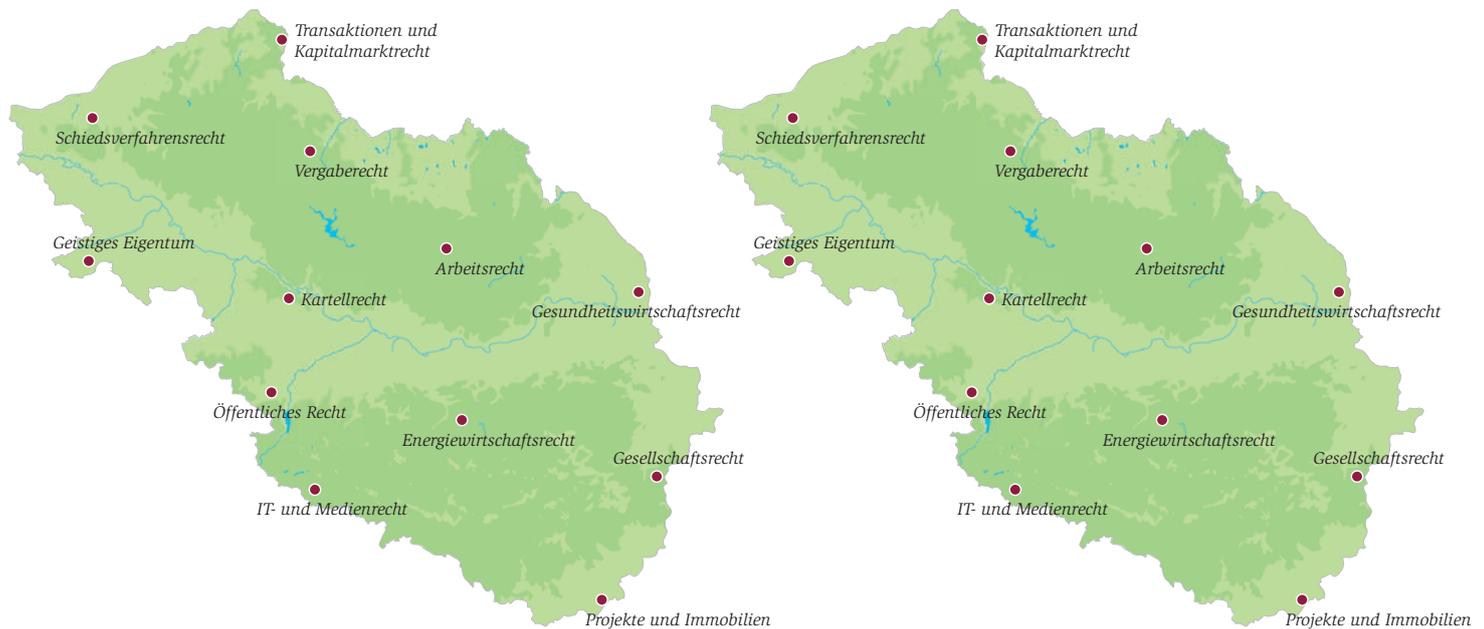
(Akad. Mit. Alexander Baur, M.A.)

Willkommen bei

# OPPENLÄNDER

*Schöne Aussichten!*

Karriere in der Welt der Wirtschaft



*Jetzt auch  
in München!*

## Ihr Weg bei OPPENLÄNDER Rechtsanwälte

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

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

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

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

OPPENLÄNDER

RECHTSANWÄLTE

## Griechenland-Hilfe und Euro-Rettungsschirm

BVerfG, Urteil vom 07.09.2011, Aktenzeichen 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10, 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10, BeckRS 2011, 53837

1. Art. 38 GG schützt die wahlberechtigten Bürger vor einem Substanzverlust ihrer verfassungsstaatlich gefügten Herrschaftsgewalt durch weitreichende oder gar umfassende Übertragungen von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages, vor allem auf supranationale Einrichtungen (BVerfGE 89, 155 = NJW 1993, 3047; BVerfGE 123, 267 = NJW 2009, 2267). Die abwehrrechtliche Dimension des Art. 38 I GG kommt in Konstellationen zum Tragen, in denen offensichtlich die Gefahr besteht, dass die Kompetenzen des gegenwärtigen oder künftigen Bundestages auf eine Art und Weise ausgehöhlt werden, die eine parlamentarische Repräsentation des Volkswillens, gerichtet auf die Verwirklichung des politischen Willens der Bürger, rechtlich oder praktisch unmöglich macht - Euro-Rettungsschirm. (amtlicher Leitsatz)

2. Die Entscheidung über Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand ist grundlegender Teil der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit im Verfassungsstaat (vgl. BVerfGE 123, 267 = NJW 2009, 2267). Der Deutsche Bundestag muss dem Volk gegenüber verantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entscheiden. Das Budgetrecht stellt insofern ein zentrales Element der demokratischen Willensbildung dar (vgl. BVerfGE 70, 324 = NJW 1986, 907; BVerfGE 79, 311 = NJW 1989, 2457). Als Repräsentanten des Volkes müssen die gewählten Abgeordneten des Deutschen Bundestages auch in einem System intergouvernementalen Regierens die Kontrolle über grundlegende haushaltspolitische Entscheidungen behalten. (amtlicher Leitsatz)

3. Der Deutsche Bundestag darf seine Budgetverantwortung nicht durch unbestimmte haushaltspolitische Ermächtigungen auf andere Akteure übertragen.

Insbesondere darf er sich, auch durch Gesetz, keinen finanzwirksamen Mechanismen ausliefern, die - sei es aufgrund ihrer Gesamtkonzeption, sei es aufgrund einer Gesamtwürdigung der Einzelmaßnahmen - zu nicht überschaubaren haushaltsbedeutsamen Belastungen ohne vorherige konstitutive Zustimmung führen können. Es dürfen keine dauerhaften völkervertragsrechtlichen Mechanismen begründet werden, die auf eine Haftungsübernahme für Willensentscheidungen anderer Staaten hinauslaufen, vor allem, wenn sie mit schwer kalkulierbaren Folgewirkungen verbunden sind. Jede ausgabenwirksame solidarische Hilfsmaßnahme des Bundes größeren Umfangs im internationalen oder unionalen Bereich muss vom Bundestag im Einzelnen bewilligt werden. Darüber hinaus muss gesichert sein, dass hinreichender parlamentarischer Einfluss auf die Art und Weise des Umgangs mit den zur Verfügung gestellten Mitteln besteht. (amtlicher Leitsatz)

4. Die Bestimmungen der europäischen Verträge stehen dem Verständnis der nationalen Haushaltsautonomie als einer wesentlichen, nicht entäußerbaren Kompetenz der unmittelbar demokratisch legitimierten Parlamente der Mitgliedstaaten nicht entgegen, sondern setzen sie voraus. Ihre strikte Beachtung gewährleistet, dass die Handlungen der Organe der Europäischen Union in und für Deutschland über eine hinreichende demokratische Legitimation verfügen (BVerfGE 89, 155 = NJW 1993, 3047; BVerfGE 97, 350 (373) = NJW 97, 350 = NJW 1998, 1934). Die vertragliche Konzeption der Währungsunion als Stabilitätsgemeinschaft ist Grundlage und Gegenstand des deutschen Zustimmungsgesetzes (BVerfGE 89, 155 = NJW 1993, 3047). (amtlicher Leitsatz)

5. Hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit, für Gewährleistungen einstehen zu müssen, kommt dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zu, der vom Bundesverfassungsgericht zu respektieren ist. Entsprechendes gilt auch für die Abschätzung der künftigen Tragfähigkeit des Bundeshaushalts und des wirt-

**schaftlichen Leistungsvermögens der Bundesrepublik Deutschland. (amtlicher Leitsatz)**

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

Nachdem Griechenland (Mitglied der EU und der Euro-Zone) in massive finanzielle Schwierigkeiten geraten war, verabredeten die übrigen Länder der Euro-Zone im Mai 2010, Finanzhilfen in Form von Gewährleistungen zu leisten. Zur Umsetzung dieser Verabredung verabschiedete der Deutsche Bundestag am 7. Mai 2010 das angegriffene Gesetz zur Übernahme von Gewährleistungen zum Erhalt der für die Finanzstabilität in der Währungsunion erforderlichen Zahlungsfähigkeit der Hellenischen Republik (Währungsunion-Finanzstabilitätsgesetz - WFStG, BGBl I S. 537). Die Vorschriften des Währungsunion-Finanzstabilitätsgesetzes lauten:

„§ 1 - Gewährleistungsermächtigung

(1) Das Bundesministerium der Finanzen wird ermächtigt, Gewährleistungen bis zur Höhe von insgesamt 22,4 Milliarden Euro für Kredite an die Hellenische Re-

publik zu übernehmen, die als Notmaßnahmen zum Erhalt der Zahlungsfähigkeit der Hellenischen Republik erforderlich sind, um die Finanzstabilität in der Währungsunion sicherzustellen. Die Gewährleistung dient der Absicherung von Krediten der Kreditanstalt für Wiederaufbau an die Hellenische Republik, die gemeinsam mit den Krediten der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, deren Währung der Euro ist, und des Internationalen Währungsfonds ausgezahlt werden sollen. Grundlage bilden die zwischen dem Internationalen Währungsfonds, der Europäischen Kommission im Auftrag der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und der Hellenischen Republik unter Mitwirkung der Europäischen Zentralbank vereinbarten Maßnahmen. Die Kredite der Kreditanstalt für Wiederaufbau sollen im ersten Jahr bis zur Höhe von 8,4 Milliarden Euro ausgezahlt werden.

(...)

(3) Vor Übernahme von Gewährleistungen nach Absatz 1 ist der Haushaltsaus-

*schuss des Deutschen Bundestages zu unterrichten, sofern nicht aus zwingenden Gründen eine Ausnahme geboten ist. Der Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages ist darüber hinaus vierteljährlich über die übernommenen Gewährleistungen und die ordnungsgemäße Verwendung zu unterrichten.“*

Außerdem verabredeten die Staaten der Euro-Zone die Schaffung einer Zweckgesellschaft (EFSF) zur Unterstützung von Staaten der Euro-Zone mit Zahlungsschwierigkeiten; in Umsetzung dieser Vereinbarung erließ der Bundestag am 21. Mai 2010 das angegriffene Gesetz zur Übernahme von Gewährleistungen im Rahmen eines europäischen Stabilisierungsmechanismus (im Folgenden:

Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetz, BGBl I S. 627):

#### *§ 1 Gewährleistungsermächtigung*

*(1) Das Bundesministerium der Finanzen wird ermächtigt, für Kredite, die eine von den Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebietes gegründete oder beauftragte Zweckgesellschaft zur Finan-*

*zierung von Notmaßnahmen zum Erhalt der Zahlungsfähigkeit eines Mitgliedstaates des Euro-Währungsgebietes aufnimmt, Gewährleistungen bis zur Höhe von insgesamt 123 Milliarden Euro zu übernehmen, sofern diese Notmaßnahmen zum Erhalt der Zahlungsfähigkeit des betroffenen Mitgliedstaates erforderlich sind, um die Finanzstabilität in der Währungsunion sicherzustellen. Voraussetzung ist, dass der betroffene Mitgliedstaat mit dem Internationalen Währungsfonds und der Europäischen Kommission unter Mitwirkung der Europäischen Zentralbank ein wirtschafts- und finanzpolitisches Programm vereinbart hat und dass dies von den Staaten des Euro-Währungsgebietes einvernehmlich gebilligt wird. Die Gefährdung der Zahlungsfähigkeit eines Mitgliedstaates des Euro-Währungsgebietes ist zuvor durch die Staaten des Euro-Währungsgebietes unter Ausschluss des betroffenen Mitgliedstaates gemeinsam mit dem Internationalen Währungsfonds und der Europäischen Zentralbank einvernehmlich festzustellen. Gewährleistungen nach Satz 1 können nur bis zum 30. Juni 2013 übernommen werden.*

(2) Die Übernahme von Gewährleistungen nach Absatz 1 setzt voraus, dass die Staaten des Euro-Währungsgebietes unter Ausschluss des betroffenen Mitgliedstaates und unter Mitwirkung der Europäischen Zentralbank und im Benehmen mit dem Internationalen Währungsfonds einvernehmlich übereinkommen, dass Notmaßnahmen nach der Verordnung des Rates der EU zur Errichtung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus nicht oder nicht in vollem Umfang ausreichen, um die Gefährdung der Zahlungsfähigkeit des betreffenden Mitgliedstaates des Euro-Währungsgebietes abzuwenden.

(...)

(4) Vor Übernahme von Gewährleistungen nach Absatz 1 bemüht sich die Bundesregierung, Einvernehmen mit dem Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages herzustellen. Der Haushaltsausschuss hat das Recht zur Stellungnahme. Sofern aus zwingenden Gründen eine Gewährleistung bereits vor Herstellung eines Einvernehmens übernommen werden muss, ist der Haushaltsausschuss unverzüglich nachträg-

lich zu unterrichten; die Unabweisbarkeit der Übernahme der Gewährleistung vor Herstellung des Einvernehmens ist eingehend zu begründen. Der Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages ist darüber hinaus vierteljährlich über die übernommenen Gewährleistungen und die ordnungsgemäße Verwendung zu unterrichten.

(5) Vor Übernahme von Gewährleistungen durch das Bundesministerium der Finanzen muss dem Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages der Vertrag über die Zweckgesellschaft vorgelegt werden.

(6) Der Gewährleistungsrahmen nach Absatz 1 kann unter den Voraussetzungen des § 37 Absatz 1 Satz 2 der Bundeshaushaltsordnung mit Einwilligung des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages um bis zu 20 Prozent der in Absatz 1 genannten Summe überschritten werden.“

Die Beschwerdeführer haben Verfassungsbeschwerde gegen diese Gesetze und die Mitwirkungshandlungen der Bundesregierung erhoben; sie sehen

sich in ihren Grundrechten aus Art. 38 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.

Zu Recht ?

## **A. Zulässigkeit**

### **I. Verfassungsbeschwerden gegen die Gesetze**

#### **1. Beschwerdebefugnis**

Problematisch ist hier bereits die Beschwerdebefugnis. Erforderlich ist, dass die Beschwerdeführer in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht möglicherweise verletzt sind. Hier machen die Beschwerdeführer eine Verletzung ihres grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 38 I 1 GG geltend. Da die Gesetze nicht das Wahlrecht selbst regeln, sondern nur die Mitwirkungsrechte des Parlaments betreffen, gelten besondere Anforderungen.

Das BVerfG führt dazu aus:

„Art. 38 Abs. 1 und Abs. 2 GG gewährleistet das subjektive Recht, unter Einhaltung der verfassungsrechtlichen Wahlgrundsätze an der Wahl der Abgeordne-

ten des Deutschen Bundestages teilzunehmen. Dabei erschöpft sich der Wahlakt nicht in einer formalen Legitimation der Staatsgewalt auf Bundesebene nach Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG. Vom Wahlrecht mit umfasst ist auch der grundlegende demokratische Gehalt des Wahlrechts, mithin die Gewährleistung wirksamer Volksherrschaft. Art. 38 GG schützt die wahlberechtigten Bürger insofern vor einem Substanzverlust ihrer im verfassungsstaatlichen Gefüge maßgeblichen Herrschaftsgewalt durch weitreichende oder gar umfassende Übertragungen von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages, vor allem auf supranationale Einrichtungen. Nichts anderes gilt jedenfalls für vergleichbare völkervertraglich eingegangene Bindungen, die im institutionellen Zusammenhang mit der supranationalen Union stehen, wenn dadurch die demokratische Selbstregierung des Volkes dauerhaft derart eingeschränkt wird, dass zentrale politische Entscheidungen nicht mehr selbstständig getroffen werden können.“

Es gilt nach dem BVerfG jedoch:

„Aus diesem materiellen Schutzgehalt des Art. 38 GG folgt regelmäßig kein Recht der Bürger, demokratische Mehrheitsentscheidungen auf ihre Rechtmäßigkeit hin durch das Bundesverfassungsgericht kontrollieren zu lassen. Das Wahlrecht dient nicht der inhaltlichen Kontrolle demokratischer Prozesse, sondern ist auf deren Ermöglichung gerichtet. Als Grundrecht auf Mitwirkung an der demokratischen Selbstherrschaft des Volkes verleiht Art. 38 Abs. 1 GG daher grundsätzlich keine Beschwerdebefugnis gegen Parlamentsbeschlüsse, insbesondere Gesetzesbeschlüsse.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz hat das Bundesverfassungsgericht seit dem Urteil zum Maastrichter Unionsvertrag anerkannt, wenn aufgrund völkervertraglich vereinbarter Verlagerungen von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages eine Entleerung der von der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung gewährleisteten politischen Gestaltungsmöglichkeiten des Parlaments zu befürchten ist (vgl. BVerfGE 89, 155 <172>). Das durch das Wahlrecht geschützte Prinzip der repräsentativen

Volksherrschaft kann danach verletzt sein, wenn die Rechte des Bundestages wesentlich geschmälert werden und damit ein Substanzverlust demokratischer Gestaltungsmacht für dasjenige Verfassungsorgan eintritt, das unmittelbar nach den Grundsätzen freier und gleicher Wahl zustande gekommen ist (vgl. BVerfGE 123, 267 <341>). Eine solche Rückgemöglichkeit beschränkt sich auf Strukturveränderungen im staatsorganisationsrechtlichen Gefüge, wie sie etwa bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union eintreten können.“

Es gilt jedoch ein strenger Maßstab, wie das BVerfG weiter ausführt:

„Die abwehrrechtliche Dimension des Art. 38 Abs 1 GG kommt daher in Konstellationen zum Tragen, in denen offensichtlich die Gefahr besteht, dass die Kompetenzen des gegenwärtigen oder künftigen Bundestages auf eine Art und Weise ausgehöhlt werden, die eine parlamentarische Repräsentation des Volkswillens, gerichtet auf die Verwirklichung des politischen Willens der Bürger, rechtlich oder praktisch unmöglich

*macht. Die Antragsbefugnis ist folglich nur dann gegeben, wenn substantiiert dargelegt wird, dass das Wahlrecht entleert sein könnte.“*

Das ist zwar hier nicht unproblematisch, es gilt jedoch nach dem BVerfG:

*„Die Beschwerdebefugnis über Art. 38 Abs. 1 GG kann auch dann gegeben sein, wenn, was hier allein in Rede steht, Gewährleistungsermächtigungen gemäß Art. 115 Abs. 1 GG, mit denen völkervertragliche Vereinbarungen umgesetzt werden, nach Art und Umfang zu massiven Beeinträchtigungen der Haushaltsautonomie führen können. Die Grundentscheidungen über Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand zählen zum Kern der parlamentarischen Rechte in der Demokratie. Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG schließt es aus, die durch die Wahl bewirkte Legitimation von Staatsgewalt und Einflussnahme auf deren Ausübung durch Fesselung des Haushaltsgesetzgebers so zu entleeren, dass das Demokratieprinzip verletzt wird (vgl. BVerfGE 89, 155 <172>; 123, 267 <330> jeweils zur Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages auf die europäische E-*

*bene). Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat durch die tatbestandliche Konkretisierung und sachliche Verschärfung der Regeln für die Kreditaufnahme von Bund und Ländern (insbesondere Art. 109 Abs. 3 und Abs. 5, Art. 109a, Art. 115 GG n.F., Art. 143d Abs. 1 GG, BGBl I 2009 S. 2248) klargestellt, dass eine verfassungsrechtliche Bindung der Parlamente und damit eine fühlbare Beschränkung ihrer Handlungsfähigkeit notwendig ist, um langfristig die demokratische Gestaltungsfähigkeit für das Gemeinwesen zu erhalten. Der Wahlakt wäre entwertet, wenn der Deutsche Bundestag nicht länger über diejenigen Gestaltungsmittel zur Erfüllung ausgabenwirksamer Staatsaufgaben und zum Gebrauch seiner Befugnisse verfügte, für deren Inanspruchnahme seine Handlungsmacht durch die Wähler legitimiert wird.“*

Das BVerfG führt weiter aus – wichtig auch im Hinblick auf geplante weitere Rettungsmaßnahmen:

*„Während herkömmliche Gewährleistungsermächtigungen im Sinne von Art. 115 Abs. 1 GG, wie die Erörterung in*

*der mündlichen Verhandlung gezeigt hat, keine außergewöhnlichen Risiken für die Haushaltsautonomie mit sich bringen und daher das Grundgesetz insoweit keine Begrenzungen vorsieht, haben Gewährleistungsermächtigungen zur Umsetzung von Verbindlichkeiten, die die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen internationaler Übereinkünfte zur Erhaltung der Liquidität von Staaten der Währungsunion eingeht, durchaus das Potential, die Möglichkeiten politischer Gestaltung des Bundestages in verfassungsrechtlich unzulässigem Umfang einzuschränken. Ein solcher Fall wäre etwa zu besorgen, wenn die Bundesregierung ohne konstitutive Zustimmung des Bundestages in erheblichem Umfang Gewährleistungen, die zur direkten oder indirekten Vergemeinschaftung von Staatsschulden beitragen, übernehmen dürfte, bei denen also der Eintritt des Gewährleistungsfalls allein vom Verhalten anderer Staaten abhängig wäre“.*

Die Beschwerdebefugnis aus Art. 38 I 1 GG ist also gegeben, da der Vortrag der Beschwerdeführer den vom BVerfG ge-

setzten Anforderungen genügt; eine Verletzung des Rechts aus Art. 38 I 1 GG ist nicht ausgeschlossen.

Anderes gilt jedoch für die von den Beschwerdeführern angeführte Verletzung des Art.14 I GG. Dabei ist schon umstritten, ob die Kaufkraft des Geldes überhaupt von der Eigentumsgarantie nach Art.14 I GG geschützt ist. Das BVerfG lässt die Frage offen, denn:

*“Die Beschwerdeführer legen jedenfalls eine inflatorische Wirkung weder im Sinne einer entsprechend intentionalen staatlichen Konjunkturpolitik substantiiert dar, noch tragen sie hinreichend Tatsachen vor, die eine von den angegriffenen Maßnahmen ausgehende objektive Beeinträchtigung der Kaufkraft des Euro von erheblichem Umfang belegen könnten. Der Umstand, dass die angegriffenen Ermächtigungen zur Übernahme von Gewährleistungen - ihrem Volumen nach - budgetpolitisch für die Bundesrepublik Deutschland beträchtliche Herausforderungen mit sich bringen, ändert nichts daran, dass die Beträge, um die es bislang geht, gerade auch nach dem Vortrag der Beschwerdeführer noch keine so massiven Auswirkungen auf die*

*massiven Auswirkungen auf die Geldwertstabilität erkennen lassen, dass eine justiziable Verletzung der Eigentumsgarantie in Betracht käme. Es ist regelmäßig nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, im Rahmen eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens wirtschafts- und finanzpolitische Maßnahmen auf negative Folgewirkungen für die Geldwertstabilität zu überprüfen. Eine solche Kontrolle kommt allenfalls in - hier nicht hinreichend dargelegten - Grenzfällen einer evidenten Minderung des Geldwertes durch Maßnahmen der öffentlichen Gewalt in Betracht. Es bleibt auch im Hinblick auf die vorliegend angegriffenen Stützungsmaßnahmen bei dem allgemeinen Befund, dass der Geldwert in besonderer Weise gemeinschaftsbezogen und gemeinschaftsabhängig ist“*

## **2. Ergebnis**

Die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind gegeben. Die Verfassungsbeschwerden gegen die Gesetze sind also zulässig.

## **II. Verfassungsbeschwerden gegen die Beschlüsse und Maßnahmen der EU-Gremien**

### **1. Beschwerdegegenstand**

Es muss sich grundsätzlich um Maßnahmen der deutschen öffentlichen Gewalt handeln. Daran fehlt es hier bereits, so das BVerfG:

*Die Rügen der Beschwerdeführer, ihre Grundrechte würden unmittelbar durch die intergouvernementalen Beschlüsse der im Rat der Europäischen Union vereinigten Vertreter der Regierungen der dem Euro-Währungsgebiet angehörenden Mitgliedstaaten und der Regierungen der 27 EU-Mitgliedstaaten vom 10. Mai 2010), den Beschluss des Rates der Europäischen Union vom 9. Mai 2010, einen europäischen Stabilisierungsmechanismus zu schaffen (Schlussfolgerungen des Rates <Wirtschaft und Finanzen> vom 9. Mai 2010), den Beschluss des Rates über die Verordnung des Rates zur Einführung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus vom 10. Mai 2010 und den Kauf von Staatsanleihen Griechenlands und anderer Mitgliedstaaten des*

*Euro-Währungsgebietes durch die Europäische Zentralbank verletzt, sind unzulässig, weil ihnen keine tauglichen Beschwerdegegenstände zugrunde liegen. Bei den angegriffenen Akten handelt es sich - unbeschadet anderweitiger Überprüfungsmöglichkeiten auf ihre Anwendbarkeit in Deutschland hin - nicht um von den Beschwerdeführern angreifbare Hoheitsakte deutscher öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG.*

## **2. Ergebnis**

Die Verfassungsbeschwerden gegen die Beschlüsse und Maßnahmen der EU-Gremien sind daher unzulässig

### **B. Begründetheit**

Das BVerfG prüft die Begründetheit:

*„Der Prüfungsmaßstab bestimmt sich durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG. Das Wahlrecht gewährleistet als grundrechtsgleiches Recht die Selbstbestimmung der Bürger, garantiert die freie und gleiche Teilhabe an der in Deutschland ausgeübten Staatsgewalt. Der Gewährleistungsgehalt des Wahl-*

*rechts umfasst die Grundsätze des Demokratiegebots im Sinne von Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG, die Art. 79 Abs. 3 GG als Identität der Verfassung garantiert.*

*Das Wahlrecht ist verletzt, wenn sich der Deutsche Bundestag seiner parlamentarischen Haushaltsverantwortung dadurch entäußert, dass er oder zukünftige Bundestage das Budgetrecht nicht mehr in eigener Verantwortung ausüben können.“*

*Die Entscheidung über Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand ist grundlegender Teil der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit im Verfassungsstaat. Der Deutsche Bundestag muss dem Volk gegenüber verantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entscheiden. Das Budgetrecht stellt insofern ein zentrales Element der demokratischen Willensbildung dar. Zum einen dient das Budgetrecht als Instrument umfassender parlamentarischer Regierungskontrolle. Zum anderen aktualisiert der Haushaltsplan den tragenden Grundsatz der Gleichheit der Bürger bei der Auferlegung öffentlicher Lasten als*

eine wesentliche Ausprägung rechtsstaatlicher Demokratie. Im Verhältnis zu den anderen an der Feststellung des Haushaltsplanes beteiligten Verfassungsorganen kommt dem gewählten Parlament eine überragende verfassungsrechtliche Stellung zu. Die Kompetenz zur Feststellung des Haushaltsplanes liegt nach Art. 110 Abs. 2 GG ausschließlich beim Gesetzgeber. Diese besondere Stellung findet auch darin Ausdruck, dass Bundestag und Bundesrat berechtigt und verpflichtet sind, nach Art. 114 GG den Haushaltsvollzug der Bundesregierung zu kontrollieren. (...) Als Repräsentanten des Volkes müssen die gewählten Abgeordneten des Deutschen Bundestages auch in einem System intergouvernementalen Regierens die Kontrolle über grundlegende haushaltspolitische Entscheidungen behalten. Mit ihrer Öffnung für die internationale Zusammenarbeit, Systeme kollektiver Sicherheit und die europäische Integration bindet sich die Bundesrepublik Deutschland nicht nur rechtlich, sondern auch finanzpolitisch. Selbst dann, wenn solche Bindungen erheblichen Umfang annehmen, wird das Budgetrecht

nicht in einer mit dem Wahlrecht rügefähigen Weise verletzt. Für die Einhaltung der Grundsätze der Demokratie kommt es darauf an, ob der Deutsche Bundestag der Ort bleibt, in dem eigenverantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entschieden wird, auch im Hinblick auf internationale und europäische Verbindlichkeiten. Würde über wesentliche haushaltspolitische Fragen der Einnahmen und Ausgaben ohne konstitutive Zustimmung des Bundestages entschieden oder würden überstaatliche Rechtspflichten ohne entsprechende Willensentscheidung des Bundestages begründet, so geriete das Parlament in die Rolle des bloßen Nachvollzuges und könnte nicht mehr die haushaltspolitische Gesamtverantwortung im Rahmen seines Budgetrechts wahrnehmen.“

Daraus folgt nach dem BVerfG, was für künftige Rettungsmaßnahmen relevant ist:

„Vor diesem Hintergrund darf der Deutsche Bundestag seine Budgetverantwortung nicht durch unbestimmte haushaltspolitische Ermächtigungen auf andere Akteure übertragen. Insbesondere

*darf er sich, auch durch Gesetz, keinen finanzwirksamen Mechanismen ausliefern, die - sei es aufgrund ihrer Gesamtkonzeption, sei es aufgrund einer Gesamtwürdigung der Einzelmaßnahmen - zu nicht überschaubaren haushaltsbedeutsamen Belastungen ohne vorherige konstitutive Zustimmung führen können, seien es Ausgaben oder Einnahmeausfälle. Dieses Verbot der Entäußerung der Budgetverantwortung beschränkt nicht etwa unzulässig die Haushaltskompetenz des Gesetzgebers, sondern zielt gerade auf deren Bewahrung. (...) Daher dürfen keine dauerhaften völkerrechtsrechtlichen Mechanismen begründet werden, die auf eine Haftungsübernahme für Willensentscheidungen anderer Staaten hinauslaufen, vor allem wenn sie mit schwer kalkulierbaren Folgewirkungen verbunden sind. Jede ausgabenwirksame solidarische Hilfsmaßnahme des Bundes größeren Umfangs im internationalen oder unionalen Bereich muss vom Bundestag im Einzelnen bewilligt werden. Soweit überstaatliche Vereinbarungen getroffen werden, die aufgrund ihrer Größenordnungen für das*

*Budgetrecht von struktureller Bedeutung sein können, etwa durch Übernahme von Bürgschaften, deren Einlösung die Haushaltsautonomie gefährden kann, oder durch Beteiligung an entsprechenden Finanzsicherungssystemen, bedarf nicht nur jede einzelne Disposition der Zustimmung des Bundestages; es muss darüber hinaus gesichert sein, dass weiterhin hinreichender parlamentarischer Einfluss auf die Art und Weise des Umgangs mit den zur Verfügung gestellten Mitteln besteht. Die den Deutschen Bundestag im Hinblick auf die Übertragung von Kompetenzen auf die Europäische Union treffende Integrationsverantwortung findet hierin ihre Entsprechung für haushaltswirksame Maßnahmen vergleichbaren Gewichts.*

Es gilt jedoch bei der Prüfung, ob der Bundestag sich seiner Haushaltsautonomie begibt, nur ein eingeschränkter Prüfungsmaßstab, so das BVerfG:

*Das Bundesverfassungsgericht hat sich bei der Feststellung einer verbotenen Entäußerung der Haushaltsautonomie im Hinblick auf den Umfang der Gewährleistungsübernahme auf evidente*

Verletzungen zu beschränken und namentlich mit Blick auf das Eintrittsrisiko von Gewährleistungen einen Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers zu respektieren.

Die Beschränkung auf evidente Verletzungen gilt für die Frage, bis zu welcher Höhe eine Gewährleistungsübernahme unter dem Aspekt der Eintrittsrisiken und die dann zu erwartenden Folgen für die Handlungsfreiheit des Haushaltsgesetzgebers noch verantwortbar ist. Ob und inwieweit sich unmittelbar aus dem Demokratieprinzip eine justiziable Begrenzung des Umfangs von Gewährleistungsermächtigungen herleiten lässt, ist fraglich. Anders als bei Kreditaufnahmen sieht Art. 115 Abs. 1 GG eine solche Begrenzung jedenfalls nicht explizit (vor?). Inwieweit die durch das 57. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes im Jahre 2009 in das Grundgesetz aufgenommene sogenannte Schuldenbremse (Art. 109 Abs. 3, Art. 115 Abs. 2 GG) dennoch zur Einhaltung von Obergrenzen zwingt, muss mit Blick auf die angegriffenen Gesetze nicht entschieden werden. Jedenfalls kommt es im vorliegenden Zusam-

menhang mit seiner allgemeinen Maßstäblichkeit aus dem Demokratieprinzip nur auf eine evidente Überschreitung von äußersten Grenzen an.

Hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit für Gewährleistungen eintreten zu müssen, kommt dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zu, der vom Bundesverfassungsgericht zu respektieren ist. Entsprechendes gilt auch für die Abschätzung der künftigen Tragfähigkeit des Bundeshaushalts und des wirtschaftlichen Leistungsvermögens der Bundesrepublik Deutschland. Hier kann das Bundesverfassungsgericht sich nicht mit eigener Sachkompetenz an die Stelle der zuvörderst dazu demokratisch berufenen Gesetzgebungskörperschaft setzen.

Im Ergebnis verneint das BVerfG unter Zugrundelegung dieses Maßstabs eine Verletzung des Art. 38 I GG:

„Eine unmittelbar aus dem Demokratieprinzip folgende Obergrenze für die Übernahme von Gewährleistungen könnte nur überschritten sein, wenn sich im Eintrittsfall die Gewährleistungen so auswirkten, dass die Haushaltsautono-

mie jedenfalls für einen nennenswerten Zeitraum nicht nur eingeschränkt würde, sondern praktisch vollständig leerliefe. Das kann vorliegend nicht festgestellt werden. Die Einschätzung des Gesetzgebers, die in § 1 des Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetzes ausgesprochene Gewährleistungsermächtigung in Höhe von 147,6 Milliarden Euro (123 Milliarden Euro + 20 %) sei auch in Addition zu der im Währungsunion-Finanzstabilitätsgesetz beschlossenen Gewährleistungsermächtigung zugunsten Griechenlands in Höhe von 22,4 Milliarden Euro haushaltswirtschaftlich hinnehmbar, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Dasselbe gilt für die Erwartung, selbst im Fall der vollständigen Realisierung des Gewährleistungsrisikos wären die Verluste von rund 170 Milliarden Euro über Einnahmesteigerungen, Ausgabenkürzungen und über längerfristige Staatsanleihen, wengleich möglicherweise unter Verlust von Wachstumsmöglichkeiten und Bonität mit entsprechenden Einnahmeverlusten und Risikoaufschlägen, noch refinanzierbar. Es kommt insoweit ins-

besondere nicht darauf an, ob die Gewährleistungssumme gegebenenfalls weit größer ist als der größte Haushaltstitel des Bundes und die Hälfte des Bundeshaushalts erheblich überschreitet, weil dies allein nicht der Maßstab einer verfassungsrechtlichen Begrenzung des Handlungsspielraums des Gesetzgebers sein kann.“

Auch ein Automatismus wird nach Ansicht des BVerfG nicht begründet. Allerdings muss das Gesetz verfassungskonform ausgelegt werden, denn so, das BverfG:

§ 1 Abs. 4 des Gesetzes verpflichtet allerdings die Bundesregierung lediglich dazu, sich vor Übernahme von Gewährleistungen zu bemühen, Einvernehmen mit dem Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages herzustellen, der ein Recht zur Stellungnahme hat (Satz 1 und 2). Sofern aus zwingenden Gründen eine Gewährleistung vor Herstellung des Einvernehmens übernommen werden muss, ist der Haushaltsausschuss unverzüglich nachträglich zu unterrichten, wobei die Unabweisbarkeit der Übernahme der Gewährleistung vor Herstellung des Ein-

*vernehmens eingehend zu begründen ist (Satz 3). Zudem ist der Haushaltsausschuss vierteljährlich über die übernommenen Gewährleistungen und die ordnungsgemäße Verwendung zu unterrichten (Satz 4). Mit diesen Regelungen allein wäre der fortdauernde Einfluss des Bundestages auf die Gewährleistungsentscheidungen durch verfahrensrechtliche Vorkehrungen - über die allgemeine politische Kontrolle der Bundesregierung hinaus - nicht sichergestellt. Denn diese Vorkehrungen würden - auch zusammen mit der Zwecksetzung, der Höhe des Gewährleistungsrahmens und der Befristung des Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetzes - nicht verhindern, dass die parlamentarische Haushaltsautonomie in einer das Wahlrecht beeinträchtigenden Weise berührt wird. Daher bedarf es zur Vermeidung der Verfassungswidrigkeit einer Auslegung des § 1 Abs. 4 Satz 1 des Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetzes dahingehend, dass die Bundesregierung vorbehaltlich der in Satz 3 genannten Fälle verpflichtet ist, die vorherige Zustimmung des Haushaltsausschusses einzuholen.“*

### **C. Endergebnis**

Die Gesetze verletzen daher die Beschwerdeführer nicht in ihrem Recht aus Art. 38 I 1 GG.

Die Verfassungsbeschwerden sind daher unbegründet und erfolglos.

### **Hinweise:**

1. Das Urteil betrifft ein Thema, das wie kein anderes im Fokus der Öffentlichkeit steht (siehe in diesem Zusammenhang auch den Beitrag von *Skauradzun* und *Hornfischer* in dieser Ausgabe). Kaum ein Urteil in der jüngsten Zeit wurde in ganz Europa mit solcher Spannung erwartet. Es betrifft zudem Kernmaterien des Prüfungsstoffs aus dem Verfassungsrecht. Seine Kenntnis ist trotz seiner Ausführlichkeit Pflicht für alle, sowohl für die schriftliche wie auch vor allem für die mündliche Prüfung.

2. Das Urteil sollte Anlass sein, die komplexe Problematik des Rechtsschutzes gegen Maßnahmen im Zusammenhang mit der Europäischen Union nochmals zu wiederholen.

3. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar die Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen; ganz ohne Erfolg stehen die Beschwerdeführer jedoch nicht, das Gericht hat nämlich zugleich die Grenzen künftiger Rettungsmaßnahmen aufgezeigt. Betroffen sind vor allem die diskutierten Euro-Bonds; nach vielen Stimmen in der Literatur hat es diese in ihrer geplanten Konzeption als unzulässig bezeichnet.

(RA Dr. Christian F. Majer)

## **Keine stillschweigende Antragsänderung bei Erledigung des Verfahrens**

VGH BW, Urteil vom 31.05.2011, 10 S 794/09, RdL 2011, 271-273

- 1. Der im Rahmen einer Anfechtungsklage angegriffene Verwaltungsakt erledigt sich, wenn die Behörde den Tenor des Verwaltungsaktes nicht nur unwesentlich ändert oder erstmals ihr Ermessen ausübt.**
- 2. Auf diese Erledigung muss der Kläger prozessual reagieren, da eine stillschweigende Antragsänderung dem Prozessrecht fremd ist und daher nicht unterstellt werden kann.**

### **Sachverhalt (zu Ausbildungszwecken vereinfacht und abgewandelt):**

Die Klägerin wandte sich mit ihrer Klage gegen eine landwirtschaftliche Bewirtschaftungs- und Pflegepflicht auf Basis des § 26 des Landwirtschafts- und Landeskulturgesetzes (LLG) durch das zuständige Landratsamt als unterer Verwaltungsbehörde.

Nach den Feststellungen des Landratsamtes handelte es sich bei dem Grundstück der Klägerin um verwilderte Streuobstgrundstücke mit einem ge-

wissen ökologischen Potential, nicht jedoch um gesetzlich besonders geschützte Biotope im Sinne des Naturschutzrechts.

Mit einem ersten Bescheid gab die Beklagte der Klägerin auf, das streitgegenständliche Grundstück bis zu einer näher bestimmten Frist in einen ordnungsgemäßen Pflege- und Bewirtschaftungszustand zu versetzen, wobei die entsprechenden Pflege- und Bewirtschaftungsmaßnahmen näher konkretisiert wurden. Die Begründung des Bescheids enthielt keine Ermessensausübung.

Der hiergegen durch die Klägerin eingelegte Widerspruch wurde durch die zuständige Widerspruchsbehörde zurückgewiesen.

Gegen den Ausgangsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheids erhob die Klägerin vor dem zuständigen Verwaltungsgericht Klage.

Während des laufenden gerichtlichen Verfahrens erließ die Beklagte eine „ergänzende Verfügung“ und änderte den Tenor des ersten Bescheids dahingehend ab, dass die Pflegeverpflichtung nunmehr mit anderen, weitergehenden Maßnahmen und bis zu einer im Bescheid neu gesetzten Frist zu erfüllen sei. In der Begründung des Bescheids übte die Beklagte zudem erstmals ihr Ermessen aus.

Nachdem die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschienen war, hat das Verwaltungsgericht festgestellt, dass sich der erste Bescheid der Beklagten erledigt und die Beklagte die Kosten des Verfahrens zu tragen habe. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass das Verwaltungsgericht davon ausgehe, dass

die nicht erschienene Klägerin auf einen entsprechenden Hinweis in der mündlichen Verhandlung den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt hätte. Zwar sei die Beklagte dieser unterstellten Erledigungserklärung entgegengetreten, habe jedoch kein schützenswertes Interesse an einer Sachentscheidung dargelegt. Die so verstandene Feststellungsklage sei auch begründet, da durch die „ergänzende Verfügung“ objektiv Erledigung des ersten Bescheids eingetreten sei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Zulassung der Berufung auf Antrag der Beklagten das angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen, wobei die Klägerin auch in der Berufungsverhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschienen war.

## **Wesentliche Entscheidungsgründe**

### **Zulässigkeit der Anfechtungsklage**

#### **A. Rechtsschutzbedürfnis**

Fraglich ist hier das Rechtsschutzinteresse für die Anfechtungsklage, da bei einer eventuellen Erledigung des ersten

Bescheids die Klägerin mit ihrem Rechtsbehelf eine Verbesserung ihrer Rechtsstellung nicht mehr erreichen könnte, sich die Inanspruchnahme des Gerichts also für ihre subjektive Rechtsstellung als nutzlos darstellt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 27.07.2005, 6 B 37.05, juris).

### **I. Prüfung der Erledigung des Verwaltungsakts**

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs hat sich der angefochtene erste Bescheid durch die von der Beklagten erlassene „ergänzende Verfügung“ erledigt. Nach § 43 Absatz 2 des Landesverwaltungsverfahrensgesetzes bleibt ein Verwaltungsakt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist. Von einer Erledigung im Sinne dieser Regelung ist auszugehen, wenn der Verwaltungsakt nicht mehr geeignet ist, rechtliche Wirkungen zu erzeugen, oder wenn die Steuerungsfunktion, die ihm ursprünglich inne wohnte, nachträglich entfällt (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.09.2008, 7 C

5.08, NVwZ 2009, 122). Ob diese Voraussetzungen eingetreten sind, ist eine Frage des Einzelfalles und vom Regelungsgehalt des Verwaltungsakts zu beurteilen.

*„Hier hat sich der erste Bescheid bezüglich der angeordneten Pflege- und Bewirtschaftungspflicht erledigt, denn bei der „ergänzenden Verfügung“ der Beklagten handelte es sich um eine Aufhebung des ursprünglichen und den Erlass eines neuen Verwaltungsaktes, da die Beklagte insbesondere eine weitergehende Pflegeverpflichtung angeordnet hat. Nicht nur unwesentlich geändert wurde also der Bescheidtenor und nicht lediglich nur die Bescheidgründe. Der VGH: „Eine Wesensänderung der Verfügung und damit der Erlass eines neuen Verwaltungsaktes liegt regelmäßig vor, wenn die Behörde den Regelausspruch ändert.“*

*„Jedoch auch aus einem weiteren Gesichtspunkt ist von einer Erledigung des Verwaltungsaktes auszugehen. Die Beklagte hat in ihrer „ergänzenden Verfügung“ erstmals ihr Ermessen ausgeübt. Der VGH führt dazu aus: Zwar schafft §*

*114 Satz 2 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) den prozessualen Rahmen für eine Ergänzung einer defizitären Ermessensausübung, nicht jedoch für eine erstmalige Ausübung von Ermessen oder eine komplette oder wesensgehaltsmäßige Auswechslung der Gründe der Ermessensausübung (vgl. BVerwG, Urt. v. 05.09.2006, 1 C 20.05, NVwZ 2007, 470). Die von § 114 Satz 2 VwGO nicht mehr gedeckte erstmalige Ausübung von Ermessen stellt deshalb stets den Neuerlass eines Verwaltungsaktes mit der Folge dar, dass sich der ursprünglich angegriffene Verwaltungsakt erledigt hat.“*

## **II. Rechtsfolgen der eingetretenen Erledigung**

Bei Erledigung des Verwaltungsaktes gibt es verschiedene Möglichkeiten des Fortgangs des Verfahrens. So kommt z.B. eine klägerische Erledigungserklärung in Betracht, verbunden mit der Feststellung, dass sich der angefochtene Bescheid erledigt habe. Bei berechtigtem Feststellungsinteresse kann die Fortführung des Verfahrens als Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Absatz 1 Satz 4 VwGO sinnvoll sein. In

beiden Fällen handelt es sich um eine kraft Gesetzes zulässige Klageänderung (§ 173 VwGO i.V.m. § 264 Nummer 2 ZPO; § 91 VwGO findet insoweit hier keine Anwendung). Wenn auf Beklagenseite ein berechtigtes Feststellungsinteresse analog § 113 Absatz 1 Satz 4 VwGO vorhanden ist, kann der Beklagte der Erledigungserklärung widersprechen und es kommt zum sogenannten Erledigungsstreit. Schließlich kommt in Betracht, dass der Beklagte sich der Erledigungserklärung des Klägers anschließt (übereinstimmende Erledigung) mit der Folge der deklaratorischen Verfahrenseinstellung analog § 92 Absatz 3 VwGO und einer Kostenentscheidung nach § 161 Absatz 2 VwGO.

Im vorliegenden Fall hat die Klägerin jedoch - trotz entsprechender Hinweise des Gerichts - überhaupt nicht reagiert. Der VGH führt dazu aus:

*„In diesem Fall ist es nicht statthaft, von einer Erledigungserklärung bzw. einer Antragsumstellung dahingehend auszugehen, dass sich der angefochtene Bescheid erledigt habe. Eine Erledigungser-*

*klärung oder der Übergang zum Feststellungsbegehren setzt einen Antrag voraus, der aber auch durch Auslegung des klägerischen Verhaltens gewonnen werden kann. Erforderlich ist deshalb, dass auf Klägerseite gewisse Handlungen vorliegen, die vom Verwaltungsgericht in Ausübung seiner Fürsorgepflicht nach § 86 Absatz 3 VwGO ausgelegt werden können. Wenn jedoch wie hier die Klägerin überhaupt nicht reagiert, ist die Klage wegen des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig geworden abzuweisen. Eine stillschweigende Antragsänderung ist dem Prozessrecht fremd und kann nicht unterstellt werden, da sonst das Antragserfordernis konterkariert würde und dies der Dispositionsmaxime nicht gerecht würde.“ Zudem würde der Grundsatz der Waffengleichheit der Verfahrensbeteiligten verletzt, da es mit der Neutralitätspflicht des Gerichts nicht zu vereinbaren ist, dass das Gericht einer unzulässig gewordenen Klage ohne Zutun des Klägers zur Zulässigkeit verhilft.*

## **B. Ergebnis**

Mangels Rechtsschutzbedürfnisses ist die Anfechtungsklage unzulässig und muss abgewiesen werden. Der Verwaltungsgerichtshof hat daher hier in der Berufungsinstanz zu Recht - nach vorheriger Änderung des verwaltungsgerichtlichen Urteils - die Klage abgewiesen und der Klägerin die Verfahrenskosten beider Rechtszüge auferlegt.

## **Hinweise**

1. Fragen der Erledigung von Verwaltungsakten sowie die adäquate prozesuale Reaktion hierauf spielen sowohl im ersten als auch im zweiten juristischen Staatsexamen immer wieder eine tragende Rolle. Die Beherrschung dieser Thematik ist daher für die Examensvorbereitung unverzichtbar. Die hiesige Abhandlung soll daher als Anstoß zu einer weiteren Beschäftigung mit der Thematik verstanden werden.

2. Soweit der Verwaltungsgerichtshof in der Originalentscheidung über die hier dargestellten wesentlichen Entscheidungsgründe Ausführungen tätigt - z.B. zum LLG -, wurde hierauf in dieser Darstellung mangels Examensrelevanz be-

wusst verzichtet bzw. wurde der Sachverhalt entsprechend abgewandelt. Nicht unerwähnt bleiben soll aber, dass die Originalentscheidung weitere prozessuale Komponenten enthielt - z.B. Trennung und Verbindung von Verfahren, Reichweite des Anwaltszwangs vor dem VGH -, weswegen die Originalentscheidung durchaus lesenswert ist.

3. Interessant zu beobachten wird sein, inwieweit die Entscheidung Auswirkungen auf diejenige Fallkategorie des Erledigungsstreits (also bei Widerspruch des Beklagten gegen die Erledigungserklärung bei begründetem Sachentscheidungsinteresse analog § 113 Absatz 1 Satz 4 VwGO) hat, in denen der Kläger bei begründeter Klage wegen Eintritts eines erledigenden Ereignisses den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, aber keinen Sachantrag mehr stellt. Hier hat der VGH BW ebenfalls bisher einen solchen fingiert. Dies dürfte aber auch weiterhin so gehandhabt werden, da in diesem Fall der Kläger ja zumindest eine Erledigungserklärung abgegeben hat und ein auslegungsfähiges prozessuales Verhalten

gezeigt hat. Die hiesige Entscheidung ist bewusst eng formuliert und betrifft den Fall, dass der Kläger - auch nach Hinweis durch das Gericht - überhaupt nicht reagiert.

4. Nachdem die Klage bereits unzulässig geworden war, bedurfte es seitens des Gerichts keine Ausführungen mehr zur Begründetheit. In einer Examensklausur wäre hier die Begründetheit hilfsgutachterlich zu untersuchen.

(RD Jochen Heinz)

## **§ 80 Absatz 6 VwGO ist eine nicht nachholbare Zugangsvoraussetzung**

VGH BW, Beschluss vom 28.02.2011, 2 S 107/11, VBIBW 2011, 238-239

Die Voraussetzung des § 80 Absatz 6 VwGO (Durchführung eines erfolglosen behördlichen Aussetzungsverfahrens) ist eine Zugangsvoraussetzung, die im Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz bei Gericht erfüllt sein muss.

### **Sachverhalt (zu Ausbildungszwecken vereinfacht):**

Die Verfahrensbeteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit der Erhebung eines Wasserversorgungsbeitrags. Der Antragsgegner hat gegenüber der Antragstellerin mit Bescheid einen Wasserversorgungsbeitrag erhoben. Der Bescheid enthielt die formularmäßige Ankündigung, man werde die Vollstreckung nach Ablauf einer Zahlungsfrist einleiten. Konkrete Vollstreckungshandlungen erfolgten aber nicht. Gegen diesen Bescheid hat die Antragstellerin Widerspruch eingelegt und gleichzeitig um einstweiligen Rechtsschutz beim Verwaltungsgericht nachgesucht. Das Ver-

waltungsgericht hat den Antrag als unzulässig abgelehnt. Die hiergegen durch die Antragstellerin erhobene Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof blieb ohne Erfolg.

### **Wesentliche Entscheidungsgründe**

#### **A. Zulässigkeit**

##### **I. Statthafte Antragsart**

Statthafte Antragsart ist hier gemäß der Abgrenzungsnorm des § 123 Absatz 5 VwGO das Verfahren nach § 80 Absatz 5 VwGO, da in der Hauptsache gegen den Wasserbesorgungsbeitrag als Verwaltungsakt im Sinne des § 35 LVwVfG eine Anfechtungsklage statthaft wäre. Statthaft ist - wegen des gesetzlichen

Entfalls des Suspensiveffekts (vgl. dazu sogleich unten II.) - ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des eingelegten Widerspruchs.

## **II. Entfall des Suspensiveffekts**

Bei der Erhebung des Wasserversorgungsbeitrags handelt es sich um eine Anforderung von öffentlichen Abgaben im Sinne von § 80 Absatz 2 Nummer 1 VwGO, so dass der grundsätzlich durch den Widerspruch ausgelöste Suspensiv-effekt (vgl. § 80 Absatz 1 VwGO) kraft Gesetzes entfällt.

## **III. Vorheriger Aussetzungsantrag bei der Behörde**

### **1. § 80 Absatz 6 Satz 1 VwGO als Zugangsvoraussetzung**

Nach § 80 Absatz 6 Satz 1 VwGO ist in den Fällen des § 80 Absatz 2 Nummer 1 VwGO der Antrag nach § 80 Absatz 5 VwGO nur zulässig, wenn die Behörde einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung ganz oder zum Teil abgelehnt hat. Einen solchen Antrag hat die Antragstellerin aber gerade nicht gestellt. Bei der Voraussetzung nach § 80 Absatz 6 VwGO handelt es sich nicht um eine bloße Sachentscheidungsvorausset-

zung, die noch im Laufe des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nachgeholt werden kann, sondern gemäß der ratio legis der Vorschrift um eine Zugangsvoraussetzung, die im Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz bei Gericht erfüllt sein muss. Mit § 80 Absatz 6 Satz 1 VwGO wird zum einen ein Vorrang der verwaltungsinternen Kontrolle und zum anderen eine Entlastung der Gerichte bezweckt. Beide Zwecke werden nur erreicht, wenn § 80 Absatz 6 Satz 1 VwGO konsequent als Zugangsvoraussetzung und nicht nur als nachholbare bloße Sachentscheidungsvoraussetzung ausgelegt wird.

Der VGH führt dazu aus:

*„Denn die mit der Bestimmung verfolgte Zielrichtung - einerseits Vorrang der verwaltungsinternen Kontrolle und andererseits Entlastung der Gerichte - ist nur zu verwirklichen, wenn § 80 Abs. 6 Satz 1 VwGO nicht lediglich als - im Laufe des gerichtlichen Verfahrens nachholbare - Sachentscheidungsvoraussetzung interpretiert wird. Dagegen spricht auch nicht, dass ein gerichtlicher Eilantrag wegen Nichtvorliegens der behördlichen*

*Entscheidung als unzulässig abgelehnt wird und es danach noch zu einem zweiten gerichtlichen Aussetzungsverfahren kommen kann. Zum einen ist eine der Antragstellerin günstige Entscheidung gemäß § 80 Abs. 4 VwGO nicht von vornherein ausgeschlossen. Zum anderen bewirkt nur eine konsequente Handhabung des § 80 Abs. 6 Satz 1 VwGO, dass die Vorschrift ernst genommen wird und zu der beabsichtigten Entlastung der Gerichte führt“*

## **2. Keine Ausnahme nach § 80 Absatz 6 Satz 2 VwGO**

Eine Ausnahme nach § 80 Absatz 6 Satz 2 VwGO liegt nicht vor. Nach dieser Vorschrift gilt das Erfordernis eines vorherigen behördlichen Aussetzungsantrags nicht, wenn

1. die Behörde über einen Antrag ohne Mitteilung eines zureichenden Grundes in angemessener Frist sachlich nicht entschieden hat oder
2. eine Vollstreckung droht.

Allein in Frage kommt hier eine Ausnahme nach § 80 Absatz 6 Satz 2 Nummer 2 VwGO. Von einer drohenden Vollstreckung ist auszugehen, wenn eine konkrete Vollstreckungs-

maßnahme eingeleitet oder der Beginn der Vollstreckung behördlich angekündigt worden ist. Wenigstens müssen aus der Sicht eines objektiven Dritten konkrete Vorbereitungsmaßnahmen der Behörde für eine alsbaldige Durchsetzung des Bescheids vorliegen. Dem genügt die bloß formularmäßige Ankündigung der Vollstreckung nicht, da es hier dem Schuldner zumutbar ist, sich zunächst an die Behörde zu wenden.

Mit den Worten des VGH:

*„Die Festsetzung eines Säumniszuschlags oder der Erlass einer Mahnung genügen hierfür ebenso wenig wie die in einem Bescheid enthaltene formularmäßige Ankündigung, man werde die Vollstreckung nach Ablauf einer Zahlungsfrist einleiten. Denn aus der Sicht eines objektiven Betrachters steht die Vollstreckung in diesen Fällen zeitlich nicht so unmittelbar bevor, dass es dem Abgabenschuldner unzumutbar wäre, sich zunächst an die Behörde zu wenden“*

## **IV. Ergebnis**

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Absatz 5 VwGO ist wegen Nichterfüllung der

Zugangsvoraussetzung nach § 80 Absatz 6 VwGO unzulässig. Das Verwaltungsgericht hat diesen daher zu Recht abgelehnt und die hiergegen gerichtete Beschwerde des Antragstellers wurde ebenfalls zu Recht zurückgewiesen.

### **Hinweise**

1. Fragen des einstweiligen Rechtsschutzes sind sowohl im ersten als auch im zweiten juristischen Staatsexamen klassische Prüfungsmaterie und müssen beherrscht werden. Die besprochene Entscheidung ist vor allem für Rechtsreferendare unentbehrlich.

2. Der Verwaltungsgerichtshof weist in seiner Entscheidung noch darauf hin, dass es auf eine Begründetheit des Antrags bei Fehlen der Zugangsvoraussetzungen nach § 80 Absatz 6 VwGO nicht mehr ankommt. In einer Examensklausur wäre in einer solchen Fallgestaltung dann aber hilfsgutachterlich die Begründetheit des Antrags zu untersuchen.

(RD Jochen Heinz)