

Herausgeber: Prof. Dr. Martin Böse, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Uwe Kischel, RiBVerfG Prof. Dr. Johannes Masing, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Bettina Weißer

Geschäftsführende Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

Schriftleitung: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion Zivilrecht: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Beate Gsell

Redaktion Öffentliches Recht: Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

Redaktion Strafrecht: Prof. Dr. Martin Böse, Privatdozentin Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Bettina Weißer

Webmaster: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Wiss. Mitarbeiter Jacob Böhringer, Peter Hoffmann

Internetauftritt: René Grellert

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Öffentliches Recht

Erwiderung auf: Jenseits von Staatsnotar und Staatsleitung: Die Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten

Von stud. iur. Robert Gmeiner, Halle (Saale) 1

Die Umweltverträglichkeitsprüfung bei der Zulassung von Infrastruktur- und Industrieanlagen

Von Regierungsdirektor Achim Goldmann, Düsseldorf 3

Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im dreistufigen System der Richtlinienwirkungen

Von stud. iur. Claudia Hainthaler, Würzburg 13

Strafrecht

Der fehlgeschlagene Versuch: rechtliche Einordnung und Anwendung des Zweifelssatzes bei fehlenden Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters

Von Rechtsanwalt Dr. Sebastian Bürger, LL.M. (Auckland), Sindelfingen 23

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Die AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB in der Zivilrechtsklausur

Von Dipl.-Jur. Volker Möhrke, Bielefeld, Tampa (Florida) 31

DIDAKTISCHE BEITRÄGE (Forts.)***Strafrecht*****Das Willkürverbot – ein allzeit einsatzbereites Mittel des BVerfG**

Anmerkungen zu BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014
– 2 BvR 2400/13 und 2172/13, bzgl. der
Negativmitteilungspflicht im Sinne des
§ 243 Abs. 4 S. 1 StPO

Von Wiss. Mitarbeiterin Dorothee Lang, Tübingen

39

ÜBUNGSFÄLLE***Zivilrecht*****Fortgeschrittenenklausur: Überhöhte Abschleppkosten und verweigerte Herausgabe**

Von Wiss. Mitarbeiter Michael Höhne,
Arian Nazari-Khanachayi, LL.M. Eur., Frankfurt a.M.

46

Fortgeschrittenenklausur: Alles oder nichts

Von Wiss. Mitarbeiter Tilman Schultheiß, Leipzig

58

Fortgeschrittenenklausur: Der verpasste Aufstieg

Von Wiss. Mitarbeiter Markus Philipp, Leipzig

64

Fortgeschrittenenklausur: Der konfliktgeladene iPod

Von Akad. Mitarbeiter Daniel Rodi, Heidelberg

75

Öffentliches Recht**Übungsfall: Von erschlichenen Einbürgerungen und Sprachnachweisen**

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Nils Grosche, Mainz

91

Übungsfall: Gemeindliche- und/oder Staatshaftung beim unwirksamen Bebauungsplan

Von Akad. Rat a.Z. Jan Singbartl, München

106

Strafrecht**Übungsfall: Remperei am Glühweinstand**

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Marcus Bergmann, Halle (Saale)

114

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN***Strafrecht*****BGH, Beschl. v. 24.6.2014 – 2 StR 73/14**

(Ingebrauchnahme eines Fahrzeugs nach Ablauf der
Berechtigung – Mutmaßliches Einverständnis und
mutmaßliche Einwilligung)

(Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Stud. iur. Philipp Stürmer,
Konstanz)

123

BUCHREZENSIONEN***Strafrecht***

**Gereon Wolters/Michael Gubitz, Strafrecht im
Assessorexamen, 7. Aufl. 2012**

(Oberstaatsanwalt Ulf Frenkler, Frankfurt a.M.)

128

BUCHREZENSIONEN (Forts.)*Strafrecht***Charity Wibabara, Gacaca Courts versus the International Criminal Tribunal for Rwanda and National Courts, 2014**

(Cand. iur. Lea Babucke, Hamburg)

130

VARIA*Öffentliches Recht***Trinkverbote, Supermarktketten und Fußballplätze
Drei Jahre VGH Baden-Württemberg Moot Court**

Von Dr. Nikolaus Marsch, D.I.A.P. (ENA), Freiburg

132

*Strafrecht***Strafrecht als interdisziplinäre Wissenschaft****Bericht zum 4. Symposium junger
Strafrechtswissenschaftlerinnen und
Strafrechtswissenschaftler an der Georg-August-
Universität Göttingen am 7. und 8.11.2014**

Von Dipl.-Jur. Philipp-Alexander Hirsch, M.A., Göttingen

136

Erwiderung auf: Jenseits von Staatsnotar und Staatsleitung: Die Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten*

Von stud.iur. **Robert Gmeiner**, Halle (Saale)**

In der Ausgabe 6/2014 hat Hinnerk Wißmann über die Prüfungskompetenzen des Bundespräsidenten geschrieben (ZJS 2014, 627). Dieser Beitrag soll einige Anmerkungen hierzu enthalten, die nach Ansicht des Verf. nicht überzeugend dargestellt oder gelöst wurden.

I. Hinweis auf die Staatspraxis

Wißmann verweist an mehreren Stellen auf die Staatspraxis. Insbesondere scheint er auf S. 630 die h.M. mit dem Verweis auf die 60-jährige Staatspraxis zumindest entkräften zu wollen. Wie er bereits zu Beginn seines Aufsatzes hinweist, musste das BVerfG noch nicht über die Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten entscheiden (S. 627). Die Verfassungskonformität der Nichtausfertigung ist eben noch nicht verfassungsgerichtlich bestätigt (oder widerlegt) worden. Den Schritt, die Staatspraxis zum Verfassungsgewohnheitsrecht zu erheben, geht er dann allerdings doch nicht. Aufgrund der (politischen) Duldung einer Nichtausfertigung kann deshalb noch nicht auf deren Verfassungsmäßigkeit geschlossen werden.

II. „Zustande kommen“ als Trennungsgrund

Nach Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG werden „[d]ie nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes zustande gekommenen Gesetze“ vom Bundespräsidenten ausgefertigt und verkündet. Zutreffend stellt Wißmann noch fest, dass aus den Wörtern „Vorschriften dieses Grundgesetzes“ noch nicht auf die Trennung in ein materielles und formelles Prüfungsrecht geschlossen werden kann (S. 631).

Der Wortlaut bildet die äußerste Grenze der Auslegung¹ und darf daher nicht übergangen werden. Genau das tut Wißmann allerdings. Er stürzt sich gleich auf die Systematik und verweist auf Art. 78 GG. Aber: „Zustande kommen“ bezieht sich immer auf einen Prozess.² Dies ist zunächst unabhängig von Art. 78 GG festzustellen. Der Einwand, dass die Begrenzung des präsidentialen Prüfungsrechts auf die Beschlussfassungen des Bundestages und Bundesrates (Art. 78 GG) zu eng sei, ist zutreffend. Die formelle Prüfungskompetenz erstreckt sich aber nach dem Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG auf den gesamten Gesetzgebungsprozess. Eines Verweises auf Art. 78 GG bedarf es daher nicht.

Da sich der Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG eindeutig auf den Gesetzgebungsprozess bezieht, kann „zustande kom-

men“ nicht zugleich als eine inhaltliche Bewertung des Prozesses verstanden werden.

III. Umfang des materiellen Prüfungsrechts

Nach Wißmann steht dem Bundespräsidenten nur bei materiell evidenten Verfassungsverstößen ein Nichtausfertigungsrecht zu. Denn auch der Bundestag wäre zu einer verfassungsrechtlichen Überprüfung des Gesetzes verpflichtet (S. 633). Im Falle einer Nichtausfertigung könne das BVerfG über die Rechtmäßigkeit der Weigerung der Ausfertigung entscheiden (S. 633).

Nicht die umfassende materiell-rechtliche Verfassungsprüfung des Bundespräsidenten, sondern gerade die Begrenzung auf Evidenzfälle verstößt gegen das Gebot der Organtreu. Denn die Organtreu zum BVerfG muss ebenfalls berücksichtigt werden. Ein Verfassungsorgan hat „alles [zu] unterlassen, was dem BVerfG eine [...] wirksame Ausübung seiner Kompetenz erschweren oder unmöglich machen könnte.“³ Der Bundespräsident ist von diesem Gebot nicht ausgenommen. Auch er darf die Ausübung der Kompetenzen des BVerfG nicht erschweren oder gar vereiteln. Das Gericht soll als „Hüter der Verfassung“⁴ die Rechtsordnung frei von verfassungswidrigem Recht halten.

Das BVerfG würde nach Ansicht Wißmanns feststellen, dass ein verfassungswidriges Gesetz nicht evident verfassungswidrig sei und dass der Bundespräsident daher die Ausfertigung zu Unrecht verweigert habe. Mit der Feststellung ist zwar keine Pflicht zu einem Tun oder Unterlassen verbunden.⁵ Es bestünde aber durchaus die „Gefahr“, dass ein demokratisch und rechtsstaatlich geprägter Bundespräsident das Gesetz aufgrund der verfassungsgerichtlichen Entscheidung nachträglich noch ausfertigen würde. Der „Hüter der Verfassung“ hätte auf diese Weise ein verfassungswidriges Gesetz in die Welt gesetzt, welches er später auf Antrag wieder zurücknehmen müsste. Auch wenn dies vom BVerfG nie beabsichtigt war, ist es doch ein gravierender Kollateralschaden. Darunter könnte die Glaubwürdigkeit des Gerichtes leiden, wodurch die Kompetenzausübung zumindest erschwert wird.

Dieses Problem lässt sich nur umgehen, wenn dem Bundespräsidenten ein umfassendes materielles Prüfungsrecht zugestanden wird. Dann müsste das BVerfG im Rahmen eines Organstreits aufgrund einer Nichtausfertigung eine inzidente Normenkontrolle durchführen. Nur im Falle der Verfassungskonformität des Gesetzesentwurfs, welches nicht ausgefertigt wurde, stellt das BVerfG fest, dass der Bundespräsident rechtswidrig gehandelt hat. Bei verfassungswidrigen Gesetzesentwürfen würde das Gericht die Nichtausfertigung nicht beanstanden. Der Bundespräsident hätte dann keinen Anlass

* Wißmann, ZJS 2014, 627. Alle Seitenangaben im Text ohne nähere Nennung beziehen sich auf diesen Aufsatz.

** Der Autor ist Student an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

¹ BVerfGE 71, 108 (115); Herzberg, JuS 2005, 1 (2 ff.); Schlehofer, JuS 1992, 572 (574 f.).

² Vgl.

http://www.duden.de/rechtschreibung/zustande_kommen (28.1.2015).

³ BVerfGE 36, 1 (15) = NJW 1973, 1539 (1540).

⁴ BVerfGE 1, 184 (195) = NJW 1952, 497; BVerfG NJW 1975, 1355 (1356).

⁵ Degenhart, Staatsrecht I, 28. Aufl. 2012, Rn. 765; Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 21.

das Gesetz noch nachträglich auszufertigen. So entsteht das oben beschriebene Problem nicht.⁶

IV. Zusammenfassung

Nach dem oben Gesagten lässt sich folgendes festhalten:

- § Die Staatspraxis ist kein Hinweis auf die Rechtmäßigkeit eines Handelns, solange es nicht verfassungsrechtlich überprüft wurde oder in Gewohnheitsrecht erwachsen ist.
- § Aus Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG folgt aus dem klaren Wortlaut nur das formelle Prüfungsrecht des Bundespräsidenten, aber nicht das materielle.
- § Dem Bundespräsidenten steht ein umfassendes Prüfungsrecht zu. Andernfalls könnte das BVerfG ein verfassungswidriges Gesetz zur Geltung bringen.

⁶ Es sei noch auf folgendes (weniger rechtliche) Argument hingewiesen: Das BVerfG ist ohnehin überlastet. Wenn über ein Gesetz zwei verfassungsgerichtliche Verfahren geführt werden, trägt dies sicherlich nicht gerade zu seiner Entlastung bei. Hier wird die Arbeit des Gerichts bezüglich der zahllosen Verfassungsbeschwerden unnötig behindert. Auch dies kann die Kompetenzausübung nach BVerfGE 36, 1 (15) erschweren.

Die Umweltverträglichkeitsprüfung bei der Zulassung von Infrastruktur- und Industrieanlagen

Von Regierungsdirektor **Achim Goldmann**, Düsseldorf*

Fragen des Umweltschutzes stehen bei der Planung und Verwirklichung von Großprojekten für die Industrie oder die öffentliche Infrastruktur regelmäßig im Mittelpunkt. Eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) bezweckt die frühzeitige Berücksichtigung der Auswirkungen solcher Vorhaben auf ihre Umgebung. Dieses Instrument des Zulassungsverfahrens wird hier vorgestellt.

I. Einleitung

Die Errichtung, der Betrieb und der Ausbau von Fabriken, Flughäfen, Autobahnen oder Stromleitungen verursachen neben ihrem volkswirtschaftlichen Nutzen immer erhebliche Umweltkosten. Dies sind insbesondere der Verbrauch und die Beeinträchtigung von Naturgütern sowie die Belastung der betroffenen Bevölkerung mit Immissionen.

Der Bau z.B. eines Steinkohlekraftwerks im städtischen Außenbereich wird dort nicht nur zur Umgestaltung des Landschaftsbildes führen, sondern stets auch den Verlust von Biotopen, geschützten Pflanzen und Tieren sowie natürlichen Bodenfunktionen zur Folge haben. Gewässer- und Luftverunreinigungen, Lärm, störende Licht-, Geruchs- und Wärmeimmissionen drohen der Nachbarschaft durch die Inbetriebnahme der Anlage.

Vorhaben dieser Art bedürfen wegen ihres hohen Konflikt- und Gefahrenpotentials der Zulassung in einem besonderen Verwaltungsverfahren. Für die ortsgebundene Errichtung und den Betrieb technischer Anlagen ist grundsätzlich eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung erforderlich.¹ Im Bereich des überörtlichen Verkehrswege- oder Fernleistungsbaus ist eine Planfeststellung² die Regel.

Bei ihrer abschließenden Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens muss die Verwaltungsbehörde je nach Maßgabe der einschlägigen Fachgesetze alle relevanten sozialen, wirtschaftlichen und ökologischen Belange in den Blick

nehmen. Mit der UVP (Umweltprüfung)³ werden bereits im Verfahren *allein* die Umweltauswirkungen eines Industrie- oder Infrastrukturprojekts systematisch erfasst und für die Sachentscheidung aufbereitet.

II. Rechtsgrundlagen

1. Europarecht

Die Richtlinie 85/337/EWG des Rates vom 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (UVP-Richtlinie)⁴ führte die UVP in den Mitgliedstaaten ein. Ihre Konzeption entspricht insbesondere dem in Art. 191 Abs. 2 AEUV verankerten Vorsorgeprinzip⁵. Dieses zielt darauf ab, Umweltbelastungen durch frühzeitige Schutzmaßnahmen zu vermeiden, anstatt ihre schädlichen Folgen nachträglich bewältigen zu müssen. Die nachfolgende UVP-Änderungsrichtlinie 97/11/EG⁶ modifizierte die Prüfpflicht von Projekten. Schließlich ergänzte die Richtlinie 2003/35/EG⁷ das UVP-Regelwerk um Vorgaben zur Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung sowie zum Rechtsschutz, so dass die Europäische Union ihrer völkerrechtlichen Verpflichtung aus der „Aarhus-Konvention“⁸ nachkommen konnte.

Fast 30 Jahre nach ihrem Inkrafttreten wurde die – im Jahr 2011 „neu-kodifizierte“⁹ – UVP-Richtlinie auch inhaltlich umfänglich überarbeitet.¹⁰ Dies führte im Ergebnis zu

³ Die projektbezogene UVP ist eine Umweltprüfung i.S.d. § 1 Nr. 1 UVPG. Der Begriff erfasst auch die Strategische Umweltprüfung für (höherstufige) Pläne und Programme, siehe Teil 3 sowie Anlagen 3 und 4 UVPG. Hierzu *Hendler*, NVwZ 2005, 977; *Sydow*, DVBl. 2006, 65; *Schink*, NVwZ 2005, 615. Im Folgenden bezieht sich „Umweltprüfung“ allein auf die Projekt-UVP.

⁴ ABl. EG 1985 Nr. L 175 v. 5.7.1985, S. 40, aufgehoben durch Art 14 der Richtlinie 2011/92/EU, siehe Fn. 9.

⁵ Zu den Grundprinzipien des Umweltrechts siehe *Scheidler*, Verwaltungsrundschau 2010, 401.

⁶ Änderungsrichtlinie 97/11/EG v. 3.3.1997 = ABl. EG 1997 Nr. L 73 v. 14.4.1997, S. 5.

⁷ Richtlinie 2003/35/EG v. 26.5.2003 = ABl. EU 2003 Nr. L 156 v. 25.6.2003, S. 17.

⁸ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access Justice in Environmental Matters v. 25.6.1998, im Internet abrufbar unter http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep_43e.pdf (31.1.2015).

⁹ Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (kodifizierter Text) = ABl. EU 2012 Nr. L 26 v. 28.1.2012, S. 1.

¹⁰ Richtlinie 2014/52/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16 April 2014 zur Änderung der Richtlinie 2011/92/EU über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei be-

* Der *Autor* ist Referent im Ministerium für Bauen, Wohnen, Stadtentwicklung und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen und u.a. zuständig für die Planfeststellung und Genehmigung von Flughäfen. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

¹ Der Genehmigungsvorbehalt gemäß § 4 BImSchG für die Errichtung und den Betrieb (technischer) Anlagen stellt eine Kontrollerlaubnispflicht für den Vorhabenträger dar, dem bei Erfüllung aller gesetzlichen Anforderungen ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung zusteht. Zur Einführung in das Immissionsschutzrecht siehe *Jarass*, JuS 2009, 608.

² Die Planfeststellung (§§ 72 ff. VwVfG) ist eine behördliche Flächennutzungsentscheidung über komplexe, räumlich weitreichende Großvorhaben (Schienenwege, Wasserstraßen etc.), die i.d.R. einen erheblichen Koordinierungsbedarf konkurrierender Interessen auslösen und somit ein Planungsermessens der Fachbehörde rechtfertigen, BVerwGE 44, 235 (240), *Leist/Tams*, JuS 2007, 995 und 1093.

eher kleineren Anpassungen, z.B. beim Schutzgüterkatalog, der Vorprüfung oder den (formalen) Anforderungen an die Zulassungsentscheidung¹¹. Das deutsche Recht ist bis zum 16.5.2017 entsprechend anzugleichen.

2. Nationales Recht

Umgesetzt wird die Richtlinie durch das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 24.2.2010¹² sowie mittels diesem vorrangigen fachspezifischen Rechtsvorschriften (§ 4 S. 1 UVPG). Letzteres betrifft insbesondere das Immissionschutzrecht. Nach § 10 Abs. 10 BImSchG erlässt die Bundesregierung im Wege der Verordnung (9. BImSchV) nähere Bestimmungen zum Genehmigungsverfahren nebst UVP für emittierende Anlagen, die gemäß §§ 3a ff. i.V.m. Anlage 1 UVPG einer Umweltprüfung zu unterziehen sind.

Beispiel 1: Bestimmte, nach §§ 4 Abs. 1 S. 3 BImSchG, 1 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Nr. 8.1.1.1, Spalte c der 4. BImSchV genehmigungsbedürftige Behandlungsanlagen für gefährliche Abfälle, die auch UVP-pflichtig sind (§ 3b Abs. 1 i.V.m. Nr. 8.1.1.1, Spalte 1 Anlage 1 UVPG), unterliegen zur Durchführung der Umweltprüfung nur der 9. BImSchV und den diesbezüglichen Verwaltungsvorschriften (§ 1 Abs. 2 S. 2 der 9. BImSchV). Das UVPG findet insoweit keine Anwendung.

III. Ziel und Funktion der UVP

Im Sinne des Vorsorgegrundsatzes hat die Zulassungsbehörde das Verfahren – ggf. schon vor der Antragstellung¹³ – auf die sorgfältige Untersuchung der Konsequenzen des Vorhabens für die geschützten Umweltgüter (§ 2 Abs. 1 S. 2 UVPG) auszurichten¹⁴.

Der Vorhabenträger soll jenseits unternehmerischer Erwägungen von Anfang an die ökologischen und sozialen Konsequenzen seines Projekts bedenken und zur entsprechenden Problembewältigung aktiv beitragen¹⁵ (Verursacherprinzip)¹⁶.

§ 1 UVPG (§ 1a der 9. BImSchV) bezeichnet die wesentliche Funktion der Umweltprüfung mit der frühzeitigen umfassenden Ermittlung, Beschreibung und Bewertung der direkten und indirekten Umweltauswirkungen eines Vorhabens sowie mit der möglichst frühen Berücksichtigung der Ergeb-

nisse bei der Zulassungsentscheidung¹⁷. Unter einem Vorhaben sind insbesondere der Bau, der Betrieb wie auch bauliche und betriebliche Änderungen oder Erweiterungen von (technischen)¹⁸ Anlagen zu verstehen, welche das Gesetz typisiert auflistet (§ 2 Abs. 2 i.V.m. Anlage 1 zum UVPG).

Die UVP verwirklicht als Verfahrensinstrument das umweltrechtliche Integrationsprinzip¹⁹: Sämtliche Auswirkungen eines Vorhabens auf das hochkomplexe ökologische Wirkungsgefüge sind mittels einer Gesamtbetrachtung zu erfassen, die über die einzelnen Umweltschutzgüter hinaus auch Beziehungen zwischen diesen und wechselseitige Beeinflussungen untersucht.²⁰ Die erfolgreiche Problembewältigung in einem Umweltbereich (z.B. leistungsstärkere Filteranlagen zur Luftreinhaltung) kann sich nämlich als belastend für andere Umweltgüter herausstellen (Filterrückstände als kontaminierter Sondermüll). Die zu betrachtende „Umwelt“ beinhaltet daher gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 UVPG die Schutzgüter Mensch, Tiere, Pflanzen, biologische Vielfalt, Boden, Wasser, Luft, Klima, Landschaft, Kulturgüter und sonstige Sachgüter sowie deren *Wechselwirkungen* (§ 1a der 9. BImSchV).

Die Bewertungsergebnisse der durchgeführten Umweltprüfung sind in die abschließende Sachentscheidung einzubeziehen. Welche Konsequenzen eine UVP für das Vorhaben hat, bestimmt hingegen allein das die Zulassung regelnde materielle Fachrecht (§ 12 UVPG bzw. § 20 Abs. 1b S. 3 der 9. BImSchV).²¹

IV. Die UVP im Verwaltungsverfahren

Die Umweltprüfung ist immer ein unselbständiger Bestandteil des fachgesetzlich angeordneten Planfeststellungs-²² bzw. des immissionschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens²³ (§ 2 Abs. 1 S. 1 UVPG, § 1 Abs. 2 S. 1 der 9. BImSchV). Die UVP-Vorschriften gestalten diese „Trägerverfahren“ wie folgt:

stimmten öffentlichen und privaten Projekten = ABl. EU 2014 Nr. L 124 v. 25.4.2014, S. 1.

¹¹ Siehe hierzu *Sangenstedt*, ZUR 2014, 526.

¹² BGBl. I 2010, S. 94.

¹³ Siehe IV. 1. b).

¹⁴ BVerwGE 100, 238 (245) und Besprechung *Murswiek*, JuS 1997, 181.

¹⁵ BVerwGE 100, 238 (245) und Besprechung *Murswiek*, JuS 1997, 181; siehe nachfolgend IV. 2. a).

¹⁶ Siehe IV. 2. a).

¹⁷ Entscheidung i.S.d. § 2 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 UVPG sind Bewilligung, Erlaubnis, Genehmigung, Planfeststellungsbeschluss, *vorhabensbezogene* Bebauungspläne u.a.

¹⁸ Den Begriff technische Anlage definiert das UVPG nicht. Bei solchen Anlagen steht jedenfalls der technische Betriebsablauf (i.d.R. zu Produktionszwecken) im Vordergrund. Sie unterliegen regelmäßig dem Immissionsschutz-, Wasser- oder Abfallrecht oder dem Zulassungsregime für Leitungen (§§ 20 ff. UVPG). Bei technischen Anlagen gehören sowohl kumulativ als auch alternativ ihr Bau sowie ihr Betrieb zum UVP-relevanten Vorhaben (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 lit. a UVPG), *Schink*, NuR 2012, 603 (606).

¹⁹ *Kirchberg*, in: Ziekow, Handbuch des Fachplanungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 127; zum Integrationsprinzip siehe *Scheidler*, Verwaltungsgrundschau 2010, 401 (405).

²⁰ Siehe hierzu BVerwGE 100, 238 (246).

²¹ BVerwGE 100, 238 (243); siehe nachfolgend IV. 3. b).

²² Siehe z.B. § 8 Abs. 1 LuftVG, § 17 FStrG, § 18 AEG, § 14 WaStrG, § 43 EnWG, § 35 Abs. 2 KrWG.

²³ UVP als sog. „Huckepackverfahren“, *Schmidt/Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, 9. Aufl. 2014, § 4 Rn. 65.

1. Vorbereitung der Antragstellung

In der frühen Phase der Projektzulassung geht es dem Träger des Vorhabens insbesondere um die Erstellung der erforderlichen technischen Pläne, Gutachten und sonstigen Unterlagen zum Nachweis der Zulässigkeit.

Das Immissionsschutzrecht sieht hierfür eine Antragsberatung durch die Genehmigungsbehörde vor (§ 2 Abs. 2 der 9. BImSchV), um frühzeitig wesentliche Fragen zur Nachweisführung oder zum zeitlichen Ablauf zu klären.

Demgegenüber ist die sog. Planaufstellung durch den Vorhabenträger vor dem Beginn eines Planfeststellungsverfahrens nicht gesetzlich geregelt. Nach § 72 Abs. 1 Hs. 1 i.V.m. § 25 Abs. 2 VwVfG sind über die allgemeinen Regeln aber auch hier Vorgespräche und Abstimmungen zu Nachweisen und Unterlagen mit der zuständigen Behörde möglich.

Um die Transparenz und Akzeptanz von häufig in der Bevölkerung umstrittenen Großprojekten zu verbessern, hat der Bundesgesetzgeber mit § 25 Abs. 3 VwVfG²⁴ die Möglichkeit einer frühen Öffentlichkeitsbeteiligung eingeführt. Sie findet – auf Hinwirken der Zulassungsbehörde – in Eigenregie des Vorhabenträgers statt und soll dazu führen, dass Einwände und Anregungen von Anwohnern oder anderen betroffenen Dritten noch vor der Eröffnung des förmlichen Verfahrens in die konkrete Planung des Vorhabens Eingang finden können.²⁵

a) Klärung der UVP-Pflicht

Regelmäßig vor der Antragsstellung wird auf Betreiben des Vorhabenträgers (§ 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 UVPG, § 2a S. 1 Alt. 1 der 9. BImSchV) entschieden, ob eine UVP überhaupt erforderlich ist. Hiervon hängen der Umfang der vorzulegenden Antragsunterlagen, die evtl. längere Verfahrensdauer und der zusätzliche Bearbeitungsaufwand ab. Oft ergibt sich mit der Feststellung der UVP-Pflicht auch erst die Notwendigkeit eines besonderen Verwaltungsverfahrens.

Beispiel 2: Nach § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. c der 4. BImSchV bedürfen Errichtung und Betrieb kleinerer Energie- oder Produktionsanlagen (Buchstabe V in Spalte c des Anhangs 1 zur 4. BImSchV) nur dann eines förmlichen Genehmigungsverfahrens gemäß § 10 BImSchG i.V.m. der 9. BImSchV, wenn das jeweilige Vorhaben UVP-pflichtig ist (siehe auch *Beispiel 3*).

Das Erfordernis einer Umweltprüfung wird anhand der §§ 3a bis 3f UVPG festgestellt. Die entsprechende Entscheidung der Zulassungsbehörde ist nicht selbständig anfechtbar (§ 3a UVPG).

aa) Ob für den Neubau und die Inbetriebnahme einer Anlage eine UVP durchzuführen ist, entscheidet sich entweder gemäß § 3b Abs. 1 UVPG durch das Erreichen oder Überschreiten der gesetzlichen Größen- und Leistungswerte in

Anlage 1, Spalte 1 zum UVPG (obligatorische Umweltprüfung bei „X“) oder durch das Ergebnis einer allgemeinen bzw. standortbezogenen Vorprüfung des Einzelfalls gemäß § 3c UVPG (sog. „Screening“ bei „A“ bzw. „S“ in Anlage 1, Spalte 2).

Sinn der Vorprüfungen ist, mittels einer überschlüssigen Untersuchung zügig einzuschätzen, ob kleinere Vorhaben unterhalb der gesetzlichen Größen- und Leistungsschwellenwerte obligatorischer UVP-Projekte erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben können, die bei der abschließenden Sachentscheidung – nach Maßgabe der fachrechtlichen Zulässigkeitskriterien – zu berücksichtigen wären. Sind solche Folgen zu befürchten, müssen sie auch mittels der umfassenden (förmlichen) Umweltprüfung ermittelt und bewertet werden.

Für die allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls sind sämtliche Kriterien der Anlage 2 zum UVPG heranzuziehen. Die vorgesehenen Prüfmerkmale betreffen das jeweilige Vorhaben (u.a. Größe der Anlage, Unfallrisiko beim Betrieb), dessen Standort (u.a. vorhandene Naturschutz- oder Wasserschutzgebiete) und dessen mögliche Auswirkungen (u.a. Eintrittswahrscheinlichkeit, Komplexität). Die standortbezogene Einzelfallprüfung für eher „unkritische“ Vorhaben betrachtet hingegen allein die räumliche Umgebung, die sich als ökologisch besonders empfindlich erweisen könnte.

Die Zulassungsbehörde hat im Rahmen der Vorprüfungen auch zu berücksichtigen, ob und wie weit der Vorhabenträger nachteilige Auswirkungen auf die Umwelt durch Vermeidungs- bzw. Verminderungsmaßnahmen offensichtlich ausschließen kann (§ 3c S. 3 UVPG).

Werden bei Errichtung von gleichartigen, in einem engen Zusammenhang stehenden Vorhaben – für die jeweils gesondert eine Vorprüfung durchzuführen ist und die zeitgleich zusammentreffen – die maßgeblichen Werte der Anlage 1 in toto erreicht oder überschritten, ist ebenfalls eine UVP erforderlich (§ 3b Abs. 2 UVPG).

bb) Geht es um die Änderung oder Erweiterung von bestehenden, bislang nicht UVP-pflichtigen Anlagen, ordnet § 3b Abs. 3 UVPG die Durchführung einer Umweltprüfung für die jeweilige Maßnahme – unter Berücksichtigung der Auswirkungen der schon existenten Altanlage – an, wenn für die veränderte Anlage nun erstmalig der maßgebliche Größen- oder Leistungswert nach Anlage 1 erreicht bzw. überschritten wird. Man spricht vom „Hineinwachsen in die UVP-Pflicht“.²⁶

Steht die Änderung oder Erweiterung eines für sich bereits UVP-pflichtigen Projekts in Frage, bedarf es der Durchführung einer Umweltprüfung, wenn entweder die Änderungs- bzw. Erweiterungsmaßnahme selbst die Größen- oder Leistungswerte in Anlage 1, Spalte 1 UVPG erreicht bzw. überschreitet (§ 3e Abs. 1 Nr. 1 UVPG) oder die Maßnahme als solche nach dem Ergebnis einer allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls nachteilige Umweltauswirkungen haben kann (§ 3e Abs. 1 Nr. 2 UVPG). In diese Vorprüfung sind dann zusätzlich alle früheren Änderungen und Erweiterungen an

²⁴ Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren – PIVereinG v. 31.5.2013 = BGBl. I 2013, S. 1388).

²⁵ Stürer, DVBl. 2013, 700 (701).

²⁶ Dienes, in: Hoppe/Beckmann, UVPG, 4. Aufl. 2012, § 3b Rn. 36.

dem originär UVP-pflichtigen Vorhaben, d.h. der Altanlage, einzubeziehen, für die jeweils keine UVP durchgeführt wurde („Summationsbetrachtung“).

Für die wesentliche Änderung von Immissionsanlagen gemäß § 16 BImSchG gilt vorrangig § 1 Abs. 3 der 9. BImSchV.

Beispiel 3: Das Vorfeld B auf dem Großflughafen X – dessen „gedanklicher“ Neubau UVP-pflichtig wäre (§§ 3 Abs. 1 S. 1, 3b Abs. 1 i.V.m. Nr. 14.12.1 der Anlage 1, Spalte 1 UVPG) – soll um fünf weitere Flugzeug-Stellpositionen ausgebaut werden. Die zusätzliche Herstellung von Vorfeldern muss als wesentliche Erweiterung eines Verkehrsflughafens gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 LuftVG planfestgestellt werden, wenn hierfür eine UVP erforderlich ist (§ 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 LuftVG). Für Vorhabenträger und Verwaltung weniger aufwändige Verfahren zur behördlichen „Absegnung“ der Baumaßnahme wie eine Plangenehmigung oder die sog. Unterbleibensentscheidung sind dann unzulässig.²⁷

Die Vorfelderweiterung ist einer Vorprüfung nach § 3e Abs. 1 Nr. 2 UVPG zu unterziehen. Hierfür sind zunächst nur die Auswirkungen des konkreten, für sich genommen nicht UVP-pflichtigen Ausbaivorhabens abzuschätzen.²⁸ Wurden in den Jahren zuvor schon Vorfeldflächen oder Rollbahnen ohne Planfeststellung und UVP angelegt, sind diese Erweiterungen zusätzlich in die Vorprüfung gemäß § 3e Abs. 1 Nr. 2 Hs. 2 UVPG einzubeziehen und ihre relevanten Umweltauswirkungen denen des zu beurteilenden Ausbaivorhabens hinzuzurechnen.

Ggf. lässt erst diese Zusammenschau im Rahmen der gebotenen überschlägigen Prüfung (§ 3c S. 1 UVPG) erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen befürchten, so dass für das anstehende Ausbaivorhaben eine UVP erforderlich wird. Die summative Betrachtung soll verhindern, dass mehrere nacheinander verwirklichte Teilbauabschnitte von der Zulassungsbehörde ohne umfassende Umweltprüfung „schiebchenweise durchgewunken“ werden (sog. Salamatik).²⁹

b) Klärung des Prüfungsumfanges

Steht fest, dass für das Vorhaben eine UVP durchzuführen ist, regeln § 5 UVPG bzw. § 2a der 9. BImSchV das sog. „Scoping“, d.h. die Festlegung des Untersuchungsbedarfs zu den voraussichtlichen erheblichen Umweltauswirkungen.

²⁷ Durch das PIVereinG (siehe Fn. 24) kommt es zu Rückführungen von Regelungen des Fachrechts in das allgemeine VwVfG. Die Länder passen ihre Landesgesetze entsprechend an. Die Zulässigkeit der Plangenehmigung oder das Entfallen von Planfeststellung und Plangenehmigung beurteilen sich dann allein nach § 74 Abs. 6, 7 VwVfG. Zum PIVereinG siehe *Schmitz/Prell*, NVwZ 2013, 745.

²⁸ Zur Relevanz der bestehenden „Altanlage“ siehe BVerwG, Urt. v. 25.6.2014 – 9 A 1/13, Rn. 22 (juris) und BVerwG NVwZ 2014, 515 m. Anm. *Hansmann*, NVwZ 2014, 522.

²⁹ Zu Summation und Kumulation im Umweltrecht siehe *Hermann/Wagner*, NuR 2005, 20 (22).

Hierbei handelt es sich um eine spezialgesetzliche Ausprägung der allgemeinen behördlichen Auskunft- und Beratungspflicht (§ 25 Abs. 2 VwVfG). Durch die Festlegung von Untersuchungsreichweite und -tiefe werden wesentliche Vorentscheidungen getroffen: Der Vorhabenträger soll einschätzen können, welche UVP-Unterlagen er seinem Antrag auf Zulassung beifügen muss, also welche Beeinträchtigungen für welche Umweltgüter in welchem Ausmaß zu untersuchen sind. Die entsprechende Mitteilung erhält er auf Antrag oder ggf. von Amts wegen. In einem sog. Scoping-Termin vor dieser Unterrichtung können Zulassungsbehörde, Vorhabenträger und andere betroffene Behörden mit Umweltaufgaben die beizubringenden Unterlagen und die schutzgutbezogenen Modalitäten der Verträglichkeitsuntersuchung besprechen, z.B. die Messverfahren für die Erfassung von Boden- oder Grundwasserverunreinigungen. Zur Besprechung können auch Sachverständige, Umweltschutzverbände und sonstige Dritte hinzugezogen werden (§ 5 S. 4 UVPG, § 2a Abs. 1 S. 4 der 9. BImSchV).

2. Antragstellung und Einreichung des Plans

Mit dem Antrag auf Genehmigung oder Planfeststellung³⁰ des Vorhabens wird das förmliche Prüfverfahren eingeleitet. Hierbei werden die eigenen Ermittlungen der Zulassungsbehörde um die Beteiligung der Öffentlichkeit sowie anderer Fachbehörden ergänzt.

a) Erforderliche Angaben

Dem Verursacherprinzip³¹ folgend muss der Vorhabenträger das Tatsachenmaterial für die Umweltprüfung liefern, d.h. die entscheidungserheblichen Unterlagen beibringen (§ 6 Abs. 1 S. 1 UVPG bzw. §§ 4 Abs. 1 S.1, 4 e der 9. BImSchV). Deren Inhalt und Umfang wird durch das einschlägige Zulassungsrecht festgelegt (§ 6 Abs. 2 S. 1 UVPG).

Für das immissionschutzrechtliche Genehmigungsverfahren bestimmen §§ 4 ff. der 9. BImSchV detailliert die erforderlichen Angaben, insbesondere zur baulichen Anlage, zum Betrieb, zu Schutzmaßnahmen wie auch zu den Auswirkungen des Vorhabens auf die UVP-Schutzgüter einschließlich der Wechselwirkungen (§ 4e der 9. BImSchV).

Die Planfeststellung kennt lediglich allgemeine Vorschriften des Gesetzgebers zum Inhalt der Planunterlagen. Diese müssen mit Blick auf die folgende Öffentlichkeitsbeteiligung jedenfalls die sog. Anstoßfunktion³² erfüllen können, d.h. durch Zeichnungen und Erläuterungen zu den Auswirkungen des Vorhabens auf fremde Grundstücke und Anlagen (§ 73 Abs. 1 S. 2 VwVfG) den Betroffenen die Beurteilung ermöglichen, ob und inwieweit sie in ihren Belangen berührt werden.

Fehlen konkrete fachgesetzliche Anforderungen, richten sich die UVP-relevanten Antragsinhalte ergänzend nach § 6

³⁰ In der Einreichung des Plans liegt der Antrag auf Planfeststellung des Vorhabens, insb. auf Einleitung des Anhörungsverfahrens gem. § 73 Abs. 1 S. 1 VwVfG.

³¹ *Kment*, in: *Hoppe/Beckmann* (Fn. 26), § 6 Rn. 2.

³² *Kirchberg* (Fn. 19), § 2 Rn. 87 f.

Abs. 3 und 4 UVPG: Nötig sind zumindest Informationen zum Vorhaben an sich, den erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen, begleitenden Umweltschutz- und Kompensationsmaßnahmen sowie ggf. Detailangaben zu technischen Verfahren, der Art und Menge anfallender Emissionen, Abfällen, Abwässer etc. Der Vorhabenträger muss zudem eine allgemein verständliche, nichttechnische Zusammenfassung der erwähnten Angaben beifügen (§ 6 Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 S. 2 UVPG bzw. § 4 Abs. 3 S. 1 der 9. BImSchV).

b) Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung

Das immissionsschutzrechtliche Genehmigungs- und das Planfeststellungsverfahren befassen die Öffentlichkeit und andere Fachbehörden mit dem Vorhaben. Die ggf. grenzüberschreitende Beteiligung erschließt der Zulassungsbehörde weitere entscheidungsrelevante Informationen und zusätzliches Fachwissen. Sie schafft zudem Transparenz für Dritte und eröffnet ihnen (bei eigener Betroffenheit) eine Teilhabemöglichkeit sowie einen vorverlagerten individuellen Rechtsschutz.³³

Die Beteiligung Dritter nach § 10 BImSchG i.V.m. §§ 8 ff. der 9. BImSchV durch die Genehmigungsbehörde und in der Planfeststellung das regelmäßig von einer gesonderten Behörde geführte Anhörungsverfahren (§ 73 VwVfG i.V.m. §§ 7 ff. UVPG) laufen im Überblick³⁴ wie folgt ab:

Das Vorhaben ist öffentlich bekanntzumachen und der Antrag bzw. der Plan nebst den wesentlichen, entscheidungserheblichen Unterlagen einen Monat lang für die breite Öffentlichkeit – insbesondere in den Gemeinden, in denen sich das Vorhaben (voraussichtlich) auswirkt³⁵ – zur Einsicht auszuliegen (§§ 73 Abs. 2 VwVfG, 9 Abs. 1 UVPG; § 10 Abs. 3 S. 1 und 2 BImSchG i.V.m. §§ 8 ff. der 9. BImSchV).

Bis zu zwei Wochen nach Ablauf der Auslegungsfrist kann bei der Anlagengenehmigung auch Jedermann Einwendungen erheben (§ 10 Abs. 3 S. 3 BImSchG).

Das Anhörungsverfahren in der Planfeststellung beschränkt diese im gleichen Umfang befristete Einwendungsbefugnis auf diejenigen, deren Belange durch das Vorhaben berührt werden (§§ 73 Abs. 4 S. 1 VwVfG, 9 Abs. 1 S. 3 UVPG; siehe auch betroffene Öffentlichkeit i.S.d. § 2 Abs. 6 S. 2 Hs. 1 UVPG).

Hiernach tritt in beiden Verfahrensarten die materielle Präklusion ein: alle Einwendungen sind ausgeschlossen, die nicht auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhen (§ 73 Abs. 4 S. 3 VwVfG, § 10 Abs. 3 S. 5 BImSchG).

Spätestens gleichzeitig mit der öffentlichen Bekanntmachung der Antragsunterlagen durch die Genehmigungsbehörde bzw. innerhalb eines Monats nach Eingang des vollständigen Plans bei der Anhörungsbehörde sind die Fachbehörden,

deren Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt wird, zur fristgebundenen Stellungnahme aufzufordern (§ 10 Abs. 5 S. 1 BImSchG i.V.m. § 11 der 9. BImSchV bzw. § 73 Abs. 2, 3a VwVfG i.V.m. § 7 UVPG). Die Aufforderung ergeht zumindest an die Behörden, deren anderenfalls eigenständige Entscheidung zu bestimmten Aspekten des Vorhabens von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung oder dem Planfeststellungsbeschluss formell konzentriert wird (§ 13 BImSchG, § 75 S. 1 VwVfG).³⁶

Die rechtzeitig erhobenen Einwendungen sowie die fachbehördlichen Stellungnahmen können in einem Erörterungstermin verhandelt werden (§ 10 Abs. 6 BImSchG i.V.m. §§ 12 Abs. 1 S. 2, 14 ff. der 9. BImSchV bzw. § 73 Abs. 6 VwVfG)³⁷. Für den Fall, dass von einem Vorhaben grenzüberschreitende Umweltauswirkungen ausgehen können, geben §§ 8, 9 a UVPG³⁸ und § 11 a der 9. BImSchV die Art und Weise der Einbindung zuständiger ausländischer Behörden sowie der ausländischen Öffentlichkeit vor.

3. Zulassungsentscheidung

Das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren endet mit Erlass des Genehmigungsbescheids, wenn alle für das Vorhaben bedeutsamen Umstände ermittelt sind (§ 20 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV).

Die Planfeststellungsbehörde stellt den Plan fest (§ 74 Abs. 1 S. 1 VwVfG), d.h. sie entscheidet anhand aller im Verfahren gewonnenen Erkenntnisse darüber, ob – und ggf. wie – die Planung des Vorhabenträgers realisiert werden darf.

In beiden Verfahrensarten sind die umweltrelevanten Informationen aufzubereiten und in die Entscheidungsfindung über das Vorhaben einzubeziehen.

a) Darstellung und Bewertung der Umweltauswirkungen

Mithilfe der Antragsunterlagen, der Resultate der Behörden- bzw. Öffentlichkeitsbeteiligung sowie eigener Ermittlungen (§ 11 S. 2 UVPG) hat die Zulassungsbehörde die erheblichen Umweltauswirkungen, d.h. die prognostizierten³⁹ Auswirkungen des Vorhabens auf die UVP-Schutzgüter, zusammenfassend darzustellen (§ 11 S. 1 UVPG, § 20 Abs. 1a S. 1 der 9. BImSchV). Gefordert ist die systematische und strukturierte Aufbereitung der für eine Bewertung relevanten Tatsachen, einschließlich der Beschreibung von Maßnahmen zur Vermeidung, Verminderung und Kompensation nachteiliger

³⁶ Steinberg/Wickel/Müller (Fn. 34), § 2 Rn. 69.

³⁷ Das jeweilige Fachplanungsrecht stellt die Durchführung eines Erörterungstermins regelmäßig in das Ermessen der Anhörungsbehörde (z.B. § 14a Nr. 1 WaStrG).

³⁸ § 9b UVPG regelt die Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung, wenn ein ausländisches Vorhaben erhebliche Umweltauswirkungen in der Bundesrepublik Deutschland haben kann.

³⁹ Der Vorhabenträger (bei Antragstellung) und die Zulassungsbehörde (in der Darstellung) prognostizieren die Eintrittswahrscheinlichkeit bestimmter (negativer) Auswirkungen auf die geschützten Umweltgüter, siehe Appold, in: Hoppe/Beckmann (Fn. 26), § 2 Rn. 54 ff.

³³ Wagner, in: Hoppe/Beckmann (Fn. 26), § 9 Rn. 6.

³⁴ Zu den förmlichen Einzelheiten der Öffentlichkeitsbeteiligung siehe Schmidt/Kahl/Gärditz (Fn. 23), § 7 Rn. 29 ff. (Immissionsschutzrecht); Steinberg/Wickel/Müller, Fachplanung, 4. Aufl. 2012, § 2 Rn. 68 ff. (Planfeststellungsrecht).

³⁵ Nach § 10 Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV auch bei der Genehmigungsbehörde und ggf. einer geeigneten Stelle in der Nähe des Standorts des Vorhabens.

Auswirkungen. Darstellung und Bewertung müssen bzw. können in die Begründung von Planfeststellungsbeschluss und Genehmigung aufgenommen werden (§ 11 S. 4 UVPG, § 21 Abs. 1 Nr. 5 der 9. BImSchV).

Als Abschluss der Umweltprüfung⁴⁰ sind die dargestellten Umweltauswirkungen gemäß § 12 UVPG, § 20 Abs. 1b der 9. BImSchV daraufhin zu bewerten, ob sie überhaupt ins Gewicht fallen, hinnehmbar oder zu kompensieren sind oder nicht toleriert werden dürfen. Die Maßstäbe für diese „ökologie-interne“ Beurteilung⁴¹ bieten medienbezogene Vorgaben, z.B. Umweltstandards in Form von Grenz-, Richt- oder Referenzwerten⁴² für Emissionen und Immissionen, die sich aus den spezifischen Umweltschutzgesetzen, ausführenden Verordnungen, Satzungen oder ggf. aus norminterpretierenden bzw. normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften (UVPVwV,⁴³ TA Luft, TA Lärm) ergeben. Fehlen solche mehrheitlich außenverbindlichen⁴⁴ Maßstäbe, können zur Orientierung auch nicht-hoheitliche Standards wie technische Regelwerke privater Einrichtungen (VDI, DIN, ISO usw.) oder Empfehlungen bzw. Arbeitshilfen der Fachverwaltungen mit bloß indizieller Bedeutung⁴⁵ herangezogen werden. Verbindliche Bewertungsgrundlage können zudem auch Festlegungen hoheitlicher Planungsträger sein.⁴⁶

Beispiel 4: Bei der UVP-pflichtigen Planfeststellung für den Bau von Schienenwegen nebst weiteren Betriebsanlagen der Eisenbahn (§§ 18, 18b AEG, 3 Abs. 1 S. 1, 3b Abs. 1 S. 1 i.V.m. Nr. 14.7 der Anlage 1 zum UVPG) ist der prognostizierte Betriebslärm dann als schädliche Umwelteinwirkung für das Schutzgut „menschliche Gesundheit“ zu bewerten, wenn die Immissionsgrenzwerte nach § 2 Abs. 1 der 16. BImSchV (§§ 2 Abs. 1 Nr. 4, 41 Abs. 1, 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BImSchG) bzw. – ergänzend – der TA Lärm⁴⁷ überschritten werden.

Der mit den Baumaßnahmen verbundene, unvermeidbare Eingriff in Natur und Landschaft (§ 14 Abs. 1 BNatSchG) ist hinsichtlich der Schutzgüter Pflanzen und Tiere als schwere Beeinträchtigung zu beurteilen, wenn ein kommunaler Landschaftsplan für das Eingriffsgebiet in einem Streckenabschnitt die unbedingte Erhaltung, den Schutz

und die Pflege der vorhandenen Lebensstätten für Tiere und Pflanzen vorschreibt (§ 9 Abs. 5 S. 2 BNatSchG).

b) Berücksichtigung des Prüfungsergebnisses

Die UVP-Richtlinie bzw. das UVPG stellen Anforderungen an die Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens,⁴⁸ beinhalten oder verschärfen selbst aber keine materiellen Schutz-Standards für die einzelnen Umweltgüter.⁴⁹

Die Zulassungsbehörde muss sich mit den „Ergebnissen“ der UVP sachlich und rechtlich auseinandersetzen. Sie hat die bewerteten Umweltauswirkungen nach Maßgabe der geltenden Gesetze zu berücksichtigen (§§ 12 UVPG, 20 Abs. 1b S. 3 der 9. BImSchV), d.h. in der fachgesetzlich vorgesehenen Art und Weise zu verarbeiten. Ausschlaggebend ist somit die Struktur der Zulassungsnorm für das in Frage stehende Vorhaben.

aa) Im Falle der Planungsentscheidung⁵⁰ verlangt das Rechtsstaatsprinzip die gerechte Abwägung aller vom Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange.⁵¹ Ob sich dabei die kollidierenden Umweltinteressen gegen das Vorhaben durchsetzen oder ob sie zurückgestellt werden mit der Folge, dass ein das Baurecht gewährender, ggf. mit Auflagen zum Umweltschutz versehener Planfeststellungsbeschluss erlassen wird, fällt grundsätzlich⁵² in das Planungsermessen bzw. die planerische Gestaltungsfreiheit⁵³ der Behörde.

Um dem Abwägungsgebot zu entsprechen, muss eine Abwägung überhaupt stattfinden und sämtliche Belange erfassen, die „nach Lage der Dinge“ einzustellen sind. Hierbei darf weder die Bedeutung der betroffenen öffentlichen und privaten Belange verkannt werden noch der Ausgleich zwischen diesen so erfolgen, dass er zum objektiven Gewicht einzelner Belange außer Verhältnis steht.⁵⁴

Es sind die folgenden Abwägungsfehler zu vermeiden:

- (Gänzlicher) Ausfall des behördlichen Abwägungsvorgangs;
- Vernachlässigung bzw. Nicht-Betrachtung eines erheblichen Belangs („Abwägungsdefizit“);
- Fehleinschätzung der Bedeutung bzw. unzutreffende Gewichtung eines Belangs;
- Unverhältnismäßiger Ausgleich der gegenläufigen Belange („Abwägungsdisproportionalität“).⁵⁵

⁴⁰ *Erbguth*, ZuR 2014, 515 (522).

⁴¹ *Kirchberg* (Fn. 19), § 2 Rn. 162.

⁴² *Gassner/Winkelbrandt*, UVP, 4. Aufl. 2005, S. 286.

⁴³ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Gesetzes über die Umweltverträglichkeit (§ 24 UVPG), unter <http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de> (31.1.2015) abrufbar.

⁴⁴ Zur Außenwirkung sog. „normkonkretisierender“ Verwaltungsvorschriften siehe *Koch*, in: *Koch*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2014, § 4 Rn. 96.

⁴⁵ BVerwGE 79, 254 (258); 81, 197 (202).

⁴⁶ Z.B. sind nach § 9 Abs. 5 S. 1 BNatSchG in Planfeststellungs- oder Genehmigungsverfahren die Inhalte der Landschaftsplanung zu berücksichtigen. Nach S. 2 der Norm sind die Inhalte der Landschaftsplanung insbesondere für die Beurteilung der Umweltverträglichkeit heranzuziehen.

⁴⁷ Vgl. *Hellriegel/Schmitt*, NVwZ 2010, 1046 (1047).

⁴⁸ BVerwGE 100, 238 (243).

⁴⁹ BVerwGE 100, 238 (243).

⁵⁰ *Voßkuhle*, JuS 2008, 117 (119); *Grüner*, UPR 2011, 50.

⁵¹ BVerwGE 41, 67 (68 ff.); BVerwG DÖV 1978, 410; siehe auch die Fachplanungsgesetze, z.B. § 8 Abs. 1 S. 2 LuftVG, § 14 Abs. 1 S. 2 WaStrG, § 17 S. 2 FStrG, § 18 S. 2 AEG.

⁵² Kein Planungsermessen besteht bei der Bindung an zwingendes Recht, z.B. dem Vermeidungsgebot nach § 15 Abs. 1 S. 1 BNatSchG, siehe *Leist/Tams*, JuS 2007, 995 (999).

⁵³ *Ziekow*, in: *Ziekow* (Fn. 19), § 6 Rn. 2 ff.

⁵⁴ BVerwGE 34, 301 (309); 48, 56 (63 f.); 56, 110 (116 f.); 87, 332 (341).

⁵⁵ *Leist/Tams*, JuS 2007, 995 (999 f.).

Im Planfeststellungsverfahren trägt die UVP zur vollständigen Sammlung des umweltrelevanten Abwägungsmaterials sowie zur angemessenen Gewichtung der vom Vorhaben betroffenen Umweltschutzgüter im Abwägungsvorgang und im Abwägungsergebnis⁵⁶ bei.

Beispiel 5: Bei der erforderlichen Planfeststellung für die Erweiterung des Vorfeldes B auf dem Großflughafen X (siehe *Beispiel 3*) geht die Planfeststellungsbehörde unzutreffend davon aus, dass es durch die zusätzlichen fünf Abstellpositionen nicht zu einem dauerhaften Anstieg der Flugbewegungen kommen werde. Selbst wenn es aber zu mehr Verkehr käme, läge der Anstieg des Flug- und Bodenlärms nach ihrer Einschätzung jedenfalls unterhalb der fachplanungsrechtlichen Zumutbarkeitsschwelle (Grenzwerte nach § 2 Abs. 2 FluglärmG). Die Behörde hält Untersuchungen hierzu nicht für erforderlich und geht entgegenstehenden Einwendungen im Anhörungsverfahren nicht nach. Über evtl. erforderliche Betriebsregelungen zur Entlastung der Anwohner verhält sich der abschließende Planfeststellungsbeschluss nicht.

Die Lärmschutzinteressen der Anwohner des Flughafens sind jedoch auch dann abwägungsrelevant, wenn es um Belastungen *unterhalb* der fachrechtlichen Zumutbarkeitsschwelle geht⁵⁷. Diese gilt es bei der Sachverhaltsaufklärung zu ermitteln und in die Entscheidungsfindung einzubeziehen. Die Planfeststellungsbehörde begeht einen Abwägungsfehler, soweit sie zusätzliche, nicht bloß geringfügige Lärmbetrübungen ignoriert (Abwägungsdefizit). Dem soll insbesondere die Pflicht zur zusammenfassenden Darstellung und Bewertung der Umweltauswirkungen (§§ 11, 12 UVPG) entgegenwirken. Diese Vorgaben zur strukturierten „Aufarbeitung“ der Umweltauswirkungen fungieren formal wie inhaltlich als Zwischenschritte, die der allgemeinen Abwägung vorgeschaltet sind. Sie sollen dem Abwägungsvorgang in Bezug auf die Umweltbelange eine erhöhte Richtigkeitsgewähr vermitteln.⁵⁸

bb) Bei den Kontrollerlaubnissen wie der immissionschutzrechtlichen Genehmigung besteht für den privaten Antragsteller ein – regelmäßig grundrechtlich unterlegter⁵⁹ – Anspruch auf Erteilung der Anlagenzulassung, wenn alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (gebundene Entscheidung). Die Berücksichtigung der UVP-Ergebnisse hat sich hier bei der Auslegung der umweltbezogenen Tatbestandsmerkmale bzw. unbestimmten Rechtsbegriffe⁶⁰ der Genehmigungsvorschrift zu verwirklichen.⁶¹

Beispiel 6: Bei der Entscheidung über eine Genehmigung für ein Heizkraftwerk mit einer Feuerungswärmeleistung von 50 MW und mehr (§ 4 Abs. 1 S. 1 und 3 BImSchG i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1 und Nr. 1.1 Spalte c Anhang 1 der 4. BImSchV) hat die zuständige Behörde gemäß § 20 Abs. 1b S. 3 der 9. BImSchV die Bewertung der Umweltauswirkungen nach Maßgabe der hierfür geltenden Vorschriften zu berücksichtigen. Einschlägig ist der Tatbestand des § 6 Abs. 1 BImSchG, wonach die Genehmigung erteilt werden *muss*, wenn die Erfüllung der Betreiberpflichten sichergestellt ist und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes nicht entgegenstehen. Die Betreiberpflichten ergeben sich insbesondere aus § 5 Abs. 1 BImSchG. Hiernach müssen zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt u.a. schädliche Umwelteinwirkungen (S. 1 Nr. 1) und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft vermieden und Vorsorge gegen diese (S. 1 Nr. 2) getroffen werden. Die konkrete Interpretation der schädlichen Umwelteinwirkungen (siehe § 3 Abs. 1 BImSchG) für die relevanten Schutzgüter folgt aus der Umweltfolgenbewertung nach § 20 Abs. 1b S. 1 der 9. BImSchV.

Seit Einführung der UVP in Deutschland gibt es mit Blick auf die unionsrechtlichen Bestimmungen Bedenken, ob die bewerteten Umweltauswirkungen in die abschließende Entscheidungsfindung über das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen nach § 6 BImSchG hinreichend einbezogen werden können: Der medienübergreifende integrative Ansatz der UVP komme in der Struktur der gebundenen Kontrollentscheidungen nicht zur Geltung, da das Gesetz eine zu einseitige Schutzrichtung (Luftreinhaltung/Lärmbekämpfung) aufweise und die Wechselwirkungen zwischen den betroffenen Umweltgütern nicht oder nur lückenhaft erfasse.⁶² Auch mindere das dominierende, hinsichtlich des gebundenen Zulassungsanspruchs starre „Immissionsgrenzwertdenken“⁶³ sowie die fehlende Pflicht zum Alternativenvergleich gegenüber einer Abwägungsentscheidung das Schutzpotential bzw. die Wirksamkeit der UVP.

Umso schwerer wiegt solche Kritik, als der Bewertung und Berücksichtigung gemäß § 12 UVPG vom Schrifttum – entgegen der Rechtsprechung des BVerwG – ein materiell-rechtlicher Charakter in Gestalt eines Berücksichtigungsgebots⁶⁴ zugewiesen wird.⁶⁵ Auch der EuGH sieht jedenfalls in der behördlichen Bewertungspflicht (Art. 3 UVP-RL) eine materielle Vorgabe.⁶⁶

⁵⁶ Beckmann, in: Hoppe/Beckmann (Fn. 26), § 12 Rn. 107 ff.

⁵⁷ BVerwG, Urt. v. 16.3.2006 – 4 A 107504/13, Rn. 268 (juris).

⁵⁸ BVerwG, Urt. v. 18.11.2004 – 4 CN 11/03, Rn. 25 (juris).

⁵⁹ Siehe hierzu Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 9 Rn. 51 ff.

⁶⁰ Schmidt/Kahl/Gärditz (Fn. 23), § 4 Rn.76.

⁶¹ Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 116; Erbguth/Goldbecher, JuS 2008, 992 (995).

⁶² Zusammenfassend Beckmann (Fn. 56), § 12 Rn. 114 ff.

⁶³ Koch (Fn. 44), § 4 Rn. 175.

⁶⁴ Sparwasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht, 5. Aufl. 2003, § 4 Rn. 30; Steinberg/Wickel/Müller (Fn. 34), § 2 Rn. 17.

⁶⁵ Erbguth, ZuR 2014, 515 (519 f.); Schmidt/Kahl/Gärditz (Fn. 23), § 4 Rn. 74

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 3.3.2011 – C-50/09 (Kommission/Irland) = Slg. 2011, I-873, Rn. 37 ff., insb. Rn. 40.

Mittlerweile hat sich der Genehmigungstatbestand für Immissionsanlagen durch den Einfluss des Unionsrechts⁶⁷ aber einem medienübergreifenden Ansatz geöffnet, insbesondere durch die Aufnahme der Integrationsklausel („[...] zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt [...]“) in § 5 Abs. 1 BImSchG. Der erweiterte Schutzzweck des BImSchG richtet sich nun – im Kontext der Anlagenzulassung – auf die Verhinderung der schädlichen Immissionsbelastung für die Mehrzahl der UVP-relevanten Umweltgüter (§ 3 Abs. 2 BImSchG) sowie auf den weiterreichenden Schutz vor Gefahren, erheblichen Nachteilen und erheblichen Belästigungen⁶⁸. Wechselwirkungen können weitgehend auch über den Verweis des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG auf andere Zulassungsvorschriften, insbesondere die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung (§§ 14 Abs. 1, 7 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG) in die Entscheidungsfindung einbezogen werden.⁶⁹ Eine Pflicht zur Alternativenprüfung beinhaltet weder die UVP-Richtlinie noch das UVPG⁷⁰. Somit erscheint die unionsrechtskonforme Berücksichtigung der Ergebnisse einer UVP bei der immissionsschutzrechtlichen Anlagengenehmigung durchaus möglich⁷¹.

V. Rechtsschutz⁷²

Die *isolierte* Rüge einer unterlassenen oder von der Behörde fehlerhaft durchgeführten Umweltprüfung kann vor den Verwaltungsgerichten grundsätzlich nur dann zulässig und erfolgreich sein, wenn die missachteten Regelungen des UVPG subjektiv-öffentliche Rechte⁷³ i.S.d. §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 S. 1 VwGO vermitteln. Gemäß der Schutznormtheorie⁷⁴ müssten sich hier Vorschriften ausmachen lassen, die zumindest auch den Schutz von Individualinteressen derart bezwecken, dass ein bestimmter bzw. bestimmbarer Personenkreis die Einhaltung der Regelung durchsetzen kann.⁷⁵

Nach der deutschen Rechtsprechung sind die UVP-Anforderungen reines Verfahrensrecht und gestalten nur das Prozedere, ohne („individualisierbare“) materiell-rechtliche Vorgaben für die Zulässigkeit umweltrelevanter Vorhaben einzuführen oder zu verschärfen.⁷⁶ Solche Bestimmungen gewähren dem Einzelnen grundsätzlich keine geschützten Rechts-

positionen, weil sie allein dem öffentlichen Interesse an der „Produktion“ richtiger Sachentscheidungen durch die Behörden *dienen*.⁷⁷

Ausnahmsweise erkennt das BVerwG eine Klagebefugnis gemäß § 42 Abs. 2 VwGO an, wenn die (verletzte) prozedurale Vorschrift nicht bloß die Ordnung des Verfahrensablaufs sichern, sondern dem Betroffenen in spezifischer Weise und unabhängig vom materiellen Recht eine eigene, selbständig durchsetzbare Rechtsposition zuweisen soll.⁷⁸ Diese seltenen absoluten Verfahrensrechte erzwingen wegen der besonderen Schutzwürdigkeit der betroffenen Interessen ein bestimmtes Verhalten der Behörde als Selbstzweck. Beispiele sind das Recht der Gemeinden auf Beteiligung im luftverkehrsrechtlichen Genehmigungsverfahren (§ 6 LuftVG)⁷⁹ oder das Mitwirkungsrecht der Naturschutzverbände im Planfeststellungsverfahren (§ 63 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG).⁸⁰ Ihre Verletzung führt für sich bereits zur Aufhebung der Behördenentscheidung.⁸¹

Darüber hinaus ist die Missachtung von „dienenden“ Verfahrensvorschriften nach der Rechtsprechung nur rügefähig, wenn es nach dem Vortrag des Klägers zugleich um die mögliche Verletzung eigener materieller Rechtspositionen geht⁸² (sog. relative Verfahrensrechte)⁸³. Im Rahmen der gerichtlichen Begründetheitsprüfung muss zusätzlich die konkrete Möglichkeit bestehen, dass sich der Verfahrensfehler auf die abschließende Sachentscheidung ausgewirkt hat.⁸⁴ Die Behörde müsste also ohne den Fehler anders – d.h. für den Kläger weniger belastend – entschieden haben (Kausalitätserfordernis, § 46 VwVfG).

Das Fehlen einer notwendigen UVP oder Mängel derselben stellt hiernach zunächst nur einen schlichten Verfahrensfehler dar, der für sich allein z.B. bei der Planfeststellung noch nicht zu einem durchschlagenden Abwägungs- und damit Entscheidungsmangel führen konnte.⁸⁵

⁶⁷ IVU-Richtlinie und IE-Richtlinie, siehe *Schmidt/Kahl/Gärditz* (Fn. 23), § 7 Rn.7.

⁶⁸ *Erbguth*, *ZuR* 2014, 515 (518).

⁶⁹ *Beckmann* (Fn. 56), § 12 Rn. 124.

⁷⁰ *Sangenstedt*, *ZUR* 2014, 526 (532); *BVerwGE* 101, 166 (168 ff.).

⁷¹ *Glaser/Klement*, *Umweltrecht mit Planungsrecht*, Fall 2 Rn. 93.

⁷² Zur Entwicklung des Umweltrechtsschutzes siehe *Guckelberger*, *JA* 2014, 647.

⁷³ *Kahl/Ohlendorf*, *JA* 2010, 872. Im Bereich des Umweltschutzes sind gesetzlich fixierte subjektiv-öffentliche Rechte, wie z.B. § 3 Abs. 1 S. 1 UIG, eher selten, siehe *Guckelberger*, *JA* 2014, 647 (648).

⁷⁴ *Ramsauer*, in: *Koch* (Fn. 44), § 3 Rn. 183 ff.

⁷⁵ *Kopp/Schenke*, *VwGO*, 20. Aufl. 2014, § 42 Rn. 83 ff.

⁷⁶ *BVerwG NVwZ* 1996, 788 (789) und *Besprechung Murswiek*, *JuS* 1997, 181.

⁷⁷ Zur „dienenden Funktion“ des Verfahrensrechts *Schmidt/Kahl/Gärditz* (Fn. 23), § 5 Rn. 23.

⁷⁸ *St. Rsp.*: *BVerwG NVwZ* 1999, 876 (877 m.w.N.).

⁷⁹ *BVerwGE* 81, 95 (106).

⁸⁰ *BVerwG NVwZ* 1991, 162 und *Besprechung Murswiek*, *JuS* 1991, 518.

⁸¹ *Kopp/Schenke* (Fn. 75), § 42 Rn. 95.

⁸² *Kopp/Schenke* (Fn. 75), § 42 Rn. 95. Dies kann bei einer angegriffenen Fachplanungsentscheidung der Anspruch auf gerechte Abwägung eigener Belange sein. So können Kläger z.B. geltend machen, dass ihre Lärmschutzinteressen wegen des Unterlassens einer erforderlichen UVP fehlerhaft ermittelt, bewertet und gewichtet worden seien, siehe *BVerwGE* 132, 123 (126 f.).

⁸³ *Wysk*, in: *Wysk*, *VwGO*, 2011, § 42 Rn. 181.

⁸⁴ Dies gilt selbst für den sog. „Vollüberprüfungsanspruch“ des enteignend betroffenen Grundstückseigentümers, *Schütz*, in: *Ziekow* (Fn. 19), § 8 Rn. 28 ff., insb. Rn. 32; kritisch hierzu *Gassner*, *DVB1.* 2011, 214.

⁸⁵ *BVerwGE* 98, 339 (361); 100, 238 (247); 131, 352 (368); *Wysk* (Fn. 83), § 42 Rn. 183.

Nunmehr ermöglicht § 4 Abs. 1, 3 UmwRG⁸⁶ sowohl anerkannten Umweltschutzvereinigungen (§§ 2 und 3 UmwRG) als auch natürlichen Personen die erfolgreiche Klage in Bezug auf Zulassungsentscheidungen i.S.d. § 1 Abs. 1 UmwRG, die entweder ohne die erforderliche UVP oder ohne die gebotene bzw. nach Maßgabe des § 3a S. 4 UVPG fehlerfreie Einzelfall-Vorprüfung zustande gekommen bzw. gänzlich unterblieben sind (§ 1 Abs. 1 S. 2 UmwRG).

Fraglich ist, ob der Gesetzgeber in diesen Fällen ein selbstständig durchsetzbares subjektives Recht eingeführt hat, welches Dritten die unbedingte Klagebefugnis nebst Aufhebungsanspruch vermitteln kann.

Für die Annahme eines solchen absoluten Verfahrensrechts wird auf Art. 11 Abs. 1, 3 UVP-Richtlinie (n.F.)⁸⁷ verwiesen, wonach für die betroffene Öffentlichkeit auch die verfahrensmäßige Rechtmäßigkeit von umweltrelevanten Entscheidungen gerichtlich überprüfbar sein soll. Diese Anordnung liefe leer, wenn UVP-Verfahrensrechte dem Einzelnen weder die Rügebefugnis noch einen Aufhebungsanspruch vermittelten. Da die menschliche Gesundheit sowie Sachgüter (Eigentum) nach § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 3 UVPG vom Schutzbereich des Gesetzes erfasst seien, müssten zumindest jene UVP-Regelungen mit Bezug zu diesen Schutzgütern, insbesondere die Öffentlichkeitsbeteiligung, als dritt-schützend gelten.⁸⁸ Durch die Erstreckung des Aufhebungsanspruchs nach § 4 Abs. 1, 3 UmwRG auf die Rechtsbehelfe von natürlichen und juristischen Personen (§ 61 Nr. 1 VwGO) habe der Gesetzgeber die in Bezug genommenen UVP-Verfahrensvorschriften „subjektiv-rechtlich angereichert“.⁸⁹

Das BVerwG sieht in § 4 Abs. 1, 3 UmwRG für Individualkläger hingegen keine „andere gesetzliche Bestimmung“ i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO. Die Regelung betreffe allein die Sachprüfung,⁹⁰ d.h. die Begründetheit des Rechtsbehelfs. In diesem Zusammenhang schließe die Norm – als Sondervorschrift zu § 46 VwVfG – das Erfordernis der Fehlerkausalität aus und ver helfe dem Kläger unabhängig von einer subjektiven Betroffenheit (§ 113 Abs. 1 S.1 VwGO) zum Klageerfolg. Für die Klagebefugnis, welche von § 4 Abs. 1, 3 UmwRG vorausgesetzt werde, müsse auch weiterhin die Verletzung eigener Rechte durch das UVP-pflichtige Vorhaben in

Frage stehen⁹¹. Ein Verstoß gegen Unionsrecht sei hiermit nicht verbunden, weil Art. 11 Abs. 1 lit. b, Abs. 3 S. 1 UVP-Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber ausdrücklich freistelle, den Gerichtszugang von einer Rechtsverletzung abhängig zu machen.⁹²

Diese Haltung des Gerichts wird zwar insbesondere durch den Wortlaut der Vorschrift – vgl. die Sachprüfung gemäß § 46 VwVfG⁹³ – gestützt („Die Aufhebung [...] kann verlangt werden, [...]“). Dennoch bleiben gewichtige Zweifel an der Vereinbarkeit der restriktiven Anerkennung wehrfähiger Verfahrensrechte für Individualkläger mit der Maßgabe des Art. 11 Abs. 3 S. 1 UVP-Richtlinie, wonach der betroffenen Öffentlichkeit ein *weiter* Zugang zu Gericht zu gewähren ist. Ein erheblicher Teil der materiellen Umweltvorschriften dient ausschließlich dem Allgemeinwohl und bewirkt keinen Drittschutz⁹⁴ als Basis für eine individuelle Rügebefugnis. Die über Art. 11 Abs. 1 UVP-Richtlinie gewährleistete Anfechtbarkeit „der materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit von Entscheidungen“ für Einzelne als Mitglieder der durch die Norm begünstigten „betroffenen Öffentlichkeit“ (Art. 1 Abs. 2 lit. d und e UVP-Richtlinie) bliebe weitgehend folgenlos, wenn ein durch § 4 Abs. 1, 3 UmwRG erweiterter Aufhebungsanspruch mangels möglicher eigener Rechtsverletzung in der Regel vom Gericht nicht geprüft wird.⁹⁵ Zudem dürfte der Gesetzgeber in Bezug auf die Verfahrensfehler nach § 4 Abs. 1 UmwRG von selbständigen subjektiv-öffentlichen Rügerechten ausgegangen sein.⁹⁶

Wegen des deutlichen „personalen Einschlags“ der Schutzgüter der UVP-Richtlinie (menschliche Gesundheit, Sachgüter) und der vergleichsweise großzügigen Zuweisung wehrhafter subjektiver Verfahrensrechte für betroffene Einzelne durch den EuGH,⁹⁷ dürften jedenfalls die Bestimmungen des UVP-Rechts über die Partizipation der betroffenen Öffentlichkeit sowie zur Bewertung und zur Berücksichtigung der ermittelten Umweltauswirkungen eines Vorhabens subjektive Rechtspositionen gewähren.⁹⁸ Das Effektivitäts-

⁸⁶ Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-RL 2003/35/EG – Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8.4.2013 = BGBl. I 2013, S. 753). Zur Unionsrechtswidrigkeit dieses Gesetzes in seiner ursprünglichen Fassung betreffend die Verbandsklage siehe Schlussanträge der GA'in *Eleanor Sharpston* zur Rechtsache C-115/09 (EuGH [GA'in *Sharpston*], Schlussanträge v. 16.12.2010 – C-115/09) = ZUR 2011, 79 m. Anm. *Wegener*.

⁸⁷ Siehe Fn. 10, vormals Art. 10a Richtlinie 85/337/EWG.

⁸⁸ *Gärditz*, NVwZ 2014, 1 (3 f.); *Schmidt/Kahl/Gärditz* (Fn. 23), § 5 Rn. 24.

⁸⁹ *Kment* (Fn. 31), § 4 Rn. 21.

⁹⁰ BVerwG NVwZ 2012, 573 (574).

⁹¹ BVerwG NVwZ 2014, 367 (369); BVerwG NVwZ 2012, 573 (575).

⁹² BVerwG NVwZ 2014, 367 (369).

⁹³ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 15. Aufl. 2014, § 46 Rn. 42.

⁹⁴ Z.B. Natur- u. Artenschutzrecht o. Vorsorgebestimmungen, *Ramsauer* (Fn. 74), § 3 Rn. 190 und 194.

⁹⁵ OVG NRW, Beschl. v. 23.7.2014 – 8 B 356/14, Rn. 19 ff., insb. Rn. 22 (juris); nur ausnahmsweise bestünde eine Klagebefugnis bei Fachplanungsentscheidungen hinsichtlich der evtl. fehlerhaften Abwägung eigener schutzwürdiger und mehr als nur geringfügig berührter privater Belange (siehe Fn. 82).

⁹⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer umweltrechtlicher Vorschriften = BT-Drs. 17/10957, S. 17; *Sauer*, ZUR 2014, 195 (200).

⁹⁷ EuGH NVwZ 2004, 593 (596) sowie EuGH, Urt. v. 14.3.2013 – C-420/11, Rn. 32 (juris); hierzu *Held*, NVwZ 2012, 461 (465); *Greim*, NuR 2014, 81 (86).

⁹⁸ *Scheidler*, NVwZ 2005, 863 (867); *Greim*, NuR 2014, 81 (86).

prinzip (Art. 4 Abs. 3 EUV) dürfte es gebieten, in direkter oder analoger Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO ein selbstständiges subjektives Recht z.B. auch in § 9 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 2 Abs. 6 S. 2 UVPG – als Folge der unionsrechtlichen „Aufladung“⁹⁹ – zu erkennen. Eine „uferlose Ausweitung“ zur bedingungslosen Popularklage dürfte nicht drohen, weil auch der Einzelne als Mitglied der betroffenen Öffentlichkeit durch die Zulassungsentscheidung tatsächlich in seinen Interessen beeinträchtigt werden muss (§ 2 Abs. 6 S. 2 UVPG).¹⁰⁰

Mit Blick auf die Begründetheit von Klagen hat der EuGH den Ansatz des deutschen Gesetzgebers zur Begrenzung des isolierten Aufhebungsanspruchs nunmehr verworfen. Bezug nehmend auf Art. 11 Abs. 1 UVP-Richtlinie hat der Gerichtshof im „Altrip-Urteil“ vom 7.11.2013¹⁰¹ festgestellt, dass grundsätzlich *jeder Mangel* der Umweltprüfung zur erfolgreichen Anfechtung der Zulassungsentscheidung führen kann. Allerdings darf das nationale Recht die Begründetheit der Klage vom Kausalitätserfordernis abhängig machen, weil sich dies noch im Rahmen des den Mitgliedstaaten eingeräumten Umsetzungsspielraums hält.¹⁰²

Wie es bereits der Wortlaut des § 46 VwVfG nahelegt,¹⁰³ hat hierbei jedoch die Behörde und nicht der Kläger den Nachweis zu erbringen, dass die angegriffene Entscheidung ohne den geltend gemachten Verfahrensfehler *nicht anders ausgefallen wäre*. In diesem Zusammenhang ist es ferner bedeutsam, die Schwere des geltend gemachten Fehlers zu berücksichtigen und mit Blick auf die Zielsetzung der UVP-Richtlinie insbesondere zu prüfen, ob für die betroffene Öffentlichkeit der Zugang zu Informationen über die Umweltauswirkungen des Vorhabens und die Beteiligung am Entscheidungsprozess vereitelt wurde.

Es dürfte demnach den Anforderungen des Unionsrechts eher entsprechen, in den Bestimmungen zur UVP, welche insbesondere die Schutzinteressen der „betroffenen Öffentlichkeit“ sichern, absolute Verfahrensrechte zu sehen, deren Verletzung schon per se zur Aufhebung der Zulassungsentscheidung führt. Dies gilt jedoch – in unionsrechtskonformer Anwendung des § 46 VwVfG – nicht für den Ausnahmefall, dass die Behörde nachweisen kann, dieselbe Sachentscheidung wie bei ordnungsgemäßer Durchführung der UVP getroffen zu haben.

Das mit § 2 Abs. 1 UmwRG eingeführte Rügerecht der Umweltverbände musste bereits nachträglich an das Unionsrecht angepasst werden. In seiner Trianel-Entscheidung vom 12.5.2011 urteilte der EuGH, dass die ursprünglich im UmwRG angelegte Beschränkung der Umweltverbände auf Klagen gegen die Verletzung von Umweltvorschriften, welche losgelöst vom Einzelfall Drittschutz vermitteln (sog. „Schutznormakzessorietät“, § 2 Abs. 1 Nr. 1 UmwRG a.F.), nicht mit

Art. 11 UVP-Richtlinie¹⁰⁴ vereinbar ist. Die Richtlinie ermögliche nämlich jedenfalls den Umweltverbänden, die Verletzung aller nationalen Rechtsvorschriften, die europäisches Umweltrecht umsetzen, zu beanstanden sowie die Nichtbeachtung unmittelbar anwendbaren europäischen Umweltrechts geltend zu machen, ohne dass es auf die Vermittlung subjektiv-öffentlicher Rechte durch die betreffende Norm ankäme.¹⁰⁵

Die derzeitige Ausgestaltung des Umweltrechtsschutzes durch das UmwRG wirkt mit Blick auf Verfahrensregelungen wie Präklusion oder selbständige Klagbarkeit (§ 44a VwGO) sowie auch die völkerrechtlichen Vorgaben der Aarhus-Konvention noch weitere Fragen auf.¹⁰⁶

⁹⁹ OVG NRW, Beschl. v. 23.7.2014 – 8 B 356/14, Rn. 28 ff., insb. Rn. 32 (juris).

¹⁰⁰ OVG NRW, Beschl. v. 23.7.2014 – 8 B 356/14, Rn. 36 (juris).

¹⁰¹ EuGH NVwZ 2014, 49.

¹⁰² EuGH NVwZ 2014, 49 (51 ff.).

¹⁰³ Schmidt/Kahl/Gärditz (Fn. 23), § 5 Rn. 35.

¹⁰⁴ Vormals Art. 10a Richtlinie 85/337/EWG.

¹⁰⁵ EuGH NVwZ 2011, 801 und Besprechung Murswiek, JuS 2011, 1147, siehe auch Fn. 86.

¹⁰⁶ Schmidt/Kahl/Gärditz (Fn. 23), § 5 Rn. 27 ff. und 47 ff.; Ziekow, NuR 2014, 229; Schlacke, NVwZ 2014, 11; Beckmann, ZUR 2014, 541 (546 f.); Sauer, ZUR 2014, 195; Murswiek, JuS 2011, 1147.

Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im dreistufigen System der Richtlinienwirkungen*

Von stud. iur. **Claudia Hainthaler**, Würzburg**

In einem jüngst ergangenen Urteil vom 7.5.2014 zum Versicherungsvertragsrecht hatte der 4. Zivilsenat des BGH über die Dauer des Widerspruchsrechts eines Versicherungsnehmers bei fehlender Belehrung nach § 5a Abs. 2 S. 4 VVG a.F.¹ zu entscheiden.² Da die Norm im Zuge der Umsetzung von EU-Richtlinien³ geschaffen wurde, war bereits im Jahr 2012 der EuGH zu deren Auslegung befragt worden.⁴ Nachdem dieser die vom BGH aufgezeigte Interpretation der nationalen Vorschrift der Sache nach für richtlinienwidrig erklärt hatte,⁵ stellte sich im Ausgangsverfahren die Frage nach Möglichkeiten der Erzielung eines richtlinienkonformen Ergebnisses. Als problematisch erwies sich insoweit, dass der Gesetzeswortlaut eindeutig einen Ausschluss des Widerspruchs nach Ablauf eines Jahres ab Zahlung der ersten Prämie vorsah. Auf dem Wege der Auslegung ließ sich dies nicht mit dem Verständnis des EuGH, wonach es überhaupt keine Ausschlussfrist geben dürfe, in Einklang bringen. Der BGH bediente sich daher des Instituts der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung.⁶

Dieses Instrument ist zwar schon seit längerem anerkannt, bereitet aber hinsichtlich seiner Voraussetzungen und Grenzen weiterhin Schwierigkeiten.⁷ Bedingt wird dies zum einen durch die zweistufige Wirkungsweise von Richtlinien, zum anderen durch Spezifika der nationalen Dogmatik. Vor diesem Hintergrund gilt es bei der nachfolgenden Untersuchung des Instituts der richtlinienkonformen Rechtsfortbil-

dung, neben der unionsrechtlichen Verpflichtung, auch das Zusammenspiel mit den Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts zu beachten. Zur besseren Einordnung soll zudem die Stellung des Instituts innerhalb des Gesamtsystems der Richtlinienwirkungen aufgezeigt werden. Dabei gilt es drei Ebenen zu unterscheiden, die von der primären Umsetzungspflicht des nationalen Normgebers über die im Falle ihrer Nichterfüllung entstehenden Sekundärpflichten der Behörden und Gerichte bis hin zu Schadensersatzansprüchen auf der Tertiärebene reichen.

I. Primärwirkung: Umsetzungspflicht

1. Rechtliche Grundlage, Inhalt und Umfang der Verpflichtung

Aus Art. 288 Abs. 3 AEUV ergibt sich zunächst die primäre Verpflichtung zur Umsetzung der in der Richtlinie vorgegebenen Ziele.⁸ Zur Begründung wird zum Teil auch ergänzend auf Art. 4 Abs. 3 EUV zurückgegriffen.⁹ Die Umsetzungspflicht richtet sich dem funktionalen Staatsbegriff entsprechend an alle Träger öffentlicher Gewalt.¹⁰ Die Wahl der zur Umsetzung erforderlichen Mittel und deren Form bleiben zwar grundsätzlich den Mitgliedstaaten überlassen,¹¹ diese haben aber gemäß dem „effet utile-Prinzip“ die Maßnahmen zu ergreifen, durch welche die praktische Wirksamkeit der Richtlinie bestmöglich herbeigeführt wird.¹² Eine korrekte setzt daher nicht notwendigerweise eine wörtliche Umsetzung durch eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift voraus; sie muss jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit in Form einer zwingenden Vorschrift vorgenommen werden.¹³ Die Möglichkeit einer rein judikativen Richtlinienumsetzung besteht folglich nicht.¹⁴ Vielmehr kann allein die nationale Legislati-

* Der Beitrag entwickelte sich aus einem Seminar zum Europarecht unter der Betreuung von Herrn Prof. Dr. Markus Ludwigs, welchem ein besonderer Dank für die hervorragende Betreuung gilt.

** Die Verf. ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Historische Rechtsvergleichung von Herrn Prof. Dr. Jan Dirk Harke.

¹ Fassung nach dem Dritten Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaft v. 21.7.1994 = BGBl. I 1994, S. 1630.

² BGH WM 2014, 1030.

³ RL 90/619/EWG des Rates v. 8.11.1990 = ABl. EG 1990 Nr. L 330/50; RL 92/96/EWG des Rates v. 10.11.1992 = ABl. EG 1992 Nr. L 360/1.

⁴ BGH NJW 2012, 2144; konkret in Frage stand die Auslegung von Art. 15 Abs. 1 RL 90/619/EWG des Rates v. 8.11.1990 = ABl. EG 1990 Nr. L 330/50 und Art. 31 Abs. 1 und 4 i.V.m. Anhang II RL 92/96/EWG des Rates v. 10.11.1992 = ABl. EG 1992 Nr. L 360/1.

⁵ EuGH, Urt. v. 19.12.2013 – C-209/12 (Endress/Allianz Lebensversicherungs AG) = NJW 2014, 452.

⁶ BGH WM 2014, 1030 (1036).

⁷ Vgl. nur BGHZ 179, 27; kritisch dazu: Herdegen, Europarecht, 16. Aufl. 2014, § 8, Rn. 43; Streinz, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 501.

⁸ EuGH, Urt. v. 18.12.1997 – C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie) = Slg. 1997, I-7411, Rn. 40; Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 288 AEUV Rn. 23.

⁹ Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar, 6. Aufl. 2003, Art. 10 EGV Rn. 5.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – 14/83 (von Colson und Kamann) = Slg. 1984, 1891, Rn. 26; Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV Rn. 73.

¹¹ Vcelouch, in: Mayer/Stöger (Hrsg.), Kommentar zu EUV und AEUV, 175. Lfg., Stand: Januar 2014, Art. 288 AEUV Rn. 40.

¹² EuGH, Urt. v. 8.4.1976 – 48/75 (Royer) = Slg. 1976, 497, Rn. 73 ff.

¹³ EuGH, Urt. v. 30.5.1991 – C-59/89 (TA Luft) = Slg. 1991, I-2607, Rn. 19.

¹⁴ Ehricke, EuZW 1999, 553 (558 f.); Herresthal, Rechtsfortbildung im europäischen Bezugsrahmen, 2006, S. 85; Möllers, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 1999, S. 22.

ve bzw. der durch diese ermächtigte Verordnungsgeber die Umsetzungspflicht korrekt erfüllen.¹⁵

2. Frustrationsverbot als Folge der Primärwirkung

Als Kehrseite der Umsetzungsverpflichtung entsteht das Verbot, Maßnahmen zu ergreifen, welche das Ziel der Richtlinie bzw. ihre ordnungsgemäße Umsetzung ernstlich beeinträchtigen oder gar unmöglich machen könnten.¹⁶ Es handelt sich um ein sog. Frustrationsverbot.¹⁷ Positiv formuliert bedeutet dies, dass es den Mitgliedstaaten grundsätzlich erlaubt ist, nach Inkrafttreten der Richtlinie Maßnahmen zu ergreifen, die dem Ziel der Richtlinie widersprechen, solange gewährleistet ist, dass damit die rechtzeitige Umsetzung der Richtlinie nicht in erheblichem Maße gefährdet wird.¹⁸ Auch diese Verpflichtung richtet sich grundsätzlich an alle Träger öffentlicher Gewalt. Hierbei ist allerdings festzuhalten, dass es seitens der Judikative aufgrund der fehlenden Bindungswirkung sogar höchstrichterlicher Rechtsprechung¹⁹ faktisch unmöglich ist, eine durch die Legislative eingeleitete Umsetzung der Richtlinie zu verhindern.²⁰ Selbst eine richtlinienwidrige Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist erreicht dies nicht, sodass sie auch keinen Verstoß gegen das Frustrationsverbot darstellt.²¹ Den Gerichten steht es daher zumindest bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist frei, wie sie das nationale Recht auslegen.²²

II. Sekundärwirkung: Durchsetzungspflicht

Sollte die Richtlinie nicht rechtzeitig ordnungsgemäß umgesetzt worden sein,²³ stellt sich die Frage nach anderweitigen

Möglichkeiten, den Richtlinienregelungen im Einzelfall Geltung zu verschaffen, um das Problem der Abhängigkeit der innerstaatlichen Wirksamkeit der Richtlinie vom gesetzgeberischen Tätigwerden zu kompensieren.²⁴ Für diese Geltungverschaffung im Einzelfall sind nunmehr auch die Exekutive und die Judikative geeignete Adressaten. Beide Gewalten müssen daher im Rahmen ihrer Zuständigkeit alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art ergreifen, um das in der Richtlinie vorgegebene Ziel zu erreichen.²⁵

1. Rechtliche Grundlagen der Verpflichtung

Die Pflicht zur Durchsetzung der Richtlinienregelungen im Einzelfall ergibt sich ebenso wie die primäre Umsetzungspflicht aus Art. 288 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV.²⁶ Die Unterscheidung zwischen primärer Umsetzungspflicht und sekundärer Durchsetzungspflicht basiert mithin nicht auf unterschiedlichen vertraglichen Grundlagen, sondern auf den Anforderungen, die der EuGH an die Umsetzung stellt in Verbindung mit der nationalen Gewaltenteilung.

2. Voraussetzungen und Umfang der Verpflichtung

a) Zurückbleiben der nationalen Vorschriften hinter der Richtlinie

Das Bedürfnis einer sekundären Durchsetzung kann denklogisch nur entstehen, wenn das nationale Recht von den Zielvorgaben der Richtlinie abzuweichen droht. Entscheidend ist hierbei vor allem die Reichweite der Richtlinie selbst. Um diese feststellen zu können, wird den nationalen Gerichten durch Art. 267 AEUV die Möglichkeit zur Anstrengung eines Vorabentscheidungsverfahrens eröffnet.²⁷ Es gilt daher im Zweifelsfall den EuGH mit der Frage zu betrauen, ob eine gewisse, abstrakt umschriebene nationale Regelung und deren Interpretation mit einer bestimmten unionsrechtlichen Vorschrift in Einklang stehen.

b) Zeitpunkt der Entstehung

Zweifelhaft erscheint im Weiteren die Frage nach dem Zeitpunkt der Entstehung der sekundären Durchsetzungspflicht. Grundsätzlich denkbar wäre es, zugunsten einer möglichst schnellen und weitreichenden Rechtsvereinheitli-

¹⁵ Schliesky, DVBl. 2003, 631 (638).

¹⁶ EuGH (GA Jacobs), Schlussanträge v. 24.4.1997 – C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie) = Slg. 1997, I-7411, Rn. 30; Ruffert (Fn. 8), Art. 288 AEUV Rn. 24; Ehrlicke, EuZW 1999, 553 (557).

¹⁷ Ehrlicke, EuZW 1999, 553.

¹⁸ Weiß, DVBl. 1998, 568 (573); keine andere Beurteilung erlaubt insoweit EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold) = Slg. 2005, I-9981, da sich die hier vom EuGH angenommene Annäherungspflicht an die Vorgaben der Richtlinie vor Ablauf der Umsetzungsfrist aus der Besonderheit der von der Bundesrepublik bereits zuvor beantragten Verlängerung derselben ergab (a.a.O., Rn. 71 f.).

¹⁹ Dies gilt auch für die Fälle des § 31 Abs. 2 BVerfGG, da selbst bei Entscheidungen, denen Gesetzeskraft zukommt nicht konstitutiv auf das materielle Recht eingewirkt wird; vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 51 Rn. 110; Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, 15. Aufl. 2014, § 51 Rn. 30 (jeweils m.w.N.).

²⁰ Kühling, DVBl. 2006, 857 (864); Junker/Aldea, EuZW 2007, 13 (15 f.).

²¹ Kühling, DVBl. 2006, 857 (866).

²² Leible/Sosnitza, NJW 1998, 2507 (2508); BGH JR 1999, 198 (199 m. Anm. Staudinger).

²³ So z.B. bei RL 2010/31/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.5.2010 = ABl. EU 2010 Nr. L 153/13;

RL 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.3.2006 = ABl. EG 2006 Nr. L 105/54; Ruffert (Fn. 8), Art. 288 AEUV Rn. 46.

²⁴ Streinz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 218 Rn. 33.

²⁵ EuGH, Urt. v. 9.3.2004 – C-397/01 (Pfeiffer) = Slg. 2004, I-8835, Rn. 26 m.w.N.

²⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.11.1990 – C-106/89 (Marleasing) = Slg. 1990, I-4135, Rn. 8; EuGH, Urt. v. 9.3.2004 – C-397/01 (Pfeiffer) = Slg. 2004, I-8835, Rn. 110.

²⁷ Borchardt, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge – Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon, 6. Aufl. 2012, Art. 267 AEUV Rn. 7; Gebauer, in: Jayme (Hrsg.), Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, 2003, S. 187 (199).

chung schon den Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie als ausreichend zu erachten.²⁸

Allerdings stünde eine solche Verpflichtung dem eigentlichen Rechtsgedanken des Instituts der Richtlinie entgegen. Denn nähme man eine sofortige Verpflichtung der Exekutive und Judikative zur Einzelfalldurchsetzung ab Richtlinienerlass an, so würde man die dem nationalen Gesetzgeber gegebenen Möglichkeiten der europarechtskonformen Umsetzung zwar nicht verengen, ihm aber keine Möglichkeit lassen, der Umsetzungsverpflichtung rechtzeitig nachzukommen, um eine Phase des Richterrechts zwischen dem Erlass der Richtlinie und der Schaffung der nationalen Implementierungsgesetze zu verhindern.²⁹ Dies widerspräche aber schon dem Prinzip der Rechtssicherheit, insbesondere in seiner Ausprägung als Klarheit des Rechts.³⁰ Verstärkt wird diese Annahme dadurch, dass eine richtlinienwidrige Auslegung vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist schon keinen Verstoß gegen das Frustrationsverbot darstellt (I. 2.), sodass zu dieser Zeit erst recht keine Pflicht zur Durchsetzung im Einzelfall bestehen kann.³¹ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Verpflichtung zur Einzelfalldurchsetzung kann daher nur der Ablauf der Umsetzungsfrist sein.³²

3. Inhalt der Durchsetzungspflicht

Nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist sind grundsätzlich zwei unterschiedliche Formen der Durchsetzung im Einzelfall denkbar: Die unmittelbare Anwendung der Richtlinie selbst oder eine den Vorgaben der Richtlinie entsprechende Anwendung nationalen Rechts.

a) Unmittelbare Anwendung der Richtlinie

Die stärkste Form der Geltungsverschaffung im Rahmen der sekundären Durchsetzungspflicht ist die unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie.

aa) Grundlagen der Abweichung vom Grundsatz der rein obligatorischen Wirkung

Eine Abweichung vom Grundsatz der Wirkungsentfaltung einer Richtlinie erst nach der Umsetzung in nationales Recht ist vor allem aufgrund der ansonsten erheblichen Beeinträchtigung der praktischen Wirksamkeit (effet utile) geboten. Andernfalls wäre dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit

eröffnet, ein Wirksamwerden der Richtlinie durch das Verstreichenlassen der Umsetzungsfrist zu verhindern und die Betroffenen auf etwaige Schadensersatzansprüche zu verweisen.³³

bb) Voraussetzungen

Für die Annahme einer unmittelbaren Wirkung nach erfolglosem Ablauf der Umsetzungsfrist muss die Richtlinie nach ständiger Rechtsprechung des EuGH inhaltlich unbedingt und hinreichend genau bestimmt sein.³⁴ Hinreichend bestimmt ist die Richtlinie jedenfalls dann, wenn die Voraussetzungen des Anspruchs des Einzelnen so formuliert sind, dass sie direkt in nationales Recht übernommen werden könnten.³⁵

Vor allem im deutschen Schrifttum wurde zeitweise vertreten, dass eine weitere Voraussetzung das Vorliegen eines subjektiv öffentlichen Rechts sei.³⁶ In diese Richtung weist prima facie auch das Urteil des EuGH in der Rechtsache Becker.³⁷ Jedoch verbietet bereits der effet utile Grundsatz eine derartige Verengung der unmittelbaren Wirksamkeit.³⁸ Vielmehr erscheint diese Diskussion als Versuch, unionsrechtliche Sachverhalte an die nationale Dogmatik anzupassen.³⁹ Ein subjektives Recht, wie es das deutsche Verwaltungsrecht kennt, ist mithin keine Voraussetzung für die unmittelbare Wirkung einer Richtlinie, sondern deren Folge.

Anders ist hingegen die Frage nach der Anspruchsberechtigung zu beurteilen: Hier muss es sich um die Geltendmachung von Rechten eines Privaten gegenüber dem Staat handeln.⁴⁰ Dies resultiert im Umkehrschluss aus dem Verbot der Berufung des Staates auf eine durch diesen selbst nicht umgesetzte Richtlinie (Verbot der umgekehrten vertikalen Wirkung).⁴¹ Hierdurch wird zum einen das vertragswidrige Ver-

²⁸ Herrmann, Richtlinienumsetzung durch Rechtsprechung, 2003, S. 120; Sack, WRP 1998, 241 (243); Schliesky, DVBl. 2003, 631 (637).

²⁹ Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 265; Ruffert (Fn. 8), Art. 288 AEUV Rn. 80.

³⁰ Ruffert (Fn. 8), Art. 288 AEUV Rn. 80; Lemke, Die Wirkung von Richtlinien und Rahmenbeschlüssen im nationalen Recht der Mitgliedstaaten, 2011, S. 107.

³¹ EuGH, Urt. v. 18.12.1997 – C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie) = Slg. 1997, I-7411, Rn. 43; Foerster, EuR 2012, 190 (196).

³² EuGH, Urt. v. 4.7.2006 – C-212/04 (Adeneler) = Slg. 2006, I-6057, Rn. 115; Junker/Aldea, EuZW 2007, 13 (15); Kroll-Ludwigs/Ludwigs, ZJS 2009, 7 (10).

³³ EuGH, Urt. v. 19.1.1982 – 8/81 (Becker) = Slg. 1982, 53, Rn. 23; EuGH, Urt. v. 5.4.1979 – 148/78 (Ratti) = Slg. 1979, 1629, Rn. 21 f.; Vcelouch (Fn. 11), Art. 288 AEUV Rn. 68.

³⁴ EuGH, Urt. v. 19.1.1982 – 8/81 (Becker) = Slg. 1982, 53, Rn. 25; EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-468/10 (ASNEF) und EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-469/10 (FECMD) = EuZW 2012, 37 (40); EuGH, Urt. v. 3.3.2011 – C-203/10 (Auto Nikolovi) = Slg. 2011, I-1083, Rn. 61; Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, 1996, S. 436.

³⁵ Kühling/Seidel, GesR 2011, 402 (404).

³⁶ Calliess, NVwZ 1996, 339 (340 f.); Schmidt-Preuß, DVBl. 1995, 485 (494 f.).

³⁷ EuGH, Urt. v. 19.1.1982 – 8/81 (Becker) = Slg. 1982, 53, 53 ff.

³⁸ Ruffert (Fn. 8), Art. 288 AEUV Rn. 68.

³⁹ Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 54. Lfg., Stand: September 2014, Art. 288 AEUV Rn. 45.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 19.1.1982 – 8/81 (Becker) = Slg. 1982, 53, Rn. 25; EuGH, Urt. v. 24.22.2011 – C-468/10 (ASNEF) und EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-469/10 (FECMD) = EuZW 2012, 37 (40); EuGH, Urt. v. 3.3.2011 – C-203/10 (Auto Nikolovi) = Slg. 2011, I-1083, Rn. 61; Steindorff (Fn. 34), S. 436.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 8.10.1987 – 80/86 (Kolpinghuis Nijmegen) = Slg. 1987, 3969, Rn. 9; Weiß, DVBl. 1998, 568 (574).

halten des umsetzungssäumigen Mitgliedstaates sanktioniert und zum anderen der Schutz der Rechtsunterworfenen vor ungerechtfertigten Belastungen gewährleistet.⁴²

cc) Verbot der horizontalen Direktwirkung

Letztgenannter Aspekt findet seinen Ausdruck auch im Verbot der unmittelbaren horizontalen Wirkung von Richtlinien, also der Wirkung zwischen Privaten, welches der EuGH in ständiger Rechtsprechung anerkennt.⁴³ Gestützt wird diese Judikatur darauf, dass der verbindliche Charakter einer Richtlinie nur für den Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, besteht und Privaten die mitgliedstaatliche Umsetzungssäumnis nicht entgegengehalten werden kann.⁴⁴ Eine derartige unzulässige Belastung Privater liegt nach Ansicht des EuGH allerdings nicht vor, wenn es sich lediglich um eine negative Auswirkung – unabhängig von der Wahrscheinlichkeit deren Eintritts – handelt.⁴⁵ Dies ist der Fall, wenn Private Ansprüche gegen den Staat auf Durchführung einer drittbelastenden Maßnahme aus der Richtlinie haben. Hier bleibt mithin die Möglichkeit einer unmittelbaren Wirkung erhalten.⁴⁶

Um trotz des Verbots der horizontalen Direktwirkung den in der Richtlinie verankerten Rechten Einzelner Geltung zu verschaffen und um damit die effektive Durchsetzung des Europarechts voranzutreiben, nimmt der EuGH einen weiten Staatsbegriff an, unter den er beispielsweise auch öffentliche Arbeitgeber subsumiert.⁴⁷ Teilweise greift der EuGH sogar auf allgemeine Grundsätze zurück, welche ihren Ausdruck in der Richtlinie finden sollen und schon aufgrund ihres Primärrechtscharakters Drittwirkung entfalten.⁴⁸ Eine zu exzessive Annahme solchen im Sekundärrecht vermittelten Primärrechts birgt aber die Gefahr, dass das an sich griffige Verbot der horizontalen Wirkung zu einer Stellschraube für die Er-

zielung eines als wünschenswert erscheinenden Ergebnisses wird.⁴⁹

dd) Folgen

Die unmittelbare Wirksamkeit der Richtlinie ist von den Behörden und Gerichten des säumigen Mitgliedstaates von Amts wegen zu beachten.⁵⁰ Das entgegenstehende nationale Recht muss unangewendet bleiben.⁵¹ Da die unmittelbare Wirksamkeit lediglich einen Mindestschutz für die Effektivität des Unionsrechts darstellt, kann sie im Übrigen nicht als Rechtfertigung einer unterlassenen bzw. mangelhaften Richtlinienumsetzung dienen.⁵² Die primäre Umsetzungspflicht bleibt vielmehr erhalten.⁵³

b) Richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts

Eine weitere Möglichkeit für die nationalen Stellen der Richtlinie im Einzelfall Geltung zu verschaffen, ist die richtlinienkonforme Auslegung. Schon im Urteil in der Rechtssache von Colson und Kamann⁵⁴ hat der EuGH deren Anwendung eingefordert und dies auch in späteren Entscheidungen bestätigt.⁵⁵

aa) Voraussetzungen

Für die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung müssen zunächst überhaupt nationale Vorschriften vorhanden sein, welche auslegungsfähig sind, also mehrere Auslegungsmöglichkeiten prinzipiell zulassen.⁵⁶ In Betracht kommen können hierfür sowohl die zum Zwecke der Umsetzung geschaffenen neuen Vorschriften als auch das bereits bestehende ältere Recht,⁵⁷ einschließlich der Verfassungen der Mitgliedstaaten.⁵⁸ Im Falle des Vorliegens mehrerer auslegungsfähiger nationaler Normen ist zunächst die Umsetzungsvorschrift heranzuziehen, da sich in dieser der Umsetzungswille des Gesetzgebers zeigt; erst falls deren Anwendung ausschlei-

⁴² EuGH, Urt. v. 26.9.1996 – C-168/95 (Arcaro) = Slg. 1996, I-4705, Rn. 36; EuGH, Urt. v. 14.7.1994 – C-91/92 (Faccini Dori) = Slg. 1994, I-3325, Rn. 20; *Hetmeier*, in: Lenz/Borchardt (Fn. 27), Art. 288 AEUV Rn. 14.

⁴³ So zuletzt: EuGH, Urt. v. 15.1.2014 – C-176/12 (Association de médiation sociale) = NZA 2014, 193 (195 Rn. 36); EuGH, Urt. v. 14.7.1994 – C-91/92 (Faccini Dori) = Slg. 1994, I-3325, Rn. 20; EuGH, Urt. v. 9.3.2004 – C-397/01 (Pfeiffer) = Slg. 2004, I-8835, Rn. 108; dieses Kriterium ablehnend: *Craig*, ELRev 2009, 349 (376).

⁴⁴ Implizit EuGH, Urt. v. 14.7.1994 – C-91/92 (Faccini Dori) = Slg. 1994, I-3325, Rn. 23; *Ruffert* (Fn. 8), Art. 288 AEUV Rn. 57.

⁴⁵ EuGH, Urt. v. 7.1.2004 – C-201/02 (Delena Wells) = Slg. 2004, I-723, Rn. 57.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 7.1.2004 – C-201/02 (Delena Wells) = Slg. 2004, I-723, Rn. 58.

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 26.2.1986 – 152/84 (Marshall I) = Slg. 1986, 723, Rn. 49 ff.; *Ruffert* (Fn. 8), Art. 288 AEUV Rn. 59.

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold) = Slg. 2005, I-9981, Rn. 74 f.; vgl. insoweit auch BVerfGE 126, 286 (307 f.), wo ein ultra-vires Handeln des Gerichtshofs verneint und diesem ein „Anspruch auf Fehlertoleranz“ zugesprochen wird.

⁴⁹ *Mörsdorf*, EuR 2009, 219 (235 f.).

⁵⁰ *Schroeder* (Fn. 10), Art. 288 AEUV Rn. 120; *Vcelouch* (Fn. 11), Art. 288 AEUV Rn. 75; *Drexler*, Die richtlinienkonforme Interpretation in Deutschland und Frankreich, 2012, S. 45.

⁵¹ EuGH, Urt. v. 26.2.1986 – 152/84 (Marshall I) = Slg. 1986, 723, Rn. 56.

⁵² EuGH, Urt. v. 6.5.1980 – 102/79 (Kommission/Belgien) = Slg. 1980, 1473, Rn. 12; EuGH, Urt. v. 17.9.1997 – C-54/96 (Dorsch Consult) = Slg. 1997, I-4961, Rn. 44; EuGH, Urt. v. 20.3.1997 – C-96/95 (Kommission/Deutschland) = Slg. 1997, I-1653, Rn. 37.

⁵³ *Schroeder* (Fn. 10), Art. 288 AEUV Rn. 82.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – 14/1983 (von Colson und Kamann) = Slg. 1984, 1891.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 9.3.2004 – C-397/01 (Pfeiffer) = Slg. 2004, I-8835, Rn. 114.

⁵⁶ *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 272.

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 13.11.1990 – C-106/89 (Marleasing) = Slg. 1990, I-4135, Rn. 8.

⁵⁸ *Höpfner* (Fn. 56), S. 298 f.; kritisch: *Di Fabio*, NJW 1990, 947 (948 ff.).

det, ist ein Rückgriff auf das übrige nationale Recht zulässig.⁵⁹

Schon vor dem Urteil in der Rechtssache Pfeiffer⁶⁰ wurde die, dadurch noch bestärkte Ansicht, vertreten, dass sowohl an die unmittelbare Anwendbarkeit wie auch an die richtlinienkonforme Auslegung die gleichen Voraussetzungen zu stellen sind.⁶¹ Denn nur in diesem Fall habe die Richtlinie Teil am Vorrang des Unionsrechts.⁶² Eine solche Gleichstellung ist aber aufgrund der grundsätzlichen Unterschiede zwischen beiden Instituten nicht erforderlich.⁶³ Im Falle der unmittelbaren Anwendbarkeit findet lediglich die Richtlinie Anwendung, sodass auch nur sie ihren genauen Inhalt und ihre Grenzen bestimmen kann.⁶⁴ Dementsprechend ist es bereits aus Gründen der Rechtssicherheit geboten, besondere Anforderungen an die Bestimmtheit und Unbedingtheit der Richtlinie für ihre unmittelbare Wirksamkeit zu verlangen. Anders liegt es im Falle der richtlinienkonformen Auslegung, bei der nur bereits bestehendes nationales Recht ausgelegt oder fortgebildet wird. Folglich sind die konkreten Voraussetzungen und Grenzen der Regelung bereits vorhanden, sodass zusätzliche inhaltliche Erfordernisse an die Richtlinie nicht zu stellen sind.⁶⁵ Vielmehr ist die verpflichtende Wirkung der Art. 288 Abs. 3 AEUV und Art. 4 Abs. 3 EUV ausreichend und mithin eine Teilhabe der Richtlinie am Vorrang des Primärrechts für die Annahme einer Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung entbehrlich.

bb) Nationale Auslegungsmethodik und interpretatorische Vorrangregel

Für die konkrete Anwendung stellt sich die Frage, inwiefern innerhalb der Grenzen der nationalen Methodenlehre richtlinienkonforme Ergebnisse erzielt werden können. Der klassischen Methodenlehre ist ein striktes Rangverhältnis zwischen den einzelnen Auslegungskriterien, also Grammatik, Historie, Systematik und Telos, grundsätzlich fremd.⁶⁶ Es gilt im Kollisionsfall vielmehr eine Gesamtabwägung vorzunehmen.⁶⁷ Im Falle der richtlinienkonformen Auslegung ergibt sich nun die Besonderheit, dass es sich nicht um ein weiteres separates Auslegungskriterium als solches, sondern vielmehr um eine

Zielvorgabe handelt, welche unter Zuhilfenahme des bekannten Auslegungskanons erreicht werden soll.⁶⁸ Mithin muss dieser in einem ersten Schritt angewandt werden. Anschließend gilt es die Ergebnisse nach ihrer Richtlinienkonformität zu beurteilen.⁶⁹ Aufgrund der europarechtlichen Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung ist dabei die Gewichtung der einzelnen Kriterien irrelevant.⁷⁰ Es ist daher ausreichend, wenn die Anwendung eines Kriteriums in der Lage ist, ein richtlinienkonformes Ergebnis zu erzielen, um die Anwendbarkeit der anderen Kriterien auszuschließen.⁷¹ Dieser „Vorrang“ des richtlinienkonformen Ergebnisses wird zumeist als „interpretatorische Vorrangregel“ bezeichnet.⁷² Wenn allerdings infolge der zunächst vorzunehmenden Auslegung nach den nationalen Kriterien sogar mehrere richtlinienkonforme Ergebnisse denkbar sind, so gilt es, diese nach den allgemeinen Regeln zu bewerten und ihr argumentatives Gewicht gegeneinander abzuwägen.⁷³

cc) Grenzen der Auslegung im engeren Sinn

Neben dem grundsätzlichen Instrumentarium richten sich auch die Grenzen der Auslegung nach der nationalen Methodenlehre.⁷⁴ Für die deutsche Rechtsordnung ist in dieser Hinsicht der Wortlaut als Trennlinie zwischen Gesetzesauslegung und richterlicher Rechtsfortbildung anerkannt.⁷⁵ Hierdurch soll das berechtigte Vertrauen der Gesetzesunterworfenen in den Normtext gewährleistet werden.⁷⁶

c) Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung

Wird die aufgezeigte (Wortlaut-)Grenze der Auslegung im engeren Sinne erreicht, stellt sich die Frage, inwieweit eine richterliche Rechtsfortbildung den richtlinienrechtlichen Vorgaben zur Durchsetzung verhelfen kann bzw. sogar muss.

aa) Grundlagen der Verpflichtung

Ein Ausschluss dieses Instituts von der europarechtlichen Verpflichtung zur Erzielung eines richtlinienkonformen Ergebnisses kommt schon aufgrund des Äquivalenzgrundsatzes nicht in Betracht.⁷⁷ Auch der EuGH stellte bereits in der

⁵⁹ *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (52).

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 9.3.2004 – C-397/01 (Pfeiffer) = Slg. 2004, I-8835, Rn. 109 ff.

⁶¹ *Jarass*, EuR 1991, 211 (223); *Klamert*, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, 2001, S. 191 ff.

⁶² *Di Fabio*, NJW 1990, 947 (952).

⁶³ *Först*, Die Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung, 2012, S. 45 f.

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – 14/1983 (von Colson und Kamann) = Slg. 1984, 1891, Rn. 26 f.; *Först* (Fn. 63), S. 47; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 361.

⁶⁵ *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (50); *Roth*, EWS 2005, 385 (387).

⁶⁶ *Canaris*, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle (Hrsg.), FS R. Schmidt, 2006, S. 41 (45).

⁶⁷ *Canaris*, in: Koziol/Rummel (Hrsg.), FS Bydlinski, 2002, S. 47 (53).

⁶⁸ *Schroeder* (Fn. 10), Art. 288 AEUV Rn. 126; *Franzen* (Fn. 64), S. 347; *Leenen*, Jura 2012, 753 (755).

⁶⁹ *Gebauer* (Fn. 27), S. 195; *Roth*, EWS 2005, 385 (392); eine einstufige Auslegung bevorzugend: *Herrmann* (Fn. 28), S. 133 f.

⁷⁰ *Canaris* (Fn. 67), S. 67.

⁷¹ *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 123 (124).

⁷² *Canaris* (Fn. 67), S. 49 ff.

⁷³ *Herresthal*, JuS 2014, 289 (291).

⁷⁴ *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 123 (124).

⁷⁵ *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, Grundle- gung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl. 2013, S. 486; *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (50); *Canaris* (Fn. 66), S. 51 f.

⁷⁶ *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (911).

⁷⁷ Vgl. insb. EuGH, Urt. v. 5.3.1996 – C-46/93 (Brasserie du pecheur) = Slg. 1996, I-1029, Rn. 24-26; *Leenen*, Jura 2012,

Rechtssache von Colson und Kamann⁷⁸ klar, dass das nationale Gericht bei der Auslegung von Umsetzungsnormen seinen Beurteilungsspielraum, den ihm das nationale Recht einräumt, voll ausschöpfen müsse.⁷⁹

Dass es sich bei der richterlichen Rechtsfortbildung als solcher um eine rechtsstaatlich geforderte Möglichkeit der Rechtsfindung handelt, ist in der deutschen Methodenlehre anerkannt.⁸⁰ Sie liegt daher aus nationaler Sichtweise noch innerhalb des vom Recht eingeräumten Handlungsspielraums des Richters und muss mithin auch bei richtlinienbezogenen Fällen beachtet werden. Das anerkannte Instrumentarium beinhaltet sowohl die teleologische Extension und Reduktion als auch die Analogie.⁸¹

bb) Verfassungsrechtlicher Rahmen

Da der EuGH alle nationalen Behörden und Institutionen „nur“ dazu verpflichtet sieht, innerhalb der ihnen gesetzten Grenzen tätig zu werden,⁸² kann ein nationales Gericht die richterliche Rechtsfortbildung lediglich beim Vorliegen der hierfür nach nationalem Recht anerkannten Voraussetzungen betreiben.⁸³ Diese Anerkennung der *contra-legem* Grenze⁸⁴ hat zur Folge, dass die verfassungsrechtlich determinierten Kompetenzen der Judikative nicht durch eine unionsrechtliche Rechtspflicht erweitert werden können.⁸⁵ Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts finden diese ihre Grenzen vor allem in Art. 20 GG und mithin im Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und der Rechts- und Gesetzesbindung.⁸⁶ Aufgrund des darin auch enthaltenen Prinzips

der Gewaltenteilung⁸⁷ muss daher vor allem eine Abgrenzung zu den Kompetenzen der Legislative erfolgen. Mithin rückt, anders als im Rahmen der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien, welche allein Fragen des Rangverhältnisses zwischen der nationalen Rechtsordnung und der Unionsrechtsordnung betrifft bei der richtlinienkonformen Auslegung die Spannungslage zwischen (nationaler) Legislative und (nationaler) Judikative in den Fokus.⁸⁸ Aufgrund der Rechtsetzungsbefugnis der Legislative⁸⁹ und der Rechtserkenntnisbefugnis der Judikative⁹⁰ kann letztere bei Überschreitung der Wortlautgrenze nur soweit tätig werden, als dies vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber gewollt ist.⁹¹ Mithin müsste die notwendige Regelungslücke „planwidrig“ sein.⁹² Dies ist dann der Fall, wenn die nach dem Wortlaut anzutreffende Regelung nicht mit dem Regelungswillen des Gesetzgebers übereinstimmt und die richterliche Rechtsfortbildung somit lediglich der Durchsetzung dieses demokratisch legitimierten Willens dient.

cc) Notwendigkeit einer Objektivierung der judikativen Kompetenzen?

Abweichend von der hier zugrunde gelegten Abhängigkeit der judikativen Rechtsfortbildungskompetenz vom Willen des Gesetzgebers, wird in Teilen der Literatur ein objektiver Ansatz zugrunde gelegt.⁹³ Zur Begründung wird auf Art. 23 GG rekurriert. Darin sei ein neues Staatsstrukturprinzip enthalten, durch welches die Richtlinie im Rahmen der „integrierten Staatlichkeit“ in die deutsche Rechtsordnung einbezogen werde.⁹⁴ Hieraus wiederum wird der Schluss gezogen, dass schon der Gedanke der Einheitlichkeit der Rechtsordnung dazu führen müsse, dass bei der richtlinienwidrigen Ausgestaltung der nationalen Rechtsordnung eine sog. „systemwidrige“ Regelungslücke existiere, welche die Möglichkeit für eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung eröffne.⁹⁵ Die übrigen Strukturprinzipien, vor allem die Gewaltenteilung, sollen mit diesem neuen Prinzip ausgeglichen und jeweils unter dessen Berücksichtigung konkretisiert wer-

753; *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 7 (12); *Roth*, EWS 2005, 385 (390).

⁷⁸ EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – 14/1983 (von Colson und Kamann) = Slg. 1984, 1891.

⁷⁹ EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – 14/1983 (von Colson und Kamann) = Slg. 1984, 1891, Rn. 28.

⁸⁰ BVerfGE 74, 129 (152); 71, 354 (362); 69, 315 (371); 69, 188 (202); 65, 182 (190); 34, 269 (286); *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 2011, S. 472 ff.; siehe auch mit weiteren Anwendungsbeispielen *Roth*, EWS 2005, 385 (394).

⁸¹ *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 20 GG Rn. 121; *Herresthal*, JuS 2014, 289 (290); *Roth*, EWS 2005, 385 (390).

⁸² St. Rspr. seit EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – 14/1983 (von Colson und Kamann) = Slg. 1984, 1891, Rn. 26.

⁸³ *Herresthal*, JuS 2014, 289 (290 f.).

⁸⁴ EuGH, Urt. v. 16.6.2005 – C-105/03 (Pupino) = Slg. 2005, I-5285, Rn. 44; EuGH, Urt. v. 4.7.2006 – C-212/04 (Adenerler) = Slg. 2006, I-6057, Rn. 54.

⁸⁵ *Grosche/Höft*, NJOZ 2009, 2294 (2296); *Herresthal*, EuZW 2007, 396 (398).

⁸⁶ BVerfGE 74, 129 (152); 71, 354 (362); 69, 315 (371); 69, 188 (202); 65, 182 (190); 34, 269 (286); *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl. 2013, Rn. 706 ff.; *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (911); *Herresthal* (Fn. 14), S. 301 ff.

⁸⁷ *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 72. Lfg., Stand: Juli 2014, Art. 20 GG V Rn. 1 f.

⁸⁸ *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 7 (10); dazu ausführlich: *Durner*, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, 2010, S. 13 ff.

⁸⁹ BVerfGE 95, 1 (15 ff.); *Grzeszick* (Fn. 87), Art. 20 GG V Rn. 83.

⁹⁰ *Sachs* (Fn. 81), Art. 20 GG Rn. 120; *Grzeszick* (Fn. 87), Art. 20 GG V Rn. 100.

⁹¹ *Herdegen* (Fn. 7), § 8 Rn. 43.

⁹² BVerfGE 116, 69 (83); BGH NJW 1981, 1726 (1727); BGH GRUR 2002, 238 (241); *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 17 f.; *Müller/Christensen* (Fn. 75), S. 393.

⁹³ *Canaris* (Fn. 67), S. 84; *Roth*, EWS 2005, 385 (394); *Herresthal*, JuS 2014, 289 (292).

⁹⁴ *Herresthal*, JuS 2014, 289 (292).

⁹⁵ *Franzen* (Fn. 64), S. 416 ff.; *Herresthal*, JuS 2014, 289 (292).

den, wodurch sich erweiterte Grenzen der judikativen Kompetenzen ergäben.⁹⁶

Dieser Ansatz erscheint aber insofern seinerseits „systemwidrig“, als er die zweistufige Wirkungsweise der Richtlinie verkennt und diese selbst als unmittelbar wirkenden Teil des nationalen Rechtssystems ansieht.⁹⁷ Außerdem hat der verfassungsändernde Gesetzgeber in Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG mit der Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG gerade eine Struktursicherungsklausel geschaffen, welche die Staatsstrukturprinzipien als unantastbaren Kern der Identität der Bundesrepublik sichern soll.⁹⁸ Neben diesem verfassungsimmanenten Problem hat der EuGH in seiner Rechtsprechung auch stets bestätigt, dass das Unionsrecht die vorgefundene innerstaatliche Kompetenzverteilung und die sich daraus für die Rechtsprechung ergebenden Begrenzungen akzeptiere und zu keinerlei Modifikation nötige.⁹⁹ Die Annahme einer Verschiebung der interkonstitutionellen Wertungen erscheint daher nicht begründbar. Maßgeblich kann mithin lediglich der Wille des Gesetzgebers sein.

dd) Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung bei Existenz einer nationalen Umsetzungsnorm

Im Weiteren gilt es, den Fall des Vorliegens einer Umsetzungsnorm von dem des Fehlens einer solchen zu unterscheiden. Im Falle der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung einer Umsetzungsnorm stellt sich das Problem, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung einer solchen zweierlei Dinge gleichzeitig verwirklichen möchte, die auf verschiedenen Ebenen liegen: Die Schaffung einer inhaltlich wünschenswerten nationalen Vorschrift, die zugleich eine richtlinienkonforme Regelung darstellt.¹⁰⁰ Die Frage ist daher, welcher Wille als ausschlaggebend zu erachten ist.

(1) Rechtsfortbildung bei Vorliegen eines richtlinienkonformen konkreten Regelungswillens

Der Fall der Schaffung einer Umsetzungsnorm, bei welcher der nationale Gesetzgeber den gesamten inhaltlichen Regelungsgehalt der Richtlinie in seinen Willen aufgenommen hat, dieser aber im Wortlaut der Norm nicht hinreichend zum Ausdruck kommt, führt zu keinen weiteren europarechtlichen Besonderheiten. Der Grund hierfür ist, dass der Umsetzungswille in vollem Umfang durch den konkreten Regelungswillen erfasst wird. Mithin besteht bei dieser Konstellation kein Unterschied zu rein nationalen Sachverhalten, sodass eine

richtlinienkonforme Rechtsfortbildung nicht nur möglich, sondern aufgrund des Äquivalenzgrundsatzes sogar zwingend vorzunehmen ist.

(2) Vorrang der konkreten Regelungsabsicht gegenüber dem generellen Umsetzungswillen

Hat der nationale Gesetzgeber dagegen einen konkreten Regelungswillen gebildet, welcher unbewusst von den Vorgaben der Richtlinie abweicht, stellt sich die Frage, ob ein Rückgriff auf den gegenläufigen generellen Umsetzungswillen möglich sein soll. Dem stehen aber die Grundsätze der Gewaltenteilung zumindest dann entgegen, wenn sich der Gesetzgeber ausweislich der Materialien bewusst für eine bestimmte Regelung entschieden hat.¹⁰¹ Folglich scheidet eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung beim Vorliegen einer unbewusst richtlinienwidrigen, aber konkreten Regelungsabsicht am spezielleren eindeutig bezugten Willen.

(3) Rechtsfortbildung im Sonderfall des Zusammentreffens eines konkreten Regelungswillens mit einem konkreten Umsetzungswillen

Einen Sonderfall spiegelt der Fall Quelle¹⁰² wider, in welchem eine Verbraucherin vom Versandhaus Quelle für die Nutzung eines Herdes vor Geltendmachung des ihr zustehenden Rechts auf Nacherfüllung in Anspruch genommen werden sollte. Hier sah sich der BGH mit der Problematik konfrontiert, dass sowohl ein konkreter Regelungswille, als auch ein konkreter Umsetzungswille des Gesetzgebers, vorlagen. Diese beiden stimmten allerdings aufgrund einer Fehlinterpretation der Richtlinie durch den Normgeber nicht überein.¹⁰³ Möglich war dies dadurch, dass der Gesetzgeber seinen konkreten Regelungswillen zu Gunsten der Gewährung eines Nutzungsersatzes für den Zeitraum der Nutzung vor Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs äußerte. Gleichzeitig setzte er sich mit der konkreten Richtlinienvorschrift auseinander und wollte dieser auch zur Wirksamkeit im nationalen Recht verhelfen. Hierbei legte er lediglich die Richtlinie, anders als der EuGH, dahingehend aus, dass diese einen Nutzungsersatzanspruch auch gegen Verbraucher nicht ausschließe. Bei einem solchen Zusammentreffen zweier entgegenstehender Willensrichtungen erscheint kein Rangverhältnis ersichtlich, welches Aufschluss über die Reichweite der Möglichkeit der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung geben könnte. Für den Fall, dass der Gesetzgeber die Umsetzungsnorm nicht in gleicher Weise erlassen hätte, wenn er deren Richtlinienwidrigkeit erkannt hätte, ist aber davon auszugehen, dass der konkrete Regelungswille letztlich unter den

⁹⁶ *Canaris* (Fn. 67), S. 81 ff.; *ders.* (Fn. 66), S. 51 ff.; *Herrmann* (Fn. 28), S. 232; *Herresthal* (Fn. 14), S. 123 ff.

⁹⁷ *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (917).

⁹⁸ *Scholz*, in: *Baur/Hopt/Mailänder* (Hrsg.), FS Steindorff, 1990, S. 1413 (1414 ff.); *Uhrig*, Die Schranken des Grundgesetzes für die europäische Integration, 2000, S. 134.

⁹⁹ EuGH, Urt. v. 14.7.1994 – C-91/92 (*Faccini Dori*) = Slg. 1994, I-3325, Rn. 26; EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – 14/1983 (von *Colson* und *Kamann*) = Slg. 1984, 1891, Rn. 26; EuGH, Urt. v. 4.7.2006 – C-212/04 (*Adeneler*) = Slg. 2006, I-6057, Rn. 109 f.; *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (917).

¹⁰⁰ *Pfeiffer*, NJW 2009, 412 (413).

¹⁰¹ *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (917); *Franzen*, JZ 2003, 321 (324); *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1929); *Schmidt*, ZGS 2006, 408 (410); *Lorenz*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. 2012, Vor. § 474 Rn. 5.

¹⁰² BGH NJW 2009, 427.

¹⁰³ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.

Vorbehalt der Richtlinienkonformität gestellt wird,¹⁰⁴ sodass eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung möglich ist.¹⁰⁵

(4) Rechtsfortbildung auf Grundlage des generellen Umsetzungswillens in Ermangelung eines konkreten Regelungswillens

Differenzierend gilt es den Fall zu betrachten, in welchem der nationale Gesetzgeber generell eine richtlinienkonforme Regelung schaffen will, jedoch bzgl. des betroffenen Einzelfalls, welcher von der Richtlinie umfasst werden soll, weder seinen positiven noch seinen negativen Willen bekundet, sondern dieses Element der Richtlinie schlicht übersehen hat. In Ermangelung einer konkreten Regelungsabsicht könnte hier lediglich der generelle Umsetzungswille als möglicher Anknüpfungspunkt einer Rechtfertigung der Überschreitung der Wortlautgrenze dienen.

Durch das Abstellen auf einen solchen generellen Umsetzungswillen entsteht allerdings die Gefahr, dass das nationale Gesetz zu einer bloßen „dynamischen Verweisung“ auf die Richtlinie selbst wird,¹⁰⁶ wodurch schlussendlich doch eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie geschaffen würde.¹⁰⁷

Eine solche „quasi-unmittelbare“ Wirkung aufgrund des Ausreichenlassens eines generellen Umsetzungswillens kann freilich nur insoweit als Problem angesehen werden, als dadurch Private belastet würden. Die Schlechterstellung eines vertragsbrechenden Staates erscheint demgegenüber nicht unbillig. Vor diesem Hintergrund sollte die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im vertikalen Verhältnis zwischen Bürger und Staat jedenfalls möglich sein. Eine Schlechterstellung des Bürgers aufgrund der Umsetzungsdefizite des Gesetzgebers kann dagegen nicht gewollt sein, sodass jedenfalls auch das im Rahmen der unmittelbaren Wirkung anerkannte Verbot der umgekehrten vertikalen Wirkung (III. 3. a) bb)) Geltung entfaltet.

Schwieriger zu beurteilen ist die Frage, ob ein genereller Wille zur Schaffung einer richtlinienkonformen Regelung auch ausreichen kann, wenn sich ein Privater gegenüber einem anderen Privaten auf den generellen Umsetzungswillen berufen möchte. Insoweit ist hervorzuheben, dass dem Verbot der horizontalen unmittelbaren Wirkung keinerlei Bestrafungscharakter zugrunde liegt. Maßgeblich ist vielmehr die Überzeugung, dass eine Richtlinie nur für den Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, Bindungswirkung entfaltet und mithin auch keine Verpflichtung Privater begründen können soll.¹⁰⁸ Dies ist vor allem der Rechtssicherheit geschuldet, welche aus der individuellen Sicht der Bürger vor allem Vertrauens-

schutz bedeutet¹⁰⁹ und selbst eine Grenze richtlinienkonformer Rechtsfortbildung darstellt.¹¹⁰ Da der Bürger bei Richtlinienerrlass mit einer entsprechenden Anpassung der nationalen Rechtsordnung rechnen muss,¹¹¹ darf er nicht auf eine richtlinienwidrige Rechtsanwendung vertrauen. Wenn dagegen eine Vorschrift geschaffen wurde, welche scheinbar den Anforderungen der Richtlinie gerecht wird, würde eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung das berechnete Vertrauen des Rechtsunterworfenen in den Wortlaut der nationalen Vorschrift zerstören.¹¹² Ein Verbot der Berufung auf einen generellen Umsetzungswillen im Verhältnis zweier Privater besteht mithin zumindest in dem wohl häufigsten Fall einer versteckten Richtlinienwidrigkeit der nationalen Vorschrift.

(5) Fazit

Falls eine Umsetzungsnorm vorliegt, lassen sich daher folgende Grenzen für die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung finden:

Für den Fall, dass der konkrete Regelungswille alle Bereiche der Richtlinienregelungen umfasst, ist die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung eindeutig möglich.

Für den Fall, dass ein konkreter Regelungswille mit einem generellen Umsetzungswillen kollidiert, scheidet ein Rückgriff auf letzteren aus, sodass hier der entgegenstehende Wille des Gesetzgebers eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung unmöglich macht. Anders kann dies nur beurteilt werden, wenn der konkrete Regelungswille offensichtlich unter dem Vorbehalt der Richtlinienkonformität steht.

Für den Fall, dass ein genereller Umsetzungswille vorhanden ist, aber ein konkreter Regelungswille fehlt, ist ein Rückgriff auf ersteren möglich, wenn der Einzelne Rechte gegenüber dem Staat geltend macht. Handelt es sich aber um die Geltendmachung von Rechten zwischen Privatrechtssubjekten, scheidet eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung zumindest bei einer versteckten Richtlinienwidrigkeit aus.

ee) Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung bei Fehlen einer Umsetzungsnorm

Anders gestaltet sich die Lage schließlich, wenn der nationale Gesetzgeber von der Schaffung einer Umsetzungsnorm ganz abgesehen hat. Ausschlaggebend für die Frage der Zulässigkeit einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung kann hier nur der Wille desjenigen Normgebers sein, welcher das fortzubildende Recht geschaffen hat, da nur dessen Absichten Anhaltspunkte im Gesetzeswortlaut und in den Gesetzesbe-

¹⁰⁴ *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 123 (126).

¹⁰⁵ So im Ergebnis auch: BGH NJW 2009, 427 (Quelle, 429 Rn. 25).

¹⁰⁶ *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 123 (126); *Schürmbrand*, JZ 2009, 910 (916).

¹⁰⁷ *Felke*, MDR 2002, 226 (227) mit Bespr. v. EuGH, Urt. v. 13.12.2001 – C-481/99 (Heininger) = Slg. 2001, I-9945; *Habersack/Mayer*, WM 2002, 253 (256).

¹⁰⁸ EuGH, Urt. v. 14.7.1994 – C-91/92 (Faccini Dori) = Slg. 1994, I-3325, Rn. 24.

¹⁰⁹ *Grzeszick* (Fn. 87), Art. 20 GG VII Rn. 69.

¹¹⁰ EuGH, Urt. v. 15.4.2008 – C-268/06 (Impact) = Slg. 2008, I-2483, Rn. 100; EuGH, Urt. v. 4.7.2006 – C-212/04 (Adeneler) = Slg. 2006, I-6057, Rn. 110; EuGH, Urt. v. 3.5.2005 – C-391/02 (Berlusconi) = Slg. 2005, I-3565, Rn. 66 ff.; EuGH, Urt. v. 8.10.1987 – 80/86 (Kolpinghuis Nijmegen) = Slg. 1987, 3969, Rn. 13.

¹¹¹ *Herresthal* (Fn. 14), S. 311; *Weber*, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, 2010, S. 181 f.

¹¹² *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1931); *Weber* (Fn. 111), S. 182.

gründungen finden können. Da diesem wiederum nicht der Wille unterstellt werden kann, dass die geschaffene Norm mit jedweden zukünftigen europarechtlichen Regelungen übereinstimmen soll, kann nur sein konkreter Regelungswille ausschlaggebend sein. Es fehlt mithin schon grundsätzlich an der Problematik der Zweidimensionalität des Willens des Normgebers (inhaltlicher Regelungswille einerseits und Umsetzungswille andererseits), sodass die regulären nationalen Grenzen für die Rechtsfortbildung gelten müssen.

d) Folgen der richtlinienkonformen Auslegung und Rechtsfortbildung

Im Gegensatz zum Institut der unmittelbaren Wirkung entfaltet bei der richtlinienkonformen Auslegung nur das nationale Recht selbst Wirkung.¹¹³ Die primäre Umsetzungspflicht erlischt – insoweit parallel zur unmittelbaren Wirkung – auch bei erfolgreicher richtlinienkonformer Anwendung des nationalen Rechts nicht.¹¹⁴ Ein Vertragsverletzungsverfahren gegen den Mitgliedstaat bleibt also weiterhin möglich.¹¹⁵ Die Gefahr, dass sich der säumige Staat unter Hinweis auf die richtlinienkonforme Auslegung seiner Umsetzungspflicht entziehen könnte, besteht daher nicht.¹¹⁶

IV. Tertiärwirkung: Auffangpflicht

Ungeachtet der aufgezeigten Möglichkeiten zur Durchsetzung der Richtlinienbestimmungen durch die nationalen Gerichte stellt sich die Frage der Folgen, wenn auch diese an ihre Grenzen stoßen, also sowohl eine unmittelbare Wirkung als auch eine richtlinienkonforme Auslegung bzw. Rechtsfortbildung nicht in Betracht kommen.

1. Verpflichtung zur Nichtanwendung nationalen Rechts

Für diesen Fall forderten unter anderem mehrere Generalanwälte¹¹⁷ am Gerichtshof sowie Teile der Literatur¹¹⁸, dass die volle Wirksamkeit des Unionsrechts durch die Unanwendbarkeit entgegenstehender nationaler Vorschriften gewahrt werden soll.¹¹⁹ Dies wird vor allem mit der Argumentation vertreten, dass die Richtlinie als solche zwar keine unmittel-

bare positive Wirkung, jedoch eine Verbotswirkung¹²⁰ bzgl. der entgegenstehenden nationalen Normen entfalte. Dagegen ist allerdings einzuwenden, dass es im Fall der Annahme einer negativen Wirkung von der Ausgestaltung des einschlägigen nationalen Rechts abhinge, inwieweit die Richtlinie ihre Suspensivwirkung entfaltet.¹²¹ Eine negative Wirkung der Richtlinie ist daher abzulehnen.¹²²

2. Unionsrechtliche Schadensersatzansprüche

Auf der Tertiärebene kommt aber sehr wohl ein Schadensersatzanspruch aufgrund legislativen Unrechts,¹²³ gestützt auf die mangelnde oder mangelhafte Umsetzung, als auch aufgrund judikativen Unrechts bei unionsrechtswidriger Nichtdurchsetzung im Einzelfall¹²⁴ in Betracht. Der hierfür erforderliche hinreichend qualifizierte Verstoß¹²⁵ liegt im Fall der verspäteten¹²⁶ oder nicht ordnungsgemäßen Umsetzung grundsätzlich vor; anders ist dies nur bei noch vertretbarer Umsetzung zu beurteilen.¹²⁷ Bezüglich der Haftung wegen Verstoßes gegen Unionsrecht durch judikatives Handeln ist zu beachten, dass im Konfliktfall nationale Spruchrichterprivilegien wie § 839 Abs. 2 S. 1 BGB unangewendet bleiben müssen.¹²⁸ Diese sind mit dem Unionsrecht unvereinbar, soweit sie eine Haftung auch in Fällen eines offenkundigen Rechtsverstoßes ausschließen.¹²⁹ Die Möglichkeit einer Staatshaftung hat jedenfalls den Vorteil, dass sie den Druck von den nationalen Richtern zu nehmen vermag, um jeden Preis ein richtlinienkonformes Ergebnis erzielen zu müssen, da zumindest eine Ausgleichsmöglichkeit für das bereits vorher begangene legislative Unrecht besteht.¹³⁰

¹²⁰ Terminologie nach BAG RdA 2004, 246 (250 m. Anm. Wank).

¹²¹ Schürnbrand, JZ 2007, 910 (911).

¹²² Auch EuGH, Ur. v. 4.2.1988 – 157/86 = Slg. 1988, 673, Rn. 11 (Murphy/An Bord Telecom Eireann); EuGH, Ur. v. 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold) = Slg. 2005, I-9981, Rn. 75 stehen dem nicht entgegen, da sich die dort bejahte negative unmittelbare Wirkung aus dem Primärrecht ergab.

¹²³ EuGH, Ur. v. 5.3.1996 – C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pecheur) = Slg. 1996, I-1029, Rn. 34; EuGH, Ur. v. 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90 (Francovich) = Slg. 1991, I-5357.

¹²⁴ Foerster, EuR 2012, 190 (195); dazu ausführlich: Frenz/Götzkes, EuR 2009, 622 (623 f.).

¹²⁵ Zu dem Erfordernis: EuGH, Ur. v. 2.12.1971 – 5/71 (Zuckerfabrik Schöppenstedt) = Slg. 1971, 975, Rn. 11 ff.; Gellermann, in: Streinz (Fn. 10), Art. 340 AEUV Rn. 47 ff.

¹²⁶ EuGH (GA Mischo), Schlussanträge v. 28.5.1991 – C-6/90 und C-9/90 (Francovich) = Slg. 1991, I-5357; Jarass, NJW 1994, 881 (883); Triantafyllou, DÖV 1992, 564 (570).

¹²⁷ EuGH, Ur. v. 26.3.1996 – C-392/93 (British Telecommunications) = Slg. 1996, I-1631, Rn. 37.

¹²⁸ Gellermann (Fn. 125), Art. 340 AEUV Rn. 58.

¹²⁹ EuGH, Ur. v. 13.6.2006 – C-173/03 (Traghetti del Mediterraneo) = Slg. 2006, I-51077, Rn. 37 ff.

¹³⁰ Iglesias/Riechenberg, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), FS Everling, Bd. II, 1995, S. 1213 (1224).

¹¹³ Herrmann (Fn. 28), S. 93; Riesenhuber/Domröse, RIW 2005, 47 (50).

¹¹⁴ Riesenhuber/Domröse, RIW 2005, 47 (48).

¹¹⁵ Schürnbrand, JZ 2007, 910 (914).

¹¹⁶ So z.B. Everling, ZGR 1992, 376 (388).

¹¹⁷ EuGH (GA Saggio), Schlussanträge v. 16.12.1999 – C-240/98 (Océano) = Slg. 2000, I-4941, Rn. 30 ff.; EuGH (GA Léger), Schlussanträge v. 11.1.2000 – C-287/98 (Linster) = Slg. 2000, I-6917, Rn. 50 ff.; EuGH (GA Colomer), Schlussanträge v. 27.4.2004 – C-397/01 (Pfeiffer) = Slg. 2004, I-8835, Rn. 15.

¹¹⁸ Herrmann (Fn. 28), S. 78 ff.

¹¹⁹ Dies begründe auch eine Einordnung als bloße Auffangverpflichtung, da den inhaltlichen Vorgaben der Richtlinie nicht positiv (konstruktiv) zur Wirksamkeit verholfen werden würde.

V. Resümee

Wie sich gezeigt hat, handelt es sich bei der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung lediglich um eines von mehreren Instituten, welches der Durchsetzung von Richtlinienbestimmungen dienen soll. Das eingangs erwähnte aktuelle Urteil des BGH zum Versicherungsvertragsrecht¹³¹ bestätigt aber, dass der Rückgriff darauf gewissermaßen zum „Alltagsgeschäft“ geworden ist.¹³² Dies mag zwar aufgrund der systematischen Einbettung verwunderlich erscheinen, ist jedoch vor allem den Schwierigkeiten der korrekten Auslegung der Richtlinie durch den Gesetzgeber und den hohen Voraussetzungen für das Vorliegen einer unmittelbaren Wirkung geschuldet.

Umso wichtiger ist es, sich des verfassungsrechtlichen Rahmens des Instituts gewahr zu sein. Denn auch wenn der europarechtliche Einfluss auf die überkommene nationale Methodenlehre kaum zu verkennen ist, so gilt es doch, dabei die rechtsstaatlichen Grenzen der richterlichen Kompetenzen nicht zu übergehen.

¹³¹ BGH WM 2014, 1030.

¹³² Im Ausgangsfall wurde die Problematik der Abweichung des Wortlauts der nationalen Vorschrift von den Vorgaben der Richtlinie durch die Versagung der Möglichkeit eines Widerspruchs nach Ablauf eines Jahres ab Zahlung der ersten Prämie trotz fehlender bzw. nicht ausreichend deutlicher Belehrung über das Widerrufsrecht mittels einer teleologischen Reduktion gelöst, sodass dieser Ausschluss keine Anwendung im Bereich der Lebensversicherung, Rentenversicherung und Zusatzversicherung zur Lebensversicherung finden soll; siehe BGH WM 2014, 1030 (1036).

Der fehlgeschlagene Versuch: rechtliche Einordnung und Anwendung des Zweifelsatzes bei fehlenden Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters

Von Rechtsanwalt Dr. **Sebastian Bürger**, LL.M. (Auckland), Sindelfingen

Der Grundsatz in dubio pro reo verlangt vom Tatgericht, bei Nichterweislichkeit einer Tatsache von der für den Täter günstigsten Alternative auszugehen. Nach bislang ständiger Rechtsprechung müssen aber auch für die den Täter begünstigende Sachverhaltsalternative Anhaltspunkte vorliegen.¹ Neuere Entscheidungen des BGH lassen Zweifel daran aufkommen, ob diese Auffassung im Rahmen des strafbefreienden Rücktritts noch gilt.

Zur Einführung in die Problematik diene folgender Fall: A möchte seinen Nebenbuhler B beseitigen. Er begibt sich daher mit einem Messer und einem Pfefferspray zu dessen Wohnung in der Absicht den B dort zu töten. Als B auf das Klopfen des A die Tür öffnet, stürmt A sofort mit dem Messer auf ihn ein. B kann die Attacke jedoch abwehren und schlägt dem A das Messer aus der Hand. Nun greift A zum Pfefferspray und sprüht dem B in die Augen. B geht hiervon benommen zu Boden. A beginnt, sein Messer zu suchen. Als er es jedoch nicht sogleich findet, flieht er aus der Wohnung.

A hat hier mit unbedingtem Tatentschluss unmittelbar zur Tötung des B angesetzt. Vom Versuch des Totschlags nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 StGB könnte er jedoch durch das Verlassen der Wohnung gem. § 24 Abs. 1 StGB strafbefreiend zurückgetreten sein.

I. Systematische Einordnung des Rücktrittsprivilegs des § 24 StGB

Wegen Versuchs wird nach § 24 Abs. 1 StGB nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Tatausführung aufgibt oder die Vollendung der Tat verhindert. § 24 Abs. 1 StGB stellt damit nach ganz herrschender Auffassung einen persönlichen Strafaufhebungsgrund² für denjenigen dar, der vorsätzlich unmit-

telbar zur Verwirklichung des in einem Straftatbestand näher umschriebenen Unrechts angesetzt hat, sodann aber vor Vollendung des Delikts in die Bahnen des Rechts zurückkehrt. Für die Fallbearbeitung – aber auch für die Praxis – bedeutet dies, dass die Voraussetzungen des § 24 StGB erst dann zu prüfen sind, wenn feststeht, dass sich der Täter an sich wegen Versuchs strafbar gemacht hat. § 24 StGB ist damit im Versuchsaufbau nach der Schuld zu prüfen.

In diesem Zusammenhang ist auf die Kritik von *Bosch*,³ der Täter habe sich in der Situation des unbeendeten Versuchs keine Straffreiheit verdient, zu entgegnen, dass der Grund für die gesetzlich angeordnete Strafaufhebung derselbe ist wie beim beendeten Versuch. Beiden Situationen ist gemein, dass Straffreiheit deswegen zugesprochen wird, weil der Täter freiwillig die Vollendung der Tat verhindert. Beim beendeten Versuch muss der Täter aktiv werden, weil er schon alles aus seiner Sicht Erforderliche getan hat, damit es zur Vollendung kommt. Beim unbeendeten Versuch wäre eine Gegenaktivität sinnlos, weil die Herbeiführung einer erfolgskausalen Handlungskette noch im Gange ist und bereits durch Aufgeben der weiteren Tatausführung die Vollendung effektiv verhindert wird. Ein schlichtes Abbrechen genügt hier.

II. Unbeendeter oder beendeter Versuch?

Welche Anforderungen an das Rücktrittsverhalten gestellt werden, richtet sich danach, ob der Täter meint, bereits alles getan zu haben, was notwendig und ausreichend ist, damit es in ungehindertem Fortgang zur Vollendung des Delikts kommt (sog. beendeter Versuch) oder ob er meint, gerade noch nicht alles hierfür getan zu haben (sog. unbeendeter Versuch).⁴ Glaubt der Täter, sein Verhalten⁵ sei ausreichend,

¹ BGH StV 2001, 666 (667); BGH NSStZ-RR 2003, 166 (168); BGH, Urt. v. 20.5.2009 – 2 StR 576/08; BGH NSStZ 2009, 630 (631).

² So bereits RGSt 72, 350; ebenso BGHSt 7, 299; *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 24 Rn. 4, m.w.N. zu abweichenden Auffassungen; *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2014, § 32 Rn. 2; *Lilie/Albrecht*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 24 Rn. 50, mit ausführlichen Anmerkungen zu abweichenden Auffassungen Rn. 46 ff.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 8. Aufl. 2014, § 41 Rn. 49; knapp *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 44. Aufl. 2015, Rn. 626; als Schuldauflösungsgrund betrachtend *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 24 Rn. 5; differenzierend nur § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB als Strafaufhebungsgrund, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB dagegen als Tatbestandsaufhebungsgrund einordnend: *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2013, Kap. 24 Rn. 7; zur systematischen Einordnung vgl. auch die Ausführungen bei *Herzberg/Hoffmann-Holland*,

in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 24 Rn. 2 ff.

³ *Bosch*, Jura 2014, 395 (399).

⁴ Zu Abgrenzung und Nachweisen aus der Rechtsprechung *Bosch*, Jura 2014, 395 (396).

⁵ Ob beim Unterlassen ebenfalls zwischen beendetem und unbeendetem Versuch zu unterscheiden ist, ist umstritten; für eine Differenzierung die wohl h.L., so *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 24 Rn. 27, m.z.w.N.; weiterhin *Stein*, GA 2010, 129; für ein Aufgeben der Differenzierung: *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006 § 29 Rn. 269; *Rudolphi/Stein*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 143. Lfg., Stand: September 2014, Vor § 13 Rn. 70, 73; *Zaczyk* (Fn. 2), § 24 Rn. 47; nach BGHSt 48, 147 (149 ff.) steht der Versuch des Unterlassungsdelikts dem beendeten Versuch des Begehungsdelikts gleich, so dass für einen strafbefreienden Rücktritt stets die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 bzw. des § 24 Abs. 1 S. 2 StGB gälten; zum Streitstand *Exner*, Jura 2010, 276 (280); zum Überblick insb. *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2012, Rn. 1319; vertiefend *Küper*, ZStW 112 (2000), 1.

um die Deliktsverwirklichung herbeizuführen, muss er aktive Gegenmaßnahmen zur Verhinderung der Deliktsverwirklichung ergreifen.⁶ Das gilt auch, wenn er sich keine Vorstellung darüber macht, welche Folgen sein bisheriges Verhalten hat.⁷ Ist es dem Täter gleichgültig, ob seine Handlungen bereits ausreichen, um den versuchten Tatbestand zu vollenden, liegt nach der Rechtsprechung ein beendeter Versuch vor.⁸ Andernfalls käme der Täter in den Genuss der Straffreiheit, obwohl er keine Distanzierung von der drohenden Rechtsgutsverletzung, geschweige denn eine innere Umkehr, erkennen lässt. Der gleichgültige Täter soll nicht gegenüber dem Täter privilegiert werden, der sich Gedanken über die Folgen seines Tuns macht, die Gefahr für das Opfer erkennt und nur durch ein Erfolg versprechendes Verhindern Straffreiheit erlangen kann.

Augenscheinlich ist eine Parallele zur Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu erkennen. Auch hier wird *dolus eventualis* nach der h.M. noch angenommen, wenn der Täter der Tatbestandsverwirklichung gleichgültig gegenübersteht.⁹ Allerdings ist hier sowohl in der Praxis als auch in der Fallbearbeitung Vorsicht geboten. Der Umstand, dass sich keine Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters treffen lassen, trägt nicht den Schluss, der Täter habe sich keine Gedanken gemacht. Dies muss vielmehr positiv festgestellt werden. Das hat der BGH zuletzt mehrfach¹⁰ ausdrücklich hervorgehoben. Lassen sich nämlich keine Feststellungen treffen, muss der Zweifelsatz angewendet werden.¹¹ Schlüsse zum Nachteil des Angeklagten sind nicht zulässig.

III. Unbeendeter oder fehlgeschlagener Versuch?

Meint der Täter, er habe das Delikt noch nicht vollendet und er müsse weiter handeln (durch positives Tun oder Unterlassen), um dies zu erreichen, genügt es für seine Straffreiheit, wenn er das weiter auf Deliktsverwirklichung gerichtete Handeln unterlässt bzw. im Fall des Unterlassens die gebotene und ihm mögliche Rettungshandlung vornimmt. In § 24 Abs. 1 StGB wird dies mit dem Aufgeben der weiteren Tatausführung umschrieben. Allerdings führt das Nichtweiterhandeln dann nicht zur Straffreiheit, wenn nach der Vorstellung des Täters gar keine weitere Tatausführung mehr mög-

lich ist, wenn also der Versuch fehlgeschlagen ist. Der fehlgeschlagene Versuch ist dadurch gekennzeichnet, dass der vom Täter in Gang gesetzte Kausalverlauf nach der Vorstellung des Täters nicht mehr zur Deliktsverwirklichung führen kann. Will der Täter den Tatbestand vollenden, muss er neu zur Tat ansetzen.

Wann liegt aber noch ein unbeendeter Versuch vor, von dem der Täter durch Aufgabe der weiteren Tatausführung strafbefreiend zurücktreten kann, und wann ist sein unmittelbares Ansetzen zur Deliktsverwirklichung endgültig gescheitert?¹² Im Grundsatz lässt sich hierzu sagen, dass ein strafbefreiender Rücktritt noch so lange möglich ist, bis der vom Täter zurechenbar verursachte, subjektiv auf Deliktsverwirklichung gerichtete Kausalverlauf sein Ziel noch nicht verfehlt hat. Es ist damit zu fragen, ob der Täter weiterhin die Möglichkeit hat, die Deliktsverwirklichung mit den bereits eingesetzten und noch zur Verfügung stehenden Mitteln in ungehindertem Fortgang des Geschehens zu erreichen. Ist der von ihm zurechenbar verursachte, subjektiv auf Deliktsverwirklichung gerichtete Kausalverlauf bereits ins Leere gegangen, sodass der Täter noch einmal neu ansetzen müsste, um das Delikt zu verwirklichen, ist er in Bezug auf die Deliktsverwirklichung in der gleichen Lage wie vor jedem Versuchsbeginn. Es liegt damit keine rücktrittsfähige Situation vor. Diese Tatsituation wird gemeinhin als fehlgeschlagener Versuch bezeichnet. An der Berechtigung dieser Rechtsfigur bestehen allerdings Zweifel.¹³ Hierauf wird unter VI. noch einzugehen sein.

In Literatur und Rechtsprechung wird ein fehlgeschlagener Versuch dann angenommen, wenn der Täter die Vorstellung hat, er könne die Tat nicht mehr ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder zur Verfügung stehenden Mitteln vollenden.¹⁴ Die Rechtsprechung suggeriert hier eine gewisse objektive Betrachtung, wenn sie formuliert, ein fehlgeschlagener Versuch sei gegeben, „wenn die Tat nach dem Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt. Gleiches gilt, wenn eine Tatvollendung objektiv zwar noch möglich ist, der Täter diese aber subjektiv nicht mehr für möglich hält.“¹⁵ Tatsächlich richtet sich die Einordnung der Tat als beendeter, unbeendeter oder fehlgeschlagener

⁶ Hierzu *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 24 Rn. 6.

⁷ BGHSt 40, 304 (306); *Lilie/Albrecht* (Fn. 2), § 24 Rn. 175 m.w.N.; vgl. auch *Zaczyk* (Fn. 2), § 24 Rn. 44.

⁸ BGH, Beschl. v. 27.1.2014 – 4 StR 565/13, Rn. 5; aus der Literatur etwa *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 24 Rn. 17a; *Krey/Esser* (Fn. 5), Rn. 1287; *Lilie/Albrecht* (Fn. 2), § 24 Rn. 175.

⁹ Hierzu *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 15 Rn. 80 und 84; zum Willenselement des Vorsatzes bei Gleichgültigkeit *Roxin* (Fn. 5), § 12 Rn. 30 ff.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 22.5.2013 – 4 StR 170/13 = NStZ 2013, 703 (704); BGH, Beschl. v. 14.8.2013 – 4 StR 308/13 = NStZ-RR 2014, 241; BGH, Beschl. v. 18.12.2013 – 4 StR 469/13 = NStZ 2014, 143, mit Anm. *Nestler*; BGH, Beschl. v. 27.1.2014 – 4 StR 565/13 = NStZ-RR 2014, 202 Rn. 5 f.

¹¹ So bereits BGH NStZ 1999, 299 f.; BGH NStZ 2009, 266; krit. hierzu *Kudlich*, StV 2009, 515; vgl. auch die Kritik bei *Bosch*, Jura 2014, 395 (401).

¹² Nur den endgültig gescheiterten Versuch als fehlgeschlagenen Versuch bezeichnend i.Ü. BGHSt 33, 295 (297).

¹³ *Schroeder*, NStZ 2009, 9 (10 f.), bezeichnet den fehlgeschlagenen Versuch als unnötige Rechtsfigur; *Wörner*, Der fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont, 2010, S. 295, lehnt den fehlgeschlagenen Versuch als eigenständige Rechtsfigur gänzlich ab.

¹⁴ BGH NStZ 2009, 628 (hierzu mit abl. Anm. *Bosch*, JA 2009, 392); BGHSt 39, 227 f.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2014, § 37 Rn. 15.

¹⁵ Aus der umfangreichen Rechtsprechung vgl. etwa BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 4 StR 168/14 = HRRS 2014 Nr. 748 unter I. 2 a) der Gründe; weiterhin BGH NStZ 2013, 156 (157); BGH, Beschl. v. 11.3.2014 – 4 StR 36/14 = NStZ 2014, 634 Rn. 5.

ner Versuch nach h.M. ausschließlich nach der Vorstellung des Täters.¹⁶

IV. Maßgeblichkeit der Tätervorstellung am sog. Rücktrittshorizont

Der hierfür relevante Zeitpunkt ist nach ganz überwiegender Auffassung nicht der sog. Planungshorizont. Es kommt also nicht auf die Vorstellungen des Täters bei Tatbeginn an.¹⁷ Maßgeblich ist der sog. Rücktrittshorizont,¹⁸ was standardmäßig damit begründet wird, dass ansonsten der skrupellose Täter, der alle möglichen Eventualitäten in seinen Tatplan einbezog, bevorzugt werde.¹⁹ Denn wenn er auch nur eine von ihm in Betracht gezogene Möglichkeit der Tatvollendung nicht mehr nutze und sein Vorhaben aufgeben, käme er bei Freiwilligkeit in den Genuss der Straffreiheit, während der auf eine bestimmte Tatbegehung festgelegte Täter nicht mehr strafbefreiend zurücktreten könnte, wenn seine versuchte Deliktsverwirklichung scheitert.

Mag auch über die Stichhaltigkeit dieses Arguments gestritten werden,²⁰ der Rücktrittshorizont ist dogmatisch der richtige Zeitpunkt zur Beurteilung der Tätervorstellung. Denn der Täter, der in der aktuellen Tatsituation erkennt, dass er das von ihm versuchte Delikt auf eine Weise vollenden kann, an die er zuvor noch nicht gedacht hatte, vielleicht, weil er die nunmehr bestehenden konkreten Tatumstände nicht in seinen Plan aufgenommen hatte, und sich jetzt entschließt, das Delikt doch nicht zu vollenden, sondern seine Tat aufzugeben, ist für seine Entscheidung zur Rückkehr in die Bahnen des Rechts zu belohnen.

Hierfür werden unterschiedliche Aspekte angeführt. Von der inzwischen herrschenden Auffassung wird der Grund für die Straflosigkeit des vom Versuch zurücktretenden Täters in dessen geringerer Gefährlichkeit gesehen, die zum Wegfall des mit der Strafe verfolgten Präventionszwecks führt, sog.

Strafzwecktheorie.²¹ Der Täter, der freiwillig in die Legalität zurückkehrt, ist nicht strafwürdig. Hat er sich nämlich entschieden, das zunächst von ihm angegriffene Rechtsgut nicht mehr zu verletzen, muss auf ihn nicht mehr durch Strafdrohung präventiv eingewirkt werden, von der Deliktsverwirklichung abzusehen. Ähnlich, allerdings mit Fokussierung auf das Verhältnis zwischen Täter und Opfer, entkräftet nach Auffassung von *Murmann* der Täter „den begangenen Vertrauensbruch und fundiert für die Zukunft das im Rechtsverhältnis bestehende Vertrauen in das Bestehen wechselseitiger Anerkennung“.²² Zum anderen wird der Opferschutzgedanke²³ als tragender Grund für die Strafaufhebung betont, sog. kriminalpolitische Theorie.²⁴ Dem Täter soll in der Situation, in der er die Deliktsverwirklichung durch Aufgeben der Tat oder Ergreifen von geeigneten Gegenaktivitäten noch verhindern kann, eine „goldenen Brücke“²⁵ zurück in die Rechtsgemeinschaft gebaut werden. Es soll ihm mit anderen Worten ein Anreiz gegeben werden, die Vollendung der von ihm begonnenen Tat durch Aufgabe der weiteren Tatausführung oder Gegenaktivität mit Verhinderungskausalität oder jedenfalls durch ein ernsthaftes Bemühen hierum zu verhindern.²⁶ Während eine weitere Auffassung meint, der Täter müsse für seine freiwillige Rückkehr zum sozial richtigen Verhalten belohnt werden, sog. Prämien- oder Gnadentheorie,²⁷ wird andererseits eine Rechtspflicht des Täters angenommen, die Gefahr, die er durch sein unmittelbares Ansetzen zur Tat geschaffen hat, abzuwenden und im Rücktrittsverhalten gerade die Erfüllung dieser Rechtspflicht erblickt.²⁸

Vor allem die Prämien- oder Gnadentheorie führt für das Rücktrittsprivileg an, dass das Strafbedürfnis für das mit der Versuchstat verwirklichte Handlungsunrecht und die damit verbundene Beeinträchtigung des allgemeinen Vertrauens in

¹⁶ Grundlegend in Bezug auf den fehlgeschlagenen Versuch BGHSt 34, 53 (56); dagegen sprechen sich *Borchert/Hellmann* (GA 1982, 429 [438]) für eine rein objektive Abgrenzung danach aus, ob die Handlung unabhängig vom Täterwillen den tatbestandsmäßigen Erfolg noch herbeiführen kann oder nicht oder ob ohne Eingreifen täterunabhängiger Umstände oder glücklicher Fügungen die Vollendung eintreten kann; ähnlich bereits *Henkel*, JW 1937, 2375 (2376); die subjektive Vorstellung auf Grundlage eines objektiven Bewertungsmaßstabs bestimmend *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 2), § 41 Rn. 20 ff.; zu den unterschiedlichen Auffassungen vgl. die Darstellung bei *Lilie/Albrecht* (Fn. 2), § 24 Rn. 150 ff.

¹⁷ So aber noch BGHSt 14, 75 (79); 22, 330 (331); näher hierzu *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 2), § 41 Rn. 87 ff.; *Otto*, Jura 2001, 342.

¹⁸ Grundlegend BGHSt 31, 170 (175); ausführlich insb. BGHSt (GS) 39, 221 (227).

¹⁹ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 51 II 3; *Krey/Esser* (Fn. 5), Rn. 1288.

²⁰ Kritisch zu dieser Argumentation *Bosch*, Jura 2014, 395 (397).

²¹ BGHSt 9, 48 (52); 14, 75 (80); *Rudolphi*, in: *Wolter* (Fn. 5), § 24 Rn. 4.

²² *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 1999, S. 28.

²³ BGHSt 39, 221 (232); ausführlich zum Opferschutzgedanken als tragender Grund für das Rücktrittsprivileg *Lilie/Albrecht* (Fn. 2), § 24 Rn. 23 ff.; zweifelnd hieran *Bosch*, Jura 2014, 395 (399); vgl. auch *Gerold*, JuS 2010, 114; *Kudlich*, JuS 1999, 241; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 6. Aufl. 2011, § 11 Rn. 70.

²⁴ Vgl. *Puppe*, NSTZ 1984, 488 (490).

²⁵ Vgl. RGSt 73, 52 (60); zu den Mängeln dieser auf *Feuerbachs* psychologischer Zwangstheorie aufbauenden Idee *Bockelmann*, NJW 1955, 1417 (1419).

²⁶ Gegen den Opferschutzgedanken als überzeugenden Grund des Rücktrittsprivilegs *Scheinfeld*, Der Tatbegriff des § 24 StGB, 2006, S. 55 ff., insbes. S. 68.

²⁷ *Bockelmann*, NJW 1955, 1417 (1420); *Fischer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 62. Aufl. 2015, § 24 Rn. 3; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 196; vgl. auch BGHSt 35, 93.

²⁸ *Herzberg*, in: *Küper/Puppe/Tenckhoff* (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 325 (insbes. 366); *ders.*, NJW 1991, 1633.

die Geltung der Rechtsordnung entfalle.²⁹ Dem Täter die Möglichkeit des strafbefreienden Rücktritts zu nehmen, nur weil er die Tat auf die zunächst vorgestellte Art und Weise nicht vollenden konnte, geht an der Zielrichtung des § 24 StGB vorbei. Zudem kann nur zurücktreten, wer sich im Stadium zwischen Versuchsbeginn und Vollendung befindet. Nach dem Rechtsgedanken des § 16 StGB, wonach der Vorsatz des Täters bei Tatbegehung vorliegen muss, müssen die subjektiven Elemente des Rücktrittstatbestands auf den Zeitpunkt der Rücktrittshandlung bezogen sein. Ebenso wie ein *dolus antecedens* aufgrund des Koinzidenz- oder Simultaneitätsprinzips abzulehnen ist,³⁰ ist auch eine subjektive Vorstellung von den zur Vollendung geeigneten Handlungsalternativen vor der maßgeblichen Rücktrittshandlung abzulehnen.

V. Fehlen von Feststellungen zum maßgeblichen Vorstellungsbild des Täters

Wie ausgeführt, ist nicht objektiv, sondern nach der Vorstellung des Täters zu beurteilen, ob seine bisheriges auf Deliktsverwirklichung gerichtetes Verhalten den jeweiligen Tatbestand noch vollenden kann. Was ist aber, wenn sich keine Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters treffen lassen?

Das Gericht muss sich eine eigene Überzeugung vom Vorstellungsbild des Täters machen. Lassen sich hierzu aber keine verlässlichen Feststellungen treffen, muss das Gericht den Zweifelssatz anwenden und von der für den Täter günstigsten Variante ausgehen. Das ist das Nichtvorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs. Denn nur in dieser Situation kann das Nichtweiterhandeln des Täters noch strafbefreiende Wirkung haben.

1. Grundlinie der Rechtsprechung 2009: Annahme eines unbeendeten Versuchs nur dann, wenn sonstige Feststellungen dessen Vorliegen möglich erscheinen lassen

In der Entscheidung 2 StR 276/08 vom 20.5.2009³¹ war der Angeklagte mit Tötungsabsicht an sein Opfer herangetreten. Er zog sein Messer und führte dies zweimal mit schneidenden Bewegungen gegen Hals und Gesicht des Opfers. Hierbei äußerte er „Ich bring dich um“. Dem durch die Attacke lebensgefährlich verletzten Opfer gelang es, in eine nahe gelegene Pizzeria zu flüchten und sich dort in Sicherheit zu bringen. Der Angeklagte war seinem Opfer noch ein Stück gefolgt, ließ dann aber von ihm ab. Das Landgericht hatte hier in Anwendung des Zweifelssatzes einen unbeendeten Versuch angenommen und das Aufgeben der Verfolgung als strafbefreienden Rücktritt gewertet. Der BGH führt hierzu aus, dass der Zweifelssatz nicht bedeute, von der für den

Angeklagten günstigsten Fallgestaltung auch dann auszugehen, wenn hierfür keine Anhaltspunkte vorliegen. Da das Landgericht unter anderem festgestellt hatte, dass das Opfer jünger und schlanker war als der Täter, drängte es sich nach dem BGH auf, dass der Angeklagte die Verfolgung deswegen aufgab, weil er sein Opfer nicht einholen konnte. Da mithin keine Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass der Angeklagte bei Aufgabe der Verfolgung „noch geglaubt haben könnte“, sein Opfer einzuholen, und sich „aus den festgestellten Tatumständen keine Hinweise“ dafür ergaben, der Angeklagte „könne das Gefühl gehabt haben“, sein Opfer genug bestraft zu haben, sei die Unterstellung zugunsten des Angeklagten, er sei davon ausgegangen, er könne seine Tat noch in ungehindertem Fortgang vollenden, rechtsfehlerhaft. Hiernach müssen also zumindest für die Möglichkeit des Vorliegens eines unbeendeten Versuchs Feststellungen getroffen worden sein. Diese Rechtsprechung führte offenbar dazu, dass die Strafgerichte in den Fällen, in denen derartige Feststellungen nicht getroffen wurden oder getroffen werden konnten, nicht mehr zugunsten des Angeklagten von einem unbeendeten Versuch ausgingen.

2. Aktuelle Rechtsprechungstendenzen: Fehlgeschlagener Versuch nur bei ausreichenden Feststellungen

Ganz ähnlich dem im Jahr 2009 entschiedenen Fall lag der Sachverhalt in der Sache 1 StR 735/13.³² Der Angeklagte wollte sich wie im Fall 2 StR 276/08 an seinem Opfer Z rächen. Hierzu lauerte er Z auf dessen Fußweg auf, ging auf ihn zu und setzte, als er vor ihm stand, unvermittelt zu einem Stich auf den Kopf mit einem Schraubenzieher an. Der oberflächlich an der Stirn getroffene Z beugte sich nach vorn, woraufhin der Angeklagte ihm mit dem Schraubenzieher in den Rücken stach. Der Stich drang vier bis fünf Zentimeter zwischen die Schulterblätter ein. Nachdem Z zu Boden gegangen war, trat der Angeklagte noch mehrmals mit den Füßen auf ihn ein. Z konnte schließlich aufstehen und fliehen. Der Angeklagte rief ihm nach, dass er ihn schon noch kriegen und umbringen werde. Z trank unterwegs noch ein Bier und ging dann nach Hause. Seine Verletzungen führten zu einem Pneumothorax, aufgrund dessen abstrakte Lebensgefahr bestand.

Das Landgericht nahm einen fehlgeschlagenen Mordversuch an. Der BGH hob die Entscheidung auf. Das Landgericht habe keine ausreichenden Feststellungen zum Vorstellungsbild des Angeklagten getroffen, die das Vorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs begründen könnten. Da der Angeklagte sein Opfer weder festhielt noch verfolgte, und sich aus den festgestellten Tatumständen keine Hinweise dafür ergaben, der Angeklagte habe sein Opfer auch nicht verfolgen können, könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Tat nach der Vorstellung des Angeklagten gescheitert sei, er sie also in ungehindertem Fortgang nicht mehr vollenden könne. Dass positiv Feststellungen für die Möglichkeit des Vorliegens eines unbeendeten Versuchs getroffen werden müssten, wie es der BGH noch in seiner Entscheidung vom 20.5.2009 gefordert hatte, verlangt er nicht.

³² BGH, Beschl. v. 11.3.2014 – 1 StR 735/13 = NStZ 2014, 396.

²⁹ Jescheck/Weigend (Fn. 19), § 51 I 3; ähnlich Yamanaka, in: Schönemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 773 (785 ff.); vgl. auch BGH MDR 1988, 244.

³⁰ Vgl. nur Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 2), § 15 Rn. 100; Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 2), § 15 Rn. 52, jew. m.z.w.N.

³¹ BGH NStZ 2009, 630.

In dieselbe Richtung gehen auch die Ausführung in einem knapp zwei Monate später ergangenen Beschluss. In dem der Entscheidung 3 StR 134/14 vom 6.5.2014 zugrunde liegenden Fall wollte der Täter seinem Opfer Geld aus dessen Wohnung wegnehmen. Hierzu führte er in der einen Hosentasche einen Elektroschocker und in der anderen ein Pfefferspray bei sich. Beide Gegenstände wollte er erforderlichenfalls einsetzen, um etwaigen Widerstand gegen die geplante Wegnahme zu brechen. Den Elektroschocker drückte der Täter auch mehrfach gegen den Arm des Opfers. Der Versuch, einen Stromschlag auszulösen, scheiterte jedoch. Da das Opfer weitere Übergriffe befürchtete, wies es den Täter auf Geld an verschiedenen Orten hin, welches dieser sodann an sich nahm. Das Pfefferspray kam nicht mehr zum Einsatz. Im Hinblick auf die durch den Einsatz des Elektroschockers versuchte gefährliche Körperverletzung sah der BGH den vom Landgericht angenommenen fehlgeschlagenen Versuch als durch die Feststellungen nicht belegt an. Denn dem Urteil ließen sich keine Umstände entnehmen, die den Täter daran gehindert haben konnten, mit dem Pfefferspray weitere körperliche Angriffe gegen das Opfer zu verüben.

Der neueren Rechtsprechung kann damit zwar nicht entnommen werden, dass bei unzureichenden Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters ein unbeendeter Versuch angenommen werden müsse. Immerhin soll ein Rücktritt aber nur dann ausgeschlossen sein, wenn zweifelsfrei ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt. Damit kommt der BGH dogmatisch nicht mehr über die Anwendung des Zweifelssatzes zur Annahme eines unbeendeten Versuchs. Die Annahme eines unbeendeten Versuchs eröffnet sich für den BGH vielmehr zwangsläufig aus den nicht zweifelsfrei feststellbaren Voraussetzungen des fehlgeschlagenen Versuchs. Die Annahme eines strafbefreienden Rücktritts darf dem Angeklagten mithin nur dann verwehrt werden, wenn zweifelsfrei ein fehlgeschlagener Versuch festgestellt ist. Für die Fallbearbeitung ist daher eine systematische Verortung der Problematik des fehlgeschlagenen Versuchs innerhalb der Prüfung der Voraussetzungen des § 24 StGB ausgeschlossen. Vielmehr ist vor Beginn der tatbestandlichen Prüfung des § 24 StGB zu erörtern, dass ein strafbefreiender Rücktritt möglich ist, weil die Voraussetzungen eines fehlgeschlagenen Versuchs nicht zweifelsfrei vorliegen. Die Voraussetzungen des § 24 StGB sind damit nur dann nicht mehr zu prüfen, wenn positiv festgestellt worden ist, dass ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt.

3. Verwertbarkeit äußerer Umstände zur Feststellung des Vorstellungsbilds

Der BGH hält nicht nur bei der Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch die Vorstellung des Täters für einzig maßgebend, sondern auch bei der Frage, ob ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt. Damit stellt sich aber die Frage, ob ein fehlgeschlagener Versuch überhaupt noch in den Fällen revisionsfest angenommen werden kann, in denen der Angeklagte nicht selbst angibt, er sei davon ausgegangen, den von ihm begonnenen Versuch nicht mehr mit den ihm zu Verfügung stehenden Mitteln vollenden zu können. In der Entscheidung vom 6.3.2014 führt der BGH aus, dass sich das

Gericht „anhand von Rückschlüssen aus den festgestellten Tatumständen“ mit dem Vorstellungsbild des Angeklagten auseinandersetzen müsse. Insoweit scheint das Vorstellungsbild des Angeklagten zumindest einer richterlichen Würdigung zugänglich.

Vor diesem Hintergrund ist kritisch zu hinterfragen, ob ein fehlgeschlagener Versuch tatsächlich nur anhand des Vorstellungsbilds des Täters angenommen werden kann. Das wäre dann der Fall, wenn das Gesetz dies so vorsieht oder sich andere zwingende Gründe hierfür finden lassen. Um das beurteilen zu können, soll der fehlgeschlagene Versuch kurz dogmatisch näher beleuchtet werden. Die nachfolgenden Gedanken verstehen sich dabei nicht als fundiertes Grundkonzept. Das ist in dem gegebenen Rahmen nicht möglich, aber auch nicht Ansinnen des Beitrags. Vielmehr soll die Diskussion um die Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs belebt werden.

VI. Dogmatische Begründung des fehlgeschlagenen Versuchs

Der fehlgeschlagene Versuch wird im StGB nicht erwähnt. Die wohl überwiegende Auffassung versteht den fehlgeschlagenen Versuch demgemäß auch als eine eigenständige Variante³³ neben dem unbeendeten und beendeten Versuch, für die bereits der Anwendungsbereich des § 24 StGB, der nach seinem Wortlaut nur die beiden letztgenannten Kategorien erfasst, nicht eröffnet ist. Wie ausgeführt, folgt daraus, dass der Anwendungsbereich des § 24 StGB nur dann eröffnet ist, wenn zuvor positiv festgestellt wurde, dass kein fehlgeschlagener Versuch vorliegt. Nach anderer Auffassung soll der fehlgeschlagene Versuch grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 24 StGB fallen,³⁴ es fehle aber an der für den strafbefreienden Rücktritt erforderlichen Freiwilligkeit, wenn der Versuch für den Täter erkennbar fehlgeschlagen sei.³⁵ Insoweit wird teilweise der fehlgeschlagene Versuch als eigenständige Versuchsvariante neben dem unbeendeten und dem beendeten Versuch auch gänzlich abgelehnt.³⁶

Soll der fehlgeschlagene Versuch erst an der Freiwilligkeit scheitern, müsste es daher noch eine Tat geben, die entweder weiter ausgeführt oder vollendet werden kann. Das wäre aber nur dann der Fall, wenn der Begriff der Tat allgemein die Deliktsverwirklichung meint, ohne Bezug zu nehmen auf das konkrete, bereits versuchte Verhalten. Dies ist jedoch nicht begründbar. Denn das liefe darauf hinaus, dass der Täter endgültig die Deliktsverwirklichung aufgeben müsste, um straffrei zu werden. Dies ließe sich in der Praxis kaum zweifelsfrei feststellen.

³³ BGHSt 20, 279 (280, noch als obiter dictum); 34, 53 (56); 35, 90 (94); 39, 221 (228); 41, 368 (369); *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 24 Rn. 7; *Herzberg/Hoffmann-Holland* (Fn. 2), § 24 Rn. 52; *Lilie/Albrecht* (Fn. 2), § 24 Rn. 89.

³⁴ Hiergegen eingehend *Wörner* (Fn. 13), S. 52 ff.

³⁵ In diese Richtung RGSt 45, 7; 70, 3; BGHSt 4, 59; *Welzel* (Fn. 27), S. 197; als unnötige Rechtsfigur bezeichnend etwa *Schroeder*, NStZ 2009, 9 (10 f.).

³⁶ So im Ergebnis *Wörner* (Fn. 13), S. 295; *dies.*, NStZ 2010, 66 (71).

Aber auch systematische Argumente sprechen gegen eine solche weite Auslegung des Tatbegriffs in § 24 Abs. 1 StGB. Die Rücktrittsregelung bildet zusammen mit den Vorschriften zur Versuchsstrafbarkeit den gesamten Zweiten Titel des Zweiten Abschnitts des Strafgesetzbuchs. Sie steht unmittelbar hinter diesen. § 24 StGB ist inhaltlich auf das versuchte Delikt bezogen. Damit ist die Tat im Sinne des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB bei genauer Betrachtung aber auch nicht, wie der BGH wiederkehrend formuliert,³⁷ die Tat im sachlich-rechtlichen Sinn, also die in den einzelnen Tatbeständen näher umschriebene tatbestandsmäßige Handlung und der tatbestandsmäßige Erfolg, sondern eine Handlung, die durch ein unmittelbares Ansetzen des Täters auf Verwirklichung eines Tatbestands gerichtet ist.³⁸

Gegen ein Versagen erst der Freiwilligkeit in Konstellationen des fehlgeschlagenen Versuchs lassen sich auch teleologische Argumente anführen. Beim fehlgeschlagenen Versuch müsste der Täter noch einmal neu zur Tatbestandsverwirklichung ansetzen, um das Delikt zu vollenden. Der zunächst unternommene Versuch ist endgültig gescheitert. Es gibt in dieser Situation weder eine weitere Tatausführung im Sinne des § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB, die der Täter aufgeben könnte, noch einen in Gang gesetzten Kausalverlauf, in den er aktiv eingreifen müsste, um die Tatbestandsverwirklichung, die Vollendung der Tat im Sinne des § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB, zu verhindern. Der Wortlaut des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB erfasst die Fälle des fehlgeschlagenen Versuchs damit schlichtweg nicht. Die Gedanken des Opfer- und Rechtsgüterschutzes, die zur Rechtfertigung der Rücktrittsregelung herangezogen werden, greifen in diesen Fällen ebenfalls nicht ein. Die Pflicht, fremde Rechtsgüter zu achten, sie nicht zu gefährden oder zu verletzen, seinen Rechtskreis nicht unverhältnismäßig zu Lasten Dritter auszuweiten, ist in der Situation des fehlgeschlagenen Versuchs für den Täter im selben Umfang gegeben wie in der Situation vor jedem Versuchsbeginn. Es gibt keine honorierfähige Umkehrbewegung, die ein Entfallen des staatlichen Strafanspruchs nach § 24 StGB rechtfertigen könnte, wenn der Täter es gar nicht mehr für möglich hält, die von ihm begonnene Tat ohne Zäsur zu vollenden. An das Unterlassen eines neuen Ansetzens bzw. die allgemeine Aufgabe des Täterplans nach Scheitern eines Versuchs braucht die Rechtsordnung keine für den Täter günstigen Folgen knüpfen.³⁹

Insoweit würde auch die Überlegung, den fehlgeschlagenen Versuch als einen Fall des unbeendeten Versuchs zu begreifen, nicht dazu führen, dass für das Vorliegen seiner Voraussetzungen zwingend nur auf das Vorstellungsbild des Täters abzustellen wäre. Denn selbst wenn der unbeendete Versuch allgemein nur als eine Situation beschrieben würde,

in der der Täter glaubt, noch nicht alles getan zu haben, damit es zur Vollendung des Delikts kommt, dann unterfiele dem zwar auch der fehlgeschlagene Versuch. Dies würde aber noch nicht dazu führen, dass er auch vom Anwendungsbereich des § 24 StGB erfasst wäre. Denn § 24 Abs. 1 StGB erfasst nach seinem Wortlaut nur diejenigen Fälle des unbeendeten Versuchs, in denen der Täter die weitere Tatausführung aufgibt. Der Täter muss hier das aufgeben, was er begonnen hat. Müsste er zu anderen Mitteln greifen, die bislang noch nicht von seinem Tatentschluss umfasst waren, wäre dies ein neues Ansetzen zur Tat, mithin ein eigenständiges Verhalten, das auf seine Strafbarkeit hin zu überprüfen wäre. Im Falle des endgültigen Scheiterns der Vollendung des Delikts mit den bis zu diesem Zeitpunkt angedachten Mitteln wäre aber die weitere Ausführung der Tat im Sinne des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB endgültig beendet. Liegt aber keine Tatausführung mehr vor, kann sie auch nicht aufgegeben werden.

Dogmatisch ist die Anerkennung des fehlgeschlagenen Versuchs als eigenständiges Rechtsinstitut damit auch nicht zwingend.⁴⁰ Die vom BGH hierunter subsumierten Fälle lassen sich nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung allesamt anhand – nicht im Rahmen! – des § 24 StGB lösen.⁴¹ Dem kann zugestimmt werden. Denn § 24 StGB verlangt eine Situation, in der der durch das unmittelbare Ansetzen in Gang gesetzte Kausalverlauf noch nicht zur Vollendung des Delikts geführt hat, aber noch führen kann. Situationen, die von der Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs beschrieben werden, sind damit schlicht solche, die außerhalb des Tatbestands des § 24 StGB liegen.

VII. Erfordernis der ausschließlichen Maßgeblichkeit des Vorstellungsbildes des Täters

Es bleibt daher festzuhalten, dass der fehlgeschlagene Versuch nicht in den Anwendungsbereich des § 24 StGB fällt. Damit ergibt sich aber auch keine zwingende gesetzliche Vorgabe, das Vorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs nur auf der Grundlage der Vorstellung des Täters zu bestimmen. Gesetzlich vorgegeben ist nur die Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch. Dass diese auf der Grundlage der Tätervorstellung zu erfolgen hat, ist Folge des Grundes der Strafaufhebung. Wer wegen einer honorierfähigen Umkehrbewegung nicht bestraft werden soll, der muss erkannt haben, dass er durch sein Verhalten die Vollendung des begonnenen Delikts verhindern kann. Damit darf die Rechtsprechung des BGH, die in jüngster Zeit vermehrt Urteile der Instanzgerichte wegen nicht genügend begründeter Annahme eines fehlgeschlagenen Versuches kassiert hat, in Frage gestellt werden, wonach das Vorliegen eines fehlge-

³⁷ BGHSt 39, 221 (230); 33, 142 (144 f.); 35, 185 (187); kritisch daher auch v. Heintschel-Heinegg, ZStW 109, 29 (42 f.), der unter dem Begriff der Tat in § 24 StGB die „versuchte Tat“ versteht.

³⁸ Dies meint wohl auch Scheinfeld, NStZ 2010, 250 (253), der insoweit von dem konkreten Tatbestand, den der Täter verwirklichen wollte, spricht.

³⁹ In diesem Sinn bereits Otto, GA 1967, 144 (149).

⁴⁰ Die Berechtigung als eigenständige Fallgruppe ablehnend: Feltes, GA 1992, 395; Gössel, ZStW 87, 3 (34); ders., GA 2012, 65 (71); v. Heintschel-Heinegg, ZStW 109, 29 (34); Scheinfeld, JuS 2002, 250 (251); dagegen ausdrücklich als unentbehrliche Rechtsfigur bezeichnend Roxin, NStZ 2009, 319 (321).

⁴¹ Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 2), § 41 Rn. 73; Schroeder, NStZ 2009, 9 (10); Wörner, NStZ 2010, 66 (71).

schlagenen Versuchs nur bei entsprechenden Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters angenommen werden darf.

1. Das Vorstellungsbild des Täters beim unmittelbaren Ansetzen zum Versuch

Auf die Vorstellung des Täters kommt es nach dem Wortlaut des Gesetzes – abgesehen von der Regelung des grob unverständigen Versuchs nach § 23 Abs. 3 StGB – nur bei der Bestimmung des Vorliegens eines strafbaren Versuches an, vgl. § 22 StGB. Für das unmittelbare Ansetzen ist einzig die Vorstellung des Täters maßgebend. Der Gesetzgeber hat sich im Grundsatz für die subjektive Versuchstheorie entschieden.⁴² Allein das in der Verwirklichung des subjektiven Tatbestands liegende Motivationsunrecht der Tat rechtfertigt die Strafbarkeit des Versuchs, allerdings mit der Einschränkung, dass der verbrecherische Wille irgendwie betätigt werden muss, um ein reines Gesinnungsstrafrecht auszuschließen. Hieran werden jedoch extrem geringe Anforderungen gestellt.⁴³ Die Betätigung des verbrecherischen Willens wird in § 22 StGB mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Tat umschrieben. Wann der Täter unmittelbar zur Tat ansetzt, ist bekanntlich heftig umstritten. Die mittlerweile herrschende Auffassung⁴⁴ kombiniert hierbei verschiedene Ansätze. Hiernach setzt der Täter unmittelbar an, wenn er subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht’s los“ überschritten hat und objektiv Handlungen vornimmt, die unmittelbar in den tatbestandlichen Geschehensablauf einmünden, so dass nach seiner Vorstellung von der Tat keine wesentlichen Zwischenschritte mehr erforderlich sind und das geschützte Rechtsgut bereits konkret gefährdet ist.⁴⁵

2. Das unmittelbare Ansetzen als Zeitspanne der Versuchsstrafbarkeit

Das unmittelbare Ansetzen ist dabei kein punktuelles Ereignis, sondern eine Zeitspanne, die vom Versuchsbeginn bis zur Tatvollendung reicht. Liegt ein strafbarer Versuch damit nur solange vor wie – verkürzt gesagt – das tatbestandlich geschützte Rechtsgut nach der Vorstellung des Täters unmittelbar gefährdet ist, dann endet diese unmittelbare Gefährdung zu dem Zeitpunkt, in dem der Täter sich vorstellt, dass sein bisheriges Verhalten nicht mehr in die Vollendung des Tatbestands münden und damit das zunächst gefährdete Rechtsgut verletzen kann. Damit liegt ab diesem Zeitpunkt ein „beendetes“ strafbares Versuchsdelikt vor. Da das Stadium des strafbaren Versuchs für dieses Verhalten endgültig abgeschlossen ist, liegt auch die Situation des § 24 StGB nicht mehr vor.

VIII. Schlussfolgerungen für den fehlgeschlagenen Versuch

Dogmatisch bedeutet dies, dass die Konstellation des fehlgeschlagenen Versuchs nichts weiter ist als der ohne strafbefreienden Rücktritt beendete Zeitraum des unmittelbaren Ansetzens. Daraus folgt aber weiter, dass der strafbefreiende Rücktritt nicht das Nichtvorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs voraussetzt, sondern das Vorliegen eines unmittelbaren Ansetzens. Einer eigenständigen Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs bedarf es daher nicht.⁴⁶ Aus Vereinfachungsgründen mag man als fehlgeschlagenen Versuch allgemein die Fälle zusammenfassen, in denen die Ausgangslage, wie sie § 24 StGB voraussetzt, nicht gegeben ist.⁴⁷ Der fehlgeschlagene Versuch folgt daher aus dem Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 24 StGB. Nicht aber versperrt das Vorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs die Anwendung des strafbefreienden Rücktritts, wenn die Voraussetzungen des § 24 StGB eigentlich vorlägen.⁴⁸ Eine solche Wirkung kann einer gesetzlich nicht geregelten Rechtsfigur nicht zukommen.⁴⁹

Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters sind dementsprechend zwar zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 24 StGB weiterhin zu machen. Die Rücktrittsmöglichkeit eröffnet sich für den Täter aber nicht dadurch, dass keine positiven Feststellungen zum Nichtvorliegen von Vorstellungen des Täters über einen möglichen Fehlschlag getroffen werden, worauf die Rechtsprechung derzeit hinausläuft. Vielmehr ist ein Rücktritt so lange möglich, wie der Täter noch unmittelbar zur Deliktsverwirklichung ansetzt. Insoweit ist nicht allein die Vorstellung des Täters von der Möglichkeit, das Delikt mit den ihm zur Verfügung stehenden nahe liegenden Mitteln vollenden zu können, maßgebend. Vielmehr ist zu fragen, ob der Täter entweder bereits einen Teil des Deliktstatbestands verwirklicht hat oder er weiterhin objektiv Handlungen vornehmen kann, die sich als Fortsetzung der von ihm bereits begonnenen Handlungen zur Deliktsverwirklichung darstellen, mithin er nach seiner Vorstellung von der Tat eine von ihm durch das unmittelbare Ansetzen geschaffene konkrete Gefährdung der tatbestandlich geschützten Rechtsgüter aufrecht erhalten kann.

Im Unterschied zur allein auf das Vorstellungsbild des Täters abstellenden Betrachtungsweise des BGH kommt es nach der hier zur Diskussion gestellten Auffassung nur hinsichtlich der Aufrechterhaltung der konkreten Gefährdungslage auf die Vorstellung des Täters an. Diese ist aber erst dann maßgeblich, wenn der Täter aufgrund einer wertenden Betrachtung überhaupt noch die von ihm begonnene Deliktsverwirklichung in ungestörtem Fortgang des Geschehens

⁴² Ausführlich zu den verschiedenen Theorien zum Strafgrund des Versuchs *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 2), § 40 Rn. 11 ff.

⁴³ Hierzu *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 2), § 40 Rn. 13 ff.

⁴⁴ Ausführlich zum Meinungsspektrum *Hillenkamp*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Fn. 2), § 22 Rn. 55 ff.; vgl. auch den Überblick zum Meinungsstand bei *Zaczyk* (Fn. 2), § 22 Rn. 24.

⁴⁵ Rechtsprechungsnachweise bei *Zaczyk* (Fn. 2), § 22 Rn. 23; zur Kasuistik *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 22 Rn. 44 f.

⁴⁶ Im Ergebnis ebenso *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 2), § 41 Rn. 73.

⁴⁷ In diesem Sinn v. *Heintschel-Heinegg*, *ZStW* 109, 29 (36); vgl. hierzu *Gössel*, *GA* 2012, 65 (69).

⁴⁸ Abzulehnen ist daher auch die Auffassung von *Jahn* (*JuS* 2011, 78 [79]), § 24 StGB teleologisch zu reduzieren, wenn der Versuch fehlgeschlagen sei.

⁴⁹ Hierauf verweisen zutreffend *Gössel*, *GA* 2012, 65 (66); *Wörner* (Fn. 13), S. 42.

vollenden kann. Im Gegensatz zur rein auf das Vorstellungsbild des Täters abstellenden Auffassung können nach dem hier zur Diskussion gestellten Vorgehen äußere Umstände nicht nur zur Feststellung des Vorstellungsbilds herangezogen, sondern maßgeblich mit in die Betrachtung zum Vorliegen einer rücktrittsfähigen Lage einbezogen werden.

In der Rechtssache 1 StR 735/13 hätte das Gericht schon aus dem Übergang vom Messereinsatz zu den Tritten schließen können, dass der Angeklagte gar nicht mehr den Willen hatte, den Z zu töten und deswegen bereits ein strafbefreiender Rücktritt vorlag. Denn wenn der Täter von einem Tatmittel, das geeignet ist, den tatbestandlichen Erfolg herbeizuführen, zu einem an sich nicht mehr hierzu geeigneten Tatmittel übergeht, obwohl ihm das bisherige Tatmittel noch zur Verfügung steht, spricht dies für ein freiwilliges Aufgeben der Tat im Stadium des unmittelbaren Ansetzens und damit für einen freiwilligen Rücktritt.

In der Rechtssache 3 StR 134/14 wollte der Täter sowohl Elektroschocker als auch Pfefferspray einsetzen, um etwaigen Widerstand gegen die geplante Wegnahme zu brechen. Der Einsatz beider Tatmittel war gleichermaßen geeignet, beim Opfer nicht nur unerhebliche Verletzungen hervorzurufen. Nachdem der Einsatz des Elektroschockers aber bereits dazu führte, dass das Opfer keinen Widerstand mehr leistete, war aus Sicht des Täters auch kein Widerstand mehr zu erwarten. Damit war aber auch die körperliche Unversehrtheit des Opfers aus Sicht des Täters nicht mehr unmittelbar gefährdet. Die durch das unmittelbare Ansetzen begonnene Deliktsverwirklichung scheiterte somit aus Gründen, die der Täter nicht in der Hand hatte, noch bevor er die weitere Ausführung der Tat aufgeben oder sich ernsthaft um verhinderungskausale Gegenaktivitäten bemühen konnte. Dass der Täter sich möglicherweise vorgestellt hatte, das griffbereite Pfefferspray noch zur Körperverletzung einsetzen zu können, begründet nicht das Fortdauern des unmittelbaren Ansetzens zur Körperverletzung und eröffnet somit auch nicht die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts. Nachdem kein Widerstand des Opfers mehr zu erwarten war, hätte eine Körperverletzungshandlung mittels Einsatzes des Pfeffersprays auf einer völlig neuen Motivationslage beruht. In einer solchen Situation wäre es verfehlt, im Zweifel von der Möglichkeit eines Rücktritts auszugehen.

Im eingangs geschilderten Sachverhalt bilden die Messerattacke und der Einsatz des Pfeffersprays ein einheitliches Geschehen. Ein unmittelbares Ansetzen liegt noch während der Suche nach dem Messer vor. Während die Rechtsprechung hier im Zweifel davon ausgehen würde, dass nach der Vorstellung des A die Tat noch hätte vollendet werden können, ist nach dem hier zur Diskussion gestellten Ansatz zu fragen, ob sich aus den äußeren Umständen auf ein endgültiges Scheitern des Totschlagsversuchs schließen lässt. Dafür könnte sprechen, dass A nach seinem Tatplan den B offenbar in einer Situation töten wollte, in der dessen Verteidigungsbereitschaft stark herabgesetzt war, weil er mit dem Einsatz des jeweiligen Tatmittels nicht rechnete. Nachdem nun aber nach zwei Attacken des A eine Situation eingetreten war, in der B sich der Absichten des A bewusst war, konnte der A kein Überraschungsmoment mehr zur Tat ausnutzen.

Allerdings ist die Absicht des Ausnutzens eines Überraschungseffekts nicht sicher festgestellt. Es ist daher genauso denkbar, dass A, da der B noch benommen am Boden war, die Vorstellung hatte, die Tat noch vollenden zu können, sobald er das Messer gefunden hatte. Dann hätte er mit seiner Flucht aus der Wohnung die weitere Tatausführung noch aufgeben können. Da hier weder Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters vorliegen, noch die äußeren Umstände den Schluss auf ein endgültiges Scheitern des Versuchs zulassen, wäre im Beispielsfall die Rücktrittsmöglichkeit eröffnet, und es müsste geprüft werden, ob A durch das Verlassen der Wohnung strafbefreiend vom Totschlagsversuch zurückgetreten ist.⁵⁰

⁵⁰ Die Anforderungen an die für eine Strafaufhebung notwendige Rücktrittshandlung hängen davon ab, ob nach der Vorstellung des A ein unbeendeter (dann § 24 Abs. 1 S. 1 Alt 1 StGB) oder ein beendeter Versuch (dann § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB) vorlag. Da A erkannte, dass er dem B noch keine Verletzungen zugefügt hatte, die in ungehindertem Fortgang zu dessen Tod führen würden, er mithin noch nicht alles getan hatte, was aus seiner Sicht zur Vollendung der Tat erforderlich war, liegt ein unbeendeter Versuch vor. Von diesem wäre A gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB strafbefreiend zurückgetreten, wenn er freiwillig die weitere Tatausführung aufgegeben hätte. In dubio pro reo ist davon auszugehen, dass A die weitere Tatausführung für möglich hielt, sie aber aus autonomen Motiven, mithin freiwillig, aufgab, als er die Wohnung verließ. Damit wäre A strafbefreiend vom Totschlagsversuch zurückgetreten.

Die AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB in der Zivilrechtsklausur

Von Dipl.-Jur. Volker Möhrke, Bielefeld, Tampa (Florida)

Die Prüfung von AGB in der Zivilrechtsklausur ist ein sich immer wiederholender Prozess, der von jedem Studenten verlangt und immer wieder in universitären Prüfungen sowie Examensklausuren abgefragt wird. Probleme tauchen bei der Verortung des Prüfungsstandorts, dem Prüfungsaufbau und dem notwendigen Prüfungsinhalt auf. Dabei kann eine AGB-Kontrolle in verschiedenen Themengebieten vorkommen, etwa im Kaufrecht, als Kauf- oder Verkaufsbedingungen zwischen zwei Parteien, sowie im Miet-, Werk- oder Darlehensrecht. Dieser Beitrag soll dem Studenten anhand des vorgeschlagenen Prüfungsschemas helfen, die AGB-Kontrolle themenübergreifend zu bewältigen. Dabei muss beachtet werden, dass nicht alle Prüfungspunkte zwangsläufig geprüft werden müssen. Vielmehr ist es Aufgabe des Prüflings zu entscheiden, wann Anhaltspunkte für die Prüfung bestimmter Merkmale vorliegen. Die erörterten, teilweise sehr speziellen Probleme des AGB-Rechts ergaben sich insbesondere bei der Durchsicht von Examens- und Übungsklausuren der letzten Jahre.

I. Sinn und Zweck von AGB und Verortung in der Prüfung

Bei der Prüfung von AGB hilft es vor allem bei der Abwägung im Rahmen der Inhaltskontrolle, wenn man sich den Sinn und Zweck der AGB vergegenwärtigt. AGB helfen dem Klauselsteller, seine vertraglichen Absichten und Vorteile zu sichern. Sie dienen mithin ausschließlich dem Steller, sich sowohl wirtschaftlich als auch vertraglich abzusichern. So soll etwa bei einem Mietvertrag der Erhalt des Mietobjekts durch Schönheitsreparaturklauseln gesichert werden.¹ Die Kontrolle der AGB findet dagegen statt, um eine übermäßige Benachteiligung der anderen Vertragspartei durch die AGB zu verhindern. Für die Abwägung spielen dabei Gesichtspunkte der Privatautonomie und Wirtschaftlichkeit eine Rolle. AGB finden in der Prüfung hauptsächlich in vertraglichen Absprachen, d.h. überwiegend im Recht der Schuldverhältnisse Anwendung. Dieses gibt schon der Wortlaut „Geschäftsbedingungen“ vor. Eine Geschäftsbedingung setzt das beabsichtigte Zustandekommen eines Vertrags voraus;² aber auch schon bei Vorvertraglichen Schuldverhältnissen findet das Recht der Geschäftsbedingungen Anwendung.³ Selbst wenn der Vertrag nur einseitig entstehen sollte, finden die §§ 305 ff. BGB analog Anwendung.⁴ Zwar können auch andere Rechtsverhältnisse, wie dingliche oder deliktische geregelt werden, jedoch setzt dieses zunächst eine vertragliche Abrede voraus. So sind etwa auch dingliche Abreden

über den Eigentumsvorbehalt oder die Sicherungsübereignung möglich.⁵

Die Prüfung der AGB innerhalb eines gestellten Sachverhalts in einer Klausur findet zwangsläufig dort statt, wo die jeweilige AGB rechtsändernd modifiziert. Mit anderen Worten richtet sich der Ort der Prüfung nach dem regelnden Inhalt der AGB. Soll etwa eine Nebenpflicht oder eine Leistungsmodalität geregelt werden, dann muss die AGB bei der Entstehung des Anspruchs überprüft werden, um festzustellen, ob der geltend gemachte Anspruch überhaupt besteht. Soll die AGB den Rücktritt oder eine Minderung regeln, dann findet die Überprüfung der AGB zwangsläufig bei den rechtsvernichtenden Einwendungen statt. Soll hingegen die Verjährung geregelt werden, dann findet die Überprüfung innerhalb der rechtsvernichtenden Einreden statt.

II. AGB-Kontrolle

Hat der Prüfling die AGB erkannt und korrekt verortet, ist mit der Prüfung zu beginnen. Beim Vorliegen mehrerer AGB in einer Prüfungsaufgabe sollte, zur besseren Übersicht, jede AGB einzeln überprüft werden, vor allem wenn die AGB unterschiedliche Regelungsinhalte enthalten.

1. Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB

Die Überprüfung der AGB ist nur notwendig, wenn die §§ 305 ff. BGB überhaupt anwendbar sind.

a) Inhaltkontrolle bei Hauptleistungspflichten

Gem. § 307 Abs. 3 BGB ist die Inhaltskontrolle nur möglich, wenn es sich um abdingbare Rechte handelt. D.h. von Hauptleistungspflichten in einem Vertrag, beim Kaufvertrag etwa die Pflicht zur Kaufpreiszahlung, kann nicht abgewichen werden.⁶

b) Ausschluss bei bestimmten Vertragsarten

Regelt die Klausel einen bestimmten Vertragstypus, so sind die §§ 305 ff. BGB erst gar nicht anwendbar. Darunter fallen nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB Verträge mit erbrechtlichen, familienrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Inhalten, sowie Verträge des Arbeitsrechts im Rahmen von Tarifverträgen, Betriebs- und Dienstvereinbarungen.

Trotz des Vorliegens dieser Ausnahmefälle, kann aber eine Überprüfung anhand der allgemeinen Regelungen nach §§ 134, 138 BGB möglich sein.

c) Begrenzte Anwendbarkeit bei Arbeitsverträgen

Gem. § 310 Abs. 4 S. 2 BGB finden die §§ 305 ff. BGB auf Arbeitsverträge nur begrenzt Anwendung. Dabei müssen nach dem Wortlaut bei der Überprüfung die Besonderheiten des Arbeitsrechts beachtet werden. Ein häufig genanntes Beispiel für eine solche Besonderheit ist die fehlende An-

¹Vgl. Schwab, AGB-Recht, 2. Aufl. 2013, Rn. 1270 ff.

²Roloff, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 305 BGB Rn. 5.

³Roloff (Fn. 2), § 305 BGB Rn. 5; BGH NJW 1996, 2574.

⁴Schlosser, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2013, § 305 BGB Rn. 6.

⁵Looschelders, Schuldrecht AT, 9. Aufl. 2011, Rn. 361.

⁶Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3205.

wendbarkeit von § 309 Nr. 6 BGB.⁷ Aufgrund der Besonderheit von Arbeitsverträgen und dem überragenden Schutz von Arbeitnehmern ist eine Vertragsstrafe, die als Klausel im Arbeitsvertrag festgehalten wird, unwirksam. Zudem fehlt es bei Arbeitsverträgen an einer Möglichkeit zur Vollstreckung der Arbeitsleistung gem. § 888 Abs. 3 ZPO.⁸

d) Ausschluss bei zwingenden Rechtsbestimmungen

Ebenso finden die §§ 305 ff. BGB bei einigen zwingenden Rechtsbestimmungen keine Anwendung.⁹ Beispielfähig können sich zwingende Rechtsbestimmungen aus dem Verbraucher- oder Mietrecht ergeben. Zwingende Bestimmungen des Verbraucherrechts können nur dann vorliegen, wenn ein Vertrag zwischen einem Unternehmer nach § 14 BGB¹⁰ und einem Verbraucher nach § 13 BGB¹¹ besteht. Die zwingenden Vorschriften des Verbraucherrechts ergeben sich im Bereich des Kaufrechts aus § 475 Abs. 1 BGB. Falls zwingende Bestimmungen vorliegen, wäre es verfehlt, sich zu der Überprüfung einer AGB gem. §§ 305 ff. BGB verleiten zu lassen.¹² Wenn durch eine Klausel versucht wird, von einer der in § 475 Abs. 1 BGB genannten Fälle abzuweichen, wird diese Abweichung von vornherein als unwirksam angesehen, ohne dass eine Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB notwendig wäre.¹³ Ausgenommen sind allerdings AGB, die im Zusammenhang mit dem Schadensersatz stehen. Solche unterfallen aufgrund von § 475 Abs. 3 BGB auch weiterhin der Klauselkontrolle.¹⁴ Im Endeffekt kommt es somit darauf an, was genau die AGB regeln will. Trotzdem eine Klauselkontrolle durchzuführen, würde ein Klausur nur überfrachten.

2. Vorliegen einer AGB

Als nächstes muss überprüft werden, ob eine AGB vorliegt. Bei der Feststellung, ob es sich um eine AGB handelt, genügt schon ein einfacher Blick in das Gesetz. Die Voraussetzungen

für das Vorliegen einer AGB sind in § 305 Abs. 1 S. 1 BGB normiert. Hiernach müsste wegen § 310 Abs. 3 BGB grundsätzlich eine Vertragsbedingung vorliegen, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert ist und vom Verwender gestellt wurde. Soweit ersichtlich ist, dass die Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB umgangen werden sollen, finden die §§ 305 ff. BGB aufgrund von § 306 a BGB trotzdem Anwendung. Eine Umgehung würde etwa vorliegen, wenn eine Bank in ihren AGB zwar Folgen für das Tätigwerden bei einer Überweisung, die aufgrund von mangelnder Kontodeckung nicht durchgeführt werden kann festschreibt, die Höhe von Gebühren die daraus entstehen können jedoch nur in internen Dokumenten beschreibt.¹⁵

a) Vorformulierte Vertragsbedingungen

Für eine AGB braucht es eine vorformulierte Vertragsbedingung. Vorformuliert ist eine Vertragsbedingung, wenn sie in ihrer verwendeten Form schon vor dem Vertragsschluss besteht¹⁶ und die andere Vertragspartei keine Veränderungen an der jeweiligen Klausel vorgenommen hat. Bei Lückentexten ist entscheidend, ob dort nur der Inhalt des jeweiligen Vertrages, wie Vertragspartner oder Kaufpreis, eingesetzt wird, oder für beide Vertragsparteien die Möglichkeit besteht das Ausfüllen der jeweiligen Lücken den Inhalt zu beeinflussen. Werden dort nur Inhalte des Vertrages eingesetzt, so besteht keine Veränderungsmöglichkeit durch die andere Vertragspartei.

Die Klausel muss an sich nicht schriftlich fixiert sein, es genügt, wenn die Vertragsbedingung im Gedächtnis des Verwenders besteht und jederzeit wiedergegeben werden kann.¹⁷

b) Für eine Vielzahl von Verträgen

Grundsätzlich muss die Vertragsbedingung für eine Vielzahl von Fällen gedacht sein. Dabei genügt schon die erstmalige Verwendung, wenn der Verwender zumindest beabsichtigt, die Bedingung für mehr als einen Vertrag, aber mindestens jedoch für insgesamt drei Verträge zu verwenden.¹⁸ Wenn die Parteien Vertragsbedingungen nutzen, die ein Dritter erstellt hat, ist auf den Willen des jeweiligen Dritten abzustellen.¹⁹ Als Beispiel dienen die vom ADAC zur Verfügung gestellten Kaufverträge über Kraftfahrzeuge. Ebenso zählen hierzu Mietverträge, die von Vermieterverbänden zur Verfügung gestellt werden. Verträge, die solche Vertragsbedingungen beinhalten, sind zur mehrmaligen Verwendung gedacht.

Zu der mehrmaligen Verwendungsabsicht gibt es jedoch auch eine Ausnahme. Wenn ein Unternehmer (§ 14 BGB) gegenüber einem Verbraucher (§ 13 BGB) Vertragsbedingungen stellt, finden gem. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB die Vorschriften über AGB gem. §§ 305c Abs. 2, 306, 307 bis 309

⁷ BAG NZA 2004, 727 (729 ff.); Krause, JA 2010, 303 (304).

⁸ BAG NZA 2004, 727 (729 ff.); Morgenroth/Leder, NJW 2004, 2797 (2797 f.).

⁹ Matusche-Beckmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014, § 475 BGB Rn. 78, 84, 114 ff.; Hoeren, ZGS 2002, 69 (71); Lorenz, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 475 BGB Rn. 15 f., 25; Schwab (Fn. 1), Rn. 1068.

¹⁰ Prütting, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2014, § 13 BGB Rn. 1 ff.

¹¹ Prütting (Fn. 10), § 14 BGB Rn. 1 ff.

¹² Lorenz (Fn. 9), § 475 BGB Rn. 25; Schwab (Fn. 1), Rn. 1068; a.A.: Coester, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2013, § 307 BGB Rn. 19 f.; der aufgrund der Vollständigkeit in einem Gutachten auch die Prüfung nach §§ 305 ff. BGB vorsieht, wenn zwingende Bestimmungen vorliegen. Im Zweifel könne dann immer auf diese Überprüfung zurückgegriffen werden.

¹³ Lorenz (Fn. 9), § 475 BGB Rn. 25; Schwab (Fn. 1), Rn. 1068.

¹⁴ Matusche-Beckmann (Fn. 8), § 475 BGB Rn. 114 ff.; Lorenz (Fn. 9), § 475 Rn. 15 f.

¹⁵ BGH, Urt. v. 8.3.2005 – XI ZR 154/04.

¹⁶ Schulte-Nölke, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 8. Aufl. 2014, § 305 BGB Rn. 3.

¹⁷ BGH NJW 2001, 2635 (2636).

¹⁸ Petersen, Jura 2010, 667 (667).

¹⁹ Faust, JuS 2010, 538 (539).

BGB Anwendung, auch wenn diese Vertragsbedingungen nur zur einmaligen Verwendung gedacht sind. Dieses wird vor allem damit begründet, dass der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer eine schwächere Stellung einnimmt und somit besonders schutzwürdig ist.²⁰

Nach der Auslegung der AGB-Richtlinie²¹ finden auch die §§ 305 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3, 305b, 305c Abs. 1 BGB Anwendung.²² Selbst wenn sich die stellende Partei als Unternehmer geriert, findet der § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB Anwendung.²³

c) Vom Verwender gestellt

Zudem müsste die Vertragsbedingung vom Verwender der AGB einseitig gestellt worden sein. Ein Stellen liegt nicht vor, wenn sich die Vertragsparteien auf die Vertragsbedingungen einigen bzw. diese aushandeln, § 305 Abs. 1 S. 3 BGB.

Vielmehr müssen die Bedingungen von einer Partei zur Einbeziehung vorgeschlagen worden sein. Im Zweifel liegt auch aus Gründen der Rechtssicherheit kein Aushandeln vor, sodass die §§ 305 ff. BGB anwendbar bleiben. Ein Aushandeln liegt nur vor, wenn die Klausel vom Verwender ernsthaft zur Disposition gestellt wurde und der anderen Vertragspartei die Gelegenheit gegeben wird, vertragsgestaltend mitzuwirken.²⁴

Wird eine Klausel etwa von einer dritten Partei eingebracht, wie durch einen Notar, so gilt dieses als vom Verwender gestellt, wenn die Bedingung nachweislich durch den Verwender verursacht wurde. Eine denkbare Möglichkeit wäre etwa eine Vertragsbedingung, die zwar durch einen Notar vorgeschlagen, aber von der begünstigten Partei angeregt wurde.²⁵ Eine Besonderheit gilt wiederum für Verbraucherverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Ein Stellen ist schon dann zu bejahen, wenn der Unternehmer nicht nachweisen kann, dass die jeweilige Vertragsbedingung nicht vom Verbraucher eingeführt wurden, § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB. Die Beweislast liegt somit beim Unternehmer.

3. Einbeziehung in den Vertrag, § 305 Abs. 1 BGB

Wenn feststeht, dass eine AGB vorliegt, muss die Einbeziehung der AGB in den Vertrag überprüft werden. Dabei ist zu unterscheiden, ob eine AGB von einem Unternehmer gegen-

über einem Verbraucher oder gegenüber einem anderen Unternehmer gestellt wurde.

a) Bei Klauseln gegenüber Verbrauchern

Die Voraussetzungen für die Einbeziehung von AGB in den Vertrag gegenüber Verbrauchern sind gesetzlich in § 305 Abs. 2 BGB geregelt. Danach muss ein entsprechender Hinweis auf die AGB erfolgen (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB), für den Vertragspartner die Möglichkeit zur Kenntnisnahme in zumutbarer Weise bestehen (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB) und es muss ein Einverständnis des Vertragspartners vorliegen (§ 305 Abs. 2 a.E. BGB). Der Wortlaut bestimmt dabei, dass die Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen.

Hierbei bedarf es in Ladengeschäften für die täglichen Massengeschäfte etwa keines ausdrücklichen Hinweises, sondern es genügt der Aushang der AGB, sodass sie für den Verbraucher zugänglich sind und er sie zur Kenntnis nehmen kann.²⁶ Der Hinweis auf die AGB oder die Möglichkeit zur Kenntnisnahme muss in der Regel zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehen,²⁷ bei Wiederholungsvereinbarungen sind aber auch vorherige Vereinbarungen und Kenntnisnahme von AGB möglich, § 305 Abs. 3 BGB.²⁸

Die Möglichkeit zur Kenntnisnahme bei grenzüberschreitenden Verträgen setzt voraus, dass die AGB in deutscher Sprache vorliegen,²⁹ oder zumindest in einer für den Verbraucher deutlich verständlichen Sprache.

Im Internetverkehr ist hingegen die ausdrückliche Annahme der AGB notwendig,³⁰ was in der Regel mit einem Button zur Annahme der AGB verwirklicht wird. Der Verbraucher muss durch Setzen eines Hakens aktiv die Kenntnisnahme der AGB bestätigen.

Das Einverständnis in die AGB liegt in der Regel bei Abschluss des Vertrages vor, wenn der Verbraucher die Möglichkeit zur Kenntnisnahme der AGB hatte.

Aber auch ohne die Voraussetzungen von § 305 Abs. 2 BGB, können AGB in den Vertrag wirksam mit aufgenommen werden. Diese Ausnahmen werden in § 305a BGB genannt. Ausnahmen sind demnach Beförderungs-, Telekommunikations- und Postbedingungen.

b) Bei Klauseln gegenüber Unternehmern

Aufgrund der Besonderheiten der Privatautonomie, ergibt sich bei der Einbeziehung gegenüber Unternehmern eine andere Betrachtungsweise als gegenüber einem Verbraucher.

²⁰ Leuschner, AcP 207 (2007), 491 (505).

²¹ 93/13/EWG v. 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

²² Ulmer/Schäfer in: Ulmer/Brandner/Hensen, Kommentar zum AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 310 BGB Rn. 91; a.A. Basedow, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 305c BGB Rn. 2.

²³ BGH NJW 2005, 1045 (1046).

²⁴ BGH NJW 2005, 2543 (2543 f.); BGH NJW 2005, 1574 (1575); Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 73. Aufl. 2014, § 305 BGB Rn. 21; ebenso Wackerbarth, AcP 200 (2000), 45 (84).

²⁵ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 20. Aufl. 2012, Rn. 406 f.

²⁶ Grüneberg (Fn. 24), § 305 BGB Rn. 32 ff.; Basedow (Fn. 22), § 305 BGB Rn. 64; in Spezialgeschäften mit umfangreicher Beratung könnte ein bloßer Aushang der AGB nicht mehr genügen.

²⁷ BGH NJW 2010, 864.

²⁸ Medicus/Lorenz (Fn. 25), Rn. 413.

²⁹ Heiderhoff, ZIP 2006, 793 (793 f.); Grüneberg (Fn. 24), § 305 BGB Rn. 58.

³⁰ Schmidt, NJW 2011, 1633 (1634).

aa) Einbeziehung

Da aufgrund von § 310 Abs. 1 S. 1 BGB die Regelungen von § 305 Abs. 1, Abs. 2 BGB bei Geschäften zwischen Unternehmern nicht gelten, kann das oben Gesagte nicht auf Geschäfte unter Unternehmern übertragen werden. Vielmehr ist darauf abzustellen, dass der Geschäftspartner auf die AGB konkludent oder ausdrücklich hingewiesen wurde und sie sich auf diese geeinigt haben.³¹

bb) Sonderfall: Sich widersprechende AGB

Aufgrund der Besonderheit des Geschäfts zwischen Unternehmern, kann der Fall auftreten, dass sich gegenseitig gestellte AGB widersprechen. Diese sog. „battle of forms“ läge vor, wenn sich bei einem gegenseitigen Geschäft die Einkaufs- und Verkaufsbedingungen widersprechen. Für die Frage, wie diese Kollision aufzulösen ist, gibt es unterschiedliche Ansichten. Nach einer älteren, in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht, galt diejenige Klausel, die zuletzt genannt wurde. Diese Theorie wird als Theorie des letzten Wortes bezeichnet.³² Es wäre allerdings äußerst umständlich und im Wirtschaftsverkehr kaum realisierbar, gegen jede anderslautende Klausel zu protestieren. Zudem würde es den Vertragsabschluss ungemein erschweren, wenn jeder Unternehmer versuchen würde, seine Klauseln als letzter mit in die Vertragsverhandlungen einzubringen. Aus diesem Grund wurde von dieser Theorie auch Abstand genommen.

Nach einer anderen Ansicht sollen die sich widersprechenden AGB nicht mit in den gegenseitigen Vertrag einbezogen werden, da ein Dissens gem. §§ 154, 155 BGB vorläge.³³ Wenn sich bestimmte Teile der Klauseln decken, finden diese Teile jedoch Anwendung.³⁴ Ansonsten gelten die gesetzlichen Regelungen, § 306 Abs. 2 BGB.

4. Keine Individualabrede nach § 305b BGB oder überraschende bzw. mehrdeutige Klausel nach § 305c BGB

Als weitere Voraussetzung ist zu prüfen, ob nicht eine anderweitige Individualabrede besteht. Eine solche liegt vor, wenn die entsprechende Vertragsbedingung im Einzelnen ausgehandelt wurde. Die Individualabrede geht der AGB vor und verdrängt diese, § 305b BGB. Die Möglichkeit, Klauseln individuell auszuhandeln und zu gestalten ist Ausdruck der Privatautonomie, die sich in der Vertragsfreiheit niederschlägt. §§ 305b, c BGB finden sowohl gegenüber Unternehmern als auch Verbrauchern Anwendung.³⁵

Auch wenn eine AGB vorliegt, ist die Inhaltskontrolle nicht eröffnet, wenn diese überraschend oder mehrdeutig ist, § 305c BGB. Eine überraschende Klausel liegt dann vor, wenn der Vertragspartner vernünftigerweise nicht mit einer

derartigen Klausel rechnen musste oder die Klausel sich nicht im Rahmen dessen bewegt, was normalerweise von einer solchen Klausel zu erwarten wäre, § 305c Abs. 1 BGB. Überraschend ist eine Klausel auch, wenn diese absichtlich versteckt wird.³⁶ Dieses kann etwa der Fall sein, wenn Haftungsbeschränkungen innerhalb einer Klausel geregelt werden, die mit Verjährung überschrieben sind.³⁷ Wenn eine Klausel im konkreten Fall überraschend ist, richtet sich zum einen nach den persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten der Vertragsparteien³⁸ und zum anderen nach den jeweiligen Umständen des Vertragsschlusses.³⁹

Ergibt sich bei dieser Auslegung keine Klarheit über den Inhalt der Klausel, wird die Klausel im Zweifel zu Lasten des Verwenders ausgelegt, § 305c Abs. 2 BGB.⁴⁰ Der Rechtsverkehr soll vor mehrdeutigen Klauseln geschützt werden, um Rechtssicherheit zu gewährleisten.⁴¹

5. Inhaltskontrolle

Sobald feststeht, dass eine AGB vorliegt und diese auch in den Vertrag wirksam mit einbezogen wurde, sowie eine Abweichung von einer gesetzlichen Regelung und keine bloße Preisabrede vorliegt,⁴² ist die Inhaltskontrolle eröffnet. In der Inhaltskontrolle wird die AGB selbst auf ihre Wirksamkeit überprüft. Bei der Durchführung der Inhaltskontrolle ist zu unterscheiden, ob eine AGB gegenüber einem Verbraucher oder Unternehmer gestellt wurde und ein dementsprechendes Prüfungsprogramm durchzuführen. Die Betrachtung innerhalb der Inhaltskontrolle erfolgt nach der h.M. anhand der Ansicht eines durchschnittlichen Empfängers.⁴³ Es ist also nicht auf die Betrachtungsweise des jeweiligen Vertragspartners abzustellen. Das bedeutet ebenso, dass nicht auf die für Willenserklärungen geltenden Auslegungsregeln zurückzugreifen ist, obwohl AGB Teile von Willenserklärungen sind.⁴⁴

a) Eröffnung der Inhaltskontrolle

Die Anwendungen der §§ 307 Abs. 1, Abs. 2, 307 bis 309 BGB und die Eröffnung der Inhaltskontrolle setzen voraus, dass durch die jeweiligen Vertragsbedingungen von gesetzlichen Regelungen abgewichen wurde. Gibt die Vertragsbedingung lediglich Regelungen wieder, die gesetzlich normiert sind, liegt gar keine Abweichung vor, die einer Untersuchung nach §§ 307 Abs. 1, Abs. 2, 308 bis 309 BGB bedarf. Es muss also zwangsläufig eine Abweichung von gesetzlichen

³¹ Grüneberg (Fn. 24), § 305 BGB Rn. 4.

³² BGH NJW 2010, 671 (672 Rn. 17); BGH BB 1951, 456.

³³ BGHZ 61, 282; Graf von Westphalen, NJW 2007, 2228; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 36. Aufl. 2012, Rn. 224 ff.

³⁴ Brox/Walker (Fn. 33), Rn. 224 ff.

³⁵ Basedow (Fn. 22), § 305c BGB Rn. 1 bzw. § 305b BGB Rn. 2 ff.

³⁶ Graf v. Westfalen, NJW 2011, 2098 (2098).

³⁷ Weitere Beispiele in OLG Düsseldorf VersR 1984, 370; OLG Hamburg IBR 2005, 3.

³⁸ BGH NJW 1995, 2635 (2638).

³⁹ BGH NJW 2000, 3299 (3300).

⁴⁰ BGH NJW 2009, 578 (579).

⁴¹ BGHZ 100, 157 (158).

⁴² Schöner/Stöber (Fn. 6), Rn. 3205.

⁴³ Brox/Walker (Fn. 33), Rn. 231.

⁴⁴ Brox/Walker (Fn. 33), Rn. 231.

Regelungen vorliegen, damit die Inhaltskontrolle eröffnet ist,⁴⁵ § 307 Abs. 3 S. 1 BGB.

b) AGB-Kontrolle bei Klauseln zwischen Unternehmern und Verbrauchern (B2C)

Der Schwerpunkt der AGB-Prüfung in der Zivilrechtsklausur besteht in der Regel in der Inhaltskontrolle von Klauseln gegenüber Verbrauchern. Dabei ist ein bestimmter Prüfungsablauf einzuhalten, es ist mit der spezielleren Inhaltskontrolle nach §§ 309, 308 BGB zu beginnen und dann mit § 307 BGB fortzufahren.⁴⁶ Die spezielleren §§ 309, 308 BGB konkretisieren dabei die Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB. Als Ausnahme zu den speziellen Regelungen in §§ 309, 308 BGB gilt § 310 Abs. 2 BGB, der bestimmt, dass bei Versorgungsverträgen nur der § 307 BGB gilt.

aa) Inhaltskontrolle nach § 309 BGB

Zunächst findet eine Inhaltskontrolle für Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit gem. § 309 BGB statt. Ohne Wertungsmöglichkeit bedeutet, dass unabhängig von der Situation und der konkreten Anwendung die Klausel unwirksam ist, wenn ein Fall von § 309 BGB vorliegt. Es findet mithin keine Abwägung statt.

Besondere Prüfungsrelevanz haben die § 309 Nr. 4, 7, 8b BGB, die schon Bestandteil von zahlreichen Prüfungen und Übungsklausuren waren.⁴⁷ Fraglich ist etwa, ob § 309 Nr. 8b BGB über den Wortlaut nicht nur auf Kauf- und Werkverträge Anwendung findet, sondern analog auch auf andere Vertragstypen angewendet werden kann.⁴⁸ Allerdings spricht der klare Wortlaut gegen diese Annahme, da § 309 Nr. 8 b BGB die Nacherfüllung voraussetzt. Diese ist gesetzlich aber nur für die Fälle von Kauf- und Werkrecht vorgesehen. Eine analoge Ausdehnung auf z.B. Mietverträge ist damit nicht ersichtlich.⁴⁹

Im Rahmen des § 309 BGB gilt auch zu beachten, dass eine Fristsetzung im Reiserecht nach §§ 651c Abs. 3, 651c Abs. 2 BGB nicht innerhalb von § 309 Nr. 4 BGB überprüft werden kann und muss. Es handelt sich nach § 651m BGB um zwingendes Recht.⁵⁰

bb) Inhaltskontrolle nach § 308 BGB

Die Prüfung wird mit § 308 BGB weitergeführt, dem Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit. Mit Wertungsmöglichkeit bedeutet, dass wenn möglicherweise ein Klauselverbot von § 308 BGB einschlägig sein könnte, erst eine umfangreiche Interessenabwägung stattfinden muss. Abzuwägen sind

im gleichen Umfang die Interessen beider Vertragsparteien, wobei gesetzliche Bewertungen mit einzubeziehen sind. Die Wertungsmöglichkeit ergibt sich aus den in § 308 BGB enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffen.

In der Prüfung sind Klauselverbote im Sinne von § 308 BGB weniger häufig als die Klauselverbote aus § 309 BGB. Ein häufiger Anwendungsfall ist § 308 Nr. 2 BGB, bei dem die unangemessene Dauer von Nachfristen abzuwägen ist.⁵¹

cc) Inhaltskontrolle nach § 307 BGB

Soweit sich bei einer Vertragsbedingung gegenüber einem Verbraucher nichts aus den spezielleren Regeln der §§ 308, 309 BGB ergibt, ist die Prüfung noch nicht abgeschlossen. Vielmehr ist auf die allgemeine Vorschrift des § 307 BGB abzustellen. Es kann eine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 BGB oder nach der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB stattfinden. Im Falle eines Verbrauchervertrages sind gem. § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB bei der Bewertung nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB auch die Begleitumstände entscheidend. So muss auch auf die konkrete Situation des Geschäftsschlusses abgestellt werden oder auf die Geschäftsunerfahrenheit des Vertragspartners. So kann etwa bei Vertragsschlüssen in Haustürsituationen oder am Arbeitsplatz eine besondere Überrumplungsgefahr bestehen.

(1) Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Eine Unwirksamkeit einer Vertragsbedingung gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegt vor, wenn durch die Vertragsbedingung von wesentlichen Grundgedanken gesetzlicher Regelungen abgewichen wird oder die Vertragsbedingung nicht mit diesen Grundgedanken zu vereinbaren ist. Solche Grundgedanken bestehen etwa in Regelungen, die nicht abbedungen werden sollen,⁵² wie zum Beispiel die verschuldensunabhängige Haftung nach § 7 Abs. 1 StVG. Da dieses Regelbeispiel eine Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots ist,⁵³ muss es sich bei der abgeänderten Bestimmung zusätzlich um eine solche handeln, die den Vertragspartner des Verwenders schützen sollen.⁵⁴

(2) Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Des Weiteren kann eine Unwirksamkeit einer Vertragsbedingung nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB vorliegen. Dieses ist der Fall, wenn durch die Vertragsbedingung von wesentlichen Pflichten und Rechten abgewichen wird, die sich aus der Natur des jeweiligen Vertrages ergeben. Die Abweichung muss so erheblich sein, dass die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet ist, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB a.E. Verträge, die im BGB keine spezielle Regelung haben und damit nur durch das Vertragsprinzip in § 311 Abs. 1 BGB geregelt sind, unterfallen nicht § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Es kann nur auf § 307 Abs. 1 BGB rekurriert werden. Wenn die Natur eines

⁴⁵ *Schöner/Stöber* (Fn. 6), Rn. 3205.

⁴⁶ Bei *Schwab* (Fn. 1), Rn. 651, genau erläutert.

⁴⁷ Vgl. etwa *Schwab* (Fn. 1), Fn. 954 ff., 1074 ff., der diesen Regelbeispielen eigene Kapitel widmet.

⁴⁸ So wird etwa der Gedanke in BGHZ 94, 180 sowie *Christensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Kommentar zum AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 309 Nr. 8 Rn. 22 ausgeführt.

⁴⁹ *Christensen* (Fn. 48), § 309 Nr. 8 Rn. 22.

⁵⁰ *Schäfer*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Kommentar zum AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 309 Nr. 4 Rn. 4.

⁵¹ *Grüneberg* (Fn. 24), § 308 BGB Rn. 13.

⁵² Vgl. BGH NJW 2006, 47 (49).

⁵³ *Wurmnest*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 307 BGB Rn. 68.

⁵⁴ *Coester* (Fn. 12), § 307 BGB Rn. 229.

Vertrages nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, kann von dieser auch nicht abgewichen werden. Insbesondere kann § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB Anwendung in den Fällen finden, wo durch die Vertragsbedingungen die Nebenleistungs- oder Nebenpflichten des entsprechenden Vertrages stark verändert werden.⁵⁵ Aber auch andere, sog. Kardinalspflichten, können unter § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB fallen, wenn durch die vorgenommene Veränderung mittels der Vertragsbedingung die Vertragsdurchführung unmöglich werden könnte.⁵⁶

(3) *Inhaltskontrolle nach der Generalklausel gem. § 307 Abs. 1 BGB*

Die letzte Hürde, die einer Wirksamkeit einer Vertragsbedingung entgegenstehen kann, ist die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.

Nach der in § 307 Abs. 1 S. 1 BGB enthaltenen Generalklausel ist eine Vertragsbedingung unwirksam, wenn der Vertragspartner durch die verwendete Klausel entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt wird. Dieses kann der Fall sein, soweit der Verwender mit der Klausel versucht, ausschließlich seine eigenen Interessen durchzusetzen, unabhängig davon, ob bedeutende Belange des Vertragspartners verletzt werden. Als Beispiel sind zu nennen, Bearbeitungsgebühren in Verbraucherkreditverträgen als Preisnebenabrede, wenn diese eine Kostenabwälzung auf den Kunden darstellen,⁵⁷ oder wenn dem Mieter die Möglichkeit genommen wird jederzeit zu kündigen, sondern eine Kündigung nur nach einer längeren Jahresfrist möglich wäre.⁵⁸

Eine Unwirksamkeit liegt nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB auch vor, wenn gegen das Transparenzgebot verstoßen wurde und es dadurch zu einer Benachteiligung des Vertragspartners gekommen ist.⁵⁹ Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt vor, wenn eine Vertragsbedingung eine mehrdeutige Auslegung zulässt oder die Bedingung dem Vertragspartner nicht verständlich ist, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB a.E. Desweiteren würde auch gegen das Transparenzgebot verstoßen, wenn bei einem Internetgeschäft die AGB nicht in einer verständlichen Sprache vorliegen. Es muss immer auch eine taugliche Übersetzung vorliegen.⁶⁰

⁵⁵ Vgl. BGH NJW 2005, 422 (424); BGH NJW 2009, 575 (577); *Grüneberg* (Fn. 24), §307 BGB Rn. 34.

⁵⁶ BGH NJW-RR 2005, 1496 (1505); BGH NJW 1988, 1785 (1786).

⁵⁷ AG Mannheim, Urt. v. 1.2.2013 – 3 C 465/12.

⁵⁸ BGH NJW 2006, 1059 (1060).

⁵⁹ *Grüneberg* (Fn. 24), § 307 BGB Rn. 24; *Wurmnest* (Fn. 53), §307 BGB Rn. 54; *Schwab* (Fn. 1), Rn. 654 differenziert noch zusätzlich; a.A. etwa bei *Schulte-Nölke* (Fn. 16), § 307 BGB Rn. 22.

⁶⁰ OLG Frankfurt NJW-RR 2003, 704 (705); *Heiderhoff*, ZIP 2006, 793 (793ff.).

c) *AGB-Kontrolle bei Klauseln zwischen Unternehmern (B2B)*

Aufgrund von § 310 Abs. 1 BGB ergibt sich bei der Inhaltskontrolle für Klauseln, die gegenüber Unternehmern gestellt wurden, ein anderes Vorgehen, als bei einer Klausel gegenüber Verbrauchern.

aa) *Inhaltskontrolle nach §§ 308, 309 BGB*

Die sich aus § 310 Abs. 1 BGB ergebende Besonderheit bei Klauseln gegenüber Unternehmern ist, dass die §§ 308, 309 BGB keine direkte Anwendung finden. Trotz dessen sollen die §§ 308, 309 BGB eine Indizwirkung auch im Bereich der Klauseln gegenüber Unternehmern haben.⁶¹ Dieses ergibt sich aus dem Wortlaut des § 310 Abs. 1 S. 2 BGB a.E., nach dem auch Handelsbräuche und Handelsgewohnheiten gebührend Berücksichtigung finden sollen, welche sich dann wiederum aus den in §§ 308, 309 BGB genannten Beispielen ergeben können. So soll etwa nicht ausgeschlossen werden können, dass klauselartig in einem Kaufvertrag die Haftung für Körper- und Gesundheitsschäden bei grobem Verschulden beschränkt wird.⁶² Dieses würde § 309 Nr. 7 a BGB entsprechen und auch gegenüber einem Unternehmer zu einer unbilligen Benachteiligung führen. Es soll aber auf keinen Fall eine Überprüfung nach §§ 308, 309 BGB bei Klauseln gegenüber Unternehmern stattfinden. Vielmehr wird direkt mit der Prüfung des § 307 BGB begonnen. Innerhalb dieser Überprüfung ist dann auf die Besonderheit der Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB abzustellen.⁶³ Erscheint eine AGB nach den Regelungen in §§ 308, 309 BGB fragwürdig, soll ein Überprüfung im Rahmen von § 307 BGB anhand der Regelungen in §§ 308, 309 BGB stattfinden, § 310 Abs. 1 S. 2, 1. Hs. BGB.⁶⁴

bb) *Inhaltskontrolle nach § 307 BGB*

Hinsichtlich des § 307 BGB ergeben sich keine Besonderheiten zu dem in Abschnitt V. 2. c) Gesagten. Insoweit ist auf diesen Abschnitt zu verweisen.

d) *Sonderfall: Berufen eines Dritten auf AGB, die gegenüber einem Anderen gestellt wurden*

Fraglich ist, was für die Inhaltskontrolle gilt, wenn nicht der Vertragspartner selbst die Überprüfung wünscht, sondern ein Dritter, der über das Konstrukt des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter mit in den Vertrag einbezogen wurde. Diese Frage stellte sich etwa in dem bekannten „Balkonsturzfall“.⁶⁵ Auch ein Dritter, etwa ein Arbeitnehmer, der in den

⁶¹ *Graf v. Westphalen*, NJW 2009, 2977 (2978).

⁶² Wird als Beispiel in BGH NJW 2007, 3774 (3774 ff.) genannt.

⁶³ BGH NJW 2008, 1148 (1149).

⁶⁴ *Wurmnest* (Fn. 53), Vor § 308 BGB Rn. 6; *Schwab* (Fn. 1), Rn. 192.

⁶⁵ BGH NJW 1989, 831 (833); BGH NJW 1988, 2106 (2107); OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 1298; im Balkonsturzfall ging es darum, ob ein Dritter, der sich in den Mieträumen eines Mieters befand und geschädigt wurde, einen

Räumen seines Arbeitsgebers arbeitet, der wiederum diese Räume angemietet hat, kann schutzwürdig sein.

Nach einer Ansicht⁶⁶ soll ein Berufen auf die AGB auch durch den Dritten möglich sein, wenn er durch einen Vertrag mit Schutzwirkung Dritter oder einen Vertrag zu Gunsten Dritter mit einbezogen wurde. Dabei muss bereits feststehen, dass der Dritte mit in den Vertrag einbezogen ist. Es darf nicht von der AGB abhängig sein, ob der Dritte mit in den Vertrag einbezogen wird.⁶⁷ Nach einer anderen Ansicht⁶⁸ kann sich der Dritte nicht selbstständig auf § 307 BGB berufen. Vielmehr kann nur der Vertragspartner die Inhaltskontrolle verlangen, allerdings auch nur, wenn er selbst durch die AGB betroffen ist. Dieses ergebe sich schon aus dem klaren Wortlaut des § 307 BGB. Aufgrund des eindeutigen Wortlautes ist der zweiten Ansicht zu folgen. Außerdem liegt auch häufig eine Verletzung des Vertragspartners vor, sodass in den meisten Fällen auch ein Schutz des Dritten besteht. Weiter gilt zu beachten, dass eine Einbeziehung zu Lasten eines Dritten nicht möglich ist.⁶⁹

4. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen der Inhaltskontrolle ergeben sich aus dem § 306 BGB. § 306 BGB stellt als Sonderregel zu § 139 BGB klar, dass die Unwirksamkeit einer einzelnen Klausel nicht von vornherein zur Unwirksamkeit des ganzen Vertrages führt. Vielmehr kann der restliche Vertrag unabhängig von der unwirksamen Klausel betrachtet werden und auch weiterhin Bestand haben, § 306 Abs. 1 BGB. Die Unwirksamkeit der einzelnen Klausel hat mithin keinen oder nur einen geringfügigen Einfluss auf den Gesamtvertrag. Falls sich aus der Streichung einer Klausel rechtliche Lücken ergeben, werden diese durch die gesetzlichen Regelungen ergänzt, § 306 Abs. 2 BGB. Ein Weiterbestehen des Vertrages ist desweiteren davon abhängig, ob der übriggebliebene wirksame Teil des Vertrages nach Inhalt und Wortlaut noch einen Sinn hat.⁷⁰

Wenn sich allerdings trotz der Lückenfüllung durch die gesetzlichen Bestimmungen ergibt, dass das Festhalten am Vertrag für eine Partei eine unzumutbare Härte darstellt, ist der gesamte Vertrag unwirksam, § 306 Abs. 3 BGB.

Eine sogenannte geltungserhaltende Reduktion der Klausel ist grundsätzlich nicht möglich. D.h. eine Klausel darf nicht solange zusammengestrichen werden, bis ein wirksamer Rest übrigbleibt. Dabei würde die Gefahr entstehen, dass der Verwender sich keine Gedanken über den Inhalt der Klauseln machen muss, da im Zweifel bei einer Streitigkeit immer ein

wirksamer Teil übrigbleiben würde und so ohne rechtliche Risiken die rechtlichen Grenzen ausgelotet werden können.⁷¹ Auch salvatorische Klauseln, also Sicherungsklauseln, die bestimmen, dass bei einer Unwirksamkeit der Klausel die dadurch entstehende Lücke durch eine gesetzliche Regelung zu schließen ist, die dem wirtschaftlichen Interesse des Verwenders am nächsten kommt, sind unzulässig.⁷² Nach dem von der h.M. vertretenem „Blue-Pencil Test“,⁷³ kann ein Teil einer Klausel aber wirksam bleiben, wenn sie in einen unwirksamen und wirksamen Teil aufgeteilt werden kann und der wirksame Teil auch weiterhin einen Sinn ergibt. In diesem Fall kann der wirksame Teil auch nach Streichung des unwirksamen Teils für sich alleine bestehen bleiben.

III. Zusammenfassung/Prüfungsschema

Zusammenfassend gilt, dass bei der Prüfung der jeweiligen AGB immer auf den Vertragstypus geachtet werden muss. Hieraus werden sich bei der Prüfung in der Klausur Besonderheiten ergeben. Als Prüfungsleitfaden wird das Schema auf Seite 31 vorgeschlagen.

eigenen Anspruch gegenüber dem Vermieter herleiten kann und sich ebenfalls eigenständig auf die §§ 307 ff. BGB hinsichtlich der zwischen dem Vermieter und dem Mieter geltenden AGB berufen kann.

⁶⁶ Schmidt, NJW 1994, 2451 (2452); BGH ZIP 1985, 687 (689).

⁶⁷ Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Kommentar zum AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 305 BGB Rn. 168a.

⁶⁸ BGH NJW 1989, 2750.

⁶⁹ Ulmer/Habersack (Fn. 67), § 305 BGB Rn. 168a.

⁷⁰ BGH NJW 2008, 3055 (3058).

⁷¹ Hager, JZ 1996, 175 (175 ff.); Köhler, JuS 2010, 665 (668).

⁷² Schwab unterscheidet in Schwab (Fn. 1), Rn. 702 ff. noch zusätzlich zwischen Erhaltungs- und Ersetzungsklauseln.

⁷³ BGH NJW 1989, 3215 (3215 ff.), Heinrichs, NZM 2005, 201 (204).

- I. Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB
 1. Ausschluss bei bestimmten Vertragsarten
 2. Begrenzte Anwendbarkeit bei Arbeitsverträgen
 3. Ausschluss bei zwingenden Bestimmungen des Verbraucherrechts
- II. Vorliegen einer AGB
 1. Vorformulierte Vertragsbedingung
 2. Für eine Vielzahl von Verträgen
 3. Vom Verwender gestellt
- III. Einbeziehung in den Vertrag, § 305 Abs. 1 BGB
→ Wichtige Abgrenzung, ob eine Klausel zwischen zwei Unternehmern oder zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher vorliegt.
- IV. Keine Individualabrede nach § 305b BGB oder überraschende bzw. mehrdeutige Klausel nach § 305c BGB
- V. Eröffnung der Inhaltskontrolle
→ Für die Inhaltskontrolle ergeben sich unterschiedliche Vorgehensweisen, je nachdem, ob eine Klausel zwischen zwei Unternehmern gelten soll oder von einem Unternehmer gegenüber einem Verbraucher gestellt wurde.
 1. Abweichung von einer gesetzlichen Regelung
 2. AGB-Kontrolle bei Klauseln zwischen Unternehmer und Verbraucher (B2C)
 - a) Inhaltskontrolle nach § 309 BGB
 - b) Inhaltskontrolle nach § 308 BGB
 - c) Inhaltskontrolle nach § 307 BGB
 - (1) Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB
 - (2) Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB
 - (3) Inhaltskontrolle nach der Generalklausel gem. § 307 Abs. 1 BGB
 3. AGB-Kontrolle bei Klauseln zwischen Unternehmern (B2B)
 - a) Inhaltskontrolle nach §§ 308, 309 BGB
 - b) Inhaltskontrolle nach § 307 BGB
 4. Sonderfall: Berufen eines Dritten auf AGB, die gegenüber einem Anderen gestellt wurden

→ Wäre innerhalb der jeweiligen Inhaltskontrolle zu überprüfen, unabhängig davon gegenüber wem die Klausel gestellt wurde.
- VI. Rechtsfolgen

Das Willkürverbot – ein allzeit einsatzbereites Mittel des BVerfG

Anmerkungen zu BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13 und 2172/13, bzgl. der Negativmitteilungspflicht im Sinne des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO

Von Wiss. Mitarbeiterin **Dorothee Lang**, Tübingen*

Das BVerfG attestiert dem BGH Willkür bei der Auslegung des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO.¹ Gleich drei kürzlich ergangene Entscheidungen des BVerfG befassen sich mit dem verfassungsrechtlichen Willkürverbot. Zwei Beschlüsse des BGH und ein amtsgerichtliches Urteil hob das BVerfG auf. Im Fall der amtsgerichtlichen Entscheidung² war der Verstoß gegen das Willkürverbot – wohl selbst für einen Laien – nachvollziehbar. Das Amtsgericht berief sich in seinem Urteil darauf, erst nach der mündlichen Verhandlung Kenntnis von der einschlägigen Rechtsprechung erhalten und diese aus diesem Grund unberücksichtigt gelassen zu haben. Hierzu führte das BVerfG völlig zu Recht aus, dass die verspätete Kenntnis der Rechtslage nicht dazu berechtigt „sehenden Auges falsche Entscheidungen zu treffen“.³

Bei den Entscheidungen, die das BVerfG mit jeweils derselben Begründung zu den Beschlüssen des fünften Strafsenates getroffen hat, ist der Verstoß gegen das Willkürverbot demgegenüber nicht derart eindeutig.⁴ Dies gilt, obgleich in der Literatur bereits eine dem BGH widersprechende Beurteilung der Rechtslage durch das BVerfG prophezeit wurde.⁵

Inhaltlich ging es bei den Entscheidungen um die umstrittene Frage,⁶ ob die gerichtliche Mitteilungspflicht des § 243

Abs. 4 S. 1 StPO auch nicht stattgefundene Erörterungen – betreffend einer Verständigung i.S.d. § 257c StPO – umfasst. Das BVerfG hat diese Frage – entgegen der Auffassung des BGH⁷ – bejaht und sich somit für das Erfordernis einer Negativmitteilungspflicht ausgesprochen.

Die ergangenen Beschlüsse des BVerfG bieten Anlass dafür, sich zum einen mit dem verfassungsrechtlichen Willkürverbot auseinanderzusetzen und dabei die – für die universitäre Ausbildung – wichtigsten Grundzüge des allgemeinen Gleichheitssatzes i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG zu wiederholen. Zum anderen gilt es die Begründung des BVerfG zur Negativmitteilungspflicht i.S.d. § 243 Abs. 4 S. 1 StPO zu untersuchen und die daraus resultierenden Folgen für das Strafverfahren aufzuzeigen.

I. Der allgemeine Gleichheitssatz i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG

Art. 3 Abs. 1 GG normiert das allgemeine Gebot alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Wenn in diesem Zusammenhang von dem verfassungsrechtlichen Willkürverbot die Rede ist, so muss man sich zunächst klarmachen, dass es sich dabei um einen aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Rechtsgrundsatz handelt, der von der Willkürformel – die auch in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG von Relevanz werden kann – zu unterscheiden ist.⁸

1. Grundlegendes zu Art. 3 Abs. 1 GG

Der Grundgedanke des Art. 3 Abs. 1 GG ist so einfach wie einleuchtend: Gleiches darf nicht ungleich, Ungleiches nicht gleich behandelt werden, es sei denn, es gibt einen sachlichen Grund, der eine Andersbehandlung rechtfertigt.⁹ Die Grundrechtsprüfung gestaltet sich dabei nur zwei- statt wie gewohnt dreistufig.¹⁰ Es ist auf erster Stufe eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Personengruppen bzw. Sachverhalte festzustellen und auf zweiter Stufe zu prüfen, ob eine solche Differenzierung aufgrund eines sachlichen Grundes gerechtfertigt sein kann. Je intensiver die Ungleichbehandlung den Betroffenen beeinträchtigt, desto strengere Anforderungen sind an

* Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht (Prof. Dr. Jörg Eisele) an der Universität Tübingen.

¹ BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13 (in Auszügen NJW 2014, 3504) und BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2172/13 (in Auszügen NStZ 2014, 592 m. zust. Anm. Hunsmann; krit. dagegen Klotz, StV 2015, 1).

² AG Euskirchen, Urt. v. 19.3.2013 – 17 C 160/12.

³ BVerfG, Beschl. v. 28.7.2014 – 1 BvR 1925/13 = NJW 2014, 3147.

⁴ Die Entscheidungen begrüßend dagegen Hunsmann, NStZ 2014, 594; Oehmichen, FD-StrafR 2014, 362399.

⁵ Vgl. Schneider, NStZ 2014, 192 (198).

⁶ Vgl. zum Stand der Literatur: Meyer-Göfner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 57. Aufl. 2014, § 243 Rn. 18a; Schneider, NStZ 2014, 192 (199); ders., in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 243 Rn. 35 (gegen Negativmitteilungspflicht); Becker, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/1, 26. Aufl. 2009, § 243 StPO Rn. 52c; Frister, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung, Bd. 4, 5. Aufl. 2015, § 243 Rn. 43; Gorf, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozeßordnung, Stand: 24.3.2014, § 243 Rn. 25b.1; Ignor, in: Widmaier/Müller/Schlothauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014, § 13 Rn. 43; Mosbacher, NStZ 2013, 722 (723); ders., JuS 2014, 127 (130); Schlothauer, StV 2013, 678 (680); Senge, in: Senge (Hrsg.), Karlsruher

Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 4. Aufl. 2014, § 78 Rn. 8 (für Negativmitteilungspflicht).

⁷ Siehe BGHSt 58, 315; BGH (5. Senat) BeckRS 2013, 16036; BGH (5. Senat) wistra 2013, 474 (475). Bedenken an dieser Rechtsauffassung BGH (1. Senat) HRRS 2013, 927.

⁸ Vgl. zu dem Dilemma, dass das Willkürverbot als eigentliche Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet wird Sachs, JuS 1997, 124 f. m.w.N.

⁹ Siehe nur BVerfGE 112, 164 (174); 116, 164 (180); 117, 1 (30).

¹⁰ Siehe nur Manssen, Staatsrecht, Bd. 2, Grundrechte, 11. Aufl. 2014, § 32 Rn. 818.

eine Rechtfertigung zu stellen.¹¹ Für die Bestimmung eines sachlichen Grundes bzw. das Nichtvorliegen eines solchen kommen im Wesentlichen zwei Formeln in Betracht. Im Sinne der sog. Willkürformel ist der allgemeine Gleichheitssatz dann verletzt, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt“.¹² Dagegen ist nach der sog. „neuen Formel“ der allgemeine Gleichheitssatz „vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“.¹³ Während bei der Willkürformel eine bloße Evidenzprüfung bezüglich der Ungleichbehandlung vollzogen wird, fordert die „neue Formel“ eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dabei ist nach den allgemeinen Grundsätzen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zunächst nach einem legitimen Zweck der Ungleichbehandlung zu fragen. Sodann muss das Mittel zur Zweckerreichung geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Für Gerichtsentscheidungen bedeutet der so verstandene Gleichheitssatz insbesondere, dass der Bürger ein Recht auf Gleichheit bei der Rechtsanwendung hat.¹⁴ Dies meint beispielsweise, dass es den Gerichten verwehrt ist, „bestehendes Recht zugunsten oder zu Lasten einzelner Personen nicht anzuwenden“.¹⁵ Dies ist der Fall, wenn ein Richter eine Vergünstigung, „die der Gesetzgeber nach dem Wortlaut des von ihm erlassenen Gesetzes verschiedenen Personengruppen im Interesse ihrer Gleichbehandlung zugebilligt hat, einer Personengruppe allgemein verweigert, und zwar mit Gründen, die ihn nach dem gleichen Gesetz nur im Einzelfall zur Verweigerung berechtigen“.¹⁶ In einem solchen Fall liegt eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung von eigentlich gleich zu behandelnden Personengruppen – und somit ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG – vor.

2. Das verfassungsrechtliche Willkürverbot

Neben dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz verbirgt sich in Art. 3 Abs. 1 GG aber auch das sog. verfassungsrechtliche Willkürverbot. Genau genommen wird es nicht nur aus dem allgemeinen Gleichheitssatz, sondern auch aus dem Rechts-

staatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet.¹⁷ Das verfassungsrechtliche Willkürverbot gilt für jedwede staatliche Tätigkeit.¹⁸ Es beruht vordergründig nicht auf einem Vergleich von Sachverhalten,¹⁹ sondern soll vielmehr dann verletzt sein, wenn eine Entscheidung „bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich [ist] und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruh[t]“.²⁰ Ein Verstoß gegen das Willkürverbot durch fachgerichtliche Entscheidungen ist nur in Ausnahmefällen in Betracht zu ziehen und liegt nicht bereits dann schon vor, wenn eine Entscheidung zweifelsfrei fehlerhaft ist.²¹ Das BVerfG führt hierzu aus: „Es ist nicht Aufgabe des BVerfG, Entscheidungen der Gerichte in jeder Hinsicht auf die Richtigkeit der getroffenen tatsächlichen Feststellungen, der Interpretation der Gesetze und der Anwendung des Rechts auf den konkreten Fall zu kontrollieren. Vielmehr ist [...] nur zu prüfen, ob das Gericht Grundrechte [...] verletzt hat. Ein solcher Verstoß wäre nur dann gegeben, wenn das Gericht durch verfahrensrechtliche Maßnahmen verfassungsmäßige Rechte eines Beteiligten beeinträchtigt oder bei seiner Entscheidung willkürlich gehandelt [...] hätte.“²² Diese Ausführungen machen deutlich, dass es sich beim BVerfG gerade um keine Superrevisionsinstanz handelt. Eine erneute einfachrechtliche Überprüfung fachgerichtlicher Entscheidungen durch das BVerfG findet demnach grundsätzlich nicht statt. Mit der Verfassungsbeschwerde – als einem außerordentlichen Rechtsbehelf – kann daher auch nur die Verletzung „spezifischen“ Verfassungsrechts gerügt werden.²³

Durch die Anwendung des verfassungsrechtlichen Willkürverbots hält sich das BVerfG dennoch die Tür einen Spaltbreit offen, um auch im Einzelfall fachgerichtliche Entscheidungen überprüfen zu können. Gerichtliche Entscheidungen, die offensichtlich „jegliche Professionalität“ vermissen lassen, können nach dem Willkürverbot aufgehoben werden.²⁴ „Willkür liegt [...] dann vor, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder deren Inhalt in

¹¹ BVerfGE 95, 267 (316 f.); 99, 367 (388); *Pieroth u.a.*, Grundrechte, Staatsrecht Bd. 2, 30. Aufl. 2014, Rn. 470; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Rn. 11.

¹² BVerfGE 1, 14 (52).

¹³ BVerfGE 55, 72 (88); 71, 39 (58 f.); 120, 125 (144); 124, 199 (219 f.).

¹⁴ *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 71. Lfg., Stand: März 2014, Art. 3 Rn. 398; *Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 124.

¹⁵ BVerfGE 66, 331 (335 f.).

¹⁶ BVerfGE 71, 354 (362).

¹⁷ BVerfGE 69, 161 (169); 86, 148 (250); *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 1.6.2014, Art. 3 Rn. 83; *Sachs*, JuS 1997, 124 (125). *Geiger* plädierte bereits 1976 in einem Sondervotum dafür, dass nicht alles, was rechtsstaatlich unerträglich ist, aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleiten sei, sondern im Einzelfall an spezifischeren verfassungsrechtlichen Vorschriften zu messen ist (BVerfGE 42, 64 [79 ff.]).

¹⁸ *Kischel* (Fn. 17), Art. 3 Rn. 83.

¹⁹ *Sachs*, JuS 1997, 124 (125); darauf weist auch *Geiger* in seinem Sondervotum (BVerfGE 42, 64 [79 ff.]) hin.

²⁰ BVerfGE 4, 1 (7).

²¹ So auch die Entscheidungen des BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 14, und BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2172/13, Rn. 15.

²² BVerfGE 11, 343 (349); *Dürig/Scholz* (Fn. 14), Art. 3 Rn. 398.

²³ Siehe nur *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 283 f.

²⁴ *Pieroth u.a.* (Fn. 11), Rn. 1291.

krasser Weise missdeutet worden ist. Von willkürlicher Missdeutung kann jedoch nicht gesprochen werden, wenn das Gericht sich eingehend mit der Rechtslage auseinandergesetzt hat und seine Auffassung nicht jeden sachlichen Grundes entbehrt.²⁵ Willkür liegt vor, wenn der Richterspruch „unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich haltbar ist“²⁶ bzw. „wenn die Auslegung nicht mehr nachvollziehbar und derart unverständlich ist, dass sie schlechterdings unvertretbar ist“.²⁷ Anders ausgedrückt lässt dies den Schluss zu, dass eine Entscheidung, die beim ersten unbefangenen Lesen keine gravierenden Verstöße erkennen lässt, nicht willkürlich sein kann.²⁸ Die vom BVerfG aufgehobene Amtsgerichtsentscheidung war in dem vorgenannten Sinne willkürlich, zumal der Richter sich nach dem Grundsatz *iura novit curia* nicht darauf berufen kann, die aktuelle Rechtsprechung nicht gekannt zu haben.

II. Die Entscheidungen des BVerfG v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13 und 2172/13

Anhand der dargelegten Grundsätze sollen die zwei weiteren Entscheidungen des BVerfG untersucht werden.

1. Die den Entscheidungen zugrundeliegende Sachverhaltskonstellationen

In den Ausgangsinstanzen hat zum einen das Landgericht Braunschweig einen der Beschwerdeführer wegen mehrerer Straftaten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und neun Monaten verurteilt. Zum anderen hat das Landgericht Potsdam einen der Beschwerdeführer und einen Mitangeklagten wegen mehrerer Betrugstaten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt.

Gegen beide Urteile legten die Beschwerdeführer Revision ein und rügten unter anderem einen Verstoß gegen § 243 Abs. 4 S. 1 StPO. Die Vorsitzenden hätten es unterlassen, in öffentlicher Sitzung mitzuteilen, ob (und ggf. welche) Erörterungen i.S.d. §§ 202a, 212 StPO stattgefunden haben bzw. ob Vorgespräche zwischen den Verfahrensbeteiligten geführt worden waren.

Im Falle des Landgerichts Braunschweigs trug der Beschwerdeführer vor, dass es ausweislich eines Aktenvermerks im Vorfeld der Hauptverhandlung ein Telefonat zwischen der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft gegeben habe. Dabei habe die zuständige Staatsanwältin darauf hingewirkt, dass der Verteidiger mit dem Beschwerdeführer eruiieren möge, ob bei der derzeitigen Aktenlage nicht doch eine geständige Einlassung abgegeben werden könne. Ob konkret über Rechtsfolgen gesprochen wurde, könne dem Vermerk zwar nicht entnommen werden. Nach Erinnerung des erstinstanzlichen Verteidigers habe die Staatsanwältin jedoch bei

einem umfassenden Geständnis in Aussicht gestellt, eine Bewährungsstrafe von zwei Jahren zu beantragen.

Auch im Falle des Landgerichts Potsdam habe es während des Ermittlungsverfahrens mehrere Gespräche der beiden Verteidiger mit dem Staatsanwalt gegeben. Dieser habe gegenüber der Verteidigung erklärt, dass er im Falle umfassender Geständnisse eine Freiheitsstrafe von viereinhalb Jahren für beide Angeklagten für angemessen halte und Entsprechendes auch beantragen werde. Der Verteidiger des Mitangeklagten habe den Beisitzer der Strafkammer über diese Gespräche informiert und „vorgefühlt“, ob seitens der Kammer Interesse an einer entsprechenden Verfahrensabsprache bestehe. Der Beisitzer habe darauf abweisend reagiert.

2. Begründung des BGH zur Revisionsverwerfung

Den geschilderten Fällen war gemeinsam, dass in den Hauptverhandlungen nicht mitgeteilt wurde, ob es im Vorfeld Gespräche zwischen den Verfahrensbeteiligten zwecks einer Verständigung gegeben hatte. Die Revisionen – wegen Verstoßes gegen die Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 S. 1 StPO – wies der 5. Strafsenat jeweils mit Verweis auf ein Urteil des 2. Strafsenates²⁹ als unbegründet zurück.³⁰

Der BGH argumentierte dabei im Wesentlichen wie folgt: „Nach dem Wortlaut des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO teilt der Vorsitzende mit, ob Erörterungen nach den §§ 202a, 212 StPO stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c StPO) gewesen ist und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass eine Mitteilungspflicht nicht besteht, wenn keine auf eine Verständigung hinzielenden Gespräche stattgefunden haben. Das erklärt sich auch aus dem Sinn und Zweck der Mitteilungs- und Dokumentationspflichten. Diese bilden einen Schwerpunkt des Verständigungsgesetzes und sollen die zentrale Vorschrift des § 257c StPO flankieren und die Transparenz der Verständigung sowie die Möglichkeit einer effektiven Kontrolle durch die Öffentlichkeit, die StA und das Rechtsmittelgericht gewährleisten. Erfasst werden dabei [...] auch die auf eine Verständigung abzielenden Vorgespräche. Die Gewährleistung einer ‚vollumfänglichen‘ Kontrolle verständigungsbasierter Urteile setzt umfassende Transparenz des Verständigungsgeschehens in der öffentlichen Hauptverhandlung voraus. [...]. Wenn aber überhaupt keine auf eine Verständigung abzielenden Gespräche stattgefunden haben, ist das Regelungskonzept des § 257c StPO nicht tangiert.“ Gegenteiliges ergebe sich auch nicht aus der Entscheidung des BVerfG vom 19.3.2013.³¹ Das BVerfG betone, dass die Mitteilungspflicht nur dann eingreife, wenn bei im Vorfeld oder neben der Hauptverhandlung geführten Gesprächen ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum standen. Die Annahme, beim Fehlen von Vorgesprächen entfalle das Beruhen des

²⁵ BVerfGE 87, 273 (279); 96, 189 (203).

²⁶ BVerfG StV 2013, 96 (98); darauf beziehen sich auch BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 16 und BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2172/13, Rn. 17.

²⁷ BVerfGE 70, 93 (98); BVerfG NJW 1995, 124 (125); 1993, 1380 (1381); 2009, 3293.

²⁸ I.d.S. Kischel (Fn. 17), Art. 3 Rn. 84.

²⁹ BGHSt 58, 315.

³⁰ Vgl. BGH, Beschl. v. 22.8.2013 – 5 StR 310/13 = BeckRS 2013, 16036 und BGH, Beschl. v. 17.9.2013 – 5 StR 258/13 = BeckRS 2013, 17066.

³¹ Grundsatzentscheidung des BVerfG zum Verständigungsgesetz = BVerfGE 133, 168.

Urteils auf dem Fehlen einer Mitteilung gemäß § 243 Abs. 4 S. 1 StPO, sei daher einfachrechtlich nicht schlüssig, da nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift in diesem Fall bereits kein Rechtsfehler vorliege.

Der BGH folgert daraus, dass es einer Mitteilung gemäß § 243 Abs. 4 S. 1 StPO dann nicht bedarf, wenn überhaupt keine oder nur solche Gespräche stattgefunden haben, die dem Regelungskonzept des Verständigungsgesetzes vorgelagert und von ihm daher nicht betroffen sind.

3. Die Rügen vor dem BVerfG

Mit den vor dem BVerfG erhobenen Verfassungsbeschwerden wenden sich die Beschwerdeführer sowohl gegen die landgerichtlichen Urteile als auch die Revisionsentscheidungen des BGH. Beide Beschwerdeführer rügen die Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. 20 Abs. 3 GG). Zusätzlich rügt einer der Beschwerdeführer die Verletzung des Rechts auf persönliche Freiheit (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) sowie die Verletzung des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. 2 Abs. 1, Abs. 2 GG insbesondere Selbstbelastungsfreiheit und Öffentlichkeitsgrundsatz).³² Der andere Beschwerdeführer rügt zudem einen Verstoß gegen das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG [i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG]).³³ Nach ihrer Auffassung bestand für das Gericht zu Beginn der Hauptverhandlung die Pflicht zum „Farbe bekennen“. Der Vorsitzende hätte mitteilen müssen, ob Vorgespräche stattgefunden haben. Dies ergebe sich aus dem eindeutigen gesetzgeberischen Willen, der Gesetzssystematik und den klaren Vorgaben des BVerfG.³⁴

4. Die Begründung des BVerfG

Einleitend weist auch das BVerfG zunächst darauf hin, dass ein verfassungsgerichtliches Eingreifen gegenüber Entscheidungen der Fachgerichte unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots nur in Ausnahmefällen in Betracht komme. Fehler im Verfahren genüchten für die Annahme von Willkür grundsätzlich nicht. Hinzukommen müsse vielmehr, dass Rechtsanwendung oder Verfahren unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar sind und sich daher der Schluss aufdränge, dass die Entscheidung auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruhe.³⁵

a) Maßstäbe der Gesetzesauslegung

Im Folgenden wiederholt das BVerfG bereits früher festgelegte Grundsätze der Gesetzesauslegung. Maßgebend für die Auslegung von Gesetzen sei der in der Norm zum Ausdruck

kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergebe, in den sie hineingestellt ist. Ausgangspunkt sei dabei zwar immer der Wortlaut der Norm. Dieser gebe aber nicht immer hinreichende Hinweise auf den Willen des Gesetzgebers, weshalb unter Umständen erst in Zusammenhang mit Sinn und Zweck des Gesetzes, die vom Gesetzgeber verfolgte Regelungskonzeption deutlich werde. „In keinem Fall darf richterliche Rechtsfindung das gesetzgeberische Ziel der Norm in einem wesentlichen Punkt verfehlen oder verfälschen.“ Für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption dem Gesetz zugrunde liegt, komme schließlich den Gesetzesmaterialien und der Systematik des Gesetzes eine nicht unerhebliche Indizwirkung zu. Die Eindeutigkeit der im Wege der Auslegung gewonnenen gesetzgeberischen Grundentscheidung könne nicht notwendig dadurch relativiert werden, dass der Wortlaut der einschlägigen Norm auch andere Deutungsmöglichkeiten eröffne, soweit diese Deutungen offensichtlich eher fern liegen.³⁶ „Nach diesen Maßstäben ist die Auslegung des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO, wie sie der Revisionsentscheidung zugrunde liegt, wonach eine Mitteilungspflicht gemäß dieser Vorschrift nicht bestehe, wenn keine auf eine Verständigung hinzielenden Gespräche stattgefunden haben, unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich haltbar. Sie verstößt in unvertretbarer und damit objektiv willkürlicher Weise gegen den eindeutigen objektivierten Willen des Gesetzgebers, wie er auch im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 2013 herausgearbeitet wurde.“

Es folgt eine schulmäßige Auslegung der Norm des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO anhand der bekannten Auslegungsmethoden.³⁷

aa) Wortlaut

§ 243 Abs. 4 S. 1 StPO lautet: Der Vorsitzende teilt mit, ob Erörterungen nach den §§ 202a, 212 stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c) gewesen ist und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt. Bezüglich des Wortlautes der Norm meint auch das BVerfG, dass dieser „sprachlich wenig geglückt“ sei und „auf den ersten Blick mehrdeutig“ (einerseits „ob“, andererseits „wenn“) erscheint. Die weitere Formulierung „und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt“ lasse aber auf das Bestehen einer Mitteilungspflicht auch für den Fall schließen, dass keine Verständigungsgespräche stattgefunden haben (sog. Negativmitteilungspflicht). Ansonsten hätte es des Zusatzes „und wenn ja“ nicht bedurft. „Da der Gesetzeswortlaut selbst bei einer Ersetzung des ‚ob‘ durch ein ‚dass‘ wegen der nachfolgenden konditionalen Doppelung (‚wenn‘, ‚und wenn ja‘) unverständlich bliebe, ist nicht das ‚ob‘, sondern das ‚wenn‘

³² BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 8.

³³ BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2172/13, Rn. 9; auch BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 10, spricht eine willkürliche Rechtsanwendung an, rügt einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG aber nicht ausdrücklich.

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2172/13, Rn. 10; ähnlich BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 10.

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2172/13, Rn. 14; auch BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 15.

³⁶ Mit der Formulierung „offensichtlich eher fernliegen“ offenbart sich eine Widersprüchlichkeit der eigenen Aussage. Wie kann eine Deutung zwar „offensichtlich“ zugleich aber nur „eher“ fern liegen? Der Begriff „eher“ suggeriert, dass man sich nicht sicher ist, ob die Deutungsmöglichkeit tatsächlich „offensichtlich fern liegt“.

³⁷ BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2172/13, Rn. 18 ff.; BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 17 ff.

als Redaktionsversehen einzuordnen und die Vorschrift dahingehend zu verstehen, dass der Vorsitzende mitteilt, ob Erörterungen stattgefunden haben, deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung gewesen ist, und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt.“

bb) Gesetzesmaterialien/Entstehungsgeschichte

Auch die Materialien zum Verständigungsgesetz³⁸ belegen eindeutig, dass der Gesetzgeber für den „normalen“ Strafprozess eine Negativmitteilungspflicht einführen wollte. In der Begründung zum Regierungsentwurf eines Verständigungsgesetzes ist zu lesen, dass es grundsätzlich gerechtfertigt sei, die im Strafverfahren aufgestellten prozessualen Anforderungen auch im Bußgeldverfahren greifen zu lassen. Eine nicht gerechtfertigte Anforderung sei es jedoch auch den Regelfall, also das Unterlassen einer solchen Verständigung, protokollieren zu müssen; das gleiche gelte für die in § 243 Abs. 4 StPO-E enthaltene Pflicht, auch eine Nichterörterung mitzuteilen.

Schließlich wird vom BVerfG angeführt, dass auch eine vom Bundesrat vorgeschlagene Gesetzesfassung gerade nicht Gesetz geworden ist, was dafür spreche, dass § 243 Abs. 4 S. 1 StPO eine Negativmitteilungspflicht beinhalte. Der Bundesrat führte in seiner Stellungnahme³⁹ zum Regierungsentwurf der Einführung einer Negativmitteilungspflicht in § 243 Abs. 4 S. 1 StPO aus, dass eine Mitteilung des Vorsitzenden, dass keine Erörterungen nach den §§ 202a, 212 StPO zum Zwecke einer möglichen Verständigung stattgefunden haben, weder erforderlich noch zweckmäßig sei. „Nur für den Fall, dass Gespräche mit dem Ziel einer einvernehmlichen Absprache tatsächlich stattgefunden haben, besteht ein Bedürfnis, dies in der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung mitzuteilen und hierdurch transparent zu machen.“

cc) Gesetzssystematik

Nach dem BVerfG spreche die Gesetzssystematik ebenfalls für eine Negativmitteilungspflicht. Dies wird zum einen aus § 243 Abs. 4 S. 2 StPO gefolgert, wo von „Änderungen gegenüber der Mitteilung zu Beginn der Hauptverhandlung“ die Rede ist. Dies lasse „allein den Schluss zu“ dass zu Beginn der Hauptverhandlung – sei es positiv oder negativ – eine Mitteilung zu erfolgen habe. Diese Sichtweise werde bestätigt durch die Vorschrift des § 78 Abs. 2 OWiG, „der für die Hauptverhandlung nach Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid folgende Sonderregelung trifft: § 243 Abs. 4 StPO gilt nur, wenn eine Erörterung stattgefunden hat“. Daraus ergebe sich im Umkehrschluss, dass im „normalen“ Strafprozess eine Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 4 S. 1 StPO auch dann besteht, wenn keine Erörterung stattgefunden hat. „Anderenfalls wäre § 78 Abs. 2 Hs. 1 OWiG sinnlos.“

dd) Sinn und Zweck

Schließlich sprächen auch „Sinn und Zweck des dem Verständigungsgesetz zugrunde liegenden Regelungskonzepts,

das die Schaffung umfassender Transparenz in Bezug auf Verständigungen im Strafprozess vorsieht“ für eine Negativmitteilungspflicht. Wie sich aus § 273 Abs. 1a S. 3 StPO ergebe, gehe der Gesetzgeber davon aus, dass die Verpflichtung zu expliziter „Fehlannonce“ einer Verständigung der Transparenz und der Beachtung der gesetzlichen Vorschriften über die Verständigung dienlich sei.

b) Auslegung des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO durch den 2. Senat des BVerfG

Zu guter Letzt lässt es sich das BVerfG nicht nehmen, klarzustellen, wie seine Grundsatzentscheidung vom 19.3.2013⁴⁰ zu verstehen ist. „Kommt eine Verständigung nicht zustande und fehlt es an der gebotenen Negativmitteilung nach § 243 Abs. 4 S. 1 StPO [...], wird nach Sinn und Zweck des gesetzlichen Schutzkonzepts ein Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen § 257c StPO grundsätzlich ebenfalls nicht auszuschließen sein [...], sofern nicht ausnahmsweise zweifelsfrei feststeht, dass es keinerlei Gespräche gegeben hat, in denen die Möglichkeit einer Verständigung im Raum stand. Bei einem Verstoß gegen Transparenz- und Dokumentationspflichten wird sich nämlich in den meisten Fällen nicht sicher ausschließen lassen, dass das Urteil auf eine gesetzwidrige ‚informelle‘ Absprache oder diesbezügliche Gesprächsbemühungen zurückgeht.“ Der vom Bundesverfassungsgericht hierbei verwendete Begriff der „Negativmitteilung“ bezieht sich – entgegen der Annahme des Bundesgerichtshofs – nicht nur auf die Mitteilung über gescheiterte Verständigungsgespräche, sondern umfasst auch die Mitteilung darüber, dass es keine Verständigungsgespräche gegeben hat. Anderenfalls ergäbe der Rest des Satzes keinen Sinn, weil es ausgeschlossen ist, dass einerseits eine Mitteilung über gescheiterte Verständigungsgespräche geboten gewesen wäre, andererseits jedoch „zweifelsfrei feststeht, dass es keinerlei Gespräche gegeben hat, in denen die Möglichkeit einer Verständigung im Raum stand“.⁴¹

5. Stellungnahme zu den BVerfG-Entscheidungen

Wenn auch im Ergebnis die Begründung des BVerfG zur Gesetzesauslegung des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO zu überzeugen vermag, so ist zweifelhaft, ob der Rückgriff auf das verfassungsrechtliche Willkürverbot zulässig war. Es scheint vielmehr so, dass sich durch die Anwendung des Willkürverbots das Einfallstor für die Überprüfung fachgerichtlicher Entscheidungen abermals aufgetan hat.⁴² Ausgehend von den Maßstäben, die das BVerfG selbst an das Willkürverbot stellt, kann keine Rede davon sein, dass der Inhalt des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO vom BGH in krasser Weise missdeutet worden ist. Der BGH⁴³ hat sich – wie gesehen – sorgfältig mit der Auslegung des § 243 Abs. 4 S. 1 StPO befasst. Den

³⁸ BT-Drs. 16/12310, S. 16.

³⁹ BT-Drs. 16/12310, S. 18.

⁴⁰ BVerfGE 133, 168.

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2172/13, Rn. 28; BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 27.

⁴² Auf dieses Problem weist auch Kischel ([Fn. 17], Art. 3 Rn. 85) hin.

⁴³ BGHSt 58, 315.

Wortlaut der – auch vom BVerfG erkannten – sprachlich wenig geglückten Norm versteht der BGH umkehrschlussartig derart, dass auch nur dann, wenn Erörterungen nach den §§ 202a, 212 StPO stattgefunden haben, eine Mitteilungspflicht besteht.⁴⁴ Sinn und Zweck der Mitteilungs- und Dokumentationspflichten würden dadurch nicht unterlaufen, denn wenn überhaupt keine auf eine Verständigung abzielenden Gespräche stattgefunden haben, sei auch das Regelungskonzept des § 257c StPO nicht tangiert. Sofern die Gesetzesmaterialien zu § 78 Abs. 2 OWiG darauf hinweisen, dass der Gesetzgeber eine Mitteilungspflicht i.S.d. § 243 Abs. 4 S. 1 StPO auch für den Fall normieren wollte, wenn nichts erörtert wurde, meint der BGH, dass ein derartiges Verständnis im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden habe. Schließlich berücksichtigt der BGH die Entscheidung des BVerfG v. 19.3.2013 derart, dass die Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 S. 1 StPO nur dann eingreift, wenn bei im Vorfeld oder neben der Hauptverhandlung geführten Gesprächen ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum standen. Der Richterspruch des BGH ist daher rechtlich vertretbar. Dies gilt – trotz überwiegend gegenteiliger Auffassungen in der Literatur⁴⁵ und des BVerfG – insbesondere deshalb, weil die Auslegung des BGH nachvollziehbar erfolgt ist und auch „nicht jeglichen sachlichen Grundes entbehrt“.

Im Ergebnis bleibt dennoch festzuhalten, dass die Frage, ob eine Negativmitteilungspflicht i.S.d. § 243 Abs. 4 S. 1 StPO besteht, durch das BVerfG nunmehr positiv beantwortet wurde. Die Fachgerichte haben sich an diese Rechtsprechung zu halten. Positiv ist insoweit an der Entscheidung, dass durch das BVerfG endgültige Rechtsklarheit und Rechtssicherheit geschaffen wurde.⁴⁶

III. Klausurrelevanz

Für die Ausbildung ist zu empfehlen, sich mit den Entscheidungen des BVerfG vertraut zu machen und sich die möglichen Klausurkonstellationen zu vergegenwärtigen. Insbesondere für das Revisionsrecht im Strafprozess sollte man die Entscheidungen des BVerfG kennen.

Da das BVerfG nunmehr allgemeingültig festgestellt hat, dass der Verstoß gegen die Negativmitteilungspflicht i.S.d. § 243 Abs. 4 S. 1 StPO einen Rechtsfehler begründet, kann der BGH die Unzulässigkeit einer Verfahrensrüge i.S.d. § 344 Abs. 2 S. 1 Var. 1 StPO nicht mehr allein auf die Begründung stützen, dass schon kein Rechtsfehler vorliege.⁴⁷ Das BVerfG vermochte zwar nicht zu beurteilen, „welche Darlegungsanforderungen der BGH bei Bejahung einer Ne-

gativmitteilungspflicht an den Vortrag des Revisionsführers gestellt hätte“, macht dann aber dennoch zwei diesbezügliche Vorschläge. Es wäre zum einen denkbar gewesen „im Freiweisungsverfahren aufzuklären, ob Gespräche stattgefunden haben, in denen die Möglichkeit einer Verständigung im Raum stand“. Ebenso hätte verlangt werden können, dass die Revisionsbegründung mitteilt, über welche Kenntnisse und Hinweise bezüglich etwaiger Verständigungsgespräche der Revisionsverteidiger und der Angeklagte – gegebenenfalls nach zumutbarer Einholung entsprechender Auskünfte beim Instanzverteidiger – verfügen.“⁴⁸

Bei der Prüfung eines relativen Revisionsgrundes i.S.d. § 337 StPO,⁴⁹ ist zu prüfen, ob das Urteil auf dem gerügten Rechtsfehler beruht. Zu prüfen bliebe daher, inwieweit das Urteil auf einem Verstoß gegen die Negativmitteilungspflicht i.S.d. § 243 Abs. 4 S. 1 beruht. Weil Erörterungen, die vor oder außerhalb der Hauptverhandlung stattgefunden haben, keinerlei Bindungswirkung zukommt, ist fraglich, inwieweit eine Entscheidung überhaupt auf dem Unterlassen einer Mitteilung i.S.d. § 243 Abs. 4 S. 1 StPO beruhen kann.⁵⁰ Auch wird durch derartige Erörterungen regelmäßig kein schützenswerter Vertrauenstatbestand geschaffen, weshalb es auch widersinnig erscheint vorzutragen, sich auf die Vorgespräche verlassen zu haben.⁵¹

Gegenteiliger Auffassung ist das BVerfG, wonach beim Fehlen der „gebotenen Negativmitteilung nach § 243 Abs. 4 S. 1 StPO [...] ein Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen § 257c StPO grundsätzlich [...] nicht auszuschließen sein [soll] [...] sofern nicht ausnahmsweise zweifelsfrei feststeht, dass es keinerlei Gespräche gegeben hat, in denen die Möglichkeit einer Verständigung im Raum stand. [...] Bei einem Verstoß gegen Transparenz- und Dokumentationspflichten wird sich nämlich in den meisten Fällen nicht sicher ausschließen lassen, dass das Urteil auf eine gesetzwidrige ‚informelle‘ Absprache oder diesbezügliche Gesprächsbemühungen zurückgeht.“⁵²

Mit der Feststellung dieses Regel-Ausnahmeverhältnisses ist es nunmehr Aufgabe der Justiz zu belegen, dass das Urteil

⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 26.8.2014 – 2 BvR 2400/13, Rn. 31.

⁴⁹ Ein absoluter Revisionsgrund wegen Verstoßes gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz (§ 338 Nr. 6 StPO) ist abzulehnen, weil § 243 Abs. 4 S. 1 StPO „in erster Linie den Informationsgleichstand sämtlicher Verfahrensbeteiligter [sichert], [...] [wohingegen] sich § 169 S. 1 GVG auf die unmittelbare Öffentlichkeit im Sinne einer [...] Möglichkeit der Teilnahme an der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht bezieht. Vgl. BGH NStZ 2013, 724; a.A. Grube, StraFo 2013, 513 f.

⁵⁰ Vgl. dazu BGH StV 2011, 645 (646); Becker (Fn. 6), § 243 StPO Rn. 96a; Frister (Fn. 6), § 243 Rn. 94; Gorf (Fn. 6), § 243 Rn. 45; Grube, StraFo 2013, 513 (514); a.A. Schlothauer, StV 2011, 205 (206).

⁵¹ BGH StV 2011, 645 (646); Grube, StraFo 2013, 513 (514); Krause, in: Wabnitz u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, 26. Kap. Rn. 162.

⁵² BVerfGE 133, 168 (223 f.); zust. Schneider, NStZ 2014, 252 f.; ders. (Fn. 6), § 243 Rn. 71; krit. Mosbacher, NZWiSt 2013, 201 (206); Stuckenberg, ZIS 2013, 212 (215).

⁴⁴ Auch Mosbacher (JuS 2014, 127 [130]) weist auf die Auslegungsfähigkeit in „beide Richtungen“ hin.

⁴⁵ Becker (Fn. 6), § 243 StPO Rn. 52c; Frister (Fn. 6), § 243 Rn. 43; Gorf (Fn. 6), § 243 Rn. 25b.1; Ignor (Fn. 6), § 13 Rn. 43; Mosbacher, NStZ 2013, 722 (723); ders., JuS 2014, 127 (130); Schlothauer, StV 2013, 678 (680) Senge (Fn. 6), § 78 Rn. 8.

⁴⁶ Ebenso bereits Hunsmann, NStZ 2014, 594; Oehmichen, FD-StrafR 2014, 362399.

⁴⁷ Vgl. insoweit noch BGHSt 58, 315 (316).

nicht auf dem Verfahrensmangel beruht. Dadurch wird den Dokumentations-, Mitteilungs- und Protokollierungspflichten des Verständigungsgesetzes die nötige „Durchsetzungskraft“ gesichert,⁵³ sodass man davon sprechen kann, dass ein Verstoß gegen diese Vorschriften „quasi-absolute Revisionsgründe“⁵⁴ begründet.

⁵³ *Mosbacher*, NZWiSt 2013, 201 (206).

⁵⁴ *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (215).

Fortgeschrittenenklausur: Überhöhte Abschleppkosten und verweigerte Herausgabe

Von Wiss. Mitarbeiter **Michael Höhne**, **Arian Nazari-Khanachayi**, LL.M. Eur., Frankfurt a.M.*

Die Klausur ist im Aufbau angelehnt an BGH, Urt. v. 2.12.2011 – V ZR 30/11 = NZV 2012, 127, und soll die Fähigkeit zu Inzidentprüfungen schulen. Inhaltlich umfasst die Klausur im Kern Probleme aus den Bereichen des Besitzschutzrechts (Sachenrecht), den gesetzlichen Schuldverhältnissen und dem Schadensrecht, die Gegenstand von BGH NZV 2012, 127; BGH, Urt. v. 5.6.2009 – V ZR 144/08 = BGHZ 181, 233, und BGH, Urt. v. 4.7.2014 – V ZR 229/13 = NZM 2014, 763, waren. Gerade auch durch die Verknüpfung mit gesellschaftsrechtlichen Aspekten ist der Fall als anspruchsvoll einzustufen.

Sachverhalt

Der ordnungsgemäß im Vereinsregister eingetragene Eisenbahnfreunde e.V. (E) ist Eigentümer eines Grundstückes, von dem ein Teil als Mitgliederparkplatz genutzt wird. Aufgrund akuten Parkplatzmangels im Ortsgebiet stellen immer wieder Personen, die nicht Mitglieder des Vereins sind, ihre Fahrzeuge auf dem Parkplatz des E ab. Daraufhin lässt der Alleinvorstand des E (V) an mehreren, gut sichtbaren Stellen große Hinweisschilder anbringen, auf denen darauf hingewiesen wird, dass es sich um einen Parkplatz für Mitglieder des E handelt, das Nutzen der Parkplätze nur zulässig ist, wenn ein gültiger Parkausweis (ausgestellt von E) hinter der Windschutzscheibe angebracht ist, und widerrechtlich abgestellte Fahrzeuge kostenpflichtig abgeschleppt werden.

Zeitgleich setzt sich V mit dem ortsansässigen Abschleppunternehmen, der „Anti-Parkplatzsünder“ KG (A KG), in Verbindung. Obgleich V die überhöhten Preise der A KG bemerkt, fällt ihm die Entscheidung zugunsten eines Vertragsschlusses leicht, da ihm die im Handelsregister ein-

getragene Struktur (in Gemäßheit des Gesellschaftsvertrages) zugesagt: Während der Großvater (G) als Komplementär fungiert, sind die drei Enkelkinder als Kommanditisten eingetragen. In einem Telefonat vereinbaren V und G, dass der Vereinsparkplatz durch die A KG überwacht werden soll. Sollten widerrechtlich geparkte Fahrzeuge entdeckt werden, ist die A KG angehalten, unter Einhaltung folgender Vorgaben abzuschleppen: Der Halter des Fahrzeugs ist zu kontaktieren, soweit ein Notizzettel hinter der Windschutzscheibe hinterlegt ist, auf dem Name und Telefonnummer des Halters sowie der Hinweis, in welchem zeitlichen Abstand der Halter wieder beim Fahrzeug sein kann, stehen; in jedem Falle ist das Abschleppen erst nach einer Wartezeit von zehn Minuten durchzuführen. Auch die Bezahlung wird diskutiert: Etwaige Forderungen des E gegen Parksünder werden bereits jetzt an die A KG abgetreten, obgleich V Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit einer solchen Abrede äußert.

Die Hinweisschilder erfüllen den Zweck der Abschreckung nicht. Bereits nach kurzer Zeit schleppt einer der Enkel, Karl (K), zum ersten Mal ein Fahrzeug ab. Die Fahrerin Fabienne (F) stellte ihr Fahrzeug zuvor auf dem Vereinsplatz ab, ohne einen gültigen Parkausweis des E vorzuweisen. Nachdem K zehn Minuten vergeblich auf eine Rückkehr des Halters gewartet hat, transportiert er das Fahrzeug mit seinem Abschleppwagen auf einen entlegenen, öffentlichen Parkplatz.

Als F herausfindet, dass ihr Fahrzeug abgeschleppt wurde, wendet sie sich an die A KG und verlangt die Herausgabe des Autos. Ihr wird jedoch von G mitgeteilt, dass eine Herausgabe nur gegen Zahlung der für die A KG entstandenen Kosten erfolgt. Es sind Kosten für den Abschleppvorgang als solchen (€ 150,-), Verwaltungskosten (€ 60,-) und Überwachungskosten (€ 40,-) entstanden. Ortsüblich wären allerdings folgende Kosten: € 100,- (Abschleppvorgang), € 40,- (Verwaltungskosten: anlassbezogene Datenverarbeitung etc.), € 25,- (Überwachungskosten). F weigert sich, die Zahlung in dieser Höhe vorzunehmen, da sie der Meinung ist, dass das Abschleppunternehmen nicht alle Kosten von ihr ersetzt verlangen kann. Zudem sei sie nicht bereit, den teuersten Abschleppunternehmer der Region zu finanzieren. Um die Verzögerung der Herausgabe zu vermeiden, zahlt sie € 140,- beim AG Frankfurt a.M. ein und informiert den G über diesen Vorgang. Trotz der nunmehr von G erkannten Rückgabeverpflichtung verweigert er entschieden, den Standort des Fahrzeugs preiszugeben, um ein Druckmittel für die vollständige Zahlung zu behalten. Nun entschließt sich F, ein Ersatzfahrzeug zu mieten, da sie aus beruflichen Gründen auf ein Fahrzeug angewiesen ist. Bei G entsteht mit der Zeit die Sorge, dass zusätzliche Kosten (z.B. durch Einschaltung von Anwälten) entstehen könnten und diese in einem etwaigen Rechtsstreit von der A KG zu tragen wären. Deshalb wird der F eine Woche nach der Hinterlegung der € 140,- der Standort des Fahrzeugs mitgeteilt. Die Kosten für den Mietwagen der F betragen für diese Zeit € 250,-.

* Der Verf. Höhne ist wiss. Mitarbeiter bei Prof. Dr. Felix Maultzsch, LL.M. (NYU), Lehrstuhl für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, und bei Prof. Dr. Peter von Wilmowsky, LL.M. (Berkeley), Lehrstuhl für Zivilrecht, Insolvenzrecht, europäisches und internationales Wirtschaftsrecht, beide Goethe-Universität Frankfurt a.M.; der Verf. Nazari-Khanachayi ist Promotionsstipendiat am DFG-geförderten Exzellenzcluster „Normative Ordnungen“ an der Professur für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt im internationalen Immaterialgüterrecht (Prof. Dr. Alexander Peukert), Goethe-Universität Frankfurt a.M. Diese Klausur wurde am 5.9.2014 im Klausurenkurs des Universitätsrepetitoriums der Goethe-Universität Frankfurt a.M. gestellt. Der Notendurchschnitt betrug 6,4 Punkte bei einer Durchfallquote von 27,6 %. Die häufigsten Fehler und Schwierigkeiten wurden für die Druckfassung berücksichtigt. Zudem wurde die Klausur in der gegenständlichen Form am 6.12.2014 im Klausurenkurs des Examinatoriumsbüros der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bielefeld abgeprüft. Der Notendurchschnitt betrug 5,1 Punkte bei einer Durchfallquote von 35,1 %. Für den Inhalt und etwaige Fehler sind ausschließlich die Verf. verantwortlich.

Frage

Kann F Ersatz der € 250,- von der A KG verlangen?

Bearbeitungshinweis

Gehen Sie bitte davon aus, dass das AG Frankfurt a.M. für den Empfang der hinterlegten Geldsumme zuständig ist.

Soweit die gewählte Lösung kein erschöpfendes Eingehen auf die Probleme des Falls gestattet, sind diese hilfsgutachterlich zu erörtern.

Lösungsvorschlag¹

A. Schadensersatzanspruch F gegen die A KG aus §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 2, Abs. 3, 286 Abs. 1 S. 1 BGB in Verbindung mit §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2, Abs. 3, 6 Abs. 1, 124 Abs. 1 HGB

F könnte einen Schadensersatzanspruch i.H.v. € 250,- gegen die A KG nach §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 2, Abs. 3, 286 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2, Abs. 3, 6 Abs. 1, 124 Abs. 1 HGB haben.

I. A KG als tauglicher Anspruchsgegner

Hierfür müsste die A KG als tauglicher Anspruchsgegner in Betracht kommen. Dies ist nur dann der Fall, wenn die A KG im Rechtsverkehr (Außenverhältnis) als Berechtigte und Verpflichtete auftreten darf und für Handlungen ihrer Organe haften muss. Die A KG wurde ins Handelsregister mit dem Namen „Anti-Parkplatzsünder“ (Firma: § 18 HGB) eingetragen und erlangt ihre Rechtsfähigkeit nach §§ 161 Abs. 2, 123 Abs. 1, 105 Abs. 2 S. 1, 6 Abs. 1 HGB kraft Eintragung ins Handelsregister. Nach §§ 161 Abs. 2, 124 Abs. 1 HGB haftet eine KG für Verbindlichkeiten, die wirksam eingegangen sind. Unter Verbindlichkeiten im Sinne des § 124 Abs. 1 HGB sind nicht nur vertragliche, sondern auch gesetzliche Schuldverhältnisse zu verstehen.² Folglich ist die A KG rechtsfähig und kann im Rechtsverkehr sowohl berechtigt als auch verpflichtet sein. F macht einen Anspruch aus einem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, folglich aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis³ geltend. Zudem ist G als Komplementär gem. §§ 161 Abs. 2, 114 ff., 125 ff. HGB und im Umkehrschluss zu § 170 HGB⁴ für die KG vertretungsbefugt. Handlungen von G, als vertretungsbefugtem Geschäftsführer, werden analog § 31 BGB⁵ der KG zugerechnet, wenn sie zu einem Schadensersatzanspruch aus einem gesetzlichen

Schuldverhältnis führen. Damit kommt die A KG als tauglicher Anspruchsgegner in Betracht.

II. Vindikationslage

Daneben müsste zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Herausgabeverlangens zwischen F und der A KG eine Vindikationslage vorgelegen haben. Eine Vindikationslage setzt voraus, dass der Eigentümer einer Sache einen durchsetzbaren Herausgabeanspruch (§§ 985, 986 BGB) gegen den Besitzer der Sache (§ 854 Abs. 1 BGB) hat.

1. Eigentum des Anspruchstellers (F)

F ist jedenfalls nach §§ 1006 S. 1, 903 BGB als Eigentümerin zu qualifizieren.

2. Besitz des Anspruchsgegners (A KG)

Des Weiteren müsste die A KG zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Herausgabeverlangens in Besitz des Fahrzeugs gewesen sein. Der Besitz setzt nicht nur die tatsächliche Gewalt im Sinne des § 854 Abs. 1 BGB voraus, sondern muss ferner von einem Herrschaftswillen getragen sein. Hierbei wird der Herrschaftswille maßgeblich nach der Verkehrsanschauung bestimmt, nach der alle Umstände des jeweiligen Falles entsprechend den Anschauungen des täglichen Lebens wertend zusammengefasst werden.⁶ Zu Beginn des Geschehensablaufs war F Besitzerin (§ 854 Abs. 1 BGB) des Fahrzeugs: F trug willentlich die Schlüssel zum Fahrzeug bei sich und hatte zudem - auch aus Verkehrsanschauungssicht - die jederzeitige Zugriffsmöglichkeit, mithin die physische Gewalt über selbiges. Die A KG müsste also unter zusammenfassender Wertung aller Umstände des Falles während des Verbleibs des Fahrzeugs auf dem öffentlichen Parkplatz die F aus ihrer Besitzposition verdrängt und eigenen Besitz begründet haben. Die A KG ist als Objekt jedoch nicht in der Lage, einen eigenen Willen zu haben. Daher war es längere Zeit umstritten, ob auch die KG selbst oder nur ihre Organe und Gesellschafter unmittelbaren Besitz erwerben können. Nunmehr ist diese Frage zugunsten der KG, die den unmittelbaren Besitz über ihre vertretungsbefugten Organe und Gesellschafter ausübt, gelöst: Man spricht insoweit vom Organbesitz.⁷ G ist als Komplementär vertretungsbefugt, sodass er für die A KG besitzen konnte. Faktisch gesehen, konnte nur F das Fahrzeug jederzeit öffnen, den Motor anlassen und sachentsprechend fortbewegen. Allerdings kann F diese Handlungen nur dann durchführen, wenn die A KG ihr den Standort des Fahrzeugs mitteilt. Mithin stellt sich die Frage, ob der Besitz durch die Schlüsselhaberschaft oder durch die Kenntnis über den Standort des Fahrzeugs bestimmt werden muss.

So kann man durchaus annehmen, eine ständige räumliche Beziehung werde durch die Kenntnis über den Standort des Fahrzeugs nicht begründet, sodass die faktische Gewalt-

¹ Die sprachliche Darstellung der Lösung orientiert sich an den zutreffenden Vorgaben von *Lagodny/Mansdörfer/Putzke*, ZJS 2014, 157; vgl. auch *K. Schmidt*, JuS 2012, XXV.

² Vgl. *Boesche*, in: Oetker, Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 124 Rn. 7; *Steitz*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 124 HGB Rn. 14.

³ *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, Vor §§ 987-993 BGB Rn. 37, m.w.N.; *Klinck*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2014, W. Rn. 90.

⁴ Vgl. nur *Grunewald*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2012, § 170 Rn. 2.

⁵ Ausführlich hierzu *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 4 Rn. 78 f. i.V.m. Rn. 82.

⁶ Grundlegend hierzu BGH NJW 1987, 2812 (2813).

⁷ *K. Schmidt*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2011, § 124 Rn. 7; instruktiv *Klinck* (Fn. 3), V. Rn. 15 i.V.m. Rn. 87 m.w.N.

ausübungsmöglichkeit durch die Schlüsselinhabschaft entscheidend sei.⁸ Diesem Ansatz folgend hätte die A KG keinen Besitz am Fahrzeug, sodass es an der für §§ 990 Abs. 1 S. 1, 989 BGB notwendigen Vindikationslage fehlte, mithin ein Anspruch nicht bestünde.

Gegen die vorstehende Ansicht sprechen dreierlei Gründe: G hatte Kenntnis über den Standort des Fahrzeugs, welches der A KG nach §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB in Verbindung mit § 166 Abs. 2 S. 2 BGB zugerechnet wird. Somit hatte nur die A KG eine jederzeitige Zugriffsmöglichkeit auf das Fahrzeug mittels ihrer Organe. Zudem darf das Merkmal der „tatsächlichen Gewalt“ nicht isoliert, sondern muss kumuliert mit dem Willen betrachtet werden,⁹ weshalb es im gegenständlichen Zusammenhang entscheidend darauf ankommt, dass die A KG den zugerechneten Willen hatte, das Fahrzeug der Eingriffsmöglichkeiten durch F zu entziehen: Diese Verdrängung der F aus ihrer Besitzposition manifestiert sich nach dem Abstellen des Fahrzeugs auf dem öffentlichen Parkplatz über den Zeitpunkt des Herausgabeverlangens bis zum Zeitpunkt der Anspruchsstellung durch den Willen des G, den Standort des Fahrzeugs nicht Preis geben zu wollen, um gerade auf diese Weise die Position der A KG zu erhalten. Schließlich entspricht es der Verkehrsanschauung, eine nähere Beziehung zu einem Gegenstand anzunehmen, wenn die jederzeitige Eingriffsmöglichkeit besteht. Mithin war die A KG im Besitz des Fahrzeugs.

Hinweis: Wer an dieser Stelle der vertretbaren Ansicht folgt, die A KG habe keinen Besitz, muss sich nun die Frage stellen, ob der Schadensersatzanspruch anderweitig geltend gemacht werden kann. Insofern lässt sich an einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB denken. Hierbei muss zum einen problematisiert werden, wodurch eine Rechts-gutsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB vorliegt. Zum anderen müsste im Rahmen der Rechtswidrigkeiten erörtert werden, inwiefern ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht eine Rechtfertigung darstellen kann. Den Inhalt des Zurückbehaltungsrechts müssen aber auch die hier anders prüfenden Kandidaten - so wie nachfolgend dargestellt - erörtern.

3. Recht zum Besitz des Anspruchsgegners (A KG)

Der Vindikationslage könnte ein Besitzrecht der A KG im Sinne des § 986 Abs. 1 S. 1 BGB entgegenstehen. Nach § 986 Abs. 1 S. 1 BGB müsste die A KG zum Besitz „berechtigt“ sein. Eine solche Berechtigung der A KG könnte sich aus einem etwaigen Zurückbehaltungsrecht (e.g. § 273 BGB oder § 320 BGB) ergeben. Hierbei stellt sich jedoch zuvor die systematisch-dogmatische Frage, ob ein Zurückbehaltungsrecht ein Recht zum Besitz begründen kann. Dies erscheint fragwürdig, wenn man bedenkt, dass durch das Zurückbehaltungsrecht der Anspruch nur inhaltlich modifiziert wird, ihn aber nicht vollständig ausschließt: die Erhe-

⁸ So Lorenz, JuS 2009, 1025 (1029); siehe ferner Stöber, DAR 2008, 72 (74).

⁹ Gutzeit, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, § 854 Rn. 15.

bung dieser Einrede führt nur zur Verurteilung Zug-um-Zug (§ 274 BGB), nicht zur Klageabweisung. Daraus ergibt sich, dass das Zurückbehaltungsrecht nicht in das Konzept des § 986 BGB hineinpasst.¹⁰ Dem widerspricht der BGH¹¹ insofern, als entscheidend auf den Sinn und Zweck der Möglichkeit abgestellt werden müsse, ein Recht zum Besitz geltend machen zu können, um in einem einheitlichen Lebenssachverhalt mit wirtschaftlich parallellaufenden Interessen nicht leisten zu müssen. Folglich hätte die A KG ein Recht zum Besitz, wenn ihr E einen gegen F bestehenden Anspruch wirksam abgetreten hätte.

Auch wenn man mit dem BGH den Unterschied zwischen Einwendungen und Einreden nicht ins Gewicht fallen lässt, so spricht doch ein systematisches Argument gegen die Annahme eines Zurückbehaltungsrechts als Recht zum Besitz: Nach der Linie des BGH müsste man konsequenterweise auch § 1000 BGB als ein Recht zum Besitz qualifizieren. § 1000 BGB setzt indessen eine Vindikationslage voraus, die aber gar nicht entstehen könnte, wenn eben dieses Zurückbehaltungsrecht ein Recht zum Besitz darstellen soll. Daneben soll das Zurückbehaltungsrecht lediglich ein Druck- und Sicherungsmittel darstellen, wobei die Nutzung der Sache hiervon nicht erfasst ist. Diese Nutzungsmöglichkeit ist freilich ein Charakteristikum des Rechts zum Besitz, wie sich aus einem systematischen Umkehrschluss aus § 987 BGB ergibt. Mithin kann ein Zurückbehaltungsrecht nicht als Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB geltend gemacht werden.¹²

Andere Positionen, die ein Recht zum Besitz der A KG nach § 986 BGB begründen könnten, sind nicht ersichtlich.

Hinweis: Auch Kandidaten, die an eine GoA zwischen der A KG und der F denken (dazu sogleich mehr), müssen hier wie vorstehend problematisieren: Eine GoA vermag ein Zurückbehaltungsrecht zu begründen, jedoch kein eigenständiges Recht zum Besitz.¹³ Gleiches gilt mutatis mutandis für § 859 BGB.

4. Zwischenergebnis

Mithin lag zwischen der A KG und F zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Herausgabeverlangens eine Vindikationslage vor.

Hinweis: Wer der Ansicht des BGH in vertretbarer Weise folgt, muss nunmehr die unten diskutierten Ansprüche des E gegen F bereits hier prüfen, weil auch der BGH meint, § 986 BGB schließe die Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB nicht vollständig aus: Ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers gebe es nur in Höhe eines zu seinen Gunsten bestehenden Saldos („entsprechende Anwendung der Saldotheorie“).

¹⁰ Siehe etwa Baldus, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 986 Rn. 32 ff.; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 11 Rn. 26a.

¹¹ Siehe hierzu etwa BGHZ 64, 122 (124 f.); 149, 326 (333).

¹² Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 10.

¹³ Vgl. nur Baldus (Fn. 10), § 986 Rn. 30 m.w.N.

Das Ergebnis wird mit der nachstehenden Prüfung identisch sein, weil im gegenständlichen Fall kein Zurückbehaltungsrecht besteht. Die Kandidaten sollten sich dennoch für eine Ansicht im Zusammenhang mit dem Recht zum Besitz entscheiden, weil dies für den Prüfungsaufbau von Relevanz ist.

III. Bösgläubigkeit nach § 990 Abs. 1 S. 2 BGB

Weiterhin müsste der Anspruchsgegner (hier: A KG) in Bezug auf ihre Besitzberechtigung bösgläubig im Sinne des § 990 Abs. 1 S. 2 BGB gewesen sein. Danach bedarf es der positiven Kenntnis der A KG. G hatte positive Kenntnis von der fehlenden Besitzberechtigung ab dem zweiten Telefonat mit F. Diese wird nach §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB i.V.m. § 166 Abs. 2 S. 2 BGB der A KG zugerechnet. Mithin ist die Bösgläubigkeit der A KG nach § 990 Abs. 1 S. 2 BGB zu bejahen.

IV. Zusätzliche Voraussetzungen: §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB

§ 990 Abs. 2 BGB lässt die Haftung wegen Verzugs unberührt, sodass nunmehr die Voraussetzungen nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB erörtert werden müssen.

1. Schuldverhältnis

Die Vindikationslage (i.e. das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis) als gesetzliches Schuldverhältnis stellt ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 S. 1 BGB dar.

2. Verzug

Die A KG ist im Verzug, wenn sie einen fälligen und durchsetzbaren Herausgabeanspruch der F trotz Mahnung nicht befriedigt hat.

a) Fälligkeit

Die nach dem Wortlaut des § 286 Abs. 1 S. 1 BGB erforderliche Fälligkeit liegt aufgrund nicht entgegenstehender Angaben nach § 271 Abs. 1 BGB („sofort“) vor, sodass die A KG das Fahrzeug durch Preisgabe des Standortes hätte sofort herausgeben müssen.

b) Durchsetzbarkeit

Darüber hinaus muss der fällige Herausgabeanspruch durchsetzbar¹⁴ gewesen sein. Die A KG könnte ein die Durchsetzbarkeit hinderndes Zurückbehaltungsrecht aufgrund einer ihr von E abgetretenen Forderung haben. Mangels synallagmatischer Verknüpfung (do ut des) des Herausgabeanspruchs mit etwaigen Forderungen, die abgetreten wurden, kommt ein Zurückbehaltungsrecht nicht nach § 320 Abs. 1 BGB, sondern nach § 273 Abs. 1 BGB in Betracht. Eine laien günstige

Auslegung (§§ 133, 157 BGB) der Aussage, den Standort erst gegen Zahlung bekannt geben zu wollen, lässt eine Deutung dahin gehend zu, dass der vertretungsbefugte G sich auf ein möglicherweise bestehendes Zurückbehaltungsrecht aus abgetretenem Recht berufen¹⁵ hat. Seine Äußerung wird nach §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB in Verbindung mit § 164 Abs. 1 BGB der A KG zugerechnet.

Hinweis: Man könnte zwar an eine GoA im Verhältnis zwischen der A KG und F denken. Jedoch ist insbesondere die hiesige vertragliche Beziehung zwischen der A KG und dem E das entscheidende Momentum gegen die Annahme einer GoA. Hier handelt der Abschleppunternehmer als „pflichtgebundener Geschäftsführer“. Dies spricht nicht grundsätzlich gegen die Annahme einer GoA, allerdings dann, wenn die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers (insbesondere Bezahlung) abschließend im Vertrag geregelt sind.¹⁶ Im Rahmenvertrag sind die Rechte und Pflichten zwischen E und der A KG abschließend geregelt.

aa) Dingliches Rechtsgeschäft (Abtretung)

Daher muss erörtert werden, ob die A KG eine wirksame Forderung von E nach § 398 S. 1 BGB abgetreten bekommen hat.

(1) E als tauglicher Vertragspartner

E wurde in Konformität der §§ 56 ff. BGB ins Vereinsregister eingetragen und ist damit nach § 21 BGB rechtsfähig, sodass Rechtsgeschäfte seiner vertretungsbefugten Organe nach §§ 26 Abs. 1 S. 1, 164 Abs. 1 BGB¹⁷ für und gegen ihn wirken.

(2) Einigung und Bestimmtheit

Beim Einigungsvorgang (Telefonat) ist G für die A KG und V für E aufgetreten. Dabei war V nach § 26 Abs. 1 S. 2 BGB und G nach §§ 161 Abs. 2, 114 ff., 125 ff. HGB mit Vollmacht ausgestattet. Ihre auf ein dingliches Rechtsgeschäft (hier: Abtretung) bezogenen Willenserklärungen entfalten mithin nach § 164 Abs. 1 BGB (bei G zusätzlich unter Anwendung der §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB) für und gegen die A KG einerseits und dem E andererseits rechtliche Wirkung.

Aufgrund der Rechtsnatur der Abtretung als dingliches Rechtsgeschäft (scil. Verfügung) könnte man mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz daran zweifeln, ob eine künftige, noch nicht entstandene Forderung abgetreten werden kann. Eine sog. Vorausabtretung ist nur dann zulässig, wenn die

¹⁴ Die Durchsetzbarkeit als Tatbestandsvoraussetzung des § 286 Abs. 1 BGB kann man zwar nicht dem Gesetz entnehmen, doch wird diese Voraussetzung zu Recht verlangt, vgl. *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 286 Rn. 21 ff. m.w.N.

¹⁵ Konstitutive Voraussetzung für die Verhinderung der Verzugsfolgen bei § 273 Abs. 1 BGB, vgl. *Löwisch/Feldmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 286 Rn. 20.

¹⁶ BGH NJW-RR 2004, 81 (83); vgl. zu einer solchen Konstellation *Huncke*, JURA 2010, 852 (853 f.); daneben *Stöber*, DAR 2008, 72 (73).

¹⁷ Siehe nur *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, Rn. 1134.

Parteiabrede derart bestimmt ist, dass zum Zeitpunkt der Forderungsentstehung die antizipierte Abtretung einer konkreten Forderung erkennbar ist.¹⁸ Im Rahmenvertrag wird der Umstand, der eine Forderung begründen würde, detailliert umschrieben und festgelegt. Diese künftige Forderung muss also aufgrund eines *argumentum a fortiori* ex § 185 Abs. 2 BGB abgetreten werden können. Dass der Anspruchsgegner noch nicht bekannt ist, ist nicht von Bedeutung. Mithin liegt hier kein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz vor.

Folglich wurde eine sog. Vorausabtretung vereinbart, sodass etwaigen Forderungen des E bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses an die A KG nach § 398 S. 1 BGB abgetreten wurden.

(3) Keine rechtsvernichtenden Einwendungen

§ 399 Alt. 1 BGB steht der Abtretung nicht als rechtsvernichtende Einwendung entgegen: E tritt zwar entweder einen etwaigen Befreiungsanspruch bezüglich getätigter Aufwendungen (§ 257 S. 1 BGB) oder einen auf Freistellung von seiner Zahlungsverpflichtung gegenüber der A KG gerichteten Schadensersatzanspruch (Rechtsfolge des § 249 Abs. 1 BGB) gegen einen - künftigen - Falschparker an die A KG als Leistung „an Erfüllung statt“ (§ 364 Abs. 1 BGB) ab. Hierdurch ändert sich der ursprüngliche Befreiungs- bzw. Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch der A KG gegen den Falschparker.¹⁹ Jedoch ist eine Abtretung im Lichte der Ratio des § 399 BGB gerade dann zulässig, wenn der Gläubiger (hier: A KG) seine Forderung in Form eines Zahlungsanspruchs geltend machen kann.²⁰

Unabhängig vom Vorliegen eines auffälligen Missverhältnisses kommt mangels Vergleichbarkeit zwischen der Abschleppfähigkeit und Geldzahlung als auch wegen der fehlenden Zwangslage²¹ bei der E eine Nichtigkeit des Rahmenvertrages nach § 138 Abs. 2 BGB, welche sich auch auf die Abtretung als dingliches Geschäft auswirkte,²² nicht in Betracht.

Schließlich könnte man an eine Nichtigkeit nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 2 Abs. 2 RDG²³ denken. Jedoch setzt § 2 Abs. 2 RDG eine Einziehung einer fremden

oder zum Zwecke der Einziehung auf fremde Rechnung abgetretenen Forderung voraus, wobei die Forderungseinziehung als eigenständiges Geschäft getätigt worden sein muss (Inkassodienstleistung). Die hier gegenständlichen Forderungen stehen zunächst E zu. Entscheidend ist indessen, dass die Forderungsgeltendmachung durch die A KG sowohl auf eigene Rechnung als auch auf eigenes Risiko²⁴ erfolgen soll, sodass gegenüber E eine Abschleppfähigkeit erbracht wird. Mithin kann die Tätigkeit des A kaum als Inkassodienstleistung eingestuft werden, sodass eine Nichtigkeit nach § 134 BGB ausscheidet.

bb) Bestehen der Forderung

Ferner müsste die wirksam abgetretene Forderung bestehen. Eine solche Forderung besteht dann, wenn E von F die Kosten für das Abschleppen hätte ersetzt verlangen können.

(1) Vertragliche Ansprüche

Vertragliche Ansprüche scheiden aus: Dem Hinweisschild lässt sich entnehmen, dass E lediglich den eigenen Mitgliedern für eine bestimmte Dauer einen Parkplatz zum Parken anbieten wollte. Mithin lag ein Angebot der E im Verhältnis zu F nicht vor. Aus diesem Grund scheidet auch das Zustandekommen eines Vertrages nach der Lehre vom sozialtypischen Verhalten aus; über diese Figur lässt sich - sofern man sie überhaupt anerkennt - nur die Annahme eines Angebots konstruieren, nicht aber das Angebot selbst.²⁵

Auch liegt kein Anspruch gem. § 281 Abs. 1 S. 1 BGB vor:²⁶ Zwar kommt ein gesetzliches Schuldverhältnis aus § 1004 Abs. 1 BGB in Betracht. Zumindest wurde keine - erforderliche - Frist zur Beseitigung des Fahrzeugs gegenüber F gesetzt. Insoweit soll nicht näher auf die Sinnhaftigkeit des Weges eingegangen werden.²⁷

(2) Aufwendungsersatzanspruch i.H.v. € 250,- gem. §§ 670, 677, 683 S. 1 BGB

E könnte gegen F einen Aufwendungsersatzanspruch i.H.v. € 250,- gem. §§ 670, 677, 683 S. 1 BGB haben.

(a) Geschäftsführung

Die Beauftragung der A KG durch E erfolgte durch einen Rahmenvertrag. Unabhängig von der genauen Einordnung dieses Vertrages handelt es sich hierbei um eine rechtsgeschäftliche Handlung der E, welche als Geschäft im Sinne des § 677 BGB eingestuft werden muss.

(b) Fremdes Geschäft im Sinne des § 677 BGB

Des Weiteren müsste es sich bei der Beauftragung der A KG um ein für E fremdes Geschäft handeln. Unter einem fremden Geschäft im Sinne des § 677 BGB („Geschäft für einen ande-

¹⁸ Vgl. schon BGH NJW 1989, 2383 (2484 f.); *Schmidt-Kessel*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2014, H. Rn. 15 u. 19.

¹⁹ BGH NJW 2012, 528 (529); vgl. BGH NJW 2010, 2197 (2198 f.).

²⁰ *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 73. Aufl. 2014, § 399 Rn. 4; *Krüger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 257 Rn. 8; *Bittner*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 257 Rn. 11, beide jeweils m.w.N.

²¹ Ausführlicher hierzu LG München I, Urt. v. 14.8.2013 – 15 S 19287/11, Gliederungspunkt II. 2. b) bb) (1) und (2).

²² Dagegen wirkt sich eine Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nicht auf das dingliche Geschäft aus; vgl. hierzu *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 138 Rn. 164 f.; differenzierend *Sack/Fischinger*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 138 Rn. 165 ff.

²³ Näher zu § 2 Abs. 2 RDG *Stöber*, DAR 2008, 72 (74).

²⁴ BGH NJW 2012, 528 (529).

²⁵ Näher hierzu *Hunke*, JURA 2010, 852 (854 m.w.N.).

²⁶ *Bezzenger*, JZ 2005, 373 (375 ff.) regt diesen Weg an; siehe auch OLG Karlsruhe NJW 2012, 1520 (1521).

²⁷ Siehe zur Kritik nur *Gursky* (Fn. 3), § 1004 Rn. 159 m.w.N.

ren“) ist jedes Geschäft zu verstehen, welches in dem Rechts- und Interessenkreis eines anderen liegt.²⁸ An der Fremdheit des Geschäfts könnte man zweifeln, wenn man die gesetzliche Räumungspflicht der F in den Mittelpunkt rückt. Allerdings ist entscheidend, dass E hauptsächlich im eigenen Interesse das Fahrzeug hat abschleppen lassen. Jedenfalls bewegt sich das Geschäft in zwei Interessen- und Rechtskreisen. Hierbei handelt es sich um ein „auch fremdes Geschäft“²⁹, welches als ein „Geschäft für einen anderen“ im Sinne des § 677 BGB qualifiziert werden kann.

(c) *Fremdgeschäftsführungswillen*

Ferner müsste E die Beauftragung der A KG mit einem Fremdgeschäftsführungswillen vorgenommen haben. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass E auch den Willen und das Bewusstsein hatte, eigene Interessen (scil. Ausübung des Selbsthilferechts) wahrzunehmen. Freilich wurde mit dem Geschäft eine Pflicht der F aus §§ 862 Abs. 1, 823 Abs. 1, 985, 1004 Abs. 1 S. 1 BGB oder eben aus §§ 861 Abs. 1, 1007 Abs. 1, Abs. 2 BGB erfüllt. Bei einem solch „auch fremden Geschäft“³⁰ wird (widerleglich) der Fremdgeschäftsführungswille auch bei einem „Mitbesorgen“ eigener Geschäfte vermutet.³¹ Mithin kann widerleglich vermutet werden, E habe mit Fremdgeschäftsführungswillen die A KG beauftragt.

(d) *Kein Rechtsverhältnis: § 677 BGB*

Ferner ist die von § 677 BGB aufgestellte Negativvoraussetzung („ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt“) mangels eines Rechtsverhältnisses oder anderweitiger Berechtigung zwischen E und F erfüllt.³²

(e) *Berechtigung: § 683 S. 1 BGB*

Darüber hinaus müsste nach § 683 S. 1 BGB die Beauftragung der A KG im Interesse der F gelegen haben und ihrem tatsächlichen Willen oder (subsidiär) dem mutmaßlichen Willen zum Zeitpunkt der Geschäftsvornahme entsprechen.

Unabhängig davon, ob F als Besitzstörerin (§ 859 Abs. 1 BGB) oder Besitzentzieherin (§ 859 Abs. 3 BGB)³³ eingestuft

wird, ist das Freiräumen der Parkfläche eine für F objektiv nützliche Handlung, die sie von einer gesetzlichen Handlungspflicht befreit.³⁴ Mithin ist das Beauftragen der A KG – auch – im Interesse der F.

Indessen sind Umstände, die auf einen entsprechenden ausdrücklichen oder konkludenten Willen der F hinweisen könnten, nicht ersichtlich. Demnach ist zu erörtern, ob die Beauftragung der A KG zum Zwecke der Störungsbeseitigung dem mutmaßlichen Willen der F im Zeitpunkt des Geschäfts entsprochen hätte. Beim mutmaßlichen Willen ist dabei grundsätzlich auf die „objektive Nützlichkeit“ des Geschäfts zum Zeitpunkt der Geschäftsübernahme für den Geschäftsherrn abzustellen.³⁵ Die „objektive Nützlichkeit“ des Geschäfts muss anhand aller Umstände des Einzelfalls ermittelt werden.³⁶ Berücksichtigt man die mit der Beauftragung der A KG einhergehende Befreiung der F von ihrer gesetzlichen Beseitigungs- bzw. Herausgabepflicht, so könnte man durchaus annehmen, die Beauftragung sei für F „objektiv nützlich“ und entspreche daher ihrem mutmaßlichen Willen.³⁷ Dagegen spricht freilich, dass die Tatbestandsvoraussetzung des mutmaßlichen Willens im Sinne des § 683 S. 1 BGB nicht darauf ausgerichtet ist, ein pflichtgemäßes Verhalten des Geschäftsherrn zum Zeitpunkt der Geschäftsvornahme herauszufinden: die Vorschrift stellt auf die subjektiven Interessen des Geschäftsherrn ab, die zum Zeitpunkt der Geschäftsvornahme hätten vorliegen können. Man kann also von der „Nützlichkeit eines Geschäfts“ auf den mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn schließen, ist jedoch hierzu nicht denknotwendig verpflichtet. Insofern wird man nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon ausgehen müssen, dass F bei Kenntnis der Sachlage das Auto hätte schlicht wegparken wollen, ohne dabei die Kosten für einen Abschleppunternehmer tragen zu müssen.³⁸ Folglich wird man die Beauftragung der A KG nicht als im mutmaßlichen Willen der F zum Zeitpunkt der Geschäftsvornahme angesiedelt ansehen können.

Nach § 679 BGB könnte der entgegenstehende mutmaßliche Wille der F unbeachtlich sein, wenn ein öffentliches Interesse an der Ausführung des Geschäfts bestand. Fasst man das Falschparken als eine „grassierende Unsitte“ auf, lässt sich durchaus eine Gefahr für die öffentliche Ordnung als im Sinne einer etablierten „Sitte“ der Rechtsverletzung durch Falschparker auffassen, sodass die Vorbeugung dieser „Unsitte“ durch das Abschleppen vom „öffentlichen Interes-

666 (667); Besitzentziehung vertreten von *Baur/Stürner* (Fn. 10), § 9 Rn. 15; *Neuner*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2008, S. 25 Rn. 65.

³⁴ Vgl. *Baldringer/Jordans*, NZV 2005, 75 (77); *Schwarz/Ernst*, NJW 1997, 2550 (2551); *Janssen*, NJW 1995, 624.

³⁵ *Bergmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 683 Rn. 30, 34.

³⁶ *Seiler* (Fn. 31), § 683 Rn. 10 m.w.N.

³⁷ So etwa von *Schwarz/Ernst*, NJW 1997, 2550 (2551), für Fälle der hiesigen Art vertreten.

³⁸ In diese Richtung für Fälle der hiesigen Art argumentierend *Martinek* (Fn. 31), Rn. 110, m.w.N.

²⁸ BGH NJW-RR 2001, 1282 (1284, m.w.N.).

²⁹ Vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2013, Rn. 406 ff.

³⁰ So zutreffend *Pöschke/Sonntag*, JuS 2009, 711 (712); wohl a.A. *Stöber*, DAR 2008, 72 (73); andeutend *Janssen*, NJW 1995, 624: „objektiv fremdes Geschäft“.

³¹ Siehe *Seiler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 677 Rn. 6 m.w.N.; Kritik zur sog. Auch-Gestion *Martinek*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2014, S. Rn. 104 ff., insbesondere Rn. 106, der den Fremdgeschäftsführungswillen eher ablehnen würde (vgl. Rn. 110).

³² § 859 BGB ist für die gegenständliche Frage unerheblich; siehe für eine gutachterliche Darstellung und den Hinweis auf die bisweilen angenommene Ausschlusswirkung des § 859 BGB im Verhältnis zur GoA *Hunke*, Jura 2010, 852 (855).

³³ Besitzstörung differenzierend vertreten von *Schwarz/Ernst*, NJW 1997, 2550 (ebd. m.w.N.); daneben *Dörner*, JuS 1978,

se“ getragen sein könnte.³⁹ Doch eine solche Begriffsauffassung legt ein zu weites Verständnis des „öffentlichen Interesses“ im Sinne des § 679 BGB zugrunde: Dieser Begriff umfasst lediglich spezifische öffentliche Interessen, die sich dadurch ergeben können, dass die Verletzung einer privaten oder öffentlich-rechtlichen Pflicht eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung herbeiführt, also auch - aber nicht ausschließlich - für das Individualrechtsgut eines Anderen.⁴⁰ Daher muss das öffentliche Interesse im hiesigen Sinne eng verstanden und nur dann angenommen werden, wenn etwa das Falschparken zu einer konkreten Gefahr für den Straßenverkehr, bspw. durch die Versperrung anderer Autos, des gesamten Verkehrs oder von Flucht- und Rettungswegen führt.⁴¹ Das Falschparken durch F verursacht keine dieser Gefahren. Folglich lag keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor. Mithin lässt sich kein „öffentliches Interesse“ im Sinne des § 679 BGB annehmen.

Hinweis: Wer der vertretbaren Ansicht folgt, ein öffentliches Interesse läge vor, muss an dieser Stelle die Rechtsfolge der hier gegenständlichen Ansprüche prüfen. Damit muss also erörtert werden, ob die Beauftragung der A KG als erforderliche Aufwendung im Sinne des § 670 BGB zu qualifizieren ist. Kandidaten, die diesen Weg wählen, müssen also bereits hier erörtern, welche der im Sachverhalt aufgeführten Kostenpositionen erstattungsfähig sind und in welcher Höhe sie jeweils ersetzt werden können. Im Ergebnis müssen die unten aufgeführten Wertungen berücksichtigt und entsprechend dem dortigen Ergebnis die Kosten erstattet werden.⁴²

(f) Zwischenergebnis

E hat gegen F keinen Anspruch i.H.v. € 250,- nach §§ 670, 677, 683 S. 1 BGB.

(3) Herausgabeanspruch aus §§ 684 S. 1, 812 ff. BGB

Mangels Einschlägigkeit des § 683 S. 1 BGB kann F verpflichtet sein, E alles, was sie (F) durch die Geschäftsführung erlangt hat, gem. §§ 684 S. 1, 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB (condictio ob rem, causa data causa non secuta) herauszugeben. Unabhängig davon, ob es sich beim Verweis aus § 684 S. 1 BGB um einen Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweis

³⁹ Mit der „grassierenden Unsitte“ argumentierend *Lorenz*, NJW 2009, 1025 (1027); für eine weite Auslegung des „öffentlichen Interesses“ *Janssen*, NJW 1995, 624 (625); daneben *Baldringer/Jordans*, NZV 2005, 75 (77).

⁴⁰ So etwa *Bergmann* (Fn. 35), § 679 Rn. 21; weiter differenzierend *Martinek* (Fn. 31), Rn. 122.

⁴¹ So vertreten von *Stöber*, DAR 2008, 72 (73); *Dörner*, JuS 1978, 666 (669); instruktiv zum Ganzen *Pöschke/Sonntag*, JuS 2009, 711 (713).

⁴² A.A. *Hunke*, JURA 2010, 852 (856). Wer mit *Hunke* argumentiert, aber im Schadensersatz die hiesigen Ergebnisse in Konformität mit BGH NZV 2012, 127 befürwortet, muss sich eine zusätzliche Frage stellen: Ist in einem solchen Falle die GoA neben dem Deliktsrecht anwendbar?

handelt, scheidet ein Anspruch mangels des „erlangten Etwas“ aus: Die Befreiung der F von der eigenen Leistungspflicht zur Beseitigung der Besitzstörung ist nicht als vermögenswerter Vorteil einzustufen⁴³: Es bereitet F keine Probleme, das Fahrzeug selbst zu entfernen. Ein Anspruch aus § 684 S. 1 BGB in Verbindung mit § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB besteht nicht.

Hinweis: Will man in der Befreiung der Leistungspflicht einen wirtschaftlichen Vorteil der F sehen (kaum noch vertretbar), würde man über § 818 Abs. 2 BGB einen Wertersatzanspruch des E bejahen müssen. Hierbei wäre das Problem der aufgedrängten Bereicherung zu diskutieren.

(4) Ersatzanspruch aus § 858 in Verbindung mit § 859 Abs. 1, Abs. 3 BGB

Teils wurde (früher) vertreten, dass ein Ersatzanspruch einer Person, die Selbsthilfe ausübt, direkt aus § 858 in Verbindung mit § 859 Abs. 1, Abs. 3 BGB folgen könne: Dies gelte auch bei Abschleppfällen.⁴⁴ Dem ist zuzugeben, dass es zwar wünschenswert ist, dass die Selbsthilfe ohne Kosten für den Ausübenden erfolgt,⁴⁵ jedoch enthält § 859 BGB keine dahingehende Rechtsfolge. Der dargestellte Anspruch besteht mithin nicht.

(5) Schadensersatzanspruch i.H.v. € 250,- aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB

Ein Schadensersatzanspruch von E gegen F i.H.v. € 250,- kann sich aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB ergeben.

(a) Anwendbarkeit

Der Anwendbarkeit des Deliktsrechts und damit einem Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB könnte die Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 a.E. entgegenstehen. Damit im gegenständlichen Zusammenhang die Sperrwirkung eintritt, müsste ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (i.e. Vindikationslage) zwischen E (als Eigentümer der Parkfläche) und F (als unberechtigte Besitzerin der Parkfläche) vorliegen. Eine dezidierte Prüfung⁴⁶ dieser Lage erübrigt sich an dieser Stelle jedoch bereits dann, wenn die etwaige Sperrwirkung nach § 992 BGB wegen der deliktischen Besitzverschaffung der F nicht greifen sollte.⁴⁷ In Betracht kommt hierbei ein Delikt wegen verbotener Eigenmacht (§ 858 BGB) der F durch das Abstellen auf dem Parkplatz des E.

Dafür müsste Besitz des E durch eine widerrechtliche Handlung der F entzogen oder gestört worden sein. Besitz juristischer Personen wird durch deren Organe ausgeübt, sog.

⁴³ Vgl. hierzu *Dörner*, JuS 1978, 666 (670).

⁴⁴ Siehe hierzu *Dörner*, JuS 1978, 666 (671).

⁴⁵ So das Argument bei *Dörner*, JuS 1978, 666 (671).

⁴⁶ Instruktiv für eine solche Prüfung *Pöschke/Sonntag*, JuS 2009, 711 (714).

⁴⁷ So dann aber auch *Pöschke/Sonntag*, JuS 2009, 711 (714).

Organbesitz.⁴⁸ Zunächst müsste folglich V als Vorstand des Vereins für E unmittelbaren Besitz am Parkplatz ausüben. An einer tatsächlichen Sachherrschaft ließe sich zweifeln, weil der Parkplatz nicht besonders abgeschirmt ist, nicht nur V auf das Grundstück tatsächlich einwirken kann und ihm somit in gewissem Rahmen die Sachherrschaft abgesprochen werden könnte. Hingegen ergibt sich aus der Wertung der §§ 854 Abs. 2, 856 Abs. 2 BGB, dass eine unablässige Einwirkung auf eine Sache nicht konstitutiv für den Besitz ist. Eine ausreichende Machtposition in Bezug auf das Grundstück wird durch die Nutzung der Grundfläche als Parkplatz geschaffen, wobei auch durch das Aufstellen der Schilder ein Herrschaftswille zum Ausdruck gebracht wird. E ist also in unmittelbarem Besitz des Parkplatzes.⁴⁹

F ist kein Mitglied des Vereins und handelte somit durch das Abstellen ihres Fahrzeugs auf dem Vereinsparkplatz entgegen dem Willen (geäußert auf dem Hinweisschild) des E. F hat also durch das Falschparken eine verbotene Eigenmacht nach § 858 Abs. 1 BGB verübt. Ob man in dem Verhalten eine Besitzentziehung im Sinne des § 858 Abs. 1 Alt. 1 BGB oder eine Besitzstörung im Sinne des § 858 Abs. 1 Alt. 2 BGB sehen möchte, ist für das Vorliegen der verbotenen Eigenmacht nicht von Relevanz.

Mithin handelte F deliktisch, sodass die Vorschriften des Deliktsrechts nach § 992 BGB obgleich des Vorliegens der Vindikationslage anwendbar sind.

(b) Rechtsgutsverletzung

Das Falschparken der F führt nicht zu einer Substanzbeeinträchtigung des Parkplatzes des Eigentümers E, sodass aus diesem Grunde eine Rechtsgutsverletzung in Form der Eigentumsverletzung ausscheidet. Allerdings konnte E die Parkfläche seinen Vereinsmitgliedern während der Zeit des Falschparkens nicht anbieten, sodass eine Verletzung in Form einer Nutzungsentziehung vorliegt.⁵⁰ Zudem könnte man in Anlehnung an den Fleet-Fall⁵¹ eine Rechtsgutsverletzung in Form der Einschränkung der Befugnisse des Eigentümers annehmen. Freilich führt eine Klassifizierung von „Dispositionsbefugnisbeeinträchtigungen“⁵² als Rechtsgutsverletzung zu erheblichen systematischen Schwierigkeiten im Deliktsrecht.⁵³ Daher

⁴⁸ K. Schmidt (Fn. 7); Klinck (Fn. 3), V. Rn. 15 i.V.m. Rn. 87, m.w.N.

⁴⁹ Auch eine etwaige Einordnung des Abschleppunternehmens als Besitzdiener aufgrund einer Überwachungsfunktion (so vertreten von Fritzsche, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 32, Stand: 1.8.2014, § 855 Rn. 4; a.A. Woitkewitsch, MDR 2005, 1023 [1024]) ändert nichts an dem Besitz des Grundstückseigentümers (hier: E).

⁵⁰ Für eine solche Einordnung des Falschparkens Lorenz, NJW 2009, 1025 (1026); Janssen, NJW 1995, 624 (625); Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 173 i.V.m. Rn. 180; allgemein hierzu Hager, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2014, T. Rn. 226.

⁵¹ BGHZ 55, 153.

⁵² So ausdrücklich Hager (Fn. 50), Rn. 227.

⁵³ Kritik andeutend Wagner (Fn. 50), § 823 Rn. 180; differenzierend Hager (Fn. 50), Rn. 229 ff.

wird die vorstehende Rechtsprechung nicht transferiert und die „Dispositionsbefugnisbeeinträchtigung“ nicht als Eigentumsverletzung qualifiziert.

Wenn man die mit dem Besitzrecht (hier: am Parkplatz) einhergehende Ausschlussfunktion (§§ 861, 1007 Abs. 1, Abs. 3 BGB e contrario) und die Nutzungsfunktion aus der Wertung des § 987 BGB - jedenfalls - beim berechtigten Besitzer berücksichtigt,⁵⁴ kann man zudem die Verletzung eines sonstigen Rechts nach § 823 Abs. 1 BGB, verstanden als absolutes Recht⁵⁵, in Betracht ziehen.

(c) Haftungsbegründende Kausalität

Die haftungsbegründende Kausalität ist zu bejahen.

(d) Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit wird durch die Rechtsgutsverletzung indiziert.

(e) Verschulden

Auch hat F vorsätzlich, mithin schuldhaft gehandelt.

(f) Schaden

Die durch den Abschleppvorgang verursachten Kosten sind Vermögensseinbußen des E, die als Schaden im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB zu qualifizieren sind.

(g) Haftungsausfüllende Kausalität

Die Ersatzfähigkeit des Schadens bestimmt sich dabei grundsätzlich nach § 249 Abs. 1 BGB und setzt insbesondere die haftungsausfüllende Kausalität voraus. Danach ist die Naturalrestitution geschuldet, also die Herstellung des Zustandes, welcher ohne das schädigende Ereignis vorläge. Allerdings sind nur solche Schäden ersatzfähig, die durch die Rechtsgutsverletzung äquivalent und adäquat kausal verursacht wurden und nicht außerhalb des Schutzzweckes der Norm liegen. Also sind grundsätzlich nur die Kosten als Schaden zu ersetzen, die nicht auch dann entstanden wären, wenn man das Falschparken hinweg dächte. Im gegenständlichen Zusammenhang bietet sich eine Differenzierung der Kosten nach der jeweiligen Abrechnungsposition an: Kosten für den Abschleppvorgang i.H.v. € 150,-, Verwaltungskosten i.H.v. € 60,- und Überwachungskosten i.H.v. € 40,-.

(aa) Abschleppkosten

Zwischen der verbotenen Eigenmacht der F und der Entstehung der Kosten durch den Abschleppvorgang ist eine Handlung des E (scil. Beauftragung der A KG) dazwischengetreten. Es ist daher fraglich, ob die haftungsausfüllende Kausalität hinsichtlich der Abschleppkosten i.H.v. € 150,- bejaht werden kann.

⁵⁴ Ausführlich Medicus/Petersen (Fn. 29), Rn. 607 f.; Wagner (Fn. 50), § 823 Rn. 221.

⁵⁵ Wagner (Fn. 50), § 823 Rn. 205; differenzierend Hager (Fn. 50), Rn. 238.

Die *conditio-sine-qua-non* Formel hilft hier nicht weiter: Die Kosten für den Abschleppvorgang sind unmittelbar auf die Beauftragung der A KG und lediglich mittelbar auf das Falschparken der F zurückzuführen. Daher könnte die Adäquanztheorie weiterhelfen, derzufolge solche Schäden ersatzfähig sind, die nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht außerhalb des zu Erwartenden liegen. Am Eingang zu den Parkplätzen war ein Hinweisschild angebracht, worauf das Abschleppen bei widerrechtlich geparkten Fahrzeugen angekündigt wurde, sodass der Schaden adäquat kausal auf die Rechtsgutsverletzung zurückzuführen ist.

Damit wird jedoch nicht die Frage nach der Einordnung des Dazwischentretens des E beantwortet. Daher ist danach zu fragen, ob der Schutzzweck der Norm den konkret gegenständlichen Schaden zu vermeiden intendiert. Dies ist dann der Fall, wenn der Schaden eine Folge darstellt, „die in den Bereich der Gefahren [fällt], um derentwillen die Rechtsnorm erlassen wurde“⁵⁶ und es muss „ein innerer Zusammenhang zwischen der Pflicht- oder Normverletzung und dem Schaden, nicht nur eine mehr oder weniger zufällige äußere Verbindung“⁵⁷ bestehen. Das normative Momentum liefert in diesem Zusammenhang die Wertung des Selbsthilferechts nach § 859 BGB.⁵⁸ Durch das Falschparken der F könnte also E herausgefordert worden sein, von seinem nach § 859 BGB bestehenden Recht Gebrauch zu machen. Von diesem Recht hat er wegen der durch F veranlassten Handlung Gebrauch gemacht. Freilich ist die Beauftragung der A KG vor der durch F begangenen verbotenen Eigenmacht erfolgt. Man könnte also an einer „Herausforderung“ durch F zweifeln.⁵⁹ Entscheidend ist aber, dass die Beauftragung der A KG mit der Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) erfolgte, das Abschleppen selbst nach einer etwaigen verbotenen Eigenmacht in Form des Falschparkens durchzuführen. Dass diese Bedingung eingetreten ist, wird durch die verbotene Eigenmacht ausgelöst. Insofern ist die Herausforderungssituation in der Herbeiführung der Bedingung zu erblicken. Die durch E gesetzte Bedingung stellt zwar ein Dazwischentreten im Kausalzusammenhang dar, jedoch wird diese Bedingung von F ausgelöst, folglich das Dazwischentreten des E herausgefordert.⁶⁰ Dass E sich herausgefordert fühlen durfte, ergibt sich erneut aus der Wertung des § 859 BGB, woraus sich die „billigenswerte Motivationslage“ des E ableiten lässt. Damit unterbricht das Dazwischentreten des E die normative Zurechnung des bei ihm (E) entstandenen Schadens zur durch F ausgelösten Rechtsgutsverletzung nicht. Für die Abschlepp-

kosten i.H.v. € 150,- ist die haftungsausfüllende Kausalität damit zu bejahen.

(bb) Verwaltungskosten

Freilich fragt es sich, ob die vorstehend aufgeführte Wertung des § 859 BGB auch die Verwaltungskosten i.H.v. € 0,- als vom intendierten Schutzzweck der Norm umfasst erkennen lässt. Zweifeln könnte man insofern, als diese Kostenposition nicht für die Ausübung des Selbsthilferechts relevant ist, sondern erst im nächsten Schritt als Folge des Selbsthilferechts ausgelöst wurde. Geht man also davon aus, dass es sich bei solchen Kosten um einen Aufwand zwecks „Schadensermittlung und zur außergerichtlichen Abwicklung“ handelt, so könnte man annehmen, diese seien nicht vom Schutzzweck der Norm erfasst.⁶¹ Indessen sind die Kosten notwendige Bedingung der Schadensbeseitigung, ist doch ein Abschleppvorgang ohne die durchgeführten Tätigkeiten schlicht unmöglich. Somit fallen die Kosten im unmittelbaren Zusammenhang mit der Schadensbeseitigung an, sodass die Wertung des § 859 Abs. 1 u. 3 BGB auch auf diese Kostenposition durchschlägt. Folglich kann die normative Zurechnung erfolgen und die haftungsausfüllende Kausalität auch für den Betrag i.H.v. € 60,- bejaht werden.

(cc) Überwachungskosten

Schließlich ist zu erörtern, ob die haftungsausfüllende Kausalität auch im Hinblick auf die Überwachungskosten i.H.v. € 40,- zu bejahen ist. Hierbei gestalten sich die zeitliche Abfolge und die wertende Betrachtung anders als bei den vorstehenden Kostenpositionen, sodass die bisherigen Erwägungen an dieser Stelle nicht tragen. Diese Kosten sind dadurch entstanden, dass E eine vorsorgliche Überwachung durch die A KG hat ausführen lassen (sog. Vorsorgeaufwendung). Denkt man die Rechtsgutsverletzung durch F hinweg, entfallen die Kosten nicht. Damit ist bereits die Äquivalenz zu verneinen. Indessen ist hier aus normativer Perspektive zu berücksichtigen, dass die Überwachung auch dazu dienen kann, einen potentiellen Schaden so klein wie möglich zu halten: Die Überwachung soll zum alsbaldigen Erkennen und Beseitigen eines etwaigen Schadens führen. Ein solches Verständnis würde die Wertung der Schadensminderungspflicht eines Geschädigten nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB als normatives Momentum in die haftungsausfüllende Kausalität verlagern und hierüber eine normative Zurechenbarkeit begründen.⁶²

Gegen eine solche Annahme muss jedoch vorgebracht werden, dass die Überwachung primär zum Zwecke der Abschreckung durchgeführt wird. Durch die Überwachung selbst wird also keine Schadensminderung intendiert. Zudem stehen die Überwachungskosten in keinerlei Zusammenhang zur verbotenen Eigenmacht, sondern stehen eigenständig neben dieser Handlung und dienen lediglich der Feststellung

⁵⁶ BGHZ 164, 50 (60).

⁵⁷ BGHZ 164, 50 (60); daneben zum Kriterium der Schutzzweck der Norm *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 249 Rn. 120 ff.

⁵⁸ Hierzu ausführlich BGHZ 181, 233 (240 f.).

⁵⁹ Soweit ersichtlich gehen die Rechtsprechung und Literatur auf diesen Aspekt nicht ein.

⁶⁰ Siehe zu den sog. „Herausforderungsfällen“ und der damit zusammenhängenden mittelbaren Kausalität *Oetker* (Fn. 57), § 249 Rn. 157 ff.; *Vieweg*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2014, J. Rn. 111 ff.

⁶¹ Vgl. insofern den Denkansatz bei BGH NZV 2012, 127 (128) m.w.N.

⁶² Kritisch und ausführlich *Oetker* (Fn. 57), § 249 Rn. 198 ff., insbesondere Rn. 200.

der verbotenen Eigenmacht. In einem solchen Falle müssen allgemeine Überwachungstätigkeiten der Sphäre des – späteren – Geschädigten zugerechnet werden.⁶³ Folglich sind die Überwachungskosten i.H.v. € 40,- nicht haftungsausfüllend kausal.

(dd) Zwischenergebnis

Mithin sind die Abschlepp- und Verwaltungskosten i.H.v. € 210,- haftungsausfüllend kausal. Die Art der Ersatzfähigkeit bestimmt sich nach § 249 Abs. 1 BGB, sodass F Freistellung von der Zahlungsverpflichtung des V gegenüber der A KG schuldet. Dagegen sind die Überwachungskosten i.H.v. € 70,- nicht ersatzfähig.

(h) Mitverschulden

Unabhängig davon, ob eine Warte- und Nachforschungspflicht mit Blick auf § 859 Abs. 1 u. 3 BGB im gegenständlichen Zusammenhang bestünde,⁶⁴ stellt die zeitnahe Ausübung des Selbsthilferechts kein Mitverschulden nach § 254 Abs. 1 BGB dar.

Allerdings verlangt die A KG keine ortsüblichen, sondern höhere Tarife. Man kann in der Beauftragung eines Unternehmens mit überhöhten Tarifen ein Mitverschulden des E wegen Verletzung einer Schadensminderungsobliegenheit nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB⁶⁵ erblicken. Das generelle Wirtschaftlichkeitsgebot im Schadensrecht verlangt vom Geschädigten „unter mehreren zum Schadensausgleich führenden Möglichkeiten im Rahmen des ihm Zumutbaren und unter Berücksichtigung seiner individuellen Lage grundsätzlich den wirtschaftlichsten Weg zu wählen.“⁶⁶ Konkret bei der Schadensminderungsobliegenheit soll der Geschädigte „im Rahmen des von einem vernünftigen und sorgfältigen Menschen zu Erwartenden dazu beitragen, dass der Schaden nicht unnö-

tig groß wird“⁶⁷. Demnach hätte E sich über die ortsüblichen Tarife informieren und nicht den teuersten Anbieter in der Region auswählen dürfen.⁶⁸ Auch war sich V über die überhöhten Preise der A KG im Klaren, sodass er fahrlässig handelte und diese Handlung dem E nach §§ 26 Abs. 1 S. 1, 278 S. 1 BGB zugerechnet wird. Demzufolge hat E gegen die Schadensminderungsobliegenheit verstoßen, sodass ihn insoweit ein Mitverschulden nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB trifft. Daher ist der Anspruch bis zur Grenze der ortsüblichen Tarife zu kürzen.⁶⁹ Ortsüblich sind für den Abschleppvorgang als solchen € 100,- und die Verwaltungstätigkeiten € 40.

(i) Zwischenergebnis

E hatte also gegen F einen Schadensersatzanspruch i.H.v. € 140,- nach §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB.

(6) Schadensersatzanspruch §§ 823 Abs. 2 i.V.m. 858 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB

Darüber hinaus kommt ein Schadensersatzanspruch nach §§ 823 Abs. 2 i.V.m. 858 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB in Betracht.

(a) Schutzgesetz

Man könnte zwar am drittschützenden Charakter des § 858 BGB wegen des mangelnden Individualschutzes denken, weil die Funktion der Vorschrift ausschließlich im Herbeiführen des Rechtsfriedens zu erblicken sei.⁷⁰ Dies würde jedoch verkennen, dass der konkrete Besitzer auch individuell vor Störungen und Entziehungen des Besitzes geschützt wird. Insoweit ist § 858 BGB – jedenfalls für den berechtigten Besitzer – als Rechtsnorm (Art. 2 EGBGB) ein Schutzgesetz.⁷¹

(b) Verstoß gegen das Schutzgesetz

Indem F verbotene Eigenmacht ausübte, verletzte sie ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.

(c) Rechtswidrigkeit und Verschulden

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

⁶³ So zu Recht für eine allgemeine Parkraumüberwachung BGH NJW 2012, 528 (529).

⁶⁴ Ablehnend insoweit *Lorenz*, NJW 2009, 1025 (1026); näher *Pöschke/Sonntag*, JuS 2009, 711 (715).

⁶⁵ Während in BGH NZV 2012, 127 (128) Erwägungen zur Wirtschaftlichkeit eines Abschleppvorgangs – systematisch überzeugend – im Rahmen einer „Schadensminderungspflicht“ i.S.d. § 254 Abs. 2 BGB angestellt wurden, ordnete der BGH in einem aktuellen Urteil (v. 4.7.2014 – V ZR 229/13, Rn. 22 f. = NZM 2014, 763 [765]) die Wirtschaftlichkeit in die „Erforderlichkeit“ der Kosten ein. Damit wird diese Voraussetzung also in die Tatbestandsvoraussetzungen des § 249 Abs. 1 BGB integriert, was systematisch wenig überzeugen kann, in der Klausur aber vollkommen vertretbar ist; siehe für Kritik an der früheren Rechtsprechungslinie des BGH, die nunmehr fortgeführt wird, bereits *Oetker* (Fn. 57), § 249 Rn. 386; siehe auch *Martinek* (Fn. 31), Rn. 112, der im Rahmen von Abschleppfällen die „Schadensminderungsobliegenheit“ des Geschädigten in § 254 Abs. 2 S. 1 BGB verortet; zutreffend auch die Einordnung von *Pöschke/Sonntag*, JuS 2009, 711 (715).

⁶⁶ So ausdrücklich BGH NZM 2014, 763 (765).

⁶⁷ *Oetker* (Fn. 57), § 254 Rn. 76.

⁶⁸ In einem ähnlich gelagerten Fall dieses Ergebnis implizierend BGH NZM 2014, 763 (765); vgl. auch LG München I, Ur. v. 14.8.2013 – 15 S 19287/11, Gliederungspunkt II. 2. d) cc).

⁶⁹ Vgl. BGH NZM 2014, 763 (766); zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Schadensminderungsobliegenheit auch *Oetker* (Fn. 57), § 254 Rn. 105 ff.

⁷⁰ So vertreten von *Dörner*, JuS 1978, 666 (668); *Gursky*, JZ 1997, 1094 (1095); *Medicus/Petersen* (Fn. 29), Rn. 621 mit Fn. 46; zögerlich *Prütting*, Sachenrecht, 35. Aufl. 2014, Rn. 128: „wohl“.

⁷¹ Ständige Rechtsprechung seit BGHZ 73, 355 (362); vgl. im gegenständlichen Kontext BGHZ 181, 233 (238).

(d) Rechtsfolge

Grundsätzlich ist auf Rechtsfolgenseite in Anlehnung an die oben ausgeführten Erwägungen die Ersatzfähigkeit von € 140,- zu bejahen. Etwas anderes kann sich nur dann ergeben, wenn das Verhalten des E nicht vom Schutzbereich des Selbsthilferechts (haftungsausfüllende Kausalität) erfasst ist.⁷² Insofern könnte man die Konformität der Beauftragung des Abschleppunternehmens mit § 859 Abs. 1 und 3 BGB prüfen, wobei § 859 Abs. 3 BGB etwas strenger ist, weil die Selbsthilfe „sofort“ erfolgt sein muss. Daher müsste man sich grundsätzlich entscheiden, ob das Falschparken eine Besitzstörung oder eine teilweise Besizentziehung darstellt.⁷³ Allerdings ist die Beauftragung zeitlich vorgelagert und der Abschleppvorgang unmittelbar nach dem widerrechtlichen Abstellen des Fahrzeugs erfolgt, sodass die strengere Voraussetzung des § 859 Abs. 3 BGB vorliegt. Es bedarf also keines Streitentscheids.

Mithin ist ein Anspruch des E gegen F i.H.v. € 140,- – auch – nach §§ 823 Abs. 2, 858 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB entstanden.

(e) Rechtsvernichtende Einwendungen

Diesem Anspruch könnten jedoch rechtsvernichtende Einwendungen entgegenstehen.

(aa) Verhältnismäßigkeit

Das Selbsthilferecht stellt eine Durchbrechung des staatlichen Gewaltmonopols dar, sodass nach der Wertung des § 242 BGB nur eine verhältnismäßig durchgeführte Besitzwehr, respektive Besitzkehr, zulässig ist: die Zweck-Mittel-Relation ist entscheidend.⁷⁴ Danach ist „die Ausübung eines Rechts [...] unzulässig, wenn sie der Gegenseite unverhältnismäßig große Nachteile zufügt und andere, weniger schwerwiegende Maßnahmen möglich gewesen wären, die den Interessen des Berechtigten ebenso gut Rechnung getragen hätten oder ihm zumindest zumutbar gewesen wären“.⁷⁵ Der Rahmenvertrag zwischen E und A KG ist mit der Pflicht der Nachforschung und Wartezeit bewusst darauf ausgerichtet, eine schonende Maßnahme zu erwirken. Eine solch abgestufte Vorgehensweise trägt dem Interesse des Schädigers (hier: F) hinreichend Rechnung, sodass die Verhältnismäßigkeit der Ausübung des Selbsthilferechts zu bejahen ist.

(bb) Treu und Glauben

Des Weiteren darf mit der Ausübung des Selbsthilferechts nicht gegen den allgemeinen Grundsatz des Treu und Glau-

bens nach § 242 BGB⁷⁶ verstoßen worden sein. Danach darf das Selbsthilferecht nicht ausgeübt werden, wenn keine schutzwürdigen Interessen verfolgt werden.⁷⁷ Es ließe sich vorbringen, die Ausübung des Selbsthilferechts im Zusammenhang mit einem Parkplatz ist nur bei einer tatsächlich bestehenden Beeinträchtigung – etwa wenn das Falschparken tatsächlich ein Parkplatzmangel erzeugt – zulässig.⁷⁸ Eine solche Annahme würde jedoch zu einer Duldungspflicht des Besitzers bis zur Grenze der vollständigen Besizentziehung, respektive -störung, entgegen der Wertung des § 859 Abs. 1 und 3 BGB führen⁷⁹ und vermag nicht zu überzeugen. Vielmehr ist entscheidend, dass § 859 Abs. 1 u. 3 BGB schlicht an das Vorliegen einer solchen deliktischen Handlung die Befugnisse des Besitzers anknüpft. Mithin steht § 242 BGB dem Anspruch aus §§ 823 Abs. 2, 858 Abs. 1 BGB nicht entgegen.

(f) Zwischenergebnis

Folglich besteht ein Schadensersatzanspruch des E gegen F i.H.v. € 140,- – auch – nach §§ 823 Abs. 2 i.V.m. 858 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB.

(7) Zwischenergebnis

Demnach hatte E Ansprüche, die er wirksam an die A KG abtreten konnte. Diese Ansprüche konnte die A KG der F aus abgetretenem Recht als wirksame Gegenforderungen i.S.d. § 273 Abs. 1 BGB entgegenhalten.

cc) Sonstige Vss. des § 273 Abs. 1 BGB

Zudem sind die Wechselseitigkeit von Haupt- und Gegenleistung, die Fälligkeit des Anspruchs (§ 271 Abs. 1 BGB) und die Konnexität, damit also der einheitliche Lebenssachverhalt zu bejahen.

dd) Kein Ausschluss nach § 273 Abs. 3 BGB

Allerdings hat F die Summe von € 140,- beim AG Frankfurt a.M. eingezahlt. Eine solche Zahlung kann nach § 273 Abs. 3 S. 1 BGB als Sicherheitsleistung aufgefasst werden. Eine Sicherheitsleistung i.d.S. kann nach § 232 Abs. 1 Alt. 1 BGB durch Hinterlegung der Geldsumme erfolgen. Das AG Frankfurt a.M. ist für den Empfang einer solchen Hinterlegung zuständig.⁸⁰ Damit war die Hinterlegung des Geldes durch F bei dem AG Frankfurt a.M. wirksam. Wie vorstehend erörtert, waren die Überwachungskosten nicht ersatzfähig, sodass die hinterlegte Summe die Gegenforderung im vollen Um-

⁷² Näher hierzu *Pöschke/Sonntag*, JuS 2009, 711 (715).

⁷³ Für eine Festlegung *Hunke*, Jura 2010, 852 (858), die freilich ein zeitgleiches Vorliegen einer Besitzstörung und der teilweisen Besizentziehung annimmt; offenlassend BGHZ 181, 233 (238).

⁷⁴ BGHZ 181, 233 (238 f.).

⁷⁵ *Roth/Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 242 Rn. 417.

⁷⁶ Zur Anwendbarkeit des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben neben der Verhältnismäßigkeit BGHZ 181, 233 (239).

⁷⁷ Siehe hierzu *Roth/Schubert* (Fn. 75), § 242 Rn. 406.

⁷⁸ Zu diesem Denkansatz BGHZ 181, 233 (239 f.).

⁷⁹ Daher ebenfalls ablehnend BGHZ 181, 233 (239 f.); zuvor schon *Lorenz*, NJW 2009, 1025 (1026).

⁸⁰ Siehe Bearbeitungshinweis. Die Empfangszuständigkeit für Hinterlegungen ergibt sich aus landesspezifischen Regelungen: Nach § 1 Abs. 2 Hessischem Hinterlegungsgesetz (HintG) sind Amtsgerichte „Hinterlegungsstellen“.

fang abgedeckt hat.⁸¹ Mithin hat F ihre Schuld durch die Sicherheitsleistung „beglichen“, sodass das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 3 BGB ausgeschlossen wurde.

c) Mahnung

Eine nach § 286 Abs. 1 S. 1 BGB erforderliche Mahnung lag nicht vor. G hat jedoch ernsthaft verweigert, sodass diese Weigerung nach §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB i.V.m. § 164 Abs. 1 BGB der A KG zugerechnet wird. Demnach ist eine Mahnung gem. § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich.

d) Vertretenmüssen

G erkannte, dass der A KG kein Zurückbehaltungsrecht zusteht, sodass er vorsätzlich handelte. Dieses Verschulden des G wird der A KG zugerechnet, sodass sie die Pflichtverletzung nach §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB i.V.m. §§ 280 Abs. 1 S. 2, 286 Abs. 4, 278 S. 1 BGB zu vertreten hat.

e) Ersatzfähiger Schaden

Die Kosten, die aufgrund der Beschaffung des Mietwagens entstanden sind, müssten einen kausalen, ersatzfähigen Verzugsschaden darstellen. Verzugsschäden sind dabei auch Aufwendungen, die der Gläubiger wegen der Verzögerung der Leistung vornehmen musste.⁸² F benötigte einen Mietwagen, um ihrer Arbeitsverpflichtung nachkommen zu können, sodass die Aufwendungen einen Verzögerungsschaden darstellen. Wenn man die Verzögerung der Herausgabe wegdunkelt, wäre die Miete des PKW nicht notwendig gewesen, sodass die Kausalität des Schadenseintritts zu bejahen ist. Mangels Möglichkeit der Naturalrestitution richtet sich die Ersatzfähigkeit des haftungsausfüllend kausalen Schadens nicht nach § 249 Abs. 1 u. 2 S.1 BGB, sondern nach § 251 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

f) Zwischenergebnis

F hatte folglich einen durchsetzbaren Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugs, welches schuldhaft durch die A KG verweigert wurde, wodurch der F ein haftungsausfüllend kausaler Schaden i.H.v. € 250,- entstanden ist.

3. Zwischenergebnis

Die zusätzlichen Voraussetzungen nach §§ 280 Abs. 1 u. 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB liegen folglich vor.

V. Ergebnis

Ein Anspruch der F gegen die A KG i.H.v. € 250,- aus §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1 u. 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 u. 3, 6 Abs. 1, 124 Abs. 1 HGB besteht.

B. Deliktische und bereicherungsrechtliche Ansprüche

Schadensersatz- und bereicherungsrechtliche Ansprüche scheiden aufgrund der Sperrwirkung nach § 993 Abs. 1 a.E. BGB aus.

C. Gesamtergebnis

F hat gegen die A KG einen Schadensersatzanspruch i.H.v. € 250,- nach §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1 u. 2, 286 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 S. 1, 6 Abs. 1, 124 Abs. 1 HGB.

⁸¹ Dies ist für die Wirkung des § 273 Abs. 3 BGB entscheidend, vgl. Krüger (Fn. 20), § 273 Rn. 98.

⁸² Ernst (Fn. 14), § 286 Rn. 153.

Fortgeschrittenenklausur: Alles oder nichts

Von Wiss. Mitarbeiter **Tilman Schultheiß**, Leipzig*

Sachverhalt

Die in der Nahrungsmittelfabrikation aktive Wurst-GmbH (W) benötigt einen Kredit für anstehende Investitionen größeren Umfangs. Aus diesem Grund wendet sich ihr Alleingeschäftsführer H an die Mammon-Bank (M) und ersucht diese um ein Darlehen in Höhe von € 3,5 Mio. M ist gegen Stellung entsprechender Sicherheiten bereit, ein solches Darlehen zu gewähren. Das Darlehen soll eine Laufzeit von zwei Jahren ab Valutierung haben.

Als Bürgin bietet H die Brot&mehr-GmbH (B) für den vollen Darlehensbetrag an, mit deren Solvenz die M auch einverstanden ist. Das an die B übersandte und ansonsten unausgefüllte Standard-Formular der M enthält in Ziffer 1 den Hinweis, dass es sich um eine auf € 3,5 Mio bezogene, selbstschuldnerische „Höchstbetragsbürgschaft“ handelt. In einer weiteren Ziffer des Formulars heißt es zudem, dass die Bürgschaft „zusätzlich Zinsen, Provisionen und Kosten, die aus den verbürgten Ansprüchen oder durch deren Geltendmachung entstehen, umfasst, und zwar auch dann, wenn dadurch der Höchstbetrag überschritten wird“. Es findet sich ein hervorgehobener und deutlich sichtbarer Hinweis auf diese Ziffer im Formular. Der Geschäftsführer der B sendet der M daraufhin ein entsprechend ausgefülltes Telefax, das einer ihrer Mitarbeiter zu den Kreditakten nimmt.

M fordert aber noch weitere Sicherheiten von W. H schlägt daher vor, eine Grundschuld in Höhe von € 35 Mio. zugunsten der M an dem im Eigentum der Fußball-AG (F) stehenden Fußballplatz bestellen zu lassen. Der Vorstand der F schließt die entsprechenden Verträge und die Grundschuld wird als Buchgrundschuld in Höhe der Darlehenssumme bestellt. Das Grundstück hatte zu dieser Zeit einen Verkehrswert von € 1 Mio.

Einige Zeit nachdem die M das Darlehen im August 2012 valutiert hat, ist sie gezwungen, die Grundschuld zur Bereinigung eigener Finanzierungsprobleme sicherungshalber an die Imperial-Bank (I) zu übertragen. Dabei war den Parteien von vornherein klar, dass es sich nur um eine vorübergehende Angelegenheit handeln solle. So wird die Grundschuld auch kurze Zeit später wieder an die M zurückübertragen.

Bereits im Sommer 2013 laufen die Geschäfte der W zunehmend schlechter, da der „Veggie-Day“ große Resonanz findet. Nachdem sich die schlechte wirtschaftliche Lage der W auch für die M erkennbar abzeichnet, kündigt sie das Darlehen gegenüber W. Schließlich wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen der W eröffnet. Nach Abschluss des Insolvenzverfahrens wird die W aufgelöst und aus dem Handelsregister gelöscht. M wendet sich daher am 11.4.2014 an B und verlangt Zahlung von dieser in Höhe von € 3,5 Mio. zuzüglich entstandener Zinsen und Kosten in Höhe von € 500.000,-.

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Reinhard Welter an der Universität Leipzig.

Frage

Bestehen die Ansprüche von M gegen die B?

Bearbeitungsvermerk

Die Fragen sind gutachterlich zu beantworten. Insolvenzzrechtliche Normen sind nicht zu prüfen.

Lösungshinweise

M könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung von € 4Mio. aus §§ 765, 488 Abs. 1 S. 2 BGB haben.

I. Anspruch entstanden

1. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

Dies setzt voraus, dass M und B einen wirksamen Bürgschaftsvertrag geschlossen haben.

a) Antrag und Annahme

Ein Bürgschaftsvertrag setzt als zweiseitiges Rechtsgeschäft zwei korrespondierende Willenserklärungen voraus, Antrag und Annahme (§§ 145, 147 BGB).¹ Es ist in Ermangelung gegenteiliger Angaben davon auszugehen, dass sowohl M als auch B (vgl. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG) ordnungsgemäß vertreten waren, §§ 164 ff. BGB. Durch die Übermittlung des Formulars der M an B wurde noch kein Antrag, sondern lediglich eine *invitatio ad offerendum* abgegeben, da das Formular noch unausgefüllt war und die *essentialia negotii* des Bürgschaftsvertrages (Hauptforderung, Hauptschuldner, Gläubiger) noch nicht enthielt.² Allerdings ist davon auszugehen, dass B durch die Absendung des Bürgschaftsformulars einen entsprechenden Antrag gegenüber der M abgegeben hat. Dieses hat M, vertreten durch den Sachbearbeiter gemäß § 164 Abs. 1, 3 BGB, auch angenommen. Die Abgabe sowie der Zugang dieser Annahmeerklärung war gemäß § 151 S. 1 Alt. 1 BGB entbehrlich, da es bei rechtlich vorteilhaften Erklärungen wie *Interzessionen* (hier: Gewinn eines weiteren Schuldners) nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist.³

b) Form

Fraglich ist aber, ob dieser Vertrag der Form des § 766 S. 1 BGB entspricht oder die rechtshindernde Einwendung gemäß § 125 S. 1 BGB einem Anspruch entgegensteht. Demnach muss die Erklärung des Bürgen schriftlich erteilt werden. Eine Bürgschaft per Telefax mag zwar das Schriftformerfor-

¹ Terminologie: Es handelt sich zwar um einen einseitig verpflichtenden Vertrag, aber dennoch um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, vgl. zu den Arten vertraglicher Schuldverhältnisse *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 20. Aufl. 2012, Rn. 114. Zur Abgrenzung der Bürgschaft von Garantie und Schuldbeitritt vgl. *Artz/Ludwigkeit*, ZJS 2014, 514 (514).

² Vgl. *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. 2010, Rn. 358.

³ Vgl. *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 73. Aufl. 2014, § 151 Rn. 4.

dernis erfüllen, da in das Faxgerät schließlich eine unterschriebene Urkunde im Sinne des § 126 BGB eingelegt wird.⁴ Indes fehlt es insofern an der Erteilung der Bürgschaftserklärung, da darunter die willentliche Entäußerung der Originalurkunde in Richtung des Gläubigers dergestalt zu verstehen ist, dass jener die Verfügungsmacht mindestens vorübergehend erlangt.⁵ Bei dem Telefax handelt es sich aber letztlich um eine bloße Kopie dieser Originalurkunde, so dass das Formerfordernis des § 766 S. 1 BGB nicht erfüllt ist.

Allerdings könnte vorliegend die Ausnahme von dem Formerfordernis in § 350 HGB greifen. Demnach ist auf eine Bürgschaft die Norm des § 766 S. 1, S. 2 BGB nicht anzuwenden, wenn diese aufseiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist.⁶ Nach dem klaren Wortlaut des § 350 HGB sind davon sowohl die Schriftform als solche als auch die Erteilung als besonderer Bestandteil der Form erfasst.⁷ Ein Handelsgeschäft ist ein Geschäft eines Kaufmanns, das zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört, § 343 Abs. 1 HGB. Abzugrenzen sind solche Handelsgeschäfte grundsätzlich von den Privatgeschäften eines Kaufmanns, der im Rahmen seiner privaten Tätigkeit wiederum als schutzbedürftig angesehen wird. Es ist nicht ersichtlich, ob das Geschäft zum Betrieb des Handelsgewerbes der B gehörte. Zugunsten eines Handelsgeschäfts spricht allerdings zum einen die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB; diese ist hier nicht widerlegt (vgl. § 292 ZPO). Bei der GmbH handelt es sich um einen Kaufmann kraft Rechtsform, §§ 6 Abs. 1 S. 1 HGB, 13 Abs. 3 GmbHG. Handelsgesellschaften können im Rahmen ihrer Tätigkeit im Rechtsverkehr aber ohnehin nur Handelsgeschäfte abschließen,⁸ so dass es auch auf die Vermutung des § 344 HGB nicht ankommt.

Folglich bestand wegen § 350 HGB keine Formbedürftigkeit nach § 766 S. 1 BGB.⁹

c) Vereinbarter Anspruchsumfang

Fraglich ist, ob überhaupt ein Anspruch i.H.v. € 4 Mio. vereinbart wurde. Grundsätzlich orientiert sich der Umfang der Bürgenhaftung aufgrund der Akzessorietät der Bürgschaft am jeweiligen Umfang der Hauptverbindlichkeit (§§ 765 Abs. 1, 767 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Parteien können allerdings eine abweichende Regelung dergestalt treffen, dass sich der Umfang der Bürgenschuld nach einem in der Höhe gedeckelten

Betrag richtet (sog. Höchstbetragsbürgschaft). Die Hauptverbindlichkeit ist dann nur bis zum Erreichen des vereinbarten Höchstbetrages maßgeblich für den Umfang der Bürgenhaftung, während es bei einer Tilgung beim Grundsatz der Akzessorietät bleibt; hierin liegt eine partielle Abbedingung des dispositiven § 767 Abs. 1 S. 2 BGB.¹⁰

Im Bürgschaftsvertrag war vorgesehen, dass die Einstandspflicht der B auf € 3,5 Mio. begrenzt ist. Fraglich ist daher, ob B dennoch auch für den darüber hinausgehenden Betrag einstehen muss. Dies setzt voraus, dass eine solche Vereinbarung insbesondere mit Blick auf die §§ 305 ff. BGB wirksam ist.

aa) AGB-Qualität der Vereinbarung

Es handelt es sich nach den Angaben im Sachverhalt um ein „Standard-Formular“ der M, so dass davon auszugehen ist, dass dieses stets Verwendung findet (vgl. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB).¹¹ Zwar handelt es sich bei der B um einen Unternehmer qua Rechtsform (vgl. §§ 13, 14 BGB, wonach Verbraucher nur natürliche Personen sein können), so dass der Anwendungsbereich der AGB-Normen beschränkt ist, § 310 Abs. 1 S. 1 BGB. Allerdings sind durch § 310 Abs. 1 S. 1 BGB nur spezifische Vorschriften ausgenommen (§§ 308 f., 305 Abs. 2, Abs. 3 BGB), während eine AGB-Kontrolle im Übrigen möglich bleibt. Die Klausel stellt eine allgemeine Geschäftsbedingung nach § 305 Abs. 1 BGB dar.

bb) Überraschende Klausel nach § 305c Abs. 1 BGB

Es könnte sich um eine überraschende Klausel im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB handeln.¹² Eine überraschende Klausel liegt vor, wenn diese nach den Umständen, insbesondere wegen ihres Inhalts (sog. materielle Überraschung) oder wegen ihres äußeren Erscheinungsbildes (sog. formale Überraschung) so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner des Verwenders nicht mit ihr rechnen müssen.¹³

Ein Teil der Literatur vertritt die Auffassung, dass es sich bei einer derartigen Klausel in der Regel um eine materielle Überraschung im Sinne des § 305c BGB handelt. Enthält das Bürgschaftsformular die Bezeichnung „Höchstbetragsbürgschaft“, brauche der Bürge demnach nicht damit zu rechnen, dass er auch über den vereinbarten Höchstbetrag hinaus haftet.¹⁴

⁴ Siehe *Schmolke*, JuS 2009, 585 (586).

⁵ *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 73. Aufl. 2014, § 766 Rn. 4.

⁶ Telos: Gewährleistung der Leichtigkeit des Handelsverkehrs wegen geringerer Schutzbedürftigkeit des Kaufmanns, der erfahren im Geschäftsverkehr auftritt, vgl. *K. Schmidt*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 350 Rn. 1. Zu einer ähnlichen Fallgestaltung vgl. auch *Artz/Ludwigkeit*, ZJS 2014, 514 (515 f.).

⁷ *K. Schmidt* (Fn. 6), § 350 Rn. 18.

⁸ *Schade*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 259; *K. Schmidt* (Fn. 6), § 343 Rn. 13.

⁹ Zum Streit, ob § 350 HGB auch auf Gesellschafter Anwendung findet vgl. *Fezer*, Klausurenkurs im Handelsrecht, 6. Aufl. 2013, Rn. 334 ff.

¹⁰ BGH NJW 2013, 1534 m. Bespr. *Schultheiß*, VuR 2013, 219; vgl. zur Höchstbetragsbürgschaft im Allgemeinen *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, 8. Aufl. 2012, Rn. 952 und 1029.

¹¹ Vgl. zu den Voraussetzungen im Einzelnen *Lorenz/Gärtner*, JuS 2013, 199 (200).

¹² § 305c Abs. 1 BGB bleibt anwendbar, § 310 Abs. 1 S. 1 BGB.

¹³ BGHZ 101, 29 (33); vgl. dazu auch *Medicus* (Fn. 2), Rn. 416 f.

¹⁴ Für Fälle der Verbraucherbürgschaft *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 765 Rn. 111; *Roloff*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 305c Rn. 14.

Gegen die Annahme einer materiellen Überraschung spricht jedoch zum einen, dass die Verwendung derartiger Klauseln den Usancen der Vertragsgestaltung in der Bankwirtschaft entspricht;¹⁵ es handelt sich insofern nach den Umständen vielmehr um eine Klausel, die üblicherweise Verwendung findet. Zum anderen scheidet auch eine formale Überraschung im vorliegenden Fall deshalb aus, weil sich ein deutlich erkennbarer Hinweis und eine Hervorhebung im Formular fanden.¹⁶ Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Bürgen um einen Unternehmer handelt, der mit einer solchen Gestaltung eher rechnen muss als ein Verbraucher.¹⁷

cc) Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 1 S. 1 BGB

Die Klausel könnte gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 1 S. 1 BGB verstoßen.

Dies setzt voraus, dass das Kontrollregime sub specie § 307 Abs. 3 S. 1 BGB überhaupt eröffnet ist. Das ist wiederum der Fall, wenn von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Der Begriff der Rechtsvorschriften im Sinne des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB ist denkbar weit zu verstehen; darunter fallen nicht nur formelle und materielle Gesetze, sondern etwa auch das Richterrecht - etwa in Gestalt der st. Rspr. des BGH.¹⁸ Klauseln, die unmittelbar die Hauptleistung festlegen sind daher der Inhaltskontrolle entzogen (z.B. die konkret abgesicherte Hauptforderung).¹⁹ Dahingegen sind alle Abreden, die sich mittelbar auf die Hauptleistungspflichten auswirken, kontrollfähig.²⁰ Die Hauptleistung der B besteht vorliegend darin, die Haftung für die Hauptforderung bis zu einem Betrag von € 4 Mio. zu übernehmen. Durch die Vereinbarung, dass auch Nebenleistungen von der Bürgenhaftung umfasst werden sollen, wird eine Abrede getroffen, die sich mittelbar auf den Umfang der Hauptleistungspflichten auswirkt (sog. Nebenabrede).²¹ Folglich ist das Kontrollregime des § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB eröffnet.

Weite Teile der Literatur²² sowie die BGH-Rspr.²³ sehen in dieser Klausel einen Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 1 S. 1 BGB. Der Sinn und Zweck der Höchstbetragsbürgschaft ist schließlich darin zu sehen, das Haftungsrisiko des Bürgen summenmäßig endgültig festzulegen und zu

begrenzen.²⁴ Der Bürge soll sich im Rahmen seiner eigenen Kalkulation gerade darauf verlassen können, nicht für mehr einstehen zu müssen, als er bei Vertragsschluss erkennen kann. Der in dieser Begrenzung liegende vertragswesentliche Schutz des Bürgen wird durch eine Erweiterungsklausel, wie sie das von M verwendete Formular enthält, weitgehend beseitigt. Es kann eine den Höchstbetrag weit übersteigende Bürgenhaftung eintreten (z.B. durch Zinsen). Die Klausel begründet für den Bürgen ein unkalkulierbares Risiko, das nach dem Sinn und Zweck der Höchstbetragsbürgschaft gerade ausgeschaltet werden soll.²⁵

Möglicherweise folgt eine andere Beurteilung aber aus § 767 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB. Der Gesetzgeber sieht in § 767 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB eine Ausdehnung der Bürgenhaftung vor, wenn sich die Gläubigerforderung durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners erhöht (§ 767 Abs. 1 S. 2 BGB) bzw. wenn diesem Kosten durch Kündigung oder Rechtsverfolgung entstehen (§ 767 Abs. 2 BGB). Ist also eine Haftungserweiterung insofern durchaus als im Gesetz bereits angelegt anzusehen, kann darin im Grundsatz auch keine Unangemessenheit im Sinne des § 307 BGB liegen.

Dagegen spricht aber wiederum Folgendes: Die in § 765 BGB normierte Bürgschaft bezieht sich aber auf die Haftung für Verbindlichkeiten ohne summenmäßige Begrenzung. Die Höchstbetragsbürgschaft bildet davon gerade eine Ausnahme. Von der Idee einer unbegrenzten Bürgschaft ausgehend regelt § 767 BGB dann auch lediglich, welcher Stand der Hauptverbindlichkeit für die Bürgenhaftung maßgebend ist. Die Vereinbarung einer Höchstbetragsbürgschaft schränkt demgegenüber den im gesetzlichen Regelfall (§§ 767 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB) geltenden Haftungsumfang des Bürgen ein. Die Aufnahme eines Höchstbetrags in die Bürgschaftsurkunde ist daher grundsätzlich so zu verstehen, dass sie das Risiko der Verpflichtung in der Weise verringert – und zwar auch in Abweichung von § 767 Abs. 1 S. 2 BGB – dass der Bürge unter keinen Umständen für die Ansprüche des Gläubigers gegen den Hauptschuldner über den vereinbarten Höchstbetrag hinaus einzustehen hat.²⁶

Weitere Ansprüche des Gläubigers gegen den Bürgen entstehen dann allein dadurch, dass der Bürge selbst in Verzug gerät oder sonstige Pflichten aus dem Bürgschaftsvertrag verletzt (d.h. allein bei Leistungsstörungen auf Bürgenseite).²⁷ Das Kreditinstitut kann die eigenen Belange dadurch rechtzeitig wahren, dass es das Zins- und Kostenrisiko bei Festlegung des Höchstbetrags mit berücksichtigt.

dd) Zwischenergebnis

Die entsprechende Ziffer des Bürgschaftsvertrages ist damit unwirksam (bzw. nicht einbezogen, soweit man die Klausel für überraschend hält), soweit diese Bestimmung einen den

¹⁵ Dies einräumend auch *Roloff* (Fn. 14), § 305c Rn. 14.

¹⁶ Ausdrücklich offengelassen aber von BGHZ 151, 374 = JA 2003, 91.

¹⁷ A.A. gut vertretbar.

¹⁸ *Roloff* (Fn. 14), § 307 Rn. 39.

¹⁹ Vgl. *Lorenz/Gärtner*, JuS 2013, 199 (201).

²⁰ Vgl. dazu *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 73. Aufl. 2014, § 307 Rn. 44; *Schultheiß*, WuB IV C § 307 BGB 1.13.

²¹ BGHZ 151, 374 = JA 2003, 91.

²² *Horn*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2012, § 765 Rn. 40; *Habersack* (Fn. 14), § 765 Rn. 11 m.w.N.; *Rohe*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 33. Ed., Stand: 1.11.2014, § 767 Rn. 8 und 10.

²³ BGHZ 151, 374 = JA 2003, 91.

²⁴ Vgl. auch BGH NJW 2013, 1534 m. Bespr. *Schultheiß*, VuR 2013, 219; so schon BGHZ 151, 374 = JA 2003, 91.

²⁵ BGHZ 151, 374 = JA 2003, 91.

²⁶ BGHZ 151, 374 = JA 2003, 91.

²⁷ *Habersack* (Fn. 14), § 765 Rn. 111; BGHZ 151, 374 = JA 2003, 91.

Höchstbetrag übersteigenden vertraglichen Anspruch des Gläubigers begründet. Damit ist eine Haftung der B für die Kosten und Zinsen in Höhe von € 500.000,- ausgeschlossen, da diese den Höchstbetrag übersteigen.

Ob darin eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion nach § 306 Abs. 1 BGB zu sehen ist, ist zu bezweifeln, da zumindest im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung die Lücke im Bürgschaftsvertrag geschlossen werden kann.²⁸ Für beide Vertragsparteien ist bei Vertragsschluss deutlich gewesen, dass der Bürge bei Eintritt des Sicherungsfalles bis zu einem Betrag von € 3,5 Mio. haftet.

2. Forderung

Des Weiteren müsste eine Forderung bestehen (Entstehungsakzessorietät), § 765 Abs. 1, 767 Abs. 1 S. 1 BGB. Zur Zeit des Vertragsschlusses war das Darlehen zwar noch nicht an W valutiert, so dass kein Anspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB bestand. Allerdings können auch künftige Ansprüche gesichert werden, § 765 Abs. 2 BGB. Voraussetzung ist lediglich, dass die Forderung im Zeitpunkt ihrer Entstehung bestimmt ist, d.h. deren Rechtsboden bereits besteht. Dies war hier der Fall.

II. Anspruch erloschen

Möglicherweise ist der Anspruch wieder erloschen. In Betracht kommen allein schuldnerbezogene Einwendungen, die B über § 767 BGB geltend machen kann.

1. Durch Löschung des Hauptschuldners

Ein Erlöschensgrund könnte sich daraus ergeben, dass der Hauptschuldner mittlerweile liquidiert und aus dem Handelsregister gelöscht worden ist. Der Löschung (vgl. § 394 Abs. 1 FamFG) aus dem Handelsregister ging die Liquidation der GmbH voraus (§ 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG), die in deren Vollbeendigung mündete.²⁹ Dadurch hat die W ihre Rechtssubjektivität verloren. Dadurch ist auch die Verbindlichkeit erloschen, was sich wegen § 767 Abs. 1 S. 1 BGB auch auf die Bürgschaft auswirkt.

Fraglich ist allerdings, ob § 767 Abs. 1 S. 1 BGB auf diesen Fall überhaupt angewendet werden kann. Immerhin ist die Löschung eine Folge der Insolvenz des Hauptschuldners, deren Absicherung die Bürgschaft gerade dienen sollte; der Bürge übernimmt für den Gläubiger auch das Insolvenzrisiko. In dieser Konstellation geraten also der Akzessorietätsgrundsatz und der Sicherungszweck der Bürgschaft miteinander in einen Konflikt. Der Sicherungszweck der Bürgschaft genießt hierbei allerdings Vorrang, so dass eine Ausnahme vom Akzessorietätsgrundsatz zu machen ist, wenn das Erlöschen der Hauptforderung auf den Vermögensverfall des Schuldners zurückgeht.³⁰ § 767 Abs. 1 S. 1 BGB ist dement-

sprechend mit Blick auf den Sicherungszweck der Bürgschaft teleologisch zu reduzieren; die Bürgschaft wird so zu einem selbständigen Recht.

2. Durch Aufgabe einer Sicherheit gemäß § 776 S. 1 BGB

Der Anspruch könnte jedoch gemäß § 776 BGB erloschen sein, als M die Grundsuld an I zederte.

a) Sicherheit im Sinne des § 776 BGB

Zunächst müsste es sich um eine Sicherheit im Sinne des § 776 BGB handeln. Dort ist durchweg lediglich die Rede von akzessorischen Sicherheiten, worunter die Grundsuld gerade nicht fällt.³¹ Möglicherweise lässt sich die Norm aber entsprechend auf nicht-akzessorische Sicherheiten anwenden. Dies ist anhand des Sinn und Zwecks der Vorschrift zu ermitteln. Dieser besteht darin, dem Bürgen den Rückgriffsanspruch gegen andere Sicherungsgeber nach der Befriedigung des Gläubigers zu sichern.³² Damit hat der Gesetzgeber die aus der *cessio legis* gemäß §§ 774 Abs. 1, 401, 412 BGB folgenden Regressansprüche im Auge gehabt.

Allerdings können Rückgriffsansprüche auch bei nicht-akzessorischen Sicherheiten bestehen. Diese folgen dann zwar nicht aus §§ 774 Abs. 1, 401, 412 BGB, da eine derart weite Interpretation den Wortlautrahmen verlassen würde. Allerdings wird der in diesen Normen zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke auch bei der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) entsprechender Rechtsgeschäfte zwischen Bürgen und Gläubiger herangezogen. Die Zession wird dann als schuldrechtliche Übertragungspflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen aus dem Sicherungsvertrag konstruiert.³³ Je nachdem, zwischen welchen Parteien der Sicherungsvertrag besteht (Gläubiger-Hauptschuldner, Gläubiger-Bürge oder beides), kann es sich dann um einen Anspruch aus einem Vertrag zugunsten Dritter handeln (§ 328 BGB). Hier ist demnach in die Vereinbarung zwischen B und M eine solche Übertragungspflicht der M hineinzulesen. Bei einer Inanspruchnahme des B durch M würde lediglich eine Zugumzug-Verurteilung des B auf Zahlung gegen Übertragung der Grundsuld durch die M erfolgen.³⁴

Folglich handelt es sich bei der Grundsuld um eine Sicherheit im Sinne des § 776 BGB.

b) Aufgabe der Sicherheit

Die Sicherheit müsste von M aufgegeben worden sein. Eine Aufgabe in diesem Sinne liegt vor, wenn der Gläubiger durch eine gewollte Handlung auf die Sicherheit selbst, auf ihre

danken des § 254 Abs. 2 InsO (für den Insolvenzplan). Dies gilt auch für andere akzessorische Sicherheiten.

³¹ Vgl. *Braun/Schultheiß*, JuS 2013, 973 (973); *Artz/Ludwigkeit*, ZJS 2014, 514 (515).

³² *Habersack* (Fn. 14), § 776 Rn. 1.

³³ BGH NJW 2013, 2508 m. Bespr. *K. Schmidt*, JuS 2014, 71 (72), m.w.N.; *Habersack* (Fn. 14), § 774 Rn. 10; *Artz/Ludwigkeit* ZJS 2014, 514 (515).

³⁴ BGH NJW 2013, 2508 m. Bespr. *K. Schmidt*, JuS 2014, 71 (72).

²⁸ Vgl. dazu BGHZ 137, 153 (157) = NJW 1998, 450.

²⁹ Vgl. im Einzelnen *Reischl*, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 191.

³⁰ H.M., vgl. BGH NJW 2003, 1250; BGH NJW-RR 2010, 977; *Bülow* (Fn. 10), Rn. 971, mit Verweis auf den Rechtsge-

Verwertungsmöglichkeit oder sonst bewusst auf ihren wirtschaftlichen Wert verzichtet.³⁵ Hier hat M die Sicherheit nur temporär übertragen. Allerdings ist es mit Blick auf das Telos der Norm unerheblich, ob die Sicherheit endgültig zum Erlöschen gebracht wird oder aus anderen Gründen aus den Händen des ursprünglichen Gläubigers fällt und daher nicht mehr in die Regressmasse des Bürgen fällt. Daher kann eine Aufgabe grundsätzlich auch dann bejaht werden, wenn die Sicherheit an einen Dritten übertragen wird, so dass ein Verzicht gegenüber dem Sicherungsgeber nicht zwingend erforderlich ist.³⁶

Dass die Grundschuld der B zum Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme eigentlich gar nicht zur Verfügung stand, sondern erst später bestellt wurde, führt zu keinem anderen Ergebnis. Denn über § 776 S. 2 BGB fallen auch nachträglich erworbene Sicherheiten in den Kreis der Rechte, aufgrund derer ein Bürge Regress nehmen kann.

c) Vereitelung des Bürgenregresses

Durch die Aufgabe der Sicherheit müsste schließlich auch der Bürgenregress vereitelt worden sein.³⁷ Dies ist nur dann der Fall, wenn der Bürge eine reale und nicht lediglich hypothetische Regressmöglichkeit verliert (entscheidend ist, dass der Bürge Ersatz hätte „erlangen“ und nicht bloß rechtlich „verlangen“ können)³⁸. Zu prüfen ist demnach, inwieweit ein Regress infolge einer Inanspruchnahme möglich gewesen wäre. Hatte das aufgegebene Recht zu dem Zeitpunkt, in welchem es auf den Bürgen übergegangen wäre bzw. dieser einen entsprechenden Übertragungsanspruch erlangt hätte, keinen wirtschaftlichen Wert, wird der Bürge auch nicht nach § 776 BGB frei,³⁹ andernfalls würde der Bürge durch die Aufgabe einer Sicherheit zugleich ungerechtfertigt privilegiert. So bleibt die Enthftung des Bürgen auf den Wert des tatsächlich entgangenen Rückgriffs beschränkt.⁴⁰

Das Grundstück hatte bereits zur Zeit der Bestellung der Grundschuld lediglich einen Verkehrswert von € 1 Mb. Demnach hätte auch im Falle der Versteigerung⁴¹ (vgl.

³⁵ Zu den hier vertretenen Auffassungen ausführlich *Artz/Ludwigkeit*, ZJS 2014, 514 (516); BGH NJW 2013, 2508 m. Bespr. *K. Schmidt*, JuS 2014, 71 (72), m.w.N. zur st. Rspr. des BGH.

³⁶ Auch an dieser Stelle kann bereits die Rechtsnatur des § 776 BGB als Leistungsverweigerungsrecht oder Einwendung erörtert werden.

³⁷ Auch an dieser Stelle wäre die Prüfung, ob nicht-akzessorische Sicherheiten unter § 776 BGB fallen, möglich gewesen.

³⁸ *Habersack* (Fn. 14), § 776 Rn. 11; ebenso OLG Bamberg EWiR 2012, 281 = WM 2012, 691.

³⁹ OLG Bamberg EWiR 2012, 281 = WM 2012, 691.

⁴⁰ BGH NJW 2013, 2508 (2510), m. Bespr. *K. Schmidt*, JuS 2014, 71 (72).

⁴¹ Für einen Ertrag i.R. einer Zwangsverwaltung (vgl. §§ 146 ff. ZVG) lassen sich dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte entnehmen, die Eintragung eines (weiteren) Grundpfandrechts in Gestalt der Zwangshypothek ist sogar unzulässig, vgl. *Braun/Schultheiß*, JuS 2013, 871 (871), m.w.N.

§§ 864, 866 ZPO, 15 ff. ZVG) zum Zwecke der Realisierung des Anspruchs aus § 1147 keinen höheren Wert einbringen können⁴². B hätte wirtschaftlich also maximal einen Ersatzanspruch i.H.v. € 1 Mio. realisieren können.

Fraglich ist, ob dieser Betrag noch einmal nach den Gedanken⁴³ (!) der §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB halbiert werden muss. Immerhin wäre ohne eine entsprechende Vereinbarung ein voller Regress der B aus der Grundschuld gegen F ohnehin nicht in Betracht gekommen; vielmehr wäre nur ein anteiliger Ausgleichsanspruch der B i.H.v. € 1,75 Mio. durchsetzbar gewesen, um das Problem des Wettlaufs der Sicherungsgeber zu vermeiden.⁴⁴ Allerdings geht es hier um zwei verschiedene Aspekte: Das Problem des Wettlaufs der Sicherungsgeber betrifft allein die rechtliche Ebene des Umfangs der Ausgleichspflicht, während die Regressrealisierung eine wirtschaftliche Ebene berührt, die von der rechtlichen Verpflichtung – jedenfalls außerhalb der Insolvenz des potenziell Regresspflichtigen – unabhängig ist. Da der potenzielle Ausgleichsanspruch des B den wirtschaftlich realisierbaren Betrag hier ohnehin übersteigt, ist keine Reduzierung des Betrages von € 1 Mio. vorzunehmen.

Demnach ist der Bürgenregress durch die Aufgabe der Sicherheit i.H.v. € 1 Mio. vereitelt worden.

d) Rechtsfolgen der Aufgabe

Fraglich ist schließlich, ob ein Erlöschen der Bürgenforderung deshalb zu verneinen ist, weil die Grundschuld wieder an M rückübertragen wurde. Dies wäre dann der Fall, wenn es sich bei § 776 S. 1 BGB um ein bloßes Leistungsverweigerungsrecht handelt.⁴⁵ Ist in § 776 S. 1 BGB dahingegen eine rechtsvernichtende Einwendung zu sehen, würde der Anspruch aus § 765 BGB nicht wiederbegründet werden.

Die h.M. geht seit jeher von einer rechtsvernichtenden Einwendung aus.⁴⁶ Dafür spricht zunächst der Wortlaut der Norm, der anordnet, dass der Bürge „frei“ wird. Bei bloß dilatorisch wirkenden Einreden findet sich typischerweise die Formulierung, dass der Schuldner die Leistung „verweigern“ könne (vgl. etwa §§ 273, 320 BGB). Auch der systematische Vergleich mit § 777 Abs. 1 S. 1 BGB spricht für einen Einwendungstatbestand: Dort ist die Rede davon, dass der Bürge auf Zeit mit Zeitablauf frei wird, wobei insofern zweifellos nur ein endgültiges Erlöschen der Forderung aus § 765 BGB gemeint sein kann.

⁴² Dazu *Braun/Schultheiß*, JuS 2013, 871 (871).

⁴³ Eine unmittelbare Anwendung scheitert aufgrund der fehlenden Akzessorietät der Grundschuld sowie der tatbestandlichen Beschränkung des § 774 Abs. 2 BGB auf „Mitbürgen“, vgl. aber zum Anwendungsbereich des § 774 Abs. 2 BGB auch *Schultheiß*, JuS 2014, 143.

⁴⁴ Vgl. zu dieser ganz h.M. *Bülow* (Fn. 10), Rn. 1021 und 238.

⁴⁵ Vgl. zu Leistungsverweigerungsrechten auch *Derleder/Karabulut*, JuS 2014, 102; zu einer parallelen Fallkonstellation *Artz/Ludwigkeit*, ZJS 2014, 514 (517).

⁴⁶ Vgl. die Nachw. BGH NJW 2013, 2508 (2509 f.), m. Bespr. *K. Schmidt*, JuS 2014, 71 (72); *Bülow* (Fn. 10), Rn. 1008; *Artz/Ludwigkeit*, ZJS 2014 514 (517).

Des Weiteren widerspräche ein durch die Qualifizierung als Leistungsverweigerungsrecht herbeigeführter Schwebezustand dem Gebot der Rechtssicherheit: Der Bürge soll zur Wahrung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit so bald wie möglich wissen, ob und in welchem Umfang er von einer Haftung frei geworden ist⁴⁷ und nicht in einem Zustand der Ungewissheit verharren müssen. Diese Wertung kommt auch in § 776 S. 2 BGB zum Ausdruck, da insofern deutlich wird, dass eine (wieder) hinzutretende Sicherheit nicht einen eingetretenen Verlust kompensiert, sondern eine Begünstigung des Bürgen herbeiführen soll.

Schließlich würde der Bürge durch ein bloßes Leistungsverweigerungsrecht auch an der frühzeitigen Sicherung etwaiger Regressansprüche gehindert werden. Der Bürge kann im Zweifel bereits vor Fälligkeit des Bürgschaftsanspruchs an den Gläubiger leisten,⁴⁸ um sich bereits Regressansprüche gegen andere Sicherungsgeber zu sichern, wenn absehbar ist, dass der Hauptschuldner nicht zahlen kann. Ist die Sicherheit (temporär) nicht im Vermögen des Gläubigers, kann der Bürge trotz Leistung an den Gläubiger zum einen nicht auf die Sicherheit zugreifen und zum anderen läuft er Gefahr, auf eine nicht bestehende Schuld zu leisten, wenn die Sicherheit endgültig wegfällt.⁴⁹

e) Kein Rechtsmissbrauch

Schließlich dürfte die Berufung auf das Erlöschen der Bürgschaft gemäß § 776 BGB auch nicht rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 242 BGB sein. Ein Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn eine Partei ohne schützenswertes Eigeninteresse beachtliche Interessen eines anderen verletzt.⁵⁰ Allerdings ist ein Gläubiger, der eine Sicherheit zum Nachteil des Bürgen aufgibt, gerade nicht schutzbedürftig.

3. Zwischenergebnis

Der Anspruch der M ist daher i.H.v. € 1 Mio. teilweise erloschen.

III. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch i.H.v. € 2,5 Mio. müsste auch durchsetzbar sein. Bürgenbezogene Einreden sind nicht ersichtlich; vorliegend besteht insbesondere keine Einrede der Vorausklage, da sich B nach dem Wortlaut der Bürgschaftsurkunde selbstschuldnerisch verbürgt hat, § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

Möglicherweise kann sich B über § 768 Abs. 1 S. 1 BGB jedoch auf die schuldnerbezogene Einrede der mangelnden Fälligkeit (vgl. § 271 BGB) berufen. Der Darlehensrückzahlungsanspruch sollte hier zwei Jahre nach Valutierung fällig sein. Die Valutierung erfolgte im August 2012. Demnach trat

die Fälligkeit erst zum August 2014 ein, so dass am 11.4.14 noch die Einrede der mangelnden Fälligkeit besteht.

1. Wegfall der Einrede durch Löschung des Hauptschuldners

Etwas anderes könnte sich zunächst aus dem Umstand ergeben, dass der Hauptschuldner gelöscht wurde. Dadurch ist nach allgemeinen Grundsätzen auch die Hauptforderung erloschen. Die Bürgschaft besteht als quasi-selbständiges Recht dann weiter fort.⁵¹ Allerdings bedeutet diese Verselbständigung der Bürgschaft nicht, dass die Forderung aus § 765 BGB jeglichen Bezuges zur erloschenen Hauptforderung entledigt würde. Vielmehr wird sie lediglich vom Bestand der Hauptforderung entkoppelt und bleibt im Übrigen (d.h. hinsichtlich des Umfangs und der entsprechenden Vertragskonditionen) weiterhin inhaltlich von dieser abhängig. Demnach muss von einer fiktiven Hauptforderung ausgegangen werden, nach deren Konditionen sich auch die Durchsetzbarkeit der Bürgschaft bestimmt.

Folglich bleibt die Fälligkeit der Hauptforderung auch weiterhin maßgeblich.

2. Wegfall der Einrede infolge der Kündigung des Darlehens

Möglicherweise hat M die Forderung jedoch noch rechtzeitig fällig gestellt. M hat gegenüber W die Kündigung erklärt, wodurch Fälligkeit der Forderung eingetreten sein könnte; inwieweit eine solche Kündigung insolvenzrechtlich Bestand gehabt hätte, sollte nicht erörtert werden.⁵² Grundsätzlich besteht nur für Darlehen die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung, für welche keine Laufzeit bestimmt ist (arg. e contrario § 488 Abs. 3 S. 1 BGB). Haben die Parteien für das Darlehen eine Zeitbestimmung für die Rückzahlung gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB getroffen (sog. Festdarlehen, hier z.B. 2 Jahre), ist das ordentliche Kündigungsrecht kraft Parteivereinbarung ausgeschlossen.⁵³

Möglicherweise konnte die M jedoch außerordentlich kündigen durch den absehbaren Vermögensverfall der W. Dass dies möglich bleibt, ergibt sich explizit aus § 490 Abs. 1 BGB. Die M hat erkannt, dass sich die Vermögensverhältnisse der W wesentlich verschlechtert haben. Folglich war eine außerordentliche Kündigung möglich.

Der Anspruch ist damit auch durchsetzbar.⁵⁴

IV. Ergebnis

M kann von B Zahlung i.H.v. € 2,5 Mio. verlangen.

⁴⁷ BGH NJW 2013, 2508 (2510) m. Bespr. K. Schmidt, JuS 2014, 71 (72).

⁴⁸ Dazu Schultheiß, JuS 2014, 143.

⁴⁹ BGH NJW 2013, 2508 (2510) m. Bespr. K. Schmidt, JuS 2014, 71 (72).

⁵⁰ BGH NJW 2013, 2508 (2511) m. Bespr. K. Schmidt, JuS 2014, 71 (72).

⁵¹ BGH NJW 2003, 1250.

⁵² Problematisch wären insoweit die §§ 129 Abs. 1, 133 Abs. 1 InsO.

⁵³ K. P. Berger, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 488 Rn. 224.

⁵⁴ Die Fälligkeit der Zinsen folgt aus § 488 Abs. 2 BGB.

Fortgeschrittenenklausur: Der verpasste Aufstieg

Von Wiss. Mitarbeiter **Markus Philipp**, Leipzig*

Die Klausur ist als fünfstündige Übungsklausur zur Vorbereitung auf die Erste Juristische Prüfung konzipiert und wurde im Rahmen des Leipziger Examensklausurenkurses (LEO) gestellt. 27 % der Arbeiten wurden mit mangelhaft bewertet. Der Durchschnitt betrug 5,91 Punkte. Die Schwierigkeit der Klausur besteht darin, Grundwissen (Schadensersatz aus Vertrag und Delikt, Kausalität und Zurechnung) auch in einer unbekanntem Einkleidung anwenden zu können. Wegen des Umfangs der Klausur ist eine richtige Schwerpunktsetzung unerlässlich. Der Lösungsvorschlag geht erheblich über das hinaus, was im Rahmen einer fünfständigen Klausur erwartet werden kann.

Sachverhalt

F ist treuer und leidgeprüfter Anhänger des Fußballvereins SV e.V. Nach vielen Jahren der Zweitklassigkeit bietet sich diesem nun zum Saisonende die Möglichkeit, wieder in die 1. Liga aufzusteigen. Hierzu muss der SV allerdings am Samstag das letzte Saisonspiel im eigenen Stadion gegen den direkten Konkurrenten Einheit gewinnen.

F, der die seligen Erstligazeiten nur aus Erzählungen im Fanblock kennt, brennt auf das Spiel und bereitet sich akribisch auf den Samstag vor. Bereits am Mittwoch kauft er sich an der Stadionkasse, welche mit einer Angestellten des Vereins besetzt ist, seine Eintrittskarte. An der Scheibe des Ticketschalters hängt in Sichthöhe ein Aushang, der mit „Nutzungsbedingungen“ überschrieben ist und der u. a. folgende Regelung enthält:

§ 11: Jeder Zuschauer hat sich innerhalb des Stadions so zu verhalten, dass der Spielbetrieb nicht beeinträchtigt wird und er sich oder andere nicht gefährdet. Insbesondere untersagt sind das Mitführen und Verwenden von Feuerwerkskörpern sowie das Werfen von Gegenständen.

Am Samstagmorgen kommen F Bedenken, ob die handgemalten Transparente für den Support genügen. Er überlegt sich daher für den Fall, dass der SV in Rückstand geraten und daher besondere Unterstützung notwendig werden sollte, noch etwas „Handfestes“.

Hierzu wendet er sich an B, von dem er weiß, dass dieser ihm Böller und sog. bengalische Feuer beschaffen kann. Nachdem F dem B seinen Plan erläutert hat, überreicht ihm dieser ein Sortiment mit Böllern und Fackeln. F gelingt es, diese ins Stadion zu bringen, weil der Verein zu wenige Ordner eingesetzt hat. Diese kontrollieren zudem wegen des Besucheransturms nur oberflächlich. Bereits weit vor Anpfiff unterstützt F mit Schal, Plakat und lauter Stimme seinen SV. Als die Partie dann endlich beginnt, zeigt sich schnell, dass der Aufstiegsdruck heute die Beine der SV'ler lähmt. Zwar

können sie die Angriffe von Einheit zunächst noch abwehren, in der 20. Minute ist es aber soweit und es fällt das 1:0 für Einheit. Als kurz vor der Halbzeit der Schiedsrichter (S) auf Elfmeter für Einheit entscheidet und sich der Schütze die Gelegenheit zum 2:0 nicht entgehen lässt, schwankt der Gemütszustand von F zwischen Wut und Enttäuschung. Beides richtet sich zunächst gegen den Schiedsrichter. Diesen beschimpft F auf dem Weg in die Halbzeitpause für S und alle in der Nähe befindlichen Zuschauer gut hörbar mit: „Du gekauftes Arschloch! An deiner Stelle wäre ich ganz vorsichtig. Wenn du mit deiner Schieberei so weiter machst, kann ich für nichts garantieren. Ich weiß, wo du wohnst und wo dein Auto steht“.

Zu Beginn der zweiten Halbzeit setzt F dann seinen „handfesten“ Plan in die Tat um. Zunächst wirft er zwei leistungsstarke Böller in den Innenraum des Stadions, wo diese direkt neben einem dort vom Verein eingesetzten Ordner O explodieren. Dieser erleidet daraufhin einen Riss im Trommelfell. Sodann entzündet F in seiner Hand zwei bengalische Feuer und hüllt den Fanblock für ca. zwei Minuten in dichten Rauch. Hierbei erleidet der direkt neben F stehende Dauerkarteninhaber X eine schwere Rauchvergiftung. Kurz darauf wird F von mehreren Polizisten gegriffen und nach Feststellung der Personalien aus dem Stadion verwiesen, sodass ihm wenigstens erspart bleibt, die 1:7 Niederlage des SV mit ansehen zu müssen.

Allerdings geht der Stadionbesuch in die Verlängerung: Zunächst bekommt F Post von Rechtsanwalt R, der den S vertritt. Dieser verlangt im Namen seines Mandanten die Zahlung einer Entschädigung wegen der Äußerung in der Halbzeit sowie die Unterlassung solcher oder ähnlicher Aussagen. S pfeife regelmäßig Spiele des SV und wolle so etwas nicht noch einmal erleben. Die Beschuldigungen seien haltlos, da, was zutrifft, die Entscheidungen des S im Spiel richtig gewesen seien und S auch sonst in keinerlei Zusammenhang mit Spielmanipulationen stehe. F ist erbost über diese Dreistigkeit, man müsse doch wenigstens im Stadion mal seine Meinung sagen dürfen.

Doch damit nicht genug. Das Sportgericht des Fußballverbandes, dem der SV, ebenso wie alle anderen Vereine der 1. und 2. Liga, angehört, verhängt aufgrund der von F verursachten Vorfälle gegen den SV eine Geldstrafe von €20.000,-. Zwar betragen die Strafen für derartige Vergehen sonst nur €10.000,-, allerdings gab es in der Saison bereits einen ähnlichen Vorfall, mit dem F aber nichts zu tun hatte. Es handelt sich daher nun um einen Wiederholungsfall, der härter bestraft wird. Der SV möchte F nun in Regress nehmen, schließlich habe dieser ja die Strafe erst ausgelöst. F meint hingegen, ihn gehe es nichts an, wenn sich der SV intern gegenüber dem Verband bei bestimmten Vorfällen zu Strafzahlungen verpflichte. Außerdem wolle der Verband nicht den Fan, sondern den Verein disziplinieren. Schließlich treffe den SV als Veranstalter die Pflicht, die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen einzuhalten. Vor allem könne es nicht zu seinen Lasten gehen, dass vor ihm schon ein anderer gezündelt habe.

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht von Prof. Dr. Ekkehard Becker-Eberhard an der Juristenfakultät der Universität Leipzig und Rechtsanwalt in Leipzig.

Der verletzte Ordner verlangt von B, der durch Befragung des F ausfindig gemacht werden konnte, Ersatz für die Fahrtkosten seiner langjährigen Freundin (€280,-, €20,- pro Tag), die ihn, um die Genesung zu unterstützen, während seines 2-wöchigen Krankenhausaufenthalts täglich besucht hat. B wendet ein, dass, auch wenn nach Meinung der Ärzte regelmäßige Besuche förderlich seien, O 30 und nicht 13 Jahre alt sei und daher auch mal ohne seelischen Beistand auskommen müsse. Außerdem habe er seiner Freundin die Fahrtkosten ja selbst nicht zahlen müssen. B überlegt, ob er für den Fall, dass er an O bezahlen muss, sich bei F wenigstens teilweise schadlos halten kann.

X verlangt vom SV Ersatz seiner Heilbehandlungskosten i.H.v. € 3.000,-, da dieser das Inferno durch seine laschen Kontrollen erst ermöglicht habe.

Fallfragen

1. Kann der SV von F Zahlung der €20.000,- verlangen?
2. Kann O von B Zahlung von €280,- verlangen?
3. Kann B, eine Zahlung an O unterstellt, bei F Regress nehmen?
4. Hat X gegen den SV Anspruch auf Ersatz seiner Heilbehandlungskosten?
5. Bestehen die im Sachverhalt angesprochenen Ansprüche des S gegen F? Unterstellt, S kann von F Unterlassung verlangen: Wie wäre dieser Anspruch zu vollstrecken? Wor-auf sollte R hier bei der Antragstellung im Prozess achten?

Bearbeitervermerk

Alle Vereine der 1. und 2. Fußballliga gehören einem Verband an und müssen sich, damit sie am Spielbetrieb teilnehmen können, dessen Satzung unterwerfen. Diese sieht vor, dass der Verein u. a. für Fehlverhalten seiner Anhänger einzustehen hat, selbst wenn ihn kein eigenes Verschulden trifft. Hierdurch soll der Verbandszweck von Gewaltfreiheit und Fairplay im Fußball gesichert und der Verein zu entsprechenden präventiven Maßnahmen angehalten werden. Das Sportgericht des Verbandes kann den Verein dann bspw. mit einer Geldstrafe belegen. Diese ist im Wiederholungsfalle höher. Es ist zu unterstellen, dass Rechtsmittel des SV gegen die sportgerichtliche Entscheidung keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätten.

Beim Abbrennen sog. bengalischer Feuer kommt es zu einer dichten und intensiven Rauchentwicklung. Die sehr helle Flamme kann Temperaturen von bis zu 2.500°C erreichen.

Lösungsvorschlag

Frage 1: Anspruch des SV gegen F auf Zahlung von €20.000,-

I. SV gegen F auf Zahlung von €20.000,- aus § 280 Abs. 1 BGB

Der SV könnte gegen S einen Anspruch auf Zahlung von €20.000,- aus § 280 Abs. 1 BGB haben.

1. Schuldverhältnis, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB

Zwischen dem SV und F müsste ein Schuldverhältnis bestehen, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB. In Betracht kommt hier ein zwischen dem SV und F geschlossener Vertrag.

a) Vertragsschluss, §§ 145 ff. BGB

Die für den Vertragsschluss erforderlichen übereinstimmenden Willenserklärungen wurden am Mittwoch vor dem Spieltag an der Stadionkasse abgegeben. Der SV e.V.¹ wurde hierbei durch den Vorstand, §§ 164 Abs. 1 S. 1, Abs. 3, 26 Abs. 1 S. 2 BGB, dieser wiederum durch die Angestellte, § 164 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BGB, vertreten. Da die Angestellte vom Verein an der Stadionkasse eingesetzt wird, kann man wenigstens von einer konkludent erteilten Innenvollmacht nach § 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB ausgehen. Dass die Angestellte die Willenserklärung für den SV abgibt, ergibt sich jedenfalls aus den Umständen, § 164 Abs. 1 S. 2 BGB.

b) Vertragstyp/Vertragsinhalt²

Fraglich ist, welche Pflichten sich aus dem Vertrag für die Parteien ergeben. Der dem Stadionbesuch zugrundeliegende Vertrag kann als Zuschauer- oder Besuchervertrag bezeichnet werden.³ Der Zuschauer verpflichtet sich zur Zahlung des Eintrittsgeldes, der Veranstalter zur Organisation und Durch-

¹ Ob Bundesligavereine überhaupt Idealvereine nach § 21 BGB sein können, ist umstritten. Dafür *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 74. Aufl. 2015, § 21 Rn. 7; a.A. *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 22 Rn. 44 m.w.N.

² Die folgenden Ausführungen können sowohl hier als auch unter „Pflichtverletzung“ vorgenommen werden. Eine kurze Einordnung des Vertrages sollte erfolgen, auch wenn dies für die weitere Lösung nicht zwingend erforderlich ist. Keinesfalls dürfen die Ausführungen aber zu umfangreich geraten, da es für die hier zu prüfenden Sekundäransprüche im Ergebnis irrelevant ist, welche Primärleistungen im Einzelnen bestehen. Zwar ergeben sich Umfang und Intensität der Nebenpflichten aus dem jeweiligen Schuldverhältnis selbst (*Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 20. Aufl. 2012, Rn. 507). Die Schutzpflichten des F bestehen aber, unabhängig von der Zuordnung des Vertrages oder einzelner Pflichten zum Werk-, Miet- oder gar Dienstvertrag (hierzu *Koller*, RdA 1982, 47), gleichermaßen. Zudem ergibt sich vorliegend die Pflicht bereits aus § 11 NB, sodass auf § 241 Abs. 2 BGB nicht mehr zurückgegriffen werden muss.

³ *Piel/Buhl*, KSzW 2013, 278; ausführlich *Schulze*, Jura 2011, 481 (insb. 483).

führung der Veranstaltung sowie zur Bereitstellung eines Sitz- oder Stehplatzes. Letzteres dient lediglich dazu, dass der Zuschauer die Veranstaltung verfolgen kann. Für die Qualifikation des Vertrages ist die im Vordergrund stehende Organisationsleistung, die insgesamt den Wettkampf ermöglicht, maßgebend. Dieser stellt als eine unkörperliche Werkleistung den konkret geschuldeten Erfolg dar.⁴ Der Zuschauer- oder Besuchervertrag ist daher ein Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) mit mietvertraglichen Elementen.⁵

c) *Zwischenergebnis*

Der SV und F haben einen Zuschauervertrag geschlossen, sodass zwischen ihnen das erforderliche Schuldverhältnis besteht.

2. *Pflichtverletzung, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB*

F müsste eine ihn treffende Pflicht aus dem Zuschauervertrag verletzt haben, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB.

a) *Pflicht aus dem Schuldverhältnis, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB*

aa) *Pflicht aus § 11 der Nutzungsbedingungen*

Eine vertragliche Pflicht des F könnte sich aus § 11 der Nutzungsbedingungen (NB) ergeben. Dazu müsste diese Bestimmung Vertragsbestandteil geworden sein. Hierzu ist erforderlich, dass sie gemäß § 305 Abs. 2 BGB wirksam in den Vertrag einbezogen wurde.

(1) *AGB gemäß § 305 Abs. 1 BGB*

Bei § 11 NB handelt es sich um AGB, da diese für eine Vielzahl von Ticketverkäufen vorformuliert sind, um den Inhalt des Zuschauervertrages zu bestimmen. Diese wurden auch vom SV gestellt, da dieser die Einbeziehung einseitig und diskussionslos veranlasst hat.⁶ Dass der SV die AGB gestellt hat, ergibt sich zudem aus der Fiktion des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB. Der hierfür erforderliche Verbrauchervertrag liegt vor, da sich ein Fußballverein wesentlich durch Ticketverkäufe finanziert und bei diesem Geschäft gegenüber dem Verbraucher F (§ 13 BGB) mithin als Unternehmer (§ 14 BGB) auftritt.⁷

(2) *Einbeziehung in den Vertrag, § 305 Abs. 2 BGB*

§ 11 NB müsste auch in den Vertrag einbezogen worden sein, § 305 Abs. 2 BGB. Der nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 BGB erforderliche ausdrückliche Hinweis auf die NB ist nicht erfolgt. Der Hinweis könnte aber durch deutlich sichtbaren Aushang am Orte des Vertragsschlusses erfolgt sein, § 305 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 BGB. Ein derartiger Hinweis genügt aber

nur, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist. Solche sind nach h.M. auch dann gegeben, wenn zwar aufgrund des persönlichen Kontaktes zwischen den Parteien ein Hinweis theoretisch möglich wäre, dieser aber den Vertragsschluss, weil es sich um ein Massengeschäft handelt, unnötig erschweren würde.⁸ Beim Verkauf von Tickets für ein Fußballspiel liegt ein solches Massengeschäft vor, da es den Ablauf des Verkaufsvorgangs unverhältnismäßig behindern würde, wenn bei jedem Geschäft auf die AGB hingewiesen werden müsste.⁹

Der Aushang müsste deutlich sichtbar gewesen sein. Hierzu ist erforderlich, dass er dem Kunden ins Auge fällt und nicht übersehen werden kann.¹⁰ Hier war der Aushang in Sichthöhe angebracht, sodass er deutlich zu erkennen war.¹¹

Weiterhin müsste F die Möglichkeit gehabt haben, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen, § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Bei einem Vertragsschluss unter Anwesenden ist hierfür erforderlich, dass der Verwender die AGB vorlegt oder die Vorlage der Bestimmungen anbietet.¹² Durch den gut sichtbaren Aushang ist der SV dem nachgekommen.

Das gemäß § 305 Abs. 2 BGB a.E. erforderliche Einverständnis des F mit der Geltung der AGB hat dieser konkludent durch den Kauf der Karte zum Ausdruck gebracht, da dieses Verhalten bei vorheriger Erfüllung der Nr. 1 und Nr. 2 gemäß §§ 133, 157 BGB aus Sicht eines objektiven Empfängers als Einverständnis zu verstehen war.¹³

(3) *Inhaltskontrolle*

§ 11 NB ist auch wirksam, da Verstöße gegen die §§ 307 - 309 BGB nicht ersichtlich sind.

(4) *Zwischenergebnis*

Aus § 11 NB ergibt sich die Pflicht des F, den Spielbetrieb nicht zu beeinträchtigen und andere nicht zu gefährden.¹⁴

⁴ Schulze, Jura 2011, 481 (484); Piel/Buhl, KSzW 2013, 278.

⁵ Schulze, Jura 2011, 481 (484); Piel/Buhl, KSzW 2013, 278; Weller, NJW 2007, 960 (961).

⁶ Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014, § 305 Rn. 6.

⁷ Zur Einordnung des Idealvereins in die §§ 13, 14 BGB siehe Micklitz, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 13 Rn. 13 und § 14 Rn. 8.

⁸ Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 74. Aufl. 2015, § 305 Rn. 29.

⁹ Bei restriktiver Auslegung ist hier mit eingehender Begründung auch eine andere Auffassung vertretbar.

¹⁰ Becker, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 33, Stand: 1.8.2014, § 305 Rn. 51.

¹¹ Da hier der Text der Nutzungsbedingungen ausgehängt wurde, kommt es auf den Streit, ob es genügt, dass der Aushang einen Hinweis auf die AGB enthält (so die h.M., vgl. Grüneberg [Fn. 8], § 305 Rn. 29) oder der Aushang die AGB selbst umfassen muss (so Stadler [Fn. 6], § 305 Rn. 13), nicht an.

¹² Grüneberg (Fn. 8), § 305 Rn. 32.

¹³ Vgl. hierzu Grüneberg (Fn. 8), § 305 Rn. 41.

¹⁴ Die AGB-Prüfung kann auch deutlich kürzer gefasst werden. Die einschlägigen Normen sollten aber genannt und das Vorliegen der Voraussetzung kurz festgestellt werden (Feststellungsstil).

bb) § 241 Abs. 2 BGB

Unabhängig von der sich aus § 11 NB ergebenden Pflicht des F könnten sich Schutzpflichten bereits aus § 241 Abs. 2 BGB ergeben. Nach dieser Vorschrift ist jeder Teil nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet. Dabei ergeben sich Umfang und Intensität der Nebenpflichten aus dem jeweiligen Schuldverhältnis selbst.¹⁵ Allgemein hat der Schuldner die Pflicht, das Integritätsinteresse des Gläubigers nicht zu verletzen. Im Rahmen eines Zuschauer-Vertrages ergibt sich aus § 241 Abs. 2 BGB die Pflicht des Zuschauers, alles zu unterlassen, was den ungestörten Ablauf des Spieles gefährdet.¹⁶

cc) Zwischenergebnis

Sowohl aus § 11 NB als auch aus § 241 Abs. 2 BGB ergibt sich, dass F alles zu unterlassen hat, was den Spielablauf gefährdet.

b) Verletzung der Pflicht¹⁷

Diese Pflicht müsste F verletzt haben. Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn das Verhalten des Schuldners vom objektiven Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses abweicht.¹⁸ Indem F die Böller in den Innenraum des Stadions geworfen und das bengalische Feuer abgebrannt hat, hat er die sich aus § 11 NB sowie aus § 241 Abs. 2 BGB ergebenden Pflichten aus dem Schuldverhältnis verletzt.

3. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

F müsste die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Zu vertreten hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit, wenn eine strengere oder mildere Haftung nicht bestimmt ist, § 276 Abs. 1 BGB. Vorsätzliches Handeln ist gegeben, wenn der Handelnde den pflichtwidrigen Erfolg vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen hat.¹⁹ F wusste, dass es durch das Zünden der Böller und Fackeln zu erheblichen Störungen kommen würde und handelte mithin vorsätzlich. Zudem wird das Vertretenmüssen des F nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Tatsachen, mit denen F diese Vermutung widerlegen könnte, sind nicht ersichtlich.

*4. Kausaler Schaden, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB**a) Schaden*

Dem SV müsste auch ein Schaden entstanden sein. Ein Schaden ist jede unfreiwillige Einbuße, die jemand an Lebensgü-

tern wie Gesundheit, Ehre, Eigentum oder Vermögen erleidet.²⁰ Der Verein wurde vom Sportgericht des Verbandes zur Zahlung einer Strafe in Höhe von € 20.000,- verurteilt, wodurch der SV eine Vermögenseinbuße erlitten hat. Ein Schaden liegt mithin vor.

b) Kausalität des Schadens

Fraglich ist jedoch, ob dieser Schaden durch die Pflichtverletzung des F verursacht worden und ihm zurechenbar ist.²¹

aa) Kausalität i.e.S.

Voraussetzung für die Zurechnung ist zunächst, dass zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden Kausalität im naturwissenschaftlichen Sinne besteht. Dies ist der Fall, wenn die Pflichtverletzung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Schaden in seiner konkreten Gestalt entfielen.²² Die Handlung des F war für die Zahlungsverpflichtung des Vereins kausal, da das Werfen der Böller und das Abrennen der Fackel nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die im Urteil ausgesprochene Zahlungsverpflichtung wegfällt.

bb) Adäquanz

Die Zurechnung des Schadens könnte aber unter dem Gesichtspunkt der Adäquanz aus Wertungsgründen ausscheiden. Nur Kausalverläufe, bei denen die Möglichkeit des Schadenseintritts nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegt, können eine Haftung begründen.²³ Dass Vereine aufgrund von Fan-Fehlverhalten zu Zahlungen verurteilt werden, ist jedoch dessen regelmäßige Folge, sodass dieser Schaden nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegt.²⁴

Etwas anderes könnte sich jedoch daraus ergeben, dass der Schaden nicht bereits durch die Handlung des F, sondern erst durch die daran anknüpfende Verurteilung durch das

¹⁵ *Medicus/Lorenz* (Fn. 2), Rn. 507.

¹⁶ OLG Rostock NJW 2006, 1819 (1820); AG Lingen NJW-RR 2010, 757 (758); *Pommerening*, SpuRt 2012, 187 (188); *Mahrzahn*, ZJS 2010, 428 (436).

¹⁷ Es ist ebenso gut möglich, die Pflicht und deren Verletzung zusammen zu prüfen.

¹⁸ *Medicus/Lorenz* (Fn. 2), Rn. 337; *Lorenz*, JuS 2007, 611 (612).

¹⁹ BGH NJW-RR 2012, 404; *Grüneberg* (Fn. 8), § 276 Rn. 10; *Lorenz*, JuS 2007, 611 (612).

²⁰ *Grüneberg* (Fn. 8), Vor § 249 Rn. 9; *Staaake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2014, § 11 Rn. 4 f.

²¹ Hier liegt ein Schwerpunkt der Klausur. Es ist jedoch nicht erforderlich das Spezialproblem zu kennen. Aufgabe ist es vielmehr, die im Sachverhalt enthaltenen Andeutungen/Meinungen rechtlich zu werten und an einer zutreffenden Stelle anzusprechen. Anhaltspunkt kann dabei die „klassische“ Kausalitätsprüfung sein, die von der naturwissenschaftlichen Kausalität ausgeht und bei der Adäquanz und dem Schutzbereich der Norm normative Einschränkungen diskutiert. Der konkrete Prüfungsort ist letztlich unerheblich. Es ist auch ein Aufbau denkbar, der zunächst die naturwissenschaftliche Kausalität bejaht und dann unter dem Gesichtspunkt „Aufhebung der Zurechnung“ die verschiedenen Probleme anspricht (so *Pommerening*, SpuRt 2012, 187 [189]).

²² BGH NJW 2011, 2960 (2963); *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 249 Rn. 103.

²³ *Grüneberg* (Fn. 8), Vorb v § 249 Rn. 26.

²⁴ Maßgeblich für die Beurteilung ist die ex-ante-Sicht eines optimalen Beobachters, *Grüneberg* (Fn. 8), Vor § 249 Rn. 27; *Oetker* (Fn. 22), § 249 Rn. 111. Etwas missverständlich daher OLG Rostock NJW 2006, 1819 (1820), wo konkret auf den Beklagten abgestellt wird.

Sportgericht entstanden ist und es sich damit um einen mittelbaren Schaden handelt. Das Hinzutreten anderer Umstände (hier die Verurteilung) führt jedoch nur dann zu einem Wegfall der Haftung, wenn die Zweitursache im Hinblick auf den Schaden so stark in den Vordergrund tritt, dass die Erstursache vollständig verdrängt wird.²⁵ Dies ist hier aber nicht der Fall, da sich in der sportgerichtlichen Verurteilung gerade eine der Gefahren verwirklicht hat, die F durch seine Handlung gesetzt hat.

cc) Höherer Schaden wegen Wiederholungsfall²⁶

Fraglich ist, ob F auch für den Teil des Schadens einzustehen hat, der sich daraus ergibt, dass es sich um einen Wiederholungsfall handelt. Das Verhalten des F wird grundsätzlich nur mit €10.000,- geahndet. Die weiteren €10.000,- ergeben sich daraus, dass der Verein (bzw. dessen Anhänger) bereits vorher „auffällig“ geworden sind. In Fällen, in denen eine Vorschädigung des Geschädigten dazu geführt hat, dass der durch die schädigende Handlung verursachte Schaden größer ist, als er es ohne diese Vorschädigung wäre, hat der Schädiger grundsätzlich für den gesamten Schaden einzustehen.²⁷ Dies ergibt sich bereits aus dem Grundsatz der Äquivalenz, wonach grundsätzlich alle Ursachen gleichwertig sind.²⁸ Eine unverhältnismäßig weite Zurechnung wird über die Lehre von der Adäquanz und/oder vom Schutzzweck der Norm korrigiert. Adäquanz ist aber vorliegend gegeben, da auch eine Verurteilung unter Einbeziehung früherer Strafen nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegt.

dd) Schutzzweck der Norm

Weiterhin müsste der Schaden nach Art und Entstehungsweise vom Schutzzweck der verletzten Norm umfasst sein. Im Vertragsrecht ist hierzu erforderlich, dass die verletzte Vertragsbestimmung gerade den Eintritt des eingetretenen Schadens verhindern sollte.²⁹ Problematisch ist hier, dass die Verbandsstrafe zunächst den Verein treffen und diesen zu einem Verhalten anhalten soll, das die sichere Durchführung des Fußballspiels gewährleistet. Teilweise wird vertreten, dass dieser Zweck vereitelt werden könnte, wenn der Verein die gesamte Strafe auf den Schädiger umlegen könnte. Daher sei von einem redlichen Vertragspartner (hier der Verein) nicht

zu erwarten, dass dieser die Verpflichtung, die ihn gegenüber dem Verband treffe, (implizit) auf den Zuschauer überwälzen wolle. Die vertragliche Regelung (§ 241 Abs. 2 BGB) könne daher auch nicht diesen Schutzzweck haben.³⁰ Hiergegen lässt sich jedoch zunächst anführen, dass § 241 Abs. 2 BGB Vermögensinteressen des SV umfassend schützt. Eine Einschränkung, die bestimmte Schäden ausschließt, lässt sich nicht damit begründen, dass die Überwälzung unredlich ist.³¹ Es ist im Gegenteil ein Interesse des Vereins erkennbar, die Zuschauer zu einem Verhalten anzuhalten, welches ihn von Zahlungsverpflichtungen freihält. Zudem trägt allein der Verein das Risiko, die Summe beim Zuschauer eintreiben zu können (Insolvenzrisiko). Schließlich hat es die von der Verbandsstrafe bezweckte präventive Wirkung, wenn Schädiger damit rechnen müssen, dass die Vereine sich bei ihnen schadlos halten.³² Der Schaden ist daher vom Schutzzweck der Norm erfasst (a.A. vertretbar).

c) Ergebnis

Der eingetretene Schaden beruht in voller Höhe auf der Pflichtverletzung des F (a.A. selbstverständlich vertretbar).

5. Mitverschulden, § 254 BGB

Fraglich ist, ob der Schadensersatzanspruch unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens nach § 254 BGB zu kürzen ist.

a) Zu wenige Ordner

Ein Mitverschulden des SV könnte darin zu sehen sein, dass der Verein zu wenige Ordner eingesetzt hat und es F dadurch ermöglicht wurde, die Böller und Fackeln mit ins Stadion zu bringen. Fraglich ist aber, ob dieses Verhalten des SV überhaupt berücksichtigt werden kann, da bei Vorsatz des Schädigers ein fahrlässiges Mitverschulden bei der Schadensentstehung vollständig zurücktreten soll.³³ Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass § 254 BGB als Rechtsfolge eine Abwägung anordnet, bei welcher zuerst die beiderseitigen Verursachungsbeiträge, erst danach das Verschulden maßgeblich sind.³⁴ Es ist daher vorzugswürdig, im Hinblick auf die Besonderheiten der Verbandsstrafe und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass durch den Einsatz zu weniger Ordner die Wahrscheinlichkeit der Schadensentstehung deutlich erhöht wurde, eine Mitverantwortung des Vereins zu bejahen (a.A. selbstverständlich vertretbar).³⁵

²⁵ Oetker (Fn. 22), § 249 Rn. 142 f. Die Zurechnung mittelbarer Schäden wird oft unter dem Schlagwort „Unterbrechung des Kausalzusammenhangs“ diskutiert. Dies ist begrifflich nicht exakt, da es nicht um die Aufhebung der naturwissenschaftlichen Kausalität sondern um deren Beschränkung aus Wertungsgesichtspunkten geht, vgl. Oetker (Fn. 22), § 249 Rn. 142.

²⁶ Hierzu Pommerening, SpuRt 2012, 187 (189).

²⁷ BGH NJW-RR 2005, 897 (898); OLG Rostock NJW 2006, 1819 (1821); Oetker (Fn. 22), § 249 Rn. 138.

²⁸ BGH NJW-RR 2005, 897, (898); Grüneberg (Fn. 8), Vor § 249 Rn. 25; Staake (Fn. 20), § 8 Rn. 198.

²⁹ OLG Rostock NJW 2006, 1819 (1820); Oetker (Fn. 22), § 249 Rn. 123; Grüneberg (Fn. 8), Vorb v § 249 Rn. 29; Pommerening, SpuRt 2012, 187 (189).

³⁰ So das LG für ZRS Wien SpuRt 2012, 198 (199). Hierzu Pommerening, SpuRt 2012, 187 (189); vgl. auch OLG Rostock NJW 2006, 1819 (1820).

³¹ Pommerening, SpuRt 2012, 187 (189).

³² Pommerening, SpuRt 2012, 187 (189).

³³ OLG Rostock NJW 2006, 1819 (1821); Oetker (Fn. 22), § 254 Rn. 112.

³⁴ Grüneberg (Fn. 8), § 254 Rn. 58 f.; Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 6. Aufl. 2014, § 27 Rn. 8.

³⁵ Siehe auch Piel/Buhl, KSzW 2013, 278 (284 f.), die aus den Satzungsregelungen des Verbandes eine Vermutung der Verantwortlichkeit für den Verein ableiten.

b) Wiederholungsfall

Auch aus dem Umstand, dass die Strafe wegen eines Wiederholungsfalls höher ausgefallen ist, könnte sich ein Mitverschulden begründen lassen. In der Literatur wird teilweise angenommen, dass dann, wenn die Strafe über den normalerweise verhängten Betrag (hier: € 10.000,-) hinausgeht, auch das Vorverhalten des Vereins bestraft wird. Dem Verein wird vorgeworfen, aus den Vorfällen in der Vergangenheit nicht die notwendigen Konsequenzen gezogen zu haben. In Höhe des den Normalbetrag übersteigenden Anteils treffe den Verein dann ein Mitverschulden.³⁶ Die Rechtsprechung nimmt hingegen auch bei den Wiederholungsfällen kein Mitverschulden an, da eine besondere Schadensanfälligkeit des Geschädigten den Schädiger nicht entlastet.³⁷ Dies erscheint im Ergebnis vorzugswürdig, da Verursachungsbeiträge in die Gesamtabwägung eingestellt werden müssen und eine pauschale Reduzierung um den Differenzbetrag dem Abwägungserfordernis des § 254 BGB nicht gerecht wird. Vorliegend gibt es aber keine Information dazu, ob der Verein aus den vergangenen Vorfällen die notwendigen Konsequenzen gezogen hat, es also weitere Verursachungsbeiträge gibt. Der jetzt zu beurteilende Vorwurf (zu wenig Ordner) wurde bereits unter a) berücksichtigt (a.A. selbstverständlich vertretbar).

c) Zwischenergebnis

Der Anspruch des SV gegen F ist wegen der fehlenden Ordner zu kürzen. Angemessen erscheint eine Kürzung um 25 %, da der Verursachungsbeitrag des F deutlich überwiegt.³⁸

6. Ergebnis

Der SV hat gegen F einen Anspruch in Höhe von €15.000,-.

II. § 823 Abs. 1 BGB

Eine Haftung entfällt, da eine Verletzung der in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter nicht ersichtlich ist. Reine Vermögensschäden werden nicht geschützt.³⁹

³⁶ Hierzu *Piel/Buhl*, KSzW 2013, 278 (285 f.), die den Regress des Vereins nach § 242 BGB beschränken wollen, wenn dem Verein kein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann, aber erwiesen ist, dass ein Teil der Verbandsstrafe gerade den Wiederholungsfall sanktionieren soll; im Ergebnis ähnlich wie hier *Pommerening*, SpuRt 2012, 187 (190).

³⁷ OLG Rostock NJW 2006, 1819 (1821), allerdings im Rahmen der Kausalität.

³⁸ Hier ist jedes nachvollziehbar begründete Ergebnis vertretbar. Mit der Rechtsprechung kann eine vollständige Haftung angenommen werden. Der Anspruch kann um den Teil gekürzt werden, der sich aus dem Wiederholungsfall ergibt (Quote 50/50); dann verblieben € 10.000,-. Bezieht man sodann die fehlenden Ordner noch mit ein, ist auch eine Kürzung auf bspw. €5.000,- (Quote 25/75) vertretbar.

³⁹ Allenfalls denkbar ist die Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Die hierfür erforderliche Betriebsbezogenheit liegt aber nicht vor, *Piel/Buhl*, KSzW 20013, 278 (283 Fn. 55).

III. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 40 Abs. 1 Nr. 3 SprengG, § 308 Abs. 1 StGB

Beide Normen wollen Leib, Leben und Eigentum vor Explosionsgefahren schützen. Der Ersatz mittelbarer Vermögensschäden fällt daher nicht in den Schutzbereich dieser Vorschriften.⁴⁰

IV. § 826 BGB

Eine Haftung aus § 826 BGB scheidet aus, da F hierzu den Schaden (Verbandsstrafe) vorsätzlich (bedingter Vorsatz genügt) herbeigeführt haben müsste. Hierzu finden sich aber im Sachverhalt keine konkreten Angaben, sodass bedingter Vorsatz nicht bejaht werden kann.⁴¹

Frage 2: Anspruch des O gegen B auf Zahlung von €280,- I. O gegen B auf Zahlung von € 280,- aus § 823 Abs. 1 BGB

O könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung von €280,- aus § 823 Abs. 1 BGB haben.

1. Zurechenbare Rechtsgutverletzung, § 823 Abs. 1 BGB

Zunächst müsste eine B zurechenbare Rechtsgutverletzung vorliegen. Indem B dem F vor dem Spiel die Böller übergeben hat, hat er die für § 823 Abs. 1 BGB erforderliche Handlung vorgenommen. Durch die Explosion der Böller ist bei O das Trommelfell gerissen, sodass auch eine Körperverletzung vorliegt.

Fraglich ist aber, ob die Handlung des B hierfür auch kausal war. Naturwissenschaftliche Kausalität im Sinne der „conditio sine qua non“-Formel ist gegeben, da die Überlassung der Böller nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen.

Fraglich ist aber, ob die Zurechnung dadurch unterbrochen wird, dass die Rechtsgutverletzung erst durch das Zün-

⁴⁰ *Pommerening*, SpuRt 2012, 187 (190) zu § 40 SprengG; *Krack*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2014, § 308 Rn. 1.

⁴¹ Mit dem Argument, dass F als Fan um die Problematik der Verbandsstrafen wissen musste, und er somit den Eintritt des Schadens jedenfalls in Kauf genommen hat, lässt sich auch die gegenteilige Auffassung vertreten. Es wäre dann weiter zu prüfen, ob das Verhalten des F sittenwidrig ist. Sittenwidrig ist eine Handlung, die nach Inhalt oder Gesamtcharakter, welcher durch zusammenfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, d.h. mit grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht vereinbar ist (BGH NJW-RR 2013, 550 m.w.N.; *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 74. Aufl. 2015, § 826 Rn. 4). Hier ist wieder beides vertretbar. Wenn man besonders darauf abstellt, dass F seinen Verein unterstützen will, wird man Sittenwidrigkeit verneinen können. Für Sittenwidrigkeit spricht hingegen die enorme Gefährlichkeit seines Handelns für Leib und Leben. Vorsatz hinsichtlich der Sittenwidrigkeit wäre ebenfalls gegeben, da F die sie begründenden Umstände kannte.

den und Werfen der Böller durch F eingetreten ist.⁴² Eine Mitursächlichkeit der Handlung des B genügt, wenn diese Erstursache nicht völlig unerheblich war.⁴³ Eine Zurechnung scheidet nur dann aus, wenn bei wertender Betrachtung nur ein äußerlicher, gleichsam zufälliger Zusammenhang zwischen den beiden Schadensbeiträgen besteht.⁴⁴ Daran gemessen kann die Zurechnung hier nicht verneint werden, da B dem F die Böller gerade zur Verwendung im Stadion gegeben hat. Dass infolge des Einsatzes von Böllern Verletzungen entstehen, liegt auch nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit. Eine zurechenbare Handlung liegt daher vor.

2. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob die Handlung auch rechtswidrig war. Die h.M. fordert bei mittelbaren Rechtsgutverletzungen, dass der Schädiger gegen eine Rechtspflicht verstößt oder vorsätzlich handelt.⁴⁵ Da B wusste, was F mit den Böllern vorhat, nahm er die Schädigung eines Dritten billigend in Kauf und handelte mithin vorsätzlich.⁴⁶ Zudem genügt für den Verstoß gegen eine Rechtspflicht der Verstoß gegen die allgemeine, im Verkehr erforderliche Sorgfalt, § 276 BGB. Hier hat B dem F die Böller gegeben, obwohl er wusste, dass F diese im Stadion einsetzen würde. Er hat damit auch eine Sorgfaltspflicht verletzt. B handelte daher rechtswidrig.⁴⁷

3. Verschulden

B handelte mit bedingtem Vorsatz, da er die Schädigung anderer in Kauf genommen hat.

4. Schaden

Bei den Fahrtkosten müsste es sich um einen ersatzfähigen Schaden handeln. Fraglich ist bereits, ob O überhaupt eine Vermögenseinbuße und mithin einen Schaden erlitten hat. Dem könnte entgegenstehen, dass die Fahrtkosten von der Freundin und nicht von O getragen wurden, sich dessen Vermögen also nicht vermindert hat. Dem lässt sich aber der Rechtsgedanke des § 843 Abs. 4 BGB entgegenhalten. Dieser Norm kann der Grundsatz entnommen werden, dass auf den Schaden keine Leistungen Dritter anzurechnen sind, die dem

Schädiger nicht zu Gute kommen sollen.⁴⁸ Der Schädiger muss sich daher so behandeln lassen, als ob der Geschädigte dem Besucher die Aufwendungen erstattet hat.⁴⁹ Dieser Schaden beruht auch auf der Körperverletzung und ist daher kausal.

Fraglich ist jedoch, ob die Aufwendungen erforderlich im Sinne des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB waren. Erforderlich sind die Aufwendungen, die ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten für zweckmäßig und notwendig halten durfte.⁵⁰ Ersatzfähig sind daher nur Maßnahmen, die aus medizinischer Sicht Heilung oder Linderung versprechen.⁵¹ Dies ist vorliegend grundsätzlich der Fall. Fraglich ist jedoch, ob hier tägliche Besuche notwendig waren. Dies richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Da es sich um keine besonders schwere Verletzung handelt und O auch nicht im besonderen Maße hilfsbedürftig ist, sind tägliche Besuche nicht notwendig.⁵² Allenfalls dürften Besuche alle zwei Tage angemessen sein. Es sind daher € 140,- ersatzfähig (a.A. vertretbar).⁵³

5. Ergebnis

O hat gegen B einen Anspruch in Höhe von € 140,-.

⁴² Während es bei Frage 1 um die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden (haftungsausfüllende Kausalität) ging, ist nunmehr die haftungsbegründende Kausalität, d.h. die Kausalität zwischen Handlung und Rechtsgutverletzung zu prüfen. Die hierbei anzustellenden Erwägungen sind grundsätzlich die gleichen, *Staaake* (Fn. 20), § 11 Rn. 36.

⁴³ *Oetker* (Fn. 22), § 249 Rn. 142 f.

⁴⁴ BGH NJW 2000, 947 (948).

⁴⁵ *Hager*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 823 Rn. H 15; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 12. Aufl. 2013, Rn. 109; siehe auch *Wandt* (Fn. 34), § 16 Rn. 158.

⁴⁶ Zur Definition von (bedingtem) Vorsatz *Grüneberg* (Fn. 8), § 276 Rn. 10; *Staaake* (Fn. 20), § 8, Rn. 253.

⁴⁷ Es kommt zudem ein Verstoß gegen § 40 SprengG in Betracht.

⁴⁸ *Sprau* (Fn. 41), § 843 Rn. 20; *Grüneberg* (Fn. 8), Vor § 249 Rn. 82; *Teichmann*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014, § 843 Rn. 6; *Lorenz*, JuS 2007, 605 (611); *Wandt* (Fn. 34), § 24 Rn. 16.

⁴⁹ *Oetker* (Fn. 22), § 249 Rn. 414; *Lorenz*, JuS 2007, 605 (611).

⁵⁰ *Grüneberg* (Fn. 8), § 249 Rn. 12.

⁵¹ *Oetker* (Fn. 22), § 249 Rn. 414.

⁵² So *Grüneberg* (Fn. 8), § 249 Rn. 9; *Oetker* (Fn. 22), § 249 Rn. 414.

⁵³ Es wird jedoch vertreten, dass nur Besuchskosten näher Angehöriger ersatzfähig sind, vgl. BGH NJW 1991, 2340 (2341). *Schiemann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, § 249 Rn. 240 stützt dies auf die §§ 844 Abs. 2, 845 BGB. Nur die dort genannten Personen haben als mittelbar Geschädigte einen eigenen Anspruch gegen den Schädiger. Dem lässt sich, wie dargestellt, entgegenhalten, dass es sich um einen Anspruch des Geschädigten selbst, nicht des Besuchers handelt. Nach *Schiemann*, a.a.O., handelt es sich bei dieser Konstruktion aber um eine versteckte Analogie zu §§ 844, 845, sodass nur Besuchskosten der dort Genannten ersatzfähig sind. Überzeugender ist es aber, die Lösung innerhalb des Wortlautes des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB zu suchen und auf die Erforderlichkeit bzw. Angemessenheit abzustellen. Auch hierdurch lässt sich die von der Gegenmeinung befürchtete ausufernde Haftung vermeiden.

II. § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB⁵⁴

Der Anspruch könnte sich auch aus § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB ergeben. Der Tatbestand ist jedenfalls dann erfüllt, wenn B vorsätzlich Beihilfe zu der vorsätzlichen unerlaubten Handlung des F geleistet hat. B müsste die vorsätzliche Haupttat des F durch eine vorsätzliche Hilfeleistung gefördert haben.⁵⁵ Dies ist jedes Verhalten, das die tatbestandsmäßige Handlung des Täters fördert, erleichtert oder den Täter in seinem Tatentschluss bestärkt.⁵⁶

F hat, indem er die Böller in den Innenraum warf und hierdurch den O verletzt hat, eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB begangen. Hierbei handelte er auch bedingt vorsätzlich.⁵⁷ Diese tatbestandsmäßige Handlung des F hat B gefördert, indem er ihm das Tatwerkzeug beschafft hat. B müsste hinsichtlich der Tat des F wenigstens bedingt vorsätzlich gehandelt haben. Hierfür genügt, dass er die Tat in ihren groben Zügen kennt und den Willen hat, sie als fremde Tat zu unterstützen.⁵⁸ Da B wusste, was F mit den Böllern im Stadion vorhat, handelte er jedenfalls auch bedingt vorsätzlich. B handelte zudem rechtswidrig, siehe oben (I. 2.). Zum Haftungsumfang siehe ebenfalls oben (I. 4.).

III. Ergebnis

O hat gegen B einen Anspruch auf Ersatz der Fahrtkosten i.H.v. €140,-.

Frage 3: Regressanspruch von B gegen F**I. Anspruch B gegen F auf Zahlung aus § 840 Abs. 1 in Verbindung mit § 426 Abs. 1 S. 1 BGB**

B könnte gegen F einen Anspruch auf Zahlung aus § 840 Abs. 1 in Verbindung mit § 426 Abs. 1 S. 1 BGB haben. Dazu müssten B und F Gesamtschuldner sein. Dies ist nach § 840 Abs. 1 BGB der Fall, da sie beide dem O für dessen Schaden verantwortlich sind (siehe oben). § 426 Abs. 1 S. 1 BGB ordnet die Haftung zu gleichen Anteilen an, wenn nicht etwas anderes bestimmt ist. Eine solche andere Bestimmung

⁵⁴ Sinn und Zweck des § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB ist es, dem Geschädigten den Kausalitätsnachweis bei einer gemeinschaftlich begangenen unerlaubten Handlung zu ersparen. Steht wie hier die Kausalität des Handelns des B fest, bedarf es eines Rückgriffs auf § 830 BGB nicht mehr. Die Vorschrift findet aber auch Anwendung, wenn keine Beweisschwierigkeiten bestehen, *Benicke*, Jura 1996, 127 (128).

⁵⁵ BGH NJW 2012, 3177 (3179); *Wandt* (Fn. 34), § 19 Rn. 6; *Sprau* (Fn. 41), § 830 Rn. 4. Zum Teil wird auch vertreten, dass eine fahrlässige Beihilfebehandlung möglich ist und die fahrlässige Begehung der unerlaubten Handlung genügt, siehe hierzu *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, S. 567 ff.

⁵⁶ *Sprau* (Fn. 41), § 830 Rn. 4.

⁵⁷ Es ist vertretbar, die Haftung des F gegenüber B aus § 823 Abs. 1 BGB etwas umfangreicher zu prüfen. Allerdings stellen sich hier keine Probleme. Der Haftungsumfang entspricht dem unter I. 4. gefundenen Ergebnis.

⁵⁸ BGH NJW 2012, 3177 (3179); *Teichmann* (Fn. 48), § 830 Rn. 6, 5.

kann sich aus dem Rechtsgedanken des § 254 BGB ergeben. Hiernach ist für die Bestimmung der Quote auf das Maß der Verursachungs- und Verschuldensanteile abzustellen.⁵⁹ Der Verursachungsbeitrag des F als Täter war hier deutlich höher als der des B als Gehilfe, sodass B bei F mehr als die Hälfte des an O Geleisteten verlangen kann. Angemessen erscheinen hier 75 %.⁶⁰

II. Anspruch B gegen F aus § 823 Abs. 1 in Verbindung mit § 426 Abs. 2 S. 1 BGB

Da B bereits an O gezahlt hat, ist der Anspruch des O gegen F aus § 823 Abs. 1 BGB gemäß § 426 Abs. 2 S. 1 BGB auf B übergegangen. Er kann daher auch aus übergegangenem Recht Zahlung verlangen. Der Anspruch geht aber nur insoweit über, als er im Innenverhältnis von F Ausgleich verlangen kann. Der Anspruch besteht daher nur in der unter I. genannten Höhe.

III. Ergebnis

B hat gegen F einen Regressanspruch in Höhe von €105,- (75 % von €140,-).

Frage 4: Anspruch von X gegen SV auf Zahlung der Heilbehandlungskosten**I. Anspruch X gegen SV auf Zahlung von €3.000,- aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB**

X könnte gegen den SV einen Anspruch auf Zahlung seiner Heilbehandlungskosten in Höhe von €3.000,- aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB haben.

1. Schuldverhältnis, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB

Der Dauerkartenbesitzer X und der SV haben einen Zuschauerertrag geschlossen. Mithin besteht zwischen beiden ein Schuldverhältnis.

2. Pflichtverletzung, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB

Aus diesem Schuldverhältnis müsste der SV eine Pflicht verletzt haben. Eine Pflichtverletzung könnte sich aus einem Verstoß gegen eine Schutzpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB ergeben. Aus dem Zuschauerertrag ergibt sich für den SV die Pflicht, Sicherungsmaßnahmen zum Schutz aller Personen zu treffen. Hinsichtlich des Umfangs dieser Maßnahmen ist zu berücksichtigen, dass es sich bei einem Fußballspiel um eine Massenveranstaltung handelt, bei der mit einer Enthüllung der Zuschauer gerechnet werden muss. Der SV hat daher eine ausreichende Anzahl von Ordnungskräften zu organisieren sowie effektive Sicherheitskontrollen durchzuführen, um Ausschreitungen zu vermeiden.⁶¹ Hiergegen hat

⁵⁹ *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 840 Rn. 14 m.w.N.; *Grüneberg* (Fn. 8), § 426 Rn. 14.

⁶⁰ Es ist auch vertretbar, F im Innenverhältnis als alleinigen Verantwortlichen zu sehen. B könnte F dann in voller Höhe in Anspruch nehmen.

⁶¹ *Weller*, NJW 2007, 960 (961); *Schulze*, Jura 2011, 481 (489 f.); *Marzahn*, ZJS 2010, 428 (436).

der SV verstoßen, indem er zu wenige Ordner eingesetzt hat und somit nicht ausreichend kontrolliert werden konnte.⁶²

3. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Das Vertretenmüssen des SV wird vermutet, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Tatsachen, mit denen der SV diese Vermutung widerlegen könnte, sind nicht ersichtlich.

4. Schaden, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB

Ersatzfähig ist der aus der Pflichtverletzung resultierende Schaden. Hier könnte fraglich sein, ob der Schaden (Heilbehandlungskosten aufgrund Körper- und Gesundheitsschädigung) auf der Pflichtverletzung beruht. Hiergegen könnte sprechen, dass die Rechtsgutverletzung bei X erst durch das Entzünden der Fackel durch F eingetreten ist. Allerdings genügt, wie bereits oben dargestellt, die Mitursächlichkeit für die Kausalität. Trotz des deliktischen Verhaltens des F scheidet die Zurechnung daher nicht aus. Die Vornahme der erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen ist bei Massenveranstaltungen eine bedeutende Schutzpflicht. Deren Verletzung wiegt daher schwer. Schon allein dies spricht gegen ein völliges Zurücktreten hinter das deliktische Handeln des F. Die Heilbehandlungskosten sind daher ersatzfähig.

5. Ergebnis

X hat gegen den SV einen Anspruch in Höhe von €3.000,-.

II. Anspruch X gegen SV auf Zahlung von €3.000,- aus § 823 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch auf Zahlung der Heilbehandlungskosten i.H.v. €3.000,- könnte sich zudem aus § 823 Abs. 1 BGB ergeben.

Die tatbestandsmäßige Handlung könnte darin zu sehen sein, dass der SV nicht genügend Ordner organisiert hat. Ein Unterlassen ist dann tatbestandsmäßig, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht. Eine solche kann sich aus einer Verkehrssicherungspflicht ergeben.⁶³ Hier trifft den SV als Veranstalter eine Verkehrssicherungspflicht, die inhaltlich mit der Schutzpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB identisch ist.⁶⁴ Daher hatte der SV eine ausreichende Anzahl von Ordnern bereitzustellen. Gegen diese Pflicht hat der SV verstoßen. Fraglich ist, ob dieses Unterlassen für die bei X eingetretene Gesundheitsverletzung kausal war. Das ist der Fall, wenn die gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass die eingetretene Rechtsgutverletzung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel.⁶⁵ Laut Sachverhalt konnte F die Fackeln gerade deswegen mit ins Stadion bringen, weil nicht genügend Ordner eingesetzt waren. Mithin würde bei Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht die Rechtsgutverletzung entfallen. Dass das Unterlassen nur

⁶² Es ist auch vertretbar, an die ungenügende Kontrolle durch die Ordner selbst als Pflichtverletzung anzuknüpfen. Für diese wäre der SV dann nach § 278 S. 1 BGB verantwortlich.

⁶³ Wandt (Fn. 34), § 16 Rn. 105 f.

⁶⁴ Weller, NJW 2007, 960 (961).

⁶⁵ BGH NJW 2003, 295 (296); Schiemann (Fn. 53), § 249 Rn. 10; Medicus/Lorenz (Fn. 2), Rn. 636.

mitursächlich war, hindert die Kausalität nicht, siehe oben. Das Unterlassen war auch rechtswidrig, da in der Verkehrssicherungspflicht eine Sorgfaltspflicht bestand, die nicht eingehalten wurde. Der SV handelte dabei auch fahrlässig, da er die im konkreten Fall erforderliche Sorgfalt nicht eingehalten hat.

X hat daher gegen F einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Heilbehandlung auch aus § 823 Abs. 1 BGB.

III. Anspruch X gegen SV auf Zahlung von €3.000,- aus § 831 BGB

Der Anspruch des X gegen den SV könnte sich zudem aus § 831 Abs. 1 BGB ergeben. Die Ordner am Einlass sind Verrichtungshelfen im Sinne des § 831 Abs. 1 BGB, da diese vom Verein eingesetzt werden und daher von dessen Weisungen abhängig sind.⁶⁶

Der Ordner müsste rechtswidrig den objektiven Tatbestand einer unerlaubten Handlung begangen haben.⁶⁷ Er wurde vom SV eingesetzt, um dessen Verkehrssicherungspflichten nachzukommen. Gegen diese Pflicht hat er in Ausführung der Verrichtung durch die nicht ordnungsgemäße Kontrolle verstoßen. Durch diesen Verstoß wurde auch die Gesundheitsverletzung des X verursacht, da nach dem Sachverhalt F nur wegen der oberflächlichen Kontrollen die Fackeln ins Stadion bringen konnte. Hierbei handelte der Ordner auch rechtswidrig, da er die ihm übertragene Verkehrssicherungspflicht nicht ordnungsgemäß wahrgenommen hat. Die Ersatzpflicht tritt jedoch nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB nicht ein, wenn sich der SV entlasten kann. Hierzu ist bisher aber nichts vorgetragen, sodass die Vermutung Bestand hat.

IV. Ergebnis

X kann vom SV Ersatz seiner Heilbehandlungskosten i.H.v. €3.000,- verlangen.

Frage 5: Ansprüche des S gegen F

I. S gegen F auf Unterlassen der Äußerungen, §§ 1004 Abs. 1 S. 2, 823 Abs. 1 BGB analog

S könnte gegen F einen Anspruch auf Unterlassen der Äußerung nach §§ 1004 Abs. 1 S. 2, 823 Abs. 1 BGB analog haben.⁶⁸ Erforderlich ist, dass F objektiv rechtswidrig die Persönlichkeit des S verletzt hat und eine Wiederholungsgefahr besteht.⁶⁹

⁶⁶ Teichmann (Fn. 48), § 831 Rn. 5; Kötz/Wagner (Fn. 45), Rn. 278.

⁶⁷ Sprau (Fn. 41), § 831 Rn. 8.

⁶⁸ Der „quasi-negatorische“ Unterlassungsanspruch wird auf eine analoge Anwendung der §§ 12, 862 Abs. 1 S. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB in Verbindung mit § 823 Abs. 1 BGB oder §§ 185 ff. StGB gestützt, Seyfarth, NJW 1999, 1287 (1288). Die Angabe von §§ 1004 Abs. 1 S. 2, 823 Abs. 1 BGB analog genügt aber völlig.

⁶⁹ Beater, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Anh. IV Rn. 214; Kötz/Wagner (Fn. 45), Rn. 410 f.

1. Persönlichkeitsverletzung

Durch die Äußerung des F müsste das Persönlichkeitsrecht des S verletzt worden sein. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und stellt ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB dar. Es schützt u.a. vor Ehrverletzungen und Herabsetzung der eigenen Person, zudem vor Entstellungen und unwahren Behauptungen.⁷⁰ Das Recht auf Ehre kann durch Tatsachenbehauptungen oder Werturteile und deren Verbreitung verletzt werden, wenn diese geeignet sind, das innere Ehrgefühl oder das öffentliche Ansehen der Person herabzusetzen.⁷¹ Hier hat F den S als „gekauft“ bezeichnet und ihm unterstellt, dass er das Spiel manipuliere.⁷² Dies stellt eine unwahre Tatsachenbehauptung dar, da diese Fragen dem Beweis zugänglich sind. Einem Schiedsrichter, für dessen Tätigkeit die Unparteilichkeit Grundvoraussetzung ist, Spielmanipulationen zu unterstellen, ist geeignet, sein Ansehen in der Öffentlichkeit zu beschädigen. Gleiches gilt für die Bezeichnung als „Arschloch“, was ein Werturteil darstellt. Eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des S liegt daher vor.

2. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob diese Verletzung auch rechtswidrig war. Da es sich beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht um ein sog. Rahmenrecht handelt, ist die Rechtswidrigkeit in einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung gesondert festzustellen.⁷³ Hierbei sind insb. die Grundrechte des F, namentlich die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, zu berücksichtigen. Erforderlich ist grundsätzlich eine Abwägung zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des S und der Äußerungsfreiheit des F. Von letzterer sind aber weder unwahre Tatsachenbehauptungen noch Schmähkritiken erfasst.⁷⁴ Laut Sachverhalt sind die Tatsachenbehauptungen unwahr. Zudem liegt eine Schmähkritik vor, da hier die persönliche Kränkung und Herabsetzung des S das sachliche Anliegen vollständig in den Hintergrund drängt.⁷⁵ Solche oder ähnliche Äußerungen wären daher auch in Zukunft rechtswidrig.⁷⁶

⁷⁰ Wandt (Fn. 34), § 16 Rn. 54 f.; Kötz/Wagner (Fn. 45), Rn. 383-390.

⁷¹ Peifer, Schuldrecht, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 2014, § 3 Rn. 50.

⁷² Zur notwendigen Auslegung der Äußerung Seyfarth, NJW 1999, 1287 (1288 f.).

⁷³ Wandt (Fn. 34), § 16 Rn. 60; Peifer (Fn. 71), § 3 Rn. 51. Diese Abwägung kann auch schon bei der Frage, ob eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts überhaupt vorliegt, vorgenommen werden, so bspw. Staake (Fn. 20), § 8 Rn. 87.

⁷⁴ Peifer (Fn. 71), § 3 Rn. 51; siehe auch Sprau (Fn. 41), § 823 Rn. 101 f.

⁷⁵ Zur Definition von Schmähkritik BVerfG NJW 2014, 3357 (3358); Sprau (Fn. 41), § 823 Rn. 103.

⁷⁶ Da das BVerfG sehr strenge Anforderungen an das Vorliegen einer Schmähkritik stellt, ist ebenso vertretbar, deren Vorliegen zu verneinen. Dann wäre eine Abwägung vorzu-

3. Wiederholungsgefahr

Eine Wiederholungsgefahr ist gegeben, wenn eine ernstliche, auf Tatsachen gegründete Besorgnis besteht, dass in Zukunft gegen die Unterlassungspflicht verstoßen wird. Hat wie hier eine Verletzung bereits stattgefunden, begründet dies für gleichartige Verletzungen die widerlegbare Vermutung einer Wiederholungsgefahr.⁷⁷ Zudem wird S auch in Zukunft Spiele des SV pfeifen und F diese besuchen. Eine Wiederholungsgefahr liegt daher vor.

4. Ergebnis

S hat gegen den F einen Anspruch auf Unterlassung.

5. Zwangsvollstreckung

Die Vollstreckung erfolgt nach § 890 ZPO. Nach § 890 Abs. 1 ZPO wird das Unterlassen durch Verurteilung zu Ordnungsgeld oder Ordnungshaft erzwungen. Dieser Verurteilung muss eine entsprechende Androhung vorausgehen, § 890 Abs. 2 ZPO. Diese sollte direkt im Urteil enthalten sein, was R durch entsprechende Antragstellung erreichen kann.

II. S gegen F auf Entschädigung in Geld

S könnte gegen F einen immateriellen Schadensersatzanspruch haben. Dieser ergibt sich aus § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG. Eine rechtswidrige Persönlichkeitsrechtsverletzung liegt vor, siehe oben (I.). Hierbei handelte F auch schuldhaft.

Ein Anspruch auf Geldentschädigung besteht jedoch nur, wenn es sich um eine besonders schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung handelt, die nicht auf andere Weise als durch die Zahlung einer Geldentschädigung kompensiert werden kann.⁷⁸ Ob eine schwerwiegende Beeinträchtigung vorliegt, hängt von der Bedeutung und Tragweite des Eingriffs ab, dabei insbesondere vom Anlass und Beweggrund sowie dem Grad des Verschuldens. Insb. ist maßgeblich, ob in den sich aus der Menschenwürde ergebenden Achtungsanspruch einer Person eingegriffen wird.⁷⁹ Dafür, dass es sich um eine besonders schwere Verletzung handelt, lässt sich anführen, dass F den S sowohl beleidigt (§ 185 StGB) als auch unwahre Tatsachen über ihn verbreitet (§§ 186 StGB) hat. Zudem wird S mit der Beeinträchtigung seiner körperlichen Unversehrtheit und seines Eigentums (Auto) gedroht. Gegen eine besondere Schwere sprechen hier jedoch die bei einem Fußballspiel gegebenen besonderen Umstände (Emotionen, Enthemmung). Hieraus ergibt sich, dass F mit den

nehmen. Bei dieser ist mit entsprechender Begründung (zu Gunsten des F kann angeführt werden: Erregtheit, Situation im Stadion, Üblichkeit des Verhaltens) beides vertretbar.

⁷⁷ Sprau (Fn. 41), Einf § 823 Rn. 29; Seyfarth, NJW 1999, 1287 (1288 f.).

⁷⁸ BVerfG NJW 2004, 2371 (2372); Peifer (Fn. 71), § 3 Rn. 51.

⁷⁹ BVerfG NJW 2004, 2371 (2372); Wandt (Fn. 34), § 16 Rn. 65.

Angriffen auf die Person des S seinen Unmut über die Situation und seinen Ärger zum Ausdruck bringen wollte. Zwar sind die Äußerungen des F strafbar, sie betreffen aber nur die Sozialsphäre des S und sollten diesen auch nicht als Menschen negieren. Es fehlt somit an einem Eingriff in den Achtungsanspruch der Person.⁸⁰ Ein Anspruch des S gegen F auf Entschädigung in Geld besteht daher nicht.⁸¹

⁸⁰ Hier ist jedes nachvollziehbar begründete Ergebnis vertretbar. Nimmt man eine besonders schwere Verletzung an, kann der Anspruch bejaht werden. Eine Kompensation auf andere Weise (insb. Widerruf) scheidet in Fällen von Beleidigung und Schmähkritik aus, hierzu BVerfG NJW 2004, 2371 (3273); *Sprau* (Fn. 41) Einf § 823 Rn. 40. Zudem kann man darauf abstellen, dass die Äußerungen für mehrere Zuschauer hörbar war und daher weite Verbreitung gefunden hat.

⁸¹ Es ist ebenso möglich, dass § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 185 ff. StGB als Anspruchsgrundlage gewählt wird. Zudem stellt es keinen schweren Fehler dar, § 253 Abs. 2 BGB analog als Anspruchsgrundlage zu nennen, auch wenn der Geldanspruch nicht mehr auf die analoge Anwendung dieser Norm gestützt wird, vgl. *Kötz/Wagner* (Fn. 45), Rn. 422 ff.

Fortgeschrittenenklausur: Der konfliktgeladene iPod*

Von Akad. Mitarbeiter **Daniel Rodi**, Heidelberg**

Sachverhalt

Der siebzehnjährige M braucht unbedingt einen iPod. Auf der Suche nach einem solchen betritt er das Ladengeschäft des Elektronikfachhändlers H. Dort durchstöbert M den Prospekt und findet schließlich den iPod seiner Träume. Er zeigt H, der das Alter des M kennt, das Modell und sagt „Den kaufe ich!“. H entgegnet, dass der Prospekt nicht mehr ganz aktuell sei und er daher den derzeitigen Kaufpreis erst noch in Erfahrung bringen müsse. Er werde sich so schnell wie möglich melden.

Als H herausgefunden hat, dass der iPod im Internet üblicherweise für € 90,- verkauft wird, setzt er ein Schreiben an M auf, in welchem er den iPod zum Kauf anbietet. Dabei erwischt H jedoch auf seinem Tablet die falsche Taste und schreibt versehentlich „€ 66,-“. Tatsächlich wollte er den iPod zuzüglich seiner üblicherweise einkalkulierten Provision für € 99,- anbieten. Auf dem Heimweg wirft H das Schreiben gegen 20.00 Uhr in den Hausbriefkasten der Familie von M. Als H zu Hause ankommt und seinen Durchschlag des Schreibens abheftet, bemerkt er den Fehler und setzt sofort ein neues Schriftstück auf, in dem er gegenüber M erklärt, das Angebot solle so nicht gelten; er habe sich vertippt und meine eigentlich € 99,-. Dieses Schreiben wirft er um 21.30 Uhr ebenfalls in den Hausbriefkasten der Familie von M. Als M gegen 22.00 Uhr nach Hause kommt, öffnet er in Erwartung einer Antwort von H den Briefkasten und findet die beiden an ihn adressierten Schreiben. Er freut sich zunächst über das günstige Angebot; verärgert liest er dann das klarstellende Schreiben. M ist allerdings der Meinung, H müsse sich an seinem Angebot zu € 66,- festhalten lassen und könne dieses nicht einfach wieder zurücknehmen. Am nächsten Morgen zeigt er die beiden Schriftstücke am Frühstückstisch seinem verwitweten Vater V. Dieser teilt die Auffassung von M und rät, das Angebot zu € 66,- einfach anzunehmen. Da H an diesem Tag Ruhetag hat, gehen V und M zu dessen Privatwohnung. Dort treffen sie F, die Ehefrau von H. M bittet F, H mitzuteilen, dass er das Angebot zum Verkauf des iPods für € 66,- annehme. F, die in das Geschehen eingewäht ist, ist empört über die Dreistigkeit von M und V. Um ihren herzkranken Mann nicht aufzuregen, erzählt sie ihm, M habe das Angebot für € 99,- angenommen.

Nachdem der von H daraufhin beim Hersteller bestellte iPod zwei Wochen später bei ihm angekommen ist, verpackt er diesen und schickt ihn mitsamt einem Begleitschreiben an M. Das Begleitschreiben lautet (Auszug):

Lieber M,
entschuldige bitte, dass ich nicht persönlich zur Stelle war.

* Die Klausur wurde im Wintersemester 2014/2015 im Examen-Klausurenkurs der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg gestellt.

** Der Verf. ist Akad. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Insolvenzrecht (Prof. Dr. Andreas Piekenbrock) der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

Meine Frau hat mich aber über deinen Besuch und die Annahme zu € 99,- unterrichtet.

Gerne bestätige ich dir daher hiermit den Kauf des anbei befindlichen „iPod touch 8 GB – 4. Generation, Farbe: Schwarz“ zu € 99,-. Der Kaufpreis ist innerhalb von 30 Tagen auf das nachstehend angegebene Konto oder bar in meinem Laden zu entrichten.

Mit freundlichen Grüßen,
H

Die Ware verbleibt bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises in meinem Eigentum.

IBAN: DE58 3006 0601 0001 9564 34

BIC: SPARDEFFXXX

M schlussfolgert, dass F dem H wohl den falschen Kaufpreis mitgeteilt hat. Aus einer zwischenzeitlich angesehenen Gerichtsshow weiß er zudem, dass man sich bei einem Irrtum unter Umständen offenbar doch nicht an seinem Wort festhalten lassen muss. Da M befürchtet, den iPod wieder zurückgeben zu müssen, erzählt er V daher, dass H sich auf die € 66,- eingelassen habe. In den nächsten Tag ist der iPod nahezu in Dauerbetrieb, bis M seiner schließlich überdrüssig wird. Als er dies V erzählt, empfiehlt dieser, den iPod doch weiterzuverkaufen. M begibt sich daher auf die Suche nach einem Käufer und wird sich schließlich mit dem volljährigen D handelseinig. M überlässt D den iPod und erhält dafür im Gegenzug € 120,- in bar. Hierbei geht M davon aus, dass der iPod und mithin auch der Kaufpreis wohl eigentlich H zustehen und H den iPod womöglich nie wieder zurückerhält. Dennoch von diesem guten Geschäftsabschluss euphorisiert, balanciert M mit den Geldscheinen in der Hand am Flussufer entlang und überlegt, was er sich von diesen kaufen solle. Aufgrund einer Unachtsamkeit kommt er ins Straucheln und fällt schließlich in den Fluss. M kann den Fluten zwar ohne größere Schwierigkeiten enttrinnen, zu seinem großen Ärger muss er jedoch feststellen, dass er alle Geldscheine verloren hat.

Da M gegenüber H keinerlei Zahlungen erbringt, fängt dieser M und V vor deren Wohnung ab und stellt M zur Rede. Hierbei kommt die ganze Geschichte ans Licht und M gesteht kleinlaut, dass er den iPod bereits weiterverkauft, aber die dafür erhaltenen € 120,- verloren hat. H verlangt daraufhin von M Zahlung von € 120,-, da diese ja aus seinem iPod erwirtschaftet worden seien. Dass M das Geld verloren habe, gehe ihn, H, nichts an. Das sei vielmehr Ms Sache und zwar unabhängig davon, dass dessen Vater nicht über alle Details im Bilde war. Von einem fast Volljährigen könne man schließlich erwarten, dass er nicht derart leichtfertig mit Geld umgehe. Jedenfalls wolle er aber die vereinbarten € 99,-. Wenn M sich nicht direkt an ihn selbst wende, sondern an F, sei das nicht sein Problem; er sei für den Übermittlungsfehler nicht verantwortlich. Das Mindeste sei es aber, dass M ihm jetzt sofort € 90,- als Ausgleich für den veruntreuten iPod gebe, da D unauffindbar sei. Schließlich müsse

ihn M auch noch für den intensiven Gebrauch des Geräts entschädigen, € 5,- halte er hier für angemessen.

Aufgabe

Stehen H gegen M Zahlungsansprüche zu? Wenn ja, in welcher Höhe?

Bearbeitervermerk

Das Gutachten hat auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen. Soweit erforderlich, ist ein Hilfgutachten zu erstellen. Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (culpa in contrahendo) sind nicht zu prüfen. Es ist davon auszugehen, dass die von H für den Gebrauch des iPods verlangte Entschädigung ihrer Höhe nach dem Üblichen entspricht, der iPod durch den Gebrauch nicht abgenutzt wurde und M sich keinen Ersatz-iPod besorgt hätte, wenn H von einer Belieferung abgesehen hätte.

Lösungsvorschlag

I. Anspruch auf Zahlung von € 99,- aus § 433 Abs. 2 BGB

H könnte gegen M einen Anspruch auf Zahlung von € 99,- aus § 433 Abs. 2 BGB haben. Dafür müsste ein entsprechender Kaufvertrag zwischen den Beiden zustande gekommen sein. Dies setzt zwei korrespondierende Willenserklärungen, Antrag bzw. Angebot und Annahme voraus (§§ 145 ff. BGB).

1. Vertragsschluss im Ladengeschäft

Der von M durchstöberte Prospekt stellt mangels Rechtsbindungswillens kein Angebot des H, sondern lediglich eine Aufforderung zur Angebotsabgabe (invitatio ad offerendum) dar, da sich H ersichtlich nicht unabhängig vom Warenbestand sowie der Person des Kunden binden möchte.¹ Dieser Aufforderung könnte M durch seine Aussage „Den kaufe ich!“ nachgekommen sein und ein Angebot zum Erwerb des entsprechenden iPods abgegeben haben. Fraglich erscheint hierbei allerdings die Bestimmtheit des Angebots, da M keinen konkreten Kaufpreis benannte. In lebensnaher Sachverhaltsauslegung ist hier jedoch davon auszugehen, dass der Prospekt eine, wenngleich veraltete, Preisangabe enthält, die sich M mit seiner Bezugnahme zu eigen machte, sodass das Angebot alle essentialia negotii enthält.² Es handelt sich hierbei jedoch um ein Angebot unter Anwesenden, sodass es gemäß § 147 Abs. 1 S. 1 BGB nur sofort angenommen werden konnte. H erklärte allerdings, dass er zunächst den der-

¹ Vgl. Bork, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2010, § 145 Rn. 3 ff.

² Ebenso vertretbar ist es aber auch, hier mangels Bestimmtheit des Kaufpreises bereits das Vorliegen eines Angebots abzulehnen. In diesem Fall könnte noch erwogen werden, ob hinsichtlich des Kaufpreises ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zugunsten des H vereinbart werden sollte (§ 315 Abs. 1 BGB). Hierfür gibt es allerdings keine Anhaltspunkte, zumal ein Vertrag bei einem bewussten Einigungsmangel gemäß § 154 Abs. 1 S. 1 BGB im Zweifel nicht geschlossen wurde.

zeitigen Kaufpreis in Erfahrung bringen müsse und sich dann melden würde. Er hat das Angebot mithin nicht angenommen und im Ladengeschäft des H wurde kein Vertrag geschlossen.

2. Angebot durch das zweite Schreiben

In seinem zweiten Schreiben teilte H dem M mit, dass er sich im ersten Schreiben vertippt habe und statt € 66,- eigentlich € 99,- meine. Unabhängig davon, welche Relevanz sich hieraus für das erste Schreiben ergibt, könnte das zweite Schreiben zudem als neues Angebot zum Erwerb des iPods für € 99,- angesehen werden. Entscheidend ist hierfür, ob das zweite Schreiben nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) als bloße Information über die Motivlage bei Erstellen des ersten Schreibens zu verstehen war. Hiergegen spricht jedoch neben der verwendeten Formulierung, dass zwischen dem ersten und dem zweiten Schreiben keine maßgebliche zeitliche oder sachliche Zäsur erfolgte und daher davon auszugehen ist, dass H den iPod immer noch für € 99,- an M verkaufen wollte, sodass das zweite Schreiben als entsprechendes Angebot anzusehen ist. Diese Erklärung müsste ferner gegenüber M wirksam geworden sein, was aufgrund des Umstandes, dass er erst 17 Jahre alt und mithin beschränkt geschäftsfähig ist (§§ 106, 2 BGB), gemäß § 131 Abs. 2 S. 1, Abs. 1 BGB grundsätzlich den Zugang der Erklärung beim gesetzlichen Vertreter, also V (§ 1629 Abs. 1, 1626 Abs. 1 BGB), erfordert. Gemäß § 131 Abs. 2 S. 2 BGB genügt jedoch der Zugang bei M selbst, soweit die Erklärung für ihn rechtlich lediglich vorteilhaft³ ist. Das ist bei einem Angebot auf Abschluss eines Vertrages zu bejahen, da dieses mit keinerlei Verpflichtungen für den Empfänger verbunden ist und dessen Rechtsstellung durch die Möglichkeit der Annahme des Angebots ausschließlich verbessert.⁴ Irrelevant ist insofern, ob der Vertrag als solcher rechtlich lediglich vorteilhaft wäre, da der Minderjährigenschutz über eine Anwendung der §§ 107, 108 BGB für den Fall der Annahme seitens des Minderjährigen hinreichend gewährleistet ist. Das Angebot wurde mithin durch Zugang bei M wirksam. Offenbleiben kann somit die Frage, ob auch ein Zugang gegenüber V darin zu sehen wäre, dass diesem die nicht ausdrücklich an ihn gerichteten Schriftstücke am Frühstückstisch gezeigt wurden.

3. Annahme gegenüber F

Dieses Angebot hat M nicht unmittelbar gegenüber H angenommen. Allerdings hat er F gebeten, dem H auszurichten, dass er, M, das Angebot zu € 66,- annehme, wobei F dem H gegenüber angab, M habe das Angebot zu € 99,- angenom-

³ Geläufiger ist die Formulierung „lediglich rechtlich“, anstatt des hier gewählten „rechtlich lediglich“. Ersteres wird zwar durch die Fassung des Gesetzes nahegelegt, ist jedoch nicht ganz präzise. Denn es kommt ja nicht darauf an, dass lediglich ein rechtlicher und kein sonstiger, etwa wirtschaftlicher, Vorteil vorliegt, sondern darum, dass in rechtlicher Hinsicht lediglich ein Vorteil und kein Nachteil gegeben ist. In diesem Sinne auch Faust, BGB AT, 14. Aufl. 2014, S. 129.

⁴ Statt aller Einsele, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 131 Rn. 5.

men. Fraglich ist daher, mit welchem Inhalt die Erklärung des M dem H zugegangen ist (§ 130 Abs. 1 BGB). Zwar handelt es sich bei der F um die Ehefrau des H, mangels weiterer Anhaltspunkte im Sachverhalt kann hieraus jedoch nicht geschlossen werden, dass sie zur Empfangsvertretung (§ 164 Abs. 3 BGB) für H berechtigt wäre, zumal sie auch nicht als eigenverantwortliche Vertreterin auftrat, sondern die Erklärung schlicht entgegennahm. Da sie sich bei der Weitergabe der Erklärung auch nicht als Vertreterin des M gerierte, agierte F allenfalls als Botin. Entscheidend für die Frage nach der Zurechnung einer Verfälschung der Erklärung durch den Boten ist hierbei, für welchen Beteiligten der Bote aktiv wurde bzw. wessen Sphäre er zuzurechnen ist. Fraglich ist somit, ob es sich um eine Erklärungsbotenschaft für M oder eine Empfangsbotenschaft für H handelte.⁵ Nur im ersteren Fall wäre die verfälschte Erklärung der Annahme zu € 99,- dem M zurechenbar, wohingegen die Erklärung im letzteren Falle bereits vor der Verfälschung in den Machtbereich des H gelangt wäre. Die Abgrenzung hat sich an der Verkehrsanschauung zu orientieren, da kaum jemals eine ausdrückliche Ermächtigung zur botenmäßigen Empfangnahme von Erklärungen erfolgt, der Rechtsverkehr in gewissen Situationen aber dennoch berechtigterweise darauf vertraut, dass die statt dem tatsächlichen Empfänger angetroffene Person diesem die Erklärung weiterleiten wird und daher als Empfangsbote anzusehen ist. Dieses Vertrauen ist aber nur dann berechtigt, wenn die Person unter Berücksichtigung der Umstände sowie des Inhalts der Erklärung nach der Verkehrsanschauung als ermächtigt anzusehen ist, entsprechende Erklärungen entgegenzunehmen. Auch wenn es sich vorliegend um eine geschäftliche und nicht um eine private Angelegenheit handelt, so ist dies hinsichtlich der in der Privatwohnung angetroffenen, anzunehmender Weise volljährigen, Ehefrau F zu bejahen. Denn die Ehefrau stellt geradezu den typischen Fall einer Person dar, bei der davon auszugehen ist, dass sie grundsätzlich zur Entgegennahme von Erklärungen befugt ist, was nicht zuletzt durch § 178 Abs. 1 Nr. 1 ZPO untermauert wird. F ist somit als Empfangsbotin anzusehen und hinsichtlich des Inhalts der Erklärung des M ist auf seine Äußerung gegenüber F abzustellen. Dass F die Erklärung sogar bewusst verfälschte, ist unerheblich, da diese sich mit der Entgegennahme durch F bereits im Machtbereich des H befand und ihr Inhalt damit fixiert wurde.⁶ M erklärte mithin die Annahme zu € 66,- und nicht zu € 99,-, sodass keine Kongruanz mit dem entsprechenden Angebot des H über € 99,- besteht und somit kein entsprechender Vertrag zustande gekommen ist.

4. Vertragsschluss bei Übersendung des iPods

Ein Vertrag könnte aber möglicherweise dadurch geschlossen worden sein, dass H dem M den iPod mitsamt eines den Kauf zu € 99,- bestätigenden Begleitschreibens zusandte und M den iPod in Betrieb nahm. Fraglich ist, ob insofern noch auf

das ursprüngliche Angebot aus dem zweiten Schreiben abgestellt werden kann. Dieses konnte gemäß § 147 Abs. 2 BGB nur bis zu demjenigen Zeitpunkt angenommen werden, in dem unter gelmäßigen Umständen mit einer Antwort zu rechnen war. Die Bestimmung der Angebotsdauer hat sich hierbei insbesondere am Vertragsgegenstand zu orientieren.⁷ Der Kauf eines iPods ist aufgrund von dessen längerer Nutzbarkeit zwar kein Geschäft des täglichen Lebens im engsten Sinne, aber doch ein solches mit relativ überschaubarem finanziellem Aufwand, weshalb keine übermäßig lange Überlegungsfrist zuzugestehen ist. Des Weiteren erfordert die Entscheidung neben einem eventuellen Preisvergleich keine besonderen sonstigen Maßnahmen, wie etwa die Sicherstellung der Finanzierung durch Darlehen oder ähnliches. Mit einer Antwort war daher innerhalb einiger Tage zu rechnen. Da vorliegend zwischen dem zweiten Schreiben und der Zusendung des iPods mehr als zwei Wochen liegen, ist die Frist überschritten und das Angebot gemäß § 146 BGB erloschen.⁸ Ein neues Angebot könnte sich aber aus der Übersendung der Ware samt des Begleitschreibens ergeben. Fraglich erscheint allerdings der Rechtsbindungswille. Denn H bestätigte in dem Begleitschreiben lediglich den Kauf und verwies explizit auf die von M gegenüber F erklärte „Annahme zu € 99,-“. H ging also erkennbar davon aus, dass der Vertrag bereits geschlossen worden war. Aus Sicht eines objektiven Empfängers wollte H daher lediglich den vermeintlich bereits abgeschlossenen Vertrag erfüllen, aber nicht einen neuen abschließen. Es liegt somit kein neues Angebot vor. Aber selbst wenn man von einem solchen ausgehen wollte, hätte M - unbeschadet der Frage, worin exakt die Annahme zu sehen wäre und wie es sich diesbezüglich mit § 241a Abs. 1 BGB verhalten würde - dieses aufgrund seiner beschränkten Geschäftsfähigkeit nicht wirksam annehmen können. Denn der Vertrag war aufgrund der Zahlungspflicht von € 99,- rechtlich nicht lediglich vorteilhaft, sodass er gemäß § 107 BGB der Einwilligung des V bedurfte. Dieser hatte jedoch lediglich der Annahme zu € 66,- zugestimmt, weshalb der Vertrag mangels Genehmigung schwebend unwirksam wäre (§ 108 Abs. 1 BGB).

Da H dem M eine „Bestätigung“ über den Kauf geschickt hatte, könnte allerdings auch ein Vertragsschluss aufgrund der Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens in Betracht kommen. Zwar dürfte H wohl ein Kaufmann sein. Das gilt jedoch nicht für M, für den dies - oder jedenfalls eine in kaufmännischer Weise erfolgte Teilnahme am Rechtsverkehr - als Empfänger der Bestätigung samt der damit einhergehenden Reaktionsobliegenheit zwingend zu verlangen wäre,⁹ zumal M darüber hinaus sogar lediglich beschränkt

⁵ Vgl. *Schilken*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2014, Vor. §§ 164 ff. Rn. 73 ff.

⁶ Umstritten ist demgegenüber die Behandlung der bewusst unrichtigen Übermittlung durch den Erklärungsboten. Vgl. dazu *Marburger*, AcP 173 (1973), 137.

⁷ *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 147 Rn. 33.

⁸ Zum Vergleich: „Bei finanzierten und beurkundungsbedürftigen Verträgen, deren Abschluss eine Bonitätsprüfung vorausgeht, kann der Eingang der Annahmeerklärung regelmäßig innerhalb eines Zeitraums von vier Wochen erwartet werden (§ 147 Abs. 2 BGB)“, BGH NJW 2010, 2873.

⁹ Ob auch der Absender Kaufmann – bzw. Mitglied einer diesem gleichgestellten Personengruppe – sein muss, ist

geschäftsfähig ist. Ferner erfolgte die Bestätigung erst mehr als zwei Wochen nach dem vermeintlichen Vertragsschluss, sodass es am hinreichend engen zeitlichen Bezug zu diesem fehlt. Die Voraussetzungen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens sind somit nicht gegeben und auch insofern kam es nicht zu einem Vertragsschluss.

5. Ergebnis

Mangels Vertragsschlusses zu € 99,- besteht kein entsprechender Anspruch des H gegen M.

II. Anspruch auf Zahlung von € 66,- aus § 433 Abs. 2 BGB

Möglicherweise steht H jedoch zumindest ein Anspruch gegen M auf Zahlung von € 66,- aus einem entsprechenden Kaufvertrag nach § 433 Abs. 2 BGB zu.

1. Angebot des H

Fraglich ist jedoch, ob überhaupt ein entsprechendes Angebot des H vorlag. Ein solches könnte in dessen ersten Schreiben zu erblicken sein, in welchem er den iPod zu € 66,- angeboten hatte. Inhaltlich bestehen insoweit keine Bedenken, möglicherweise könnte jedoch das zweite Schreiben der Wirksamkeit des ersten Schreibens entgegenstehen.

H äußerte hierin, das Angebot solle so nicht gelten, er habe sich vertippt. Dies könnte als Anfechtungserklärung auszulegen sein. Vorrangig ist allerdings die Frage, ob die Angebotserklärung überhaupt wirksam wurde. Denn das zweite Schreiben könnte auch bzw. zusätzlich als Widerruf des Vertragsangebots nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB angesehen werden. In diesem Fall würde die Willenserklärung des H überhaupt nicht erst wirksam, sodass sich eine Anfechtung erübrigte. H hat seinen Willen zur Abstandnahme von dem ersten Schreiben zweifelsfrei kundgetan, sodass die Erklärung als Widerruf auszulegen ist, auf die Verwendung der korrekten juristischen Terminologie kommt es nicht an (§§ 133, 157 BGB). Fraglich ist jedoch, ob die Widerrufserklärung dem M, wie von § 130 Abs. 1 S. 2 BGB vorausgesetzt, zumindest gleichzeitig mit der zu widerrufenden Erklärung, also dem Angebot über € 66,-, zugegangen ist. Eine Willenserklärung ist nach der Empfangstheorie grundsätzlich dann als zugegangen anzusehen, wenn sie dergestalt in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass nach gewöhnlichem Verlauf mit einer Kenntnisnahme zu rechnen ist.¹⁰

a) Zugang des Angebots (erstes Schreiben)

Der Familienbriefkasten stellt ohne Weiteres auch den Machtbereich des M dar. Allerdings werden Briefkästen üblicherweise nicht nachts oder abends, sondern tagsüber geleert. Auch wenn das erste Schreiben also um 20.00 Uhr eingeworfen wurde, war nach objektiv-typisiertem Verlauf erst mit einer Kenntnisnahme am nächsten Tag zu rechnen, weshalb auch der normative Zugangszeitpunkt der nächste

Tag zur üblichen Leerungszeit ist. Vorliegend hat M den Briefkasten allerdings noch am Abend geleert und den Brief tatsächlich gelesen. Es stellt sich mithin die Frage, ob diese überholende tatsächliche Kenntnisnahme zu berücksichtigen oder dennoch auf den normativen Zugangszeitpunkt abzustellen ist. Entscheidend dürfte insofern der Zweck des grundsätzlichen Abstellens auf den üblichen Verlauf und nicht die tatsächliche Kenntnisnahme sein. Käme es stets auf letztere an, so hätte es ein Erklärender häufig nicht in der Hand, eine fristgebundene Erklärung rechtzeitig zugehen zu lassen. Zum Schutz des Erklärenden ist daher auf die bloße Kenntnisnahmemöglichkeit abzustellen. Nichtsdestotrotz stellt die tatsächliche Kenntnisnahme aber dennoch den Idealtypus des Zugangs dar, das Abstellen auf den normativen Zugangszeitpunkt soll letztlich lediglich den spätestens Zeitpunkt markieren, zu dem die Erklärung wirksam wird.¹¹ Wird sie zuvor tatsächlich bereits zur Kenntnis genommen, besteht kein Grund, den Wirksamkeitszeitpunkt zu verschieben. Das erste Schreiben ist dem M somit kurz nach 22.00 Uhr zugegangen, als er es las und mithin tatsächlich zur Kenntnis nahm. Wie bereits oben hinsichtlich des Angebots zu € 99,- ausgeführt, steht dem sofortigen Wirksamwerden des Angebots auch nicht § 131 Abs. 2, Abs. 1 BGB entgegen, da das Angebot als solches für M rechtlich lediglich vorteilhaft ist.

b) Zugang der Widerrufserklärung (zweites Schreiben)

Fraglich ist zudem, ob die Widerrufserklärung dem M zumindest noch zeitgleich im Sinne des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB zugeht.

aa) „normative Gleichzeitigkeit“?

Hiergegen könnte zunächst sprechen, dass M das erste Schreiben tatsächlich zuerst gelesen hat und erst im Anschluss das zweite. Allerdings erfolgte dies in unmittelbarem Anschluss und ohne jegliche Zäsur, sodass möglicherweise dennoch von jedenfalls normativer Gleichzeitigkeit auszugehen wäre. Der Sinn der Beschränkung auf einen vorherigen oder zeitgleichen Zugang des Widerrufs ist darin zu erblicken, dass in diesem Fall mangels bisherigen Wirksamwerdens der Willenserklärung noch keine Rechtsposition des Empfängers besteht, die diesem durch den Widerruf wieder entzogen würde. Zudem besteht in diesem Fall noch kein abstrakt schutzwürdiges Vertrauen in den Bestand der entsprechenden Willenserklärung sowie der damit verbundenen Dispositionsmöglichkeiten. Darüber hinaus soll es mit dem Zugangszeitpunkt einen eindeutigen und objektiven Zeitpunkt geben, ab welchem die Willenserklärung wirksam ist.¹²

demgegenüber umstritten. Vgl. hierzu *Deckert*, JuS 1998, 121 (122) m.w.N.

¹⁰ *Einsele* (Fn. 4), § 130 Rn. 9.

¹¹ *Singer*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2011, § 130 Rn. 39.

¹² Irrelevant ist demgegenüber nach wohl h.M. das Vorliegen eines konkreten, durch die Kenntnisnahme der Willenserklärung begründeten Vertrauens. Dementsprechend ist der Widerruf auch dann ausgeschlossen, wenn er nach Zugang, aber vor tatsächlicher Kenntnisnahme der zu widerrufenden Willenserklärung erfolgt. Vgl. dazu *Singer* (Fn. 11), § 130 Rn. 101 f.

Die Aufweichung der strikten tatsächlichen Gleichzeitigkeit durch eine normative Gleichzeitigkeit könnte zu gewisser Rechtsunsicherheit führen und daher insbesondere mit dem letztgenannten Grund für die Beschränkung auf einen zeitgleich erfolgten Widerruf kollidieren. Andererseits hing es in der vorliegenden Konstellation vom bloßen Zufall ab, welchen der Briefe M zuerst las. Jedenfalls dann, wenn, wie vorliegend, beide Willenserklärung in unmittelbarem Anschluss aneinander zur Kenntnis genommen werden, keinerlei Zäsur besteht und die Reihenfolge daher letztlich zufällig ist, erscheint es aus Wertungsgesichtspunkten angezeigt und mit den Aspekten der Rechtssicherheit vereinbar, noch von einem gleichzeitigen Zugang auszugehen.¹³

bb) § 131 Abs. 2 S. 1, Abs. 1 BGB

Der Möglichkeit des Widerrufs könnte allerdings § 131 Abs. 2 S. 1, Abs. 1 BGB entgegenstehen. Zwar spricht § 130 Abs. 1 S. 2 BGB lediglich von einem gleichzeitigen Zugang der Erklärungen, dies beinhaltet jedoch auch die generelle, ungeschriebene Voraussetzung der Wirksamkeit der Widerrufserklärung. Fraglich ist daher, ob die Widerrufserklärung aufgrund des § 131 Abs. 2 S. 1, Abs. 1 BGB überhaupt wirksam alleine gegenüber M zugehen konnte oder ob es eines Zugangs bei V bedurfte. Im letzteren Fall wäre der Widerruf frühestens am nächsten Tag und mithin nicht gleichzeitig, also zu spät zugegangen bzw. wirksam geworden. Entscheidend ist insofern die rechtlich ledigliche Vorteilhaftigkeit der Widerrufserklärung für M (§ 131 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB). Dafür, dass der Widerruf des H für M rechtlich nicht lediglich vorteilhaft ist, könnte angeführt werden, dass er dem Empfänger die Möglichkeit nimmt, einen Vertrag zu Stande zu bringen und das Angebot als rechtlich lediglich vorteilhaft klassifiziert wurde, sodass der „actus contrarius“ nachteilig sein müsse. Um dennoch eine alleinige Empfangszuständigkeit des M zu begründen, könnte erwogen werden, § 109 Abs. 1 S. 2 BGB analog anzuwenden.¹⁴ Dem steht aber entgegen, dass § 109 Abs. 1 BGB gemäß § 109 Abs. 2 BGB nur für den Fall gilt, dass die Minderjährigkeit unbekannt war und § 130 Abs. 1 S. 2 BGB gerade für den auch vorliegend gegebenen Fall der bekannten Minderjährigkeit relevant wird. Nur im Fall der unbekannt Minderjährigkeit ist der Vertragspartner besonders schutzwürdig und kann daher ausnahmsweise auch gegenüber dem Minderjährigen agieren.

Zwar lässt sich dem Widerruf für M kein rechtlicher Vorteil entnehmen, möglicherweise stellt er sich jedoch für diesen als rechtlich neutral bzw. indifferent dar. Da der Minderjährige keines besonderen Schutzes bedarf, wenn eine Erklärung für ihn keinerlei rechtliche Relevanz aufweist, fallen anerkannterweise solche indifferenten Erklärungen nicht unter § 107 BGB bzw. erfüllen dementsprechend § 131 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB. Maßgeblich ist daher letztlich die rechtliche Nachteilhaftigkeit. Diesbezüglich ließe sich argumentieren, der Widerruf sei nicht rechtlich nachteilig, da die Position der Annahmemöglichkeit eine sehr schwache sei, da ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter ohnehin kein

wirksamer entgeltlicher Vertrag geschlossen werden könne (§§ 107, 108 BGB).¹⁵ Der Verlust dieser Möglichkeit wäre dann kein rechtlich relevanter. Insofern könnte etwa ein Vergleich zu der von der Rechtsprechung wegen Geringfügigkeit als unschädlich eingestuften Grundsteuer gezogen werden. Dies erschiene allerdings fraglich, da die Grundsteuer als gegenüber dem Vorteil der Erlangung eines Grundstücks für unbeachtlich erklärt wurde,¹⁶ vorliegend in der Widerrufserklärung aber keinerlei Vorteil für M zu sehen ist. Dies kann hier jedoch letztlich dahinstehen. Denn der Widerruf beseitigt nach seiner gesetzlichen Konzeption - anders als § 109 Abs. 1 BGB - nicht das Angebot (sowie die hierdurch erlangte Rechtsposition) nachträglich, sondern steht bereits dessen Wirksamwerden als solchem entgegen. D.h. dass nicht eine bestehende Rechtsposition verloren wird, sondern schlicht keine hinzugewonnen.¹⁷ Das Minderjährigenrecht dient aber vornehmlich der Verhinderung von Nachteilen bzw. Schäden, nicht aber dem Schutz noch nicht rechtlich fundierter Expektanzen bzw. rein tatsächlicher Gewinnmöglichkeiten. Die hier in Frage stehende Privilegierung gegenüber volljährigen Vertragspartnern durch die Erschwerung rechtzeitigen Widerrufs ist daher aus Sicht des Minderjährigenrechts nicht geboten. Der Widerruf ist für M somit rechtlich indifferent, da er dessen bestehende Rechtsstellung nicht beeinträchtigt, sodass gemäß § 131 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB ein alleiniger Zugang bei ihm hinreichend war. Keine Bedeutung kommt insofern dem Umstand zu, dass M das Angebotsschreiben bereits kurz vor dem Widerruf gelesen hat. Denn diesbezüglich ist wie dargelegt von einer normativen Gleichzeitigkeit auszugehen. Somit sind die Voraussetzungen des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB erfüllt und das Angebot des H zu € 66,- ist nicht wirksam geworden.¹⁸ Jedenfalls aber hätte H sein Angebot aufgrund Erklärungsirrtums - er hatte sich vertippt - gemäß § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB mit der Wirkung des § 142 Abs. 1 BGB angefochten. Die Anfechtungserklärung wäre als nachteilige Erklärung insbesondere auch gemäß § 131 Abs. 2 S. 1, Abs. 1 BGB durch Zugang bei V wirksam geworden. Zwar ist umstritten, ob eine bloß zufällige Kenntnisnahme - wie man sie in der Überlassung am Frühstückstisch erblicken könnte - für einen Zugang im Sinne des § 131 Abs. 2 S. 1, Abs. 1 BGB genügt oder ob es erforderlich ist, dass die Er-

¹⁵ Ludwig, Jura 2011, 9 (13 f.).

¹⁶ BGH NJW 2005, 415 (417 f.).

¹⁷ Vgl. auch Kaiser, Jura 1982, 77.

¹⁸ Hier ist ist auch das Gegenteilige vertretbar. In diesem Fall müsste kurz die Anwendung des § 109 Abs. 1 S. 1 BGB thematisiert werden. Dieser dürfte zwar wohl analog auch auf bloße Angebotserklärungen und nicht nur auf bereits abgeschlossene Verträge anwendbar sein, vorliegend kannte H jedoch Ms Alter, sodass § 109 Abs. 2 BGB eingreift. Die Anwendbarkeit des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB mag hier im Ergebnis zwar nicht entscheidend sein, sie ist jedoch logisch vorrangig zu klären und kann daher, zumal sie, wie gesehen, problematisch ist, nicht mit dem bloßen Hinweis auf die Anfechtbarkeit offengelassen werden. Entscheidungserheblich ist das Problem dann, wenn etwa kein Anfechtungsgrund vorliegt oder eine Haftung nach § 122 Abs. 1 BGB droht.

¹³ Vgl. auch Ludwig, Jura 2011, 9 (11).

¹⁴ Mansel, in: Jauernig, 15. Aufl. 2014, § 109 Rn. 1.

klärung auch gerade in Richtung des gesetzlichen Vertreters abgegeben wurde. Vorliegend war H das Alter des M und mithin dessen Minderjährigkeit allerdings bekannt, sodass hier trotz der bloßen Adressierung an M davon auszugehen ist, dass die Erklärung implizit auch an V gerichtet war, zumal sie ja auch in den Familienbriefkasten eingeworfen wurde.

2. Angebot durch M und Annahme durch H

Wie oben bereits ausgeführt wurde, erklärte M gegenüber F die Annahme zu € 66,-. Diese Erklärung war aufgrund der Einwilligung des V, der M geraten hatte, das Angebot zu € 66,- anzunehmen, auch wirksam (§ 107 BGB). Da Hs Angebot, auf welches sich M bezog, allerdings gar nicht wirksam geworden war, könnte Ms Annahme ihrerseits als entsprechendes Angebot anzusehen sein. Dieses wäre von H jedoch nicht angenommen worden. Insbesondere kann in der Zusendung des iPods angesichts des auf € 99,- bezugnehmenden Begleitschreibens keine entsprechende Annahme erblickt werden.

3. Ergebnis

Mangels Annahme eines wirksamen Angebots wurde kein Kaufvertrag zu € 66,- geschlossen und M kann somit nicht gemäß § 433 Abs. 2 BGB € 66,- von H verlangen.

II. Anspruch auf Zahlung von € 90,- aus §§ 990 Abs. 1, 989 BGB

H könnte gegen M wegen der Überlassung des iPods an D einen Anspruch auf Zahlung von € 90,- nach §§ 990 Abs. 1, 989 BGB haben.

1. Vindikationslage

Hierzu müsste zum Zeitpunkt der präsumtiv schädigenden Handlung, also der Überlassung, eine Vindikationslage (§ 985 BGB) vorgelegen haben.

a) Eigentum des H

H wurde der iPod durch den Hersteller anzunehmender Weise übereignet, ein verlängerter Eigentumsvorbehalt oder ähnliches ist nicht ersichtlich. Dieses Eigentum könnte H nach § 929 S. 1 BGB durch Übersendung der Ware an M verloren haben. Hierin liegt ohne Weiteres eine Übergabe, fraglich ist jedoch die Einigung. Nach dem Begleitschreiben des H hat sich dieser das Eigentum bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung vorbehalten. Es liegt somit ein Eigentumsvorbehalt, also eine auf die vollständige Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingte Übereignung (§ 158 Abs. 1 BGB) vor. Dieses – für M rechtlich lediglich vorteilhafte - Übereignungsangebot hat M spätestens durch Inbetriebnahme der Sache nach § 151 S. 1 BGB auch angenommen. Mangels erfolgter Kaufpreiszahlung durch M war H allerdings im Zeitpunkt der Überlassung an D weiterhin Eigentümer des iPods.

b) Besitz des M

M übte die tatsächliche Sachherrschaft mit Besitzwillen aus und war mithin Besitzer der Sache, § 857 Abs. 1 BGB. Die beschränkte Geschäftsfähigkeit des M ist insofern irrelevant, da der erforderliche Besitzwille rein tatsächlicher und nicht rechtsgeschäftlicher Natur ist, was sich nicht zuletzt aus der tatsächlichen Prägung des Besitzes als solchem ergibt.¹⁹

c) Kein Recht zum Besitz

Wie sich aus § 986 BGB ergibt, dürfte M auch kein Recht zum Besitz zustehen. Da, wie gesehen, kein Vertrag geschlossen wurde, kommt ein vertragliches Recht zum Besitz nicht in Betracht. Ein solches könnte sich jedoch aus dem Umstand ergeben, dass H den iPod unter Eigentumsvorbehalt an M übereignet hatte. Aufgrund der relativ gesicherten Stellung, die § 161 BGB dem Vorbehaltskäufer einräumt, ist anerkannt, dass diesem ein sogenanntes Anwartschaftsrecht an der Kaufsache zusteht, soweit er der Eintritt der Bedingung und mithin den Eigentumserwerb einseitig herbeiführen kann. Umstritten ist hierbei, ob das Anwartschaftsrecht ein Recht zum Besitz darstellt bzw. beinhaltet. Diese Frage kann jedoch offenbleiben, wenn M überhaupt kein Anwartschaftsrecht zustand. Wie gesehen, beruht das Anwartschaftsrecht auf der Möglichkeit des Erwerbers, den Bedingungseintritt und damit den Eigentumserwerb einseitig herbeizuführen. Vorliegend bezog sich der Eigentumsvorbehalt auf den vermeintlichen Kaufvertrag zu € 99,-. Da ein solcher jedoch nicht geschlossen wurde, konnte die Bedingung der Erfüllung dieses Kaufvertrags überhaupt nicht eintreten und ist vielmehr ausgefallen. Dies gilt jedenfalls deshalb, weil, wie oben ausgeführt, kein für M annahmefähiges Angebot des H mehr bestand, sondern dieses vielmehr nach § 146 BGB erloschen war. M konnte somit nicht mehr einseitig einen entsprechenden Vertragsschluss herbeiführen, sodass ihm kein Anwartschaftsrecht zustand. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Erwägung, dass die Bedingung auch in der bloß tatsächlichen Zahlung des „Kaufpreises“ bestanden haben könnte. Denn eine solche Auslegung entspräche nicht den Interessen des Vorbehaltsverkäufers, für den es ohne wirksamen Kaufvertrag auch keinen Grund zur Übereignung gibt. Der Eigentumsvorbehalt ist daher als teilakzessorisches Sicherungsmittel anzusehen.²⁰

¹⁹ Das ist weitestgehend, wenngleich nicht völlig h.M. Siehe zur Vertiefung *Fritzsche*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 33, Stand: 1.11.2014, § 854 Rn. 27 m.w.N. Bei Kindern unter sieben Jahren lässt beispielsweise das österreichische Recht einen natürlichen Besitzwillen nicht genügen, § 310 ABGB.

²⁰ BGH NJW 1980, 175 (176). Diese Akzessorietät zum schuldrechtlichen Geschäft führt auch dazu, dass ein gutgläubiger Zweiterwerb des Anwartschaftsrechts grundsätzlich nicht möglich ist, vgl. *Kindl*, in: Beck'scher-Online-Kommentar zum BGB, Ed. 33, Stand: 1.5.2014, § 929 Rn. 84. Siehe zur offengelassenen Frage, ob das Anwartschaftsrecht ein Recht zum Besitz begründet *Fritzsche* (Fn. 19), § 986 Rn. 12 ff. m.w.N.

Ein Recht zum Besitz bzw. ein Ausschluss des Vindikationsanspruchs - will man nicht so weit gehen, gar einen gesetzlichen Eigentumserwerb anzunehmen²¹ - könnte sich ferner aus § 241a Abs. 1 BGB ergeben. Zwar ist davon auszugehen, dass H als Unternehmer (§ 14 BGB) und M als Verbraucher (§ 13 BGB) agierte, weitere Voraussetzung für die Einschlägigkeit des § 241a Abs. 1 BGB ist jedoch, dass die Lieferung des iPods nicht auf eine Bestellung des M zurückgeht. Der Sinn des § 241a BGB besteht darin, den Verbraucher vor der Belästigung durch Zusendung unbestellte Waren zu schützen und generalpräventiv insgesamt einer entsprechenden, wettbewerbswidrigen Geschäftspraxis entgegenzuwirken. Angesichts der für den Unternehmer drastischen Folgen der Norm, ist bei der Bejahung einer unbestellten Leistung - nicht zuletzt auch aus verfassungsrechtlichen Gründen - Zurückhaltung geboten. Sanktioniert werden soll nur eine völlig unveranlasste Belieferung. Vorliegend gingen der Zusendung allerdings tatsächliche Verhandlungen sowie gar Angebot und Annahme voraus, mochten letztere aufgrund ihrer Inkongruenz auch nicht zu einem Vertragsschluss geführt haben. Bei dem hier gegebenen versteckten Dissens ist § 241a Abs. 1 BGB daher nicht einschlägig.²² Jedenfalls aber wäre der Ausschlussgrund des § 241a Abs. 2 BGB erfüllt, da H in der irrigen Vorstellung einer Bestellung lieferte und dies M bekannt bzw. V durch Überprüfen des Begleitschreibens erkennbar war, weshalb auch dahinstehen könnte, ob hier auf M oder V abzustellen wäre.

M stand somit kein Recht zum Besitz zu.

2. Bösgläubigkeit²³

Gemäß § 990 Abs. 1 S. 1 BGB durfte der Besitzer nicht in gutem Glauben bzw. musste bösgläubig gewesen sein. Nach der im Ausgangspunkt auch im vorliegenden Kontext anwendbaren Definition des § 932 Abs. 2 BGB erfordert dies Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis. Bezugspunkt ist allerdings die fehlende Besitzberechtigung. M ging zutreffend davon aus, dass er den iPod nicht behalten dürfe, da H irrigerweise von einem Vertragsschluss zu € 99,- ausgegangen war. Ob M hierbei an einen dinglichen oder einen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch dachte bzw. dass er höchstwahrscheinlich keine entsprechende Differenzierung vornahm, ist insoweit irrelevant. Hinreichend ist vielmehr eine Parallelwertung in der Laiensphäre dahingehend, dass die Sache zurückgegeben werden müsse. Da M dies bekannt war, war er bösgläubig.

²¹ So entgegen der h.M. etwa *Finkenauer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 241a Rn. 40.

²² *Finkenauer* (Fn. 21), § 241a Rn. 13.

²³ Der Begriff der „Bösgläubigkeit“ ist in diesem Kontext absolut üblich und wird daher auch hier verwendet. Ganz gesetzesnah ist er freilich nicht, da dieses an den fehlenden guten Glauben und – anders als etwa bei § 819 Abs. 1 BGB – nicht an die Bösgläubigkeit bzw. bestehende Kenntnis anknüpft. Sachlich besteht allerdings - vorbehaltlich der Beschränkung des § 819 Abs. 1 BGB auf positive Kenntnis – kein Unterschied, da es sich um Komplementärbegriffe handelt.

Angesichts von Ms beschränkter Geschäftsfähigkeit erscheint jedoch fraglich, ob vorliegend auf dessen Bösgläubigkeit abgestellt werden kann oder ob vielmehr die Bösgläubigkeit des V als gesetzlichem Vertreter des M erforderlich ist. V ging aufgrund der entsprechenden Angaben des M davon aus, dass H sich auf den Vertrag zu € 66,- eingelassen und deswegen geliefert hatte, sodass V keine positive Kenntnis vom Fehlen des Besitzrechts hatte. Diese Unkenntnis war auch jedenfalls nicht grob fahrlässig, da für V kein qualifizierter Anlass bestand, den Angaben des M zu misstrauen und das Begleitschreiben selbst zu überprüfen. V war mithin nicht bösgläubig, sodass die Klärung der aufgeworfenen Streitfrage erforderlich ist.

Für die Maßgeblichkeit des gesetzlichen Vertreters könnte die übergreifende Grundwertung der §§ 107 ff. BGB herangezogen werden, wonach Minderjährige besonders schutzbedürftig sind. Zudem kann auch die Rechtshängigkeit im Sinne des § 989 BGB gemäß § 170 Abs. 1 ZPO nur durch Zustellung gegenüber dem gesetzlichen Vertreter herbeigeführt werden.²⁴ Da die Bösgläubigkeit durch § 990 Abs. 1 BGB letztlich lediglich der Rechtshängigkeit gleichgestellt wird, könnte eine parallele Handhabung geboten sein. Hierzu ist zu sagen, dass zum einen fraglich erscheint, ob die prozessuale Norm des § 170 Abs. 1 ZPO zumindest auch die materiell-rechtlichen Folgen der Rechtshängigkeit im Auge hatte und daher diesbezüglich präjudizielle Wirkung entfalten müsste. Zum anderen sind Minderjährige in der Rechtsordnung zwar in der Tat besonders geschützt, die Regelungen der §§ 107 ff. BGB beziehen sich jedoch ausschließlich auf rechtsgeschäftliches Handeln, wohingegen etwa der Schutz im deliktsrechtlichen Bereich durch § 828 BGB verwirklicht wird.

Da es vorliegend um einen Schadensersatzanspruch geht, könnte daher auch schlicht auf die Kenntnis des M abzustellen sein, soweit er hierbei die nach § 828 Abs. 3 BGB erforderliche Einsicht aufwies, wovon bei dem siebzehnjährigen M auszugehen ist. Hierfür würde auch sprechen, dass sich die Bösgläubigkeit auf den Besitzerwerb einer fremden Sache ohne Berechtigung bezieht und daher als Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre deliktsähnliche Züge aufweist. Hiergegen ließe sich einwenden, dass die durch die §§ 987 ff. BGB begründete Verwahrerhaftung vertragsähnliche Züge aufweise und die Rechtsordnung im Allgemeinen davon ausgehe, dass Minderjährige im Grundsatz nicht in der Lage sind, angemessen auf Sachen achtzugeben. Vielmehr bedürfe es hierfür der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters, wie sich z.B. auch daran zeige, dass dem Minderjährigen nach überwiegender Auffassung die Empfangszuständigkeit für die Entgegennahme zur Erfüllung eines Vertrages überlassener Sachen fehle, da ohne Einschaltung des gesetzlichen Vertreters der Verlust der Sachen zu befürchten sei. Jedenfalls aber berücksichtigt diese Auffassung den Minderjährigenschutz zumindest für die Fälle unzureichend, in denen die Besitzerlangung im Rahmen einer rechtsgeschäftlichen Beziehung erfolgte. Denn durch die Anwendung der §§ 987, 989 BGB würde der Minderjährige im Ergebnis häufig ebenso stehen,

²⁴ *Pinger*, MDR 1974, 184 (187).

wie bei Wirksamkeit des Vertrages. Hiervor sollen die §§ 107 ff. BGB aber gerade schützen. Die Konstellation ist insofern nicht der einer typischen Haftung nach § 823 BGB vergleichbar, die nach der Maßgabe des § 828 BGB selbstverständlich auch für Minderjährige gilt. Denn wenn der Minderjährige aufgrund rechtsgeschäftlichen Kontakts in den Besitz der Sache gelangt ist, hat er sich diese nicht durch einen (deliktischen) Eingriff in die Rechtsstellung des Eigentümers beschafft. Somit wäre gegebenenfalls danach zu differenzieren, auf welche Weise der Minderjährige in den Besitz der Sache gelangte und zumindest bei rechtsgeschäftlicher Erlangung auf die Bösgläubigkeit des gesetzlichen Vertreters abzustellen.²⁵ Dies jedenfalls soweit nicht bereits bei der Besitzerlangung ein Delikt, wie z.B. Betrug nach § 263 StGB, begangen wurde, was sich auch mit der Wertung des § 992 BGB deckt.

Alternativ könnte schließlich auch nach den verfolgten Anspruchszielen unterschieden werden: Während §§ 990 Abs. 1, 989 BGB als Schadensersatzanspruch deliktähnlich ist, könnte dies für §§ 990 Abs. 1, 987 Abs. 1 BGB zu verneinen sein, da hier nicht auf einen Schaden des Eigentümers, sondern einen Vorteil für den Nutzenden abzustellen ist.²⁶ Letzteres ist also bereicherungsähnlich, wobei namentlich im Hinblick auf § 819 Abs. 1 BGB ebenfalls umstritten ist, auf wessen Kenntnis abzustellen ist, sodass die Konsequenzen aus dieser Einstufung fraglich erscheinen. Gegen eine solche Differenzierung spricht aber jedenfalls, dass mit § 990 Abs. 1 BGB eine einheitliche Norm für das Erfordernis der Bösgläubigkeit besteht und sich aus dem Gesetz keinerlei Anhaltspunkt für ein normintern unterschiedliches Verständnis der Bösgläubigkeit ergibt. Vielmehr kennt das EBV lediglich die beiden Kategorien des redlichen sowie des wegen Rechtshängigkeit oder Bösgläubigkeit unredlichen Besitzers, nicht jedoch etwa den nur hinsichtlich der Nutzungen (un-)redlichen Besitzer.

Vorliegend erhielt M den iPod in Erfüllung eines vermeintlichen Kaufvertrages, weshalb sowohl die stets auf den gesetzlichen Vertreter abstellende und die nach dem Umständen der Besitzerlangung differenzierende Ansicht aufgrund der Maßgeblichkeit von Vs Kenntnis zu mangelnder Bösgläubigkeit gelangen würden. Insbesondere liegt hier im bloßen Empfang der Leistung kein Betrug. Die generell auf § 828 BGB abstellende zweite Auffassung ist demgegenüber als zu starr und den Minderjährigenschutz nicht stets gewährleistet abzulehnen. Da auch die nach Anspruchszielen unterscheidende vierte Auffassung systematisch nicht überzeugt, fehlt es somit an der erforderlichen Bösgläubigkeit.

3. Ergebnis

H steht kein Anspruch gegen M aus §§ 990 Abs. 1, 989 BGB zu.

III. Anspruch auf Zahlung von € 120,- aus §§ 985, 285 Abs. 1 BGB

H könnte gegen M wegen der Überlassung des iPods an D ein Anspruch auf Zahlung von € 120,- aus §§ 985, 285 Abs. 1 BGB zustehen.

1. Anwendbarkeit des § 285 Abs. 1 BGB

Fraglich ist bereits die generelle Anwendbarkeit des § 285 Abs. 1 BGB auf den Vindikationsanspruch des § 985 BGB. Zwar begründen auch dingliche Ansprüche zumindest ein Schuldverhältnis im engeren Sinne, weshalb die Rückgriffsmöglichkeit auf den allgemeinen Teil des Schuldrechts im Grundsatz zu bejahen ist. Allerdings sind hierbei die Besonderheiten dinglicher Ansprüche zu berücksichtigen und die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften daher stets individuell zu prüfen. Gegen eine Anwendung des § 285 Abs. 1 BGB hinsichtlich § 985 BGB spricht, dass die Unmöglichkeit der Besitzherausgabe bzw. das Erlöschen des Vindikationsanspruchs bereits aus der bloßen Besitzweitergabe resultiert und es daher anders als etwa bei § 816 Abs. 1 S. 1 BGB keiner wirksamen Verfügung bedarf. Würde auch in diesem Fall der Zugriff auf das Surrogat eröffnet, so wäre die dem Besitzer zumutbare Opfergrenze überschritten: Zum einen wäre er aufgrund fehlender Eigentumsverschaffung dem Regress des Erwerbers ausgesetzt und müsste andererseits aber den Kaufpreis an den Eigentümer auskehren. Eine solche Doppelbefriedigung des Eigentümers, der letztlich sowohl Sache als auch Kaufpreis erlangen könnte, erscheint nicht gerechtfertigt.²⁷ Zudem würde § 285 Abs. 1 BGB lediglich zur Herausgabe des Surrogats des Besitzes verpflichten, der erlangte Kaufpreis stellt aber vornehmlich ein Eigentumsurrogat dar.²⁸ § 285 Abs. 1 BGB ist somit jedenfalls nicht dergestalt auf § 985 BGB anwendbar, dass der erlangte Kaufpreis herauszugeben wäre.

2. Ergebnis

H steht kein Anspruch aus §§ 985, 285 Abs. 1 BGB gegen M zu.

IV. Anspruch auf Zahlung von € 5,- aus §§ 990 Abs.1, 987 Abs. 1 BGB

Mangels Bösgläubigkeit steht H hinsichtlich des Gebrauchs des iPods kein Anspruch aus § 987 BGB gegen M zu.

V. Anspruch auf Zahlung von € 5,- analog § 988 BGB

H könnte aber in analoger Anwendung des § 988 BGB wegen des Gebrauchs des iPods gegen M ein Anspruch auf Zahlung von € 5,- zustehen.

²⁵ Brehm/Berger, Sachenrecht, 3. Aufl. 2014, S. 148.

²⁶ Ebel, JA 1986, 296 (299).

²⁷ Caspers, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2014, § 285 Rn. 19.

²⁸ Emmerich, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 285 Rn. 15.

1. Analogie

Seinem Wortlaut nach gilt § 988 BGB lediglich für die unentgeltliche Besitzerlangung, möglicherweise kann er jedoch für den hier vorliegenden Fall der rechtsgrundlosen Besitzerlangung entsprechend herangezogen werden. Hierfür kann zum einen angeführt werden, dass bei rechtsgrundloser Besitzerlangung ebenso wenig eine (wirksame) Entgeltverpflichtung wie bei einer von vorneherein unentgeltlichen Überlassung besteht. Zudem könnten sich andernfalls Wertungswidersprüche zum Bereicherungsrecht ergeben. Wenn etwa bei einem Verkauf lediglich der Kaufvertrag, nicht aber die Übereignung unwirksam wäre, so könnte der Verkäufer aus Leistungskondition die Rückübereignung der Sache sowie zusätzlich die Herausgabe eventueller Nutzungen nach § 818 Abs. 1 BGB verlangen. Ist nun aber, regelmäßig zum Schutz des Verkäufer-Eigentümers, ausnahmsweise sogar die Übereignung unwirksam, so läge eine Vindikationslage vor und der gutgläubige Käufer müsste nach § 987 BGB keinerlei Nutzungen herausgeben. Dieses Resultat erschiene in der Tat wertungswidersprüchlich. Fraglich ist jedoch, ob eine Analogie zu § 988 BGB der richtige Weg ist. Denn in einem Drei-Personen-Verhältnis, also wenn der Dieb die Sache aufgrund unwirksamen Vertrages an einen Dritten verkauft, würde die Analogie zu § 988 BGB dem Eigentümer eine Direktkondition gegen den Käufer gewähren. Hiergegen sprechen aber der Grundsatz des Vorrangs der Leistungskondition bzw. die dahinterstehenden Erwägungen, etwa der Aspekt, dass der Käufer seine gegenüber dem Dieb bestehenden Rückabwicklungsansprüche dem Begehren auf Nutzungsersatz nicht entgegenhalten könnte. Des Weiteren würde die Analogie im Grundsatz versagen, wenn der Vertrag zwischen Dieb und Käufer tatsächlich wirksam war und die Besitzerlangung mithin nicht rechtsgrundlos erfolgte, was wertungsmäßig wenig einleuchten würde. Der Oben aufgezeigte Wertungswiderspruch zum Bereicherungsrecht ist daher nicht durch eine Analogie zu § 988 BGB, sondern vielmehr durch eine durch teleologische Reduktion des § 993 Abs. 1 HS 2 BGB erreichte Öffnung des EBV gegenüber dem Bereicherungsrecht aufzulösen.²⁹

2. Ergebnis

Es besteht kein Anspruch des H gegen M analog § 988 BGB.

VI. Anspruch auf Zahlung von € 125,- aus §§ 812 Abs 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1, Abs. 2 BGB

H könnte gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1, Abs. 2 BGB wegen des Gebrauchs und der Veräußerung des iPods gegen M ein Anspruch auf Zahlung von € 125,- zustehen.

1. Anwendbarkeit

Grundsätzlich steht § 993 Abs. 1 HS 2 BGB zum Schutz des gutgläubigen unverklagten Besitzers einer Anwendung des Bereicherungsrechts entgegen. Dies gilt aufgrund des Vorste-

henden aber nicht für den hier gegebenen Fall des rechtsgrundlosen Besitzerwerbs.

2. Tatbestand

M müsste etwas durch Leistung, also zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens, des H und ohne Rechtsgrund erlangt haben. Vorliegend überließ H dem M den iPod zur Erfüllung des vermeintlich geschlossenen Vertrages, sodass eine Leistung gegeben ist. Fraglich ist, was genau M erlangt hat. Insofern könnte einerseits unmittelbar auf die Gebrauch-überlassung bzw. die Gebrauchsmöglichkeit oder aber auf den Besitz als solchen abgestellt werden. Dies bestimmt sich nach der Zweckrichtung der Leistung. Der iPod sollte M nicht in Erfüllung eines Mietvertrages, sondern im Rahmen eines Kaufes überlassen werden. Somit ist primärer Bereicherungsgegenstand nicht die, gegebenenfalls gar abstrakte, Nutzungsmöglichkeit hinsichtlich des iPods, sondern dessen Besitz, der als Teil der Übereignung nach § 929 BGB verschafft wurde.³⁰ Der Erlangung des Besitzes erfolgte mangels Vertragsschlusses auch ohne Rechtsgrund, sodass der Tatbestand des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB erfüllt ist.

3. Rechtsfolge

Neben dem Besitz als primärem Bereicherungsgegenstand sind gemäß § 818 Abs. 1 BGB sowohl gezogene Nutzungen als auch Surrogate herauszugeben.

a) *Commodum ex negotiatione*

Fraglich erscheint, ob hiervon auch ein rechtsgeschäftliches Surrogat, das sog. *commodum ex negotiatione*, erfasst wird, was zu einer Herausgabepflicht hinsichtlich des von M aufgrund der Veräußerung des iPods an D erhaltenen Erlöses von € 120,- führen könnte. Der Wortlaut des § 818 Abs. 1 Alt. 2 BGB umfasst dies jedoch nicht, da es lediglich um Surrogate für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung, nicht jedoch die rechtsgeschäftliche Weiterübertragung geht. Es könnte jedoch eine Analogie in Betracht kommen. Eine solche ist jedoch mangels Vergleichbarkeit der Interessenlage abzulehnen, da es in den in § 818 Abs. 1 Alt. 2 BGB genannten Fällen jeweils um den in der Sache selbst bereits angelegten Substanzwert geht, wohingegen der Veräußerungserlös auf einem eigenständigen wirtschaftlichen Vorgehen des Bereicherungsschuldners beruht, welches dem Bereicherungsgläubiger nicht zugewiesen ist. Der über den Substanzwert hinausgehende Veräußerungsgewinn beruht anders gewendet nicht auf der dem Bereicherungsgläubiger zugewiesenen Sache, sondern dem Verhandlungsgeschick oder jedenfalls den Aktivitäten des Bereicherungsschuldners. Ferner käme es durch eine Analogie zu binnensystemati-

²⁹ Baldus, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 988 Rn. 8 f.

³⁰ Entscheidend ist diese Abgrenzung insbesondere dann, wenn tatsächlich keine Nutzungen gezogen wurden und daher Ersatz für die bloße, abstrakte, Nutzungsmöglichkeit begehrt wird. Ob bei Gebrauch-überlassungen auf die Nutzungsmöglichkeit abgestellt werden kann, ist freilich aber umstritten. Vgl. dazu Wendehorst, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 33, Stand: 1.11.2014, § 812 Rn. 57 ff. m.w.N.

schen Spannungen, da § 818 Abs. 2 BGB den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe gerade durch die Statuierung eines bloßen Wertersatzes regelt. Aber selbst wenn man die Analogie grundsätzlich befürworten wollte, so würde eine Herausgabe vorliegend – wie im Rahmen des §§ 985, 285 Abs. 1 BGB bereits ausgeführt – jedenfalls daran scheitern, dass primärer Bereicherungsgegenstand der Besitz ist und der Veräußerungserlös allenfalls ein Surrogat des Eigentums, aber nicht des bloßen Besitzes darstellt. Der Veräußerungserlös ist somit nicht nach § 818 Abs. 1 Alt. 2 BGB herauszugeben.³¹

b) Wertersatz

Erwogen werde könnte ferner eine Wertersatzpflicht gemäß § 818 Abs. 2 BGB hinsichtlich der aufgrund der Überlassung an D unmöglich gewordenen Rückgabe des Besitzes als dem primären Bereicherungsgegenstand. M erlangte mangels wirksamen Kaufvertrags jedoch lediglich den unberechtigten Besitz an dem iPod. Dieser weist keinerlei rechtliche Verfestigung auf und wäre daher auf jedes Rückgabeverlangen des H hin zurückzugewähren gewesen. Jedenfalls aus normativer Sicht kann dem unberechtigten Besitz daher kein Vermögenswert beigemessen werden. Dies lässt sich noch damit unterfüttern, dass bei Austauschgeschäften die Gegenleistung nicht für den bloßen Besitz, sondern für das Eigentum erlangt wird, dem der Besitz lediglich nachfolgt. Auch der Gebrauchswert einer Sache ist nicht dem Besitz als solchem zugewiesen, sondern begründet nach § 818 Abs. 1 BGB einen eigenständigen Herausgabeanspruch.³²

c) Nutzungen

Gemäß § 100 BGB sind Nutzungen sowohl Früchte als auch die vorliegend in der Verwendung des iPods liegenden Gebrauchsvorteile, sodass diese nach § 818 Abs. 1 Alt. 1 BGB herauszugeben sind. Da Gebrauchsvorteile bereits ihrer Natur nach nicht als solche herausgegeben werden können, ist der Anspruch gemäß § 818 Abs. 2 BGB auf Wertersatz gerichtet. Fraglich ist diesbezüglich, wie der Wertersatz zu bestimmen ist. In Betracht kommt zum einen das Abstellen auf den objektiven Verkehrswert der Gebrauchsvorteile, regelmäßig also eine fiktive Miete der Sache, und zum anderen das Abstellen auf den gerade für den Bereicherungsschuldner aus dem Gebrauch erwachsenden subjektiven Vorteil. Für letzteres ließe sich anführen, dass hiermit dem Problem einer aufgedrängten Bereicherung sachgerecht begegnet werden könnte. Vorzugswürdig erscheint angesichts der Binnensystematik des § 818 BGB jedoch die objektivierende Auffassung.³³ Denn erst in § 818 Abs. 3 BGB stellt das Gesetz darauf ab, ob der Bereicherungsschuldner noch bereichert, das Erlangte sich also wertmäßig noch in seinem Vermögen befindet. Würde man den Wert subjektiv bestimmen, so müsste bereits im Rahmen des § 818 Abs. 2 BGB geprüft werden, ob für

den Bereicherungsschuldner überhaupt ein tatsächlicher Nutzen bestand, was aber den § 818 Abs. 3 BGB teilweise obsolet machen würde. Zudem ist eine subjektive Wertbemessung zur sachgerechten Lösung einer aufgedrängten Bereicherung nicht erforderlich, dies kann vielmehr im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB erfolgen.³⁴ Es somit der objektive Verkehrswert zugrunde zu legen, den H nach dem Bearbeitervermerk mit € 5,- zutreffend bestimmt hat. Diesem Anspruch auf Zahlung von € 5,- könnte allerdings § 818 Abs. 3 BGB entgegenstehen, soweit M nicht bereichert ist. Gebrauchsvorteile als ihrer Natur nach flüchtige Gegenstände sind nur mittelbar dann noch im Vermögen des Bereicherungsschuldners vorhanden, wenn sie zu einer Ersparnis ansonsten anderweitig getätigter Aufwendungen führen. Dem Bearbeitervermerk entsprechend hätte M sich keinen anderen iPod beschafft und für diesen irgendwie geartete Zahlungen erbracht, sodass er sich keinerlei Aufwendungen erspart hat. Da die Nutzung als solche keinen Niederschlag im Vermögen des M gefunden hat, ist er daher entreichert und der Wertersatzanspruch grundsätzlich nach § 818 Abs. 3 BGB ausgeschlossen.

4. Verschärfte Haftung

Allerdings war M bewusst, dass der iPod und mithin auch die Nutzungen ihm nicht zustanden, sodass er bösgläubig im Sinne des § 819 Abs. 1 BGB war. Verbreitet wird aus der Bösgläubigkeit ohne Weiteres die Unzulässigkeit der Berufung auf den Entreichereinwand hergeleitet, was sich so aber dem Gesetz nicht entnehmen lässt. Dieses verweist in § 819 Abs. 1 BGB vielmehr auf § 818 Abs. 4 BGB, der seinerseits die allgemeinen Vorschriften für anwendbar erklärt. Unabhängig von der Frage, ob hiermit nur Vorschriften gemeint sind, die die Rechtshängigkeit voraussetzen, ist § 292 Abs. 2, Abs. 1 BGB in jedem Fall eine solche allgemeine Vorschrift. Dieser verweist wiederum auf die Regelungen des EBV und für die vorliegende Fragestellung insbesondere auf § 987 BGB. Dieser kennt keinen Entreichereinwand, sodass der postulierte Ausschluss der Berufung auf die Entreichereinwand im Ergebnis (!) zutrifft, wenngleich dies nicht in jeder Fallkonstellation so sein muss.³⁵ Umstritten ist ferner, ob §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB auf § 285 Abs. 1 BGB verweisen und daher auf diesem Wege ein *commodum ex*

³⁴ Behandelt man die aufgedrängte Bereicherung allgemein – also nicht auf den vorliegenden Fall bezogen, denn dort gibt es keine solche – bei § 818 Abs. 3 BGB stellt sich allerdings das Folgeproblem der Behandlung der nachträglichen Bösgläubigkeit des aufgedrängten Bereicherten. Insofern dürfte aber auf den generellen Grundsatz abgestellt werden können, dass eingetretene Bösgläubigkeit nicht schadet, wenn die zur Entreichereinwand führenden Umstände – bei der aufgedrängten Bereicherung also die subjektiven Vermögensdisposition – bereits vor dem Zeitpunkt der Bösgläubigkeit angelegt waren und daher eine unvermeidliche Entwicklung vorlag. Vgl. dazu Schwab (Fn. 31), § 818 Rn. 203.

³⁵ Insbesondere in Fällen zufälligen Sachuntergangs ist umstritten, ob der Bösgläubige hier verschuldensunabhängig haften soll. Vgl. hierzu sowie der Gesamtproblematik Medicus, JuS 1993, 705.

³¹ Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 818 Rn. 42.

³² BGH NJW 2014, 1095 (1096).

³³ Schwab (Fn. 31), § 818 Rn. 76.

negotiatione herausverlangt werden kann. Dies kann hier jedoch offen bleiben, da, wie bereits ausgeführt, der Veräußerungserlös nicht Surrogat des bloßen Besitzes ist.

Wie dargelegt würde eine Anwendung von § 819 Abs. 1 hinsichtlich der Nutzungen zu einer bereicherungsunabhängigen Herausgabepflicht des bösgläubigen M führen. Wie im Rahmen der Bösgläubigkeit nach § 990 Abs. 1 BGB stellt sich jedoch auch vorliegend die Frage, ob dieses Ergebnis mit dem Minderjährigenschutz zu vereinbaren ist oder aber auf die Kenntnis des gutgläubigen gesetzlichen Vertreters V abgestellt werden muss. Aufgrund der Vergleichbarkeit der Sachlagen ähnelt sich naturgemäß auch die Argumentation.³⁶ So könnte ein alleiniges Abstellen auf die Kenntnis des Minderjährigen dazu führen, dass es über die Wertersatzpflicht genau zu dem Ergebnis kommt, welches die §§ 107 ff. BGB gerade verhindern wollen und der Vertrag mittelbar aufrecht erhalten wird, wenn beispielsweise statt des unwirksam vereinbarten Mietzinses ein - bei unterstellter Ausgewogenheit des Vertrages - ebenso hoher Wertersatz zu leisten ist, obwohl der gesetzliche Vertreter einer Miete niemals zugestimmt und der Minderjährige daher keine anderweitigen Aufwendungen erspart hat.

Da sich die Konstellationen des Bereicherungsrechts durchaus erheblich unterscheiden, könnte auch zwischen den Kondiktionsarten differenziert werden: Bei der Leistungskondition könnte - jedenfalls soweit kein Delikt verwirklicht wurde, wenn man hierin die Grenze des Minderjährigenschutzes erblickt - aufgrund von deren Verbindung zu vertraglichen Verhältnissen auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters abgestellt werden, wohingegen die Nichtleistungskonditionen mehr tatsächlicher und nicht rechtsgeschäftlicher Natur sind, weshalb im Rahmen des § 828 Abs. 3 BGB auf die Kenntnis des Minderjährigen abzustellen wäre. Problematisch an dieser Differenzierung ist allerdings, dass die Unterschiede zwischen Leistungs- und Nichtleistungskondition teils sehr gering bzw. die Übergänge fließend sind, wie sich etwa im berühmten Flugreisefall bei der Einordnung des erschlichenen Fluges zeigt.³⁷

Wie gesehen erfolgte die zur Nutzung führende Besitzüberlassung im Rahmen der Abwicklung eines unwirksamen Vertrages, ohne dass ein Delikt vorläge. Die Entscheidung über die für die Bösgläubigkeit maßgebliche Person kann hier letztlich nicht anders erfolgen, als im Rahmen des § 990 Abs. 1 BGB dargelegt, da es um vergleichbare Wertungsgesichtspunkte geht. Jedenfalls da eine Leistung und mithin ein rechtsgeschäftlicher Kontext vorliegt, ist daher auf die Kenntnis des V abzustellen, sodass § 819 Abs. 1 BGB nicht verwirklicht ist und es beim Ausschluss des § 818 Abs. 3 BGB verbleibt.

5. Ergebnis

H hat keinen Zahlungsanspruch gegen M aus §§ 812 Abs. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1 BGB.

VII. Anspruch auf Zahlung von € 120,- aus § 816 Abs 1 S. 1 BGB

H könnte M wegen der Veräußerung des iPods gemäß § 816 Abs. 1 S. 1 BGB ein Anspruch auf Zahlung von € 120,- zustehen.

1. Anwendbarkeit

Angesichts des § 993 Abs. 1 HS. 2 BGB ist fraglich, ob § 816 Abs. 1 S. 2 BGB überhaupt anwendbar ist. Allerdings regelt das EBV lediglich Nutzungs-, Schadens- sowie Verwendungsersatzansprüche, nicht jedoch die Folgen der bei § 816 Abs. 1 S. 1 BGB geforderten wirksamen Verfügung über die Sache und die - dem vollständigen Verzehr der Sache vergleichbare - damit verbundene Einverleibung des Sachwertes. Zwar gewährt § 989 BGB für diesen Fall einen Schadensersatz, dieser ist jedoch auf den Schaden des Eigentümers und nicht wie bei § 816 Abs. 1 S. 1 BGB auf den Vorteil des verfügenden Besitzers bezogen. Der Regelungsbereich des EBV ist daher überhaupt nicht betroffen, weshalb auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass es insoweit eine abschließende Spezialregelung bereithält und in diesem Fall schlicht keine diesbezüglichen Ansprüche bestehen. § 993 Abs. 1 HS. 2 BGB steht dementsprechend einer Anwendbarkeit des § 816 Abs. 1 BGB nicht entgegen,³⁸ was - neben dem ohnehin auf Nutzungen und Schadensersatz beschränkten Wortlaut des § 993 Abs. 1 HS. 2 BGB - nicht zuletzt auch durch § 993 Abs. 1 HS. 1 BGB bestätigt wird, der bereits für die Ziehung von Übermaßfrüchten die Anwendung des Bereicherungsrechts erlaubt, was erst Recht für den vollständigen „Verbrauch“ gelten muss.

2. Tatbestand

M müsste ohne Berechtigung aber wirksam über den iPod verfügt haben. Er hat sich mit D im Sinne des § 929 BGB geeinigt und diesem den iPod übergeben. Insbesondere ging es nicht lediglich um die Übertragung eines eventuellen Anwartschaftsrechts, sondern mangels Offenlegung des Eigentumsvorbehalts um die Übertragung des Vollrechts. Fraglich ist Ms Berechtigung hierzu. Wie dargelegt, war M nicht Eigentümer des iPods, sodass nur eine Ermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB in Betracht kommt. Zwar kann in den Fällen des sogenannten verlängerten Eigentumsvorbehalts von einer solchen Verfügungsermächtigung ausgegangen werden. Ungeachtet des Umstandes, dass bereits der Eigentumsvorbehalt unwirksam war, erfolgt die Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts grundsätzlich ausschließlich im B2B- und nicht im B2C-Bereich, schon gar nicht ohne konkrete entsprechende Äußerungen. M hatte somit keine Verfügungsermächtigung und verfügte daher als Nichtberechtigter. Diese Verfügung müsste H gegenüber wirksam sein. Die Wirksamkeit der Verfügung könnte sich aus § 932 Abs. 1 BGB ergeben. M verfügte als Nichtberechtigter und D war mangels abweichender Sachverhaltsangaben gutgläubig (§ 932 Abs. 2 BGB). Schließlich steht auch § 935 Abs. 1 BGB dem gutgläubigen Eigentumserwerb nicht ent-

³⁶ Vgl. zum Ganzen Schwab (Fn. 31), § 819 Rn. 8.

³⁷ BGH NJW 1971, 609.

³⁸ Wendehorst (Fn. 30), § 816 Rn. 3.

gegen, da H die Sache dem M, wenngleich aufgrund Irrtums, freiwillig überlassen hatte und daher kein Abhandenkommen gegeben ist. Insbesondere war M auch kein bloßer Besitzdiener (§ 855 BGB).

Der Wirksamkeit der Einigung und mithin der Verfügung könnte jedoch gemäß § 107 BGB die beschränkte Geschäftsfähigkeit des M entgegenstehen. Hiernach bedurfte M zu einer Willenserklärung, die ihm nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil brachte der Zustimmung des V. Wie gesehen gehörte der iPod aber überhaupt nicht M, sodass er durch die Verfügung nicht das Eigentum an diesem verlieren würde. Die Einigungserklärung war daher für M zwar nicht vorteilhaft, aber auch nicht unmittelbar nachteilig. Wie bereits oben erwähnt, ist bei solch neutralen bzw. indifferenten Rechtsgeschäften ein Schutz des Minderjährigen grundsätzlich nicht erforderlich, sodass über den Wortlaut des § 107 BGB hinaus auch in diesen Fällen keine Einwilligung erforderlich ist, was etwa in § 165 BGB auch eine teilweise Normierung gefunden hat. Zwar ließe sich argumentieren, dass sich M durch eine wirksame Verfügung als Nichtberechtigter möglicherweise ersatzpflichtig macht und die Einigung für ihn letztlich doch nachteilig ist. Den §§ 107 ff. BGB geht es jedoch grundsätzlich nicht um solche bloß mittelbaren Nachteile, die nicht direkt auf einer rechtsgeschäftlichen Erklärung, sondern einer gesetzlichen Haftung beruhen. Dieser früher allgemein anerkannte Argumentationstopos ist in jüngerer Zeit durch den BGH zwar eingeschränkt worden: Zur Verwirklichung des Minderjährigenschutzes berücksichtigt dieser auch die öffentlich-rechtliche Lasten der Innehabung von Grundstückseigentum für die Frage der Nachteiligkeit einer Grundstücksübertragung an Minderjährige, obwohl es sich hierbei um bloß mittelbare und nicht unmittelbare Nachteile handelt.³⁹ Jedenfalls im vorliegenden Bereich ist an dieser Unterscheidung aber festzuhalten, da im Rahmen der in Frage kommenden gesetzlichen Haftung hinreichende und speziellere Schutzvorkehrungen bestehen. Zu nennen ist insoweit etwa § 828 BGB, aber auch die bereits ausführlich behandelte Beschränkung des Abstellens auf die Bösgläubigkeit des Minderjährigen selbst. Die Einigungserklärung des M war somit wirksam. Offenbleiben kann demgegenüber, ob sie von der seitens V, der von der Eigentümerstellung des M ausging, durch den Rat zum Weiterverkauf erteilten Einwilligung auch gedeckt war oder ob diese auf eine Verfügung als Berechtigter beschränkt war.

Allerdings könnte der Anwendbarkeit des Gutgläubenschutzes des § 932 Abs. 1 BGB vorliegend entgegengehalten werden, dass D dann besser stünde, als wenn sein guter Glaube an das Eigentum des M der Wahrheit entsprochen hätte. Denn wenn M Eigentümer des iPods gewesen wäre, wäre die Übereignung für ihn rechtlich nachteilig und jedenfalls bei unterstellter Nichterfassung durch die erfolgte Einwilligung daher unwirksam gewesen. D hätte dann von M kein Eigentum erlangen können, da es im Minderjährigenrecht keinen Gutgläubenschutz gibt. Diese Überlegungen vermögen jedoch aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen von Gutgläubens- und Minderjährigenschutz nicht

durchzugreifen. Denn andernfalls würde letzterer seiner Zweckrichtung zuwider dem Schutz des Eigentümers dienen, obwohl es für dessen Schutzwürdigkeit völlig unerheblich ist, ob die Sache von einem Minder- oder einem Volljährigen übereignet wird.⁴⁰ Dieser Privilegierung des Eigentümers stünde eine Benachteiligung des Erwerbers bzw. des Verkehrsschutzes insgesamt gegenüber, die aber nicht durch Belange des Minderjährigenschutzes gerechtfertigt wäre und daher abzulehnen ist. Die Verfügung ist mithin wirksam und der Tatbestand des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt.

3. Rechtsfolge

Nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB besteht die Verpflichtung in der Herausgabe des durch die Verfügung erlangten. Fraglich ist, was hierunter exakt zu verstehen ist. So könnte einerseits auf die für die Verfügung erhaltene Gegenleistung, vorliegend also die € 120,-, abgestellt werden. Andererseits wurde die Gegenleistung genau genommen nicht durch die Verfügung über die Sache erlangt, sondern eben durch die Verfügung des Käufers über die Gegenleistung. Die Verpflichtung zu Erbringung der Gegenleistung steht aufgrund des Kaufvertrages lediglich im Synallagma mit der Verpflichtung zur Übereignung der Sache. Aus der Verfügung als solcher wurde technisch betrachtet vielmehr die Befreiung von der Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrag zur Übereignung dieser Sache erlangt. Da die Befreiung von einer Verbindlichkeit nicht in natura herausgegeben werden kann, wäre nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten. Dieser würde sich nach dem objektiven Wert der übereigneten Sache bemessen und unabhängig vom erhaltenen Entgelt sein. Für ein Abstellen auf die Gegenleistung könnte allerdings die Existenz des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB herangezogen werden, da die Ermöglichung der Direktkondition ihre Berechtigung möglicherweise gerade darin findet, dass mangels Gegenleistung ein Vorgehen gegen den Nichtberechtigten nicht möglich wäre. Hiergegen lässt sich allerdings einwenden, dass es für den Eigentümer wertungsmäßig kaum einen Unterschied macht, ob die Sache verschenkt oder nur verscherbelt wird. Zwar kann in diesen Fällen unter Umständen auf die Grundsätze der gemischten Schenkung zurückgegriffen werden, doch ist dies nicht immer möglich. Der tiefere Grund der Regelung des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB dürfte daher nicht in der Schutzwürdigkeit des regressunfähigen Eigentümers, sondern vielmehr in der Schutzunwürdigkeit des unentgeltlichen Erwerbers liegen. Denn letzteres ist ein allgemeiner Grundsatz des BGB und findet sich etwa auch in den §§ 822, 988, 2113 Abs. 2, 2287 Abs. 1 BGB. Eine materielle Rechtfertigung für die Zuweisung des Entgelts an den Eigentümer findet sich jedoch in einem Vergleich zu § 285 Abs. 1 BGB: Wenn dieser bereits bei rein schuldrechtlichen Positionen eine Surrogation begründet, so muss dies erst Recht bei absoluten Rechten Geltung beanspruchen. Dies steht auch nicht im Widerspruch zur oben abgelehnten Herausgabe des commodum ex negotiatione im Rahmen des § 818 Abs. 1 BGB. Denn dort geht im Grundsatz um Fälle in denen der Bereicherungsschuldner

³⁹ BGH NJW 2005, 415 (418).

⁴⁰ Knothe, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 107 Rn. 20.

tatsächlich Eigentümer ist und nur schuldrechtlich zur Rückübertragung verpflichtet ist, wohingegen es im Rahmen des § 816 BGB um die Verfügung über fremde Rechte sowie einen Eingriff in deren Zuweisungsgehalt geht. Dies entspricht auch dem Charakter des § 816 BGB als Rechtsfortwirkungsanspruch, in dem sich das verlorene Eigentum als schuldrechtliche Position fortgesetzt.⁴¹ Zudem trägt der Eigentümer unabhängig von der Bemessung des Erlangten aufgrund des Entreichungseinwands nach § 818 Abs. 3 BGB in jedem Fall die Gefahr einer Veräußerung unter Wert, sodass es sachgerecht erscheint, ihm im Gegenzug auch die Vorteile eines gewinnbringenden Geschäfts zuzuweisen. Dieses Ergebnis lässt sich auch in technischer Hinsicht unterfüttern: Erst durch die Verfügung über die Sache wird der Zahlungsanspruch von der Einrede des § 320 BGB bzw. der Rückabwicklung wegen Nichterfüllung nach § 323 BGB freigestellt und mithin vollwertig. Im weiteren Sinne kann er daher durchaus als durch die Verfügung erlangt angesehen werden. Im Übrigen legte auch der historische Gesetzgeber einen solchen weiteren Sprachgebrauch zugrunde und ging von der Fortgeltung der entsprechenden Rechtslage des Allgemeinen Preußischen Landrechts aus. Dieses Ergebnis führt auch nicht zu Wertungswidersprüchen mit § 687 Abs. 2 BGB, wenn entgegen dieser Norm durch § 816 Abs. 1 S. 1 BGB eine vorsatzunabhängige Gewinnhaftung statuiert wird. Denn die Erlösherausgabe ist natürlich auch dann maßgeblich, wenn dieser geringer als der Verkehrswert ist, wohingegen bei einer angemessenen Eigengeschäftsführung in diesem Fall nach §§ 677 Abs. 2, 678 BGB auf den objektiven Wert gehaftet wird, weshalb die Vorsatzhaftung umfassender ist. M hat mithin die € 120,- erlangt und muss diese herausgeben. Da er hierzu aufgrund von deren Verlust außer Stande ist, schuldet er gemäß § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz in Höhe von € 120,-. Dieser Verlust führte jedoch zu einem ersatzlosen Entfallen der entsprechenden Vermögensmehrung bei M, sodass er im Sinne des § 818 Abs. 3 BGB entreichert und ein Anspruch grundsätzlich ausgeschlossen ist.

4. Verschärfte Haftung

Im Falle der Bösgläubigkeit verweisen §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1 BGB jedoch auf § 989 BGB. Die herauszugebenden Gegenstände sind vorliegend die Geldscheine in Höhe von € 120,-, die M von D erhalten hatte. Deren Verlust durch das Fallen in den Fluss beruhte auf einer Unachtsamkeit des M und war angesichts der bei einem siebzehnjährigen anzunehmenden Einsichtsfähigkeit im Sinne des § 828 Abs. 3 BGB auch fahrlässig, sodass die Anwendung des § 989 BGB zu einer Schadensersatzpflicht in Höhe von € 120,- führen würde. Fraglich ist allerdings wiederum, ob hinsichtlich der Bösgläubigkeit auf M oder auf V abzustellen ist. Diese Problematik wurde im Rahmen der Prüfung eines bereicherungsrechtlichen Nutzungsersatzes zwar bereits behandelt, die vorliegende Sachlage unterscheidet sich jedoch von jener. Denn zum einen liegt mit § 816 Abs. 1 S. 1 BGB nunmehr keine Leistungs-, sondern eine besondere Form der Nichtleistungskondiktion vor. Und zum anderen stellt die

bewusste Veräußerung einer fremden Sache eine Unterschlagung im Sinne des § 246 StGB und mithin ein Delikt dar. So ging der BGH etwa in der Flugreiseentscheidung davon aus, dass mit der Verwirklichung des § 265a StGB und dem darin enthaltenen Delikts die Grenze des rechtsgeschäftlichen Minderjährigenschutzes überschritten und daher auf die Bösgläubigkeit des Minderjährigen selbst abzustellen sei.⁴² Diese Erwägungen vermögen jedoch in systematischer Hinsicht nicht zu überzeugen. Denn Delikts- und Bereicherungsrecht verfolgen mit Kompensation und Abschöpfung völlig unterschiedliche Regelungsziele, sodass aus der Einschlägigkeit des einen kein Schluss für die Anwendung des anderen gezogen werden kann. Zudem ist selbstverständlich, dass Minderjährige für von ihnen begangene Delikte in den Grenzen des § 828 BGB verantwortlich sind. Die durch die Bösgläubigkeit statuierte Verwahrhaftung geht über diese allgemeinen, für jedermann geltenden Regeln des Deliktsrechts jedoch deutlich hinaus. Denn es geht gerade nicht mehr nur um die allgemeine Abstandnahme von der Einwirkung auf fremde Rechtsgüter, sondern die fremden Rechtsgüter müssen aktiv erhalten werden. So läge etwa bereits in der unsachgemäßen Lagerung ein die Haftung nach § 989 BGB begründender Umstand. Die Haftung ähnelt daher vielmehr einer Sonderverbindung und im Rahmen derer bedürfen Minderjährige besonderen Schutzes, da hierdurch eine über den tatsächlichen Schaden hinausgehende Verpflichtung entstehen kann. Dies zeigt eindrücklich auch gerade der vorliegende Fall, da eine Bejahung des § 819 Abs. 1 BGB zu einer bereicherungsunabhängigen Zahlungspflicht führen würde, die über den durch das allgemeine Deliktsrecht geschützten Substanzwert und mithin den zur Kompensation erforderlichen Betrag hinausgeht. Diese Wertung wird auch durch § 682 BGB gestützt, der eine entsprechende Herausgabepflicht selbst für die häufig auch deliktische angemessene Eigengeschäftsführung (§ 687 Abs. 2 BGB) ausschließt. Es muss sich hierbei auch deutlich gemacht werden, dass der haftungsauslösende Umstand gerade nicht die Veräußerung des iPods, sondern der Verlust des Geldes ist. Wie bereits oben ausgeführt, ist eine sachgerechte Verwahrung durch Minderjährige aber nicht ohne Weiteres gewährleistet, weshalb es auf die Einflussnahmemöglichkeit und mithin die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters ankommen muss. Nur so kann der Minderjährige vor den Gefahren eines solchen Verwahrungsverhältnisses, das einem Verwahrungsvertrag letztlich gleichsteht, geschützt werden. Es ist daher auch unabhängig von der Kondiktionsart auf die Kenntnis des V abzustellen. § 819 Abs. 1 BGB ist mithin nicht erfüllt.⁴³

⁴² BGH NJW 1971, 609 (611).

⁴³ Wer sich im Rahmen der Frage, was das im Sinne des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB Erlangte ist, durchaus vertretbar für die Befreiung von der Verbindlichkeit entscheidet, muss im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB sehen, dass der Verlust des Geldes für die vermögensmäßige Fortwirkung der Befreiung von der Verbindlichkeit keinerlei Relevanz aufweist und daher keine Entreichung eingetreten ist. Die Frage der Bösgläubigkeit könnte aber dennoch insofern von Relevanz sein, als über §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB der § 285

⁴¹ Wendehorst (Fn. 30), § 816 Rn. 16.

5. Ergebnis

H steht kein Anspruch gegen M aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB zu.

VIII. Anspruch auf Zahlung von € 90,- aus § 823 Abs 1 BGB

H könnte wegen der Veräußerung des iPods gegen M einen Anspruch auf Zahlung von € 90,- haben.

1. Anwendbarkeit

Die Anwendbarkeit des § 823 I BGB scheint durch § 993 Abs. 1 HS 2 BGB ausgeschlossen zu sein. Dies erscheint jedoch wertungsmäßig fragwürdig. Denn vorliegend besteht nur deshalb ein grundsätzlich das Deliktsrecht sperrendes EBV, weil zwischen M und H kein Vertrag zustande gekommen ist und mithin kein Recht zum Besitz begründet wurde. Wenn allerdings ein Vertrag bestanden hätte, so wäre M aus diesem für die unberechtigte Veräußerung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB ersatzpflichtig gewesen. Das EBV soll den gutgläubigen Besitzer zwar vor deliktsrechtlichen, Ansprüchen bewahren. Wenn nun aber selbst nach dem Vertrag eine Haftung gegeben wäre, das vermeintliche Besitzrecht also überschritten wurde, so erscheint eine Privilegierung des Besitzers nicht gerechtfertigt, da die Unwirksamkeit des Vertrages für ihn letztlich zufällig ist.⁴⁴ Zwar scheidet eine Analogie zu § 991 Abs. 2 BGB aus, da dieser ersichtlich auf das Drei-Personen-Verhältnis zugeschnitten ist. Zutreffender Weise wird jedoch unter dem Stichwort Fremdbesitzerexzess die Regelung des § 993 Abs. 1 HS 2 BGB teleologisch reduziert, sodass der Weg in das Deliktsrecht offen ist. Nicht entscheidend ist hierbei, dass der sein vermeintliches Besitzrecht überschreitende Besitzer insoweit als „partiell bösgläubig“ anzusehen wäre, sondern schlicht, dass er durch die Unwirksamkeit bzw. vorliegend Nichtwirksamkeit des Vertrages nicht besser gestellt werden soll, als bei dessen Wirksamkeit. Bei einem wirksamen Vertrag kommt es aber nicht darauf an, dass die Pflichtverletzung vorsätzlich oder grob fahrlässig erfolgte, sondern jegliche Fahrlässigkeit schadet (§ 276 Abs. 1 BGB). Unschädlich ist vorliegend daher auch,

Abs. 1 BGB anwendbar sein könnte, sodass auf diesem Wege doch noch die € 120,- gefordert werden könnten. Neben der Frage, ob § 285 Abs. 1 BGB überhaupt von der Verweisung des § 818 Abs. 4 BGB erfasst ist, würde sich hier aber noch das weitere Problem stellen, dass der Veräußerungserlös zwar als Surrogat der veräußerten Sache angesehen werden kann, als Bereicherungsgegenstand im Rahmen des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB aber die Befreiung von der Übereignungsverbindlichkeit angenommen wurde und der Veräußerungserlös in keinerlei Surrogationsverhältnis hierzu steht. Wendet man die allgemeinen Vorschriften daher nur auf das an sich herauszubehaltende, die Befreiung von der Verbindlichkeit, und nicht das materiell dahinterstehende, das Eigentum, an, so dürfte § 285 Abs. 1 BGB nicht einschlägig sein. Vgl. dazu auch Schwab (Fn. 31), § 818 Rn. 301.

⁴⁴ Fritzsche (Fn. 19), § 993 Rn. 10.

dass V, auf dessen Kenntnis wie gesehen für die Bösgläubigkeit abzustellen ist, nichts von dem Eigentumsvorbehalt und mithin der Pflichtwidrigkeit der Weiterveräußerung wusste. § 823 Abs. 1 BGB ist somit anwendbar.

2. Tatbestand

Mit der wirksamen Übereignung an D entzog der M dem H das Eigentum an dem iPod und verletzte dieses somit. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Ferner handelte M hierbei vorsätzlich, da ihm jedenfalls im Rahmen einer Parallelwertung in der Laiensphäre bewusst war, dass der iPod weiterhin M zustand und er diesen durch die Weitergabe an D jedenfalls faktisch verlieren würde. Da der siebzehnjährige M auch als einsichtsfähig im Sinne des § 828 Abs. 3 BGB anzusehen ist, ist der (haftungsbegründende) Tatbestand erfüllt.

3. Rechtsfolge

Die Haftungsausfüllung richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB. Zwar ist in § 249 Abs. 2 BGB lediglich von der Beschädigung einer Sache die Rede, er gilt jedoch, jedenfalls soweit eine Ersatzbeschaffung möglich ist, erst Recht für deren vollständige Zerstörung⁴⁵ und mithin auch für die dieser gleichzusetzende wirksame Veräußerung. Zu ersetzen sind mithin die fiktiven Kosten einer Ersatzbeschaffung, die sich nach dem Verkehrswert richten, mithin grundsätzlich also € 90,-.

Dem könnte allerdings entgegenstehen, dass die Anwendbarkeit des Deliktsrechts damit begründet wurde, dass der gutgläubige Besitzer durch die Unwirksamkeit bzw. Nichtwirksamkeit des Vertrages nicht besser gestellt werden sollte, als bei dessen Bestehen. Zur Wahrung der gebotenen Symmetrie kann es dann jedoch auch nicht sein, dass der gutgläubige Besitzer durch die Unwirksamkeit des Vertrages schlechter gestellt wird, indem das allgemeine Deliktsrecht vollumfänglich angewendet wird. Denn insoweit fehlt es an einer Rechtfertigung für die Durchbrechung des § 993 Abs. 1 HS. 2 BGB. Weitgehend anerkannt ist daher auch, dass etwa eventuelle Haftungsmilderungen aus dem unwirksamen Vertrag auch im Rahmen des Deliktsrechts zu berücksichtigen sind.⁴⁶ Bei unterstellt wirksamen Vertrag würde sich die Situation nun folgendermaßen darstellen: Die Weiterveräußerung würde dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB begründen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass aufgrund von Ms Veräußerung des iPods sowie der durch die Übersendung an M bereits erfolgten Konkretisierung (§ 243 Abs. 2 BGB) die Verpflichtung des H zur Sachverschaffung nach § 275 Abs. 1 BGB erloschen wäre. Diese Befreiung von der entsprechenden Verbindlichkeit vermag den Sachverlust vollständig zu kompensieren, war sie doch gerade auf Verschaffung der Sache

⁴⁵ Schubert, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 33, Stand: 1.3.2011, § 249 Rn. 188.

⁴⁶ Berger, in: Jauernig, 15. Aufl. 2014, Vor § 987 Rn. 12; Habersack, Examens-Repetitorium Sachenrecht, 7. Aufl. 2012, S. 53; a.A. Moebus/Schulz, Jura 2013, 189 (197).

gerichtet. Ein Schaden könnte allenfalls darin erblickt werden, dass H gemäß § 326 Abs. 1 BGB den Kaufpreisanspruch verlöre. Dem steht jedoch § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB entgegen, da M, wie gesehen, für die Unmöglichkeit verantwortlich ist. H würde also den Kaufpreis behalten und wäre von der Verschaffungspflicht befreit, sodass die Veräußerung für ihn keinen Nachteil und mithin keinen Schaden bewirkt hätte. Letztlich liegt lediglich eine unfreiwillige Vorausleistung durch Verlust des Eigentumsvorbehalts vor, die bei Solvenz des M aber keinen Schaden bzw. allenfalls einen Anspruch auf Einräumung einer vergleichbaren Sicherheit begründet. Bei Wirksamkeit des Vertrages hätte M also maximal den vereinbarten Kaufpreis entrichten müssen, weshalb es angesichts der vorgehenden Überlegungen nicht sachgerecht erscheint, ihn nun ohne Weiteres auf den vollen Substanzwert haften zu lassen. Problematisch ist vorliegend allerdings, dass zwei Kaufpreise in Rede standen, € 66,- sowie € 99,-, sodass fraglich ist, auf welchen insoweit abzustellen wäre, da M sich nur auf € 66,- und H sich nur auf € 99,- eingelassen hatte. Angesichts des Umstandes, dass V lediglich den € 66,- zugestimmt hatte und daher nur dieser Vertrag überhaupt wirksam hätte geschlossen werden können, ist auf die € 66,- abzustellen. H wird hierdurch auch nicht unangemessen benachteiligt, da er nach der gesetzlichen Regelung der §§ 989 ff. BGB an sich wie gesehen überhaupt keinen Ersatzanspruch hätte. H steht daher nur (aber immerhin) ein Anspruch in Höhe von € 66,- zu.

4. Ergebnis

H hat gegen M einen Anspruch auf Zahlung von € 66,- aus § 823 Abs. 1 BGB.

IX. Anspruch auf Zahlung von € 90,- aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 246 Abs. 1 StGB

H könnte wegen der Veräußerung des iPods gegen M einen Anspruch auf Zahlung von € 90,- haben.

1. Anwendbarkeit

Fraglich ist wieder die Anwendbarkeit im Hinblick auf § 993 Abs. 1 HS 2 BGB. Für eine erneute Durchbrechung ließe sich anführen, dass der Straftäter nicht schutzbedürftig sei und § 823 Abs. 2 BGB daher zumindest in Verbindung mit Straftatbeständen anwendbar sein müsse. Hiergegen ist jedoch einzuwenden, dass der unredliche Besitzer zwar auch nicht schutzwürdig ist, das EBV aber zutreffenderweise überwiegend dennoch als abschließende Spezialregelung angesehen wird. Zudem könnte eine parallele und pauschale Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB die ausdifferenzierte Bösgläubigkeitsdogmatik des § 990 Abs. 1 BGB unterlaufen, da - wie gesehen - nicht jedes vorsätzliche deliktische Verhalten den Vorwurf der Bösgläubigkeit zu begründen vermag. Schließlich stellt § 992 BGB für die Anwendbarkeit des Deliktsrechts auf die durch eine Straftat erfolgte Besitzerlangung ab und lässt gerade nicht jede sachbezogene Straftat genügen. Gravierende Unbilligkeit lassen sich zudem über eine Anwendung des § 826 BGB auffangen. Allerdings lässt sich die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 2 BGB über die Figur des

Fremdbesitzerexzesses begründen, unterliegt dann jedoch auch deren Einschränkungen.

2. Tatbestand und Rechtsfolge

Die Veräußerung einer fremden Sache stellt eine Unterschlagung im Sinne des § 246 Abs. 1 StGB dar, da sich hierin der Wille zur rechtswidrigen Zueignung manifestiert.⁴⁷ Ob für den Verantwortlichkeitsmaßstab Minderjähriger bei zivilrechtlicher Haftung für Verstöße gegen Strafgesetze auf das Zivilrecht (§ 828 BGB) oder auf das Strafrecht (§§ 19 StGB, 3 JGG) abzustellen ist,⁴⁸ kann hier dahinstehen, da der siebzehnjährige M auch nach den strafrechtlichen Maßstäben des § 3 JGG die erforderliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit aufwies. M hat somit Schadensersatz zu leisten, der nach dem vorstehenden allerdings auf € 66,- beschränkt ist.

3. Ergebnis

H hat gegen M einen Anspruch auf Zahlung von € 66,- aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 246 Abs. 1 StGB.

X. Anspruch auf Zahlung von € 90,- aus § 826 BGB

H könnte wegen der Veräußerung des iPods gegen M einen Anspruch auf Zahlung von € 90,- haben.

1. Anwendbarkeit

§ 826 BGB ist anerkannter Weise neben dem EBV anwendbar, da der vorsätzlich sittenwidrig Schädigende keinerlei Schutz verdient.⁴⁹

⁴⁷ Dies ließe sich aus strafrechtlicher Sicht freilich noch vertiefter behandeln. So könnte vertreten werden, dass bereits die Nutzung als solche eine Zueignung darstelle und es sich bei der Veräußerung lediglich um eine tatbestandslose Zweit-zueignung handle. Diesbezüglich ist allerdings sowohl umstritten, ob eine Zweit-zueignung überhaupt tatbestandslos ist oder lediglich auf Konkurrenzebene zurücktritt, als auch, ob objektiv neutrales Verhalten wie das bloße Nutzen einer Zueignung darstellen kann (so die weite Manifestationstheorie) oder ob hierfür ein objektiv eindeutiges Verhalten erforderlich ist (so die enge Manifestationstheorie). Vgl. zum Ganzen *Hohmann*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 246 Rn. 17 ff. Die vertiefte Befassung mit strafrechtlichen Problemen wird in einer zivilrechtlichen Klausur allerdings regelmäßig nicht erwartet und insbesondere sollte hierunter nicht die Bearbeitung der zivilrechtlichen Probleme leiden. Für die vorliegende Konstellation dürfte die Problematik auch zudem nicht entscheidungserheblich sein, da der Anspruch dann auf die tatbestandsmäßige Erstzueignung gestützt werden könnte. Insbesondere wäre hiervon auch der geltend gemachte Veräußerungsschaden erfasst, da die Zueignung in diesem Fall als eine umfassende Zueignung betrachtet würde, die auch spätere Verwendungen mit inbegriffen.

⁴⁸ Vgl. dazu *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 435 f.

⁴⁹ *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, Vor §§ 987 ff. Rn. 64.

2. *Tatbestand*

Die Veräußerung des iPods müsste eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung darstellen. M war sich bewusst, dass H den iPod jedenfalls faktisch potentiell endgültig verlieren würde und handelte mithin auch hinsichtlich des eingetretenen Schadens vorsätzlich und mit der erforderlichen Einsichtsfähigkeit (§ 828 Abs. 3 BGB). Fraglich ist die Sittenwidrigkeit. Das Verhalten des M müsste nach überkommener Definition des RG dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widersprechen. Hierfür könnte vorliegend sprechen, dass M den Straftatbestand des § 246 Abs. 1 StGB verwirklicht hat. Zwar sind Strafbarkeit und Sittenwidrigkeit nicht deckungsgleich, doch begründet die Strafbarkeit angesichts des ultima-ratio-Charakters des Strafrechts ein starkes Indiz für das Gegebensein von Sittenwidrigkeit.⁵⁰ Vorliegend könnte entkräftend eingewandt werden, dass es sich zwar nicht um eine absolut, aber doch um eine eher geringwertigere Sache handelte und dass M ja noch minderjährig war. Die Feststellung der Sittenwidrigkeit erfordert insofern eine Gesamtabwägung aller Umstände. Maßgeblich ist hier auch insbesondere die Zweck-Mittel-Relation: M setzte sich bewusst über das Eigentum des H hinweg, um einen Gewinn für sich selbst auf Kosten des H zu erzielen. Weder Zweck, noch Mittel erscheinen hier billigenwert, sondern von eigensüchtigen Motiven getragen, weshalb Unterschlagung nicht ohne Grund strafbar und allgemein verpönt ist. Hieran ändert auch die Minderjährigkeit des M nicht maßgeblich etwa, da er mit seinen siebzehn Jahre ein nahezu volljähriges Mitglied der Gesellschaft ist und von ihm daher ebenfalls die Einhaltung der entsprechenden elementaren Grundregeln erwartet werden kann. Auch handelt es sich bei einem Substanzwert von € 90,- keinesfalls um eine Kleinigkeit, wie man sie vielleicht bei einem gestohlenen Lutscher noch annehmen könnte. So ist etwa auch die Geringwertigkeit des § 248a StGB, die zwischen € 25,- und € 50,- angesiedelt wird, um ein Mehrfaches überschritten. Das Verhalten des M ist somit als sittenwidrig zu klassifizieren und der Tatbestand erfüllt.

3. *Rechtsfolge*

Als Rechtsfolge hat M gemäß § 249 Abs. 2 BGB die Kosten einer fiktiven Ersatzbeschaffung, also € 90,-, zu tragen. Da § 826 BGB unabhängig von der Figur des Fremdbesitzerexzesses anwendbar ist, kommt insofern auch keine Beschränkung des Haftungsumfanges in Betracht.

4. *Ergebnis*

H hat gegen M einen Anspruch auf Zahlung von € 90,- aus § 826 BGB.

XI. Anspruch auf Zahlung von € 125,- aus §§ 687 Abs 2, 681 S. 2, 667 BGB

H könnte wegen des Gebrauchs und der Veräußerung des iPods gegen M einen Anspruch auf Zahlung von € 125,- haben.

⁵⁰ Spindler, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 32, Stand: 1.11.2013, § 826 Rn. 8.

1. *Anwendbarkeit*

Wie bei § 826 BGB ist auch bei der angemessenen Eigengeschäftsführung aufgrund von deren vorsätzlichen Eingriffs in fremde Angelegenheiten eine parallele Anwendbarkeit neben dem EBV anerkannt.⁵¹

2. *Tatbestand*

Zwar behandelte M mit der Veräußerung des fremden iPods bewusst ein fremdes Geschäft als eigenes, sodass der Tatbestand grundsätzlich erfüllt wäre. Der explizit auch von § 687 Abs. 2 BGB erwähnte § 682 BGB schließt eine Herausgabepflicht des minderjährigen Geschäftsführers jedoch aus.

3. *Ergebnis*

H hat keinen Anspruch aus §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB gegen M.

XII. Endergebnis

H steht gemäß § 826 BGB gegen M ein Anspruch auf Zahlung von € 90,- zu. In Anspruchskonkurrenz hierzu stehen Ansprüche des H gegen M auf Zahlung von € 66,- aus § 823 Abs. 1 BGB sowie aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 246 Abs. 1 StGB. Ansprüche auf Nutzungersatz bestehen nicht.

⁵¹ Gursky (Fn. 49), Vor. §§ 987 ff. Rn. 71.

Übungsfall: Von erschlichenen Einbürgerungen und Sprachnachweisen*

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Nils Grosche, Mainz**

Sachverhalt

A, damals Staatsangehöriger des EU-Mitgliedstaats Z, begann 2009 ein Studium in Mainz, wo er seitdem lebt. 2012 lernte A während einer Rucksacktour in Indien die indische Staatsangehörige I kennen, die er dort noch im gleichen Jahr heiratete. I verblieb zunächst in Indien, um ihre kranke Mutter zu pflegen, während A nach Beendigung seines Studiums eine gut bezahlte Stelle in einem Unternehmen in Mainz annahm. Seit Januar 2013 ermittelten Behörden des EU-Mitgliedstaates Z wegen des Verdachts des gewerbsmäßigen Betruges gegen A. Dabei wurde A auch von der dortigen Staatsanwaltschaft als Beschuldigter vernommen.

Im Mai 2013 beantragte A bei der Stadtverwaltung Mainz seine Einbürgerung, weil er seinen langfristigen Lebensmittelpunkt in Deutschland sieht und das Land als Heimat empfindet. In die Rubrik „Angaben über anhängige Ermittlungsverfahren“ des Antragsformulars trug A, um seine Chancen auf Einbürgerung zu verbessern, handschriftlich ein: „keine“. Die Einbürgerungsurkunde wurde A am 5.8.2013 ausgehändigt. Entsprechend dem Staatsangehörigkeitsrecht von Z erlosch damit zugleich seine Staatsangehörigkeit zu Z.

In Vorbereitung des geplanten Ehegattennachzugs suchte I bereits im unmittelbaren Anschluss an die Hochzeit nach Möglichkeiten, einen deutschen Sprachkurs zu besuchen. Sie musste jedoch feststellen, dass die nächste qualifizierte Einrichtung mehrere 100 km entfernt von ihrer indischen Heimatprovinz in der Stadt D lag. Einen längeren Sprachlern-Aufenthalt dort konnte I nicht finanzieren. Auch A kann I finanziell nicht helfen, weil er mit seinem Verdienst auf absehbare Zeit Schulden aus einer verlustreichen Fehlinvestition abtragen muss. Nachdem ihre Mutter verstorben war, beantragte I im September 2013 bei der zuständigen deutschen Auslandsvertretung in Indien ein nationales Visum, um zusammen mit A in Mainz leben zu können. Dabei legte sie auch die Umstände ihres vergeblichen Bemühens um einen Spracherwerb dar. Die Entscheidung über das Visum steht noch aus.

Nachdem die Stadtverwaltung Mainz im November 2013 von dem noch anhängigen Ermittlungsverfahren Kenntnis erlangt hat, verfügte die Stadtverwaltung mit am 19.12.2013 zugestelltem Bescheid nach Anhörung des A die Rücknahme der Einbürgerung. In ihrer Begründung führte sie aus, dass sie die Rücknahme zur Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände für erforderlich halte. A habe wesentliche Tatsachen verschwiegen, die für die Entscheidung über den Einbürgerungsantrag relevant gewesen wären. Diese Art des „Erschleichens“ mache eine Rücknahme möglich. Einer Rück-

nahme stünden auch keine überwiegenden Interessen des A entgegen, insbesondere könne sich A um den problemlosen Wiedererhalt seiner Staatsangehörigkeit zu Z bemühen, soweit diese nicht ohnehin wieder auflebe. Aufenthaltsrechtliche Konsequenzen seien nicht zu befürchten.

A hat am Montag, den 20.1.2014, Klage erhoben. Er hält die Entscheidung der Stadtverwaltung für rechtswidrig und will die deutsche Staatsangehörigkeit zurück. In der Entscheidung liege ein eklatanter Verstoß gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz der Unschuldsvermutung. Aus der Aufnahme von Ermittlungen seitens der Staatsanwaltschaft in Z könne doch nicht einfach gefolgert werden, dass er auch strafrechtlich verantwortlich sei. Zudem sei das Verfahren gegen ihn – was zutrifft – am 7.1.2014 eingestellt worden. Überdies habe die Stadtverwaltung nicht beachtet, dass A nach der Entscheidung ohne jegliche Staatsangehörigkeit dastehe. Denn die Rücknahme der deutschen Staatsangehörigkeit habe – was zutrifft – weder ein automatisches Wiedererleben der Staatsangehörigkeit zu Z zur Folge, noch lägen die Voraussetzungen für deren Wiedererlangung ohne weiteres vor. Die Stadtverwaltung habe ihn daher in die Staatenlosigkeit gedrängt. Dies sei mit elementaren Garantien des Grundgesetzes unvereinbar. Die Staatenlosigkeit habe darüber hinaus auch Auswirkungen auf seine Stellung als Bürger Europas, welche die Behörde hätte berücksichtigen müssen. Auch habe die Behörde allem Anschein nach nicht die Konsequenzen für seinen Aufenthalt in Deutschland sowie die mittelbaren Konsequenzen für das geplante eheliche Zusammenleben in Mainz mit seiner Ehefrau erwogen.

Die Stadt beantragt in ihrer Klageerwiderung, die Klage abzuweisen. Die Rücknahme sei rechtmäßig und auch zweckmäßig gewesen. Sie halte auch „unter nunmehriger Berücksichtigung des Gesichtspunktes der Staatenlosigkeit“ an ihrer Entscheidung fest. Die Entscheidung bleibe verhältnismäßig und geboten, weil sie weiterhin die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verwirkliche und ein „Erschleichen“ selbst bei der Staatenlosigkeit als Folge der Rücknahme keinen Schutz verdiene. Auch als Staatenloser genieße A hinreichenden Aufenthaltsschutz. Zudem stehe I in der Folge seiner Staatenlosigkeit im Ergebnis nicht schlechter da als ohne das „betrügerische“ Vorgehen von A.

A protestiert: Die Stadt habe nicht einfach ihrer Entscheidung neue Erwägungen, die in der ursprünglichen Entscheidung vom 19.12.2013 so gar nicht zum Ausdruck gekommen seien, zugrunde legen können. In Bezug auf I und seine gemeinsame Zukunft mit ihr habe die Stadt zudem die Rechtslage nicht vollständig durchdacht. Um eine Wiedererlangung seiner Staatsangehörigkeit zu Z hat sich A bislang nicht bemüht.

Bearbeitervermerk

Begutachten Sie die Erfolgsaussichten der Klage von A und gehen Sie dabei auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ein. Auf völkerrechtliche Zusammenhänge (einschließlich der

* Der Sachverhalt war im Sommersemester 2014 Grundlage für die Große Übung im Öffentlichen Recht an der Universität Mainz. Die Durchschnittsnote lag bei ca. 7 Punkten. Die Durchfallquote lag bei knapp 20 % der Teilnehmer.

** Dr. Nils Grosche ist Akad. Rat a.Z. am Lehrstuhl für Medienrecht, Kulturrecht und öffentliches Recht an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz (Prof. Dr. Matthias Cornils).

EMRK) außerhalb des Unionsrechts ist nicht einzugehen. Auch auf die Richtlinie 2003/86/EG ist nicht einzugehen.

Lösung

Die Klage vor dem Verwaltungsgericht hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit der Klage

I. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Die Parteien streiten über die Rücknahme der Einbürgerung gegenüber A. Die streitentscheidende Norm des § 35 Abs. 1 StAG berechtigt den Staat in der Funktion als Hoheitsträger zur Rücknahme und ist nach den herkömmlich diskutierten Abgrenzungstheorien – Subordinations-, Interessen-, modifizierte Subjekttheorie – dem öffentlichen Recht zuzuordnen.¹ Da die Streitparteien nicht Verfassungsorgane sind, liegt mangels sog. „doppelter Verfassungsunmittelbarkeit“ eine nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit vor. Der Rechtsweg wird nicht durch eine Sonderzuweisung „abgedrängt“, sodass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet ist.

II. Statthaftigkeit

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren. A begehrt hier die Aufhebung der Rücknahmeentscheidung, weil diese zu Unrecht erfolgt sei. Mit Anfechtung der Rücknahmeentscheidung lebt die dem A gegenüber erteilte Einbürgerung nach § 8 StAG vom 5.8.2013 wieder auf. Daher entspricht eine Verpflichtungsklage auf erneute Einbürgerung nicht dem tatsächlichen Begehren des A. Statthafte Antragsart ist hier die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO.

III. Klagebefugnis

Die Rücknahmeentscheidung ist für A als Aufhebung der Einbürgerung belastend, so dass die Befugnis zur Klage bereits aus der möglichen Verletzung von Art. 16 GG folgt. A ist klagebefugt.

IV. Vorverfahren

§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO sieht vor, dass vor Erhebung der Anfechtungsklage die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit eines Verwaltungsakts in einem Vorverfahren nachzuprüfen sind. A hat Anfechtungsklage erhoben, ohne vorher Widerspruch zu erheben. Grundsätzlich fehlt es daher an der in § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO normierten Sachurteilsvoraussetzung. Allerdings hat sich die Behörde auf die Klage in der Sache eingelassen, da sie die Klageabweisung mit der Begründung

beantragt, die Rücknahmeentscheidung sei materiell richtig. Umstritten ist, inwieweit in einer solchen Situation das Handeln der Behörde im gerichtlichen Verfahren die Durchführung eines Vorverfahrens entbehrlich macht.

In der Literatur dominiert die Auffassung, dass die Durchführung des Vorverfahrens eine formal notwendige Sachurteilsvoraussetzung darstellt, die nicht zur Disposition der Beteiligten steht.² Diese Ansicht wird überwiegend mit dem Wortlaut und der Vielzahl der Funktionen des Widerspruchsverfahrens begründet, die ohne die förmliche Durchführung des Vorverfahrens vor Klageerhebung nicht in gleicher Weise erfüllt würden.³ Das Erfordernis der Durchführung eines Vorverfahrens ermögliche die Selbstkontrolle der Verwaltung (Kontrollfunktion), stelle dem Bürger eine zusätzliche Kontrollmöglichkeit zur Verfügung (Rechtsschutzfunktion) und entlaste auf diesem Weg mittelbar die Gerichte (Entlastungsfunktion). Die Funktionen seien nicht mehr gewährleistet, wenn die Behörde als Prozessbeteiligte und nicht in eigener primärer Zuständigkeit und Verantwortung entscheide.⁴

Die Rechtsprechung⁵ und ein Teil der Literatur⁶ gehen hingegen davon aus, dass das Vorverfahren immer dann entbehrlich ist, wenn der Zweck des Widerspruchsverfahrens auf andere Weise erfüllt ist (oder nicht mehr erfüllt werden kann). Der Zweck des Widerspruchsverfahrens ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dann erfüllt, wenn der auch für die Widerspruchsentscheidung zuständige Beklagte sich auf die Klage einlässt und deren Abweisung beantragt. Begründet wird die ungeschriebene Ausnahme von der Durchführung des Vorverfahrens mit dem Gedanken der Prozessökonomie⁷ und der Vorstellung der Widerspruchsbehörde als Herrin des Vorverfahrens.⁸

Für die in der Literatur dominierende Ansicht streitet der eindeutige Wortlaut des § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO, der keine ausdrücklichen Ausnahmen enthält. Allerdings dürfte die Durchführung des Widerspruchsverfahrens als Sachurteilsvoraussetzung zumindest immer dann zu einer unnötigen

¹ Siehe zu den Theorien *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2012, Rn. 100 ff.; zum Erfordernis einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit *Ehlers*, in: *Ehlers/Schoch* (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 21 Rn. 62 ff.

² Jeweils m.w.N. *Geis*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl. 2010, § 68 Rn. 161 ff.; *Kopp/Schenke*, VwGO, 19. Aufl. 2013, Vorbem. § 68 Rn. 11; *Dolde/Porsch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, Verwaltungsgerichtsordnung, 23. Lfg., Stand: 2012, § 68 Rn. 28 f.; *Schoch*, Jura 2003, 752 (761); *Ehlers* (Fn. 1), § 22 Rn. 34; umfassend v. *Mutius*, Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozessvoraussetzung, 1969, S. 175 ff.

³ *Geis* (Fn. 2), § 68 Rn. 162; *Dolde/Porsch* (Fn. 2), § 68 Rn. 28 f.; *Ehlers* (Fn. 1), § 22 Rn. 34.

⁴ *Kopp/Schenke* (Fn. 2), Vorbem. § 68 Rn. 11; *Dolde/Porsch* (Fn. 2), § 68 Rn. 28 f.

⁵ M.w.N. BVerwG NVwZ 2009, 924; BVerwG NVwZ-RR 2000, 172.

⁶ Siehe etwa *Schmitt Glaeser*, Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl. 2000, Rn. 182; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 14 Rn. 113.

⁷ BVerwG NVwZ 2009, 924; BVerwG NVwZ-RR 2000, 172.

⁸ *Hufen* (Fn. 6), § 14 Rn. 113.

Förmelei⁹ werden, wenn Kläger und Beklagte bereits hinreichend sichere Kenntnis über den Ausgang des Widerspruchsverfahrens haben und wissen, dass das Rechtsschutzanliegen den Weg zu den Verwaltungsgerichten nimmt. Die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens würde in diesem Fall zu einer (für alle Beteiligten nachteiligen) Verzögerung führen und keinen funktionalen Mehrwert bringen, da die Behörde bei ihrer (Selbst-)Kontrolle kein anderes Ergebnis produzieren würde, der Kläger somit sein Ziel (Abhilfe) nicht über das Widerspruchsverfahren erreichen könnte und die Gerichte am Ende trotzdem entscheiden müssten. Natürlich kann man grundsätzlich nie sicher wissen, wie die hypothetische Entscheidung über den Widerspruch in dem verfahrensrechtlichen Rahmen des verwaltungsrechtlichen Widerspruchsverfahrens aussehen würde. Wohl aber kann man aus der Tatsache, dass eine Behörde im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren die Klage für in der Sache unbegründet hält, auf den hypothetischen Inhalt dieser Entscheidung schließen (im Sinne einer indiziellen Prognose). Der Schluss, dass die hypothetische Entscheidung im Widerspruchsverfahren nicht anders sein würde als die im gerichtlichen Abweisungsantrag zum Ausdruck kommende Entscheidung, dürfte voraussetzen, dass die maßgeblichen Entscheidungskomponenten nicht erheblich divergieren. Als maßgebliche Entscheidungskomponenten lassen sich drei identifizieren: der der Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt, der Träger der Entscheidung und der Entscheidungsmaßstab. Der Sachverhalt der Entscheidung gegenüber A ist vollständig aufgeklärt und stellt sich für die Widerspruchsbehörde nicht anders dar als für den Klagegegner im Prozess. Problematisch ist die Frage der Identität von Widerspruchsbehörde und Klagegegner. Widerspruchsbehörde in Rheinland-Pfalz ist nach § 6 Abs. 1 S. 2 AG VwGO bei einem Verwaltungsakt der Stadtverwaltung der Stadtrechtsausschuss, der ein Ausschuss der kreisfreien Stadt ist (§ 7 Abs. 1 S. 1 AGVwGO). Klagegegner nach dem Rechtsträgerprinzip ist die Stadt. Zwar handelt es sich um die gleiche Organisationseinheit. Allerdings unterliegen Rechtsausschüsse nach § 7 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 AGVwGO nicht den Weisungen der Organe der Gebietskörperschaft. Jedoch dürfte aufgrund der personellen Kongruenz bei der Entscheidung¹⁰ keine hinreichende organisatorische und personelle Trennung der Entscheidungsträger vorliegen, die unterschiedliche Entscheidungen erwarten lässt. Zu diskutieren ist schließlich, ob der Umstand, dass der Maßstab in der Entscheidungssituation unterschiedlich ist, die Durchführung des Widerspruchsverfahrens zwingend macht. Im Widerspruchsverfahren werden Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit geprüft (§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO), während sich die Behörde als Klagegegner im Klageverfahren nur zur Rechtmäßigkeit

verhalten muss. Allerdings kann sich die Behörde auch im Klageverfahren zu Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten verhalten und auf dieser Grundlage über die Rücknahme des Verwaltungsakts bei Beachtung der Gesetzesbindung die Erledigung des Rechtsstreits herbeiführen. In Situationen, in denen sich die Behörde im Klageverfahren erneut mit ihrer Ermessensentscheidung befasst (etwa beim Nachschieben von Gründen) und daher gegenständlich mit den Entscheidungskomponenten, die die Zweckmäßigkeit betreffen, ist das Risiko einer abweichenden Entscheidung in einem hypothetischen Widerspruchsverfahren daher gering. Gegenüber A betont die Stadt in ihrer Klageerwiderung ausdrücklich die Zweckmäßigkeit ihrer Entscheidung, so dass nicht zu erwarten ist, dass der Rechtsausschuss im Widerspruchsverfahren anders entschieden hätte.

Im Ergebnis ist die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens daher entbehrlich, weil aufgrund der Einlassung der Stadt im Klageverfahren hinreichend sicher ist, dass keine andere Entscheidung im Widerspruchsverfahren zu erwarten gewesen wäre.¹¹

V. Klagefrist

Nach § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO muss, soweit ein Widerspruchsverfahren nach § 68 VwGO nicht erforderlich ist, die Klage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts erhoben werden. Der Verwaltungsakt wurde am 19.12.2013 zugestellt, die Klage am 20.1.2014, einem Montag, eingereicht. Die Klagefrist richtet sich nach § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO, da kein Vorverfahren stattgefunden hat. Die Frist wird nach § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 ZPO i.V.m. § 187 ff. BGB berechnet, wobei sich das Fristende im vorliegenden Fall nach § 188 Abs. 2 i.V.m. § 193 BGB (bzw. § 222 Abs. 2 ZPO) richtet, da der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag fällt. Die Frist läuft bis zum 20.1.2014, dem Tag der Klageeinlegung. Die Klage ist daher fristgerecht eingelegt worden.

VI. Sonstige Zulässigkeitsaspekte – Beteiligtenfähigkeit, Prozessfähigkeit, Klagegegner, Rechtsschutzbedürfnis

A ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1, die Stadt nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig. Die Prozessfähigkeit der Beteiligten ergibt sich aus § 62 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 VwGO. Richtiger Klagegegner ist die Stadt Mainz als Rechtsträger entsprechend § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Zweifel an dem Rechtsschutzbedürfnis bestehen nicht.

VII. Zwischenergebnis Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig.

B. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, soweit die Rücknahmeverfügung rechtswidrig ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

⁹ Gegen das Argument eines unnötigen Formalismus unter Hinweis auf die gesetzgeberische Entscheidung, einen solchen Formalismus herzustellen, wendet sich *Geis* (Fn. 2), § 68 Rn. 162; siehe auch *v. Mutius* (Fn. 2), S. 178, 188.

¹⁰ Der Oberbürgermeister – der die Stadt auch nach außen (bei Klagen) vertritt – führt den Vorsitz im Rechtsausschuss; der Rechtsausschuss entscheidet in der Besetzung von Vorsitzendem und zwei Beisitzern, § 7, 8 AGVwGO.

¹¹ Eine a.A. ist gut vertretbar.

I. Ermächtigungsgrundlage

Grundlage für die Rücknahme der Einbürgerung bildet § 35 Abs. 1 StAG.¹²

II. Formelle Rechtmäßigkeit Rücknahmeverfügung

Die Stadtverwaltung war formell zuständig. Dies ergibt sich aus § 1 Landesverordnung über die Zuständigkeiten in Staatsangehörigkeitsangelegenheiten vom 10.12.1999. A wurde hier vor der Rücknahmeentscheidung nach § 28 Abs. 1 VwVfG angehört.

III. Materielle Rechtmäßigkeit Rücknahmeverfügung

1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 Abs. 1 StAG

§ 35 Abs. 1 StAG setzt für die Rücknahme eine rechtswidrige Einbürgerung voraus und dass diese erwirkt wurde durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung oder durch vorsätzlich unrichtige oder unvollständige Angaben, die wesentlich für den Erlass gewesen sind.

Nach § 8 StAG kann ein Ausländer, der seinen rechtmäßigen Aufenthalt im Inland hat, auf seinen Antrag hin eingebürgert werden. Die Behörde trifft insoweit eine Ermessensentscheidung. Zu dieser ist die Behörde befugt, soweit die Voraussetzungen in Nr. 1-4 vorliegen. Nr. 2 bestimmt, dass der Ausländer nicht wegen einer rechtswidrigen Tat zu einer Strafe verurteilt sein oder gegen ihn auf Grund seiner Schuldfähigkeit eine Maßregel der Besserung und Sicherung angeordnet worden sein darf. Zwar ist A letztlich nicht verurteilt worden, jedoch wusste die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens nichts von dem laufenden Ermittlungsverfahren. Daher hat die Behörde zum maßgeblichen Zeitpunkt ihrer Ermessensentscheidung eine fehlerhafte Tatsachengrundlage zugrunde gelegt.¹³ Diese Grundlage ist auch

¹² § 35 StAG wurde durch das Gesetz zur Änderung des Staatsangehörigkeitsgesetzes vom 5.2.2009 (BGBl I 2009, S. 158) eingeführt und verdrängt die allgemeine Vorschrift zur Rücknahme von rechtswidrigen Verwaltungsakten aus § 48 VwVfG; siehe zur Diskussion der Rücknahme einer Einbürgerung auf Grundlage von § 48 VwVfG BVerfG NVwZ 2006, 807 (812); BVerwGE 130, 209.

¹³ Der Verwaltungsakt ist also nicht deswegen rechtswidrig, weil es an den Tatbestandsvoraussetzungen fehlt, sondern weil die Behörde bei ihrer Ermessensausübung getäuscht wurde. Bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit aufgrund einer fehlerhaften Tatsachengrundlage bei der Ermessensentscheidung muss auf die richtige Tatsachenebene abgestellt werden: die „Täuschung über Tatsachen“ ist selbst eine Tatsache (die Behörde nimmt an, der Antragsteller mache wahrheitsgemäße Angaben, in Wirklichkeit belügt er sie = die [innere] Tatsache der Täuschung über Angaben). Sie ist als solche zu unterscheiden von den zugrundeliegenden Tatsachen, über die getäuscht wird (= die Tatsache der Richtigkeit der Angaben). Problematisch ist, ob das Vertrauen der Behörde in wahrheitsgemäße Angaben dann legitimer Weise enttäuscht werden darf, wenn die Behörde Fragen stellt, die für ihre Ermessenserwägung keine Rolle spielen dürfen (etwa die Frage nach der Religionszugehörigkeit oder sonstige sach-

für die Entscheidung über die Einbürgerung relevant, weil sie nach § 12a Abs. 3 StAG eine Aussetzung des Verfahrens erzwingt. Die unrichtige Tatsachengrundlage bleibt von dem Umstand unberührt, dass das Verfahren später eingestellt wurde. Folglich war die behördliche Einbürgerungsverfügung rechtswidrig.

A wusste um das laufende Ermittlungsverfahren, da er als Beschuldigter vernommen wurde und in das Formular selbst handschriftlich „keine“ laufenden Ermittlungsverfahren angegeben hat. Er hat die Einbürgerung daher durch vorsätzlich unrichtige Angaben erwirkt.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Rücknahme nach § 35 StAG liegen gegenüber A vor.

2. Rechtsfolge Ermessen

Der Verwaltungsakt könnte rechtswidrig sein, weil die Behörde ihr Ermessen nicht ordnungsgemäß ausgeübt hat.

a) Zulässige Ergänzung von Ermessenserwägungen- Nachschieben von Gründen

Zu erörtern ist zunächst, ob die Behörde ihre ursprünglich zum Ausdruck kommenden Ermessenserwägungen, bei denen sie davon ausging, A könne sich problemlos um den Wiedererhalt seiner Staatsangehörigkeit zu Z bemühen soweit diese nicht ohnehin wieder auflebe, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren noch hat ergänzen dürfen. Erst hier hat die Behörde nämlich ihren Erwägungen zutreffend zugrunde gelegt, dass die konkrete Gefahr der Staatenlosigkeit besteht. Die Problematik eines Nachschiebens von Gründen im Verwaltungsprozess bei Ermessensverwaltungsakten ist unstritten.¹⁴

Eine Ansicht verneint grundsätzlich die Möglichkeit. Hierfür spreche, dass das für eine solche Regelung in Betracht kommende materielle Verwaltungsrecht¹⁵ – anders als für bestimmte Formfehler in § 45 VwVfG – keine ausdrück-

fremde Gesichtspunkte). Man könnte fragen, ob hier nicht gewissermaßen ein Recht zur Not-„Lüge“ im Verwaltungsverfahren besteht, weil der Antragsteller befürchten muss, dass seine (wahre) Antwort als sachfremder Gesichtspunkt auf die Ermessensentscheidung durchschlägt. Unabhängig davon, ob die Konstruktion überhaupt trägt, kommt sie hier jedenfalls nicht in Betracht, da die Frage der Behörde dem Zweck des § 12a Abs. 3 StAG dient, wonach die bis zum Abschluss des Ermittlungsverfahrens bestehende Ungewissheit über die grundsätzliche Rechtstreue des Antragstellers vor der Entscheidung über die Einbürgerung beseitigt werden soll.

¹⁴ M.w.N. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2014, § 113 Rn. 45; *Wolff*, in: Sodan/Ziekow (Fn. 2), § 113 Rn. 70 ff.; *Rupp*, Nachschieben von Gründen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, 1987, passim; *Axmann*, Nachschieben von Gründen, 2001, passim; *Lindner/Jahr*, JuS 2013, 673 (677 f.); *Durner*, VerwArch 97 (2006), 345 (357 ff.); *R. P. Schenke*, VerwArch 90 (1999), 232.

¹⁵ *Kopp/Schenke* (Fn. 2), § 113 Rn. 71.

liche Heilungsvorschrift in Bezug auf die inhaltliche Unrichtigkeit kennt. Überdies würden nur so rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt und einem verfassungsrechtlich garantierten Beseitigungsanspruch gegenüber rechtswidrigen (Ermessens-)Verwaltungsakten entsprochen.¹⁶ Der Adressat habe nur bei inhaltlicher Stabilität der (rechtswidrigen) Begründung eine verlässliche Basis für seine Entscheidung, Klage zu erheben. Die Frage der behördlichen Willensbildung hin zu einem Verwaltungsakt wird als umfassende Einheit begriffen, die den nicht hintergehbaren Schluss eines Abwägungsvorgangs darstellt. Bei allen nachgelagerten Erwägungen, mögen sie auch auf den Verwaltungsakt bezogen sein, handele es sich um die erneute, den ursprünglichen Verwaltungsakt überholende Wahrnehmung der Ermessensausübungskompetenz¹⁷ (die sich ausschließlich als neuer Verwaltungsakt darstellen kann).¹⁸ § 114 S. 2 VwGO stelle in der Konsequenz einen Fall der gesetzlich statuierten Klageänderung dar.¹⁹

Nach der wohl überwiegenden Ansicht wird ein Nachschieben von Gründen dagegen auch bei Ermessensverwaltungsakten in engen Grenzen für zulässig erachtet, wenn bei bereits ausgeübtem Ermessen die nachträglichen Ermessenserwägungen den Verwaltungsakt nicht in seinem Wesen verändern, die nachträglich gegebenen Gründe schon bei Erlass des Verwaltungsakts oder Widerspruchsverfahrens vorlagen und der Betroffene in seiner Rechtsverteidigung nicht beeinträchtigt sei.²⁰ Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass sich die Regelung in dem Verwaltungsakt von ihrer sachlichen Rechtfertigung unterscheidet und eine materiell rechtmäßige Begründung für einen Verwaltungsakt zwar existieren, aber diesem nicht notwendig beigelegt werden müsse.²¹ Wenn Ermessenserwägungen lediglich ergänzt würden, bleibe der ursprüngliche Verwaltungsakt in seiner Identität erhalten.

Diese überwiegende Ansicht überzeugt, weil sie eine allzu künstliche Aufspaltung in zwei voneinander isolierte Verwaltungsakte vermeidet, die letztlich im Ergebnis auf das engste miteinander verschränkt wären. Zudem ermöglicht sie es, eine im Kern zutreffende Ermessensentscheidung rechtlich unbedenklich werden zu lassen.²² Die Behörde wäre ansonsten aus rein formalen Gründen gezwungen, einen neuen, den Kläger erneut belastenden Verwaltungsakt zu erlassen und damit weitere Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zu produzieren. Die engen Grenzen für ein Nachschieben von Gründen schützen auch hinreichend vor einer rechtstaatlich nicht vertretbaren Belastung des VA-Adressaten durch die dynamische Komponente. Denn der Adressat kann grundsätzlich voraussehen, ob die im Wesen des ihm gegenüber erlassenen Verwaltungsakts liegenden Gründe die materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts im Grunde tragen bzw. ob ein die Rechtmäßigkeit herstellender nachträglicher Ermessensgebrauch dessen Wesen verändern müsste. Insoweit ist auch kein „uneingeschränktes“ Nachschieben von Ermessenserwägungen eröffnet.²³ Die schwebende Unsicherheit darüber, ob die Behörde durch das Nachschieben von Gründen einen rechtswidrigen Verwaltungsakt rechtmäßig macht, ist von der Art der Belastung nicht wesentlich anders als das Risiko, dass es in Fällen eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes zu einer anderweitigen Erledigung kommt. Auch hier kann (wenn der Kläger kein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit hat) das Risiko einer Erhebung einer später erfolglosen Klage bestehen,²⁴ bei der die Beurteilung der Erfolgsaussichten zum Zeitpunkt der Klageerhebung abweicht von derjenigen im gerichtlichen Verfahren nach Klageerhebung.

Daher ist ein Nachschieben von Gründen grundsätzlich möglich.²⁵

¹⁶ *Kopp/Schenke* (Fn. 2), § 113 Rn. 71; *W. R. Schenke* (Fn. 1) Rn. 811.

¹⁷ Vgl. *Gerhardt*, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 2), § 114 VwGO Rn. 12a.

¹⁸ Siehe *W. R. Schenke* (Fn. 1), Rn. 815. Prozessuale Folge ist, dass sich der Ermessensverwaltungsakt für die Vergangenheit erledigt hat, so dass eine gerichtliche Kassation nicht mehr und nur noch eine Feststellung der Rechtswidrigkeit in Betracht kommt, während der „überholende“ Verwaltungsakt im Wege der Klageänderung in das Verfahren eingeführt werden kann (sofern man nicht die Durchführung eines Vorverfahrens für erforderlich hält). Vgl. auch *Dolderer*, DÖV 1999, 104 (106); *Bader*, NVwZ 1999, 120 (121); *Kluckert*, DVBl 2013, 355 (357 f.).

¹⁹ *Kopp/Schenke* (Fn. 2), § 113 Rn. 71; anders *Hufen* (Fn. 6), § 24 Rn. 20, der § 114 S. 2 VwGO als materielle, den Rechtsschutz einschränkende Vorschrift deutet.

²⁰ Vgl. BVerwG NVwZ-RR 2010, 550; BVerwGE 106, 351; siehe m.w.N. *Sachs* (Fn. 14), § 113 Rn. 45; *Lindner/Jahr*, JuS 2013, 673 (677 f.); *R. P. Schenke*, JuS 2000, 230 (231); *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 10 Rn. 40; *Ehlers* (Fn. 1), § 22 Rn. 94; *Löhnig*, JA 1998, 700; *Wolff* (Fn. 14), § 113 Rn. 75 ff.

²¹ *Wolff* (Fn. 14), § 113 Rn. 76.

²² *Wolff* (Fn. 14), § 113 Rn. 79. Zu diesem Ergebnis kommt auch *Durner*, VerwArch 97 (2006), 345 (367 ff.), der die Möglichkeit der Abänderung über die §§ 48, 49 VwVfG für zulässig hält.

²³ Vgl. BVerwG NJW 1999, 2912; *Kopp/Schenke* (Fn. 2), § 114 Rn. 50, siehe auch § 113 Rn. 72.

²⁴ Auf dieses Risiko stellt dagegen *W. R. Schenke* (Fn. 1), Rn. 813 ab.

²⁵ Ein Nachschieben von Gründen auch nach Klageerhebung richtet sich nach dem materiellen Recht. § 114 S. 2 VwGO schafft lediglich die prozessualen Voraussetzungen dafür, dass defizitäre Ermessenserwägungen ergänzt werden und es nicht zu einer Änderung des Streitgegenstands kommt. Eine andere Ansicht vertritt dagegen *Hufen* (Fn. 6), § 24 Rn. 20. Auch das BVerwG war anfangs undeutlich (BVerwGE 105, 55 [59]). § 114 S. 2 VwGO als materiellrechtliche Vorschrift zu deuten, ist daher vertretbar. Vgl. zu dem Charakter von § 114 S. 2 VwGO BVerwG NVwZ 1999, 425; *Durner*, VerwArch 97 (2006), 345 (357 f.); *Ehlers* (Fn. 1), § 22 Rn. 94; *Lindner/Jahr*, JuS 2013, 673 (677 f.); hierzu und zu der Rechtsprechung des BVerwG in diesem Punkt auch *Kluckert*, DVBl 2013, 355 (357); siehe m.w.N. auch *Kopp/Schenke* (Fn. 2), § 113 Rn. 71 ff.; a.A. dagegen auch *Bader*, NVwZ 1999, 120 (121).

Fraglich ist, ob die Rücknahmeverfügung gegenüber A durch die nachträgliche Einbeziehung des Gesichtspunkts der Staatenlosigkeit im Wesen verändert wurde. Eine Wesensänderung liegt dann nicht vor, wenn die den Verwaltungsakt tragende Begründung in ihrem Aussagekern unverändert bleibt.²⁶ Das tragende Argument in der Begründung der Behörde bleibt vorliegend ausdrücklich die Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände und mithin die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die nicht im Wege eines „Erschleichens“ umgangen werden könne. Die Behörde führt so in ihren Ausführungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die grundlegende Argumentationslinie in der angefochtenen Rücknahmeentscheidung fort und lässt deren „Identität“ unberührt.²⁷

Im Ergebnis hat die Behörde ihre Ermessenserwägungen in zulässiger Weise lediglich ergänzt.

b) Ermessensfehler

Das Gericht überprüft nach § 114 S. 1 VwGO, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist.²⁸

aa) Vorüberlegung: intendiertes Ermessen?

Fraglich ist, ob in Bezug auf die Rücknahmeentscheidung ein Fall des sog. intendierten Ermessens vorliegt. In diesen Fällen kann die Behörde auf eine eigene Ermessensgewichtung verzichten, wenn ein Fall nicht besonderen Anlass zu diesen gibt, weil er nicht der typischen Situation entspricht, die die gesetzgeberische Steuerung im Blick hatte.²⁹ Für die Rücknahmeentscheidung könnte § 35 Abs. 2 StAG ein intendiertes Ermessen zum Ausdruck bringen, da hiernach einer Rücknahmeentscheidung „in der Regel“ nicht entgegenstehe, dass der Betroffene staatenlos wird. Insoweit beinhaltet die Vorschrift aber nach ihrem Wortlaut lediglich eine Ermessenslenkung in Bezug auf die Berücksichtigung einer bestimmten Folge (Staatenlosigkeit). Dies kann als intendierte Gewichtung eines ermessensleitenden Belangs verstanden werden. Dass darüber hinausgehend ein intendiertes Ermessen allgemein für Entscheidungen über die Rücknahme erschlichener Einbürgerungen besteht, ist nicht ausgedrückt.³⁰ Daher muss bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Rücknahme nach § 35 Abs. 1 StAG eine umfassende Ermessensentscheidung erfolgen.

²⁶ Die Konturen einer positiven Bestimmung des Verbots der Veränderung des Wesens eines Verwaltungsakts sind umstritten und finden sich auch in der Rechtsprechung nicht einheitlich benannt, vgl. *Durner*, *VerwArch* 97 (2006), 345 (373 f.). Die Rechtsprechung nennt meist exemplarische Fälle einer Wesensänderung (bspw. erstmalige Darlegung der Auswahlerwägungen, vgl. BVerfG (1. Kammer des 2. *Senats*) NVwZ 2007, 1178 [1179]).

²⁷ Vgl. auch BVerfG NVwZ 2011, 760.

²⁸ *Kopp/Schenke* (Fn. 2), § 114 Rn. 4.

²⁹ Vgl. etwa BVerfG NJW 1998, 2233.

³⁰ Vgl. umfassend hierzu OVG Saarlouis NVwZ-RR 2011, 654.

bb) Ermessensüberschreitung wegen eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht

Eine Ermessensüberschreitung würde (ungeachtet der Vorschrift des § 35 Abs. 2 StAG) dann vorliegen, wenn die Behörde mit ihrer Ermessensentscheidung gegen höherrangiges Recht verstößt. Zu prüfen ist daher, ob die drohende Staatenlosigkeit als Folge der Entscheidung gegen höherrangiges Recht verstößt und ob die Ermessensentscheidung im Übrigen gegen höherrangiges Recht verstößt.

(1) Vereinbarkeit der Staatenlosigkeit als Folge der Ermessensentscheidung mit Art. 16 GG

In Betracht kommt in Bezug auf die Folge der Staatenlosigkeit ein Verstoß gegen Art. 16 Abs. 1 GG.³¹

Umstritten ist zunächst, ob der Schutzbereich des Art. 16 Abs. 1 GG überhaupt in Fällen eröffnet ist, in denen die Rücknahme der Einbürgerung mit Wirkung für die Vergangenheit verfügt wird.³² Dies hängt davon ab, ob nur die „wohlerworbene Staatsangehörigkeit“ Schutz findet und ob für den Schutzbereich auf eine ex ante oder ex post Betrachtung abzustellen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts begründet auch die erschlichene Rücknahme einen Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit im Schutzbereich des Art. 16 GG.³³ Der Schutz des Art. 16 GG wird in seiner Bedeutung aus der zeitlichen Betrachtung ex ante entfaltet.³⁴ Für eine Einbeziehung der Situation der Rücknahme einer erschlichener Einbürgerung in den Schutzbereich spricht insbesondere, dass Art. 16 GG an die Staatsangehörigkeit anknüpft und keine zusätzliche qualitative Eingrenzung formuliert. Gegen die Reduktion des Schutzbereichs auf eine ex-post Betrachtung (und sei es nur im Hin-

³¹ Diskutiert werden kann überdies die Frage, ob das Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG im StAG verletzt wird, vgl. hierzu *Wittreck*, in: *Dreier*, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 16 Rn. 52.

³² Dagegen etwa VGH Mannheim NVwZ 1990, 1198; OVG Münster NVwZ-RR 1997, 742; OVG Hamburg NVwZ 2002, 885; *Randelzhofer*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand: 22. Lfg., Art. 16 I Rn. 53; *Becker*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 16 Rn. 41; im Ergebnis auch *v. Arnould*, in: *Münch/Kunig*, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 16 Rn. 21, der zwischen den Problemen der Einbürgerung und der Ausbürgerung differenziert und erstere nur im Hinblick auf ein Umgehungsverbot in den Schutzbereich des Art. 16 GG einbezieht; vgl. auch *Kokott*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 6. Aufl. 2013, Art. 16 Rn. 29 ff. (die Zweifel hinsichtlich der Einbeziehung von auf grob fahrlässigen Angaben beruhenden Einbürgerungen bekundet, Rn. 31a).

³³ BVerfGE 116, 24 (36 ff.). Das Bundesverfassungsgericht geht auf diese Streitfrage nicht argumentativ ein; das Ergebnis einer Schutzbereichseröffnung liegt in der Logik der Prüfungsfolge. Mitunter wird dieser Unterschied in der Literatur dadurch kaschiert, dass eine Ergebnisentsprechung konstatiert wird, *Becker* (Fn. 32), Art. 16 Rn. 41. Siehe jüngst auch BVerfG NJW 2014, 1364.

³⁴ Vgl. *Kämmerer*, NVwZ 2006, 1015; *Schmahl*, ZAR 2007, 174 f.; *Becker*, NVwZ 2006, 304.

blick auf das „Wohlerwerben“) sprechen überdies Systematik und Zweck grundrechtlicher Schutzgarantien, bei denen ein schwebender Schutzzustand erhebliche Rechtsunsicherheit verursachen würde.³⁵ Es bestünde die Gefahr, dass eine Verwaltungsbehörde über die Rücknahmeentscheidung den grundrechtlichen Schutz aus Art. 16 GG entziehen könnte. Der Schutzbereich muss daher auch in Fällen der Rücknahme erschlichener Einbürgerungen eröffnet sein.

Fraglich ist, ob der grundrechtliche Schutz aus Art. 16 GG einer Rücknahme der erschlichenen Einbürgerung kategorisch entgegensteht, wenn diese die Staatenlosigkeit auslöst. Dies könnte aus zwei Gründen der Fall sein. Zum einen könnte es sich um eine nach Art. 16 Abs. 1 S. 1 GG verbotene „Entziehung“ der deutschen Staatsangehörigkeit handeln.³⁶ Zum anderen könnte Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG, der an den „Verlust“ der Staatsangehörigkeit anknüpft, eine Rücknahme kategorisch ausschließen, wenn die Staatenlosigkeit als Folge eintritt, da dies nach dem Wortlaut unterschiedslos für jeden, also auch den Fall der erschlichenen Einbürgerung gilt. Ein kategorischer Grundrechtsschutz auch in Fällen erschlichener Einbürgerung entspricht jedoch sowohl im Hinblick auf den Begriff der „Entziehung“ (in S. 1) als auch im Hinblick auf die Vermeidung der Staatenlosigkeit bei einem Verlust (in S. 2) nicht dem erkennbaren Willen des Verfassungsgebers und liegt außerhalb des Schutzzwecks der Norm. Das Bundesverfassungsgericht zieht zur Auslegung des Entziehungsbegriffs³⁷ sowie zur Frage einer teleologischen Reduktion des S. 2 Zweck und Genese der Bestimmung heran. Der Zweck wird bestimmt durch die Vermeidung der „Beeinträchtigung der Verlässlichkeit und Gleichheit des Zugehörigkeitsstatus“ und liegt „insbesondere in jeder Verlustzufügung, die der Betroffene nicht oder nicht auf zumutbare Weise beeinflussen kann“.³⁸ Dem Verfassungsgeber lag bei Schaffung des Art. 16 GG die Absicht zu Grunde, sich Bestrebungen zur Bekämpfung der Staatenlosigkeit anzuschließen – in Abgrenzung zu der nationalsozialistischen Ausbürgerungspolitik und den Ausbürgerungen, von denen Deutsche im Zuge der Vertreibungen betroffen waren.³⁹ Vor Augen

³⁵ Vgl. *Kämmerer*, NVwZ 2006, 1015; *Schmahl*, ZAR 2007, 174 f.; vgl. auch *Zuleeg*, AK-GG, 2001, Art. 16 Rn. 19.

³⁶ Etwa weil „Entziehung“ jeden Verlust gegen den Willen des Inhabers meint.

³⁷ Siehe zu dessen Bestimmung und den Auslegungsansätzen in der Vergangenheit (insbesondere das Abstellen auf die Form [nur „einseitige Verwaltungsakte des Staates“] oder den Willen des Betroffenen) umfassend *Becker* (Fn. 32), Art. 16 Rn. 31 ff.; v. *Arnauld* (Fn. 32), Art. 16 Rn. 18. Die Namen der Theorien reichen von Willentheorie, Einzelaktstheorie über Vermeidbarkeitstheorie und Zumutbarkeitstheorie bis hin zur Traditionstheorie und Theorie der internationalen Praxis; siehe auch *Becker*, NVwZ 2006, 304.

³⁸ BVerfGE 116, 24 (44). Dagegen etwa *Lübbe-Wolff*, Jura 1996, 57 (62), die eine gesetzliche Nichtigkeitsbestimmung (wie sie § 44 VwVfG für bestimmte Fehler kennt) für den verfassungsrechtlich notwendigen Weg hält.

³⁹ In völkerrechtlichen Vereinbarungen zur Bekämpfung von Staatenlosigkeit wird Staatenlosigkeit gerade im Fall der

stand dem Verfassungsgeber, dass die staatliche Gewalt bei Fragen des Staatsangehörigkeitsrechts nach Maßgabe besserer oder minderer Güte diskriminiert und nach fragwürdigen Klassifikationen sortiere. Vor diesem Hintergrund kann es bei einer nach Art. 16 Abs. 1 S. 1 GG verbotenen Entziehung nur um diejenigen Fälle gehen, in denen die Funktion der Staatsangehörigkeit als gleichberechtigte Zugehörigkeit beeinträchtigt wird.⁴⁰ Ähnliche Erwägungen sprechen entgegen Annahmen im Schrifttum⁴¹ für eine teleologische Reduktion des S. 2.⁴² Andernfalls prämierte der grundrechtliche Schutz schwerwiegende Verstöße gegen das geltende Recht. Die Rechtsordnung würde sich gegen sich selbst wenden und eine Gratifikation auf ihre Missachtung sowie Anreize zur Rechtsverletzung schaffen.⁴³

Im Ergebnis kann A ein kategorischer Schutz aus Art. 16 Abs. 1 S. 1, 2 GG nicht zukommen. Daher liegt ein Verstoß gegen Art. 16 Abs. 1 GG nicht bereits deswegen vor, weil die Rücknahme zur Staatenlosigkeit des A führt.⁴⁴

(2) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Problematisch könnte zudem die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht sein, da dem A nicht nur der Verlust der nationalen Staatsbürgerschaft, sondern gleichzeitig auch der Verlust der Unionsbürgerschaft droht.⁴⁵ Das Gericht ist an das Unionsrecht und an dessen Vorrang nach Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 S. 2, 59 Abs. 2 GG gebunden.⁴⁶

Eine Unvereinbarkeit setzt voraus, dass unionsrechtliche Vorschriften der Rücknahme der Einbürgerung gegenüber A entgegenstehen. Dies setzt zunächst voraus, dass das Unionsrecht dem Einzelnen eine Rechtstellung einräumt, die ihm durch einen Mitgliedstaat nicht ohne weiteres einseitig wieder entzogen werden kann. In Betracht kommt die Rechtstellung des Einzelnen als Unionsbürger. Die Rechtstellung eines Unionsbürgers ist mit der Staatsangehörigkeit eines Mit-

Rücknahme erschlichener Einbürgerungen ausdrücklich hingenommen.

⁴⁰ Kritisch zu dieser abstrakten Formel *Kämmerer*, NVwZ 2006, 1015 f.; v. *Arnauld* (Fn. 32), Art. 6 Rn.18; zur Bedeutung als Konkretisierung der in diesem Zusammenhang stehenden Zumutbarkeitstheorie *Schmahl*, ZAR 2007, 174 (175).

⁴¹ Vgl. *Lübbe-Wolff*, Jura 1996, 57 (61 ff.); *Zuleeg* (Fn. 35), Art. 16 Rn. 19.

⁴² BVerfGE 116, 24 (45 f.). Siehe zur Eingrenzung dieser Situation als Ausnahme BVerfG NJW 2014, 1364.

⁴³ BVerfGE 116, 24; zustimmend *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 12. Aufl. 2013, Art. 16 Rn. 12; *Kokott* (Fn. 32), Art. 16 Rn. 31; siehe umfassend zur Entscheidung sowie zur Behandlung des Problems im Schrifttum *Kämmerer*, NVwZ 2006, 1015. Kritisch, weil „das Gericht bei dieser Vorgehensweise den Verfassungswortlaut und damit die Verfassungsklarheit opfert“ *Schmahl*, ZAR 2007, 174 (176); ebenfalls kritisch *Davy*, Die Verwaltung 2008, 31 (46).

⁴⁴ A.A. noch vertretbar.

⁴⁵ Hierzu EuGH, Urt. v. 2.3.2010 – C-135/08 (Rottmann) = Slg. 2010 I-1449, hierzu *Kahl*, JURA 2011, 364.

⁴⁶ Siehe grundlegend BVerfGE 73, 339 (374 f.).

gliedstaates verbunden (Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV, siehe auch Art. 9 S. 3 EUV). Die Unionsbürgerschaft knüpft dabei an die Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten an, ohne selbstständig Erwerb und Verlust zu regeln (Art. 20 Abs. 1 S. 1 AEUV).⁴⁷

Umstritten ist, ob der Verlust der Unionsbürgerschaft überhaupt eine durch das Unionsrecht geregelte Frage ist.⁴⁸ Dagegen spricht der in Art. 20 Abs. 1 S. 2 und 3 AEUV zum Ausdruck kommende Akzessorietätsgedanke zwischen nationaler Staatsangehörigkeit und Unionsbürgerschaft, nach dem letztere an ersterer hängt und nicht umgekehrt. Daher handele es sich bei allen Fragen der Staatsangehörigkeit um eine rein innerstaatliche Angelegenheit.⁴⁹ Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union fällt der Verlust der Unionsbürgerschaft dem Wesen und den Folgen nach dagegen in den Anwendungsbereich des Unionsrechts.⁵⁰ Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit verblieben zwar in der Regelungshoheit der Nationalstaaten, dennoch dürfen die unionsrechtlichen Folgen bei einem Verlust nicht unberücksichtigt bleiben. Dies ist insofern überzeugend als der Verlust eine Situation betrifft, in der ein Status als Unionsbürger bereits begründet ist, aus dem der Einzelne Rechte ableiten kann. Würde das Unionsrecht keine Grenzen für den Verlust der Staatsangehörigkeit und damit der Stellung als Unionsbürger kennen, so hätten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, diese Rechte über ihre Gestaltungszuständigkeit im Staatsangehörigkeitsrecht gezielt auszuhebeln.⁵¹

Problematisch ist, welche Wirkung ein solcher Schutz aus dem Unionsrecht bei grundsätzlicher Anerkennung mitgliedstaatlicher Entscheidungshoheit auf dem Gebiet des Staatsan-

gehörigkeitsrechts in Fällen der Rücknahme einer erschlichenen Einbürgerung hat.⁵² Als Faktor zu berücksichtigen ist, dass die Rücknahme einer erschlichenen Einbürgerung auch im unionalen Allgemeininteresse liegt, weil eine Missachtung rechtlicher Vorschriften auch unionsrechtlich nicht prämiert werden soll. Zudem ist legitim, dass ein Mitgliedstaat das zwischen ihm und seinen Staatsbürgern bestehende Verhältnis besonderer Verbundenheit und Loyalität sowie die Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten schützen will.⁵³ Die Rücknahmeentscheidung muss den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.⁵⁴ Hierbei ist nach dem EuGH insbesondere zu prüfen, ob der Verlust gerechtfertigt ist im Verhältnis zur Schwere des vom Betroffenen begangenen Verstoßes, zur Zeit, die zwischen der Einbürgerungsentscheidung und der Rücknahmeentscheidung vergangen ist, und zur Möglichkeit für den Betroffenen, seine ursprüngliche Staatsangehörigkeit wiederzuerlangen.⁵⁵

Im Ergebnis steht der Verlust der Unionsbürgerschaft als Folge der Staatenlosigkeit der Rücknahmeverfügung nicht per se entgegen, ist aber nur bei Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unionsrechtlich zulässig.

(3) Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁵⁶

Die Rücknahme der Einbürgerung ist zur Wiederherstellung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung geeignet und erforderlich. Problematisch ist allein die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Diese verlangt, dass eine Maßnahme in den von ihr ausgehenden beeinträchtigenden Wirkungen nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der von ihr verfolgten Zielen steht. Die Beurteilung setzt hierzu zunächst voraus, dass die unmittelbaren und mittelbaren Folgen der Rücknahme identifiziert werden, um auf dieser Grundlage eine Abwägung vornehmen zu können.

Unmittelbare Folge der Rücknahme ist die Staatenlosigkeit des A sowie der Verlust aller hiermit direkt verbundenen

⁴⁷ Umfassend zur Unionsbürgerschaft *Schönberger*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2012, Art. 20, Rn. 24 ff. Zur Bedeutung der Unionsbürgerschaft in der Demokratiekonzeption Europas *Calliess/Hartmann*, Zur Demokratie in Europa: Unionsbürgerschaft und europäische Öffentlichkeit, 2014, S. 19 ff.

⁴⁸ Ein rein innerstaatlicher Sachverhalt fällt nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts, vgl. m.w.N. EuGH, Urt. v. 8.5.2013 – C-197/11 u.a.(Flämische Grundstücke) = EuZW 2013, 507 (508 Rn. 33); EuGH, Urt. v. 5.5.2011 – C-434/09 (McCarthy) = Slg. 2011, I-3375, Rn. 45; hiervon zu unterscheiden sind Fälle, in denen das nationale Recht eines Mitgliedstaats auf den Inhalt dieser Unionsrechtsvorschriften verweist, um die auf einen rein innerstaatlichen Sachverhalt anwendbaren Regelungen zu bestimmen (vgl. EuGH, Urt. v. 7.11.2013 – C-313/12 [juris]).

⁴⁹ Mehrere Regierungen haben während des Verfahrens Rottmann die Auffassung vertreten, es liege ein rein innerstaatlicher Sachverhalt vor, EuGH, Urt. v. 2.3.2010 – C-135/08 (Rottmann) = Slg. 2010 I-1449, Rn. 37; vgl. auch kritisch *Tewocht*, ZAR 2010, 143 (145).

⁵⁰ Siehe EuGH, Urt. v. 2.3.2010 – C-135/08 (Rottmann) = Slg. 2010 I-1449.

⁵¹ Im Ergebnis zustimmend auch *Kahl*, JURA 2011, 364 (369 f.), der in der Sache den Grundsatz der Unionstreue aus Art. 4 Abs. 3 EU berührt sieht.

⁵² Der Gerichtshof verhält sich nicht zu einem allgemeineren Maßstab.

⁵³ Vgl. EuGH, Urt. v. 2.3.2010 – C-135/08 (Rottmann) = Slg. 2010 I-1449, Rn. 51 f.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 2.3.2010 – C-135/08 (Rottmann) = Slg. 2010 I-1449, Rn. 55 ff.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 2.3.2010 – C-135/08 (Rottmann) = Slg. 2010 I-1449, Rn. 56; siehe auch BVerwG NVwZ 2011, 760 (762).

⁵⁶ Die Prüfung der Rücknahme auf ihre Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgt sowohl aus Anforderungen aus dem nationalen Recht (das diesen aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten ableitet) als auch dem Unionsrecht. Die Prüfung des nationalen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgt hier zusammen mit dem unionsrechtlichen, da sich – obwohl grundsätzlich denkbar (EuGH, Urt. v. 2.3.2010 – C-135/08 [Rottmann] = Slg. 2010 I-1449, Rn. 55) – insoweit keine erkennbaren Unterschiede ergeben dürften; *Kahl*, JURA 2011, 364 (370) sieht den Mehrwert des unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der „rechtsverbindlichen Akzentuierung des Prüfungsmaßstabs“.

Rechte (von dem Verlust des status activus im demokratischen Primärraum bis hin zu dem Entzug des besonderen Schutzes sog. Deutschengrundrechte). Problematisch ist, welche Wirkungen darüber hinaus mittelbar aus der Staatenlosigkeit des A resultieren, insbesondere, ob A mit dem Verlust der Staatsangehörigkeit droht, aus der Bundesrepublik Deutschland ausgewiesen zu werden und ob A und I *die Möglichkeit* verlieren, gemeinsam in Deutschland zu leben. Von besonderer Bedeutung für diese Fragen sind die erwartbaren aufenthaltsrechtlichen Konsequenzen. Dabei muss zwischen A und I unterschieden werden.⁵⁷

(aa) Aufenthaltsrechtliche Folgen für A

Zu prüfen ist, ob A eine Beendigung seines Aufenthalts im Bundesgebiet befürchten muss. Hierfür ist entscheidend, über welchen Aufenthaltsschutz A nach Rücknahme der Einbürgerung verfügen würde. Auf die Rechte eines Unionsbürgers aus dem Unionsrecht (etwa die Freizügigkeitsgarantie aus Art. 21 Abs. 1 AEUV) kann A sich nicht berufen, da seine Stellung als Unionsbürger mit der Staatenlosigkeit entfallen ist und auch nicht wegen eines automatischen Wiederauflebens der Staatsangehörigkeit zu Z wieder besteht. Jedoch könnte A aufenthaltsrechtlichen Schutz über einen Aufenthaltstitel für ehemalige Deutsche aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 3 AufenthG genießen. Nach § 38 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 *ist* einem ehemaligen Deutschen eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn er bei Verlust seit mindestens einem Jahr seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. Nach Abs. 3 des § 38 *kann* der Aufenthaltstitel abweichend von den allgemeinen Voraussetzungen in § 5 AufenthG erteilt werden. Diese Vorschriften könnten für den Fall der Rücknahme einer erschlichenen Einbürgerung aufenthaltsrechtlichen Schutz begründen. Dazu müssten die Vorschriften auf Fälle der Rücknahme erschlichener Einbürgerungen anwendbar sein. Entscheidend ist insoweit, ob es sich auch in Fällen der Rücknahme erschlichener Einbürgerungen um „ehemalige Deutsche“ im Sinne der Vorschrift handelt.

Nach einer Ansicht ist „ehemaliger Deutscher“ jeder, der ursprünglich die deutsche Staatsangehörigkeit besaß und diese kraft Gesetzes verloren hat. Hierzu zähle auch die Situation des Verlustes nach § 35 StAG.⁵⁸ Das Bundesverwaltungsgericht⁵⁹ und Teile der Literatur⁶⁰ vertreten demgegenüber die Ansicht, die Vorschrift sei nicht unmittelbar anwendbar. Der Gesetzgeber habe bei der Neuregelung des § 38 Abs. 1 AufenthG nicht die Fälle eines Staatsangehörigkeitsverlusts infolge einer erschlichenen Einbürgerung im Blick gehabt, sondern wollte lediglich den aufenthaltsrechtlichen Status für die Fälle sichern, bei denen nach dem Wegfall der „Inlands-

⁵⁷ Die inzidente Prüfung der aufenthaltsrechtlichen Situation erfolgt hier, um die Verhältnismäßigkeit einer Entziehung der Staatsangehörigkeit beurteilen zu können. Es geht also *nicht* um die Verhältnismäßigkeit des Aufenthaltsrechts oder einer aufenthaltsrechtlichen Entscheidung selbst.

⁵⁸ Huber, in: Huber, AufenthG, 2010, § 38 Rn. 3.

⁵⁹ BVerwG NVwZ 2012, 58 (59).

⁶⁰ Dienelt, in: Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl. 2013, § 38 Rn. 4.

klausele“ in § 25 StAG durch den Erwerb einer oder durch die Erklärung zu Gunsten der ausländischen Staatsangehörigkeit die deutsche Staatsangehörigkeit wegfallen konnte.⁶¹ Gegen eine Einbeziehung der „Rücknahmefälle“ spreche zudem, dass § 35 Abs. 4 StAG ex tunc die Staatsangehörigkeit entfallen lasse, so dass nach Rücknahme zu keiner Sekunde von einem „ehemaligen Deutschen“ auszugehen sei. Allerdings wendet das Bundesverwaltungsgericht die Vorschrift analog an, da eine planwidrige Regelungslücke des Gesetzes und eine gleiche Interessenlage bestehen. Denn der Aufenthaltstitel, den der Einzelne vor der Einbürgerung besessen habe, hat sich mit der Einbürgerung erledigt und lebe auch nach der rückwirkenden Rücknahme nicht wieder auf, so dass die Rücknahme der Einbürgerung mit Wirkung für die Vergangenheit automatisch und ohne Prüfung des Einzelfalls zu einer Aufenthaltsbeendigung führe. Es sei nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine aufenthaltsrechtliche Regelung treffen wollte, die unter Umständen zu der Beendigung eines langfristigen Aufenthalts im Bundesgebiet führt, ohne dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall stattfindet.⁶²

Im Ergebnis besteht in Fällen der Rücknahme der erschlichenen Einbürgerung nach beiden Auffassungen aufenthaltsrechtlicher Schutz nach § 38 Abs. 1 AufenthG (direkt oder analog). Auch ist nach beiden Ansichten in Fällen der Staatenlosigkeit eine Berücksichtigung bei der Ermessensausübung nach § 38 Abs. 3 AufenthG angezeigt.

A muss eine Beendigung seines Aufenthalts im Bundesgebiet nicht befürchten.

(bb) Folgen für I im Hinblick auf Ehegattennachzug

I hat einen Antrag auf Ehegattennachzug begehrt, um mit A gemeinsam in Mainz zu leben. Infolge der Staatenlosigkeit des A könnten sich die Erfolgsaussichten des Antrags der I zu ihren Ungunsten verändert haben.

Grundsätzlich konnte I bis zur Rücknahme der Einbürgerung eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG beantragen (Ehegattennachzug zu Deutschen). Nach Rücknahme der Einbürgerung des A kommt ein Ehegattennachzug nur noch auf Grundlage von § 30 AufenthG in Betracht (Ehegattennachzug zu Ausländern). Fraglich ist, ob sich hierdurch die Erfolgsaussichten eines Ehegattennachzugs der I verändert haben. Dies könnte für I vor allem im Hinblick auf die in § 30 S. 1 Nr. 2 AufenthG enthaltende Anforderung, dass „der Ehegatte sich zumindest auf einfache Art in deutscher Sprache verständigen kann“, der Fall sein.

Nach Maßgabe der einfachen Gesetzeslage ergeben sich jedoch keine Unterschiede. Denn nach § 28 Abs. 1 S. 5 ist in den Fällen des S. 1 Nr. 1 die Vorschrift des § 30 S. 1 Nr. 2 AufenthG entsprechend anzuwenden.⁶³ I müsste demnach so-

⁶¹ Da dies auch bei gewöhnlichem Aufenthalt im Inland eintreten konnte, wäre ansonsten der aufenthaltsrechtliche Status gefährdet gewesen, vgl. BT-Drs. 15/420, S. 84; siehe eingehend auch BVerwG NVwZ 2012, 58 (59).

⁶² BVerwG NVwZ 2012, 58 (60).

⁶³ Für I nicht einschlägige Ausnahmen von diesem Erfordernis enthält § 30 Abs. 1 S. 2 und 3 AufenthG.

wohl bei einem Ehegattennachzug zu einem Deutschen wie auch bei einem Ehegattennachzug zu einem Ausländer einen Sprachnachweis leisten. Jedoch könnte aufgrund einer verfassungskonformen Wertung eine Differenzierung der einfachgesetzlich gleich ausgestalteten Rechtslage angezeigt sein. Dabei muss unterschieden werden zwischen der Frage, ob das in § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG enthaltene Sprachnachweiserforderniss⁶⁴ allgemein (also auch gegenüber Ausländern) oder zumindest speziell im Hinblick auf den Ehegattennachzug zu Deutschen verfassungswidrig ist bzw. einer Korrektur im Wege verfassungskonformer Auslegung bedarf.

(aaa) Verfassungsrechtliche Unvereinbarkeit des Spracherfordernisses allgemein?

In Betracht kommt eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 GG durch die Verpflichtung von nachzugswilligen Ehegatten, Sprachkenntnisse bereits vor der Einreise nachzuweisen. Hierdurch könnte das Recht auf ein eheliches und familiäres Zusammenleben berührt sein.⁶⁵

In weiten Teilen der Literatur wird eine Verletzung des Gewährleistungsinhalts aus Art. 6 Abs. 1, 2 GG vertreten. Das Spracherfordernis sei mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unvereinbar, weil es an der Erforderlichkeit und Angemessenheit fehle.⁶⁶ Verpflichtende Integrationskurse bzw. der Erwerb im Inland seien mildere und mindestens gleich effektive Mittel. Das generelle Spracherfordernis sei zudem in seiner Zweck-Mittel Relation unangemessen. In Fällen, in denen Ehegatten aufgrund von persönlichen, von ihnen nicht zu vertretenden Gründen der Spracherwerb nur schwer oder gar nicht möglich ist, würde ein familiäres Zusammenleben im Bundesgebiet lange oder sogar dauerhaft unmöglich gemacht. Einem wirtschaftlich und sozial im Inland verwurzelten Aufenthaltsberechtigten sei es insoweit nicht zumutbar, seinen Wohnsitz notfalls zusammen mit seiner Ehefrau im Herkunftsland zu nehmen. Bei der Regelung des Spracherfordernisses fehle es demnach an einer Härtefallregelung wie sie § 30 Abs. 3 AufenthG für das Mindestalter bestimme.

⁶⁴ Die Härtefallklausel in Abs. 3 gilt nur im Hinblick auf das Mindestalter in § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG.

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 76, 1 (45).

⁶⁶ Marx, ZAR 2011, 15 (16 f.); Kingreen, ZAR 2007, 13 (18 f.); Markard/Truchseß, NVwZ 2007, 1025 (1027); Gutmann, ZAR 2010, 90; Göbel-Zimmermann, ZAR 2008, 169 (172 f.); Fischer-Lescano, KJ 2006, 236 (241): m.w.N. auch Dienelt (Fn. 60), § 30 Rn. 38; Hoffmann, in: Hofmann/Hoffmann, HK-AuslR, 2008, § 30 Rn. 30 ff.

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts⁶⁷ und von Teilen der Literatur⁶⁸ verstößt das in § 30 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG normierte Spracherfordernis hingegen nicht gegen Art. 6 Abs. 1 und 2 GG. Die Erforderlichkeit zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele einer Förderung der Integration und der Verhinderung von Zwangsverheiraten⁶⁹ stehe unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers nicht in Zweifel. Die Fähigkeit, bereits bei Ankunft Grundkenntnisse der deutschen Sprache zu besitzen, sei der Grundstein für eine Integration. Es gehe dem Gesetzgeber gerade um die Teilhabe am sozialen Leben von Anfang an. Beim Erwerb nach Ankunft müsste dagegen zunächst ein mehr oder weniger langer Zeitraum für die Möglichkeit sozialer Integration vergehen, so dass das Mittel zwar weniger belastend sein möge, aber das gesetzgeberische Ziel nicht gleichermaßen verwirklicht würde.⁷⁰ Der Gesetzgeber habe auch einen angemessenen Ausgleich vorgenommen. Regelmäßig werde über das Spracherfordernis ein Zusammenleben nur über einen kurzen Zeitraum verhindert und auch die finanziellen Belastungen für den Spracherwerb im Herkunftsland seien grundsätzlich zumutbar.⁷¹ Im Übrigen sei es auch in Fällen, in denen der Spracherwerb schwer oder unmöglich ist, für den in Deutschland lebenden Ehegatten zumutbar, die familiäre Gemeinschaft im Heimatland des Ehepartners herzustellen. Denn auch eine gesellschaftliche Verwurzelung mache ein Verlassen des Bundesgebiets für einen Ausländer nicht per se unzumutbar.⁷²

Die Kritik an der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und die hierin zum Ausdruck kommende Annahme der verfassungsrechtlichen Bedenklichkeit eines grundsätzlichen Spracherfordernisses vor Anreise überzeugt

⁶⁷ BVerwG NVwZ 2010, 964. Das Bundesverwaltungsgericht sieht keinen Eingriff in das Abwehrrecht aus Art. 6 Abs. 1, 2 GG, da es keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet gebe (a.A. Brosius-Gersdorf, in: Dreier [Fn. 31], Art. 6 Rn. 69). Es misst das Spracherfordernis allein (im Anschluss an BVerfGE 76, 1) an der „wertentscheidenden Grundsatznorm“ des Art. 6 GG (BVerwG NVwZ 2010, 964 [1967 f.]) und entnimmt dieser die Notwendigkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung (die i.Ü. auch aus Art. 8 EMRK folgt), vgl. auch BVerwG NVwZ 2013, 515 (516 f.).

⁶⁸ Hillgruber, ZAR 2006, 304; Hailbronner, FamRZ 2008, 1583; Hufen, Staatsrecht II, 3. Aufl. 2011, § 16 Rn. 47.

⁶⁹ BT-Drs. 16/5065, S. 173 f. Insbesondere Minderjährige sollten davor bewahrt werden, nach einer möglichen Zwangsverheiratung in Deutschland in völliger Isolation ohne Kontakt zu dem sozialen Leben außerhalb eines bestimmten kulturellen Milieus leben zu müssen und dadurch der Willkür bestimmter Personen ausgeliefert zu sein.

⁷⁰ BVerwG NVwZ 2010, 964.

⁷¹ BVerwG NVwZ 2010, 964 (970 Rn. 43 f.); bestätigend BVerwG NVwZ 2013, 515 (517).

⁷² BVerwG NVwZ 2010, 964 (970 Rn. 45). Das Bundesverwaltungsgericht verweist zudem noch auf die Möglichkeiten des § 16 Abs. 5 AufenthG, kritisch hierzu Marx, ZAR 2011, 15 (16).

nicht.⁷³ Sie verkennt die Tragweite der grundrechtlichen Bindung des Gesetzgebers bei Ausgestaltung des Ehegattennachzugs und das konkrete Ziel in § 30 Abs. 1 Nr. 2 AufenthaltG. Die Vorschrift würde missverstanden, wenn mit ihr die Idee des vielversprechendsten Wegs zu einer nachhaltigen Erlangung von Sprachkompetenz und Integration verbunden wäre (im Sinne eines positiven Integrationsziels).⁷⁴ Die äußere Randbedingung einer deutschen Sprachumgebung wäre ansonsten einem Spracherwerb im Ausland offensichtlich vorzuziehen. Das Ziel des § 30 Abs. 1 Nr. 2 AufenthaltG ist vielmehr die Vermeidung einer besonders unerwünschten Situation, die nur zu Beginn des Aufenthalts im Bundesgebiet prekär ist: das Fehlen der Fähigkeit, sich selbst in völlig fremder Umgebung helfen zu können und die dadurch erhöhte Gefahr, über einen Zeitraum oder dauerhaft in ein Abhängigkeitsverhältnis zu geraten oder wegen eines Kulturschocks dauerhaft die soziale Integration zu meiden (das Ziel lässt sich präzise beschreiben als Vermeidung erhöhter Vulnerabilität bei Aufenthaltsbeginn⁷⁵). Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit und Geeignetheit des gewählten Mittels steht dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu.⁷⁶ Die Gefahr einer erhöhten Vulnerabilität in einem neuen Umgebungsumfeld kann dadurch reduziert werden, dass ein Mindestmaß an Sprachkompetenz bei Aufenthaltsbeginn besteht. Denn hierdurch ist zumindest die Möglichkeit wahrscheinlicher, eigene Anliegen gegenüber Dritten kommunizieren zu können. Mithin ist das Verlangen nach einer rudimentären Befähigung zur selbstverantwortlichen Wahrnehmung eigener Angelegenheiten bereits mit Aufenthaltsbeginn geeignet. Auch bestehen keine Bedenken hinsichtlich der Erforderlichkeit, da jeder Zeitraum nach Aufenthalt ohne Sprachkompetenz nicht gleichermaßen geeignet ist, die Situation besonderer Verletzlichkeit zu Beginn auszuschließen. Dies gilt unabhängig davon, dass Spracherwerb und Integration im Ergebnis nach Beginn des Aufenthalts regelmäßig effektiver verlaufen würden. Schließlich entstehen auch keine unbilligen Härten. Dies wäre nur der Fall wenn sich aus dem Recht auf ein eheliches Zusammenleben aus Art. 6 Abs. 1 GG die Unzumutbarkeit für den in Deutschland lebenden Ehegatten ableiten ließe, das eheliche Leben notfalls nicht im Bundesgebiet führen zu können. Dies ist jedoch grundsätzlich nicht

⁷³ Das Bundesverfassungsgericht hat durch einen Nichtannahmebeschluss die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Ausdruck gebracht, BVerfG (2. Kammer des 2. Senats) NVwZ 2011, 870; hierzu zustimmend *Hufen*, JuS 2011, 1140.

⁷⁴ In diesem Sinne aber anscheinend BVerfG (2. Kammer des 2. Senats) NVwZ 2011, 870 (871), wonach die Sprachfähigkeit einen „ersten Beitrag zur erwünschten Integration in Deutschland“ bilde.

⁷⁵ Man ist einer Situation ausgesetzt, in der man in gesteigertem Maße darauf angewiesen ist, dass Dritte einem „eine Brücke zur Außenwelt“ bauen.

⁷⁶ Kritisch dahingehend, dass im Normalfall von einer gut funktionierenden Förderung der Deutschkenntnisse durch den Ehegatten im Inland sowie die Integrationskurse auszugehen sei *Dienelt* (Fn. 60), § 30 Rn. 41.

der Fall, da einem im Bundesgebiet lebenden ausländischen Ehepartner grundsätzlich Anstrengungen zumutbar sind, die eheliche Einheit durch Besuche oder nötigenfalls zur Gänze im Ausland herzustellen.⁷⁷ Art. 6 Abs. 1 GG enthält keinen Anspruch ausländischer Ehegatten und Familienmitglieder auf Einreise und Aufenthalt zwecks Nachzug zu dem im Bundesgebiet lebenden ausländischen Angehörigen.⁷⁸ Dies gilt auch für den Fall der gesellschaftlichen Verwurzelung. Ein angemessener Ausgleich zwischen dem privaten Interesse am Ehegattennachzug und den öffentlichen Belangen kann daher bedeuten, dass sich das Interesse am Familiennachzug im Einzelfall dauerhaft nicht durchsetzt.

Im Ergebnis begründet das Spracherfordernis keine verfassungsrechtlich bedenkliche Beeinträchtigung des Art. 6 Abs. 1 GG.⁷⁹

Überdies kommt eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG wegen der Privilegierung bestimmter Gruppen in Betracht,

⁷⁷ BVerfG (2. Kammer des 2. Senats) NVwZ 2011, 870 (871); zustimmend *Hufen*, JuS 2011, 1140.

⁷⁸ Vgl. BVerfGE 76, 1 (47) mit Hinweis auf den „weiten Rahmen“ der Entscheidung der Legislative; dies ergibt sich schon aus systematischen Überlegungen im Hinblick auf die explizit in den Grundrechten enthaltene Aufenthaltsrechte (die nur in Art. 11 und 16a GG vorgesehen sind); dem BVerfG beipflichtend *Burgi*, in: BerlinerKom GG, 2002, Art. 6 Rn. 65; *Coester-Waltjen*, in: Münch/Kunig (Fn. 32), Art. 6 Rn. 45; a.A. *Brosius-Gersdorf* (Fn. 67), Art. 6 Rn. 69; *Richter*, AK-GG, 2001, Art. 6 Rn. 29; wohl differenzierend *Schmitt-Kammler/von Coelln*, in: Sachs (Fn. 32), Art. 6 Rn. 22 und *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 29. Aufl. 2013, Rn. 705, die einen Anspruch bei fehlender Möglichkeit oder Zumutbarkeit eines Zusammenlebens im Ausland annehmen. Mit der Formel von der „fehlenden Möglichkeit und Zumutbarkeit“ ist allerdings noch nichts darüber gesagt, was im Einzelfall wem zugemutet werden kann. *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* differenzieren für diese Frage nicht zwischen „rein“ ausländischen und teilweise deutschen Ehen.

⁷⁹ Eine andere Ansicht ist sehr gut vertretbar. Dabei dürfte insbesondere das Fehlen einer Härteklauseel bedenklich sein. In diesem Zusammenhang können zwei Zumutbarkeitsparameter voneinander getrennt werden, die erst bei einem kumulativen Zusammenwirken einen Härtefall darstellen. Auf der einen Seite die „Spracherwerbssituation“ der nachzugswilligen Ehegatten, auf der anderen Seite die „Inlandsabhängigkeitssituation“ des Ehegatten im Bundesgebiet. Zwar kann man in Fällen der fehlenden Möglichkeit zum Spracherwerb nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen Ausländer grundsätzlich darauf verweisen, die eheliche Gemeinschaft nötigenfalls im Ausland und nicht im Bundesgebiet herzustellen. Gegen die Zumutbarkeit dürften auch bei sozialer und wirtschaftlicher Verwurzelung keine grundsätzlichen Bedenken bestehen. Etwas anderes muss jedoch in Fällen gelten, in denen eine Rückkehr nicht nur unter Aufgabe der sozialen und gesellschaftlichen Verwurzelung, sondern nur unter Eingehung besonderer grundrechtlicher Gefährdungen (etwa aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 und 2 GG) möglich ist.

die von dem Spracherfordernis ausgenommen sind.⁸⁰ Namentlich die Ausnahmenvorschriften des § 30 Abs. 1 S. 2 sowie S. 3 Nr. 4 AufenthaltsgG (visumsrechtlich privilegierter Stammberechtigter) könnten eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung begründen. Dies wird in der Literatur mit der Idee einer verbotenen sozialen Selektion vertreten, da Ausnahmen von dem Spracherfordernis nur gegenüber besonders qualifizierten Personengruppen und gegenüber Ländern formuliert seien, mit denen die Bundesrepublik Deutschland enge wirtschaftliche Beziehungen unterhält.⁸¹ In Bezug auf einen privilegierten Zuzug bei besonderer Qualifikation für Hochqualifizierte, Forscher und Selbstständige (nach § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 AufenthaltsgG) spricht gegen verfassungsrechtliche Bedenken bereits der grundsätzliche migrationspolitische Spielraum der Differenzierung nach Qualifikationen sachlich zu rechtfertigen vermag.⁸² Schließlich bestehen auch keine Bedenken in Bezug auf § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 AufenthaltsgG, da die Vorschrift sich als konsequente Fortführung der visumsrechtlichen Privilegierung bestimmter Drittstaatsangehöriger darstellt, welche im außenpolitischen Ermessen der Bundesrepublik steht und es ihr erlaubt, nach Maßgabe politischer Opportunität zu differenzieren.⁸³ Im Ergebnis liegt daher keine verfassungsrechtlich unvereinbare Privilegierung bestimmter Personengruppen vor.

Das allgemeine Spracherfordernis für den Ehegattennachzug genügt im Ergebnis den verfassungsrechtlichen Anforderungen.⁸⁴

(bbb) Verfassungsrechtliche Unvereinbarkeit des Spracherfordernisses gegenüber Deutschen?

Zu diskutieren ist, ob sich für die Fälle des Ehegattennachzugs zu Deutschen eine andere verfassungsrechtliche Bewertung angezeigt ist. Dies könnte zum einen im Hinblick auf die

⁸⁰ Siehe zu der Frage einer nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verbotenen mittelbaren Diskriminierung BVerwG NVwZ 2010, 964 (971). Da nicht an der Herkunftssprache angeknüpft wird, dürfte der Hinweis von *Göbel-Zimmermann*, in: Huber (Fn. 58), § 30 Rn. 9 auf das in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG enthaltene spezielle Diskriminierungsverbot neben der Sache liegen.

⁸¹ Vgl. *Göbel-Zimmermann* (Fn. 80), § 30 Rn. 9; *Hoffmann* (Fn. 66), § 30 Rn. 33.

⁸² Die in § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AufenthaltsgG enthaltene Privilegierung ist wegen des ihr zu Grunde liegenden unionsrechtlichen Hintergrunds der Familiennachzugsrichtlinie gerechtfertigt, vgl. *Dienelt* (Fn. 60), § 30 Rn. 66.

⁸³ So auch BVerwG NVwZ 2010, 964 (972 Rn. 60); BVerwG NVwZ 2013, 515 (519).

⁸⁴ Die Entscheidung *Dogan* des EuGH (Urt. v. 10.7.2014 – C-138/13) hält das Spracherfordernis mangels Erforderlichkeit für unvereinbar mit der sog. „Stillhalteklausele“ des Assoziierungsabkommens mit der Türkei. Dies hat zur Folge, dass das Spracherfordernis in bestimmten Zusammenhängen aus unionsrechtlichen Gründen keine Anwendung findet. Inwieweit das Spracherfordernis vor diesem Hintergrund rechtspolitisch aufrechterhalten wird, bleibt abzuwarten.

Beurteilung des Art. 6 Abs. 1 GG der Fall sein, zum anderen im Hinblick auf eine verbotene sog. Inländerdiskriminierung.

Ein deutscher Staatsangehöriger darf grundsätzlich nicht darauf verwiesen werden, seine Ehe im Ausland zu führen.⁸⁵ Das Grundrecht des Art. 11 Abs. 1 GG gewährt das Recht zum Aufenthalt in Deutschland. Das private Interesse am Ehegattennachzug gewinnt hierdurch Gewicht. Das Bundesverwaltungsgericht hält daher die verfassungsrechtliche Beurteilung eines Ehegattennachzugs zu aufenthaltsberechtigten Ausländern für nur eingeschränkt übertragbar auf die Fälle eines Ehegattennachzugs zu Deutschen.⁸⁶ Nur bei Vorliegen eines gewichtigen öffentlichen Belangs könne einem deutschen Staatsangehörigen zugemutet werden, die eheliche Gemeinschaft räumlich vorübergehend gar nicht oder nur im Ausland führen zu müssen. Ein dauerhafter Verzicht auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft im Bundesgebiet sei in jedem Fall unangemessen und unzumutbar.⁸⁷ Daher dürfe die in § 28 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG vorgesehene „entsprechende“ Anwendung des § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG nicht dazu führen, dass das Spracherfordernis insoweit das zumutbare Ausmaß einer Beeinträchtigung überschreite. Soweit es dem ausländischen Ehegatten aus besonderen persönlichen Gründen oder wegen der besonderen Umstände in seinem Heimatland nicht möglich oder nicht zumutbar sei, die deutsche Sprache innerhalb angemessener Zeit zu erlernen, schlage die grundsätzlich verhältnismäßige Nachzugsvoraussetzung in ein unverhältnismäßiges dauerhaftes Nachzugshindernis um.⁸⁸ Diese Wertung überzeugt, weil andernfalls der Schutz aus Art. 11 GG einerseits und aus Art. 6 GG andererseits in einer verfassungsrechtlich nicht tragbaren Weise gegeneinander ausgespielt wird. Der Einzelne müsste sich zwischen seinem Aufenthalt im Bundesgebiet und der räumlichen Herstellung der ehelichen Gemeinschaft im Ausland entscheiden. Da § 28 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG nur die „entsprechende“ Anwendung bestimmt, ist eine verfassungskonforme Anwendung des Spracherfordernisses nach Maßgabe der Zumutbarkeit eines Erwerbs im Herkunftsland für Deutsche zwingend.⁸⁹

Der Sprachnachweis könnte zudem den Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG durch eine verbotene Inländerdiskriminierung⁹⁰ verletzen, da er nicht verlangt wird von Ehegatten

⁸⁵ Vgl. *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 32), Art. 6 Rn. 119; *Burgi* (Fn. 78), Art. 6 Rn. 65.

⁸⁶ BVerwG NVwZ 2013, 515 (517).

⁸⁷ BVerwG NVwZ 2013, 515 (518) unter Betonung, dass Nachzugshindernisse von eng begrenzter Zeitdauer auch beim Ehegattennachzug zu deutschen Staatsangehörigen nicht von vornherein verfassungswidrig sind.

⁸⁸ Vgl. zu den Kriterien der Zumutbarkeit BVerwG NVwZ 2013, 515 (518).

⁸⁹ Zustimmend *Dienelt* (Fn. 60), § 28 Rn. 10 ff.

⁹⁰ Vgl. allgemein *Riese/Noll*, NVwZ 2007, 516. Unionsrechtlich dürfte bei einem reinen Inlandssachverhalt ohne grenzüberschreitenden Bezug, in dem der Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht eröffnet ist, einer Inländerdiskriminierung nichts entgegenstehen, vgl. auch *Heun*, in: Dreier (Fn. 31), Art. 3 Rn. 11, siehe zur jüngeren Rechtsprechung des EuGH

von sich in Deutschland befindenden Unionsbürgern⁹¹. Teile der Literatur bezweifeln vor diesem Hintergrund die Vereinbarkeit einer mit dem Spracherfordernis einhergehenden Inländerdiskriminierung mit Art. 3 Abs. 1 GG.⁹² Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist es demgegenüber im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG unbedenklich, wenn der nationale Gesetzgeber Regelungen des Unionsrechts nicht auf Familienangehörige von inländischen Unionsbürgern überträgt, die unionsrechtlich nicht privilegiert sind.⁹³ Es bestehe hier eine sachliche Rechtfertigung des Nebeneinanders von (umgesetzten) Unionsrecht und rein nationalem Recht, weil eine Übertragung auf inländische Sachverhalte nicht geboten sei.⁹⁴ Im Ergebnis ist mit dem Bundesverwaltungsgericht die Diskriminierung von Inländern durch das Spracherfordernis gerechtfertigt. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob der Gleichheitsgrundsatz den Normgeber auch in dem Verhältnis zu dem von der Union verantworteten Recht bindet.⁹⁵ Die sachliche Rechtfertigung ergibt sich aus dem auch beim Zuzug von Deutschen bestehendem Ziel der Vermeidung erhöhter Vulnerabilität bei Aufenthaltsbeginn.⁹⁶

Berlit, NVwZ 2013, 327 f.); eindeutig VGH Kassel, Beschl. v. 7.7.2011 = BeckRS 2011, 52990.

⁹¹ Familienangehörige von Unionsbürgern erhalten ihren Aufenthaltsstatus allein aufgrund der familiären Beziehung zu einem freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger nach § 3 Abs. 1 FreizügigkeitsG. Den Gedanken der Inländerdiskriminierung greift gegenüber Nichtunionsbürgern auch *Dienelt* (Fn. 60), § 28 Rn. 85 in Bezug auf § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 AufenthG auf; dagegen wie oben BVerwG NVwZ 2013, 515 (519).

⁹² *Kingreen*, ZAR 2007, 13 (19 f.); *Gutmann*, ZAR 2010, 90 (92); *Göbel-Zimmermann* (Fn. 80), § 28 Rn. 5; *Oberhäuser*, in: Hofmann/Hoffmann (Fn. 66), § 28 Rn. 1 f.; zweifelnd auch *ders.*, NVwZ 2012, 25.

⁹³ BVerwG NVwZ 2013, 515 (519).

⁹⁴ Dies hat das Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang in den Fällen der Aufenthaltserlaubnis bei sog. „Dänemärken“ klargestellt, BVerwG NVwZ 2011, 495 (497 Rn. 15).

⁹⁵ Vgl. hierzu BVerfGE 116, 135 (159); vgl. hierzu auch v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 47), Art. 18 Rn. 49 ff.; eingehend *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, S. 426 ff.; m.w.N. *Heun* (Fn. 90), Art. 3 Rn. 11.

⁹⁶ Insoweit könnte man noch darauf eingehen, dass die Gefahr eines anhaltenden Abhängigkeitsverhältnisses bei einem Zuzug zu Deutschen strukturell geringer ist, weil diese eher in der Gesellschaft verwurzelt sind (und mit dem Ehegatten deutsch sprechen). Dies ändert aber nichts an der bei Aufenthaltsbeginn drohenden Situation, sich in fremder Umgebung nicht selbst helfen zu können. Es macht keinen Unterschied, ob die Brücke zur Außenwelt ein deutscher oder ausländischer Ehepartner ist. In beiden Fällen ist man auf den guten Willen angewiesen.

(ccc) Ergebnis Folgen für I

I verfügt bislang trotz eines intensiven und längeren Bemühens um den Spracherwerb über keine Deutschkenntnisse. Ihr und A ist ein Sprachlern-Aufenthalt in der weit entfernten Stadt finanziell nicht möglich. Die Erfolgsaussichten des Antrags der I dürften daher entscheidend davon abhängen, ob es sich bei ihrem Ehegattennachzug um einen Nachzug zu einem Deutschen (§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG) oder zu einem Ausländer handelt (§ 30 AufenthG). Denn nur bei einem Zuzug zu einem deutschen Ehegatten erfolgt eine Zumutbarkeitsprüfung im Hinblick auf die Umstände eines Spracherwerbs. Dies ergibt sich zwar nicht aus der einfachgesetzlichen Ausgestaltung, wohl aber aus einer verfassungskonformen Konkretisierung des Spracherfordernisses. Nur unter der Voraussetzung, dass A noch deutscher Staatsangehöriger ist, könnte I auch ohne rudimentäre Sprachfertigkeiten vor ihrem Aufenthalt mit A in Deutschland zusammen leben.

(cc) Abwägung Verhältnismäßigkeit

Die Abwägung verlangt das Gegenüberstellen des öffentlichen Interesses an einer Rücknahme gegenüber dem privaten Interesse des A an dem Fortbestand der Einbürgerung. In Bezug auf das private Interesse ist zu berücksichtigen, dass A keine Beendigung seines Aufenthalts in der Bundesrepublik befürchten muss. Allerdings können A und I nach der Rücknahme der Einbürgerung nicht mehr in gleicher Weise erwarten, ihre Ehe gemeinsam im Bundesgebiet in Deutschland führen zu können, da eine verfassungskonforme Einschränkung des Spracherfordernisses nur gegenüber Deutschen in Betracht kommt und I im Übrigen bislang keine Möglichkeit hat, Grundkenntnisse der deutschen Sprache zu erlangen. Diese mittelbare Folge dürfte jedoch im Ergebnis nicht zur Unverhältnismäßigkeit der Rücknahme der Einbürgerung führen. Denn für eine Rücknahme sprechen weiterhin gewichtige Belange, insbesondere die Gesetzmäßigkeit der Verwahrung auf dem sensiblen statusbegründenden Gebiet des Staatsangehörigkeitsrechts. In Fällen, in denen die Rechtswidrigkeit auf einer arglistigen Täuschung beruht, genießt der von der Rücknahme Betroffene auch gegenüber mittelbaren Folgen grundsätzlich kein schutzwürdiges Vertrauen. Die Behörde ist auf klare Entscheidungsgrundlagen angewiesen. Dass es durch die Anwendbarkeit des Spracherfordernisses zu einem dauerhaften Nachzugshindernis gegenüber A und I kommen könnte, ist im Ergebnis nicht belastender als in sonstigen Fällen eines Ehegattennachzugs zu Ausländern, welche ebenfalls dieses verfassungsrechtlich unbedenkliche Ergebnis schultern müssen. Insoweit dürfte dieser Gesichtspunkt nicht zur Unverhältnismäßigkeit der Rücknahme führen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass kein allzu langer Zeitraum zwischen Rücknahmeentscheidung am 19.12.2013 und der Aushändigung der Staatsbürgerschaftsurkunde am 5.8.2013 bestand. Auch ist die Einräumung einer Frist zur Wiedererlangung seiner Staatsangehörigkeit zu Z bei der Rücknahme nicht aus Verhältnismäßigkeitsgründen angezeigt, weil A sich um eine Wiedererlangung noch nicht be-

müht hat.⁹⁷ Schließlich macht auch die Einstellung der Ermittlungen die Rücknahmeentscheidung nicht unverhältnismäßig. Die Rücknahme ist nämlich nicht auf den Vorwurf gestützt, dass A eine Straftat begangen habe, sondern allein darauf, dass er bewusst unrichtige Angaben machte und sich auf diese Weise die Einbürgerung „erschlichen“ hat.

(4) Verstoß gegen die Unschuldsvermutung

Die Voraussetzung für die Rücknahme aufgrund vorsätzlich unrichtiger Angaben stellt sich auch nicht als Verstoß gegen die Unschuldsvermutung (diese folgt u.a. aus Art. 6 Abs. 2 EMRK und dem Rechtsstaatprinzip) dar, wird diese von der Entscheidung doch gar nicht berührt. Denn die Rücknahme der Einbürgerung stützt sich nicht auf den Vorwurf, A habe eine Straftat begangen, sondern dass A die Einbürgerung durch unrichtige Angaben erschlichen hat.⁹⁸

cc) Ermessensfehlgebrauch

Vorliegend könnte es zu einem Ermessensfehlgebrauch durch ein sog. Ermessensdefizit gekommen sein. Von einem Ermessensdefizit wird immer dann gesprochen, wenn die Behörde nicht alle nach Lage des Falles betroffenen Belange in ihre Ermessensentscheidung einstellt. Hierzu gehört auch, dass der wesentliche Sachverhalt, den sie bei ihrer Entscheidung zugrunde legt, vollständig und zutreffend ermittelt wurde.⁹⁹

Zu erörtern ist, ob die Behörde ihrer Ermessensentscheidung über die Rücknahme der Einbürgerung unzutreffende Annahmen zugrunde gelegt hat. Die Behörde hat im Zusammenhang mit der Berücksichtigung der Staatenlosigkeit des A im Rahmen ihres Nachschiebens von Ermessenserwägungen im gerichtlichen Verfahren die Annahme zum Ausdruck gebracht, dass I aufgrund der Staatenlosigkeit von A nicht schlechter stehe als ohne dessen „betrügerisches“ Vorgehen. Diese Beurteilung beruht auf einem Vergleich zwischen der hypothetischen Lage von I, wenn A die Einbürgerung nicht oder nicht unter falschen Angaben beantragt hätte und der tatsächlichen Sachlage nach Rücknahme der Einbürgerung. Dabei lässt sich feststellen, dass I ohne das betrügerische Verhalten in jedem Fall besser stehen würde als nach der mit der Rücknahme einhergehenden Staatenlosigkeit. Denn soweit es nicht zu einer Einbürgerung des A gekommen wäre,¹⁰⁰ hätte A immer noch über den Status eines Unionsbür-

gers verfügt. Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 2 Nr. 1 FreizügigkeitsG hätte in diesem Fall ein Recht auf Nachzug vorgesehen, das von keinerlei Sprachvoraussetzungen abhängig ist. Mit dem Verlust der Unionsbürgerschaft ist dieses Recht ebenfalls verloren. Im Ergebnis steht I in Bezug auf ihre Möglichkeit, mit A gemeinsam in Deutschland zu leben, schlechter dar.

Problematisch ist jedoch, ob diese unrichtige Würdigung der Rechtslage als Bestandteil des von der Behörde zugrunde gelegten Sachverhalts einen wesentlichen Belang der Ermessensentscheidung betrifft. Der Begriff der Wesentlichkeit bleibt in diesem Zusammenhang in der Rechtsprechung konturenarm. Nicht entscheidend ist, ob die Verwaltung zu dem gleichen Ergebnis auf Grundlage eines richtigen Sachverhalts hätte kommen können.¹⁰¹ Um einen wesentlichen Aspekt dürfte es sich immer dann handeln, wenn ein Gesichtspunkt betroffen ist, der sich ohne nähere Sachkenntnis als für die Entscheidung erheblich aufdrängt.¹⁰²

Zwar stellen grundsätzlich Folgen für nahe Angehörige einen erheblichen Gesichtspunkt dar, der eine zutreffende Ermittlung der Grundlagen seitens der Behörde verlangt.¹⁰³ Allerdings dürfte dies nur hinsichtlich solcher Folgen gelten, die unmittelbar und offenkundig auf die tatsächliche Situation des Angehörigen einwirken. Denn wenn jede auch noch so mittelbare Folge für Angehörige (oder potentielle Angehörige) als notwendig zu berücksichtigender wesentlicher Belang der Ermessensentscheidung anzusehen wäre, müsste die Behörde für ihre Entscheidung auch sämtliche Absichten und Motivlagen des Antragstellers für seine Zukunft kennen und einbeziehen. Eine derartige Einbeziehung zukünftiger Entwicklungen als wesentliche (und damit notwendig zu berücksichtigende) Ermessensbelange wäre indes ausufernd, könnten diese doch von mehr oder minder konkreten Heiratsabsichten bis hin zum Willen zu einer künftigen Vaterschafts- anerkennung reichen. Daher sollten grundsätzlich (aber auch im Hinblick auf aufenthaltsrechtliche) nur solche Folgen als wesentliche Belange für die Ermessensentscheidung angesehen werden, die direkt auf eine rechtlich etablierte Situation des Angehörigen einwirken.

Der hier in Rede stehende Zusammenhang betrifft die bloße Verschlechterung von Erfolgsaussichten eines Antrags auf Ehegattennachzug im Verhältnis zu einer Situation ohne den fehlerhaften Einbürgerungsantrag. Auf die tatsächlich bestehende Aufenthaltssituation von I wird nicht eingewirkt. Dass A vorher Unionsbürger mit der Möglichkeit eines privilegierten Ehegattennachzugs war, ist insoweit nicht entschei-

heitsstrafe von 6 Monaten strafbewehrt ist) eine Außerberachtung nach § 12a Abs. 1 und 2 StAG nicht möglich gewesen sein.

¹⁰¹ Rennert (Fn. 99), § 114 Rn. 25.

¹⁰² Wolff (Fn. 14), § 114 Rn. 190. Siehe in der Rechtsprechung bspw. BVerwGE 61, 105 (111 f., betrifft die Nichtberücksichtigung des privaten Interesses des Ausländers an der Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis); vgl. in Bezug auf Folgen einer Ausweisung auch BVerwG NJW 1988, 660 (661).

¹⁰³ Vgl. BVerwG NVwZ 2011, 760 (763).

⁹⁷ Vgl. zu diesem Punkt auch BVerwG NVwZ 2011, 760 (762).

⁹⁸ Vgl. auch BVerwG NVwZ 2011, 760 (761).

⁹⁹ Wolff (Fn. 14), § 114 Rn. 189; vgl. auch BVerfGE 51, 386 (399 f.); Rennert, in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 114 Rn. 24 f.; Redeker, in: Redeker/von Oertzen, 15. Aufl. 2010, § 114 Rn. 10; W. R. Schenke (Fn. 1), Rn. 744.

¹⁰⁰ Bei Kenntnis von dem Ermittlungsverfahren hätte die Behörde das Einbürgerungsverfahren wohl bis zum Abschluss (rechtskräftiges Urteil nach Anklage oder Einstellung) aussetzen müssen. Aufgrund des massiven Vorwurfs gegenüber A dürfte (gewerbsmäßiger Betrug, welcher in Deutschland nach § 263 Abs. 3 StGB mit einer Mindestfrei-

dend. Denn es drängt sich nicht auf, dass dieser Unterschied sich als erheblicher Belang für die Rücknahmeentscheidung darstellt. Die Behörde hat den wesentlichen Belang der Staatenlosigkeit als Folge der Rücknahmeentscheidung berücksichtigt. Der Belang umschließt die konkrete Realisierung von jedenfalls typischen und allgemeinen Konsequenzen, die mit dem Verlust der Unionsbürgerschaft einhergehen. Hierzu zählt auch der Verlust von vormals möglichen günstigen Rechtsfolgen für Dritte in der Zukunft. Folglich betrifft der fehlerhaft zugrunde gelegte Aspekt keinen wesentlichen Belang der Ermessensentscheidung.¹⁰⁴

3. Zwischenergebnis

Da im Ergebnis kein Ermessensfehler vorliegt und die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Handeln der Behörde vorlagen, ist die Rücknahmeverfügung materiell rechtmäßig.

IV. Ergebnis Begründetheit

Die Rücknahmeentscheidung der Behörde ist formell und materiell rechtmäßig. Daher ist die Klage unbegründet.

C. Gesamtergebnis

Die Klage ist zwar zulässig, hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

¹⁰⁴ Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Begründung gut vertretbar. Hierzu könnte man insbesondere anführen, dass die Behörde selbst ausdrücklich die Situation der Ehefrau und deren Möglichkeit zum Ehegattennachzug thematisiert und dass die Erwartung des Ehegattennachzugs der I schon hinreichend konkret ist, weil sie bereits einen Antrag gestellt hat.

Übungsfall: Gemeindliche- und/oder Staatshaftung beim unwirksamen Bebauungsplan

Von Akad. Rat a.Z. **Jan Singbartl**, München

Vorliegende Klausur richtet sich an Examenskandidaten, die nochmals das Recht der öffentlichen Erstattungsansprüche anhand einer aktuellen Entscheidung des Bundesgerichtshofs wiederholen möchten. Im Baugenehmigungsverfahren obliegen der Gemeinde bei der Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 BauGB keine den Bauwilligen schützenden Amtspflichten, wenn die Baugenehmigungsbehörde gem. § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB das rechtswidrige verweigerte Einvernehmen ersetzen kann. Folgefrage ist, ob nun Amtshaftungsansprüche und/oder Ansprüche aus Aufopferungsgewohnheitsrecht gegen die Gemeinde und/oder den Staat bestehen. Diese Ansprüche stehen im Zentrum dieser Klausur.

Sachverhalt

Lisa Müller ist Eigentümerin der im Gebiet der oberbayerischen Gemeinde Zeidelhaching gelegenen Grundstücke Flur-Nr. 102 und 102/1. Am 30.3.2009 bzw. am 15.5.2009 beantragte Müller die Erteilung von Vorbescheiden für den Neubau von zwei bzw. vier Mehrfamilienhäusern auf den genannten Grundstücken. Für den Bereich dieser Grundstücke bestand seinerzeit der am 6.6.2003 bekannt gemachte „einfache Bebauungsplan Kokosfeld zur Steuerung des Maßes der Nutzung bei Wohngebäuden oder bei Umnutzung vorhandener Bausubstanz zu Wohnzwecken im unbeplanten Ortsbereich“.

Da die anvisierten Bauvorhaben von Müller diesem Bebauungsplan widersprachen, verweigerte die Gemeinde Zeidelhaching am 12.4.2009 bzw. 29.5.2009 ihr Einvernehmen zu den beiden Vorbescheidsanträgen, nachdem der Bauausschuss von Zeidelhaching entsprechende Beschlüsse gefasst hatte. Daraufhin lehnte das Landratsamt Lechfeld mit Bescheiden vom 24.5.2009 bzw. 22.8.2009 die Vorbescheidsanträge ab.

Die daraufhin erhobenen Verpflichtungsklagen wies das Verwaltungsgericht München mit Urteilen vom 3.5.2010 ab. Müller stellte im Anschluss form- und fristgerecht Anträge auf Zulassung der Berufung.

Im Laufe des Berufungsverfahrens erließ die Gemeinde Zeidelhaching für den Bereich, in dem sich die Grundstücke von Müller befinden, am 12.8.2011 eine Veränderungssperre zur Sicherung des Verfahrens zur Aufstellung eines qualifizierten Bebauungsplans. Dieser Bebauungsplan wurde am 24.3.2012 beschlossen und am 26.3.2012 ordnungsgemäß bekanntgemacht. Er lässt eine Bebauung der Grundstücke von Müller, wie sie mit den Anträgen vom 30.3.2009 und 15.5.2009 angestrebt worden waren, nicht zu.

Mit Urteil vom 30.7.2012 hob der Bayerische Verwaltungsgerichtshof die Bescheide des Landratsamtes Lechfeld sowie das Urteil des Verwaltungsgerichts München teilweise auf und stellte fest, dass der Freistaat Bayern – wegen Unwirksamkeit des einfachen Bebauungsplans in den für die Beurteilung der Vorhaben bedeutsamen Punkten – verpflichtet gewesen sei, Müller vor dem Inkrafttreten der am

12.8.2011 beschlossenen Veränderungssperre den Vorbescheid für zwei Mehrfamilienhäuser zu erteilen.

Müller ist der Ansicht, dass zumindest in diesem Umfang, also die beiden Mehrfamilienhäuser betreffend, die von ihr beantragten Bauvorbescheide, wenn die Gemeinde nicht ihr Einvernehmen verweigert hätte, erlassen worden wären. Im Falle der Erteilung hätte sie die entsprechenden Grundstücke im dritten Quartal des Jahres 2009 mit hohem Gewinn an die Wolkenstein Wohn- und Gewerbebau GmbH veräußern können. Nach geänderter Bauleitplanung der Gemeinde Zeidelhaching seien die Grundstücke für diese aber nicht mehr von Interesse.

Ihr, Müller, sei durch die von der Gemeinde verweigerte Erteilung des Einvernehmens somit ein Schaden von insgesamt 811.574,35 € entstanden. Die Gemeinde habe durch die rechtswidrige Verweigerung ihres Einvernehmens fahrlässig Amtspflichten verletzt und sei deshalb zum Schadensersatz bzw. zur Entschädigung verpflichtet. Da die Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens für das Landratsamt Lechfeld bindend gewesen sei, sei auch die Gemeinde und nicht der Freistaat Bayern zum Schadensersatz verpflichtet. Denn das Landratsamt als Bauaufsichtsbehörde sei nicht dazu berechtigt gewesen, sich über die Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens und den damaligen einfachen Bebauungsplan der Gemeinde einfach so hinwegzusetzen. Die Gemeinde Zeidelhaching habe durchaus erkennen können und müssen, dass die Vorschriften des damaligen einfachen Bebauungsplanes, auf deren Basis das Einvernehmen verweigert wurde, rechtswidrig und damit unwirksam seien.

Die Gemeinde Zeidelhaching bestreitet jegliche Haftung ihrerseits, denn schließlich sei das Landratsamt Lechfeld „nach den gesetzlichen Vorschriften sehr wohl dazu berechtigt und sogar verpflichtet gewesen, das fehlende Einvernehmen zu ersetzen“. Damit sei der Versagung des Einvernehmens durch die Gemeinde „keine ausschlaggebende Bedeutung zugekommen“, weswegen letztlich seitens der Gemeinde auch keine – ihr gegenüber Müller – obliegenden Amtspflichten verletzt worden seien.

Zudem habe die Gemeinde auch nicht schuldhaft gehandelt. Denn die Versagung des Einvernehmens wurde auf den einfachen Bebauungsplan gestützt. Dessen Rechtswidrigkeit habe die Gemeinde nicht erkennen können. Die Rechtswidrigkeit sei vielmehr erst vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof festgestellt worden. Auch das mit drei Berufsrichtern besetzte Verwaltungsgericht München habe zuvor nicht erkannt, dass der einfache Bebauungsplan rechtswidrig sei.

Im Übrigen hätte Müller gegen den Bebauungsplan im Wege eines Normenkontrollverfahrens vorgehen können und müssen. Da Müller dies unterlassen habe, sei sie kraft Gesetzes mit ihrem geltend gemachten Anspruch gänzlich ausgeschlossen.

Demgegenüber macht Müller geltend, dass dem Landratsamt Lachfeld auch als Bauaufsichtsbehörde „keine inzidente Normverwerfungskompetenz“ zustehe. Deshalb habe

das Landratsamt das gemeindliche Einvernehmen nicht ersetzen können. Folglich sei der Versagung des Einvernehmens durch die Gemeinde Zeidelhaching in hiesigem Falle selbstverständlich ausschlaggebende Bedeutung zugekommen. Auch stelle die Aufstellung eines rechtswidrigen Bebauungsplans stets eine schuldhaft Handlung dar. Dementsprechend geschehe es genauso rechtswidrig und schuldhaft, die Einvernehmensverweigerung auf eben einen solchen Plan zu stützen. Unabhängig davon komme es für Entschädigungsansprüche auf ein Verschulden gar nicht an. Zu guter Letzt sei ein Normenkontrollverfahren für sie gar nicht mehr in Betracht gekommen, da zum fraglichen Zeitpunkt die hierfür geltende gesetzliche Frist bereits abgelaufen gewesen sei.

Die Gemeinde Zeidelhaching beharrt demgegenüber auf ihrer Ansicht, dass die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der zufolge eine Gemeinde bei Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens wegen der Ersetzungsmöglichkeit durch die Baugenehmigungsbehörde keine Haftung träge, auch in hiesigem Falle anwendbar sei, „da das Landratsamt mit seinen zahlreichen Baujuristen die Rechtswidrigkeit des Bebauungsplans doch hätte erkennen und dann auch entsprechend hätte handeln müssen“.

Bearbeitervermerk

In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, ist zu erörtern, ob die Gemeinde Zeidelhaching oder der Freistaat Bayern oder gegebenenfalls auch beide nebeneinander aus irgendeinem Rechtsgrund der Eigentümerin Lisa Müller für deren Schaden haften.

Es ist davon auszugehen, dass die von den Beteiligten in tatsächlicher Hinsicht gemachten Äußerungen richtig sind.

Lösung

Teil I: Haftungsansprüche gegen die Gemeinde Zeidelhaching

Für Lisa Müller kommen gegen die Gemeinde Zeidelhaching, die durch Verweigerung des Einvernehmens an der Entstehung des Schadens in Höhe von 811.574,35 € beteiligt war, Ansprüche auf Ersatz dieses Schadens aus dem Recht der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen¹ in Betracht und dabei vornehmlich aus Amtshaftung gemäß Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB (Schadensersatz) sowie Aufopferungsgewohnheitsrecht (Entschädigung). Ein (ebenfalls auf Schadensersatz gerichteter) Anspruch wegen „schuldhafter Pflichtverletzung im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses“ nach § 280 Abs. 1 BGB analog scheidet hingegen mangels einer solchen Sonderverbindung aus.²

¹ *Sodan/Ziekow*, Grundkurs ÖR, 6. Aufl., § 85; *Maurer*, Allg. VerwR, 18. Aufl., § 25 Rn. 2, 9 f., § 26 Rn. 1-6, § 27 Rn. 3 ff.

² BGH NVwZ 2013, 167 = BayVBl. 2013, 219; BGHZ 187, 51 = NVwZ 2011, 249 = BayVBl. 2011, 220 = *Ehlers*, JK 5/11, BauGB § 36 I/14 = BeckRS 2010, 24134; VGH Mannheim NJW 2003, 1066 (1067, Abwasserproben); *Bamberger*, JURA 2002, 35; *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, Rn. 233-235; *Detterbeck*, Allg. VerwR, 12. Aufl.,

A. Schadensersatz aus Amtshaftung, Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB

Damit ein Anspruch aus Schadensersatz gem. Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB gegeben ist, müsste die Gemeinde Z mit der bezüglich der beiden Vorbescheidsanträge erfolgten Verweigerung ihres Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB eine ihr gegenüber der Antragstellerin E obliegende Amtspflicht schuldhaft verletzt haben.

I. Amtswalter

Es kommt darauf an, dass auf Seiten der Gemeinde Z „jemand“, d.h. ein haftungsrechtlicher Beamter, gehandelt hat. Ob dieser „jemand“ auch Beamter im statusrechtlichen Sinne ist, d.h. in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis steht (vgl. §§ 3 Abs. 1, 8 BeamStG; §§ 4, 5 und 10 BBG) oder nicht, spielt für die Amtshaftung keine Rolle.³ Der Staat haftet demnach auch für Personen, die in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen, wie eben die Mitglieder des Gemeinderats oder des Bauausschusses.⁴

Auch die Mitglieder des hiesigen Bauausschusses der Gemeinde Z sind haftungsrechtliche Beamte.

II. Ausübung eines öffentlichen Amtes

Eine Amtshaftung setzt als Sonderrecht der öffentlichen Gewalt weiter voraus, dass der Amtswalter bei seinem Pflichtenverstoß öffentlich-rechtlich tätig geworden ist⁵.

1. Stellt dabei – so wie hier – das schädigende Ereignis eine Rechtshandlung dar, bietet die gewählte – öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche – Rechtsform der Handlung einen wichtigen Anknüpfungspunkt zur Beurteilung, ob eine Amtsausübung in den privatrechtlichen oder hoheitlichen Wirkungskreis der öffentlichen Hand fällt und damit „Ausübung eines öffentlichen Amtes“ ist oder nicht.⁶ Erfolgt also die Schädigung durch ein Verhalten, das in eine typisch öffentlich-rechtliche Handlungsform gekleidet ist⁷, ist das Tat-

Rn. 1267. Symptomatisch für diesen Befund, wenn der BGH weder in seiner ersten Entscheidung zur Haftung wegen Verweigerung des Einvernehmens (BGH BeckRS 2010, 24134) noch in seiner Folgeentscheidung auf § 280 Abs. 1 BGB analog eingeht (BGH NVwZ 2013, 167 = BayVBl. 2013, 219).

³ BGH NJW 2005, 286 (Privatlabor – „BSE-Schnelltests“) = *Ehlers*, JK 3/06, GG Art. 34/20; BGH BayVBl. 2002, 124 (Bürgermeister); *Wöstmann*, in: Staudinger, BGB, 15. Aufl. 2012, § 839 Rn. 37 ff.; *Petersen*, JURA 2006, 411; *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 2), Rn.101 ff.

⁴ BGH NJW 1990, 1038 (Ausweisung eines kontaminierten Geländes als Baugebiet); *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 2), Rn. 101.

⁵ BGH BayVBl. 2003, 183 = *Schoch*, JK 3/02, GG Art. 34/24 (Mobbing); ferner vertiefend *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 79.

⁶ Allgemeine Ansicht – BGH BayVBl. 2001, 29; *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 80 ff., 82; *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 2), Rn. 110 ff.

⁷ Paradebeispiel: Verwaltungsakt.

bestandsmerkmal „Ausübung eines öffentlichen Amtes“ unproblematisch erfüllt.⁸

2. Die Versagung des Einvernehmens durch den Bauausschuss der Gemeinde Z (vgl. Art. 29, 30 Abs. 2 GO⁹) stellt eine öffentlich-rechtliche Willenserklärung dar.¹⁰ Wegen der öffentlich-rechtlichen Rechtsform der hiesigen Einvernehmensverweigerung ist diese Erklärung der Gemeinde also öffentlich-rechtlicher Natur.

In concreto handelte damit die Gemeinde Z bei ihrer Einvernehmensverweigerung in Ausübung eines öffentlichen Amtes.

III. Enger äußerer und innerer Zusammenhang („in Ausübung“)

Ein Amtswalter handelt dann „in“ Ausübung eines öffentlichen Amtes, wenn zwischen der hoheitlichen Zielsetzung und seinem Fehlverhalten ein so enger äußerer und innerer Zusammenhang besteht, dass die schädigende Handlung als dem hoheitlichen Aufgabenbereich zugehörig anzusehen ist. Das Verhalten muss in einer solchen Beziehung zu der unmittelbaren Verwirklichung des hoheitlichen Zieles stehen, dass es mit diesem einen einheitlichen Lebensvorgang bildet. Ähnlich wie bei § 278 BGB ist zu prüfen, ob die Pflichtverletzung „nur bei Gelegenheit“ erfolgt ist.¹¹

Die zuständigen Organwalter der Gemeinde Z waren im Zusammenhang mit ihrer Einvernehmensverweigerung ganz offensichtlich „in“ Ausübung der ihnen anvertrauten Aufgabe, nämlich der Betätigung der Planungshoheit (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG) tätig.¹²

IV. Drittbezogene Amtspflichtverletzung

Im Bereich der Eingriffsverwaltung gehört es zu den Amtspflichten eines jeden Beamten, in die Rechte der Bürger nicht rechtswidrig einzugreifen. Im Rahmen der Leistungsverwaltung ist die Erfüllung von Rechtsansprüchen des Bürgers (einschließlich des Rechts auf fehlerfreien Ermessensgebrauch) eine Amtspflicht. Überhaupt gehört zu den Amts-

pflichten eine ordnungsgemäße Sachbehandlung.¹³ Man kann deswegen von einer Amtspflicht zu „rechtmäßigem Verhalten“ sprechen. Sie verlangt, dass der Amtswalter die Aufgaben und Befugnisse des Hoheitsträgers, in dessen Namen und Funktionskreis er tätig wird, im Einklang mit Recht und Gesetz wahrnimmt und unterwirft ihn den daraus resultierenden Rechtsbindungen.¹⁴

1. Amtspflichtverletzung

Die Gemeinde darf nach der – über Art. 71 S. 4 BayBO¹⁵ i.V.m. Art. 64 Abs. 1 S. 1,¹⁶ 68 Abs. 1 BayBO¹⁷ zur Anwendung kommenden¹⁸ und – abschließenden Vorschrift des § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB ihr Einvernehmen nur aus bauplanungsrechtlichen, also den sich aus §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB ergebenden Gründen versagen. Liegen solche Versagensgründe nicht vor, ist sie zur Erteilung des Einvernehmens verpflichtet.¹⁹

a) In hiesigem Fall ging es mit Blick auf den Bebauungsplan Kokosfeld zwar um ein Verfahren nach § 30 BauGB. Handelt es sich aber – so wie hier – nur um einen einfachen Bebauungsplan gemäß § 30 Abs. 3 BauGB, dann bemisst sich die Zulässigkeit des Vorhabens in wesentlichen Punkten („im Übrigen“) nach § 34 bzw. § 35 BauGB. Auf diese Weise

¹³ BGH NJW 2007, 830 = *Schoch*, JK 7/07, GG Art. 34/31 (verzögerte Bearbeitung); BGH NVwZ 2006, 245 (246); *Palandt*, BGB, 73. Aufl., § 839 Rn. 31-46; BayObLG NVwZ-RR 1992, 534; BGH NVwZ 1991, 298; LG Düsseldorf NJW 1992, 699.

¹⁴ BVerfG NJW 2006, 1580 m.w.N. = JuS 2006, 736; OLG München NJW 2007, 1005 f.; BGH NVwZ 2006, 1207 = *Schoch*, JK 4/07, AllgVwR öff.-rechtl. c.i.c./1; *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 120 ff.; *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 2), Rn. 116 ff.

¹⁵ § 71 BauO NRW; § 57 LBO BW; § 63 HBauO; § 66 BauO SH; § 73 NBO; § 59 BbgBO; § 75 SächsBO; § 74 BauO LSA; § 73 ThürBO; § 72 LBauO Rh.-Pf.; § 75 BremLBO; § 76 LBO SL; § 75 LBauO MV; § 74 BauO Bln.

¹⁶ Nach § 63 Abs. 1 LBO Rh.-Pf. bzw. § 64 Abs. 1 BO SH ist der Antrag ebenfalls bei der Gemeinde einzureichen. In den sonstigen Bundesländern wird der Antrag bei der unteren Bauaufsichtsbehörde eingereicht: § 53 Abs. 1 S. 2 LBO BW; § 69 Abs. 1 BerBO; § 62 Abs. 1 BbgBO; § 68 Abs. 1 BremBO; § 70 Abs. 1 HBO; § 60 Abs. 1 HessBO; § 68 Abs. 1 LBO MV; § 67 Abs. 1 S. 1 Nds BauO; § 69 Abs. 1 S. 1 BauO NW; § 69 Abs. 1 SaarBO; § 68 Abs. 1 SächsBO; § 67 Abs. 1 BauO LSA; § 67 Abs. 1 ThürBO.

¹⁷ § 75 Abs. 1 S. 1 BauO NRW; § 58 Abs. 1 S. 1 LBO BW; § 64 Abs. 1 S. 1 HBO; § 72 Abs. 1 S. 1 HBauO; § 73 Abs. 1 S. 1 BauO SH; § 75 Abs. 1 S. 1 NBO; § 67 Abs. 1 S. 1 BbgBO; § 72 Abs. 1 S. 1 SächsBO; § 71 Abs. 1 S. 1 BauO LSA; § 70 Abs. 1 S. 1 ThürBO; § 70 Abs. 1 S. 1 LBauO Rh.-Pf.; § 72 Abs. 1 S. 1 BremLBO; § 73 Abs. 1 S. 1 LBO SL; § 72 Abs. 1 S. 1 LBauO MV; § 71 Abs. 1 S. 1 BauO Bln.

¹⁸ *Ferner/Kröniger/Aschke*, BauGB, 3. Aufl., § 36 Rn. 6; *Simon/Busse*, BayBO, Art. 71 Rn. 49.

¹⁹ BayVGH BayVBl. 2003, 210 (211); *Fehling*, JURA 2006, 369 (370); *Decker/Konrad* (Fn. 10), III. 4. Rn. 117.

⁸ BGH BayVBl. 2001, 29; *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 82.

⁹ Zu den Gemeindeorganen in den anderen Bundesländern unter Zitierung der einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, 2012, § 10 Rn. 7, § 12, § 13.

¹⁰ BVerwG KommJur 2009, 69 = BayVBl. 2009, 27 = *Schoch*, JK 5/09, BauGB § 36/11 (Planungshoheit); BayVGH BayVBl. 2003, 210 (212); *Kahl*, JURA 2001, 505 (512 m.w.N.); *Hellermann*, JURA 2002, 591; *Jäde*, ThürVBl. 97, 217 (218 f.); *Decker/Konrad*, Bayerisches Baurecht, 3. Aufl. 2012, III. 4. Rn. 115, 121 f.

¹¹ BGH BayVBl. 2003, 183 = *Schoch*, JK 3/02, GG Art. 34/24 (Mobbing); *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 93; *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 2), Rn. 110.

¹² BGH BeckRS 2010, 24134; BVerwG KommJur 2009, 69 = BayVBl. 2009, 27 = *Schoch*, JK 5/09, BauGB § 36/11; *Hellermann*, JURA 2002, 589 (595).

ist auch der Fall eines einfachen Bebauungsplans vom Einvernehmenserfordernis umfasst.²⁰

b) Mit dem Urteil des BayVGH steht – auch im Verhältnis zur (beigeladenen) Gemeinde Z (§§ 63 Nr. 3, 65 Abs. 2, 121 Nr. 1 VwGO) – fest, dass der Freistaat Bayern verpflichtet gewesen ist, M vor dem Inkrafttreten der Veränderungssperre den Vorbescheid für zwei Mehrfamilienhäuser zu erteilen, also die Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens gemäß § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB jedenfalls insoweit rechtswidrig gewesen ist.

Eine Amtspflichtverletzung liegt damit an sich vor.

2. Drittbezug

Schadensersatzbegründende Amtspflichten müssen nach dem Gesetz (Art. 34 S. 1 GG i.V.m. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB) allerdings gegenüber einem Dritten (hier: M) bestanden haben. Das ist der Fall, wenn die die Amtspflicht begründenden Vorschriften nicht nur den Interessen der Allgemeinheit, sondern zumindest auch dem Schutze der Interessen des Geschädigten zu dienen bestimmt sind. Die jeweilige Vorschrift muss also i.S.d. sog. Schutznormtheorie drittschützend sein.²¹

Problematisch ist also, ob die rechtswidrige Einvernehmensverweigerung eine Amtspflichtverletzung der Gemeinde Z gerade gegenüber M darstellt.

Früher, d.h. bis zum Inkrafttreten des Bau- und Raumordnungsgesetzes 1998 (BauROG) und vor Einführung der Ersetzungsbefugnis nach § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB i.V.m. Art. 67 BayBO,²² ging man davon aus,²³ dass eine Amtspflichtverletzung der Gemeinde, die das Einvernehmen versagt hat, in Betracht kommt, wenn dies Bindungswirkung für die Baugenehmigungsbehörde hatte.²⁴

Denn – so die damalige Argumentationslinie – der auf der Planungshoheit beruhenden²⁵ Beteiligung der Gemeinde am Baugenehmigungsverfahren kann im Falle der Versagung des Einvernehmens eine für den Bauwilligen ausschlaggebende Bedeutung zukommen, wenn die Baugenehmigungsbehörde nach der Rechtslage gehindert ist, eine Baugenehmigung auszusprechen, solange die Gemeinde ihr Einvernehmen nicht

erklärt hat. Vereitelt oder verzögert die Gemeinde durch eine unberechtigte Versagung des Einvernehmens ein planungsrechtlich zulässiges Bauvorhaben, so berührt dies – sei es auch nur mittelbar – notwendig und bestimmungsgemäß die Rechtsstellung des Bauwilligen. Dies genügt durchaus, um eine besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem Bauwilligen als einem geschützten „Dritten“ zu bejahen. Dessen Interessen werden durch die Amtspflicht, das Einvernehmen nicht zu verweigern, wenn das Bauvorhaben nach den §§ 31, 33, 34 oder 35 BauGB zulässig ist, in individualisierter und qualifizierter Weise geschützt.²⁶

Heutzutage wird die Drittbezogenheit der Amtspflichtverletzung (allerdings) infragegestellt, weil auf der Grundlage von § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB i.V.m. Art. 67 BayBO das Einvernehmen vom Landratsamt als Baugenehmigungsbehörde ersetzt werden kann:

a) Auch in casu besteht die Besonderheit, dass nach § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB i.V.m. Art. 67 Abs. 1 BayBO das rechtswidrig versagte, aber erforderliche Einvernehmen durch das Landratsamt L als Baugenehmigungsbehörde (prinzipiell) ersetzt werden konnte. Soweit aber der Baugenehmigungsbehörde die Befugnis eingeräumt ist, das versagte gemeindliche Einvernehmen zu ersetzen, wird ihre Prüfungs- und Entscheidungskompetenz erweitert. Sie umfasst nicht nur die Frage, ob ein gemeindliches Einvernehmen erforderlich ist, sondern auch, ob die Verweigerung der Gemeinde rechtswidrig ist. Die Bindungswirkung der negativen Entscheidung der Gemeinde für die Baugenehmigungsbehörde ist aufgehoben. Die Behörde ist mithin nicht mehr unter Umständen gezwungen, den Antrag auf Genehmigung eines an sich genehmigungsfähigen Bauvorhabens sehenden Auges allein wegen dessen rechtswidrig verweigerten Einvernehmens abzulehnen. Der maßgebliche Grund für die Annahme einer drittgerichteten Amtspflicht seitens der Gemeinde bei der Entscheidung über die Erteilung des Einvernehmens und damit ihrer haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber dem Bauherrn – Bindungswirkung ihrer Versagung für die Baugenehmigungsbehörde – ist mit der Einführung der Ersetzungsbefugnis des verweigerten gemeindlichen Einvernehmens durch die Bauaufsichtsbehörde entfallen.²⁷

b) Hier kommt aber zu der gesetzlich vorgesehenen prinzipiellen Ersetzungsmöglichkeit noch eine weitere Besonderheit hinzu: Der einfache Bebauungsplan, auf den die Gemeinde Z die Verweigerung ihres Einvernehmens gestützt hatte, war in den für die Beurteilung der Vorhaben bedeutsamen Punkten unwirksam, weswegen auch die Verweigerung des Einvernehmens durch die Gemeinde rechtswidrig gewesen ist.²⁸ An sich bestanden deshalb für das Landratsamt L gemäß Art. 67 Abs. 1 BayBO das Recht und die Pflicht, das gemeindliche Einvernehmen zu ersetzen.

²⁰ So auch *Muckel*, JA 2013, 319; *Ferner/Kröniger/Aschke* (Fn. 18), § 36 Rn. 12.

²¹ BGHZ 140, 380 (382); 134, 268 (276); 129, 17 (19); BGH NJW 2005, 742 (743 f., BVH-Bank); BGH NJW 1994, 1647 (Provision); OLG Koblenz NJW 2003, 297 (298); *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 2), Rn. 125 ff.; *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 169, 173, 175 f.

²² § 54 Abs. 4 LBO; § 70 BbgBO; § 22 Abs. 3 DVO-BauGB; § 71 LBauO M-V; § 2 Abs. 2 DVO-BauGB; § 2 Nr. 4 BauO NRW; § 71 LBauO; § 72 LBO; § 71 SächsBO; § 70 BauO LSA; § 69 ThürBO. *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, 114. Lfg., 2014, § 36 Rn. 40.

²³ BVerwGE 22, 342 (345 ff.); BGHZ 65, 182 (186); 99, 262 (273); 118, 263 (265); BGH NVwZ 2006, 1177; zusammenfassend BGH BeckRS 2010, 24134.

²⁴ Zusammenfassend BGH NVwZ 2013, 167 f. m.w.N.

²⁵ BVerwG KommJur 2009, 69 = BayVBl. 2009, 27 = *Schoch*, JK 5/09, BauGB § 36/11; *Hellermann*, JURA 2002, 589 (595).

²⁶ BGH NVwZ 2013, 167 f. m.w.N.; BGHZ 65, 182 (184 ff.); 118, 263 (265 f.); seither – soweit ersichtlich – st. Rspr.

²⁷ BGH NVwZ 2013, 167 (168 m.w.N.); *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 606, 606a; hierauf beziehend BGH BeckRS 2010, 24134.

²⁸ BGH NVwZ 2013, 167 (168).

aa) Problematisch ist dabei allerdings, dass eben in einer solchen Ersetzung des Einvernehmens gleichzeitig ein Sich-Hinwegsetzen über den Rechtssatz Bebauungsplan (gemäß § 10 Abs. 1 BauGB eine Satzung) läge. Einer Behörde, auch der Baugenehmigungsbehörde, kommt im Lichte Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG aber weder eine Nichtanwendungs- noch eine Verwerfungskompetenz bezüglich untergesetzlicher Rechtsnormen zu.²⁹

bb) Umgekehrt heißt das mit Blick auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) allerdings nicht, dass die Baugenehmigungsbehörde den rechtswidrigen Plan zu Grunde zu legen oder eine eben auf diesen Plan gestützte Verweigerung des Einvernehmens zu beachten hat:

Vielmehr handeln die Bediensteten der Baugenehmigungsbehörde amtspflichtwidrig, wenn sie einen unwirksamen Bebauungsplan anwenden.³⁰ Hinsichtlich der Unwirksamkeit des Bebauungsplans kommt der Bauaufsichtsbehörde eine Prüfungskompetenz zu.³¹ Erkennt die Baugenehmigungsbehörde die Unwirksamkeit, hat sie die Gemeinde und die Kommunalaufsicht von ihren Bedenken zu unterrichten. Die Gemeinde hat den Bebauungsplan aufzuheben, soweit sie sich nicht dafür entscheidet, – soweit möglich – die die Nichtigkeit begründenden behebbaren Fehler zu beseitigen. Sollte sich die Gemeinde der Rechtsauffassung der Baugenehmigungsbehörde nicht anschließen, kann die Kommunalaufsicht die gesetzwidrigen Satzungsbeschlüsse der Gemeinde beanstanden und deren Aufhebung innerhalb angemessener Frist verlangen.³² Soweit die Frist des § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO noch nicht abgelaufen ist, kommt auch ein eigener Normenkontrollantrag der Baugenehmigungsbehörde gegen den von ihr als unwirksam erkannten Bebauungsplan in Betracht.³³

Auf diesen genannten Wegen kann die Baugenehmigungsbehörde deshalb die Beseitigung des Bebauungsplans erreichen und so die Voraussetzungen sowohl für die Erteilung der Baugenehmigung als auch – sofern dann noch erforderlich – für die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens schaffen.

Die Verweigerung des Einvernehmens durch die Gemeinde Z hatte keine Bindungswirkung für das Landratsamt L. Dieses hatte deswegen seinerseits die – drittbezogene – Amtspflicht, für eine Aufhebung des einfachen Bebauungs-

plans zu sorgen, um dann anschließend das Einvernehmen zu ersetzen und die beantragten Vorbescheide zu erteilen.³⁴

Die Gemeinde Z hingegen hatte mangels Bindungswirkung keine drittgerichtete Amtspflicht inne, die sie verletzt haben könnte. Sie haftet nach dieser Auffassung daher auch nicht neben der Baugenehmigungsbehörde; es bleibt vielmehr bei der Alleinhaftung letzterer.³⁵

V. Zwischenergebnis

Ein Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung gegen die Gemeinde Z scheidet mithin aus.

B. Anspruch auf Entschädigung (Aufopferung)

Mit Blick auf die wegen der in Kraft getretenen Veränderungssperre nicht mehr mögliche Erteilung der Vorbescheide für die beiden Mehrfamilienhäuser der M kommen gegen die Gemeinde Z auch Ansprüche aus dem Institut des enteignungsgleichen bzw. enteignenden Eingriffs in Betracht (Art. 14 GG).

I. Grundlage: Richterrechtlicher Aufopferungsgedanke

Ansprüche aus Aufopferung, die erstmals in den §§ 74, 75 der Einleitung des ALR ihren positivrechtlichen Niederschlag gefunden haben, stellen eine richterrechtliche Rechtsfortbildung dar und finden Anwendung auf hoheitliche Eingriffe in vermögenswerte Rechtspositionen des Bürgers (Art. 14 GG). Ersetzt wird nur der durch solche Eingriffe entstandene Vermögensschaden.³⁶

II. Anwendbarkeit und Voraussetzungen

Da spezialgesetzliche Regelungen fehlen, sind die beiden (obengenannten) Institute des Aufopferungsgewohnheitsrechts prinzipiell anwendbar. Die konkreten Voraussetzungen für einen Anspruch hieraus sind:³⁷

Bei der rechtswidrigen (vgl. oben) Einvernehmensverweigerung durch die Gemeinde Z (deswegen: enteignungsgleicher Eingriff) handelt es sich um eine hoheitliche Maßnahme, die mit der letztlich verzögerten Erteilung der Baugenehmigung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen und damit unzumutbaren Eingriff in vermögenswerte Rechtspositionen der E geführt hat.

Fraglich ist jedoch die Unmittelbarkeit des Eingriffs: Hierfür genügt es nicht, dass die Schädigungen die adäquat kausale Folge der hoheitlichen Maßnahme darstellen; denn das würde auf die Annahme einer allgemeinen Gefährdungshaftung der öffentlichen Hand hinauslaufen, für die das geltende Recht keine Grundlage bietet. Erforderlich ist vielmehr, dass sich eine besondere Gefahr verwirklicht, die bereits in

²⁹ BGH NVwZ 2013, 167 (168); BGH NVwZ 2004, 1143 (1144); BGH NVwZ 1987, 168; BayVGH BayVBl. 1993, 626; BayVGH BayVBl. 1982, 654; vertiefend *Singbartl/Wehowsky*, NVwZ 2013, 1525 (1527); *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 571; *Becker*, ÖR in Bayern, 5. Aufl., 2. Teil Rn. 393; grundlegend *Schmidt*, BayVBl. 1976, 1.

³⁰ BGH NVwZ 2013, 167 (168); BGH NVwZ 1987, 168 (169); ebenso *Singbartl/Wehowsky*, NVwZ 2013, 1525 (1527).

³¹ BGH NVwZ 2013, 167 (168); BGH NVwZ 2004, 1143 (1144).

³² BGH NVwZ 2013, 167 (168); BVerwG NVwZ 1993, 1197.

³³ BGH NVwZ 2013, 167 (168 m.w.N.); so auch *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 571.

³⁴ BGH NVwZ 2013, 167 (168).

³⁵ BGH NVwZ 2013, 167 (168).

³⁶ *Lege*, JURA 2011, 826 (833, 838); *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 428 ff.; *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 2), Rn. 456 ff.

³⁷ *Lege*, JURA 2011, 826 (830, 836 ff.); *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 448 ff.; *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 2), Rn. 444 ff.; 471 ff.

der hoheitlichen Maßnahme selbst angelegt ist, so dass sich der im konkreten Fall eintretende Nachteil aus der Eigenart dieser Maßnahme ergibt.³⁸ Durch die rechtswidrige gemeindliche Einvernehmensverweigerung kam es in concreto aber nicht „vorprogrammiert“ und „zwangsläufig“ dazu, dass die begehrten Vorbescheide gar nicht oder nur verzögert erteilt werden konnten, denn nach dem oben Gesagten bestand für das Landratsamt L die grundsätzliche Amtspflicht, sich über die Rechtmäßigkeit des verweigerten Einvernehmens Klarheit zu verschaffen und – nach Durchführung entsprechender vorbereitender Verfahrensschritte (Kommunalaufsicht, Art. 112 GO,³⁹ Normenkontrollantrag, § 47 VwGO) – die entsprechenden Ersetzungskonsequenzen (Art. 67 BayBO) zu ziehen.⁴⁰

Mit anderen Worten:⁴¹ Dem Kläger steht auch kein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff gegen den Beklagten zu. Wie bereits ausgeführt, stellt sich die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens wegen der gesetzlich vorgesehenen Ersetzungsbefugnis der Baugenehmigungsbehörde als „behördeninterner“ Vorgang ohne Bindungswirkung für die Baugenehmigungsbehörde dar. Das hat zur Konsequenz, dass der Eingriffstatbestand allein im außengerichteten Handeln der Baugenehmigungsbehörde, nämlich in der Ablehnung des Bauantrags und der unterlassenen Ersetzung des Einvernehmens, zu erblicken ist und diese auch im Hinblick auf das Institut des enteignungsgleichen Eingriffs alleinverantwortlich ist.⁴²

Somit scheidet auch ein Entschädigungsanspruch im Rahmen des Aufopferungsgewohnheitsrechts nach dem Institut des enteignungsgleichen Eingriffs aus.⁴³

C. Ergebnis

E stehen gegen die Gemeinde Z somit weder Schadensersatz- noch Entschädigungsansprüche zu.

Teil II: Haftungsansprüche gegen den Freistaat als Träger des Landratsamtes Lechfeld

Als Ansprüche auf Ersatzleistung gegen den Freistaat Bayern, als Träger des Landratsamtes Lechfeld (Art. 53 Abs. 1, 54 Abs. 1 BayBO)⁴⁴ kommen – wiederum mangels spezifi-

schen verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses (vgl. oben Teil I vor A.) – ebenfalls nur Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche aus Amtshaftung bzw. Aufopferungsgewohnheitsrecht in Betracht.

A. Schadensersatz aus Amtshaftung, Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB

Fraglich ist, ob gegenüber dem Freistaat die Haftungsvoraussetzungen vorliegen, vor allem auch eine drittbezogene Amtspflichtverletzung gegeben ist.

I. Handeln eines Amtswalters des Landratsamtes L in Ausübung eines öffentlichen Amtes

Die Verwaltungsangehörigen der Bauaufsichtsbehörde sind im Baugenehmigungsverfahren als haftungsrechtliche Beamte hoheitlich aufgetreten, also „in“ Ausübung eines öffentlichen Amtes.

II. Drittbezogene Amtspflichtverletzung

Im Lichte der Art. 71 i.V.m. 68 Abs. 1 S. 1 BayBO⁴⁵ und der materiellen Baufreiheit (Art. 14 GG)⁴⁶ sowie insbesondere im Lichte des Urteils des BayVGh steht für alle Beteiligten fest (§§ 63 Nr. 1-3, 65 Abs. 2, 121 Nr. 1 VwGO), dass zum relevanten Zeitpunkt ein Anspruch auf Erteilung der beantragten Vorbescheide bestand, so dass die Ablehnung der entsprechenden Anträge unter bloßem Hinweis auf das Fehlen des gemeindlichen Einvernehmens eine Amtspflichtverletzung darstellt. Mit anderen Worten: Die in dieser Ablehnung zugleich enthaltene Anwendung des rechtswidrigen und damit unwirksamen Bebauungsplans der Gemeinde Z geschah amtspflichtwidrig.⁴⁷

Dabei sind die diesbezüglichen Amtspflichten der Bauaufsichtsbehörde, nach Durchführung vorbereitender Verfahrensschritte (Art. 112 f. GO, § 47 VwGO) die Vorbescheide nötigenfalls unter Ersetzung des Einvernehmens zu erteilen, auch drittgerichtet, da sie der Verwirklichung des Rechtsanspruchs der M als Bauherrin dienen, ihr Grundstück im Rahmen der Rechtsordnung bebauen zu dürfen.⁴⁸

Dies wird auch durch Art. 67 Abs. 1 BayBO und insbesondere durch dessen S. 2 bestätigt.

³⁸ Grundlegend BGH NJW 1987, 2573; *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 2), Rn. 450 f.; *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 462.

³⁹ § 121 GO BW; § 113 BbgKVerf; § 138 HessGO; § 81 KV MV; § 173 NdsKomVG; § 122 GO NRW; § 121 GO Rh.-Pf.; § 130 KSVG; § 114 SächsGO; § 136 GO LSA; § 123 Abs. 1 GO SH; § 120 ThürKO.

⁴⁰ BGH NVwZ 2013, 167 (168); BGH BeckRS 2010, 24134; *Klinger*, BayVBl. 2002, 481 (483); *Dolderer*, BauR 2000, 491 (498); *Horn*, NVwZ 2002, 406 (414); *Dippel*, NVwZ 99, 921 (924); *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 571.

⁴¹ BGH BeckRS 2010, 24134.

⁴² So bereits *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 452.

⁴³ BGH NVwZ 2013, 167 f.

⁴⁴ Zu den zuständigen Behörden und ihren Befugnissen in den einzelnen Bundesländern, vgl. *Muckel/Ogorek*, Öffentliches Baurecht, 2014, § 9 Rn. 15 ff.

⁴⁵ § 75 Abs. 1 S. 1 BauO NRW; § 58 Abs. 1 S. 1 LBO BW; § 64 Abs. 1 S. 1 HBO; § 72 Abs. 1 S. 1 HBauO; § 73 Abs. 1 S. 1 BauO SH; § 75 Abs. 1 S. 1 NBO; § 67 Abs. 1 S. 1 BbgBO; § 72 Abs. 1 S. 1 SächsBO; § 71 Abs. 1 S. 1 BauO LSA; § 70 Abs. 1 S. 1 ThürBO; § 70 Abs. 1 S. 1 LBauO Rh.-Pf.; § 72 Abs. 1 S. 1 BremLBO; § 73 Abs. 1 S. 1 LBO SL; § 72 Abs. 1 S. 1 LBauO MV; § 71 Abs. 1 S. 1 BauO Bln.

⁴⁶ *Dähne*, JURA 2003, 455 (456 ff.); ferner grundlegend BVerwGE 42, 115.

⁴⁷ BGH NVwZ 2013, 167 (168); BGHZ 84, 272 (302 f.); *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 570 f.

⁴⁸ *Wurm*, in: *Staudinger* (Fn. 3), § 839 Rn. 606, 606a.

III. Verschulden

Höchst fraglich ist, ob nach dem objektivierten Sorgfaltsmaßstab, der im Rahmen von § 839 BGB gilt,⁴⁹ die Amtspflichtverletzung des Landratsamtes L auch verschuldet ist. Danach kommt es für die Beurteilung des Verschuldens auf die Kenntnisse und Fähigkeiten an, die für die Führung des übernommenen Amtes im Durchschnitt erforderlich sind. Jeder staatliche Amtsträger muss die zur Führung seines Amtes notwendigen Rechts- und Verwaltungskenntnisse besitzen oder sich verschaffen. Bei der Gesetzesauslegung und Rechtsanwendung hat er die Gesetzes- und Rechtslage unter Zuhilfenahme der ihm zu Gebote stehenden Hilfsmittel sorgfältig und gewissenhaft zu prüfen und sich danach aufgrund vernünftiger Überlegungen eine Rechtsmeinung zu bilden. Nicht jeder objektive Rechtsirrtum begründet einen Schuldvorwurf. Ein Beamter handelt vielmehr nur dann fahrlässig, wenn er bei Beachtung der für seinen Pflichtenkreis erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können und müssen, dass er seiner Amtspflicht zuwiderhandelt.

Hängt die Entscheidung in die eine oder andere Richtung davon ab, ob das Vorhaben den Festsetzungen eines Bebauungsplans entspricht, so handelt die Baugenehmigungsbehörde grundsätzlich nicht schuldhaft, wenn sie mangels entgegengesetzter Anhaltspunkte von der Wirksamkeit des Plans ausgeht. Hat die Behörde hingegen Zweifel an der Gültigkeit des Plans oder hatte sie sonstigen Anlass, die Wirksamkeit des Plans zu überprüfen, so darf sie ihn nicht blindlings zur Grundlage ihrer Entscheidungen machen. Ihr steht zwar – wie oben gesehen – keine eigene Nichtanwendungs- oder Verwerfungskompetenz zu, wohl aber eine Prüfungskompetenz. Wendet die Behörde einen unwirksamen Plan also trotz vorhandener Bedenken an, so handelt sie schuldhaft.⁵⁰

Damit ist eine Haftung des Freistaates im Grunde schon ausgeschlossen. Denn es ist nicht erkennbar, dass die Verwaltungsbeamten der Baugenehmigungsbehörde Gültigkeitszweifel bezüglich des einfachen Bebauungsplans der Gemeinde Z hatten oder hätten haben müssen.

IV. Hilfgutachten

Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass sich die gesamten Planungsakten hinsichtlich des ungültigen (einfachen) Bebauungsplans bei der Gemeinde befinden und von dieser Warte aus gesehen eine präzise Überprüfung des Bebauungsplans gar nicht möglich ist. Es besteht auch keine Veranlassung, sich gewissermaßen prophylaktisch in jedem einzelnen Fall die Planungsakte zukommen zu lassen. Gesetzliche Vorlage- und Anzeigepflichten, die früher bezüglich sämtlicher Satzungen der Gemeinde bestanden haben (Art. 25 GO a.F., § 11 Abs. 1 BauGB a.F.) sind durch den

⁴⁹ BGH BayVBl. 2006, 160 (161) und BGH NJW 2005, 68 (70); OLG München NJW 2007, 1005 (1006); *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 198 ff.; *Sodan/Ziekow* (Fn. 1), § 86 Rn. 15.

⁵⁰ BGH NVwZ 98, 1329 f.; *Singbartl/Wehowsky*, NVwZ 2013, 1525 (1528); *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 571.

Gesetzgeber bewusst und gewollt gerade gestrichen worden.⁵¹

Auch das VG München als Gericht erster Instanz ging in seinem Urteil augenscheinlich von der Wirksamkeit des (einfachen) Bebauungsplans aus und hat diese ausdrücklich bestätigt. Damit bestehen – zusätzlich zu dem soeben bereits erörterten Ausschluss des Verschuldens – auch keine Bedenken gegen die Anwendung der sog. „Kollegialgerichts-Richtlinie“, die besagt, dass einen Beamten in der Regel kein Verschulden trifft, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen hat.⁵²

Die „Kollegialgerichts-Richtlinie“ beruht nämlich auf der Erwägung, dass von einem Beamten, der allein und im Drang der Geschäfte handeln muss, keine bessere Rechtseinsicht erwartet werden kann als von einem Gremium mit mehreren Rechtskundigen, das in voller Ruhe und nach reiflicher Überlegung entscheidet, nachdem vorher der Prozessstoff in ganze Fülle vor ihm ausgebreitet war.⁵³

Somit scheidet ein Verschulden der Verwaltungsbediensteten der Baugenehmigungsbehörde aus mehreren Gründen aus.

V. Zwischenergebnis

Es besteht kein Schadensersatzanspruch der M gegenüber dem Freistaat Bayern aus Amtshaftung.

VI. Schaden

M entstand ein – unbestrittener – Schaden in Höhe von 811.574,35 €.

VII. Kausalität

Wäre die Versagung der Vorbescheidsanträge unterblieben und wären die Vorbescheide vielmehr vor Erlass der Veränderungssperre erteilt worden, wäre der Schaden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht entstanden.⁵⁴

VIII. Haftungsbeschränkungen

1. Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB

Andere Ersatzmöglichkeiten sind nicht ersichtlich. Insbesondere kommt – nach dem in Teil I Gesagten – kein Anspruch gegen die Gemeinde Z in Betracht. Darüber hinaus wird der Tatbestand des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB wegen der Gefahr einer wechselseitigen Verweisung in diesem Zusammenhang restriktiv gehandhabt.⁵⁵

⁵¹ Zu diesem Problemkreis vertiefend *Singbartl/Wehowsky* NVwZ 2013, 1525 (1528).

⁵² BGH NJW 2011, 2072 (2076); BGHZ 97, 97 (107); *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 211 ff.

⁵³ *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 211.

⁵⁴ BGH NJW 2005, 68 (70); OLG München NJW 2007, 1008; OLG Brandenburg LKV 2008, 191 = *Schoch*, JK 7/08, GG Art. 34/33; *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 223; *Schlick*, NJW 2008, 127 (131).

⁵⁵ BGHZ 13, 88; *Wurm* (Fn. 48), § 839 Rn. 270 ff.; *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 1087.

2. Haftungsausschluss nach § 839 Abs. 3 BGB

Nach dieser Vorschrift tritt eine Ersatzpflicht nicht ein, „wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden“.

M hat insoweit mit ihren erhobenen Verpflichtungsklagen aber alles getan. Für einen Normenkontrollantrag vor Ablauf der hierfür geltenden gesetzlichen Frist (§ 47 Abs. 2 S. 1 VwGO) bestand keine Veranlassung.

Haftungsbeschränkungen bestehen damit nicht. Wegen fehlenden Verschuldens scheidet eine Amtshaftung des Freistaates allerdings aus.

B. Anspruch auf Entschädigung (Aufopferung)

Wegen der Ablehnung der Vorbescheidsanträge kommt zu Gunsten der M gegenüber dem Freistaat auch ein Anspruch auf Entschädigung aus dem Institut des enteignungsähnlichen Eingriffs⁵⁶ in Betracht. Dieser Haftungstatbestand setzt (zunächst) einen „Eingriff von hoher Hand“ voraus.⁵⁷

Schon diese Voraussetzung ist problematisch, angesichts dessen, dass dieser „Eingriff“ in dem (mehrfachen) Unterlassen der Baugenehmigungsbehörde liegen müsste, ein solches aber schon begrifflich keinen Eingriff darstellt (sondern vielmehr eine „bloße Untätigkeit“).⁵⁸

I. Qualifiziertes Unterlassen

Im Gegensatz zur bloßen Untätigkeit kann allerdings ein sog. qualifiziertes Unterlassen die Haftung wegen enteignungsähnlichen Eingriffs auslösen. Von „qualifiziertem“ Unterlassen spricht man, wenn die Behörde ein gebotenes Handeln förmlich oder unförmlich, aber unzweideutig verweigert.⁵⁹

Die Annahme qualifizierten Unterlassens setzt voraus, dass eindeutig feststeht, welches konkrete Verhalten der öffentlichen Hand nach öffentlichem Recht geboten ist. Das ist der Fall, wenn der Behörde keine Wahlfreiheit zur Verfügung steht (z.B. gebundene Entscheidung, Ermessensreduzierung auf Null). Hat die Behörde dagegen einen Entscheidungs- oder Gestaltungsspielraum, scheidet die Annahme eines qualifizierten Unterlassens und damit eines enteignungsähnlichen Eingriffs aus.⁶⁰

Die Frage, ob ein qualifiziertes Unterlassen vorliegt oder nicht, hängt auch von den tatsächlichen Umständen ab. Auch in tatsächlicher Hinsicht muss offen zu Tage treten, zu welchem Verhalten die öffentliche Hand verpflichtet war bzw. ist.⁶¹ Da für das Landratsamt L als Baugenehmigungsbehörde

in concreto überhaupt keine Anhaltspunkte vorhanden waren, die Zweifel an der Gültigkeit des (einfachen) Bebauungsplans erweckten, kann nicht davon gesprochen werden, dass ein bestimmtes konkretes Verhalten eindeutig feststand und einzig geboten war.

II. Zwischenergebnis

Somit scheidet gegen den Freistaat auch ein Entschädigungsanspruch im Rahmen des Aufopferungsgewohnheitsrechts nach dem Institut des enteignungsähnlichen Eingriffs aus.

C. Ergebnis

Auch der Freistaat Bayern ist damit für die durch seine untere staatliche Verwaltungsbehörde (Landratsamt L) erfolgte Ablehnung der Vorbescheidsanträge haftungsrechtlich nicht verantwortlich.

⁵⁶ *Lege*, JURA 2011, 826 (828, 830); *Ossenbühl*, NJW 2000, 2945 (2950); *Sodan/Ziekow* (Fn. 1), § 87 Rn. 7, 13.

⁵⁷ *Lege*, JURA 2011, 826 (836); *Sodan/Ziekow* (Fn. 1), § 87 Rn. 11; BGHZ 125, 258 (264) – st. Rspr.

⁵⁸ BGHZ 102, 350 (364).

⁵⁹ BGH NJW 2007, 830 (834) = *Schoch*, JK 7/07, GG Art. 34/31; *Lege*, JURA 2011, 826 (837); *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 460 f.

⁶⁰ BGHZ 102, 350 (365); *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 461; *Sodan/Ziekow* (Fn. 1), § 87 Rn. 16.

⁶¹ *Wöstmann* (Fn. 3), § 839 Rn. 460 f.

Übungsfall: Remperei am Glühweinstand*

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Marcus Bergmann, Halle (Saale)**

Sachverhalt

Es ist Winter. Ruprecht (R) bahnt sich gerade auf dem Weihnachtsmarkt einen Weg durch das Gedränge zum Glühweinstand. Da ruft jemand hinter ihm: „Prost!“ R dreht sich neugierig um, sieht dann aber, dass er nicht gemeint war. In diesem Augenblick läuft er, weil er nicht mehr auf seine Schritte geachtet hatte, gegen den Stehtisch, auf dem Nikolaus (N) gerade die Tasse mit seinem Glühwein abgestellt hat. Die Tasse kippt um, der Glühwein läuft über die schmierige Tischplatte und tropft auf den Asphalt. Beschämt möchte R sich bei N, der die nun leere, aber unversehrte Tasse empört wieder aufgestellt hat, für seine Achtlosigkeit entschuldigen und ringt nach Worten. Doch N deutet das Zögern des R als Trotz. Verärgert will er dem Flegel eine Lektion erteilen und schlägt mit der Faust nach dem Kopf des R. An dieser Hand trägt N einen dünnen Wollhandschuh gegen die Kälte. Unbemerkt von N hatten sich im Gewebe kleine, spitze Glasscherben, die auf dem Stehtisch gelegen hatten, so verfangen, dass R durch den Schlag eine Schnittwunde am Kopf erleidet. Sonst hätte R nur Kopfschmerzen erlitten. Dadurch, dass R in diesem Moment von einem Passanten angerempelt wird, stolpert er dem Schlag entgegen, sodass durch diese Bewegung der sonst viel kürzere Schnitt von der Schläfe bis in Höhe des Ohrläppchens reicht. Nun ist N erschrocken. Er hatte es nicht für möglich gehalten, dass sich Scherben in seinem Handschuh verfangen haben könnten. Zudem hatte er nicht erwartet, dass R sich so unglücklich auf ihn zu bewegen könnte. Die Kopfschmerzen, über die sich R nun beklagt, wollte N diesem bereiten, aber keine blutige Schnittwunde. R stellt allerdings nach einigen Minuten fest, dass die Kopfschmerzen bereits allmählich nachlassen. Die blutende und schmerzende Wunde verbindet er notdürftig mit einem Schal, um die Blutung provisorisch zu stoppen, wird sie aber später von seinem Hausarzt nähen lassen müssen. Nun beruhigen sich beide wieder. N und R entschuldigen sich wechselseitig und beschließen, gemeinsam noch eine Tasse Glühwein zur Versöhnung zu trinken.

Aufgabenstellung

Aufgabe 1: Prüfen Sie gutachterlich, wie sich R und N strafbar gemacht haben. Versuchs- und Fahrlässigkeitsstraftaten sind nicht zu prüfen, erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Aufgabe 2: Nennen Sie die verschiedenen Vorsatzformen und beschreiben Sie kurz deren Unterschiede.

* Der Fall wurde im Dezember 2014 als strafrechtliche Probeklausur für die Studierenden des ersten Semesters im Rahmen der Vorlesung Strafrecht I gestellt. Dadurch sollten die Teilnehmer auf die Anfang Februar 2015 zu schreibende Zwischenprüfungsklausur Strafrecht I vorbereitet werden. Die Durchfallquote lag bei etwa 10 %, im Durchschnitt erzielten die Teilnehmer etwa 6,5 Punkte.

** Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Christian Schröder an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Lösung mit Hinweisen

A. Allgemeine Hinweise

Dieser Übungsfall richtet sich an Studierende, die noch ganz am Anfang ihres Jurastudiums stehen. Er ist als Probeklausur für Studierende im ersten Semester gestellt worden, gut zwei Monate nach Beginn des Studiums. Deshalb geht es in diesem Fall nicht um „Probleme“. Trotzdem handelt es sich nicht um einen leichten Fall. Er verlangt ein sorgfältiges Subsumieren und eine ergebnisoffene Herangehensweise, wobei zumeist verschiedene Begründungswege und zum Teil auch Ergebnisse vertretbar sind. Somit steht die gutachterliche Arbeit im Vordergrund. Zudem kombiniert der Fall schon aus den ersten Vorlesungswochen bekannte Aspekte der objektiven Zurechnung und des Vorsatzes auf eine den meisten Studierenden unbekannt Weise. Vom Bearbeiter wurde daher eine offene Herangehensweise an den Fall verlangt.

Das Umwerfen des Glühweins durch R erfolgte ersichtlich ohne Vorsatz. Daher muss – gerade in den höheren Semestern – hier nicht zwingend eine Sachbeschädigung ausführlich durch Subsumtion geprüft werden. Zumindest genügt es, die Prüfung auf einen kurzen Hinweis in einem Satz zu reduzieren. Auch die einzelnen Tatbestandsmerkmale und -alternativen der Körperverletzung lassen sich in einer Klausur deutlich knapper prüfen. Die Gutachtentechnik dient jedoch eigentlich nicht dazu, eine Falllösung in einer gewissen Weise „aufzuschreiben“. Sie ist vielmehr eine gedankliche Technik, um einen Fall unter allen Gesichtspunkten lösen und auch den relevanten Punkt herausarbeiten zu können, an dem eine Prüfung scheitert. Um die Subsumtion als präzises Instrument der gedanklichen Prüfung zu schärfen, wird der Fall im Folgenden deutlich ausführlicher im Wege der Subsumtion aufgearbeitet, als dies in einer Klausur notwendig wäre.

Der Fall eignet sich gerade deshalb als Übungsfall für Studienanfänger, die sich die Falllösungstechnik aneignen bzw. diese üben möchten. Um den Einstieg zu erleichtern, wurde die Lösung vollständig gutachterlich ausformuliert. Die zahlreichen Hinweise im Text sollen zudem das Verständnis fördern, auf alternative Lösungsmöglichkeiten eingehen oder den Bewertungsmaßstab transparent machen.

B. Gutachterliche Lösung zu Aufgabe 1

I. Strafbarkeit des A wegen Sachbeschädigung gemäß § 303 Abs. 1 StGB

Indem R gegen den Stehtisch stieß, sodass der Glühwein auslief, könnte er sich wegen Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis 1: Durch § 303 Abs. 2 StGB wird die Veränderung des Erscheinungsbildes unter Strafe gestellt. Dieser Tatbestand hat aber nur einen Auffangcharakter gegenüber § 303 Abs. 1 StGB, sodass er nur geprüft werden sollte, wenn eine Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1

StGB nicht einschlägig ist, weil er in den übrigen Fällen ohnehin als subsidiär dahinter zurücktritt.¹

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Dazu müsste der Glühwein zunächst eine Sache sein. Eine Sache ist nach § 90 BGB ein körperlicher Gegenstand² – ohne Rücksicht auf seinen Aggregatzustand.³ Der Glühwein hat ein Volumen und einen Körper. In der Tasse ist er von der Außenwelt abgrenzbar.⁴ Also wird er als eine eigenständige Gesamtheit⁵ wahrgenommen. Auch als Flüssigkeit ist er daher ein körperlicher Gegenstand und somit eine Sache.

Zudem müsste der Glühwein für R fremd gewesen sein. Dazu müsste er im Eigentum zumindest auch eines anderen als R gestanden haben.⁶

Hinweis 2: Alternativ kann man auch sagen, dass die Sache weder herrenlos sein noch im Alleineigentum des Täters stehen darf.⁷ Denn dann steht sie zumindest auch im Eigentum eines anderen – im Ergebnis bedeutet dies also dasselbe.

Der Glühwein stand im Eigentum des N, also zumindest auch im Eigentum eines anderen als R. Folglich war er für R fremd.

Diesen Glühwein könnte R beschädigt haben. Dazu müsste ihre Sachsubstanz oder ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit durch Einwirkung auf die Sache selbst mehr als nur unerheblich beeinträchtigt sein.⁸

Zunächst könnte die Substanz beeinträchtigt sein. Der Glühwein befindet sich nicht mehr in der Tasse, sondern teilweise auf dem Stehtisch, teilweise auf dem Asphalt. Substanzuell hat er sich aber nicht verändert.

Hinweis 3: Vertretbar ist es aber auch, darauf abzustellen, dass sich aufgrund der Vermischung mit Schmutzpartikeln⁹ etc. eine veränderte Flüssigkeit gebildet hat,¹⁰ sodass die Reinheit des Glühweins und damit die Substanz selbst in ihrer stofflichen Zusammensetzung¹¹ beeinträchtigt wurde. Hierfür spricht zudem, dass § 948 Abs. 1 BGB die untrennbare Vermischung der Verbindung beweglicher Sachen nach § 947 BGB gleichstellt. Das Gesetz betrachtet die entstandene Verbindung dann als eine einheitliche Sache.¹² Für die Erheblichkeit gilt dann dasselbe wie unten im Rahmen der Brauchbarkeitsbeeinträchtigung geprüft.

Seine Sachsubstanz wurde folglich nicht beeinträchtigt.

Doch die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit könnte beeinträchtigt sein. Die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit von Glühwein besteht darin, getrunken zu werden. Der Glühwein hat sich mit Schmutzpartikeln auf dem schmierigen Tisch und auf dem Asphalt vermengt. Deshalb ist er in diesem Zustand nicht mehr genießbar. Somit kann er nicht mehr getrunken werden. Also ist seine bestimmungsgemäße Brauchbarkeit beeinträchtigt.

¹ Vgl. *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 16. Aufl. 2014, § 24 Rn. 25; *Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 303 Rn. 7; ähnlich *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 303 Rn. 28. *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 16. Aufl. 2012, Rn. 349, gehen sogar von einem Exklusivitätsverhältnis aus, sodass § 303 Abs. 2 StGB ohnehin nicht mehr geprüft werden darf, wenn eine Straftat nach § 303 Abs. 1 StGB vorliegt; vgl. *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 303 Rn. 10. *Altenhain* (in: Matt/Renzikowski [Hrsg.], Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 303 Rn. 21) geht nicht von einer Subsidiarität des § 303 Abs. 2 StGB aus, sondern lässt diesen den § 303 Abs. 1 StGB konsumieren, wenn die Veränderung des Erscheinungsbildes „im Vordergrund steht“ und die Sachbeschädigung erst durch die Beseitigung dieser Veränderung auftritt. Andernfalls soll § 303 Abs. 1 StGB den § 303 Abs. 2 StGB konsumieren. Diese „Vordergründigkeit“ lässt sich im Einzelfall kaum sicher objektiv bestimmen. Würde man auf den Vorsatz des Täters abstellen, um zu hinterfragen, was „im Vordergrund stand“, würde man objektive Merkmale zu sehr mit dem subjektiven Tatbestand verschleifen. Daher ist diese Ansicht abzulehnen.

² *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 62. Aufl. 2015, § 303 Rn. 2; *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 242 Rn. 2; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 37. Aufl. 2014, Rn. 18; vgl. dazu, dass § 90 BGB auch auf § 303 StGB anwendbar ist, *Rengier* (Fn. 1), § 24 Rn. 1 und § 2 Rn. 4.

³ *Fischer* (Fn. 2), § 303 Rn. 2; *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 242 Rn. 2; *Stree/Hecker* (Fn. 1), § 303 Rn. 3.

⁴ Vgl. zu diesem Erfordernis *Rengier* (Fn. 1), § 24 Rn. 5; *Stree/Hecker* (Fn. 1), § 303 Rn. 3.

⁵ Diesen Aspekt betonen *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 18.

⁶ *Fischer* (Fn. 2), § 242 Rn. 5; *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 242 Rn. 4; *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 6; *Stree/Hecker* (Fn. 1), § 303 Rn. 6; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 20; vgl. *Altenhain* (Fn. 1), § 303 Rn. 4.

⁷ *Stree/Hecker* (Fn. 1), § 303 Rn. 6; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 20.

⁸ BGHSt 13, 207 (208); BGH NStZ 1982, 508 f.; *Altenhain* (Fn. 1), § 303 Rn. 7; *Fischer* (Fn. 2), § 303 Rn. 6; *Rengier* (Fn. 1), § 24 Rn. 8; *Stree/Hecker* (Fn. 1), § 303 Rn. 9; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 16, 23 und vor allem 30; ähnlich *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 303 Rn. 3.

⁹ Vgl. dazu auch *Stree/Hecker* (Fn. 1), § 303 Rn. 9, die ein Verschmutzen als Substanzveränderung ansehen. Ebenso *Fischer* (Fn. 2), § 303 Rn. 7a.

¹⁰ Vergleichbar *Altenhain* (Fn. 1), § 303 Rn. 8.

¹¹ Diesen Aspekt heben *Lackner/Kühl* ([Fn. 1], § 303 Rn. 3) für die Substanzbeeinträchtigung hervor; vergleichbar *Altenhain* (Fn. 1), § 303 Rn. 8.

¹² Vgl. *Füller*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 6. Aufl. 2013, § 947 Rn. 3 f. und § 948 Rn. 4 f.

Hinweis 4: Vertretbar ist es auch, hier zusätzlich auf den starken Temperaturverlust einzugehen, der durch die Oberflächenvergrößerung infolge des Ausgießens eingetreten ist. Die Brauchbarkeit, als Heißgetränk genossen zu werden, ist folglich ebenfalls beeinträchtigt. Wichtig ist, dass mit dem Verschütten des Glühweins eine tatsächliche Brauchbarkeitsbeeinträchtigung subsumiert werden kann, die über eine bloße Sachentziehung hinausgeht. Denn bei einer bloßen Sachentziehung wird auf die Sache substanzuell nicht eingewirkt,¹³ sodass die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit erhalten bleibt, lediglich dem Eigentümer selbst nicht möglich ist.¹⁴ Der Eigentümer erleidet zwar einen Schaden, nicht aber die Sache selbst. Das reicht für das hier zu subsumierende „Beschädigen der Sache“ nicht.

Diese Beeinträchtigung müsste mehr als nur unerheblich sein. Der Glühwein ließe sich durch aufwändige Filterverfahren wieder in einen trinkbaren Zustand versetzen. Doch dazu müsste er zunächst von Tischplatte und Asphalt geborgen werden. Ein derartiges Reinigungsverfahren ist zudem mit einem hohen Aufwand an Zeit und Kosten verbunden.¹⁵ Somit ist die Beeinträchtigung mehr als nur unerheblich.

Hinweis 5: Vertretbar ist es auch, eine Bergung und Reinigung des Glühweins als nicht möglich anzusehen. Dazu sollten die praktischen Schwierigkeiten eines solchen Unterfangens herausgestellt werden. An der Erheblichkeit ändert dies nichts.

Folglich ist zwar nicht die Sachsubstanz, wohl aber die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt worden, sodass der Glühwein beschädigt wurde.

Der Glühwein könnte sogar zerstört worden sein. Zerstört ist er, wenn er substanzuell in seiner Existenz vernichtet wurde oder seine bestimmungsgemäße Brauchbarkeit völlig aufgehoben wurde.¹⁶ Mangels Substanzbeeinträchtigung wurde der Glühwein indessen in seiner Existenz nicht vernichtet.

Hinweis 6: Wer hier zuvor anders argumentiert hat (vgl. *Hinweis 3*), muss nun darauf eingehen, ob eine Wieder-

herstellung der ursprünglichen Substanz möglich ist. Es ist vertretbar, dies abzulehnen (vgl. *Hinweis 5*).

Die Wiederherstellung der bestimmungsgemäßen Brauchbarkeit erfordert zwar einen ganz erheblichen Aufwand, ist aber dennoch möglich. Somit wurde sie nicht völlig aufgehoben.

Hinweis 7: Ein anderes Ergebnis ist vertretbar, wenn zuvor bereits in entsprechender Weise argumentiert wurde (vgl. *Hinweis 5*).

Somit ist weder die Substanz in ihrer Existenz vernichtet noch die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit völlig aufgehoben, sodass der Glühwein nicht zerstört wurde.

Das Stoßen gegen den Tisch war zudem kausal für die Beschädigung, der Erfolg ist R auch objektiv zurechenbar.

Hinweis 8: Kausalität und objektive Zurechnung wurden hier nicht subsumiert. Wenn das Verhalten des Täters, das im einleitenden Obersatz genannt wurde, ganz eindeutig kausal für den festgestellten Erfolg war – wie hier –, dann ist eine Subsumtion nicht notwendig, stattdessen genügt eine schlichte Feststellung.¹⁷ Die objektive Zurechnung kann durch Subsumtion sinnvoll eigentlich nur geprüft werden, wenn ein Grund in Betracht kommt, der die objektive Zurechnung ausschließen würde. Ist ein solcher Grund – wie hier – nicht ersichtlich, dann genügt ebenfalls die schlichte Feststellung der objektiven Zurechenbarkeit des Erfolges. Wenn sowohl die Kausalität als auch die objektive Zurechnung ganz evident vorliegen, dann darf sogar der feststellende Satz weggelassen werden.

Somit ist der objektive Tatbestand erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

R müsste vorsätzlich gehandelt haben, also mit dem Wissen um die Tatumstände und dem Willen, den Tatbestand zu verwirklichen.¹⁸ R wusste, dass Glühwein eine Sache ist. Allerdings hat er in eine andere Richtung geschaut, den Glühwein des N also nicht wahrgenommen. Somit war er sich nicht bewusst, dass dieser im Eigentum des N stand. Also war er sich nicht bewusst, dass er eine fremde Sache vor sich hat.

Hinweis 9: Es ist auch in Ordnung, davon auszugehen, dass R ganz allgemein wusste, dass jeglicher Glühwein, den andere Menschen auf dem Weihnachtsmarkt tranken, für ihn fremd war. Dann prüft man weiter:

¹³ *Altenhain* (Fn. 1), § 303 Rn. 5. Zu diesem Erfordernis ausführlich *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 23 ff., insbesondere Rn. 30.

¹⁴ Vgl. *Stree/Hecker* (Fn. 1), § 303 Rn. 13; *Fischer* (Fn. 2), § 303 Rn. 12.

¹⁵ Vgl. dazu, dass dies Kriterien für die Erheblichkeit sind, *Rengier* (Fn. 1), § 24 Rn. 11; *Stree/Hecker* (Fn. 1), § 303 Rn. 12; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 35; ähnlich *Fischer* (Fn. 2), § 303 Rn. 6.

¹⁶ *Fischer* (Fn. 2), § 303 Rn. 14; *Rengier* (Fn. 1), § 24 Rn. 7; *Stree/Hecker* (Fn. 1), § 303 Rn. 14; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 36. *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 303 Rn. 7, stellen lediglich auf die völlige Aufhebung der bestimmungsgemäßen Brauchbarkeit ab.

¹⁷ Ganz deutlich *Wessels/Beulke/Satzger* (Strafrecht, Allgemeiner Teil, 44. Aufl. 2015, Rn. 893 f.), die eine Feststellung empfehlen, wenn das „Ergebnis [...] klar auf der Hand liegt“.

¹⁸ *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 1), § 15 Rn. 4; *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2012, § 5 Rn. 6; *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 15 Rn. 3; *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2014, § 14 Rn. 5; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 17), Rn. 203; vgl. *Frister*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2013, Kap. 11 Rn. 1.

Allerdings hat R nicht auf den Weg geachtet. Er war sich also nicht bewusst, dass er den Tisch anstoßen würde und dass der Glühwein über den Tisch und auf den Asphalt laufen würde. Dies wollte er auch nicht. Also war er sich der Beschädigung nicht bewusst und wollte diese auch nicht. Also handelte er nicht vorsätzlich.

Hinweis 10: Ein anderes Ergebnis ist für den subjektiven Tatbestand in jedem Fall völlig unvertretbar.

Mithin ist der subjektive Tatbestand nicht erfüllt.

2. Ergebnis

R hat sich nicht gemäß § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des N wegen Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 StGB

Indem er die Faust dem R gegen den Kopf schlug, könnte sich N wegen Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

N müsste R körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.

Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt.¹⁹

Der Schlag mit der Faust ist eine üble, unangemessene Behandlung.

Hinweis 11: Auch hier genügt eine Feststellung völlig.

Zunächst könnte das körperliche Wohlbefinden beeinträchtigt sein. Dies ist der Zustand des Körperempfindens unmittelbar vor der Tat.²⁰ Unmittelbar vor der Tat hatte R keine Schmerzen. Infolge der Tat hatte er Kopfschmerzen und eine schmerzende Wunde. Also hat sich der Zustand des Körperempfindens, wie er unmittelbar vor der Tat bestand, verschlechtert. Somit wurde er beeinträchtigt. Also ist das körperliche Wohlbefinden beeinträchtigt worden.

¹⁹ BGHSt 14, 269 (271); zustimmend *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 1), § 223 Rn. 5; *Fischer* (Fn. 2), § 223 Rn. 4; *Knauer/Brose*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht, Kommentar*, 2. Aufl. 2014, § 223 StGB Rn. 3; *Rengier*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 15. Aufl. 2014, § 13 Rn. 7; vgl. *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 1), § 223 Rn. 3; *Wessels/Hettinger*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 38. Aufl. 2014, Rn. 255. Allein auf das Wohlbefinden stellt *Paeffgen* (in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* [Hrsg.], *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 223 Rn. 8) ab, sieht dieses jedoch als den Oberbegriff an, der die körperliche Unversehrtheit umfasst. Vergleichbar *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 223 Rn. 4.

²⁰ *Fischer* (Fn. 2), § 223 Rn. 6.

Diese Beeinträchtigung müsste mehr als unerheblich sein. Neben der Dauer ist für die Erheblichkeit vor allem die Intensität der Beeinträchtigung maßgeblich;²¹ das Überschreiten der Schmerzschwelle genügt dafür aus.²² R litt mehrere Minuten unter Kopfschmerzen, die dann erst allmählich abzuklingen begannen. Noch länger litt er unter den Schmerzen der Wunde. Somit war die Schmerzschwelle überschritten. Folglich war die Beeinträchtigung mehr als nur unerheblich. Somit hat N das körperliche Wohlbefinden des R mehr als nur unerheblich beeinträchtigt.

Zudem könnte die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt worden sein. Dazu müsste die körperliche Integrität oder die somatische Funktionsfähigkeit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt worden sein.²³

Auf der Wange des R befindet sich infolge des Stoßes eine blutende Schnittwunde. Also ist es zu einer Substanzveränderung gekommen.²⁴ Somit wurde die körperliche Integrität beeinträchtigt. Diese Beeinträchtigung müsste mehr als nur unerheblich sein. Zwar kann R die Blutung provisorisch mit seinem Schal stoppen, doch muss die Wunde gleichwohl genäht werden. Danach benötigt eine derartige Wunde noch längere Zeit zur Heilung. Somit bedarf es eines deutlichen Aufwands an Zeit und ggf. Behandlungskosten, um den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen. Also war die Beeinträchtigung erheblich.

Die somatische Funktionsfähigkeit könnte ebenfalls beeinträchtigt worden sein. In dem Bereich der Wange, in dem sich die Wunde befindet, tritt Blut aus. Die Blutgefäße vermögen also ihre Funktion, Blut zu transportieren, nur noch eingeschränkt ausüben. Also ist diese Funktion und somit die somatische Funktionsfähigkeit beeinträchtigt. Diese Beeinträchtigung müsste erheblich sein. Die Blutung kann R zwar mit dem Schal provisorisch stoppen, zur endgültigen Behebung ist jedoch ein Arztbesuch erforderlich. Somit lässt sich die Funktionsfähigkeit auch nur mit einigem Aufwand wiederherstellen, also ist auch diese Beeinträchtigung erheblich.

Hinweis 12: Die Schmerzen spielen hier keine Rolle, sind also kein Argument, um eine Funktionsbeeinträchtigung zu bejahen.

Somit waren die körperliche Integrität und die somatische Funktionsfähigkeit des R erheblich beeinträchtigt. Folglich wurde dessen körperliche Unversehrtheit erheblich beeinträchtigt.

Der Schlag war kausal für diese körperliche Misshandlung.

²¹ *Engländer* (Fn. 19), § 223 Rn. 6; *Eser* (Fn. 19), § 223 Rn. 4a.

²² *Paeffgen* (Fn. 19), § 223 Rn. 8; vgl. *Eser* (Fn. 19), § 223 Rn. 3; *Knauer/Brose* (Fn. 19), § 223 StGB Rn. 3; *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 223 Rn. 4.

²³ Vgl. *Fischer* (Fn. 2), § 223 Rn. 7.

²⁴ Vgl. *Paeffgen* (Fn. 19), § 223 Rn. 8, der durch Substanzverletzungen die für ihn maßgebliche Beeinträchtigung der „Freiheit vor Einwirkungen Dritter auf die Leiblichkeit“ sieht.

Hinweis 13: Eine Feststellung genügt auch hier, dieser Satz kann sogar weggelassen werden (vgl. *Hinweis 8*).

Der Misshandlungserfolg müsste dem N zudem objektiv zurechenbar sein. Objektiv zurechenbar ist ein Erfolg dann, wenn der Täter eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen hat, die sich im Erfolg verwirklicht.²⁵

Hier könnte aber ein atypischer Kausalverlauf vorliegen.²⁶ Dann müsste der eingetretene Erfolg völlig außerhalb dessen liegen, was nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung in Rechnung zu stellen ist.²⁷ Dass sich Glasscherben auf einem bereits verschmierten Stehtisch befinden, der von den Gästen des Weihnachtsmarktes benutzt wird, liegt noch innerhalb dessen, was nach allgemeiner Lebenserfahrung in Rechnung zu stellen ist. Dass sich diese in einem dünnen Wollhandschuh an einer so ungünstigen Stelle verfangen, dass sie bei einem Schlag gegen den Kopf eine Schnittwunde hervorrufen, ist jedoch ein ganz unwahrscheinliches Ereignis. Dass zudem R durch einen Stoß so auf R zu taumelt, dass sich eine derartig lange Schnittwunde bildet, entspricht in einer Gesamtschau nicht mehr dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, sodass auch niemand damit rechnen muss. Somit liegt es völlig außerhalb dessen, was nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung in Rechnung zu stellen ist. Also lag ein atypischer Kausalverlauf vor. Somit hat sich im Erfolg nicht die Gefahr verwirklicht, die N geschaffen hat. Also ist ihm diese körperliche Misshandlung in Gestalt der schmerzenden Wunde nicht zurechenbar.

Hinweis 14: Alternativ kann hier auch auf das eigenverantwortliche Dazwischentreten eines Dritten,²⁸ der R anstieß, bzw. der Person, die die Scherben auf dem Tisch liegen ließ, abgestellt werden. In der Sache ändert sich dadurch nichts.

Hinweis 15: Es ist auch vertretbar, das gesamte Geschehen als noch zurechenbar anzusehen. Hier kommt es vor allem auf eine schlüssige Argumentation an. Wer meint, es sei allgemein in Rechnung zu stellen, dass auf einem derartigen Stehtisch auch Glasscherben liegen können, und dass es deshalb auch nicht völlig unerwartet ist, mit dem Schlag eine Schnittwunde zu verursachen, der kann auch hervorheben, dass in dem dichten Gedränge am

Glühweinstand ständig damit zu rechnen ist, von einem Passanten angestoßen zu werden. Dann ist ein solcher Stoß als wahrscheinlich einzustufen. Das Gesamtgeschehen ist dann eine Verkettung unglücklicher, im Ganzen aber noch nicht atypischer Umstände, sodass auch die Wunde objektiv zurechenbar ist. In jedem Fall muss eine Auseinandersetzung mit dieser Frage erfolgen.

Allerdings kommen die bloßen Kopfschmerzen als körperliche Misshandlung in Betracht. Wie schon aufgezeigt, liegt mit den Kopfschmerzen eine erhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens vor. Die Köpersubstanz ist aber insoweit nicht beeinträchtigt, somit wurde die Integrität nicht beeinträchtigt. Schmerzen sind eine Sinneswahrnehmung. Die somatische Funktionsfähigkeit weist im Übrigen keine Beeinträchtigungen auf. Also wurde die körperliche Unversehrtheit nicht erheblich beeinträchtigt. Gleichwohl liegt eine körperliche Misshandlung auch mit Blick auf die bloßen Kopfschmerzen vor.

Hierfür war der Schlag kausal. Diese Kopfschmerzen sind R auch objektiv zurechenbar.

Hinweis 16: Feststellungen genügen hier (vgl. *Hinweis 8*).

Somit hat N den R körperlich misshandelt.

Er könnte R zudem an der Gesundheit geschädigt haben. Dann müsste er einen krankhaften Zustand bei R hervorgerufen, aufrechterhalten oder gesteigert haben.²⁹ Durch den Schlag wurde mit der blutigen Wunde ein krankhafter Zustand bei R hervorgerufen. Diese Wunde ist dem N, wie schon aufgezeigt, aber nicht objektiv zurechenbar. Also hat er N nicht an der Gesundheit geschädigt.

Hinweis 17: Die Schmerzen – als Sinneswahrnehmung – sind kein krankhafter Zustand, spielen hier also keine Rolle.³⁰ Wer die Wunde zugerechnet hat (vgl. *Hinweis 15*), muss natürlich die Gesundheitsschädigung ebenfalls zurechnen.

Somit hat N den objektiven Tatbestand erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

N müsste vorsätzlich gehandelt haben. N wollte dem R Schmerzen bereiten und war sich bewusst, dass dies durch den Schlag mit der Faust eintreten würde. Also handelte er vorsätzlich.

²⁵ *Frister* (Fn. 18), Kap. 10 Rn. 4; *Kühl* (Fn. 18), § 4 Rn. 43; *Rengier* (Fn. 18), § 13 Rn. 46; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 17), Rn. 179; vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), Vor §§ 13 ff. Rn. 92.

²⁶ Dieser wird auch unter die „Realisierung unerheblicher Risiken“ gefasst, vgl. *Frister* (Fn. 18), Kap. 10 Rn. 21, oder als „objektive Vorhersehbarkeit“ des Erfolges bezeichnet, vgl. dazu auch *Gaede* (Fn. 18), § 15 Rn. 49.

²⁷ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 17), Rn. 196; vgl. *Kühl* (Fn. 18), § 4 Rn. 61 ff.; *Rengier* (Fn. 18), § 13 Rn. 62.

²⁸ Vgl. dazu *Eisele* (Fn. 25), Vor §§ 13 ff. Rn. 100; *Kühl* (Fn. 18), § 4 Rn. 67 f.; *Rengier* (Fn. 18), § 13 Rn. 88; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 17), Rn. 192 f.

²⁹ BGH NJW 1960, 2253; *Fischer* (Fn. 2), § 223 Rn. 8; *Knauer/Brose* (Fn. 19), § 223 StGB Rn. 3; *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 223 Rn. 5; *Paeffgen* (Fn. 19), § 223 Rn. 14; *Rengier* (Fn. 19), § 13 Rn. 11; *Eser* (Fn. 19), § 223 Rn. 5; *Wessels/Hettinger* (Fn. 19), Rn. 255.

³⁰ *Rengier* (Fn. 19), § 13 Rn. 11. *Knauer/Brose* ([Fn. 19], § 223 StGB Rn. 3) rechnen zwar auch die Herbeiführung von Schmerzzuständen zu den krankhaften Zuständen, damit ist indes gerade mehr gemeint als bloße Schmerzen, nämlich die (krankhafte körperliche) *Ursache* der Schmerzen.

Hinweis 18: Was Vorsatz ist, wurde bereits in der Prüfung des subjektiven Tatbestands der Sachbeschädigung unter I. 1. b) definiert. Deshalb kann diese Definition nun als bekannt vorausgesetzt und weggelassen werden. Es ist also möglichst, den Obersatz zu kürzen und somit eine verkürzte Subsumtionstechnik anzuwenden. Der Untersatz, der die Definition wieder aufgreift, bleibt hingegen unverändert, denn er stellt das unverzichtbare Kernstück der Subsumtion dar.

Hinweis 19: Wer auch die Wunde objektiv zugerechnet hat (vgl. *Hinweis 15*), muss an dieser Stelle allerdings differenzierter prüfen: Die erhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens in Form der Kopfschmerzen war vom Vorsatz des N umfasst. Allerdings hielt er es nicht für möglich, dass sich Scherben an seinem Handschuh befanden. Also war er sich nicht bewusst, dass der Schlag die körperliche Unversehrtheit erheblich beeinträchtigen und die Gesundheit schädigen würde. Dies wollte er auch nicht. Somit handelte er wissentlich und willentlich lediglich bezüglich der erheblichen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens. Gleichwohl hatte er damit den Vorsatz, R körperlich zu misshandeln.

Somit ist der subjektive Tatbestand erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich, also handelte N rechtswidrig.

Hinweis 20: Es war nicht falsch, an dieser Stelle eine Notwehr nach § 32 StGB zu prüfen. Mit dem gegen das Eigentum des N gerichteten menschlichen Verhalten³¹ des R lag zwar ein Angriff an sich vor. Dieser war aber schon abgeschlossen, stand also weder unmittelbar bevor, noch fand er gerade statt oder dauerte an.³² Da dies sehr klar ersichtlich war, bedurfte es keiner gutachterlichen Prüfung. Die schlichte Feststellung, dass keine Rechtfertigungsgründe einschlägig waren, genügte daher.

3. Schuld

Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich, also handelte N auch schuldhaft.

4. Strafantragserfordernis

Wegen § 230 Abs. 1 StGB ist ein Strafantrag erforderlich, der bereits gestellt wurde.

5. Ergebnis

N hat sich wegen Körperverletzung strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit des N wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich N wegen gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis 21: Es kann auch gleich die gefährliche Körperverletzung geprüft werden, ohne zuvor § 223 Abs. 1 StGB zu prüfen. Liegen dann allerdings keine Qualifikationsmerkmale vor oder fehlt es dem Täter an Vorsatz, ist der Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung nicht erfüllt. Bearbeiter, die sauber subsumieren, müssen dann die Prüfung der gefährlichen Körperverletzung abbrechen und zu einer erneuten Prüfung ansetzen, diesmal wegen § 223 Abs. 1 StGB.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Eine Körperverletzung als Grunddelikt liegt, wie unter II. 1. a) geprüft, vor.

Diese könnte mittels eines gefährlichen Werkzeugs im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB begangen worden sein.

Hinweis 22: Eine Waffe – also ein Gegenstand, der nicht nur dazu geeignet, sondern auch allgemein dazu bestimmt ist, Menschen zu verletzen³³ – liegt erkennbar nicht vor, daher kann gleich mit der Prüfung eines gefährlichen Werkzeugs begonnen werden.

Ein Gegenstand ist ein gefährliches Werkzeug, wenn er durch seine objektive Beschaffenheit in der konkreten Art der Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.³⁴ Ein Schlag mit einer behandschuhten Faust, an der sich Scherben befinden, erhöht die Verletzungsmöglichkeiten deutlich gegenüber dem Einsatz der bloßen Faust. Dadurch können zudem noch tiefere Wunden hervorgerufen werden, von denen entstellende Narben zurückbleiben. Zudem besteht die Gefahr, dass eine Scherbe das Auge trifft und verletzt. Daraus können sich weitergehende Folgen bis hin zur Erblindung ergeben. Dies alles sind erhebliche Verletzungen.³⁵

³³ Engländer (Fn. 19), § 224 Rn. 9; Paeffgen (Fn. 19), § 224 Rn. 13; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 224 Rn. 4; Wessels/Hettinger (Fn. 19), Rn. 273; vgl. Fischer (Fn. 2), § 224 Rn. 9d; Knauer/Brose (Fn. 19), § 224 StGB Rn. 4.

³⁴ BGH NStZ 2010, 512 (513); zustimmend Fischer (Fn. 2), § 224 Rn. 9; Knauer/Brose (Fn. 19), § 224 StGB Rn. 4; Paeffgen (Fn. 19), § 224 Rn. 14; Rengier (Fn. 19), § 14 Rn. 27; Wessels/Hettinger (Fn. 19), Rn. 275; vgl. Lackner/Kühl (Fn. 1), § 224 Rn. 5; Stree/Sternberg-Lieben (Fn. 33), § 224 Rn. 4.

³⁵ Vgl. dazu Rengier (Fn. 19), § 14 Rn. 33 f., der die Rechtsprechung des BGH kritisiert, indem er eine restriktivere Handhabung der Erheblichkeit verlangt und „die Gefahr einer Verletzung im Sinne des § 226 I“ fordert; ganz ähnlich

³¹ Zu diesen Voraussetzungen eines Angriffs ausführlicher Engländer (Fn. 19), § 32 Rn. 8 ff.

³² Zu diesen Voraussetzungen der Gegenwärtigkeit Engländer (Fn. 19), § 32 Rn. 14.

Also war der mit Scherben versehene Handschuh durch seine objektive Beschaffenheit und die konkrete Art ihrer Verwendung geeignet, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Also handelte es sich um ein gefährliches Werkzeug.

Hinweis 23: Ein anderes Ergebnis dürfte nicht vertretbar sein, da bereits die eingetretenen Verletzungen als erheblich im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB bewertet werden können.³⁶

Hinweis 24: Zuvor, oben unter II. 1. a), wurde der Umstand, dass sich Scherben am Handschuh befanden, als Teil eines atypischen Kausalverlaufs angesehen. Daher ist es vertretbar, auch an dieser Stelle auf die objektive Zurechnung einzugehen und zu hinterfragen, ob es N zuzurechnen ist, dass er die Körperverletzung mittels dieses gefährlichen Werkzeugs begangen hat. Das „Begehen“ ist zwar kein Erfolg, gleichwohl ist aber auch §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB ein Erfolgsdelikt. Wenn der Kausalverlauf einmal – mit Blick auf den Körperverletzungserfolg – als atypisch bewertet wurde, muss dies konsequenterweise für die Modalität der Begehung ebenfalls gelten.

Bearbeiter, die diesen Gedanken nachgehen, das gefährliche Werkzeug zwar bejahen, die Begehung durch N damit aber mangels Zurechenbarkeit verneinen, zeigen, dass sie das Konzept der unrechtskonstituierenden objektiven Zurechnung konsequent weiterdenken. Dass diese Bearbeiter dann den subjektiven Tatbestand nicht mehr prüfen müssen, ist nur konsequent und daher völlig in Ordnung. Bearbeiter, die zuvor die objektive Zurechenbarkeit angenommen haben (vgl. *Hinweis 15*), setzen sich aber in Widerspruch zu ihrer vorherigen Lösung und gehen daher unvertretbar vor, wenn sie hier nun die Behandlung mit einem gefährlichen Werkzeug als nicht zurechenbar ansehen.

Also hat N die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen.

Außerdem könnte N mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung vorgegangen sein. Welche Anforderungen an die Lebensgefahr zu stellen sind, ist indessen umstritten. Nach der weitesten Ansicht genügt es, dass das Verhalten abstrakt lebensgefährlich war.³⁷ Der Schlag mit der Faust hat R nicht in Lebensgefahr gebracht. Selbst wenn es zu einer schlimmeren Verletzung im Gesicht, insbesondere an einem Auge, gekommen wäre, hätte sich das Gefahrenpotenzial auf diesen Erfolg beschränkt. Dass ein – selbst wuchtig ausgeführter – Schlag mit einer mit Scherben versehenen behand-

schuhten Faust darüber hinaus das Leben des R hätte in Gefahr bringen können, ist nicht ersichtlich. Daher begründet dieses Verhalten nicht einmal eine abstrakte Lebensgefahr. Nach der weitesten Ansicht lag daher keine das Leben gefährdende Behandlung vor. Die übrigen Ansichten, die strengere Anforderungen stellen,³⁸ kommen zwangsläufig zu demselben Ergebnis. Also muss der Streit hier nicht entscheiden werden.

Hinweis 25: Ein anderes Ergebnis ist vertretbar, wenn man auf die – wenngleich sehr fernliegende – Möglichkeit abstellt, dass sich eine Scherbe durch das Auge ins Gehirn bohren und R dadurch hätte töten können. Denn dass der Schlag so geartet war, dass eine solche Gefahr bestand, ist wenig ersichtlich. Dennoch kann auf diese oder ähnliche Weise eine abstrakte Lebensgefahr begründet werden. Auch eine starke Stoßwirkung (durch Stoß gegen einen sehr harten Gegenstand wie einer Mauer oder die Straßendecke)³⁹ gegen den Kopf des Opfers wird von einigen als stets abstrakt lebensgefährliche Behandlung angesehen.⁴⁰ Zwar ist es zweifelhaft, dass ein Faustschlag eine vergleichbare Wucht aufweist, doch dürfte eine solche Sichtweise mit entsprechender Begründung, die auf die etwaigen Folgen eingeht, noch vertretbar sein. Dann ist auf die Gegenansicht einzugehen, die aber – mangels konkreter Lebensgefahr – die lebensgefährdende Behandlung ablehnt. Nur dann ist eine Streitentscheidung erforderlich, jedes Ergebnis ist dann vertretbar.

Also ist N nicht mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung vorgegangen.

Somit ist der objektive Tatbestand nur hinsichtlich des Einsatzes eines gefährlichen Werkzeugs erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

N müsste vorsätzlich gehandelt haben. Der Vorsatz bzgl. des Grunddelikts wurde bereits oben unter II. 1. b) festgestellt.

Dass sich am Handschuh Scherben befanden, hielt N nicht für möglich. Er wollte es auch nicht. Also stelle er sich lediglich einen schmerzhaften Schlag mit einer behandschuhten Faust vor. Somit hatte er nicht das Bewusstsein um die Umstände, die den Handschuh in seiner Beschaffenheit und der konkreten Art ihrer Verwendung zu einem gefährlichen Werkzeug machen.⁴¹

Hinweis 26: Hier einen Vorsatz anzunehmen, ist mit dem Sachverhalt unvereinbar.

Paeffgen (Fn. 19), § 224 Rn. 16. Mit der Gefahr des Verlustes eines Auges ist diese Anforderung allerdings erfüllt.

³⁶ Vgl. *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 33), § 224 Rn. 5.

³⁷ BGH NSZ 2007, 339 (340); *Engländer* (Fn. 19), § 224 Rn. 14; *Fischer* (Fn. 2), § 224 Rn. 12; *Knauer/Brose* (Fn. 19), § 224 StGB Rn. 7; *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 224 Rn. 8; *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 33), § 224 Rn. 12; *Wessels/Hettinger* (Fn. 19), Rn. 282.

³⁸ Vgl. dazu nur *Paeffgen* (Fn. 19), § 224 Rn. 27 ff.

³⁹ Vgl. *Wessels/Hettinger* (Fn. 19), Rn. 283.

⁴⁰ Vgl. OLG Hamm NSZ-RR 2009, 15 f.; *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 224 Rn. 8; *Wessels/Hettinger* (Fn. 19), Rn. 283; ähnlich *Fischer* (Fn. 2), § 224 Rn. 12b.

⁴¹ Dazu, dass dies für den Vorsatz maßgeblich ist, *Fischer* (Fn. 2), § 224 Rn. 13; *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 224 Rn. 9; *Paeffgen* (Fn. 19), § 224 Rn. 34; vgl. *Engländer* (Fn. 19), § 224 Rn. 16.

Allerdings könnte bereits das Vorstellungsbild des N, also der Schlag mit einer behandschuhten Faust, ein gefährliches Werkzeug umfassen. Ein Schlag mit einer Faust, die in einem dünnen Wollhandschuh steckt, kann weder tiefe Schnittwunden noch Augenverletzungen herbeiführen. Im Ergebnis entspricht dies der Gefährlichkeit eines bloßen Faustschlags. Also hatte N ein Vorstellungsbild, in dem seine Gefährlichkeit gegenüber einem Angriff mit der bloßen Faust nicht gesteigert worden wäre. Also stellte er sich nicht vor, ein Werkzeug zu benutzen, das nach seiner objektiven Beschaffenheit und der konkreten Art seiner Verwendung geeignet war, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Somit umfasste sein Vorstellungsbild kein gefährliches Werkzeug.

Hinweis 27: Es war nicht erforderlich, diese Alternativüberlegung auf diese Weise anzustellen. Stattdessen kann auch gleich darauf abgestellt werden, was N sich vorstellte und ob dies den Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs umfasste. Sollten Bearbeiter gar nicht auf das Vorstellungsbild vom dünnen Handschuh als Alternative eingehen, wurde dies ebenfalls nicht als Fehler zu bewerten. Wichtig ist jedoch, dass der Vorsatz hier im Ergebnis abgelehnt wird.

Somit hatte N keinen Vorsatz zum Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs.

Der subjektive Tatbestand ist folglich nicht erfüllt.

Hinweis 28: Etwas anderes kann sich wohl auch dann nicht ergeben, wenn eine lebensgefährliche Behandlung bejaht wurde (vgl. *Hinweis 25*), da auch dies letztlich immer die Scherben am Handschuh voraussetzen muss. Die Vorstellung des N umfasste diese Umstände nicht und somit nicht einmal die etwaige abstrakte Lebensgefahr.⁴²

2. Ergebnis

N hat sich nicht nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB strafbar gemacht.

IV. Gesamtergebnis

N hat sich lediglich wegen Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, R bleibt straflos.

C. Lösung zu Aufgabe 2

Hinweis 29: Die Frage konnte knapp beantwortet werden – eine kurze Nennung der Vorsatzformen und der wesent-

⁴² Nach h.M. muss der Täter nur die die Lebensgefährlichkeit begründenden Umstände kennen, ohne eine Bewertung als lebensgefährliche Behandlung vorgenommen haben zu müssen, vgl. *Fischer* (Fn. 2), § 224 Rn. 13; *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 224 Rn. 9; *Wessels/Hettinger* (Fn. 19), Rn. 284. Weitergehend verlangt eine m.M., dass der Täter zudem die konkrete Lebensgefahr des Opfers billigend in Kauf genommen hat, vgl. *Paeffgen* (Fn. 19), § 224 Rn. 35; *Engländer* (Fn. 19), § 224 Rn. 16.

lichen Unterschiede genügt. Die folgende Darstellung soll die Unterschiede deutlich umfassender herausstellen, als dies in der Klausur gefordert war.

I. Allgemeines

Vorsatz wird in seiner allgemeinen Form dahingehend definiert, dass der Täter mit dem Wissen um die Tatumstände und dem Willen, den Tatbestand zu verwirklichen, handelt.⁴³ Vorsatz besteht also aus einer Wissenskomponente (auch kognitives Element⁴⁴ genannt) und einer Willenskomponente (auch voluntatives Element⁴⁵ genannt).⁴⁶ Danach, wie stark diese Komponenten ausgeprägt sind, unterscheidet man drei verschiedene Vorsatzformen: Absicht, Wissentlichkeit und Eventualvorsatz.⁴⁷

II. Absicht

Die Absicht wird auch *dolus directus* 1. Grades genannt.⁴⁸ Bei der Absicht ist die Willenskomponente sehr stark ausgeprägt: Der Täter handelt, um einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. Darauf kommt es ihm gerade an.⁴⁹ Es ist das Ziel seines Handelns,⁵⁰ das er anstrebt und dessentwegen er überhaupt tätig wird.⁵¹ Dieser Erfolg muss nicht das Endziel des Täters sein. Vielmehr genügt es, dass es sich um ein Zwischenziel handelt, dass der Täter zur Erreichung eines weiteren Ziels anstrebt.⁵² Wer zum Beispiel mit einem Stein nach einem Fenster wirft, um das Glas zum Zersplittern zu bringen, um in ein Gebäude gelangen zu können, um aus diesem einen Gegenstand zu stehlen, um diesen später auf dem Schwarzmarkt zu verkaufen, verfolgt jeweils verschiedene Zwischenziele mit dem Endziel des Absatzes auf dem Schwarzmarkt und handelt jeweils absichtlich.

Die Wissenskomponente muss nicht stark ausgeprägt sein. Es ist daher nicht notwendig, dass der Täter auch sicher weiß, dass der Erfolg eintreten wird.⁵³ Vielmehr genügt es für die Absicht, dass die Wissenskomponente schwach ausge-

⁴³ *Gaede* (Fn. 18), § 15 Rn. 4; *Kühl* (Fn. 18), § 5 Rn. 6; *Rengier* (Fn. 18), § 14 Rn. 5; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 17), Rn. 203.

⁴⁴ *Rengier* (Fn. 18), § 14 Rn. 5.

⁴⁵ *Rengier* (Fn. 18), § 14 Rn. 5.

⁴⁶ *Gaede* (Fn. 18), § 15 Rn. 4; *Kühl* (Fn. 18), § 5 Rn. 28.

⁴⁷ *Kühl* (Fn. 18), § 5 Rn. 29; vgl. *Rengier* (Fn. 18), § 14 Rn. 6.

⁴⁸ *Frister* (Fn. 18), Kap. 11 Rn. 13; *Gaede* (Fn. 18), § 15 Rn. 9; *Rengier* (Fn. 18), § 14 Rn. 6.

⁴⁹ *Rengier* (Fn. 18), § 14 Rn. 7.

⁵⁰ *Frister* (Fn. 18), Kap. 11 Rn. 13; vgl. *Rengier* (Fn. 18), § 14 Rn. 7.

⁵¹ *Gaede* (Fn. 18), § 15 Rn. 10.

⁵² *Gaede* (Fn. 18), § 15 Rn. 10; *Rengier* (Fn. 18), § 14 Rn. 8; mit einem anschaulichen Beispiel *Frister* (Fn. 18), Kap. 11 Rn. 14.

⁵³ *Frister* (Fn. 18), Kap. 11 Rn. 14.

prägt ist, indem der Täter einen Erfolgseintritt für möglich hält.⁵⁴

III. Wissentlichkeit

Die Wissentlichkeit wird auch *dolus directus 2. Grades*⁵⁵ oder *direkter Vorsatz*⁵⁶ genannt. Hier ist die Wissenskomponente sehr stark ausgeprägt. Der Täter sieht es als sicher voraus, dass durch sein Handeln ein tatbestandlicher Erfolg eintritt.⁵⁷

Hinweis 30: Allerdings genügt es nach h.M. auch, dass der Täter sicher weiß, dass für den Fall, dass ihm eine beabsichtigte Handlung gelingen wird, eine bestimmte Folge sicher eintreten wird.⁵⁸ Wenn ein Täter beispielsweise seinen Erbonkel unbedingt töten will und deshalb eine Rakete auf dessen Yacht im See abschießt, dann handelt er hinsichtlich des Erbonkels mit Tötungsabsicht. Wenn dieser Täter sich nicht sicher ist, ob die Rakete überhaupt treffen wird, sich aber ganz sicher ist, dass sie im Falle des Treffens auch die Crew töten wird, dann handelt er hinsichtlich der Tötung der Crew *wissentlich*. Denn die Tötung – deren Eintritt der Täter insgesamt nur für möglich hält – ist aus Sicht des Täters mit Gewissheit mit dem beabsichtigten (aber für sich genommen ebenfalls nicht gewissen) Tötungserfolg des Erbonkels verknüpft. Dies genügt nach h. M. für die Wissenskomponente der *Wissentlichkeit*.⁵⁹

Die Willenskomponente spielt bei dieser Vorsatzform keine entscheidende Rolle.⁶⁰ Denn der Täter, der sicher weiß, dass sein Handeln zu einem bestimmten Erfolg führen wird, und trotz dieser Einsicht handelt, der findet sich zwangsläufig mit dem Erfolgseintritt ab –⁶¹ sonst würde er nicht handeln. Deshalb kann er sich hinterher nicht auf den Standpunkt stellen, der Erfolg sei für ihn höchst unerwünscht gewesen, also habe

er ihn nicht gewollt.⁶² Derartige Wünsche sind unbeachtlich, wenn der Täter weiß, dass er den Erfolgseintritt mit seiner Handlung sicher hervorrufen wird oder dass dieser mit einem beabsichtigten Erfolg notwendigerweise aufgrund einer ursächlichen Verknüpfung auch eintreten wird.

IV. Eventualvorsatz

Der *Eventualvorsatz* wird auch *dolus eventualis*⁶³ oder *bedingter Vorsatz*⁶⁴ genannt. Sowohl die Wissenskomponente als auch die Willenskomponente müssen für diese Vorsatzform nur schwach ausgeprägt sein. Für die Wissenskomponente wird ganz überwiegend als ausreichend erachtet, dass der Täter den Erfolgseintritt für möglich hält.⁶⁵ Die ganz h.M. verlangt zudem zumindest eine schwache Willenskomponente, wonach der Täter sich mit dem Erfolgseintritt abfindet bzw. ihn billigend in Kauf nimmt.⁶⁶ Fehlt diese Willenskomponente, weil der Täter sich nicht mit dem Erfolg abfindet, sondern darauf hofft, dass er nicht eintreten wird, dann handelt er nicht vorsätzlich, sondern nur bewusst fahrlässig.⁶⁷

⁵⁴ Kühl (Fn. 18), § 5 Rn. 28; vgl. Frister (Fn. 18), Kap. 11 Rn. 14; Rengier (Fn. 18), § 14 Rn. 7.

⁵⁵ Frister (Fn. 18), Kap. 11 Rn. 13; Gaede (Fn. 18), § 15 Rn. 9; Rengier (Fn. 18), § 14 Rn. 6.

⁵⁶ Frister (Fn. 18), Kap. 11 Rn. 13; Rengier (Fn. 18), § 14 Rn. 6. Gaede ([Fn. 18], § 15 Rn. 9) fasst unter dem direkten Vorsatz den *dolus directus 1. Grades* und den *dolus directus 2. Grades* zusammen. Kühl ([Fn. 18], § 5 Rn. 32) kritisiert deshalb den Begriff „direkter Vorsatz“ als wenig aussagekräftig und spricht sich insbesondere dagegen aus, Absicht und *Wissentlichkeit* gemeinsam unter diesen Begriff zusammenzufassen.

⁵⁷ Frister (Fn. 18), Kap. 11 Rn. 13 und Rn. 15; Gaede (Fn. 18), § 15 Rn. 12; Kühl (Fn. 18), § 5 Rn. 28; vgl. Rengier (Fn. 18), § 14 Rn. 9.

⁵⁸ Frister (Fn. 18), Kap. 11 Rn. 15. Ablehnend Gaede (Fn. 18), § 15 Rn. 12, der darin „unproblematische Fälle des *dolus eventualis*“ sieht.

⁵⁹ Deutlich in dieser Hinsicht Frister (Fn. 18), Kap. 11 Rn. 15.

⁶⁰ Gaede (Fn. 18), § 15 Rn. 12.

⁶¹ Ganz ähnlich Rengier (Fn. 18), § 14 Rn. 9.

⁶² Gaede (Fn. 18), § 15 Rn. 12; Rengier (Fn. 18), § 14 Rn. 9.

⁶³ Frister (Fn. 18), Kap. 11 Rn. 13; Gaede (Fn. 18), § 15 Rn. 5; Rengier (Fn. 18), § 14 Rn. 6.

⁶⁴ Frister (Fn. 18), Kap. 11 Rn. 13; Gaede (Fn. 18), § 15 Rn. 5; Rengier (Fn. 18), § 14 Rn. 6.

⁶⁵ Frister (Fn. 18), Kap. 11 Rn. 16; Rengier (Fn. 18), § 14 Rn. 10.

⁶⁶ Gaede (Fn. 18), § 15 Rn. 22 ff.; Rengier (Fn. 18), § 14 Rn. 10 und 13; vgl. Kühl (Fn. 18), § 5 Rn. 28.

⁶⁷ Vgl. Rengier (Fn. 18), § 14 Rn. 10.

Entscheidungsanmerkung

Ingebrauchnahme eines Fahrzeugs nach Ablauf der Berechtigung – Mutmaßliches Einverständnis und mutmaßliche Einwilligung

Die Ingebrauchnahme eines Fahrzeugs durch einen an sich Unberechtigten allein zum Zwecke der Rückführung ist regelmäßig von dessen mutmaßlichen Willen gedeckt und daher nicht tatbestandsmäßig im Sinne des § 248b Abs. 1 StGB.

(Amtlicher Leitsatz)

StGB § 248b

BGH, Beschl. v. 24.6.2014 – 2 StR 73/14¹

I. Einleitung

Im Zentrum der zu besprechenden Entscheidung steht § 248b StGB, der eine Ausnahme zur grundsätzlich straflosen Gebrauchsanmaßung (sog. *furtum usus*) darstellt, indem das gegen den Willen des Berechtigten erfolgende Ingebrauchnehmen eines Kraftfahrzeuges unter Strafe gestellt wird. Vom Diebstahl nach § 242 StGB unterscheidet sich das Delikt gerade auf der Enteignungsseite der Zueignungsabsicht: Zwar kommt es dem Täter darauf an, sich entsprechend der herrschenden eingeschränkten Sachwerttheorie die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Vermögenswert zuzueignen,² jedoch fehlt es dem Täter am (Eventual-)Vorsatz hinsichtlich einer Enteignung, da die Sache an den Eigentümer zurückgelangen soll. Die Grenze zur Enteignung ist in derartigen Konstellationen erst überschritten, wenn der Gebrauch in Verbrauch umschlägt und die Sache einen deutlichen Wertverlust erfährt.³ Klausurrelevant ist die Entscheidung wegen der Grenzen zwischen Zueignung und Gebrauchsanmaßung, der Auslegung des Merkmals der Ingebrauchnahme und vor allem der Frage, ob und inwieweit der Wille des Berechtigten die Strafbarkeit beeinflusst.

Abgesehen von der Examensrelevanz ist von rechtshistorischem Interesse, dass die Strafbarkeit wegen unbefugter Ingebrauchnahme von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern auf eine in der Endphase der Weimarer Republik auf Grundlage von Art. 48 Abs. 2 WRV verabschiedeten Notverordnung des Reichspräsidenten zurückgeht.⁴ Diese stattete den

Reichspräsidenten mit quasi-diktatorischen Machtbefugnissen aus und führte dazu, dass die Weimarer Republik als Demokratie längst vor der Machtergreifung der Nationalsozialisten am 30.1.1933 am Ende war. Eigentlich hätte man vermutet, dass man in jenen chaotischen Tagen Wichtigeres zu tun gehabt hätte als in § 1 Abs. 1 der Verordnung des Reichspräsidenten gegen den unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20.10.1932 die gegen den Willen des Berechtigten erfolgende Ingebrauchnahme von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern unter Strafe zu stellen. Indes versprach man sich davon damals nicht nur die Eigentümer von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern zu schützen, sondern auch die öffentliche Sicherheit zu erhöhen, da Schwarzfahrten überproportional häufig zu Verkehrsunfällen führten und das Vertrauen auf die Sicherheit der auf Straßen abgestellten Fahrzeuge beeinträchtigten.⁵

II. Sachverhalt

Mit diesen historischen Bezügen hat der Sachverhalt der Entscheidung erst einmal wenig zu tun, der in tatsächlicher Hinsicht in einer privat offenbar turbulenten Lebensphase des Angeklagten angesiedelt ist. Der zu diesem Zeitpunkt verheiratete Angeklagte hatte mit seiner damaligen Freundin einen Volvo gemietet, wobei die Rückgabe des Fahrzeugs für den 2.3.2013 vereinbart war. In der Phase des Interregnums zwischen der am 27.2.2013 erfolgten Trennung von seiner Freundin und der Wiederaufnahme bei seiner Ehefrau am 9.4.2013 nächtigte er in dem Fahrzeug. Am Morgen des 10.4.2013 brachte er das Auto zu der Vermietung zurück, die Strafantrag stellte.

III. Rechtliche Würdigung

1. Weder die Strafbarkeit wegen Diebstahls noch die Strafbarkeit wegen (veruntreuender) Unterschlagung kam in Betracht: Der Angeklagte hatte keinen Gewahrsam gebrochen und das Fahrzeug deshalb nicht weggenommen (§ 242 StGB), die bloße Weiterbenutzung und Unterlassung der vertraglich geschuldeten Rückgabe lässt für einen objektiven Beobachter nicht den zwingenden Schluss zu, dass der Angeklagte den Volvo dem eigenen Vermögen einverleiben und sich damit zueignen wollte (§ 246 StGB).⁶

2. Damit blieb allein die Möglichkeit einer Strafbarkeit nach § 248b StGB, der eine Strafbarkeitslücke füllt, die sich bei fehlendem Enteignungselement im Hinblick auf § 242 StGB ergibt.⁷ Es handelt sich um ein Dauerdelikt, da die Rechtsgutsverletzung so lange andauert, wie der Täter das Kraftfahrzeug oder Fahrrad gegen den Willen des Berechtigten in Gebrauch hält. Berechtigter ist jeder, dem das Recht zusteht, über die Nutzung des Fahrzeugs als Fortbewegungs-

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2014, 2887 und online abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=e657f00a71b88f8c890815e1aa115675&nr=68834&pos=0&anz=1> (23.1.2015).

² Siehe hierzu Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 16. Aufl. 2014, § 2 Rn. 41; Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 2 Rn. 65; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 37. Aufl. 2014, Rn. 142 ff. Aus der Rechtsprechung siehe etwa BGHSt 34, 309 (312).

³ Siehe hierzu Rengier (Fn. 2), § 2 Rn. 50; Eisele (Fn. 2), § 2 Rn. 72; Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 162.

⁴ RGBI. I 1932, S. 496.

⁵ Vgl. insoweit auch BGHSt 11, 47 (49); Wagner, Die Verordnung des Reichspräsidenten gegen unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20. Oktober 1932, 1932, S. 15 ff.

⁶ Zur Manifestation des Zueignungswillens siehe Rengier (Fn. 2), § 5 Rn. 24; Eisele (Fn. 2), § 6 Rn. 254; Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 309.

⁷ Rengier (Fn. 2), § 6 Rn. 4.

mittel zu bestimmen⁸ – im konkreten Fall war dies die Autovermietung.

Tathandlung ist das Ingebrauchnehmen, worunter gemeinhin verstanden wird, dass das Fahrzeug als Fortbewegungsmittel in Bewegung gesetzt wird.⁹ Hierfür kann das Ingangsetzen des Fahrzeugs ohne Einschaltung des Motors im Leerlauf genügen, sofern nur das Fahrzeug bewegt wird;¹⁰ umgekehrt reicht das bloße Anlassen des Motors ohne Fortbewegung nicht aus.¹¹ Im vorliegenden Fall kam es hierauf jedoch nicht an, da der Angeklagte – das Gegenteil war zumindest nicht nachweisbar – den Volvo zwischen dem 27.2.2013 und 9.4.2013 lediglich als Schlafstätte genutzt hatte. Dementsprechend stellt der BGH zu Recht klar, dass die Nutzung eines parkenden Fahrzeugs zum Schlafen keine Ingebrauchnahme darstellt.¹² § 248b StGB pönalisiert folglich nicht jeden beliebigen Gebrauch, sondern nur einen solchen, der mit der eigentlichen Funktion des Tatobjekts als Mittel der Fortbewegung korreliert. Daher lag für die Zeit bis zum 10.4.2013 kein strafrechtlich relevantes Verhalten vor.

3. Probleme ergeben sich dann, wenn der Täter das Kraftfahrzeug zunächst rechtmäßig in Gebrauch nimmt, im Fortgang aber – etwa wegen der Beendigung des Mietverhältnisses – die Berechtigung entfällt. Hier wird der Täter zum Nicht-mehr-Berechtigten, womit die Frage gestellt ist, ob die zu Fortbewegungszwecken dienende Benutzung strafrechtliche Relevanz entfaltet. Vorliegend kam als Anknüpfungspunkt allein die am 10.4.2013 erfolgende Fahrt in Betracht. Der BGH stellt in der aktuellen Entscheidung das unbefugte Ingebrauchhalten durch den Nicht-mehr-Berechtigten dem erstmaligen Ingebrauchnehmen gleich.¹³

Zwingend ist dies nicht, da bereits der Wortlaut nur auf die Ingebrauchnahme abstellt, was semantisch eher im Sinne einer erstmaligen Nutzung des Kraftfahrzeugs oder Fahrrads als Fortbewegungsmittel zu verstehen ist.¹⁴ Dafür sprechen insbesondere auch systematische Stellung und Telos der Norm. Da sowohl die Einbettung in das Umfeld von Diebstahl und Unterschlagung als auch der Normzweck Rückschlüsse auf den Eigentumsschutz zulassen, erscheint es dogmatisch verfehlt im Falle einer fortdauernden Sachherrschaft

eine erneute Ingebrauchnahme anzunehmen. Die Beeinträchtigung des Eigentums beginnt nicht bei jeder Fahrt erneut, sondern dauert über den Zeitraum des Besitzes fort. In der Vergangenheit hatte die Rechtsprechung den Willen des historischen Gesetzgebers hervorgehoben und das unbefugte Ingebrauchhalten dem unbefugten Ingebrauchnehmen gleichgestellt.¹⁵ Abgesehen davon, dass der Wille des historischen Gesetzgebers seine Grenze am eindeutigen Wortlaut einer Strafvorschrift findet,¹⁶ tragen die Erwägungen des damaligen Gesetzgebers keine Bestrafung des Nicht-mehr-Berechtigten.¹⁷ Geht es darum, dass bei sog. „Schwarzfahrten“ das Unfallrisiko erhöht sei, greift dieser Gesichtspunkt beim Nicht-mehr-Berechtigten kaum ein, da das Unfallrisiko vor und nach dem Wegfall der Berechtigung als gleich hoch einzustufen ist. Anders mag es sein, wenn Jugendliche und Betrunkene ein Kraftfahrzeug knacken, um damit erstmalig eine Spazierfahrt zu unternehmen; aber darum geht es hier gerade nicht. Das öffentliche Vertrauen auf die Sicherheit der auf Straßen abgestellten Fahrzeuge korreliert mit der hier behandelten Problematik auch nicht recht, weil dem Täter vom eigentlich Berechtigten der Gewahrsam eingeräumt wurde. Ob der Nicht-mehr-Berechtigte in gleicher Weise das allgemeine Rechtsbewusstsein erschüttert wie der das Kraftfahrzeug oder Fahrrad erstmalig in Gebrauch nehmende Täter erscheint zweifelhaft und ist weder empirisch plausibel noch bewiesen.¹⁸ Damit bleibt allein der Aspekt des Schutzes der Privatrechtsordnung beziehungsweise des Berechtigten. Der privatrechtliche Schutz würde bei einer Einbeziehung des Nicht-mehr-Berechtigten zweifellos strafrechtlich flankiert, die Frage ist aber, ob dies geboten ist.¹⁹ An sich wäre mit Blick auf den durch das Strafrecht intendierten subsidiären Rechtsgüterschutz darzulegen, weshalb der zivilrechtliche Schutz nicht ausreicht und deshalb das Strafrecht eingesetzt werden muss, was jedoch nicht geschieht. Im Grunde werden daher zivilrechtliche Vertragsverletzungen unter Strafe gestellt.²⁰ Immerhin stehen dem Berechtigten – jedenfalls dann, wenn (was die Regel sein dürfte) er Eigentümer ist –²¹ Herausgabe- und Schadensersatzansprüche zu.²² Zwar kann man argumentieren, dass der strafrechtliche Schutz über § 242 StGB erst bei wesentlichen Wertminderungen greift und somit unter Umständen ein wochenlanger – dann strafloser – Gebrauch zwischen der Nicht-mehr-berechtigten Benutzung und der Wertminderung und damit der Strafbarkeit nach

⁸ BGHSt 11, 47 (51); BGH VRS 39, 199; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 433; *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 248b Rn. 6.

⁹ BGHSt 11, 47 (49 f.). Ebenso *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 62. Auflage 2015, § 248b Rn. 2; *Kindhäuser* (Fn. 8), § 248b Rn. 3; *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2014, § 248b Rn. 4.

¹⁰ BGHSt 11, 44; *Kindhäuser* (Fn. 8), § 248b Rn. 3.

¹¹ BGH NJW 2014, 2887.

¹² BGH NJW 2014, 2887. Siehe bereits BGHSt 11, 47 (49); *Eser/Bosch* (Fn. 9), § 248b Rn. 4.

¹³ BGH NJW 2014, 2887. Vgl. bereits BGHSt 11, 47 (50); OLG Schleswig NStZ 1990, 340. Ebenso *Fischer* (Fn. 9), § 248b Rn. 4; *Kindhäuser* (Fn. 8), § 248b Rn. 6.

¹⁴ Anders aber BGHSt 11, 47 (49). Ähnlich *Rengier* (Fn. 2), § 6 Rn. 6.

¹⁵ BGHSt 11, 47 (49 f.).

¹⁶ Siehe hierzu *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 7. Aufl. 2013, § 22 Rn. 798 ff.

¹⁷ Siehe hierzu I. Ferner BGHSt 11, 47 (49).

¹⁸ So die latente Vermutung in BGHSt 11, 47 (49).

¹⁹ Vgl. hierzu auch die Analyse bei *Schmidhäuser*, NStZ 1990, 340 (341).

²⁰ Siehe hierzu bereits *Schmidhäuser*, NStZ 1986, 460. Dagegen OLG Schleswig NStZ 1990, 340 (341).

²¹ Zur Frage, ob § 248b StGB stets eine Eigentumsverletzung voraussetzt, siehe *Fischer* (Fn. 9), § 248b Rn. 2.

²² Anders *Rengier* (Fn. 2), § 6 Rn. 7. Ebenso BGHSt 11, 47 (51).

§ 242 StGB liegt.²³ Indes lebt Strafrecht gerade von seinen Lücken, weshalb nicht jede Phase strafloser Nutzung zwingend nach einer Strafbewehrung verlangt.²⁴

4. Indes geht der BGH nach wie vor davon aus, dass der Nicht-mehr-Berechtigte das Merkmal des Ingebrauchnehmens verwirklicht.²⁵ Daher kommt es vorliegend auf das in § 248b StGB normierte Merkmal „gegen den Willen“ an. Traditionell wird zwischen einem tatbestandsausschließenden Einverständnis und einer nach h.M. rechtfertigenden Einwilligung differenziert.²⁶ An einem Einverständnis oder einer Einwilligung fehlte es, da die Entscheidungsträger in der Autovermietung weder einen entsprechenden Willen gebildet noch erklärt hatten. Daher kommt es auf die Mutmaßlichkeit eines solchen Willens an, der in der Figur der mutmaßlichen Einwilligung allgemeine Anerkennung gefunden hat.²⁷ Weniger geläufig ist demgegenüber die Figur eines mutmaßlichen Einverständnisses,²⁸ auf die der BGH in dieser Entscheidung abhebt: „Ist die Nutzung eines Fahrzeugs als Fortbewegungsmittel – wie hier – gerade nicht auf die Verletzung der uneingeschränkten Verfügungsmöglichkeiten des Berechtigten gerichtet, sondern vielmehr auf deren Wiedereinräumung, liegt die Vermutung nahe, dass die Ingebrauchnahme des Fahrzeugs insoweit im Einverständnis des Berechtigten erfolgte. Die Rückführung eines Fahrzeugs durch einen an sich Unberechtigten erfolgt daher regelmäßig nicht ‚gegen den Willen‘ des Berechtigten, sondern ist von dessen mutmaßlichem Interesse gedeckt“.²⁹ Folge hiervon ist, dass jedenfalls bei Rückführung an den eigentlich Berechtigten schon auf Ebene des objektiven Tatbestandes kein Ingebrauchnehmen vorliegt.³⁰

Wieso der BGH auf ein mutmaßliches Einverständnis abstellt, erscheint rätselhaft. Vielleicht sah er den Weg über eine mutmaßliche Einwilligung als nicht gangbar, da diese voraussetzt, dass eine rechtfertigende Einwilligung nicht ein-

holbar ist. Der Angeklagte hätte also strenggenommen (aber lebensfremd) bei der Autovermietung anrufen und erfragen müssen, ob sie mit der Rückführung einverstanden sei. Da dies nicht geschah, könnte eine Strafbarkeit allenfalls subjektiv über die Annahme eines Irrtums ausgeschlossen werden, wofür die erstinstanzliche Entscheidung wohl keine ausreichenden Anhaltspunkte lieferte. Indes ging der Angeklagte auch nicht vom tatsächlichen Vorliegen einer Einwilligung aus, weshalb jedenfalls ein Erlaubnistatbestandsirrtum ausschied. Sofern er davon ausgegangen wäre, dass eine tatsächliche Einwilligung gar nicht eingeholt werden müsse, wäre immerhin noch ein Erlaubnisirrtum denkbar gewesen, bei dem es dann auf die Frage der (Un-)Vermeidbarkeit ankäme.

Vom Ergebnis her scheint es zugegebenermaßen fragwürdig, im konkreten Fall eine Bestrafung darauf zu stützen, dass sich der Angeklagte wegen der Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung um die Einholung einer Einwilligungserklärung hätte bemühen müssen. Denkbar ist auch, die tatsächliche Einholung der Einwilligung als entbehrlich zu erachten. Hierfür könnte sprechen, dass die Rückgewähr gerade zur Beendigung der Rechtsgutsverletzung führt und die Einholung der Einwilligung zur reinen Formalie würde. Für bestimmte Konstellationen wird daher auf dieses Erfordernis verzichtet. Indes schwindet die Überzeugungskraft einer solchen Argumentation im selben Maße wie § 248b nicht nur das Gebrauchsrecht sondern auch Allgemeininteressen schützen soll. Denn dann erschöpft sich die Rückgewähr nicht in der Beendigung der Rechtsgutsverletzung, sondern verletzt nochmals die Allgemeininteressen. Überzeugend ist dies aber nicht (siehe III. 3.). Hält man die Einholung der tatsächlichen Einwilligung nicht für entbehrlich, wäre noch an die Anwendung des rechtfertigenden Notstandes nach § 34 StGB zu denken, durch die freilich die Voraussetzungen der Einwilligung nicht unterlaufen werden dürfen.³¹ Die Heranziehung des § 34 StGB scheidet jedenfalls aus, wenn der Rechtsgutshaber die Einwilligung verweigert oder dies mutmaßlich tun würde, da in einem solchen Fall dessen Selbstbestimmungsrecht missachtet würde.³² Allerdings lag eine solche Situation hier nicht vor, weshalb man auch über § 34 StGB zu einem Freispruch hätte gelangen können.

Mit der Herangehensweise des BGH war jedoch der Weg geebnet für die Frage, ob hier ein mutmaßliches Einverständnis eingreift. Auch wenn man dem Ergebnis – Straflosigkeit der Wiedereinräumung der Verfügungsmöglichkeit dienenden Fahrt – zustimmt, verdient die Problematik des mutmaßlichen Einverständnisses Aufmerksamkeit, da es nur vordergründig um die „technische“ Frage geht, ob man den mutmaßlichen Willen auf Ebene des Tatbestandes oder der Rechtswidrigkeit berücksichtigt. Im Hintergrund stehen dabei jedoch grundlegende Wertungsunterschiede, derer man sich – wie immer man sich in der Sache entscheidet – versichern sollte.

²³ In diesem Sinne *Eisele* (Fn. 2), § 6 Rn. 272; *Rengier* (Fn. 2), § 6 Rn. 7.

²⁴ In diesem Sinne auch *Schmidhäuser*, NStZ 1990, 340 (341).

²⁵ BGH NJW 2013, 2887.

²⁶ Demgegenüber wird neuerdings verstärkt die Einwilligung bereits auf der Ebene des Tatbestandes loziert, da Rechtsgüter nicht um ihrer selbst, sondern ausschließlich als Medien der Entfaltung der Persönlichkeit des Rechtsgutshabers geschützt werden, siehe hierzu *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 11 ff.; *Rönnau*, Jura 2002, 595.

²⁷ Siehe hierzu allgemein *Mitsch*, ZJS 2012, 38; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2014, § 23 Rn. 47 ff.

²⁸ Siehe hierzu *Ludwig/Lange*, JuS 2000, 446; *Marlie*, JA 2007, 112.

²⁹ BGH NJW 2014, 2887 (2888).

³⁰ In diesem Sinne *Hohmann*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 248b Rn. 8; *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 248b Rn. 9. Ähnlich OLG Düsseldorf NStZ 1985, 412 (413).

³¹ Siehe hierzu *Rengier* (Fn. 27), § 23 Rn. 5.

³² *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 35 Rn. 33 ff.; *Müller-Dietz*, JuS 1989, 281; *Mitsch*, ZJS 2012, 38; *Rengier* (Fn. 27), § 23 Rn. 5.

Denn anders als die rechtfertigende Einwilligung, die nach (noch) h.M. auf der Ebene der Rechtswidrigkeit angesiedelt ist, ist das Einverständnis bereits auf der Ebene des objektiven Tatbestandes relevant und stellt eine Problematik des Besonderen und nicht des Allgemeinen Teils dar.³³ Es wird bedeutsam bei Straftatbeständen, die ein Handeln gegen den Willen des Berechtigten voraussetzen, was neben § 248b StGB etwa auch bei § 123 StGB (Eindringen) und § 242 StGB (Wegnahme) der Fall ist: Ist der in Bezug auf das Kraftfahrzeug oder Fahrrad Berechtigte (§ 248b StGB), der Hausrechts- (§ 123 StGB) oder Gewahrsamsinhaber (§ 242 StGB) mit der Ingebrauchnahme, dem Betreten oder mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden, fehlt es bereits begrifflich an einer Ingebrauchnahme, einem Eindringen oder einer Wegnahme und der objektive Tatbestand liegt nicht vor. Dahinter steht die Überlegung, dass bei Vorliegen eines Einverständnisses das tatbestandlich geschützte Rechtsgut von vornherein nicht verletzt wird. Die Voraussetzungen des tatbestandsausschließenden Einverständnisses sind je nach Deliktstyp unterschiedlich, während abgesehen vom Sonderfall des § 228 StGB bei der rechtfertigenden Einwilligung ein bestimmter Katalog allgemeiner Voraussetzungen zu prüfen ist. Im Grundsatz ist das Einverständnis faktisch zu beurteilen; geht es hingegen bei dem Verzicht um eine normative Position, sollen inhaltlich die Grundsätze der rechtfertigenden Einwilligung maßgeblich sein, was gleichermaßen für § 248b StGB gelten müsste, wo sich das Handeln des Täters auf das *Gebrauchsrecht* des Berechtigten bezieht.³⁴

Ob und inwieweit in Entsprechung zur rechtfertigenden Einwilligung für das auf Tatbestandsebene angesiedelte tatbestandsausschließende Einverständnis auf den mutmaßlichen Willen abgestellt werden kann, wird kontrovers beurteilt. Während die h.M. in Bezug auf das Einverständnis auf den tatsächlich vorliegenden natürlichen Willen abstellt und deshalb einem mutmaßlichen Einverständnis eine Absage erteilt,³⁵ wird teilweise ein mutmaßliches Einverständnis anerkannt. Zur Begründung wird eine Parallele zu der aus dem Verwaltungsrecht geläufigen Unterscheidung zwischen präventiven Verboten mit Erlaubnisvorbehalt und repressiven Verboten mit Befreiungsvorbehalt gezogen:³⁶ Bei Ersteren ist das in Rede stehende Verhalten Ausdruck legitimer Betätigung der allgemeinen Handlungsfreiheit, deren Ausübung jedoch staatlicher Kontrolle bedarf (Bsp.: Fahrerlaubnis § 2 StVG). Bei Letzteren ist das in Rede stehende Verhalten kein Ausdruck legitimer Betätigung der allgemeinen Handlungsfreiheit, so dass das in Rede stehende Verhalten im Grundsatz unterbunden und allenfalls im Ausnahmefall gestattet werden soll (Bsp.: Bauen im Außenbereich § 35 BauGB).³⁷ Da das in 248b StGB umschriebene Verhalten nicht rundheraus verboten ist – die Fortbewegung in einem Kraftfahrzeug oder auf

einem Fahrrad sollen in unserer Gesellschaft prinzipiell möglich sein – wird § 248b StGB einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zugeordnet und hieraus der Schluss gezogen, dass ein mutmaßliches Einverständnis anzuerkennen ist.³⁸ Konkret: Selbst wenn ein mutmaßliches Einverständnis fehlt, scheidet der Verstoß gegen § 248b StGB aus, wenn wie hier davon ausgegangen werden kann, dass der Berechtigte der Ingebrauchnahme nicht widersprochen hätte.³⁹ Auf eine erst auf Ebene der Rechtfertigung anzusiedelnde mutmaßliche Einwilligung muss (und darf!) dann gar nicht mehr abgestellt werden.

Ob diese verwaltungsrechtlichen Kategorien mit Gewinn in das Strafrecht übertragen und für die Frage des mutmaßlichen Einverständnisses herangezogen werden können, ist jedoch zweifelhaft. Hält man mit der bislang h.M. an der Differenzierung von tatbestandsausschließendem Einverständnis und rechtfertigender Einwilligung fest, kann eine solche Parallele zum Verwaltungsrecht durchaus gezogen werden, indem Straftatbestände, die explizit oder implizit ein Handeln gegen den Willen voraussetzen, als präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt und Straftatbestände, bei denen dies nicht der Fall ist, als repressive Verbote mit Befreiungsvorbehalt angesehen werden. Erstere bilden das Anwendungsfeld für ein tatbestandsausschließendes Einverständnis, Letztere bilden das Anwendungsfeld für eine rechtfertigende Einwilligung. Indes bleibt unklar, welche konkreten Folgerungen aus dieser Parallele für die Anerkennung der Mutmaßlichkeit des Einverständnisses zu ziehen sind, es sei denn, man möchte einen Gleichlauf zwischen tatbestandsausschließendem Einverständnis und rechtfertigender Einwilligung herstellen.

Indes sprechen für die traditionelle Differenzierung zwischen tatbestandsausschließendem Einverständnis und rechtfertigender Einwilligung gute Gründe, die vor allem in der unterschiedlichen Funktion der Ebenen von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit liegen. Während der Tatbestand die Summe der Merkmale enthält, die den Strafwürdigkeitsgehalt der jeweiligen Deliktsart begründen, haben Rechtfertigungsgründe eine „negative“ Bedeutung für das Unrecht und gestatten im Ausnahmefall ein an sich tatbestandsmäßiges Verhalten.⁴⁰ Fehlt es an einem geäußerten Willen des Berechtigten, kann das fragliche Verhalten erst einmal dem gesetzlichen Tatbestand zugeordnet werden und stellt ein im Grundsatz strafwürdiges Geschehen dar. Denn hier hat der Rechtsinhaber gerade nicht tatsächlich über sein Rechtsgut disponiert, womit erst einmal ein Handeln „gegen den Willen“ vorliegt. Das Merkmal „gegen den Willen“ stellt deswegen ein Tatbestandsmerkmal dar, dessen Vorliegen oder Nichtvorliegen festgestellt werden muss, nicht aber gemutmaßt werden kann.⁴¹ Anderenfalls würde man sich über den klaren und im Gesetzeswortlaut explizit zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers hinwegsetzen.

Eine andere – dann aber eben auf Ebene der Rechtswidrigkeit – anzusiedelnde Frage besteht darin, ob eine mutmaß-

³³ Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Ludwig/Lange*, JuS 2000, 446. Siehe auch *Rengier* (Fn. 27), § 23 Rn. 40.

³⁴ *Vogel* (Fn. 30), § 248b Rn. 9.

³⁵ Auf dieser Linie etwa *Kudlich*, JA 2014, 873 (874 f.).

³⁶ *Ludwig/Lange*, JuS 2000, 446 (447 ff.).

³⁷ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 9 Rn. 55.

³⁸ *Ludwig/Lange*, JuS 2000, 446 (447).

³⁹ *Ludwig/Lange*, JuS 2000, 446 (448 f.).

⁴⁰ *Roxin* (Fn. 26), § 10 Rn. 20.

⁴¹ *Marlie*, JA 2007, 112 (115); *Rengier* (Fn. 27), § 23 Rn. 48.

liche Einwilligung greift, die ein solches Verhalten auf Rechtfertigungsebene ausnahmsweise erlaubt.⁴² Insofern kommen an diesem Punkt – wie auch bei einer Anwendung des § 34 StGB – Abwägungsaspekte zum Tragen, indem im Konflikt zwischen dem vermuteten und aktuell fehlenden Willen des Rechtsgutsträgers dem vermuteten Willen rechtfertigende Wirkung beigemessen wird. Vor diesem Hintergrund hätte es näher gelegen, hier von einer mutmaßlichen Einwilligung auszugehen, da die Rückführung im zu unterstellenden Interesse der Autovermietung lag und auf die Einholung der tatsächlichen Einwilligung verzichtet werden konnte. Demgegenüber führt der Rekurs auf die Mutmaßlichkeit des Einverständnisses zu einer vollständigen Normativierung einer bislang vor allem faktisch beurteilten Rechtsfigur.⁴³

*Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Stud. iur. Philipp Stürmer,
Konstanz*

⁴² Ähnlich *Marlie*, JA 2007, 112 (116).

⁴³ Kritisch *Kudlich*, JA 2014, 873 (875).

B u c h r e z e n s i o n

Gereon Wolters/Michael Gubitz, Strafrecht im Assessorexamen, 7. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2012, 171 S., €22,90.

Die Einleitung des zu besprechenden Werks zitierend lässt sich konstatieren, dass sich dem Assessorexamen im Strafrecht eine große und ständig wachsende Zahl von Veröffentlichungen widmet. Bei dem von *Wolters* und *Gubitz* in siebter Auflage vorgelegten Buch handelt es sich inzwischen um ein lange eingeführtes Werk, das das Zeug zum „Klassiker“ hat.

Was dem angehenden Assessor vor seiner Prüfung am meisten fehlt, ist regelmäßig Zeit und Orientierung. Angesichts der Stofffülle, die neben den Stationen sowie den begleitenden Arbeitsgemeinschaften in den verschiedenen Rechtsgebieten zu erarbeiten bzw. zu wiederholen ist und dem großen (Über-)Angebot an Lehr- und Anleitungsbüchern, Skripten, Repetitorien und Fachzeitschriften droht mancher den Wald vor lauter Bäumen nicht mehr zu sehen. Abhilfe kann für den Bereich des Strafrechts das Werk der *Autoren*, einer Strafrechtsprofessor, der andere Fachanwalt für Strafrecht, leisten. Es besticht durch seine kluge Beschränkung auf das Wesentliche. Auf lediglich 171 Seiten wird nicht nur die Strafrechtsklausur im Assessorexamen, sondern auch der Aktenvortrag abgehandelt. Gesonderte Ausführungen zum mündlichen Prüfungsgespräch beinhaltet das Buch nicht, was jedoch kein Mangel ist: Wer die Ausführungen konzentriert unter Berücksichtigung der weiterführenden Lektürehinweise durchgearbeitet hat, wird auch hier im wahren Sinne des Wortes bestehen können.

Die Kürze beeindruckt umso mehr als der Variantenreichtum der möglichen Klausurkonstellationen wächst. Diesem Umstand tragen die *Autoren* Rechnung, indem sie zunächst in einem ersten Teil vergleichsweise ausführlich staatsanwaltschaftliche Aufgabenstellungen behandeln, die in den meisten Bundesländern zumindest einer Klausur zu Grunde liegen. Nachfolgend werden die sich wachsender Beliebtheit (bei den Prüfungsämtern) erfreuenden anwaltlichen Aufgabenstellungen und das Strafurteil erörtert, wobei sich die *Autoren* hier auf die von den im 1. Teil dargestellten Grundlagen abweichenden Besonderheiten beschränken. Im 4. Teil wird die Bearbeitung revisionsrechtlicher Aufgabenstellungen in einer derart knappen und präzisen Art und Weise erläutert, dass man diese 25 Seiten als Kurzeinführung in das Revisionsrecht auch dem nur gelegentlich mit diesem als besonders kompliziert empfundenen Thema in Berührung kommenden Kollegen empfehlen kann. Abschließend finden sich Hinweise zum Aufbau des strafrechtlichen Aktenvortrags.

Die gesamte Darstellung ist anschaulich und stets praxisorientiert. Beim Verfassen ihrer Klausur sollten sich die Prüflinge stets ihres Adressaten erinnern, dem die Benotung ihrer Ausführungen obliegt. Kaum etwas stört den Praktiker oder die Praktikerin mehr als breite Ausführungen zu Rechtsfragen, die sich im Weiteren als nicht entscheidungsrelevant erweisen. Bereits zu Beginn geben die *Autoren* wertvolle Hinweise zum Einsatz von Gutachten- und Urteilsstil sowie zum Umgang mit sogenannten „Theoriestreitigkeiten“, deren

Reproduktion noch im ersten Staatsexamen erwartet wird. Gleichzeitig wird auf die Notwendigkeit hingewiesen, sich an den „örtlichen Gepflogenheiten“ zu orientieren. Eine von der täglich geübten Praxis abweichende Darstellung kann beim Prüfer Irritationen hervorrufen, die sich im schlimmsten Fall in der Benotung widerspiegeln können. Andererseits kann die Beachtung praktischer Standards möglicherweise entscheidende Pluspunkte sichern; wenn etwa im Aktenauszug ein Sicherstellungsnachweis enthalten ist, sollte dies Anlass sein, die §§ 74 ff. StGB in die Prüfung einzubeziehen.

Die Literaturlauswahl ist auf Ausbildungsbedürfnisse zugeschnitten. Besonders wichtig erscheint hier die Arbeit mit den gängigen Standardkommentaren von *Meyer-Göfner/Schmitt*¹ und *Fischer*². Bereits in der Examensvorbereitung sollten sich die Kandidaten mit den ihnen auch in der Prüfung zur Verfügung stehenden Kommentaren vertraut machen. Regelmäßig weisen die *Autoren* auf die Richtlinien zum Straf- und Bußgeldverfahren (RiStBV) hin, die ein oft unterschätztes (zugelassenes) Hilfsmittel darstellen, mit dem man sich bereits vor dem „Ernstfall“ beschäftigen sollte. Die sinnvoll dosierten Rechtsprechungshinweise sind nochmals „klassifiziert“, in unverzichtbare Grundsatzentscheidungen, deren Lektüre (zu Recht) mit Ausrufezeichen angemahnt wird, und vertiefenden Hinweisen, denen je nach Zeitbudget nachgegangen werden sollte.

Besonders hervorzuheben sind die für die aus der universitären Ausbildung kommenden Kandidaten besonders wichtigen Ausführungen zu Fragen der Beweisführung. Während im ersten Examen von einem feststehenden Sachverhalt auszugehen ist, stellt die Herausarbeitung der anschließend zu subsumierenden Tatsachen die besondere Leistung im Assessorexamen dar. Hierzu gibt das Werk wertvolle Hinweise. Die anschließenden Ausführungen zu den Fragen der Beweisverwertung stellen ein (auch für die bereits beruflich mit dem Strafverfahren befassten) überaus hilfreiches Kurzkompodium zu diesem wichtigen Thema dar. Insbesondere hier empfiehlt es sich, die angegebene und insbesondere auch die aktuellere Rechtsprechung zu studieren, da man sich so mit den gängigen Argumentationsmustern vertraut machen kann.

Ähnliches Neuland betreten Prüflinge, wenn sie sich bei der Anwaltsklausur mit Zweckmäßigkeitserwägungen befassen müssen. Auch hier bieten die *Autoren* das erforderliche Rüstzeug.

Die Ausführungen zum Aktenvortrag, der als Visitenkarte zu Beginn der mündlichen Prüfung von erheblicher Bedeutung ist, sind knapp gehalten, zeigen aber den maßgeblichen Aufbau auch anhand gelungener Formulierungsbeispiele anschaulich auf. Bei den auch in den anderen Abschnitten gebotenen Formulierungshilfen könnten sich die *Autoren* bei einer Neuauflage durchaus noch etwas freigiebiger zeigen.

Wer das Buch unter gleichzeitiger Nutzung der Standardkommentare und Beherrschung der Lektüreempfehlungen zur höchstrichterlichen Rechtsprechung durcharbeitet und die

¹ *Meyer-Göfner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 57. Aufl. 2014.

² *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 62. Aufl. 2015.

durch die meisterlich konzentrierte Darstellung ersparte Zeit für das regelmäßige praktische Einüben der Klausurtechnik nutzt, hat gute Chancen die letzte Hürde vor dem Einstieg in die strafrechtliche Praxis erfolgreich zu überwinden. Auch dem in der Strafstation befindlichen Referendar wird das Werk von *Wolters* und *Gubitz* gute Dienste leisten.

Oberstaatsanwalt Ulf Frenkler, Frankfurt a.M.

B u c h r e z e n s i o n

Charity Wibabara, Gacaca Courts versus the International Criminal Tribunal for Rwanda and National Courts, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2014, 298 S., €79,-.

Der Völkermord in Ruanda ist eines der Völkerrechtsverbrechen der aktuellen jüngeren Zeitgeschichte, das weltweite Erschütterung und Anteilnahme hervorgerufen hat.

Von April bis Juli 1994 fanden im Zuge eskalierender, ethnisch-politischer Konflikte grauenhafte Massaker statt, die als gravierende Menschenrechtsverletzungen, Genozide oder Kriegsverbrechen einzuordnen sind. In ca. 100 Tagen wurden annähernd eine Million Menschen getötet, viele weitere wurden vergewaltigt, verletzt und misshandelt.

Diese massenhaften Verbrechen haben die Völkerrechtsgemeinschaft, kurze Zeit nach der Etablierung des International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), erneut vor die Herausforderung gestellt, rechtsstaatlich bzw. völkerrechtlich mit großen Massen an Tätern und Opfern umzugehen und unter anderem auch die Aufgabe der Wiederherstellung eines sozialen Friedens und sozialer Integration zu verfolgen.

In Reaktion auf diese Geschehnisse etablierten die Vereinten Nationen, ähnlich wie im ehemaligen Jugoslawien, ein internationales ad hoc-Tribunal, das International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), welches mit den Völkerrechtsverbrechen rechtlich umgehen sollte. Nicht nur die Völkerrechtsgemeinschaft als Ganzes war, vermittelt über das ICTR, für mehr als 20 Jahre bis zum Jahr 2014 mit der Verfolgung der Verbrechen des Völkermordes in Ruanda beschäftigt. Auch die nationale Gerichtsbarkeit in Ruanda hat sich lange und intensiv mit diesen Taten aus dem Jahr 1994 auseinandergesetzt.

Zur juristischen Aufarbeitung des Genozids in Ruanda wurden drei Systeme parallel genutzt:

- § das ICTR,
- § die „normale“ Strafgerichtsbarkeit der nationalen Strafgerichte und daneben
- § die traditionellen sogenannten Gacaca-Gerichte auf Ebene von Dorfgemeinschaften und Kommunen, diese allerdings in einer modifizierten Form.

Die Erfahrungen mit der tatsächlichen justiziellen Handhabung dieser Völkerrechtsverbrechen sind für die Entwicklung und weitere Ausgestaltung des internationalen Strafrechts ein Lern- wie auch Lehrbeispiel, das insoweit auch wissenschaftlich von enormem Interesse ist.

Das rezensierte Werk ist eine in englischer Sprache verfasste Dissertation, die im Rahmen des Transitional Criminal Justice Program unter anderem von *Werle* betreut wurde. Die *Autorin*, *Charity Wibabara*, ist ruandische Staatsbürgerin, die – nachdem sie als Kind in Uganda aufgewachsen war – 1994 nach Ruanda zurückkehrte, dort ihre Schullaufbahn beendete und schließlich erfolgreich ihr Studium der Rechtswissenschaft absolvierte. Die vorliegende Untersuchung wurde im Rahmen des Transitional Criminal Justice PhD Program, an-

gebunden an die Humboldt-Universität Berlin sowie die University of Western Cape, und finanziell unterstützt mit Mitteln des DAAD, durchgeführt. Aktuell arbeitet die *Autorin* im Rwanda Education Board und lehrt zeitgleich an verschiedenen Universitäten.

In ihrer Dissertation, die als Bd. 13 in der von *Heger, Jeßberger, Neubacher, Satzger* und *Werle* herausgegebenen Reihe „Schriften zum Internationalen und Europäischen Strafrecht“ veröffentlicht wurde, befasst sich *Wibabara* im Schwerpunkt mit den Unterschieden und Friktionen der drei Ebenen der rechtlichen Aufarbeitung des Genozids und der Menschenrechtsverletzungen in Ruanda. Sie greift dazu Divergenzen und Inkonsistenzen zwischen dem ICTR, den nationalen Gerichten sowie den neu etablierten Gacaca-Gerichten im Kontext der Verfolgung der Genozide auf. Insofern ist auch die im Untertitel „Lessons to Learn from the Rwandan Justice Approaches to Genocide“ gewählte Pluralform für die Analyse passend und programmatisch. Zentral ist die Frage, welche Vorteile und Stärken die jeweils einzelnen dieser drei Elemente des strafrechtlichen Zugangs besitzen, um daraus allgemeine Schlussfolgerungen für das internationale Strafrecht zu ziehen.

Nach einer prägnanten und sprachlich elegant verfassten, gut strukturierten historischen Einleitung, in welcher *Wibabara* auch auf später juristisch hochrelevante Gesichtspunkte wie die ruandische Identity Card eingeht, beleuchtet sie zunächst jede der drei Rechtsprechungsinstitutionen einzeln für sich im Detail. Dabei geht sie, nach einer generellen Einführung zu der jeweiligen rechtsprechenden Institution, auf exemplarische Fälle und Judize ein, wie z.B. den Fall Akayesu als ein Beispiel einer Entscheidung des ICTR, und zeigt deren jeweilige Besonderheiten sowie Relevanz auf. Besonders interessant ist eine im Anschluss daran erfolgende Analyse der spezifischen Erfolge und Stärken sowie der Defizite und Grenzen der entsprechenden Institution. So führt sie hinsichtlich der Errungenschaften und Erfolge des ICTR unter anderem an, dass es dazu beigetragen habe, Informationen zusammenzutragen, um die Historie des ruandischen Genozids genauer nachvollziehen zu können. Weiter habe das ICTR zur Entwicklung des internationalen Strafrechts – auch über Ruanda hinaus – beigetragen. Als Unzulänglichkeiten werden unter anderem die lange Dauer der Prozesse sowie der geringe Einfluss des ICTR auf Ruanda hervorgehoben.

Bei den Bilanzierungen werden immer wieder der persönliche Bezug und der detaillierte Einblick, den die *Autorin* als Bürgerin dieses Landes im Hinblick auf die Kultur, die Geschichte und die Menschen in Ruanda hat, sehr gut erkennbar. Die vorliegende Monographie ist insofern einzigartig, da hier eine Wissenschaftlerin, die selbst aus Ruanda stammt, partiell aus der Binnenperspektive, aber insgesamt wissenschaftlich transparent und systematisch, eine stringente Analyse vorlegt, die auch Aspekte einbezieht, welche Externen so nicht ohne weiteres zugänglich wären. Diese persönliche Note, die damit verbundenen Kenntnisse und sich daraus ergebende Differenziertheit tragen zum Gelingen dieses überzeugenden Werkes erheblich bei.

Auch an anderen Stellen wird deutlich, dass der Text und die Analyse zusätzlich von den Kontakten der *Autorin* stark

profitieren, die ihr Zugang zu Quellen und Daten eröffnet haben, die so nicht jedem Wissenschaftler offen stehen würden. Dies betrifft unter anderem Informationen zur Rechtsprechung der Gacaca-Gerichte, die nicht leicht verfügbar sind und deren Kenntnisnahme ohne diese Arbeit nur schwerlich möglich gewesen wäre.

Charity Wibabara hat eine, auch aufgrund des erwähnten Einbezugs der nationalen, kulturellen und historischen Binnensicht, außergewöhnliche und hervorragend gelungene Arbeit verfasst. Diese ist wegen ihrer Klarheit und Struktur auch für Studenten geeignet, die bisher nur rudimentäre Kenntnisse über diese spezielle Materie des Internationalen Strafrechts besitzen. Gleichzeitig eignet sich dieses Werk auch für eine intensivere Beschäftigung mit Modellen, die als Mehrebenensysteme oder Formen einer pluralistischen Rechtsprechung im internationalen Strafrecht bestrebt sind, kulturelle Traditionen sowie nationale Besonderheiten und Erfordernisse mit internationalen Standards zu verknüpfen, um national passende Lösungen für die strafrechtliche Handhabung von historisch und national spezifischen Komplexen von Staatskriminalität, massenhaften Menschenrechtsverletzungen und Genoziden zu finden.

Cand. iur. Lea Babucke, Hamburg

Trinkverbote, Supermarktketten und Fußballplätze

Drei Jahre VGH Baden-Württemberg Moot Court

Von Dr. Nikolaus Marsch, D.I.A.P. (ENA), Freiburg*

I. Moot Courts all over the place

Das aus dem anglo-amerikanischen Universitätssystem stammende Lehrformat, Studierende in simulierten Gerichtsverhandlungen gegeneinander antreten zu lassen, hat seit langem auch in Deutschland Verbreitung gefunden.¹ Während hierzulande Moot Courts zunächst nur in speziellen Rechtsgebieten, wie dem Völker-, dem Europa- und dem Internationalen Privatrecht, durchgeführt wurden, sind diese mittlerweile aus der juristischen Ausbildung auch in den Kerngebieten nicht mehr wegzudenken. Neben die „großen“ internationalen und bundesweiten Moot Courts² sind an vielen Universitäten auch „kleine“ fakultätsinterne Moot Courts³ getreten. Die didaktischen Vorzüge der Moot Courts – genannt seien nur die Erprobung und Verfeinerung rhetorischer Qualitäten sowie die Ausbildung von Teamfähigkeit – stehen heute außer Frage und sind auch in dieser Zeitschrift zu Recht schon ausgiebig gewürdigt worden.⁴ Der vorliegende Beitrag will denn auch kein (weiteres) Loblied auf die Lehrform des Moot Courts singen, sondern versteht sich in erster Linie als ein praktischer Erfahrungsbericht⁵ über den seit nunmehr drei Jahren jeweils im Sommersemester durchgeführten verwaltungsrechtlichen Moot Court des VGH Baden-Württemberg. Dieser füllt die Lücke zwischen den (in der Regel) zeitaufwändigen großen Moot Courts und den fakultätsinternen Moot Courts⁶ und ermöglicht durch die Verknüpfung von Großer Übung und Moot Court die Teilnahme auch fortgeschrittener Studierender, die nur ein geringes „Zeitbudget“ zu „investieren“ bereit sind.

II. Der VGH BW Moot Court: Ein Kooperationsprojekt von VGH und den juristischen Fakultäten

Der VGH BW Moot Court ist das Ergebnis einer fruchtbaren Kooperation des VGH und der juristischen Fakultäten Baden-Württembergs. Angestoßen durch einen Bericht des damals

im Nebenamt am VGH tätigen Heidelberger Steuerrechtlers Prof. Dr. Ekkehart Reimer über den steuerrechtlichen Moot Court des Bundesfinanzhofs, erörterte der Präsident des VGH Volker Ellenberger im Jahr 2011 mit Vertretern der Fakultäten die Konzipierung eines verwaltungsgerichtlichen Moot Courts. Ziel des Moot Courts sollte es sein, den Studierenden das vielfach als trocken und von der eigenen Erlebenswelt weit entfernte Verwaltungsrecht nahe zu bringen. Denn während das Verfassungsrecht auch aufgrund seiner medialen Präsenz den Studierenden eher vertraut erscheint, fällt vielen der Zugang zum allgemeinen und besonderen Verwaltungsrecht schwer. Die Etablierung eines fakultätsübergreifenden Moot Courts soll dem entgegenwirken, waren sich die Vertreter von VGH und den fünf baden-württembergischen Fakultäten einig. Unterstützt wurden sie in diesem Ansinnen vom Landesjustizprüfungsamt, das die Teilnahme am Moot Court unter bestimmten Voraussetzungen als eine Veranstaltung anerkennt, in der ein Schlüsselqualifikationsschein erworben werden kann, sowie der Anwaltschaft, die in Gestalt eines Vertreters der AG Verwaltungsrecht im DAV am Entstehungsprozessrecht beteiligt war und den Moot Court mit Preisen und Praktikumsplätzen für die Mitglieder der Siegerteams fördert.

III. Verbindung von Moot Court und Großer Übung

Bei der konkreten Ausgestaltung des VGH Moot Courts galt es sodann ein zentrales Problem zu bewältigen: Der Zeitaufwand für die Teilnehmer sollte überschaubar sein. Denn viele Studierende widmen sich erst spät im Studium dem Verwaltungsrecht, da sie zunächst die Großen Übungen im Straf- und Zivilrecht absolvieren. Eine intensivere Befassung mit dem Verwaltungsrecht erfolgt zumeist erst im Rahmen der Großen Übung.⁷ An dieser nehmen viele Studierende aber teil, wenn sie sich bereits im Schwerpunktstudium befinden und sie nur noch eingeschränkt Zeit für eine Teilnahme an einem Moot Court aufbringen können oder wollen. Der VGH Moot Court sollte daher nicht in Konkurrenz zu den zeitintensiven großen Moot Courts mit internationaler Ausrichtung treten, sondern ein zusätzliches Angebot darstellen, das mit einem deutlich geringeren Zeitaufwand verbunden ist. Aus diesem Grund wurde vereinbart, die Große Übung und den VGH Moot Court dergestalt zu verzahnen, dass der Fall des Moot Courts zunächst im Februar als Hausarbeitsfall ausgegeben wird, um ihn dann im Sommersemester als Moot Court spielen zu können. Dies hat für die am Moot Court interessierten Studierenden den Vorteil, dass sie den Fall rechtlich bereits während der Hausarbeitsbearbeitung durchdrungen haben und sich der Zeitaufwand einer Teilnahme am Moot

* Der Verf. ist Akad. Rat a.Z. im Institut für Medien- und Informationsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Lehrstuhl Prof. Dr. Jens-Peter Schneider).

¹ Siehe schon Wehlau, JZ 1992, 942.

² Siehe die Auflistung bei Lorenzmeier/Indlekofer, ZJS 2010, 574 (576 ff.).

³ Siehe beispielsweise den Bericht über den bürgerlich-rechtlichen Moot Court der Kölner Fakultät von Griebel, in: Brockmann/Dietrich/Pilniok (Hrsg.), Methoden des Lernens in der Rechtswissenschaft, 2012, S. 220.

⁴ Siehe Lorenzmeier/Indlekofer, ZJS 2010, 574; Kleis, ZJS 2012, 299; ausführlich zum didaktischen Nutzen von Moot Courts auch Griebel/Sabanogullari, Moot Courts – Eine Praxisanleitung für Teilnehmer und Veranstalter, 2011, S. 15 ff.

⁵ Da der Verf. an der Organisation der bisherigen drei VGH Moot Courts beteiligt war, ist ein solcher Erfahrungsbericht notwendigerweise subjektiv gefärbt.

⁶ Siehe auch Wulf, RW 2011, 110 (116), der „bilateral geführte Moot Courts zwischen zwei Universitäten“ anregt.

⁷ Zur Einbettung eines Moot Courts in eine Vorlesung zum Verwaltungsprozessrecht und zum Problem, dass in dieser Phase des Studiums vielen Studierenden noch die nötigen Kenntnisse im materiellen Recht fehlen siehe auch Wahrendorf, NWVBZ. 2003, 236 (239 f.).

Court daher in Grenzen hält. Oder wie es ein Freiburger Teilnehmer ausdrückte: „Das Investment war gemacht und daher stehen Kosten und Nutzen einer Teilnahme am VGH Moot Court in einem guten Verhältnis.“⁸

Um zugleich eine gewisse Nähe zur gerichtlichen Praxis herzustellen, einigten sich die beteiligten Vertreter der Fakultäten und des VGH darauf, dass es sich bei dem zugrunde liegenden Fall im Kern um ein reales, beim VGH anhängiges Verfahren handeln sollte. Nach Einholung des Einverständnisses der am realen Rechtsstreit beteiligten Parteien, wurde jeweils im Dezember eines Jahres vom VGH-Projektleiter Prof. Dr. Jan Bergmann auf der Grundlage der Verfahrensakte ein Sachverhalt erstellt, der aus – nunmehr fiktiven – Schriftsätzen bestand.⁹ Hierbei wurden die im realen Verfahren streitigen Rechtsfragen um weitere Probleme angereichert, um so dem Fall eine für Hausarbeit und Moot Court ausreichende Tiefe zu geben. Dies geschah jeweils in Abstimmung mit einer der vier beteiligten Fakultäten, die insofern federführend für die anderen Fakultäten agierte und auch für die Erstellung der Lösungshinweise zuständig war.¹⁰ Hiernach wurden die Übungsleiter der anderen Fakultäten um ihr Placet für den Sachverhalt gebeten, um diesen dann im Februar zeitgleich als Hausarbeitsfall an den Fakultäten in Heidelberg, Konstanz, Tübingen und Freiburg auszugeben.¹¹

Die soeben geschilderte Erstellung eines Sachverhaltes und die vorherige Identifizierung eines geeigneten anhängigen Verfahrens stellt sicherlich eine besondere Schwierigkeit dar. Denn es erwies sich nicht in allen Jahren als unproblematisch, ein geeignetes Verfahren zu finden, das Einverständnis der beteiligten Parteien zu erhalten und aus dem vorhandenen Rechtsstoff dann einen für Hausarbeit und Moot Court gleichermaßen geeigneten Fall zu entwickeln. Hierbei darf schon die Wirkung eines aus Schriftsätzen bestehenden Sachverhalts auf manche Studierenden nicht unterschätzt werden, die sich dadurch einer für sie ungewohnten Form der Sachverhaltsdarstellung ausgesetzt sahen. Während diesbezüglich jedoch dem ersten Schrecken schnell die Erkenntnis folgte, dass die gutachterliche Bearbeitung des – in tatsächlichen

⁸ Auch wer sich an der etwas ökonomistischen Wortwahl stößt, wird doch anerkennen, dass die zweite Hälfte des Studiums durch Schwerpunktbereichsstudium und Examensvorbereitung enorm verdichtet und es daher durchaus legitim ist, dass die Studierenden den Zeitaufwand als ein relevantes Kriterium betrachten.

⁹ Zu beachten war dabei natürlich auch, dass die mündliche Verhandlung im realen Verfahren möglichst erst nach dem Moot Court-Finale im Juli stattfinden sollte.

¹⁰ Die Sachverhalte der Moot Courts 2012 und 2013 sind jeweils zusammen mit den universitären Lösungshinweisen und dem im realen Verfahren ergangenen Urteil des VGH veröffentlicht worden, siehe VBIBW 2013, 3, 6, 12; VBIBW 2014, 35, 65, 69.

¹¹ Die Mannheimer Fakultät war am Entstehungsprozess des Moot Courts beteiligt, hat sich jedoch bisher noch nicht mit einem Team am Moot Court beteiligt, was vor allem darauf zurückzuführen ist, dass in Mannheim keine Große Übung im Öffentlichen Recht durchgeführt wird.

Fragen weitgehend unstrittigen – Sachverhalts sich nicht grundsätzlich von anderen Hausarbeiten unterschied, hat sich die im Jahr 2014 erprobte Verbindung des Sachverhalts mit umfangreichen Anlagen für die Hausarbeit nicht vollends bewährt. Zwar haben auch in diesem Jahr die Studierenden gezeigt, dass sie weitgehend in ganz beachtlicher Weise aus den Anlagen das für die Lösung des Falles Wesentliche extrahieren konnten. Gerade im Verwaltungsrecht noch nicht so sichere Studierende waren jedoch mit dem sehr langen Sachverhalt etwas überfordert, weshalb die Sachverhalte zukünftig wieder deutlich kürzer ausfallen werden. Zudem hat sich gezeigt, dass sich nicht in jedem Jahr anhängige VGH-Verfahren finden ließen, die als Grundlage für den Hausarbeits- und Moot Court-Sachverhalt geeignet waren.¹² 2014 wurde daher eine Erweiterung der Fallauswahl beschlossen, die nun auch alle bei einem der vier baden-württembergischen Verwaltungsgerichte anhängigen Verfahren mit einbezieht.

IV. Fakultätsinterne Begleitveranstaltungen und Vorkämpfe als didaktische Flankierung

Um möglichst vielen Studierenden die Erfahrung einer Moot Court-Teilnahme zu ermöglichen und um die Teilnehmer auf die für sie ungewohnte Prozesssituation vorzubereiten, haben die vier Fakultäten regelmäßig Begleitveranstaltung durchgeführt. Exemplarisch soll hier die vom *Verf.* in Freiburg angebotene Veranstaltung vorgestellt werden. Die Freiburger Studierenden wurden zunächst in einer einführenden Sitzung mit der Verfahrensordnung¹³ und dem Ablauf der Moot Court-Verhandlung vertraut gemacht.¹⁴ Die Teilnehmer bildeten sodann Zweierteams, die dann beim Vorkampf gemeinsam auftreten sollten. Mit diesen Teams wurden in Einzelsitzungen die zuvor von den Studierenden erarbeiteten Eingangsplädoyers geprobt und besprochen. Soweit Mittel hierfür vorhanden waren, erhielten die Teilnehmer zudem in einem Wochenend-Workshop ein Stimm- und Sprechtraining.

Didaktisches Ziel der Begleitveranstaltungen war es zudem, dass die Studierenden gemeinsam ihre jeweiligen Rollen im Prozess reflektieren. Für die Veranstaltung „Auftreten vor Gericht“ konnten mit dem Vizepräsidenten des VG Freiburg *Christoph Sennekamp*, dem Fachanwalt für Verwaltungsrecht Prof. Dr. *Reinhard Sparwasser* und dem Stadtrechtsdirektor Dr. *Rüdiger Engel* drei erfahrene Praktiker gewonnen werden, die sich zudem bereit erklärten, als Richter im Freiburger Vorkampf zu fungieren.¹⁵ Sie gaben den Teilnehmern einen Einblick in ihr Rollenverständnis und ihre

¹² Darüber hinaus führte dies prozessual zu einer Verengung auf Normenkontrolle nach § 47 VwGO, da sich die ursprüngliche Idee, auch Berufungsverfahren heranzuziehen, nicht in die Tat umsetzen ließ.

¹³ Die aktuelle Verfahrensordnung findet sich unter http://www.vghmannheim.de/pb/site/jum/get/params_Datattachment/1946076/MC%20VO%202015.pdf (28. 1.2015).

¹⁴ Als einführende Lektüre wurde den Studierenden zudem die S. 39-78 in *Griebel/Sabanogullari* (Fn. 4) empfohlen.

¹⁵ *Griebel* (Fn. 3), S. 229, weist auf den positiven Nebeneffekt von Moot Courts hin, dass die Vernetzung der Fakultät mit den ehrenamtlich engagierten Praktikern vertieft wird.

spezifische Sicht auf den Verwaltungsprozess und seine Beteiligten. Deutlich wurden dabei auch die Besonderheiten des Verwaltungsprozesses. Wenn in der rechtsdidaktischen Literatur zu Recht das Verständnis für die anwaltliche Perspektive als ein besonders wichtiger Aspekt von Moot Courts genannt wird,¹⁶ so gilt dies für den Verwaltungsprozess in einer komplexeren Weise. Denn die – regelmäßig auf Beklagtenseite auftretenden – Vertreter der Gemeinde oder des Landes sollten sich, so *Engel*, eine gewisse Zurückhaltung im Ton auferlegen, da es sich bei den Klägern vielfach um (Gemeinde-)Bürger mit einem zumindest im Kern nachvollziehbaren Anliegen handelt. In diesem Zusammenhang wies *Sparwasser* aus anwaltlicher Sicht darauf hin, dass im Verwaltungsrecht spezialisierte Rechtsanwälte regelmäßig sowohl Gemeinden als auch Bürger zu ihren Mandanten zählen und daher ein in der Sache bestimmter, aber zugleich immer fairer Umgang mit der Gegenseite ratsam sei.

Schließlich traten die Teilnehmer der Freiburger Begleitveranstaltung in einem Vorkampf in Zweiertteams im großen Verhandlungssaal des VG Freiburg¹⁷ gegeneinander an, um die vier Studierenden zu ermitteln, welche die Fakultät dann beim VGH Moot Court in Mannheim vertreten sollten. Das aus den oben genannten Praktikern bestehende Moot Court-Gericht kürte dabei ein Freiburger Siegerteam, um den Teamgedanken zu betonen sowie die vier besten Studierenden für das Mannheimer „Finale“, die aus verschiedenen Teams – und nicht notwendigerweise dem Siegerteam¹⁸ – stammen konnten.¹⁹ Im Anschluss an die Siegerehrung bekam jeder Teilnehmer einzeln und hinter verschlossener Tür ein kurzes Feedback der drei Praktiker zu seiner Leistung. Dieses Feedback wurde von allen bisherigen Teilnehmern als außerordentlich hilfreich und gewinnbringend empfunden, was sicherlich entscheidend auch an den „Richter“-Persönlichkeiten lag, zumal diese ganz unterschiedliche Temperamente und Sichtweisen einbringen konnten, was ihre Ratschläge in der Summe sehr vielschichtig und umfassend werden ließ.

V. Drei Jahre „Showdown“ in Mannheim

Bei dem jeweils im Juli stattfindenden Finale in Mannheim trafen die baden-württembergischen Fakultäten dann in 4er-Teams vor einem fünfköpfigen Moot Court-Senat aufeinander, dem der Präsident des VGH *Ellenberger* vorsah.²⁰ Jedes

¹⁶ *Griebel* (Fn. 3), S. 227.

¹⁷ Dies ermöglichte eine realitätsnahe Prozesssimulation; in manchen Fakultäten existieren bereits eigens geschaffene Räume zur Durchführung von Moot Courts, was ein Training unter realen Bedingungen, aber – je nach Ausstattung – auch Filmaufnahmen zu Übungszwecken erlaubt, siehe hierzu ausführlich *Wulf*, RW 2011, 110 (112 ff.).

¹⁸ Bisher gehörten in Freiburg die beiden Studierenden des Siegerteams allerdings immer auch zu den vier besten Teilnehmern.

¹⁹ Letzteres soll die Teambildung zu Beginn der Veranstaltung erleichtern, da die „Wahl“ des Teampartners keine Auswirkungen auf die Chancen einer Finalteilnahme hat.

²⁰ Als weitere Senatsmitglieder fungierten der Projektleiter Prof. *Dr. Bergmann*, die Präsidentin des LJA *Jacobi* (bzw.

Team trat dabei je einmal in einem Match auf Seiten des Klägers/Antragstellers und in einem anderen Match mit anderem Gegner auf Seiten des Beklagten/Antragsgegners auf und musste zunächst in einem Eingangsplädoyer von zehn Minuten seine Sicht der Dinge darlegen (§ 11 Abs. 1 Verfahrensordnung). Hierauf folgte eine Erwiderung durch beide Parteien von drei Minuten (§ 11 Abs. 2 Verfahrensordnung). In dem sich anschließenden Rechtsgespräch erörterte der Senat dann die aufgeworfenen Rechtsfragen mit den Parteien (§ 11 Abs. 3 Verfahrensordnung).²¹ Abschließend hatten die Teams die Gelegenheit in einem Schlussplädoyer noch einmal ihre Position deutlich zu machen, wobei die Teilnehmer möglichst keine vorbereiteten Plädoyers halten sollten, sondern es vielmehr galt, den Gang der Verhandlung angemessen zu berücksichtigen (§ 12 Verfahrensordnung).

Im Anschluss an alle Parteien kürte der Moot Court-Senat dann ein Siegerteam und die beste Einzelleistung eines Teilnehmers oder einer Teilnehmerin. Auch die Teams, die den 2. und 3. Platz belegten, konnten sich über Geldpreise freuen. Darüber hinaus erhielten alle Teilnehmer Buchpräsenten. In den bisherigen drei Jahren konnten Tübingen, Konstanz und Freiburg jeweils einmal den Sieg davontragen. Das bisher sieglose Team aus Heidelberg stellte allerdings bereits zweimal den Teilnehmer, der einen Sonderpreis für die beste Einzelleistung erhielt. Die vom Senat zugrunde gelegten Bewertungskriterien (§ 14 Abs. 3 Verfahrensordnung) sind unter anderem Aufbau, Argumentation, sprachliche Gestaltung und äußere Darstellung des Eingangsplädoyers, die Leistungen im Rechtsgespräch (Eingehen auf Fragen des Gerichts und das gegnerische Vorbringen, äußere Darstellung und Höflichkeit, Auftreten als Team) sowie die Argumentation und die Berücksichtigung des Rechtsgesprächs in den Schlussplädoyers. Dies deckt sich weitgehend mit den didaktischen Zielen des Moot Courts und erklärt auch die von der verwaltungsgerichtlichen Praxis abweichende Verfahrensgestaltung mit Eingangs- und Schlussplädoyers.²²

Dass die allermeisten Studierenden ihre Teilnahme rückblickend als Gewinn empfanden, dürfte auch an den gespielten Fällen liegen. Diese erlaubten es, gegenläufige Interessen zu vertreten, die für sich jeweils nachvollziehbar waren und daher eine starke Identifikation auf beiden Seiten erlaubten. In ganz besonderer Weise galt dies für den 1. Moot Court, dem eine Polizeiverordnung der Stadt Konstanz zu Grunde lag, die das Mitsichführen von Glasflaschen in Konsumabsicht für bestimmte Gebiete am Bodensee untersagte.²³ Im zweiten Jahr ging es um den Bebauungsplan der Stadt Neu-

als ihr Vertreter *Dr. Stauß*), Rechtsanwalt *Dr. Fischer* (Arbeitsgemeinschaft Verwaltungsrecht im DAV, Landesgruppe Baden-Württemberg) sowie Prof. *Dr. Wittinger* (Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung).

²¹ Zum Rechtsgespräch im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Moot Courts siehe *Wahrendorf*, NWVBl. 2003, 236 (239 f.).

²² So auch zum Kölner Moot Court im Bürgerlichen Recht *Griebel* (Fn. 3), S. 225, 230 f.

²³ Die Polizeiverordnung wurde für unwirksam erklärt, siehe VGH BW VBIBW 2013, 12 m. Anm. *Marsch*.

hausen a.d. Fildern, der zum Schutz des innerstädtischen Einzelhandels die geplante Errichtung eines Supermarktes in einem Gewerbegebiet ausschloss.²⁴ 2014 lag dem Moot Court schließlich ein Normenkontrollantrag zu Grunde, der sich gegen einen Bebauungsplan der Stadt Freiburg richtete, welcher die Errichtung einer Sportanlage mit Fußballplätzen und einem Vereinsheim ermöglichen soll.²⁵

VI. Lebendiges Verwaltungsrecht

Der VGH Baden-Württemberg Moot Court hat sich – so die Hoffnung des *Verf.* – etabliert. Er ermöglicht Studierenden, die sich bereits in einer fortgeschrittenen Phase des Studiums befinden, ohne größeren Zeitaufwand die Erfahrung einer Moot Court-Teilnahme. Zugleich lässt er das – von vielen Studierenden etwas ungeliebte – Verwaltungsrecht anschaulich werden und verdeutlicht, dass auch hinter bauplanungsrechtlichen Fällen vielfach Interessen stehen, die eine Identifikation mit den Anliegen der Parteien erlauben. Vor allem schafft er mit seinem zweistufigen Ablauf eine Verkoppelung von fakultätsinternem und landesweitem Moot Court. Dies ermöglicht auf der ersten (fakultätsinternen) Stufe, dass eine größere Anzahl von Studierenden an der Begleitveranstaltung teilnehmen,²⁶ während die zweite Stufe dem Nervenkitzel eines größeren Moot Courts nahekommmt. Zwar treffen hier nur vier Fakultäten aus einem Bundesland aufeinander und der Moot Court ist nicht mit der Herausforderung einer fremdsprachigen Verhandlung verbunden, doch die Wirkung auf die Teilnehmer des großen Sitzungssaals im VGH, eines aus fünf Richtern unter dem Vorsitz des VGH-Präsidenten bestehenden Senats und das Tragen von Roben ist nicht zu unterschätzen. Schließlich macht die Tatsache, dass dem Moot Court ein beim VGH anhängiges Verfahren zugrunde liegt, einen besonderen Reiz aus. Je nachdem wo der Fall spielte, sind Teilnehmer der nahegelegenen Fakultät an den „Ort des Geschehens“ gefahren, um sich im wahrsten Sinne des Wortes ein Bild vom Sachverhalt zu machen. Zudem sind regelmäßig die realen Verfahrensbeteiligten bzw. ihre Prozessvertreter zum Moot Court Finale nach Mannheim und mit den Teilnehmern ins Gespräch gekommen. Einige Teilnehmer sind sodann nach dem Moot Court auch zur mündlichen Verhandlung im realen Verfahren nach Mannheim gefahren, um zu erfahren, wie ein „echter“ VGH-Senat „ihren“ Fall verhandelt. Verwaltungsrecht wurde so lebendig – und das Ziel des VGH Moot Courts damit erreicht.

²⁴ Der Bebauungsplan wurde für unwirksam erklärt, siehe VGH BW VBIBW 2014, 65 m. Anm. *Marsch/Wittmann*, a.a.O., 69 (im Rahmen der Lösungshinweise zur Hausarbeit).

²⁵ Der Normenkontrollantrag wurde vom VGH abgewiesen, siehe VGH BW, Urt. v. 29.7.2014 – 3 S 2278/12 (juris).

²⁶ Zu Recht streicht *Griebel* (Fn. 3), S. 221 dies als einen Vorteil der fakultätsinternen Moot Courts heraus („Von der Eliten- zur Breitenförderung“).

Strafrecht als interdisziplinäre Wissenschaft

Bericht zum 4. Symposium junger Strafrechtswissenschaftlerinnen und Strafrechtswissenschaftler an der Georg-August-Universität Göttingen am 7. und 8.11.2014

Von Dipl.-Jur. **Philipp-Alexander Hirsch**, M.A., Göttingen

„Strafrecht als interdisziplinäre Wissenschaft“ – so lautete das Leitthema des vierten Symposiums des Jungen Strafrechts, das am 7. und 8.11.2014 an der Georg-August-Universität Göttingen stattfand. Die Tagung wurde von *Dr. Stefanie Bock*, *Dr. Stefan Harrendorf* und *Dr. Manuel Ladiges* (alle Mitarbeiter am Institut für Kriminalwissenschaften der Universität Göttingen) ausgerichtet und versammelte mehr als 120 Nachwuchswissenschaftler und Nachwuchswissenschaftlerinnen, um die Frage der Interdisziplinarität der Strafrechtswissenschaft in Vorträgen zu diskutieren, entsprechende Forschungsprojekte vorzustellen und sich gegenseitig kennenzulernen.

Mit dem Thema der Tagung sollte erneut das alte Ideal einer gesamten Strafrechtswissenschaft aufgegriffen werden: Ein gesamtheitlicher Ansatz in der Erforschung des Strafrechts scheinheutzutage mehr denn je als Antwort auf eine zunehmend komplexer werdende Lebenswelt und die damit einhergehende Verflechtung unterschiedlicher Wissenschaften geboten. Interdisziplinäre Bezüge seien daher nicht nur im Strafrecht selbst (mit Blick auf das Verhältnis von materiellem und prozessuale Strafrecht) zu ziehen, sondern auch zu anderen Rechtsgebieten (etwa Zivilrecht oder Völker- und Europarecht) sowie zu anderen Wissenschaften wie z.B. der Ökonomie, Soziologie, Politik- und Geschichtswissenschaft, Philosophie oder (Neuro-)Biologie und Medizin. Trotz der augenscheinlichen Notwendigkeit interdisziplinärer Ansätze, bestünden neben vielen Vorteilen gleichwohl auch Grenzen und Gefahren einer interdisziplinären Erforschung des Strafrechts. Der Frage, inwieweit das Strafrecht als interdisziplinäre Wissenschaft zu betreiben sei, sollte daher in Göttingen in seiner ganzen Breite nachgegangen werden.

Im Namen des Instituts für Kriminalwissenschaften wurden die Tagungsteilnehmer zunächst durch Prof. *Dr. Dr. h.c. Jörg-Martin Jehle* sowie (von Organisatorensseite) durch *Dr. Manuel Ladiges* willkommen geheißen, die in ihren Grußworten die Geschichte Göttingens als Wissenschaftsstadt und die besondere Verpflichtung Göttinger Strafrechtswissenschaft zu einer gesamtheitlichen Erforschung des Strafrechts herausstrichen. *Dr. Kyriakos N. Kotsoglou* (Freiburg i. Br.) eröffnete sodann die Tagung inhaltlich mit einem Vortrag zum Thema „Das schweigende Strafrecht. Zum Postulat von Interdisziplinarität und Methodenstringenz“. Er widmete sich der Frage, ob nicht durch das Bestreben, (möglichst viele) Elemente aus anderen Disziplinen zu berücksichtigen, das genuine Forschungsobjekt des Strafrechts aus dem Blick gerate. Methodologisch solle sich das Strafrecht auf ein positivistisch-normativistisches Vorgehen konzentrieren und sich hiervon nicht durch einen Methodensynkretismus ablenken lassen. Dabei griff *Kotsoglou* in seinem Vortrag beispielhaft die Frage nach der „richtigen“ Straftheorie auf: Aus Sicht der Strafrechtswissenschaft lasse sich Strafe nicht als gerecht oder ungerecht legitimieren bzw. disqualifizieren, denn es sei überzogen, solche moralphilosophischen Fragen an die Strafe

heranzutragen. Zum einen bestehe kein kategorialer Unterschied zwischen strafrechtlichen Sanktionen und anderen Rechtsbehelfen, bei denen wir solche Fragen nicht stellen. Strafe als nur vermeintlich „schwerste Sanktion“ sei daher nicht besonders legitimationsbedürftig. Zum anderen seien die in diesem Rahmen in Anschlag gebrachten deontologischen und utilitaristischen Begründungsmodelle zu starr für moderne Rechtssysteme. Ferner seien klassische Begründungsmuster (insb. generalpräventiver Straftheorien) ungeeignet, um das Phänomen Strafe angemessen zu beschreiben: Negative Generalprävention (Strafe als Abschreckung) simplifiziere menschliches Verhalten als Reiz-Reaktion-Modell; positive Generalprävention (Strafe als Einübung der Normerkennung) könne die Intentionalität menschlichen Handelns nicht erklären. Aber auch Vergeltungstheorien seien ungeeignet, insofern man hier das Verbrechen als Ursache der Strafe betrachte und nicht – richtigerweise – als Grund (*conditio per quem*). Eine angemessene, juristische Beschreibung bzw. Erklärung von Strafe erhalten wir nach *Kotsoglou* erst, wenn wir andere Disziplinen ausblenden und eine streng positivistische Perspektive einnehmen. Hiernach sei Strafen eine regelgeleitete Tätigkeit und „Strafe“ die begriffliche Artikulation einer phänomenalen Erscheinung, die wir als Juristen am angemessensten als Anwendung geltenden Rechts beschreiben sollten. Eine schweigende Strafrechtsdogmatik dürfe sich zwar für Erkenntnisse anderer Disziplinen interessieren, dabei jedoch nicht die Positivität und Eigengesetzlichkeit des (Straf-)Rechts aus den Augen verlieren. Denn unsere Aufgabe sei nicht die moralische Rechtfertigung, sondern die Erkenntnis der Strafe unter rechtsdogmatischem Blickwinkel.

Konträr hierzu positionierte sich *Dr. Jochen Link* (Freiburg i. Br.) mit seinem Vortrag „Rechtsphilosophie als einer der Grundpfeiler einer interdisziplinären Strafrechtswissenschaft“. Dabei lieferte er zunächst einen Überblick über die Vielzahl strafrechtlicher Problembereiche, die aufs engste mit philosophischen Fragestellungen verknüpft seien: die Berechtigung des strafrechtlichen Schuldprinzips mit Blick auf die Frage „Neurobiologie contra Rechtsphilosophie?“, die moralische versus rechtliche Zulässigkeit der Sterbehilfe, der „Tötung auf Verlangen“, des Abtreibungsrechts sowie die Relevanz moralphilosophischer Kriterien für Fragen des gesetzlichen Unrechts (z.B. für die Mauerschützenprozesse), die Einwilligungensproblematik und die Mehrdeutigkeit strafrechtlich relevanter Begriffe (etwa „Menschenwürde“ [Art. 1 Abs. 1 GG], „gute Sitten“ [§ 228 StGB] oder „niedrige Beweggründe“ [§ 211 StGB]). Auch moderne Entwicklungen wie das Roboterrecht und die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Fehlfunktionen von Robotern müssten rechtsphilosophisch untersucht werden. Anhand des letzten Beispiels machte *Link* deutlich, dass die juristische Abgrenzung von strafrechtlicher Verantwortung zwischen Mensch und Maschine nicht ohne rechtsphilosophische Reflexion auskomme: Es sei fraglich, ab wann Maschinen, die zunehmend teil- oder gar vollauto-

nom agierten (z.B. teilweise bereits heute ihre eigene Programmierung selbstständig fortschrieben und änderten), eigenverantwortlich handelten und damit zurechnungsfähige Personen seien. Dies seien genuin (moral-)philosophische Fragestellungen, die gleichwohl für die juristische Frage der Zurechnung maschinellen Fehlverhaltens zum Konstrukteur bzw. Operateur entscheidend seien. Zur Beantwortung solcher Fragen sei die Rechtsphilosophie im Rahmen einer interdisziplinären Strafrechtswissenschaft eine wesentliche, tragende und hilfreiche Disziplin. Gleichwohl müsse hierbei der Anspruch an eine Letztbegründung durch die Rechtsphilosophie aufgegeben werden. Rechtsphilosophie sei vielmehr Metaphysikkritik, da sie die Grenzen der Rechtsordnung aufzeige. Angesichts des Rechtspluralismus seien moderne Rechtsordnungen Ordnungsformen, die mit Kontingenz und Geschichtlichkeit untrennbar verbunden seien. Eine Letztbegründung für die kontingente Rechtsordnung gebe es aber nicht, alle Letztbegründungsversuche seien daher zum Scheitern verurteilt. Eine moderne Rechtsphilosophie sei aber gleichwohl das Vehikel, eine bescheidenere, sich von der Metaphysik lösende Rechtsordnung zu finden. Hierbei trete sie erklärend als Platzhalter auf, nicht jedoch als moralisch gebietender Platzanweiser.

In ihrem Vortrag „Neurobiologische Befunde versus strafrechtliches Schuldprinzip“ setzte sich *Dr. Konstantina Papathanasiou* (Heidelberg) mit dem in den letzten Jahren aufgekommene Anspruch der Neurowissenschaften auseinander, Leitwissenschaft zu sein. Dürfe sich auch das Strafrecht neurowissenschaftlichen Erkenntnissen zum Thema „neurobiologischer Determinismus“ nicht verschließen? *Papathanasiou* griff die Behauptung auf, dass es nur Handlungen, nicht aber Handelnde gebe, und dass der Mensch eigentlich ein Spielball seiner Nervenzellen sei. Hierbei setzte sie sich zunächst kritisch mit dem – für diese Behauptungen regelmäßig herangezogenen – sog. Libet-Experiment (genau genommen geht es um eine Reihe von Experimenten) auseinander. Zunächst beleuchtete sie, was der Problematik Determinismusbehauptung versus Schuldprinzip inhaltlich zugrunde liegt: Das Schuldprinzip sei eines der höchsten Prinzipien des Strafrechts, da es die normative Ansprechbarkeit des Täters und damit seine grundsätzliche Fähigkeit zu normgemäßen Verhalten behaupte. Sei demgegenüber die neurowissenschaftliche Determinismusbehauptung richtig, könne es keine Schuld in diesem Sinne geben. Strafrecht könne man dann allenfalls nur noch als präventive, auf einen Reiz-Reaktion-Mechanismus gestützte Konditionierung des Menschen rechtfertigen. In einem zweiten Schritt stellte sie sodann die Belastbarkeit der neurowissenschaftlichen, experimentellen Ergebnisse in Frage: Zunächst beanspruche nicht einmal *Libet* selbst, hiermit die Determiniertheit menschlichen Handelns gezeigt zu haben. Ferner sei der Aussagewert der Libet-Experimente fragwürdig, insofern die Studie methodologische Fehler aufweise und die für das Schuldprinzip relevante „Veto-Option“ (die Fähigkeit des Probanden, eine einmal getroffene Entscheidung zu revidieren) verschweige. Überdies lasse sich als biologisches neuro-skeptisches Argument anführen, dass das Gehirn ein zu komplexes System sei, um Vorhersagen über menschliches Verhalten zu ermögli-

chen oder diesen Prozess zu beschreiben. Außerdem lassen sich biologische Erkenntnisse nicht fraglos auf normative Fragestellungen der Rechtswissenschaft übertragen. Schließlich legte *Papathanasiou* dar, dass das Schuldprinzip als eine soziale *conditio sine qua non* zu betrachten sei. Die Willensfreiheit sei unersetzliches Axiom jeder bestehenden menschlichen Gemeinschaft und das Schuldprinzip müsse als gesellschaftlicher Ordnungsmechanismus insoweit unberührt bleiben. Um der quasi intuitiven Selbstverständlichkeit des Schuldprinzips eine Basis zu bieten, schlug sie überdies vor, das Schuldprinzip nach dem Verständnis *Kurt Gödels* zu interpretieren und dessen Unvollständigkeitssatz auf die Rechtswissenschaft zu übertragen.

Als nächstes betrachtete *Dr. Peter Kasiske* (München) in seinem Vortrag „Behavioral Law and Economics und Strafrechtsdogmatik“ traditionelle Fragestellungen des Strafrechts aus der Perspektive der „Behavioral Law and Economics“-Bewegung (BLE). Hierzu führte er zunächst in die BLE ein, welche eine Weiterentwicklung der Law-and-Economics-Schule darstelle, die deren Vorstellung eines rational-nutzenmaximierenden *homo oeconomicus* um Einsichten aus der Verhaltenspsychologie ergänze. Sie versuche damit, ein aussagekräftigeres Verhaltensmodell zu entwickeln, das auch irrationale Faktoren menschlichen Verhaltens berücksichtige. Im Gegensatz zum Idealtypus des *homo oeconomicus* gehe die BLE daher lediglich von einem *begrenzten* Eigeninteresse, *begrenzter* Rationalität sowie *begrenzter* Selbstkontrolle des Menschen aus. Dies zugrunde gelegt lassen sich laut *Kasiske* Schlussfolgerungen für die Strafrechtsdogmatik ziehen. So gehe die h.M. zu § 26 BörsG bei der Auslegung des Merkmals „unter Ausnutzung ihrer Unerfahrenheit“ vom Anleger als idealtypischem *homo oeconomicus* aus, dessen Verhalten nur dann rational sei, wenn er über *alle* relevanten Informationen verfüge. Nach der BLE neigen Menschen jedoch zur Überschätzung der eigenen Prognosefähigkeiten (*overconfidence*), haben die Tendenz, nur solche Informationen wahrzunehmen, die eine schon vorhandene Einstellung bestätigen (*confirmation bias*), und verfügen nur über eine begrenzte Fähigkeit, Informationen aufzunehmen (*information overload*). Folgerichtig sei – so *Kasiske* – „angemessene Aufklärung“ so auszulegen, dass nicht nur Umfang und Qualität der Informationen, sondern auch die Art ihrer Darstellung (*framing*) und die kognitiven Grenzen des Adressaten berücksichtigt werden. Zu viele Informationen könnten die Qualität der Entscheidung sogar verringern. Entsprechende Kritik lasse sich im Rahmen von § 263 StGB anbringen, wenn Teile der Lehre behaupteten, Handlungen, die nicht geeignet seien, Durchschnittsverbraucher irreführen, könnten keine Täuschung im Sinne von § 263 StGB sein. Mit BLE sei vielmehr davon auszugehen, dass es keinen Durchschnittsverbraucher gebe, sondern die Täuschungsanfälligkeit entscheidend von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Trotz der vielversprechenden Erkenntnisse der BLE für die Strafrechtsdogmatik mahnte *Kasiske* gleichwohl einige Kritikpunkte an: So bestehe ein Theoriedefizit, insofern die BLE ihre eigenen Aussagen nicht erklären könne. Ferner sei die BLE für normative Strafrechtsdogmatik irrelevant. Problema-

tisch könne schließlich sein, dass die BLE dem Paternalismus Vorschub leiste.

„Die Akzessorietät des Strafrechts“ lautete der Titel des Vortrags von *Markus Wagner* (Gießen). Hierin vertrat *Wagner* die These, dass die Akzessorietät keine Eigenheit einzelner Deliktstatbestände sei, sondern ein allgemeiner Grundsatz, der dem Strafrecht insgesamt zugrunde liege und der unabhängig von der konkreten Formulierung einer Strafnorm Geltung beanspruche. Nach einem Überblick zum gegenwärtigen Meinungsstand begründete er die durchgehende Akzessorietät des Strafrechts mit rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Erwägungen: Zunächst spreche der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung für die Akzessorietät des Strafrechts. Dies zeige etwa der Vorrang außerstrafrechtlicher Bundesvorschriften nach Art. 31 GG sowie der Vorrang außerstrafrechtlicher Landesvorschriften vor bundesrechtlichen Strafvorschriften im Falle konkurrierender Gesetzgebungskompetenz der Länder. Ferner bestehe eine eingeschränkte auslegungsbezogene Subsidiarität des Strafrechts. Komme es nämlich zum Konflikt zwischen einer außerstrafrechtlichen Norm und einer strafrechtlichen Norm, gehe im Regelfall die außerstrafrechtliche Norm vor. Sofern sich dies nicht bereits aus allgemeinen Auslegungsregeln ergebe, sprächen der Grundsatz der Vorhersehbarkeit strafrechtlichen Verhaltens (Art. 103 Abs. 2 GG) und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG) dafür, Normkonflikte stets so auszulegen, dass die Strafvorschrift verdrängt werde. Eine Ausnahme gelte nur, wenn die Strafnorm jünger und spezieller sei und zum Ausdruck bringe, dass sie – sofern der Strafgesetzgeber über die entsprechenden Kompetenzen verfüge – auch eine außerstrafrechtliche Aussage enthalte. Schließlich habe das Strafrecht einen durchgehend sekundären Charakter, insofern Strafnormen regelmäßig im Lichte der jeweiligen Primärnorm auszulegen seien. *Wagner* zeigte auch Grenzen dieser Akzessorietät des Strafrechts auf: etwa insofern verfassungsrechtliche Gesetzgebungskompetenzen unterlaufen würden oder im Falle einfachgesetzlicher Durchbrechung der Akzessorietät. Diese Grenzen stellten aber – so das Fazit *Wagners* – keine Ausnahme vom Akzessorietätsgrundsatz dar.

Dr. Elias Bender (Mainz) hielt einen Vortrag mit dem Titel „Zur Relevanz der Brandforschung für die Dogmatik des Brandstrafrechts am Beispiel der schweren Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 StGB“. Sein Ziel war dabei, die Bedeutung der heutigen Brandforschung für die Erfassung der genuin teleologischen Ausrichtung der Brandstiftungsdelikte darzutun. Denn häufig werde in der Dogmatik des Brandstrafrechts die Gefahrenlage bei Bränden falsch bewertet. Die Erkenntnisse der Brandforschung zeigten aber, dass nicht nur räumlich ausgedehnte Brände eine hohe Gefährlichkeit aufwiesen. Ein hohes Gefahrenpotential liege auch bei kleinen, lokal begrenzten Bränden durch die Entstehung von Brandrauch vor. Dieser begründe durch seine giftige Zusammensetzung, hohe Hitze sowie rasche und großflächige Entwicklung und Verbreitung die hohe Gefahr der (tödlichen) Verletzung von Menschen und Beschädigung von Sachen. Ferner komme es häufig zu Rauchgasexplosionen sowie zur Entstehung neuer Brandherde durch Brandrauch. Diese brandspezi-

fische Gefährlichkeit rechtfertige zum einen die „Strenge“ der §§ 306, 306a Abs. 1 StGB, insofern beide lediglich die vorsätzliche Inbrandsetzung (bzw. die völlige oder teilweise Zerstörung durch Brandlegung) eines der im Gesetz abschließend genannten Tatobjekte voraussetzten, um den Brandstifter mit einer empfindlichen Freiheitsstrafe von bis zu zehn (§ 306 Abs. 1 StGB) bzw. fünfzehn Jahren (§ 306a Abs. 1 StGB) zu belegen. Zum anderen unterstütze die Brandforschung eine Lesart dieser Vorschriften, wonach die Norm die Schaffung einer *abstrakten* Brandgefahr pönalisierere. Angesichts dessen sei etwa bei gemischt genutzten Tatobjekten¹ auch bei teilweisem Inbrandsetzen nicht-bewohnter (und damit nicht-qualifizierter Gebäudeteile im Sinne von § 306a Abs. 1 StGB) eine vollendete schwere Brandstiftung gegeben, auch wenn der Brand in einem vermeintlich ungefährlichen (da unbewohnten) Gebäudeteil gelegt werde. Außerdem lasse sich – als weiteres Beispiel – die diskutierte teleologische Reduktion der schweren Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 StGB in den Fällen der „ungefährlichen“ Tatbegehung nicht mehr rechtfertigen, da etwaige Vorsichtsmaßnahmen die besagte abstrakte Brandgefahr nicht eindämmen könnten.

Dr. Ineke Pruin (Greifswald) stellte in ihrem Vortrag „Interdisziplinäre Erkenntnisse zur Entlassung aus dem Strafvollzug und ihre Bedeutung für die deutsche Reformdiskussion“ vor. Sie thematisierte die Strukturen für die Entlassung von Straftätern aus dem Vollzug, welche aktuell in vielen Ländern kriminalpolitisch und gesellschaftlich kritisch diskutiert würden. Das Problem bestehe dabei vor allem in sehr hohen Rückfallquoten nach dem Aufenthalt in Strafvollzugsanstalten oder vergleichbaren Institutionen, wobei hierfür insbesondere die Zeit unmittelbar nach der Entlassung aus dem Vollzug ausschlaggebend sei: Eine geringe Personaldecke und starre Zuständigkeiten verhinderten eine hinreichende und durchgehende Einzelfallbetreuung. Es fehle eine strukturelle Vernetzung zwischen Vollzug, Bewährungshilfe und freier Straffälligenhilfe sowie zwischen Vollzug und Entlassungskommunen oder Agentur für Arbeit. Außerdem bestehe eine schlechte Vorhersehbarkeit des Entlassungstermins und eine unzureichende Öffnung des Vollzugs. Schließlich fehle es an einem sozialen Empfang unmittelbar nach der Entlassung. Daher sei fraglich, wie der unmittelbare Übergang aus der Haft in die Freiheit gestaltet sein müsse, um diesen Kreislauf zu durchbrechen. Jüngere Reformbestrebungen der Länder greifen laut *Pruin* diese Probleme auf, indem sie zum Zwecke der erfolgreichen Wiedereingliederung die Beteiligung Dritter schon während des Vollzugs ermöglichen. Außerdem seien verpflichtende Strukturen zur Zusammenarbeit von Vollzug und Bewährungshilfe bei der Wiedereingliederung geschaffen worden. Neu seien auch Nachsorge durch den Vollzug, Entlassungsvorbereitung durch weitergehende Vollzugslockerungen sowie spezielle Instrumente wie z.B. der (teilweise mehrmonatige) Langzeitausgang. Gleichwohl seien – so *Pruin* – weitergehende Maßnahmen nötig. So zeigten entsprechende Studien, dass überleitungsorientierte Haftentlassungsstrukturen notwendig seien, die sich stärker an den individuellen Fähigkeiten und Motivationslagen der

¹ Vgl. BGHSt 56, 94.

Straftäter orientierten und dabei so weit wie möglich in der Gesellschaft, also außerhalb der Anstalt stattfindenden. Ferner seien mit Blick auf Reformbestrebungen anderer europäischer Länder die bessere Vorhersehbarkeit des Entlassungszeitpunkts durch das Instrument einer „automatischen vorzeitigen Entlassung“, die bessere Beteiligung der Gemeinden/Kommunen an der Eingliederung durch Eingliederungsverpflichtungen und Zuständigkeitsvereinbarungen sowie eine bessere Motivierung der Haftentlassenen durch frühzeitige „Erprobung der Freiheit“ und Übergangswohnheime vielversprechende Lösungsansätze.

„Die Übertragung von Gerichtsverhandlungen im Strafverfahren“ war das Thema des Vortrags von *Alix Giraud* (Potsdam). Während der Öffentlichkeitsgrundsatz ehemals ausschließlich die Funktion gehabt habe, die Justiz zu kontrollieren und Geheimverfahren entgegenzuwirken, diene er gerade heute auch der Information der Öffentlichkeit. *Giraud* fragte nun nach den Grenzen dieser Öffentlichkeit angesichts der Möglichkeiten moderner Informations- und Kommunikationstechniken am Beispiel der Fernsehübertragung des Falles von O. J. Simpson, die in dreierlei Hinsicht problematisch gewesen sei: Zum einen folgte die mediale Übertragung nicht den zeitlichen Strukturen bzw. dem Ablauf der Gerichtsverhandlung. Medien hätten durch Wiederholungen bzw. Filmmontagen eine hiervon gänzlich abweichende Erzählung konstruiert. Zum anderen habe die Tatsache, dass die Verhandlung bequem von zuhause und nicht in der Atmosphäre eines Gerichtssaals verfolgt werden konnte, zu einem „Entertainment-Effekt“ geführt, der das Verfahren zu einem Unterhaltungsereignis degradiert habe. Schließlich habe die Übertragung im landesweiten Fernsehen einen erheblichen öffentlichen Druck auf sämtliche Prozessbeteiligten erzeugt. Die neuen Technologien, die einen zentralen Platz in der Gesellschaft einnehmen, verzerrten daher das Zeit- und Raumgefühl des Zuschauers. Darüber hinaus veränderten sie die Verhältnisse zwischen Justiz und Medien in Anbetracht der Umsetzung und der möglichen Kontrolle über die Filmaufnahme und -übertragung. Eine mögliche Lösung dieser Probleme bestehe daher etwa in einem Verbot von Filmmontagen, der Beschränkung der Kameraführung oder dem Abschalten des Tons. Andere Lösungsmöglichkeiten seien durch Regelungen in anderen Ländern vorgezeichnet: So verfüge der Internationale Strafgerichtshof über ein Broadcastsystem, das die Sitzungen fast simultan über das Internet übertrage, und in der englischen Rechtsordnung sei ein ähnliches System auf Ebene des Court of Appeal eingeführt worden. In Norwegen seien einige Verfahren per Videoschaltung in Gerichtsräume in anderen Städten übertragen worden; ein nur geringfügiger Unterschied gegenüber der in Deutschland möglichen Übertragung der Verhandlung in einen gerichtlichen Nebenraum. Denkbar – so schloss *Giraud* mit einem eigenen Ansatz – sei auch eine Regelung wie in Frankreich, wo Bild- und Tonaufnahme von Prozessen, die eine historische Dimension haben, lediglich zu Archivierungszwecken zugelassen seien. Überlegenswert sei es schließlich, die Erweiterung der Öffentlichkeit unter ein Antragserfordernis zu stellen.

Dr. Alexander Heinze (Göttingen) widmete sich in seinem Vortrag „Tor zu einer anderen Welt – Die systematische

Auslegungsmethode im internationalen Strafprozessrecht“ den Besonderheiten des internationalen Strafverfahrens am Beispiel des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH). Das internationale Strafverfahrensrecht besitze keinen Gesetzgeber im parlamentarischen Sinne, sondern bestehe aus einem horizontalen System von Rechtsnormen, die aus unterschiedlichsten Rechtstraditionen stammten. Ferner gelte für die Verfahrensregelungen nicht das Gesetzmäßigkeitsprinzip, sodass keine Schranke für richterliche Rechtsfortbildung bestehe. Auch ließen sich die Verfahrensregeln bereits bestehender ad-hoc-Tribunale (etwa Jugoslawien-StrafGH) nicht einfach auf den IStGH übertragen. Als Folge sähen sich die dortigen Richter im Falle prozessualer Fragen zu Einzelfallentscheidungen genötigt, die in der Regel durch eine willkürliche Auswahl von juristischen Begründungstheorien legitimiert werden sollten. Die auf diese Weise entstehende Rechtsunsicherheit werde dabei nur als Nebenwirkung angesehen. Dieses Ergebnis könnte laut *Heinze* dadurch verhindert werden, dass die Richter Auslegungsmethoden wie die Wortsinn-, systematische und teleologische Auslegung nicht als Rechtsbegründungstheorie, sondern als Rechtsfindungsmethode anwendeten: Mit Blick auf die systematische Auslegung sei im Internationalen Strafprozess eine weite Auslegungsmethode geboten, die es ermögliche, auch Elemente der Rechtsvergleichung, der Rechtssoziologie sowie kulturelle Elemente mit einzubeziehen. Dabei seien die einzelnen Normen systematisch als Teil eines konsistenten Systems von Wertentscheidungen zu begreifen. Da es im Internationalen Strafprozess angesichts der genannten Defizite jedoch de facto kein kohärentes und widerspruchsfreies System gebe, müssten Richter im Internationalen Strafprozessrecht erst die Wertentscheidungen dieses „inneren Systems“ ermitteln. Dieses innere System sei daher nur ein ideal gedachter, jedoch nicht real vorhandener Orientierungspunkt. Durch die Bildung von Idealtypen schafften Richter erst eine Schablone, anhand der der entsprechende Normkontext gemessen werden könne. Dieser Vorgang sei wiederum nichts anderes als Rechtsvergleichung im Sinne einer empirischen Untersuchung des Rechts als allgemeines, sozio-kulturelles Phänomen, die dabei auch Prinzipien und Wertungen mit einbeziehe. Eine solche Auslegung erlaube es – so *Heinze* – Scheinbegründungen und den Rückfall in einen Rechtsrealismus zugunsten der Suche nach der „besten Rechtstheorie“ zu vermeiden.

Den Abschluss bildete sodann der Vortrag von *Dr. Till Zimmermann* (München) mit dem Titel „Verbrecher als Vorbilder? – Was die Strafrechtswissenschaft zum Historikerstreit um die ‚richtige‘ Erinnerungskultur beitragen kann“. Hierin bestritt *Zimmermann*, dass der Streit um die Frage, inwieweit zwiespältigen historischen Persönlichkeiten legitimerweise eine positive Rolle in der öffentlichen Erinnerungskultur eingeräumt werden könne, ein rein geschichtspolitisches Problem sei. Vielmehr könne die Strafrechtswissenschaft hierzu einen eigenen Beitrag leisten. Dies werde bereits dadurch nahegelegt, dass im Diskurs auffallend häufig in eher laienhafter Weise, genuin strafrechtliche Argumentationsmuster für oder gegen eine Ehrwürdigkeit bemüht würden: z.B. Verweise auf die „Schwere der Schuld“, die Leistung „tätiger Reue“ oder gar die Radbruch'sche Formel.

Zimmermann versuchte nun, hier anzusetzen und die gerade im Strafrecht vorhandenen elaborierten Instrumente zur Feststellung von sowie zum Umgang mit sozialem Tadel am Beispiel von Namenspatronaten (jüngste Beispiele: der Münsteraner Bürgerentscheid über die Umbenennung des Hindenburgplatzes sowie der Streit um die neue Henry-Kissinger-Professur für Völkerrecht an der Universität in Bonn) in Anschlag zu bringen. Beim Namenspatronat gehe es – so *Zimmermann* – um eine hoheitliche Ehrung, die eine ethische Lebensführung des Namenspatrons voraussetze. Letztere sei wiederum im Rahmen einer „moralischen Gesamtbilanz“ durch eine Abwägungsentscheidung zu ermitteln. Für diese Abwägungsentscheidung böte die Strafrechtswissenschaft hilfreiche (negative) Abwägungskriterien: Insofern Strafe eine Form „sozialem Tadel“ darstelle, sei eine (hypothetische) Strafbarkeit Indikator für ethisches Fehlverhalten. Ferner könne die strafrechtliche Pönometrie bei der Bestimmung der Schuldsschwere (§ 46 StGB) hilfreiche Maßstäbe bieten. Bekanntermaßen sei ebenso die in diesen Fragen wichtige Berücksichtigung der Lebensleistung eines Menschen mit dem „Gebot der zweiten Chance“ auch im Strafrecht im Rahmen der Strafzumessung relevant. Konkret untersuchte *Zimmermann* hier nun die Frage, wann eine solche „zweite Chance“ nach strafrechtlichem Maßstab in Fragen des Namenspatronats zu versagen sei. Sein Vorschlag: Dies erfordere absolute Ehrwürdigkeit des potentiellen Namenspatrons. Diese sei im Falle einer „aufrechnungsfeindlichen“ moralischen Empörung gegeben (strafrechtliche Indikatoren seien etwa §§ 6-12 VStGB oder § 80 StGB), welche eine intertemporale Stabilität aufweise (hier sei die strafrechtliche Unverjährbarkeit, § 5 VStGB, §§ 78 Abs. 2, 79 Abs. 2 StGB, maßgeblich). Mithin seien Haupttäter unverjährbarer Makro-kriminalität – und hierunter fielen auch Hindenburg und Kissinger – absolut ehrwürdig und schieden als Vorbilder im Rahmen öffentlicher Erinnerungskultur aus.

Die Vorträge des vierten Symposiums des Jungen Strafrechts in Göttingen beleuchteten die Frage der Interdisziplinarität der Strafrechtswissenschaft in umfassender Weise und boten dem Publikum ein breites Spektrum an rechtswissenschaftlichen Ansätzen und Gedanken um Interdisziplinarität im Strafrecht zu denken und kritisch zu reflektieren. Ein neues Treffen der jungen Strafrechtswissenschaftlerinnen und Strafrechtswissenschaftler wird es dann voraussichtlich 2015 an der Universität Erlangen-Nürnberg geben. Die Beiträge der diesjährigen Tagung werden in einem Tagungsband beim Nomos-Verlag erscheinen.