

# RA 07/2012

## Rechtsprechungs-Auswertung

### ZIVILRECHT

Ausschluss der Gewährleistung beim Pkw-Kauf (Hobbywerkstatt als Unternehmer)? .....	369
Zur Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltsgebühren .....	374
Kündigungsgrund im Reisevertragsrecht: Besonders erheblicher Mangel .....	377
Konkludenter Abschluss eines Maklervertrages .....	383

#### Speziell für Referendare:

Umdeutung einer unzulässigen Revision? .....	386
--	-----

### ÖFFENTLICHES RECHT

EuGH: Freizügigkeit contra Wohnsitzerfordernis .....	389
Verfassungswidriges Inkrafttreten von Gesetzen unmittelbar nach Verkündung .....	398
Unfriedlichkeit von „Blockupy“-Versammlungen .....	405

### STRAFRECHT

Täterschaft des Garanten neben dem Begehungstäter .....	409
Körperverletzung durch Beschneidung? .....	414
Zur Amtsträger- bzw. Beauftragteneigenschaft eines Arztes .....	417

#### Speziell für Referendare:

Auskunftsverweigerungsrecht wegen Straftat in der Hauptverhandlung? .....	422
---	-----

**DIE AKTUELLESTE  
AUSBILDUNGS-  
ZEITSCHRIFT**

*Jetzt habe ich*

*gute Karten*



**DIE JURA INTENSIV KARTEIKARTEN**

**1100 FRAGEN UND ANTWORTEN.  
DIE EXKLUSIVE LERNHILFE. NUR FÜR  
UNSERE EXAMENSKURSTEILNEHMER.**

**KARTEIKARTEN**



## **Non scholae, sed vitae discimus**

Der (Ausbildungs-)Weg ist das Ziel

Liebe Leserinnen und Leser,

wir alle kennen die verdrehte Version des Seneca-Zitats: Nicht für die Schule, sondern für das Leben lernen wir! Welcher Gedanke steht dahinter? Nun, es geht wohl darum, die Motivation zum Lernen wegen seiner Bedeutung für das Leben zu steigern. Doch gilt dies nur für die Schule?

Der universitäre Schwerpunktbereich wird häufig, sicherlich nicht ohne Grund, wegen seiner Einbettung zwischen Hauptstudium und Examen und der zum Teil intransparenten Notengebung kritisiert. Aber betrachten wir dies einmal aus dem Blickwinkel des Rechtsberatungsmarktes. Die Zulassungen zur Anwaltschaft steigen noch immer stetig an - mittlerweile existieren bundesweit mehr als 160.000 Zulassungen. Ein derartiges Wachstum ist dagegen bei den staatlichen Stellen nicht zu verzeichnen und auch nicht zu erwarten.

Für die richtige Karriereplanung ist es daher wichtig, nicht nur auf den Abschluss der jeweiligen Examina hinzuwirken, sondern recht frühzeitig die Möglichkeiten zur Spezialisierung vorzubereiten. Gerade dazu kann eine gute Schwerpunktausbildung oder die Anwalts- und Wahlstation im Referendariat die Grundlage bilden.

Exemplarisch sei einmal auf den enorm wachsenden Bereich des Gesundheits- und Medizinrechts hingewiesen, der in der "normalen" Ausbildung kaum berücksichtigt wird. Lediglich im Strafrecht, wie die jüngste Entscheidung des BGH zur umstrittenen hypothetischen Einwilligung (BGH, RA 2012, 357) zeigt, bestehen Berührungspunkte. Dabei gewinnt dieses Rechtsgebiet, nicht nur aufgrund der demographischen Entwicklung sowie des wissenschaftlichen und technischen Fortschritts, immer mehr an Bedeutung. In den Fokus der Ausbildung wird sicherlich bald auch das neue Patientenrechtsgesetz, welches im BGB nach § 630 als neue Vorschriften die §§ 630a bis 630h umfassen soll, rücken. Dabei sei jedoch angemerkt, dass gesetzlich im Wesentlichen nur das festgeschrieben werden soll, was in den letzten Jahrzehnten durch die Rechtsprechung entwickelt worden ist, mithin sowieso schon praktiziert wurde. Ein neues Organspenderecht sowie eine Reform des Transplantationsgesetzes sollen zudem unsere Gesellschaft verändern.

Es gibt mithin viele andere Rechtsgebiete, die auf dem Rechtsberatungsmarkt lukrative Arbeitsfelder darstellen, im Studium und Referendariat aber kaum vorkommen. So sei ergänzend nicht nur auf das von Großkanzleien vielbeachtete Bank- und Kapitalmarktrecht, sondern auch auf den sehr jungen Bereich des Informations-, Telekommunikations- und Medienrechts verwiesen, in dem die Nachfrage das Angebot bei weitem übersteigt. Es ist daher nicht nur lohnenswert, sondern geradezu das Gebot der Stunde, den Blickwinkel frühzeitig über den Tellerrand der traditionellen Ausbildung zu heben und den eigenen (Rechts-)Wissenshorizont zu erweitern.

Rechtsanwalt Michael Langkamp, LL.M.

Master of Insurance Law

Fachanwalt für Medizinrecht

Fachanwalt für Versicherungsrecht

Dozent für JURA INTENSIV in Hamburg, Osnabrück, Bochum und Münster

## IMPRESSUM

- HERAUSGEBERIN:** JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & Co. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster  
Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545  
Internet: <http://www.jura-intensiv.de> - E-Mail: [ra@jura-intensiv.de](mailto:ra@jura-intensiv.de)
- CHEFREDAKTION:** Rechtsanwalt Frank Schildheuer (zugleich Öffentliches Recht)  
**REDAKTEURE:** Rechtsanwalt Wolfgang Schmidt & Alicia Rückert (Zivilrecht)  
Rechtsanwalt Uwe Schumacher (Strafrecht)
- ABONNEMENT:** Abonnement (jederzeit kündbar) zum Vorzugspreis von 5,00 Euro/Heft, für ehemalige Kursteilnehmer von JURA INTENSIV 4,50 Euro/Heft (regulärer Einzelpreis: 6,00 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Lieferung erstmals im Monat nach Eingang des Abonnements, sofern nichts anderes vereinbart.  
Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft, online unter <http://www.jura-intensiv.de> und/oder wird auf Wunsch zugeschickt.
- PROBEHEFT:** Einmalige Anforderung eines Probeheftes unter der o.g. Adresse der Herausgeberin ist jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich.
- BEZUGSPREIS:** Regulär 6,00 Euro/Heft. Ermäßigungen für Abonnenten s.o.
- ERSCHEINEN:** Monatlich, 12 Hefte pro Jahr.
- NACHBESTELLUNG:** Einzelne Hefte können zum Preis von 6,00 Euro/Heft nachbestellt werden, solange der Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5,00 Euro/Jahrgang. Einbanddecken: 9,00 Euro/Stück. Komplette Jahrgänge, in Leinen gebunden: 90,00 Euro/Jahrgang.  
Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten, für gebundene Jahrgänge 6,90 Euro (fallen pro Bestellung nur 1x an). Bestellformular befindet sich in der RA und/oder wird auf Wunsch zugeschickt.
- WERBUNG:** Die RA steht externer Werbung offen. Mediadata und Preise können jederzeit unter den o.g. Kontaktmöglichkeiten angefordert werden.

## Zivilrecht

### Problem: Ausschluss von Gewährleistungsansprüchen

OLG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 06.06.2012  
3 U 63/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **EINLEITUNG:**

Die Frage nach der Mangelhaftigkeit eines PKW ist immer wiederkehrendes Thema vor dem BGH. Diesmal stritten sich die Parteien über das Fehlen einer gelben Feinstaubplakette, ohne die das Einfahren in gesperrte Umweltzonen nicht erlaubt ist.

Neben der Frage, ob dieser Umstand einen Sachmangel darstellt, diskutierte der Senat den Unternehmerbegriff des § 14 BGB im Rahmen des Gewährleistungsausschlusses. Dabei entschied er, dass allein der Betrieb einer Hobbywerkstatt zumindest bei dem Verkauf eines PKW keine Unternehmereigenschaft begründet.

#### **SACHVERHALT:**

Im Januar 2011 entschied sich der Beklagte (B), das seit 2,5 Jahren in seinem Eigentum stehende Wohnmobil der Marke Fiat zu verkaufen. Er stellte es daraufhin auf einer Wiese ab und bot es mit einem Zettel mit den Fahrzeugdaten und seiner Handynummer zum Verkauf an. Schon ein paar Tage später meldete sich die interessierte Klägerin (K) und vereinbarte einen Besichtigungstermin am Standort des Wohnmobils. Da B eine Hobbywerkstatt betreibt, bot er ihr dabei an, das Fahrzeug auch dort noch einmal besichtigen zu können.

Bei diesem Treffen sprach K den B auf die in der Windschutzscheibe liegende gelbe Feinstaubplakette an und fragte, ob das Wohnmobil diese bei einer Ummeldung wieder bekäme.

Darauf antwortete B, die Plakette sei bereits in dem Fahrzeug gewesen, als er es erworben hatte. Er wisse nicht, was gegen die Erteilung einer neuen Plakette spräche.

Daraufhin schlossen die Parteien dann handschriftlich einen Kaufvertrag über das Wohnmobil zum Preis von 7.500 Euro. Im Kaufvertrag heißt es unter anderem: „Für das Fahrzeug besteht keine Garantie.“

Kurz darauf meldet K das Fahrzeug bei der zuständigen Behörde um, erhält dabei aber keine neue Feinstaubplakette. Der Motor des Fahrzeugs erfülle keine Euro-Norm, womit es als „nicht schadstoffarm“ eingestuft werde. Auch eine Umschlüsselung des Motors sei nicht möglich.

Sie ist deshalb über den Kauf des Wohnmobils sehr enttäuscht und möchte nun vom Kaufvertrag zurück treten.

Sie verlangt die Rückabwicklung des Vertrages.

Hat K gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises?

#### **PRÜFUNGSSCHEMA:**

A. Anspruch auf Rückzahlung aus §§ 437 Nr. 2, 323 I, 346 I BGB

- I. Wirksamer Kaufvertrag
- II. Sachmangel bei Gefahrübergang
- III. Unmöglichkeit der Nacherfüllung
- IV. Rücktrittserklärung gemäß § 349 BGB

- V. Keine Ausschluss des Rücktritts
  - 1. Vertraglicher Ausschluss
  - 2. Beschränkungen des Ausschlusses
- B. Ergebnis

#### LÖSUNG:

#### A. Anspruch der K gegen B auf Rückzahlung der 7.500 € aus §§ 437 Nr. 2, 323 I, 346 I BGB

K könnte einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises haben, wenn sie wirksam vom Vertrag zurück getreten ist.

#### I. Wirksamer Kaufvertrag

K und B schlossen einen Kaufvertrag. Nichtigkeitsgründe sind nicht ersichtlich.

#### II. Sachmangel bei Gefahrübergang

Außerdem muss bei Gefahrübergang ein Sachmangel im Sinne des § 434 BGB vorgelegen haben. Gemäß § 434 I BGB ist eine Sache mit einem Mangel behaftet, wenn sie nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist, oder wenn sie sich bei fehlender Vereinbarung nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet.

Es könnte ein Mangel in dem Umstand liegen, dass K bei Ummeldung des Wohnmobils keine gelbe **Schadstoffplakette** erhalten hat. Vereinbart ist eine Beschaffenheit der Kaufsache, wenn der Inhalt des Kaufvertrages die Pflicht des Verkäufers bestimmt, die gekaufte Sache in einem bestimmten Zustand zu übereignen und zu übergeben. B hat auf Nachfrage der K nicht erklärt, dass das Fahrzeug berechtigt sei, eine gelbe Plakette zu führen. Damit kann nicht festgestellt werden, dass dies Vertragsinhalt geworden ist. Die Parteien haben also keine Beschaffenheitsvereinbarung bezüglich der Plakette getroffen.

„[50] Vielmehr hat er bei verständiger Würdigung über die klar zu Tage liegende unstreitige Tatsache, dass das Wohnmobil die gelbe Plakette trug, hinaus - dies folgt aus seiner unwiderlegten Behauptung, das Fahrzeug habe die Plakette bereits geführt, als er sie erworben habe – nicht mehr (konkludent) erklärt, als dass ihm keine Umstände bekannt seien, die darauf hindeuteten, dass das Fahrzeug die Plakette zu Unrecht führe und die einer Wiedererteilung entgegenstehen könnten.“

Dies zog das LG in seiner vorherigen Entscheidung gar nicht in Betracht und verneinte die Mangelhaftigkeit aufgrund der fehlenden Vereinbarung

Jedoch regelt § 434 I 2 Nr. 1 BGB den Fall, dass sich die Sache nicht für die **vorausgesetzte Verwendung** eignet. Auch dies stellt einen Mangel dar, der zum Rücktritt berechtigt. Das Fehlen einer gelben Plakette verbietet es der K, bestimmte als Umweltzonen ausgewiesene Bereiche zu befahren. Sie ist damit in der Nutzung des Fahrzeugs beschränkt. Aus dem wiederholten Nachfragen der K ergibt sich, dass die Parteien beim Kauf des Wohnmobils voraus setzten, dass K mit diesem auch in innerstädtische Schadstoffsperrzonen fahren könne. Damit ist das Wohnmobil aufgrund des Umweltstatus mangelhaft.

#### II. Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Außerdem müsste die Nacherfüllung für B unmöglich im Sinne des § 275 BGB sein. Denn nur dann ist die Fristsetzung zur Nacherfüllung gemäß § 326 V BGB entbehrlich.

Um einen solch alten Motor, wie den des Wohnmobils, als „schadstoffarm“ einstufen zu können, müsste eine sogenannte Umschlüsse



lung vorgenommen werden. Da diese im vorliegenden Fall nicht möglich ist, ist damit dem B die Nacherfüllung in Form der Nachbesserung nicht möglich. Fraglich ist, ob die Nachlieferung eines entsprechenden Wohnmobils in Betracht kommt. Auch bei einem Stückkaufvertrag ist dies nach h.M. der Fall, sofern die mangelhafte Lieferung nach dem Parteiwillen durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann. Beim Kauf gebrauchter Sachen - insbesondere beim Gebrauchtwagenkauf - wird dies in aller Regel abzulehnen sein, da kaum ein Ersatzfahrzeug zu beschaffen sein dürfte, welches hinsichtlich Alter, Laufleistung, Ausstattung und Zustand dem verkauften Fahrzeug entspricht. Zudem hat K das Wohnmobil aufgrund des bei der Besichtigung gewonnenen persönlichen Gesamteindrucks erworben, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass sein Leistungsinteresse durch Lieferung eines anderen Wohnmobils in gleicher Weise befriedigt werden kann. Daher scheidet auch eine Nachlieferung aus. Damit ist die Nacherfüllung unmöglich.

### III. Rücktrittserklärung gemäß § 349 BGB

K hat den Rücktritt gegenüber B erklärt.

### IV. Kein Ausschluss des Rücktritts

Der Rücktritt könnte jedoch ausgeschlossen sein.

#### 1. Vertraglicher Ausschluss

K und B könnten in dem Kaufvertrag einen Haftungsausschluss vereinbart haben. Fraglich ist, ob der Inhalt des Vertrages dahingehend auszulegen ist. Denn er enthielt keinen ausdrücklichen Gewährleistungsausschluss, sondern lediglich den Zusatz: „Für das Fahrzeug besteht keine Garantie“. K möchte dies nicht als Haftungsausschluss des B gelten lassen.

Die Vorschriften der §§ 437 ff. BGB sind grundsätzlich abdingbar.

„[53] ‚Keine Garantie‘ bedeutet bei verständiger Würdigung aus der Sicht eines unbeteiligten Dritten anstelle des Erklärungsempfängers (Klägerin), dass der Beklagte für Mängel des Fahrzeugs nicht eintreten, das heißt, die Gewährleistung ausschließen wollte.“

Also wurde ein Haftungsausschluss vereinbart. Dieser gilt auch für die vorliegenden Mängel.

„[62] Ein pauschaler Haftungsausschluss ist zwar regelmäßig dahin auszulegen, dass er nicht für eine bestimmte von den Parteien getroffene Beschaffenheitsvereinbarung gilt. Allerdings gilt er weiterhin für Mängel gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 BGB.“

Siehe dazu genauer: BGH, NJW 2007, 1346, 1349

Damit wurde das Gewährleistungsrecht der K vertraglich ausgeschlossen.

#### 2. Beschränkungen des Ausschlusses

Dieser vereinbarte Ausschluss könnte jedoch seine Grenzen in den gesetzlichen Regelungen finden.

##### a) Gemäß § 475 I BGB

Eine solche Regelung findet sich in den §§ 474, 475 I BGB. Demnach ist dem Verkäufer die Berufung auf den Haftungsausschluss versagt, wenn es sich um einen Verbrauchsgüterkauf handelt. Dafür müsste K **Verbraucherin im Sinne des § 13 BGB** und B Unternehmer im Sinne des § 14 BGB sein.

K hat den Kaufvertrag über das Wohnmobil zu privaten Zwecken abgeschlossen und ist somit Verbraucherin.

Fraglich ist jedoch, ob B **Unternehmer** ist. Unternehmer ist eine natürliche Person, die bei Abschluss ihres Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen Tätigkeit handelt. Dies setzt voraus, dass diese Person am Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen ein Entgelt anbietet.

B betreibt eine Hobbywerkstatt, in der Privatleute ihre Fahrzeuge reparieren können, während B dort auch Fahrzeuge gegen Entgelt repariert. Ob dies jedoch für die Unternehmereigenschaft ausreicht, ist anhand des Verhaltens des B zu beurteilen.

„[58] Wie bei der Einordnung als Verbraucherverhalten kommt es auch bei der Einordnung eines Verhaltens als Unternehmerverhalten nicht auf den inneren Willen, sondern auf die objektive Qualität des Verhaltens an. Es ist also nach **objektiven Gesichtspunkten** zu bestimmen, ob ein Verhalten unternehmerisch ist oder nicht. Ein Geschäft kann allerdings analog § 344 HGB auch dann zum Unternehmen des Unternehmers gehören, wenn es nicht zum Zentralbereich seines Tätigkeitsfeldes gehört. So begründet allein der Umstand, dass ein Unternehmer einen Gebrauchtwagen verkauft, für sich genommen noch keinen Verbrauchsgüterverkauf im Sinne des § 474 Abs. 1 BGB. **Erforderlich ist darüber hinaus eine ursächliche Verknüpfung zwischen der unternehmerischen Tätigkeit als solcher und dem in Rede stehende Geschäft. Unternehmer ist damit nur, wer bei dem rechtsgeschäftlichen Kontakt in dieser Rolle handelt.**“

Zwar besitzt B eine Hobbywerkstatt und mag damit zumindest in dieser Branche als Unternehmer anzusehen sein. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass auch der Verkauf von Gebrauchtwagen zu seiner Tätigkeit gehört. Auch er tätigte den Verkauf zu privaten Zwecken, da das Wohnmobil bereits seit 2,5 Jahren in seinem privaten Eigentum stand. Außerdem wurde das Wohnmobil nicht auf Firmengelände angeboten und auch der handschriftliche Kaufvertrag deutet nicht auf eine unternehmerische Tätigkeit hin.

Damit ist B nicht Unternehmer im Sinne des § 14 BGB, womit er sich weiterhin auf den Haftungsausschluss berufen kann.

#### **b) Gemäß § 444 BGB**

K könnte jedoch B die Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses gemäß § 444 BGB wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels oder wegen der Übernahme einer Beschaffenheitsgarantie entgegen halten.

Ein arglistiges Verschweigen des Verkäufers liegt dann vor, wenn der Verkäufer dem Käufer das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache vorspiegelt, welche für die Kaufentscheidung von Bedeutung ist. Dies ist auch der Fall, wenn der Verkäufer diesbezüglich eine Erklärung „ins Blaue hinein“ abgibt. B hatte keine Kenntnis über den Umweltstatus des Wohnmobils. Auch hat er die gelbe Plakette nicht „ins Blaue hinein“ zugesichert. Er hat wie oben erörtert lediglich erklärt, dass ihm nichts bekannt sei, das einer erneuten Erteilung entgegenstehe. Damit antwortete er wahrheitsgemäß.

Da oben bereits nicht von einer Beschaffenheitsvereinbarung ausgegangen wurde, kann darüber hinaus auch keine Beschaffenheitsgarantie seitens des B angenommen werden.



Der Gewährleistungsausschluss ist also gesetzlich nicht begrenzt.

### **B. Ergebnis**

Ein Rücktrittsrecht der K wurde wirksam vertraglich ausgeschlossen. Sie hat damit keinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 I, 346 I BGB.

### **FAZIT:**

Aus dieser Entscheidung lassen sich gleich zwei wichtige Erkenntnisse ziehen. Zum einen lässt sich das Vorliegen eines Sachmangels nicht allein durch eine fehlende Beschaffenheitsvereinbarung verneinen. Denn nicht nur dann steht dem Käufer der Weg über das Gewährleistungsrecht offen. Vielmehr sieht § 434 I BGB auch dann einen Sachmangel vor, wenn sich die Sache nicht für die vorausgesetzte Verwendung eignet. Macht der Käufer also deutlich, dass für die Sache für ihn eine bestimmte Aufgabe erfüllen soll, so setzt er damit die Verwendung voraus. Erfüllt die Sache diese Ansprüche dann nicht, so ist ein Sachmangel zu bejahen.

Zum anderen kann ein Verbrauchsgüterkauf nicht nur deswegen angenommen werden, dass der Verkäufer in einer ganz anderen Branche als Unternehmer angesehen werden kann. Vielmehr muss auf das mit dem Käufer vorgenommene Rechtsgeschäft abgestellt werden. Tritt der Unternehmer auch dabei in der Rolle eines Unternehmers auf, kann erst dann von einem Verbrauchsgüterkauf ausgegangen werden.

**Problem: Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltsgebühren**

BGH, URTEIL VOM 08.05.2012  
VI ZR 196/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**EINLEITUNG:**

Der BGH entschied im vorliegenden Fall über die Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltskosten. Hierbei handelte es sich jedoch nicht um die üblichen gerichtlichen und außergerichtlichen, bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen entstandenen, Kosten. Vielmehr macht der Kläger Kosten geltend, die ihm dabei entstanden sind, dass er den Ersatz von Unfallschäden von seinem eigenen Kaskoversicherer mithilfe eines Anwalts verlangt hat, ohne diesem die Schäden vorher selbst anzuzeigen. Ein Anspruch auf Erstattung dieser Kosten scheidet an der Erforderlichkeit der Inanspruchnahme des Anwalts.

**SACHVERHALT:**

Als der Kläger (K) am 29.06.2010 auf einer Landstraße fuhr, kollidierte sein Fahrzeug aufgrund von Unachtsamkeiten beider Fahrer mit dem Fahrzeug des Beklagten (B). Bei diesem Unfall, bei dem beide PKW Schäden davon getragen haben, trugen K und B einen Verschuldensanteil von jeweils 50%.

Nachdem er den ersten Schreck verwunden hat, machte K den bei dem Unfall entstandenen Schaden bei der Versicherung des B geltend. Diese lehnt eine Schadensregulierung jedoch ab. Daraufhin schaltet K einen Rechtsanwalt ein. Um ganz sicher zu gehen, dass sein eigener Kaskoversicherer zumindest den anteiligen Schaden sofort ersetzt, beauftragt er den Anwalt auch gleich, diesem gegenüber den Schaden anzuzeigen und ersetzt zu verlangen.

Nachdem B dem K den entstandenen Schaden an seinem PKW ersetzt hat, verlangt K von B weiterhin die Kosten für den eingesetzten Rechtsanwalt und zwar einmal im Hinblick auf dessen Tätigwerden gegenüber der gegnerischen Versicherung und zum anderen bezüglich der Schadensmeldung bei der eigenen Kaskoversicherung.

Hat K einen Anspruch auf Ersatz der Rechtsanwaltskosten?

**PRÜFUNGSSCHEMA: ANSPRUCH AUS § 823 I BGB****I. Voraussetzungen**

1. Rechtsgutverletzung
2. adäquat kausale Handlung
3. Rechtswidrigkeit
4. Verschulden des B

**II. Rechtsfolge**

1. Ersatz des Schadens
2. Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens des K, § 254 I BGB

**LÖSUNG:**

K könnte gegen B einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung nach § 823 I BGB haben.

**I. Voraussetzungen**

Dafür müssten die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen.

### 1. Rechtsgutverletzung

Zunächst müsste eine Verletzung eines von § 823 I BGB geschützten Rechtsguts vorliegen. Es handelt sich um eine Eigentumsverletzung, da bei dem Unfall der im Eigentum des K stehende PKW beschädigt wurde.

### 2. Adäquat kausale Handlung

Die Rechtsgutverletzung ist aufgrund eines Fahrfehlers des B eingetreten und beruht somit auf einer adäquat kausalen Handlung.

### 3. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit der rechtsgutverletzenden Handlung wird indiziert. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

### 4. Verschulden des B

B handelte bei der Verursachung dieses Unfalls zumindest fahrlässig.

## II. Rechtsfolge

### 1. Ersatz des Schadens

B hat K die aus dem Unfall entstandenen Schäden gemäß §§ 249 ff BGB zu ersetzen.

Rechtsanwaltskosten sind kein unmittelbarer Schaden aus dem schädigenden Ereignis, sondern vielmehr sogenannte **Folgeschäden**. Auf diese erstreckt sich die Schadensersatzpflicht nur, sofern diese mit dem Unfall in einem adäquaten Ursachenzusammenhang stehen und in den Schutzbereich der verletzten Norm fallen.

Für den Ersatz der Kosten der Rechtsverfolgung ergeben sich daraus besondere Voraussetzungen.

„[8] Nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats ist bei der Beurteilung der Frage, ob und in welchem Umfang der dem Geschädigten zustehende Schadensersatzanspruch auch die Erstattung von Rechtsanwaltskosten umfasst, zwischen dem Innenverhältnis des Geschädigten zu dem für ihn tätigen Rechtsanwalt und dem Außenverhältnis des Geschädigten zum Schädiger zu unterscheiden. **Voraussetzung für einen Erstattungsanspruch ist grundsätzlich, dass der Geschädigte im Innenverhältnis zur Zahlung der in Rechnung gestellten Kosten verpflichtet ist und die konkrete anwaltliche Tätigkeit im Außenverhältnis aus der maßgeblichen Sicht des Geschädigten mit Rücksicht auf seine spezielle Situation zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig war.**“

Zu dieser Rechtsprechung siehe bspw. BGH, Urteil vom 18.01.2005 – VI ZR 73/04

Erst dann ergibt sich ein unselbstständiger **Kostenerstattungsanspruch**.

K ist zwar aus dem Auftragsverhältnis mit seinem Rechtsanwalt zur Zahlung der Kosten verpflichtet. Fraglich ist jedoch, ob die Einschaltung des Rechtsanwalts überhaupt erforderlich war.

Erforderlich ist diese nämlich in einem solch gelagerten Fall erst dann, wenn sich der Kaskoversicherer mit der Schadensregulierung in Verzug befindet oder eine sonstige Pflichtverletzung begangen hat. Es ist also bei der Frage nach den Kosten der Rechtsverfolgung auf das Verhalten der Versicherungen abzustellen und damit zwischen der Versicherung des B und der des K zu unterscheiden. Durch die Verweigerung zur Schadensregulierung geriet die Versicherung des B mit ihrer Pflicht in Verzug. Dadurch durfte die Einschaltung eines An-

walts für K erforderlich erscheinen. Diese Kosten sind also von der Schadensersatzpflicht des B gedeckt. Fraglich ist, ob sich dieses Verhalten so auswirken kann, dass auch der Einsatz des Rechtsanwalts gegenüber der Kaskoversicherung des K erforderlich war.

„[10] Es ist weder ersichtlich noch dargetan, warum der Kläger die ihm wegen der Beschädigung seines Fahrzeugs gegen seinen eigenen Kaskoversicherer zustehenden Ansprüche nicht auch ohne anwaltliche Hilfe bei diesem anmelden und ihn zur Zahlung auffordern konnte. Es bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kaskoversicherer seine Leistungspflicht aus dem mit dem Kläger abgeschlossenen Versicherungsvertrag in Abrede stellen würde. Der Umstand, dass der Beklagte Haftpflichtversicherer mit der Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Leistungspflicht aus § 115 VVG in Verzug geraten war, ließ keine Rückschlüsse auf das Regulierungsverhalten des mit dem Kläger vertraglich verbundenen Kaskoversicherers zu. Es ist auch nicht erkennbar, weshalb es dem Kläger aufgrund der Leistungsverweigerung des Haftpflichtversicherers unzumutbar gewesen sein soll, den Schadensfall seinem eigenen Kaskoversicherer zu melden und ihn zur Zahlung aufzufordern, ohne hierfür einen Anwalt hinzuzuziehen. **Die Leistungsverweigerung durch den gegnerischen Haftpflichtversicherer hatte keine Auswirkungen auf die vertraglichen Beziehungen des Klägers zu seinem Versicherer; sie vermag auch nicht die Erstattungsfähigkeit von Rechtsverfolgungskosten zu begründen, die aus der Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte nicht erforderlich waren.**“

Der Kostenerstattungsanspruch des K enthält also nur diejenigen Kosten, die gegenüber dem Versicherer des B entstanden sind. Jede weitere Einschaltung des Anwalts war nicht erforderlich und ist damit nicht erstattungsfähig.

## **2. Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschulden des K, § 254 I BGB**

Soweit die Kosten für den Rechtsanwalt erstattungsfähig sind, sind diese gem. § 254 I BGB aufgrund des Mitverschuldens des K in Höhe von 50 % zu kürzen.

Damit erfolgt eine hälftige Schadensteilung.

### **FAZIT:**

Der Senat legt ein Urteil vor, in dem er seine selbst entwickelten Grundsätze zur Erstattung von Kosten der Rechtsverfolgung ganz konsequent anwendet. Dabei geht er von einer grundsätzlichen Erstreckung der Ersatzpflicht auf diese Kosten aus, verlangt jedoch für einen Kostenerstattungsanspruch, dass die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts erforderlich gewesen ist. Bei der außergerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen ist dies erst dann zu bejahen, wenn der Anspruchsgegner eine Pflichtverletzung begangen hat.

**Problem: Leistungsstörungen im Reisevertragsrecht**

BGH, URTEIL VOM 17.04.2012  
X ZR 76/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**EINLEITUNG:**

Der Reisevertrag ist im Schuldrecht besonders geregelt. Entspricht die Reise nicht der vereinbarten oder der gewöhnlichen Beschaffenheit, so kann der Reisende den Mangel rügen und innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe, also die Beseitigung des Mangels verlangen. Erfolgt diese Abhilfe nicht, stehen dem Reisenden noch weitreichendere Rechte, wie Minderung des Kaufpreises und sogar Kündigung des Vertrages, zu. Hier geht es nun um die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Reisemangel besonders erheblich ist und damit zu Kündigung des Vertrages berechtigt.

Ferner ist entschied der Senat darüber, ob ein Abtretungsausschluss in AGB wirksam ist, wenn er auch Ansprüche aus Leistungsstörungen betrifft.

**SACHVERHALT:**

Im Februar 2009 buchte der Kläger (K) beim dem beklagten Reiseveranstalter (B) eine Pauschalreise in die Türkei für 369 Euro. Laut Reisebestätigung/Rechnung sollten der Hinflug voraussichtlich am 25.05.2009 um 20.00 Uhr und der Rückflug voraussichtlich am 01.06.2009 um 16.40 Uhr stattfinden. Kurzfristige Änderungen der Flugzeiten behielt sich B in den wirksam einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen jedoch vor, soweit dadurch der Gesamtschnitt der Reise nicht beeinträchtigt wird.

Am Vortag des Abreisetags erfuhr K durch einen Aushang an der Hotelrezeption, dass der Rückflug nicht wie geplant erst am Nachmittag stattfinden sollte, sondern bereits in der Nacht um 1:15 Uhr.

Da K die frühe Abfahrt vom Hotel und den Ausfall des letzten Urlaubstages nicht hinnehmen wollte, buchte er einen anderen Rückflug am 01.06.2009 in den Abendstunden für rund 500 Euro.

Er verlangt nun Ersatz des ihm dadurch entstandenen Schadens, eine angemessene Entschädigung in Geld wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit sowie auf eine Kündigung des Reisevertrages gestützte Teilerstattung des Reisepreises.

**Frage 1:** Stehen K die geltend gemachten Ansprüche zu?

**Frage 2:** Die AGB enthielten außerdem folgenden Zusatz: „Die Abtretung von Ansprüchen gegen den Reiseveranstalter, deren Rechtsgrund in Leistungsstörungen liegt, ist ausgeschlossen.“

Hätte K die Reise mit seiner Ehefrau (E) angetreten, könnte diese ihrem Mann ihre Ansprüche abtreten?

**PRÜFUNGSSCHEMA:****Zu Frage 1:**

A. Anspruch auf Schadensersatz aus § 651f I BGB

- I. Reisevertrag
- II. Mangel
- III. Frist zur Abhilfe
- IV. Vertretenmüssen

- V. Schaden
- VI. Ergebnis
- B. Anspruch auf Rückzahlung des Reisepreises aus § 651e BGB
  - I. Kündigungserklärung
  - II. Mangel im Sinne des § 651c I BGB
  - III. Erhebliche Beeinträchtigung der Reise
  - IV. Ergebnis
- C. Anspruch auf Entschädigung wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit aus § 651f II BGB

**Zu Frage 2:**

- A. Abtretungsvertrag
- B. Ausschluss der Abtretung in AGB
  - I. Abweichung gemäß § 307 III BGB
  - II. Verstoß gegen § 307 I BGB

**LÖSUNG:****Zu Frage 1:****A. Anspruch auf Schadensersatz aus § 651f I BGB**

K könnte einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für den in Eigenregie gebuchten Flug aus § 651f I BGB haben.

**I. Reisevertrag**

Zunächst müsste ein wirksamer Reisevertrag vorliegen. Diesen haben K und B im Februar 2009 geschlossen.

**II. Mangel**

Außerdem müsste die Reise mangelhaft im Sinne des § 651c I BGB gewesen sein. Demnach liegt ein Mangel vor, wenn die Reise nicht so erbracht wird, dass sie die zugesicherten Eigenschaften hat oder mit Fehlern behaftet ist, die den Wert der Reise aufheben oder mindern. Ein solcher Mangel könnte in der Verlegung des Rückflugs in die frühen Morgenstunden liegen, obwohl er für den Nachmittag geplant war. Es ist jedoch zu beachten, dass B sich Änderungen der Flugzeiten in den AGB vorbehalten hat.

Fraglich ist also, ob eine Verlegung wie im vorliegenden Fall den **Gesamtzuschnitt der Reise beeinträchtigt**. Die Abreise verschiebt sich um fast einen halben Tag. Bei einer Reise, die nur eine Woche dauern soll, ist das eine erhebliche Verkürzung der Urlaubszeit. Außerdem wird auch damit die zum Transfer notwendige Zeit in die Nacht verlegt, womit die Nachtruhe und damit die Erholungsmöglichkeit des K beeinträchtigt werden.

Da der Gesamtzuschnitt der Reise durch den verfrühten Rückflug beeinträchtigt wird, liegt also ein Mangel vor.

**III. Frist zu Abhilfe**

Auch im Rahmen des Schadensersatzverlangens aus § 651f I BGB ist es grundsätzlich erforderlich, dass zunächst ein Abhilfeverlangen vorausgegangen ist. Entbehrlich ist dieses jedoch nur, wenn der Veranstalter die Beseitigung des Mangels endgültig verweigert. K hat den Mangel nicht bei B angezeigt und dessen Beseitigung verlangt. Dies war jedoch in einem solchen Fall auch nicht notwendig.

Entscheidung des BGH vom  
20.09.1984 – VII ZR 325/83



„[23] Gegebenenfalls kann auch das Abhilfeverlangen entbehrlich sein, wenn der Reiseveranstalter von vornherein unmissverständlich zu erkennen gibt, zur Abhilfe nicht bereit zu sein, wobei sich eine solche Verweigerung auch aus den Umständen ergeben kann, etwa wenn der Reiseveranstalter den Reisemangel bewusst begründet und ihn als unvermeidlich darstellt. In diesen Fällen wäre ein Abhilfeverlangen eine unnötige Förmerei, an der kein vertraglich relevantes Interesse besteht.“

Somit ist auch diese Voraussetzung erfüllt.

#### IV. Vertretenmüssen

Das Vertretenmüssen des B wird vermutet. Er hat sich nicht exkulpert.

#### V. Schaden

Außerdem müsste K durch den Mangel ein Schaden entstanden sein. K musste in Eigenregie einen anderen Rückflug buchen. Dadurch entstand ein Schaden in Höhe von 500 €. Es müsste jedoch auch ein **Zurechnungszusammenhang zwischen Reisemangel und den Handlungen des K**, nämlich dem Abschluss des Deckungsgeschäfts, bestehen.

Dieses verneinte das LG mit der Begründung, der Kläger habe mit der Buchung eines anderen Rückflugs ungewöhnlich reagiert. Dies lässt der BGH nicht gelten.

„[29] Der für den Schadensersatz **notwendige Zurechnungszusammenhang setzt voraus, dass für solche Schäden, die mitursächlich auch auf einem Willensentschluss des Geschädigten beruhen, nach dem haftungsbegründenden Ereignis ein rechtfertigender Anlass bestand oder dieser Willensentschluss durch das haftungsbegründende Ereignis zumindest herausgefordert oder wesentlich mitbestimmt wurde und dieser Entschluss keine ungewöhnliche Reaktion darauf darstellt.** Der Zweck des Schadensersatzanspruchs, dem Reisenden nach Möglichkeit den beeinträchtigten Leistungserfolg doch noch zugutekommen zu lassen, begründet regelmäßig einen rechtfertigenden Anlass zum Abschluss eines Deckungsgeschäfts, das geeignet ist, den Reisemangel vollständig oder zumindest weitgehend zu beheben. Auf die Üblichkeit eines solchen Verhaltens kommt es hierfür nicht an. Insoweit bleibt es ohne Bedeutung, wie häufig Pauschalreisende versuchen, einen Mangel der hier vorliegenden Art durch eine Ersatzbuchung selbst zu beseitigen.“

Damit besteht ein Zurechnungszusammenhang.

#### VI. Ergebnis

K kann den Ersatz der Kosten für den Rückflug gemäß § 651f I BGB verlangen.

#### B. Anspruch auf Rückzahlung des Reisepreises aus § 651e BGB

K könnte einen Anspruch auf Rückzahlung des Reisepreises aus § 651e BGB haben. Hierfür müsste er den Reisevertrag wirksam gekündigt haben.

Nach der h.M. entsteht bei Kündigung ein Rückabwicklungsverhältnis wie in § 346 BGB; § 651e ist also eine eigene Anspruchsgrundlage für die Rückerstattung

#### I. Wirksame Kündigungserklärung

Von einer Erklärung des K ist auszugehen.

#### II. Mangel im Sinne des § 651c I BGB

Wie oben festgestellt, liegt der Mangel der Reise in der Vorverlegung des Rückflugs in die frühen Morgenstunden.

### III. Erhebliche Beeinträchtigung der Reise

Für eine wirksame Kündigung müsste die Reise durch den Mangel jedoch auch erheblich beeinträchtigt sein. Kriterien für die Beurteilung ob eine solche vorliegt, sind die konkrete Ausgestaltung der geschuldeten Reise, sowie die Art und Dauer des Mangels.

Fraglich ist, ob der vorliegende Mangel, der mit rund 500 € beseitigt wurde in Abwägung zu dem geringen Reisepreis erheblich erscheint. Die Beurteilung dieser Frage ist jedoch für das Kriterium des Reisepreises nicht zugänglich.

„[34] Ein hoher Reisepreis kann zwar neben anderen Aspekten einen erhöhten Qualitätsstandard für die Reiseleistung begründen und damit die Schwelle für das Vorliegen eines Mangels senken. Damit kann der Reisepreis Einfluss darauf haben, ob ein Reismangel vorliegt und als ein Kriterium für die Grenze zwischen Mangelfreiheit und der Bejahung eines Reismangels wirken. Für die Wertung der Erheblichkeit eines Reismangels im Sinne der §§ 651e, 651f Abs. 2 BGB kommt es aber auf diese Grenze auch nicht in dem Sinne an, welchen Abstand der festgestellte Mangel zu dieser Grenze hat. Für diese Wertung bildet der Reisepreis deshalb keinen Maßstab und hat dieser darauf keinen Einfluss.“

Viel beachtlicher ist die Tatsache, dass K dem Mangel selbst abgeholfen hat. Die Beeinträchtigung der Reise wird von K in dem vorverlegten Rückflug gesehen. Dieser kann ihn nicht mehr erheblich beeinträchtigen, sobald er einen anderen Rückflug antritt, da er sich gar nicht mehr auf ihn auswirkt.

### IV. Ergebnis

Aufgrund mangelnder Erheblichkeit des Reismangels ist eine Kündigung des Reisevertrages seitens des K nicht zulässig. Damit hat er keinen Anspruch auf Rückzahlung des Reisepreises aus § 651e BGB.

#### Zu Frage 2:

K könnte die Ansprüche der E gegen B geltend machen, wenn seine Frau ihm diese wirksam abgetreten hat.

#### A. Abtretungsvertrag

Es ist davon auszugehen, dass E und K einen Abtretungsvertrag geschlossen haben.

#### B. Ausschluss der Abtretung

Die Abtretung könnte jedoch unwirksam sein, wenn diese Möglichkeit durch die wirksam einbezogenen AGB ausgeschlossen wurde. Die Buchungsbestätigung des B enthielt zwar eine Klausel, die die Abtretung von Ansprüchen wegen Leistungsstörungen ausschließt. Diese Klausel könnte jedoch wegen eines Verstoßes gegen §§ 307 ff BGB unwirksam sein.

#### I. Abweichung gemäß § 307 III BGB

Die entsprechende Klausel stellt eine Abweichung von § 398 BGB dar, der von einer grundsätzlichen Zulässigkeit einer Abtretung jeglicher Ansprüche ausgeht. Damit ist der Weg zu einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB eröffnet.

## II. Verstoß gegen § 307 I BGB

Die Klausel könnte gegen § 307 I BGB verstoßen. Das ist der Fall, wenn die Klausel den Vertragspartner des Verwenders entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Dabei ist zu beachten, dass eine solche Klausel nicht notwendig zu einer unangemessenen Benachteiligung führt. Deshalb ist sie, zumindest wenn sie die Hauptleistungspflichten des Verwenders betrifft, grundsätzlich wirksam. Um auch im vorliegenden Fall zu einem billigen Ergebnis zu gelangen ist eine Abwägung der Interessen der Parteien vorzunehmen.

Zur grundsätzlichen Wirksamkeit siehe BGH, Urteil vom 09.02.1990 – V ZR 200/88

„[10] Für das Abwägen dieser einander gegenüberstehenden Interessen sind ein generalisierender, überindividueller Prüfungsmaßstab und eine typisierende Betrachtungsweise zugrunde zu legen; **auf die speziellen Umstände des Einzelfalls kommt es insoweit nicht an, sondern darauf, wie die Klausel unter Berücksichtigung aller nicht fernliegender Fallgestaltungen verwendet werden kann.**“

### 1. Interesse des B an einem Ausschluss der Abtretung

Ein Reiseveranstalter kann das Interesse haben, die Vertragsabwicklung möglichst übersichtlich zu gestalten. Besonders bei der Erfüllung von Hauptleistungspflichten kann es für ihn von Bedeutung sein, den Gläubigerwechsel zu verhindern, da er diese eigenverantwortlich organisieren muss und ein Wechsel in der Person des Gläubigers diese organisatorischen Anstrengungen belastet. Hier schließen die AGB jedoch die Abtretung von Ansprüchen, die auf Leistungsstörungen beruhen, aus. Die Person des Gläubigers ist bei einem solchen Anspruch nicht von Bedeutung. Denn an sie muss lediglich eine Zahlung erfolgen, womit kein besonders hoher organisatorischer Aufwand zu erkennen ist.

Weiterhin kann es von Interesse des B sein, einen Gläubigerwechsel zu verhindern, um nicht gegen einen mittellosen Zessionar prozessieren zu müssen. Denn gegen diesen könnte B im Falle einer Klageabweisung seine Prozesskostenerstattungsansprüche nicht wirksam vollstrecken lassen und die Prozesskosten damit im Ergebnis selber tragen.

### 2. Interesse des K an einer wirksamen Abtretung

Es sind jedoch auch Interessen des K zu erkennen, die einem Abtretungsausschluss entgegenstehen könnten.

Und zwar kann für Reisende das Bedürfnis entstehen, die aus dem Reisevertrag resultierenden Gewährleistungsansprüche an den Mitreisenden abtreten zu können, dem sie wirtschaftlich zustehen. Denn nicht selten zahlt nur einer der Reisenden den Reisepreis und kommt damit für die gesamte Reise auf.

„[20] In diesen Fällen haben die Reisetilnehmer im Falle von Minderungsansprüchen und Ansprüchen auf Rückzahlung des Reisepreises nach einer Kündigung das Interesse, diese Ansprüche untereinander an denjenigen abzutreten, der für die Zahlung des Reisepreises aufgekommen ist, weil diesem die Rückzahlungen am Ende auch zukommen sollen. **Das Auseinanderfallen von vertraglich berechtigtem Anspruchsinhaber und wirtschaftlich an der Rückzahlung Berechtigten** würde dazu führen, dass der Anspruchsinhaber einen Anspruch gegebenenfalls gerichtlich verfolgen und hierfür auch zunächst das Prozesskostenrisiko tragen

müsste, obwohl ihm dieser Anspruch letzten Endes nicht zugutekommt. Dies **widerspräche in erheblichem Maße einem interessengerechten Vorgehen für die Geltendmachung solcher Ansprüche.**“

### 3. Abwägung

Dieses Interesse der Reisenden überwiegt deutlich dem des Reiseveranstalters. Denn ein Gläubigerwechsel könnte diesem sogar zugutekommen, wenn ein neuer Gläubiger sogar solventer ist, als der ursprünglich Anspruchsberechtigte. Wobei ein Ausschluss der Abtretung in der Praxis viel häufiger dazu führt, dass der Anspruchsberechtigte nicht gleich wirtschaftlich Berechtigter ist.

### 4. Ergebnis

Die Klausel der AGB stellt nach Abwägung beiderseitiger Interessen eine unangemessene Benachteiligung des Reisenden dar und ist damit gemäß § 307 I BGB unwirksam. Es liegt also kein Ausschluss der Abtretung vor, womit K die Ansprüche der E geltend machen kann.

#### FAZIT:

Das Reisevertragsrecht und seine Schadensersatzansprüche gegen den Reiseveranstalter ähneln sehr der bekannten Systematik der §§ 280 I BGB. Auch ohne größere Kenntnisse im Bereich des Reisevertragsrechts lässt sich daher eine schlüssige Lösung ableiten. Es gilt jedoch ähnliches wie im Verhältnis des SchuldR AT zum Kauf- Werk- und Mietvertragsrecht zu beachten. Auch hier sind die Normen der §§ 651 a ff. BGB abschließendes Sonderrecht. Ein Rückgriff auf allgemeine Schadensersatzansprüche ist damit nicht zulässig.

**Problem: Konkludenter Abschluss eines Maklervertrages**

BGH, URTEIL VOM 03.05.2012  
III ZR 62/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**EINLEITUNG:**

Für den Vertragsschluss und damit einem Erfüllungsanspruch aus diesem sind zwei übereinstimmende Willenserklärungen, namentlich Angebot und Annahme, erforderlich.

Doch diese Willenserklärungen müssen nicht immer ausdrücklich erklärt werden, sondern können auch aus dem Verhalten einer Person geschlossen werden. Dabei verfolgt der künftige Vertragspartner mit seinem Verhalten zwar im Vordergrund einen bestimmten Zweck. Gleichzeitig kommt darin jedoch auch sein Geschäftswille zum Ausdruck. Um zu verhindern, dass im Rechtsverkehr Verträge entstehen, die von beiden Vertragspartnern überhaupt nicht gewollt waren, müssen an das Vorliegen einer solchen konkludenten Willenserklärung jedoch strenge Anforderungen gestellt werden. Welche genau das für den Abschluss eines Maklervertrages sind, bestimmt nun der BGH in seiner Entscheidung.

**SACHVERHALT:**

Die Klägerin (K) ist gewerbliche Immobilienmaklerin. Im März 2008 veröffentlichte sie im Auftrag des Eigentümers (E) eine Anzeige für den Kauf eines Baugrundstückes im Internet-Portal „Immobilien-Scout24“. Diese Anzeige enthielt unter anderem die Angabe der Grundstücksgröße und des Kaufpreises sowie den Hinweis „Provision 7,14%“. Am 07.04.2008 nahm der Beklagte (B) telefonischen Kontakt zu K auf und äußerte sein Interesse am Erwerb dieses Grundstücks. Daraufhin übersandte K ein Exposé mit genaueren Angaben zum Grundstück und zum Verkäufer. Kurz darauf fand die im Telefonat vereinbarte Besichtigung statt.

B, der sofort begeistert war, erwarb das Objekt daraufhin mit notariellem Kaufvertrag vom 29.04.2008. Nach Abschluss des Vertrages stellt K dem B nun einen Maklerlohn in Höhe von rund 60.000 Euro in Rechnung. B weigert sich, diesen zu zahlen, mit der Begründung, es sei zu keinem Zeitpunkt ein Maklervertrag zwischen K und B zustande gekommen.

Hat K den geltend gemachten Anspruch auf Maklerlohn gegen B?

**LÖSUNG:****A. Anspruch des K gegen B auf Maklerlohn aus § 652 I BGB**

K könnte einen Maklerlohnanspruch gegen B aus § 652 I BGB haben. Hierfür müssten die Parteien einen wirksamen Maklervertrag geschlossen haben. Zwar haben die Parteien einen solchen Vertragsabschluss nicht ausdrücklich erklärt. Der Vertrag könnte jedoch durch schlüssiges Verhalten geschlossen worden sein. Dafür müsste in dem Verhalten der Parteien ein Angebot zum Vertragsschluss und eine übereinstimmende Annahme zu erkennen gewesen sein.

**I. Angebot der K**

In Betracht kommt zunächst die konkludente Abgabe eines Angebots seitens der K. Im März stelle diese eine Anzeige ins Internet in dem

sie die Höhe der Maklerprovision angab. Fraglich ist, ob hierin ein Angebot zum Abschluss eines Maklervertrages liegt. Dabei ist zu beachten, dass an den konkludenten Vertragsschluss strenge Anforderungen gestellt sind, um nicht gewollte vertragliche Verpflichtungen zu vermeiden.

„[11] Ein Angebot auf Abschluss eines Maklervertrags ist grundsätzlich noch nicht in einer Zeitungs- oder Internetanzeige des Maklers, wie hier der Klägerin im Internetportal "ImmobilienScout24", zu sehen. Ein Vertragsschluss kommt deshalb regelmäßig noch nicht dadurch zustande, dass ein Makler mit Zeitungs- oder Internetanzeigen werbend im geschäftlichen Verkehr auftritt und sich der Interessent daraufhin von sich aus an ihn wendet. **Es handelt sich bei solchen Inseraten lediglich um eine invitatio ad offerendum**, denn damit wendet sich der Makler an einen unbestimmten Kreis von potentiellen Interessenten.“

Diese Ansicht ist nicht nur mit den Interessen der potentiellen Käufer, sondern auch mit denen des Maklers zu begründen. Denn auch er ist daran interessiert, einen solchen Vertrag über meist hohe Summen mit ausgewählten und damit in der Regel solventen Käufern abzuschließen.

Das Einstellen der Anzeige ist also nicht bereits ein Angebot der K zum Abschluss eines Maklervertrages.

## II. Angebot des B

Es könnte jedoch ein Angebot von B abgegeben worden sein, indem dieser telefonischen Kontakt zu K aufnahm, sein Interesse an dem Grundstück bekundete und einen Besichtigungstermin mit K vereinbarte.

„[11] Die Bezugnahme des Interessenten auf diese Anzeige bestimmt dabei den Inhalt des Nachweis- oder Vermittlungersuchens so, dass der Makler von einem **Angebot auf Abschluss eines solchen Maklervertrags ausgehen kann, nachdem er sein Provisionsverlangen zunächst ohne Preisgabe der Vertragsgelegenheit in seinem Inserat hinreichend deutlich geäußert hatte.**“

Fraglich ist dabei nur, ob die Internetanzeige der K einen hinreichend deutlichen Hinweis auf die im Falle eines Abschlusses eines Kaufvertrages zu zahlende Maklerprovision durch den Käufer enthielt. Denn B argumentiert, es sei nicht deutlich geworden, dass die Provision vom Käufer zu zahlen sei. Er sei davon ausgegangen, dass K in vertraglicher Beziehung mit E stand, womit dieser zur Maklerlohnzahlung verpflichtet sei.

„[13] Dabei drückt die Angabe: "Provision 7,14 %" direkt unter der Angabe der Vermarktungsart (Kauf) und des Kaufpreises ein solches eindeutiges Provisionsverlangen gegenüber dem Kaufinteressenten aus. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts lässt sich dies nicht (auch) als bloßer Hinweis darauf missverstehen, dass der Makler im Erfolgsfalle von dem Verkäufer eine Provision in entsprechender Höhe zu beanspruchen habe. Dies umso weniger, als, wie die Revision zu Recht anführt, nicht ersichtlich ist, welches Interesse ein Makler daran haben könnte, dem Kaufinteressenten - ohne dass hierzu eine rechtliche Verpflichtung besteht - zu offenba-



ren, ob und in welcher Höhe er eine Provisionsvereinbarung mit dem Verkäufer getroffen hat. Vielmehr ist bei einer solchen, auf den wesentlichen Inhalt eines Maklervertrags beschränkten Anzeige **ohne weiteres erkennbar, dass der Makler auch und gerade mit demjenigen in vertragliche Beziehungen treten will, der sich als Kaufinteressent an ihn wendet.**“

Da K in ihrer Anzeige ihr Provisionsverlangen mit dem Hinweis auf den Prozentsatz hinreichend deutlich gemacht, liegt in der Kontaktaufnahme des B und der Vereinbarung eines Besichtigungstermin ein konkludentes Angebot zum Abschluss eines Maklervertrages.

### **III. Annahme der K**

K müsste dieses Angebot jedoch auch angenommen haben. Das Angebot der K ist in der Zusendung des Exposés mit den Verkäuferangaben zu sehen. Denn hiermit erfüllt sie zugleich ihre Pflicht aus dem Maklervertrag, den Kaufvertrag zu vermitteln.

### **B. Ergebnis**

Zwischen K und B ist durch schlüssiges Verhalten ein Maklervertrag zustande gekommen. Da keine Nichtigkeitsgründe ersichtlich sind, hat K einen Anspruch auf Zahlung des Maklerlohns aus § 652 I BGB.

### **FAZIT:**

Der Senat legt ein Urteil vor, dass sich zu Abfrage in einer Examensklausur durchaus eignet. Denn es enthält grundlegende Fragen zum Allgemeinen Teil des BGB und macht deutlich, dass bei der Auslegung eines schlichten Verhaltens in eine konkludente Willenserklärung genau zu prüfen ist, ob darin ein Angebot oder eine Annahme zum Vertragsschluss gesehen werden kann.

*Speziell für Referendare:***Problem: Umdeutung einer unzulässigen Revision**

BGH, BESCHLUSS VOM 08.05.2012  
XI ZR 261/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**EINLEITUNG:**

Die Revision führt zu einer Überprüfung der Berufungsurteile durch den BGH. Zugelassen wird diese in einem Urteil der Berufungsinstanz jedoch nur dann, wenn die Sache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des BGH erfordert. Dies führt dazu, dass das Berufungsgericht die Revision für nur eine Partei des Rechtsstreits zulassen kann, womit die Revision der anderen Partei unzulässig ist. Wann eine solche Einschränkung der Revisionszulassung vorliegt und wie dann mit der unzulässigen Revision weiter zu verfahren ist, hatte der Senat nun zu entscheiden.

**SACHVERHALT:**

Im Ausgangsverfahren verlangte die Klägerin (K) gegen die beklagte Bank (B) unter anderem Rückzahlung der gezahlten Einlage Zug um Zug gegen Übertragung der zuvor erworbenen Anteile sowie eine Entschädigung wegen entgangenen Gewinns. Die Klage hatte insoweit Erfolg, dass das Gericht die vorgeworfenen Beratungs- und Aufklärungsfehler seitens der Bank für gegeben ansah und damit Schadensersatzansprüche der K bejahte. Zur Zahlung des entgangenen Gewinns verurteilte es B jedoch nicht.

Auch vor dem LG hatte K in der Berufung dahingehend keinen Erfolg. Neben der Abweisung der Klage ließ es in seinem Tenor die Revision zu. Diese Zulassung begründete es in den Entscheidungsgründen damit, dass die Rechtsprechung des BGH zur Offenbarungspflicht über verdeckte Rückvergütungen von den Instanzgerichten unterschiedlich interpretiert werde.

Beide Parteien legten gegen das Urteil Revision ein, B nahm aber später die Revision zurück.

Hat die Revision der K Erfolg?

**LÖSUNG:**

Zunächst müsste die Revision zulässig sein.

**A. Statthaftigkeit**

Dafür müsste sie zunächst gemäß § 542 I ZPO statthaft sein. Dies ist der Fall, wenn sie sich gegen Endurteile der Berufungsgerichte wendet.

K richtet sich zwar gegen das Berufungsurteil des Landgerichts. Sie kann jedoch nur dann eingelegt werden, wenn sie auch entweder durch das Berufungsgericht selbst (§ 543 I Nr. 1) oder durch den BGH auf Nichtzulassungsbeschwerde (§ 543 I Nr. 2) zugelassen wurde.

In Betracht kommt eine **Zulassung durch das Berufungsgericht**. Aus dem Tenor dessen Urteils ergibt sich zunächst eine unbeschränkte Zulassung der Revision. Aufgrund der Urteilsgründe ist es jedoch fraglich, ob das LG dieses Rechtsmittel auch zugunsten der K

zugelassen hat. Zunächst ist zu klären, ob eine mögliche Beschränkung in den Urteilsgründen überhaupt wirksam ist.

„[6] Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs **kann sich eine Beschränkung der Revisionszulassung auch aus den Urteilsgründen ergeben**. Aufgrund der **gebotenen Auslegung der Urteilsgründe** kommt deshalb eine Beschränkung der Zulassung der Revision auf einzelne Prozessparteien in Betracht, sofern Grund der Revisionszulassung eine bestimmte Rechtsfrage war, die das Berufungsgericht zum Nachteil nur einer Prozesspartei entschieden hat. Die Zulassung wirkt in diesem Fall nicht zugunsten der gegnerischen Partei, die das Urteil aus einem völlig anderen Grund angreift.“

Das LG macht in seinen Entscheidungsgründen deutlich, dass es lediglich die Frage nach den Schadensersatzansprüchen gegen eine Bank bei einer möglichen Verletzung einer Offenbarungspflicht als eine solche von grundsätzlicher Bedeutung ansieht.

„[7] Das Berufungsgericht hat damit aber deutlich zum Ausdruck gebracht, dass es nur der Beklagten die Gelegenheit zur Überprüfung seiner Entscheidung geben wollte, ob die angenommenen Schadensersatzansprüche (dem Grunde nach) bestehen. Die von der Klägerin angegriffenen Feststellungen zur Höhe des entgangenen Gewinns und der ersatzfähigen Rechtsanwaltskosten hat das Berufungsgericht dagegen nicht zur Überprüfung gestellt. Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich vielmehr, dass es insoweit von unumstrittenen und nicht klärungsbedürftigen Rechtsgrundsätzen ausgegangen ist. Aufgrund einer Gesamtschau der Urteilsgründe ergibt sich somit der **eindeutige Wille des Berufungsgerichts, die Revision nur hinsichtlich des zugesprochenen Teils der Klage zuzulassen**.

Damit wurde die Revision der K nicht zugelassen. Als Zulassungsrevision gemäß § 543 I Nr. 1 ZPO ist sie damit nicht statthaft.

K könnte ihren Klageantrag jedoch im Rahmen einer **Anschlussberufung gemäß § 554 ZPO** weiter verfolgen. Zwar liegt im vorliegenden Fall eigentlich nur eine **unzulässige Zulassungsrevision** vor. Diese ist jedoch vom BGH **in eine Anschlussrevision umzudeuten**. Diese ist immer dann statthaft, wenn von der gegnerischen Partei eine zulässige Revision eingelegt worden ist. Dies ist vorliegend der Fall, da B Revision gegen das Urteil des LG eingelegt hat. Sie hat dieses Rechtsmittel jedoch wieder zurück genommen, womit auch die Anschlussrevision gemäß § 554 IV ZPO ihre Wirkung verliert.

Damit ist auch die Anschlussrevision der K unzulässig.

## B. Ergebnis

Die Revision der K ist unzulässig und hat damit keinen Erfolg.

## FAZIT:

Die Zulassung einer Revision scheidet in vielen Fällen an dem Fehlen grundsätzlicher Bedeutung der Sache. Dies hat den entscheidenden Grund, die Rechtsprechung des BGH auf die eigentlichen Aufgaben einer Revisionsinstanz zu konzentrieren.

Siehe auch: BGH, Urteil vom 05.05.2011 – III ZR 91/10

Mit umfangreichen Nachweisen zum Meinungsstreit siehe: BGH, Beschluss vom 07.02.2007 – XII ZB 175/06

Auch das Ergebnis des Senats, eine unzulässige Revision in eine Anschlussrevision umzudeuten, wurde bereits so entschieden und stellt keine große Überraschung dar.

Interessanter sind die Ausführungen zur Kostentragung. Denn die ist nicht ganz unumstritten. Die ständige Rechtsprechung sieht zwar vor, dem Revisionskläger bei Rücknahme des Rechtsmittels auch die Kosten einer Anschlussrevision aufzuerlegen. Dass dies jedoch auch im Falle einer Umdeutung in eine Anschlussrevision gelten soll, stellte der BGH nun mit Blick auf die Schutzwürdigkeit des Revisionsbeklagten klar.

„[12] Das gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch im Falle der Umdeutung einer unzulässigen Berufung in eine unselbständige Anschlussberufung. Gleiches muss im Fall der Umdeutung einer unzulässigen Revision in eine zulässige Anschlussrevision gelten. **Ist ein Rechtsmittel als unselbständiges Anschlussrechtsmittel zu qualifizieren, kommt es nicht mehr darauf an, wann es eingelegt wurde.** Die durch ein unselbständiges Anschlussrechtsmittel ausgelösten höheren Kosten müsste der Rechtsmittelführer jedenfalls bei Erfolg des Anschlussrechtsmittels tragen, ohne dass es darauf ankommt, ob das ursprünglich selbständig eingelegte Rechtsmittel unzulässig war. Weil es somit auch im Falle einer gerichtlichen Entscheidung allein auf die Erfolgsaussicht der unselbständigen Anschlussrevision ankäme, erscheint es sachgerecht, dem Revisionskläger nach Rücknahme seines Rechtsmittels auch die Kosten der Anschlussrevision aufzuerlegen. Denn er nimmt dem Gericht durch die in seinem Belieben stehende Rücknahme jede Möglichkeit, über die Erfolgsaussicht der Anschlussrevision zu entscheiden, zumal sie nicht frei von der gegnerischen Revision weiterverfolgt werden kann (§ 554 Abs. 4 ZPO). Durch die Rücknahme der Revision unterliegt somit nur der Revisionskläger, während dies zur Erfolgsaussicht der unselbständigen Anschlussrevision nichts aussagt.“

## Öffentliches Recht

### Problem: Freizügigkeit contra Wohnsitzerfordernis

EUGH: URTEIL VOM 14.06.2012  
C-542/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **EINLEITUNG:**

Die Niederlande fördern Studien im Ausland für niederländische und ausländische Staatsangehörige, für letztere allerdings nur, wenn sie in drei der letzten sechs Jahre vor Studienbeginn ihren Wohnsitz in den Niederlanden hatten. Der EuGH hatte zu prüfen, ob in dieser Wohnsitzklausel ein Verstoß gegen die Freizügigkeit der Arbeitnehmer aus Art. 45 II AEUV liegt. Dabei stellten sich dem Gericht mehrere Probleme:

1. Studierende sind keine Arbeitnehmer. Sie können jedoch Kinder von Arbeitnehmern sein, sodass ihre Förderung die Eltern entlastet. Mindestens diese, wenn nicht die studierenden Kinder selbst, seien also von der Wohnsitzklausel betroffen.
2. Diese knüpfe zwar nicht unmittelbar, doch aber mittelbar an die Staatsangehörigkeit an, beschränke somit Art. 45 II AEUV, der eben dies verbiete.
3. Eine solche Ungleichbehandlung könne zwar gerechtfertigt werden, wobei neben den geschriebenen Schranken des Art. 45 II AEUV analog der „Cassis“-Rechtsprechung des EuGH auch ungeschriebene Schranken eingreifen könnten. Eine solche erblickt der EuGH hier in der Schaffung eines gewissen Mobilitätsanreizes (Förderung eines Studiums im Ausland), da die im Ausland gewonnenen Kenntnisse und Erfahrungen den Studierenden selbst und letztlich der Gesellschaft zugutekämen; das Gericht hielt die niederländische Wohnsitzklausel allerdings für zu starr, damit für unverhältnismäßig und letztlich doch unionsrechtswidrig.

#### **SACHVERHALT:**

In den Niederlanden existiert ein Gesetz (im Folgenden: WSF 2000), das Ansprüche auf die Finanzierung eines Hochschulstudiums gegenüber dem Staat regelt. Es lautet auszugsweise:

##### *Art 2.2 WSF 2000:*

*Für eine Studienfinanzierung kommen Studierende in Betracht, die die niederländische Staatsangehörigkeit besitzen, oder diese zwar nicht besitzen, aber in den Niederlanden wohnen und aufgrund eines Vertrags oder eines Beschlusses einer internationalen Organisation im Bereich der Studienfinanzierung Niederländern gleichgestellt sind.*

##### *Art. 2.14 WSF 2000:*

*Die Studienfinanzierung erstreckt sich auf ein Studium außerhalb der Niederlande, sofern der Studierende sich mindestens drei der sechs Jahre, die der Einschreibung für ein Studium außerhalb der Niederlande vorangegangen sind, rechtmäßig in den Niederlanden aufgehalten hat. In Härtefällen kann der zuständige Minister Ausnahmen von diesem Erfordernis zulassen.*

#### **Leitsatz:**

Das Königreich der Niederlande hat dadurch gegen seine Verpflichtungen aus Art. 45 AEUV und Art. 7 IVO 1612/68 EWG [...] verstoßen, dass Wanderarbeitnehmer und die von ihnen weiterhin unterhaltenen Familienangehörigen ein Wohnsitzerfordernis erfüllen müssen, die sog. "Drei-von-sechs-Jahren"-Regel, um für die Finanzierung eines Hochschulstudiums außerhalb der Niederlande in Betracht zu kommen.

Die EU-Kommission hält das Wohnsitzerfordernis der „Drei-von-sechs-Jahren-Regel“ des Art. 2.14 WSF 2000 für einen Verstoß gegen die Freizügigkeit der Arbeitnehmer aus Art. 45 II AEUV i.V.m. der Verordnung Nr. 1612/68 EWG, weil sie den Zugang zur Studienfinanzierung für Ausländer erschwere. Art. 7 der VO 1612/68 EWG lautet:

*„(1) Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, darf auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen [...] nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer.*

*(2) Er genießt dort die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer.“*

Ein Vertreter der Niederlande hingegen meint, ein Studierender sei kein Arbeitnehmer. Zudem handle es sich nicht um eine diskriminierende Regelung, weil nicht an die Staatsangehörigkeit, sondern an den Wohnsitz angeknüpft werde. Jedenfalls sei die Regelung gerechtfertigt. Wenn die Niederlande schon für Ausländer ein Studium im Ausland finanzierten, so sei es legitim, zumindest eine gewisse Nähebeziehung der Begünstigten zu den Niederlanden zu fordern, die dadurch dokumentiert werde, dass sie eine gewisse Zeit in den Niederlanden legal gewohnt haben. Auch entstünden den Niederlanden sonst unzumutbare finanzielle Belastungen. Ferner solle gerade für Personen, die in den Niederlanden wohnen, ein gewisser Anreiz zur Mobilität geschaffen werden. Ein Studium im Ausland komme schließlich durch die dort gewonnenen Erfahrungen und Kenntnisse am Ende der Gesellschaft insgesamt zugute. Habe der Studierende aber nicht zumindest eine gewisse Dauer in den Niederlanden gelebt, könne er von der Förderung profitieren, ohne dass der Anreizzweck erfüllt werde.

Ist die „Drei-von-sechs-Jahren“-Regel des Art. 2.14 WSF 2000 mit Unionsrecht vereinbar?

#### **PRÜFUNGSSCHEMA: ART. 45 II AEUV**

- A. Schutzbereich betroffen
- B. Beschränkung
  - I. Offene Diskriminierung
  - II. Verdeckte Diskriminierung
    - 1. Ungleichbehandlung
    - 2. Wesentlich gleicher Sachverhalt
- C. Rechtfertigung
  - I. Schranken
    - 1. Geschriebene
    - 2. Ungeschriebene
  - II. Schranken-Schranken

#### **LÖSUNG:**

Art. 2.14 WSF 2000 könnte gegen Art. 45 II AEUV i.V.m. Art. 7 II der VO 1612/68 EWG verstoßen. Art. 7 der VO 1612/68 EWG konkretisiert den in Art. 45 AEUV normierten Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, ist also nicht isoliert von jenem zu betrachten, sondern ergänzend heranzuziehen.

So prüfte es im Originalfall auch der EuGH.



Ein solcher Verstoß läge vor, wenn Art. 2.14 WSF 2000 eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellte.

### A. Schutzbereich betroffen

Zunächst müsste der Schutzbereich der Art. 45 AEUV i.V.m. Art. 7 II der VO 1612/68 EWG betroffen sein.

### I. Arbeitnehmereigenschaft von Studierenden

„[31] Nach Art. 45 II AEUV umfasst die Freizügigkeit der Arbeitnehmer die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.“

Ein Arbeitnehmer in diesem Sinne ist ein abhängig Beschäftigter, der über einen gewissen Zeitraum weisungsgebunden in den Betrieb eines anderen eingegliedert ist, für dessen (fremde) Rechnung tätig wird und dafür entlohnt wird.

Ein Studierender ist weder weisungsgebunden, noch in den Betrieb eines Dritten eingegliedert, noch wird er für jemanden auf fremde Rechnung tätig. Studierende sind somit offensichtlich keine Arbeitnehmer i.S.d. Art. 45 II AEUV.

### II. Erweiterung durch Art. 7 I, II VO 1612/68 EWG

Allerdings erfährt Art. 45 II AEUV durch Art. 7 I, II der VO 1612/68 EWG hier eine gewisse Erweiterung. Danach hat ein Arbeitnehmer, der in einem anderen Mitgliedsstaat der EU arbeitet als dem, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt (sog. Wander- und Grenz Arbeitnehmer, Art. 7 I), in dem Mitgliedsstaat, in dem er arbeitet, Anspruch auf dieselben sozialen Vergünstigungen wie Inländer (Art. 7 II).

„[32] Nach Art. 7 II der Verordnung Nr. 1612/68 genießt ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer.“

[33] Diese Bestimmung kommt gleichermaßen sowohl den in einem Aufnahmemitgliedstaat wohnenden Wanderarbeitnehmern als auch den Grenzarbeitnehmern zugute, die ihre unselbständige Erwerbstätigkeit in diesem Mitgliedstaat ausüben, aber in einem anderen Mitgliedstaat wohnen.

[34] Nach ständiger Rechtsprechung stellt eine Förderung, die für den Lebensunterhalt und für die Ausbildung zur Durchführung eines mit einer beruflichen Qualifikation abgeschlossenen Hochschulstudiums gewährt wird, eine soziale Vergünstigung im Sinne von Art. 7 II der Verordnung Nr. 1612/68 dar.“

Allerdings kommt diese Vergünstigung zumindest unmittelbar nicht dem Arbeitnehmer selbst, der ja schon im Beruf steht, sondern allenfalls seinen studierenden Angehörigen (zumeist seinen Kindern) zugute. Somit könnte angezweifelt werden, ob es sich bei der Studienfinanzierung tatsächlich um eine soziale Vergünstigung **für den Arbeitnehmer** handelt. Der EuGH meint jedoch, dass eine Finanzierung des Studiums der Kinder auch den Eltern zugutekommt:

„[48] Die Familienangehörigen eines Wanderarbeitnehmers sind mittelbare Nutznießer der diesem durch Art. 7 II der VO 1612/68

Vgl. schon EuGH, Slg. 2007, 6347, Rn 15 (Geven)

Vgl. schon EuGH, Slg. 1988, 3161, Rn 24 (Lair)

Ebenso schon EuGH, Slg. 1987, 2811, Rn 12 f. (Lebon)

EWG zuerkannten Gleichbehandlung. **Da die Gewährung der Studienfinanzierung an ein Kind eines Wanderarbeitnehmers für diesen eine soziale Vergünstigung darstellt, kann sich das Kind selbst auf diese Bestimmung berufen, um diese Finanzierung zu erhalten, wenn sie nach nationalem Recht unmittelbar dem Studenten gewährt wird. Dies stellt für den Wanderarbeitnehmer eine soziale Vergünstigung im Sinne der genannten Bestimmung [...] dar.“**

Somit ist zumindest die Freizügigkeit Wanderarbeitnehmer betroffen, deren Kinder studieren und die niederländische Studienförderung in Anspruch nehmen möchten. Folgt man dem EuGH in seinen obigen Ausführungen, wonach diese Kinder über Art. 7 II VO 1612/68 EWG sogar einen eigenen Anspruch auf Schutz vor Diskriminierungen erlangen, so sind sie selbst auch in den Schutzbereich einbezogen.

## B. Beschränkung

Fraglich ist aber, ob tatsächlich eine Beschränkung dieses Schutzes vorliegt.

### I. Offene Diskriminierung

Art. 45 AEUV i.V.m. Art. 7 II der VO 1612/68 EWG schützt explizit nur vor einer **an die Staatsangehörigkeit** anknüpfenden Ungleichbehandlung. Demgegenüber knüpft Art. 2.14 WSF 2000 **an den Wohnsitz** des Studierenden an. Dieses Wohnsitzerfordernis gilt für Niederländer wie für Ausländer gleichermaßen. Hier liegt also zumindest keine offene Diskriminierung vor.

### II. Verdeckte Diskriminierung

Es könnte aber eine verdeckte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit vorliegen.

#### 1. Mittelbare Diskriminierung als taugliche Beschränkung

Fraglich ist zunächst, ob Art. 45 AEUV i.V.m. Art. 7 II der VO 1612/68 EWG auch vor einer solchen schützen. Der EuGH bejaht dies:

**„[37] In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung, der sowohl in Art. 45 AEUV als auch in Art. 7 der VO Nr. 1612/68 niedergelegt ist, nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle verschleierte Formen der Diskriminierung verbietet, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungskriterien de facto zum gleichen Ergebnis führen.“**

#### 2. Subsumtion

Somit läge eine Beschränkung vor, wenn sich Art. 2.14 WSF 2000 als mittelbare (verdeckte) Diskriminierung darstellte.

##### a. Ungleichbehandlung

Der EuGH bejaht zunächst eine mittelbar-verdeckte Ungleichbehandlung von In- und Ausländern:

**„[38] Dies trifft insbesondere auf eine Maßnahme wie die hier in Rede stehende zu, die eine ganz bestimmte Wohndauer verlangt, weil die Gefahr besteht, dass sie sich hauptsächlich zum Nachteil der Wander- und Grenzarbeitnehmer auswirkt, die Angehörige anderer Mitgliedstaaten sind, da Gebietsfremde meist Ausländer**

St. Rspr. des EuGH, vgl. EuGH, Slg. 1997, 6689, Rn 44 (Meints); Slg. 2009, 7811, Rn 53 m.w.N.

Dass Wohnsitzerfordernisse eine mittelbare Diskriminierung von Ausländern darstellen, entspricht ebenfalls der st.Rspr. des EuGH, vgl. nur EuGH, Slg. 1999, 2517 (Ciola); Slg. 2003, 721Rn 14

**sind.** In diesem Zusammenhang spielt es keine Rolle, dass die fragliche Maßnahme gegebenenfalls sowohl die Inländer, die ein solches Kriterium nicht erfüllen können, als auch die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten betrifft. Um eine Maßnahme als mittelbar diskriminierend qualifizieren zu können, muss sie nicht bewirken, dass alle Inländer begünstigt werden oder dass unter Ausschluss der Inländer nur die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten benachteiligt werden.

[39] Art. 2.14 WSF 2000 ist auf genau diese Art von Kriterium gestützt, da er die mitnehmbare Studienfinanzierung insbesondere davon abhängig macht, dass sich der Betreffende mindestens drei der sechs Jahre, die seiner Einschreibung für ein Hochschulstudium außerhalb der Niederlande vorangegangen sind, in diesem Mitgliedstaat aufgehalten hat.“

#### **b. Gleiches**

Allerdings schützt Art. 45 AEUV i.V.m. Art. 7 II der VO 1612/68 EWG nur vor der Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem (und vor der – hier nicht interessierenden Gleichbehandlung von Ungleichem). Lügen zwischen In- und Ausländern also ungleiche Voraussetzungen in Bezug auf eine Studienfinanzierung im Ausland vor, läge in der festgestellten (mittelbar-verdeckten) unterschiedlichen Behandlung von In- und Ausländern keine taugliche Beschränkung des Art. 45 AEUV i.V.m. Art. 7 II der VO 1612/68 EWG. In den Worten des EuGH:

**„[41] Hierzu ist festzustellen, dass eine Diskriminierung nach ständiger Rechtsprechung nur dadurch entstehen kann, dass unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Situationen angewandt werden oder dass dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird.“**

Vgl. EuGH, Slg. 1995, 225, Rn 30 (Schumacker)

Hierzu könnte man einwenden, dass Ausländer tendenziell eher geneigt sein werden, im Ausland zu studieren als Inländer. Somit könnte es an einem wesentlich gleichen Sachverhalt fehlen. Der EuGH lässt diesen Einwand aber nicht gelten, weil er erstens spekulativ sei und die Niederlande sich zweitens durch die Gewährung von Fördergeldern auch für Ausländer in Art. 2.2 WSF 2000 den Einwand abgeschnitten hätten, diese seien in Bezug auf ihr Studium nicht gleich:

„[42] Das Kriterium der Vergleichbarkeit der Situationen [muss] auf objektive, leicht identifizierbare Faktoren gestützt werden. Dieses Kriterium kann nicht in der bloßen Wahrscheinlichkeit bestehen, dass Arbeitnehmer, die eine unselbständige Erwerbstätigkeit in den Niederlanden ausüben, aber in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, nicht in den Niederlanden studieren, sondern in Wohnmitgliedstaat.

[43] [Zudem] hat das Königreich der Niederlande, indem es akzeptiert hat, dass Kinder von Wanderarbeitnehmern, die in den Niederlanden studieren wollen, zu den gleichen Bedingungen Zugang zu Finanzmitteln für ihr Hochschulstudium haben sollten wie niederländische Staatsangehörige, und zwar unabhängig davon, ob sie in den Niederlanden wohnen, implizit anerkannt, dass zumindest einige Kinder von Wanderarbeitnehmern – ebenso wie die Kinder niederländischer Arbeitnehmer – geneigt sein könnten, in den Niederlanden zu studieren, unabhängig davon, ob sie derzeit dort wohnhaft sind. Daher kann sich das Königreich der Niederlande nicht mehr darauf berufen, dass der Wohnmitgliedstaat gleichsam automatisch dafür entscheidend ist, in welchem Staat der Wanderar-

beitnehmer oder seine unterhaltsberechtigten Kinder studieren werden.“

### c. Zwischenergebnis

„[54] Folglich begründet das Wohnsitzerfordernis nach Art. 2.14 Abs. 2 WSF 2000 hinsichtlich des Zugangs zur mitnehmbaren Studienfinanzierung eine Ungleichbehandlung von niederländischen Arbeitnehmern und Wanderarbeitnehmern, die in den Niederlanden wohnen oder dort als Grenzarbeitnehmer ihre unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben.“

## C. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob sich diese Beschränkung rechtfertigen lässt. Dann müsste sie von den Schranken der Grundfreiheit gedeckt sein.

### I. Schranken

Seitens der Niederlande wird angeführt, ohne das Wohnsitzerfordernis würde erstens die Studienförderung so weit ausgedehnt, dass eine übermäßige finanzielle Belastung der Niederlande drohe, zweitens sei es legitim, eine gewisse Integration der Begünstigten in die nationale Gemeinschaft des fördernden Staates zu fordern, und drittens solle eine gewisse Mobilität der Studierenden gefördert werden.

#### 1. Geschriebene Rechtfertigungsgründe

Eine Ungleichbehandlung lässt sich zunächst nach Art. 45 II AEUV aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit rechtfertigen.

Gesundheitsschutz scheidet hier offensichtlich aus. Unter der „öffentlichen Sicherheit“ ist nur die innere und äußere Sicherheit des betreffenden Staates zu verstehen, die hier ebenfalls nicht bedroht ist. Die öffentliche Ordnung schließlich ist bei rechts- oder sittenwidrigem Verhalten betroffen, von dem hier auch keine Rede sein kann. Fiskalische Erwägungen und Integrationserfordernisse erfüllen also keine der geschriebenen Schranken des Art. 45 II AEUV.

#### 2. Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

Zur Warenverkehrsfreiheit hat der EuGH in seiner „Cassis de Dijon“-Entscheidung (Slg. 1979, 649, 662) anerkannt, dass neben den geschriebenen Schranken auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe eingreifen können, wenn dies erforderlich ist, um zwingenden regionalen Bedürfnissen eines Mitgliedsstaats Rechnung tragen zu können. Diese Rechtsprechung lässt sich auf die übrigen Grundfreiheiten, namentlich auch auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit übertragen. Somit stellt sich die Frage, ob die von den Niederlanden vorgetragenen Erwägungen tatsächlich geeignet sind, jedenfalls als ungeschriebene Schranke zu einer Rechtfertigung zu führen.

#### 1. Fiskalische Erwägungen

Der EuGH verneint dies zunächst für rein fiskalische Erwägungen:

„[57] Zur Rechtfertigung mit den zusätzlichen Belastungen, die durch die Nichtanwendung des Wohnsitzerfordernisses entstehen sollen, ist darauf hinzuweisen, dass zwar Haushaltserwägungen den sozialpolitischen Entscheidungen eines Mitgliedstaats zugrunde liegen und die Art oder das Ausmaß der von ihm zu treffenden sozialen Schutzmaßnahmen beeinflussen können, dass sie aber als solche kein mit dieser Politik verfolgtes Ziel darstellen und da-

In diesem Sinne schon EuGH, Slg. 2003, 2741, Rn 59 (Kutz-Bauer); Slg. 2005, 1789, Rn 53

her keine Diskriminierung der Wanderarbeitnehmer rechtfertigen können.

[58] Würde man anerkennen, dass Haushaltserwägungen eine Ungleichbehandlung von Wanderarbeitnehmern und inländischen Arbeitnehmern rechtfertigen können, hätte dies zur Folge, dass die Anwendung und die Tragweite einer so grundlegenden Regel des Unionsrechts wie des Verbots der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit zeitlich und räumlich je nach dem Zustand der Staatsfinanzen der Mitgliedstaaten unterschiedlich sein könnten.“

## 2. Integrationserfordernis

Ob ein besonderes Integrationserfordernis zur Rechtfertigung der Wohnsitzklausel führen könnte, lässt der EuGH offen: Jedenfalls seien Wanderarbeitnehmer bereits deshalb hinreichend integriert, weil sie in den Niederlanden arbeiteten, und zwar nicht zuletzt deshalb, weil sie dann dort auch Steuern zahlen müssen:

„[65] Was Wander- und Grenzarbeitnehmer angeht, schafft der Umstand, dass sie Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats gefunden haben, grundsätzlich ein hinreichendes Band der Integration in die Gesellschaft dieses Staates, das es ihnen erlaubt, hinsichtlich sozialer Vergünstigungen in den Grundsatz der Gleichbehandlung im Verhältnis zu inländischen Arbeitnehmern zu kommen. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für alle Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, sondern auch für alle Vergünstigungen, die – ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht – den inländischen Arbeitnehmern hauptsächlich wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres gewöhnlichen Wohnsitzes im Inland gewährt werden.

[66] Das Band der Integration ergibt sich insbesondere daraus, dass der Wanderarbeitnehmer mit den Abgaben, die er im Aufnahmemitgliedstaat aufgrund der dort von ihm ausgeübten unselbständigen Erwerbstätigkeit entrichtet, auch zur Finanzierung der sozialpolitischen Maßnahmen dieses Staates beiträgt und davon unter den gleichen Bedingungen profitieren muss wie die inländischen Arbeitnehmer.“

## 3. Förderung der Mobilität

Anders sieht es jedoch bei der Förderung der Mobilität aus. Der EuGH meint, darin könne ein zwingender Allgemeinwohlbelang im Sinne eines ungeschriebenen Rechtfertigungsgrundes liegen:

„[71] Das Ziel, die Mobilität der Lernenden zu fördern, liegt fraglos im Allgemeininteresse. Es genügt in diesem Zusammenhang, darauf hinzuweisen, dass dieses Ziel zu den Tätigkeiten gehört, die Art. 165 AEUV der Union im Rahmen der Politik der allgemeinen und der beruflichen Bildung, der Jugend und des Sports zugewiesen hat. Außerdem geht aus dem ersten Erwägungsgrund der Empfehlung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 zur transnationalen Mobilität innerhalb der Gemeinschaft zu Zwecken der allgemeinen und beruflichen Bildung: Europäische Qualitätscharta für Mobilität (ABl. L 394, S. 5) hervor, dass Mobilität zu Zwecken der allgemeinen und der beruflichen Bildung Teil des freien Personenverkehrs und eines der wichtigsten Ziele des Handelns der Union ist.

**[72] Angesichts dessen ist der vom Königreich der Niederlande angeführte Rechtfertigungsgrund der Förderung der Mobilität der Studierenden ein zwingender Grund des Allgemeininter-**

In diesen Ausführungen liegt eine besondere Bedeutung dieses Urteils, denn diese ungeschriebene Schranke entwickelt der EuGH hier – soweit ersichtlich – erstmals.



**resses, der geeignet ist, eine Beschränkung des Verbots der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit zu rechtfertigen.“**

Somit greift eine ungeschriebene Schranke ein.

## **II. Schranken-Schranken**

Allerdings unterliegt eine solche Schranke ihrerseits wiederum bestimmten Beschränkungen, namentlich muss sie verhältnismäßig sein. Die Verhältnismäßigkeit ist ein anerkannter Grundsatz des Unionsrechts.

„[73] Eine Regelung, die eine durch den Vertrag gewährleistete Grundfreiheit wie die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beschränkt, [kann] nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie geeignet ist, die Verwirklichung des verfolgten legitimen Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was für seine Erreichung erforderlich ist.“

### **1. Geeignetheit**

„[74] Zur Geeignetheit des Wohnsitzerfordernisses macht das Königreich der Niederlande geltend, dass dieses Erfordernis die Garantie dafür sei, dass die mitnehmbare Studienfinanzierung nur denjenigen Studierenden zugutekomme, deren Mobilität gefördert werden solle. [...]

[79] Daher ist festzustellen, dass das Wohnsitzerfordernis nach Art. 2.14 Abs. 2 WSF 2000 zur Verwirklichung des Ziels der Förderung der Mobilität der Studierenden geeignet ist.“

### **2. Erforderlichkeit**

Der EuGH hält die hier streitgegenständliche „Drei-von-sechs-Jahren“-Regel allerdings für nicht erforderlich. Sie sei zu starr:

„[86] Das Königreich der Niederlande [hätte] zumindest begründen müssen, weshalb es sich für die „Drei-von-sechs-Jahren“-Regel unter Ausschluss aller anderen repräsentativen Umstände entschieden hat. Hierzu ist festzustellen, dass diese Regel eine zu starke Ausschlusswirkung hat. Indem die „Drei-von-sechs-Jahren“-Regel konkrete Zeiträume des Wohnens im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats vorschreibt, gibt sie nämlich einem Umstand den Vorzug, der nicht zwangsläufig der einzige für den tatsächlichen Grad der Verbundenheit zwischen dem Betroffenen und dem Mitgliedstaat repräsentative Umstand ist.

[87] Somit ist festzustellen, dass das Königreich der Niederlande nicht bewiesen hat, dass das Wohnsitzerfordernis nach Art. 2.14 Abs. 2 WSF 2000 nicht über das hinausgeht, was für die Erreichung des mit dieser Regelung verfolgten Ziels erforderlich ist.“

## **III. Zwischenergebnis**

Eine Rechtfertigung aufgrund ungeschriebener Schranken scheidet also ebenfalls aus, weil die Regelung unverhältnismäßig ist.

## **D. Ergebnis**

Die in dem Wohnsitzerfordernis des Art. 2.14 WSF 2000 liegende mittelbare Diskriminierung von Wanderarbeitnehmern (bzw. deren Kindern) lässt sich nicht rechtfertigen. Sie verstößt gegen Art. 45 II





SchuldR BT	Kaufrecht
Unmöglichkeit der Nachlieferung	
(5)	

§ 437 Nr. 1  
§ 439 I

Ist eine Nachlieferung gem. § 439 I, Fall 2 beim Stückkauf bzgl. einer vertretbaren Sache möglich?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



SchuldR BT	Kaufrecht
Unmöglichkeit der Nachlieferung	
(6)	

§ 437 Nr. 1  
§ 439 I

Was gilt jedoch bei der Frage nach der Unmöglichkeit der Nachlieferung gemäß § 439 I Fall 2, wenn der Käufer die Kaufsache vor dem Kauf „ausprobiert“ (bei einem Kfz also eine Probefahrt macht)?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Deliktsrecht	Grundlagen
Prüfungsaufbau § 823 I	
(17)	

§ 823 I

Wie lautet der Prüfungsaufbau für den Anspruch aus § 823 I?



DeliktsR	Grundlagen
Kausalität	
(20)	

§ 823 I

1. Wann ist ein Verhalten (eine Ursache) für einen Erfolg äquivalent kausal?
2. Wann ist ein Verhalten (eine Ursache) für einen Erfolg adäquat kausal?
3. Was ist bei der sog. „Lehre vom Schutzzweck der Norm“ zu prüfen?

Durch eine Besichtigung / Probefahrt gewinnt der Käufer einen Gesamteindruck

- ⇒ der technischen Eigenschaften der Kaufsache
- ⇒ der Funktionsfähigkeit
- ⇒ des äußeren Erscheinungsbildes der Kaufsache

⇒ **so dass diese Elemente nun gerade ausschlaggebend für den Kaufentschluss sind!**

Die Kaufsache ist damit **in diesem Fall** nicht gegen eine andere austauschbar – eine Nachlieferung gem. § 439 I, Fall 2 ist also in diesem Fall **nicht möglich!**

Diese Sichtweise soll nach dem BGH beim Kauf gebrauchter Sachen in der Regel sachgerecht sein.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

<b>m.M.: Nachlieferung unmöglich</b>	<b>h.M.: Nachlieferung nicht unmöglich</b>
Die Nachlieferung einer anderen als der geschuldeten Sache gehört nicht zum Pflichtenprogramm des Verkäufers, wer vereinbare, nur eine konkrete Sache zu schulden, geht nicht davon aus, mit einer anderen Sache nacherfüllen zu müssen. Hätte der Verkäufer dennoch die Verpflichtung zur Lieferung einer anderen Sache, käme dies einem gattungsschuldähnlichen Beschaffungsrisiko gleich, was im Widerspruch stünde zur privatautonomen Vereinbarung.	Dies gilt zumindest insoweit, als die Kaufsache wirtschaftlich einer vertretbaren Sache entspricht und dies das Erfüllungsinteresse des Käufers zufrieden stellt. Dies gilt allerdings nicht, soweit der Kaufabschluss aufgrund vorheriger Besichtigung und damit aufgrund eines Gesamteindrucks zustande gekommen sei. Gem. § 439 I hat der Verkäufer das Interesse des Käufers durch Lieferung „einer“ (nicht „der“) mangelfreier Sache zu erfüllen. Die Frage der Nacherfüllung steht auf Rechtsfolgenseite, daher ist es gerade nicht von vorneherein unmöglich, eine spezifizierte Sache durch ein anderes Exemplar der Gattung zu ersetzen. Kerngedanke des § 433 I 2 ist es außerdem, dass nicht die Spezifizierung des Objekts den Ausschlag für die Leistungspflicht gibt, sondern die vereinbarten Qualitätsmerkmale. Außerdem differenziert das neue Schuldrecht nicht mehr bzgl. der Rechte des Käufers zwischen Gattungs- und Stückschuld.

- 1.) Wenn es nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.
- 2.) Wenn das Verhalten generell geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen, also nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegt.
- 3.) Die konkrete Handlung und die Rechtsverletzung müssen vom Schutzzweck der Norm erfasst sein, d.h. es sich um Folgen handelt, die in den Bereich der Gefahren fallen, um deren Willen die Rechtsnorm erlassen wurde.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

**Prüfungsaufbau § 823 I:**

**I. Haftungsbegründender Tatbestand**

1. Rechtsverletzung iSv § 823 I
2. Verhalten des Schädigers
3. haftungsbegründende Kausalität
4. Rechtswidrigkeit
5. Verschulden

**II. Haftungsausfüllender Tatbestand**

6. ersatzfähiger Schaden
7. haftungsausfüllende Kausalität
8. ggfs. Vorteilsrechnung

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>BGB AT</b>	<b>Rechtsgeschäfte</b>
Vertragsschluss	(11)

Allg.  
BGB  
§§ 145 ff.

1. Definiere den Begriff „Angebot“.
2. Definiere den Begriff „Annahme“.
3. Was sind die sog. „wesentlichen Vertragsbestandteile“?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>BGB AT</b>	<b>Rechtsgeschäfte</b>
Fehlendes Erklärungsbewusstsein	(7)

Allg.  
BGB

Wie wird der Fall des fehlenden Erklärungsbewusstseins behandelt?

Beispiel - Der bekannte „Trierer Weinversteigerungsfall“:

A betritt eine Gaststätte, in dem gerade eine Versteigerung stattfindet. An der Eingangstür hängt ein Schild („heute Weinversteigerung“), das darauf aufmerksam macht. Nach Betreten des Raumes sieht A den befreundeten B und winkt diesem zu. Der Auktionator versteht dies als ein Angebot bzgl. des gerade zur Versteigerung anstehenden Weinfasses und erteilt dem A den Zuschlag. Hat A eine wirksame Willenserklärung abgegeben?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>BGB AT</b>	<b>Rechtsgeschäfte</b>
Grundbegriffe	(6)

Allg.  
BGB

1. Definiere den Begriff „Rechtsgeschäft“!
2. Definiere den Begriff „Willenserklärung“!
3. Aus welchen einzelnen „Bestandteilen“ besteht eine Willenserklärung?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>BGB AT</b>	<b>Rechtsgeschäfte</b>
Abgabe von Willenserklärungen	(8)

Allg.  
BGB  
§ 130

1. Wann ist eine Willenserklärung abgegeben?
2. Wie ist der Fall der sog. „abhanden gekommenen“ WE zu behandeln? (Beispiel: A hat auf seinem Schreibtisch einen fertigen Brief, der auch unterschrieben ist, liegen. A hat ihn jedoch bewusst noch nicht abgeschickt. B, die Putzfrau des A, sieht den Brief und bringt ihn in den Briefkasten.)
3. Wann ist eine Willenserklärung unter Verwendung eines Erklärungsboten abgegeben?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Ein Rechtsgeschäft besteht aus mindestens einer Willenserklärung, die entweder allein oder zusammen mit anderen Tatsachen eine privatrechtliche Rechtsfolge herbeiführt.
2. Eine Willenserklärung ist die Äußerung eines Willens, der auf die Herbeiführung einer privatrechtlichen Rechtsfolge gerichtet ist.
3. Eine Willenserklärung hat einen inneren / subjektiven („Wille“) und einen äußeren / objektiven („Erklärung“) Tatbestand. Beim subjektiven Tatbestand ist weiter zwischen dem inneren Handlungswillen, dem inneren Erklärungswillen (sog. „Erklärungsbewusstsein“) und dem inneren Geschäftswillen zu unterscheiden. Beim objektiven Tatbestand ist zwischen dem äußeren Handlungswillen, dem äußeren Erklärungswillen (sog. „Rechtsbindungswille“) und dem äußeren Geschäftswillen zu unterscheiden.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Eine Willenserklärung ist abgegeben, wenn der Erklärende sie willentlich in den Rechtsgeschäftsverkehr in Richtung des Empfängers entäußert, so dass unter normalen Umständen mit dem Zugang gerechnet werden kann.
2. Die Erklärung des A ist nicht „bewusst“ in den Rechtsgeschäftsverkehr gelangt und daher i.S.d. oben genannten Definition auch nicht abgegeben. Sie wird damit auch **nicht** wirksam. Im jeweiligen Einzelfall ist jedoch zu untersuchen, ob dem „Absender“ ein Vorwurf dahingehend gemacht werden kann, dass diese Erklärung, die er ja **nicht** absenden wollte, dennoch in den Rechtsgeschäftsverkehr gelangen und so einen Rechtsschein erzeugen konnte. Lässt sich dieser Vorwurf erheben, so kommt eine Haftung auf den Vertrauensschaden aus den §§ 280, 311 II, 241 II BGB (cic) in Betracht.
3. Eine Erklärung ist unter Verwendung eines Erklärungsboten dann abgegeben, wenn die Erklärung dem Boten übergeben oder übermittelt und der Bote zur Weiterleitung angewiesen ist.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die alle essentialia negotii enthält, und mit der eine Partei der anderen Partei den Abschluss eines Vertrages anträgt.
2. Eine Annahme ist eine grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärung, die auf ein Angebot Bezug nimmt und mit diesem inhaltlich korrespondiert.
3. Die sog. „wesentlichen Vertragsbestandteile“ (essentialia negotii) sind die Vertragsparteien, der Vertragsgegenstand und eine eventuell zu erbringende Gegenleistung.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

- ⇒ nach obj. Empfängerhorizont (§§ 133, 157) liegt WE vor
- ⇒ **(P): A will zwar handeln, hat jedoch nicht das Bewusstsein zur Abgabe einer WE**

e.A.	h.M. (Lehre v. pot. Erklärungsbewusstsein)
<p>Es liegt keine WE vor.</p> <p>Fahrlässiges Verhalten kann nicht zur Erfüllungshaftung führen; dies widerspricht dem Grundsatz der Privatautonomie.</p> <p>Die Erklärung eines Scherzenden ist nach § 118 nichtig, ohne dass diesem ein Wahlrecht verbleibt. Die Situation ist bei Abgabe einer Willenserklärung ohne Erklärungsbewusstsein ähnlich gelagert, so dass auch hier die Erklärung nichtig sein muss.</p>	<p>Es liegt eine WE vor, sofern der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass sein Verhalten als Willenserklärung aufgefasst wird</p> <p>Verkehrsschutz: Der Empfänger kann den Defekt der WE nicht erkennen.</p> <p>Das Recht der WE baut nicht nur auf der Selbstbestimmung des Rechtsträgers auf; es schützt in den §§ 119, 157 das Vertrauen des Erklärungsempfängers, in dem es den Erklärenden – abgesehen von der Anfechtungsmöglichkeit – auch an keineswegs bewusst gesetzte Rechtsfolgen bindet.</p>

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

*Vor K wie Karriere,*

*kommt J wie Jura Intensiv*

**JETZT  
KOSTENLOSES  
PROBEHÖREN  
OHNE VORHERIGE  
ANMELDUNG**

**NÄCHSTE KURSE FRÜHJAHR 2012**

## **ASSESSORKURSE - Die Vorbereitung auf das 2. Staatsexamen**

Jura Intensiv bietet:

- Unterricht in der Kleingruppe
- über 2000 Seiten Unterlagenprogramm mit Aufbauübersichten (Gutachten / Urteil mit Formalien), Problemübersichten, Original-Examensklausuren mit ausführlichen Musterlösungen (u. a. Gutachten und Urteil / Beschluss / Anklageschrift) und Anwaltsklausuren mit ausführlichen Musterlösungen
- die monatlich erscheinende Ausbildungszeitschrift RA - RechtsprechungsAuswertung mit einem Sonderteil für Referendare



# RA - BESTELLFORMULAR

Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG  
Salzstraße 20  
48143 Münster

**FAX-  
BESTELLUNG**  
**0251 /  
482-4444**

Hiermit bestelle ich:

Name, Vorname:	_____
Straße, PLZ, Ort:	_____
Telefon:*	_____
E-Mail:*	_____
* fakultative Angaben für Rückfragen	



bei der Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG, Salzstr. 20, 48143 Münster, folgende Artikel:

Artikel	Preis	Stücke	Betrag
RA, kompletter Jahrgang, in Leinen gebunden, 1999-2011 (bitte gewünschte Jahrgänge angeben):	EUR 90,00		
Einbanddecke zum Binden, jahresneutral	EUR 9,00		
Register, 1999-2011 (bitte gewünschte Jahrgänge angeben):	EUR 5,00		
RA Einzelheft (bitte genaue Bezeichnung angeben, z.B. "Heft 01/2011"):	EUR 6,00		
Gesamtbetrag aller Artikel:			
Zzgl. Versandkosten:			
<b>Endpreis:</b>			

Sollte ein von mir bestelltes Einzelheft der RA vergriffen sein, bin ich mit der Lieferung eines bindefähigen Nachdrucks einverstanden (falls nicht zutreffend bitte streichen). Versandkosten fallen unabhängig von der Bestellmenge nur 1x an: Gebundene Jahrgänge zzgl. EUR 6,90, alle übrigen Artikel zzgl. EUR 3,50.

### Lastschriftinzugsermächtigung:

Hiermit ermächtige ich die Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG, Salzstraße 20, 48143 Münster, den oben genannten Endpreis von meinem Konto einzuziehen.

Kreditinstitut:	BLZ:
Kontoinhaber:	Kontonummer.:

\_\_\_\_\_  
Ort, Datum

\_\_\_\_\_  
Unterschrift

# RA - ABONNEMENTVERTRAG

Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG  
Salzstraße 20  
48143 Münster

**FAX-  
BESTELLUNG**  
**0251 /  
482-4444**

Hiermit bestelle ich:

Vorname, Name:	_____
Straße, PLZ, Ort:	_____
Telefon:*	_____
E-Mail:*	_____

\* fakultative Angaben für Rückfragen

bei der Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG, Salzstraße 20, 48143 Münster, die Zeitschrift „**RA**“. Ich erhalte die "RA" **frei Haus** zum Vorzugspreis für Abonnenten von **nur 5,00 Euro (für ehemalige Kursteilnehmer von JURA INTENSIV: 4,50 Euro)** statt regulär 6,00 Euro pro Heft. Die Abrechnung erfolgt jährlich im Voraus durch Lastschrifteinzug gem. nachstehender Ermächtigung.

Ehemalige Kursteilnehmer von JURA INTENSIV: Bitte gebuchten Kurs mit Ort und Zeit angeben:  
(z.B.: Jahreskurs 1. Examen Oktober 2010-2011 in Münster)

Die Zeitschrift erscheint monatlich ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins. Die erstmalige Lieferung erfolgt zum nächsten Monat nach Eingang dieses Formulars (z.B.: bei Eingang im März erfolgt erstmalige Lieferung mit der Aprilausgabe), es sei denn, Sie wünschen einen anderen Abonnementsbeginn. Dann vermerken Sie diesen bitte:

Abweichender Beginn (z.B.: ab Heft 01/2012):

Der Vertrag kann **jederzeit** in Textform (Brief, Fax oder E-Mail an [muenster@jura-intensiv.de](mailto:muenster@jura-intensiv.de)) gegenüber der Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG gekündigt werden. Die Kündigung wird mit Ablauf des Monats wirksam, in dem die Kündigung bei der Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG eingeht (z.B.: bei Kündigung im März ist das letzte Heft des Abonnements die Märzausgabe). Eventuelle Guthaben werden auf das Lastschriftkonto erstattet.

## Ermächtigung zum Lastschrifteinzug

Hiermit ermächtige ich die Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG, den monatlichen Rechnungsbetrag für den Bezug der „RA“ (5,00 Euro bzw. 4,50 Euro) von folgendem Konto einzuziehen.

Kontoinhaber: \_\_\_\_\_

Kontonummer: \_\_\_\_\_

BLZ: \_\_\_\_\_

Kreditinstitut: \_\_\_\_\_

Abonnement und Lastschrifteinzugsermächtigung bestätige ich mit meiner Unterschrift.

\_\_\_\_\_  
Ort, Datum

\_\_\_\_\_  
Unterschrift

**JURA  
INTENSIV**

Jura Intensiv Verlags GmbH & Co. KG - Salzstraße 20 - 48143 Münster - Tel.: 0251 - 482 440 - Fax: 0251 - 482 4444  
verlag@jura-intensiv.de - www.jura-intensiv.de - Sparkasse Münsterland Ost - Kto.-Nr.: 7 009 871 - BLZ: 40 050 150



# SKRIPTEN - BESTELLFORMULAR

Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG  
 Salzstr. 20  
 48143 Münster



Hiermit bestelle ich:

Vorname, Name:	
Straße, PLZ, Ort:	
E-Mail / Telefon: *	
* fakultative Angabe für Rückfragen	

bei der Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG, Salzstr. 20, 48143 Münster, folgende Artikel:

Artikel	Preis	Stück	Betrag
Skript „BGB AT“ 2. Aufl. 2012	EUR 18,90		
Skript „Kaufrecht“ 2. Aufl. 2012	EUR 18,90		
Skript "Schuldrecht AT" 1. Aufl. 2012	EUR 18,90		
Skript „Verwaltungsrecht AT“ 2. Aufl. 2012	EUR 18,90		
Skript „Grundrechte“ 2. Aufl. 2012	EUR 18,90		
Skript „Strafrecht AT I“ - Grundlagen, Irrtum, Versuch 2. Aufl. 2012	EUR 18,90		
Skript „Strafrecht AT II“ - Unterlassung, Fahrlässigkeit, Täterschaft & Teilnahme 2. Aufl. 2012	EUR 18,90		
Skript „Strafrecht BT I“ - Vermögensdelikte 2. Aufl. 2012	EUR 18,90		
Gesamtbetrag aller Artikel:			
Versandkosten (fallen nur 1x pro Bestellung an):			EUR 2,50
<b>Endpreis:</b>			

Lieferung erfolgt unverzüglich nach Gutschrift der Lastschrift.

**Lastschriftinzugsermächtigung:**

Hiermit ermächtige ich die Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG, Salzstr. 20, 48143 Münster, den o.g. Endpreis von meinem Konto einzuziehen.

Kreditinstitut:	BLZ:
Kontoinhaber:	Kontonummer.:

\_\_\_\_\_  
Ort, Datum

\_\_\_\_\_  
Unterschrift



Jura Intensiv Verlags GmbH & Co. KG - Salzstraße 20 - 48143 Münster - Tel.: 0251 - 482 440 - Fax: 0251 - 482 4444  
 verlag@jura-intensiv.de - www.jura-intensiv.de - Sparkasse Münsterland Ost - Kto.-Nr.: 7 009 871 - BLZ: 40 050 150

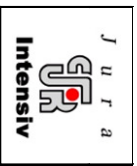


<b>Internat. Recht</b>	<b>Europarecht</b>
Prüfung der Grundfreiheiten	(11)

Allg.  
AEU

1. Welche Grundfreiheiten gibt es?
2. Definiere den sachlichen Schutzbereich der Grundfreiheiten.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>Staatsrecht</b>	<b>Grundrechte</b>
Inkrafttreten von Gesetzen	

Art. 82  
GG

1. Wann treten Gesetze im Normalfall in Kraft?
2. Was muss der Gesetzgeber beachten, wenn er ein abweichendes Inkrafttreten regelt?
3. Welche Rechtsschutzmöglichkeiten haben die Betroffenen gegen eine Missachtung der Voraussetzungen zu 2. ? Welches Problem stellt sich prozessual?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>Internat. Recht</b>	<b>Europarecht</b>
Prüfung der Grundfreiheiten	(15)

Allg.  
AEU

1. Welche Schranken gibt es, um die Beschränkung einer Grundfreiheit zu rechtfertigen?
2. Was ist der Prüfungsschwerpunkt im Rahmen der Schranken-Schranken? Worin besteht der Unterschied zum deutschen Recht?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>Staatsrecht</b>	<b>Grundrechte</b>
Versammlungsfreiheit	(22)

Art. 8  
GG

1. Was versteht man unter Waffen i.S.d. Art. 8 I GG?
2. Wann ist eine Versammlung als friedlich zu bezeichnen?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Man unterscheidet bei der Prüfung der Rechtfertigung der Beeinträchtigung **ausdrückliche und ungeschriebene Schranken:**

a) **Ausdrückliche Schranken: Öffentliche Sicherheit, öffentliche Ordnung und Gesundheit** (vgl. dazu abschließend Art. 36, 45 III, 52 I (i.V.m. 62), 64 I, 65 I AEU).  
**Beachte:** Bei **offenen Diskriminierungen** können auf Grund der Intensität der Beeinträchtigung **nur ausdrückliche Schranken** als Rechtfertigung dienen.

b) **Ungeschriebene Schranken (Cassis-de-Dijon-Rspr. des EuGH):**  
Außerhalb der **offenen** Diskriminierungen können nach der Rspr. des EuGH **alle anderen zwingenden Gründe des Allgemeinwohls** als Rechtfertigung herangezogen werden (z.B. Umweltschutz, Verbraucherschutz, Schutz der Medienvielfalt).

2. **Prüfungsschwerpunkt** im Rahmen der **Schranken-Schranken** ist - wie bei der Prüfung der dt. Grundrechte - der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** (legitimes Ziel, Geeignetheit der Maßnahme, Erforderlichkeit der Maßnahme, Angemessenheit der Maßnahme).

**Beachte: Auf europäischer Ebene** ist, anders als bei der nationalen Grundrechtsprüfung, der **Schwerpunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung** mehr auf die **Erforderlichkeit der Maßnahme** und nicht auf die Angemessenheit der Maßnahme zu legen.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

**Beachte:** **Beide Merkmale** sind **Schutzbereichsbeschränkungen**. Daher sind sie bereits im Schutzbereich von Art. 8 I GG zu erörtern.

1. **Waffen i.S.d. Art. 8 I GG**  
= Waffen sind alle technischen Waffen i.S.d § 1 WaffG sowie jeder andere Gegenstand, der zur Verletzung von Personen oder zur Beschädigung von Sachen geeignet ist und auch **zu diesem Zwecke mitgeführt** wird.

2. **Friedlichkeit**  
= Friedlich ist eine Versammlung, wenn sie **keinen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf** nimmt (vgl. § 5 Nr. 3 VersG), bei der also Gewalttätigkeiten oder aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen unmittelbar bevorstehen oder bereits stattfinden. Dabei ist Gewalt i.S.d. § 240 StGB ebensowenig ausreichend wie ein einfacher Regelverstoß. Ansonsten wäre der Gesetzesvorbehalt in Art. 8 II GG obsolet.

**Beachte:** Durch einzelne „unfriedliche“ Versammlungsteilnehmer wird die Versammlung nicht per se „unfriedlich“. Erst, wenn die Unfriedlichkeit auf die Versammlung übergreift ist dies der Fall. Vorher **verlieren nur die einzelnen unfriedlichen Teilnehmer** ihr Recht aus Art. 8 I GG.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

## 1. Grundfreiheiten:

- Warenverkehrsfreiheit:** Art. 28ff. AEU
- Arbeitnehmerfreizügigkeit:** Art. 45ff. AEU
- Niederlassungsfreiheit:** Art. 49ff. AEU
- Dienstleistungsfreiheit:** Art. 56ff. AEU
- Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit:** Art. 63ff. AEU

## 2. Sachlicher Schutzbereich:

- Warenverkehrsfreiheit, Art. 28 II AEU:**
  - Ware = Jeder Gegenstand, der einen Handelswert hat und damit taugliches Objekt eines Handelsgeschäfts sein kann.**
  - Aus den Mitgliedsstaat stammend = Letzte wesentliche, wirtschaftlich gerechtfertigte Verarbeitungsstufe muss im Mitgliedsstaat durchlaufen werden oder**
  - Waren aus dritten Ländern, die sich im Mitgliedsstaat im freien Verkehr befinden = vgl. Art. 29 AEU (Zölle und Abgaben erhoben und nicht rückvergütet).**
- Arbeitnehmerfreizügigkeit: Weisungsgebunden, entgeltlich, nicht ganz untergeordnete/unwesentliche Tätigkeit.**
- Niederlassungsfreiheit = Selbstständig, entgeltlich, dauerhaft.**
- Dienstleistungsfreiheit = Selbstständig, regelmäßig entgeltlich, vorübergehend.**
- Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit**
  - Kapitalverkehrsfreiheit = grenzüberschreitende einseitige Übertragung von Geld- oder Sachkapital, primär zu Anlagezwecken.**
  - Zahlungsverkehrsfreiheit = Transfer von Kapitalmitteln zu Zahlungszwecken i.R. eines Vertrages (notwendiges Gegenstück zu den anderen Grundfreiheiten (sog. „Annexfreiheit“)).**

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Gesetze treten normalerweise mit dem **14. Tag nach Ablauf des Tages in Kraft, an dem das BGBl. ausgegeben wurde**, Art. 82 II 2 GG. Allerdings sollen alle Gesetze den Tag des Inkrafttretens ausdrücklich regeln, Art. 82 II 1 GG. Vielfach bestimmt der Gesetzgeber, dass die Gesetze „am Tag nach ihrer Verkündung“ in Kraft treten.

2. Der Gesetzgeber muss den Betroffenen eine **angemessene Übergangsfrist** einräumen, um sich auf das Gesetz einzustellen. Bei der Frage, ob dies notwendig ist und wie lang die Übergangsfrist zu sein hat, kommt ihm allerdings ein weiter Einschätzungsspielraum zu.

3. Sie können sich in der Hauptsache mit einer **Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4a GG** und parallel mit einem **Eilantrag nach § 32 BVerfGG** gegen ein zu frühzeitiges Inkrafttreten wehren. Problematisch ist, dass es formal noch keinen Antragsgegenstand gibt, denn solange das Gesetz noch nicht in Kraft gesetzt wurde, existiert es noch nicht. Das BVerfG hält, wenn gerade das Inkrafttreten verhindert werden soll, allerdings die o.g. Rechtsbehelfe ausnahmsweise auch vor Inkrafttreten für statthaft, wenn das Gesetz (a) zumindest **vom Bundestag bereits beschlossen** wurde und (b) **effektiver Rechtsschutz nach Inkrafttreten nicht mehr erreichbar wäre** (zB Rechtsvereitelung drohte oder das Abwarten des Inkrafttretens unzumutbar wäre).

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



**StrafR AT II**      **Mittäterschaft**  
Voraussetzungen von § 25 II – Schema

**§§ 25 II**  
**StGB**

Unter welchen Voraussetzungen ist eine Mittäterschaft gegeben?  
Wo und wie im Gutachten ist § 25 II zu prüfen?

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



**StrafR AT II**      **Mittäterschaft**  
Voraussetzungen § 25 II – Zeitpunkt (1)

**§§ 25 II**  
**StGB**

Bei der Mittäterschaft stellt sich die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt noch ein gemeinsamer Tatentschluss gefasst werden kann. Möglich ist dies im Stadium der Vorbereitung und im Versuchsstadium.  
Fraglich ist jedoch, ob auch noch im Stadium zwischen Vollendung und Beendigung ein gemeinsamer Tatentschluss gefasst werden kann.

Bsp.: Dieb D kommt mit reicher Beute aus einem Wohnhaus, droht jedoch unter der Last seiner Beute zusammenzubrechen. Alleine hat er keine Chance, mehr als die Hälfte der Beute zu transportieren. Zufällig kommt sein Bekannter B des Wegs, erkennt die Situation und bietet D Hilfe an, wenn man „halbe/halbe“ mache. D stimmt begeistert zu.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



**StrafR AT II**      **Mittäterschaft**  
Voraussetzungen § 25 II – Zeitpunkt (2)

**§§ 25 II**  
**StGB**

Gliedere in Stichworten den Beispielfall und zeige deutlich auf, wo im Gutachten das Problem zu verorten ist.

Bsp.: Dieb D kommt mit reicher Beute aus einem Wohnhaus, droht jedoch unter der Last seiner Beute zusammenzubrechen. Alleine hat er keine Chance, mehr als die Hälfte der Beute zu transportieren. Zufällig kommt sein Bekannter B des Wegs, erkennt die Situation und bietet D Hilfe an, wenn man „halbe/halbe“ mache. D stimmt begeistert zu.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



**StrafR AT II**      **Unterlassung**  
Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme

**§ 13**  
**StGB**

Fraglich ist, wie Täterschaft und Teilnahme beim U-Delikt abzugrenzen sind. Problematisch ist dabei die Konstellation, in denen es einen aktiv handelnden Haupttäter gibt und einen den Haupttäter nicht an seiner Tat hindernden Garanten für das verletzte Rechtsgut. Fraglich ist dann, ob der untätige Garant wegen Beihilfe durch Unterlassen oder sogar wegen Nebentäterschaft durch Unterlassen zu bestrafen ist. Welche Theorien werden hierzu vertreten?

Bsp.: Mutter M bleibt untätig, während Vater V das gemeinsame Kind K misshandelt. Strafbarkeit der M?

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

Fraglich ist, ob es eine sog. „**sukzessive Mittäterschaft**“ im Stadium zwischen der Vollendung und der Beendigung der Tat geben kann.

Nach **h.L.** ist die grundsätzlich **nicht** möglich, da Kernanforderungen für eine (Mit-) Täterschaft fehlen würden: Es gäbe in diesem Fall

- keine Arbeitsteilung i.S.v. § 25 II,
- keine Tatherrschaft des nach Vollendung hinzutretenden und
- eine unzulässige Anerkennung des nachträglichen Vorsatzes (dolus subsequens).

**BGH:** Mittäterschaft ist auch noch möglich zwischen Vollendung und Beendigung, da sonst die Vorverlagerung der Vollendungsstrafbarkeit (so genügt z.B. bei §§ 242, 249 die *Wegnahme in bloßer Zueignungsabsicht, zur Zueignung muss es aber nicht gekommen sein*) sich zugunsten des später sich Beteiligten auswirken würde.

Die Tat ist bis zur Beendigung beteiligungsfähig.

Kann der Hinzutretende jedoch die weitere Tatausführung nicht mehr **fördern**, weil für die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges schon alles getan ist, kommt eine Zurechnung nach den Grundsätzen der (sukzessiven) Mittäterschaft trotz Kenntnis, Billigung und Ausnutzung der durch einen Anderen geschaffenen Lage nicht in Betracht.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

### Mittäterschaft i.S.v. § 25 II StGB verlangt ein arbeitsteiliges Zusammenwirken aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses.

Beim arbeitsteiligen Zusammenwirken ist zu klären, ob ausreichend wichtige Tatbeiträge erbracht wurden, ob also eine Arbeitsteilung zwischen (gleichberechtigten) Komplizen vorliegt, oder ob bloß eine Arbeitsteilung zwischen einem Täter und seinem Gehilfen gegeben ist. [*Dies führt in der Regel zur Notwendigkeit, die Abgrenzungstheorien zu Täterschaft und Teilnahme darzulegen.*]

§ 25 II ist im objektiven Tatbestand zu prüfen.

- Sofern alle Mittäter in gleicher Weise handeln, sind sie zusammen zu prüfen. Die Voraussetzungen des § 25 II sind dann am Ende des objektiven Tatbestands festzustellen.
- Sofern ein Mittäter (1) alleine alle Tatbestandsmerkmale erfüllt, ein anderer (2) hingegen nicht, ist zuerst die Strafbarkeit von (1) zu prüfen. Danach ist bei der Strafbarkeit von (2) beim ersten obj. Merkmal, welches er in eigener Person nicht erfüllt, die Frage zu klären, ob ihm die Verwirklichung dieses Merkmals durch (1) gem. § 25 II zugerechnet werden kann.
- Sofern keiner der Mittäter alleine alle Tatbestandsmerkmale erfüllt, sind sie zusammen zu prüfen. Wenn festgestellt wurde, dass alle objektiven Merkmale durch zumindest irgendeinen der möglichen Mittäter verwirklicht wurde, ist am Ende des objektiven Tatbestands die Frage nach der wechselseitigen Zurechenbarkeit gem. § 25 II zu klären.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

### M.M.: Unterscheidung nach Unterlassungs-Kriterien:

- e.A.: Alle unterlassenden Garanten sind stets Täter
- e.A.: Beschützergaranten sind stets Täter, Überwachergaranten sind stets Teilnehmer

### h.M.: Unterscheidung nach Kriterien von Täterschaft und Teilnahme:

- e.A.: maßgeblich Tatherrschaft, die Garant nur hat, wenn der Handelnde die Tatherrschaft verliert (z.B. wenn der gewalttätige Vater nach der Misshandlung des Kindes die Wohnung verlässt und die bisher untätige Mutter nunmehr mit dem Kind alleine ist).
- Rspr.: modifizierte animus-Theorie (wertende Gesamtbetrachtung)

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

1.) Strafbarkeit des D gem. § 242

2.) Strafbarkeit des B

(P) B half dem D zu einem Zeitpunkt, als die Wegnahme bereits vollendet war, aber vor Beendigung der Tat - ist sukzessive Mittäterschaft möglich mit der Folge, dass dem B die Wegnahme des D gem. § 25 II zugerechnet wird?

**a) Rechtsprechung (+)** sofern der Hinzutretende die Beendigung der Tat unter dem die Mittäterschaft charakterisierenden Einverständnis mit dem bisher Alleinhandelnden fördert. Voraussetzung ist somit die Kenntnis und Billigung des Hinzutretenden des bisherigen Geschehens, das Zustandekommen einer Willensübereinkunft der Beteiligten sowie ein die Beendigung fördernder Tatbeitrag. Diese Voraussetzungen sind gegeben, daher Zurechnung der Wegnahmehandlung des D an B gem. § 25 II (+)

**b) h.L. (-)** wenn ein anderer nach dem Zeitpunkt der tatbestandsmäßigen Vollendung in das Geschehen in der Form eintrete, könne nicht mehr von einer „gemeinschaftlichen Begehung“ gesprochen werden. Der erforderliche Kausalbeitrag des Mittäters müsse sich auf die Tathandlung beziehen, anderenfalls ließe man einen Rückgriff auf die mittlerweile überholte Lehre vom animus auctoris zu, wonach eine Täterschaft auch ohne ein solches Kausalitätsfordernis möglich war.

AEUV i.V.m. Art. 7 II der VO 1612/68 EWG und ist somit unionsrechtswidrig.

**FAZIT:**

Es handelt sich um einen anspruchsvollen Fall zur mittelbaren Diskriminierung bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Schwerpunkte des Falles waren a) zu erkennen, dass Studierende selbst keine Arbeitnehmer sind, sich die Studienfinanzierung aber mittelbar auch günstig auf ihre Eltern auswirkt, die Arbeitnehmer sein können, dass b) das Wohnsitzerfordernis zwar nicht unmittelbar, aber doch mittelbar eine Ungleichbehandlung wegen der Staatsangehörigkeit darstellt, wobei diese c) auch an einen vergleichbaren Sachverhalt anknüpft, und d) eine Rechtfertigung weder durch geschriebene noch durch ungeschriebene Schranken der Arbeitnehmerfreizügigkeit gelingt, wobei die Förderung der Mobilität von Arbeitnehmern ein legitimer Rechtfertigungsgrund sein kann, starre Wohnsitzklauseln aber trotzdem unverhältnismäßig sind.

Dass sich die „Cassis“-Formel von der Warenverkehrsfreiheit auch auf andere Grundfreiheiten übertragen lässt, muss mittlerweile nicht mehr streitig dargestellt werden, da die Übertragbarkeit heute weithin anerkannt ist. Zwar passen die klassischen „Cassis“-Fälle wie Verbraucherschutz, Lauterkeit des Wettbewerbs und steuerliche Kontrolle auf den ersten Blick nur auf den freien Warenverkehr. Dies hat den EuGH aber nicht gehindert, andere ungeschriebene Kriterien für die anderen Grundfreiheiten zu entwickeln. Speziell für die Arbeitnehmerfreizügigkeit sind z.B. der Schutz des sportlichen Wettbewerbs (Bosman-Urteil, EuGH, Slg, 1995, 4921, 5076) und die Qualitätssicherung (z.B. Erfordernis bestimmter Qualifikationen oder akademischer Grade für den Berufszugang) anerkannt.

## Problem: Inkrafttreten von Gesetzen nach Verkündung

BVERFG: BESCHLUSS VOM 04.05.2012  
1 BvR 367/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Merke: Ein verfassungswidriger Grundrechtseingriff kann – auch wenn die Regelung an sich verfassungsgemäß ist – allein in ihrem sofortigen Inkrafttreten liegen, wenn den Betroffenen daraus schwere Nachteile drohen, z.B. weil sie nicht rechtzeitig disponieren können.

### **EINLEITUNG:**

Das BVerfG ist mit dem vorliegenden Beschluss der zunehmenden Tendenz des Gesetzgebers entgegen getreten, Gesetze bereits am Tag nach ihrer Verkündung in Kraft zu setzen. Die von der Neuregelung betroffenen Personen müssten Zeit haben, sich auf diese einzustellen, meint das Gericht. Im konkreten Fall bejahte es eine Verletzung der Berufsfreiheit eines Telekommunikationsanbieters, dem es technisch unmöglich war, innerhalb eines Tages seinen Betriebsablauf anzupassen.

### **SACHVERHALT:**

Der Bundestag beschloss am 27. Oktober 2011 eine Änderung des Telekommunikationsgesetzes (TKG). Dessen § 66b führt nun die Pflicht ein, bei sog. „Call-by-Call-Leistungen“ eine genaue Preisansage zu geben. Unterbleibt diese, verliert der Anbieter seinen Vergütungsanspruch gegenüber dem Telefonkunden. Verstöße sind zudem bußgeldbewährt. Nach Art. 5 II 1 des Änderungsgesetzes (TKG-ÄndG) soll diese Pflicht unmittelbar am Tag nach der Verkündung des Gesetzes in Kraft treten. Unterstellen Sie, dass der Bundespräsident das Gesetz bereits ausgefertigt hat, es jedoch noch nicht im Bundesgesetzblatt verkündet worden ist.

Gegen Art. 5 II 1 TKG-ÄndG wehrt sich die Antragstellerin (ASt.), die als juristische Person Call-by-Call-Leistungen anbietet, mit ihrer Verfassungsbeschwerde und gleichzeitig mit einem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz beim BVerfG. Es sei ihr technisch unmöglich, den Betrieb aus dem Stand an die neue Gesetzeslage anzupassen. Der Gesetzgeber greife daher mit dem Inkraftsetzen der Neuregelung unmittelbar nach Verkündung unberechtigt in ihre Berufsfreiheit ein. Ein Grund für die „übertriebene Hektik“ des Gesetzgebers sei nicht erkennbar, er habe eine Übergangsregelung schaffen müssen. Ferner verweist sie auf die Regel des Art. 82 II GG.

Hat der Eilantrag Erfolg?

### **PRÜFUNGSSCHEMA: § 32 BVERFGG**

#### **A. Zulässigkeit**

- I. Zuständigkeit
- II. Antragsberechtigung
- III. Form
- IV. Rechtsschutzinteresse

#### **B. Begründetheit**

- I. Zulässigkeit der Hauptsache
- II. Begründetheit der Hauptsache
- III. Folgenabwägung (Doppelhypothese)

### **LÖSUNG:**

Der Eilantrag hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.



## A. Zulässigkeit

### I. Zuständigkeit

Das BVerfG ist für einen Eilantrag nach § 32 BVerfGG zuständig, wenn es auch für die Hauptsache zuständig ist. Hier liegt in der Hauptsache eine Verfassungsbeschwerde vor, für die das BVerfG nach Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff BVerfGG zuständig ist.

### II. Antragsberechtigung

Die Antragsberechtigung ist in § 32 BVerfGG nicht geregelt. Sie ergibt sich aber aus der Funktion des § 32 BVerfGG, durch Eilantrag zu verhindern, dass der in der Hauptsache begehrte Rechtsschutz faktisch vereitelt wird. Antragsteller eines Eilverfahrens nach § 32 BVerfGG kann daher nur sein, wer Beteiligter des Hauptsacheverfahrens ist. Dies trifft hier auf die ASt. als Beschwerdeführerin der Verfassungsbeschwerde zu.

Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein,  
BVerfGG, § 32 Rn 44

### III. Form

Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass die ASt. ihren Antrag in der Form des § 23 BVerfGG gestellt hat.

Merke: § 23 BVerfGG gilt für alle Anträge vor dem BVerfG, somit auch für Eilanträge.

### IV. Rechtsschutzinteresse

Fraglich ist, ob die ASt. auch ein Rechtsschutzinteresse an einem Eilantrag geltend machen kann.

#### 1. Kein Präventivantrag

Der ASt. könnte das Rechtsschutzinteresse fehlen, weil sie sich gegen ein Gesetz wehrt, das noch nicht in Kraft getreten und daher noch gar nicht rechtlich existent geworden ist. Grundsätzlich sind Präventivanträge vor dem BVerfG unzulässig, und zwar nicht nur in der Hauptsache, sondern auch im Eilverfahren:

„[19] Der verfassungsprozessuale Grundsatz, dass eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz nicht vor dessen Verkündung erhoben werden kann, gilt prinzipiell auch für den gegen ein Gesetz gerichteten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung.“

Ebenso schon BVerfGE 11, 339, 342; 125, 385, 393

Allerdings erkennt das BVerfG eine Ausnahme an, wenn anders kein effektiver Rechtsschutz gewährt werden könnte, weil ein Abwarten des Gesetzes unzumutbar wäre:

„[19] Hiervon kann in Ausnahmefällen abgewichen werden, wenn effektiver Grundrechtsschutz andernfalls nicht gewährleistet werden könnte.

**[20] Die Zulässigkeit [...] vor Verkündung eines Gesetzes setzt allerdings voraus, dass der Inhalt des Gesetzes feststeht und seine Verkündung unmittelbar bevorsteht. Dafür muss das Gesetzgebungsverfahren vor den gesetzgebenden Organen Bundestag und Bundesrat vollständig abgeschlossen sein. Auch hat das Bundesverfassungsgericht die dem Bundespräsidenten vor der Ausfertigung (Art. 82 I 1 GG) obliegende Kompetenz zur Prüfung des Gesetzes zu respektieren.“**

Bisher hatte das BVerfG erst eine Ausnahme anerkannt, in der ein Gesetz vor seinem Inkrafttreten mittels Vb. angefochten werden konnte, nämlich **Vertragsgesetze**, mit denen völkerrechtliche Verträge ratifiziert werden. Diese können, weil anschließend die völkerrechtliche Bindung im Verhältnis zum Vertragspartnerstaat eintritt, sogar **nur** vor Inkrafttreten gerichtlich überprüft werden, vgl. BVerfGE 24, 33, 53; 112, 363, 366

Mit der vorliegenden Entscheidung hat das BVerfG diese Ausnahme generalisiert und nebenstehend auch die Voraussetzungen genannt, unter denen künftig Vb. und Eilantrag gegen Gesetze vor deren Inkrafttreten zulässig sein werden.

Speziell für einen Eilantrag nach § 32 BVerfGG ergänzt das BVerfG:

„[20] Außerdem muss das Inkrafttreten der beanstandeten Vorschriften so zeitnah nach der Verkündung des Gesetzes zu erwarten sein, dass effektiver einstweiliger Grundrechtsschutz in der

Zeitspanne zwischen Verkündung und Inkrafttreten des Gesetzes bei realistischer Einschätzung nicht erlangt werden kann.“

### c. Subsumtion

In der Hauptsache (Verfassungsbeschwerde) wäre das Problem des Präventivantrags nicht erst im Rechtsschutzinteresse, sondern schon unter dem „tauglichen Beschwerdegegenstand“ anzusprechen gewesen, denn Art. 93 I Nr. 4a GG setzt diesbezüglich einen „Akt der öffentlichen Gewalt“ voraus, und solange ein Gesetz noch nicht in Kraft getreten ist, liegt – genau betrachtet – noch gar kein Akt der öffentlichen Gewalt vor.

Unter den hier genannten Voraussetzungen wäre aber auch die Verfassungsbeschwerde zulässig, siehe dazu unten B.I.

„[21] Im vorliegenden Fall sind diese Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben. Die beanstandete gesetzliche Regelung ist durch Beschluss des Bundestags und Zustimmung des Bundesrats zustande gekommen.

Da § 66b I TKG in seiner geänderten Fassung am Tag nach der Verkündung des Gesetzes in Kraft treten soll (Art. 5 I, II TKG-ÄndG), könnte mit einem erst nach der Verkündung gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung effektiver Grundrechtsschutz nicht sichergestellt werden. Die Beschwerdeführerin müsste gravierende Nachteile jedenfalls für eine Übergangszeit schon deshalb in Kauf nehmen, weil sie [...] ihren Anspruch auf Vergütung für Leistungen im Rahmen der sprachgestützten Betriebsauswahl verlore und zudem Gefahr liefe, wegen einer Ordnungswidrigkeit belangt zu werden.

[22] Da die Entscheidung über den Erlass der einstweiligen Anordnung nach der Ausfertigung des Änderungsgesetzes durch den Bundespräsidenten ergeht, ist ein Konflikt mit dessen Prüfungsrecht von vornherein ausgeschlossen. Das Inkrafttreten der angegriffenen Regelung ist zudem dem Grund und Inhalt nach sicher und nur noch von der technischen Umsetzung des Verkündungsaktes abhängig.“

## 2. Keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache

„[24] Da eine Entscheidung in der Hauptsache auch im Falle des Erfolgs ihrer Verfassungsbeschwerde zu spät käme und in anderer Weise ausreichender Rechtsschutz nicht gewährleistet werden kann, ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zulässig, obwohl er die Entscheidung in der Hauptsache teilweise vorwegnimmt. **Wird geltend gemacht, dass eine unmittelbar durch Gesetz auferlegte Belastung wegen Fehlens einer Übergangsfrist gegen Grundrechte verstößt, kann einstweiliger Rechtsschutz regelmäßig - so auch hier - nur durch zeitweiliges Aussetzen der angegriffenen Regelung und damit notwendig unter teilweiser Vorwegnahme der Hauptsache gewährt werden.**“

Der Antrag ist nach alledem zulässig.

### B. Begründetheit

Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung ist gem. § 32 I BVerfGG begründet, wenn schwere Nachteile abzuwehren sind, drohende Gewalt zu verhindern ist oder ein anderer wichtiger Gemeinwohlgrund dies dringend gebietet.

Wie bereits mehrfach erwähnt, dient der Eilantrag nach § 32 BVerfGG der Sicherung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache. Ein „schwerer Nachteil“ im o.g. Sinne könnte also niemals eintreten, wenn die Hauptsache ohnehin von vornherein unzulässig (unten I.) oder unbegründet (unten II.) wäre.

Dies ist notwendige, aber keineswegs hinreichende Bedingung für die Begründetheit. Von einem „schweren“ Nachteil kann vielmehr nur gesprochen werden, wenn die Nachteile, die einträten, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde

BVerfG, RA 2004, 613, 615; Maurer, StaatsR I, § 20, Rn 37; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein, BVerfGG, § 32 Rn 42 ff.

Zur „Doppelhypothese“ vgl. schon BVerfG, NJW 2003, 2373, 2374; BVerfGE 122, 342, 361 (st.Rspr)

aber in der Hauptsache Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Verfassungsbeschwerde aber der Erfolg zu versagen wäre, überwiegen (sog. „Doppelhypothese“, unten III.).

## I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

### 1. Zuständigkeit, Statthaftigkeit

Dass das BVerfG über Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff BVerfGG für die Entscheidung über die Vb. zuständig ist und diese trotz des noch nicht in Kraft getretenen Gesetzes hier (ausnahmsweise) statthaft ist, wurde bereits oben ausgeführt.

### 2. Beschwerdebefugnis

Nach § 90 II BVerfGG müsste die ASt. beschwerdebefugt sein. Dies setzt nach § 90 I BVerfGG die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung sowie eine eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit voraus.

#### a. Mögliche Grundrechtsverletzung

Die ASt. könnte in ihrem Grundrecht aus Art. 12 I 1 GG auf Berufsfreiheit möglicherweise verletzt sein. Sie betreibt ein Telekommunikationsunternehmen. Die Berufsfreiheit ist auf sie als inländische juristische Person über Art. 19 III GG auch dem Wesen nach anwendbar.

#### b. Selbst, gegenwärtig, unmittelbar

„[31] Die Beschwerdeführerin ist durch die beanstandete Verpflichtung zur Preisansage selbst und, sobald das Gesetz in Kraft getreten ist, auch gegenwärtig betroffen. **Die Preisansagepflicht gilt für die Beschwerdeführerin unmittelbar kraft Gesetzes, ohne dass es hierfür eines Umsetzungsaktes bedürfte**, und ist durch Verlust des Entgeltanspruchs und der Bußgeldandrohung sanktioniert.“

### 3. Rechtswegerschöpfung

Gegen ein Gesetz gibt es für Private keine Rechtsschutzmöglichkeit, sodass hier auch kein Rechtsweg nach § 90 II BVerfGG zu erschöpfen war.

### 4. Keine Subsidiarität

„[32] Der Grundsatz der Subsidiarität steht der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen.

[33] **Zwar muss ein Beschwerdeführer über die bloß formelle Erschöpfung des - hier nicht zur Verfügung stehenden - Rechtswegs hinaus vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde alle nach Lage der Dinge zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreifen, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung in dem unmittelbar mit ihr zusammenhängenden sachnächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen.**

[34] Doch kann der Beschwerdeführerin nicht der Grundsatz der Subsidiarität entgegengehalten werden. Das folgt bereits daraus, dass sie sich, böte sie Call-by-Call-Gespräche ohne die gesetzlich vorgeschriebenen Preisansagen an, der Gefahr eines gegen sie einzuleitenden Bußgeldverfahrens aussetzte. [...] Dies gilt jeden-

Das BVerfG prüft die Zulässigkeit der Vb. im vorliegenden Fall ausdrücklich in der Begründetheit des Eilantrages. Dies sollte man im Gutachten übernehmen. Also: **Die Unzulässigkeit des Hauptsacherechtsbehelfs führt zur Unbegründetheit des Eilantrags nach § 32 BVerfGG.**

Wenn die Voraussetzungen des Art. 19 III GG so offensichtlich vorliegen wie hier, genügt ein Ergebnissatz. Das BVerfG hat Art. 19 III GG in seiner Entscheidung nicht einmal erwähnt.

Diesen „Grundsatz der Subsidiarität“, der über die formelle Erschöpfung des Rechtswegs hinausgeht und der insbesondere in Fällen wie diesem Bedeutung erlangt, in denen kein Rechtsweg offen steht, hat das BVerfG aus Sinn und Zweck des § 90 II BVerfGG (Entlastung des BVerfG und Voraufbereitung der Sach- und Rechtslage durch die Fachgerichte) entwickelt (vgl. BVerfGE 112, 50; 60; stRspr).

falls im vorliegenden Fall, in dem die Beschwerdeführerin bei Verstoß gegen die Preisansagepflicht auch ihren Entgeltanspruch gegenüber ihren Kunden verliert und auch keine effektive, der Beschwerdeführerin zumutbare prozessuale Möglichkeit besteht, gegebenenfalls ihre Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der übergangslosen Einführung der Preisansagepflicht in zivilrechtlichen Streitverfahren gegen ihre Kunden durchzusetzen.“

### 5. Form und Frist

Für Form- (§ 23 BVerfGG) oder Fristverstöße (§ 93 I BVerfGG) ist nichts ersichtlich.

Die Verfassungsbeschwerde ist danach zulässig.

## II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, sofern der ASt. durch das Inkraftsetzen der Neuregelung unmittelbar nach Verkündung gem. Art. 5 II 1 TKG-ÄndG in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht verletzt ist, Art. 93 I Nr. 4a GG. Hier kommt eine Verletzung ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 I 1 GG in Betracht. Dann müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich derselben vorliegen.

### 1. Schutzbereich betroffen

Bei dem Anbieten von Call-by-Call-Leistungen durch die ASt. handelt es sich um eine mit Gewinnerzielungsabsicht betriebene, nachhaltige und erlaubte Tätigkeit, mithin um einen Beruf i.S.d. Art. 12 I 1 GG. Über Art. 19 III GG kann sich die ASt. als inländische juristische Person auch auf die Berufsfreiheit berufen.

### 2. Eingriff

Unter einem Eingriff ist eine Regelung mit „berufsregelnder Tendenz“ zu verstehen, also eine solche, die entweder final (subjektiv) oder mit vorhersehbarer besonderer Schwere (objektiv) die Berufsfreiheit verkürzt.

Hier ging es in erster Linie um den Verbraucherschutz durch umfassendere Kosteninformationen, weniger um eine Beschränkung der Berufsfreiheit. Subjektiv berufsregelnde Tendenz ist mithin nicht gegeben. Jedoch bedeuten die notwendigen Maßnahmen einen erheblichen Umstellungsaufwand, den so kurzfristig zu erfüllen der ASt. unmöglich ist. Zudem drohen ihr gravierende wirtschaftliche Folgen mit dem Verlust ihrer Ansprüche gegenüber den Telefonkunden und sogar eine Bußgeldbewährung. Diese Umstände waren für den Gesetzgeber auch vorhersehbar. Somit ist von einer objektiv berufsregelnden Tendenz auszugehen.

### 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob der Eingriff von den Schranken gedeckt ist.

#### a. Schranken

Art. 12 I 1 GG unterliegt gem. Art. 12 I 2 GG einem (einfachen) Gesetzesvorbehalt. Dieser erstreckt sich nach dem Wortlaut jedenfalls auf die Berufsausübung, also das „Wie“ der Tätigkeit. Um diese geht es hier. Mit Art. 5 II 1 TKG-ÄndG, der das sofortige Inkraftsetzen des TKG-ÄndG regelt, liegt ein solches Gesetz vor.

Merke: Bei Art. 12 GG gilt nicht die allgemeine Bagatellformel; vielmehr ist eine berufsregelnde Tendenz für einen Eingriff notwendig, vgl. im Detail Murswiek, NVwZ 2003, 1 ff.

Der Gesetzesvorbehalt gilt nach allg.M. im Übrigen auch für die Berufswahl (das „Ob“ der Berufsfreiheit), weil diese sich in der Berufsausübung täglich aktualisiert, von dieser also nicht getrennt werden kann.

## b. Schranken-Schranken

Das Gesetz müsste seinerseits aber auch verfassungsgemäß, d.h. insbesondere verhältnismäßig i.S.d. Art. 20 III GG sein. Fraglich ist hier die Angemessenheit der Regelung. Für Berufsausübungsschranken ist nach der sog. „Drei-Stufen-Theorie“ des BVerfG hierzu ein vernünftiger Gemeinwohlgrund erforderlich und ausreichend. Dass die Pflicht zur Preisansage bei Call-by-Call-Angeboten dem Verbraucherschutz und damit einem vernünftigen Gemeinwohlbelang dient, ist offensichtlich. Die ASt. wehrt sich aber nicht gegen diese Pflicht als solche, sondern allein gegen deren sofortiges Inkrafttreten. Fraglich ist somit, ob es auch für die Nichtregelung einer Übergangsfrist einen vernünftigen Grund gibt. Dieser kann m.a.W. nicht allein in dem Grund für die Sachregelung selbst gesehen werden:

**„[36] Nach der Rechtsprechung des BVerfG können gesetzliche Regelungen, die für sich genommen die Berufsfreiheit in statthafter Weise beschränken, gleichwohl gegen Art. 12 I GG in Verbindung mit dem Gebot des Vertrauensschutzes verstoßen, wenn sie keine Übergangsregelung für diejenigen vorsehen, die eine künftig unzulässige Tätigkeit in der Vergangenheit in erlaubter Weise ausgeübt haben.**

Vgl. schon BVerfGE 75, 246, 279; 98, 265, 309; 126, 112, 155 (alle zu Berufswahlregelungen)

Dabei bleibt dem Gesetzgeber [...] ein breiter Gestaltungsspielraum. [...] Der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht unterliegt nur, ob der Gesetzgeber bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe unter Berücksichtigung aller Umstände die Grenze der Zumutbarkeit überschritten hat.

**[37] Diese Grundsätze wurden vorwiegend im Hinblick auf Neuregelungen der Berufswahl entwickelt, gelten jedoch entsprechend beim Erlass von neuen, weitergehenden Anforderungen an die Berufsausübung.“**

Hier hält das BVerfG angesichts der erheblichen Nachteile für die betroffenen Unternehmen – nach cursorischer Prüfung – eine Übergangsfrist für unerlässlich:

**„[37] Die Notwendigkeit einer Übergangsregelung, insbesondere eines späteren Inkrafttretens des neuen Rechts, kommt nicht zuletzt in Fällen in Betracht, in denen die Beachtung neuer Berufsausübungsregelungen nicht ohne zeitaufwändige und kapitalintensive Umstellungen des Betriebsablaufs möglich ist und der Grundrechtsträger deshalb seine bislang in erlaubter Weise ausgeübte Berufstätigkeit bei unmittelbarem Inkrafttreten der Neuregelung zeitweise einstellen müsste oder aber nur zu unzumutbaren Bedingungen fortführen könnte.**

[38] Nach diesen Grundsätzen spricht alles dafür, dass der Gesetzgeber der Einführung der Preisansagepflicht bei der sprachgestützten Betreiberauswahl eine angemessene Übergangsfrist hätte voranstellen müssen.“

Somit ist die Verfassungsbeschwerde voraussichtlich auch begründet. Der Eilantrag kann folglich nicht allein deshalb abgelehnt werden, weil die durch ihn zu schützende Hauptsache aussichtslos wäre.

## III. Doppelhypothese

Wie bereits eingangs erwähnt, ist dies aber nur notwendige, nicht hinreichende Bedingung für den Erfolg des Eilantrages. Im Rahmen der sog. „Doppelhypothese“ ist weiter zu fragen, ob die Nachteile im



Fall der Nichtaussetzung jene überwiegen würden, die im Fall der Aussetzung einträten.

### 1. Nichtaussetzungsfolgen

„[51] Tritt die Preisansagepflicht bei der sprachgestützten Betreiber Auswahl jetzt in Kraft, zwingt dies die Beschwerdeführerin vorübergehend zu erheblichen Umstellungen in ihrem Geschäftsmodell, deren wirtschaftliche Auswirkungen voraussichtlich erheblich, im Einzelnen jedenfalls schwer abschätzbar sind.“

### 2. Aussetzungsfolgen

„[57] Tritt die Preisansagepflicht zunächst nicht in Kraft, erweist sich die angegriffene Bestimmung aber auch ohne Übergangsregelung als verfassungsgemäß, so würde das mit ihr verfolgte legitime Ziel eines gesteigerten Verbraucherschutzes bei der sprachgestützten Betreiber Auswahl vorübergehend nicht erreicht.“

### 3. Abwägung

„[58] Es ist nicht auszuschließen, dass einzelne Call-by-Call-Anbieter unter Fortgeltung der bisherigen Rechtslage kurzfristig ihre Preise erhöhen in der Hoffnung, dass dies potentiellen Kunden unbekannt bleibt und diese im Vertrauen auf die Geltung des ihnen bekannten Preises das Angebot in Anspruch nehmen. [...] Es finden sich jedoch keine Anhaltspunkte für eine ernsthafte und generelle Gefährdung der Verbraucher, die ein sofortiges Handeln des Gesetzgebers unverzichtbar erscheinen ließen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass hier von vornherein nur zur Diskussion steht, den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Preisansagepflicht geringfügig hinauszuschieben, um den Call-by-Call-Anbietern den unumgänglich nötigen Zeitraum zur technischen und betrieblichen Umsetzung der neuen Pflicht zu verschaffen. Von dem Zwang, ihren Betrieb so schnell wie möglich auf die neue Rechtslage umzustellen, werden sie dadurch nicht entlastet.

[59] [Somit] überwiegen die der ASt. drohenden Nachteile bei sofortigem Inkrafttreten der Preisansagepflicht die aus einem begrenzten Verschieben dieses Zeitpunkts für die Verbraucher resultierenden Risiken.“

## IV. Ergebnis

Der Eilantrag ist somit zulässig und begründet.

### FAZIT:

Der Fall zeigt, wie Examensaufgaben über einen Eilantrag nach § 32 BVerfGG eingeleitet werden können. In dessen Begründetheit sind Zulässigkeit und Begründetheit des Hauptsacherechtsbehelfs zu prüfen, man gelangt also wieder in vertrautes Fahrwasser. Eine Prädikatsklausur zeichnet sich dadurch aus, dass sie dabei nicht stehen bleibt, sondern – hinreichende Erfolgsaussichten der Hauptsache unterstellt – die weitere Abwägung nach der Differenzhypothese noch vornimmt.

Mindestens ebenso interessant wie die materiellen Aspekte (Merke: Ein Gesetz kann allein wegen seines zu frühen Inkrafttretens verfassungswidrig sein!) sind die prozessualen Ausführungen zur Präventivkontrolle von Gesetzen vor ihrem Inkrafttreten (hier: im Rechtsschutzinteresse des Eilantrages, nichts anderes würde aber in der Hauptsache gelten).

**Problem: Friedlichkeit von „Blockupy“-Versammlungen**

VGH KASSEL, BESCHLUSS VOM 16.05.2012  
8 B 1150/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**EINLEITUNG:**

Der Beschluss des VGH Kassel betrifft die sog. „Blockupy“-Veranstaltungen, mit denen gegen die Politik der EU im Zusammenhang mit der Euro-Krise demonstriert werden sollte. Insbesondere war es das Ziel der Veranstalter, an einem Tag das Bankenviertel in Frankfurt zu blockieren. Die Stadt Frankfurt verbot die geplanten Veranstaltungen und ordnete die sofortige Vollziehung an.

Der VGH bestätigte diese Verbote. Auch unter Zugrundelegung der strengen Anforderungen, die wegen Art. 8 I GG an versammlungsrechtliche Verbote zu stellen seien, begegneten die Verfügungen keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die Veranstalter hätten den unfriedlichen Verlauf der geplanten Aktionen bereits angekündigt und geäußert, sie würden die Veranstaltung auch durchführen, wenn sie gerichtlich verboten werde. Damit würden vor allem Menschen angelockt, die sich nicht an Recht und Gesetz halten.

Die Vorinstanz, das VG Frankfurt (Az.: 5 L 1655/12), hatte zusätzlich ausgeführt, dass im Falle von Blockaden der Brandschutz und das Rettungswesen nicht sichergestellt wären. Zudem könnten die Veranstaltungen an besser geeigneten Orten außerhalb der Frankfurter Innenstadt durchgeführt werden.

**SACHVERHALT:**

Die Antragstellerin (ASt.) meldete unter dem 19.3.2012 auf insgesamt 13 öffentlichen Wegen und Plätzen Blockadeveranstaltungen an, mit denen Personen und Fahrzeugen der Zugang zum Frankfurter „Bankenviertel“ versperrt werden sollten, um gegen Wirtschaftskrise und Globalisierung zu protestieren. Sie bezeichnet sich selbst als „Blockupy“-Bewegung, einem aus „Blockade“ und dem englischen „occupy“ zusammengesetzten Kunstwort.

Nachdem sie im Internet unter Verwendung paramilitärischer Worthülsen („Besetzung“, „Eroberung“, „Wegspülen“ von Polizeikräften“ usw.) für diese Veranstaltungen geworben hatte und einer ihrer Sprecher in einem Interview mit der Z-Zeitung - wörtlich - erklärt hatte, die „Aktionsplanung [sei] nicht abhängig davon, ob Gerichte meinen, dass wir das dürfen oder nicht. Rechte leben davon, dass man sie sich nimmt“, verbot die Antragsgegnerin (Ag.) als zuständige Versammlungsbehörde formell ordnungsgemäß alle Veranstaltungen.

Zu Recht?

**LÖSUNG:**

Das Versammlungsverbot ist zu Recht ergangen, soweit es sich auf eine wirksame Ermächtigungsgrundlage stützen kann und deren formelle und materielle Voraussetzungen vorliegen.

**A. Ermächtigungsgrundlage**

Als Ermächtigungsgrundlage kommt hier nur § 15 I VersG in Betracht.

**B. Formelle Rechtmäßigkeit**

Der Bescheid ist laut Sachverhalt formell rechtmäßig ergangen.



## C. Materielle Rechtmäßigkeit

Das Versammlungsverbot ist materiell rechtmäßig, wenn der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gesetzt worden ist.

### I. Tatbestand

§ 15 I VersG setzt voraus, dass von einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht.

#### § 15 I VersG:

Die zuständige Behörde kann die Versammlung oder den Aufzug verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist.

Das VersG des Bundes gilt gem. § 1 VersG nur für **öffentliche** Versammlungen.

§ 15 I VersG wiederum gilt nur für öffentliche Versammlungen **unter freiem Himmel**, wie sich aus der Überschrift des Dritten Abschnitts des VersG (§§ 14 ff. VersG) ergibt.

#### 1. Versammlung

Was unter einer Versammlung zu verstehen ist, ist im Einzelnen umstritten. Selbst nach der engsten Auffassung genügt dazu aber eine auf Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtete Zusammenkunft von mehreren Personen. Die „Blockupy“-Bewegung genügt mit ihrem Protest diesen Voraussetzungen.

#### 2. Öffentlich, unter freiem Himmel

Die Versammlung stand jedermann offen und war daher öffentlich. Sie sollte ferner auf Straßen und Wegen in Frankfurt, also unter freiem Himmel stattfinden.

#### 3. Unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit

Fraglich ist, ob die öffentliche Sicherheit gefährdet wurde.

##### a. Öffentliche Sicherheit

Unter der öffentlichen Sicherheit ist neben den Individualrechtsgütern und dem Schutz staatlicher Einrichtungen und Veranstaltungen auch der Schutz der geschriebenen Rechtsordnung zu verstehen. Hier kommt eine Beeinträchtigung derselben in Form der Begehung von Straftaten (§ 240 StGB) in Betracht:

„Mit der Durchführung dieser Maßnahmen wäre zwangsläufig eine massive Störung der öffentlichen Sicherheit verbunden, weil sie als Straftaten, zumindest als strafbare Nötigung der von ihnen betroffenen übrigen Grundrechtsträger anzusehen sind, deren Ankündigung zugleich einen unfriedlichen Verlauf der Veranstaltungen erwarten lässt.“

##### b. Unmittelbare Gefahr

Unter einer Gefahr ist die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts in naher Zukunft bei ungehindertem Geschehensablauf zu verstehen. Unmittelbarkeit i.S.d. § 15 I VersG bedeutet dabei, dass zwischen dem Verhalten der Versammlungsteilnehmer und dem Schadenseintritt keine weitere Zwischenursache liegen darf (Prinzip der Letztverantwortlichkeit). Eine Sachlage, die eine derartige Gefahrenprognose erlaubt, lag hier vor:

„Wie schon die Wahl dieses aus den Bestandteilen „Blockade“ und „occupy“ gebildeten Kunstworts als Markenzeichen des Aktionswochenendes zeigt, ist erklärtes Ziel der Maßnahmen eine Blockade des Geschäftslebens in der Frankfurter Innenstadt, insbesondere des Betriebs der Europäischen Zentralbank und anderer Banken, durch Besetzung zentraler Punkte und Zugangswege [...]. Wie die von der Antragsgegnerin in ihrer Antragserwiderung aufgelisteten Beispiele zeigen, scheuen sich die hauptsächlich über das Internet kommunizierenden Veranstalter der Blockupy-Tage nicht, durch

Verwendung geradezu paramilitärischer Sprachhülsen (Besetzung, Belagerung, Eroberung, Verpfropfen von Zufahrtswegen zur Zentralbank, Wegspülen von Polizeikräften) vor allem Gruppen und Personen anzusprechen, die vor Gewalttaten nicht zurückschrecken und sie für ein legitimes Mittel zur Störung des öffentlichen Lebens halten. [...]

In der [Z-Zeitung] wird [...] ein namentlich genannter Sprecher des Blockupy-Bündnisses wörtlich mit folgenden Sätzen zitiert: Unsere Aktionsplanung ist nicht abhängig davon, ob Gerichte meinen, dass wir das dürfen oder nicht. Rechte leben davon, dass man sie sich nimmt. **Diese Äußerungen zeigen, dass die Organisatoren der Veranstaltung von einem auch in der Beschwerdebegründung reklamierten schrankenlosen Selbstbestimmungsrecht der Veranstalter hinsichtlich der Versammlungsformen ausgehen, seien ihre Aktionen nun legal oder illegal. Dass derartige Äußerungen vor allem Menschen zu den Versammlungen locken, für die Recht und Gesetz ebenfalls keine verbindlichen Leitlinien sind, liegt auf der Hand.**“

Merke: Das Vorverhalten der Veranstalter kann zur Gefahrenprognose wertend herangezogen werden.

## II. Rechtsfolge

Als Rechtsfolge sieht § 15 I VersG ein Ermessen vor, wobei als taugliche Mittel Verbot und Auflage genannt werden. Fraglich ist, ob das Versammlungsverbot ermessensfehlerfrei ergangen ist.

### 1. Auflage als milderer Mittel

Unter Beachtung der Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aus Art. 20 III GG ist dabei zunächst an eine Auflage als milderer Mittel zu denken. So könnte etwa vor Ort gegen konkrete Nötigungshandlungen eingeschritten werden. Das Gericht hält diese Alternative allerdings nicht für tauglich, weil sie jedenfalls zum Schutz der eingesetzten Polizeibeamten nicht gleich geeignet sei wie ein Verbot:

„Nach Ansicht des Senats wären deshalb ohne das angegriffene, als ultima ratio erforderliche Vollverbot über die bloße Nötigung Dritter hinaus gewalttätige Ausschreitungen vor allem gegen eingesetzte Polizeibeamte zu erwarten, wenn diese an den geplanten Versammlungsorten versuchen müssten, anstelle des Vollverbots denkbare versammlungsrechtliche Auflagen gegen bereits begonnene, unfriedlich verlaufende Demonstrationen durchzusetzen. [...] Der Senat hält es deshalb auch zum Schutz von Leben und Gesundheit der einzusetzenden Polizeibeamten für geboten, zu verhindern, dass die Polizei zunächst an allen ursprünglich vorgesehenen Veranstaltungsorten massiv präsent sein und abwarten muss, ob es dort aus den Reihen der Teilnehmer zu Ausschreitungen kommt, die dann durch die risikoreiche Auflösung der Versammlung zu beenden wären. **Nur das sofort vollziehbare Vollverbot ermöglicht es den Ordnungskräften, mit vertretbarem Aufwand die Anreise auswärtiger Teilnahmeinteressenten zu kontrollieren und an den ursprünglich vorgesehenen Aktionsorten Ansammlungen potentieller Teilnehmer mit polizeirechtlichen Maßnahmen und einem Minimum an Selbstgefährdung zu unterbinden.**“

Merke: Ist absehbar, dass eine Auflage von Polizeikräften zwangsweise durchgesetzt werden müsste, und ist ferner absehbar, dass dies nur unter Gefahren für die körperliche Unversehrtheit der Polizisten gelingen würde, scheidet eine Auflage als (zunächst vorrangige, da mildere) Alternative aus. Ein Vollverbot kann dann gerechtfertigt sein!

### 2. Versammlungsfreiheit als Ermessensschränke?

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Versammlungsfreiheit in Art. 8 I GG geschützt ist. Möglicherweise könnte das Versammlungsverbot im Lichte derselben unangemessen erscheinen. Allerdings schützt

Art. 8 I GG Versammlungen nur, wenn sie „friedlich“ (und ohne Waffen) ablaufen. Unfriedlich ist eine Versammlung, wenn sie einen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf annimmt bzw. annehmen soll. Der VGH bejaht dies hier, wobei das Gericht eine Parallele zur Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG bemüht:

Diese Passage hat der VGH wörtlich übernommen aus BGH, NJW 1969, 1770, 1773 (= BGHSt 23, 46).

„Niemand ist berechtigt, tätlich in die Rechte anderer einzugreifen, insbesondere Gewalt zu üben, um auf diese Weise die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit zu erregen und eigenen Interessen oder Auffassungen Geltung zu verschaffen. Der von der Verfassung gewährte weitere Spielraum für die Auseinandersetzung mit Worten duldet keine Erweiterung auf tätliches Verhalten. Andererseits kann sich daraus, dass mehrere oder viele Einzelne zu gemeinsamer Aktion zusammentreten, kein qualitativer Umschlag im Sinne weitergehender Berechtigungen ergeben. **Der Demonstrant besitzt im Vergleich zum Einzelnen, der für seine Meinung eintritt oder protestiert, keine Vorrechte, sondern hat wie jeder andere dabei die allgemeinen Gesetze zu achten.**“

„Auch der Hinweis darauf, dass das vom Grundgesetz in Art. 8 allen Deutschen gewährleistete Grundrecht, sich friedlich und ohne Waffen auch unter freiem Himmel zu versammeln, notwendigerweise das Eintreten von Verkehrsbehinderungen einschliesse, eröffnet keine andere Betrachtungsweise. Aus dem Recht zu friedlicher Versammlung kann kein Recht zu unfriedlicher Demonstration hergeleitet werden. In welchem Maße Verkehrsbehinderungen hinzunehmen sind, die sich als Nebenfolge einer friedlichen Demonstration ergeben, hat der Senat nicht zu entscheiden. **Hier ist die Verkehrsbehinderung gerade zum Ziel und Zweck einer öffentlichen Aktion gemacht worden, die damit einen unfriedlichen Charakter gewonnen hat und nicht mehr der Garantie des Art. 8 I GG teilhaftig sein kann.**“

Ist die geplante Versammlung somit als unfriedlich einzustufen, ist sie nicht von Art. 8 I GG geschützt. Aus der Versammlungsfreiheit ergeben sich daher auch keine Ermessenseinschränkungen.

Dass das Ermessen aus sonstigen Gründen fehlerhaft ausgeübt worden wäre, ist auch nicht ersichtlich. Das Versammlungsverbot ist somit insgesamt rechtmäßig.

#### FAZIT:

Es handelt sich letztlich um einen klassischen Fall zum Versammlungsrecht im Gewand eines aktuellen Themas. Das Problem der (Un)friedlichkeit von Blockadeaktionen sollte man sich merken. Legen es solche auf Krawalle an, nehmen sie nicht am Schutz von Art. 8 I GG teil. Besonders merkwürdig ist ferner, dass der VGH bei Gefahr für Leib und Leben der Polizeikräfte, die eine mögliche Auflage durchsetzen müssten, ein Vollverbot für verhältnismäßig hält.

Prozessual könnte der Fall in eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO (auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Versammlungsverbots nach dessen Erledigung infolge Zeitablaufs), eine Verfassungsbeschwerde (gestützt auf Art. 5 I und 8 I GG) sowie - wie im Originalfall - in einen vorläufigen Rechtsschutzantrag nach § 80 V 1 2. Fall VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einer Anfechtungsklage gegen das für sofort vollziehbar erklärte Versammlungsverbot eingebaut werden.

## Strafrecht

### Problem: Täterschaft des Garanten neben Begehungstäter

BGH, BESCHLUSS VOM 14.02.2012  
3 STR 446/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### EINLEITUNG:

Neben den Voraussetzungen für eine klassische oder sukzessive Mittäterschaft beschäftigt den BGH in der vorliegenden Entscheidung insbesondere die Frage, ob ein nicht eingreifender Garant neben einem Begehungstäter selbst wegen täterschaftlicher Deliktsbegehung bestraft werden kann oder nur wegen Beihilfe durch Unterlassen.

Im Ergebnis führt der BGH seine bisherige Rechtsprechung fort, dass für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme die innere Einstellung eines Beteiligten (der „Täterwille“) maßgeblich ist.

§ 25 II StGB:

„Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).“

#### SACHVERHALT:

Die Angeklagten A und B hatten gemeinsam geplant, bei O zu klingeln und, nach dem Öffnen der Haustür durch O diese zu überwältigen und am Schreien zu hindern; anschließend sollte O gefesselt und geknebelt werden, um A und B die Entwendung von Wertsachen aus dem Haus zu ermöglichen. Nachdem A das Wohnhaus betreten hatte, erkannte er, dass B das Tatopfer, das durch den plötzlichen Angriff völlig überrascht war, so lange würgte, bis es bewusstlos war. Aktiv hat sich der Angeklagte an der Tötungshandlung nicht beteiligt.

Hat A sich wegen täterschaftlicher Begehung eines Mordes strafbar gemacht?

[Bearbeitervermerk: Unterstellen Sie, dass A wusste, dass B zu extremer Gewaltanwendung neigte und dass A die Tötung der O auch noch durch ein Einschreiten in deren Haus mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätte verhindern können.]

#### PRÜFUNGSSCHEMA: MITTÄTERSCHAFTLICHER MORD, §§ 211, 25 II STGB (GETRENNTER AUFBAU)

- I. Tatbestand
  1. Tötung des Opfers
    - a. Tötungshandlung des tatnächsten Beteiligten
    - b. Zurechnung gem. § 25 II StGB
      - aa. Gemeinsamer Tatentschluss
      - bb. Arbeitsteiliges Zusammenwirken (insb. eigene Täterschaft des tatferneren Beteiligten)
  2. Objektive Mordmerkmale
  3. Vorsatz
  4. Subjektive Mordmerkmale
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

**LÖSUNG:****A. Strafbarkeit gem. §§ 211, 25 II StGB**

Durch das gemeinsame Planen des Überfalls und dadurch, dass er B hinsichtlich des Tötens der O gewähren ließ, könnte A sich wegen Mordes in Mittäterschaft, §§ 211, 25 II StGB, strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

A hat O nicht durch eine eigene Handlung getötet. Jedoch könnte ihm eine Tötungshandlung des B gem. § 25 II StGB zuzurechnen sein.

**1. Tötungshandlung des B**

B hat durch das Würgen den Tod der O herbeigeführt, also eine Tötungshandlung vorgenommen.

**2. Zurechnung gem. § 25 II StGB**

Die Tötungshandlung des B wäre A gem. § 25 II StGB zuzurechnen, wenn A Mittäter des B wäre.

Nach der h.L. ist das maßgebliche Kriterium für die (Mit-) Täterschaft die Tatherrschaft, dass der Beteiligte also als Zentralgestalt das Geschehen in den Händen hält (Rönnau, JuS 2007, 514; Zöller, JURA 2007, 305, 311).

Nach der Rspr. ist Täter, wer Täterwillen hat, also die Tat als eigene will; dies wird anhand der im vorliegenden Beschluss genannten Indizien (insb. der Tatherrschaft) geprüft (BGH, RA 2010, 434, 437 = NSTZ-RR 2010, 236; BGHSt 28, 346, 348 f.)

**"[3] [...] Mittäterschaft liegt vor, wenn ein Tatbeteiligter mit seinem Verhalten fremdes tatbestandsverwirklichendes Tun nicht bloß fördern will, sondern wenn sein Tatbeitrag im Sinne gleichgeordneten arbeitsteiligen Vorgehens Teil einer gemeinschaftlichen Tätigkeit sein soll. Dabei muss der Beteiligte seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils wollen. Ob ein Beteiligter ein derart enges Verhältnis zur Tat hatte, muss nach den gesamten Umständen, die von den Vorstellungen des Handelnden umfasst wurden, in wertender Betrachtung beurteilt werden. Wesentliche Anhaltspunkte für diese Wertung sind insbesondere der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Teilhabe an der Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu, so dass Durchführung und Ausgang der Tat vom Einfluss des Mitwirkenden abhängen."**

**a. Vorliegen einer „normalen“ Mittäterschaft**

„Zwar ist es für gemeinschaftliche Tatbegehung nicht erforderlich, dass jeder der Mittäter eigenhändig an der zum Tode führenden Verletzungshandlung teilnimmt. **Die Tat muss aber in jedem Falle auf einem gemeinsamen Willensentschluss beruhen und im gegenseitigen Einverständnis vorgenommen werden.** Daran fehlt es hier. Der Angeklagte erhielt von dem Würgen des Tatopfers erst in dem Augenblick Kenntnis, als er das Wohnhaus betrat. Ein gemeinsamer Tatplan bestand insoweit nicht. Dieser lag auch nicht in dem gemeinsamen Vorhaben, der Frau Vermögensgegenstände – auch gewaltsam – wegzunehmen; dass hierfür mehr Gewaltausübung als bloßes Festhalten und Zuhalten des Mundes des dem Mitangeklagten B körperlich weit unterlegenen Opfers nötig und beabsichtigt gewesen wäre, ergibt sich aus den Feststellungen nicht. [...]"

**b. Vorliegen einer „sukzessiven“ Mittäterschaft**

„Auch **sukzessive Mittäterschaft** erscheint [...] fraglich: **Diese liegt nur vor, wenn jemand in Kenntnis und Billigung des von**

Zur sukzessiven Mittäterschaft: BGH, RA 2009, 618 = NSTZ 2009, 631; Geppert, JURA 2000, 598; Murmann, ZJS 2008, 456



einem anderen begonnenen Handelns in das tatbestandsmäßige Geschehen als Mittäter eingreift und er sich mit dem anderen vor Beendigung der Tat zu gemeinschaftlicher weiterer Ausführung verbindet. Zwar war die Gewalthandlung des Mitangeklagten B noch nicht beendet, als der Angeklagte das Würgen erkannte. Für die Annahme von Mittäterschaft reicht es aber nicht, dass der Beteiligte die durch andere verwirklichten Tatumstände kennt, sie billigt und durch eigenes Einschreiten verhindern könnte. Voraussetzung der Mittäterschaft ist vielmehr eine – auch nur psychische – Förderung der Tat und das Bewusstsein des Täters von der fördernden Wirkung seines Beitrags. Außerdem erfordert die gebotene Willensübereinstimmung, dass der andere seine Tätigkeit durch die geleistete Unterstützung vervollständigen und diese sich zurechnen lassen will. Feststellungen zu einem solchen die Tatbestandsverwirklichung fördernden Beitrag fehlen aber im angefochtenen Urteil. Dass die Passivität des Angeklagten vom Mitangeklagten B als psychische Bestärkung verstanden worden ist und werden sollte, versteht sich angesichts des abweichenden Tatplans auch nicht von selbst, zumal unklar bleibt, ob der Mitangeklagte B die Anwesenheit des Angeklagten zum Zeitpunkt des Würgens überhaupt bemerkt hat. Dass der Angeklagte anschließend auf Aufforderung des Mitangeklagten B Tücher aus der Küche holte, die sich zum Knebeln eignen, führt unabhängig davon, dass dies keinen die Tötung fördernden Beitrag darstellt, zu keinem anderen Ergebnis, weil nach den Feststellungen nicht ausgeschlossen erscheint, dass das Tatopfer zu diesem Zeitpunkt bereits tot und die Tat deshalb beendet war.“

### c. Zwischenergebnis

Da weder eine „klassische“ Mittäterschaft in Form der vorherigen gemeinschaftlichen Planung noch eine „sukzessive“ Mittäterschaft durch nachträgliches Hinzutreten des A vorliegt, kann A die Tötungshandlung des B nicht gem. § 25 II StGB zugerechnet werden.

## II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 211, 25 II StGB.

### B. Strafbarkeit gem. §§ 211, 13 StGB

A könnte sich jedoch wegen Mordes durch Unterlassen gem. §§ 211, 13 StGB dadurch strafbar gemacht haben, dass er B nicht daran hinderte, O zu erwürgen.

## I. Tatbestand

### 1. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs

O ist tot, der tatbestandliche Erfolg des § 211 II StGB ist somit eingetreten.

### 2. Nichtvornahme der zur Erfolgsabwendung gebotenen Handlung

A hat die zur Abwendung des Todes der O seinerseits gebotene Handlung – B vom Erwürgen der O abzuhalten – nicht vorgenommen.



Zur hypothetischen Kausalität des Unterlassens: BGH, NJW 2010, 1087, 1090; Kühl, AT, § 18 Rn. 36)

Zur Erforderlichkeit der Möglichkeit der Erfolgsverhinderung für eine Unterlassungsstrafbarkeit: BGH, NSTZ 2007, 469; Fischer, § 13 Rn. 41; Schönke/Schröder-Sternberg/Lieben, § 15 Rn. 94

Zur Garantenstellung aus vorangegangenen Tun (Ingerenz): BGH, NSTZ-RR 1997, 292; Fischer, § 13 Rn. 27; Schönke/Schröder-Stree/Bosch, § 13 Rn. 35a

### 3. Physisch-reale Möglichkeit der Handlungsvornahme und hypothetische Kausalität

A müsste die physisch-reale Möglichkeit gehabt haben, die gebotene Handlung vorzunehmen. Außerdem müsste bei Vornahme der gebotenen Handlung der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfallen sein (sog. hypothetische Kausalität).

**„Wegen [Mordes] durch Unterlassen hätte sich der Angeklagte nur strafbar gemacht, wenn das gebotene Handeln den als möglich erkannten Tod noch hätte verhindern können und er sich dessen bewusst war.** Dazu enthält das angefochtene Urteil keine konkreten Feststellungen. Da unklar bleibt, wie lange der Mitangeklagte B das Tatopfer schon gewürgt hatte, als der Angeklagte das Wohnhaus betrat und den vom Tatplan abweichenden Angriff erkannte, bleibt offen, ob zu diesem Zeitpunkt bei sofortigem Einschreiten die Verhinderung des Todeseintritts mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit noch möglich und dem Angeklagten die Möglichkeit einer Rettung überhaupt bewusst war.“

Aufgrund des Bearbeitervermerks steht jedoch fest, dass A den Tod der B mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätte verhindern können, sodass die physisch-reale Möglichkeit zur Vornahme der gebotenen Handlung und die hypothetische Kausalität gegeben sind.

### 4. Garantenstellung und -pflicht

A müsste auch rechtlich dazu verpflichtet gewesen sein, den Erfolg abzuwenden, also eine Garantenstellung und -pflicht innegehabt haben, § 13 I StGB.

**„Eine Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, die hier nur in Betracht kommt, setzt voraus, dass das Vorverhalten die nahe Gefahr des Eintritts gerade des tatbestandsmäßigen Erfolges herbeigeführt hat.** Dies kann etwa der Fall sein bei der Beteiligung an Misshandlungen und der anschließenden Tötung des Opfers durch einen anderen Mittäter, wenn das vorausgegangene Verhalten eine Gefahrerhöhung für das Opfer dadurch bewirkte, dass der Täter in seinem zum Tode führenden Vorgehen bestärkt wurde. Dass die gemeinschaftliche Planung eines Raubes mit Fesselung und Knebelung des Tatopfers die nahe Gefahr der Ermordung des Opfers infolge Erwürgens durch den Mittäter herbeigeführt hat, erscheint aber nicht selbstverständlich. Vielmehr hätte sich das Landgericht insoweit damit auseinandersetzen müssen, ob ein Exzess eines Mittäters gegeben sein könnte, der nicht durch das Vorverhalten des Angeklagten bestärkt worden ist und wofür der Angeklagte deshalb nicht als Ingerent haftet.“

Da B laut der Anmerkung zu extremer Gewaltanwendung neigte kann davon ausgegangen werden, dass er sich durch die gemeinsame Planung des Überfalls in seinem Entschluss zur Tötung bestärkt wurde. A hatte also eine Garantenstellung aus Ingerenz.

### 5. Täterschaft des A

A müsste jedoch auch selbst Täter des Mordes durch Unterlassen sein und nicht lediglich dem B durch das Unterlassen zu dessen Tötungsdelikt Beihilfe geleistet haben.

„Schließlich wäre zu erörtern gewesen, ob nicht lediglich eine Beihilfe durch Unterlassen in Betracht kommt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs **ist für die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe durch Unterlassen zur Tat eines aktiv Handelnden die innere Haltung des Unterlassenden zur Tat bzw. dessen Tatherrschaft maßgebend. War seine aufgrund einer wertenden Betrachtung festzustellende innere Haltung – insbesondere wegen des Interesses am Täterfolg – als Ausdruck eines sich die Tat des anderen zu eigen machenden Täterwillens aufzufassen, so liegt die Annahme von Mittäterschaft nahe. War sie dagegen davon geprägt, dass er sich dem Handelnden – etwa weil er dessen bestimmenden Einfluss unterlag – im Willen unterordnete und ließ er das Geschehen ohne innere Beteiligung und ohne Interesse am drohenden Erfolg lediglich ablaufen, spricht dies für eine bloße Beteiligung als Gehilfe.**

Hier hätte der Angeklagte durch sein Eingreifen zugunsten des Opfers die weitere Tatbegehung durch den Mitangeklagten B möglicherweise beenden können. Maßgeblich gesteuert wurde die Gewalthandlung indes vom Mitangeklagten B, der die Tatbestandsverwirklichung in Händen hielt, während der Angeklagte diese lediglich ablaufen ließ. Dies lässt beim Angeklagten als Randfigur der Gewalthandlung trotz seines Interesses an der Tatbeute die Annahme einer Gehilfenstellung hinsichtlich des Mordes nicht von vornherein als ausgeschlossen erscheinen.“

Jedenfalls nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ ist somit davon auszugehen, dass die Voraussetzungen für eine eigene Täterschaft des A nicht vorliegen, sodass dieser allenfalls B zu dessen Tötungsdelikt Hilfe geleistet, sich jedoch nicht selbst Täter eines Tötungsdelikts strafbar gemacht hat.

## II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 211, 13 StGB.

## C. Gesamtergebnis

A hat sich nicht als Täter eines Mordes strafbar gemacht.

### FAZIT:

In der vorliegenden Entscheidung folgt der BGH seiner bisherigen Rechtsprechung und zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme sowohl bei der Mittäterschaft durch aktives Tun als auch bei der Prüfung der Täterschaft eines nicht eingreifenden Garanten neben einem Begehungstäter auf die innere Willensrichtung des Beteiligten ab.

Interessant ist insofern allerdings, dass der BGH bei der Prüfung einer (Mit-) Täterschaft des A durch Unterlassen zwar ausführt, dass die Vorstellung des Garanten von der Tat (also der „Täterwille“) für dessen Täterschaft maßgeblich sei. Hierbei benutzt er sogar einige klassische Formulierungen für die Prüfung des Täterwillens (ob der Beteiligte sich die Tat „zu eigen“ machen will, ob er ein eigenes „Interesse am Erfolg“ habe). In seiner Subsumtion prüft der BGH dann allerdings nicht diese Kriterien, sondern eine Tatherrschaft des A. Dies ist zwar kein Bruch in der Argumentation des BGH, da dieser auch bei Begehungsdelikten die Tatherrschaft als Indiz für einen Täterwillen heranzieht. Bei Unterlassungsdelikten hatte er dies jedoch bisher eher vermieden.

Die Rechtsprechung stellt zur Bestimmung der Täterschaft eines nicht eingreifenden Garanten neben einem Begehungstäter auf dessen Täterwillen ab (BGHSt 48, 77, 97; BGH, NStZ 2009, 321, 322; NJW 1992, 1246, 1247).

Andere Lösungsansätze:

- nach der Lehre von den Pflichtdelikten ist der Garant neben einem Begehungstäter immer selbst Täter (Roxin, AT II, § 31 Rn. 140 ff.; Ellbogen/Stage, JA 2005, 353, 355 f.)

- nach einer differenzierenden Auffassung ist der Beschützergarant immer Täter, der Überwachergarant hingegen stets Teilnehmer (Schönke/Schröder-Cramer/Heine, Vorbem. §§ 25 ff. Rn. 104 ff.)

- die Tatherrschaftslehre nimmt eine Täterschaft des Garanten nur dann an, wenn dieser neben dem Begehungstäter noch die Tatherrschaft innehatte, was allerdings regelmäßig nicht der Fall ist (Joecks, § 13 Rn. 59; Kühl, AT, § 20 Rn. 230; Wessels/Beulke, AT, Rn. 734).

Kursprogramm:

Examenskurs: „Ein Colt für alle Fälle“

Examenskurs: „Brennender Zorn“

## Problem: Keine Körperverletzung durch Beschneidung

LG KÖLN, URTEIL VOM 07.05.2012  
151 NS 169/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

§ 223 I StGB:

„Wer eine andere Person körperlich misshandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird [...] bestraft.“

§ 17 StGB:

„Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.“

### **EINLEITUNG:**

Das LG Köln hatte die Frage zu beantworten, ob sich ein Arzt, der eine religiös motivierte, nicht medizinisch indizierte, Beschneidung eines männlichen Kleinkindes vornimmt, wegen Körperverletzung strafbar macht.

Das LG kommt zu dem Ergebnis, dass der betreffende Arzt zwar den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt hat und auch nicht gerechtfertigt war, jedoch wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums, § 17 S. 1 StGB, nicht schuldhaft gehandelt hat.

### **SACHVERHALT:**

Am 04.11.2010 führte der Angeklagte A in seiner Praxis unter örtlicher Betäubung die Beschneidung des zum Tatzeitpunkt vierjährigen K mittels eines Skalpells auf Wunsch von dessen Eltern durch, ohne dass für die Operation eine medizinische Indikation vorlag. Insbesondere besteht jedenfalls in Mitteleuropa keine Notwendigkeit, Beschneidungen vorbeugend zur Gesundheitsvorsorge vorzunehmen. Die Familie des Kindes gehört dem islamischen Glauben an. A führte die Beschneidung aus religiösen Gründen auf Wunsch der Eltern durch, wobei er fachlich einwandfrei gearbeitet hat.

A ging fest davon aus, als frommem Muslim und fachkundigem Arzt sei ihm die Beschneidung des Knaben auf Wunsch der Eltern aus religiösen Gründen gestattet. Er nahm auch sicher an, sein Handeln sei rechtmäßig.

Hat A sich wegen Körperverletzung, § 223 I StGB, strafbar gemacht?

### **PRÜFUNGSSCHEMA: KÖRPERVERLETZUNG, § 223 I STGB**

- I. Tatbestand
  1. Körperliche Misshandlung und/oder Gesundheitsschädigung
  2. Objektive Zurechnung
  3. Vorsatz
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

### **LÖSUNG:**

A könnte sich durch die Beschneidung wegen Körperverletzung gem. § 223 I StGB zum Nachteil des K strafbar gemacht haben.

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Körperliche Misshandlung und/oder Gesundheitsschädigung**

Die Durchführung der Beschneidung stellt sowohl eine körperliche Misshandlung als auch eine Gesundheitsschädigung des K dar.

##### **2. Objektive Zurechnung**

Der tatbestandliche Erfolg müsste A auch als sein Werk zugerechnet werden können. Hier könnte eine Zurechnung des Erfolges unter dem Gesichtspunkt sozialadäquaten Verhaltens entfallen.

Körperliche Misshandlung i.S.v. § 223 I StGB ist jede üble unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität mehr als unerheblich beeinträchtigt (BGH, NStZ 2007, 404)

Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands (Fischer, § 223 Rn. 6)

„[11] Die aufgrund elterlicher Einwilligung aus religiösen Gründen von einem Arzt ordnungsgemäß durchgeführte Beschneidung eines nicht einwilligungsfähigen Knaben ist nicht unter dem Gesichtspunkt der sogenannten ‚Sozialadäquanz‘ vom Tatbestand ausgeschlossen. [...]

[12] Nach richtiger Auffassung **kommt der Sozialadäquanz neben dem Erfordernis tatbestandspezifischer Verhaltensmissbilligung keine selbstständige Bedeutung zu.** Die Sozialadäquanz eines Verhaltens ist vielmehr lediglich die Kehrseite dessen, dass ein rechtliches Missbilligungsurteil nicht gefällt werden kann. Ihr kommt nicht die Funktion zu, ein vorhandenes Missbilligungsurteil aufzuheben.“

Kein Tatbestandsausschluss wegen „Sozialadäquanz“ bei Beschneidungen: Fischer, § 223 Rn. 6c; MüKo StGB-Freund, §§ 13 ff. Rn. 159; Herzberg, MedR 2012, 169 ff.; Putzke, NJW 2008, 1568 ff.; a.A.: Rohe, JZ 2007, 801, 802; Schwarz, JZ 2008, 1125 ff.

Die Zurechnung des Erfolges entfällt also nicht unter dem Gesichtspunkt der Sozialadäquanz.

### 3. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

## II. Rechtswidrigkeit

A könnte durch eine Einwilligung gerechtfertigt sein.

„[13] Die Handlung des Angeklagten war auch nicht durch Einwilligung gerechtfertigt. Eine Einwilligung des seinerzeit vierjährigen Kindes lag nicht vor und kam mangels hinreichender Verstandesreife auch nicht in Betracht. Eine Einwilligung der Eltern lag vor, vermochte indes die tatbestandsmäßige Körperverletzung nicht zu rechtfertigen.

[14] Gemäß § 1627 Satz 1 BGB sind vom Sorgerecht nur Erziehungsmaßnahmen gedeckt, die dem Wohl des Kindes dienen. Nach wohl herrschender Auffassung in der Literatur **entspricht die Beschneidung des nicht einwilligungsfähigen Knaben weder unter dem Blickwinkel der Vermeidung einer Ausgrenzung innerhalb des jeweiligen religiös gesellschaftlichen Umfeldes noch unter dem des elterlichen Erziehungsrechts dem Wohl des Kindes.** Die Grundrechte der Eltern aus Artikel 4 Abs. 1, 6 Abs. 2 GG werden ihrerseits durch das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung gemäß Artikel 2 Abs.1 und 2 Satz 1 GG begrenzt. Das Ergebnis folgt möglicherweise bereits aus Artikel 140 GG i.V.m. Artikel 136 Abs. 1 WRV, wonach die staatsbürgerlichen Rechte durch die Ausübung der Religionsfreiheit nicht beschränkt werden. Jedenfalls zieht Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 GG selbst den Grundrechten der Eltern eine verfassungsimmanente Grenze. Bei der Abstimmung der betroffenen Grundrechte ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. **Die in der Beschneidung zur religiösen Erziehung liegende Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist, wenn sie denn erforderlich sein sollte, jedenfalls unangemessen.** Das folgt aus der Wertung des § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB. Zudem wird der Körper des Kindes durch die Beschneidung dauerhaft und irreparabel verändert. Diese Veränderung läuft dem Interesse des Kindes später selbst über seine Religionszugehörigkeit entscheiden zu können zuwider. Umgekehrt wird das Erziehungsrecht der Eltern nicht unzumutbar beeinträchtigt, wenn sie gehalten sind abzuwarten, ob sich der Knabe später, wenn er mündig ist, selbst für die Beschnei-

Beschneidung dient nicht dem Kindeswohl: MüKo StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 43; Schönke/Schröder-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 41; Jerouschek, NStZ 2008, 313, 319; Putzke, NJW 2008, 1568 ff.

Keine Rechtfertigung einer Beschneidung durch Einwilligung der Eltern: MüKo StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 43; Rohe, JZ 2007, 801, 802; a.A.: OLG Frankfurt, NJW 2007, 3580; OVG Lüneburg, NJW 2003, 3290; Schwarz, JZ 2008, 1125, 1128

§ 1631 II 1 BGB:  
„Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung.“

„... als sichtbares Zeichen der Zugehörigkeit zum Islam entscheidet.“

A ist also nicht durch eine Einwilligung gerechtfertigt.

### III. Schuld

Allerdings ging A irrig davon aus, dass ihm die Durchführung der Beschneidung gestattet sei. Dieser Irrtum könnte zumindest die Schuld des A entfallen lassen.

„[15] Der Angeklagte handelte jedoch in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum und damit ohne Schuld (§ 17 Satz 1 StGB). [...]

[17] Der Verbotsirrtum des Angeklagten war unvermeidbar. Zwar hat sich der Angeklagte nicht nach der Rechtslage erkundigt, das kann ihm hier indes nicht zum Nachteil gereichen. Die Einholung kundigen Rechtsrates hätte nämlich zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt. **Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum wird bei ungeklärten Rechtsfragen angenommen, die in der Literatur nicht einheitlich beantwortet werden, insbesondere wenn die Rechtslage insgesamt sehr unklar ist.** So liegt der Fall hier. Die Frage der Rechtmäßigkeit von Knabenbeschneidungen aufgrund Einwilligung der Eltern wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet. Es liegen, wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, Gerichtsentscheidungen vor, die, wenn auch ohne nähere Erörterung der wesentlichen Fragen, inzident von der Zulässigkeit fachgerechter, von einem Arzt ausgeführter Beschneidungen ausgehen, ferner Literaturstimmen, die sicher nicht unvertretbar die Frage anders als die Kammer beantworten.“

A hat also aufgrund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums gem. § 17 S.1 StGB schuldlos gehandelt.

### IV. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 223 I StGB.

#### FAZIT:

Ob religiös motivierte Beschneidungen von Kindern, die aufgrund ihres Alters noch nicht einwilligungsfähig sind, strafbare Körperverletzungen darstellen, wird in der Literatur überaus kontrovers diskutiert und auch in der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Problematisch ist dieses Thema vor allem deshalb, weil hier strafrechtliche Fragestellungen durch ein öffentlich-rechtliches Spannungsfeld beeinflusst werden. Immerhin kollidieren hier die Grundrechte der Eltern auf Religionsausübung und religiöse Erziehung (Art. 4 I, 6 II GG) mit denen des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und (insb. religiöse) Selbstbestimmung (Art. 2 I, II 1 GG).

Das LG Köln wählt einen relativ eleganten Weg, um die Interessen aller Beteiligten hinreichend zu würdigen: Die Beschneidung erfüllt zwar den Tatbestand des § 223 I StGB und ist auch nicht durch eine Einwilligung der Eltern gerechtfertigt (die also insofern nicht dem noch jungen Kind ihre religiösen Vorstellungen aufzwingen können). Allerdings unterliegen der Arzt – und sicher auch die Eltern selbst – einem unvermeidbaren Verbotsirrtum, wenn sie glauben, dass die Durchführung der Beschneidung rechtmäßig sei, und können deshalb gem. § 17 S. 1 StGB nicht wegen Beteiligung an einer Körperverletzung bestraft werden.

Zur Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums bei strittigen Rechtsfragen: BGH, NJW 1976, 1949, 1950; MüKo StGB-Joecks, § 17 Rn. 58



## Problem: Anwendbarkeit der §§ 334, 299 StGB auf Ärzte

BGH, BESCHLUSS VOM 29.03.2012  
GSST 2/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### EINLEITUNG:

Der Große Strafsenat des BGH hatte auf einen Vorlagebeschluss des 5. Strafsenats hin die Frage zu beantworten, ob ein niedergelassener Arzt, der einem Patienten Medikamente verordnet, als Amtsträger i.S.v. § 11 II Nr. 2 StGB handelt (sodass die Straftaten im Amt, §§ 331 ff. StGB, auf ihn Anwendung finden) oder zumindest als Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs im geschäftlichen Verkehr i.S.v. § 299 StGB.

Der Große Strafsenat hat diese Frage dahingehend entschieden, dass ein Arzt weder zum Täterkreis der §§ 331 ff. StGB noch zu dem des § 299 StGB gehört. Die insofern u.U. bestehenden unbilligen Strafbarkeitslücken müsse der Gesetzgeber schließen und nicht die Rechtsprechung.

### SACHVERHALT:

Die Angeklagte A war für die Firma R als Pharmareferentin tätig. R praktizierte unter der Bezeichnung „Verordnungsmanagement“ ein Prämiensystem für die ärztliche Verordnung von Medikamenten aus ihrem Vertrieb. Danach sollte der verschreibende Arzt 5 % der Herstellerabgabepreise als Prämie dafür erhalten, dass er Arzneimittel des Unternehmens verordnete. Die Zahlungen wurden als Honorar für fiktive wissenschaftliche Vorträge ausgewiesen. Auf der Grundlage dieses Prämiensystems übergab A in insgesamt 16 Fällen verschiedenen Vertragsärzten Schecks über einen Gesamtbetrag von etwa 18.000 Euro.

Hat A sich gem. §§ 334 I, 299 II StGB strafbar gemacht?

### PRÜFUNGSSHEMA: BESTECHUNG, § 334 I STGB

- I. Tatbestand
  1. Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter oder Soldat der Bundeswehr
  2. Tathandlung: Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung für eine künftige oder schon vorgenommene Dienstleistung
  3. Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung
  4. Vorsatz
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

### LÖSUNG:

#### A. Strafbarkeit gem. § 334 I StGB

Durch die Übergabe der Schecks an die Ärzte könnte A sich wegen Bestechung gem. § 334 I StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

Bei den Ärzten, die die Schecks erhalten haben, müsste es sich zunächst um Amtsträger oder für den öffentlich Dienst besonders verpflichtete Personen oder Soldaten der Bundeswehr gehandelt haben.

#### § 334 I 1 StGB:

„Wer einem Amtsträger, einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einem Soldaten der Bundeswehr einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird [...] bestraft.“

#### § 299 II StGB:

„[...] wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er ihn oder einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzuge.“

#### Leitsatz des Großen Strafsenats:

Ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt handelt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V; hier: Verordnung von Arzneimitteln) weder als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB.



„[8] Der niedergelassene, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassene Arzt handelt bei der Verordnung von Arzneimitteln nicht als ein für die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung bestellter Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB.

1. [9] Allerdings zählen die gesetzlichen Krankenkassen zu den in dieser Vorschrift genannten Einrichtungen. [...]

2. [14] **Die Vertragsärzte sind jedoch nicht dazu bestellt, im Auftrag der gesetzlichen Krankenkassen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen.**

a) [15] Zwar steht außer Frage, dass das System der gesetzlichen Krankenversicherung als Ganzes eine aus dem Sozialstaatsgrundsatz des Art. 20 Abs. 1 GG folgende Aufgabe erfüllt, durch deren Wahrnehmung in hohem Maße Interessen nicht allein der einzelnen Versicherten, sondern der Allgemeinheit wahrgenommen werden. [...]

b) [16] Jedoch ist das in den §§ 72 ff. SGB V geregelte System der vertragsärztlichen Versorgung so ausgestaltet, dass der einzelne Vertragsarzt keine Aufgabe öffentlicher Verwaltung wahrnimmt.

[17] **Öffentliche Verwaltung im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB ist nicht allein die Gesamtheit der von Hoheitsträgern ausgeübten Eingriffs- und Leistungsverwaltung; vielmehr sind auch Mischformen sowie die Tätigkeit von Privatrechtssubjekten erfasst, wenn diese wie ein "verlängerter Arm" hoheitlicher Gewalt tätig werden. Für die Zuordnung der Tätigkeit von Privaten zum Bereich öffentlicher Verwaltung kommt es darauf an, dass der Ausführende dem Bürger nicht auf der Ebene vertraglicher Gleichordnung mit der grundsätzlichen Möglichkeit individueller Aushandlung des Verhältnisses entgegentritt, sondern quasi als ausführendes Organ hoheitlicher Gewalt.** Es fehlt Rechtbeziehungen im Rahmen öffentlicher Verwaltung daher typischerweise ein bestimmendes Element individuell begründeten Vertrauens, der Gleichordnung und der Gestaltungsfreiheit.

[18] Letztlich beruht die Bestimmung des Begriffs der Wahrnehmung von Aufgaben öffentlicher Verwaltung im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB auf einer wertenden Abgrenzung. Dies gilt insbesondere in Bereichen, die nicht zur unmittelbaren staatlichen Verwaltung zählen. Zu prüfen ist jeweils, ob der Tätigkeit der betreffenden Person im Verhältnis zum Bürger der Charakter – wenn auch nur mittelbar – eines hoheitlichen Eingriffs zukommt oder ob das persönliche Verhältnis zwischen den Beteiligten so im Vordergrund steht, dass ein hoheitlicher Charakter der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dahinter zurücktritt. Letzteres ist nach Ansicht des Großen Senats im Verhältnis zwischen Vertragsarzt und Patient der Fall.

aa) [19] Die Vertragsärzte üben Ihren Beruf in freiberuflicher Tätigkeit aus (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG), auch wenn die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung zur Teilnahme an dieser Versorgung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet (§ 95 Abs. 3 Satz 1 SGB V). **Der Vertragsarzt ist nicht Angestellter oder bloßer Funktionsträger einer öffentlichen Behörde; er wird im konkreten Fall nicht aufgrund einer in eine hierarchische Struktur integrierten Dienststellung tätig, sondern aufgrund der individuellen, freien Auswahl der versicherten Person.** Er

Zum Begriff der öffentlichen Verwaltung i.S.v. § 11 I Nr. 2c StGB: BGHSt 43, 370, 377; 45, 16, 19; 46, 310, 312; 49, 214, 219; 50, 299, 303; 54, 202, 212

nimmt damit eine im Konzept der gesetzlichen Krankenversicherung vorgesehene, speziell ausgestaltete Zwischenposition ein, die ihn von dem in einem öffentlichen Krankenhaus angestellten Arzt, aber auch von solchen Ärzten unterscheidet, die in einem staatlichen System ambulanter Heilfürsorge nach dem Modell eines Poliklinik-Systems tätig sind.

bb) [20] Das Verhältnis des Versicherten zum Vertragsarzt wird wesentlich bestimmt von Elementen persönlichen Vertrauens und einer der Bestimmung durch die Krankenkassen entzogenen Gestaltungsfreiheit [...]

c) [22] Dass der Vertragsarzt keine Aufgabe öffentlicher Verwaltung wahrnimmt, entspricht im Übrigen auch der zivilrechtlichen Betrachtungsweise. Der Bundesgerichtshof hat in Zivilsachen mehrfach hervorgehoben, dass – von wenigen Ausnahmen abgesehen – die ärztliche Heilbehandlung ihrem Grundgedanken nach mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes unvereinbar sei. Zwischen dem Vertragsarzt und dem Patienten kommt ein zivilrechtliches Behandlungsverhältnis zustande. Im Fall der Schlechterfüllung des Behandlungsvertrags haftet der Arzt nicht nach Amtshaftungsgrundsätzen. Dass dieses bürgerlich-rechtliche Rechtsverhältnis von den Vorschriften des Sozialversicherungsrechts überlagert wird, ändert daran nichts.“

Keine Amtshaftung bei Behandlungsfehlern: BGHZ 63, 265, 270; 126, 297, 301 f.

Die Ärzte, an die A die Schecks übergab, gehörten also nicht zu den in § 334 I genannten Personen.

## II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 334 I StGB.

### B. Strafbarkeit gem. § 299 II StGB

Durch die Übergabe der Schecks könnte A sich jedoch wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr gem. § 299 II StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

Bei den Ärzten, denen A die Schecks gab, müsste es sich zunächst um Angestellte oder Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs i.S.v. § 299 StGB gehandelt haben.

„[25] **Der gemäß § 95 SGB V zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassene Arzt handelt bei der Verordnung von Medikamenten auch nicht als Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes (§ 299 Abs. 1 StGB).**

1. [26] Der Bundesgerichtshof hat die Frage, ob eine gesetzliche Krankenkasse die Merkmale eines geschäftlichen Betriebes im Sinne von § 299 Abs. 1 StGB erfüllt, bislang noch nicht entschieden [...]

2. [27] Auf die Entscheidung dieser Frage kommt es hier aber letztlich nicht an, da der Vertragsarzt bei der Verordnung von Arzneimitteln jedenfalls nicht als Beauftragter der Krankenkassen handelt.

a) [28] **Beauftragter im Sinne des § 299 StGB ist, wer, ohne Angestellter oder Inhaber eines Betriebes zu sein, auf Grund seiner Stellung im Betrieb berechtigt und verpflichtet ist, auf Entscheidungen dieses Betriebes, die den Waren- oder Leistungsaustausch betreffen, unmittelbar oder mittelbar Einfluss zu nehmen.** Ob dem Verhältnis des Beauftragten zu dem jeweili-

Zum Beauftragten i.S.v. § 299 StGB: BGHSt 2, 396, 402; Fischer, § 299 Rn. 10; LK StGB-Tiedemann, § 299 Rn. 16; MüKo StGB-Diemer/Krick, § 299 Rn. 5

gen geschäftlichen Betrieb eine Rechtsbeziehung zu Grunde liegt oder dieser lediglich durch seine faktische Stellung im oder zum Betrieb in der Lage ist, Einfluss auf geschäftliche Entscheidungen auszuüben, ist unerheblich. Schon vom Wortsinn her ist dem Begriff des Beauftragten die Übernahme einer Aufgabe im Interesse des Auftraggebers immanent, der sich den Beauftragten frei auswählt und ihn bei der Ausübung seiner Tätigkeit anleitet, sei es, dass er ihm im Rahmen eines zivilrechtlichen Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsvertrags (§§ 665, 675 BGB) Weisungen erteilt oder ihn bevollmächtigt, sei es, dass der Beauftragte faktisch mit einer für den geschäftlichen Betrieb wirkenden Befugnis handelt.

b) [29] Gemessen daran fehlt es dem nach § 95 SGB V zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Arzt bei seiner Verordnungstätigkeit im Ergebnis an der Beauftragteneigenschaft.

aa) [30] Einer Annahme der Beauftragtenstellung steht allerdings nicht schon entgegen, [...] dass der Vertragsarzt einen freien Beruf ausübt und in diesem Zusammenhang regelmäßig Inhaber einer eigenen ärztlichen Praxis und damit eines Betriebes im Sinne von § 299 StGB ist. [...] Für einen Beauftragten ist die fehlende Einordnung in den geschäftlichen Betrieb auf der Grundlage der Ausübung einer eigenen geschäftlichen oder freiberuflichen Tätigkeit sogar typisch. [...]

bb) [31] Jedoch legt die Stellung des Vertragsarztes im System der gesetzlichen Krankenversicherung die Annahme nicht nahe, er handele bei der Verordnung eines Arzneimittels als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen.

[32] Gemäß § 72 Abs. 1 Satz 1 SGB V wirken die Leistungserbringer, also auch die Vertragsärzte, mit den Krankenkassen zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung zusammen. [...] Das in den nachfolgenden Vorschriften des SGB V im Einzelnen ausgestaltete System der Selbstverwaltung bezweckt die Sicherstellung der ärztlichen Behandlung der gesetzlich Versicherten vor dem Hintergrund eines prinzipiellen Interessengegensatzes zwischen den an dieser Versorgung Beteiligten. Da der Ausgleich dieser in § 72 Abs. 2 Satz 1 SGB V gekennzeichneten gegenläufigen Interessen vom Gesetzgeber der kollektivvertraglichen Normsetzung und vertraglichen Regelungen zwischen den Vertragsärzten und ihren Vertretungen, den kassenärztlichen Vereinigungen, einerseits und den Krankenkassen andererseits im Rahmen eines Systems der Selbstverwaltung überantwortet worden ist, begegnen sich die an der ärztlichen Versorgung Beteiligten in kooperativem Zusammenwirken und damit notwendig auf einer Ebene der Gleichordnung. Schon dieses gesetzlich vorgegebene Konzept gleichgeordneten Zusammenwirkens steht der Annahme einer Beauftragung des Vertragsarztes durch die gesetzlichen Krankenkassen entgegen.

[33] Es kommt hinzu, dass die gesetzliche Krankenkasse keinerlei und der Vertragsarzt nur in geringem Maße Einfluss auf das Zustandekommen des einzelnen Behandlungsverhältnisses nehmen kann, auf dessen Grundlage sich die ärztliche Verordnung eines Arzneimittels zu Lasten der Krankenkasse vollzieht. Vielmehr liegt diese Entscheidung beim Patienten, der gemäß § 76 SGB V seinen Vertragsarzt frei wählen kann. [...]

cc) [34] Dass die Entscheidungen des Vertragsarztes bei der Verordnung von Medikamenten und Hilfsmitteln auch Relevanz für die

Zur fehlenden Anwendbarkeit von § 299 StGB auf Freiberufler: Bernsmann/Schoß, *GesR* 2005, 193, 195 f.; Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis, *wistra* 2010, 418, 421; Klötzer, *NStZ* 2008, 12, 14; Sobotte, *GesR* 2010, 471, 474; Taschke, *StV* 2005, 406, 410

gesetzlichen Krankenkassen haben, rechtfertigt keine andere Beurteilung. [...]

dd) [41] Auch die rechtlichen Bindungen, die sich für den Vertragsarzt aus der Pflicht zur Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes ergeben, machen ihn nicht zum Beauftragten im Sinne des § 299 StGB.

[42] Allerdings steht die Behandlung des Versicherten durch den Vertragsarzt einschließlich der Verordnung von Arzneimitteln (auch) unter dem Gebot der Wirtschaftlichkeit (§§ 70 Abs. 1 Satz 2, 72 Abs. 2 SGB V), dem ein hoher Stellenwert zuzumessen ist. Gemäß § 12 Abs. 1 SGB V dürfen die Leistungen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten, gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V dürfen die Leistungserbringer keine nicht notwendigen oder unwirtschaftlichen Leistungen erbringen.

[43] Dass der Vertragsarzt bei der Verordnung von Medikamenten auch auf die wirtschaftlichen Belange der Krankenkassen Bedacht zu nehmen hat, ändert aber nichts daran, dass die ärztliche Behandlung, in die sich die Verordnung von Arzneimitteln einfügt, in erster Linie im Interesse des Patienten und in seinem Auftrag erfolgt. Bei der erforderlichen wertenden Gesamtbetrachtung steht diese Bindung an den Patienten im Vordergrund. Von daher kann die Verpflichtung auf das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht bewirken, dass der Arzt aus dem Auftragsverhältnis zu dem Patienten gleichsam herausgebrochen und zum Beauftragten der Krankenkasse wird. **Mithin stehen dem dieselben Gründe entgegen, die auch dagegen sprechen, den Vertragsarzt als Amtsträger der Krankenkasse im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB zu qualifizieren.**

Die Ärzte sind also keine Angestellten oder Beauftragten der Krankenkassen i.S.v. § 299 StGB.

## II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 299 II StGB.

### FAZIT:

Die Straftaten im Amt, §§ 331 ff. StGB, gehören in den meisten Bundesländern zum Prüfungsstoff, § 299 StGB nur in Bremen, Thüringen und dem Saarland. Trotzdem kann ein Prüfer das in der vorliegenden Entscheidung relevante Problem auch in den übrigen Ländern jedenfalls im Rahmen einer mündlichen Prüfung thematisieren, da er ja letztlich vom Prüfling keine Kenntnis von Spezialproblemen, sondern lediglich die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe verlangt. Diese kann der Prüfling allerdings nach den normalen Auslegungskriterien und insb. anhand einer Parallelwertung zum Zivil- und Öffentlichen Recht vornehmen, muss also keine strafrechtsspezifischen Kenntnisse aufweisen.

Inhaltlich führt die sehr ausführliche und gründliche Argumentation des BGH dazu, dass Ärzte nicht in den Anwendungsbereich der §§ 331 ff., 299 StGB fallen, was diesen die Möglichkeit gibt, sich über „Erfolgsprämien“ der Pharmaunternehmen für die Verschreibung von Medikamenten des entsprechenden Unternehmens einen netten Zuschuss zu verdienen. Ob dies sinnvoll ist, sei dahin gestellt. Dem BGH ist jedenfalls dahingehend zuzustimmen, dass es ggf. die Aufgabe des Gesetzgebers ist, neue Straftatbestände zu schaffen, die ein solches Verhalten unter Strafe stellen.

*Speziell für Referendare:***Problem: Voraussetzungen für § 55 StPO**

BGH, BESCHLUSS VOM 22.03.2012  
1 STR 359/11 (NJW-SPEZIAL 2012, 344)

**EINLEITUNG:**

§ 55 I StPO:

„Jeder Zeuge kann die Antwort auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem der in § 52 Abs. 1 bezeichneten Angehörigen die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden.“

In der vorliegenden Entscheidung musste der BGH sich insb. zu der Frage äußern, ob eine Zeuge in der Hauptverhandlung begeht, etwa ein Aussagedelikt oder eine (versuchte) Strafvereitelung, ein Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen i.S.v. § 55 StPO begründen kann.

Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass ein solches Verhalten des Zeugen kein Auskunftsverweigerungsrecht entstehen lässt. Deshalb verstößt ein Gericht gegen die Amtsermittlungspflicht, § 244 II StPO, wenn es den Zeugen nicht vernimmt und verletzt die Rechte der Verteidigung, wenn es dieser wegen des vermeintlichen Auskunftsverweigerungsrechts des Zeugen entgegen § 240 StPO kein Fragerecht zubilligt.

**SACHVERHALT:**

Der damals 17 Jahre alte Sohn des Angeklagten A, T, hatte am 11.03.2009 insgesamt 15 Personen erschossen und 14 Personen durch Schüsse verletzt („Amoklauf von Winnenden“). Die Tatwaffe und die Munition stammten aus dem Besitz des Angeklagten, eines passionierten Sportschützen. T hatte vom Angeklagten unbemerkt insgesamt 285 Schuss Munition sowie dessen Pistole an sich gebracht. Diese hatte der Angeklagte an unterschiedlichen Orten innerhalb der Wohnung unverschlossen verwahrt.

Der Angeklagte hat sich darauf berufen, dass ihm die Intensität der psychischen Erkrankung seines Sohnes, insbesondere dessen Tötungsphantasien, unbekannt gewesen seien. Hierzu ist die Zeugin L vernommen worden. Diese ist als Mitglied des Kriseninterventionsteams Stuttgart ehrenamtlich tätig. Sie war noch am Tag des Amoklaufs von der Polizei gebeten worden, der Familie von A als Krisenbetreuerin zur Seite zu stehen. L kam der Bitte der Polizei nach.

Im Hauptverhandlungstermin vom 11.11.2010 gab L an, A habe ihr bereits am dritten Tag nach dem Amoklauf berichtet, dass er im Jahre 2008 im Klinikum We. über Tötungsphantasien seines Sohnes unterrichtet worden sei. Nachdem das Gericht, der Vertreter der Staatsanwaltschaft und einige Nebenklägervertreter L befragt hatten, wurde die Vernehmung am Nachmittag des 11.11.2010 bis zum 23.11.2010 unterbrochen. Den Verteidigern war das Fragerecht bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht weitergegeben worden.

Zu Beginn der Fortsetzung ihrer Vernehmung im Hauptverhandlungstermin vom 23.11.2010 verlas L eine von ihr mitgebrachte, vorgefertigte schriftliche Erklärung. Danach habe sie nicht durch den Angeklagten, sondern erst durch ein Sachverständigengutachten im August 2009 von den Tötungsphantasien des T erfahren.

Nach kurzer Unterbrechung der Hauptverhandlung gab der Vertreter der Staatsanwaltschaft bekannt, dass er soeben ein Ermittlungsverfahren gegen L, unter anderem wegen des Verdachts der versuchten Strafvereitelung, eingeleitet habe. Daraufhin gewährte der Vorsitzen-



de der L – unter entsprechender Belehrung – ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht. Die Vernehmung wurde erneut bis zum 16.12.2010 unterbrochen.

Zu Beginn dieses Fortsetzungstermins widerrief L nach erneuter Belehrung ihre Angaben vom 23.11.2010 und bestätigte die Richtigkeit ihrer ursprünglichen Aussage vom 11.11.2010. Weitere Angaben machte sie nicht und berief sich auf das Auskunftsverweigerungsrecht. Die Verteidigung hatte zu keiner Zeit Gelegenheit, L zu befragen.

Die Verteidiger widersprachen im Termin vom 16.12.2010 der Verwertung der Angaben der L wegen des Fehlens jeder Möglichkeit zur Fragestellung an L. Den Widerspruch der Verteidiger wies das Gericht mit Beschluss vom 21.12.2010 zurück.

A wurde insb. wegen fahrlässiger Tötung in 15 tateinheitlichen Fällen in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung in 14 tateinheitlichen Fällen verurteilt. Hierbei stützte sich das Gericht insb. hinsichtlich der Vorhersehbarkeit des Verhaltens des T auf die Angaben der L.

Hat eine zulässige Revision des Angeklagten gegen dieses Urteil Aussicht auf Erfolg?

#### PRÜFUNGSCHEMA: BEGRÜNDETHEIT EINER REVISION

- A. Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse
- B. Verfahrensrügen
- C. Sachrüge

#### LÖSUNG:

##### A. Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse

Das Fehlen von Prozessvoraussetzungen oder Vorliegen von Verfahrenshindernissen ist nicht ersichtlich.

##### B. Verfahrensrügen

###### I. Vorliegen eines Verfahrensfehlers

Das Gericht könnte dadurch, dass es der Verteidigung keine Gelegenheit dazu gegeben hat, die Zeugin L zu befragen, gegen § 240 II 1 StPO verstoßen haben. Eine Pflicht, Fragen der Verteidigung an die Zeugin zu ermöglichen, bestünde jedoch dann nicht, wenn die Zeugin sich wirksam auf ein bestehendes umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht berufen haben sollte, da sie dann zur Auskunft – auch gegenüber der Verteidigung – gar nicht verpflichtet wäre.

Dass die Anforderungen des § 344 II 2 StPO an eine zulässige Verfahrensrüge eingehalten wurden, kann angesichts der Fallfrage unterstellt werden.

„[17] **Straftaten, die erst durch die Aussage selbst begangen wurden, können ein Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen gemäß § 55 StPO nicht begründen.** Dies hat die Strafkammer an sich auch nicht verkannt. Ihre Auffassung, hier gelte anderes, weil die Zeugin durch die Anfertigung der schriftlichen Erklärung den Versuch einer Strafvereitelung zugunsten des Angeklagten begangen habe, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. **Die Herstellung eines schriftlichen Textes, den der Zeuge als seine Aussage bei seiner Vernehmung verlesen will und abliest, enthält keinen über die falsche Aussage hinausgehenden Unrechtsgehalt. Bei der Anfertigung der Erklärung handelt es sich also um eine straflose Vorbereitungshandlung.**

Keine Auskunftsverweigerungsrecht bei Begehung von Straftaten durch die Aussage: BGHSt 50, 318 ff.; LR StPO-Ignor/Bertheau, § 55 Rn. 12

Zum Versuchsbeginn bei Aussagedelikten: BGHSt 31, 10 ff.; BGH, JZ 1982, 434 f.

[18] Die Entscheidungen, auf die sich die Strafkammer zum Beleg



ihrer gegenteiligen Auffassung beruft, ergeben nichts anderes. In einem Fall hatte nicht der Zeuge selbst seine Falschaussage vorbereitet, sondern ein außenstehender Dritter versucht, einen Zeugen zu einer Falschaussage zu veranlassen. In einer weiteren von der Strafkammer herangezogenen Entscheidung hatte ein Bekannter des Angeklagten schriftliche Falscherklärungen angefertigt und diese über die gutgläubige Verteidigerin zu den Akten gegeben, um seine Benennung als Zeuge zu erreichen. Hier liegt der Unterschied zur vorherigen Fallgestaltung darin, dass der Zeuge durch seine inhaltlich falsche schriftliche Erklärung seine Vernehmung erst herbeigeführt hat, während die Zeugin L ihre ohnehin vorgesehene Vernehmung vorbereitet hat. Die schriftliche Erklärung der Zeugin war für ihre Vernehmung nicht kausal.

Eine versuchte Strafvereitelung könnte daher allenfalls in der Aussage der Zeugin selbst liegen, die, wie dargelegt, ein Auskunftsverweigerungsrecht nicht begründen kann. Auf die Frage, ob die Zeugin durch ihre Aussage vom 16.12.2010 von einem etwaigen Versuch der Strafvereitelung zurückgetreten sein könnte, kommt es daher nicht mehr an.“

Dadurch, dass das Gericht der Verteidigung kein Fragerecht zugebilligt hat, obwohl die Zeugin L tatsächlich kein Auskunftsverweigerungsrecht hatte, hat es gegen § 240 I 1 StPO verstoßen.

## II. Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler

Da nicht auszuschließen ist, dass das Urteil ohne den Fehler des Gerichts anders ausgefallen wäre, beruht dieses auch auf dem Fehler.

### C. Sachrüge

Eine Verletzung materiellen Rechts durch das Urteil ist nicht ersichtlich, sodass die Revision nicht zusätzlich noch auf die Sachrüge gestützt werden kann

### FAZIT:

Das Bestehen eines Auskunftsverweigerungsrechtes gem. § 55 StPO setzt an sich schon logisch voraus, dass die Tat, deren Verfolgung der Zeuge durch die Beantwortung der Fragen befürchten muss, bereits vor und nicht erst während seiner Vernehmung von ihm begangen worden sein muss. Insofern ist das Ergebnis, zu dem der BGH in der vorliegenden Entscheidung gelangt, wenig überraschend.

Interessant sind jedoch die Ausführungen des BGH zur Strafbarkeit der Erstellung von schriftlichen Texten, die dann später vom Zeugen verlesen werden sollen: Grundsätzlich stellt ein solches Vorgehen nur eine – straflose – Vorbereitungshandlung für das später zu begehende Aussagedelikt dar. Deshalb kann auch aus diesem Vorverhalten kein Auskunftsverweigerungsrecht resultieren. Ist jedoch die Existenz des schriftlichen Textes ausnahmsweise kausal für die Vernehmung des Zeugen, weil dieser den Text nicht nur für den eigenen Gebrauch erstellt hat, sondern ihn zu den Akten kommen lässt, um überhaupt als Zeuge vernommen zu werden, so kann sich diese Wertung ändern.

Ein Urteil beruht auf einer Gesetzesverletzung, wenn nicht auszuschließen ist (also die Möglichkeit besteht), dass das Urteil ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre (BGHSt 21, 288, 290; 22, 278, 280)

Parallellfall: OLG Karlsruhe, MDR 1993, 368

*Das Recht*

*auf meiner Seite*



**IM ONLINE SHOP:**

**GENAUSO INTENSIV WIE UNSER REPETITORIUM:  
DIE SKRIPTEN-REIHE VON *JURA* INTENSIV**



## ES GIBT VIELE GRÜNDE FÜR EINEN KLEINGRUPPENKURS BEI *JURA* INTENSIV.

### DIE KLEINGRUPPE:

#### AKTIVE MITARBEIT – KEINE ANONYME MASSE

Vermeiden Sie die Anonymität und Passivität von Großgruppen. Nur in der Kleingruppe werden Sie von Ihrem Dozenten intensiv gefördert und gefordert. Nicht erst seit Pisa wissen wir: Je kleiner die Gruppe, desto größer die Leistung.

### DIE METHODE:

#### SYSTEMATISCH-STRUKTURELL – KEIN BLOSSES PAUKEN VON FÄLLEN

Strukturelles Wissen ist unbedingt Voraussetzung für Ihren Erfolg.

Stufe 1: Vermittlung der strukturellen Zusammenhänge von den Grundlagen bis zum Detail.

Stufe 2: Anwendung des Erlernten auf große Examensfälle.

Stufe 3: Lernkontrolle durch Tests und Klausuren.

### DIE DOZENTEN:

#### FACHLICH-PÄDAGOGISCHE KOMPETENZ – KEIN UNVERSTÄNDLICHER MONOLOG

Unsere Dozenten sind hoch motiviert, fachlich kompetent und pädagogisch geschickt:

Individuelle Förderung in der Kleingruppe; Feedback über den eigenen Leistungsstand.

### DAS MATERIAL:

#### ALLES INKLUSIVE – KEINE ZUSÄTZLICHEN KOSTEN

Vergleichen Sie die im Kurspreis enthaltenen Leistungen mit denen anderer Anbieter. Sie werden sehen: Jura Intensiv bietet Ihnen eine qualitativ hochwertige und günstige Examensvorbereitung! Inkl. 4.000 Seiten kursbegleitende Unterlagen.

### DAS MATERIAL:

#### GEZIELTE ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG – KEINE PAPIERFLUT

Jeden Monat werten wir für Sie die neueste examensrelevante Rechtsprechung in unserer Zeitschrift „RA“ aus.

Somit sind Sie immer auf dem neuesten Stand.



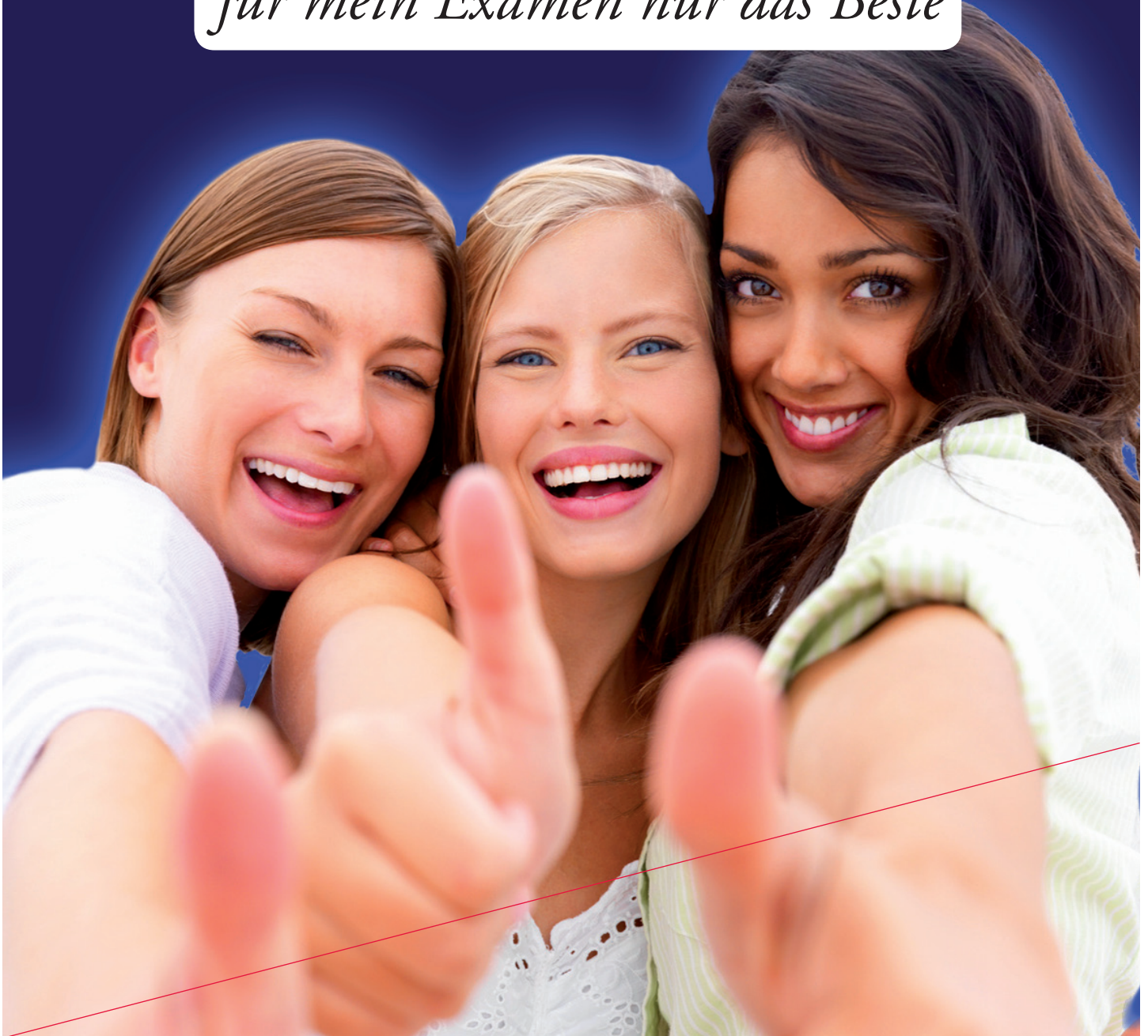
*Für mein Studium*

*nur das Beste*



*Kleingruppe -*

*für mein Examen nur das Beste*



## **DIE KLEINGRUPPE:**

### **AKTIV – INTENSIV – ERFOLGREICH**

#### **AKTIVE MITARBEIT – KEINE ANONYME MASSE**

Vermeiden Sie die Anonymität und Passivität von Großgruppen. Nur in der Kleingruppe werden Sie von Ihrem Dozenten intensiv gefördert und gefordert. Nicht erst seit Pisa wissen wir: Je kleiner die Gruppe, desto größer die Leistung.