

HERAUSGEBER

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

Vereinsvorstand:

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

BEIRAT

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

AUS DEM INHALT

BEITRAG:

Tobias Rist
Gleichberechtigung und Sorgerecht

KLAUSUREN:

Christian F. Majer
Examensklausur Zivilrecht: „Eine Räumung mit Folgen“
Christian Trautsen
Examensklausur Öffentliches Recht: „Die 5 %-Hürde im Europawahlrecht“
Christoph Dudenbostel
Examensklausur Strafrecht: „Der Referendar, die Liebe und das Geld“

RECHTSPRECHUNG:

BVerfG
Eilanträge gegen Ratifikation von ESM-Vertrag und Fiskalpakt
BGH
Zur Rechtsscheinhaftung bei Verwendung eines falschen Rechtsformzusatzes
BAG
Pauschalvergütung von Überstunden – Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen
VGH BW
Normenkontrolle einer Polizeiverordnung

Inhaltsverzeichnis

Beitrag

Tobias Rist

Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern

Seite 5

Klausuren

Christian F. Majer

Examensklausur Zivilrecht: „Eine Räumung mit Folgen“

Seite 19

Christian Traulsen

Examensklausur Öffentliches Recht: „Die 5 %-Hürde im Europawahlrecht“

Seite 30

Christoph Dudenbostel

Examensklausur Strafrecht: „Der Referendar, die Liebe und das Geld“

Seite 45

Rechtsprechung Zivilrecht

Zur Rechtsscheinhaftung bei Verwendung eines falschen Rechtsformzusatzes

BGH, Urteil vom 12.06.2012 (*Steffen Follner*)

Seite 74

Rückforderung im Schenkkreis

BGH, Urteil vom 21.06.2012 (*Christian F. Majer*)

Seite 86

Kein Schmerzensgeld für „Schockschaden“ des Tierhalters nach Tötung seines Hundes

BGH, Urteil vom 20.03.2012 (*Christian F. Majer*)

Seite 92

Tierhaltung und Räumungsvollstreckung

BGH, Beschluss vom 04.04.2012 (*Christian F. Majer*)

Seite 96

Pauschalvergütung von Überstunden – Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

BAG, Urteil vom 16.05.2012 (*Nikolaus Polzer*)

Seite 102

Rechtsprechung Strafrecht

- Verwertbarkeit der Aussage des Beschuldigten bei unzureichender Eröffnung
des Tatvorwurfs bei der polizeilichen Vernehmung
BGH, Beschluss vom 06.03.2012 (*Guido P. Ernst*) Seite 111
- Irrige Annahme einer unmittelbar bevorstehenden Intensivierung eines sich
bereits in Gang befindlichen rechtswidrigen Angriffs
BGH, Beschluss vom 01.03.2012 (*Guido P. Ernst/Caprice N. Doerbeck*) Seite 117
- Verdeckungsabsicht des schon Verdächtigten
BGH, Urteil vom 17.05.2011 (*Patrick A. Hinderer*) Seite 125

Rechtsprechung Öffentliches Recht

- Eilanträge gegen Ratifikation von ESM-Vertrag und Fiskalpakt
BVerfG, Urteil vom 12.09.2012 (*Christian F. Majer*) Seite 130
- Normenkontrolle einer Polizeiverordnung
VGH BW, Urteil vom 26.07.2012 (*Jochen Heinz*) Seite 143
- Unterlassung von liturgischem Glockengeläut
VGH BW, Urteil vom 03.04.2012 (*Jochen Heinz*) Seite 151

Editorial

Das Sorgerecht unverheirateter Väter ist schon länger ein besonderes Thema in Rechtsprechung und Rechtspraxis. Nachdem der EGMR und ihm folgend das BVerfG die bisherige Regelung verworfen haben, war der Gesetzgeber nun zu einer Neuregelung berufen und hat einen Entwurf vorgelegt. Der Beitrag von *Rist* „Gleichberechtigung und Sorgerecht“ zeigt die Entwicklung auf und nimmt kritisch zu diesem Entwurf Stellung. Die Thematik ist in ihren familienrechtlichen Aspekten zumindest für das erste Staatsexamen nicht relevant, wohl aber in ihren verfassungsrechtlichen.

Die Klausuren von *Traulsen*, *Dudenbostel* und *Majer* sind jeweils Klausuren aus dem Examensklausurenkurs. Die Klausur von *Traulsen* thematisiert eine höchst examensrelevante und aktuelle Problematik aus dem Staatsorganisationsrecht, nämlich die 5 %-Hürde im deutschen Europawahlrecht, die das BVerfG in einer umstrittenen Entscheidung für verfassungswidrig erklärt hat. Die Klausur von *Dudenbostel* enthält unter anderem Probleme des „Stalkings“, eine bislang wenig geprüfte Materie. In der Klausur von *Majer* geht es um Probleme aus dem Schuld- und Sachenrecht sowie dem Zivilprozessrecht – gerade letzteres sollte man als Examenskandidat angesichts der Zahl der Praktiker als Examensprüfer nicht unterschätzen.

In der Rubrik „Examensrelevante Rechtsprechung“ finden Sie die „Jahrhundertentscheidung“ des BVerfG zum ESM-Vertrag und Fiskalpakt sowie wichtige examensrelevante Entscheidungen zum Zivil- und Zivilprozessrecht, Straf- und Strafprozessrecht sowie zum Öffentlichen Recht.

RA Dr. Christian F. Majer
Vorsitzender

RA Marian Wieczorke
Stellvertr. Vorsitzender

Verein der Zeitschrift JSE e.V.

Impressum

Redaktion

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

Herausgeber

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

Vereinsvorstand:

RA Dr. Christian F. Majer
(Vorsitzender)

RA Marian Wiczorke
(Stellvertr. Vorsitzender)

Gabriel Schmidt
(Schatzmeister)

Guido Philipp Ernst
(Ressortleiter Strafrecht)

E-Mail

redaktion@zeitschrift-jse.de

ISSN 2195-044X

Beirat

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

RA Tobias Rist*

Gleichberechtigung und Sorgerecht

– Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern –

I. Einleitung

Dem Bundestag liegt ein Entwurf der Bundesregierung über die Gesetzesänderung zur Reform des Sorgerechts zur Abstimmung vor. Hiervon erhofft sich die Bundesregierung die Stärkung der Stellung von Vätern unehelicher Kinder bezüglich der Erlangung des gemeinsamen Sorgerechts auch gegen den Willen der Mütter.

Der folgende Beitrag erläutert die rechtlichen Hintergründe und Voraussetzungen des Sorgerechts und zeigt, welche Probleme und Schwierigkeiten bei der Beurteilung einer Sorgerechtsentscheidung bestehen und ob diese durch den Referentenentwurf gelöst werden

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht in der Kanzlei Dr. Machanek in Stuttgart.

können. Zugleich sollen alternative Lösungsvorschläge vorgestellt werden.

II. Problemaufriss

Mit seiner Entscheidung vom 03.12.2009 erklärte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), dass die Regelung im BGB zur gemeinsamen Sorge gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verstößt.¹ Aktuell ist es Vätern unehelicher Kinder gegen den Willen der Mutter nicht möglich, die gemeinsame elterliche Sorge zu erlangen. Sie sind vom Willen der Kindesmutter abhängig. Im Gegensatz dazu können Väter von ehelichen Kindern das Familiengericht anrufen und eine Entscheidung bezüglich der Übertragung des Sorgerechts auf beide Elternteile² (oder des alleinigen Sorgerechts auf sich selbst) beantragen. Um diesen Missstand zu beseitigen und die Entscheidung des EGMR umzusetzen, legte das Bundesministerium der Justiz nun einen entsprechenden Gesetzesentwurf vor.³

¹ Zaunegger, Beschwerde-Nr. 2202028/04, <http://www.echr.oe.int>.

² Vgl. zu den verschiedenen Arten der elterlichen Sorge 4. a).

³ Der Entwurf wurde vom Bundeskabinett am 04.07.2012 beschlossen und ist nachzulesen unter: http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/GE_Elterliche_Sorge.pdf;jsessionid=F7E5

Allerdings halten Vätervereine und Juristen die Macht der Mütter für ungebrochen.⁴ Ob dies zutrifft und welche Verbesserungsmöglichkeiten es gibt, soll dieser Beitrag darstellen.

III. Bisherige Regelung

1. Das grundsätzliche alleinige Sorgerecht⁵ der Kindesmutter

§ 1626a BGB regelt die elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern. Grundsätzlich gilt, dass bei nicht verheirateten Eltern bei Geburt des Kindes die Kindesmutter⁶ die alleinige Sorge erhält, § 1626a Abs. 2 BGB. Für eine gemeinsame elterliche Sorge stehen den Eltern dann zwei Möglichkeiten zur Verfügung: (1) Abgabe der entsprechenden Sorgeerklärung, § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB, (2) Heirat, § 1626a Abs. 1 Nr. 2 BGB.

2. Gemeinsame elterliche Sorge nur mit Zustimmung der Mutter

Der Kindsvater kann die gemeinsame elterliche Sorge gem. § 1626 Abs. 1 Nr.1

BGB und/oder § 1627 Abs. 1 BGB nach verweigerter Zustimmung der Kindesmutter selbst nach jahrelangem Zusammenleben mit Kind und Mutter nicht erlangen.⁷ Unerheblich ist hierbei auch die Zustimmung/Aussage des Kindes. Da insbesondere die Regelung der elterlichen Sorge durch Sorgeerklärung keiner gerichtlichen⁸ oder behördlichen Überprüfung unterliegt, ist kein Raum für die Anhörung des Kindes.⁹ Einzige Ausnahme bildet der Entzug des Sorgerechts der Mutter gem. §§ 1680 Abs. 3, 1666 BGB oder der Tod der Kindesmutter. Auf diesem Weg kann der Vater das Sorgerecht ohne die Zustimmung der Kindesmutter erhalten.¹⁰

3. Alleiniges Sorgerecht des Kindsvaters

Sofern der leibliche Vater¹¹ das alleinige Sorgerecht oder ein aufgespaltenes Sorgerecht (beispielsweise Vermögenssorge – Personensorge, etc.) begehrt, so muss ein Antrag gem. § 1672 BGB beim Familiengericht eingereicht werden.

F168C1F4443CCBF9C64B49BoBoBC.1_cid324?__blob=publicationFile.

⁴ So ein Zitat eines Artikels auf Spiegel Online, „Wenn Papa sich nicht sorgen darf“ vom 09.08.2012.

⁵ Zum Unterschied zwischen alleinigem und gemeinsamen Sorgerecht vgl. *Völker/Claudius*, Sorge- und Umgangsrecht in der Praxis, 4. Aufl., S. 33 ff.

⁶ Sofern diese minderjährig ist, ist ein Vormund zu bestellen, § 1673 Abs. 2 BGB.

⁷ Kaiser/Schnitzler/Friederici/*Rakete-Dombeck* BGB, Familienrecht, NK-BGB, Bd 4 2. Auflage 2010., § 1626a BGB Rdnr. 1.

⁸ Ausnahme bei Befürchtung einer Kindeswohlgefährdung, § 1666 BGB. Hier Amtsermittlungsgrundsatz, vgl. *Rakete-Dombeck* a.a.O., § 1666 BGB Rn.1

⁹ *Rakete-Dombeck* a.a.O., § 1626a BGB Rdnr. 19.

¹⁰ *Grandel/Stockmann/Seebach*, SWK FamR 2012, S. 490, Rdnr. 15.

¹¹ Oder auch beide Elternteile, was in der Praxis sehr selten vorkommt.

Der Weg über die gemeinsame Sorgeerklärung ist gem. § 1626b Abs. 3 BGB verschlossen. Der Grund liegt darin, dass gerichtliche Entscheidungen¹² „sorgeerklärungsfest“ sind.¹³ Die Sorgeerklärung dient allein der Korrektur der grundsätzlichen Alleinsorge der Mutter.¹⁴ Sinn und Zweck des Gesetzgebers war, die Vermeidung der Gefahr eines ständigen kindeswohlwidrigen Wechsels des Sorgerechts durch die jeweilige Errichtung der Sorgeerklärungen der Eltern.¹⁵ Der Gesetzgeber war der Auffassung, dass die Eltern, sofern die Möglichkeit bestünde, je nach „Lust- und Laune“ das Sorgerecht von einem auf den anderen oder beide übertragen könnten.

4. Die Entwicklung der aktuellen Regelung

Bis zur aktuell gültigen Regelung gab es zwei grundlegende Stufen. Die Rechtslage vor und nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG).

a) Rechtslage bis zum Inkrafttreten des KindRG¹⁶ am 01.07.1998¹⁷

Vor Inkrafttreten des KindRG am 01.07.1998 war die Kindesmutter Inhaber der elterlichen Sorge für ein nicht-eheliches Kind, § 1705 S. 1 BGB. Während des Gesetzgebungsverfahrens bestanden unterschiedliche Auffassungen, ob die gemeinsame Sorge auch gegen den Willen eines Elternteils möglich sein sollte. Hierbei erschienen gerade die Fälle problematisch, bei denen das Kind längere Zeit mit beiden Eltern zusammengelebt hat und die Mutter die Herbeiführung der gemeinsamen Sorge ohne weitere Begründung ablehnt, obwohl das Kind zu beiden Elternteilen die entsprechende Beziehung aufgebaut hat. Schon zu diesem Zeitpunkt erkannte der Gesetzgeber, dass es Fälle geben kann, in denen die Kindesmutter grundlos ihre Mitwirkung verweigert und dem Kindesvater somit keinerlei Möglichkeit verbleibt, die gemeinsame Sorge zu erlangen. Allerdings entschied sich der Gesetzgeber für eine Lösung, bei der eine Begründung der gemeinsamen Sorge gegen den Willen eines Elternteils nicht in Frage kommt. Der Gesetzgeber führt aus:

„Dieser Vorschlag beruht auf der Erwägung, daß eine erzwungene Gemeinsam-

¹² Für einen Teil jedoch möglich, sofern bei gerichtlicher Entscheidung nur über einen Teil der elterlichen Sorge entschieden wird. Lediglich dieser Teil ist sorgeerklärungsfest.

¹³ *Rakete-Dombek* a.a.O., § 1626c BGB Rdnr. 7.

¹⁴ Vgl. III. 1.

¹⁵ BT-Drucks. 13/4899, S. 94.

¹⁶ Colorandi causa sei erwähnt, dass hier auch eine BVerfGE zum Handeln zwang.

¹⁷ Vgl. *Rakete-Dombek* a.a.O., § 1626a Rdnr. 3.

keit der Sorge der Kinder, deren Eltern nicht verheiratet sind, in eine Vielzahl von Fällen dazu führen würde, daß die Eltern ihre Streitigkeiten auf dem Rücken des Kindes austragen und damit das Kindeswohl beeinträchtigen würden.“¹⁸

Schon an dieser Stelle hat der Gesetzgeber die Problematik erkannt und sich bewusst gegen die Stärkung der Rechte des Kindesvaters entschieden. Dies allerdings nicht ohne Gegenwehr. Die Anträge aus der Fraktion der SPD zur Reform des Kindschaftsrechts schlugen vor, die gemeinsame Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern davon abhängig zu machen, dass vorher jeder Einzelfall durch das Familiengericht daraufhin überprüft wird, ob die gemeinsame Sorge dem Wohl des Kindes nicht widerspricht. Diese gute Ansatzmöglichkeit verwarf der Gesetzgeber mit dem Argument, dass diese Lösung *„Ausdruck des nicht gerechtfertigten Mißtrauens gegen Mütter und Väter [sei], welche die elterliche Verantwortung teilen wollen.“¹⁹*

An dieser Stelle war der Gesetzgeber jedoch inkonsequent. Wie unter III. 3. dargelegt, benötigt der Kindesvater zur Übertragung des alleinigen Sorgerechts die gerichtliche Entscheidung. Nun ist aber unstrittig, dass, unabhängig von

der Frage des gemeinsamen oder alleinigen Sorgerechts, der Gesetzgeber aufgrund des Kindeswohls zu entscheiden hat. Grundsätzlich kann man einwenden, dass zwischen der Entscheidung bezüglich der alleinigen und gemeinsamen Sorge aufgrund der Intensität des Eingriffs deutliche Unterschiede bestehen. Allerdings ist nicht ersichtlich, weswegen der Gesetzgeber hier auch nicht davon ausgegangen ist, dass ein Misstrauen gegenüber den Eltern bei Übertragung der alleinigen Sorge entstehen kann. Wie bereits ausgeführt ist es ja gerade nicht möglich, durch Sorgerechtserklärungen die alleinige Sorge auf einen Elternteil zu übertragen. Provozierend könnte man hier ebenfalls behaupten, dass dies Misstrauen gegenüber den Eltern ausdrückt, welche gemeinsam entscheiden, dass zukünftig ein Elternteil die alleinige Sorge ausüben will. Konsequenterweise hätte man sich für eine Lösung entscheiden müssen, welche den Eltern das Recht einräumt, frei über die Gestaltung der elterlichen Sorge entscheiden zu können und dies unabhängig davon, ob gemeinsame oder alleinige Sorge gewünscht wird. Da hiermit aber die Anhörung oder Beteiligung des Kindes komplett unterblieben wäre, hätte die Lösung so aussehen müssen, dass dem Vater die Möglichkeit der Übertragung der elterlichen Sorge auch ohne Zustimmung der Kindesmutter eröffnet ist, dies aber in beiden Fällen (alleinige

¹⁸ BT-Drucks. 13/4899, S. 58 ff.

¹⁹ BT-Drucks. 13/4899, S. 59.

oder gemeinsame Sorge) nur mit Antrag bei Gericht. Ihm diese Möglichkeit bei der Verweigerung der Zustimmung der Kindesmutter im Rahmen der gemeinsamen Sorge generell zu verwehren, war nicht konsequent zu Ende gedacht.

b) Bestätigung durch das BVerfG

Das BVerfG bestätigte am 29.1.2003²⁰ die Auffassung, dass die aktuelle Gesetzeslage, nämlich die grundsätzliche Zuweisung des Sorgerechts an die Mutter, verfassungsgemäß ist. Es führte aus:

„Das Kindeswohl verlangt, dass das Kind ab seiner Geburt eine Person hat, die für das Kind rechtsverbindlich handeln kann. Angesichts der Unterschiedlichkeit der Lebensverhältnisse, in die nichteheliche Kinder hineingeboren werden, ist es verfassungsgemäß, das nichteheliche Kind bei seiner Geburt sorgerechtlich grundsätzlich der Mutter zuzuordnen.“

In der Begründung verweist das BVerfG wieder auf die Möglichkeit der gemeinsamen Sorgerechtserklärung. Sobald gegen den Willen eines Elternteiles entschieden werde, spräche das für mehr Nachteile als Vorteile für das Kind. In Anlehnung an frühere Entscheidungen behielt das BVerfG seine Auffassung bei, dass im Interesse des Kindes ein gewisses Maß an Übereinstimmung

zwischen den Eltern Voraussetzung ist.²¹

Das BVerfG übersah hier wieder, dass diese These nicht praxisgerecht ist. Gerade weil ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen den Eltern fehlt, werden gerichtliche Verfahren anhängig gemacht. Könnten sich die Eltern ohne fremde Hilfe einigen, bräuchte man keine Sorgerechtsentscheidungen durch die Gerichte.

Das Gericht hat die These aufgestellt, dass im Vergleich zu verheirateten Eltern bei unverheirateten Eltern davon auszugehen ist, dass diese nicht in einer gemeinsamen häuslichen Gemeinschaft leben. Das BVerfG erörtert weiter, dass in den Fällen, in denen die Mutter mit dem Vater zusammenlebt und dennoch keine Sorgerechtserklärung abgeben will, dies nur ausnahmsweise und aus schwerwiegenden Gründen geschehe. Hauptsächlich wird dies damit begründet, dass die Mutter sich Gedanken macht und dann aufgrund des gefährdeten Kindeswohles ihre Zustimmung verweigert. Zudem fällt auf, dass dem Vater dann keine Möglichkeit bleibt und auch kein Dritter die Entscheidung der Mutter ohne weiteres überprüfen kann.

Ganz starr bleibt das BVerfG in seiner Entscheidung jedoch nicht. Es trägt

²⁰ BVerfG, FamRZ 2003, 285 ff.; BVerfG, NJW 2003, 955 ff.

²¹ So auch schon BVerfGE 92, 158 f.

dem Gesetzgeber auf, die zukünftige Entwicklung zu überwachen und notfalls bei Bedarf entsprechend einzuschreiten. Zu Recht führt das Gericht aber aus, dass ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht generell von der Hand zu weisen ist.

Auch im Anschluss war das Thema noch heiß diskutiert. *Spangenberg*²² stellt die These auf, dass sich die Verfassungswidrigkeit von § 1626a BGB aus der Ungleichbehandlung von nichtehelichen und ehelichen Kindern ergibt.²³ Während der Kindeswille im Rahmen von § 1671 Abs. 1 S. 2 BGB bei der Frage des Aufenthaltes des Kindes zu berücksichtigen ist, findet – wie bereits oben erwähnt – der Wille des nichtehelichen Kindes, das bei seinem Vater leben will, unterhalb der Schwelle der §§ 1666, 1666a BGB keine Beachtung.²⁴

Nach und nach wurden statistische Erhebungen durchgeführt, welche die Anzahl der Sorgerechtsklärungen betrafen.²⁵ Vier Jahre später reagierte das Bundesministerium mit einem Forschungsvorhaben „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter

Eltern“,²⁶ um sich der Sache anzunehmen. Plötzlich gestand das Ministerium, dass „Rollenverteilungen, Familien- und Lebensformen im Wandel sind“.²⁷ Ein Wandel im Bewusstsein der Gesellschaft ist daher nicht zu verkennen.

c) Entscheidung des EGMR am 03.12.2009²⁸

Der EGMR folgte der Auffassung des Gesetzgebers und des Verfassungsgerichtes in seiner Entscheidung gerade nicht. Für ihn läuft ein gemeinsames Sorgerecht gegen den Willen der Mutter dem Kindeswohl nicht entgegen. Er führt aus:

*„Weil das deutsche Recht eine gerichtliche Überprüfung der Sorgerechtsregelung in Trennungsfällen, in denen die Eltern verheiratet sind oder waren oder eine gemeinsame Sorgerechtsklärung abgegeben haben, vorsieht, gibt es keine hinreichenden Gründe, warum der nichteheliche Vater weniger Prüfungsmöglichkeiten haben sollte“.*²⁹

Dies deckt sich mit den obigen Ausführungen unter III. 4. a).

²² OLG Frankfurt, FamRZ 2004, 132 ff.

²³ Auslöser war das Urteil des OLG Frankfurt in FamRZ 2003, 1314 f.

²⁴ So in *Rakete-Dombeck* a.a.O., § 1626a BGB Rdnr. 4.

²⁵ Näher hierzu *Höfelmann*, FamRZ 2004, 65 f.

²⁶ Vgl. Pressemitteilung von 03.12.2009, nachzulesen unter: http://www.bmj.de/SharedDocs/EGMR/DE/20091203_22028-04.html

²⁷ Interessanterweise kam dieser Wandel mit der Entscheidung des EGMR (vgl. III. 4. c)).

²⁸ EGMR, NJW 2012, 501.

²⁹ Der EGMR sieht hierin einen Verstoß gegen Art. 14 und Art. 8 der EMRK.

Schon wurden die Rufe nach einem Eingreifen des Gesetzgebers wieder lauter.³⁰ Das OLG Celle hat in einem Urteil die obige Entscheidung des EGMR aufgegriffen, hierbei allerdings klargestellt, dass zwar ein Tätigwerden des Gesetzgebers notwendig ist, allerdings betrifft dies lediglich die Fälle des § 1626a Abs. 2 BGB. Für die Fälle einer Entziehung der (alleinigen) elterlichen Sorge der Kindesmutter und die Beteiligung des Vaters daran, hat der EGMR ausdrücklich eine Entscheidung offen gelassen.³¹ Dies bedeutet, dass für diese Fälle die bestehende Rechtslage – auch nach dem EGMR – nicht zu beanstanden ist. *Von Raumer* hält die Entscheidung des EGMR auch für richtig, da auf diese Weise Lücken des GG aufgedeckt werden. Insofern sei unbeachtlich, dass zuvor eine Entscheidung des BVerfG erging.³² *Dethloff* ist ebenfalls der Ansicht, dass zwar die Entscheidung des EGMR keinen unmittelbaren Einfluss auf die Gesetzeslage habe, allerdings stehe nach ihrer Auffassung eine Reform des Sorgerechts unter Beachtung der Rspr. des EGMR dringend an.³³

³⁰ Vgl. *Scherpe*, *RabelsZ* 2009, 935 mit möglichen Reformansätzen.

³¹ *OLG-Celle*, Beschluss vom 30.06.2010, Az. 10 UF 82/10.

³² *Von Raumer*, Wozu braucht Deutschland einen EGMR – wenn es ein BVerfG hat?, *AnwBl.* 2011, 195-198.

³³ *Dethloff*, *Kindeswohl und Väterrechte*, *BRJ* 2010, 38 ff.

Am 21.07.2010 schloss sich dann das BVerfG dieser Auffassung an³⁴ und entschied, dass die §§ 1626a, 1672 Abs. 1 BGB nicht mit dem Grundgesetz vereinbar und deshalb verfassungswidrig sind.

Lambrecht führte in ihrem Beitrag hierzu allerdings aus, dass eine Reihe von Fallkonstellationen nach dem bisher geltenden Recht keiner sachgerechten Lösung zugeführt werden konnten.³⁵ *Altrogge* fasst in ihrem Beitrag ebenfalls obige Problematik zutreffend zusammen und hofft, dass diese Problematik sich nicht auf die Erklärungen zur Vaterschaft auswirkt.³⁶

Auch aus der Stellungnahme des Familienrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins ist zu entnehmen, dass der Entwurf generell begrüßt wird. Allerdings hält dieser die generelle gemeinsame Sorge bei Geburt des Kindes für zielführender.³⁷

Neue empirische Erkenntnisse bestätigen die Befürchtung des Gerichts in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2003, dass in vielen Fällen eine gemeinsame

³⁴ *BVerfG*, *FamRZ* 2010, 1403.

³⁵ *Lambrecht*, *Neuregelung der Sorge für nicht verheiratete Eltern*, *DRiZ* 2010, 318.

³⁶ *Altrogge*, *Diskriminierung eines nichtehelichen Vaters mangels gesetzlicher Regelung zur gerichtlichen Prüfung eines gemeinsamen Sorgerechts?*, *FamFR* 2010, 73 ff.

³⁷ *FF* 2012, S. 22ff.

Sorgerechtserklärung aus Gründen verweigert wird, die keinen Bezug zum Kindeswohl haben.³⁸ Folge war, dass bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge beiden Eltern überträgt, soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl am besten entspricht, oder auf den Vater allein, wenn eine gemeinsame elterliche Sorge ausscheidet.³⁹ Von einem Moment zum anderen haben die Väter unehelicher Kinder einen überragenden Sieg errungen, indem sie Väter ehelicher Kinder gleichgestellt werden.

IV. Entwurf der Bundesregierung

Der Entwurf sieht folgendes vor:

Die Möglichkeiten des Zugangs des nicht mit der Kindesmutter verheirateten Vaters zur gemeinsamen elterlichen Sorge werden deutlich erweitert. Die gemeinsame Sorge entsteht nunmehr zusätzlich, soweit das Familiengericht den Eltern auf Antrag eines Elternteils die gemeinsame elterliche Sorge überträgt. Dabei soll das Familiengericht regelmäßig die Übertragung der gemeinsamen Sorge beschließen, wenn sie dem Kindeswohl nicht widerspricht.

1. *Schweigt der andere Elternteil oder trägt er keine potenziell kindeswohl-*

relevanten Gründe vor und sind solche Gründe auch nicht ersichtlich, besteht eine gesetzliche Vermutung, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht. Ihr soll in diesen Fällen in einem beschleunigten und überdies vereinfachten Verfahren zur Durchsetzung verholfen werden.

2. *Beide Elternteile, d.h. sowohl der nicht sorgeberechtigte Vater als auch die alleinsorgeberechtigte Mutter, sollen die Möglichkeit erhalten, den anderen Elternteil mit Hilfe des Familiengerichts in die gemeinsame Sorge einzubinden.*

3. *Weiter wird dem Vater der Zugang zur Alleinsorge auch ohne Zustimmung der Mutter eröffnet, und zwar, sofern eine gemeinsame elterliche Sorge nicht in Betracht kommt und zu erwarten ist, dass die Übertragung auf den Vater dem Wohl des Kindes am besten entspricht.*

Zur Umsetzung dieser Ziele wird unter anderem § 1626a BGB neu gefasst und ein neuer § 155a FamFG eingefügt:⁴⁰

§ 1626a BGB-E

Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, Sorgeerklärung

(1) Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so

³⁸ Völker, FamRB 2010, 37.

³⁹ BVerfG, NJW 2010, 3008.

⁴⁰ Aus Platzgründen soll nur auf wenige Änderungen eingegangen werden. Eine ausführliche Darstellung findet sich im Referentenentwurf selbst.

steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu,

1. wenn sie erklären, dass sie die Sorge übernehmen wollen (Sorgeerklärungen)

2. wenn sie einander heiraten oder

3. soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt.

(2) Das Familiengericht überträgt gemäß Absatz 1 Nummer 3 auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Trägt der andere Elternteil keine Gründe vor, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich, wird vermutet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.

§ 155a FamFG-E

Verfahren zur Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge

(1) Die nachfolgenden Vorschriften gelten für das Verfahren nach § 1626a Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Antrag auf Übertragung der gemeinsamen Sorge ist das Geburtsdatum des Kindes anzugeben.

(2) § 155 Absatz 1 ist entsprechend anwendbar. Die Frist der Mutter zur Stellungnahme endet frühestens 6 Wochen nach der Geburt des Kindes.

lungnahme endet frühestens 6 Wochen nach der Geburt des Kindes.

(3) In den Fällen des § 1626a Absatz 2 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat das Gericht im schriftlichen Verfahren ohne Anhörung des Jugendamts und ohne persönliche Anhörung der Eltern zu entscheiden. § 162 ist nicht anzuwenden. Das Gericht teilt dem Jugendamt seine Entscheidung formlos mit.

(4) Werden dem Gericht durch den Vortrag der Beteiligten oder auf sonstige Weise Gründe bekannt, die der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können, gilt § 155 Absatz 2 mit der Maßgabe entsprechend, dass der Termin nach Satz 2 spätestens einen Monat nach Bekanntwerden der Gründe stattfinden soll, jedoch nicht vor Ablauf der Stellungnahmefrist nach Absatz 2 Satz 2. § 155 Absatz 3 gilt entsprechend.

(5) Sorgeerklärungen und Zustimmungen des gesetzlichen Vertreters eines beschränkt geschäftsfähigen Elternteils können auch im Erörterungstermin zur Niederschrift des Gerichts erklärt werden. Das Gericht teilt dem Jugendamt die Abgabe solcher Erklärungen formlos mit.

Diese Änderungen führen dazu, dass der Vater einen entsprechenden Antrag an das Familiengericht hinsichtlich der gemeinsamen Sorge stellen kann, vgl. § 1626a Abs. 2 BGB-E. Widerspricht dieser Antrag nicht dem Kindeswohl und

trägt die Mutter innerhalb einer Frist von sechs Wochen keine Gründe dagegen vor, so überträgt das Gericht dem Vater die gemeinsame Sorge, §§ 1626a Abs. 2 BGB-E, 155a Abs. 2 FamFG-E. Erwähnenswert hierbei ist, dass nach dem Gesetzesentwurf das Gericht im schriftlichen Verfahren ohne Anhörung der Eltern und ohne Anhörung des Jugendamtes (vgl. § 155a Abs. 3 FamFG-E) entscheiden kann. Letzteres erhält lediglich die formlose Mitteilung der Gerichtsentscheidung zugesandt. Werden dem Gericht durch Vortrag der Beteiligten oder auf sonstige Weise Gründe bekannt, die gegen eine gemeinsame Sorge sprechen, so hat spätestens einen Monat nach Bekanntwerden⁴¹ der Gründe ein Erörterungstermin vor Gericht stattzufinden, § 155a Abs. 4 FamFG-E.

Das Problem an der Entscheidung des EGMR ist, dass dem Gesetzgeber keine wesentlichen Vorgaben zur Umsetzung gemacht wurden. Auch ein Regelungsmodell wurde nicht vorgegeben. Er war somit frei in seinen Entscheidungsmöglichkeiten. Dies stellt genau das Problem dar. Wie im Entwurf zu sehen ist, gelangt der Gesetzgeber durch ein „Antragsmodell“ in die Ausgangslage, dass wiederum eine positive Kindeswohlprüfung nicht stattfindet. Dies ergibt sich aus der Formulierung des § 1626a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB-E, der ausführt, dass

⁴¹ Allerdings nicht vor Ablauf der Stellungnahmefrist der Mutter.

das Familiengericht auf Antrag die „*elterliche Sorge beiden oder einen Teil der elterlichen Sorge beiden Eltern überträgt, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht*.“⁴²

Unter I. ist im Entwurf aufgeführt, dass dem Vater die Möglichkeit einzuräumen sei, die Mitsorge auch dann zu erlangen, wenn die Mutter keine Erklärung bezüglich der gemeinsamen elterlichen Sorge abgibt⁴³. Dies soll dem Umstand Rechnung tragen, dass ein gewisser Divergenzgrad bei Eltern nicht-ehelicher Kinder vorherrscht, der von einer „*losen Bekanntschaft*“ bis zu einer identischen Situation vergleichbar einer „*intakten Ehe der Eltern*“ reicht. Dem Vater des nichtehelichen Kindes stehen dann bei verweigerter Zustimmung der Kindesmutter verschiedene Wege offen. Er kann sich an das Jugendamt wenden, seine Sorgeerklärung abgeben und hoffen, dass die Mutter noch ihre Zustimmung erteilt. Unterstützung kann er unter Berücksichtigung des neu gefassten § 51 Abs. 3 SGB VIII⁴⁴ vom Jugend-

⁴² So auch *Campbell*, NJW Spezial, Heft 19, 2012, 580.

⁴³ Referentenentwurf, I. Problem und Ziel.

⁴⁴ „*Sind nicht miteinander verheiratete Eltern nicht gemeinsam sorgeberechtigt, so hat das Jugendamt den Vater bei der Wahrnehmung seiner Rechte nach § 1747 Abs. 1 und 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beraten*“.

amt erhalten.⁴⁵ Der Vater kann also bis zuletzt noch auf die gewünschte Sorgeerklärung der Mutter hoffen.⁴⁶ Gelingt dies nicht, kann er sich mit einem entsprechenden Sorgeantrag an das Familiengericht wenden. Dies ist ihm allerdings auch ohne vorherige Einschaltung des Jugendamtes möglich. Festzuhalten ist, dass der Gesetzgeber ein rasches und vereinfachtes Verfahren schaffen will, um dem Vater die Erlangung der gemeinsamen elterlichen Sorge zu ermöglichen.

V. Stellungnahme zum Entwurf

Rasch nach der Bekanntmachung des Entwurfes erfolgten auch einige größtenteils dem Grunde nach positive Reaktionen hierauf. Schon bald wurden erste Reaktionen zum geplanten Referentenentwurf veröffentlicht, welche sich größtenteils kritisch mit dem Entwurf auseinandersetzten.

Keuter hält in seinem Beitrag das gewählte Modell für inkonsequent, insbesondere betreffe dies das vorgestellte „vereinfachte Verfahren“.⁴⁷ Der *Deut-*

sche Verein begrüßt die Übertragung der Entscheidung auf das Familiengericht, sowie die gewählte Möglichkeit des Antragsverfahrens, hält allerdings die zugrunde gelegte negative Kindeswohlprüfung für sehr bedenklich.⁴⁸ *Grziwotz* begrüßt ebenfalls den Ansatz, beurteilt ihn aber als „nicht zu Ende gedacht“.⁴⁹

Am 26.10.2012 fand zudem die erste Debatte im Bundestag statt.⁵⁰ Bei dieser betonte Bundesjustizministerin *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger* (FDP), „dass sich die Formen des Zusammenlebens in den vergangenen Jahren deutlich geändert hätten“⁵¹ und dementsprechend das Familienrecht mithilfe eines vereinfachten Verfahrens anzupassen sei. Allerdings regen sich auch schon erste Kritiken am geplanten Ver-

ein Fremdkörper in Kindschaftssachen, FamRZ 2012, 825 f.

⁴⁸ Stellungnahme des Deutschen Vereins zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, NDV 2012, 325 ff.

⁴⁹ *Grziwotz*, Neues Sorgerecht für nichteheliche Väter: Papa statt Zahlvaterschaft, in: Legal Tribune ONLINE, 06.03.2012, http://www.lto.de/persistent/a_id/5710/ (abgerufen am 02.11.2012). Die Cellesche Zeitung begrüßte den Entwurf und sprach von der „Stärkung der Rechte unverheirateter Väter“, vgl. <http://www.celleschezeitung.de/website.php/website/story/320426>.

⁵⁰ Folgende Ausführungen entstammen der Zusammenfassung von *Kailitz*, abzurufen unter: http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2012/41220332_kw43_de_sorgerecht/index.html.

⁵¹ Im Jahr 1995 seien noch rund 15 % der Kinder ehelich geboren, im Jahr 2010 bereits 33 %.

⁴⁵ Danach wird die Annahme erst nach der Entscheidung über einen Sorgerechtsantrag ausgesprochen.

⁴⁶ Selbst im oben genannten Verfahren können Sorgeerklärungen noch im Erörterungstermin zur Niederschrift bei Gericht abgegeben werden, vgl. § 155a Abs. 5 FamFG-E.

⁴⁷ *Keuter*, Vereinfachtes Verfahren zur Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge –

fahren. So meldete sich *Burkhard Lischka* (SPD) während der Debatte zu Wort und kritisierte, dass das Vorgehen „*Eltern zu Zaungästen im eigenen Verfahren mache*“ und die Richter über das Kindeswohl „*nicht nach Aktenlage*“ entscheiden können.⁵² Der familienpolitische Sprecher der Linksfraktion, *Jörn Wunderlich*, betonte nochmals in der Debatte, dass „*die Anerkennung der Vaterschaft und die Erklärung, mit der Mutter die gemeinsame Sorge ausüben zu wollen, ein deutliches Mehr als der Trauschein darstelle*“.⁵³ Die Entscheidung des Gerichts könne nur ultima ratio sein, vielmehr müsse der Weg über Beratung und Mediation gehen. *Ingrid Hönlinger* (Bündnis 90/Die Grünen) führte in der Debatte aus, dass die Väter ihren Antrag und die Mütter ihren Widerspruch auch beim Jugendamt artikulieren können müssten. „*Dies sei ein niedrigschwelligerer Zugang als beim Familiengericht*“.⁵⁴ Zudem müsse die Widerspruchsfrist der Mutter von sechs auf acht Wochen erweitert werden. Letzteres wurde in der Debatte von *Ste-*

fan Thomae (FDP) abgelehnt mit dem Argument, dass man die Schutzfrist der Mütter bereits erhöht habe. *Andrea Voßhoff* (CDU) betonte, „*das Leitmotiv des Entwurfs sei, dass Mütter und Väter gut für das Kind seien und daher im Interesse aller Beteiligten eine Entscheidung schnell gefällt werde*“.⁵⁵

Zusammenfassend kann man also festhalten, dass sich bei allen Beteiligten die klare Meinung erkennen lässt, dass der Entwurf dem Grunde nach die richtige Entscheidung und Zielsetzung beinhaltet. Nur die Umsetzung der geplanten Ziele stößt auf unterschiedliche Ansichten. Umfassend kann man sich der Ansicht von *Leutheusser-Schnarrenberger* anschließen, die konstatiert, dass sich das Leitbild der Gesellschaft verändert hat. Letztendlich hätte dies schon früher und nicht erst durch die Entscheidungen des EGMR und des BVerfG dazu führen müssen, dass die Rechte nichtehelicher Väter gestärkt werden. Nicht selten erlebt man in der Praxis den verzweifelten Kampf der väterlichen Don Quichotes gegen die Windmühlen in Form der verweigerten Zustimmung der Mütter. Allerdings hätte der Gesetzgeber in größerem Umfang die durch die Gerichtsurteile des EGMR (2009) und des BVerfG (2010) eröffne-

⁵² *Kailitz*, http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2012/41220332_kw43_de_sorgerecht/index.html.

⁵³ *Wunderlich* erwähnte, von einem Handeln des Gerichts „ohne Anhören“ habe er nichts gelesen. Das Gericht würde vielmehr nur „ohne Ansehen“ entscheiden. Hiergegen spricht aber der direkte Wortlaut des neu geplanten § 155a FamFG-E, wie bereits oben aufgeführt.

⁵⁴ *Kailitz*, http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2012/41220332_kw43_de_sorgerecht/index.html.

⁵⁵ *Kailitz*, http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2012/41220332_kw43_de_sorgerecht/index.html.

ten Möglichkeiten ausschöpfen müssen.⁵⁶

Was spräche denn gegen eine gemeinsame Sorge der Eltern bei Geburt des Kindes, anstatt der Beibehaltung der alleinigen Sorge der Mutter bei Geburt?⁵⁷ Würde diese große Sorgerechtslösung nicht eher mit dem Geist des GG, wie er sich im Gleichbehandlungsgebot in Art. 6 Abs. 5 GG manifestiert hat, konform gehen?⁵⁸ Letztendlich wird mit dem vereinfachten Verfahren wiederum eine gesetzliche Vermutung normiert.⁵⁹ Widerspricht die Mutter nicht, wird vermutet, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl entspricht. Die elterliche Sorge wird per Gerichtsentscheid auf beide Elternteile übertragen. Dies allerdings, ohne dass je ein Richter sich einen Eindruck von den Eltern und insbesondere ihrer Erziehungsfähigkeit und -eignung machen konnte, und ohne dass das Jugendamt, welches meist direkt mit allen Beteiligten in Kontakt steht, angehört wird. Jeder Praktiker kennt doch die berechtigten Zweifel und Schwierigkeiten eines jeden Familienrichters bei einer Sorgerechtsentscheidung im Rahmen

eines Verfahrens nach § 1671 BGB. Nicht selten werden hier dutzende Gutachten und Stellungnahmen von verschiedenen Personen eingeholt, es finden Erörterungstermine statt, ein Verfahrenspfleger wird bestellt, etc. Eine Begründung, weshalb hier nun bei nichtehelichen Kindern die Entscheidung der Richter über das Kindeswohl eine einfachere ist, bleibt der Gesetzgeber schuldig. Offen bleibt auch die konkrete Erklärung, wie das entscheidende Gericht über mögliche Gründe, die gegen eine gemeinsame Sorge sprechen, Kenntnis erlangen soll, wenn nicht durch einen Widerspruch der Mutter. Wie weit geht hier die Amtsermittlung? Eine Anhörung des Jugendamtes ist ja nicht gewünscht. Auch ein Verfahrenspfleger oder eine vorgeschaltete Beratung wird nicht erwähnt. Letztendlich kann dies zu den Fällen führen, in denen das Gericht in eine intakte Familie „prescht“ und den Familienfrieden stört. Man stelle sich nur vor, dass die Kindesmutter die Erziehung der nichtehelichen Kinder mit ihrem Ehemann (nicht der leibliche Vater) bislang bestens und dem Kindeswohl entsprechend ausgeübt hat. Nun misslingt ihr der notwendige Vortrag bei Gericht oder sie versäumt die Widerspruchsfrist. Der leibliche Vater, der eventuell noch nie etwas mit den Kindern zu tun hatte (oder haben wollte) erhält nun ebenfalls die elterliche Sorge und kann auf ein „intaktes, funktionierendes Familiensystem“

⁵⁶ So auch *Willutz*, Soll das wirklich alles gewesen sein?, ISUV Report Nr. 132, S. 4.

⁵⁷ Vgl. § 1626a Abs. 3 BGB-E.

⁵⁸ So *Willutz*, Soll das wirklich alles gewesen sein?, ISUV Report Nr. 132, S. 4.

⁵⁹ *Büte* hält den neu geschaffenen § 155a FamFG-E ebenfalls für verfassungsrechtlich bedenklich. Vgl. *Büte*, FK 2012, 194.

Einfluss nehmen. Das dies dem Kindeswohl widerspricht, ist offensichtlich. Selbstverständlich haben die Kinder das Recht ihren leiblichen Vater kennenzulernen. Ohne Frage hat dieser (eventuell) ein Recht, die Erziehung und Entwicklung seiner Kinder aktiv (oder auch passiv) zu beeinflussen. Die Entscheidung über die gemeinsame Sorge allerdings auf ein Verfahren zu stützen, welches im schriftlichen Wege und ohne die Anhörung der Beteiligten, also nach Aktenlage, ergeht, ist abzulehnen.

Man sollte zwar nicht außer Acht lassen, dass eine andere Lösung dazu führen muss, dass den Familiengerichten, die ohnehin stark ausgelastet sind, ein deutlicher Mehraufwand zukommt, jedoch sollte man eine solche wichtige Entscheidung, die das Kindeswohl betrifft, nicht in einem Schnellverfahren abhandeln, wenn die Mutter es versäumt, entsprechende Gründe, die gegen ein gemeinsames Sorgerecht sprechen, vorzutragen.

Ohne Frage ist die nun eröffnete Möglichkeit der Väter nichtehelicher Kinder, auch ohne die Zustimmung der Mutter ein gemeinsames Sorgerecht erlangen zu können, zu begrüßen. Nicht selten verweigerte die Mutter ihre Zustimmung, zog mit dem Kind weg und war für den Vater nahezu unauffindbar.

Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb hier nicht der Weg über die Familiengerichte im „normalen“ Verfahren gegangen werden soll. Definitiv ist es nicht im Interesse aller Beteiligten, wenn eine „Hau-Ruck“-Entscheidung der Gerichte ergeht, nur damit der Vater schnell zu seinem Recht kommt, welches aber nicht mit dem Kindeswohl in Einklang steht.⁶⁰

Eine vernünftige Zwischenlösung könnte sein, dass das Gericht erst nach Anhörung des Jugendamtes und Anhörung der Eltern entscheidet. Der Beschleunigungsgrundsatz sollte selbst dafür sorgen, dass eine Entscheidung rasch ergeht.

⁶⁰ Welches zuvor aktiv ermittelt werden muss.

Dr. Christian F. Majer*

Eine Räumung mit Folgen

Sachverhalt:

A, Student der Literaturwissenschaft und Philosophie, ist Mieter einer 2-Zimmer-Wohnung in Konstanz. In der Wohnung befinden sich u.a. ein wertvoller Graupapagei und ein Notebook, mit dem A seine Bachelor-Arbeit schreibt; beide Gegenstände stehen im Eigentum des A. Sein Vermieter V, welcher auch Eigentümer der Wohnung ist, teilt ihm mit, seine Tochter T benötige die Wohnung zur Aufnahme des geplanten Studiums der Soziologie in Konstanz. Daraufhin erhält A am 2.7.2011 die formell ordnungsgemäße Kündigung zum 30.9.2011. A allerdings weigert sich gegenüber V auszuziehen, er befinde sich mitten in der Anfertigung seiner Bachelor-Arbeit. Er zahlt infolgedessen auch seinen Mietzins i.H.v. 500 € für September nicht mehr; seine Schulden bei V aus dem Mietverhältnis belaufen sich damit auf insgesamt 2000 €. Am 10.11.2011 bricht T ihr Studium ab und zieht nach München.

Am 12.12.2011 wird A vom AG Konstanz verurteilt, die Wohnung zu räumen, nachdem er zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen ist. Am 19.12.2011 sucht A Rechtsanwalt R auf und fragt, ob er gegen das Urteil etwas unternehmen könne. R rät ihm von der Einlegung von Rechtsbehelfen gegen das Urteil ab. Das Urteil wird rechtskräftig.

Vermieter V beauftragt am 23.1.2012 den Gerichtsvollzieher mit der Räumung und weist ihn an, den Mieter aus der Wohnung zu setzen; an sämtlichen Einrichtungsgegenständen mache er sein Vermieterpfandrecht geltend. Der Gerichtsvollzieher G lässt, nachdem er die Vollstreckung ordnungsgemäß nach § 180 GVGA angekündigt hatte, daraufhin in Abwesenheit des A das Schloß auswechseln; den Schlüssel händigt er an V aus. Der Graupapagei ist einige Tage später verschwunden. Ob aus Nachlässigkeit des V oder des Gerichtsvollziehers, kann nicht geklärt werden.

A verlangt nun Herausgabe des in der Wohnung verbliebenen Notebooks. Bezüglich des Papageis verlangt er Schadensersatz. Zudem bittet er um Prüfung, ob er gegen Rechtsanwalt R vorgehen könne.

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

A. Herausgabeanspruch bzgl. des Notebooks

Fraglich ist, ob A gegen V einen Herausgabeanspruch bezüglich des Notebooks hat.

I. Anspruch aus § 985 BGB

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 985 BGB ergeben.

1. Eigentum des A / Besitz des V

A ist Eigentümer des Notebooks. V ist, nachdem er den Schlüssel von G zurückerhalten hat, aufgrund der jederzeitigen Zugriffsmöglichkeit auch Besitzer.

2. Recht zum Besitz des V gem. § 986 I BGB

Möglicherweise steht V jedoch ein Recht zum Besitz gem. § 986 I BGB zu.

Ein solches könnte sich hier aus dem Vermieterpfandrecht nach § 562 I BGB ergeben.

Ein Pfandrecht berechtigt zum Besitz, § 1205 BGB. Das gilt auch für gesetzliche Pfandrechte.¹

Im Fall des Vermieterpfandrechts gilt das allerdings nur, wenn das Mietverhältnis beendet ist, da es sich um ein besitzloses Pfandrecht handelt. Fraglich

ist allerdings schon, ob sich das Vermieterpfandrecht überhaupt auf das Notebook erstreckt. Das ist nicht der Fall, wenn es der Pfändung nicht unterworfen ist, vgl. § 562 I 2 BGB i.V.m. § 811 I Nr. 1 ZPO.

a) Unpfändbarkeit gem. § 811 I Nr. 1 ZPO?

Möglicherweise ist das Notebook gem. § 811 I Nr. 1 ZPO unpfändbar. Fraglich ist, ob das Notebook als Sache des persönlichen Gebrauchs oder des Haushalts i.S.d. § 811 I Nr. 1 ZPO anzusehen ist. Ein Computer ist heute üblicher Bestandteil eines Haushalts, die Fernkommunikation mittels E-Mail ist mittlerweile Standard. Das spricht dafür, das Notebook als unpfändbar nach § 811 I Nr. 1 ZPO anzusehen.² Andererseits ist die Kommunikation mittels eines Notebooks oder Computers zuhause nicht zwingend, es besteht auch die Möglichkeit, E-Mails in Internet-Cafés zu versenden. Dennoch ist es in seiner Bedeutung einem Fernseher, dessen Unpfändbarkeit anerkannt ist, mindestens gleichwertig.

Das Notebook ist also unpfändbar nach § 811 I Nr. 1 ZPO.

¹ BGH, NJW 1999, 3716 (3717); Fritzsche, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, § 986 Rdnr. 4.

² Dafür LG Rottweil, InVo 1999, 27; VG Gießen, NJW 2011, 3179; im Einzelfall auch Becker, in: Musielak, ZPO, § 811 Rdnr. 12.

b) Unpfändbarkeit nach § 811 I Nr. 5 ZPO?

Das Notebook könnte zudem nach § 811 I Nr. 5 ZPO unpfändbar sein. Dann müsste es sich um einen für die Erwerbstätigkeit notwendigen Gegenstand handeln. Zum geschützten Personenkreis zählen nicht nur Arbeitnehmer und Selbständige, sondern auch die in der Berufsvorbereitung tätigen, also auch Studenten.³ Fraglich ist, ob ein Computer für die Arbeitsleistung (im Fall eines Studenten die Studienleistung) notwendig ist.

Das wird teilweise mit der Begründung verneint, eine Abschlussarbeit könne auch mit der Schreibmaschine oder im Computerzentrum getippt werden.⁴

Diese Rspr. wird allerdings in der Literatur abgelehnt, da eine Schreibmaschine nicht mehr den heutigen technischen Anforderungen entspreche und wegen der Literaturrecherche ein mobiles Gerät nötig sei.⁵

³ AG Heidelberg, DGVZ 1989, 15; Becker, in: Musielak, ZPO, § 811 Rdnr. 17; Kindl, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, § 811 Rdnr. 22.

⁴ LG Kiel, JurBüro 2004, 334.

⁵ Paulus, DGVZ 1990, 151 (152), Gruber, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 811 Rdnr. 62.

c) Unpfändbarkeit nach § 811 I Nr. 10 ZPO?

Eine unmittelbare Anwendung kommt nicht in Betracht, da es sich nicht um ein Buch handelt. Möglicherweise ist die Vorschrift jedoch analog anzuwenden.⁶ Dafür spricht, dass es sich ebenfalls um Lernmaterial handelt; dagegen aber, dass der spezielle Zweck (Anfertigung einer Abschlussarbeit) bereits von § 811 I Nr. 5 ZPO erfasst wird.

§ 811 I Nr. 10 ZPO ist nicht einschlägig.

d) Zwischenergebnis

Das Notebook ist somit unpfändbar gem. § 811 I Nr. 5 ZPO. Es besteht daran kein Vermieterpfandrecht. V hat kein Recht zum Besitz.

3. Ergebnis

Somit hat A gegen V einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB bezüglich des Notebooks.

II. Anspruch aus § 1007 I BGB

Ein Anspruch könnte sich auch aus § 1007 I BGB ergeben.

V ist Besitzer des Notebooks, A war früherer Besitzer. Fraglich ist, ob V bezüglich des Besitzrechts in gutem Glauben war. Er hat pauschal an allen Sa-

⁶ Dann wäre allerdings zu prüfen, ob die Vorschrift überhaupt analogiefähig ist.

chen des Mieters das Vermieterpfandrecht geltend gemacht. Dabei war ihm klar, dass ein solches nicht an allen besteht. Ihm war gleichgültig, ob die einzelnen Sachen dem Vermieterpfandrecht unterliegen. Er war also auch nicht in gutem Glauben.

Der Anspruch aus § 1007 I BGB besteht daher.

III. Anspruch aus § 1007 II BGB

Ebenfalls besteht ein Anspruch aus § 1007 II BGB, da die Sache dem A ohne dessen Willen entzogen wurde.

IV. Anspruch aus § 861 I BGB

Möglicherweise besteht ein Anspruch gem. § 861 I BGB.

Dem A wurde der Besitz entzogen. Fraglich ist, ob dies durch verbotene Eigenmacht erfolgte. Das ist dann nicht der Fall, wenn die Entziehung gesetzlich gestattet ist, § 858 I BGB. Eine solche Gestattung könnte hier in § 885 ZPO liegen,⁷ da die Entziehung ja durch den Gerichtsvollzieher im Rahmen eines Räumungsauftrages erfolgte. Allerdings hat V den Vollstreckungsauftrag gerade auf das Auswechseln des Schlosses beschränkt und bewegliche Sachen ausdrücklich ausgenommen („Berliner

Räumung“). Regulär („preußische Räumung“) müssen die Sachen, wenn sie dem Schuldner nicht übergeben werden können, nach § 885 III ZPO extern eingelagert werden und bei Nichtabholung nach einer Frist von zwei Monaten versteigert werden. Die gesetzliche Gestattung bezieht sich daher gerade nicht auf die Besitzentziehung am Notebook.

Verbotene Eigenmacht lag also vor.

Der Besitz des V ist auch fehlerhaft, ein Anspruch aus § 861 I BGB besteht daher ebenfalls.

V. Anspruch aus § 823 I BGB

Durch die Besitzentziehung hat V widerrechtlich und zumindest fahrlässig das Eigentum des A verletzt; A steht daher auch ein Anspruch aus § 823 I BGB zu.

VI. Anspruch aus § 812 I 1 Var. 2 BGB

V hat den Besitz ohne Rechtsgrund auf Kosten des A erlangt. A hat daher auch einen Anspruch aus § 812 I 1 Var. 2 BGB.

⁷ Die Normen der Zwangsvollstreckung können Gestattungen i.S.d. § 858 I BGB sein, s. Joost, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 858 Rdnr. 10.

B. Schadensersatz bzgl. des Papageis

I. Anspruch aus § 280 I BGB

In Betracht kommt zunächst ein Anspruch aus § 280 I BGB. Voraussetzung ist ein Schuldverhältnis.

1. Mietvertrag

Als Schuldverhältnis kommt zunächst der Mietvertrag in Betracht. Dieser ist jedoch zum Zeitpunkt der Vollstreckung bereits beendet, sodass allenfalls die Annahme einer nachwirkenden Pflicht in Frage kommt.

Grundsätzlich bestehen bei einem Mietverhältnis auch nachwirkende Obhuts- und Rücksichtnahmepflichten.⁸ Gegen die Annahme einer solchen Pflicht in diesem Fall spricht jedoch, dass diese letztlich ihre Grundlage in dem vertragswidrigen Verhalten des A finden würde: A handelte dadurch vertragswidrig, dass er seine Sachen nicht entfernte. Hätte er diese pflichtgemäß entfernt, wäre ein Schaden auch nicht entstanden.

Eine nachwirkende Obhutspflicht besteht also hier nicht (a.A. vertretbar).

2. Vollstreckungsrechtsverhältnis

In Betracht kommt als Schuldverhältnis weiter das Vollstreckungsrechtsverhältnis,

welches durch die Durchführung eines Vollstreckungsakts zwischen Vollstreckungsschuldner und Vollstreckungsgläubiger entsteht.

Ob das Vollstreckungsrechtsverhältnis als Schuldverhältnis i.S.d. § 280 I BGB angesehen werden kann, ist lebhaft umstritten.⁹

Hier jedoch wurde der Papagei gerade von der Vollstreckung ausgenommen. Die Vollstreckung erfolgte nur in die Wohnung, sodass bezüglich des Papageis ein Vollstreckungsrechtsverhältnis verneint werden muss (a.A. vertretbar).

3. Pflichten als Pfandgläubiger

In Betracht kommt ferner das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder mit den Pflichten aus § 1215 BGB.

Das setzt voraus, dass ein Vermieterpfandrecht an dem Papagei gem. § 562 BGB bestand.

Der BGH bejaht für den vorliegenden Fall der „Berliner Räumung“ unabhängig davon eine solche Pflicht;¹⁰ das begegnet jedoch Bedenken. Die Annahme einer Verwahrungspflicht aus § 1215

⁸ *Olzen*, in: Staudinger, BGB, 2009, § 241 Rdnr. 496; *Häublein*, NZM 2003, 970 ff.

⁹ Siehe zu diesem Problem: *BGH*, NJW 1973, 1048 (1050); eingehend *Lüke*, ZZP 108 (1995), 427 ff. (bejahend); *Gaul*, ZZP 1997, 3 ff.; *Gruber*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 804 Rdnr. 46 (verneinend).

¹⁰ *BGH*, NJW 2006, 848 (850).

BGB setzt nach dem klaren Wortlaut ein tatsächlich bestehendes Pfandrecht voraus. Dass der Vermieter ein solches geltend macht, genügt nicht, um eine solche Pflicht zu begründen, zumal ja auch dadurch Rechte begründet werden.¹¹

Grundsätzlich sind Haustiere jedoch gem. § 811c I (i.V.m. § 562 I 2 BGB) unpfändbar.

Allerdings kommt angesichts des hohen Wertes des Papageis hier die Ausnahme nach § 811c II BGB in Betracht.¹² Jedoch setzt diese Ausnahme einen Antrag voraus, weshalb sie hier nicht berücksichtigt werden kann.

Es besteht also kein Vermieterpfandrecht am Papagei und damit auch keine Verwahrungspflicht aus § 1215 BGB.

4. Zwischenergebnis

Es besteht kein Schuldverhältnis und damit kein Anspruch aus § 280 I BGB.

II. Anspruch aus §§ 989, 990 I BGB

A war Eigentümer, V Besitzer. Ein Recht zum Besitz bestand nicht, da der Papagei nicht dem Vermieterpfandrecht unterlag.

V müsste gemäß § 990 I BGB bösgläubig im Hinblick auf sein Besitzrecht gewesen sein. V wusste, dass nicht alle Sachen dem Vermieterpfandrecht unterliegen. Durch die pauschale Geltendmachung bringt er zum Ausdruck, dass es ihm gleichgültig ist, ob und welche Sachen dem Vermieterpfandrecht unterliegen.

Da der Papagei verschwunden ist, ist auch die Herausgabe unmöglich.

Unklar ist, ob V das Verschwinden zu vertreten hat. V selbst war bei der Räumung nicht anwesend, ihm könnte jedoch das Verhalten des G zuzurechnen sein. Das Verschulden des Gerichtsvollziehers ist nur dann gem. § 278 BGB zuzurechnen, wenn seine Tätigkeit – und nicht nur seine Beauftragung – zum Pflichtenkreis des Schuldners gehört.¹³

Hier betrifft die Tätigkeit des Verwahrens der Sachen eine Pflicht des V. Ein etwaiges Verschulden des Gerichtsvollziehers bei der Räumung wäre ihm daher zuzurechnen.

Das Verschulden wird vermutet, § 280 I 2 BGB gilt analog bei gesetzlichen Schuldverhältnissen.¹⁴

¹¹ Abl. auch *Flatow*, NJW 2006, 1396 (1398).

¹² Siehe dazu *Gruber*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 811c Rdnr. 6.

¹³ *Grundmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 278 Rdnr. 29; *BGH*, NJW 1974, 692 (bzgl. Notar).

¹⁴ *Otto*, in: Staudinger, BGB, 2009, § 280 Rdnr. B2; *Gursky*, in: Staudinger, BGB, 2006 § 989 Rdnr. 38.

Somit hat A gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 989, 990 I BGB.¹⁵

III. Anspruch aus §§ 823 I, 848 I BGB

In Betracht kommt außerdem ein Anspruch aus §§ 823 I, 848 I BGB.

1. Anwendbarkeit neben §§ 987 ff. BGB

Problematisch ist zunächst deren Anwendbarkeit neben den Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Nach überwiegender Meinung sind diese andere gesetzliche Schuldverhältnisse verdrängende Sonderregeln und die deliktsrechtlichen Vorschriften nur für den Fall verbotener Eigenmacht anwendbar, wie sich aus § 992 BGB ergeben soll. Nach der Gegenansicht hingegen stehen sie in freier Konkurrenz zu diesen.

Da hier ein Fall der verbotenen Eigenmacht vorliegt (siehe oben), bedarf der Streit aber keiner Entscheidung.

2. Eigentumsverletzung

Eine Eigentumsverletzung liegt aufgrund der Besitzentziehung vor.

3. Rechtswidrigkeit

Die Besitzentziehung war, da der Papagei nicht vom Vermieterpfandrecht umfasst war, rechtswidrig.

4. Verschulden

Die Besitzentziehung selbst erfolgte mit Fahrlässigkeit des V. Ihm war klar, dass nicht an allen Sachen des A das Vermieterpfandrecht besteht, es war ihm aber auch gleichgültig.

5. Rechtsfolge

V haftet also auch für den zufälligen Untergang nach § 848 I BGB. Verschulden bezüglich des Verlusts ist nicht erforderlich.

Ein Anspruch aus §§ 823 I, 848 I BGB besteht.

C. Vorgehen gegen Rechtsanwalt R

I. Anspruch aus §§ 675 I, 280 I BGB

In Betracht kommt ein Anspruch aus §§ 675 I, 280 I BGB.

1. Pflichtverletzung

In Betracht kommt hier eine Pflichtverletzung des Rechtsanwalts. Möglicherweise stellt der Rat, gegen das Versäumnisurteil nicht vorzugehen, eine Pflichtverletzung dar. Das setzt voraus, dass ein Vorgehen gegen das Versäumnisurteil sinnvoll gewesen wäre.

¹⁵ Anmerkung: Im Übrigen ist, da die Haftung des V feststeht, für die Anwendung von § 830 I 2 BGB kein Raum.

Das ist dann der Fall, wenn ein Einspruch zulässig und die Klage unzulässig oder unbegründet gewesen wäre.

a) Zulässigkeit des Einspruchs

Der Einspruch war statthaft, da es sich um ein Versäumnisurteil handelte; Form und Frist wären zu wahren gewesen.

b) Zulässigkeit der Klage

Bedenken bezüglich der Zulässigkeit der Klage bestehen nicht.

c) Begründetheit der Klage

Die Klage war begründet, wenn V einen Anspruch auf Herausgabe der Wohnung gegen A hatte.

aa) Anspruch aus § 546 BGB

In Betracht kommt zunächst ein Anspruch aus § 546 BGB. Ein wirksamer Mietvertrag bestand, er könnte jedoch durch die Kündigung wirksam beendet worden sein.

Gegen die formelle Wirksamkeit der Kündigung bestehen keine Bedenken, fraglich ist jedoch, ob ein Kündigungsgrund bestand.

Da es sich um ein Wohnraummietverhältnis handelt, ist für eine Kündigung ein berechtigtes Interesse des Vermieters erforderlich, § 573 I BGB.

Als ein solches kommt hier Eigenbedarf gem. § 573 II Nr.2 BGB in Betracht, da die Wohnung für das Studium der Tochter benötigt wurde. Ursprünglich war Eigenbedarf daher zu bejahen.

Der Eigenbedarf ist hier jedoch nach Ablauf der Kündigungsfrist, aber vor Erlass des Urteils weggefallen. Fraglich ist, ob das zu berücksichtigen ist:

Teilweise wird dies bejaht und insoweit eine nachwirkende Mitteilungspflicht des Vermieters angenommen. Das wird damit begründet, dass eine materielle Grundlage für die Räumung nicht mehr bestehe und der Mieterschutzgedanke es verbiete, dies von der Berücksichtigung auszuschließen.¹⁶

Dagegen spricht jedoch, dass ein vertragstreuer Mieter, welcher ausgezogen wäre und sich eine neue Wohnung gesucht hätte, gegenüber dem Pflichtwidrigen Mieter, welcher trotz Ablauf der Kündigungsfrist nicht ausgezogen ist, schlechter gestellt würde. Der Mieter würde also für seine mangelnde Vertragstreue privilegiert.¹⁷

Der spätere Wegfall des Eigenbedarfs ist also nicht mehr zu berücksichtigen,

¹⁶ *OLG Karlsruhe*, WM 1993, 405; *LG Köln*, WM 1994, 212 (213); *AG Köln*, WM 1999, 234; *Blank*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 573 Rdnr. 70.

¹⁷ Ebenso *BGH*, NZM 2006, 338 (339); *Hannappel*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, § 573 Rdnr. 58.

ein Kündigungsgrund besteht (a.A. vertretbar).

In Betracht kommt als Kündigungsgrund weiter der Zahlungsverzug hinsichtlich der Miete. Ein solcher ist auch unabhängig von den Voraussetzungen des § 543 BGB möglich, wenn der Tatbestand, des § 573 I Nr. 1 BGB zu bejahen ist.¹⁸

Erforderlich ist nach überwiegender Auffassung, dass der Mieter mit einem Betrag in Verzug ist, der eine Monatsmiete übersteigt und für einen Zeitraum, der länger als zwei Monate besteht.¹⁹

Das ist hier der Fall. Fraglich ist allerdings, ob dieser Kündigungsgrund zu berücksichtigen ist. V hat in seinem Kündigungsschreiben nur auf den Eigenbedarf Bezug genommen. Fraglich ist, ob auch der Zahlungsverzug zu berücksichtigen ist. Nach § 573 III BGB ist das nur dann der Fall, wenn der Kündigungsgrund nachträglich entstanden ist. Das gilt hier nur für die Nichtzahlung der Miete im September. Diese aber genügt in der Höhe nicht, um eine Pflichtverletzung zu begründen.

¹⁸ BGH, NZM 2006, 338 (339); OLG Stuttgart, ZMR 1991, 429 (430); OLG Karlsruhe, NJW-RR 1993, 79; Häublein, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 573 Rdnr. 57.

¹⁹ Hannappel, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, § 573 Rdnr. 28; Rolfs, in: Staudinger, BGB, § 573 Rdnr. 35.

Eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs scheidet aus.

Möglicherweise kann A jedoch eine Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen.

Das setzt gem. § 574 I BGB einen Härtegrund seitens des Mieters voraus, welcher nach einer Abwägung Vorrang vor den Interessen des Vermieters hat.

Ein Härtegrund auf Seiten des A liegt vor: er befindet sich kurz vor Abschluss seiner Bachelor-Arbeit, eine Wohnungssuche würde ihn dabei massiv beeinträchtigen. Das Interesse des Vermieters ist jedoch ebenfalls gewichtig: es ist legitim, dass er die Wohnung seiner Tochter zur Verfügung stellen will, welche auf eine Wohnung in der Nähe ihres Studienorts angewiesen ist. Bei einer Interessenabwägung ist festzustellen, dass beide Interessen von mittlerem Gewicht sind und keinem der Vorrang zukommt. In einem solchen Fall unterbleibt eine Fortsetzung des Mietverhältnisses.²⁰

Ein Anspruch aus § 546 BGB besteht.

bb) Anspruch aus § 985 BGB

Ebenso besteht ein Anspruch aus § 985 BGB.

²⁰ Hannappel, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, § 573 Rdnr. 28; Blank, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 574 Rdnr. 65.

cc) Zwischenergebnis

Die Klage ist begründet.

3. Fazit

Die Beratung durch R war zutreffend, ein Einspruch wäre nicht sinnvoll gewesen.

II. Ergebnis

Es besteht kein Anspruch des A gegen R auf Schadensersatz.

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



PD Dr. Christian Traulsen*

Die 5 %-Hürde im Europawahlrecht¹

Sachverhalt:

P, Professor für Öffentliches Recht im Ruhestand und deutscher Staatsangehöriger, hält das in Deutschland für die Wahlen zum Europäischen Parlament geltende Wahlsystem für verfassungswidrig. Seine Bedenken richten sich gegen die in § 2 Abs. 7 EuWG festgelegte 5 %-Klausel sowie gegen das System der »starren« Listen in § 2 Abs. 5 EuWG, wonach die auf einen Wahlvorschlag entfallenden Sitze in der auf der Liste festgelegten Reihenfolge besetzt werden.

Nach der Europawahl des Jahres 2009 legte P darum form- und fristgerecht beim Deutschen Bundestag Einspruch gegen die Gültigkeit der Wahl der deutschen Abgeordneten zum Europäischen Parlament ein. Zur Begründung führte er aus, § 2 Abs. 7 EuWG verstoße gegen

die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien. Bei der Europawahl 2009 seien aufgrund der Sperrklausel 7 Parteien unberücksichtigt geblieben, welche 2,8 Millionen Wähler und damit ca. 10 % der abgegebenen Stimmen repräsentierten. Das sei nicht zu rechtfertigen, zumal im Europäischen Parlament ohnehin bereits 162 verschiedene Parteien vertreten seien. Dennoch habe das Parlament über 30 Jahre hinweg funktioniert. Das System der »starren« Listen sei mit dem Demokratieprinzip unvereinbar, da so nicht die Wähler, sondern die Parteien durch die Festlegung der Kandidatenreihenfolge über die Auswahl der Abgeordneten bestimmten.

Der Bundestag wies den Einspruch mit formell ordnungsgemäßem Beschluss vom 8. Juli 2010 zurück. Es sei nicht seine Aufgabe, die Verfassungsmäßigkeit von Wahlvorschriften zu überprüfen; dies bleibe dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten. Unabhängig davon werde die Rechtsauffassung des P inhaltlich nicht geteilt. Die 5 %-Sperrklausel des § 2 Abs. 7 EuWG entspreche den Vorgaben von Art. 3 DWA. Sie sei auch erforderlich, um einer Zersplitterung des Europäischen Parlamentes entgegenzuwirken und so dessen Funktionsfähigkeit sicherzustellen. Zudem diene sie einer effektiven Vertretung des deutschen Volkes im Europäi-

* Der Autor ist Privatdozent für Öffentliches Recht und Kirchenrecht an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

¹ Die vorliegende Aufgabe wurde im Wintersemester 2011/12 im Examensklausurenkurs der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen gestellt.

schen Parlament, die mit kleinen und kleinsten Gruppierungen von Abgeordneten kaum möglich sei. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit »starrer« Listen sei schließlich durch das Bundesverfassungsgericht eindeutig geklärt.

Am 5. September 2010 erhob P schriftlich und mit ordnungsgemäßer Begründung Wahlprüfungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Er beantragte, die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlamentes aus der Bundesrepublik Deutschland für ungültig zu erklären, die Wiederholung der Wahl anzuordnen und die Vorschriften des § 2 Abs. 5 und 7 EuWG für verfassungswidrig und nichtig zu erklären. 107 wahlberechtigte Bürger waren seiner Beschwerde beigetreten.

Aufgabe 1: Wie wird das BVerfG entscheiden? Dabei ist auch, ggf. hilfsgrundsätzlich, zu erörtern, welche Rechtsfolgen das BVerfG anordnen wird, sollte sich § 2 Abs. 5 oder 7 EuWG als verfassungswidrig erweisen.

Aufgabe 2: Im September 2012 möchte P zusätzlich gegen die 5 %-Klausel in § 2 Abs. 1 S. 2 LWG BW verfassungsgerichtlich vorgehen. Kann er das? (Die Erfolgsaussichten sind nicht zu prüfen.)

Europarecht: Auszug aus dem Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten im Europäischen Parlament (Direktwahlakt – DWA):

Artikel 1

(1) In jedem Mitgliedstaat werden die Mitglieder des Europäischen Parlamentes nach dem Verhältniswahlssystem auf der Grundlage von Listen oder von übertragbaren Einzelstimmen gewählt.

(3) Die Wahl erfolgt allgemein, unmittelbar, frei und geheim.

Artikel 3

Für die Sitzvergabe können die Mitgliedstaaten eine Mindestschwelle festlegen. Diese Schwelle darf jedoch landesweit nicht mehr als 5 % der abgegebenen Stimmen betragen.

Artikel 8

Vorbehaltlich der Vorschriften dieses Akts bestimmt sich das Wahlverfahren in jedem Mitgliedstaat nach den innerstaatlichen Vorschriften.

Diese innerstaatlichen Vorschriften, die gegebenenfalls den Besonderheiten in den Mitgliedstaaten Rechnung tragen können, dürfen das Verhältniswahlssystem insgesamt nicht in Frage stellen.

Bundesrecht: Auszug aus dem Gesetz über die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland (Europawahlgesetz – EuWG):

§ 2 Wahlsystem, Sitzverteilung

(1) Die Wahl erfolgt nach den Grundsätzen der Verhältniswahl mit Listenwahlvorschlägen. Listenwahlvorschläge können für ein Land oder als gemeinsame Liste für alle Länder aufgestellt werden. Jeder Wähler hat eine Stimme.

(5) Die auf die Wahlvorschläge entfallenden Sitze werden in der dort festgelegten Reihenfolge besetzt. [...]

(7) Bei der Verteilung der Sitze auf die Wahlvorschläge werden nur Wahlvorschläge berücksichtigt, die mindestens 5 vom Hundert der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Stimmen erhalten haben.

§ 26 Wahlprüfung und Anfechtung

(1) Über die Gültigkeit der Wahl wird im Wahlprüfungsverfahren entschieden.

(2) Für das Wahlprüfungsverfahren gelten die Bestimmungen des Wahlprüfungsgesetzes mit Ausnahme des § 6 Abs. 3 Buchstabe e, des § 14 Satz 2 und des § 16 Abs. 2 und 3 in der jeweils geltenden Fassung entsprechend.

(3) Gegen die Entscheidung des Deutschen Bundestages im Wahlprüfungsverfahren ist die Beschwerde an das Bundesverfassungsgericht zulässig. Die Beschwerde kann der Abgeordnete, dessen Mitgliedschaft bestritten ist, ein Wahlberechtigter, dessen Einspruch vom Deutschen Bundestag verworfen worden ist, wenn ihm mindestens einhundert Wahlberechtigte beitreten, oder eine Gruppe von wenigstens acht Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland binnen einer Frist von zwei Monaten seit der Beschlußfassung des Deutschen Bundestages beim Bundesverfassungsgericht erheben; die Beschwerde ist innerhalb dieser Frist zu begründen. Für die Beschwerde an das Bundesverfassungsgericht gelten die Vorschriften des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht entsprechend.

(4) Im übrigen können Entscheidungen und Maßnahmen, die sich unmittelbar auf das Wahlverfahren beziehen, nur mit den in diesem Gesetz sowie in der Wahlordnung vorgesehenen Rechtsbehelfen angefochten werden.

Lösungsskizze²

Aufgabe 1:

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG

Für die Wahlprüfungsbeschwerde ist das BVerfG zuständig nach Art. 93 Abs. 3 GG, § 26 Abs. 3 S. 1 EuWG.³

II. Beschwerdeberechtigung, § 26 Abs. 3 S. 2 EuWG

Bei P handelt es sich um einen Wahlberechtigten, dessen Einspruch vom BT verworfen wurde;⁴ mehr als 100 (weitere) Wahlberechtigte sind seiner Beschwerde beigetreten.

III. Beschwerdegegenstand, § 26 Abs. 3 S. 1 EuWG

Beschwerdegegenstand ist die Entscheidung des Bundestages im Wahlprüfungsverfahren, hier also der Beschluss vom 8.7.2010.⁵

IV. Beschwerdebefugnis, § 26 Abs. 3 S. 2 EuWG

Das Wahlprüfungsverfahren ist ein rein objektives Verfahren; es setzt keine subjektive Rechtsverletzung voraus. Ausreichend für die Beschwerdebefugnis ist, dass der Einspruch des Beschwerdeführers vom Bundestag verworfen wurde (formelle Beschwerde).

V. Form und Frist

P hat die Wahlprüfungsbeschwerde binnen 2 Monaten nach dem Beschluss des Bundestages (§ 26 Abs. 3 S. 2 EuWG) schriftlich erhoben (§§ 26 Abs. 3 S. 3 EuWG, 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG) und innerhalb der Frist begründet (§ 26 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 EuWG).

VI. Zwischenergebnis

Die Beschwerde ist zulässig.

² Der Fall beruht auf *BVerfGE* 129, 300. Literatur: *Roßner*, NVwZ 2012, 22; *Morlok*, JZ 2012, 76; *Schönberger*, JZ 2012, 80; *von Arnim*, DÖV 2012, 224; *Eilert*, DVBl. 2012, 234; *Lembcke/Peuker/Seifarth*, DVBl. 2012, 401; *Hillgruber*, JA 2012, 316; *Morlok/Kühr*, JuS 2012, 385; *Sachs*, JuS 2012, 477; *Ehlers*, ZG 2012, 188. Die Schriftsätze aus dem Verfahren sind dokumentiert unter: <http://www.dhv-speyer.de/vonarnim/Veroeffentlichungen/Klagen%20vor%20dem%20BVerfG/Klagen%20vor%20dem%20BVerfG.htm>.

³ Die Wahlprüfungsbeschwerde ist eine selten geprüfte Verfahrensart. Sie war aber Gegenstand der Staatsprüfung Herbst 2010. Ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen lassen sich dem Gesetzestext entnehmen.

⁴ Einspruchsführer und Beschwerdeführer müssen identisch sein!

⁵ Das BVerfG prüft nur diejenigen Rügen, die der Beschwerdeführer bereits im Einspruchsverfahren vor dem Bundestag erhoben hat. Mit seinem Einspruch gegen die Wahl legt somit der Einspruchsführer den Beschwerdegegenstand für eine spätere Wahlprüfungsbeschwerde fest.

B. Begründetheit

Die Wahlprüfungsbeschwerde ist begründet, wenn der angegriffene Beschluss des Deutschen Bundestages formell oder materiell verfassungswidrig ist.⁶ In formeller Hinsicht ist der Beschluss vom 8.7.2010 laut Sachverhalt nicht zu beanstanden. In materieller Hinsicht prüft das BVerfG – anders als der Bundestag – nicht nur die korrekte Anwendung der Vorschriften des Bundeswahlrechts, sondern auch deren Verfassungsmäßigkeit.⁷ Denn ohne Aussage über die Verfassungsmäßigkeit der Wahlvorschriften lässt sich die dem BVerfG obliegende Entscheidung über die Gültigkeit von Wahlen nicht treffen. Im vorliegenden Fall rügt P nicht die Anwendung, sondern die Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften des EuWG, genauer von dessen § 2 Abs. 5 und 7. Die formelle Verfassungsmäßigkeit des EuWG ist nicht zweifelhaft. Zu prüfen bleibt damit allein die materielle Verfassungsmäßigkeit.

⁶ BVerfGE 121, 266 (289); 123, 39 (65).

⁷ BVerfGE 121, 266 (295); 123, 39 (68).

I. Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 2 Abs. 7 EuWG (5 %-Klausel)⁸

1. Prüfungsmaßstab

a) Europarecht

Das BVerfG als »Hüter der Verfassung« prüft grundsätzlich am Maßstab des GG, z. T. auch sonstigen Bundesrechtes. Für europarechtliche Fragen ist es nicht zuständig. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben spielen vor dem BVerfG nur insoweit eine Rolle, als sie dem nationalen Recht keine eigenen Entscheidungsspielräume belassen; denn dann beschränkt sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle auf die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen der Integrationsermächtigung nach Art. 23 Abs. 1 GG. Soweit aber für den Gesetzgeber europarechtlich ein Umsetzungsspielraum besteht, überprüft das BVerfG die Vereinbarkeit der innerstaatlichen Vorschriften mit dem Grundgesetz, insbesondere den Grundrechten.⁹

Art. 3 DWA erlaubt eine Mindestschwelle von maximal 5 % der abgegebenen Stimmen. Die Wahlrechtsgrund-

⁸ Art. 223 Abs. 1 AEUV enthält einen Regelungsauftrag für das Wahlrecht zum Europäischen Parlament, dem die zuständigen Organe aber bisher nicht nachgekommen sind. Vielmehr ermächtigt der Direktwahlakt von 1976 die Mitgliedstaaten, das Wahlverfahren entsprechend gewissen inhaltlichen Vorgaben selbst festzulegen (Art. 8 UAbs. 1 DWA). In Deutschland geschieht dies durch das EuWG.

⁹ Vgl. BVerfGE 118, 79 (95 ff.); 121, 1 (15).

sätze des Art. 1 Abs. 3 DWA werden durch § 2 Abs. 7 EuWG nicht berührt, da hier die Gleichheit der Wahl nicht garantiert wird. Die 5 %-Sperrklausel in § 2 Abs. 7 EuWG hält sich also im europarechtlich zulässigen Rahmen, ist aber andererseits nicht zwingend vorgeschrieben. Sie ist somit an den Maßstäben des GG zu messen.

b) Verfassungsrecht

Einen ausdrücklichen Maßstab für Wahlen zum Europäischen Parlament enthält das GG nicht. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG gilt nur für die Wahlen zum Deutschen Bundestag.

Auch für die Wahl der deutschen Abgeordneten des Europäischen Parlamentes gilt jedoch der Grundsatz der Gleichheit der Wahl. Er folgt hier aus Art. 3 Abs. 1 GG. »Für eine freiheitliche demokratische Grundordnung, wie das Grundgesetz sie geschaffen hat, ist die Gleichbewertung aller Staatsbürger bei der Ausübung des Wahlrechtes eine der wesentlichen Grundlagen der Staatsordnung«.¹⁰

Daneben verlangt der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien und sonstigen politischen Vereinigungen, den das BVerfG aus Artt. 21 Abs. 1 i. V. m. 3 Abs. 1 GG herleitet, dass allen Wahlbewerbern die gleichen Möglich-

keiten im Wahlverfahren und damit gleiche Chancen bei der Verteilung der Sitze eingeräumt werden.

2. Gleichheit der Wahl (Art. 3 Abs. 1 GG)

a) Gleichheitsverstoß

Die Gleichheit der Wahl verlangt gleichen **Zählwert** und gleichen **Erfolgswert** aller abgegebenen Stimmen.¹¹ Durch eine Sperrklausel wird zwar nicht der Zählwert, aber der Erfolgswert beeinträchtigt. Denn alle Stimmen, die für eine Liste abgegeben werden, welche die 5 %-Hürde verfehlt, bleiben ohne Erfolg. Darüber hinaus verlangt die Gleichheit der Wahl speziell bei Verhältniswahlen, dass jeder Wähler mit seiner Stimme den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung der zu wählenden Vertretung haben muss. Auch daran fehlt es.

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Differenzierungen bedürfen zu ihrer Rechtfertigung eines besonderen, sachlich legitimierten, »zwingenden« Grundes. Solche Gründe müssen sich nicht

¹¹ Bei den Wahlen zum Europäischen Parlament ist der Erfolgswert der abgegebenen Stimmen zwischen den Wählern unterschiedlicher Mitgliedstaaten nicht gewahrt. Die auf den einzelnen Mitgliedstaat entfallenden Sitze folgen vielmehr dem Prinzip der degressiven Proportionalität: je bevölkerungsreicher ein Mitgliedstaat, umso weniger Abgeordnete pro Einwohner. Das ändert aber nichts daran, dass das GG bei den Wahlen für das Abgeordnetenkontingent Deutschlands Erfolgswertgleichheit vorschreibt.

¹⁰ BVerfGE 51, 222 (234 f.).

unmittelbar aus der Verfassung ergeben; sie müssen aber durch die Verfassung legitimiert und von vergleichbarem Gewicht wie die Wahlrechtsgleichheit sein. Sie müssen ferner zur Verfolgung des jeweiligen Zieles geeignet und erforderlich sein (Verhältnismäßigkeitsmaßstab).

Für die Beurteilung der Rechtfertigungsgründe gilt dabei:

Findet der Gesetzgeber aktuelle bzw. veränderte Umstände vor, muss er ihnen Rechnung tragen. Die Zulässigkeit von Normen, welche die Wahlrechtsgleichheit einschränken, steht nicht ein für allemal fest. Wenn sich die Verhältnisse wesentlich ändern, kann sich eine abweichende verfassungsrechtliche Beurteilung ergeben.

Das BVerfG akzeptiert nur einen geringen Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers: »Weil mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird und gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt, unterliegt aber die Ausgestaltung des Wahlrechts hier einer strikten verfassungsgerichtli-

chen Kontrolle (vgl. BVerfGE 120, 82 [105]).«¹²

Beim Wahlsystem für das Europäische Parlament entscheidet der Gesetzgeber indessen gerade nicht in eigener Sache.

»Die Verfassung ist im Hinblick auf das Wahlsystem offen und verleiht dem Bundesverfassungsgericht deshalb kein Mandat, bei der konzeptionellen Ausgestaltung eines Wahlsystems allzu feingliedrig mit dem Gleichheitssatz zu prüfen, fallweise zu korrigieren und so allmählich in die Rolle des Wahlgesetzgebers zu schlüpfen.«¹³

Demnach hätte der Gesetzgeber einen erheblichen Gestaltungsspielraum bei der Festlegung des Wahlsystems.

Folgt man indessen der Senatsmehrheit, so ergibt sich eine engmaschige Prüfung:

aa) Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlamentes

Als rechtfertigender Grund für eine Sperrklausel kommt insbesondere die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlamentes in Betracht.¹⁴

¹² BVerfGE 129, 300 (322 f.).

¹³ So das Sondervotum der Richter *Di Fabio* und *Mellinghoff*, BVerfGE 129, 300 (350).

¹⁴ An dieser Stelle ist Argumentation gefragt. Vertretbar sind beide Ergebnisse. Die Pointe an der Entscheidung des BVerfG ist, dass es – nach den eigenen Maßstäben völlig konsequent – die möglichen Funktionsbeeinträchtigungen an

Argumente für eine Rechtfertigung:

Ohne Sperrklausel wird die Zahl der Parteien zunehmen, die nur mit einem oder zwei Abgeordneten im Europäischen Parlament vertreten sind. Das erschwert die Mehrheitsbildung.

Zwar sind auch bisher schon zahlreiche Parteien im Parlament vertreten. Dies liegt aber zu einem wesentlichen Teil daran, dass auch die Vertreter der großen politischen Hauptströmungen auf nationaler Ebene in jeweils eigenen Parteien organisiert sind. Ihnen fällt es leichter, sich im Europäischen Parlament zu größeren politischen Einheiten zusammenzufinden (wie es in den Fraktionen geschieht), als dies bei echten Splitterparteien der Fall wäre.

Auch das Europäische Parlament fällt seine Beschlüsse nicht stets mit einfacher Mehrheit (Art. 231 AEUV). Qualifizierte Mehrheiten sind etwa erforderlich zur Wahl des Kommissionspräsidenten (Art. 17 Abs. 7 UAbs. 1 EUV), Verabschiedung der Geschäftsordnung (Art. 232 UAbs. 1 AEUV), Abwahl der Kommission (Art. 234 UAbs. 2 S. 1 AEUV), Übertragung delegierter Rechtsakte (Art. 290 Abs. 2 AEUV), Ab-

den konkreten Aufgaben und Arbeitsbedingungen des Europäischen Parlamentes misst und darum zu einem anderen Ergebnis kommt als bei der Zulässigkeit einer Sperrklausel bei Bundestagswahlen. Je besser es den Bearbeitern gelingt, ebenfalls konkret mit den Aufgaben des Europäischen Parlamentes zu argumentieren, desto besser die Bewertung.

lehnung/Änderung des Standpunktes des Rates (Art. 294 Abs. 7 lit. b und c AEUV), zur Zustimmung zum mehrjährigen Finanzrahmen (Art. 312 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 AEUV) sowie im Verfahren nach Art. 7 EUV (Art. 354 UAbs. 4 AEUV).

Im Europäischen Parlament existieren keine dauerhaften Koalitionen, sondern es bilden sich wechselnde Mehrheiten. Dies führt zu einem erhöhten Koordinationsbedarf.

Gerade weil das Europäische Parlament keine den nationalen Parlamenten vergleichbare Schlüsselstellung im Gewaltgefüge hat, sondern sich im institutionellen Zusammenspiel mit Rat und Kommission weit stärker behaupten muss, ist eine wirksame Mehrheitsbildung besonders wichtig.

Das Europäische Parlament befindet sich nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon in einer neuen Phase seiner Entwicklung. Der mitgliedstaatliche Wahlgesetzgeber trägt die Verantwortung dafür, dass das Parlament dabei auch künftig handlungsfähig bleibt.

Dass das Parlament bislang funktioniert, darf kein Argument sein, es weiterer Zersplitterung auszusetzen.

Das GG schützt die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlamentes nicht

intensiver, als es der europäische Normgeber tut. Dieser hat aber in Art. 3 DWA eine Sperrklausel ausdrücklich zugelassen.

Argumente gegen eine Rechtfertigung:

Bei der letzten Europawahl im Jahre 2009 entfielen ca. 10 % der Stimmen auf Listen, die weniger als 5 % der abgegebenen Stimmen auf sich vereinigen konnten. Damit blieben in Deutschland rund 2,8 Millionen Stimmen ohne Erfolgswert.

Bereits jetzt sind im Europäischen Parlament mehr als 160 Parteien vertreten.

Auch andere Mitgliedstaaten der EU haben keine Sperrklausel eingeführt, ohne dass die Funktionsfähigkeit des Parlamentes in Frage stünde.

Die zentralen Arbeitseinheiten des Europäischen Parlamentes sind die Fraktionen. Sie bündeln die Positionen der unterschiedlichen nationalen Parteien und organisieren die Willensbildung. Entscheidend für die Arbeitsfähigkeit des Parlamentes ist somit nicht die Zahl kleiner und kleinster Parteien, sondern ob es gelingt, diese in die Fraktionen zu integrieren.

Dass es keine Koalitionen gibt, bedeutet auch, dass keine Koalitionsvereinbarungen geschlossen werden müssen.

»Die parlamentarische Praxis ist geprägt durch eine Zusammenarbeit der beiden großen Fraktionen, die zusammen regelmäßig deutlich über 60 % der Mandate auf sich vereinen [...]. Der Aufwand für eine Konsensbildung zwischen diesen beiden Fraktionen ist unabhängig von der Zahl der fraktionslosen Abgeordneten und kleineren Fraktionen.«¹⁵

Auf nationaler Ebene ist die 5 %-Klausel vor allem dadurch zu rechtfertigen, dass der Bundestag eine stabile Mehrheit bilden muss, um eine handlungsfähige Regierung zu wählen und fortlaufend zu unterstützen. Dieser Grund besteht beim Europäischen Parlament nicht. Die Europäische Union hat (bislang) kein parlamentarisches Regierungssystem. Das Europäische Parlament wählt zwar auf Vorschlag des Rates den Kommissionspräsidenten (Art. 17 Abs. 7 UAbs. 1 EUV) und gibt ein Zustimmungsvotum für die übrigen Kommissionsmitglieder ab (Art. 17 Abs. 7 UAbs. 3 EUV). Auch ist die Kommission als Kollegium dem Parlament verantwortlich (Art. 17 Abs. 8 S. 1 EUV) und das Parlament kann nach Art. 234 AEUV einen Misstrauensantrag gegen die Kommission annehmen (Art. 17 Abs. 8 S. 2 EUV). Jedoch sind die Kommission und ihr Präsident bei der Erfüllung ihrer Aufgaben weit weniger auf das Parlament angewiesen als

¹⁵ BVerfGE 129, 300 (330 f.).

die meisten nationalen Regierungen. Entsprechend fehlt im Europäischen Parlament auch der typische Gegensatz zwischen Regierungs- und Oppositionsfraktionen.

Auch die Rechtsetzung in der Europäischen Union ist weniger von einer gleichbleibenden Mehrheit im Europäischen Parlament abhängig. Das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nach Art. 289 Abs. 1 AEUV erfordert keine mehrheitsgetragene Zustimmung des Parlamentes (vgl. Art. 294 Abs. 7 lit. a Var. 2, lit. b AEUV: Ein Rechtsakt gilt als erlassen, wenn das Parlament sich zum Standpunkt des Rates nicht äußert oder ihn nicht mit der Mehrheit seiner Mitglieder ablehnt). In entsprechender Weise kann auch der Haushaltsplan ohne Zustimmung des Parlamentes zustande kommen (Art. 314 Abs. 4 lit. b AEUV).

Die Wahrnehmung der Informations- und Kontrollrechte des Europäischen Parlamentes (Art. 14 Abs. 1 S. 2 AEUV) ist durch eine größere Zersplitterung ebenfalls nicht bedroht, da diese ohnehin als Minderheitenrechte ausgestaltet sind.

Nach alledem erfordert die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlamentes

keine 5 %-Sperrklausel (so die Senatsmehrheit; Gegenteil vertretbar).¹⁶

bb) Nationale Interessen

Die 5 %-Klausel ist einer effektiven Durchsetzung deutscher Interessen im Europäischen Parlament dienlich, da diese in den größeren Fraktionen wirkungsvoller wahrgenommen werden können. Zudem wäre die Arbeit der Abgeordneten des Bundestages mit den deutschen Vertretern im Europäischen Parlament leichter zu verzahnen. Dies sind jedoch keine hinreichend gewichtigen Gründe, um eine Benachteiligung kleinerer Parteien verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.

3. Chancengleichheit der Wahlbewerber (Artt. 21 Abs. 1 i. V. m. 3 Abs. 1 GG)

a) Gleichheitsverstoß

Das BVerfG bejaht einen Gleichheitsverstoß. Das ist jedoch zweifelhaft, denn die Chancen aller Parteien, die 5 %-Hürde zu überspringen, sind ja rechnerisch gleich groß.

¹⁶ Dieses Ergebnis ist im Senat offenbar in bemerkenswerten Ausmaß umstritten gewesen: »Die Entscheidung ist mit 5:3 Stimmen ergangen, wobei das Ergebnis von einem Mitglied des Senats aus abweichenden Gründen mitgetragen wird.« (BVerfGE 129, 300 (346)). Anders noch BVerfGE 51, 222.

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Zwischen Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Wahlbewerber besteht ein enger Zusammenhang. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Einschränkungen folgt daher denselben Maßstäben.

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 2 Abs. 5 EuWG (»starre« Listen)

Bei der Wahl nach »starren« Listen werden die Mandate, die auf die jeweilige Liste entfallen, in der dort vorgegebenen Reihenfolge an die Bewerber vergeben. Der Wähler kann also nur die Liste als solche wählen und hat keinen Einfluss auf die Reihenfolge der Kandidaten. Europarechtliche Vorgaben existieren diesbezüglich nicht; Art. 1 Abs. 1 DWA ermöglicht die Verhältniswahl sowohl aufgrund von Listen als auch von übertragbaren Einzelstimmen. Art. 2 Abs. 5 EuWG ist somit ebenfalls am GG zu messen.

1. Unmittelbarkeit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 GG)

Das BVerfG misst die »starren« Listen an den Grundsätzen der Freiheit und Unmittelbarkeit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 GG) und hält sie diesbezüglich in ständiger Rechtsprechung für unproblematisch.¹⁷ Art. 38 Abs. 1 GG ist aber,

wie gesagt, für die Wahlen zum Europäischen Parlament nicht anwendbar.

2. Demokratie (Art. 20 Abs. 1, 2 GG)

Der Umstand, dass bei »starren« Listen die Parteien durch die Festlegung der Kandidatenreihenfolge über die Auswahl der Abgeordneten bestimmen, die tatsächlich ein Mandat erhalten, könnte einen Verstoß gegen das Demokratieprinzip darstellen. Jedoch ist das Demokratieprinzip ausgestaltungsbefähigt und gerade im Hinblick auf das Wahlsystem ausgestaltungsfähig. Dem Gesetzgeber kommt hier ein Entscheidungsspielraum zu, der durch die Verfassung nicht vollständig determiniert wird. Mit anderen Worten: Mit dem Demokratieprinzip sind unterschiedliche Formen der Wahl vereinbar.

Selbst wenn man einen Verstoß gegen das Demokratieprinzip annehmen wollte, wäre dieser aber durch den gleichrangigen Art. 21 GG gerechtfertigt, welcher den Parteien die Mitwirkung an der demokratischen Willensbildung garantiert. Es ist nicht alleine Sache des Wählers, über die Auswahl der Abgeordneten zu entscheiden; auch den Parteien kommt das Recht zu, darüber zu befinden, wer aus ihren Reihen den Wählern als Kandidat präsentiert werden soll. Auch die Auswahl von Wahlkreiskandidaten obliegt den Parteien; und selbst bei beweglichen Listen muss der Wahlvorschlag zunächst von einer

¹⁷ BVerfGE 3, 45 (50 f.); 7, 63 (67 ff.); 21, 355 (355 f.); 47, 253 (283); 122, 304 (314).

Partei oder politischen Gruppierung aufgestellt worden sein. Gewissermaßen zum Ausgleich dieser verfassungsrechtlich fundierten Filterfunktion der Parteien muss die Kandidatenaufstellung ihrerseits auf demokratischem Wege erfolgen.

3. Ergebnis

§ 2 Abs. 5 EuWG ist nicht zu beanstanden (Gegenteil vertretbar, wenngleich ausgesprochene Mindermeinung¹⁸).

III. Rechtsfolgen¹⁹

Der Entscheidungsinhalt und die Entscheidungswirkungen bei der Wahlprüfungsbeschwerde sind gesetzlich nicht geregelt.

1. Aufhebung des Bundestagsbeschlusses vom 8.7.2010

Zunächst hebt das BVerfG den angegriffenen Bundestagsbeschluss auf.

2. Nichtigkeit des § 2 Abs. 7 EuWG

»Auch wenn im Rahmen des Verfahrens der Wahlprüfungsbeschwerde die verfassungsrechtliche Überprüfung der Wahlrechtsvorschriften vorrangig im Hinblick auf die Frage der Gültigkeit der Wahl erfolgt, so kann doch die erkannte Verfassungswidrigkeit einer

Wahlrechtsvorschrift nicht folgenlos bleiben. Daher sind § 78 Satz 1, § 95 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG hier entsprechend anzuwenden.«²⁰

Das BVerfG wird somit Art. 2 Abs. 7 EuWG für nichtig erklären.

3. Gültigkeit der Wahl

Die verfassungswidrige 5 %-Sperrklausel hat sich auf die Verteilung der Mandate ausgewirkt. Sieben Parteien sind unberücksichtigt geblieben; die ihnen zustehenden Sitze (es handelte sich insgesamt um acht) kamen den größeren Parteien zu Gute. Es fragt sich, ob das BVerfG diesen Wahlfehler korrigieren muss. In Betracht käme, ihn durch eine Neuermittlung des Wahlergebnisses ohne Anwendung des § 2 Abs. 7 EuWG zu korrigieren oder die Wahl für ungültig zu erklären. Dabei unterliegt die Entscheidung des BVerfG dem Gebot des geringstmöglichen Eingriffs. Die Entscheidung darf nur so weit gehen, wie es der festgestellte Wahlfehler verlangt. Daraus folgt unter anderem, dass vorrangig ein Wahlfehler zu berichtigen ist, statt die Wahl zu wiederholen.²¹

Eine bloße Berichtigung scheidet nach Auffassung des BVerfG aus, da sich schon das Vorhandensein der 5 %-Klausel auf das Wahlverhalten ausgewirkt haben dürfte. Zudem sei eine

¹⁸ Etwa von Arnim, DÖV 2012, 224 (226).

¹⁹ Laut Bearbeitervermerk war hierzu auf jeden Fall, ggf. hilfsgutachtlich, Stellung zu nehmen.

²⁰ BVerfGE 129, 300 (343).

²¹ BVerfGE 121, 266 (311).

Neuberechnung im Wahlrecht nicht vorgesehen, weshalb auch keine Regelungen für den Übergang von Mandaten existierten.

Die Ungültigerklärung einer Wahl setzt einen erheblichen Wahlfehler von solchem Gewicht voraus, dass ein Fortbestand der in dieser Weise gewählten Volksvertretung unerträglich erschiene.²² Das BVerfG lehnt sie im vorliegenden Fall ebenfalls ab. Die daraufhin erforderliche Neuwahl stelle einen erheblichen und störenden Eingriff in die Arbeit des Europäischen Parlamentes dar. Dies wiege schwerer als die Korrektur eines Wahlfehlers, der nur einen geringen Anteil der Abgeordneten des deutschen Kontingentes betreffe, die Legitimität der deutschen Abgeordneten in ihrer Gesamtheit nicht in Frage stelle und darum nicht als unerträglich anzusehen sei.

Das erscheint nicht unproblematisch. Das BVerfG schreitet zwar einerseits zu einer äußerst detaillierten Kontrolle der Wahlvorschriften, scheut dann aber die Konsequenzen; es beschränkt den Spielraum des Gesetzgebers, will aber andererseits niemandem weh tun. Zudem schafft das Gericht, wie schon in früheren Entscheidungen, im Ergebnis eine dritte Kategorie zwischen verfassungsmäßigem und verfassungswidrigem Staatshandeln: nämlich Maßnah-

men, die zwar verfassungswidrig sind, dies aber nicht so gravierend, dass sie unverzüglich aufgehoben werden müssten. Das ist von hoher Praktikabilität, methodisch aber bedenklich.

Folgt man dem BVerfG, so erfolgt keine Korrektur des Wahlfehlers.

Aufgabe 2:²³

A. Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde zum BVerfG

I. Zuständigkeit des BVerfG

Die Zuständigkeit des BVerfG ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG.

II. Beschwerdefähigkeit (§ 90 Abs. 1 BVerfGG)

Beschwerdefähig ist jedermann, also auch P.

III. Beschwerdegegenstand (§ 90 Abs. 1 BVerfGG)

Beschwerdegegenstand ist § 2 Abs. 1 S. 2 LWG BW (Rechtssatzverfassungsbeschwerde).

²² BVerfGE 103, 111 (135); 121, 266 (311 f.).

²³ Gefragt ist hier nach der Zulässigkeit (nicht nach den Erfolgsaussichten, also nicht nach der Begründetheit) eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens. Dabei gilt es, daran zu denken, dass das Land Baden-Württemberg mit dem Staatsgerichtshof ebenfalls über ein Verfassungsgericht verfügt.

IV. Beschwerdebefugnis (§ 90 Abs. 1 BVerfGG)

P muss geltend machen, in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht verletzt zu sein. Zu den grundrechtsgleichen Rechten zählt auch Art. 38 GG. Diese Vorschrift gilt aber nur für Wahlen zum Bundestag. Insofern läge auch hier, wie bei der Wahl zum Europäischen Parlament, der Rückgriff auf Art. 3 Abs. 1 GG nahe.

Dies lehnt das BVerfG seit BVerfGE 99, 1 (unter ausdrücklicher Aufgabe älterer Rechtsprechung) ab. Im Anwendungsbereich der Artt. 28 Abs. 1 S. 2 und 38 Abs. 1 S. 1 GG kann demnach nicht auf den allgemeinen Gleichheitssatz zurückgegriffen werden. Es handelt sich um spezialgesetzlich normierte Ausprägungen der in Art. 3 Abs. 1 GG garantierten allgemeinen Gleichheit aller Bürger. Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG verpflichtet zwar die Länder objektivrechtlich, die fünf Wahlrechtsgrundsätze (allgemein, unmittelbar, frei, gleich, geheim) zu beachten. Im Wege der abstrakten und der konkreten Normenkontrolle kann eine Verletzung auch vor dem BVerfG geltend gemacht werden. Dem Einzelnen vermittelt Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG aber keine subjektive Rechtsposition, die er mit der Verfassungsbeschwerde rügen könnte. Einem Rückgriff auf Art. 3 Abs. 1 GG steht die bundesstaatliche Ordnung entgegen. In den

Grenzen föderativer Bindungen gewährleistet das GG Bund und Ländern eigenständige Verfassungsbereiche. Es gibt den Ländern Raum, den subjektiven Schutz des Wahlrechts zu ihren Volksvertretungen in Ausübung ihres Rechtes auf Selbstorganisation auszugestalten und durch ihre eigene Gerichtsbarkeit zu gewährleisten.

Es fehlt an einer rügefähigen Rechtsposition des P und somit an der Beschwerdebefugnis.

V. Ergebnis

Eine Verfassungsbeschwerde des P wäre unzulässig.

B. Zulässigkeit einer Wahlprüfungsbeschwerde zum StGH²⁴

I. Zuständigkeit des StGH

Art. 31 Abs. 2 LV.

II. Beschwerdeberechtigung, § 52 Abs. 1 S. 2 lit. b StGHG

1. Wahlberechtigter

P müsste in Baden-Württemberg wahlberechtigt sein; diese Angabe fehlt im Sachverhalt.

²⁴ Die Wahlprüfungsbeschwerde zum StGH ist parallel zu dem entsprechenden Verfahren vor dem BVerfG ausgestaltet.

2. *dessen Einspruch vom Landtag verworfen wurde*

P müsste also zunächst Einspruch gegen eine Landtagswahl einlegen.

3. *Beitritt von mindestens 100 (weiteren) Wahlberechtigten*

Auch diese Zulässigkeitsvoraussetzung müsste P erfüllen.

III. Beschwerdegegenstand, Art. 31 Abs. 2 LV i. V. m. § 52 Abs. 1 S. 1 StGHG

wäre dann die Entscheidung des Landtages im Wahlprüfungsverfahren.

IV. Beschwerdebefugnis, § 26 Abs. 3 S. 2 EuWG

wäre gegeben, wenn Ps Einspruch vom Landtag verworfen würde.

V. Frist

Innerhalb eines Monats nach der Beschlussfassung des Landtages, § 52 Abs. 1 S. 1 StGH.

VI. Ergebnis

P könnte grundsätzlich im Wege der Wahlprüfungsbeschwerde zum StGH gegen § 2 Abs. 1 S. 2 LWG BW vorgehen. Allerdings fand die letzte Landtagswahl in Baden Württemberg am 27. März 2011 statt. Die Einspruchsfrist beträgt nach § 3 Abs. 2 LWPrG einen Monat. Ein Einspruch gegen diese Wahl

wäre mittlerweile verfristet. Mangels Einspruchsverfahren wäre aber eine Wahlprüfungsbeschwerde zum gegenwärtigen Zeitpunkt unzulässig. P muss also die nächste Landtagswahl abwarten.

RA Christoph Dudenbostel*

Der Referendar, die Liebe und das Geld

Schwerpunkte der Klausur:

Verschiedene Varianten der Nachstellung, § 238 StGB – Differenzen innerhalb des BGH beim Heimtücke-Mord – halberzügiger Rücktritt vom Versuch – Absatzhilfe bei der Hehlerei – schwerer Raub – Diebstahl im besonders schweren Fall

Sachverhalt:¹

Rechtsreferendar R wird unmittelbar nach dem ersten Staatsexamen von seiner Freundin F verlassen, weil er sie in den anderthalb Jahren Examensvorbereitung völlig vernachlässigt habe. Sie erklärt ihm deutlich, dass sie ihn nie wieder sehen wolle. R kann das Ende der Beziehung zu F nicht akzeptieren, er schickt ihr jeden Tag dutzende

Kurznachrichten auf ihr Handy, in denen er sie um ein Treffen bittet und ihr seine Liebe schwört. Darüber hinaus wartet R oft stundenlang vor ihrem Haus, um sie treffen und mit ihr reden zu können. F geht ihm aber konsequent aus dem Weg, wechselt die Handynummer und verlässt nur noch in Begleitung von Freunden das Haus. Vom Tennis-Verein, in dem auch R Mitglied ist, meldet sie sich ab und gibt ihren geliebten Sport auf. Sie überlegt sogar, in eine andere Stadt zu ziehen, verwirft die Idee aber wieder.

Als R nach einigen Wochen bewusst wird, dass F wirklich nichts mehr von ihm wissen will, ist er sehr gekränkt und sinnt auf Rache wegen dieser Zurückweisung. Deswegen hängt er am schwarzen Brett der Universitätsmensa einen Zettel mit einem sehr günstigen Mietangebot über ein WG-Zimmer auf, als Kontaktmöglichkeit gibt er die Telefonnummer der F an. Wie von ihm beabsichtigt, steht das Telefon Fs in den nächsten Tagen nicht mehr still, ständig melden sich Zimmer suchende Erstsemester. Dann bestellt R unter Angabe von Fs Anschrift und Geburtsdatum den Strom für ihre Wohnung ab. Schließlich schreibt er ihr einen Brief, in dem er droht, ihren Hund in seine Gewalt zu bringen und zu quälen.

Jetzt reicht es F, sie will endlich ihren Frieden wieder haben. Deshalb lädt sie

* Der Verfasser ist als Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht von Prof. Dr. H.-L. Günther an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen tätig.

¹ Aktualisierte und überarbeitete Fassung der im Wintersemester 2010/11 vom Verfasser im Semesterklausurenkurs an der Universität Tübingen gestellten Klausur (Durchschnitt: 5,74 Punkte, Durchfallquote: 26,92 %).

R zu einem abendlichen Gespräch in ihre Wohnung ein. Leider verläuft das Gespräch nicht gut, es kommt zum Streit und F fordert R auf, sofort ihre Wohnung zu verlassen. Statt dem Folge zu leisten, macht R es sich in ihrem Lieblings-Sessel bequem. Um ihm keine Abwehrchance zu lassen, tritt F von hinten an R heran und versetzt ihm in Tötungsabsicht einen wuchtigen Hammerschlag auf den Kopf. Blutüberströmt bricht R zusammen. Zunächst glaubt F, ihn getötet zu haben. Noch während sie überlegt, wie sie die Leiche entsorgen kann, bemerkt F, dass R nicht tot ist, sondern lediglich schwer verletzt das Bewusstsein verloren hat. Von plötzlicher Reue gepackt will F ihm zwar die von ihr zutreffend als zur Lebensrettung notwendig erkannte medizinische Versorgung zukommen lassen, sich dabei aber nicht in die peinliche Situation bringen, das Zustandekommen der Verletzung erklären zu müssen. Deshalb fährt sie den immer noch bewusstlosen R zwar in Richtung Krankenhaus, legt ihn aber zweihundert Meter von der Einfahrt der Klinik entfernt auf den Gehweg. Dort wird R von einer Krankenschwester auf deren Weg zur Nachtschicht zufällig gefunden. Sie bringt ihn sofort auf die richtige Pflegestation und umsorgt ihn derart fürsorglich, dass R sich in sie verliebt und F vergisst.

Die Beziehung mit der Krankenschwester läuft so gut, dass R sich schon bald mit Heiratsplänen trägt. Von dem, was er im Referendariat verdient, kann er aber keine Familie ernähren, deshalb verfällt er auf eine andere Idee, um an Geld zu kommen: In seiner Stammkneipe lernt er den Gelegenheitsdieb H kennen. Mit ihm vereinbart er folgendes: H gibt R einige gestohlene Schmuckstücke, R soll geeignete Käufer suchen und diese zu H bringen. Wenn H die Ware dann verkauft hat, wird er eine Provision an R zahlen.

An einem der folgenden Tage bietet R in einer Szenekneipe dem in Rs Augen gutgläubigen T einen wertvollen Ring mit einem großen Diamanten zum Kauf an. Zur Ansicht steckt R den Ring T auf den Ringfinger. Plötzlich springt T auf und läuft – wie er es von Beginn an vorhatte – ohne zu bezahlen mit dem Ring am Finger davon. Ohne Geld und ohne Ring kann R sich bei H natürlich nicht sehen lassen. Deswegen weiht er seinen Bekannten B, der als hart gesottener Kerl bekannt ist, in alles ein. Für hundert Euro soll B den Ring von T wiederbeschaffen. Falls T den Ring nicht herausgeben will, dann soll B ihn nach der Absprache mit den Fäusten traktieren.

Als B sich auf die Suche nach T begibt, steckt er ohne Wissen Rs noch seinen Totschläger ein. Schon nach kurzer Zeit entdeckt er T in einer Kneipe. B wartet

vor der Türe auf T. Als T heraus kommt, schlägt B ihn von hinten mit dem Totschläger bewusstlos. Dann nimmt B den Ring an sich, bringt ihn wie abgesprochen zu R, kassiert seinen Lohn und geht nach Hause. Währenddessen findet Kneipengänger K den bewusstlosen T. K durchsucht Ts Taschen und findet Ts Personalausweis und seinen Wohnungsschlüssel. Den Schlüssel nimmt er an sich und geht eilig zu der nahe gelegenen Wohnung Ts, deren Adresse er Ts Ausweis entnommen hat. Dort angekommen verschafft er sich mit dem Schlüssel Zugang zu Ts Wohnung und entwendet ein nagelneues Laptop. Damit verlässt er schnell die Wohnung, weil er befürchtet, dass T allmählich wieder zu sich kommen und heimkehren wird. Tatsächlich war T erst wieder zu sich gekommen, als K seine Wohnung schon wieder verlassen hatte. Zwar ist T verärgert, als er den Verlust des Rings bemerkt, aber er freut sich, dass er sein Bargeld noch immer in seinem üblichen Versteck (seinem linken Schuh) hat – daraufhin geht er wieder in die Kneipe, um „auf den Schreck erstmal noch einen zu heben“. Erst als T Stunden später nach Hause kommt, findet er zu seiner Überraschung seinen Wohnungsschlüssel auf der Fußmatte, wo K ihn wie von Anfang an beabsichtigt hatte liegen lassen.

Aufgabe: Wie haben sich R, F, T, B und K nach dem StGB strafbar gemacht?

§ 221 StGB ist nicht zu prüfen.

Gliederung

Erster Tatkomplex – Stalking und Hammerschlag

A. Strafbarkeit Rs

I. Nachstellung, § 238 Abs. 1 StGB

II. Hausfriedensbruch, § 123 Abs. 1 StGB

B. Strafbarkeit Fs

I. Versuchter Mord, §§ 212, 211, 22 StGB

II. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 3 u. 5 StGB

Zweiter Tatkomplex – Schmuck und Uhr

A. Strafbarkeit Rs

I. Hehlerei, § 259 Abs. 1 StGB

II. Versuchte Hehlerei, §§ 259 Abs. 1 u. 3, 22, 23 StGB

III. Versuchter Betrug im besonders schweren Fall, §§ 263 Abs. 1 u. 2 sowie Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1, 22, 23 StGB

B. Strafbarkeit Ts

I. Betrug, § 263 Abs. 1 StGB

II. Diebstahl, § 242 Abs. 1 StGB

C. Strafbarkeit Bs

I. Schwerer Raub, §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

II. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223, Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

D. Strafbarkeit Rs

Anstiftung zum Raub, §§ 249, 26 StGB

E. Strafbarkeit Ks

I. Diebstahl im besonders schweren Fall, §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 u. 6 StGB

II. Hausfriedensbruch, § 123 Abs. 1 StGB

Gutachten

Erster Tatkomplex – Stalking und Hammerschlag

A. Strafbarkeit Rs

I. Nachstellung, § 238 Abs. 1 StGB

Indem er F über Wochen hinweg täglich dutzende SMS schickte, vor ihrem Haus auf sie wartete, die Annonce mit ihrer Telefonnummer aufgab und ihr

den Drohbrief schickte, kann R sich wegen Nachstellung nach § 238 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Tathandlung

aa) Nachstellen

Nr. 1: Das Aufsuchen der räumlichen Nähe des Opfers

Darunter versteht man eine gezielte Annäherung des Täters selbst (**eigenhändige Begehungsweise**) an sein Opfer.

R hat sich oft stundenlang vor dem Haus Fs aufgehalten, um sie treffen und mit ihr sprechen zu können. Der Sachverhalt gibt nicht eindeutig zu erkennen, dass F ihn bemerkt hat. Es liegt zwar nahe, weil sie das Haus nur noch in Begleitung verlässt, aber sie kann auch auf andere Weise erfahren haben, dass sie unter Beobachtung steht. Es ist umstritten, ob das Opfer den Täter wahrnehmen muss,² oder ob heimliches Stalking mit nur möglicher Wahrnehmbarkeit ausreicht. Für Letzteres sprechen zwei wesentliche Argumente: Der Gesetzeswortlaut gibt für ein

² So etwa Mitsch, NJW 2007, 1237 (1239) und Gazeas, JR 2007, 497 (499) mit der Erwägung, die Tathandlung müsse eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung verursachen, um tatbestandsmäßig zu sein – wenn das Opfer den Täter nicht wahrnehme, sei dies ausgeschlossen.

Wahrnehmungserfordernis nichts her³ und die Lebensführung des Opfers kann auch dann schwerwiegend beeinträchtigt sein, wenn es auf nur irgendeine Weise von der Beobachtung erfährt – eine eigene Wahrnehmung des Verfolgers ist dafür nicht notwendig.⁴

Daher kann dahingestellt bleiben, ob R von F wahrgenommen wurde, er hat in jedem Falle ihre räumliche Nähe aufgesucht.

Nr. 2: Versuch der Kontaktherstellung durch Telekommunikationsmittel

Hier genügt ausweislich des Gesetzeswortlauts bereits der Versuch der Kontaktaufnahme, es muss nicht wirklich zu einem Kontakt kommen. Die zahlreichen SMS, die R auf das Handy der F schickte, erfüllen diese Variante ebenso wie etwaige SMS, die er noch nach dem Wechsel der Handynummer vergebens schickte (**Unternehmensdelikt**).

Nr. 3: Missbräuchliche Verwendung personenbezogener Daten des Opfers, um Dritte zur Kontaktaufnahme mit dem Opfer zu veranlassen

³ Fischer, StGB, 59. Aufl., § 238 Rdnr. 12.

⁴ So auch Sonnen, in: NK-StGB, 3. Aufl., § 238 Rdnr. 32; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 238 Rdnr. 12; Kindhäuser, in: LPK-StGB, 4. Aufl., § 238 Rdnr. 4. Als Faustregel für das erforderliche Maß an räumlicher Nähe kann wohl „in Sichtweite“ des bloßen Auges gelten (Kinzig/Zander, JA 2007, 481 (483)), dann bleibt Wahrnehmung des Opfers durch den Täter (und somit Beobachtung) möglich.

Als **personenbezogene Daten** kommen insbesondere **Name, Anschrift, Telefonnummer** und sonstige Adressdaten in Betracht, sie müssen nicht geheim oder besonders geschützt sein.⁵ Die Verwendung der Daten ist missbräuchlich, wenn sie gegen den Willen des Opfers erfolgt.⁶

Hier hat R die Telefonnummer Fs auf dem Aushang in der Mensa bekannt gemacht, um Dritte zu veranlassen, F wegen der angeblichen Vermietung eines WG-Zimmers anzurufen. Da es wirklich zu solchen Anrufen gekommen ist, kommt es auf den Streit, ob eine Kontaktaufnahme durch Dritte unabdingbar ist oder der Tatbestand bereits verwirklicht ist, wenn Dritte sie nur versuchen,⁷ nicht an.

Dass R unter gegen Fs Willen erfolgender Angabe ihrer personenbezogenen Daten (Anschrift und Geburtsdatum) den Strom für ihre Wohnung abbestellt hat, lässt sich **nicht** unter § 238 Abs. 1 Nr. 3 StGB subsumieren. Der Gesetzeswortlaut erfordert eindeutig die **Bestellung** von Waren oder Dienstleistungen – das Abbestellen auch darunter zu subsumieren hieße, eine Analogie zu Lasten des Täters zu ziehen. Ebenso

⁵ Fischer, StGB, 59. Aufl., § 238 Rdnr. 15a.

⁶ Kindhäuser, in: LPK-StGB, 4. Aufl., § 238 Rdnr. 6.

⁷ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Auflage, § 238 Rdnr. 18.

wenig liegt in der schriftlichen Drohung, den Hund Fs zu „entführen“ und zu quälen, eine Bedrohung im Sinne der **Nr. 4** – hier sind nahe stehende Personen taugliche Droh-Objekte, nicht auch noch so sehr geliebte Tiere. Aber der Brief ist unproblematisch als Kontaktaufnahme durch Mittel der Kommunikation im Sinne der **Nr. 2** zu werten.

Es liegt sehr nahe, im Abbestellen des Stroms eine „andere vergleichbare Handlung“ im Sinne der **Nr. 5** zu sehen. Diese Variante aber wird von Teilen der Literatur wegen ihrer enormen Unbestimmtheit als mit **Art. 103 Abs. 2 GG** unvereinbar abgelehnt.⁸ Andere Stimmen hoffen auf eine noch zu leistende (und daher für den Täter nicht zu antizipierende) **Konkretisierung durch die Rspr.**⁹ oder sehen zumindest für die **Nr. 3** u. **4** Möglichkeiten zur „innertatbestandlichen Analogie“, die eine Präzisierung der **Nr. 5** ermöglichen.¹⁰ So entspreche das Abbestellen von Strom, Gas oder Wasser so weitgehend dem Bestellen von Waren und Dienstleistungen, dass es unter **Nr. 5** subsumiert werden könne.¹¹ Es ist aber auch gut vertretbar, § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB als mit dem Bestimmtheitsgebot nicht ver-

einbar anzusehen. Überzogen wäre es jedoch, die Drohung gegen den Hund als Fall der **Nr. 5** anzusehen, quasi als innertatbestandliche Analogie zu **Nr. 4**. Denn das liefe darauf hinaus, den Kreis geschützter Rechtsgutsträger zu erweitern, oder aber unter Beibehaltung der Träger ein ganz neues Rechtsgut in den Tatbestand hineinzulesen.

bb) Unbefugtheit des Nachstellens

Nach überwiegender Auffassung dient das Merkmal dazu, nicht strafwürdige Fälle, wie etwa wiederholte Besuche des Gerichtsvollziehers oder wiederholte Anrufe von recherchierenden Journalisten, aus dem Anwendungsbereich des § 238 StGB auszunehmen. Solche Befugnisse kommen für R nicht in Betracht; dass er gegen den Willen Fs handelte, wird durch deren vermeidende Reaktionen dokumentiert.

cc) Beharrlichkeit des Täters

Die Beharrlichkeit muss sich nicht auf jede einzelne Tatmodalität beziehen, sodass etwa ein Täter mehrfach Drohungen ausstoßen müsste, um beharrlich zu handeln. Dem Begriff der Beharrlichkeit i.S.d. § 238 StGB wohnen **objektive Momente der Zeit** sowie **subjektive und normative Elemente der Uneinsichtigkeit und Rechtsfeindlichkeit** inne; er ist nicht bereits

⁸ Fischer, StGB, 59. Aufl., § 238 Rdnr. 71c; Kinzig/Zander, JA 2007, 481 (486).

⁹ Gazeas, JR 2007, 479 (501 f.).

¹⁰ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 238 Rdnr. 5.

¹¹ Neubacher/Seher, JZ 2007, 1029 (1033).

bei bloßer Wiederholung erfüllt.¹² Vielmehr bezeichnet das Tatbestandsmerkmal eine in der Tatbegehung zum Ausdruck kommende besondere Hartnäckigkeit und eine gesteigerte Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem gesetzlichen Verbot, die **zugleich die Gefahr weiterer Begehung indiziert**. Eine wiederholte Begehung ist danach zwar immer Voraussetzung, genügt aber für sich allein nicht.¹³ Erforderlich ist vielmehr, dass aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers mit der Absicht gehandelt wird, sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten. Der Beharrlichkeit ist immanent, dass der Täter uneinsichtig auf seinem Standpunkt besteht und zäh an seinem Entschluss festhält, obwohl ihm die entgegenstehenden Interessen des Opfers bekannt sind. Die erforderliche ablehnende Haltung und gesteigerte Gleichgültigkeit gegenüber dem gesetzlichen Verbot manifestieren sich darin, dass der Täter den vom Opfer ausdrücklich oder schlüssig geäußerten entgegenstehenden Willen bewusst übergeht. Die **Beharrlichkeit** ergibt sich aus einer **Gesamtwürdigung** der verschiedenen Handlungen, bei der insbesondere auch der zeitliche Ab-

stand zwischen den Angriffen und deren innerer Zusammenhang von Bedeutung sind.¹⁴

Die Angriffe Rs richten sich alle gegen F, sind in beiden Abschnitten (zunächst noch aus Liebe, dann aus Hass) von einer jeweils einheitlichen Motivation getragen und erfolgen in engem zeitlichen Zusammenhang. Sie sind geprägt von der Uneinsichtigkeit Rs, der nicht von F lassen kann – daher ist **beharrliches Handeln zu bejahen**.

b) Taterfolg

Die Tathandlungen müssen eine **schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung** des Opfers zur Folge haben. Erfasst werden sollen **nur gravierende und ernst zu nehmende Beeinträchtigungen**, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung hinausgehen.¹⁵ Die Beeinträchtigung muss sich auf objektive, äußerlich erkennbare Aspekte der Lebensgestaltung ausgewirkt haben.¹⁶ Dies ist etwa der Fall, wenn das Opfer sein Sozialverhalten umstellt, die Wohnung nicht mehr (unbegleitet) verlässt, Freizeitaktivitäten aufgibt oder ähnliches. Nicht ausreichen hingegen

¹² Fischer, StGB, 59. Aufl., § 238 Rdnr. 19.

¹³ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 238 Rdnr. 3; Gazeas, JR 2007, 497 (502).

¹⁴ BGH, NStZ 2010, 277 (278).

¹⁵ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 238 Rdnr. 30.

¹⁶ Fischer, StGB, 59. Aufl., § 238 Rdnr. 22.

soll der Wechsel der Telefonnummer oder die Schaltung eines Anrufbeantworters, zumindest wenn keine weiteren Maßnahmen hinzutreten.¹⁷

F hat nicht nur ihre Handynummer gewechselt, sondern auf die Freizeitaktivität Tennis verzichtet und das Haus nur noch in Begleitung anderer verlassen. Diese objektiv erkennbaren Reaktionen auf den von R ausgeübten Druck, zusammen mit ihrer zwischenzeitlichen Überlegung, sogar die Stadt zu wechseln, zeigen, dass ihre **Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt** ist.

c) Kausalität und objektive Zurechnung

Die schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung Fs ist kausal und objektiv zurechenbar von R herbeigeführt worden.

2. Subjektiver Tatbestand

R handelte bewusst den Wünschen Fs zuwider, er beging sämtliche Tathandlungen vorsätzlich. Bezüglich des Taterfolgs reicht seine Kenntnis der tatsächlichen Umstände aus.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es greifen weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe ein.

4. Ergebnis

Indem er F über Wochen hinweg täglich dutzende SMS schickte, vor ihrem Haus auf sie wartete, die Annonce mit ihrer Telefonnummer aufgab und ihr den Drohbrief schickte, hat R sich wegen Nachstellung nach § 238 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. All diese Handlungen sind auf Grund des schon für die Beharrlichkeit geforderten, engen Zusammenhangs als die Verwirklichung eines Falls von § 238 Abs. 1 StGB zu sehen, weil es der Norm immanent ist, dass ein über den Einzelfall hinausgehendes, von einer sukzessiv-repetitiven Tatbegehung geprägtes Verhalten erfasst wird. Daher besteht eine **tatbestandliche Handlungseinheit**.¹⁸ Nach § 238 Abs. 4 StGB ist ein Strafantrag erforderlich (**relatives Antragsdelikt**).

II. Hausfriedensbruch, § 123 Abs. 1 StGB

Indem er sich trotz Fs Aufforderung nicht aus deren Wohnung entfernte, kann R sich wegen Hausfriedensbruchs nach § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

R befand sich in Fs Wohnung, § 123 Abs. 1 StGB nennt als erste geschützte Räumlichkeit die Wohnung. Da R auf Fs Einladung hin ihre Wohnung betre-

¹⁷ Fischer, StGB, 59. Aufl., § 238 Rdnr. 23.

¹⁸ BGH, NStZ 2010, 277 (279 ff.).

ten hat, kommt ein Eindringen nicht in Betracht. Vielmehr liegt hier ein **Sich-nicht-Entfernen trotz Aufforderung**, also ein **echtes Unterlassen** vor.

2. Subjektiver Tatbestand

R unterließ es vorsätzlich, sich aus der Wohnung Fs zu entfernen.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es greifen weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe ein.

4. Ergebnis

Indem er sich trotz Fs Aufforderung nicht aus deren Wohnung entfernte, hat R sich wegen Hausfriedensbruchs nach § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Nach § 123 Abs. 2 StGB ist ein Strafantrag (**absolutes Antragsdelikt**) erforderlich.

III. Konkurrenzen

Der Hausfriedensbruch, der seinerseits nicht zur Handlungseinheit des Nachstellens gerechnet werden kann, steht in Tatmehrheit (§ 53 StGB) zur Nachstellung gem. § 238 Abs. 1 StGB.

B. Strafbarkeit Fs

I. Versuchter Mord, §§ 212, 211, 22, 23 StGB

Indem sie auf den überraschten R von hinten mit einem Hammer einschlug,

um ihn zu töten, kann sich F wegen versuchten Mordes gem. §§ 212, 211, 22, 23 StGB strafbar gemacht haben. Die Tat ist nicht vollendet, R lebt noch. Mord ist als Verbrechen (§ 211 i.V.m. § 12 Abs. 1 StGB) stets auch im Versuch strafbar (§ 23 Abs. 1 StGB).

1. Tatentschluss

F wollte R, und damit einen anderen Menschen töten. Sie kann dabei das Mordmerkmal der **Heimtücke** verwirklicht haben. Nach bisherigem Verständnis der Heimtücke liegt diese dann vor, wenn das Opfer **arglos** ist (sich keines Angriffs auf sein Leben versieht, nicht mit einem Angriff rechnet) **und daher wehrlos** ist, und der Täter dies **bewusst in feindseliger Willensrichtung zur Tötung ausnutzt**.¹⁹

Hier erwartete R ausweislich des Sachverhalts keinen Angriff auf seine Person, er war wehrlos. Dies war F auch bewusst, sie griff R von hinten an, um ihm keine Abwehrchance zu lassen. Daher ist nach der überkommenen Definition Heimtücke gegeben.

Die jüngere Rspr. aber weckt Zweifel an diesem Ergebnis:

So hat der **Erste Strafsenat des BGH** festgestellt, es stehe der Annahme von Arglosigkeit des Getöteten entgegen,

¹⁹ H.M. und st. Rspr., vgl. nur *BGHSt* 2, 251; *BGH*, NStZ-RR 2001, 14.

dass er den Täter in eine objektiv fort-dauernde Notwehrlage (s.o.) gebracht hatte. Wenn dem Angegriffenen ein Notwehrrecht zustehe, dann müsse der Angreifer mit einem Gegenangriff in Ausübung des Notwehrrechts rechnen. Dies sei von der strafrechtlichen Wertordnung und damit normativ prägend vorgegeben. Es schade auch nicht, dass der Getötete vom Gegenangriff überrascht war und keinerlei Angriff erwartete – dies belege lediglich, dass er seine Chancen zur erfolgreichen Durchführung seines Rechtsgutsangriffes falsch eingeschätzt habe.²⁰

Hier hat R mit dem Dauerdelikt des Hausfriedensbruchs (s.o.) einen rechtswidrigen Angriff auf das Hausrecht Fs begangen, der noch gegenwärtig war. Damit war F in einer objektiv bestehenden Notwehrlage.

Anmerkung: Es ist der Entscheidung nicht in letzter Klarheit zu entnehmen, ob es sich hier um eine unwiderlegliche Vermutung bzw. Fiktion nicht gegebener Arglosigkeit handelt, oder ob eine normative Einschränkung der Arglosigkeit eingeführt wird. Jedenfalls unterbleibt eine Auseinandersetzung mit der jahrzehntelangen Praxis sämtlicher anderer Senate.

Überraschend ist, dass der Erste Strafsenat konstatiert, dass alle Vorausset-

zungen für eine Arglosigkeit des Opfers gegeben sind – das Opfer rechnet nicht mit einem Angriff auf sein Leben, erliegt insoweit einer Fehlvorstellung über die Wirklichkeit –, dann aber feststellt, es könne keine Arglosigkeit gegeben sein. Im ersten Schritt wird also festgestellt, dass das Opfer arglos war, im zweiten Schritt wird festgestellt, dass es nicht hätte arglos sein dürfen und schließlich wird daraus der Schluss gezogen, dass es nicht arglos war!

Andere Senate des BGH haben sich dieser Auslegung der Arglosigkeit nicht angeschlossen: Der Zweite Strafsenat hat in einer späteren Entscheidung daran festgehalten, Arg- und Wehrlosigkeit seien „*faktische, aber keine normativen Begriffe*“.²¹ Auch der Vierte Strafsenat hat Zweifel angemeldet, ob er der Ansicht des Ersten Strafsenats folgen könnte, wenn ihm ein entsprechender Fall unterkäme.²²

In der Literatur ist die Entscheidung des Ersten Strafsenats auf geteiltes Echo gestoßen: Wollen die einen am faktischen Begriff der Arglosigkeit festhalten,²³ sehen andere ihn durchaus für normative Einschränkungen offen²⁴

²¹ BGH, NStZ 2005, 688.

²² BGH, NStZ 2007, 523.

²³ Vgl. *Schneider*, in: MK-StGB, § 211 Rdnr. 128; *ders.*, NStZ 2003, 428; *Fischer*, StGB, 59. Aufl., § 211 Rdnr. 49.

²⁴ *Widmaier*, NJW 2003, 2788 (2790); *Rengier*, Strafrecht BT II, 10. Aufl., § 4 Rdnr. 26a.

²⁰ BGHSt 48, 207 = NJW 2003, 1955.

oder stimmen dem Ersten Strafsenat zumindest im Ergebnis zu.²⁵ **Kritisch** ist der Entscheidung schon deshalb zu begegnen, weil nicht begründet (sondern nur behauptet) wird, die tödliche Gegenwehr des Opfers weise nicht das Maß an Tücke auf, das für den gesteigerten Unrechtsgehalt dieses Mordmerkmals kennzeichnend sei. Es wird eine **unvollständig geliebene Rechtfertigung** (objektive Notwehrlage, aber Überschreitung des Erforderlichen bei der Notwehrhandlung) herangezogen, um ein Tatbestandsmerkmal auszuschließen – obwohl das Gesetz dieses Phänomen mit § 33 StGB unstreitig erst auf Schuldebene verortet. Wenn man aber schon für normative Einschränkungen der Arglosigkeit plädieren will, dann ist nicht einzusehen, warum sie nur und ausschließlich bei Notwehrlagen greifen sollen. Der Erste Strafsenat führt zur Begründung seiner Lösung für Notwehrsituationen an, die Strafrechtsordnung gebe dem Angegriffenen das Notwehrrecht, mit dessen Ausübung der Angreifer zu rechnen habe. Das Gleiche lässt sich aber sagen für Fälle des rechtfertigenden und des entschuldigenden Notstands gem. §§ 34, 35 StGB. Dennoch hat derselbe Senat in seiner späteren Entscheidung über die Rottenburger Haustyrannen-

Tötung entsprechendes nicht erwo-gen.²⁶

Im Ergebnis lässt sich also mit dem Ersten Strafsenat die Arglosigkeit und damit die Heimtücke verneinen, mit der überkommenen Definition jedoch auch bejahen. Wichtig war nur, dass die Bearbeiter erkannten, dass die Heimtücke, die so offenkundig im Sachverhalt angelegt scheint, doch problematischer ist, als man zuerst annehmen mag. Hier soll der **herkömmlichen Definition** von Heimtücke gefolgt werden, weil sie die oben geschilderten Wertungswidersprüche vermeidet. F hatte daher Entschluss zu heimtückischem Handeln.

2. Unmittelbares Ansetzen

Indem F den Hammer schwang, hat sie unmittelbar zur Tötung Rs angesetzt.

3. Rechtswidrigkeit

Es kommt eine Rechtfertigung durch Notwehr (§ 32 StGB) in Betracht. Durch den andauernden Hausfriedensbruch (s.o.) hat R das Hausrecht und somit ein geschütztes Rechtsgut der F angegriffen, ohne seinerseits gerechtfertigt zu sein. Der Angriff dauerte noch an, weil R sich nicht entfernte – daher war der Angriff noch gegenwärtig. Fs Abwehrhandlung müsste geeignet und unter mehreren Mitteln das mildeste,

²⁵ Roxin, FS für Widmaier, 2008, 741 (751).

²⁶ BGHSt 48, 255 = NJW 2003, 2464.

für den Angreifer schonendste gewesen sein (Erforderlichkeit).

Der Hammerschlag war schon kaum geeignet, den Angriff zu beenden: Zwar blieb der bewusstlose R nicht mehr vorwerfbar in ihrer Wohnung, sodass rechtlich sein Angriff beendet war – faktisch war er immer noch anwesend. Selbst wenn man die Geeignetheit ihrer Abwehr noch als gegeben ansehen will, ergeben sich starke Zweifel, ob es wirklich keine mildere, schonendere und ebenso effiziente Möglichkeit gegeben hat, den Angriff zu beenden. F hätte obrigkeitliche Hilfe anfordern (die Polizei rufen) können. Auch wenn man annehmen will, jede schonendere Abwehr wäre mit einem größeren Risiko für F behaftet und ihr daher nicht zuzumuten gewesen, dann muss man zumindest konstatieren, dass ihre Abwehrhandlung nicht geboten war: Es ist evident krass unverhältnismäßig und rechtsmissbräuchlich, den relativ geringen Angriff „Hausfriedensbruch“ mit einem Tötungsversuch abzuwehren. Daher ist der in Tötungsabsicht geführte Hammerschlag nicht gerechtfertigt.

4. Schuld

Es ist keins der in § 35 StGB genannten Rechtsgüter betroffen, daher kommt eine Entschuldigung wegen Notstands nicht in Betracht. Wie oben gezeigt, hat F die Grenzen der Notwehr überschritten, es ist ein sog. **intensiver Not-**

wehrexzess gegeben. Da aber keine Hinweise vorliegen, dies habe auf Furcht, Verwirrung oder Schrecken (asthenische Affekte) auch nur in mitursächlicher Weise beruht, kann dieser Notwehrüberschreitung keine entschuldigende Wirkung nach § 33 StGB zukommen.

5. Rücktritt

F kann durch einen Rücktritt vom Versuch Straffreiheit erlangt haben, indem sie R zum Krankenhaus gefahren hat. Dafür darf der Tötungsversuch nicht fehlgeschlagen sein. Fehlgeschlagen ist ein Versuch dann, wenn der Täter glaubt, den angestrebten Erfolg mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln entweder gar nicht mehr oder zumindest nicht ohne zeitliche/räumliche Zäsur herbeiführen zu können. F hat zunächst nicht erkannt, dass noch weitere Schläge zur Erfolgsverwirklichung nötig gewesen wären. Als sie das erkannte, hätte sie ohne weiteres mehr Schläge führen können, daher kann von einem Fehlschlag des Tötungsversuchs keine Rede sein. Da § 24 Abs. 1 S. 1 StGB für den beendeten Versuch strengere Rücktrittsbedingungen postuliert als für den unbeendeten, ist diese Unterscheidung für den Versuch Fs nachzuziehen. Für die Abgrenzung des beendeten vom unbeendeten Versuch ist die Vorstellung des Täters vom Verwirklichungsgrad seiner Tat maßgeb-

lich.²⁷ Unbeendet ist der Versuch danach, wenn der Täter noch nicht alles getan hat, was nach seiner Vorstellung von der Tat zu deren Vollendung notwendig ist. Beendet ist er hingegen, wenn der Täter alles getan zu haben glaubt, was nach seiner Vorstellung von der Tat zu ihrer Vollendung notwendig oder möglicherweise ausreichend ist.²⁸ F schlug nur einmal auf R ein und schlug ihn nicht weiter. Sie ging in diesem Moment davon aus, dass F tot sei. Danach wäre ein beendeter Versuch gegeben.

Fraglich ist allerdings, ob auf diesen Zeitpunkt abzustellen ist. Nach der sog. **Tatplantheorie** soll auf die Vorstellung des Täters bei Tatbeginn abzustellen sein, wenn dieser aufgrund eines fest umrissenen Tatplans nur einen einzigen Ausführungsakt vornehmen und sich zur Erlangung des tatbestandlichen Erfolgs auf den Einsatz eines bestimmten Mittels beschränken wollte. Wenn zu Tatbeginn kein derartiger Plan bestand oder sein Fehlen nach dem Grundsatz in dubio pro reo anzunehmen ist, dann soll die Tätervorstellung nach Abschluss der letzten Ausführungshand-

lung entscheidend sein.²⁹ Vorliegend ist für einen derartigen Tatplan Fs nichts ersichtlich und es muss von seinem Fehlen ausgegangen werden, weswegen nach dieser Ansicht der Zeitpunkt des Abschlusses der letzten Ausführungshandlung maßgeblich wäre. Anderer Meinung nach soll stets auf den Zeitpunkt des Abschlusses der letzten Ausführungshandlung abgestellt werden (sog. **Lehre vom Rücktrittshorizont**). Hier ist der Zeitpunkt des Abschlusses der letzten Ausführungshandlung maßgeblich, also der Moment nach dem von F geführten Schlag, in dem sie davon ausging, R sei tot. Demnach liegt nach beiden Ansichten ein **beendeter Versuch** vor, F konnte nicht durch bloßes Nicht-Weiterhandeln Straffreiheit erlangen – sie musste aktiv werden.

Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB

aa) Verhinderung der Tatvollendung

Fraglich ist, welche Anforderungen nach § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB an die Vollendungsverhinderung durch den Täter zu stellen sind.

(1) Rettungsentschluss

Als subjektives Element wird ein "Rettungsentschluss" gefordert. Die Verhin-

²⁷ H.M., vgl. *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl., § 16 Rdnr. 23; *Kindhäuser*, Strafrecht AT, 3. Aufl., § 32 Rdnr. 8; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 41. Aufl., Rdnr. 631; jeweils mwN.

²⁸ *Kindhäuser*, Strafrecht AT, 3. Aufl., § 32 Rdnr. 8.

²⁹ *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 41. Aufl., Rdnr. 632 mwN.

derung der Vollendung muss mit Wissen und Wollen seitens des Täters erfolgen.³⁰ Das Ausbleiben des Erfolgs darf nicht bloß zufällige Nebenfolge des ganz anderen Zwecken dienenden (z.B. der Verschleierung seiner Täterschaft) Täterhandelns sein. F entschloss sich, R ins Krankenhaus zu bringen, um ihn ärztlicher Versorgung zuzuführen und so seinen Tod zu verhindern. Das subjektive Element ist mithin gegeben.

(2) Anforderungen an die Rettungsmaßnahmen

Strittig ist, ob optimale Rettungsmaßnahmen zu fordern sind. Dies wird teilweise bejaht. Der Täter schulde dem Opfer in dieser Variante „äußerste Anstrengung, den von ihm zu verantwortenden Deliktserfolg doch noch abzuwenden“; erforderlich sei „eine optimale Maßnahme, ein ausschöpfend-ernsthafte Bemühen“ (**Bestleistungstheorie**).³¹ F hat die von ihr zu erwartende optimale Rettungsmaßnahme (Abliefern Rs im Krankenhaus/Herbeirufen eines Arztes) nicht vorgenommen. Das vorzeitige „Absetzen“ des R etwa zweihundert Meter vor dem Eingang des Krankenhauses ließ seinen Tod wegen nicht rechtzeitiger Behandlung be-

fürchten. Danach liegt kein Rücktritt vor. Anderer (wohl herrschender) Meinung nach soll es grundsätzlich ausreichen, dass der Täter für die Erfolgsabwendung jedenfalls mitursächlich war. Er muss eine neue Kausalkette in Gang gesetzt haben, die für das Ausbleiben der Tatbestandsverwirklichung jedenfalls mitursächlich wird (**Chanceneröffnungstheorie**).³² Gelegentlich wird einschränkend noch gefordert, bei Inanspruchnahme fremder Hilfe müsse die Verhinderung der Vollendung der Tat dem Täter zumindest als „sein Werk“ zugerechnet werden können. Eintritt oder Ausbleiben der Vollendung dürften nicht lediglich vom Zufall abhängen.³³ Dadurch, dass F den R in die Nähe des Krankenhaus brachte, eröffnete sie eine Rettungschance, die sich auch realisierte, was nach dieser Ansicht (in ihrer nicht einschränkenden Prägung) für einen Rücktritt (vorbehaltlich der noch zu thematisierenden Freiwilligkeit) ausreicht. Nach der einschränkenden Ausprägung dieser Meinung liegt kein Rücktritt vor, weil F den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs dem Zufall überließ. Denn sie setzte R spät am Abend zweihundert Meter vor dem Eingang des Krankenhauses ab. Ob er in seinem Zustand den Weg dorthin würde bewältigen können oder von

³⁰ Krey/Esser, Strafrecht AT, 4. Aufl., Rdnr. 1308 mwN.; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 41. Aufl., Rdnr. 644.

³¹ Herzberg, NStZ 1989, 49; vgl. Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 10. Aufl., § 27 Rdnr. 28.

³² BGH, NJW 1985, 813 (814) mwN; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 41. Aufl., Rdnr. 644.

³³ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 41. Aufl., Rdnr. 644.

hilfsbereiten Dritten aufgefunden und damit ärztlicher Versorgung zugeführt werden würde, war ungewiss und blieb dem Zufall überlassen. In einem dem vorliegenden vergleichbaren Fall führte der BGH aus: Der Täter muss „den Willen der Abstandnahme von der Tat durch Handlungen manifestieren, die auf Verhinderung der Tatvollendung abzielen und objektiv oder wenigstens aus seiner Sicht dazu ausreichen [...]“. Er darf sich nicht mit Maßnahmen begnügen, die, wie er erkennt, (möglicherweise) unzureichend sind, wenn ihm bessere Verhinderungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Solche Verhinderungsmöglichkeiten muss er ausschöpfen [...]. Er darf dem Zufall dort nicht Raum bieten, wo er ihn vermeiden kann. Tut er es, wendet er die Tatvollendung nicht durch seine Tätigkeit ab“.³⁴

Weil es F unangenehm war, R in seinem Zustand im Krankenhaus abzuliefern, brach sie diese von ihr richtig als geeignet erkannte Erfolgsverhinderungsmöglichkeit ab und schöpfte sie gerade nicht aus. Sie überließ es stattdessen dem Zufall, ob der verletzte R alleine oder durch fremde Hilfe das Krankenhaus erreichen und rasch ärztliche Behandlung erhalten würde. Es bedurfte der Rettungshandlung der zufällig diesen Weg nehmenden Nachtschwester, um die Vollendung zu verhindern. Da-

nach sind die mit dieser Ansicht an die Tatverhinderung nach § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB zu stellenden Anforderungen nicht erfüllt. F ist hiernach nicht strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten.

Ein **differenzierender Ansatz** möchte zwischen **eigenhändiger** und **fremdhändiger** Erfolgsverhinderung unterscheiden. Der Rücktritt desjenigen, welcher „das Rettungswerk alleine und mit eigenen Händen vollbringt, muss [...] nach der Chanceneröffnungstheorie behandelt“ werden. Verlässt sich der Täter jedoch auf eine Abwendung des Erfolgs durch Dritte, so sei für die Verhinderung der Vollendung erforderlich, dass er „die beste ihm erkennbare Rettungsmöglichkeit ergreift“. Im letzteren Falle soll zwischen „bloßer Ermöglichung fremden Rettungsverhaltens und der Beteiligung an diesem in Form der Mitäterschaft oder mittelbaren Täterschaft, Anstiftung oder Beihilfe“ zu differenzieren sein.³⁵ Vorliegend verließ sich F auf eine fremdhändige Erfolgsabwendung. Da F auch nicht durch beispielsweise einen Telefonanruf bei einem Rettungsdienst oder der Polizei dafür sorgte, dass R auf der Wegstrecke zum Krankenhaus aufgefunden und ärztlicher Hilfe zugeführt wurde, ist eine bloße Ermöglichung fremder Rettung gegeben. F hatte die Möglichkeit, R im

³⁴ BGH, NJW 1982, 2263 mwN.

³⁵ Roxin, in: FS für Hirsch, 1999, 327 (335-338).

Krankenhaus abzuliefern, tat dies nicht und hat daher nicht die beste für sie erkennbare Rettungsmöglichkeit wahrgenommen. Sie ist danach nicht zurückgetreten.

Stellungnahme: Nur die Chanceneröffnungstheorie gelangt (in ihrer nicht einschränkenden Ausprägung) dazu, dass (unter Vorbehalt der Freiwilligkeit) ein Rücktritt der F vorliegt. Gegen sie (und für eine restriktivere Handhabung) wird angeführt, dass nach Begehung des Versuchs äußerste Anstrengungen des Täters, die das Vollendungsrisiko so weit als möglich ausschließen, nichts anderes als dessen rechtliche Pflicht seien. Werden diese Anstrengungen nicht unternommen, so sei der Täter keines Verdienstes oder keiner Belohnung würdig. Diese Argumentation ist aber zirkulär, da es doch gerade erst darum geht, die rechtlichen Pflichten des Täters zu bestimmen, die er für einen strafbefreienden Rücktritt soll erfüllen müssen. Weiter wird gegen die Chanceneröffnungstheorie ins Feld geführt, dass derjenige, der bewusst nur halbherzige Methoden zur Erfolgsabwendung anwendet, einen vermeidbaren Eintritt des Erfolges in Kauf nimmt, mit *dolus eventualis* handle und keine für einen Rücktritt ausreichende Umkehrleistung erbringe. Des Weiteren kann ein Vergleich mit der Vorschrift des § 24 Abs. 1 S. 2 StGB angeführt werden. Wenn dort beim untauglichen

Versuch bereits für einen Rücktritt verlangt wird, dass der Täter das Optimum leistet, so müsse dies erst recht (oder jedenfalls nicht weniger) für den tauglichen Versuch gelten.

Für die Chanceneröffnungstheorie (in ihrer nicht einschränkenden Ausprägung) spricht hingegen der Wortlaut des Gesetzes. Der Täter verhindert die Tatvollendung auch dann im Sinne von § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB, wenn er die Chance der Rettung eröffnet und diese sich auch realisiert. Weiterhin dient es dem Opfer, dem Täter eine „goldene Brücke“ zu bauen und ihm keine optimalen Leistungen abzuverlangen. Um seinen vorangegangenen Versuch nicht zu verraten, wird der Täter oft auf optimale Bemühungen verzichten. Die Schaffung einer unerlaubten Gefahr für das Handlungsobjekt, die sich im tatbestandlichen Erfolg realisiert, genügt für die Verwirklichung des tatbestandlichen Erfolgs. Wenn für die Verhinderung der Vollendung gleichfalls nur die Schaffung einer Chance zur Rettung, welche sich im Erfolg der Verhinderung realisiert, verlangt wird, entspricht dies dem Vorgenannten. Aufgrund dessen wird hier der **Chanceneröffnungstheorie** gefolgt.

F hat die Vollendung der Tat im Sinne von § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB verhindert.

Anmerkung: Gegenteiliges ist selbstredend vertretbar, dann endet die Prüfung an dieser Stelle mit der Feststellung, F habe sich wegen versuchten Totschlags strafbar gemacht. Wollen Bearbeiter zeigen, dass sie auch die Definition der Freiwilligkeit beherrschen, bleibt dann noch der Weg ins Hilfgutachten.

bb) Freiwilligkeit der Vollendungshinderung

Endlich muss F freiwillig zurückgetreten sein. Freiwillig handelt, wer durch autonome (situationsunabhängige) Motive zum Rücktritt veranlasst wurde. Der Täter muss eine echte Wahlmöglichkeit zwischen Aufgabe und Durchführung der Tat gehabt haben. Er muss „Herr seiner Entschlüsse“ bleiben. Ein anerkanntes Motiv für die Freiwilligkeit ist Mitleid mit dem Opfer. Vorliegend war F „Herrin ihrer Entschlüsse“ und handelte aufgrund einer freien Entscheidung, die ihr nicht aufgedrängt wurde. Danach trat sie freiwillig zurück. Nach einer anderen Meinung ist nur der Rücktritt als freiwillig zu bezeichnen, der nach Maßstäben der „Verbrechervernunft“ nicht als zwingend geboten erscheint. Vorliegend wird man sagen können, dass der Rücktritt auch nach diesem Kriterium nicht als zwingend geboten erscheint und daher freiwillig erfolgte.

6. Ergebnis

F ist strafbefreiend vom Mordversuch zurückgetreten.

II. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 3 u. 5 StGB

Indem sie auf den überraschten R von hinten mit einem Hammer einschlug, um ihn zu töten, kann F sich wegen gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 3 u. 5 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

R ist eine andere Person, deren körperliches Wohlbefinden durch die üble und unangemessene Behandlung (Hammerschlag) seitens F mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wurde. In den schweren Verletzungen und dem Bewusstseinsverlust liegt ein vom Normalzustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichender, pathologischer Zustand. Diese Verletzungserfolge hat F kausal und zurechenbar verursacht. Der verwendete Hammer war nach seiner objektiven Beschaffenheit und konkreten Verwendung im Einzelfall offenkundig geeignet, erhebliche Verletzungen zu verursachen. Es handelt sich daher um ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB.

In einem überraschenden Angriff von hinten könnte ein hinterlistiger Über-

fall liegen. Dafür ist aber mehr als nur das Ausnutzen des Überraschungsmoments erforderlich, der Täter muss seine Angriffsabsichten planvoll verbergen. Hier wurde nur das Überraschungsmoment ausgenutzt – ein hinterlistiger Überfall liegt nicht vor.

Der Sachverhalt belegt, dass R in eine konkrete Lebensgefahr geriet – der Streit, ob § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB eine konkrete oder lediglich eine abstrakte Lebensgefährlichkeit der Tathandlung erfordert, kann also dahinstehen.

2. Subjektiver Tatbestand

F handelte mit Tötungsvorsatz (s.o.), der notwendigerweise Körperverletzungsvorsatz und Lebensgefährdungsvorsatz mit umfasst. Sie gebrauchte den Hammer in Kenntnis seiner Eigenschaften, die zu einer Klassifizierung als gefährliches Werkzeug führen – das genügt für Vorsatz auf Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Insoweit kann nach oben verwiesen werden, F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

Indem sie auf den überraschten R von hinten mit einem Hammer einschlug, um ihn zu töten, hat F sich wegen gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223

Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 u. 5 StGB strafbar gemacht.

Zweiter Tatkomplex – Schmuck und Uhr

A. Strafbarkeit Rs

I. Hehlerei, § 259 Abs. 1 StGB

Indem er die Schmuckstücke von H entgegennahm und versuchte, eins davon an T zu verkaufen, kann R sich wegen Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekte

Bei den Schmuckstücken handelte es sich um bewegliche körperliche Gegenstände, die gestohlen worden waren und daher aus einer von einer anderen Person als R begangenen, gegen fremdes Vermögen gerichteten rechtswidrigen Tat stammten.

b) Tathandlungen

Hier kommt zunächst das Sich-Verschaffen als Tathandlung in Betracht, weil R sich die Schmuckstücke geben lässt. Unter Sich-Verschaffen versteht man die einvernehmliche Herstellung der selbständigen Verfügungsgewalt und tatsächlichen Sachherrschaft des Hehlers über die Sache zu

eigenen wirtschaftlichen Zwecken.³⁶ Vorliegend hat zwar R im Einvernehmen mit H die Sachherrschaft und Verfügungsgewalt über die Schmuckstücke erlangt, aber er handelte nicht zu eigenen wirtschaftlichen Zwecken, sondern er sollte H Kunden zuführen. Daher ist Rs Rolle lediglich mit der eines Maklers vergleichbar, ein Sich-Verschaffen im Sinne des § 259 StGB liegt nicht vor. Das Anbieten des Schmucks zum Verkauf kann aber ein „Absetzen“ darstellen. Absetzen bedeutet die selbständige wirtschaftliche Verwertung der gestohlenen Sachen im Interesse und mit Einverständnis des Vorbesitzers (hier des H). Wie bereits gezeigt, handelte R unselbständig.

Daher kommt als einschlägige Tatbestandsvariante nur die Absatzhilfe in Betracht. Absatzhilfe ist die unselbständige, weisungsgebundene Unterstützung des Vortäters bei dessen wirtschaftlicher Verwertung der Vortatbeute.³⁷ Insoweit ist das Vermitteln potentieller Kunden eine geradezu klassische Verhaltensweise. Umstritten ist aber, ob **Absatzhilfe** nur gegeben ist, wenn auch ein **Absatzerfolg** gegeben ist; mit anderen Worten und für den vorliegenden Fall: ob die Annahme von Absatzhilfe hier daran scheitert, dass es nicht zu einem vermittelten Verkauf gekom-

men ist. Die **Rspr.** hat über Jahrzehnte hinweg den Standpunkt vertreten, dass zur Vollendung des Delikts jede von einem Absatzwillen getragene vorbereitende, ausführende oder helfende Tätigkeit ausreiche, die geeignet ist, den Vortäter in seinen Bemühungen um wirtschaftliche Verwertung der Vortatbeute zu unterstützen.³⁸ Nach dieser Auffassung läge bereits in den Bemühungen Rs um Kunden für H eine vollendete Absatzhilfe. In der Literatur hingegen ist die sog. **Erfolgstheorie** herrschend, nach der für ein vollendetes Absetzen ebenso wie für eine vollendetete Absatzhilfe ein Absatzerfolg gegeben sein muss.³⁹ Es liegt auf der Hand, dass es nach dieser Theorie für R bei einem Versuch der Hehlerei (strafbar nach § 259 Abs. 3 StGB) bliebe – eine wirtschaftliche Verwertung hat nicht stattgefunden.

Für die Ansicht der **Rspr.** wird zunächst ein subjektiv-historisches Argument ins Feld geführt: Nach der bis 1975 geltenden Fassung des Hehlereitattbestands war eine „Mitwirkung zum Absatz“ unter Strafe gestellt, bei der es nach ganz einhelliger Meinung auf einen Absatzerfolg nicht ankam. Ausweislich der Gesetzesmaterialien habe der Reformgesetzgeber keine inhaltliche Änderung

³⁶ Jahn, in: SSW-StGB, § 259 Rdnr. 15.

³⁷ BGHSt 27, 45 (52) = NJW 1977, 205 (206).

³⁸ So schon BGH, NJW 1976, 1900; auch BGH, NStZ 1990, 539.

³⁹ Zahlreiche Nachweise bei Fischer, StGB, 59. Aufl., § 259 Rdnr. 21.

im Sinne strengerer Anforderungen an die Vollendung der Hehlerei beabsichtigt. Sprachlich ist es nach Auffassung der Rspr. durchaus möglich, den Wortlaut „absetzen hilft“ als Unterstützung von ggf. sogar vergeblichem Absatzbemühen des Vortäters zu interpretieren. Ferner bestehe wegen der besonderen Gefährlichkeit bestimmter Absatzbemühen (z.B. Herausbrechen und Umschleifen unschätzbare Edelsteine aus gestohlenen Kronen u.ä.) ein kriminalpolitisches Bedürfnis, auch ohne Absatzerfolg wegen vollendeter Hehlerei zu bestrafen.

Die Literatur argumentiert, der Wortlaut „absetzen“ erfordere eindeutig und zweifelsfrei einen Absatzerfolg – die unselbständige Unterstützung beim Erreichen dieses Erfolgs, die Absatzhilfe dürfe aber nicht schwächeren Strafbarkeitsvoraussetzungen unterliegen (also auf den Erfolg verzichten). Außerdem nehme die Rechtsprechungsansicht der Versuchsstrafbarkeit des § 259 Abs. 3 StGB praktisch jeden Anwendungsbereich, weil sie immer zu vollendeter Hehlerei komme. Schließlich sei es nicht zu rechtfertigen, denjenigen, der den Vortäter bei erfolglosen Absatzbemühen unterstützt, wegen vollendeter Hehlerei zu bestrafen – hingegen denjenigen, der einen Erwerber beim erfolglosen Ankauf unterstützt, nur wegen Beihilfe zur versuchten Hehlerei.

Stellungnahme: Es ist nicht einleuchtend, für das Sich-Verschaffen mit der Erlangung tatsächlicher Sachherrschaft einen Erfolg vorauszusetzen, für das Absetzen und die Hilfe hierzu (Kehrseiten des Sich-Verschaffens) aber auf jeden Erfolg verzichten zu wollen – insbesondere dann, wenn wie hier die Vortatbeute abhanden kommt. Nur die Literaturansicht entspricht dem Wesen des § 259 StGB. Es besteht Einigkeit, dass § 259 StGB die Aufrechterhaltung des durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenszustands durch einverständliches Zusammenwirken mit dem Vortäter erfasst (**Perpetuierungstheorie**). Die solchermaßen geschützten Vermögensinteressen sind nur dann in einem gegenüber der Vortat erhöhten Maße tatbestandsspezifisch gefährdet, wenn die Beute vorsätzlich weiterverschoben wird. Den kriminalpolitischen Bedürfnissen für eine schuldangemessene Bestrafung bei zwar erfolglosen, aber besonders gefährlichen Absatzbemühen kann man Rechnung tragen, indem die fakultative Strafmilderung für den Versuch im Einzelfall verweigert wird. Es ist daher der Literaturansicht zu folgen. Daher hat sich R nicht der vollendeten Hehlerei schuldig gemacht, als er versuchte, die Ware Hs an T zu verkaufen.

Anmerkung: Auch das Gegenteil ist vertretbar, wichtig ist nur die Auseinandersetzung mit den divergierenden

Meinungen. Wer nach entsprechender Diskussion vollendete Hehlerei annimmt, der wird im subjektiven Tatbestand auf keine Probleme stoßen und im Ergebnis die Strafbarkeit aus § 259 Abs. 1 StGB bejahen.

II. Versuchte Hehlerei, §§ 259 Abs. 1 u. 3, 22, 23 StGB

Da die Hehlerei, wie oben gezeigt, nicht zur Vollendung kam, nach § 259 Abs. 3 StGB i.V.m. §§ 22, 23 StGB aber schon der Versuch der Hehlerei strafbar ist, kommt dieser vorliegend in Betracht.

1. Tatentschluss

R wusste, dass es sich bei den Schmuckstücken um bewegliche Sachen handelte, die aus einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Vortat eines anderen stammten. Er war entschlossen, H Käufer zuzuführen und ihn so beim Absatz der Ware zu unterstützen, um dann von H eine Provision zu kassieren und so nicht nur H zu bereichern, sondern auch sich selbst.

2. Unmittelbares Ansetzen

Indem er T die Ware anbot, hat R dem Kombinationsansatz nach unmittelbar zur Hehlerei angesetzt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es greifen weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe ein.

4. Ergebnis

Indem er sich um Käufer bemühte, hat R sich wegen versuchter Hehlerei in der Variante der Absatzhilfe gem. §§ 259 Abs. 1 u. 3, 22, 23 StGB strafbar gemacht.

III. Versuchter Betrug im besonders schweren Fall, §§ 263 Abs. 1 u. 2 sowie Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1, 22, 23 StGB

Indem er den Schmuck ohne Erfolg T zum Kauf anbot, kann R sich wegen versuchten Betruges im besonders schweren Fall nach §§ 263 Abs. 1 u. 2 sowie Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1, 22, 23 StGB strafbar gemacht haben. Die Tat gelangte nicht zur Vollendung, weil T den Ring nicht kaufte. Der Versuch des Betruges ist strafbar, vgl. § 263 Abs. 2 i.V.m. § 23 Abs. 1 StGB.

1. Tatentschluss

R wusste, dass es sich bei dem Schmuck um Diebesgut handelte und er daher T kein Eigentum daran verschaffen konnte (§ 935 Abs. 1 BGB). Über dieses Manko muss R mit seinem Kaufangebot konkludent getäuscht haben (ansonsten ist ein sinnvolles Kaufangebot undenkbar),⁴⁰ weil der Sachverhalt T als in Rs Augen gutgläubig bezeichnet. Damit ist bei T der von R gewollte Irrtum entstanden. Ferner wollte R ihn zur Hingabe von Bargeld bewegen, oh-

⁴⁰ Vgl. hierzu *Kindhäuser*, in: LPK-StGB, 4. Aufl., § 263 Rdnr. 70.

ne ihm eine adäquate Gegenleistung zu verschaffen. Damit wäre bei T ein Vermögensschaden entstanden, dessen direkte Kehrseite (**Stoffgleichheit**) ein Vermögensvorteil bei H (in dessen Auftrag und für dessen Rechnung R handelte) gewesen wäre.⁴¹

2. Unmittelbares Ansetzen

Indem er den Schmuck zum Kauf anbot, hat R seine Täuschungshandlung begangen und zum Versuch des Betrugs unmittelbar angesetzt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es greifen weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe ein.

4. Zwischenergebnis

Indem er den Schmuck ohne Erfolg T zum Kauf anbot, hat R sich wegen versuchten Betruges nach §§ 263 Abs. 1 u. 2, 22, 23 StGB strafbar gemacht.

5. Strafzumessung – besonders schwerer Fall nach § 263 Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 StGB

Der Sachverhalt legt mit den Angaben, R habe an Geld kommen wollen, um eine Familie zu ernähren und er habe mehrere Schmuckstücke von H erhalten, um sie zu verkaufen, nahe, dass es R darum ging, sich eine aus wiederhol-

ter Begehung gespeiste, fortlaufende Einnahmequelle von nicht unerheblicher Bedeutung zu erschließen. Es genügt, dass es dem Täter dabei auf mittelbare Vorteile aus der Tatbegehung ankommt (hier die versprochene Provision).⁴² Nach herrschender Meinung kann bereits die erste von mehreren angedachten Taten eine gewerbsmäßige sein.⁴³ Daher ist R strafbar wegen versuchten Betruges im besonders schweren Fall nach §§ 263 Abs. 1 u. 2 sowie Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1, 22, 23 StGB. Die versuchte Hehlerei (s.o.) steht hierzu in **Tateinheit**, § 52 StGB.

B. Strafbarkeit Ts

I. Betrug, § 263 Abs. 1 StGB

Indem er R über seine Zahlungsbereitschaft täuschte und ihn so dazu brachte, ihm den Ring an den Finger zu stecken, kann T sich des Betrugs nach § 263 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

T hat R zumindest konkludent vorgetäuscht, den Ring kaufen (und also bezahlen) zu wollen. Dadurch ist bei R ein entsprechender Irrtum entstanden. Auf Grund dieses Irrtums hat R den Ring an

⁴¹ Die Provision für R hingegen wäre nicht stoffgleich mit dem Vermögensschaden bei X!

⁴² BGH, NStZ-RR 2008, 282.

⁴³ BGH, NJW 2004, 2840 (2841); Tiedemann, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 263 Rdnr. 296; a.A. Kindhäuser, in: NK-StGB, 3. Aufl., § 263 Rdnr. 391.

den Finger Ts gesteckt – für eine Strafbarkeit nach § 263 Abs. 1 StGB müsste hierin eine Vermögensverfügung des Getäuschten liegen.

Nach ganz herrschender Meinung ist darunter jedes tatsächliche Handeln, Dulden oder Unterlassen des Getäuschten zu verstehen, das bei ihm selbst oder einem Dritten unmittelbar zu einer Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinne führt.⁴⁴

Als Vermögensminderung kommt hier eine Gewahrsamsübertragung am Ring in Betracht. Jedoch ist es sehr fraglich, ob die von R täuschungsbedingt getroffene Verfügung sich **unmittelbar** vermögensmindernd auswirkte.

Dies ist nur dann der Fall, wenn keine weiteren Zwischenschritte Ts erforderlich wären, also ein vollständiger Gewahrsamswechsel stattgefunden hat. Der Gewahrsam ist vom Besitz nach §§ 854 ff. BGB zu unterscheiden.⁴⁵ Der Gewahrsam besteht nach der herrschenden Lehre in der von einem natürlichen Gewahrsamswillen getragenen tatsächlichen Sachherrschaft – beurteilt nach der natürlichen Auffassung des täglichen Lebens.⁴⁶ Demgegenüber

wird nach dem sozial-normativen Gewahrsamsbegriff der Gewahrsam nicht als faktisches Verhältnis, sondern als sozial-normativ gesicherte Übereinkunft über die Zuordnung einer Sache zur Herrschaft einer Person definiert.⁴⁷ Im Ergebnis divergieren beide Definitionen nicht, da die herrschende Lehre über fehlende tatsächliche Sachherrschaft in den fraglichen Fällen stets mit der „natürlichen Auffassung des täglichen Lebens“ hinwegkommt und sich so dem sozial-normativen Gewahrsamsbegriff annähert.

Nach sozial-normativem Verständnis ebenso wie nach den natürlichen Anschauungen des täglichen Lebens liegt in der Überlassung einer Sache „zur Ansicht“ keine vollständige Gewahrsamsübertragung, sondern nur eine Gewahrsamslockerung. Wenn diese Gewahrsamslockerung auch durch Täuschung bewirkt werden mag, so ist sie doch nicht **unmittelbar** vermögensmindernd. Vielmehr eröffnet sie dem Täter erst die Gelegenheit zum unmittelbar schädigenden Zugriff, der aber immer noch eine Wegnahme in der Gestalt des Bruchs des Mitgewahrsams des Opfers ist.⁴⁸ Daher kommt eine Strafbarkeit Ts wegen Betrugs nicht in Betracht.

⁴⁴ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 34. Aufl., Rdnr. 515.

⁴⁵ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 34. Aufl., Rdnr. 93.

⁴⁶ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 242 Rdnr. 23.

⁴⁷ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 34. Aufl., Rdnr. 83.

⁴⁸ Kindhäuser, in: NK-StGB, 3. Aufl., § 263 Rdnr. 205 f.

II. Diebstahl, § 242 Abs. 1 StGB

Indem er mit dem Ring am Finger floh, ohne bezahlt zu haben, kann T sich wegen Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Bei dem Ring handelte es sich um eine für T fremde (nicht in seinem Alleineigentum stehende, aber auch nicht herrenlose bzw. nicht verkehrsfähige) bewegliche Sache.

Diese müsste er R weggenommen haben. Unter Wegnahme versteht man Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams.

Der nahe liegenden Annahme, in der plötzlichen Flucht mit dem Ring am Finger liege ein Gewahrsamsbruch, könnte ein Einverständnis Rs mit dem Gewahrsamswechsel entgegenstehen: R hat den Ring ja selbst auf den Finger Ts gesteckt.

Ausweislich des Sachverhalts geschah dies aber nur „zur Ansicht“. Das ist vergleichbar mit der Anprobe von Kleidung in einem Kaufhaus: In Anwesenheit des Berechtigten (typischerweise vertreten durch sein Personal) darf man die Ware anprobieren, ohne dass die Verkehrsanschauung deswegen eine Gewahrsamsübertragung vom Kaufhausinhaber auf den Kunden annähme.

Es liegt in solchen Fällen vielmehr eine Gewahrsamslockerung, höchstens die Einräumung von Mitgewahrsam, vor.⁴⁹ Der Bruch von gestuften Gewahrsamsverhältnissen ist ausreichend, um einen Gewahrsamsbruch zu bejahen. Als T mit dem Ring am Finger floh, brach er also den Gewahrsam Rs am Ring und begründete eigenen Gewahrsam – damit war die Wegnahme vollendet.

2. Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich und in der Absicht, den Ring in rechtswidriger Weise seinem Vermögen einzuverleiben.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es greifen weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe ein.

4. Ergebnis

Indem er mit dem Ring am Finger davon rannte, ohne den Ring zu bezahlen, hat T sich wegen Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit Bs

I. Schwerer Raub, §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Indem er T mit einem Totschläger bewusstlos schlug und ihm dann den Ring abnahm, kann B sich wegen schweren

⁴⁹ Ebenso *BGH*, GA 1966, 244.

Raubes nach §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

B müsste unter Anwendung von Gewalt eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben. Bei dem Ring handelt es sich um eine für ihn fremde (nicht in seinem Alleineigentum stehende, aber auch nicht herrenlose bzw. nicht verkehrsfähige) bewegliche Sache. Durch den Schlag mit dem Totschläger hat B unproblematisch Gewalt angewendet. An dem Ring hatte T Gewahrsam (von natürlichem Besitzwillen getragene tatsächliche Sachherrschaft, der Reichweite nach von der Verkehrsauffassung bestimmt). Da dieser Gewahrsam einmal begründet war, ist kein stets aktueller Herrschaftswille erforderlich.⁵⁰ Denn sozial-normativ (bzw. nach der Verkehrsauffassung) behalten auch **Bewusstlose Gewahrsam**.⁵¹ Diesen fortbestehenden Gewahrsam hat B gebrochen, indem er dem Bewusstlosen den Ring vom Finger zog. Zugleich hat B damit eigenen Gewahrsam begründet und die Wegnahme vollendet. Für diese Wegnahme war die Gewaltanwendung objektiv kausal, so dass es auf den Streit, ob die finale Verknüpfung zwischen qualifiziertem Nötigungsmittel und Wegnahme ein objektives Element

besitzt⁵² oder strikt subjektiv ausgerichtet ist,⁵³ nicht ankommt.

Der objektive Grundtatbestand des § 249 StGB ist von B verwirklicht. Der Totschläger könnte eine Waffe sein, dann wäre die Tat nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB qualifiziert, weil B diese Waffe bei seiner Tat verwendet hat.

Unter einer Waffe im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB versteht man Waffen im technischen Sinn, also bewegliche Sachen, die ihrer Art nach zur Verursachung erheblicher Verletzungen von Personen generell geeignet und bestimmt sind.⁵⁴ Ein Totschläger erfüllt diese Definition unproblematisch.

2. Subjektiver Tatbestand

B wusste, dass es sich bei dem Ring um eine für ihn fremde bewegliche Sache handelte und hat vorsätzlich Gewalt gegen T angewendet, um ihm diese Sache wegzunehmen und sie zunächst selbst in Gewahrsam zu nehmen, bevor er sie an R weiterreichen wollte. Weil ihm klar war, dass auch R kein Recht an dem Ring hatte, lag auch die Absicht rechtswidriger (Dritt-) Zueignung vor. Er wusste, dass es sich beim Totschläger um eine bewegliche Sache handelt, die

⁵⁰ Kindhäuser, in: NK-StGB, 3. Aufl., § 242 Rdnr. 36.

⁵¹ BGH, NJW 1985, 1911.

⁵² So Sinn, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: November 2009), § 249 Rdnr. 36.

⁵³ H.M., Nachweise bei Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 34. Aufl., Rdnr. 350.

⁵⁴ Fischer, StGB, 59. Aufl., § 250 Rdnr. 4.

zur Verursachung erheblicher Verletzungen geeignet und bestimmt ist und er hat diesen Gegenstand vorsätzlich zum Zwecke der Ermöglichung/Erleichterung der Wegnahme verwendet. Damit ist auch Vorsatz hinsichtlich der qualifizierenden Umstände gegeben.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es greifen weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe ein.

4. Ergebnis

Indem er T mit einem Totschläger bewusstlos schlug und ihm dann den Ring abnahm, hat B sich wegen schweren Raubes nach §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223, Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Die von B unter Verwendung einer Waffe (Totschläger) begangene gefährliche Körperverletzung zum Nachteil Ts ist weder gerechtfertigt noch entschuldigt, wird aber von der oben dargestellten Strafbarkeit wegen schweren Raubes konsumiert.

D. Strafbarkeit Rs

Anstiftung zum Raub, §§ 249, 26 StGB

Indem er B für die gewaltsame Wiederbeschaffung des Rings eine Belohnung von 100,-€ versprach, kann R sich wegen Anstiftung zum von B begangenen

Raub nach §§ 249, 26 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Die vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen ist der von B begangene Raub (s.o.). Zu dieser Tat müsste R ihn bestimmt haben. Durch das Gespräch mit B und das Versprechen einer Belohnung von 100,- € hat R im offenen kommunikativen Kontakt den Tatentschluss bei B hervorgerufen.

2. Subjektiver Tatbestand

Es müsste ein sog. doppelter Anstifter-Vorsatz gegeben sein: Vorsatz auf die eigene Anstiftungshandlung und Vorsatz auf die Haupttat müssen zusammenkommen. R handelte zum einen mit dem Vorsatz, B zur Tat zu bestimmen und zum anderen mit dem Vorsatz, B möge nötigenfalls einen Raub begehen: Die Absprache ging dahin, nötigenfalls einfache körperliche Gewalt anzuwenden („mit den Fäusten traktieren“). Der Waffeneinsatz hingegen (Totschläger, s.o.) war nicht von R angeregt, sondern allein Bs Idee. Es kommt daher keine Anstiftung bezüglich der qualifizierenden Umstände der Haupttat in Betracht.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es greifen weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe ein.

4. Ergebnis

Indem er B für die gewaltsame Wiederbeschaffung des Rings eine Belohnung von 100,-€ versprach, hat R sich wegen Anstiftung zum von B begangenen Raub nach §§ 249, 26 StGB strafbar gemacht. Die Anstiftung zur einfachen Körperverletzung wird von der insoweit spezielleren Anstiftung zum Raub verdrängt.

E. Strafbarkeit Ks

I. Diebstahl im besonders schweren Fall, §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 u. 6 StGB

Am Schlüssel Ts kommt mangels Zueignungsabsicht kein Diebstahl in Betracht. Insoweit liegt nur eine Gebrauchsanmaßung vor. Jedoch kann K sich wegen Diebstahls im besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 u. 6 StGB strafbar gemacht haben, indem er sich mit dem Schlüssel, den er T abgenommen hatte, Zugang zu dessen Wohnung verschafft und dort ein Laptop entwendet hat.

1. Objektiver Tatbestand

Bei dem Laptop handelt es sich um eine für K fremde, bewegliche Sache. An dieser Sache bestand Gewahrsam des T, weil nach der Verkehrsanschauung der einmal begründete Gewahrsam nicht mit Verlassen der Wohnung bzw. Verlust des Bewusstseins endet (sozial-

normativer Gewahrsamsbegriff, s.o.). Diesen Gewahrsam hat K gebrochen, indem er die Sache an sich nahm. Zugleich hat er neuen Gewahrsam begründet und so die Wegnahme vollendet.

2. Subjektiver Tatbestand

K handelte vorsätzlich und in der Absicht, seinem Vermögen einen Gegenstand einzuverleiben, von dem er wusste, dass er auf ihn keinen Anspruch hatte (**Absicht objektiv rechtswidriger Zueignung**).

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es greifen weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe ein.

4. Strafzumessung: besonders schwere Fälle gem. § 243 StGB

Es kann ein Diebstahl in besonders schwerem Fall gegeben sein. Insofern kommen die Nr. 1 u. 6 des § 243 Abs. 1 S. 2 StGB in Betracht.

a) Diebstahl mit einem falschen Schlüssel

Der Schlüssel, den K aus der Tasche Ts nahm, könnte durch dieses Entwenden zu einem falschen Schlüssel im Sinne der Norm geworden sein. Es ist jedoch anerkannt, dass der Verlust eines Schlüssels vom Inhaber zumindest bemerkt werden muss, um eine Entwid-

mung anzunehmen, die dem Schlüssel die Bestimmung zur ordnungsgemäßen Öffnung des passenden Schlosses nimmt und ihn so zu einem falschen Schlüssel macht.⁵⁵ Da T erst nach der Benutzung des Schlüssels durch K das Bewusstsein wieder erlangte – also den Verlust nicht zuvor bemerkt haben kann – war der Schlüssel kein falscher Schlüssel im Sinne der Norm, als K sich damit Zutritt verschaffte.

b) Diebstahl unter Ausnutzung fremder Bedrängnis

Der bewusstlose T kann hilflos gewesen sein, als K den Diebstahl beging.

Hilflosigkeit im Sinne des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB ist gegeben, wenn das Opfer sich in einem Zustand befindet, in dem es seinen Gewahrsam nicht wie sonst schützen und verteidigen kann. Der Grund für die Hilflosigkeit ist ohne Bedeutung, sie muss nicht vom Täter herbeigeführt sein. Es liegt auf der Hand, dass ein Bewusstloser sich gegen Gewahrsamsbruch nicht wehren kann und daher hilflos ist. Diese Hilflosigkeit muss K ausgenutzt haben, was dann der Fall ist, wenn er in Kenntnis der Umstände seine Tat gerade durch die Ausnutzung der Situation hat erleichtern wollen. Hier ist die Gelegenheit zur Tat durch die Bewusstlosigkeit Ts entstan-

den: wäre er nicht bewusstlos gewesen, hätte K ihn nicht durchsucht, nicht den Schlüssel gefunden und hätte sich nicht Zugang zur Wohnung verschafft. K hat sich bewusst entschieden, die Situation zum Diebstahl zu nutzen.

c) Kein Ausschluss gem. § 243 Abs. 2 StGB

Ein neuwertiges Laptop ist keine geringwertige Sache (ca. 25 € gelten als Grenze). Daher ist der besonders schwere Fall nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB nicht ausgeschlossen, die Regelvermutung bleibt bestehen.

II. Hausfriedensbruch, § 123 Abs. 1 StGB

K hat die Wohnung Ts ohne dessen Willen betreten und ist daher eingedrungen. Die Tat ist nicht gerechtfertigt oder entschuldigt. Nach § 123 Abs. 2 StGB ist ein Strafantrag erforderlich (**absolutes Antragsdelikt**). Zum Diebstahl in besonders schwerem Fall besteht Tateinheit (§ 52 StGB).

⁵⁵ BGHSt 21, 189 = NJW 1967, 834; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 243 Rdnr. 14.



MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

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

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

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

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

Zur Rechtsscheinhaftung bei Verwendung eines falschen Rechtsformzusatzes

BGH, Urteil vom 12.06.2012 – II ZR 256/11, ZIP 2012, 1659

- 1. Die Rechtsscheinhaftung analog § 179 BGB greift auch dann ein, wenn für eine Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) mit dem unrichtigen Rechtsformzusatz „GmbH“ gehandelt wird. (amtlicher Leitsatz)**
- 2. In diesem Fall haftet der Handelnde nicht nach den Grundsätzen der Unterbilanzhaftung, sondern dem auf den Rechtsschein vertrauenden Vertragspartner persönlich. (amtlicher Leitsatz)**

Sachverhalt (abgewandelt):

A betreibt einen Betrieb für Fassaden- und Dacharbeiten. A möchte sein persönliches Haftungsrisiko aus seiner Tätigkeit beschränken und überlegt, eine Gesellschaft zu gründen. Da er den Gründungsaufwand für eine GmbH scheut, entschließt er sich zur Gründung einer „neuen“ Unternehmergeellschaft.

Mit Gesellschaftsvertrag vom 02.02.2009 gründet A die H-UG (haftungsbeschränkt). Diese wird am 30.03.2009 in das Handelsregister eingetragen. Das Stammkapital wird mit einem Betrag von EUR 100 ausgewiesen. Einziger Gesellschafter und Geschäftsführer ist A.

Am 12.05.2009 unterbreitet A unter der Bezeichnung „H-GmbH.u.G. (i.G.)“ dem B ein Angebot für Fassadenarbei-

ten. B nahm dieses Angebot am 13.05.2009 telefonisch an. Mit einem weiteren Angebot unter identischer Bezeichnung wurden dem B weitere Fassaden- (Erneuerung des Putzes) sowie Dacharbeiten (Neudeckung des Daches) angeboten. Als Kontoinhaber für einen erbetenen Vorschuss ist die „H-GmbH, u.g.“ genannt. B zahlt in der Folge die Vorschüsse. Die Arbeiten wurden begonnen und zur Hälfte ausgeführt. Trotz mehrmaliger Fristsetzung von zwei Wochen für den Abschluss der Arbeiten wurden diese jedoch nicht zu Ende geführt. Im September 2009 erklärte B die Kündigung des Vertrags mit sofortiger Wirkung und vergab die Arbeiten an das Unternehmen C. Für die Beauftragung des C entstanden dem B Mehrkosten in Höhe von EUR 12.500.

Über das Vermögen der H-UG wurde zwischenzeitlich das Insolvenzverfahren eröffnet. A hat daraufhin eine Stelle als Meister in einem größeren Dachdeckerbetrieb angenommen.

B wendet sich an Sie mit der Bitte um Prüfung möglicher Ansprüche gegen die H-UG und A.

I. Anspruch des B gegen die H-UG aus §§ 281 Abs. 1 S. 1, 2, 280 Abs. 1 BGB auf Zahlung von EUR 12.500

Infolge der Nichtausführung des an die H-UG gegebenen Auftrags und der durch die Beauftragung des C entstandenen Mehrkosten könnte B gegen die H-UG ein Schadensersatzanspruch aus §§ 281 Abs. 1 S. 1, 2, 280 Abs. 1 BGB auf Zahlung von EUR 12.500 zustehen.

Dies setzt voraus, dass zwischen dem B und der H-UG ein Vertrag zustande gekommen ist und die H-UG eine fällige Leistung aus diesem Vertrag trotz angemessener Fristsetzung nicht erbracht hat.

1. Werkvertrag zwischen B und der H-UG

Zwischen B und der H-UG ist ein Werkvertrag zustande gekommen. Gegenstand der Leistung war die Ausführung von Fassaden- sowie Dacharbeiten. Somit schuldete die H-UG dem B einen bestimmten Erfolg.

A hat hier auch nicht im eigenen Namen, sondern im Namen der von ihm als Geschäftsführer vertretenen H-UG gehandelt. Dass die H-UG in den Angebotsschreiben falsch als „H-GmbH.u.G. (i.G.)“ bezeichnet war, schadet dabei nicht, da A im Namen der von ihm vertretenen Gesellschaft handeln wollte und dies für B erkennbar war.

2. Nichterfüllung

Fraglich ist, ob die von der H-UG ausgeführten Arbeiten als Sachmangel i.S.d. des § 633 Abs. 1, 2 BGB zu qualifizieren sind oder eine Nichterfüllung der Primärleistungspflicht der H-UG darstellen.

Davon hängt ab, ob dem B die Rechte gem. §§ 634 ff. BGB zustehen oder sich seine Ansprüche nach den allgemeinen Vorschriften bestimmen. Nach den allgemeinen Vorschriften kann der B im Falle von Teilleistungen nur bei Wegfall seines Interesses an der geschuldeten Leistung gem. § 281 Abs. 1 S. 2 BGB Schadensersatz verlangen.

Gemäß § 633 Abs. 2 S. 1 BGB ist das Werk frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Dabei steht es einem Sachmangel gem. § 633 Abs. 2 S. 3 BGB gleich, wenn der Unternehmer das Werk in zu geringer Menge hergestellt hat. Danach wären auch Teilleistungen als Sachmängel zu qualifizieren mit der Folge, dass sich die

Rechte des Bestellers aus §§ 634 ff. BGB ergeben (dafür *Sienz*, BauR 2002, 181 (183)).

Ob dem Besteller auch vor einer Abnahme die Mängelansprüche gem. §§ 634 ff. BGB zustehen, wurde vom BGH bisher ausdrücklich offen gelassen (BGH, Urt. v. 24.02.2011 – VII ZR 61/10, NJW 2011, 1224 (1225); zum Streitstand vgl. *Popescu*, NZBau 2012, 137 (140)).

Im Schrifttum werden die Rechte aus §§ 634 ff. BGB zum Teil auf die Zeit nach der Abnahme beschränkt (*Peters*, in: Staudinger, BGB, 2003, § 634 Rn. 9). Zum Teil wird darauf abgestellt, ob das Werk (mit Mängeln oder ohne) hergestellt wurde, wobei bei einem unfertigen Werk die ursprünglichen Erfüllungsansprüche des Bestellers gem. § 633 Abs. 1 BGB bestehen bleiben (*Busch*, in: MünchKomm. BGB, 6. Aufl. § 634 Rn. 3; *Peters*, in: Staudinger, BGB, 2003, § 633 Rn. 183). Wieder andere stellen auf die Art der geschuldeten Werkleistung ab (vgl. *Sprau*, in: Palandt, BGB, 71. Aufl., § 633 Rn. 8; *Mansel*, in: Jauering, BGB, 14. Aufl., § 633 Rn. 9).

Da es im vorliegenden Fall zu keiner Abnahme durch den B gekommen ist und die von der H-UG ausgeführten Arbeiten lediglich zur Hälfte ausgeführt wurden, besteht nach den überwiegend vertretenen Ansichten hier der ursprüngliche Erfüllungsanspruch des B

fort. Die Rechte des B bestimmen sich somit nach den allgemeinen Vorschriften (Es ist ebenso vertretbar, dass der Anspruch des B gestützt auf §§ 634 Nr. 4, 281 Abs. 1 S. 1 BGB geprüft wird).

Die H-UG hat ihre Leistungspflicht gegenüber B somit nicht erfüllt.

3. Fristsetzung

B müsste der H-UG hier erfolglos eine angemessene Frist zur Leistungserbringung gesetzt haben.

Hier hat der B der H-UG sogar mehrfach eine Frist von zwei Wochen für den Abschluss der beauftragten Leistungen gesetzt.

Eine angemessene Fristsetzung ist somit gegeben. Diese ist auch erfolglos geblieben.

4. Kein Interesse an der Teilleistung

Bei Teilleistungen ist der Gläubiger gem. § 281 Abs. 1 S. 2 BGB nur dann berechtigt, Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen, wenn er an einer Teilleistung des Schuldners kein Interesse hat.

Da die H-UG das Haus des B nur zur Hälfte neu verputzt hat und auch das Dach nicht vollständig neu gedeckt hat, ist dies hier zu bejahen.

5. Vertretenmüssen

Gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB hat grundsätzlich der Schuldner zu beweisen, dass er die ihm zur Last fallende Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Für ein fehlendes Vertretenmüssen der H-UG gibt es hier keine Anhaltspunkte.

6. Schaden

B ist gem. § 249 Abs. 1 BGB so zu stellen, wie er stehen würde, wenn die H-UG den mit B abgeschlossenen Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte.

B hätte in diesem Fall die für die Beauftragung des C entstandenen Mehrkosten von EUR 12.500 erspart.

7. Ergebnis

Die H-UG ist dem B somit zur Zahlung von EUR 12.500 verpflichtet.

II. Anspruch des B gegen A aus § 179 BGB analog (Rechtsscheinhaftung) auf Zahlung von EUR 12.500

Da über das Vermögen der H-UG das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, kann B nicht damit rechnen, dass die H-UG seine bestehende Forderung vollständig erfüllt.

Daher stellt sich die Frage, ob B auch gegen A Ansprüche geltend machen kann.

Ein Vertrag zwischen A und B ist nicht zustande gekommen. A handelte bei Abgabe der Angebote nicht im eigenen Namen, sondern im Namen der „H-GmbH.u.G. (i.G.)“.

Vertragliche Ansprüche des B gegen A bestehen somit nicht. Ansprüche aus Delikt sind ebenfalls nicht ersichtlich.

Durch die Verwendung des Rechtsformzusatzes „GmbH“ könnte A bei B jedoch die unzutreffende Vorstellung hervorgerufen haben, dass dieser mit einer GmbH mit einem Mindeststammkapital von EUR 25.000 kontrahiert und nicht lediglich mit einer Unternehmergesellschaft, die bereits mit einem Stammkapital von EUR 1 gegründet werden kann.

Insoweit kommt eine Rechtsscheinhaftung des A analog § 179 BGB in Betracht.

Eine Rechtsscheinhaftung setzt voraus, dass der Handelnde gegenüber seinem Verhandlungspartner einen Rechtschein gesetzt hat, der dem Handelnden zurechenbar ist und auf den der Verhandlungspartner in schutzwürdiger Weise vertraut hat.

1. Rechtsschein

Der BGH stellt zunächst die Grundsätze seiner st. Rspr. zur Haftung eines für eine Kapitalgesellschaft Handelnden, wenn dieser einen Vertrag ohne die

Verwendung des Rechtsformzusatzes abschließt, dar:

„Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann es zur Haftung des Handelnden kraft Rechtsscheins entsprechend § 179 BGB führen, wenn dieser im Rahmen geschäftlicher Verhandlungen oder bei Vertragsabschlüssen für eine GmbH die Firma unter Weglassen des Zusatzes ‚Gesellschaft mit beschränkter Haftung‘ oder ‚GmbH‘ zeichnet (vgl. BGH, Urt. v. 03.02.1975 – II ZR 128/73, BGHZ 64, 11, 16 f.; Urt. v. 07.05.1984 – II ZR 276/83, BGHZ 91, 148, 152; Urt. v. 05.02.2007 – II ZR 84/05, ZIP 2007, 908 Rn. 9, 14, 17; Beschl. v. 22.02.2011 – II ZR 301/08 Rn. 2 – juris).

Durch die in § 4 GmbHG gesetzlich vorgeschriebene Aufnahme der Gesellschaftsform in die Firma soll dem Geschäftsgegner die Tatsache der beschränkten Haftung seines Verhandlungs- oder Vertragspartners deutlich vor Augen geführt werden. Wird die vom Rechtsverkehr erwartete Offenlegung unterlassen, werden unzutreffende Vorstellungen erweckt. Dadurch entsteht die Gefahr, dass der Geschäftsgegner Dispositionen trifft, die er bei Kenntnis des wahren Sachverhalts ganz oder in dieser Form unterlassen hätte. Dem entspricht als Ausgleich die Vertrauenshaftung dessen, der die erforderliche Aufklärung nicht vornimmt (BGH, Urt. v. 03.02.1975 – II ZR 128/73, BGHZ 64, 11, 17 f.; Urt. v.

03.02.1975 – II ZR 142/73, WM 1975, 742, 743; Urt. v. 01.06.1981 – II ZR 1/81, ZIP 1981, 983, 984; Urt. v. 15.01.1990 – II ZR 311/88, WM 1990, 600, 601 f.; Urt. v. 24.06.1991 – II ZR 293/90, ZIP 1991, 1004, 1005).“

Die H-UG war hier jedoch mit einem Stammkapital von EUR 100 im Handelsregister eingetragen. Gem. § 15 Abs. 2 S. 1 HGB muss ein Dritter eine im Handelsregister eingetragene Tatsache gegen sich gelten lassen.

Hierzu der BGH:

„Der Rechtsscheinhaftung steht nicht entgegen, dass sich die Beschränkung der Haftung des Vertragspartners aus dem Handelsregister ergibt. Der spezielle Vertrauenstatbestand des § 4 GmbHG ist gegenüber der in § 15 Abs. 2 HGB getroffenen Regelung, dass ein Dritter eine in das Handelsregister eingetragene und bekannt gemachte Tatsache gegen sich gelten lassen muss, vorrangig (BGH, Urt. v. 01.06.1981 – II ZR 1/81, ZIP 1981, 983, 984; Urt. v. 18.03.1974 – II ZR 167/72, BGHZ 62, 216, 222 f.; Urt. v. 15.01.1990 – II ZR 311/88, WM 1990, 600, 601).“

A hat hier außerdem nicht unter Weglassen des Rechtsformzusatzes GmbH gezeichnet, sondern hat die nicht zutreffende Bezeichnung „H-GmbH.u.G. (i.G.)“ verwendet.

Der BGH überträgt jedoch mit folgender Begründung seine Grundsätze bei unterlassener Verwendung des Rechtsformzusatzes GmbH auf die UG:

„Diese Grundsätze gelten entsprechend, wenn die Firma einer Unternehmergesellschaft unter Weglassen des in § 5a Abs. 1 GmbHG zwingend vorgeschriebenen Zusatzes ‚Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)‘ oder ‚UG (haftungsbeschränkt)‘ gezeichnet wird. Angesichts des Umstandes, dass die Unternehmergesellschaft mit einem nur ganz geringen Stammkapital ausgestattet sein kann, besteht sogar ein besonderes Bedürfnis des Rechtsverkehrs, dass hierauf hingewiesen wird. Aus Gründen des effektiven Gläubigerschutzes ist daher gerade auch hier eine entsprechende Haftung geboten (Miras, NZG 2012, 486, 489; Heckschen, Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl., § 5 Rn. 37; Roth, Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl., § 5a Rn. 11, § 4 Rn. 49; J. Mayer, MünchKomm. GmbHG, § 4 Rn. 151; Paura, Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 5a Rn. 41).

Diese Grundsätze gelten aber auch dann entsprechend, wenn im Rahmen geschäftlicher Verhandlungen oder bei Vertragsabschlüssen für eine Unternehmergesellschaft mit dem Rechtsformzusatz GmbH gezeichnet und dadurch bei dem Vertragspartner die unzutreffende

Vorstellung geweckt wird, er kontrahiere mit einer Gesellschaft mit einem Mindeststammkapital von EUR 25.000 (§ 5 Abs. 1 GmbHG).“

Der BGH setzt sich im Anschluss mit den bisher in der Literatur vertretenen Ansichten zur Rechtsscheinhaltung bei Zeichnung für eine UG mit dem falschen Rechtsformzusatz GmbH auseinander:

„Wird für eine Unternehmergesellschaft mit dem Rechtsformzusatz GmbH gezeichnet, lehnt ein Teil des Schrifttums eine Rechtsscheinhaltung ab. Zur Begründung wird angeführt, dass auch bei einer regulären GmbH das Stammkapital lediglich bei der Gründung aufzubringen sei, so dass der Gläubiger bei Vertragsabschluss nicht darauf vertrauen könne, einen Haftungsfonds in Höhe von EUR 25.000 vorzufinden (Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 780; Römermann, NJW 2010, 905, 907; Veil, GmbHR 2007, 1080, 1082; Paura, Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 5a Rn. 42; H.P. Westermann, Scholz, GmbHG, 10. Aufl., Nachtrag MoMiG, § 5a Rn. 14).

Der überwiegende Teil des Schrifttums hält dagegen eine Rechtsscheinhaltung des Handelnden – jedenfalls bis zur Höhe der Differenz zwischen dem tatsächlichen Stammkapital der Unternehmergesellschaft und dem Mindeststammkapital einer GmbH – wegen unzureichender

Information der Geschäftspartner über die gesetzlich angeordnete Kapitalausstattung der Gesellschaft für sachgerecht (vgl. Meckbach, NZG 2011, 968, 971; Miras, NZG 2012, 486, 489 f.; Wagner, BB 2009, 842, 844; Wachter, Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rn. 1.103-1.105; Heckschen, Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl., § 5 Rn. 38; Pfisterer, Saenger/Inhester, GmbHG, § 5a Rn. 8; Wicke, GmbHG, 2. Aufl., § 5a Rn. 6; Schäfer, Henssler/Strohn, § 5a GmbHG Rn. 15; Fastrich, Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 5a Rn. 9; Roth, Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl., § 5a Rn. 11; J. Mayer, MünchKomm. GmbHG, § 4 Rn. 18, 151; Rieder, MünchKomm. GmbHG, § 5a Rn. 16).

Der Senat stimmt der zuletzt genannten Auffassung zu. Denn diese steht in Übereinstimmung mit dem Willen des Gesetzgebers sowie mit dem Sinn und Zweck des in § 5a Abs. 1 GmbHG angeordneten Rechtsformzusatzes.

Eine Unternehmergesellschaft muss nach § 5a Abs. 1 GmbHG abweichend von § 4 GmbHG in der Firma die Bezeichnung ‚Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)‘ oder ‚UG (haftungsbeschränkt)‘ führen. Nach der Wertung des Gesetzgebers stellt das von vornherein (stark) verminderte Stammkapital der Unternehmergesellschaft als Varian-

te der GmbH eine Information dar, die dem Rechtsverkehr zwingend offenzulegen ist. Eine Abkürzung des Zusatzes ‚(haftungsbeschränkt)‘ ist nicht zulässig (vgl. Begr. RegE des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 25. Juni 2007, BT-Drucks. 16/6140, S. 31; Schäfer, Henssler/Strohn, § 5a GmbHG Rn. 13; J. Mayer, MünchKomm. GmbHG, § 4 Rn. 17, 18; Rieder, MünchKomm. GmbHG, § 5a Rn. 14 f.). Erst Recht darf der Zusatz nicht weggelassen werden. Die gesetzliche Vorgabe ist exakt und buchstabentreu einzuhalten (OLG Hamburg, GmbHR 2011, 657; Roth, Roth/Altmeyen, 7. Aufl., § 5a Rn. 10). Daher ist insbesondere die Bezeichnung als GmbH nicht zulässig. Dies ergibt sich schon aus der in § 5a Abs. 1 GmbHG benutzten Wendung ‚abweichend von § 4 ...‘ (vgl. Wachter, Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 1.103; J. Mayer, MünchKomm. GmbHG, § 4 Rn. 17 m.w.N.).

Das Publikum soll nicht darüber getäuscht werden, dass es sich bei der Unternehmergesellschaft um eine Gesellschaft handelt, die möglicherweise mit sehr geringem Gründungskapital ausgestattet ist (vgl. Begr. RegE BT-Drucks. 16/6140, S. 31). Der spezielle Rechtsformzusatz soll als unverzichtbarer Bestandteil des Gläubigerschutzes (Gegenäußerung der BReg, Anlage 3 zur BT-Drucks. 16/6140, S. 74) sicherstellen, dass die Ge-

schäftspartner erkennen können, mit welcher Art von Gesellschaft sie es zu tun haben, und sich entsprechend darauf einstellen können. Die Seriositätsschwelle, die in einem angemessenen Mindeststammkapitalbetrag liegt, strahlt auch eine gewisse Seriosität auf die Rechtsform der GmbH insgesamt aus (vgl. Begr. RegE BT-Drucks. 16/6140, S. 31).

Diese Erwägungen, in denen die Warnfunktion des in § 5a Abs. 1 GmbHG vorgeschriebenen Rechtsformzusatzes gerade auch in Abgrenzung zur GmbH zum Ausdruck kommt, rechtfertigen eine Rechtsscheinhaftung des Handelnden nicht nur bei Weglassen des Zusatzes, sondern auch dann, wenn durch die Verwendung des Zusatzes GmbH für eine Unternehmergesellschaft der falsche Eindruck vermittelt wird, der Vertragspartner habe mit einem Stammkapital von mindestens EUR 25.000 ausgestattet werden müssen. Denn dadurch wird der Geschäftsverkehr über die geringere Kreditwürdigkeit der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) getäuscht.“

Dem könnte jedoch entgegengehalten werden, dass der Rechtsverkehr auch bei einer GmbH nicht darauf vertrauen darf, dass das Stammkapital in Höhe von EUR 25.000 stets dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger unterliegt. Schließlich wird das Stammkapital nur bei Gründung in die GmbH einge-

bracht, die anschließend mit dem zur Verfügung gestellten Kapital wirtschaftet.

Diese Argumentation lehnt der BGH jedoch aus den folgenden Gründen ab:

„Dem kann nicht erfolgreich mit dem Einwand begegnet werden, auch bei einer regulären GmbH sei das Mindeststammkapital lediglich bei der Gründung aufzubringen, so dass der Gläubiger, der mit einer regulären GmbH kontrahiere, bei Vertragsschluss keineswegs mit einem vorhandenen Haftungsfonds in Höhe von EUR 25.000 rechnen könne. Die Benutzung des Rechtsformzusatzes ‚GmbH‘ schafft den Rechtsschein, dass ein solcher Haftungsfonds zumindest einmal bestand. Der Gläubiger ist zwar nicht davor geschützt, dass die GmbH ihr Stammkapital verwirtschaftet. Die gegenüber der Unternehmergesellschaft höhere Kapitalgrundlage der eingetragenen GmbH begründet aber eine entsprechend höhere Soliditätsgewähr. Diese höhere Soliditätsgewähr der GmbH ist ein Umstand von wesentlicher Bedeutung bei der durch das MoMiG eingeführten gesetzlichen Zweigleisigkeit zwischen der GmbH und der Unternehmergesellschaft und kann nicht mit dem Hinweis übergangen werden, dass auch das höhere Stammkapital der GmbH bereits aufgezehrt sein könnte (Roth, Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl., § 5a Rn. 11). Für eine als reguläre GmbH fir-

mierende Unternehmergesellschaft wäre es zudem ein Verstoß gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, einerseits die Erbringung des regulären Haftungsfonds vermeiden zu wollen, andererseits aber im Rechtsverkehr den Eindruck zu erwecken, den regulären Haftungsfonds (zumindest in der Vergangenheit schon einmal) aufgebracht zu haben (Miras, NZG 2012, 486, 490; Rieder, Münch-Komm. GmbHG, § 5a Rn. 16).“

Gegen einen entsprechenden Rechtschein könnte ferner eingewandt werden, dass A immerhin auf die Beschränkung der Haftung durch die Verwendung der Rechtsformzusätze „GmbH“ und „u.g.“ hingewiesen hat. Der B hätte somit erkennen können, dass A für eine Kapitalgesellschaft handeln wollte, deren Haftung immer beschränkt ist. Bei einer Recherche der Firma H im elektronischen Handelsregister hätte B herausfinden können, dass es sich bei der „H-GmbH.u.G. (i.G.)“ tatsächlich um die H-UG mit einem Stammkapital von EUR 100 handelt.

Auch dieses Argument greift laut dem BGH nicht durch:

„Den gleichen Erwägungen begegnet die Argumentation, es fehle bereits an einem Rechtsschein, weil der Vertragspartner auf die beschränkte Haftung hingewiesen werde (so Paura, Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Ergänzungsband Mo-

MiG, § 5a Rn. 42). Gerade auf das gegenüber der GmbH von vornherein (stark) verminderte Stammkapital ist nach dem Willen des Gesetzgebers zwingend hinzuweisen. Aus Sicht des Gesetzgebers und auch des Rechtsverkehrs ist es für die Frage der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung, ob die Gesellschaft von vornherein mit dem gesetzlichen Mindeststammkapital (oder darüber) ausgestattet wurde oder mit einem beliebig geringeren Stammkapital. Denn die Eigenkapitalausstattung einer Gesellschaft spiegelt auch das Vertrauen der Gesellschafter in das eigene Geschäftsvorhaben wieder (Miras, Michalski, GmbHG, 2. Aufl., § 5a Rn. 58).

Der durch die Verwendung des Rechtsformzusatzes GmbH gesetzte Rechtschein wird durch die in diesem Zusammenhang unverständlichen Zusätze ‚u.g.‘ bzw. ‚u.G.‘ nicht zerstört. Denn diese Bezeichnungen sind nicht genügend aussagekräftig und im Übrigen nach § 5a Abs. 1 GmbHG unzulässig.“

A hat jedoch außerdem den Zusatz „i.G.“ (in Gründung) verwendet. Wäre dieser Zusatz richtig verwendet worden, wäre die H-UG noch gar nicht im Handelsregister eingetragen gewesen. Folglich hätten die Gläubiger der H-UG auch nicht auf ein Stammkapital von mindestens EUR 25.000 vertrauen dürfen.

Auch mit diesem Argument setzt sich der BGH auseinander:

„Dadurch, dass A nicht nur den Zusatz ‚GmbH‘, sondern auch den weiteren Zusatz ‚i.G.‘ verwendet hat, ändert sich an dem Ergebnis nichts. Durch den – unzutreffenden – Hinweis, dass sich die GmbH noch im Gründungsstadium befinde, wird im Gegenteil sogar der Rechtsschein erzeugt, die Gesellschaft werde bei ordnungsgemäßigem Verlauf in der Zukunft, nämlich im Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister, über einen Haftungsfonds in Höhe des Mindeststammkapitals von EUR 25.000 abzüglich der Gründungskosten oder über Ansprüche aus Unterbilanzhaftung gegen die Gründer verfügen, oder, sollte die Eintragung scheitern, Ansprüche aus der Verlustdeckungshaftung gegen die Gründer haben, auf die der Vertragspartner zurückgreifen könne (vgl. BGH, Urt. v. 27.01.1997 – II ZR 123/94, BGHZ 134, 333, 334 ff.; Urt. v. 16.01.2006 – II ZR 65/04, BGHZ 165, 391, 395 ff.).“

Durch die Verwendung des falschen Rechtsformzusatzes „H-GmbH.u.G. (i.G.)“ hat A somit einen Rechtsschein gesetzt.

2. Inhalt der Rechtsscheinhaftung

A hat hier den Rechtsschein gesetzt, dass er für eine GmbH mit einem Mindeststammkapital von EUR 25.000 und nicht für eine UG mit einem Stammka-

pital von EUR 100 handelt. Monetär betrachtet vertraute der Rechtsverkehr auf ein um EUR 24.900 höheres Stammkapital, als tatsächlich vorhanden war. Daher spricht zunächst viel dafür, dass in solchen Fällen die Rechtsscheinhaftung auf die Differenz zwischen dem Mindeststammkapital der GmbH von EUR 25.000 und dem tatsächlichen Stammkapital der UG beschränkt wird (Roth, Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl., § 5a Rn. 11 m.w.N.). Da der Handelnde ferner einen Rechtsschein für ein Stammkapital in einer bestimmten Höhe gesetzt hat, das tatsächlich nicht vorhanden war, könnte die Rechtsscheinhaftung entsprechend der Unterbilanzhaftung auf das Innenverhältnis zwischen Handelndem und Gesellschaft bezogen werden (Roth, Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl., § 5a Rn. 11 m.w.N.).

Der BGH geht jedoch von einer persönlichen Haftung des Handelnden im Außenverhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft aus:

„Wird gegenüber dem Vertragspartner der Rechtsschein erzeugt, er kontrahiere nicht mit einer Unternehmergesellschaft, sondern mit einer GmbH, haftet der Handelnde dem auf den Rechtsschein vertrauenden Vertragspartner persönlich. Entgegen einer Auffassung im Schrifttum (Roth, Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl., § 5a Rn. 11) begründet

die Täuschung keine – als Innenhaftung ausgestaltete – Unterbilanzhaftung, sondern eine Außenhaftung.

Die Rechtsscheinhaftung bedeutet im Ergebnis, dass nach Maßgabe des zurechenbar verursachten Rechtsscheins haftet wird. Sie ist keine subsidiäre Ausfallhaftung für den wirklichen Unternehmensträger. Setzt der Handelnde – wie hier – zurechenbar den Rechtsschein einer potentiell günstigeren Haftungssituation aufgrund einer besseren Kreditwürdigkeit der Gesellschaft, haftet er gegenüber dem Vertragspartner, der hierauf gutgläubig vertraut hat, neben dem Unternehmensträger als Gesamtschuldner (vgl. BGH, Urt. v. 15.01.1990 – II ZR 311/88, WM 1990, 600, 602; Urt. v. 24.06.1991 – II ZR 293/90, ZIP 1991, 1004, 1006). Es reicht daher nicht aus, dass der Handelnde die Unternehmersgesellschaft durch Auffüllung des Stammkapitals bis zur Höhe eines verursachten Rechtsscheins in die Lage versetzt, die eingegangene Verbindlichkeit selbst zu erfüllen. § 179 BGB begründet eine schuldenabhängige Garantiefhaftung, die allein auf dem Umstand basiert, dass die unmittelbar auftretende Person durch die dem Vertragspartner gegenüber abgegebene sachlich unzutreffende Erklärung einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat (BGH, Urt. v. 05.02.2007 – II ZR 84/05, ZIP 2007, 908 Rn. 17).

Der Handelnde wird dadurch auch nicht in unangemessener Weise belastet. Bei Inanspruchnahme des Handelnden ist es dessen Sache, im Innenverhältnis Ausgleich von dem wirklichen Rechtsträger zu verlangen, was zugleich bedeutet, dass er dessen Insolvenzrisiko zu tragen hat. Diese Risikoverteilung ist angemessen (vgl. BGH, Urt. v. 15.01.1990 – II ZR 311/88, WM 1990, 600, 602).

Ob die Haftung, wie es im Schrifttum überwiegend angenommen wird, gegenüber dem einzelnen Gläubiger oder gegenüber der Gesamtheit der Gläubiger auf die Differenz zwischen der Stammkapitalziffer der Unternehmersgesellschaft und dem Mindeststammkapital der GmbH begrenzt ist, kann hier offen bleiben. Denn der Kläger verlangt nur Schadensersatz in Höhe von EUR 12.500, also weniger als diese Differenz, und dass A noch von anderen Gläubigern aufgrund der Rechtsscheinhaftung in Anspruch genommen wurde, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.“

3. Zurechenbarkeit

A hat den Rechtsschein auch in zurechenbarer Weise gesetzt, da er die Angebotsschreiben an B mit seinem Namen unterzeichnet hat.

4. Schützenswertes Vertrauen

Das Vertrauen des B in den von A gesetzten Rechtsschein müsste schließlich schützenswert sein.

Insoweit äußert sich der BGH noch zu der Frage, wer die Beweislast in Fällen der Rechtsscheinhaftung trägt.

Grundsätzlich trägt in einem Gerichtsverfahren derjenige die Darlegungs- und Beweislast, der sich auf die für ihn günstigen Tatsachen beruft.

Dies wäre hier B, der somit die Voraussetzungen für die Rechtsscheinhaftung (Rechtsschein, Zurechenbarkeit, geschütztes Vertrauen) darzulegen und zu beweisen hätte.

Nach Ansicht des BGH trägt jedoch der Handelnde die Beweislast dafür, dass das Vertrauen seines Geschäftspartners in den von dem Handelnden gesetzten Rechtsschein nicht schützenswert ist, weil der Geschäftspartner die wahren Verhältnisse kannte:

„Die Rechtsscheinhaftung des A setzt weiterhin voraus, dass der Kläger die wahren Verhältnisse nicht gekannt und sich im Vertrauen darauf, er kontrahiere mit einer Gesellschaft mit einem Mindeststammkapital von EUR 25.000, auf ein Vertragsverhältnis mit dieser eingelassen hat. Das darzulegen und zu beweisen, ist aber nicht Sache des Klägers. Wenn A die Rechtsscheinformen nicht

gegen sich gelten lassen will, muss vielmehr er darlegen und beweisen, dass sein Vertragsgegner die wahren Verhältnisse kannte oder kennen musste oder dass diese für ihn im konkreten Fall keine Rolle gespielt haben (BGH, Urt. v. 03.02.1975 – II ZR 128/73, BGHZ 64, 11, 18 f.; Urt. v. 03.02.1975 – II ZR 142/73, WM 1975, 742, 743; Urt. v. 01.06.1981 – II ZR 1/81, ZIP 1981, 983, 984 f.; Urt. v. 15.01.1990 – II ZR 311/88, WM 1990, 600, 602).“

5. Ergebnis

B hat somit gegen A einen Anspruch aus § 179 BGB analog auf Zahlung von EUR 12.500.

Hinweise:

Dieses Urteil ist jedenfalls für den Schwerpunktbereich Unternehmens- und Wirtschaftsrecht von hoher Examensrelevanz. Es eignet sich aber auch darüber hinaus als Grundlage für eine Examensklausur in der Staatsprüfung, da über das Werkvertragsrecht zunächst Grundlagen abgefragt werden können und die Thematik der Rechtsscheinhaftung Möglichkeiten zur Prüfung der Argumentationsfähigkeit anhand eines untypischen Sachverhalts bietet.

(Rechtsanwalt Steffen Follner)

Rückforderung im Schenkkreis

BGH, Urteil vom 21.06.2012 – III ZR 291/11, BeckRS 2012, 14990

1. Zur Frage, ob derjenige, der im Rahmen eines „Schenkkreises“ unter Einschaltung einer Übermittlungsperson eine „Schenkung“ leistet, von dieser Übermittlungsperson die Rückzahlung des Schenkungsbetrags verlangen kann. (amtlicher Leitsatz)
2. Auftragsverhältnisse im sog. Schenkkreis sind sittenwidrig und daher nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. (Leitsatz der Redaktion)
3. Bei einem nichtigen Vertragsverhältnis kommt ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht. (Leitsatz der Redaktion)

Sachverhalt:

A nimmt B auf Rückzahlung eines Betrags von 5.000 € in Anspruch, den sie im Oktober 2005 im Zusammenhang mit der Teilnahme an einem „Schenkkreis“ entrichtet hat.

Im Oktober 2005 nahm A an der Veranstaltung eines Schenkkreises (Chart „M.-L.“) teil. Dieser war nach Art einer Pyramide organisiert. Die an der Spitze stehenden Mitglieder des „Empfängerkreises“ erhielten von dem ihnen nachgeordneten „Geberkreis“ bestimmte Geldbeträge. Darauf schieden die Beschenkten aus dem Schenkkreis aus und an ihrer Stelle rückten Mitglieder des Geberkreises in den Empfängerkreis nach. Neu hinzutretende Mitglieder wurden Teil des Geberkreises und leis-

teten Schenkungen an die jeweiligen Mitglieder des Empfängerkreises in der Hoffnung, selbst einmal Angehörige des Empfängerkreises zu werden und auf diese Weise den eingesetzten Betrag mehrfach – durch Schenkungen neu hinzustößender Mitglieder des Geberkreises – zurückzuerlangen. In diesem Zusammenhang übergab A der B einen Barbetrag von 5.000 €.

A hat geltend gemacht, ihre Geldleistung sei wegen Sittenwidrigkeit des Schenkkreises und der damit zusammenhängenden Rechtsgeschäfte ohne Rechtsgrund erfolgt und von B zurückzuerstatten, da diese selbst Beschenkte, jedenfalls aber Beauftragte, gewesen sei. Sie, die A, habe nicht gewusst, dass und an welche Personen der Betrag weitergeleitet worden sei.

B hat entgegnet, sie sei weder Initiatorin noch Organisatorin, noch Mitglied des Schenkkreises gewesen. Sie habe selbst keine Leistung von der A erhalten, sondern nur als Botin fungiert und den ihr überlassenen Geldbetrag abredgemäß an die zum damaligen Zeitpunkt an der Pyramidenspitze („Pole-Position“) stehenden Mitglieder des Empfängerkreises übermittelt. Diese Personen seien der A aufgrund der ausliegenden „Chartliste“ bekannt gewesen.

Frage: Hat A gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung der gezahlten Beiträge?

A. Anspruch aus §§ 662, 667 BGB

Fraglich ist, ob überhaupt ein Auftragsverhältnis zwischen A und B zustande kam, oder ob es sich nur um ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis handelt. Der BGH führt hierzu aus:

„Eine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 662 BGB ist nach diesen Grundsätzen dann gegeben, wenn beiderseits der anhand objektiver Kriterien feststellbare Wille besteht, rechtsgeschäftliche Verpflichtungen einzugehen und entgegenzunehmen; dies liegt insbesondere dann nahe, wenn erkennbar ist, dass für den Auftraggeber als Empfänger der Leistung wesentliche Interessen auf dem Spiel

stehen und er auf die Zusage des anderen Teils vertraut.

Ob durch Erklärungen oder ein sonstiges Verhalten ein Auftragsvertrag zustande kommt oder nur eine keine rechtlichen Bindungen erzeugende ‚Gefälligkeits-handlung‘ vorliegt, hängt hiernach von den Umständen des Einzelfalls ab und ist daher im Wesentlichen eine Sache tatrichterlicher Würdigung. Diese bindet das Revisionsgericht, es sei denn, dass sie rechtsfehlerhaft vorgenommen wurde.

Das Berufungsgericht hat seine Würdigung, die B habe die Geschäftsbesorgung mit dem erforderlichen Rechtsbindungswillen übernommen, insbesondere auf die in der Höhe des übergebenen Geldbetrags (5.000 €) zum Ausdruck kommende erhebliche wirtschaftliche Bedeutung der Sache, auf das mit der Einbindung in die Organisation des Schenkkreises verbundene Eigeninteresse der B sowie auf den Umstand gestützt, dass die B die zu ‚beschenkenden‘ Personen im Einzelnen noch genau zu ermitteln und den übergebenen Geldbetrag auf diese aufzuteilen hatte. Diese Würdigung ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden.“

Ein Auftragsverhältnis ist also zustande gekommen.

Das Auftragsverhältnis könnte jedoch sittenwidrig und daher gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Dazu der BGH:

„Bei einem Schenkkreis, wie er auch hier in Rede steht, handelt es sich um ein Schneeballsystem, welches darauf angelegt ist, dass die ersten Mitglieder einen (meist) sicheren Gewinn erzielen, während die große Masse der späteren Teilnehmer ihren Einsatz verlieren muss, weil angesichts des Vervielfältigungsfaktors in absehbarer Zeit keine neuen Mitglieder mehr geworben werden können. Der Schenkkreis zielt allein darauf ab, zugunsten einiger weniger ‚Mitspieler‘ leichtgläubige und unerfahrene Personen auszunutzen und sie zur Zahlung ihres (verloren gehenden) ‚Einsatzes‘ zu bewegen. Dies verstößt – wie in der Rechtsprechung allgemein anerkannt ist – gegen die guten Sitten mit der Folge, dass die hierfür geleisteten Zuwendungen generell als rechtsgrundlos erbracht zurückgefordert werden können.

Nach diesen Grundsätzen bestehen keine rechtlichen Bedenken, mit dem Berufungsgericht auch einen Auftragsvertrag als sittenwidrig und somit gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig anzusehen, sofern dieser eine für das System des Schenkkreises wesentliche Tätigkeit zum Gegenstand hat (hier: Weiterleitung an im Einzelnen noch zu ermittelnde Mitglieder des ‚Empfängerkreises‘) und sich an einen Auftragnehmer richtet, der (wie

hier die Beklagte) in die Organisation des Schenkkreises eingebunden ist. Unter solchen Umständen ist das Auftragsverhältnis derart eng mit der Organisation und dem Betrieb des Schenkkreises verflochten, dass es seinerseits als den guten Sitten zuwiderlaufend einzustufen ist und ihm deshalb auch die Rechtswirksamkeit versagt werden muss.“

Ein Anspruch aus §§ 662, 667 BGB besteht demnach nicht.

B. Anspruch aus §§ 677, 681 S. 1, 667 BGB

In Betracht kommt aber ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677, 681 S. 1, 667 BGB.

Fraglich ist allerdings, ob die Vorschriften überhaupt anwendbar sind, wenn wie hier ein Vertragsverhältnis vorliegt, das als nichtig anzusehen ist

Die Literatur verneint die Anwendung überwiegend mit der Begründung, die §§ 812 ff. BGB seien insoweit das speziellere System, andernfalls könnten die Vorschriften der §§ 814, 817 S. 2 BGB umgangen werden.

Der BGH hält jedoch dagegen:

„Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt hat, kann bei Nichtigkeit eines Auftragsvertrags – etwa (wie hier) wegen

Verstoßes gegen die guten Sitten – auf die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zurückgegriffen werden; der Umstand, dass sich der Geschäftsführer zur Geschäftsbesorgung verpflichtet hat oder für verpflichtet hält, steht dem nicht entgegen.“

Begründen lässt sich die Auffassung – wie vom BGH in der Vergangenheit – beispielsweise mit dem Wortlaut, der eine solche Einschränkung nicht vorsieht.

Im konkreten Fall verneint der BGH jedoch eine Herausgabepflicht:

„Verlangt der Auftraggeber bei Nichtigkeit des seiner Geldzahlung zugrunde liegenden Auftragsverhältnisses nach §§ 681 Satz 2, 667 Alt. 1 BGB bereits verbrauchtes Geld vom Geschäftsführer zurück, so kann die Frage, ob er die Weitergabe des Geldes gegen sich gelten lassen muss, nur nach Maßgabe der nichtigen Abreden des Auftragsvertrags beurteilt werden. Mithin muss der Geschäftsführer den ihm überlassenen Geldbetrag an den Auftraggeber nicht zurückzahlen, wenn er hierüber abredgemäß verfügt hat. So liegt es nach den rechtsfehlerfreien und für das Revisionsgericht somit auch bindenden Feststellungen der Vorinstanzen im vorliegenden Fall.“

Auch ein Anspruch aus §§ 677, 681 S. 1, 667 BGB besteht daher nicht.

C. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB

Zu prüfen ist ferner ein Anspruch der A gegen B aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var.1 BGB (condictio indebiti).

Voraussetzung ist eine Leistung der A an B. Unter einer Leistung versteht man eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Fraglich ist, ob A das Vermögen der B bewusst und zweckgerichtet gemehrt hat. Die Vorinstanz hatte die Frage bejaht, der BGH verneint sie nun aber:

„Bei der Geldzahlung der A handelte es sich – wie das Berufungsgericht eingangs seiner Entscheidungsgründe im Anschluss an die Würdigung des Amtsgerichts zutreffend erkannt hat – um eine Schenkung der A an die im System des Schenkreises an der ‚Pole-Position‘ befindlichen Mitglieder des ‚Empfängerkreises‘. Das mit dieser Schenkung und dem ihr innewohnenden Leistungszweck verbundene Leistungsverhältnis bestand allein zwischen der A (als Schenker) und den Mitgliedern des ‚Empfängerkreises‘ (als Beschenkten). Die B fungierte hierbei als Botin oder unmittelbare Stellvertreterin der A, was den Beschenkten aus den ihnen überreichten und von A unterzeichneten Schenkungsurkunden ohne weiteres ersichtlich war. Erbringt der Leistende die Zuwendung – wie hier – durch einen offen als solchen handelnden Boten oder unmittelbaren Stellvertreter, so voll-

zieht sich die zweckgerichtete Vermögensverschiebung im Sinne eines einheitlichen Bereicherungsvorgangs allein im Verhältnis zwischen dem Leistenden und dem Zuwendungsempfänger. Das Vermögen der Übermittlungsperson ist in diesen Fällen von einer Vermögensverschiebung nicht – auch nicht möglicherweise – betroffen, und ihr gegenüber wird kein selbständiger Leistungszweck verfolgt, so dass ein Anspruch aus Leistungskondiktion gegen die als Bote oder unmittelbarer Stellvertreter eingeschaltete Zwischenperson nicht besteht.

Dies gilt auch dann, wenn das dem Boten- oder Vertreterhandeln zugrunde liegende Auftragsverhältnis (hier: gemäß § 138 Abs. 1 BGB) nichtig ist. Denn diese Nichtigkeit ändert hier nichts daran, dass nach dem maßgeblichen verobjektivierten Empfängerhorizont eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens (Leistung) ausschließlich im Verhältnis zwischen der A als Schenker und den Mitgliedern des ‚Empfängerkreises‘ als Beschenkten stattfindet.“

A hat gegen B also auch keinen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB.

D. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB

Möglicherweise hat A gegen B einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB (Eingriffskondiktion).

Der BGH verneint jedoch einen Anspruch wegen des Vorrangs der Leistungskondiktion:

„Ein solcher Anspruch scheidet nämlich schon im Hinblick auf den Grundsatz des Vorrangs der Leistungskondiktion aus, weil die Geldzahlung bereicherungsrechtlich als Leistung der A an die von ihr beschenkten Mitglieder des Empfängerkreises einzuordnen ist und mithin nur in diesem Verhältnis zurückgefordert werden kann.“

E. Ergebnis

A hat gegen B also keinen Anspruch auf Rückzahlung der 5000 €.

Hinweise:

1. Die Entscheidung betrifft klassische Probleme des Schuldrechts wie die Abgrenzung des Auftrags vom Gefälligkeitsverhältnis, die Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag bei nichtigen Verträgen und den Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht. Sie sollten jedem Examenskandidaten bekannt sein. Die Entscheidung eignet sich aufgrund der Kombination der Probleme auch sehr schön für eine Examensklausur.

2. In diesem Zusammenhang auch interessant und examensrelevant ist die hier nicht Streitgegenständliche Frage der Anwendung des Rückforderungs-

ausschlusses nach § 817 S. 2 BGB. Der BGH hat diesen verneint (NJW 2008, 1942; siehe dazu auch Armgardt, JR 2009, 177): Andernfalls würde das System eines Schenkkreises gerade begünstigt. Das gilt auch, wenn der Empfänger nicht zu den Initiatoren des Schenkkreises gehört.

(Rechtsanwalt Dr. Christian F. Majer)

Kein Schmerzensgeld für „Schockschaden“ des Tierhalters nach Tötung seines Hundes

BGH, Urteil vom 20.03.2012 – VI ZR 114/11, NJW 2012, 1730

Die Rechtsprechung zu Schmerzensgeldansprüchen in Fällen psychisch vermittelter Gesundheitsbeeinträchtigungen mit Krankheitswert bei der Verletzung oder Tötung von Angehörigen oder sonst nahestehenden Personen (sog. Schockschäden) ist nicht auf Fälle psychischer Gesundheitsbeeinträchtigungen im Zusammenhang mit der Verletzung oder Tötung von Tieren zu erstrecken. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (verkürzt):

Am 24.10. 2008 spazierte A mit einer 14 Monate alten Labradorhündin auf einem Feldweg. Die Hündin war nicht angeleint. B, der mit einem Traktor von einer angrenzenden Straße in den Feldweg einfuhr, überrollte die Hündin, die dadurch so schwere Verletzungen erlitt, dass sie von einem Tierarzt eingeschläfert werden musste. A macht materiellen Schadensersatz wegen entstandener Tierarztkosten, Kosten für die Anschaffung eines Labrador-Welpens und außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten sowie einen Schmerzensgeldanspruch geltend mit der Begründung, sie habe durch das Erlebnis einen Schockschaden mit schweren Anpassungsstörungen und einer schweren depressiven Episode erlitten. Es sei zu einer pathologischen Dauerreaktion gekommen, welche medikamentös habe behandelt werden

müssen und die Durchführung einer Langzeitbehandlung erfordert habe. Der Zustand habe über einen Zeitraum von mindestens vier Monaten ange dauert und sei bis heute nicht ausgestanden.

Frage: Bestehen die geltend gemachten Ansprüche?

I. Anspruch auf Schadensersatz wegen Tötung des Hundes

Als Anspruchsgrundlage kommen die §§ 18, 7 StVG in Betracht.

Eine Sachbeschädigung nach § 7 I StVG liegt vor. Zwar sind Tiere keine Sachen (§ 90a S. 1 BGB), jedoch sind für sie die Vorschriften für Sachen entsprechend anwendbar (§ 90a S. 3 BGB).

B war Fahrer eines Kfz i.S.d. § 18 I StVG.

Ein Anspruch ist also begründet. Allerdings ist hier nach §§ 18 III, 17 I, IV StVG die Tiergefahr gem. § 833 S. 1 BGB zu berücksichtigen.

Das OLG Köln als Vorinstanz (der BGH hatte sich damit nicht zu beschäftigen, da er insoweit ein nicht revisibles tatrichterliches Ermessen nach § 286 ZPO annahm) führt dazu aus:

„Weder A noch B können ein Verschulden der jeweils anderen Partei nachweisen. Dass der Hund nicht angeleint war, genügt auf einem Feldweg für ein Mitverschulden nicht. Eine Anleinpflcht besteht auf Feldwegen nach dem Landeshundegesetz nicht.

Im Rahmen der Abwägung zwischen der Betriebsgefahr des Pkw und der Tiergefahr wird bei Unfällen mit nicht angeleinten Hunden im Allgemeinen von einem Überwiegen der Tiergefahr ausgegangen. Begründet wird dies mit der Unberechenbarkeit tierischen Verhaltens und damit, dass es sich aus Sicht des Kraftfahrers um eine ungewöhnliche Gefahr handelt, mit der er nicht rechnen muss und auf die er sich nur schwer einstellen kann.

Unter den Besonderheiten des vorliegenden Falles haftet B indes zu 50% für den Unfall.

B hat den Hund nach seiner Einlassung in der Hauptverhandlung gesehen, zu-

dem ereignete der Unfall sich nicht im öffentlichen Straßenraum, sondern auf einem landwirtschaftlichen Feldweg, auf dem eher mit Tieren zu rechnen ist als auf einer öffentlichen Straße. Nach den Lichtbildern in der Strafakte war der Feldweg für den allgemeinen Fahrzeugverkehr gesperrt und nur landwirtschaftlicher Verkehr zugelassen. Aufgrund dieser örtlichen Gegebenheiten und wegen der zunächst nur schweren Einsehbarkeit des Feldweges war auf Seiten des B ohnehin besondere Sorgfalt veranlasst. Auf der anderen Seite tritt aber auch die Tiergefahr, die hier deshalb erhöht war, weil der Hund nicht angeleint war, nicht hinter die Betriebsgefahr des vom B geführten Gespanns zurück.

Der Anspruch der A auf Schadensersatz besteht also teilweise.

II. Anspruch auf Schmerzensgeld wegen Verletzung der Gesundheit der A

Ein Anspruch könnte sich aus §§ 7, 18 StVG ergeben.

B war Führer eines Kfz, auch ist die Gesundheit der A verletzt. Fraglich ist nur die Ersatzfähigkeit des Schadens unter dem Gesichtspunkt haftungsbegründender Kausalität. Es handelt sich bei der vorliegenden Fallkonstellation um einen sog. Schockschaden: der Geschädigte macht geltend, wegen der Tötung einer nahe stehenden Person (bzw. hier eines Tieres) selbst in seiner Gesund-

heit beeinträchtigt zu sein. Das ist nach der Rspr. des BGH zwar grundsätzlich möglich, jedoch nur in engen Grenzen. Der BGH führt dazu aus:

„Ein solcher Schadensersatzanspruch [...] wäre zwar, obwohl A einen Gesundheitschaden nur mittelbar als (psychische) Folge des tödlichen (Verkehrs-)Unfalls ihrer Hündin erlitten haben will, ein eigener Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung eines eigenen Rechtsguts.

Nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats genügt jedoch nicht jede psychisch vermittelte Beeinträchtigung der körperlichen Befindlichkeit, um einen Schadensersatzanspruch eines dadurch nur ‚mittelbar‘ Geschädigten im Falle der Tötung oder schweren Verletzung eines Dritten auszulösen. Dies widerspräche der Intention des Gesetzgebers, die Deliktshaftung gerade in § 823 I BGB sowohl nach den Schutzgütern als auch den durch sie gesetzten Verhaltenspflichten auf klar umrissene Tatbestände zu beschränken. Deshalb setzt die Zurechnung psychischer Beeinträchtigungen wie Trauer und Schmerz nicht nur eine – hier zu Gunsten der A revisionsrechtlich zu unterstellende pathologisch fassbare – Gesundheitsbeschädigung voraus, sondern auch eine besondere personale Beziehung des solcherart ‚mittelbar‘ Geschädigten zu einem schwer verletzten oder getöteten Menschen. Bei derartigen Schadensfällen

dient die enge personale Verbundenheit dazu, den Kreis derer zu beschreiben, die den Integritätsverlust des Opfers als Beeinträchtigung der eigenen Integrität und nicht als ‚normales‘ Lebensrisiko der Teilnahme an den Ereignissen der Umwelt empfinden.

Aus den vorgenannten, die Schadensersatzpflicht bei Schockschäden eng umgrenzenden Grundsätzen ergibt sich bereits, dass eine von der Revision geforderte Ausdehnung dieser Rechtsprechung auf psychisch vermittelte Gesundheitsbeeinträchtigungen bei der Verletzung oder Tötung von Tieren nicht in Betracht kommt. Dem entspricht es, dass der Gesetzgeber keinen Anlass für einen besonderen Schmerzensgeldanspruch des Tierhalters gesehen hat; die Verletzung oder Tötung von Tieren sollte den von der Rechtsprechung anerkannten Fällen von Schockschäden mit Krankheitswert bei der Verletzung oder Tötung von Angehörigen oder sonst dem Betroffenen nahestehenden Menschen nicht gleichgestellt werden.

Derartige Beeinträchtigungen bei der Verletzung oder Tötung von Tieren, mögen sie auch als schwerwiegend empfunden werden und menschlich noch so verständlich erscheinen, gehören zum allgemeinen Lebensrisiko und vermögen damit Schmerzensgeldansprüche nicht zu begründen.“

Ein Anspruch auf Schmerzensgeld besteht daher nicht.

Hinweise:

1. Der Fall eignet sich sehr gut für einen Teil einer Examensklausur, betrifft er doch mit der „Schockschaden“-Problematik (tatsächlich dürfte es sich nicht um einen Schock, sondern um eine posttraumatische Belastungsstörung handeln, aber das nur am Rande) klassische Probleme des Schadensrechts. Auch Fälle mit Bezug zum Straßenverkehrsrecht erfreuen sich zunehmender Beliebtheit in Examensklausuren.

2. Die Auffassung des BGH überzeugt im Ergebnis, die Begründung bleibt jedoch etwas dürftig. Mit der Zuordnung solcher Fälle zum „allgemeinen Lebensrisiko“ scheint der BGH auszudrücken, dass es nicht selten ist und damit gerechnet werden muss, dass Haustiere im Straßenverkehr zu Tode kommen. Warum gerade das einer Ersatzfähigkeit entgegensteht, leuchtet aber nicht ein. Vielmehr dürfte es sich bei den psychischen Beeinträchtigungen bei Tötung eines Tieres um eine ungleich weniger nachvollziehbare Reaktion als bei Tötung eines nahen Angehörigen handeln, auch wenn im Einzelfall eine besondere Beziehung zwischen Mensch und Tier bestehen mag. Das dürfte der eigentliche Grund sein, die Ersatzfähigkeit zu

verneinen, welcher auch nachvollziehbar und zutreffend ist.

3. Zu beachten ist, dass die „Schockschaden“-Problematik eine solche der haftungsbegründenden Kausalität ist. Der Geschädigte macht eine Gesundheitsverletzung geltend, die dadurch hervorgerufen wird, dass ein Dritter an seiner Gesundheit verletzt wird. Die Rspr. bleibt bei ihrer Zulassung dieser Fallgruppe nur in engen Grenzen und lehnt eine Ausweitung auf Tiere ab. Diskutiert wird in diesem Zusammenhang auch de lege ferenda die Gewährung eines Angehörigenschmerzensgeldes (siehe dazu etwa *Kuhn*, SVR 2012, 288).

(Rechtsanwalt Dr. Christian F. Majer)

Tierhaltung und Räumungsvollstreckung

BGH, Beschluss vom 04.04.2012 – I ZB 19/11, NJW 2012, 2889

1. Das in § 885 II–IV ZPO vorgesehene Verfahren ist auf Tiere entsprechend anwendbar, die sich auf dem zu räumenden Grundstück befinden; dies gilt auch, wenn die durch das Räumungsverfahren entstehenden Kosten – etwa wegen der Art oder Anzahl der Tiere – sehr hoch ausfallen. (amtlicher Leitsatz)
2. Scheitert der Versuch des Gerichtsvollziehers, die in Verwahrung genommenen Tiere nach § 885 IV 1 ZPO zu verkaufen, hat der Gläubiger für die Kosten einer weiteren Verwahrung der Tiere nicht mehr aufzukommen. (amtlicher Leitsatz)
3. Eine Vollstreckung nach § 888 ZPO neben der Herausgabevollstreckung nach §§ 885, 886 ZPO – hier: Verhängung eines Zwangsgelds gegen den Schuldner, um diesen zu Maßnahmen zu veranlassen, die der Räumung des Grundstücks dienen – kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn neben der Räumungs- und Herausgabeverpflichtung weitergehende Handlungspflichten des Schuldners Gegenstand des Vollstreckungstitels sind. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (gekürzt und leicht abgewandelt):

S ist rechtskräftig verurteilt, das verfahrensgegenständliche Grundstück zu räumen und geräumt an G herauszugeben sowie die während der Pachtzeit mit Bauschutt vorgenommene Aufschüttung auf seine Kosten zu beseitigen. S betreibt auf dem Grundstück eine Zucht mit Damwild. G beantragt die Räumung des Grundstücks durch den Gerichtsvollzieher sowie Verhängung eines Zwangsgeldes durch das Vollstreckungsgericht. Zu Recht?

A. Antrag auf Räumung des Grundstücks

Die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung (Titel, Klausel und Zustellung) sind gegeben.

Fraglich ist, ob eine Räumung des Grundstücks nach § 885 ZPO statthaft ist. Der Titel richtet sich auf die Herausgabe einer unbeweglichen Sache. Lebhaft umstritten in Rspr. und Literatur ist aber, ob das auch dann gilt, wenn sich auf dem zu räumenden Grundstück Tiere befinden. Nach einer vor allem in

der Rspr. bislang vertretenen Ansicht soll das Verfahren nicht anwendbar sein, stattdessen sei das Sache der Ordnungsbehörden.

Der BGH schließt sich jedoch der Gegenansicht an:

„Auf Tiere, die sich auf dem zu räumenden Grundstück befinden, ist das in § 885 II–IV vorgesehene Verfahren entsprechend anwendbar. Dies folgt aus § 90a S. 3 BGB. Danach sind die für Sachen geltenden Vorschriften auf Tiere entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist. Das ist im Hinblick auf die Herausgabevollstreckung von Grundstücken nicht der Fall. Das Zwangsvollstreckungsrecht sieht lediglich eine Unpfändbarkeit von Haustieren vor (§ 811c ZPO). Weiter hat das Vollstreckungsgericht im Rahmen eines Vollstreckungsschutzantrags des Schuldners nach § 765a ZPO bei der Zwangsvollstreckungsmaßnahme, die ein Tier betrifft, im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung die Verantwortung des Menschen für das Tier zu berücksichtigen (§ 765a I 3 ZPO).“

Häufig wird dieser Lösung entgegenhalten, sie vernachlässige Belange des Tierschutzes. Der BGH hält dem jedoch entgegen:

„Auch die Belange des Tierschutzes stehen der entsprechenden Anwendung von § 885 II–IV ZPO auf Tiere nicht entgegen. Den Belangen des Tierschutzes und

den Vorschriften des Tierschutzgesetzes muss der Gerichtsvollzieher Rechnung tragen, wenn er die Tiere vom Grundstück wegschafft und in Verwahrung nimmt. Gründe dafür, dass dies dem Gerichtsvollzieher nicht möglich ist, sind nicht ersichtlich. Die ‚anderweitige Verwahrung‘ i.S. von § 885 III 1 ZPO kann in einem Tierheim oder einer anderen zur Verwahrung und Versorgung geeigneten Einrichtung erfolgen. Soweit der Gerichtsvollzieher die Tiere – sei es wegen ihrer Größe, ihrer Gefährlichkeit, ihrer Zahl oder weil sie wild leben – nicht selbst wegschaffen kann, muss er Hilfspersonen mit der Fortschaffung beauftragen. Erforderlichenfalls kann er im Wege der Amtshilfe staatliche Stellen zur Unterstützung heranziehen. Für die erforderlichen Kosten einschließlich der Auslagen für die Beförderung und Verwahrung der Tiere hat der Gläubiger einen entsprechenden Kostenvorschuss zu leisten.“

Auch der Einwand der Zuständigkeit der Ordnungsbehörden greift nicht:

„Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass die zuständigen Behörden im Einzelfall auf effektivere Art und Weise die Tiere fortschaffen und unterbringen können, als dies dem Gerichtsvollzieher möglich ist. Die zuständigen Behörden sind nicht allgemein verpflichtet, zur Sicherung eines zivilrechtlichen Räumungsanspruchs einzuschreiten. Eine

Pflicht der Ordnungs- und Polizeibehörden zum Einschreiten ergibt sich in derartigen Fällen auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr. Der Gerichtsvollzieher darf bei der Durchführung der Vollstreckungsmaßnahme die betroffenen Tiere nicht ohne Versorgung zurücklassen oder aussetzen, weil dies die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden und er damit gegen §§ 1 S. 2, 3 Nr. 3 Tierschutzgesetz verstoßen würde. Es ist vielmehr Aufgabe der Zivilgerichte und der Vollstreckungsorgane, für die effektive Durchsetzung der bei ihnen geltend gemachten Ansprüche zu sorgen.

Im Übrigen kann der Gerichtsvollzieher – soweit für die Herausgabevollstreckung erforderlich – die zuständigen Behörden um Amtshilfe bitten. Folge ist allerdings, dass der Gläubiger – anders als beim Einschreiten der Behörden in eigener Zuständigkeit – für die Kosten und Auslagen als Kostenschuldner haftet und einen Kostenvorschuss leistet. Die Kosten können in Einzelfällen fünf- oder sechsstelligen Beträge erreichen. Aus der Höhe der anfallenden Zwangsvollstreckungskosten folgt aber ebenfalls keine Verpflichtung der Behörden zum Einschreiten. Dass Kosten im Einzelfall besonders hoch sein können, ist keine Besonderheit einer Räumungsvollstreckung, durch die Tiere betroffen sind. Auch bei anderen Räumungsmaßnahmen können wegen des Umfangs oder der Art

des Räumungsguts außergewöhnlich hohe Kosten anfallen, etwa wenn auf dem zu räumenden Grundstück in erheblichem Umfang Sondermüll gelagert ist.“

Allerdings möchte der BGH auch eine Begrenzung der Kostenproblematik vornehmen:

„Von diesen Grundsätzen ist nur eine Ausnahme zu machen, wenn der Versuch des Gerichtsvollziehers fehlschlägt, die in Verwahrung genommenen Tiere zu verkaufen. Sachen darf der Gerichtsvollzieher in einem derartigen Fall vernichten. Diese Möglichkeit besteht bei Tieren nicht, weil dies gegen das Tierschutzgesetz verstößt. Ist das Verfahren nach § 885 IV 1 Hs. 1 ZPO durchlaufen, hat der Gläubiger für die weitere Verwahrung und Versorgung der Tiere nicht mehr aufzukommen. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass der Räumungstitel nicht durchsetzbar ist und das Grundrecht des Gläubigers auf Schutz seines Eigentums (Art. 14 I GG) und auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) beeinträchtigt wird. Dem Gläubiger dürfen keine Aufgaben überbürdet werden, die der Allgemeinheit obliegen. Die dauerhafte Unterbringung und Verwahrung von Tieren, die dem Schuldner gehören, deren er sich aber nicht mehr annehmen kann oder will, obliegt nicht dem Gläubiger, sondern gegebenenfalls der Allgemeinheit.“

Das Verfahren der Räumung nach § 885 II–IV ZPO ist also auch dann anzuwenden, wenn sich Tiere auf dem Grundstück befinden.

B. Antrag auf Verhängung eines Zwangsgelds

Fraglich ist, ob daneben ein Zwangsgeld nach § 888 ZPO beantragt werden kann. Der BGH verneint das:

„Richtet sich die Herausgabevollstreckung, auch soweit die Vollstreckungsmaßnahme die Räumung des Grundstücks von der Damwildherde erfasst, vorliegend ausschließlich nach § 885 ZPO, kann nicht ergänzend zur Durchsetzung des Vollstreckungstitels die Bestimmung des § 888 ZPO herangezogen werden. Eine Verhängung von Zwangsmitteln nach § 888 ZPO zur Erzwingung unvertretbarer Handlungen, die mit der Räumung und Herausgabe im Zusammenhang stehen, ist unzulässig. Das hat der BGH bereits entschieden, und zwar zum einen für den Fall, dass auf dem herauszugebenden Grundstück ein Unternehmen betrieben wird, und zum anderen für die Konstellation, dass die unbewegliche Sache an einen Dritten vermietet ist und der Schuldner durch Zwangsmittel angehalten werden soll, den Dritten zur Räumung der herauszugebenden Flächen zu bewegen, nichts anderes gilt im Streitfall.

Eine Vollstreckung nach § 888 ZPO neben der Herausgabevollstreckung nach §§ 885, 886 ZPO käme nur in Betracht, wenn Gegenstand der Zwangsvollstreckung auf Grund des Vollstreckungstitels neben der Räumungs- und Herausgabeverpflichtung noch weitergehende Handlungspflichten des Schuldners wären. Das ist, soweit die Herausgabevollstreckung das Damwild betrifft, vorliegend nicht der Fall. Neben der Verpflichtung zur Räumung und Herausgabe ist der Schuldner nach dem Vollstreckungstitel lediglich verpflichtet, auf seine Kosten die während der Pachtzeit mit Bauschutt vorgenommenen Aufschüttungen zu beseitigen. Dagegen enthält der Vollstreckungstitel keine Verpflichtung des Schuldners, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen, die der Räumungsvollstreckung des Grundstücks dienen. In Betracht kommen insoweit bauliche Maßnahmen auf dem Nachbargrundstück des Schuldners für eine artgerechte Unterbringung des Damwildbestands oder eine kontinuierliche Reduzierung des Wildbestands. Derartige weitergehende Handlungspflichten sind vom Vollstreckungstitel nicht umfasst und können daher nicht nach § 888 ZPO erzwungen werden.“

G kann also neben der Räumung nicht noch ein Zwangsgeld nach § 888 ZPO beantragen.

Hinweise:

1. Examensrelevant ist die Entscheidung vor allem für Referendare und Studenten im Wahlfach, für welche sie zum Pflichtprogramm gehört. Sie beendet für die Praxis eine alte Streitfrage: nach der früheren Rspr. wurde der Gläubiger auf das öffentliche Recht verwiesen, welches ihm keinen Anspruch einräumte. Die Folge war, dass das Grundstück überhaupt nicht geräumt werden konnte: ein unerträglicher und mit den Grundrechten des Gläubigers nicht vereinbarer Zustand.

2. Der Entscheidung des BGH ist fast vollständig zuzustimmen. Nur die Lösung der Kostenproblematik für den Gläubiger greift ein wenig zu kurz: wenn schon richtig gesagt wird, für die Tiere sei die Allgemeinheit verantwortlich, so überzeugt es nicht, das an der Anzahl der Verkaufsversuche festzumachen (siehe zum Problem eingehend *Majer*, Die Räumungsvollstreckung und ihre effektive Durchsetzung, S. 120 ff.). Wie dringlich die Problematik ist, zeigen Fälle aus der Rspr., in denen vom Gläubiger bis zu EUR 200.000(!) Vorschuss verlangt wurden. Eine Summe, die vom Gläubiger beim Schuldner selbstverständlich kaum beizutreiben sein wird.

(Rechtsanwalt Dr. Christian F. Majer)

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

Pauschalvergütung von Überstunden – Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

BAG, Urteil vom 16.05.2012 – 5 AZR 331/11, NZA 2012, 908

- 1. Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die ausschließlich die Vergütung von Überstunden, nicht aber die Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers zur Leistung von Überstunden regelt, ist eine Hauptleistungsabrede und deshalb von der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgenommen. (amtlicher Leitsatz)**
- 2. Auch eine mündliche Vertragsbedingung, die der Arbeitgeber für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen verwendet, ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung. (Orientierungssatz des Gerichts)**
- 3. Eine Klausel, nach der in der vereinbarten Monatsvergütung die ersten zwanzig Überstunden monatlich „mit drin“ sind, ist weder überraschend noch intransparent. (Orientierungssatz des Gerichts)**

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

K, ausgebildeter Kaufmann im Eisenbahn- und Straßenverkehr, war vom 01.02.2007 bis zum 15.03.2008 bei der B in der Disposition beschäftigt. B betreibt mit rund 770 Mitarbeitern ein Unternehmen der Automobilzulieferindustrie. K erhielt zuletzt bei einer regelmäßigen Arbeitszeit von 40 Wochenstunden ein Grundgehalt von EUR 2.184,84 brutto monatlich. Einen schriftlichen Arbeitsvertrag schlossen K und B nicht. Bei der Einstellung des K wurde verabredet, dass in der vereinbarten Vergütung die ersten zwanzig

Überstunden im Monat „mit drin“ sind. Eine entsprechende Vereinbarung traf die B bei sämtlichen von ihr mündlich abgeschlossenen Arbeitsverträgen.

K leistete regelmäßig Überstunden, vor allem deshalb, weil er auch in der Mittagszeit im Büro anwesend war, um Kundenanrufe entgegenzunehmen. Die B zahlte eine Überstundenvergütung erst ab der 21. Überstunde im Monat, dann jedoch mit einem Zuschlag von 25 %.

Mit der im August 2008 eingereichten Klage machte K geltend, ihm stehe eine Überstundenvergütung auch für die

ersten zwanzig Überstunden im Monat zu. Die B macht unter Hinweis auf die Abrede, dass in der vereinbarten Vergütung die ersten zwanzig Überstunden im Monat „mit drin“ seien, geltend, eine – weitere – Überstundenvergütung könne K nicht beanspruchen.

Hat K gegen B einen Anspruch auf Überstundenvergütung auch für die ersten zwanzig Überstunden?

I. Anspruch auf Überstundenvergütung

K könnte gegen B einen Anspruch auf Überstundenvergütung auch für die ersten zwanzig Überstunden gem. § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag haben. Allerdings wurde bei Abschluss des mündlichen Arbeitsvertrags zwischen K und B verabredet, dass in der vereinbarten Vergütung die ersten zwanzig Überstunden im Monat „mit drin“ seien. Mit dieser Pauschalabrede zur Vergütung von Überstunden könnten – die Wirksamkeit der Klausel vorausgesetzt – die ersten zwanzig Überstunden monatlich abgegolten sein. Dies wiederum hätte zur Folge, dass K gegen B keinen Anspruch auf eine Überstundenvergütung auch für die ersten zwanzig Überstunden gem. § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag hätte.

1. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach § 305 Abs. 1 BGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragspartei im Einzelnen ausgehandelt sind.

Diese Voraussetzungen liegen nach Ansicht des BAG hier vor:

"Nach bindender Feststellung des Landesarbeitsgerichts verabredet die Beklagte im Angestelltenbereich bei allen stets nur mündlich abgeschlossenen Arbeitsverträgen, dass in dem jeweils vereinbarten monatlichen Gehalt die ersten zwanzig Überstunden im Monat ‚mit drin‘ seien. Es handelt sich damit nach der zutreffenden, von den Parteien auch nicht beanstandeten, rechtlichen Wertung des Landesarbeitsgerichts um eine Allgemeine Geschäftsbedingung (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Klausel ist von der Beklagten für eine Vielzahl von Ar-

beitsverträgen vorformuliert, gleichsam im Kopf des Personalleiters gespeichert, und wird den Arbeitnehmern einseitig bei Abschluss des mündlichen Arbeitsvertrags gestellt.

Anhaltspunkte dafür, die Klausel sei ‚ausgehandelt‘ im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB, liegen nicht vor. Die Beklagte hat selbst nicht vorgebracht, dem Kläger die Möglichkeit der Einflussnahme auf die streitgegenständliche Klausel eingeräumt zu haben.

Das Fehlen eines schriftlichen Arbeitsvertrags schließt die Annahme Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht aus, § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB. Auch eine mündliche oder durch betriebliche Übung begründete Vertragsbedingung, die der Arbeitgeber für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen verwendet, ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung."

2. Keine überraschende Klausel

Es könnte jedoch sein, dass es sich bei der Klausel, dass in der vereinbarten Vergütung die ersten zwanzig Überstunden im Monat „mit drin“ sind, um eine überraschende Klausel im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB handelt. In diesem Fall wäre die Klausel nicht Bestandteil des mündlich geschlossenen Arbeitsvertrags geworden.

"Nach § 305c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäfts-

bedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Dies setzt objektiv eine ungewöhnliche Klausel voraus, mit der der Arbeitnehmer subjektiv nicht zu rechnen brauchte.

Gemessen an diesen Anforderungen ist eine Klausel, nach der in dem monatlichen (Grund-)Gehalt die ersten zwanzig Überstunden im Monat ‚mit drin‘ sind, nicht überraschend im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB.

Die Klausel ist nicht ungewöhnlich. Dass Arbeitgeber versuchen, Überstunden pauschal abzugelten, ist im Arbeitsleben weit verbreitet. Das belegen nicht nur zahlreiche Gerichtsentscheidungen, sondern auch die vielen Vorschläge und Formulierungshilfen im Schrifttum zur Vertragsgestaltung. Dass die Klausel bei den Vertragsverhandlungen bzw. im Einstellungsgespräch von der Beklagten an unerwarteter Stelle, z.B. ohne jeglichen Zusammenhang mit dem Themenkomplex ‚Entgelt‘ untergebracht worden wäre, hat der Kläger nicht behauptet.

Der Kläger hat auch keine Umstände vorgebracht, aus denen sich ergeben könnte, dass er mit einer derartigen Klausel nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte. Allein die von ihm befürchtete Gefahr, we-

sentliche Vertragsinhalte nur ‚by the way‘ zu erfahren und nicht nachlesen zu können, reicht für einen Überraschungs- oder Übertölpelungseffekt nicht aus. Anderenfalls wären [...] mündliche Allgemeine Geschäftsbedingungen stets überraschend und könnten nie Vertragsbestandteil werden. Das widerspräche § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB, der gerade davon ausgeht, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen auch in mündlichen Verträgen enthalten sein können."

3. Kein Verstoß gegen das Transparenzgebot

Die Klausel könnte jedoch gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 3 S. 2 BGB in Verbindung mit § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verstoßen.

"Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine die pauschale Vergütung von Überstunden regelnde Klausel nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang von ihr erfasst werden sollen. Der Arbeitnehmer muss bereits bei Vertragsabschluss erkennen können, was ggf. ‚auf ihn zukommt‘ und welche Leistungen er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss.

Nach diesen Grundsätzen ist die Klausel, in der vereinbarten Vergütung seien die ersten zwanzig Überstunden im Monat

‚mit drin‘, klar und verständlich. Aus der Formulierung ‚mit drin‘ ergibt sich – nicht nur im bayerischen Sprachraum – unmissverständlich, dass mit der Monatsvergütung neben der Normalarbeitszeit bis zu zwanzig Überstunden abgegolten sind. Durch die hinreichend bestimmte Quantifizierung weiß der Arbeitnehmer, ‚was auf ihn zukommt‘: Er muss für die vereinbarte Vergütung ggf. bis zu zwanzig Überstunden monatlich ohne zusätzliche Vergütung leisten.

Dass die Klausel sich nicht zu den Voraussetzungen verhält, unter denen der Arbeitgeber die Leistung von Überstunden soll anordnen dürfen, steht ihrer Transparenz nicht entgegen. [...] Anordnungsbefugnis und Vergütung von Überstunden sind unterschiedliche Regelungsgegenstände. Ob Überstunden überhaupt angeordnet werden dürfen, ist für die Frage ihrer Vergütung unerheblich."

4. Keine weitergehende Inhaltskontrolle

Einer weitergehenden Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 309, 308 und 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB unterliegt die Klausel nicht. Dies ergibt sich aus § 307 Abs. 3 S. 1 BGB.

"Nach dieser Vorschrift unterfallen Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der uneingeschränkten Inhaltskontrolle nur dann, wenn durch sie

von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Dazu gehören Klauseln, die (nur) den Umfang der von den Parteien geschuldeten Vertragsleistung festlegen, nicht. Im Arbeitsverhältnis sind das vor allem die Arbeitsleistung und das Arbeitsentgelt. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, über die §§ 305 ff. BGB den ‚gerechten Preis‘ zu ermitteln.

Die Klausel, in der vereinbarten Monatsvergütung seien die ersten zwanzig Überstunden monatlich ‚mit drin‘, betrifft nur die (Mit-)Vergütung dieser Überstunden, ohne zugleich die Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers zur Ableistung von Überstunden zu regeln. Sie ist damit eine Hauptleistungsabrede, die nur die Gegenleistung des Arbeitgebers für die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung betrifft. Die vom Bundesarbeitsgericht bislang offengelassene Frage, ob eine Klausel, die eine Pauschalvergütung von Überstunden mit einer Abrede über die Befugnis des Arbeitgebers zur Anordnung von Überstunden kombiniert, eine kontrollfähige Preisnebenabrede ist, bedarf weiterhin keiner Entscheidung."

II. Ergebnis

Die Pauschalabrede zur Vergütung von Überstunden ist wirksamer Bestandteil des mündlichen Arbeitsvertrags geworden. Die Klausel ist nicht überraschend im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB und ausreichend transparent, § 307 Abs. 1

S. 2 BGB. Einer – weitergehenden – Inhaltskontrolle unterliegt sie nicht, § 307 Abs. 3 S. 1 BGB.

K hat gegen B somit keinen Anspruch auf eine Überstundenvergütung auch für die ersten zwanzig Überstunden gem. § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag. Diese sind mit der vereinbarten Vergütung wirksam abgegolten.

Hinweise:

1. In den vergangenen Jahren befasste sich das BAG mehrfach mit der Wirksamkeit von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die pauschale Abgeltung von Überstunden regeln.

a) Im Jahr 2010 hatte das BAG (Urteil vom 01.09.2010 – 5 AZR 517/09, NZA 2011, 575) zunächst über die Wirksamkeit der AGB-Klausel „mit der vorstehenden Vergütung sind erforderliche Überstunden des Arbeitnehmers mit abgegolten“ zu entscheiden. Diese Pauschalabgeltung von Überstunden hielt das BAG mangels hinreichender Transparenz für unwirksam:

"Wird davon ausgegangen, dass eine Regelung wie die streitbefangene die Hauptleistungspflichten der Parteien betrifft, unterliegt sie gemäß § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB gleichwohl der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Danach kann sich die zur Unwirksam-

keit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung führende unangemessene Benachteiligung daraus ergeben, dass die Bedingung nicht klar und verständlich ist. Dieses Transparenzgebot schließt das Bestimmtheitsgebot ein. Danach müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Sinn des Transparenzgebots ist es, der Gefahr vorzubeugen, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird. Eine Klausel muss im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Klauselverwenders so klar und präzise wie möglich umschreiben. Sie verletzt das Bestimmtheitsgebot, wenn sie vermeidbare Unklarheiten und Spielräume enthält.

Eine die pauschale Vergütung von Mehrarbeit regelnde Klausel ist nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen von ihr erfasst werden sollen. Andernfalls ließe sich nicht erkennen, ab wann ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung besteht. Der Umfang der Leistungspflicht muss so bestimmt oder zumindest durch die konkrete Begrenzung der Anordnungsbefugnis hinsichtlich des Umfangs der zu leistenden Überstunden so bestimmbar sein,

dass der Arbeitnehmer bereits bei Vertragsschluss erkennen kann, was gegebenenfalls ‚auf ihn zukommt‘ und welche Leistung er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss. Auf Grund einer unklar abgefassten Pauschalierungsklausel besteht die Gefahr, dass der Arbeitnehmer in der Annahme, er habe keinen Rechtsanspruch auf eine gesonderte Überstundenvergütung, seinen Anspruch nicht geltend macht.

§ 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags ist nicht klar und verständlich. Diese Klausel soll alle Arbeitsstunden erfassen, die die vereinbarten 45 Wochenstunden überschreiten. Deren Umfang ist im Arbeitsvertrag nicht bestimmt."

Der Unterschied zu dem oben entschiedenen Fall des BAG liegt hier darin, dass die Pauschalabgeltungsklausel sämtliche angefallenen und erforderlichen Überstunden erfasst, wohingegen von der Pauschalabgeltungsklausel im oben entschiedenen Fall „lediglich“ die ersten zwanzig Überstunden im Monat erfasst sind. Der Arbeitnehmer weiß im oben entschiedenen Fall daher, wie viele Überstunden er maximal monatlich leisten muss, ohne hierfür eine zusätzliche Vergütung zu erhalten. Dagegen weiß er dies in dem im Jahr 2010 entschiedenen Fall nicht, so dass die in diesem Fall verwendete Pauschalabgeltungsklausel als intransparent anzusehen ist.

b) In einer Entscheidung aus dem Jahr 2011 (BAG, Urteil vom 17.08.2011 – 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335) setzte sich das BAG – nachdem es zunächst die Unwirksamkeit der Pauschalabgeltungsklausel festgestellt hatte – sodann näher mit den Folgen einer unwirksamen Pauschalabgeltungsklausel auseinander:

"Mithin enthält der Arbeitsvertrag weder eine positive noch eine negative Regelung zur Vergütung von Überstunden. Anspruchsgrundlage für das Begehren des Klägers kann deshalb [...] nur § 612 Abs. 1 BGB sein. Dessen Voraussetzungen liegen aber nicht vor.

Nach § 612 Abs. 1 BGB gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. [...]

Es fehlt jedenfalls an der weiteren Voraussetzung des § 612 Abs. 1 BGB, dass die Leistung der streitgegenständlichen Überstunden den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war.

Die nach § 612 Abs. 1 BGB erforderliche – objektive – Vergütungserwartung wird zwar in weiten Teilen des Arbeitslebens gegeben sein. Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrarbeitszeit oder jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist, gibt es jedoch gerade bei Diensten höherer Art nicht. Die Vergü-

terungserwartung ist deshalb stets anhand eines objektiven Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen, ohne dass es auf deren persönliche Meinung ankäme. Sie kann sich insbesondere daraus ergeben, dass im betreffenden Wirtschaftsreich Tarifverträge gelten, die für vergleichbare Arbeiten eine Vergütung von Überstunden vorsehen. Darlegungs- und beweispflichtig für das Bestehen einer Vergütungserwartung ist nach allgemeinen Grundsätzen derjenige, der eine Vergütung begehrt."

Für die Fallbearbeitung bedeutet dies, dass die Unwirksamkeit einer Pauschalabgeltungsklausel nicht automatisch dazu führt, dass dem Arbeitnehmer ein Vergütungsanspruch für geleistete Überstunden zusteht.

Vielmehr ist in einem solchen Fall prüfungstechnisch dergestalt vorzugehen, dass zunächst festgestellt wird, dass die Pauschalabgeltungsklausel unwirksam ist. Sodann ist festzustellen, dass der Arbeitsvertrag hinsichtlich der Vergütung geleisteter Überstunden somit weder eine positive noch eine negative Regelung enthält.

Als weitere Anspruchsgrundlage ist anschließend § 612 Abs. 1 BGB zu prüfen und zunächst festzustellen, dass der Arbeitsvertrag die Vergütung von Über-

stunden nicht regelt. In diesem Fall gewährt § 612 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Vergütung für Überstunden, wenn die Leistung von Überstunden „den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist“.

Ob sodann im konkreten Fall die Leistung von Überstunden in diesem Sinne den Umständen nach nur gegen eine zusätzliche Vergütung zu erwarten ist, ist eine Frage des Einzelfalls und bietet unter Umständen Argumentationsspielraum. Gerade bei Diensten höherer Art wird eine solche Vergütungserwartung nach der Rspr. des BAG indes oftmals zweifelhaft sein.

c) Eine konkrete Orientierungshilfe, wann die Leistung von Überstunden den Umständen nach nur gegen eine zusätzliche Vergütung zu erwarten ist, liefert das BAG schließlich in einer Entscheidung aus dem Jahr 2012 (BAG, Urteil vom 22.02.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861):

"Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrarbeitszeit oder jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist, gibt es nicht. Die Vergütungserwartung ist stets anhand eines objektiven Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen, ohne dass es auf deren persönli-

che Meinung ankommt. Sie kann sich insbesondere daraus ergeben, dass im betreffenden Wirtschaftsbereich Tarifverträge gelten, die für vergleichbare Arbeiten eine Vergütung von Überstunden vorsehen. Die – objektive – Vergütungserwartung wird deshalb in weiten Teilen des Arbeitslebens gegeben sein. Sie wird aber fehlen, wenn arbeitszeitbezogene und arbeitszeitunabhängig vergütete Arbeitsleistungen zeitlich verschränkt sind oder wenn Dienste höherer Art geschuldet sind oder insgesamt eine deutlich herausgehobene Vergütung gezahlt wird. Von letztem Fall wird regelmäßig ausgegangen werden können, wenn das Entgelt die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet. [...] Wer mit seinem aus abhängiger Beschäftigung erzielten Entgelt die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet, gehört zu den Besserverdienern, die aus der Sicht der beteiligten Kreise nach der Erfüllung ihrer Arbeitsaufgaben und nicht eines Stundensolls beurteilt werden. Ihnen und ihren Arbeitgebern fehlt regelmäßig die objektive Vergütungserwartung für ein besonderes Entgelt als Gegenleistung für die über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeit.

Der Kläger erbrachte im Streitfall einheitliche Arbeitsleistungen, für die er – unter Anwendung eines objektiven Beurteilungsmaßstabs – eine zusätzliche Ver-

gütung nach den Bedingungen seines Arbeitsvertrags erwarten durfte. Der Kläger leistete keine Dienste höherer Art und erzielte keine deutlich herausgehobene Vergütung. Sein Einkommen lag in den Jahren 2006 – 2008 jeweils deutlich unter der Beitragsbemessungsgrenze Ost.

Nach § 612 Abs. 2 BGB ist die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Diese ist vom Landesarbeitsgericht zutreffend auf EUR 9534,80 brutto bestimmt worden."

Keine zusätzliche Vergütungserwartung für geleistete Überstunden besteht nach der Rspr. des BAG somit regelmäßig dann, wenn das Gehalt des Arbeitnehmers die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet. Die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung beträgt für das Jahr 2012 im Monat EUR 5.600 (Westdeutschland) bzw. EUR 4.800 (Ostdeutschland) und für das Jahr 2013 im Monat EUR 5.800 (Westdeutschland) bzw. EUR 4.900 (Ostdeutschland).

Liegen in der Fallprüfung indes die Voraussetzungen des § 612 Abs. 1 BGB vor, besteht also eine zusätzliche Vergütungserwartung, so bestimmt sich die konkrete Höhe der Vergütung für geleistete Überstunden nach § 612 Abs. 2 BGB.

2. Einen guten Überblick über die aufgezeigte Rechtsprechungschronologie und die Grundsätze der pauschalen Überstundenabgeltung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen liefern Kock, DB 2012, 1328; Bauer/Arnold/Willemsen, DB 2012, 1986 und Schramm/Kuhnke, NZA 2012, 127. Eine Übersicht über die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Arbeitsverträgen findet sich bei Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, Band 1, 5. Aufl. 2012, § 5 Rn. 113 ff.

(Rechtsanwalt Dr. Nikolaus Polzer)

Verwertbarkeit der Aussage des Beschuldigten bei unzureichender Eröffnung des Tatvorwurfs bei der polizeilichen Vernehmung

BGH, Beschluss vom 06.03.2012 – 1 StR 623/11, NStZ 2012, 581

- 1. Fehler bei einer Vernehmung führen nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, wenn durch sie das Aussageverhalten des Vernommenen nicht beeinflusst wurde. (Leitsatz des Bearbeiters)**
- 2. Dieser Gesichtspunkt kommt speziell dann zum Tragen, wenn der Vernommene das Recht, über das er nicht ordnungsgemäß belehrt wurde, gleichwohl kannte. (Leitsatz des Bearbeiters)**
- 3. Ein Beweisverwertungsverbot besteht nicht, wenn davon auszugehen ist, dass der Beschuldigte, dem die ihm zur Last gelegte Tat entgegen § 163a Abs. 4 S. 1 StPO nicht eröffnet wurde, von der Möglichkeit ausging, sein Opfer könnte tot sein und somit das Belehrungsdefizit ohne Einfluss auf das Aussageverhalten des Beschuldigten blieb. (Leitsatz des Bearbeiters)**

Sachverhalt (vereinfacht):

T hatte seiner geschiedenen Ehefrau (E) aufgelauert, ihr mit einem Schlagstock den Schädel eingeschlagen, sie mit einer Strumpfhose fest gedrosselt und ihr dann noch eine Reihe tiefer Messerstiche zugefügt. Schläge, Drosseln und Stiche hätten jeweils schon für sich allein zum Tod geführt. Am Ende schob er E unter ein Auto, damit sie nicht so schnell gefunden würde. T wurde vom Polizeibeamten P fünf Stunden lang vernommen. Zu Vernehmungsbeginn wurde T ordnungsgemäß über sein

Schweigerecht und sein Recht auf Anwaltskonsultation belehrt. Obwohl der Polizei zu diesem Zeitpunkt der Tod des Opfers (E) bereits bekannt war, wurde T jedoch nicht eröffnet, dass wegen eines Tötungsdelikts ermittelt werde, sondern nur, dieser habe „seiner Frau etwas Schlimmes angetan und darum gehe es in der Beschuldigtenvernehmung“. Vor und während der Vernehmung erkundigte sich T mehrfach, wie es seiner geschiedenen Frau gehe und äußerte die Hoffnung, dass sie noch lebt. Erst am Ende der Vernehmung wurde T eröffnet, dass E tot ist.

In der Hauptverhandlung äußert sich T nicht zur Sache. Seine Angaben während der Beschuldigtenvernehmung werden durch Zeugenaussage des Vernehmungsbeamten P eingeführt. Der Verwertung dieser Angaben widerspricht Ts Verteidiger rechtzeitig.

Frage: Können Ts Angaben durch das Gericht verwertet werden?

Der Verwertung dieser (durch die Zeugenaussage Ps eingeführten) Angaben Ts während der Beschuldigtenvernehmung kann ein Beweisverwertungsverbot entgegenstehen. Möglich ist ein (unselbständiges) Beweisverwertungsverbot, was hier dann in Betracht kommt, wenn der Beweisgewinnung (die zu den Angaben führende Vernehmung Ts) ein Beweiserhebungsverbot entgegenstand.

Anmerkung: Unterliegt die Aussage des Beschuldigten vor der Polizei einem Beweisverwertungsverbot, ist es unzulässig, den/die Vernehmenden darüber als Zeugen zu vernehmen, was der Beschuldigte bei dieser Vernehmung ausgesagt hat.

A. Beweiserhebungsverbot

Die Vernehmungsbeamten können Belehrungspflichten verletzt haben. In Betracht kommt ein Verstoß gegen § 163a Abs. 4 S. 1 StPO:

„Grundsätzlich gelten für die Belehrung eines Beschuldigten dieselben Regeln, gleichgültig ob er von einem Richter (§ 136 StPO), einem Staatsanwalt (§ 163a Abs. 3 StPO) oder – wie häufig – von einem Polizeibeamten vernommen wird (§ 163a Abs. 4 StPO). Eine Ausnahme gilt [...] lediglich insoweit, als ein Polizeibeamter, anders als ein Richter oder Staatsanwalt, nicht verpflichtet ist, die möglichen Strafvorschriften zu nennen (§ 163a Abs. 4 Satz 1 StPO), also etwa bei einem Tötungsdelikt zwischen Totschlag und Mord zu unterscheiden. [...] Hier geht es aber um die ‚Tat‘ als solche, nicht deren rechtliche Bewertung. Unbeschadet der – stets gegebenen, praktisch besonders bei polizeilichen Vernehmungen bedeutsamen – Möglichkeit, aus ermittlungstaktischen Gründen nicht stets jedes schon bekannte Detail offen zu legen, ist dem Beschuldigten der ihm vorgeworfene Sachverhalt zumindest in groben Zügen zu eröffnen [Nachw.]. Hinsichtlich der Ausgestaltung der Eröffnung im Einzelnen hat also der Vernehmende einen gewissen Beurteilungsspielraum. Dessen Grenzen sind jedoch überschritten, wenn dem Beschuldigten eines Gewaltdelikts der Tod des Opfers

nicht eröffnet wird. Ohne Hinweis auf diesen die Tat prägenden Gesichtspunkt ist sie nicht einmal in groben Zügen eröffnet. Der ohnehin nicht sehr klare Hinweis, es gehe um das ‚Schlimme‘, was der Beschuldigte dem Tatopfer angetan habe, reicht daher nicht aus. Besonderheiten für den Fall, dass der Beschuldigte deutlich macht, den gegen ihn erhobenen Vorwurf klar zu kennen, können hier im Blick auf die wiederholten, zunächst nicht sachgerecht beantworteten Fragen nach den Folgen der Tat auf sich beruhen bleiben.“

Ein Verstoß gegen § 163a Abs. 4 Satz 1 StPO ist gegeben.

B. Beweisverwertungsverbot

„Die Frage, ob ein Verwertungsverbot hinsichtlich einer Aussage besteht, der, wie hier, ein Verstoß gegen § 163a Abs. 4 Satz 1 StPO vorangegangen ist, wird nicht einheitlich beurteilt [Nachw.]. Der Senat kann diese Frage aber deshalb offen lassen, weil jedenfalls in dem hier vorliegenden konkreten Einzelfall ein Verwertungsverbot selbst dann nicht in Betracht kommt, wenn man dies grundsätzlich für möglich hielte:

Belehrungsdefizite begründen dann kein Verwertungsverbot, wenn sie das Aussageverhalten des Vernommenen nicht beeinflusst haben. Dieser Gesichtspunkt, der sich insbesondere dann auswirkt, wenn der Vernommene das Recht, über

das er nicht ordnungsgemäß belehrt wurde, trotzdem kannte (vgl. z.B. BGH, Beschluss vom 23. August 2011 – 1 StR 153/11 <Recht auf Anwaltskonsultation>; Urteil vom 10. August 1994 – 3 StR 53/94 <Schweigerecht>; Urteil vom 15. November 1994 – 1 StR 461/94 <Zeugnisverweigerungsrecht des Angehörigen> mwN), kommt auch hier zum Tragen.

[...] Der Senat geht – entgegen dem Vortrag der Revision – davon aus, dass dem Beschuldigten (Angeklagten) bei der Vernehmung die Möglichkeit vor Augen stand, dass die Geschädigte tot sein könnte. Dies liegt ohnehin schon angesichts des ungewöhnlich massiven Tatgeschehens nahe und wird insbesondere dadurch bestätigt, dass er wiederholt und vor allem auch schon vor seiner Vernehmung gefragt hatte, ob sie noch lebe. [...] Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Erkenntnis des Angeklagten, seine geschiedene Frau könne durch sein Verhalten zu Tode gekommen sein, durch das Verhalten der Polizei in Frage gestellt worden wäre. Zwar ließen deren Äußerungen (zunächst) die gebotene Klarheit vermissen; sie hat jedoch weder ausdrücklich noch sinngemäß erklärt, das Opfer lebe noch. [...] Der Angeklagte verfügte also naheliegend über die – durch das polizeiliche Verhalten nicht entkräftete – Erkenntnis, dass seine Frau tot sein könnte. Wenn er sich auf dieser Grundlage nach im Übrigen ordnungsgemäßer Belehrung über sein Schwei-

gerecht und sein Recht auf Anwaltskonsultation zu Angaben entschloss, so hat sich der vorliegende Mangel der polizeilichen Belehrung auf die Entscheidung, Angaben zu machen, nicht ausgewirkt. Schon deshalb ist für die Annahme eines Verwertungsverbotes hinsichtlich dieser Aussagen kein Raum.“

Ein Beweisverwertungsverbot besteht nicht.

C. Ergebnis

Das „*rechtsfehlerhafte Verhalten der Polizei bei der Vernehmung des Angeklagten [führt daher] nicht zur Unverwertbarkeit seiner dabei angefallenen Aussage*“. Das Gericht kann sie verwerfen.

Hinweise:

1. Die Revision des Angeklagten (T) hatte schon aus anderen (hier nicht interessierenden, da wenig prüfungsrelevanten) Gründen Erfolg und führte zur Aufhebung des Urteils. Vorstehende Ausführungen des Senats entstammen einem umfangreichen, mehr als die Hälfte der Entscheidung ausmachenden obiter dictum. Gleichwohl und auch wegen ihres Umfangs verdienen diese Aussagen Beachtung. Fragen aus den Bereichen Beweisverbote und Beschuldigtenvernehmung sind beliebter Prüfungsstoff.

2. Der Senat lässt es offen, ob ein Verstoß gegen § 163a Abs. 4 S. 1 StPO (also die unzureichende Konkretisierung des Vernehmungsgegenstandes) zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Für ein solches Verbot wird Art. 6 Abs. 3 lit. a) EMRK angeführt. Die danach gebotene Information des Beschuldigten über den Gegenstand des Verfahrens bilde die Grundlage für dessen eigenverantwortliche Entscheidung darüber, ob und wie er von den ihm zustehenden Verteidigungsrechten Gebrauch machen will. Daher sei nicht notwendig, dass der Vernehmende den Beschuldigten bewusst in die Irre führen will oder aus welchen sonstigen Gründen ihm die Basis seiner Subjektsstellung entzogen wurde, sondern einzig, dass dies geschehen ist (Wohlers, in: SK/StPO, Bd. 3, 4. Aufl. 2011, § 163a Rdnr. 75).

3. Der Senat musste nicht auf die Frage der Notwendigkeit eines rechtzeitig erfolgten Widerspruchs eingehen, lag doch ein solcher vor.

Nach der sog. Widerspruchslösung ist erforderlich, dass der Beschuldigte der Verwertung (bis zum Zeitpunkt des § 257 StPO) widerspricht (ansonsten ist sie zulässig). Dies gilt für den verteidigten Angeklagten ebenso wie für den Nichtverteidigten, sofern ihn das Gericht zuvor über die Möglichkeit des Widerspruchs belehrt hat.

Dieser vom BGH bei einer zunehmenden Anzahl von Beweisverwertungsverböten herangezogenen Widerspruchslosigkeit stehen große Teile der Literatur kritisch gegenüber, da sie dem Verteidiger dem Gericht zukommende Aufklärungs- und Fürsorgepflichten überantworte, auch schwerste Verfahrensverstöße ohne gesetzliche Grundlage für unbeachtlich erkläre und daher das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren verletze (etwa *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rdnr. 460a m.w.N.).

4. Zur Verwertbarkeit der Aussage Ts kommt der Senat vorliegend mit folgender Überlegung:

„Belehrungsdefizite begründen dann kein Verwertungsverbot, wenn sie das Aussageverhalten des Vernommenen nicht beeinflusst haben. Dieser Gesichtspunkt [...] [wirkt] sich insbesondere dann aus [...], wenn der Vernommene das Recht, über das er nicht ordnungsgemäß belehrt wurde, trotzdem kannte.“

Bekanntes Beispiel hierzu ist die ohne Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO zustande gekommene Einlassung des Beschuldigten. Sie ist unverwertbar; es besteht grundsätzlich ein Beweisverwertungsverbot. Als Grund hierfür wird angeführt (*Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2010, § 6 Rdnr. 50): Kennt der Beschuldigte seine Rechte nicht, besteht die Gefahr, dass er in der Mei-

nung, zur Aussage verpflichtet zu sein, falsche Angaben macht. Die Ergebnisse einer solchen Beschuldigtenvernehmung sind daher nicht mit einer sachgerechten Wahrheitsermittlung und einem fairen Strafverfahren in Einklang zu bringen. Ausnahmsweise steht jedoch einer Verwertung dann nichts entgegen, wenn der Beschuldigte Kenntnis von seinen Rechten hatte (*Hinderer*, JA 2012, 115).

Dies überträgt der Senat auf vorliegende Konstellation. Es *„besteht im konkreten Einzelfall kein Verwertungsverbot, wenn davon auszugehen ist, dass [...] [dem Beschuldigten] [...] bei der Vernehmung die Möglichkeit vor Augen stand, dass die Geschädigte tot sein könnte und die Belehrungsdefizite daher das Aussageverhalten des Beschuldigten nicht beeinflussen haben“*. Darin wird eine Fortentwicklung bisheriger Rspr. erblickt (*Jahn*, JuS 2012, 658 (659 f.)), dort auch zu nachstehender Kritik): Wenn der Beschuldigte jedenfalls damit rechnet, es werde ihm eine andere Tat als diejenige angelastet, die ihm durch die Beamten des Polizeidienstes nach § 162a Abs. 4 S. 1 StPO eröffnet wurde, begründe dies ausnahmsweise kein Beweisverwertungsverbot. Diese Fortentwicklung wird insofern kritisiert, als dass es hier nicht um die Kenntnis eines Rechts (wie etwa dem Recht zu Schweigen oder zur Verteidigerkonsultation) geht,

sondern um die Kenntnis von Tatsachen (dem Tod des Tatopfers).

(Wiss. Ang. RA Guido Philipp Ernst)

Irrige Annahme einer unmittelbar bevorstehenden Intensivierung eines sich bereits in Gang befindlichen rechtswidrigen Angriffs

BGH, Beschluss vom 01.03.2011 – 3 StR 450/10, NStZ 2011, 630

- 1. Das Handeln des Täters, der sich zwar in einer (objektiv gegebenen) Notwehrlage befindet, doch irrig von einer unmittelbar bevorstehenden Intensivierung des sich bereits in Gang befindlichen rechtswidrigen Angriffs ausgeht, beurteilt sich nach den Grundsätzen des Erlaubnistatbestandsirrtums. (Leitsatz der Bearbeiter)**
- 2. Ein Erlaubnistatbestandsirrtum schließt nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB die Bestrafung wegen vorsätzlicher Tatbegehung aus. Nach § 16 Abs. 1 S. 2 StGB bleibt bei Vermeidbarkeit des Irrtums eine Bestrafung wegen einer Fahrlässigkeitstat möglich. Beruht dieser Irrtum auf einem der in § 33 StGB genannten Affekte, liegt kein schuldhaftes Handeln vor. (Leitsatz der Bearbeiter)**

Sachverhalt (vereinfacht):

Der sich in einem schlechten Gesundheitszustand befindliche A wohnte in einem größeren Wohnkomplex, in welchem es regelmäßig zu Ruhestörungen, Drogendelikten, Körperverletzungen und entsprechenden Polizeieinsätzen kam. Auf derselben Etage wohnte auch W, zu dem A ein von gegenseitigem Verständnis geprägtes Verhältnis hatte.

In der Tatnacht vernahm A erheblichen Lärm aus der Wohnung des W, in der sich mehrere Personen aufhielten, die bei offener Wohnungstür Alkohol und Drogen konsumierten, grölten und lau-

te Musik spielten. Auf As Bitte hin sorgte W für Ruhe, worauf A sich schlafen legte. Etwas später erwachte A, weil erneut laute Musik aus der Wohnung des W drang. Schlaftrunken und verärgert entschloss sich A, für Ruhe zu sorgen. Er hielt es nicht für angebracht, die Polizei einzuschalten, da er mit W stets hatte reden können. Im Bewusstsein der erlebten Polizeieinsätze und aus Angst vor den ihm unbekanntem Gästen des W, steckte er zu seinem Schutze ein zusammengeklapptes Messer mit einer sieben Zentimeter langen, spitz zulaufenden Klinge in die Tasche seiner Jogginghose.

W war zwischenzeitlich eingeschlafen. In dessen Wohnung fand A lediglich noch B und C ansprechbar vor. Im Wohnungsflur stehend, forderte er B auf, die Musik leiser zu stellen. Dieser trat auf A zu, verwickelte ihn zunächst in eine verbale Auseinandersetzung und versuchte schließlich, ihn aus der Wohnung zu drängen. Hieraus entwickelte sich ein Handgemenge und ein Schubsen. Nun entschloss sich der im Wohnzimmer befindliche C, in das Geschehen „einzugreifen“. Er stand auf und „schoss regelrecht“ an B vorbei in Richtung des A, wobei er mit den Armen gestikulierte. Obwohl B und C zu keinem Zeitpunkt beabsichtigten, A, der die Wohnung nicht freiwillig verlassen wollte, zu schlagen oder zu verletzen, fühlte dieser sich nun bedroht. Er fürchtete, gewaltsam aus Ws Wohnung „herauskatapultiert“ zu werden und infolge dessen zu stürzen oder gegen die Wand des Etagenflurs zu prallen, was ihm wegen seines Gesundheitszustandes Angst bereitete. Er meinte, einem solchen Angriff durch ungezielte Messerstiche in Richtung B und C begegnen zu dürfen. Deshalb zog er das Messer hervor, öffnete es gleichzeitig und stach in unmittelbarer zeitlicher Abfolge zweimal ungezielt, aber heftig in Richtung B und C. C wurde an der linken Halsseite getroffen und erlitt dort eine etwa drei Zentimeter tiefe Stichwunde. B erhielt einen Stich in den

rechten Oberbauch, der zwischen den Leberlappen hindurchging.

Zur Strafbarkeit As nach dem StGB:

A. Strafbarkeit gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 5 StGB (an B und C durch die beiden Messerstiche)

I. Der Tatbestand der §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 5 StGB ist erfüllt.

II. As Handeln kann gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein, was zunächst das Vorliegen einer Notwehrlage, also eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs auf ein notwehrfähiges Rechtsgut, voraussetzt. Einzig fraglich ist die Rechtswidrigkeit des Angriffs, befand sich A doch in einer fremden Wohnung. Er kann das Hausrecht, ein notwehrfähiges Recht, verletzt und daher seinerseits rechtswidrig gehandelt haben. Dies verneint der Senat und nimmt eine (objektive) Notwehrlage an: *A „befand sich [...] insoweit in einer Notwehrlage, als der Zeuge B versuchte, ihn mittels körperlicher Gewalt zum Verlassen der Wohnung des Zeugen W zu zwingen, denn hierdurch hat er den Angekl. [A] rechtswidrig angegriffen (§ 240 StGB; § 32 II StGB). Das Handeln des Zeugen B war insbesondere nicht durch Nothilfe zugunsten des Zeugen W gerechtfertigt, denn der Angekl. [A] ist weder widerrechtlich in dessen Wohnung eingedrungen noch hat er unberechtigt darin ver-*

weilt (§ 123 I StGB). Inhaber des Hausrechts war der Zeuge W. Dass dessen Wille einem Betreten seiner Wohnung durch den Angekl. [A] aus gegebenem Anlass entgegenstand, hat das LG nicht festgestellt. Angesichts des Verhaltens des Zeugen W anlässlich der vorangegangenen Ruhestörung und seines sachlichen Verhältnisses zum Angekl. [A] liegt dies auch nicht nahe. Schon deshalb konnte die vom Zeugen B als Drittem [Nachw.] an den Angekl. [A] gerichtete Aufforderung, die Wohnung zu verlassen, rechtlich keine Wirkung entfalten.

In einer objektiven Notwehrlage befand sich der Angekl. [A] naheliegend aber auch gegenüber dem Zeugen C. Zwar hat das LG nicht ausdrücklich festgestellt, mit welchem Ziel sich dieser dazu entschloss, in das Geschehen ‚einzugreifen‘, jedoch geht es nach dem Gesamtzusammenhang des Urteils von der nahe liegenden Annahme aus, er habe den Zeugen B bei der Entfernung des Angekl. [A] aus der Wohnung körperlich unterstützen wollen.“

Die Notwehrhandlung liegt in den beiden Messerstichen. Sie muss sich innerhalb der Grenzen der Notwehr bewegt haben, also erforderlich und geboten gewesen sein. Der Senat verhält sich dazu nicht und kommt sogleich auf den nächsten Prüfungspunkt, auf As Vorstellungen, zu sprechen. Gleichwohl hier so viel:

Die Verteidigungshandlung ist erforderlich, wenn sie zur Abwehr des Angriffs geeignet war sowie unter mehreren geeigneten Maßnahmen das mildeste (= schonendste) Mittel darstellte, den Angriff sofort und ohne Risiko für den Angegriffenen endgültig abzuwehren. Der Messereinsatz war jedenfalls in der Lage, den Angriff zu beenden. Ob ferner das „Prinzip des mildesten Mittels“ gewahrt ist, ist fraglich. Welche Verteidigung konkret erforderlich ist, hängt hauptsächlich von Art und Maß des Angriffs ab. Nachdem sich auch C in das Geschehen einschaltete, wird man davon ausgehen können, dass A (sich zwei Angreifern gegenübersehend) sich nicht mehr gleich effektiv nur mit bloßen Händen hätte verteidigen können. Allerdings ist das Erfordernis einer abgestuften Reaktionsfolge nicht nur beim Schusswaffengebrauch (dazu schon BGH, Beschluss vom 02.11.2011 – 2 StR 375/11, JSE 3/2012, 101 ff.), sondern auch beim Einsatz sonstiger Waffen im technischen Sinne sowie gefährlicher Werkzeuge anerkannt (s. nur Günther, in: SK/StGB, 31. Lfg., 7. Aufl., § 32 Rdnr. 96): Zunächst ist der Einsatz des Verteidigungsmittels anzudrohen (zumal dann, wenn der Angreifer unbewaffnet ist), danach muss das Verteidigungsmittel in nicht lebensgefährlicher Weise eingesetzt werden, bevor als ultima ratio das gesamte Gefährdungspotential zur Entfaltung kommen darf. Wenn jedoch andere Verteidigungsmöglich-

keiten nicht gegeben sind oder die Erfolgsaussichten milderer Mittel der Verteidigung ungewiss sind, ist ein sofortiger lebensgefährlicher oder tödlicher Einsatz der Waffe oder des sonstigen Werkzeuges zulässig. Entscheidend ist die konkrete „Kampflage“. Geht man aufgrund der Überzahl der Angreifer und deren Nähe zu A davon aus, ein vorheriges Androhen hätte keinen Erfolg versprochen und bejaht so insgesamt die Erforderlichkeit, bleibt zu fragen, ob die Grenze der Gebotenheit beachtet ist. Sozialethische Einschränkungen können zu erwägen sein. In Betracht kommt die Fallgruppe des krassen Missverhältnisses zwischen Angriffs- und Verteidigungshandlung bzw. geschütztem und betroffenem Rechtsgut. Der Senat stellt i.R.d. Notwehrlage fest, A sollte „zum Verlassen der Wohnung des Zeugen W“ gezwungen werden. Bei diesem aufgezwungenen Zurückweichen aus der Wohnung handelt es sich (objektiv) um eine Freiheitsverletzung, eine Freiheitsbeeinträchtigung von wenigen Sekunden. Dem steht gegenüber eine (erhebliche) Verletzung von B und C. Dass dies in einem krassen Missverhältnis zu einer derart kurzen Freiheitsbeeinträchtigung steht, wird man annehmen dürfen (dazu Sinn, ZJS 2012, 124 (126)).

Jedenfalls die Grenze der Gebotenheit ist nicht gewahrt und eine Rechtferti-

gung nach § 32 StGB demnach zu verneinen.

III. A kann über die tatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr geirrt haben, Putativnotwehr kann anzunehmen sein. Diese ist gegeben, wenn der Täter irrig das Vorliegen der Voraussetzungen der Notwehr annimmt, also von einem Sachverhalt ausgeht, bei dessen Vorliegen sein Handeln nach § 32 StGB gerechtfertigt wäre (er irrt z.B. über das Vorliegen der Notwehrlage, die Erforderlichkeit der Verteidigung oder über einen die Verteidigung einschränkenden Sachverhalt); er befindet sich in der Situation eines sog. Erlaubnistatbestandsirrtums (*Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 32 Rdnr. 65).

Dazu der Senat:

Zwar irrte A „nicht über die tatsächlichen Voraussetzungen einer Notwehrlage. Vielmehr schloss er aus dem Eingreifen des Zeugen C irrig auf eine unmittelbar bevorstehende Intensivierung des bereits in Gang befindlichen rechtswidrigen Angriffs, den er durch den bislang geleisteten bloßen körperlichen Widerstand nicht mehr begegnen zu können glaubte. [...] Hält sich der Angegriffene in einem solchen Falle im Rahmen dessen, was in der von ihm angenommenen Situation zur Abwendung des Angriffs objektiv erforderlich und geboten gewesen wäre, so beurteilt sich sein Handeln

zunächst allein nach den Grundsätzen des Erlaubnistatbestandsirrtums“ (synonym: Erlaubnistatumstandsirrtum). Auf dieser Grundlage fragt sich, ob As Handeln durch Notwehr gerechtfertigt ist (hypothetische Notwehrprüfung):

A befand sich in „einer objektiven Notwehrlage“ (s.o.). Seine Verteidigungshandlung, die beiden Messerstiche, richteten sich gegen die Angreifer. Diese Handlung muss sich (As Vorstellung als wahr unterstellt) innerhalb der Grenzen der Notwehr bewegen, also erforderlich und geboten sein.

Hierzu führt der Senat aus:

„Ob die Messerstiche i.S.v. § 32 II StGB erforderlich gewesen wären, um einen Angriff abzuwehren, wie der Angekl. [A] ihn befürchtete, kann der Senat mangels zureichender Darlegungen zur inneren Tatseite nicht überprüfen. Zwar geht das LG zutreffend davon aus, dass der Einsatz einer lebensgefährlichen Waffe jedenfalls gegenüber einem unbewaffneten Angreifer grundsätzlich zunächst anzu-drohen ist. Indes teilt es nicht mit, ob der Angekl. [A] überhaupt von einer Kampf-lage ausging, in der es noch möglich und Erfolg versprechend gewesen wäre, zunächst mit dem Messer zu drohen [Nachw.]. Angesichts der Feststellung, der Zeuge C sei regelrecht auf den Angekl. [A] zugeschossen, versteht sich dies nicht von selbst.“

Auch wenn der Senat hierdurch die Frage der Erforderlichkeit i.E. offen lässt, spricht doch einiges dafür, (auch bei dieser hypothetischen Prüfung) die Möglichkeit einer vorherigen Androhung zu verneinen und die Erforderlichkeit zu bejahen, immerhin waren die Angreifer A zahlenmäßig überlegen und befanden sich in seiner unmittelbaren Nähe (hierzu Sinn, ZJS 2012, 124 (126)). Der Einsatz des Messers muss des Weiteren geboten gewesen sein.

Der Senat dazu:

„Der Auffassung des LG, die Messerstiche wären jedenfalls nicht i.S.v. § 32 I StGB geboten gewesen, kann sich der Senat nicht anschließen. Der Angegriffene muss von einer erforderlichen Verteidigungshandlung nicht bereits dann absehen, wenn zwischen der dem Angreifer dadurch drohenden Rechtsgutverletzung und dem angegriffenen eigenen Rechtsgut ein Ungleichgewicht besteht. Rechtsmissbräuchlich und damit nicht mehr geboten ist eine Verteidigungshandlung vielmehr erst dann, wenn die jeweils bedrohten Rechtsgüter zueinander in einem unerträglichen Missverhältnis stehen, etwa wenn die – wie hier – Leib oder Leben des Angreifers gefährdende Handlung der Abwehr eines evident bagatellhaften, bloßem Unfug nahe kommenden Angriffs dient [Nachw.]. Bei dem vom Angekl. [A] befürchteten ‚Hinauskatapultieren‘ mit der Gefahr nicht unerheb-

licher Verletzungen infolge eines Sturzes oder eines Aufpralls auf der Wand kann davon keine Rede sein.“

Bei dem bedrohten Rechtsgut handelt es sich also (As irrige Annahme einer „unmittelbar bevorstehende[n] Intensivierung des bereits in Gang befindlichen rechtswidrigen Angriffs“ zugrunde gelegt) nicht mehr um eine Freiheitsbeeinträchtigung von wenigen Sekunden, weshalb ein krasses Missverhältnis nicht (mehr) angenommen werden kann. Die Grenzen der Notwehr sind (auf dieser Basis) gewahrt. Schlussendlich kann das Vorliegen des subjektiven Rechtfertigungselements angenommen werden.

A befand sich daher in einem „Erlaubnistatbestandsirrtum“ i.F.d. Putativnotwehr. „Seine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tatbegehung ist nach § 16 I 1 StGB ausgeschlossen“.

IV. A hat sich nicht wegen vorsätzlicher gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit gem. § 229 StGB (an B und C durch die beiden Messerstiche)

A kann sich allerdings wegen fahrlässiger Körperverletzung strafbar gemacht haben, kommt doch „bei Vermeidbarkeit des Irrtums [...] gem. § 16 Abs. 1 S. 2 StGB die Bestrafung wegen einer Fahrlässigkeitstat in Betracht“. Der Senat

wirft also die Frage auf, ob As irrige Annahme einer „unmittelbar bevorstehende[n] Intensivierung des bereits in Gang befindlichen rechtswidrigen Angriffs“ auf ihn (mit der Folge der Verneinung eines krassen Missverhältnisses und der Bejahung der Gebotenheit), vermeidbar war (also auf einem Sorgfaltsmangel beruhte). Im direkten Anschluss daran führt er aus: „Zu prüfen bleibt [...] [dabei], ob der (vermeidbare) Irrtum auf einem der in § 33 StGB genannten asthenischen Affekte – Verwirrung, Furcht oder Schrecken – beruht, denn hierdurch entfielen schuldhaftes Handeln. Anders als in dem Fall, dass der Täter die Fortsetzung eines bereits beendeten Angriffs annimmt [Nachw.], ist die Anwendung dieser Vorschrift nicht ausgeschlossen, denn die objektive Notwehrlage dauert fort [Nachw.]“. Welche Rechtsfolgen diese Fehlvorstellung As zeitigt (ob also ein sog. intensiver Notwehrexzess anzunehmen ist), „lässt sich anhand der Feststellungen nicht abschließend beurteilen“. Dies wird nach Zurückverweisung an eine andere Strafkammer des LG diese zu beurteilen haben; insofern kann hier kein Ergebnis präsentiert werden.

Hinweise:

1. Wieder einmal hatte sich der BGH mit dem in Prüfungsarbeiten überaus beliebten Erlaubnistatbestandsirrtum (i.F.d. Putativnotwehr) zu befassen.

Hiesige Konstellation unterscheidet sich allerdings von den klassischen Fällen, bezieht sich dort (anders als hier) die Fehlvorstellung auf das Vorliegen einer Notwehrlage (dazu etwa *BGH*, Beschluss vom 02.11.2011 – 2 StR 375/11, *JSE* 3/2012, 101 ff.).

2. Zur rechtlichen Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums merkt der Senat lediglich an, die „*Bestrafung wegen vorsätzlicher Tatbegehung ist nach § 16 I 1 StGB ausgeschlossen*“ (in *BGH*, Beschluss vom 02.11.2011 – 2 StR 375/11, *JSE* 3/2012, 101 ff. heißt es, ein Erlaubnistatbestandsirrtum „führt entsprechend § 16 Abs. 1 StGB zum Ausschluss der Vorsatzschuld“). In einer Klausur sollte auf diese umstrittene Frage vertieft eingegangen werden (s. dazu schon knapp die Hinweise zu *BGH*, Beschluss vom 02.11.2011 – 2 StR 375/11, *JSE* 3/2012, 101 (106) sowie ausführlich und aktuell *Heuchemer*, *JuS* 2012, 795 ff.).

3. Dieser Fall bietet Gelegenheit, neben den für die Prüfung bedeutsamen Themenbereichen Notwehr und Erlaubnistatbestandsirrtum/Putativnotwehr, kurz auf die nicht minder relevanten Problembereiche Notwehrexzess und Putativnotwehrexzess einzugehen:

a. Der Senat spricht § 33 StGB an. Diese Vorschrift verweist auf die Regelungen der Notwehr, setzt also (objektiv) eine Notwehrlage voraus (h.M.). Dazu der Senat: „*Die Anwendung dieser Vorschrift*

[ist hier] nicht ausgeschlossen, denn die objektive Notwehrlage dauert fort“. Wird der Täter „*aus den in der Vorschrift genannten Gründen zur Überschreitung der Grenzen der Notwehr hingerissen, entfiele schuldhaftes Handeln*“ nach § 33 StGB (sog. intensiver Notwehrexzess). „*Anders [ist das] in dem Fall, dass der Täter die Fortsetzung eines bereits beendeten Angriffs annimmt*“. Damit ist der sog. extensive Notwehrexzess angesprochen, bei dem der Täter die zeitliche Grenze der Notwehr, also die Gegenwartigkeit des Angriffs, überschreitet. Er wehrt einen noch nicht begonnenen (noch nicht gegenwärtigen; sog. vorzeitig-extensiver Notwehrexzess) oder einen bereits beendeten (nicht mehr gegenwärtigen; sog. nachzeitig-extensiver Notwehrexzess) Angriff ab. Die wohl h.M. lehnt die Anwendbarkeit des § 33 StGB auf diese Fälle mit der Begründung ab, dass es bereits an einer unrechtsmindernden Notwehrlage fehle (vgl. *Jescheck/Weigend*, *StrafR AT*, 5. Aufl. 1996, § 45 II 4.; zum Streitstand knapp *Ernst*, *ZJS* 2012, 654 (656, Fn. 25)).

b. Ein Putativnotwehrexzess liegt demgegenüber vor, wenn sich der Täter in der Situation einer Putativnotwehr gegen den vermeintlichen Angreifer in einer die Grenzen der Notwehr überschreitenden Weise wehrt. Objektiv liegt keine Notwehrlage vor (*Perron*, in: *Schönke/Schröder*, *StGB*, 28. Aufl. 2010,

§ 33 Rdnr. 8). Da sich A „in einer objektiven Notwehrlage befand“ (s.o.), kommt ein Putativnotwehrexzess seinerseits nicht in Betracht. Daher stellt sich für den Senat auch nicht die Frage nach der Anwendbarkeit des § 33 StGB bei einem Putativnotwehrexzess. Zwar wird z.T. für eine analoge Anwendung des § 33 StGB plädiert (Frister, StrafR AT, 5. Aufl. 2011, 16. Kap. Rdnr. 41), doch lehnt dies die wohl h.M. ab: Der Wortlaut des § 33 StGB verlange eine wirkliche Notwehrlage, in Ermangelung der Verteidigung gegen einen realen gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff fehle es an einer hinreichenden Unrechtsminderung (Krey/Esser, StrafR AT, 5. Aufl. 2012, Rdnr. 769). Als sog. Doppelirrtum sei diese Situation als sog. indirekter Verbotsirrtum (Erlaubnisirrtum) zu behandeln und § 17 StGB anzuwenden (Wessels/Beulke, StrafR AT, 42. Aufl. 2012, Rdnr. 448 a.E., 458 u. 485 f.)).

(Wiss. Ang. RA Guido Philipp Ernst /
Stud. Hilfskraft Caprice Nina Doerbeck)

Verdeckungsabsicht des schon Verdächtigten

BGH, Urteil vom 17.05.2011 – 1 StR 50/11, NJW 2011, 2223

Auch nach Bekanntwerden einer Straftat kann ein Täter in Verdeckungsabsicht handeln, selbst wenn er weiß, dass er dieser Straftat verdächtigt wird, sofern er glaubt, dass seine Tat oder Täterschaft noch nicht voll erkannt bzw. er noch nicht voll überführungsfähig sei. (Leitsatz des Bearbeiters)

Sacherhalt (vereinfacht und gekürzt):

A. ist in den Besitz der ec-Karte ihrer Nachbarn, der Eheleute P., gelangt. Diese hatte sie u.a. zum Zwecke einer unberechtigten Überweisung zu Gunsten ihrer Schwester und zu Barabhebungen in einer Filiale i.H. von 7.000 Euro verwendet. Die Eheleute P. haben dies bemerkt, Anzeige erstattet und die von ihnen verdächtige A. aufgefordert, zu einem persönlichen Gespräch in der Bankfiliale zu erscheinen. Diese hätte dort durch den Bankangestellten W. identifiziert werden sollen, der die Barauszahlungen getätigt hatte. A. befürchtet nun, dass über von ihr durchgeführte Überweisungen hinaus auch ihre Barabhebungen aufgedeckt würden. Sie will deshalb von Frau J.P. herausbekommen, was diese über die Sache weiß, ob sie selbst unter Verdacht steht und welche Beweise vorliegen. Am Nachmittag kommt A. in die Wohnung der Eheleute P. und hält sich mit Frau J.P. in der Küche auf. Als beide über die unberechtigten Abhebungen sprechen, entsteht ein

Streit. A. gerät dabei in Wut und sticht mit einem Messer mehrmals auf Frau J.P. ein, um sie zu töten. Die beigelegten Verletzungen führen zum Tod von J.P.

Prozessgeschichte:

Das LG hat A. (nur) wegen „Totschlags sowie Betrugs und Urkundenfälschung“ zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 14 Jahren und drei Monaten verurteilt. Gegen dieses Urteil hat die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt und mit der Sachrüge beanstandet, dass A. nicht wegen Mordes verurteilt wurde. Die Revision war erfolgreich: Das Urteil wurde mit den diesbzgl. Feststellungen teilweise und im Gesamtstrafenauspruch aufgehoben und im Umfang der Aufhebung gem. § 354 II StPO an eine andere als Schwurgericht zuständige Strafkammer des LG zurückverwiesen.

Frage: Hat sich A. wegen Mordes i.S. des § 211 StGB strafbar gemacht?

A. Strafbarkeit As wegen Totschlags gem. § 212 I StGB (durch die Messerstiche)

A. hat den Tatbestand des § 212 I StGB in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt. J.P. ist gestorben aufgrund der Handlung der A. Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungs- bzw. Entschuldigungsgründe liegen nicht vor.

B. Mord in Verdeckungsabsicht gem. § 211 II, Gruppe 3, Var. 2 StGB?

A. könnte J.P. getötet haben, um eine Straftat zu verdecken.

Nach Ansicht des BGH war die Verneinung des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht durch das LG – zumindest auf Grundlage der dort getroffenen Feststellungen bzw. mit der dort gegebenen Erklärung – rechtsfehlerhaft.

Der BGH stellt zunächst seinen Prüfungsspielraum fest:

„Das RevGer. hat es [...] grundsätzlich hinzunehmen, wenn das Tatgericht tatsächliche Zweifel am Vorliegen von Mordmerkmalen nicht zu überwinden vermag. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters. Die revisionsrechtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht insbesondere der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen Denkgesetze

oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt.“

Er rügt sodann aber die Rechtsfehlerhaftigkeit des Schuldspruchs auf Grundlage der getroffenen Feststellungen und führt aus, dass die *„Beweiswürdigung lückenhaft“* sei und es hinsichtlich der Frage zur Verdeckungsabsicht an *„tragfähigen Überlegungen und Erörterungen“* fehle.

Nun folgt die schulmäßige Prüfung eines Tatbestandsmerkmals. Nach der Nennung des Tatbestandsmerkmals (Verdeckungsabsicht) schließen sich Definition und Subsumtion unter den konkreten Fall an. Im vorliegenden Fall bereitet die Subsumtion Schwierigkeiten, sodass hier das Problem *„aufzuwerfen“* (zu benennen) und eine nach juristischen Maßstäben tragfähige Entscheidung zu treffen ist; d.h. es sind Argumente vorzubringen.

Zunächst definiert auch der BGH:

„In Verdeckungsabsicht handelt, wer als Täter ein Opfer deswegen tötet, um dadurch eine vorangegangene Straftat als solche oder auch Spuren zu verdecken, die bei einer näheren Untersuchung Aufschluss über bedeutsame Tatumstände geben könnten.“

Problematisch ist, ob eine Subsumtion des Sachverhalts unter diese Definition möglich ist, da die Tat ja bereits entdeckt war. Der BGH führt zunächst das

Wortlaut-Argument an, welches vorliegend gegen eine Verdeckungsabsicht der A. spricht, da *„begrifflich eine Tötung zur Verdeckung einer Straftat dann“* ausscheide, *„wenn diese bereits aufgedeckt ist und der Täter dies weiß (vgl. BGH, Urteil vom 1. August 1978 – 5 StR 302/78 = GA 1979, 108)“*.

Das LG nahm mit dieser – nach Ansicht des BGH zu kurz gegriffenen – Argumentation an, dass A. die Tat nicht zur Verdeckung ihrer Straftat(en) begehen konnte. Zwar sei A. auch von J.P. verdächtigt geworden. Da A. aber wusste, dass auch der Ehemann Jo.P. und der Bankmitarbeiter W. denselben Verdacht hegten, habe die Tötung von J.P. aus Sicht der A. nicht geeignet sein können, die weitere Aufdeckung ihrer Taten zu verhindern.

Für die Annahme von Verdeckungsabsicht der A. spricht aber vielmehr – so der 1. Senat des BGH:

„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 (vgl. Senatsurteil vom 1. Februar 2005 aaO).“

Dabei stellt der BGH noch einmal deutlich heraus, dass es beim subjektiven

Tatbestandsmerkmal der Verdeckungsabsicht („um eine andere Straftat [...] zu verdecken“) auf die Täterperspektive ankommt:

„Verdeckungsabsicht ist aus der Sicht des Täters zu beurteilen. Glaubt er, mit der Tötung eine günstige Beweisposition aufrechterhalten 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.“

Mit anderen Worten: *„In Verdeckungsabsicht tötet [...] auch, wer lediglich die eigene Täterschaft verbergen will, die den Strafverfolgungsbehörden nach seiner Vorstellung bisher nicht bekannt ist.“*

Schließlich werden diejenigen Indizien (Anzeichen/Hinweise) benannt, die nach Ansicht des BGH für eine Verdeckungsabsicht sprechen. Hierbei wird strikt auf die Urteilsausführungen (UA) im LG-Urteil abgestellt:

„Die Angeklagte ging nicht zu dem Termin bei W., ‚um weitere Ermittlungen gegen sich zu verhindern‘ (UA S. 11). Sie befürchtete, dass ihre Überweisungen und Barabhebungen ans Licht kämen (UA S. 10). Sie suchte nach der Tat W. auf und versuchte, die von ihr gefälschte Unterschrift als von der Toten geleistet hinzustellen, um damit zu erreichen ‚dass die Ermittlungen gegen sie wegen der unberechtigten Kontoverfügungen

beendet werden' (UA S. 11). Die Angeklagte war zum Tatopfer gegangen, um herauszubekommen, was diese über eine Täterschaft der Angeklagten wusste (UA S. 11; vgl. auch UA S. 30). Anlass des Streites war das Gespräch über die unrechtmäßigen Abhebungen (UA S. 13). Den Urteilsfeststellungen lässt sich nicht entnehmen, dass die Angeklagte wusste, dass Jo.P. auch der Polizei seinen Tatverdacht gegen die Angeklagte mitgeteilt hatte (UA S. 23). Die Angeklagte wusste – entgegen ihrer Einlassung –, dass W. mit ihr die Überweisungen und Abhebungen klären wollte (UA S. 26). Die Angeklagte handelte in dem Gespräch mit W. nach der Tötung von J.P., um ‚weitere Ermittlungen gegen sie wegen der unberechtigten Überweisungen und wegen der unberechtigten Abhebungen zu stoppen' (UA S. 26). Die Angeklagte sah ‚als einzigen Ausweg aus ihrer Zwangslage die Tötung von J.P., (UA S. 52), wobei ihre Zwangslage darin bestand, die unberechtigten Kontoverfügungen erklären zu müssen. Der zur Feststellung der Schuldfähigkeit der Angeklagten gehörte Sachverständige Dr. Wö. verneinte eine Affekttat. ‚Vielmehr ergebe sich die konkrete Konfliktlage zwischen der Angeklagten und J.P. aus den von der Angeklagten zuvor durchgeführten unberechtigten Kontoverfügungen, deren Aufdeckung sie befürchtete' (UA S. 68).“

C. Ergebnis

A. hat sich danach wegen Mordes an J.P. in Verdeckungsabsicht gem. § 211 II Gruppe 3 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

Hinweise:

1. In einer Klausur müssten die „Hinweise“ auf die Verdeckungsabsicht im Sachverhalt stehen, da andernfalls eine Auseinandersetzung mit der Problematik kaum möglich wäre. Es müsste dann die „berühmte“ Arbeit am Sachverhalt erfolgen, der Sachverhalt müsste also dahingehend ausgewertet werden, ob sich Angaben für die eine oder die andere Ansicht heranziehen lassen.
2. All die eben genannten Indizien waren geeignet, eine Verdeckungsabsicht der A. zu belegen. Denn aus ihnen ergibt sich, dass A. subjektiv die Tötung der J.P. für geeignet hielt, die weitere Aufdeckung ihrer vorausgegangenen Taten zu verhindern. Die Strafkammer hat sich mit diesen von ihr selbst in den Urteilsausführungen festgestellten Hinweisen nicht (weiter) auseinandergesetzt, da für sie die „entdeckte Tat“ nicht der Definition des Merkmals „Verdeckungsabsicht“ subsumierbar war; als Anknüpfungspunkt wäre aber nach Auffassung des BGH auch die noch „nicht vollends entdeckte Täterschaft“ in Betracht gekommen. Damit war die Beweiswürdigung durch das LG lückenhaft und das

Urteil rechtsfehlerhaft zu Gunsten der A.
Die nunmehr zur Entscheidung berufene Strafkammer wird sich als neues Tatgericht mit diesen Maßgaben wieder mit der Frage auseinandersetzen haben, ob A. das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht erfüllt hat.

(Akad. Mit. Ass. iur. Dr. Patrick A. Hinderer)

Eilanträge gegen Ratifikation von ESM-Vertrag und Fiskalpakt

BVerfG, Urteil vom 12.09.2012 – 2 BvR 1390/12, NJW 2012, 3145

- 1. Die über eine reine Folgenabwägung hinausgehende summarische Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Zustimmungsgesetzes zu einem völkerrechtlichen Vertrag bereits im Eilrechtsschutzverfahren nach § 32 BVerfGG ist insbesondere dann geboten, wenn eine Verletzung der Schutzgüter des Art. 79 III GG in Rede steht. In einer derartigen Situation muss es Aufgabe des BVerfG sein, die Identität der Verfassung zu schützen. Ergibt die summarische Prüfung, dass eine behauptete Verletzung von Art. 79 III GG mit hoher Wahrscheinlichkeit gegeben ist, läge in der Nichtgewährung von Rechtsschutz ein schwerer Nachteil für das gemeine Wohl i.S. des § 32 BVerfGG [...]. Dieser Maßstab gilt auch für begleitende gesetzliche Regelungen, wenn ein enger Sachzusammenhang mit der zugleich angegriffenen völkerrechtlichen Vereinbarung besteht.**
- 2. Ein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch ohne eigene Rechtsbetroffenheit lässt sich weder aus dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) noch aus Art. 19 IV GG oder Art. 2 I GG ableiten.**
- 3. Eine Kontrolle wirtschafts- und finanzpolitischer Maßnahmen auf negative Folgen für die Geldwertstabilität durch das BVerfG kommt allenfalls in Fällen einer evidenten Minderung des Geldwerts in Betracht [...].**
- 4. Ein wesentliches Element zur unionsrechtlichen Absicherung der verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 20 I und II i.V. mit Art. 79 III GG an die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestags ist das Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung durch die Europäische Zentralbank [...]. Dieses Verbot wird durch den ESM-Vertrag nicht tangiert.**
- 5. Zwar kann sich das BVerfG in Bezug auf die demokratischen Gestaltungs- und Entscheidungsspielräume für zukünftiges Ausgabeverhalten nicht mit eigener Sachkompetenz an die Stelle der dazu zuvörderst berufenen Gesetzgebungskörperschaften setzen; es hat jedoch sicherzustellen, dass der demokratische Prozess offen bleibt, auf Grund anderer Mehrheitsentscheidungen rechtliche**

Umwertungen erfolgen können und eine irreversible rechtliche Präjudizierung künftiger Generationen vermieden wird.

6. Das Gesetz zu dem Beschluss des Europäischen Rates vom 25.3.2011 zur Änderung des Art. 136 AEUV hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, verstößt bei summarischer Prüfung nicht gegen Art. 38 I GG, Art. 20 I und II GG i.V. mit Art. 79 III GG.

7. Das Gesetz zu dem Vertrag vom 2.2.2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus trägt bei summarischer Prüfung den Anforderungen der Art. 38 I GG, Art. 20 I und II GG i.V. mit Art. 79 III GG im Wesentlichen Rechnung.

8. Das Gesetz zu dem Vertrag vom 2.3.2012 über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (Fiskalpakt) verstößt bei summarischer Prüfung nicht gegen Art. 38 I GG, Art. 20 I und II GG i.V. mit Art. 79 III GG.

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

Die Ast. beehrten mit ihren Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Wesentlichen, dass dem Bundespräsidenten bis zur Entscheidung über die jeweilige Hauptsache untersagt wird, die von Bundestag und Bundesrat am 29.6. 2012 als Maßnahmen zur Bewältigung der Staatsschuldenkrise im Euro-Währungsgebiet beschlossenen Gesetze auszufertigen und die mit ihnen gebilligten völkerrechtlichen Verträge zu ratifizieren. Im Einzelnen handelt es sich hierbei um folgende Gesetze:

- *Gesetz zu dem Beschluss des Europäischen Rates vom 25.3.2011 zur Änderung des Artikels 136 AEUV,*
- *Gesetz zu dem Vertrag vom 2.2.2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESMVG),*
- *Gesetz zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESMFinG),*
- *Gesetz zu dem Vertrag vom 2.3.2012 über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (SKSVG).*

Der künftige Artikel 136 III AEUV hat folgenden Wortlaut:

„Die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, können einen Stabilitätsmechanismus einrichten, der aktiviert wird, wenn dies unabdingbar ist, um die Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt zu wahren. Die Gewährung aller erforderlichen Finanzhilfen im Rahmen des Mechanismus wird strengen Auflagen unterliegen.“

Zweck des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) ist es, Finanzmittel zu mobilisieren und ESM-Mitgliedern, die schwerwiegende Finanzierungsprobleme haben oder denen solche Probleme drohen, unter strikten, dem gewählten Finanzhilfeeinstrument angemessenen Auflagen eine Stabilitätshilfe bereitzustellen, wenn dies zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten unabdingbar ist. Zu diesem Zweck ist der ESM berechtigt, Mittel aufzunehmen, indem er Finanzinstrumente begibt oder mit ESM-Mitgliedern, Finanzinstituten oder sonstigen Dritten finanzielle oder sonstige Vereinbarungen oder Übereinkünfte schließt.

Gem. § 1 ESMFinG beteiligt sich die Bundesrepublik Deutschland am Gesamtbetrag des einzuzahlenden Kapitals des ESM mit einem Betrag in Höhe von 21,71712 Mrd. Euro sowie am Gesamtbetrag des abrufbaren Kapitals mit

einem Betrag in Höhe von 168,30768 Mrd. Euro. Das Bundesministerium der Finanzen wird ermächtigt, für das abrufbare Kapital in Höhe von 168,30768 Mrd. Euro Gewährleistungen zu übernehmen.

Im SKS-Vertrag (Fiskalpakt) sind die Vertragsparteien als Mitgliedstaaten der Europäischen Union übereingekommen, die wirtschaftliche Säule der Wirtschafts- und Währungsunion durch Verabschiedung einer Reihe von Vorschriften zu stärken, die die Haushaltsdisziplin durch einen fiskalpolitischen Pakt fördern, die Koordinierung ihrer Wirtschaftspolitiken verstärken und die Steuerung des Euro-Währungsgebiets verbessern sollen und dadurch zur Erreichung der Ziele der Europäischen Union für nachhaltiges Wachstum, Beschäftigung, Wettbewerbsfähigkeit und sozialen Zusammenhalt beitragen.

Der Ast. zu I und Bf. im Verfassungsbeschwerdeverfahren [...] ist Mitglied des Deutschen Bundestags. Die fünf Ast. zu II und Bf. im Verfassungsbeschwerdeverfahren [...] sind Privatpersonen, ebenso wie der Ast. zu V und Bf. im Verfassungsbeschwerdeverfahren [...]. Die Ast. zu III sind die Bf. im Verfassungsbeschwerdeverfahren [...], hinter denen der Verein „Mehr Demokratie e.V.“ steht. Ast. zu IV und Bf. im Verfassungsbeschwerdeverfahren [...] sind die Abgeordneten der Fraktion "DIE LIN-

KE" des Deutschen Bundestags. Diese Fraktion als solche betreibt das Organstreitverfahren [...] und ist Ast. zu VI.

Frage: Haben die Anträge Aussicht auf Erfolg?

Begründung:

Das BVerfG prüft die Zulässigkeit im Maßstab der einstweiligen Anordnung abhängig von der Zulässigkeit der Hauptsacheverfahren, wobei jeweils zu beachten ist, dass unterschiedliche Verfahrensarten zugrunde liegen:

„Die Verfassungsbeschwerden sind nicht von vornherein unzulässig, soweit die Ast. eine Verletzung in ihren Rechten aus Art. 38 I, Art. 20 I und II i.V. mit Art. 79 III GG geltend machen; hinsichtlich der übrigen Rügen sind die Verfassungsbeschwerden dagegen unzulässig.

Die Verfassungsbeschwerden rügen im Wesentlichen, dass der Deutsche Bundestag durch die angegriffenen Gesetze unkalkulierbare Risiken eingehe, demokratische Entscheidungsprozesse auf die supranationale oder intergouvernementale Ebene verlagert würden und eine Wahrnehmung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung durch den Deutschen Bundestag nicht länger möglich sei. Damit legen die Ast. hinreichend substantiiert dar, dass die dauerhafte Haushaltsautonomie des Deutschen Bundestags beeinträchtigt werde und sie

deshalb in ihren Rechten aus Art. 38 I, Art. 20 I und II i.V. mit Art. 79 III GG verletzt sind.

Im Übrigen sind die Rügen unzulässig.

Soweit der Ast. zu I rügt, das ESM-Finanzierungsgesetz sei mangels ordnungsgemäßer Einbringung in den Deutschen Bundestag formell verfassungswidrig, hat er nicht substantiiert dargelegt, dass sein Recht aus Art. 38 I GG dadurch entleert sein könnte.

Soweit er darüber hinaus rügt, dass die Regelung des Art. 35 I ESMV den Amtswaltern des ESM persönliche Immunität von der Gerichtsbarkeit hinsichtlich ihrer amtlichen Handlungen zuerkennt, willkürlich sei und gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG verstoße, ist der Ast. zu I durch diese Regelung nicht nachteilig betroffen [...]. Der Ast. zu I macht der Sache nach einen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch geltend. Ein solcher lässt sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ebenso wenig ableiten wie aus Art. 19 IV oder aus Art. 2 I GG. [...]

Die Verfassungsbeschwerde der Ast. zu II ist unzulässig, soweit diese eine Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 14 I GG im Hinblick auf inflationäre Entwicklungen durch den Vertrag zur Einrichtung des ESM und die Begleitgesetzgebung sowie auf Grund von Handlungen der Europäischen Zentralbank geltend

machen. Eine Kontrolle wirtschafts- und finanzpolitischer Maßnahmen auf negative Folgen für die Geldwertstabilität durch das BVerfG kommt allenfalls in Fällen einer evidenten Minderung des Geldwerts in Betracht. Hinreichende Tatsachen, die zu einer Kontrolle durch das BVerfG Anlass geben könnten, haben die Ast. zu II nicht vorgetragen.

Auch die Rüge einer Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 20 IV GG durch die Ast. zu II ist unzulässig. Das Widerstandsrecht ist ein subsidiäres Ausnahmerecht, das [...] in Fällen wie dem vorliegenden nicht geltend gemacht werden kann.“

Das BVerfG nimmt nun Stellung zu den Anträgen, denen ein Organstreitverfahren zugrunde liegt:

„Der Antrag im Organstreitverfahren ist unzulässig, soweit die Ast. mit Blick auf das Gesetz zu dem Beschluss des Europäischen Rates vom 25.3. 2011 zur Änderung des Art. 136 AEUV hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 38 I 2 GG rügt. Im Übrigen ist der Antrag zulässig. [...]

Das Recht der Europäischen Union sieht für die Parlamente der Mitgliedstaaten keine Mitwirkungsbefugnisse bei der Auswahl des Änderungsverfahrens vor. Nach Art. 48 III Unterabs. 2 EUV kann

der Europäische Rat vielmehr mit einfacher Mehrheit nach Zustimmung des Europäischen Parlaments beschließen, für eine Vertragsänderung im ordentlichen Verfahren keinen Konvent einzuberufen, wenn seine Einberufung auf Grund des Umfangs der geplanten Änderungen nicht gerechtfertigt ist. [...]

Im Übrigen ist der Antrag im Organstreitverfahren zulässig. Insbesondere ist die Ast. als Fraktion des Deutschen Bundestags befugt, für diesen geltend zu machen, durch die angegriffenen Gesetze entäußere sich der Deutsche Bundestag seiner haushaltspolitischen Gesamtverantwortung.“

Das BVerfG prüft nun die Erfolgsaussichten in der Hauptsache:

„Das Wahlrecht (Art. 38 I GG) gewährleistet als grundrechtsgleiches Recht die Selbstbestimmung der Bürger und garantiert die freie und gleiche Teilhabe an der in Deutschland ausgeübten Staatsgewalt.

Sein Gewährleistungsgehalt umfasst die Grundsätze des Demokratiegebots aus Art. 20 I und II GG, die Art. 79 III GG als Identität der Verfassung auch vor dem Zugriff durch den verfassungsändernden Gesetzgeber schützt.“

Das BVerfG betont abermals die Verantwortung und die Rechte des Bundes-

tages bei Rechtsakten der Europäischen Union:

„Das Grundgesetz untersagt nicht nur die Übertragung der Kompetenz-Kompetenz auf die Europäische Union oder im Zusammenhang mit ihr geschaffene Einrichtungen.

Es ist deshalb von Verfassungen wegen gefordert, entweder dynamische Vertragsvorschriften mit Blankettcharakter nicht zu vereinbaren oder, wenn sie noch in einer Weise ausgelegt werden können, die die Integrationsverantwortung wahrt, jedenfalls geeignete Sicherungen zur effektiven Wahrnehmung dieser Verantwortung zu treffen. Das Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag und die innerstaatliche Begleitgesetzgebung müssen demnach so beschaffen sein, dass die europäische Integration weiter nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung erfolgt, ohne dass die Europäische Union oder im Zusammenhang mit ihr geschaffene Einrichtungen die Möglichkeit besitzen, sich der Kompetenz-Kompetenz zu bemächtigen oder sonst die integrationsfeste Verfassungsidentität des Grundgesetzes zu verletzen. Für Grenzfälle des noch verfassungsrechtlich Zulässigen muss der deutsche Gesetzgeber gegebenenfalls mit seinen die Zustimmung begleitenden Gesetzen wirksame Vorkehrungen dafür treffen, dass die Integrati-

onsverantwortung der Gesetzgebungsorgane sich hinreichend entfalten kann.

Art. 38 I GG wird namentlich 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 deshalb dem Volk gegenüber verantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entscheiden. Insofern stellt das Budgetrecht ein zentrales Element der demokratischen Willensbildung dar.

Auch in einem System intergouvernementalen Regierens müssen die gewählten Abgeordneten des Deutschen Bundestags als Repräsentanten des Volkes die Kontrolle über grundlegende haushaltspolitische Entscheidungen behalten. Mit der 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 einen erheblichen Umfang annehmen, wird das Budgetrecht nicht ohne Weiteres in einer mit Art. 38 I GG rügefähigen Weise verletzt.

Für die Einhaltung der Grundsätze der Demokratie kommt es vielmehr entscheidend darauf an, dass der Deutsche Bundestag der Ort bleibt, an dem eigenverantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entschieden wird, auch im Hinblick auf internationale und europäische Verbindlichkeiten. Würde über wesentliche haushaltspolitische Fragen ohne konstitutive Zustimmung des Bundestags entschieden oder würden überstaatliche Rechtspflichten ohne entsprechende Willensentscheidung des Bundestags begründet, so geriete das Parlament in die Rolle des bloßen Nachvollzugs und könnte die haushaltspolitische Gesamtverantwortung im Rahmen seines Budgetrechts nicht mehr wahrnehmen. [...]

Je größer der finanzielle Ausmaß von Haftungsübernahmen oder Verpflichtungsermächtigungen ist, umso wirksamer müssen Zustimmungs- und Ablehnungsrechte sowie Kontrollbefugnisse des Deutschen Bundestags ausgestaltet werden. Insbesondere darf dieser sich keinen finanzwirksamen Mechanismen ausliefern, die – sei es auf Grund ihrer Gesamtkonzeption, sei es auf Grund einer Gesamtwürdigung der Einzelmaßnahmen – zu nicht überschaubaren haushaltsbedeutsamen Belastungen ohne vorherige konstitutive Zustimmung führen können, seien es Ausgaben oder Einnahmeausfälle. Dieses Verbot, sich der Budgetverantwortung zu entäußern,

beschränkt nicht etwa unzulässig die Haushaltskompetenz des Gesetzgebers, sondern zielt gerade auf deren Bewahrung.

Eine notwendige Bedingung für die Sicherung politischer Freiräume im Sinne des Identitätskerns der Verfassung [...] besteht darin, dass der Haushaltsgesetzgeber seine Entscheidungen über Einnahmen und Ausgaben frei von Fremdbestimmung seitens der Organe und anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union trifft und dauerhaft ‚Herr seiner Entschlüsse‘ bleibt [...]. Aus der demokratischen Verankerung der Haushaltsautonomie folgt jedoch, dass der Bundestag einem intergouvernemental oder supranational vereinbarten, nicht an strikte Vorgaben gebundenen und in seinen Auswirkungen nicht begrenzten Bürgschafts- oder Leistungsautomatismus nicht zustimmen darf, der – einmal in Gang gesetzt – seiner Kontrolle und Einwirkung entzogen ist.

Es dürfen zudem 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. Soweit überstaatliche Vereinbarungen getroffen werden, die auf Grund 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 Bundestags; 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. [...]

Der Deutsche Bundestag kann seine haushaltspolitische Gesamtverantwortung nicht ohne ausreichende Informationen über die von ihm zu verantwortenden Entscheidungen von haushaltsrechtlicher Bedeutung wahrnehmen [...]. Die ausreichende Information des Parlaments durch die Regierung ist daher notwendige Voraussetzung einer effektiven Vorbereitung seiner Entscheidungen [...]. Dieser Grundsatz gilt nicht nur im nationalen Haushaltsrecht [...], sondern auch in Angelegenheiten der Europäischen Union.“

Es folgen wichtige Ausführungen des BVerfG zur Einordnung der EU:

„Das geltende Integrationsprogramm gestaltet die Währungsunion als Stabili-

tätsgemeinschaft aus. Dies ist, wie das BVerfG wiederholt hervorgehoben hat [...], wesentliche Grundlage für die Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an der Währungsunion. Die Verträge laufen dabei nicht nur hinsichtlich der Währungsstabilität mit den Anforderungen des Art. 88 S. 2 GG, gegebenenfalls auch des Art. 14 I GG, parallel, der die Beachtung der Unabhängigkeit der Europäischen Zentralbank und das vorrangige Ziel der Preisstabilität zu dauerhaft geltenden Verfassungsanforderungen der deutschen Beteiligung an der Währungsunion macht [...]; auch weitere zentrale Vorschriften zur Ausgestaltung der Währungsunion sichern die verfassungsrechtlichen Anforderungen unionsrechtlich ab. Das gilt insbesondere für das Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung durch die Europäische Zentralbank, das Verbot der Haftungsübernahme (Bail-out-Klausel) und die Stabilitätskriterien für eine tragfähige Haushaltswirtschaft (Art. 123 bis 126, Art. 139 AEUV).

Die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestags wird in Ansehung der Übertragung der Währungshoheit auf das Europäische System der Zentralbanken namentlich durch die Unterwerfung der Europäischen Zentralbank unter die strengen Kriterien des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und der Satzung des Europäischen Systems der Zentralban-

ken hinsichtlich der Unabhängigkeit der Zentralbank und der Priorität der Geldwertstabilität gesichert. [...]

Auch eine dauerhafte Beschränkung der Haushaltsautonomie durch die Übertragung wesentlicher haushaltspolitischer Entscheidungen auf Organe einer supra- oder internationalen Organisation oder andere Staaten oder die Übernahme entsprechender völkerrechtlicher Verpflichtungen kann das auf prinzipielle rechtliche Reversibilität angelegte Demokratieprinzip aus Art. 20 I und II GG verletzen.“

Das BVerfG nimmt nun Stellung zu den Anträgen, soweit ihnen Organstreitverfahren zugrunde liegen:

„Die Rüge, der Deutsche Bundestag werde in seinem Recht verletzt, die haushaltspolitische Gesamtverantwortung wahrzunehmen, kann auch von einer Fraktion des Deutschen Bundestags in einem Organstreitverfahren erhoben werden. Der Prüfungsmaßstab entspricht insoweit demjenigen der Verfassungsbeschwerde (Art. 20 I und II i.V. mit Art. 79 III GG).“

Interessant sind auch die folgenden Einschätzungen des BVerfG:

„Mit der Aufnahme von Art. 136 III AEUV in das Unionsrecht wird die stabilitätsgerichtete Ausrichtung der Währungsunion jedoch nicht aufgegeben. Wesent-

liche Bestandteile der Stabilitätsarchitektur bleiben auch in Ansehung dieser Öffnungsklausel unangetastet. So werden insbesondere die Unabhängigkeit der Europäischen Zentralbank, ihre Verpflichtung auf das vorrangige Ziel der Preisstabilität und das Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung nicht berührt; im Gegenteil bekräftigt die Ermächtigung des Art. 136 AEUV, einen dauerhaften Mechanismus zur Gewährung von Finanzhilfen einzurichten, den Willen der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten, die Aufgaben der Europäischen Zentralbank strikt auf den ihr unionsrechtlich vorgegebenen Rahmen zu begrenzen. Ebenso wenig befreit Art. 136 III AEUV von der Verpflichtung zur Haushaltsdisziplin. Allein im Bereich der in Art. 125 AEUV normierten Haftungsauschlüsse lässt Art. 136 III AEUV nunmehr freiwillige Finanzhilfen zu, die allerdings nicht losgelöst von weiteren Anforderungen und nicht zu beliebigen Zwecken gewährt werden können. Vielmehr legt Art. 136 AEUV den Ermächtigungszweck als auch den Charakter als Ausnahmevorschrift fest, indem die Finanzhilfen der Währungsstabilität dienen müssen und überdies nur aktiviert werden dürfen, wenn dies zur Stabilisierung des Euro-Währungsgebiets insgesamt unabdingbar ist. [...]

Mit dem Zustimmungsgesetz zu Art. 136 III AEUV überträgt der Deutsche Bundestag keine haushaltspolitischen Er-

mächtigungen auf andere Akteure. Es besteht nicht die Gefahr, dass die Bundesrepublik Deutschland ohne vorherige konstitutive Zustimmung des Deutschen Bundestags einem finanzwirksamen Mechanismus ausgeliefert wird, der zu nicht überschaubaren haushaltsbedeutenden Belastungen führen kann oder auf eine unbeeinflussbare Haftungsübernahme für Willensentscheidungen anderer Staaten hinausläuft. Art. 136 III AEUV setzt selbst keinen Stabilitätsmechanismus ins Werk, sondern eröffnet den Mitgliedstaaten lediglich die Möglichkeit, entsprechende Mechanismen auf völkervertraglicher Grundlage zu installieren. Damit werden jedenfalls keine Kompetenzen auf die Organe der Europäischen Union übertragen; es sollen vielmehr mitgliedstaatliche Kompetenzen aufgegriffen und deren Verhältnis zum währungsrechtlichen Regelwerk der Union festgelegt werden. Gleichzeitig wird über den Weg eines völkervertragsrechtlichen Stabilitätsmechanismus gewährleistet, dass nur solche Mitgliedstaaten haften, die an ihm teilhaben. So betrachtet bestätigt Art. 136 III AEUV die Souveränität der Mitgliedstaaten, indem er ihnen die Entscheidung überantwortet, ob und in welcher Weise ein Stabilitätsmechanismus eingerichtet wird.

Allerdings könnte auf Grund bestimmter Auslegungen der Regelungen über den revidierten erhöhten Kapitalabruf [...] sowie der Regelungen über die Unver-

letzlichkeit der Unterlagen [...] und die berufliche Schweigepflicht der Organwalter [...] die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestags verletzt werden. Dies ist bei der Ratifizierung durch völkerrechtliche Erklärungen wirksam auszuschließen

In seinem Urteil vom 7.9.2011 hat der Senat die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestags bei der Übernahme von Gewährleistungen im Rahmen der Griechenlandhilfe und der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität als gesichert angesehen, weil das finanzielle Gesamtengagement der Bundesrepublik Deutschland der Höhe nach begrenzt war, der Deutsche Bundestag jeder Hilfsmaßnahme größeren Umfangs im Einzelnen zustimmen musste, ihm die Kontrolle über die Konditionalität der Hilfen zustand und diese Hilfen zeitlich begrenzt waren [Nachw.]. Diesen Anforderungen wird der ESM-Vertrag mit Blick auf das damit verbundene finanzielle Gesamtengagement der Bundesrepublik Deutschland und die für die Wahrung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Bundestags notwendigen Informationsrechte nur bei verfassungskonformer Auslegung gerecht. [...]

Wie die mündliche Verhandlung gezeigt hat, kann die von Art. 8 V ESMV beabsichtigte und von Bundestag und Bundesregierung noch einmal ausdrücklich

bekräftigte kategorische Haftungsbeschränkung im Zusammenhang mit den Vorschriften über die ‚revidierten erhöhten‘ Kapitalabrufe mit systematischen und teleologischen Argumenten aber auch einer Auslegung zugeführt werden, die mit der verfassungsrechtlichen Vorgabe, die haushaltmäßigen Belastungen klar und abschließend festzulegen, nicht mehr vereinbar wäre. Insofern ist es geboten, dass die Bundesrepublik Deutschland entsprechende Auslegungszweifel im Rahmen des völkerrechtlichen Ratifikationsverfahrens ausräumt. [...]

Die Bestimmungen der Art. 32 V, 34 und 35 I ESMV dürften nach summarischer Prüfung nicht gegen den durch Art. 79 III GG geschützten Kern des Wahlrechts aus Art. 38 I, Art. 20 I und II GG verstoßen, weil sie eine Auslegung zulassen, die eine hinreichende parlamentarische Kontrolle des ESM durch den Deutschen Bundestag ermöglicht. Angesichts denkbarer anderer Auslegungen bedarf es jedoch auch hier der völkerrechtlichen Sicherstellung einer mit dem Grundgesetz vereinbaren Auslegung.

Nach Art. 32 V ESMV sind sämtliche amtlichen Schriftstücke und Unterlagen des ESM unverletzlich und können daher jedenfalls nicht ohne oder gegen den Willen des ESM herausverlangt oder eingesehen werden. Art. 34 ESMV unterwirft die Organmitglieder und Mitarbeiter des ESM einer beruflichen Schweige-

pflicht, während Art. 35 I ESMV ihnen Immunität von der Gerichtsbarkeit hinsichtlich ihrer in amtlicher Eigenschaft vorgenommenen Handlungen und Unverletzlichkeit hinsichtlich ihrer amtlichen Schriftstücke und Unterlagen zuspricht. [...]

Ausnahmen zu Gunsten der nationalen Parlamente sieht der Vertrag nicht vor. [...]

Erfordert die durch Art. 20 I und II i.V. mit Art. 79 III GG geschützte haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestags, dass dieser diejenigen Informationen erhalten kann, die er für eine Abschätzung der wesentlichen Grundlagen und Konsequenzen seiner Entscheidungen benötigt, so ist eine Ratifizierung des ESM-Vertrags nur zulässig, wenn die Bundesrepublik Deutschland eine Vertragsauslegung sicherstellt, die gewährleistet, dass Bundestag und Bundesrat bei ihren Entscheidungen die für ihre Willensbildung erforderlichen Informationen erhalten. Die Bundesrepublik Deutschland muss deutlich zum Ausdruck bringen, dass sie an den ESM-Vertrag insgesamt nicht gebunden sein kann, falls sich der von ihr geltend gemachte Vorbehalt als unwirksam erweisen sollte. [...]

Gegen den ESM-Vertrag kann – entgegen dem Vorbringen der Ast. zu I und II – auch nicht eingewandt werden, dass der ESM zum Vehikel einer verfassungswid-

rigen Staatsfinanzierung durch die Europäische Zentralbank werden könnte. Das Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung als wesentliches Element zur unionsrechtlichen Sicherung der verfassungsrechtlichen Anforderungen des Demokratiegebots [...] wird durch den ESM-Vertrag nicht tangiert. Im geltenden Primärrecht findet dieses Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung seinen Ausdruck in Art. 123 AEUV. Dieser enthält das Verbot von Überziehungs- oder anderen Kreditfazilitäten bei der Europäischen Zentralbank oder den Zentralbanken der Mitgliedstaaten für Organe, Einrichtungen oder sonstige Stellen der Union, Zentralregierungen, regionale oder lokale Gebietskörperschaften oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, sonstige Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder öffentliche Unternehmen der Mitgliedstaaten sowie des unmittelbaren Erwerbs von Schuldtiteln von diesen durch die Europäische Zentralbank oder die nationalen Zentralbanken. Es kann dahinstehen, ob eine Kreditaufnahme des ESM bei der Europäischen Zentralbank bereits durch Art. 21 I ESMV ausgeschlossen ist, der lediglich eine Kapitalaufnahme ‚an den Kapitalmärkten‘ vorsieht. Als internes Abkommen zwischen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist der ESM-Vertrag jedenfalls unionsrechtskonform auszulegen. Da eine Aufnahme von Kapital durch den ESM bei der Europäischen Zentralbank allein oder in Verbindung mit der Hinter-

legung von Staatsanleihen mit Unionsrecht nicht vereinbar wäre, kann der Vertrag nur so verstanden werden, dass er derartige Anleiheoperationen nicht zulässt.“

Hinweise:

1. Die extrem lange und hier nur in Auszügen abgedruckte Entscheidung wurde wie kaum eine Entscheidung in den letzten Jahren mit großer Spannung erwartet. Die Brisanz der darin angesprochenen Fragen übertrifft alles, worüber das BVerfG in den letzten Jahren zu verhandeln hatte; manche sprechen bereits von einer „Jahrhundertentscheidung“. Ihre Kenntnis ist juristische Allgemeinbildung und Pflicht für jeden.
2. Die Entscheidung ist neben ihrer politischen und juristischen Bedeutung auch gut geeignet für eine Examensklausur, sowohl hinsichtlich der Zulässigkeit, welche eine Vielzahl von Problemen anspricht, als auch bezüglich der Begründetheit. Dabei ist immer auf den vom BVerfG betonten Prüfungsmaßstab einzugehen.
3. Zwar hat das BVerfG die Anträge als unbegründet zurückgewiesen, es hat jedoch dem ESM Grenzen gezogen, indem es völkerrechtlich wirksame Vorbehalte forderte. So forderte es, dass die Höchstgrenze der deutschen Beteiligung des ESM völkerrechtlich verbind-

lich festgelegt wird, außerdem schloss es eine Finanzierung des ESM durch die EZB aus. Insoweit kann man durchaus von einem Teilerfolg für die Antragsteller sprechen. Dass das BVerfG den ESM-Vertrag als verfassungswidrig verwerfen würde, wurde auch allgemein nicht erwartet. Das BVerfG hat Maßnahmen der EU bislang stets im Ergebnis gebilligt, dabei aber immer auf seine grundsätzliche Prüfungskompetenz hingewiesen und – wie hier – Vorbehalte geäußert.

(Rechtsanwalt Dr. Christian F. Majer)

Normenkontrolle einer Polizeiverordnung

VGH BW, Urteil vom 26.07.2012 – 1 S 2603/11

1. Eine Regelung in einer Polizeiverordnung, wonach es im zeitlichen und örtlichen Geltungsbereich der Verordnung verboten ist, Glas oder sonstige zerbrechliche Behältnisse mitzuführen, wenn deren Inhalt bei dauerhaftem Verweilen konsumiert werden soll, ist nur dann durch die Ermächtigungsgrundlage der §§ 10, 1 des Polizeigesetzes von Baden-Württemberg gedeckt, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das verbotene Verhalten regelmäßig und typischerweise erhebliche Rechtsgutverletzungen zur Folge hat. (amtlicher Leitsatz)
2. Vorsorgemaßnahmen zur Abwehr möglicher Beeinträchtigungen im Gefahrenvorfeld werden durch die Ermächtigungsgrundlage in §§ 10, 1 des Polizeigesetzes von Baden-Württemberg nicht gedeckt. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (zu Ausbildungszwecken vereinfacht):

Der anwaltlich vertretene Antragsteller, ein 1988 geborener Jura-Student, wohnt und studiert in Konstanz. Er wendet sich mit seinem am 14.11.2011 beim VGH BW erhobenen Normenkontrollantrag gegen die von der Antragsgegnerin, der Stadt Konstanz, erlassene „Polizeiverordnung zum Schutz des frei zugänglichen Seeufers vor Verunreinigungen und damit einhergehenden Gefahren.“ Die angegriffenen Bestimmungen haben folgenden Wortlaut:

§ 2. Verbot von Glas und anderen zerbrechlichen Materialien

Das Mitführen von Glasflaschen, Gläsern und jeglichen sonstigen Behältnissen aus Glas, Porzellan oder anderen zerbrechlichen Materialien ist, wenn aufgrund der konkreten Umstände die Absicht erkennbar ist, dass deren Inhalt beim dauerhaften Verweilen konsumiert werden soll, im Geltungsbereich nach § 1 Abs. 1 u. 2 dieser Verordnung untersagt.

§ 4. Ausnahmen

(1) Ausgenommen sind konzessionierte Freiausschankflächen und Außenflächen mit Sondererlaubnis zum Ausschank.

(2) *Ausgenommen sind Angehörige der Polizei, Feuerwehr, Rettungsdienste, medizinischen Versorgungsdienste sowie des Landratsamts Konstanz und der Stadtverwaltung Konstanz in Ausübung ihrer jeweiligen Dienste.*

(3) *Ausgenommen sind Behältnisse, für deren Inhalt der Mitführende eine ärztliche Verordnung besitzt.*

(4) *Die Ortpolizeibehörde kann darüber hinaus von dem Verbot nach § 3 allgemein oder für den Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen. Die Ausnahmegenehmigungen können mit Bedingungen und Auflagen versehen werden.*

Vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße gegen das in § 2 der Polizeiverordnung niedergelegte Verbot können als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Die vom Oberbürgermeister erlassene Polizeiverordnung erlangte am 21.07.2011 die Zustimmung des Gemeinderats, wurde am selben Tage ausgefertigt und am 27.07.2011 in den Amtlichen Bekanntmachungen der Antragsgegnerin bekannt gemacht. Die Polizeiverordnung trat am 28.07.2011 in Kraft.

Der Antragsteller verweilt auf dem Rückweg von der Universität zu seiner Wohnung während der Sommermonate abends häufig an der Seestraße am Ufer des Bodensees und auf der gegenüberliegenden Rheinseite auf dem sonnenverwöhnten „Schänzle“ (diese Bereiche

sind vom Geltungsbereich der Polizeiverordnung jeweils umfasst). Dabei verzehrte er bislang oft alkoholische und nichtalkoholische Getränke aus Glasflaschen. Daran sieht er sich nunmehr durch die angegriffene Polizeiverordnung gehindert. Auf das wesentliche Vorbringen der Parteien wird an den in den Entscheidungsgründen maßgeblichen Stellen eingegangen.

Wesentliche Entscheidungsgründe:

I. Zulässigkeit des Antrags

1. Statthafte Antragsart

Der Normenkontrollantrag ist gem. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 4 AGVwGO statthaft. Nach diesen Vorschriften entscheidet der VGH im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit über die Gültigkeit von anderen im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, sofern Landesrecht dies bestimmt, was durch § 4 AGVwGO geschehen ist. Die auf der Grundlage des § 10 PolG erlassene Polizeiverordnung ist eine im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift.

2. Antragsbefugnis

Der Antragsteller ist gem. § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO antragsbefugt, weil er geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu wer-

den. Es genügt dabei, wenn die geltend gemachte Rechtsverletzung möglich erscheint. Davon ist immer dann auszugehen, wenn die Polizeiverordnung oder der auf sie gestützte Vollzugsakt an den Antragsteller adressiert ist, d.h. für diesen ein polizeiliches Verbot oder Gebot statuiert. Der Antragsteller hält sich auf dem Weg von der Universität zu seiner Wohnung im Sommerhalbjahr immer wieder zu den in der Polizeiverordnung näher bezeichneten Abendstunden im Geltungsbereich der Polizeiverordnung auf. Dabei führte er vor Inkrafttreten der Polizeiverordnung häufig Glasflaschen mit sich, um an Ort und Stelle alkoholische und nichtalkoholische Getränke zu verzehren. Er wird dabei mit dem Verbot des Mitführens der in § 2 der Polizeiverordnung bezeichneten Behältnisse konfrontiert. Damit ist das Verbot geeignet, ihn in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) zu beeinträchtigen.

3. Antragsfrist

Der Antragsteller hat die Antragsfrist des § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO gewahrt. Die Bekanntmachung der Rechtsverordnung erfolgte am 27.07.2011, der Normenkontrollantrag wurde am 14.11.2011, also innerhalb der maßgeblichen Jahresfrist erhoben.

4. Postulationsfähigkeit

Nach § 67 Abs. 4 VwGO bedarf es im Verfahren vor dem VGH der Vertretung durch die in § 67 Abs. 4 S. 3 i.V.m. Abs. 2 S. 1 genannten Personen. Der Antragsteller ist hier durch einen Rechtsanwalt vertreten.

5. Zwischenergebnis

Der Antrag ist zulässig.

II. Begründetheit des Antrags

1. Passivlegitimation

Nach § 47 Abs. 2 S. 2 VwGO ist der Normenkontrollantrag gegen die Körperschaft zu richten, welche die Rechtsvorschrift erlassen hat. Richtige Antragsgegnerin ist hier die Stadt Konstanz.

2. Formelle Rechtmäßigkeit der Polizeiverordnung

Bedenken gegen die formelle Rechtmäßigkeit der Polizeiverordnung bestehen nicht. Die Vorschriften der §§ 10 ff. PolG wurden beachtet. Vgl. § 13 PolG zur Zuständigkeit, §§ 15, 16 PolG zum Verfahren und § 12 PolG zur Form. Auch wurde die Polizeiverordnung ordnungsgemäß verkündet (vgl. § 6 VerkG).

3. Verstoß gegen höherrangiges Recht

a) Bestimmtheitsgebot

Zunächst prüft der VGH die Polizeiverordnung unter dem Blickwinkel des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots. Das aus dem Rechtsstaatsgebot des Art. 20 GG abzuleitende Gebot der hinreichenden Bestimmtheit und Klarheit der Norm fordert vom Normgeber, seine Regelungen so genau zu fassen, dass der Betroffene die Rechtslage, d.h. Inhalt und Grenzen von Gebots- oder Verbotsnormen, in zumutbarer Weise erkennen und sein Verhalten danach einrichten kann. Der Normgeber darf dabei grundsätzlich auch auf unbestimmte Rechtsbegriffe zurückgreifen, wenn die Kennzeichnung der Normtatsbestände mit beschreibenden Merkmalen nicht möglich ist. Die Auslegungsbedürftigkeit einer Norm steht ihrer Bestimmtheit nicht entgegen; allerdings müssen sich dann aus Wortlaut, Zweck und Zusammenhang der Regelung objektive Kriterien gewinnen lassen, die einen verlässlichen, an begrenzende Handlungsmaßstäbe gebundenen Vollzug der Norm gewährleisten. Die Erkennbarkeit der Rechtslage durch den Betroffenen darf hierdurch nicht wesentlich eingeschränkt sein und die Gerichte müssen in der Lage bleiben, den Regelungsinhalt mit den anerkannten Auslegungsregeln zu konkretisieren. Je

intensiver dabei eine Regelung auf die Rechtsposition des Normadressaten wirkt, desto höher sind die Anforderungen, die an die Bestimmtheit im Einzelnen zu stellen sind (vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 27.07.2005 – 1 BvR 668/04, BVerfGE 113, 348).

Konkret bezieht sich die Prüfung des Bestimmtheitsgebots durch den VGH auf die Regelung des räumlichen Anwendungsbereichs der Verordnung (durch den der Regelung beigefügten Lageplan und die genaue Bezeichnung der erfassten Straßen und Plätze ist die räumliche Festlegung des Verbotsgebiets hinreichend erkennbar), das objektive Tatbestandsmerkmale des „Mitführens“, das in § 3 Abs. 3 der Polizeiverordnung definiert wird und das subjektive Tatbestandsmerkmal der „Verbrauchsabsicht“ (die Bezugnahme auf eine Absicht des Handelnden widerspricht nicht dem Bestimmtheitsgebot, wie insbesondere die zahlreichen Vorschriften des Strafrechts zeigen, die ein Handeln dann unter Strafe stellen, wenn es in einer bestimmten – oft nur anhand von Indizien – feststellbaren Absicht geschieht; da konkrete äußere Umstände wie mitgebrachte Trinkgefäße, Strohhalme oder bereits geöffnete Flaschen diese Absicht belegen müssen, ist diese Regelung noch hinreichend bestimmt).

b) Einhaltung der gesetzlichen Ermächtigung

Der VGH hält die angegriffenen Regelungen der Polizeiverordnung aber deshalb für unwirksam, weil diese sich nicht im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung der §§ 10, 1 PolG halten. Es fehlt an der für den Erlass einer Polizeiverordnung erforderlichen abstrakten Gefahr.

Dazu führt das Gericht aus:

„Eine abstrakte Gefahr liegt nur vor, wenn der Eintritt eines konkreten Schadens regelmäßig und typischerweise zu erwarten ist. Danach sind Vorsorge-maßnahmen zur Abwehr möglicher Beeinträchtigungen im Gefahrenvorfeld durch die polizeiliche Ermächtigungsgrundlage in §§ 1 Absatz 1 i.V.m. 10 Absatz 1 PolG nicht gedeckt. Eine abstrakte Gefahr liegt vielmehr nur dann vor, wenn eine generell-abstrakte Betrachtung für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führt, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall einzutreten pflegt und die Polizeibehörden daher Anlass haben, den Schadenseintritt durch den Einsatz abstrakt-genereller Regelungen zu verhindern.

Dabei unterscheidet sich die abstrakte von der konkreten Gefahr nicht durch den Grad der Wahrscheinlichkeit des

Schadenseintritts, sondern durch den Bezugspunkt der Gefahrenprognose.

Eine konkrete Gefahr liegt vor, wenn in dem zu beurteilenden konkreten Einzelfall in überschaubarer Zukunft mit dem Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich gerechnet werden muss; eine abstrakte Gefahr ist gegeben, wenn eine generell-abstrakte Betrachtung für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führt, dass mit derselben Wahrscheinlichkeit in irgend einem Einzelfall ein Schaden einzutreten pflegt, dieser Einzelfall aber ex ante noch nicht identifiziert werden kann, so dass Anlass besteht, dass die Polizeibehörde den Eintritt des Schadens mit einem generell-abstrakten Rechtsatz verhindert. Auch die Feststellung einer abstrakten Gefahr verlangt mithin eine in tatsächlicher Hinsicht genügend abgesicherte Prognose. Der Exekutive kommt in Bezug auf die Frage, ob die vorliegenden Erkenntnisse die Annahme einer abstrakten Gefahr rechtfertigen, keine Einschätzungsprärogative zu. Vielmehr müssen für die Gerichte hinreichende Anhaltspunkte erkennbar sein, die den Schluss auf den drohenden Eintritt von Schäden rechtfertigen. Dabei kommt es zwar nicht generell darauf an, dass die tatbestandlichen Handlungen in ihrer Mehrzahl oder auch nur in einer größeren Zahl von Fällen eine konkrete Gefahr begründen oder sogar zum Eintritt einer Störung führen. Je höher der

Wert der gefährdeten Rechtsgüter ist und je schwerer die abstrakt drohende Rechtsgutsverletzung im Einzelfall wiegt, desto geringer sind die Anforderungen, die nach Maßgabe der gebotenen ex-ante-Prognose an die Annahme einer abstrakten Gefahr zu stellen sind. Bei besonders hochwertigen Rechtsgütern reicht es aus, dass sich der Eintritt einer Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht als ein so seltener und atypischer Kausalverlauf darstellt, dass ein unbefangener Beobachter mit dem Schadenseintritt nicht hätte rechnen müssen. In diesem Sinne genügt bereits die entferntere Möglichkeit eines Schadenseintritts. Dagegen werden Risikobewertungen und -bewältigungen im Bereich der Gefahrenvorsorge von den polizeigesetzlichen Verordnungsermächtigungen nicht erfasst; für derartige Regelungen bleibt allein der Gesetzgeber zuständig. An diesen strengen Anforderungen hält der Senat auch im Hinblick darauf fest, dass die Polizeiverordnung – in Abgrenzung zu anderen Formen hoheitlichen Handelns – nur gerechtfertigt ist, wenn der Schwerpunkt der Regelung auf der Abwehr polizeilicher Gefahren liegt.“

Sodann erfolgt die Subsumtion des Gerichts:

„Die angegriffene Polizeiverordnung zielt primär auf den Schutz der körperlichen Unversehrtheit von Menschen gegen

Schnittverletzungen, damit zugleich auf den Schutz der menschlichen Gesundheit ab. Angesichts dieser hochwertigen Rechtsgüter sind die Anforderungen, die an die Annahme einer abstrakten Gefahr zu stellen sind, gemindert. Selbst diesen geminderten Anforderungen hält die Polizeiverordnung nicht stand. Der Senat verkennt nicht die Gefährlichkeit gerade verdeckter (namentlich im Uferbereich verborgener) Glas- oder Porzellanscherben und das Risiko, dass es bei einer Verletzung im Einzelfall zu langwierigen und schmerzhaften Komplikationen kommen kann. Es lässt sich aber bereits nicht feststellen, in welchem Umfang es im Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin zu Schnittverletzungen aufgrund zerstörter Glasflaschen oder anderer in § 2 der Polizeiverordnung genannter Gegenstände gekommen ist. Aktenkundig sind lediglich wenige Einzelfälle von Schnittverletzungen. Diese sind für sich genommen von so geringer Zahl, dass sie eine abstrakte Gefahr im Sinne des § 10 Absatz 1 PolG nicht begründen können. Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin auch nicht ansatzweise darlegen können, zu wie vielen Fällen solcher Schnittverletzungen es in welchem Zeitraum insgesamt gekommen ist. Ihre allgemeinen, nicht näher belegten Ausführungen, dass es sich um eine erhebliche Anzahl von Verletzungen handele, genügen insoweit nicht für den Nachweis einer abstrakten Gefahr. Eine Hochrechnung der Gesamtzahl der

Schnittverletzungen anhand der wenigen aktenkundigen Einzelfälle – die Zulässigkeit einer solchen Hochrechnung unterstellt – scheidet bereits deswegen aus, weil konkrete Anhaltspunkte für die Durchführung einer solchen Hochrechnung weder ersichtlich noch dargelegt sind. Die Antragsgegnerin kann sich insoweit auch nicht darauf berufen, eine genaue Erfassung der Fälle von Schnittverletzungen aufgrund von Glasflaschen und anderer in § 2 der Polizeiverordnung genannter Gegenstände sei ihr nicht möglich oder zumutbar. Auf das aktenkundige Angebot des Klinikums Konstanz vom 11. Juni 2007, solche Fälle systematisch zu erfassen, ist die Antragsgegnerin nicht eingegangen. Auch mit dem Vorbringen, für die Anwendungsdauer der sieben einmonatigen Polizeiverordnungen sei es zu einem Rückgang der scherbenbedingten Verletzungen gekommen, ist eine Gefahr im Sinne des § 10 Absatz 1 PolG nicht aufgezeigt. Denn konkrete Tatsachen, die den behaupteten Rückgang der Verletzungen belegen, hat die Antragsgegnerin nicht benannt. Ebenso wenig ist der behauptete Anstieg des Scherbenaufkommens nach Auslaufen der einmonatigen Polizeiverordnungen nachgewiesen. Zudem hat die Antragsgegnerin nicht darlegen können, inwieweit die wenigen, von ihr erfassten Schnittverletzungen überhaupt aus dem räumlichen Anwendungsbereich der Polizeiverordnung stammen. Auch ließ sich nicht klären, ob die gelegentli-

chen Schnittverletzungen Einzelner zeitlich und sachlich in einem kausalen Zusammenhang mit Handlungen Dritter stehen, die den Tatbestand des § 2 der Polizeiverordnung – seine Anwendbarkeit unterstellt – erfüllt hätten. Damit verfehlt die Polizeiverordnung die Anforderungen, die selbst mit Blick auf hochwertige Rechtsgüter an die Annahme einer polizeilichen Gefahr zu stellen sind.

Die Polizeiverordnung ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Abwehr von Scherben als solchen gerechtfertigt. Zwar begründet auch die unerlaubte Entsorgung von Abfall eine Störung der öffentlichen Sicherheit. In der isolierten Betrachtung kommt dieser Störung aber deutlich geringeres Gewicht zu als einer Verletzung der körperlichen Unversehrtheit oder gar der menschlichen Gesundheit. Damit unterliegt sie erhöhten Anforderungen an die Annahme der Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Störung. Diesen Anforderungen genügt die Polizeiverordnung nicht. Bei wertender Betrachtung ist es nicht bereits das Mitführen zerbrechlicher Materialien, das zu Scherben führt. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten. Zu ihnen gehört namentlich das Wegwerfen von Glasflaschen und anderen Behältnissen auf einen harten Untergrund, das als weiterer Willensakt erst die entscheidende Ursache für den Eintritt einer Störung setzt. Auch im Hinblick darauf, dass das Verunreinigen öffentlicher

Straßen, Wege, Plätze, Anlagen und der dazugehörenden Einrichtungen durch § 7 Absatz 1 der Umweltschutz- und Polizeiverordnung der Antragsgegnerin vom 28.04.2005 ohnehin verboten ist, erweist sich damit das Verbot des Mitführens zerbrechlicher Behältnisse als Maßnahme einer bloßen Gefahrenvorsorge, nicht bereits der Gefahrenabwehr.

Ebenso wenig lässt sich die Polizeiverordnung unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von Lärm im Uferbereich des Bodensees und entlang des Rheinufers aufrecht erhalten. Dabei kann offen bleiben, ob dieser Zweck überhaupt in Betracht zu ziehen ist, nachdem die Antragsgegnerin die Polizeiverordnung ausweislich ihrer Bezeichnung nur gegen ‚Verunreinigungen und [die] damit einhergehenden Gefahren‘ richtet. Jedenfalls verfehlt die Polizeiverordnung auch insoweit die Anforderungen, die an die Wahrscheinlichkeit einer entsprechenden Störung zu richten sind. Nur bei Hinzutreten weiterer Umstände (Gruppenbildung, Alkoholenuss, Enthemmung) kann das Mitführen zerbrechlicher Gefäße – entfernt – zum Entstehen von Lärmimmissionen beitragen. Damit stellt das verbotene Verhalten für sich genommen noch keine hinreichende Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar.

Im Übrigen ist die Polizeiverordnung insoweit auch nicht zu einer effektiven Gefahrenabwehr geeignet. Geräuschvolle

Menschenansammlungen können sich auch bilden, wenn Personen keinerlei alkoholische Getränke zu sich nehmen, wenn sie – wie es die Antragsgegnerin mehrfach angeregt hat – entsprechende Getränke aus nichtzerbrechlichen Behältnissen konsumieren oder wenn sie zuvor andernorts Alkohol genossen haben.“

4. Zwischenergebnis

Der Antrag ist begründet.

III. Ergebnis

Der zulässige Antrag ist begründet. Das Gericht hat daher die angegriffenen Bestimmungen nach § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO für unwirksam erklärt, der Antragsgegnerin nach § 154 Abs. 1 VwGO die Verfahrenskosten auferlegt und gem. § 132 VwGO über die Nichtzulassung der Revision entschieden.

Tenor:

Die §§ 2, 4 der Polizeiverordnung der Antragsgegnerin zum Schutz des frei zugänglichen Seeufers vor Verunreinigungen und den damit einhergehenden Gefahren vom 21.07.2011 sind unwirksam.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Revision wird nicht zugelassen.

(Regierungsdirektor Jochen Heinz)

Unterlassung von liturgischem Glockengeläut

VGH BW, Urteil vom 03.04.2012 – 1 S 241/11

- 1. Einem Anwohner steht ein Anspruch auf Unterlassung liturgischen Glockengeläuts nicht deshalb zu, weil dieser sich durch das Glockengeläut in seiner Religionsfreiheit nach Art. 4 GG verletzt sieht. (Leitsatz der Redaktion)**
- 2. Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG schirmt seinen Träger nicht gegen unspezifische Umwelteinwirkungen ab, denen die Wohnung in gleicher Weise ausgesetzt ist wie ihre nähere Umgebung. (Leitsatz der Redaktion)**

Sachverhalt (zu Ausbildungszwecken vereinfacht):

Der Kläger begehrt von der beklagten evangelischen Kirchengemeinde die Unterlassung des täglich um 6.00 Uhr stattfindenden Glockengeläuts (Laudes). Der Kläger ist Eigentümer und Bewohner eines Hauses, das ca. 68 m von der Kirche der Beklagten entfernt liegt. Die Beklagte läutet an Werktagen jeweils um 6.00 Uhr die große Betglocke zwei Minuten lang mit einem Ausklang von 15 Sekunden. Dieser Brauch wird nach Angaben der Beklagten seit mindestens 1756 gepflegt. Nachdem sich der Kläger außergerichtlich erfolglos bemüht hat, die Beklagte zu einem Verzicht auf das morgendliche Läuten zu bewegen, hat er am 12.05.2010 Klage zum Verwaltungsgericht erhoben und beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, die Glocken im

Kirchturm der evangelischen Kirche in R. täglich zwischen 6.00 Uhr und 8.00 Uhr zu läuten oder läuten zu lassen.

Wesentliche Entscheidungsgründe:

I. Zulässigkeit der Klage

1. Staatliche Gerichtsbarkeit

Der Streit fällt in die staatliche Gerichtsbarkeit. Zwar gehört das hier streitige Läuten (Laudes) als liturgische Handlung zu den inneren kirchlichen Angelegenheiten im Sinne des Art. 137 Abs. 3 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) i.V.m. Art. 140 GG. Glockengeläut berührt aber auch staatliche Belange, denn es kann mit dem Ruhebedürfnis der Nachbarn kollidieren; der Schutz der Nachbarn vor schädlichen Immissionen ist Aufgabe des Staates. Daher ist für Streitigkeiten der vorlie-

genden Art der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten eröffnet.

2. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Die vorliegende Immissionsabwehrklage ist eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nach § 40 Abs. 1 VwGO, für die der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist. Die Beklagte ist nach Art. 137 Abs. 5 WRV i.V.m. Art. 140 GG eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (vgl. auch § 24 KiStG BW); aufgrund dieser Privilegierung sind die Kirchenglocken, soweit sie – wie hier – widmungsgemäß liturgischen Zwecken dienen, als „res sacrae“ öffentliche Sachen. Das Rechtsverhältnis, das der Kläger mit seiner Klage beeinflussen will, gehört damit dem öffentlichen Recht an. Durch die Zuerkennung des Status von Körperschaften des öffentlichen Rechts gem. Art. 137 Abs. 5 WRV i.V.m. Art. 140 GG hat der Staat die Kirchen aus dem Kreis der Religionsgesellschaften, deren Wirken er der Privatrechtsordnung unterstellt, hervorgehoben und diesen gegenüber rechtlich abgegrenzt. Er hat damit nicht nur anerkannt, dass die Kirchen wie alle Religionsgesellschaften das Recht der Selbstbestimmung haben und vor staatlichen Eingriffen in ihre inneren Verhältnisse geschützt sind – dies folgt bereits aus Art. 137 Abs. 3 WRV i.V.m.

Art. 140 GG; vielmehr hat er darüber hinaus die Rechtsstellung der Kirchen wie auch deren öffentliches Wirken dem öffentlichen Recht zugeordnet. Es ist verfassungsrechtlich geboten, neben den Körperschaften des öffentlichen Rechts im verwaltungsrechtlichen Sinn die kirchlichen Körperschaften des öffentlichen Rechts als Rechtssubjekte anzuerkennen, deren Wirken, soweit es der staatlichen Rechtsordnung unterliegt, grundsätzlich dem öffentlichen Recht angehört. Auch das BVerfG bezeichnet die „kirchliche Gewalt“ außerhalb des Bereichs der vom Staat verliehenen Befugnisse als zwar nicht staatliche, aber doch „öffentliche“ Gewalt. Kirchliche Streitigkeiten der hier in Frage stehenden Art, für die staatliche Gerichte zuständig sind, sind deshalb grundsätzlich als öffentlich-rechtlich gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO zu behandeln. Das liturgische Glockengeläut ist eine typische Lebensäußerung der öffentlich-rechtlichen Körperschaft Kirche und damit nach der Natur des Rechtsverhältnisses öffentlich-rechtlich. Auch die Widmung der Kirchenglocken als öffentliche Sachen, zu der die Kirchen aufgrund ihres Körperschaftsstatus befähigt sind, begründet zwischen dem öffentlich-rechtlichen Träger der Sache und dem Nachbarn, dessen Rechte durch den widmungsgemäßen Gebrauch der Sache betroffen werden, eine öffentlich-rechtliche Beziehung. Es leuchtet nicht ein, die Widmung und

den Sachbesitz dem öffentlichen Sonderrecht zu unterstellen, dagegen den widmungsgemäßen Sachgebrauch als privatrechtlich zu beurteilen (vgl. zum Vorgesagten: BVerwG, Urteil vom 07.10.1983 – 7 C 44/81, BVerwGE 68, 62 ff.).

3. Statthafte Klageart

Der Kläger begehrt hier ein Unterlassen von Immissionen. Dies kann er in Form der Unterlassungsklage als besonderem Fall der allgemeinen Leistungsklage durchsetzen. Statthafte Klageart ist daher die in der VwGO zwar nicht ausdrücklich normierte, aber dort jedenfalls vorausgesetzte (vgl. §§ 43 Abs. 2, 111, 113 Abs. 3, 169 Abs. 2, 191 Abs. 1 VwGO) allgemeine Leistungsklage.

4. Klagebefugnis

Der Kläger ist auch analog § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt. Ihm steht möglicherweise ein aus Grundrechtspositionen herleitbarer öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch zu.

5. Rechtsschutzbedürfnis

Dem Kläger fehlt es nicht am Rechtsschutzbedürfnis. Der Kläger ist zwar Mitglied der Landeskirche, zu der auch die Beklagte gehört. Daraus folgt aber nicht, dass es sich bei dem Gegenstand des Rechtsstreits zwingend um eine innerkirchliche Angelegenheit handeln würde, für die dem Kläger der Weg zu den staatlichen Gerichten versperrt wä-

re. Der Kläger fühlt sich durch das Glockengeläut an sich gestört, nicht speziell durch die Urheberschaft der Beklagten. Die Glocken treffen ihn deshalb nicht speziell in seiner Eigenschaft als Kirchenmitglied. Vielmehr nimmt er sie – nachvollziehbar – als eine akustische Beeinträchtigung seiner persönlichen, auch von religiösen Vorstellungen getragenen Ruhe wahr. Sein Vortrag legt es nahe, dass er in gleicher Weise aktiv geworden wäre, wenn es sich nicht um Glocken seiner eigenen Kirchengemeinde, sondern um Glocken der Gemeinde eines anderen Bekenntnisses gehandelt hätte.

6. Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig.

II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist unbegründet. Dem Kläger steht der von ihm geltend gemachte öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch nach den allgemeinen Vorgaben des BImSchG nicht zu. Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter besonderer Berücksichtigung seiner Grundrechte.

1. Anspruchsgrundlage: öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch

Dessen dogmatische Herleitung erfolgt unterschiedlich (analoge Anwendung der §§ 1004, 906 BGB oder aufgrund eines grundrechtlichen Anspruchs aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 14 Abs. 1

S. 1 GG). Jedenfalls ist dieser Anspruch mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkannt.

Erforderlich ist ein rechtswidriger Eingriff in ein subjektiv öffentliches Recht des Antragstellers durch gegenwärtiges oder drohendes öffentliches Handeln.

Das liturgische Glockengeläut der Beklagten erweist sich jedoch als rechtmäßig. Dem Antragsteller obliegt insofern eine Duldungspflicht.

2. Kein Verstoß gegen § 22 BImSchG

Die Beklagte ist nicht nach den Vorgaben des BImSchG zur Unterlassung des morgendlichen Läutens verpflichtet. Zwar kommt dem Verbot des § 22 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 i.V.m. den Begriffsbestimmungen des § 3 Abs. 1 BImSchG drittschützender Charakter zu. Die Voraussetzungen für die Annahme einer schädlichen Umwelteinwirkung i.S.d. § 22 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG liegen aber nicht vor. Das streitgegenständliche Glockengeläut der Beklagten begründet keine erheblichen Nachteile oder erhebliche Belästigungen für den Kläger.

Dazu führt das Gericht aus:

„Die akustische Beeinträchtigung, die von Glockengeläut ausgeht, ist grundsätzlich erheblich, wenn das Geläut die Schwellenwerte der TA Lärm übersteigt, und grundsätzlich unerheblich, solange es sich unterhalb dieser Schwellenwerte

hält. Für ein Überschreiten der Grenzwerte gibt es im Fall des Betläutens der Beklagten keine Anhaltspunkte. Der Kläger hat eine derartige Überschreitung der Grenzwerte nicht dargelegt. Er hat vielmehr ausdrücklich erklärt, die ‚Lärmstärke‘ spiele für ihn, ‚soweit sie oberhalb der Hörschwelle, zumindest aber der Weckschwelle‘ liege, ‚keine Rolle‘. Es gibt auch keine anderweitigen Hinweise auf eine Überschreitung der Schwellenwerte.

Eine schädliche Umwelteinwirkung ist darüber hinaus nicht gegeben, wenn die Immission herkömmlich, sozial adäquat und allgemein akzeptiert ist. So liegen die Dinge hier. Das morgendliche Läuten ist eine kirchliche Tradition, die im vorliegenden Fall bereits so lange besteht, dass eine genaue Datierung des Beginns nicht möglich ist. Der Kläger bezweifelt zwar, dass die Beklagte das alltägliche Betläuten seit mindestens 1756 regelmäßig praktiziert. Soweit sich sein Vortrag dabei allein darauf stützt, dass es vor 1924 noch kein elektrisches Geläut gegeben habe, handelt es sich aber um eine bloße Mutmaßung. Da das morgendliche Betläuten jedenfalls seit langem den Tageslauf der Gemeinde prägt, ist es ‚herkömmlich‘ im Sinne des Immissionschutzrechts.

Das Geläut ist auch sozialadäquat und wird allgemein akzeptiert. Vor allem in der ländlichen Bevölkerung wird dem Glockengeläut keineswegs nur eine reli-

giöse, sondern auch eine den Tag gliedernde soziale Funktion zugeschrieben. Die Sozialadäquanz des Läutens von Kirchenglocken steht und fällt dabei nicht mit der Religions- oder gar Konfessionszugehörigkeit der Bevölkerungsmehrheit. Sie ist auch nicht strikt an bestimmte Tageszeiten gebunden. Immissionsschutzrechtlich genießt allein die Nachtzeit besonderen Schutz. Dieser Schutz endet aber um 6.00 Uhr (vgl. Nr. 6.4 TA Lärm). Von der in Ziff. 6.4 TA Lärm vorgegebenen Möglichkeit der Verschiebung dieser Zeiten hat die zuständige Behörde ersichtlich keinen Gebrauch gemacht. Schließlich ist auch die Dauer des Betläutens von zwei Minuten nicht zu beanstanden. Ein Verstoß gegen die drittschützenden Normen der §§ 3 Absatz 1, 22 Absatz 1 Nummer 1 BImSchG ist somit nicht festzustellen.“

3. Kein Verstoß gegen Grundrechte

Auch die Grundrechte des Klägers lassen das Glockengeläut, dem er ausgesetzt ist, nicht als unzumutbar erscheinen.

a) Kein Verstoß gegen Art. 4 GG

Zwar ist der Schutzbereich des Art. 4 GG eröffnet, im Ergebnis ist aber die Religionsfreiheit des Klägers nicht verletzt.

Dazu der VGH:

„Der Kläger kann sich auf seine Religionsfreiheit (Artikel 4 Absatz 1 und 2 GG) berufen.

Das Glockengeläut betrifft den Kläger jedenfalls in seiner negativen Religionsfreiheit. Zwar liegt weder ein unmittelbarer noch ein mittelbar-faktischer Grundrechtseingriff durch den Staat vor. In Ausübung der aus den Grundrechten folgenden staatlichen Schutzpflichten haben die staatlichen Gerichte die grundrechtlich geschützten individuellen Rechtsgüter aber auch insoweit zu berücksichtigen, als sie unbestimmte Rechtsbegriffe des einfachen Rechts auslegen und anwenden.

Soweit der Kläger die Zeit zwischen 6.00 Uhr und 8.00 Uhr zur Schriftlesung oder zur Meditation nutzen möchte, sich daran aber durch das Glockengeläut gehindert sieht, ist durch das Glockenläuten auch seine positive Religionsfreiheit betroffen. Insoweit fehlt es jedoch ebenfalls an einem staatlichen Grundrechtseingriff. Auch in dieser Perspektive kann sich der Kläger deshalb allein auf die Wirkung des Grundrechts als Grundlage einer staatlichen Schutzpflicht berufen.

Der Kläger ist im Ergebnis aber weder in seiner negativen noch in seiner positiven Religionsfreiheit verletzt. Artikel 4 Absatz 1 und 2 GG verpflichten den Staat nicht zum Einschreiten gegen das Glo-

ckengeläut der Beklagten. Die Beklagte hat in Ausübung des Rechts der kirchlichen Selbstbestimmung (Artikel 140 GG i.V.m. Artikel 137 Absatz 3 Satz 1 WRV) und ihrer – kollektiven – Religionsfreiheit (Artikel 4 Absatz 1 und 2 GG) gehandelt. In dieser Lage ist eine Abwägung der widerstreitenden grundrechtlichen und staatskirchenrechtlichen Gewährleistungen geboten, bei der die staatlichen Gerichte nur zu prüfen haben, ob das grundrechtliche Untermaßverbot verletzt ist. Die grundrechtlichen Wertungen konkretisieren dabei die immissionsschutzrechtliche Abwägung, die zur Feststellung des Merkmals ‚schädliche Umwelteinwirkung‘ i.S.d. §§ 22 Absatz 1 Nummer 1 und 3 Absatz 1 BImSchG erforderlich ist. In der Kollision der Religionsfreiheit des Klägers mit der Religionsfreiheit und dem körperschaftlichen Selbstbestimmungsrecht der Beklagten liegt der schonende Ausgleich in der Beachtung der immissionsschutzrechtlichen Grenzwerte. Dem Kläger kann kein weiter gehender Anspruch auf eine Ver Schonung von den Glaubens- und Bekenntnisbekundungen der Klägerin zustehen. Ein derartiger Anspruch des Einzelnen würde der laizistischen Weltanschauung einen mit Artikel 4 Absatz 1 und 2 GG unvereinbaren Vorrang gegenüber anderen Weltanschauungen (hier: der praktizierten christlichen Liturgie) einräumen. Im Übrigen verbleibt dem Kläger schon angesichts der Kürze des Lätens der weitaus größte Teil der Zeit

zwischen 6.00 Uhr und 8.00 Uhr zu ruhiger Schriftlesung und Meditation.“

b) Kein Verstoß gegen Art. 14 GG

Auch die Eigentumsfreiheit des Klägers (Art. 14 Abs. 1 GG) gebietet keine abweichende Würdigung. Der VGH hält dem Kläger Folgendes entgegen:

„Der Kläger hat bereits nicht schlüssig dargetan, inwieweit das in seinem Eigentum stehende Wohnhaus durch das Geläut der Beklagten eine bezifferbare Wertminderung erfährt. Vielmehr sind der Wert des Grundstücks und des Gebäudes seit unvordenklichen Zeiten durch die Umgebungsbedingungen geprägt, zu denen das regelmäßige morgendliche Glockengeläut der Beklagten gehört. Das Eigentum des Klägers ist von Verfassungen wegen nur in dem Umfang geschützt, den die Vorschriften der §§ 3 Absatz 1, 22 Absatz 1 Nummer 1 BImSchG begründen und begrenzen. Das Geläut bedarf daher keiner besonderen Rechtfertigung vor Artikel 14 Absatz 2 GG.“

c) Kein Verstoß gegen Art. 13 GG

Soweit sich der Kläger zusätzlich auf die Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) beruft, weist der VGH auf Folgendes hin:

„Selbst wenn eine unmittelbar dem Staat zuzurechnende Maßnahme in Rede stünde, fehlte es an einem Eingriff in den

Schutzbereich dieses Grundrechts. Artikel 13 Absatz 1 GG schützt gegen ein ausforschendes oder die Privatsphäre anderweitig beeinträchtigendes Eindringen in den persönlichen Lebens- und Geheimbereich, den eine Wohnung i.S.d. Artikels 13 Absatz 1 GG begründet; das Grundrecht schirmt seinen Träger aber nicht gegen unspezifische Umwelteinwirkungen ab, denen die Wohnung in gleicher Weise ausgesetzt ist wie ihre nähere Umgebung. Infolgedessen erfordert auch Artikel 13 Absatz 1 GG keine Modifikation der allgemeinen immissionsschutzrechtlichen Vorgaben.“

d) Kein Verstoß gegen Artikel 3 GG

Auch ein Verstoß gegen Art. 3 GG liegt nicht vor.

Dazu der VGH:

„Ebenso wenig kann sich der Kläger auf einen Gleichheitsverstoß berufen. Die Beklagte ist im Kernbereich ihres religiösen Wirkens schon nicht an den allgemeinen Gleichheitssatz des Artikels 3 Absatz 1 GG oder eines der besonderen Diskriminierungsverbote des Artikel 3 Absatz 3 GG gebunden. Zudem liegen keine strukturell vergleichbaren Fälle vor, aufgrund derer eine Ungleichbehandlung anzunehmen wäre. Es fehlt insoweit bereits an einem gemeinsamen Bezugspunkt. Ohnehin wäre die Beklagte als eigenständige juristische Person des öffentlichen Rechts gleichheitsrechtlich

nicht an das Tun oder Unterlassen anderer Kirchengemeinden gebunden. Ob einzelne andere Kirchengemeinden mit dem Glockengeläut erst um 8.00 Uhr beginnen, ist für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verhaltens der Beklagten daher nicht maßgeblich. Es ist vielmehr Ausdruck der ihr zustehenden spezifischen Autonomie aus Artikel 140 GG i.V.m. Artikel 137 Absatz 3 WRV, dass sie zu anderen Zeiten läutet als die örtliche römisch-katholische Kirchengemeinde oder andere Kirchengemeinden der württembergischen Landeskirche. Soweit der Kläger einen Gleichheitsverstoß in dem Umstand erblickt, dass die Beklagte ab 6.00 Uhr läuten darf, während er selber sich daran gehindert sieht, ab 6.00 Uhr seine Religionsfreiheit auszuüben, kommt ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Artikel 3 Absatz 1 GG) von vornherein nicht in Betracht. Die Beklagte behandelt den Kläger nicht anders als Dritte; sie behandelt auch vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich. Ein aktives Handeln der Beklagten steht einem – wenn auch bewussten – Unterlassen des Klägers nicht gleich.“

4. Zwischenergebnis

Die Klage ist unbegründet.

III. Ergebnis

Die zulässige Klage ist unbegründet und daher mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO abzuweisen.

Hinweise:

Die Entscheidung des VGH ist aus Sicht der Berufungsinstanz abgefasst. Zu Ausbildungszwecken wurde der Sachverhalt auf die erstinstanzliche Entscheidung eines Verwaltungsgerichts übertragen.

(Regierungsdirektor Jochen Heinz)