# IURRATIO

Die Zeitschrift für stud. iur. und junge Juristen

## Titelthema: Bank- und Kapitalmarktrecht

**Bankrecht – eine Einführung**
Kai-Oliver Knops und Ulf Lennart Martens

**Bank- und Finanzrecht – Viel Gestaltungsfreiheit und jede Menge Internationalität**
Thomas de la Motte und Julian Harm

## Lehre & Referendariat

**Grundlagen zu Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG**
Martin Weber und Christina-Maria Leeb

## Praxis & Karriere

**Ready for Take-Off – Faszination Luftverkehr: Referendarstationen im Luftrecht**
Nils Kaienburg und Anna Bergmann

## Special

**Iurratio Online-Innovation-Award 2013**

Mit Karteikarten


## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Michael Kotulla
Prof. Dr. Heribert Prantl
Prof. Dr. Lena Rudkowski
Prof. Dr. Martin Schwab



Ausgabe 1/2013 | www.iurratio.de

ISSN 1867-660X



**Exklusiv-Partner dieser Ausgabe:**

DJP
Deutsche Juristen Police

# ACHTUNG, VERWECHSLUNGSGEFAHR:

DEUTSCHE JURISTEN-PULLIS

DJP

DEUTSCHE JURISTEN POLICE

DEUTSCHE JURISTEN POLICE – DIE VORSORGE FÜR JURISTEN
ANGEBOT ANFORDERN UNTER WWW.JURISTENPOLICE.DE

## 2013 bringt für unsere Zeitschrift eine neue Ausrichtung der Titelthemen sowie eine stärkere Einbindung karriererelevanter Themen

Nach vielen Rückmeldungen und Anregungen haben wir uns entschlossen unseren Titelthemen sowohl von der Themenauswahl als auch von der inhaltlichen Zusammensetzung in Zukunft eine klare Struktur zu geben. Gleichzeitig werden die Titelthemen die bekannte Abwechslung beinhalten.

Zukünftig werden wir für zwei Ausgaben im Jahr ein Titelthema aus Bereichen der anwaltlichen Praxis auswählen, um Ihnen Einblicke in Bereiche zu gewähren, die nicht zum primären Prüfungsstoff der juristischen Ausbildung gehören. In den jeweils beiden anderen Ausgaben beschäftigen wir uns mit Titelthemen aus dem Bereich der Wissenschaft.

Die Titelthemen werden wir mit jeweils zwei Beiträgen aus den Kategorien „Einführung", „Vertiefung" und „Interview" aufarbeiten.

Um unserem eigenen Anspruch an eine Ausbildungs- und Karrierezeitschrift für junge Juristen noch stärker gerecht zu werden, werden insbesondere die Ausgaben mit eher theoriebezogenen Titelthemen mit dem nötigen Anteil Praxiswissen angereichert. Diese Ausgaben werden sogenannte Specials in der Kategorie „Praxis & Karriere" beinhalten. In dieser Ausgabe ist das Special unser Online-Innovation Award, die Ausgabe 2/2013 beinhalte das Ergebnis der „UNIVERSUM Studenten Survey" und in der Ausgabe 3/2013 werden wir Ihnen die anwaltliche Tätigkeit im Bereich „M & A" vorstellen.

Wir freuen uns auch weiterhin über Ihre Anregungen zur stetigen Verbesserung unsere Zeitschrift!

*Ihr Iurratio-Team*

**Du möchtest...**

- ...Deiner eigenen Hochschule deutlich machen was gut läuft und was nicht?
- ...klare Vorstellungen über die Aufstellung Deines zukünftigen Arbeitgebers äußern?
- ...einen auf Deine Wünsche abgestimmten Arbeitsplatz?

**Dann nimm jetzt an der „UNIVERSUM Studenten Survey" teil!**

Zeig Deiner Hochschule wo Verbesserungsbedarf besteht. Gib Deinen Wunscharbeitgebern Einblicke in Deine Karrierepräferenzen und Arbeitswünsche und gestalte so die Arbeitswelt von morgen mit. Die Ergebnisse werden in der Ausgabe 2/2013 bei uns veröffentlicht.

**Die Umfrage findest Du unter:**

**http://unisurv.co/DESS2013Iurratio**

IURRATIO
JURISTISCHE NACHWUCHSFÖRDERUNG
UNIVERSUM®
TOP 100
ARBEITGEBER
2013 STUDENT SURVEY

**TITELTHEMEN 2013**

Ganz im Sinne der aktuellen Entwicklungen haben wir die Titelthemen für das Jahr 2013 ausgesucht:

**AUSGABE 2/2013:**
„Die Qual mit der Wahl?" – Wahlrecht im Wandel

**AUSGABE 3/2013:**
„Demokratie in Gefahr" – Angriffe auf den Rechtsstaat

**AUSGABE 4/2013:**
„Paula, Flecki und Goldhase" – Möglichkeiten und Grenzen des Wettbewerbsrechts

**Haben Sie zu einem dieser Bereiche eine interessante Beitragsidee oder haben Sie Interesse einen Beitrag zu diesem Thema zu verfassen, melden Sie sich gerne unter chefredaktion@iurratio.de.**

Titelthema: Bank- und Kapitalmarktrecht

*S. 38*

Fallbearbeitung:
„Auf den Hund gekommen“

*S. 28*

Schwerpunkt:
Der Flugreisefall - reloaded


## Impressum **Ausgabe 1/2013**

**Herausgeber (V.i.S.d.P.):** Jens-Peter Thiemann, Alexander Otto
*herausgeberzeitschrift@iurratio.de*
**Chefredaktion:** Vivien Kühnel, Hanna Furlkröger (Stellvertreterin) *chefredaktion@iurratio.de*
**Redaktion:**
*Ressort Zivilrecht* (zivilrecht@iurratio.de) Christian Döpke, Diana Regehr
*Ressort Strafrecht* (strafrecht@iurratio.de) Florian Waldhorst (Ltg.), Marc Selker
*Ressort Öffentliches Recht* (oerecht@iurratio.de) Malte Hakemann, Stefanie Löhr
*Ressort Fallbearbeitungen* (fallbearbeitung@iurratio.de) Katrin Appelt (Ltg.), Hanna Furlkröger
*Ressort LawLifeStyle* (lawlifestyle@iurratio.de) Sandra Beuke (Ltg.)
*Ressort Praxis & Karriere* (praxis@iurratio.de) Jan-Christoph Stephan (Ltg.)
*Ressort Rechtsprechung* (rechtsprechung@iurratio.de) Dirk Veldhoff (Ltg.), Kathrin Böckmann (stv. Ltg.), Maike Brinkert, Christine Dutzmann, Vivien Kühnel, Christopher Exner, Alexander Otto, Prof. Dr. Lena Rudkowski, Prof. Dr. Rolf Schmidt, Hanna Furlkröger, Jakob Leßner
Unsere Ansprechpartner an den Standorten erreichen Sie unter *unistadtname@iurratio.de*, also z.B. die Standortleiterin in Bremen unter *unibremen@iurratio.de*. In Berlin schreiben Sie bitte *fuberlin* oder *huberlin*, in Hamburg bitte *blshamburg* oder *unihamburg*.
**Wissenschaftlicher Beirat:**
Prof. Dr. Lena Rudkowski (Freie Universität Berlin),
Prof. Dr. Michael Kotulla (Universität Bielefeld),
Prof. Dr. Heribert Prantl (Süddeutsche Zeitung/Universität Bielefeld),
Prof. Dr. Martin Schwab (Freie Universität Berlin)
**Beilagen:** Dieser Ausgabe sind zwei Bögen à 4 Karteikarten beigeheftet. Sollten diese Karten fehlen, können Sie diese per E-Mail an *gf@iurratio.de* anfordern.
**Ausschluss:** Namentlich gekennzeichnete Beiträge repräsentieren nicht unbedingt die Meinung der Redaktion.
**Lektorat:** Susanne Bettendorf, Annica Klemme
**Layout & Satz:** MEDIENREGIE // Tilo Kemnitz *mail@medienregie.de*
**Fotos und Bildquellen**, falls nicht anders angegeben: www.fotolia.com
**Iurratio-Logo:** Tobias Kunkel
**Geschäftsführer:** Eckart Pradel, *gf@iurratio.de*
**Mitarbeiterkoordination:** Judith Simon (Ltg.), Jana Rabus *mitarbeit@iurratio.de*
**Kundenservice:** Sabrina Mokulys (Ltg.), Inga Thiemann, Christian Weiglein *kundenservice@iurratio.de*
**Auslandskorrespondenz:** Inga Thiemann (Englisch, Niederländisch), Marlene Alker (Französisch)
**Logistik:** Nina Grasse, Eckart Pradel, Judith Simon *logistik@iurratio.de*
**Postanschrift:** Iurratio, Bi de Schünkoppel 31, 25337Elmshorn
**Auflage:** 12.000 Exemplare
**Druck:** Druckerei Hirschfelder, 22145 Hamburg www.druckerei-hirschfelder.de

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung in irgendeiner Form reproduziert werden.
**Autorenhinweise:** Ausführliche Autorenhinweise finden Sie auf unserer Homepage www.iurratio.de

## Titelthema

*„Bank- und Kapitalmarktrecht“*


KNOPS & MARTENS
Bankrecht – eine Einführung 6
DE LA MOTTE & HARM
Bank- und Finanzrecht – Viel Gestaltungsfreiheit und jede Menge Internationalität 11


## Lehre & Referendariat


**Ausbildung**
WEBER & LEEB
Grundlagen zu Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG 14

**Schwerpunkte**
SCHARNBERG
Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Absprache im Strafprozess – Eine Prognose 20
PRÜTTING
Der Flugrechtsfall - reloaded 28

**Fallbearbeitung**
HORN
Examenskandidaten im Zivilrecht: „Holzelemente“ 32
BECKER & ROCKSTROH
Assessorexamensklausur im Öffentlichen Recht: „Auf den Hund gekommen“ 38


## LawLifeStyle


Richter: „Die Wahrheit interessiert mich nicht“ 30

Änderungen in 2013 – schon gewusst? 31


## Praxis & Karriere


KAIENBURG & BERGMANN
Ready for Take-Off – Faszination Luftverkehr Referendarstationen im Luftrecht 47
STITZ
Und schon wieder eine neue Verfassung – Als Praktikant am German-Southeast Asian Center of Excellence for Public Policy and Good Governance (CPG), Thailand 50

**Rechtsprechung** 54


## Special


Iurratio Online-Innovation-Award 2013 51

Bank- und Finanzrecht Frankfurt

Dr. Tom Beckerhoff

Anne Grewlich

Dr. Stephan Kock

Petra Fendt

Michael Schuhmacher

# Gute Aussichten!

Sie beginnen gerade Ihre Karriere als Rechtsanwalt (m/w) und möchten national und international Mandanten bei Finanzierungstransaktionen beraten? Das deutsche **Bank-und Finanzrechts-Team** um Dr. Tom Beckerhoff, Dr. Stephan Kock und Anne Grewlich freut sich auf Ihre Mitarbeit in Frankfurt.

Mehr Informationen zur Position und zu unserer Expertise finden Sie unter **www.ashurst.com/karriere**.

Wollen Sie uns kennen lernen?

**Ashurst LLP**
**Diane Scholz, HR Manager Germany,**
**OpernTurm, Bockenheimer Landstraße 2-4,**
**60306 Frankfurt am Main,**
**Tel. 069-971126**
**diane.scholz@ashurst.com**

AUSTRALIA
BELGIUM
CHINA
FRANCE
**GERMANY**
HONG KONG SAR
INDONESIA (ASSOCIATED OFFICE)
ITALY
JAPAN
PAPUA NEW GUINEA
SAUDI ARABIA
SINGAPORE
SPAIN
SWEDEN
UNITED ARAB EMIRATES
UNITED KINGDOM
UNITED STATES OF AMERICA

IMAGE: © TISHMAN SPEYER

„Die Strategie geht auf, da passt alles."
**2012/2013 JUVE Handbuch**

azur 100 Top-Arbeitgeber 2012

Nominiert azur AWARDS 2013 Referendariat und Praktikum

trendence Institut Berlin DEUTSCHLANDS 100 Top-Arbeitgeber Law

JUVE AWARDS 2010 Kanzlei des Jahres für Bank- und Finanzrecht

NOMINIERT JUVE AWARDS 2011 Kanzlei des Jahres für Bank- und Finanzrecht

www.ashurst.com

ashurst

# Bankrecht – eine Einführung

*von Prof. Dr. Kai-Oliver Knops und Ass. jur. Ulf Lennart Martens (Hamburg)*

Prof. Dr. Kai-Oliver Knops (links) lehrt an der Universität Hamburg Zivil- und Wirtschaftsrecht, insbesondere Bank-, Kapitalmarkt- und Verbraucherrecht. Ass. jur. Ulf Lennart Martens (rechts) ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Kai-Oliver Knops und promoviert dort auf dem Gebiet des OTC-Derivatehandels.

## A. Einleitung

### I. Begriff des Bankrechts

Auf die Frage: „Was ist Bankrecht?“ gibt es keine uniforme Antwort. Zum einen wird Bankrecht institutionell, zum anderen funktionell verstanden:

#### 1. Institutioneller Bankrechtsbegriff

Aus institutioneller Sicht erfasst das Bankrecht diejenige Rechtsmaterie, die die Rechtsverhältnisse von Banken und Kreditinstituten reguliert[1]. Traditionell werden unter dem Begriff der Bank dabei die klassischen drei Säulen des deutschen Kreditwesens verstanden: die privaten Banken, die öffentlichen Banken (z.B. Sparkassen oder Landesbanken) und die Genossenschaftsbanken. Eine „Bank“ wird dabei nicht nur institutionell begriffen, sondern ist auch an den von ihr getätigten Geschäften zu messen. Vor diesem Hintergrund sind über den aufsichtsrechtlichen Umfang des § 1 I 1 KWG hinaus auch Finanzdienstleistungen und geschäftliche Tätigkeiten von Finanzunternehmen dem Bankwesen zuzuordnen. Neben den genannten Erscheinungsformen sind daher gleichfalls solche Unternehmen Banken, die Finanzdienstleistungen nach § 1 I a) KWG erbringen, Finanzunternehmen nach § 1 III KWG darstellen oder andere gewerbliche Tätigkeiten ausüben, welche dem privaten Bankrecht zuzuordnen sind[2].

#### 2. Funktioneller Bankrechtsbegriff

Losgelöst von der teilweise recht schwierigen Einordnung von Bankinstituten und solchen Unternehmen, die lediglich bankähnliche Geschäfte vornehmen, richtet sich der funktionelle Bankrechtsbegriff nach dem Schwerpunkt der gewerblichen Tätigkeit. Hiernach ist Bankrecht die Gesamtheit des Rechts der Geldschöpfung, der Geldverwahrung, des Geldumlaufs und der Geldvernichtung. Erfasst ist so jegliche Rechtsmaterie, deren Schwerpunkt im Bereich des Geldes liegt[3]. Eingeschlossen werden damit auch „alternative Zahlungs- und Überweisungssysteme“, die ohne staatliche Lizenz und Aufsicht in zunehmendem Maße grenzüberschreitende Transaktionen in bedeutendem Umfang durchführen. Das bekannteste, außerhalb des klassischen Bankwesens stehende System, ist das sog. Hawala-Banking[4].

### II. Geld und seine Funktionen

Schon der Soziologe Georg Simmel beschrieb 1900 wie stark Geld die Gesellschaft, Politik und vor allem auch das Individuum beeinflusst – oft nicht zu deren Vorteil.[5] Aus ökonomischer Sicht wird Geld vor allem als allgemeines Tauschmittel zur Hingabe als Gegenleistung für Waren- und/oder Dienstleistungen angesehen[6]. Historisch wurde hierunter nicht immer nur Münzgeld verstanden, sondern auch sog. Gerätegeld z.B. in Form Muscheln, Steinen oder Speerspitzen. Geld in Münzform trat erstmals im 7. Jahrhundert v. Chr. auf und deutete dem Namen nach häufig noch auf die zuvor verwandte Naturalform; z.B. Obolus (griech.) = Lanzenspitze, Pecunia (lat.) = Viehgeld[7].

#### 1. Geldarten

Heute lässt sich das Geldwesen weitestgehend in drei unterschiedliche Kategorien einteilen: in Sach- bzw. Bargeld, in Buchgeld und sog. Geldsubstitute.

**a) Sach- und Bargeld**

Das ursprünglich verwendete Sachgeld, dessen Tauschwert sich unmittelbar aus dem in der Münze liegenden Metallwert ergab, ist heutzutage weitestgehend von dem allgemein gebräuchlichen Bargeld als im Wesentlichen sachwertlose Geldnoten und Münzen abgelöst worden. Auf Geld in Form von Bargeld wird dabei in zahlreichen Rechtsvorschriften ausdrücklich Bezug genommen (z.B. §§ 232, 235, 702, 1006 BGB; §§ 240, 451d HGB; § 808 ZPO). Trotz seines erheblich verminderten Eigenwerts bleiben die Geldstücke und Scheine Sachen i.S.d. § 90 BGB und werden naturgemäß entsprechend sachenrechtlich erfasst.

**b) Buchgeld**

Buchgeld, welches auch als Giralgeld bezeichnet wird, verkörpert den dem Bankkunden zustehenden, auf Bargeld gerichteten Auszahlungsanspruch von Kontoguthaben gegenüber einer Bank. Der Forderungsbegriff entspricht hierbei der Legaldefinition des Anspruchs

1 *Claussen*, Bank- und Börsenrecht , 4. Auflage, §1 Rn.1.
2 *Bülow*, in: Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn.6.
3 *Bülow*, in: Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn.7.
4 Siehe hierzu zuletzt ausführlich *Wahlers*, Die rechtliche und ökonomische Struktur von Zahlungssystemen in- und außerhalb des Bankensystems, Diss. Hamburg 2013.
5 *Simmel*, Philosophie des Geldes, 1900 (Volltext abrufbar unter http://www.digbib.org/Georg_Simmel_1858/Philosophie_des_Geldes).
6 *Knops/Korff/Lassen*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn.5.
7 *Schwintowski*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2010, S. 7.

in § 194 I BGB. Das Buchgeld stellt die Grundlage für den bargeldlosen Zahlungsverkehr dar. Obwohl Buchgeld nicht real, sondern lediglich in Form abstrakter Kontogutschriften besteht, ist es unmittelbar zur Erfüllung einer Leistungspflicht geeignet und steht insofern gleichwertig neben dem Sach- und Bargeld[8].

**c) Geldsubstitute**

Geldsubstitute bewirken keine unmittelbare Wertübertragung. Trotzdem werden diese aufgrund ihrer Verbreitung und zentralen Bedeutung für den Wirtschaftskreislauf regelmäßig als Zahlungsmittel akzeptiert[9]. Neben Schecks, Wechseln, EC- oder Kreditkartenzahlungen fallen hierunter auch Zahlungssystem wie „PayPal" oder das „Mobile Payment", bei dem Rechnungen per Handybestätigung (SMS) beglichen werden. Auch bei sog. „Cybergeld" kann es sich um ein Geldsubstitut handeln, wenn in dessen Verwendung eine tatsächliche Übertragung von Auszahlungsansprüchen liegt[10]. Unter dem hierfür einschlägigen Oberbegriff des „elektronischen Geldes" ist gemäß Art.1 III b) der E-Geldrichtlinie[11] ein monetärer Wert in Form einer Forderung gegen die ausgebende Stelle zu verstehen, der auf einem Datenträger gespeichert ist, gegen Entgegennahme eines Geldbetrags ausgegeben wird, dessen Wert nicht geringer ist als der ausgegebene monetäre Wert und von anderen Unternehmen als der ausgebenden Stelle als Zahlungsmittel akzeptiert wird. Im Gegensatz zu Bar- und Buchgeld wird durch Geldsubstitute die tatsächliche Kaufkraft des Zahlenden nicht sichergestellt. Vielmehr bedarf es stets einer weiteren Genehmigung bzw. Auszahlung durch eine dritte Stelle (in der Regel einer Bank oder eines anderen Finanzdienstleisters). Hieraus folgt, dass die Hingabe von Geldsubstituten aus rechtlicher Sicht keine Erfüllung, sondern lediglich eine Übertragung von Auszahlungsansprüchen gegenüber Dritten darstellt. Aufgrund ihrer praktischen Bedeutung für den Geldumlauf sind derartige Substitute dennoch dem Geldbegriff zuzuordnen[12].

8 *Claussen*, in: Claussen, Bank- und Börsenrecht , 4.Auflage, §1 Rn.8.
9 *Knops/Korff/Lassen*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn.9 ff.
10 Ausführlich *Kümpel*, WM 1998, 365ff.; *Escher*, WM 1997, 1173 (1175 f.).
11 RL 2000/46/EG vom 18.09.2000.

## 2. GELDFUNKTIONEN

Geld fungiert als wichtigstes wirtschaftliches Bindeglied in den Tauschbeziehungen von Handelstreibenden, national wie international. Es ermöglicht diesen, über weite Distanzen Waren zu handeln und löst Verbraucher und Unternehmer von den lokalen Märkten, indem ihnen mit Geld ein weltweit gültiges Tauschmittel zur Verfügung steht. Mit der Wertmessungsfunktion des Geldes wird ein Maßstab geschaffen, mit dem der Wert jeglicher Sach- und Dienstleistungen an einer einheitlichen Bezugsgröße festgelegt werden kann. Mittels Geld wird (fast) alles konsumerabel. Die mit der Wertbemessungsfunktion einhergehende Wertbewahrungs- und Tauschfunktion stellt dabei sicher, dass der Inhaber des Geldes auch zu einem zukünftigen Zeitpunkt die mit dem Geld verkörperte Kaufkraft geltend machen und durch deren Übertragung gegen eine Sach- oder Dienstleistung eintauschen kann. Diese Grundfunktionen bedingen eine Vielzahl weiterer, je nach Inhaber verschieden gewichtiger, dynamischer Wirkungen. Positiv aus-

12 *Knops/Korff/Lassen*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn.9 ff.

INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE
Goethe-Universität Frankfurt am Main

ILF-SOMMERLEHRGANG vom 26. August bis 6. September 2013

Bank- & Kapitalmarktrecht

In Kooperation mit: azur lexxion

Die Referenten sind Partner folgender Sozietäten:

Der Lehrgang vermittelt einen umfassenden Einblick in die Praxis des Bank- und Kapitalmarktrechts und der Unternehmensfinanzierung. Er wendet sich an hoch qualifizierte junge Juristinnen und Juristen vor dem Berufseinstieg mit ausgeprägtem wirtschaftlichen Verständnis und besonderem Interesse für das Bank- und Kapitalmarktrecht.

Die **Teilnahmegebühr** beträgt **250 Euro**
*(inklusive der Kursmaterialien und Abendveranstaltungen).*
**Die Teilnehmerzahl ist auf etwa 40 Personen beschränkt.**

*Weitere Informationen zum Lehrgang und zu unserem LL.M. Finance Programm:*
**Institute for Law and Finance**
*Ansprechpartnerin:* Christina Hagenbring
Telefon: +49 (69) 798-33628 • E-Mail: info@ilf.uni-frankfurt.de

www.ilf-frankfurt.de/Summer-School

ALLEN & OVERY
BAKER & MCKENZIE
CLIFFORD CHANCE
Freshfields Bruckhaus Deringer
HAARMANN
HENGELER MUELLER
LATHAM & WATKINS LLP
Linklaters
Luther

*Darüber hinaus werden auch zahlreiche Vertreter von Banken teilnehmen.*

gedrückt begründet Geld die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Einzelnen in dem Sinne, dass es ihm die Führung eines eigenständigen Lebens und Zugang zu Handels- und Dienstleistungen ermöglicht (sog. Freiheitsfunktion). Die hiermit einhergehende Notwendigkeit, Geld zu verdienen, begründet die Antriebsfunktion des Geldes. Der Umstand, dass sich die Freiheits- und Antriebsfunktion hierbei scheinbar konträr gegenüberstehen, bedingt, dass die selbstständige Lebenssicherung für den Einzelnen im Fokus steht. Die Notwendigkeit des Geldverdienens ist unmittelbar mit dem anschließenden Erfolg der wirtschaftlichen Freiheit verknüpft. Schließlich schafft Geld durch das Vertrauen in seinen Wertbestand eine gewisse Planungssicherheit und trägt so zu einer konstruktiven Zukunftsplanung für den Einzelnen wie auch für die Gesellschaft bei.

### III. Öffentliches und privates Bankrecht

#### 1. Öffentliches Bankrecht

Das Bankrecht teilt sich in öffentliches und privates Recht. Dabei sind dem öffentlichen Bankrecht die Bereiche zuzuordnen, deren Funktionen von einer staatlichen Mitwirkung und Einflussnahme geprägt sind[13].

Eines der zentralen Elemente des öffentlichen Bankrechts bildet das staatliche Aufsichtsrecht. Dieses beinhaltet nach dem Erlass entsprechender Gesetze und Vorgaben vor allem die aktive Kontrolle von deren Einhaltung. Ziel ist es, dem Bankgewerbe eine Struktur zu geben und das Banksystem vor schädlichen Einflüssen und Entwicklungen zu schützen[14]. Gleichzeitig soll die Gewerbefreiheit gesichert und den Marktteilnehmern ein wirtschaftlich sinnvolles und den Prinzipien des Wettbewerbsrechts entsprechendes Handeln abverlangt werden[15]. Als weiteres Aufsichtsziel sollte durchgängig der Anleger- und Verbraucherschutz festgeschrieben werden. Gesetzliche Vorschriften, die der Strukturierung des Banksektors und der Aufsicht über die Marktteilnehmer dienen, finden sich z.B. im BörsG, KWG, BausparkassenG, InvG oder auch des WpHG. Der Wahrnehmung seiner aufsichtsrechtlichen Pflichten kommt der Gesetzgeber nach, indem er über verschiedene Kontrollorgane aktiv die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben überprüft. So wird vor allem durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin) beispielsweise die Solvenz der Marktteilnehmer gemäß §§ 6 ff. KWG kontrolliert sowie im Bereich des Wertpapierhandels über §§ 6 ff. WphG die Aufsicht über die einzelnen Marktteilnehmer ausgeübt[16]. Neben der Überwachung laufender Geschäfte greift das staatliche Aufsichtsrecht auch bereits bei dem Zugang neuer Marktteilnehmer ein. Als Beispiel sei hierfür die grundsätzlich erforderliche Zulassung zum Betrieb einer Bank gemäß den §§ 32 ff. KWG genannt, die im Wege eines Verwaltungsaktes durch die BaFin ergeht.

Als ein weiterer bedeutsamer Teil des öffentlichen Bankrechts ist der Bereich des Währungsrechts zu nennen. Im Zuge der Europäisierung des Bankrechts liegen die Kompetenzen gemäß Art. 88 S.2 GG i.V.m. Art. 105 ff. EGV hierfür weitgehend bei der Europäischen Zentralbank und dem Europäische System der Zentralbanken (ESZB), wozu gemäß § 3 S.1 BBankG die Deutsche Bundesbank gehört[17]. Hierin zeigt sich auch die besondere Bedeutung des Europäischen Rechts im Bereich des Bankrechts. Neben währungspolitischen Fragen sind z.B. auch die umfangreichen Aktivitäten im Bereich der Einlagensicherung (Basel I-III) oder des Verbraucherrechts zu nennen, welche zum Teil entscheidenden Einfluss auf das tägliche Bankgeschäft haben.

#### 2. Privates Bankrecht

Unter privatem Bankrecht ist die Rechtsmaterie zu verstehen, welche die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen der durch die Banken in ihrem typischen Betätigungsfeld durchgeführten Rechtsgeschäfte gegenüber ihren Kunden und anderen Banken regelt[18]. Trotz seiner überragenden Bedeutung existiert keine einheitliche Kodifikation des privaten Bankrechts. Stattdessen sind die hierfür relevanten Normen stark verstreut und weisen an zahlreichen Stellen erhebliche Überschneidungen mit anderen Rechtsgebieten auf, weshalb das private Bankrecht richtigerweise kein Sonderprivatrecht darstellt[19].
Ein Großteil der Regelungen des privaten Bankrechts findet sich im BGB. Im Bereich des Schuldrechts sind hier für das Tagesgeschäft wesentliche Vertragsarten geregelt, wie z.B. der Darlehensvertrag (§ 488 ff. BGB) oder das Verbraucherdarlehen (§§ 491 ff. BGB). Weiterhin zu nennen sind Finanzierungshilfen (§§ 499 ff. BGB), bankenspezifische Besonderheiten im Bereich von Geschäftsbesorgungsverträgen (§§ 675 ff. BGB), insbesondere das Recht der Zahlungsdienste (§§ 675 c ff. BGB). Von hoher Bedeutung sind auch die sich aus dem BGB ergebenden Sicherungsrechte wie Bürgschaft (§ 765 ff. BGB), Sicherungsübereignung (§§ 929, 930 BGB), Grundschuld (§§ 1191 ff.) oder Hypothek (§§ 1113 ff. BGB). Dort, wo Banken mit Firmenkunden geschäftliche Beziehungen unterhalten, sind zudem stets die Besonderheiten des HGB und die allgemeinen Handelsbräuche und Verkehrssitten der Bankenbranche zu beachten[20]. Auch das Wertpapier- und Kapitalmarktrecht ist zu Teilen dem privaten Bankrechtsbegriff zuzuordnen[21].

Aus der Gesamtschau der für das private Bankrecht relevanten Normen lassen sich die bankgeschäftlichen Betätigungsfelder daher in drei Kategorien einteilen: Kredit, Konto und Zahlungsverkehr und schließlich Kapitalmarktgeschäfte.

### B. Kreditgeschäfte

Klassischer Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit von Banken ist das Kreditgeschäft. Gemäß § 1 I 2 Nr.2 KWG gehört die Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten zu den gesetzlich normierten Aufgaben einer Bank. Zentrale Norm ist hier die Vorschrift des § 488 BGB, welche die Darlehensvergabe, die Rückzahlungs- und die Zinspflicht kodifiziert. Zinsen sind laufzeit-, gewinn- und umsatzabhängige, in Geld oder anderen vertretbaren Sachen zu entrichtende Vergütungen für den Gebrauch eines auf Zeit überlassenen Kapitals[22]. Kredite unterscheiden sich zunächst danach, durch wen sie vergeben werden. So gibt es z.B. Privatdarlehen, Immobiliardarlehen, Lieferkredite (Kaufpreisstundungen, Ratenzahlungen), Absatzkredite oder öffentliche Förderdarlehen. Innerhalb der von Banken und Sparkassen vergebenen Bankkredite ist wiederum zwischen Einzel- und Konsortialkrediten zu unterscheiden, welche nicht von einer Bank, sondern von einem Konglomerat verschiedener Banken gemeinsam

13 *Claussen*, in: Claussen, Bank- und Börsenrecht , 4.Auflage, §1 Rn.10.
14 BGH, WM 1979, 482 (483).
15 *Claussen*, in: Claussen, Bank- und Börsenrecht , 4.Auflage, §1 Rn.21.
16 *Bülow*, in: Derleder, Knops, Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Auflage, §1 Rn.30.
17 *Bülow*, in: Derleder, Knops, Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Auflage, §1 Rn.30; Knops/Korff/Lassen, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn.28.
18 *Claussen*, in: Claussen, Bank- und Börsenrecht , 4.Auflage, §1 Rn.21; Bülow, in: Derleder, Knops, Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Auflage, §1 Rn.4.
19 *Bülow*, in: Derleder, Knops, Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Auflage, §1 Rn.3, 4.
20 *Claussen*, in: Claussen, Bank- und Börsenrecht , 4.Auflage, §1 Rn.184ff.
21 *Knops/Korff/Lassen*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn.26.
22 BGH WM 1973, 42 (44); WM 1992, 705 (707).

(und in der Regel in sehr großer Höhe) an einen Kunden ausgegeben werden. Weiterhin stellt sich die Frage, ob es sich bei dem Darlehensempfänger um einen Unternehmer oder Verbraucher handelt, weil dies für die Einordnung und rechtliche Bewertung eines Kredites ebenso von Bedeutung ist wie die Art der Kreditvergabe (z.B. als Geld-/Akzept- oder Avalkredit) wie zum Teil auch der zugrunde liegende Zweck[23].

Mit dem Gesetz über das Kreditwesen (KWG) hat der Gesetzgeber eine umfassende Kodifizierung der Kreditvergabe durch Banken geschaffen. Zweck des Gesetzes ist generell der Schutz der Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft und individuell der Schutz der Darlehensgeber vor einem Einlagenverlust durch Kreditausfälle. Hierzu enthält das KWG sowohl aufsichtsrechtliche Regelungen und Vorgaben zum Eigenkapital als auch konkrete Anforderungen an die Kreditvergabe (zumindest im Bereich von Großkrediten). Das Ziel des KWG ist die Eingrenzung der mit dem Kreditausfall einhergehenden Gefahr für die Existenz einzelner Kreditinstitute und in der Folge auch der gesamten Kreditwirtschaft. Insofern sind die sich aus dem KWG ergebenden Einschränkungen der Dispositionsfreiheit der einzelnen Marktteilnehmer als gerechtfertigt hinzunehmen[24]. Aufgrund des Ausfallrisikos dürfen insbesondere höhere Kredite regelmäßig nur gegen die Stellung einer entsprechenden Sicherheit vergeben werden. Bei dem dabei geschlossenen Sicherungsvertrag, in dem sich der Darlehensnehmer gegenüber dem Darlehensgeber verpflichtet, zur Besicherung einer bestimmten Forderung eine Sicherheit zu bestellen, handelt es sich um einen Vertrag sui generis (§ 311 BGB). Bei nicht-akzessorischen Sicherheiten (z.B. Sicherungsübereignung oder Grundschuld; nicht aber die Hypothek) bildet der Sicherungsvertrag dabei die Anspruchsgrundlage für die Geltendmachung der vereinbarten Bestellung. Im Falle sogenannter Drittsicherungen muss der Darlehensnehmer hierbei nicht stets auch Partei des Sicherungsvertrages sein. Wer Partei ist, ist vorrangig aus dem zugrunde liegenden Sicherungsvertrag zu ermitteln[25]. Das Rechtsverhältnis zwischen Darlehensnehmer und dem Dritten als Sicherungsgeber kann dabei verschiedenartig rechtlich ausgestaltet sein (etwa als Schenkung gem. § 516, als Auftrag gem. § 662 oder als Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB)[26]. Nur soweit sich im Sicherungsvertrag keine Angaben zu den konkreten Vertragsparteien finden, ist von dem Darlehensnehmer auch als Sicherungsvertragspartei auszugehen[27].

23 Siehe hierzu *Derleder*, in: Derleder, Knops, Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Auflage, § 10; *Erne*, in: Claussen, Bank- und Börsenrecht, 4. Auflage, §5 Rn.48.
24 So auch *Erne*, in: Claussen, Bank- und Börsenrecht, 4.Auflage, §5 Rn.1.
25 BGH, WM 1996, 133 (134).
26 *Knops/Korff/Lassen*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn.438, 443.
27 BGH, WM 1996, 133 (134).

## C. KONTO UND ZAHLUNGSVERKEHR

### I. DAS KONTO

Das Bankkonto kann als der zentrale Angelpunkt bezeichnet werden, an dem sich fast jede Rechtsbeziehung von Banken gegenüber ihren privaten, aber auch geschäftlichen Kunden (inkl. anderer Banken) festmachen lässt. Dabei haben sich in der Praxis viele unterschiedliche Kontoarten etabliert. Neben dem Girokonto sind insb. Spar- und Festgeldkonten, Treuhand- und Anderkonten sowie Gemeinschafts- und Sperrkonten zu nennen[28]. Die besondere Bedeutung von Konten erklärt sich aus der immensen Zahl der bargeldlosen Abwicklungen von Transaktionen aller Art und macht das sog. Buchgeld erforderlich. Weder die Entstehung, Verwahrung, Überweisung noch die Umwandlung (durch Abhebung von Buchgeld in Bargeld) wären ohne das Bestehen von Bankkonten denkbar. Damit wäre die in der Praxis überwiegende Erfüllung von Geldforderungen durch Einziehung oder Überweisung von Buchgeld ausgeschlossen. Gleichzeitig könnten sich weder Gewinn noch Verlust tatsächlich monetär niederschlagen, da es ohne Konten nicht möglich wäre, diese entsprechend zu verbuchen und so in Buchgeldansprüche umzuwandeln[29]. Dies gilt dabei für die alltägliche Nutzung eines Girokontos ebenso wie für die Hingabe von Geldsubstituten (welche meist lediglich einer späteren Forderungsbegleichung durch Buchgeld vorgeschaltet sind), für die Darlehensvergabe und auch für Teile des Kapitalmarktes.

Der Begriff des Kontos dient als Oberbegriff für die zwischen einer Bank und ihrem Kunden bestehenden Rechtsverhältnisse. Tatsächlich ist hierbei zwischen dem Vertragsverhältnis (z.B. einem Girovertrag) und den sich aus dem Kontoguthaben ergebenden Forderungen

28 Umfassend hierzu: *Derleder*, Knops, Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Auflage, § 37 – 42.
29 *Van Look*, in: Claussen, Bank- und Börsenrecht , 4.Auflage, §2 Rn.1.

des Kunden gegenüber seiner Bank zu differenzieren. Während sich die Kontoeröffnungspflicht für eine Bank aus § 676f BGB und dem zwischen den Parteien geschlossenen Girovertrag ergibt[30], stellen die Auszahlungs- bzw. Überweisungsansprüche des Kunden gegenüber der Bank eine unregelmäßige Verwahrung im Sinne des § 700 I 1 i.V.m. § 488 I 2 BGB dar[31].

### II. KONTOFÜHRUNG

Zur Kontoführung berechtigt sind alle natürlichen Personen. Da es sich bei dem Abschluss eines Kontos nicht um ein ausschließlich rechtlich vorteilhaftes Geschäft im Sinne des § 107 BGB handelt, bedarf es bei beschränkt geschäftsfähigen Personen jedoch der Einwilligung oder Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter[32]. Auch juristische Personen sind kontoführungsberechtigt – unabhängig davon, ob es sich um solche des öffentlichen Rechts (Anstalten des öffentlichen Rechts, Gebiets- und Personalkörperschaften), des Privatrechts (z.B. GmbH, AG, e.G., Ltd.) oder um Personengesellschaften wie die OHG, die KG und auch die GbR[33] handelt[34].

Die Kontoführungsbefugnis ist dabei von zentraler Bedeutung für das Bankgeschäft, da sich hieraus ergibt, wer Vertragspartner der Bank und damit dieser gegenüber verfügungsbefugt ist. Gleichzeitig ergibt sich hieraus, an wen die Bank leisten darf und ob hiermit eine befreiende Wirkung einhergeht.

### III. ZAHLUNGSVERKEHR

Der bargeldlose Zahlungsverkehr ist in der heutigen Zeit nicht mehr wegzudenken. Entsprechend nimmt dieser mittlerweile eine überragende Bedeutung gegenüber Barzahlungsgeschäften ein. Dabei steht insbesondere der Überweisungsverkehr – mit seinen täglich millionenfachen Übertragungen von Buchgeldbeträgen zwischen unterschiedlichen Konten – im wirtschaftlichen Mittelpunkt (im Jahr 2005 erfolgten 45% aller Zahlungen durch Überweisungen von Buchgeld)[35]. Anspruchsgrundlage der Überweisung ist dabei der mit dem Girovertrag vereinbarte Zahlungsdienstrahmenvertrag gemäß § 675f II BGB. Neben der Überweisung bilden das Lastschriftverfahren und der Scheckeinzug die drei zentralen Säulen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs[36]. Auch die Verwendung von EC- und Kreditkarten gehört heute zu den selbstverständlichen Nutzungsarten bargeldlosen Zahlungsverkehrs. Zudem schreitet die technische Entwicklung mit hoher Geschwindigkeit voran. Diese kreiert hierbei immer neue Methoden der Tätigung von Bankgeschäften, etwa im Bereich des Onlinebankings oder in der Entwicklung neuer elektronischer Zahlungsmittel (z.B. „mobile payment“ oder „paypal“)[37].

## D. GRUNDLAGEN DES KAPITALMARKTRECHTS

Das Kapitalmarktrecht, das sich traditionell aus dem Bank-, Gesellschafts- und Börsenrecht zusammensetzte, stellt (mittlerweile) ein eigenständiges Rechtsgebiet dar[38] – jedoch ohne, dass bislang eine einheitliche Kodifizierung gelungen ist[39]. Unter dem Begriff des Kapitalmarktes sind dabei die Märkte zu verstehen, auf denen Kapitalanlagen angeboten und nachgefragt werden. Hiervon umfasst sind sämtliche Transaktionen, durch die mittel- oder langfristige Finanzierungsmittel gewonnen oder zur Verfügung gestellt werden, um hierdurch die Bildung von Sachkapital zu finanzieren[40].

Geschäfte werden dabei sowohl an den klassischen Wertpapierbörsen, Waren- und Terminbörsen und auch an sonstigen Handelsplätzen getätigt, welche trotz des Handels mit Kapitalanlagen nicht dem Begriff der Börsen zugeordnet werden können[41]. Neben den Geld- und Devisenmärkten und dem sog. Terminmarkt ist auch der Kapitalmarkt ein Teil des übergeordneten Finanzmarktes[42], welcher die Basis zahlreicher bankgeschäftlicher Tätigkeiten darstellt. Aufgrund der internationalen Ausrichtung der Kapitalmärkte bedarf es einer weitestgehenden (jedoch bewusst nicht umfassenden) Harmonisierung der hierfür relevanten Rechtsvorschriften[43] – um einerseits die Chancengleichheit der Marktteilnehmer zu gewährleisten und andererseits durch eine reibungslose Verzahnung der nationalen Finanzmärkte, deren Potenzial noch besser ausnutzen zu können. Vor diesem Hintergrund basieren etwa 80% der in Deutschland anwendbaren Rechtsvorschriften auf Entscheidungen des europäischen Normgebers[44]. Kernstück des deutschen Kapitalmarktrechts bildet das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)[45]. Wichtige Gesetze sind weiterhin das Börsengesetz (BörsG), das Investmentgesetz (InvG), das Wertpapierprospekthaftungsgesetz (WpPG) oder auch das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG).

Im Fokus der kapitalmarktrechtlichen Normierungen steht das Ziel, einerseits die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes zu sichern und andererseits den Anleger zu schützen[46]. Beide Ziele stehen sich dabei nicht etwa konträr einander gegenüber, sondern bedingen sich vielmehr gegenseitig, da ohne das durch den Anlegerschutz geschaffene Vertrauen eine Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes weitestgehend ausgeschlossen ist[47]. So haben Erschütterungen im Anlegervertrauen erhebliche, unmittelbar negative Auswirkungen auf die Kapital- und Anlagemärkte.

## E. FAZIT

Insbesondere die in den letzten Jahren mit der internationalen Immobilien- und Bankenkrise einhergehenden wirtschaftlichen Einschnitte verdeutlichen, welche gesellschaftliche Bedeutung dem Bank- und Kapitalanlagerecht zukommt. In der Krise haben sich eine Vielzahl von Missständen offenbart, die nun dringend Lösungen bis hin zu einer Neustrukturierung der Finanzmärkte erfordern. Die bevorstehende Umsetzung von Basel III wird dabei ebenso zu einschneidenden Veränderungen am Finanzmarkt führen wie die Implementierung der MiFID II-Richtlinie oder der EMIR-Verordnung. Die gesellschaftliche Bedeutung, das mediale Interesse und die anstehenden Veränderungen zeigen dabei, dass im Moment kaum ein anderes Rechtsgebiet einem so dynamischen Entwicklungs- und Evolutionsprozess unterworfen ist wie das Bank- und Kapitalanlagerecht.

30 BGH, WM 2001, 18.
31 *Singer*, in: Derleder, Knops, Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Auflage, § 37 Rn 30.
32 *Knops/Korff/Lassen*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn.519ff.
33 OLG Köln, WM 2001 2340 (2341).
34 *Knops/Korff/Lassen*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn.524f.
35 *Van Look*, in: Claussen, Bank- und Börsenrecht , 4.Auflage, §4 Rn 11.
36 *Oechsler*, in: Derleder, Knops, Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Auflage, § 43 Rn1.
37 Siehe hierzu u.a. *Neumann/Bauer*, in: MMR 2011, 563; *Hoenike/Szodruch*, in: MMR 2006 519.
38 Bröcker, in: Claussen, Bank- und Börsenrecht , 4.Auflage, § 6 Rn.1.
39 *Grunewald/Schlitt*, Einführung in das Kapitalmarktrecht, 2. Auflage, § 1 S 2.
40 *Lenenbach*, Kapital- und Börsenrecht, Rn.1.7; *Grunewald/Schlitt*, Einführung in das Kapitalmarktrecht, 2. Auflage, § 1 S. 1.
41 *Bröcker*, in: Claussen, Bank- und Börsenrecht , 4.Auflage, § 6 Rn.1.
42 *Grunewald/Schlitt*, Einführung in das Kapitalmarktrecht, 2. Auflage, § 1 S. 1.
43 *Bröcker*, in: Claussen, Bank- und Börsenrecht , 4.Auflage, § 6 Rn.5 ff.
44 *Schwintowski*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Auflage, S. 134.
45 *Bröcker*, in: Claussen, Bank- und Börsenrecht , 4.Auflage, § 6 Rn.3.
46 *Schwintowski*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Auflage, S.133.
47 *Bamberger*, in: Derleder, Knops, Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Auflage, § 50 Rn. 1.

# Bank- und Finanzrecht – Viel Gestaltungsfreiheit und jede Menge Internationalität

*von Dr. Thomas de la Motte und Dr. Julian Harm (Hamburg)*

Dr. Thomas de la Motte (links) ist Rechtsanwalt und Partner bei CMS Hasche Sigle. Dr. Julian Harm (rechts) ist Rechtsanwalt und Senior Associate bei CMS Hasche Sigle. Sie beraten vorwiegend in Finanzierungen aller Art.

Der Begriff „*Banking and Finance*" dürfte vielen Studenten an der Universität eher selten begegnen, weshalb der ein oder andere möglicherweise auch noch wenig Vorstellungen von diesem juristischen Tätigkeitsfeld hat. Ziel dieses Beitrags ist, diesen Fachbereich in allgemeiner Hinsicht einmal vorzustellen und insbesondere die Tätigkeit des im Teilbereich *Finance* tätigen Rechtsanwalts und die typischen Abläufe im Rahmen einer (internationalen) Finanzierungstransaktion etwas genauer darzustellen.

## A. Bankrecht (*Banking*)

Die erste Säule des Fachbereichs stellt das allgemeine Bank- und Aufsichtsrecht (*Banking*) dar. Dieser Bereich umfasst beispielsweise die Beratung von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten sowie Investmentgesellschaften zu Fragen der Eigenkapitalausstattung und Compliance, beides Themenbereiche, die unter dem Eindruck von internationalen Abkommen zum Aufsichtsrecht (Basel II und III) sowie der jüngeren europäischen Regulierung bzw. nationalen Umsetzung der Finanzmarktrichtlinie (MiFID) erhebliche praktische Bedeutung haben. Der Bereich *Banking* bietet dem dort tätigen Rechtsanwalt in vielfacher Weise Möglichkeiten gestalterisch tätig zu werden und beispielsweise bei der Entwicklung und rechtlichen Beurteilung neuer Bankprodukte und Finanzmarktinstrumente mitzuwirken. Weitere Schwerpunkte des Bereichs *Banking* sind Fragen rund um die Erlaubnispflichtigkeit von Finanzdienstleistungen nach dem Gesetz über das Kreditwesen (*KWG*), Konfliktlösungen mit Kunden oder anderen Banken zu Fragen des Verbraucherkreditgesetzes oder des Zahlungsverkehrs, das Wertpapierhandelsrecht, cross-border Bankgeschäfte, Vorbeugung gegen Geldwäsche und Prozessführung.

## B. Finanzierungen (*Finance*)

Die Tätigkeit des Anwalts auf dem Gebiet *Finance* ist äußerst facettenreich: So lässt sich zum Beispiel beinahe kein größerer Unternehmenskauf für den Erwerber lediglich aus Eigenmitteln ohne Inanspruchnahme von Fremdmitteln erfolgreich stemmen; für die entsprechende Finanzierung werden zum Team der die Transaktion begleitenden rechtlichen Berater somit regelmäßig auch Anwälte aus dem Bereich *Finance* hinzugezogen. Die Beratung im Zusammenhang mit M&A Transaktionen stellt allerdings nur einen kleinen Teilausschnitt der Tätigkeit dar. Erfasst werden unter anderem auch die Beratung zur laufenden Finanzierung von Unternehmen durch Darlehen oder andere kapitalmarkrechtliche Finanzinstrumente wie beispielsweise Wandelanleihen oder die Beratung bei der Finanzierung von Immobilien, Industrieanlagen, Schiffen oder Flugzeugen. Ein weiteres Betätigungsfeld für den im Bereich *Finance* tätigen Rechtsanwalt sind durch fehlerhaftes Management oder schlechte Marktentwicklungen bedingte Restrukturierungen von Unternehmen, beispielsweise ausgelöst durch die globale Finanzmarktkrise oder die im Jahr 2008 begonnene und noch immer andauernde Schifffahrtskrise. Ein weiterer Schwerpunkt im Bereich *Finance* liegt schließlich in den in den vergangenen Jahren immer stärker in den Fokus gerückten Investitionen in erneuerbare Energien, wie zum Beispiel Wind, Biokraftstoffe, Geothermie, Solar (Photovoltaik und Solarthermie) und Biomasse/Müll.

Finanzierungen stellen somit eine wesentliche Grundlage für die Wirtschaft dar und ermöglichen dem auf diesem Gebiet beratenden Anwalt nicht zuletzt facettenreiche Einblicke in das tägliche Geschäft unterschiedlichster Unternehmen wie beispielsweise Industrieunternehmen aus verschiedensten Branchen, Großbanken oder Private Equity Gesellschaften.

Der Bereich *Finance* bietet dem Anwalt breiten gestalterischen Spielraum bei der Beratung im Zusammenhang mit den unterschiedlichen Finanzierungen, die zudem häufig im Rahmen internationaler Sachverhalte erfolgen und somit eine Abstimmung mit ausländischen Anwaltskollegen erforderlich machen. So werden komplexe Transaktionen wie beispielsweise internationale Projektfinanzierungen regelmäßig in größeren Teams zusammen mit spezialisierten Kollegen aus den Bereichen Corporate, Steuerrecht und anderen Praxisgruppen abgewickelt. Neben der Möglichkeit, bei internationalen Transaktionen spannende Einblicke in andere Rechtsordnungen zu erhalten, bietet sich dem im Bereich *Finance* tätigen Anwalt zudem die Möglichkeit, regelmäßig „über den Tellerrand" der rein juristischen Tätigkeit hinaus zu schauen und auch zahlreiche technische Einblicke im Rahmen von Finanzierungstransaktionen zu gewinnen, wie zum Beispiel bei der Errichtung von Offshore-Windparks, Solaranlagen oder der Ablieferung großer Schiffe.

### I. Term Sheet

Am Beginn eines neuen Finanzierungsmandats steht grundsätzlich der Entwurf eines *Term Sheets*, dessen wesentliche Aufgabe die Sicherstellung eines effizienten und strukturierten Ablaufs der weiteren Transaktion ist und in dem sich die zukünftigen Vertragsparteien bereits nach Art eines Vorvertrages über die wichtigsten wirtschaft-

lichen und kommerziellen Eckpunkte der Finanzierungstransaktion verständigen. Typische Inhalte eines *Term Sheets* sind beispielsweise die Konditionen des Kredits (Kreditvolumen, Laufzeit, Zinsen, Tilgungsprofil, etc.) oder eine etwaige Syndizierung des Kredits, d.h. die mögliche spätere Übertragung eines Teils des Kredits an weitere Banken oder Investoren. Sinn und Zweck einer solchen Syndizierung ist die Verteilung des mit dem Kredit verbundenen Einzelrisikos auf mehrere Darlehensgeber. Neben diesen sogenannten echten Konsortialkrediten gibt es noch sogenannte unechte oder dezentralisierte Konsortialkredite, in der Praxis *Club Deals* genannt, deren Bedeutung nicht zuletzt bedingt durch die Finanzmarktkrise in den vergangenen Jahren erheblich angestiegen ist. Anders als bei einem echten Konsortialkreditvertrag wird bei einem *Club Deal* der vollständige Kreditbetrag von Anfang auf die teilnehmenden Banken verteilt.

### II. Darlehensnehmer

Bei internationalen Projektfinanzierungen werden als Darlehensnehmer in der Regel sogenannte Zweckgesellschaften („*Single Purpose Company*" – *SPC*) eingeschaltet, die häufig Eigentümer der finanzierten Gegenstände oder Grundstücke sind, auf denen die finanzierte Anlage errichtet werden soll. Durch die Verwendung einer *SPC* und der damit einhergehenden gesellschaftsrechtlichen Isolierung des Projekts wird schließlich - sofern im Einzelfall nicht seitens der Projektinitiatoren (*Sponsoren*) Garantien gegeben oder mit diesen Nachschussverpflichtungen vereinbart sind - die für Projektfinanzierungen typische *limited recourse* Strukur bewirkt, d.h. der Rückgriff der das Projekt finanzierenden Banken ist auf die von den Sponsoren bezüglich des *SPC* erbrachten Eigenkapitaleinlage beschränkt und kann nicht auf das sonstige Vermögen der Sponsoren erfolgen.

### III. Mehrstufige Finanzierungen

Die Finanzierung von Großprojekten wie beispielsweise Windparks ist aufgrund der regelmäßig sehr hohen Investitionsvolumina häufig nicht mehr alleine durch Eigenkapital und vorrangiges Fremdkapital (sogenannte *Senior Loans*) zu bewerkstelligen. Es wird daher auf mehrstufige Finanzierungsstrukturen zurückgegriffen, bei denen nachrangige Darlehensgeber (*Junior Lenders*) mit ihren Rückzahlungsansprüchen und Sicherheiten hinter den erstrangigen Banken (*Senior Lenders*) zurücktreten und sich das damit verbundene Risiko regelmäßig mit einem erhöhten Zinssatz vergüten lassen. Zusätzlich wird vielfach auf ergänzende Formen der Finanzierung zurückgegriffen, wie beispielsweise Mezzanine-Darlehen oder Bonds. Mezzanine-Kapital stellt eine Mischform aus Eigen- und Fremdkapital dar, das sowohl eigenkapitalnah (beispielsweise in Form einer stillen Beteiligung mit Gewinn- und Verlustbeteiligung, sogenanntes *Equity Mezzanine*) oder auch fremdkapitalnah ausgestaltet werden kann (sogenanntes *Debt Mezzanine*). Mezzanine Kredite sind, wie die bereits oben erwähnten *Junior Loans*, gegenüber *Senior Loans* nachrangig. Ein weiteres Charakteristikum von Mezzanine-Kapital ist, dass es in der Krise vorrangig vor dem Eigenkapital zurückgezahlt werden muss.

Um die Rechte der Senior-, Mezzanine- und Junior-Kreditgeber untereinander aber auch im Verhältnis zu den Kreditnehmern und ihre Gesellschaften zu koordinieren, wird eine Interkreditorenvereinbarung („*Intercreditor Agreement*", *ICA*) abgeschlossen. Das ICA regelt das Verhältnis aller Darlehensgeber und Darlehensnehmer und trifft im Wesentlichen Regelungen über die Rangfolge der Gläubigerbefriedigung im Falle der Verwertung der für die Darlehen bestellten Sicherheiten.

### IV. Darlehensdokumentation

Dokumentationen von internationalen Projektfinanzierungen werden beinahe ausschließlich in englischer Sprache erstellt. Die erforderlichen Verträge wurden lange Zeit und werden auch heute noch häufig auf Grundlage englischen oder US-amerikanischen Rechts (insbesondere nach dem Recht des Bundesstaats New York) erstellt. Nachdem die Loan Market Association (LMA) mit Sitz in London bereits vor einiger Zeit auch ein Vertragsmuster für einen Kreditvertrag nach deutschen Recht entworfen und zur Verfügung gestellt hat, wird in internationalen Projektfinanzierungen nach und nach auch die Wahl deutschen Rechts akzeptiert. Der Einfluss des angloamerikanischen Rechts, insbesondere die ausführliche Regelung der relevanten Sachverhalte, ist allerdings auch bei dem deutschrechtlichen Vertragsmuster der LMA deutlich spürbar: Nach englischem Recht können Regelungslücken im Vertrag nicht ohne weiteres im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden und es kommt auf den von den Parteien mit einer Klausel verfolgten Zweck an, wenn sich insoweit keine Andeutung im Vertrag findet. Die ausführliche Regelung der Sachverhalte mag die Kreditverträge zwar mitunter sehr umfangreich werden lassen, sie hat andererseits aber den Vorteil, dass die Regelungen des Kreditvertrages auch für ausländische Beteiligte aus sich heraus ohne Kenntnis der deutschen Gesetze verständlich sind.

### V. Kreditsicherheiten

Der oder die Kreditgeber sind naturgemäß an einer umfänglichen Besicherung der ausgereichten Kredite interessiert. Bei Konsortialkrediten werden die für die Besicherung des Kredits vom Darlehensnehmer und gegebenenfalls von Drittsicherheitengebern gestellten Sicherheiten häufig durch einen Sicherheitentreuhänder (*Security Agent*) treuhänderisch für die Konsortialbanken verwaltet. Die entsprechenden Regelungen dieser - rechtlich als entgeltliche Geschäftsbesorgung zu verstehende - Verwaltung werden, wenn sie nicht Teil des Kreditvertrages sind, Teil des *Intercreditor Agreements* sein.

Als Weichenstellung für die Sicherheitenstruktur stellt sich bei internationalen Projektfinanzierungen zunächst die Frage, nach welcher Rechtsordnung sich die Bestellung eines Sicherungsrechtes an dem jeweiligen Vermögenswert richtet. Ferner ist nach der Art des in Betracht kommenden Sicherungsguts zu differenzieren: Immobilien, bewegliche Sachen sowie Forderungen und Rechte. Aus Sicht des deutschen internationalen Privatrechts richtet sich die Begründung und Übertragung dinglicher Rechte, vor allem bei Kreditsicherheiten an beweglichen und unbeweglichen Sachen, grundsätzlich nach dem Belegenheitsort der jeweiligen Sache (*lex rae sitae*).

Bei der Errichtung von zum Beispiel Windparks wird eine Vielzahl von Komponenten regelmäßig mit unterschiedlichsten Beförderungsmitteln aus verschiedenen Ländern an den Projektstandort gebracht. Aus Sicht der kreditgebenden Bank stellt sich die Frage, wie sie trotz dieser Mobilität dingliche Sicherungsrechte an den einzelnen Komponenten erlangen kann. Bei in Deutschland lagernden Windkraftturbinen könnte der Bank ein Sicherungsrecht im Wege einer Sicherungsübereignung eingeräumt werden. Fraglich und zusammen mit ausländischen Anwälten zu prüfen wäre aber, was mit dem deutschen Sicherungsrecht der Bank passiert, wenn die Turbinen auf einem Binnenschiff von Süddeutschland auf der Donau über Österreich nach Ungarn zum dortigen Projektstandort gebracht würden. Wäre das Sicherungsrecht beispielsweise in Österreich noch für den Sicherungsnehmer vollstreckbar? Und was passiert, wenn

die Turbinen in Ungarn auf dem Projektgrundstück eintreffen, dort zwischengelagert und dann mit den übrigen Komponenten montiert werden; würde sich eine zugunsten der Bank bestellte Grundstückssicherheit nach ungarischem Recht automatisch auch auf das Zubehör, d.h. die Turbinen bzw. das fertig montierte Windkraftwerk und die übrige Infrastruktur der Anlage erstrecken?

Als weitere Sicherheiten wird sich der Kreditgeber neben der Einräumung sogenannter Personalsicherheiten (z.B. Bürgschaften, Garantien, Eintrittserklärungen oder Negativerklärungen) regelmäßig die Forderungen und Rechte aus den schuldrechtlichen Projektverträgen sicherungshalber abtreten lassen. Insoweit können insbesondere kollisionsrechtliche Fragestellungen eine Rolle spielen, innerhalb derer unter anderem zu klären ist, nach welchem Recht sich beispielsweise die Sicherungsabtretung von Forderungen aus einem Stromabnahmevertrag mit einem ungarischen Energieversorger richtet. Schließlich entscheidet das Recht, dem eine solche Forderungsabtretung unterliegt, auch darüber, ob die Abtretung still erfolgen darf oder ob sie dem Drittschuldner angezeigt werden muss.

### VI. Darlehensauszahlung

Nach Unterzeichnung des Darlehensvertrages sind vor der erstmaligen Auszahlung (*Financial Closing*) die im Darlehensvertrag festgelegten Auszahlungsbedingungen für die Darlehen zu erfüllen. Ein vertraglicher Anspruch gegen die kreditgebenden Banken auf Auszahlung der Darlehen setzt regelmäßig die Erfüllung einer Vielzahl von aufschiebenden Bedingungen (*Conditions Precedent*) voraus. Eine wesentliche Auszahlungsvoraussetzung ist natürlich die Bestellung der vereinbarten Kreditsicherheiten – Grundpfandrechte, Geschäftsanteilsverpfändungen, Bürgschaften und Garantien, Sicherungsübereignungen und -abtretungen, Kontoverpfändungen, etc. – nach deutschem und, sofern vorgesehen, auch nach ausländischem Recht. Eine weitere bedeutende Auszahlungsvoraussetzung ist regelmäßig die Abgabe eines Rechtsgutachtens (*Legal Opinion*) in der die Anwaltssozietät, die die Kredit- und Sicherheitendokumentation erstellt hat, die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit des Kreditvertrages, der Sicherheitenverträge sowie ggf. weiterer Transaktionsdokumente gegenüber dem Darlehensgeber bzw. dem Bankenkonsortium bestätigt. Ergänzend dazu wird in aller Regel von den rechtlichen Beratern der Sponsoren bzw. der Projektgesellschaft ein Rechtsgutachten über das wirksame Bestehen sowie der wirksamen Vertretung der Projektgesellschaft bei Unterzeichnung der vorstehend genannten Verträge gefordert (sogenannte *Legal Capacity Opinion*).

Sind sämtliche *Conditions Precedent* erfüllt, was die die Bankenseite beratende Sozietät der Bank bzw. im Falle eines Bankenkonsortiums dem Konsortialführer (häufig auch *Facility Agent* genannt), dem die laufende Verwaltung des Kredites obliegt, häufig mittels einer sogenannten *Closing Confirmation* bestätigt, übermittelt der Kreditnehmer dem Kreditgeber bzw. *Facility Agent* eine Ziehungsnachricht (*Drawdown Notice* oder *Disbursement Request*), mit der er die Auszahlung des Darlehens verlangt. Neben den *Conditions Precedent* werden im Kreditvertrag häufig auch noch sogenannte *Conditions Subsequent* festgeschrieben. Hierbei handelt es sich regelmäßig um Bedingungen, die vom Darlehensnehmer häufig aus zeitlichen Gründen (beispielsweise Eintragung einer Grundschuld im Grundbuch oder zeitaufwendige Registrierungen von Sicherheiten in ausländischen Jurisdiktionen) nicht zum avisierten *Closingstichtag* zu erfüllen sind und bezüglich derer der Darlehensgeber bereit ist, dass der Darlehensnehmer solche *Conditions Subsequent* im Nachgang zum *Closing*, d.h. nach Auszahlung des Kredits, innerhalb einer definierten Frist erfüllt.

### C. Anforderungen und Fazit

Wer Interesse am Bereich *Banking* und *Finance* hat, muss dafür keine Spezialkenntnisse mitbringen. Voraussetzung sind gute Kenntnisse im allgemeinen Schuld- und Sachenrecht sowie die Bereitschaft, sich mit der zunächst vielfach neuen Materie zu beschäftigen und vertraut zu machen. Die mitunter komplexen und herausfordernden Aufgaben in diesem Bereich erfordern ein wirtschaftliches Grundverständnis, gute, beispielsweise im Rahmen eines LL.M Programms erworbene Englischkenntnisse sowie den Willen zur Teamarbeit mit den Kolleginnen und Kollegen. Wenn sich Studenten für das hier im Überblick vorgestellte Rechtsgebiet *Banking & Finance* interessieren, sollten Sie die Möglichkeit zur Mitarbeit in einer Großkanzlei am besten bereits während des Studiums oder Referendariats nutzen um sich selbst ein Bild davon machen zu können, ob der spätere Einstieg als Rechtsanwalt in diesem Bereich eine Option für sie darstellt.

# Grundlagen zu Art. 6 Abs. 1 und 2 GG

*von Martin Weber und Christina-Maria Leeb (München/Passau)*

Martin Weber, Jahrgang 1986, studierte an den Universitäten Passau und Leuven. Derzeit schreibt er an seiner Dissertation zu einer medienrechtlichen Thematik und absolviert daneben sein Referendariat im OLG-Bezirk München.
Christina-Maria Leeb ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Passau. Sie ist zudem als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Wirtschaftsverwaltungs-, Medien- und Informationsrecht bei Herrn Prof. Dr. Müller-Terpitz beschäftigt.

## A. EINLEITUNG

Der folgende Beitrag soll mit den Grundzügen des in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltenen **Schutzes von Ehe und Familie** sowie dem in Art. 6 Abs. 2 GG garantierten **Elternrecht** vertraut machen.[1] Dabei wird vorwiegend die abwehrrechtliche Dimension dieser Grundrechte beleuchtet; Fragen der Institutsgarantie und der Stellung der Regelungen als wertentscheidenden Grundsatznormen, die regelmäßig eine geringere Klausurrelevanz aufweisen, werden gemeinsam mit Problematiken zu den Absätzen 3-5 in Iurratio 3/2013 behandelt.

## B. SCHUTZBEREICHE

### I. SCHUTZ VON EHE UND FAMILIE, ART. 6 ABS. 1 GG

Art. 6 Abs. 1 GG begründet trotz seiner objektiven Formulierung, welche die Normierung allein eines Schutzauftrages des Staats nahe legt, nicht allein eine Institutsgarantie und eine wertentscheidende Grundsatznorm,[2] sondern stellt auch ein subjektiv-öffentliches Eingriffsabwehrrecht im klassischen Sinne dar.[3]

Bei dem Abwehrrecht handelt es sich um ein Menschenrecht, welches nicht allein Deutschen i.S.v. Art. 116 Abs. 1 GG zusteht, sondern allen natürlichen Personen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit.[4] Juristische Personen wie z.B. Träger von Schulen, Internaten oder Kindertagesstätten kommen als Grundrechtsträger nicht in Betracht, da sie ihren Erziehungsauftrag nur von den Eltern übertragen bekommen haben.[5]

Auf supra- wie internationaler Ebene werden Ehe und Familie durch veritable Instrumentarien, die neben den nationalen Schutzmechanismen stehen, garantiert. Bedeutsam sind – neben Art. 7, 9 GRC[6] sowie Art. 17, 23 IPBR[7] – insbesondere Art. 8 Abs. 1, Art. 12 EMRK.[8]

#### 1. DER SCHUTZ DER EHE

##### a) Begriff

Die Ehe wird durch das Grundgesetz nicht definiert. Ein Rückgriff auf den Ehebegriff des materiellen Rechts – soweit ein solcher überhaupt letztverbindlich feststellbar ist –9 ist nicht möglich; vielmehr ist eine autonome Interpretation der Verfassung angezeigt.10 Diese geht allerdings wiederum vom verweltlichten und damit bürgerlichrechtlichen Verständnis des Begriffes zum Zeitpunkt der Verfassungsgebung aus, das sich gerade in den Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches niederschlägt.11 Allerdings ist der sich hieraus ergebende Ehebegriff nicht als in Stein gemeißelt zu betrachten; vielmehr muss den sich über die Jahre ergebenden gesellschaftlich gewandelten Anschauungen genüge getan werden.12 Der Schutz der Ehe wird daher nicht „abstrakt, sondern in der Ausgestaltung, wie sie den jeweils herrschenden, in der gesetzlichen Regelung maßgebend zum Ausdruck gelangten Anschauungen“13 abgebildet wird, gewährleistet.

So sieht das Bundesverfassungsgericht derzeit (insoweit seit Jahrzehnten mehr oder minder unverändert) die Ehe als ein auf Dauer angelegtes Zusammenleben von Frau und Mann in Form einer umfassenden Lebensgemeinschaft auf Grundlage eines freien Entschlusses, der staatlicher Beurkundung bedarf, an.14

Diese Definition ist grundsätzlich Modifikationen zugänglich. Allerdings ist nach überkommener Ansicht der Ehebegriff trotz seiner Entwicklungsoffenheit durch mehrere, dem materiellen Eherecht entnommene zwingende Begriffsmerkmale geprägt, die ein verfassungsrechtliches Minimum hinsichtlich des Ehebegriffes darstellen und damit als deren Wesenskern quasi unabänderlich sind.[15] Worum es sich hierbei im Einzelnen handelt, ist umstritten.[16] Genannt werden im Wesentlichen folgende Kriterien:

1 Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung etwa *Epping*, Grundrechte, 4. Aufl. 2010, Rn. 492; *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 2007, § 16 Rn. 1 m.w.N.
2 BVerfGE 6, 55, 72 (Zusammenveranlagung).
3 BVerfGE 31, 58, 68 (Spanier-Beschluss); E 80, 81, 92 (Volljährigenadoption I).
4 BVerfGE 111, 160, 169 (Kindergeld für Ausländer); 111, 176, 184 (Erziehungsgeld für Ausländer).
5 BVerfGE 13, 290, 297.
6 Grundlegend *Herzog,* Bitburger Gespräche 2001, 7 ff.; eingehend hierzu ferner *Tettinger/Geerlings*, EuR 2005, 419 ff.; *Jarass,* EU-Grundrechte, 2005, § 14, 31. Zu Art. 7 GRC *Jarass,* FamRZ 2012, 1181 ff.
7 Vgl. *Schilling,* Internationaler Menschenrechtsschutz, 2. Aufl. 2010, § 13.
8 Vgl. hierzu grundsätzlich *Coester-Waltjen,* JURA 2007, 914 ff. Ferner *Wolff,* EuR 2005, 721 ff.

9 Der Begriff der Ehe ist im materiellen Eherecht nicht definiert. Ein solcher lässt sich allerdings wohl aus den Merkmalen der Ehe, die sich wiederum aus den §§ 1303 ff. BGB ergeben, herleiten. *Gernhuber/Coester-Waltjen,* Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 4 Rn. 1 definieren daran anknüpfend Ehe als “die von einer Rechtsordnung anerkannte Verbindung eines Mannes und einer Frau zur Lebensgemeinschaft” (vgl. präzisierend hierzu *Coester-Waltjen,* JURA 2008, 108, 108).
10 BVerfGE 31, 58, 69.
11 *Hofmann,* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Art. 6 Rn. 14.
12 Vgl. *Coester-Waltjen*, in: v. Münch/Kunig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 3; *Dies.,* JURA 2008, 108, 109; *Badura,* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 6, Rn. 36.
13 BVerfGE 105, 313, 345 (Lebenspartnerschaftsgesetz).
14 BVerfGE 10, 59, 66 (Stichentscheid); E 62, 323, 330 (Hinkende Ehe); E 105, 313, 345.
15 Vgl. *Friauf,* NJW 1986, 2595, 2600.
16 Ausführlich *Stern,* Staatsrecht IV/1, S. 420 ff.

**aa) Formalisierter Eheschluss durch Mitwirkung einer staatlichen Stelle[17]**

Die rechtswirksame Eingehung einer Ehe erfordert stets die Mitwirkung eines Standesbeamten, §§ 1310 ff. BGB. Nichteheliche Lebenspartnerschaften – denen es an diesem formalen Entstehungsakt durch staatliche Mitwirkung fehlt – werden allein durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt, selbst wenn sie materiell einer Ehe entsprechen.[18] Durch bewussten Verzicht auf die Eheschließung vermeiden die Partner willentlich den Eintritt der Ehefolgen, womit ihnen der Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG nicht zu Gute kommen soll;[19] eine analoge Anwendung des Art. 6 Abs. 1 GG ist allein aufgrund des durch Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG ausreichenden Schutzes nicht geboten.[20] Dem Gesetzgeber steht es allerdings frei, nichteheliche Lebensgemeinschaften auf Ebene des einfachen Rechts durch (teilweise) Erstreckung der eherechtlichen Bestimmungen einfachrechtlich faktisch (weitgehend) mit der Ehe gleichzustellen wie z.B. im Unterhaltsrecht, wenn es sich um sog. Verantwortungs- oder Einstehensgemeinschaften handelt.[21]

**bb) Freiwilliger Entschluss beider Partner zur Eheschließung auf unbestimmte Zeit bei grundsätzlicher Unauflöslichkeit[22]**

Entscheidend ist allein der im Zeitpunkt der Eheschließung bei beiden Partnern vorliegende freie Wille, die Ehe auf unbestimmte Dauer[23] einzugehen.[24] Die Scheidung ist dennoch als ultima ratio im Falle des Scheiterns der Ehe möglich,[25] stellt aber die absolute Ausnahme dar.[26] Geschiedene Ehen fallen grundsätzlich nicht in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG.[27]

**cc) Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner[28]**

Das Merkmal findet nach der vorherrschenden Auffassung in der Literatur seinen Ausgangspunkt im Zweck des grundgesetzlichen Schutzes der Familie, der in der für den Fortbestand der Gesellschaft essentiellen Reproduktion zu sehen ist.[29] Zwar ergibt sich – anders als bei der Vorläuferbestimmung des Art. 119 Abs. 1 S. 2 WRV – nicht direkt aus dem Wortlaut, dass die Ehe an die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner anknüpft; allerdings sei der Verfassungsgeber – berücksichtigt man seinerzeit vorherrschende kulturelle Vorstellungen – wie selbstverständlich hiervon ausgegangen.[30]

**dd) MONOGAMIE[31]**

Im deutschen Rechtskreis sind nur Einehen als Ehen i.S.d. Art. 6 Abs. 1 GG anzusehen.[32]

**Dem Schutzbereich unterfallen demnach im Einzelnen:**

- nach nationalem, bürgerlichem Recht wirksam geschlossene Ehen[33]
- mit Ausländerbeteiligung in Deutschland geschlossene, funktional mit deutschem Recht vergleichbare Ehen, die zwar nach hierzulande geltendem Recht unwirksam, nach ausländischem Recht jedoch wirksam sind, sog. **hinkende Ehen**[34]

Eine Abweichung von den Begriffsmerkmalen und Voraussetzungen der zivilrechtlichen Ehe ist allein aufgrund des autonom zu bestimmenden verfassungsrechtlichen Ehebegriffes möglich. Die funktionale Vergleichbarkeit ist immer dann zu bejahen, wenn die hinkende Ehe einer auf Lebenszeit angelegten personalen Lebensgemeinschaft, die materiell an die Vorstellungen des BGB angenähert ist, entspricht.[35]

Auch im Ausland wirksam geschlossene **polygame** Ehen sollen in Deutschland Schutz genießen;[36] mit Blick auf den deutschen ordre public ist dies allerdings äußerst problematisch: Denn die Aufnahme der polygamen Ehe führt letztlich zu einer Pervertierung des kulturell geprägten Ehebegriffes im Kern seines Wesensgehaltes.[37]

- Ehen eines Transsexuellen mit einem Partner des anderen Geschlechts[38]

**Nicht geschützt sind:**

- nichteheliche und eheähnliche Lebenspartnerschaften[39]

Es fehlt am formalen Akt der Eheschließung durch Beurkundung des Standesbeamten (§§ 1310 ff. BGB), der Publizität schaffen soll,[40] sowie regelmäßig an der grundsätzlichen a priori gewollten Unauflöslichkeit der Gemeinschaft.[41]

- gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften[42]

Das gemeinhin als zwingend angesehene[43] Merkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit ist nicht gegeben.

- allein kirchlich geschlossene Ehen[44]

Kirchen können keine rechtlichen Bindungen schaffen; würde der Staat dennoch Rechtsfolgen an eine von kirchlicher Seite geschlossene Bindung folgen lassen, so käme er mit seiner Neutralitätspflicht in Konflikt.[45] Dies gilt auch nach Aufgabe der obligatorischen Zivilehe nach Streichung der §§ 67, 67a PStG.[46]

- Namens-, Aufenthalts- oder Scheinehen, da es den Partnern hierbei

17 BVerfGE 29, 166 176; E 62, 223, 230. Krit. *Michael/Morlok,* Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn. 252.
18 BVerfGE 87, 234, 267 (Nichteheliche Lebensgemeinschaft III). Die Ausdehnung des Art. 6 Abs. 1 GG auf nichteheliche Lebensgemeinschaften wurde durch die Gemeinsame Verfassungskommission abgelehnt, vgl. BT-Drs. 12/6000, S. 54 ff.
19 Vgl. *Coester-Waltjen*, in: v. Münch/Kunig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 7; *Robbers,* in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz Art. 6 Rn. 43.
20 BVerfGE 112, 50, 65; *Steiger,* VVDStRL 1987, 55, 78.
21 Vgl. BVerfGE 82, 6, 15 (Nichteheliche Lebensgemeinschaft II); 84, 164, 184. Ferner *Robbers,* in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 44. Eingehend hierzu *Coester-Waltjen,* JURA 2008, 108, 109 f.
22 BVerfGE 10, 59, 66; E 31, 58, 82; E 53, 224, 245; E 62, 323, 330; E 115, 1, 19.
23 Vgl. § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB: Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen.
24 BVerfGE 29, 166, 176; E 62, 323, 331; Vgl. auch *Franz/Günther,* JuS 2007, 626, 627.
25 BVerfGE 53, 224, 245; E 62, 323, 329.
26 So auch *Coester-Waltjen*, in: v.Münch/Kunig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 10.
27 BVerwG 15, 306, 316.
28 BVerfGE 105, 313, 345.
29 Vgl. so *Michael/Morlok,* Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn. 248; *Franz/Günther,* JuS 2007, 626, 626.
30 Vgl. so *Coester-Waltjen,* JURA 2008, 108, 110; *Franz/Günther,* JuS 2007, 626, 626.
31 BVerfGE 29, 166, 176; E 31, 58, 61; E 62, 323, 330. Vgl. hierzu auch *Coester-Waltjen,* JURA 2008, 108, 110; *Robbers,* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 42; *Pauly,* NJW 1997, 1955, 1956.
32 BVerfGE 29, 166, 176; E 31, 58, 69; E 51, 58, 61; E 62, 323, 331; E 87, 234, 264.
33 *Papier/Kronke,* Grundkurs Öffentliches Recht 2 - Grundrechte, 2012, Rn. 313.
34 BVerfGE 62, 323, 329 f.; differenzierend *Coester-Waltjen,* in: v.Münch/Kunig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 6.
35 BVerfGE 62, 323, 331; vgl. auch *Badura,* in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 44.
36 Vgl. BVerwGE 71, 228, 231 f. (Nachzug der Zweitehefrau).
37 Vgl. *Hofmann,* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Art. 6 Rn. 6; *Schmitt-Kammler/von Coelln,* in: Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 7; a.A. *Robbers*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 42; *Coester-Waltjen,* Festschrift Henrich, 2000, S. 91, 92 ff.
38 Vgl. BVerfGE 49, 286, 300 (Geburtenbuchänderung); E 115, 1, 14 (Namensänderung).
39 BVerfGE 9, 20, 34; E 36, 145, 165; E 112, 50, 65.
40 BVerfGE 36, 146, 165; vgl. *Franz/Günther,* JuS 2007, 626, 627; *Bosch,* NJW 1998, 2004.
41 Vgl. BVerfGE 87, 234, 265; E 112, 50, 65; E 117, 316, 327 ff.
42 BVerfGE 105, 313, 345.
43 Vgl. BVerfG NJW 1993, 3058 (Gleichgeschlechtliche Partner); BVerwGE 100, 287, 294; in der Literatur so etwa *Burgi,* Der Staat 2000, 487, 492; *Pauly,* NJW 1997, 1955; *Robbers,* JZ 2001, 779, 781; *Scholz/Uhle,* NJW 2001, 393, 397; a.A. etwa *Bruns,* ZRP 1996, 6,7; *Ott,* NJW 1998, 117; *Möller,* DÖV 2005, 64; *Trimbach/Webert,* NJ 1998, 63.
44 Vgl. BVerfGE 29, 166, 176; E 62, 223, 230; ähnlich *Schmitt-Kammler/von Coelln,* in: Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 9. Krit. *Coester-Waltjen,* in: v. Münch/Kunig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 6; *Robbers,* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 39.
45 *Epping,* Grundrechte, 4. Aufl. 2010, Rn. 495; *Schmitt-Kammler/von Coelln,* in: Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 14. Krit. *Kingreen,* JURA 1997, 401, 402.
46 Vgl. *Schwab,* FamRZ 2008, 1121.

am Ziel der gemeinsamen Lebensgestaltung mangelt.[47]
- geschiedene Ehen mit Ausnahme der Folgewirkungen[48]

**b) Geschütztes Verhalten**

Vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG sind verschiedene Verhaltensweisen umfasst.[49] Zentral sind dabei insbesondere:
- Eheschließungsfreiheit (wie etwa: Entscheidung zur Ehe;[50] freie Wahl des Ehepartners;[51] Zeit und Ort der Eheschließung; Ehe- und Familienname[52]). Nicht umfasst ist allerdings die Entscheidung gegen die Eheschließung, die allein durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet wird.[53]
- Ausgestaltung des ehelichen Zusammenlebens und der Gemeinschaft in den Grenzen des materiellen Rechts (wie etwa: Aufgabenverteilung der Ehepartner in der Gemeinschaft;[54] Bestimmung des Güterrechts; finanzielle Beziehungen innerhalb der Ehe einschließlich des Abschlusses eines gleichberechtigten Ehevertrages;[55] Festlegung des gemeinsamen Wohnortes[56])[57]
- Ehescheidung[58] und Folgewirkungen der Ehe (z.B. Unterhaltsansprüche)[59]
- Wiederverheiratung (= Eingehung einer sog. „Folgeehe")[60]

**2. DER SCHUTZ DER FAMILIE**

**a) Begriff**

Auch der Begriff der Familie wird durch die Verfassung nicht definiert. Auf die Merkmale eines einfachrechtlichen Familienbegriffes lässt sich in Ermangelung klar umrissener Formen eines solchen Institutes nicht rekurrieren.[61] Das Bundesverfassungsgericht versteht unter Familie den eigenständigen, in sich geschlossenen Lebensraum, der durch die Gemeinschaft von Eltern und Kindern gebildet wird.[62] Das Grundgesetz geht nach allgemeiner Ansicht vom Leit- und Idealbild der ehebasierten (und damit durch verwandtschaftliche Bindungen gekennzeichnete), in häuslicher Gemeinschaft verbundene Familie aus.[63]
Was hierunter zu subsumieren ist, muss anhand faktischer Elemente unter Berücksichtigung der sozialen Wirklichkeit ermittelt werden.[64] Der Begriff der Familie muss allerdings aufgrund sich wandelnder gesellschaftlicher wie sozialer Verhältnisse an die Gegebenheiten der Verfassungswirklichkeit angepasst werden.
Unerheblich hierfür ist,
- ob die Eltern (noch) miteinander durch Ehe verbunden sind,[65]
- ob häusliche Gemeinschaft zwischen Kind und Elternteil besteht,[66]
- die Kinder minder- oder volljährig sind[67] und
- es sich um leibliche oder Adoptiv-, Stief- oder Pflegekinder handelt.[68]

Nach allgemeiner Meinung bilden auch gleichgeschlechtliche Paare mit denen ihnen rechtlich zugeordneten Kindern eine Familie.[69] Selbiges gilt für die Beziehung zwischen dem biologischen Vater und seinem Kind[70] sowie zwischen Großeltern und Enkel.[71]

**Nicht** vom Schutzbereich umfasst sind dagegen nach herrschender Ansicht kinderlose Paare[72] sowie die aus mehreren Generationen bestehende „Großfamilie" und – abweichend vom natürlichen Sprachgebrauch – die Gesamtheit der Verwandten.[73]

Auch „neue" Familienformen genießen grundgesetzlichen Schutz, wie etwa
- alleinerziehende Mütter mit nicht-/ehelichen Kindern[74]
- alleinerziehende Väter mit nicht-/ehelichen Kindern[75]
- verheiratete Paare mit leiblichen Kindern eines Partners (etwa aus einer geschiedenen Ehe)[76]

Es kommt dabei stets nur auf das Vorhandensein gefestigter Bindungen zwischen Elternteil und Kind an.

**b) Geschütztes Verhalten**

Von Art. 6 Abs. 1 GG geschützt sind alle Bereiche ehelichen und familiären Zusammenlebens.[77] Darunter fallen etwa die Gründung einer Familie an sich sowie die freie Entscheidung der Eltern darüber, ob, wann und wie viele Kinder sie haben wollen.[78]
Das Bundesverfassungsgericht macht jedoch das Niveau des geschützten Verhaltens von Grad und Intensität der Unterhalts- und Beistandsnotwendigkeit abhängig:[79]
Intensivsten Schutz genießt die Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen Eltern und Kindern, welche von der prinzipiellen Schutzbedürftigkeit der heranwachsenden Kinder bestimmt ist, welche sich mit wachsender Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit des Kindes zu einer weniger schutzwürdigen Hausgemeinschaft entwickelt, in welcher Verantwortlichkeit und Sorgerecht der Eltern zurücktreten, bis letztlich der finale Grad einer bloßen Begegnungsgemeinschaft erreicht ist, in welcher Eltern und Kinder nur gelegentlich Umgang pflegen.

47 BVerfGE 76, 1, 58 (Familiennachzug); BVerwGE 65, 174, 180; ebenso *Schmitt-Kammler/von Coelln,* in: Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 12; *Coester-Waltjen,* in: v.Münch/Kunig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 9; a.A. *Schmidt,* Grundrechte sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde, 14. Aufl. 2012, Rn. 557, welcher mit Ausnahme evident rechtsmissbräuchlichen Verhaltens auch Aufenthalts- und Namensehen dem Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG unterstellen möchte, solange die Ehe noch nicht gem. §§ 1314 Abs. 2 Nr. 5, 1315 ff. BGB beschlussmäßig vom Familiengericht aufgehoben ist; dem folgend *Franz/Günther,* JuS 2007, 626, 627.
48 BVerwGE 15, 306, 316. Vgl. *Schmitt-Kammler/von Coelln,* in: Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 5.
49 Vgl. eingehend *Pieroth/Schlink,* Grundrechte. Staatsrecht II, 25. Aufl. 2009, Rn. 694.
50 Wegen BVerfG NJW 2010, 2783 ff. gelten sämtliche folgende Ausführungen zur Ehe auch terminologisch entsprechend für die eingetragene Lebenspartnerschaft.
51 BVerfGE 29, 166, 175; E 31, 58, 67.
52 BVerfGE 84, 9 ff.; E 123, 90 ff. (Ehedoppelname); E 104, 373, 385 (Name der Kinder).
53 BVerfGE 56, 363, 384; zust. *Badura,* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 6 Rn. 93; *Gröschner,* in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 53; *Ipsen,* Staatsrecht II – Grundrechte, 10. Aufl. 2007, Rn. 315; a.A. etwa *Robbers,* in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 57; *Wilms,* Staatsrecht II – Grundrechte, 2010, Rn. 732.
54 BVerfGE 105, 1, 11.
55 BVerfGE 103, 89 ff. (Unterhaltsverzichtsvertrag).
56 BVerfG NJW 2005, 3556, 3557.
57 Vgl. etwa BVerfGE 24, 119, 135 (Adoption I), E 56, 246, 250; grundlegend E 105, 1, 11; BVerwG 110, 99, 105.
58 So noch BVerfGE 53, 224, 245 (Zerrüttungsprinzip); E 55, 134, 142. A.A. *Burgi,* in: Friauf/Höfling, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 24; *Robbers,* in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 62.
59 BVerfGE 53, 224, 250; E 53, 257, 297; E 66, 84, 93.
60 BVerfGE 31, 58, 82; E 55, 114, 128; E 66, 84, 93; E 68, 256, 267.
61 *Epping,* Grundrechte, 4. Aufl. 2010, Rn. 496; *Franz/Günther,* JuS 2007, 626, 627.
62 BVerfGE 6, 55, 71; E 18, 97, 105 (Zusammenveranlagung); E 48, 327, 339 (Familiennamen).
63 *Robbers,* in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 17 f.; *Michael/Morlok,* Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn. 255; *v. Campenhausen,* VVDStRL 1987, 7, 22.
64 *Schmitt-Kammler/von Coelln,* in: Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 16; *Sachs,* Verfassungsrecht II - Grundrechte, 2. Aufl. 2003, B 6 Rn. 12.
65 BVerfGE 106, 166, 176 (Zählkindervorteil).
66 BVerfGE 108, 82, 112.
67 BVerfGE 57, 170, 178 (Briefe aus der Untersuchungshaft); E 92, 158, 176.
68 BVerfGE 18, 97, 105; E 68, 176, 187 (Pflegefamilie); E 79, 51, 62; E 80, 81, 90, E 84, 9, 21 ff.
69 *Coester-Waltjen,* JURA 2008, 349, 350; *Pieroth,* in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 4. Krit. *Michael/Morlok,* Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn. 255; teilweise werden in dieser Konstellation auch zusätzliche Kriterien gefordert, vgl. *Franz/Günther,* JuS 2007, 626, 628 m.w.N. unter Fn. 31 f.
70 *Michael/Morlok,* Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn. 255 m.w.N. in Fn. 215.
71 In diese Richtung BVerfG NJW 2009, 1133 f.; Str., vgl. *Coester-Waltjen,* JURA 2008, 349, 350; *Schmitt-Kammler/von Coelln,* in: Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 16 Differenzierend *Franz/Günther,* JuS 2007, 626, 628 m.w.N.
72 *Schmitt-Kammler/von Coelln,* in: Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 16 u.a. unter Bezugnahme auf BVerfGE 36, 146, 165; BVerfG DVBl 2004, 36 f.; *Krings,* FPR 2001, 7, 9.
73 *Ipsen,* Staatsrecht II – Grundrechte, 10. Aufl. 2007, Rn. 324 m.w.N. in Fn. 27.
74 BVerfGE 18, 97, 105 f.; E 80, 81, 90.
75 BVerfGE 45, 104, 123; E 79, 203, 211; E 79, 256, 267 (Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung), s. hierzu *Ritgen,* in: Menzel, Verfassungsrechtsprechung, 2000, S. 407 ff.
76 BVerfGE 79, 256, 267.
77 BVerfGE 76, 1, 42; *Pieroth/Schlink,* Grundrechte, Staatsrecht II, 27. Aufl. 2011, Rn. 697.
78 *Schroeder,* Grundrechte, 2. Aufl. 2011, Rn. 394.
79 Vgl. grundlegend (auch zum folgenden) BVerfGE 80, 81, 90 f.

# Spitzenleistung auf den Punkt gebracht.

**GÖRG – INNOVATIV. PRAXISNAH. RICHTUNGSWEISEND.**

Wir suchen Referendarinnen und Referendare sowie Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die am Berufsanfang stehen.

**Wir sind eine der führenden unabhängigen Wirtschaftskanzleien Deutschlands.**

Mit Präzision, fachlicher Spezialisierung und fachgebietsübergreifender Kooperation sichern wir jeden Tag aufs Neue die hohe Qualität, die unsere Mandanten von uns gewohnt sind – in nationalen ebenso wie in internationalen Projekten. Wir bieten die Möglichkeit der Ausbildung bei unseren erfahrenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten. Wir sehen in Ihnen unsere zukünftigen Kolleginnen und Kollegen und erwarten daher neben hervorragenden Rechtskenntnissen (Prädikatsexamen) ein sicheres Auftreten und Fremdsprachenkompetenz.

Wir suchen außerdem stets Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte mit Interesse an einer eigenverantwortlichen Tätigkeit, denen unternehmerisches Denken nicht fremd ist und die Prädikatsexamina vorweisen, promoviert sind und über sehr gute Englischkenntnisse verfügen. Wenn Sie Interesse haben, freuen wir uns auf Ihre Online-Bewerbung über www.goerg.de oder alternativ per E-Mail an karriere@goerg.de.

Weitere Informationen und Stellenanzeigen finden Sie auf unserer Homepage.

**BERLIN ESSEN FRANKFURT AM MAIN HAMURG KÖLN MÜNCHEN**
**WWW.GOERG.DE**

GÖRG

### II. Elternrecht, Art. 6 Abs. 2 GG

Art. 6 Abs. 2 GG statuiert das gegenüber den Rechten des Abs. 1 eigenständige,[80] „natürliche" Recht der Eltern auf **Pflege und Erziehung** ihrer Kinder (Abwehrrecht) sowie auch ihre (Grund-)Pflicht hierzu.[81] Es umfasst einerseits die freie Entscheidung der Ausgestaltung der Sorge um das körperliche und seelische Wohl der minderjährigen Kinder (Pflege)[82] sowie andererseits um ihre schulische und berufliche (Aus-)Bildung (Erziehung).[83] Darunter fällt auch die Sicherstellung des persönlichen Umgangs des Kindes zu beiden Elternteilen, notfalls durch eine gerichtliche Regelung.[84] Oberste Richtschnur für das Handeln der Eltern im Rahmen der Elternverantwortung ist stets das Kindeswohl;[85] diesem zuwiderlaufende Handlungen der Eltern werden daher von Art. 6 Abs. 2 GG nicht geschützt.[86] Die Namensgebung sowie die religiöse Erziehung der Kinder wird hingegen schon als vom Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG umfasst angesehen;[87] dies gilt auch für die Entscheidung über die Art und Weise der Betreuung des Kindes.[88]

In der Praxis ist das Elternrecht insbesondere im Schulwesen relevant, da Art. 7 Abs. 2 GG das Recht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG konkretisiert.[89]

Neben den leiblichen Eltern[90] von nicht-/ehelichen Kindern sind auch die Adoptiveltern vom persönlichen Schutzbereich des Grundrechts umfasst,[91] nicht jedoch die Pflegeeltern[92] sowie die Großeltern.[93] Die elterlichen Befugnisse aus Art. 6 Abs. 2 GG nehmen mit zunehmendem Alter des Kindes ab und erlöschen – unter teilweisem Fortbestand der Elternpflicht – mit dessen Volljährigkeit.[94]

Art. 6 Abs. 2 GG statuiert nicht nur ein Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat, sondern wirkt wiederum einerseits als Institutsgarantie der elterlichen Sorge[95] und stellt andererseits eine Schutzpflicht des Staates gegenüber den Bürgern dar.[96]

## C. Eingriff

Aufgrund der Institutsgarantien in Art. 6 Abs. 1 und 2 GG obliegt dem Gesetzgeber ein weiter Ausgestaltungsspielraum hinsichtlich der Begriffe Ehe und Familie, sodass nicht jede ehe- und familienbezogene Regelung einen Eingriff in den Schutzbereich des jeweiligen Grundrechts darstellt.[97] Ein Eingriff liegt nur dann vor, wenn diese Begriffe nicht mehr lediglich definiert werden, sondern eine freiheitsverkürzende Wirkung auf Ehe und Familie vorliegt bzw. mit der Institutsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG unvereinbar sind.[98] Auch bei ausgestaltenden Regelungen muss jedoch insbesondere der – geringen Anforderungen genügende[99] – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden. Als Beispiele für bloß ausgestaltende Regelungen kann das Mindestalter für die Eheschließung in § 1303 BGB (Ehemündigkeit) sowie die Eheverbote in §§ 1306, 1307 BGB herangezogen werden.[100]

Zusammenfassend sind Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG „alle staatlichen Maßnahmen, die die grundrechtlichen Gewährleistungen schädigen, stören oder sonst beeinträchtigen."[101] Dies können im Einzelnen etwa sein:

### I. Art. 6 Abs. 1 GG

- Ausweisung eines Ausländers, der in Deutschland verheiratet ist und/oder Kinder hat, z.B. aufgrund wiederholten und massiven Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz (BtMG)[102]
- Lauschangriff auf die eheliche Wohnung[103]
- Schlechterstellung von Eheleuten durch Zusammenveranlagung zur Einkommenssteuer bei der Bemessung der Steuerschuld im Vergleich zur Einzelveranlagung[104]
- Wohnungsverweisung bei häuslicher Gewalt[105]

### II. Art. 6 Abs. 2 GG

- Einführung der allgemeinen Schulpflicht oder auch nur den Vorstellungen der Eltern zuwiderlaufende Unterrichtsinhalte[106]
- Beschränkungen in der Namensgebung[107]
- Übertragung des Sorgerechts auf den anderen Elternteil oder auf einen Dritten[108]
- staatlich veranlasste Trennung des Kindes von den Eltern entgegen deren Willen (§ 1666a BGB) als empfindlichster Eingriff in das Elternrecht
- genereller Ausschluss des Vaters eines nicht ehelichen Kindes von der Sorgetragung für sein Kind[109]

## D. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Hier muss zwischen dem Schutz von Ehe und Familie sowie dem Elternrecht differenziert werden:

### I. Hinsichtlich Art. 6 Abs. 1 GG

#### 1. Schranken

Der Schutz von Ehe und Familie ist vorbehaltlos garantiert; Eingriffe können nur durch verfassungsimmanente Schranken in Gestalt

80 Vgl. *Papier/Kronke*, Grundkurs Öffentliches Recht 2 - Grundrechte, 2012, Rn. 319.
81 Das Bundesverfassungsgericht spricht insoweit auch von einer „treuhänderischen Freiheit" der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG, vgl. BVerfGE 59, 360, 376 (Schülerberater).
82 BVerfGE 59, 360, 376.
83 BVerfG NJW 2003, 1031.
84 BVerfGE 31, 394 ff.
85 BVerfGE 59, 360, 376 f.; E 61, 358 ff.
86 BVerfGE 24, 119; E 103, 89, 107.
87 *Schmidt*, Grundrechte sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde, 14. Aufl. 2012, Rn. 563 m.w.N.
88 Vgl. *Zacher,* Handbuch des Staatsrechts VI, § 134 Rn. 65.
89 Ausführliche Darstellung mit Beispielen in *Schmidt*, Grundrechte sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde, 14. Aufl. 2012, Rn. 564.
90 BVerfGE 92, 158, 178 (Adoption II); Träger des Grundrechts ist i.Ü. *jeder* Elternteil, wenn auch mit Gemeinschaftsbindung bei der Ausübung, BVerfGE 47, 46, 76 (Sexualkundeunterricht).
91 BVerfGE 24, 119, 150; vgl. auch *Coester/Waltjen,* in: v.Münch/Kunig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Rn. 71.
92 BVerfGE 79, 51, 60 (Sorgerechtsprozess).
93 BVerfGE 19, 323, 329.
94 BVerfGE 59, 360, 382; E 72, 122, 137.
95 *Sachs,* Verfassungsrecht II - Grundrechte, 2. Aufl. 2003, B 6 Rn. 39.
96 Vgl. hierzu ausführlich *Epping,* Grundrechte, 4. Aufl. 2010, Rn. 511 f. m.w.N.
97 Beispiele für definierende Regelungen finden sich in *Schmidt*, Grundrechte sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde, 14. Aufl. 2012, Rn. 566; auch der Erlass des LPartG stellt schon keinen Eingriff dar, vgl. BVerfGE 105, 313, 346 ff; vgl. zum Unterschied zwischen Eingriff und Ausgestaltung im Allgemeinen etwa *Epping,* Grundrechte, 4. Aufl. 2010, Rn. 423 f.
98 BVerfGE 6, 55, 76; E 55, 114, 126 f.; E 81, 1, 6.
99 *Schmidt*, Grundrechte sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde, 14. Aufl. 2012, Rn. 567; krit. zur Frage der Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei ausgestaltenden Regelungen im Allgemeinen *Epping,* Grundrechte, 4. Aufl. 2010, Rn. 427.
100 Vgl. *Ipsen,* Staatsrecht II – Grundrechte, 10. Aufl. 2007, Rn. 309, 320 sowie zu weitergehenden – verfassungswidrigen – Eheverboten Rn. 321; zahlreiche weitere Beispiele finden sich bei *Wilms,* Staatsrecht II – Grundrechte, 2010, Rn. 735.
101 *Schroeder,* Grundrechte, 2. Aufl. 2011, 400 unter Bezugnahme auf BVerfGE 81, 1.
102 Vom BVerfG mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 GG nicht vertieft erörtert, allerdings im Hinblick auf den – inhaltlich weitgehend identischen – Art. 8 EMRK bejaht (vgl. BVerfG, NVwZ 2007, 946 ff.); vgl. auch *Wilms,* Staatsrecht II – Grundrechte, 2010, Rn. 734 m.w.N. sowie *Franz/Günther,* JuS 2007, 626, 629 f.
103 BVerfGE 109, 279 ff. (Großer Lauschangriff).
104 BVerfGE 6, 55 ff.
105 VG Aachen, NJW 2004, 1888 ff.
106 Vgl. BVerfGE 98, 218, 252 f. (Rechtschreibreform).
107 BVerfG NJW 2009, 663 ff.
108 BVerfG NJW 2008, 2835 ff.
109 BVerfGE 127, 132 ff.

kollidierenden Verfassungsrechts wie z.B. Grundrechte Dritter oder andere Güter von Verfassungsrang legitimiert werden.[110]

#### 2. Schranken-Schranken

Wichtig ist hier insbesondere die Herstellung praktischer Konkordanz[111] zwischen dem Schutz von Ehe und Familie auf der einen und dem widerstreitenden Verfassungsgut auf der anderen Seite durch einen in jedem Einzelfall vorzunehmenden schonenden Ausgleich.

### II. Hinsichtlich Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG

#### 1. Schranken

Hinsichtlich des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG besteht eine verfassungsimmanente Schranke in Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG (**„staatliches Wächteramt“** mit der Wirkung eines qualifizierten Gesetzesvorbehalts). Der Staat trägt die Pflicht zur Sicherstellung der Pflege und Erziehung des Kindes, wenn die Eltern dieser nicht ausreichend nachkommen[112] und der Eingriff dem Kindeswohl dient.[113] Weiterhin kann das Elternrecht durch die zugleich begründete Elternpflicht beschränkt werden; dies gilt insbesondere für die Pflicht zur Erziehung zu rechtstreuem Handeln.[114]

Im Übrigen kann das Elternrecht auch wiederum mittels kollidierenden Verfassungsrechts beschränkbar sein.[115] Praxisrelevant ist hierbei neben Grundrechten des Kindes insbesondere der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG.[116]

#### 2. Schranken-Schranken

Neben der Verhältnismäßigkeit (d.h. ein staatlicher Eingriff darf nur dann erfolgen, *wenn und soweit* es das Kindeswohl zwingend erfordert[117]) bzw. – im Falle der bloßen Beschränkung durch kollidierendes Verfassungsrecht – Herstellung praktischer Konkordanz ist im Fall der Trennung der Kinder von ihren Eltern gegen deren Willen an die spezielle Schranken-Schranke in Art. 6 Abs. 3 GG zu denken, wonach ein Versagen der Erziehungsberechtigten oder aber die Gefahr der Verwahrlosung gegeben sein muss (spezieller Eingriffsvorbehalt).[118]

### E. Konkurrenzen[119]

Das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG ist lex specialis zu Art. 6 Abs. 1 GG.[120] Der Schutz von Ehe und Familie ist eine spezielle Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes und geht daher Art. 3 Abs. 3 GG vor.[121]

110 Allgemein zum kollidierenden Verfassungsrecht vgl. etwa *Epping,* Grundrechte, 4. Aufl. 2010, Rn. 72 ff.; laut *Hufen,* Staatsrecht II – Grundrechte, 2007, § 16 Rn. 26 sind verfassungsimmanente Schranken hier jedoch kaum denkbar.
111 Vertiefend hierzu etwa *Michael/Morlok,* Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn. 710 ff., 733 ff.
112 BVerfGE 24, 119, 144.
113 BVerfGE 60, 79, 88.
114 *Epping,* Grundrechte, 4. Aufl. 2010, Rn. 509.
115 *Manssen,* Staatsrecht II, Rn. 436.
116 Vgl. auch Fn. 103 sowie *Wilms,* Staatsrecht II – Grundrechte, 2010, Rn. 757.
117 BVerfGE 24, 119, 143 ff., wonach unterstützende Maßnahmen Vorrang vor repressiven genießen.
118 Zur Funktion als Schranken-Schranke vgl. BVerfGE 60, 79, 91 (Sorgerechtsentzug); 76, 1, 48; vertiefend hierzu etwa *Epping,* Grundrechte, 4. Aufl. 2010, Rn. 518 m.w.N. sowie *Ipsen,* Staatsrecht II – Grundrechte, 10. Aufl. 2007, Rn. 329 f.
119 *Schmidt*, Grundrechte sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde, 14. Aufl. 2012, Rn. 577-578.
120 BVerfGE 24, 119, 135.
121 BVerfG NJW 1993, 3058 (Gleichgeschlechtliche Partner); vgl. dazu auch *Epping,* Grundrechte, 4. Aufl. 2010, Rn. 501.

# Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Absprache im Strafprozess – Eine Prognose

*von Josephine Scharnberg (Passau)*

Josephine Scharnberg studierte von 2006 bis 2011 Rechtswissenschaft an der Universität Passau. Seit 2011 ist die Autorin Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Robert Esser für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht.

## A. Einleitung

Die Begriffe „Absprache“ und „Verständigung“[1] beschreiben ein strafprozessuales Phänomen, das sich in Deutschland seit Mitte der siebziger Jahre entwickelt hat.[2] Dahinter verbirgt sich die zwischen allen Verfahrensbeteiligten vorbesprochene Verfahrensgestaltung oder -beendigung im Strafverfahren.[3] Zwar zählt die Absprache auch in Deutschland längst zum Alltag strafrechtlicher Verfahrenspraxis,[4] doch ist die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorgehensweise seit jeher umstritten. Dies hat sich auch mit der gesetzlichen Normierung der Absprache in der Strafprozessordnung durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2353) nicht geändert. Die zentrale Vorschrift (in Kraft seit dem 4. August 2009) bildet nunmehr § 257c StPO, der Regelungen zum Inhalt, Zustandekommen, der Bindung des Gerichts und den Folgen einer Verständigung, die sich auf den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens beziehen können, enthält.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich bereits in der Vergangenheit wiederholt mit der Zulässigkeit der Absprachepraxis auseinandersetzen müssen. Dabei ist sie bisher stets zu dem Ergebnis gelangt, dass diese Praxis grundsätzlich zulässig ist.[5] Gegenstand der ersten (Grundsatz-)Entscheidung des BVerfG zur Frage der Zulässigkeit von Absprachen im Strafverfahren vom 27. Januar 1987 war eine vor Schluss der Beweisaufnahme außerhalb der Hauptverhandlung erfolgte Verständigung zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung über den Rechtsfolgenausspruch. Die Kammer entschied, dass „bei der hier gegebenen besonderen Sachverhaltsgestaltung keine(n) durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken“ bestünden, zeigte im Folgenden aber auch die Grenzen einer solchen Handhabe auf. Danach verdiene das Recht des Angeklagten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren, der Gleichheitsgrundsatz, das Schuldprinzip, das Erfordernis einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und insbesondere die Ermittlung des wahren Sachverhaltes auch im Rahmen einer Verständigung Beachtung. Ausgeschlossen sei somit die freie Disposition der Verfahrensbeteiligten über die richterliche Aufklärungspflicht, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafbemessung, um einen „Vergleich im Gewande des Urteils“ und den „Handel mit der Gerechtigkeit“ zu verhindern.[6]

1 Die Begriffe Absprache und Verständigung werden synonym verwendet.
2 *Schünemann*, Gutachten 58. DJT 1990 B, S. 16.
3 *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 394.
4 *Beulke/Swoboda*, JZ 2005, 67, 69; so schon *Nestler-Tremel*, DRiZ 1988, 288.
5 Vgl. nur: BVerfG, NJW 1987, 2662; BGHSt 43, 195; BGHSt 50, 40, 48.
6 BVerfG, NJW 1987, 2662 f.

## B. Aktuelles Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht

Bei dem momentan vor dem BVerfG anhängigen Verfahren, bei dem das Gericht über drei Verfassungsbeschwerden zu entscheiden hat, geht es nun erneut um die Verfassungsmäßigkeit der Absprache im Strafverfahren und zumindest mittelbar um die gesetzliche Regelung des § 257c StPO.
Zwei der Beschwerdeführer[7] wurden entgegen der ausdrücklichen Regelung des § 257c Abs. 5 StPO nicht über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichts von dem in Aussicht gestellten Ergebnis belehrt. Ihre Revisionen wurden vom BGH mit der Begründung verworfen, das jeweilige Urteil beruhe nicht auf dem Belehrungsmangel. Sie machen mit ihrer Verfassungsbeschwerde geltend, in ihren Grundrechten verletzt worden zu sein, soweit nach der Rechtsprechung des BGH die fehlende Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO unbeachtlich ist, sofern das Gericht entsprechend der Verständigung urteilt. Diese Handhabe sei verfassungswidrig, da sie ihre Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG (Selbstbelastungsfreiheit), aus Art. 2 Abs. 2 S. 2, 20 Abs. 3 GG (Recht auf faires Verfahren) und aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG (Schuldprinzip) verletze. Darüber hinaus greifen sie mittelbar die gesetzliche Regelung der Verständigung in § 257c StPO an.

Der dritte Beschwerdeführer[8] rügt die Verfassungsmäßigkeit des § 257c StPO. Er beanstandet einen Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren, da auf ihn mittels einer sog. Sanktionenschere[9] unzulässiger Druck ausgeübt worden sei. Zudem bestehe ein Verstoß gegen die richterliche Aufklärungspflicht, da der Verurteilung lediglich ein absprachebedingtes Formalgeständnis zugrunde liege.

Obwohl die grundsätzliche Zulässigkeit der Verständigung bereits 1987 vom BVerfG festgestellt wurde, sind die Verfassungsbeschwerden zur Entscheidung angenommen worden, vgl. § 93a Abs. 1 BVerfGG. § 93a Abs. 2 BVerfGG enthält einen abschließenden Katalog der Annahmegründe.[10] Gem. Art. 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG ist eine Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung anzunehmen, wenn dies zur Durchsetzung der Grundrechte angezeigt ist, sog. Durchsetzungsannahme.[11] Dies kann unter anderem der Fall sein, wenn einer grundrechtswidrigen allgemeinen Praxis von Gerichten entgegengewirkt werden soll.[12] Die gerichtliche Anwendungspraxis des § 257c StPO lässt offenbar befürchten, dass gegen Grundrechte des Angeklagten verstoßen wird, sodass die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung anzunehmen war.

Anlässlich des anhängigen Verfahrens wird im Folgenden die Verfassungsmäßigkeit der Absprache als solcher und der gesetzlichen Normierung, insbesondere des § 257c StPO, untersucht. Die durch die Verfassungsbeschwerden gerügten Grundrechtsverletzungen

7 BVerfG, Az. 2 BvR 2628/10; 2 BvR 2883/10.
8 BVerfG, Az. 2 BvR 2155/11.
9 Beschreibt die vom Gericht in Aussicht gestellte Differenz zwischen der zu erwartenden Strafe mit und ohne Absprache.
10 *Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl. 2006, Rn. 927.
11 *Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl. 2006, Rn. 940.
12 BVerfG, Merkblatt über die Verfassungsbeschwerde zum BVerfG, abrufbar unter: http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/vb_merkblatt.html; *Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl. 2006, Rn. 949.

hinsichtlich des Belehrungsmangels bleiben dabei außen vor. Die Ausführungen orientieren sich insoweit an der Verhandlungsgliederung[13] für die mündliche Verhandlung, die am 7. November 2012 vor dem BVerfG stattgefunden hat.

## C. Verfassungsmässigkeit von Verfahrensabsprachen im Strafprozess

Obwohl die Absprache längst zur gängigen Praxis geworden ist, bestehen gegen sie noch immer erhebliche rechtliche Bedenken. Immer wieder werden Stimmen laut, die die Unvereinbarkeit der Absprachepraxis mit wesentlichen Grundsätzen der Verfassung beklagen. Bemängelt wird vor allem die Unvereinbarkeit der Verständigungspraxis mit dem Schuldprinzip, der Neutralität des Gerichts, der Unschuldsvermutung, der Selbstbelastungsfreiheit, dem Recht auf ein faires Verfahren und dem Gleichheitssatz. Mit diesen Bedenken hat sich nun auch das BVerfG auseinanderzusetzen. „Im Rahmen der zulässigen Verfassungsbeschwerde ist das BVerfG bei der materiellrechtlichen Prüfung nicht mehr darauf beschränkt zu untersuchen, ob eine der gerügten Grundrechtsverletzungen vorliegt. Es kann die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der angegriffenen Normen vielmehr unter jedem in Betracht kommenden verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt prüfen".[14] Das BVerfG prüft also im Rahmen einer zulässigen Verfassungsbeschwerde von Amts wegen jeden Verfassungsverstoß.[15] Der Beschwerdeführer kann mit der Verfassungsbeschwerde eine Verletzung seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte durch die öffentliche Gewalt rügen, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG.

### I. Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip

Das strafrechtliche Schuldprinzip ist in Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 3 GG verankert. Danach ist eine Ahndung der Tat ohne Schuld des Täters ausgeschlossen. Zudem muss bei der Festsetzung der Strafe ein gerechtes Verhältnis zwischen Tatschwere und Verschulden des Täters gefunden werden. „Aus diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben folgt, dass ein zentrales Anliegen des Strafprozesses die bestmögliche Ermittlung des wahren Sachverhalts sein muss."[16]

#### 1. Hauptverhandlung als Grundlage für schuldangemessenes Strafen?

Bereits vor der gesetzlichen Normierung der Absprache im Jahre 2009 wurden Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der Absprachepraxis im Strafverfahren mit dem Schuldprinzip geäußert. Ausgangspunkt der Diskussion ist, dass das Gericht grundsätzlich erst nach Durchführung der Hauptverhandlung beurteilen kann, welche Strafe schuldangemessen ist.[17]

Laut § 257c Abs. 1 S. 2 StPO bleibt § 244 Abs. 2 StPO (Amtsermittlungsgrundsatz) im Falle einer Absprache unberührt, sodass nach dem Wortlaut der Norm davon auszugehen ist, dass auch im Rahmen einer Verständigung eine umfassende Sachverhaltsaufklärung stattfindet. Dabei handelt es sich laut *Hettinger* jedoch um ein bloßes Lippenbekenntnis,[18] denn zu berücksichtigen sei, dass gerade die Einschränkung bzw. der Abbruch der Beweisaufnahme angesichts eines (frühen) Geständnisses einen wesentlichen Bestandteil der Absprachepraxis darstelle.[19] Somit bestehe zwangsläufig ein Widerspruch zwischen dem Aufklärungsgrundsatz und dem Sinn und Zweck der Absprache.[20] Zwar darf auch im Rahmen einer Absprache nicht jedes Geständnis ohne weiteres zur Grundlage des Urteils gemacht werden,[21] doch finde häufig eine Überprüfung des Geständnisses nur anhand der Ermittlungsakten statt.[22] Darin sieht *Schmitt* jedoch keinen Konflikt mit der Aufklärungspflicht des Gerichts. Denn das Geständnis dürfe nicht isoliert betrachtet werden. Maßgeblich sei dessen Substanz, die sich vor allem in der Übereinstimmung mit der sonstigen Beweislage nach Akteninhalt bestimme. Sofern nach Aktenlage also keine weitere Aufklärung geboten erscheint, werde § 244 Abs. 2 StPO auch nicht verletzt – selbst wenn (formal) das Geständnis nahezu die alleinige Urteilsgrundlage darstellt.[23] Eine Überprüfung des Geständnisses anhand einer umfangreichen Beweisaufnahme sei jedoch – wie üblich – erforderlich, sobald die Beweissituation nach Aktenlage nicht eindeutig ist.[24]

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) sieht das offenkundig anders und findet in seiner Stellungnahme von Juni 2012 deutliche Worte: „Mit der Verletzung des Aufklärungsgrundsatzes geht zwingend eine Verletzung des Schuldprinzips einher, da nicht sichergestellt ist, dass die Angeklagten einer gerechten, also ihrer tatsächlichen Schuld angemessenen Bestrafung zugeführt werden."[25]

#### 2. Grenzen der Geständniswirkung

§ 257c StPO macht keinerlei Angaben zur Qualität des Geständnisses, in § 257c Abs. 2 S. 2 StPO heißt es lediglich: „Bestandteil jeder Verständigung soll ein Geständnis sein." Der Große Senat des BGH für Strafsachen hat in einem Beschluss vom 3. März 2005 jedoch deutlich gemacht, dass ein inhaltsleeres Formalgeständnis[26] als Urteilsgrundlage jedenfalls nicht ausreichend ist.[27]

Kritiker setzen an diesem Punkt an und bemängeln, dass in der Verständigungspraxis häufig ein Strafrabatt gewährt werde, der mit der

13 BVerfG, Pressemitteilung Nr. 71/2012 v. 4. Oktober 2012.
14 BVerfGE 53, 366, 390.
15 *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 224.
16 BVerfG, NJW 2012, 907, 909.
17 BVerfGE 57, 250, 275: "Als zentrales Anliegen des Strafprozesses erweist sich daher die Ermittlung des *wahren* Sachverhalts, ohne den das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden kann."
18 *Hettinger*, JZ 2011, 292, 299; so auch: DAV, Stellungnahme Nr. 58/2012, S. 20; *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327, 329; *Fischer*, ZRP 2010, 249, 250; *Murmann*, ZIS 2009, 526, 532, 534 „Heuchelei"; *Fezer*, NStZ 2010, 177, 181; *Wohlers*, NJW 2010, 2470, 2474; *Knauer/Lickleder*, NStZ 2012, 366, 367 „Geburtsfehler und Mogelpackung zugleich"; **a.A.**: *Schmitt*, StraFo 2012, 386, 387; *König*, NJW 2012, 1915, 1917; *Hettinger*, JZ 2011, 292, 299 führt dazu aus: „Obwohl die Heuchelei an dieser Stelle („Unberührtheit" des § 244 Abs. 2 StPO) besonders augenfällig ist, wird das BVerfG vermutlich nicht hier den Hebel ansetzen; denn der Gesetzgeber darf sich in weitem Umfang die Fakten schönreden oder so zurechtstellen, wie er sie braucht – solange er nicht von evident wirklichkeitswidrigen Annahmen ausgeht.".
19 *Hettinger*, JZ 2011, 292, 299; *Murmann*, ZIS 2009, 526, 533; *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327, 329; *Fischer*, ZRP 2010, 249, 250 spricht insoweit vom „hauptsächlichen Sinn und Ziel der Absprache"; so auch *Knauer/Lickleder*, NStZ 2012, 366, 367; vgl. auch *Knauer/Lickleder*, NStZ 2012, 366, 379, wonach die Instanzgerichte den § 257c Abs. 1 S. 2 StPO ignorieren; ebenso *Fezer*, NStZ 2010, 177, 179.
20 *Fischer*, ZRP 2010, 249, 250; *Fezer*, NStZ 2010, 177, 181; *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327, 329; *Knauer/Lickleder*, NStZ 2012, 366, 367: „unauflösbare(r) Gegensatz"; DAV, Stellungnahme Nr. 58/2012, S. 19 ff.; **a.A.**: *Schmitt*, StraFo 2012, 386, 387, der davon ausgeht, dass das Gericht nicht von der Amtsaufklärungspflicht befreit ist und allein in dem Einwand, oftmals werde sich nicht daran gehalten, kein Argument gegen die gesetzliche Regelung sieht.
21 *Knauer/Lickleder*, NStZ 2012, 366, 371; *Fezer*, NStZ 2010, 177, 181.
22 *Hettinger*, JZ 2011, 292, 299; *Knauer/Lickleder*, NStZ 2012, 366, 371 Prüfung anhand des bisherigen Akteninhalts; vgl. BGH, NStZ-RR 2010, 336, wonach es „eines *Mindestmaßes an Sorgfalt bei der Abfassung* der Urteilsgründe auch dann bedarf, wenn das Urteil auf einer in der Hauptverhandlung getroffenen Absprache beruht."; ebenso BGH, Beschluss v. 19.8.2010 – 3 StR 226/10; vgl. aber auch *Fezer*, NStZ 2010, 177, 179, der ein ernüchterndes Bild der Praxis zeichnet.
23 *Schmitt*, StraFo 2012, 386, 387 f.; so wohl auch *Knauer/Lickleder*, NStZ 2012, 366, 371 f.; **a.A.**: *Fezer*, NStZ 2010, 177, 179, der eine Praxis beschreibt, die de facto das Ziel des Strafverfahrens, die materielle Wahrheit, aufgegeben hat.
24 *Schmitt*, StraFo 2012, 386, 388.
25 DAV, Stellungnahme Nr. 58/2012, S. 17.
26 Angeklagter bejaht durch seinen Verteidiger die Richtigkeit des Anklagevorwurfes, macht aber keine weiteren Angaben zur Sache, BGH, NStZ-RR 2006, 187.
27 BGHSt 50, 40, 49; ebenso: BGH, NStZ-RR 2006, 187; vgl. auch *Fischer*, ZRP 2010, 249, 251 zu den Ergebnissen des 68. DJT 2010, fordern ein qualifiziertes Geständnis.

schuldmindernden Wirkung des Geständnisses nicht mehr zu erklären sei.[28] Insbesondere bei Vorliegen eines bloß taktischen Geständnisses[29] falle es schwer, einen unter Umständen erheblichen Strafnachlass zu rechtfertigen.[30] Im Einzelfall würden daher die Grenzen schuldangemessenen Strafens überschritten.[31] *Hettinger* weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin: „Man muss aber doch deutlich sagen, dass eine Ersparung prozessualen Aufwands schwerlich ein strafzumessungsrelevanter Umstand ist."[32]

#### 3. Zwischenergebnis

Eine Verständigung führt nicht zwangsläufig zu schuldunangemessenen Strafen. Allerdings ist zumindest für den Fall, dass das Gericht einen unangemessen hohen Strafrabatt für ein rein taktisches Geständnis gewährt, die Grenze schuldangemessenen Strafens überschritten. Ein Verstoß droht zudem, wenn auf die Ermittlung des wahren Sachverhaltes allein auf Grund eines Geständnisses gänzlich verzichtet wird. Ist dem Gericht der wahre Sachverhalt nicht bekannt, kann es schwerlich eine schuldangemessene Strafe finden.

### II. Gefährdung der Neutralität des Gerichts durch eine prinzipielle Motivationsverschiebung bei Verfahrensabsprachen?

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG[33] schützt den Anspruch auf Entscheidung der Rechtssache durch den hierfür von Gesetz wegen vorgesehen Richter. Damit soll die Unabhängigkeit der Rechtsprechung, aber auch das Vertrauen der Rechtsuchenden und der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte gesichert werden. So wird garantiert, dass der Richter unabhängig und unparteilich ist und die nötige Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten innehat. Eine Besorgnis der Befangenheit ist gegeben, wenn ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es nicht darauf ankommt, ob der Richter tatsächlich befangen oder voreingenommen ist. Entscheidend ist vielmehr, ob ein verständiger Beteiligter Anlass hat, an der persönlichen Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln.[34]

Fraglich ist, ob Gespräche im Rahmen einer Verständigung die Befangenheit des Richters begründen bzw. einen negativen Einfluss auf dessen Unparteilichkeit haben.[35] Anzumerken ist zunächst, dass das Gericht jedenfalls nicht allein aus dem Grund als befangen anzusehen ist, das es eine Absprache anstrebt.[36] Zwar macht es damit einerseits deutlich, dass es eine Verurteilung für möglich hält, andererseits würde das Gericht ansonsten aber nur in eindeutigen Fällen eine Verständigung anstreben können, was dem Sinn der Absprachepraxis widerspräche.[37]

Gegen die Unparteilichkeit des Richters könnte aber sprechen, dass das Gericht mit einer Absprache auch eigene Interessen verfolgt (Arbeitsüberlastung, Beweisschwierigkeiten, Verfahrensbeschleunigung[38]). Teilweise wird darin die Gefahr gesehen, dass der Richter sich kein objektives Urteil mehr bilden könne.[39] Der Richter verliere im Rahmen einer Absprache seine Position als unparteiisch außerhalb stehender Dritter und werde selbst zur „Partei".[40] Zudem könne nicht ausgeschlossen werden, dass ihm die zügige Erledigung als solche wichtiger sei als die Wahrheitserforschung.[41]

Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang vor allem auch die Konstellation einer gescheiterten Verständigung. Darunter fällt zunächst der Wegfall der Bindung des Gerichts an die Absprache, § 257c Abs. 4 S. 1, 2 StPO. Gem. § 257c Abs. 4 S. 3 StPO besteht dann hinsichtlich des Geständnisses ein Beweisverwertungsverbot. Im Hinblick auf die Neutralität des Gerichts erscheint es jedoch bedenklich, dass dennoch dasselbe Gericht das Urteil fällt.[42] Eine Befangenheit der Richter (insbesondere auch der Schöffen) könne nur ausgeschlossen werden, sofern das Geständnis ohnehin von niemandem ernst genommen wurde.[43] Eine weitere Konstellation gestaltet sich als problematisch: „Wie soll beispielsweise ein Richter, dem der Angeklagte in der „Abspracheverhandlung" bereits eine Geständnisbereitschaft signalisiert hatte und die Absprache dann aus irgendwelchen Gründen gescheitert ist, über diesen Umstand hinweggehen?"[44]

Abschließend bleibt damit festzustellen, dass ein Eingriff in das grundrechtsgleiche Recht des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zumindest nicht ausgeschlossen ist. Gerade in der Konstellation einer gescheiterten Verständigung ist eine Beeinträchtigung der Neutralität des Gerichts zu befürchten.

### III. Vereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung

Die Unschuldsvermutung ist eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips des Art. 20 Abs. 3 GG und hat in Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 14 Abs. 2 IPBPR zudem eine einfachgesetzliche Regelung gefunden. Danach muss dem Angeklagten seine Schuld in einem gesetzlich geregelten Verfahren nachgewiesen werden.[45] Im Mittelpunkt steht dabei der *in dubio pro reo*-Grundsatz, der besagt, dass niemand verurteilt werden darf, dessen Schuld nicht zweifelsfrei erwiesen ist.[46]

Teilweise wird bereits im Zweck der Absprache – der Verkürzung des Hauptverfahrens – ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung gesehen.[47] Man könnte nun bemängeln, dass im Rahmen einer Absprache in der Regel nur eine mangelhafte Sachaufklärung stattfinde und das Urteil auf ein unter Umständen gar nicht überprüftes Geständnis gestützt werde.[48] Dieser Einwand vermag allerdings nicht zu überzeu-

28 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 17 Rn. 21; *Murmann*, ZIS 2009, 526, 533; *Schmitt*, StraFo 2012, 386, 389.
29 *Hettinger*, JZ 2011, 292, 300 spricht insofern von einem Geständnis als „Tauschobjekt".
30 *Hettinger*, JZ 2011, 292, 300; *Schmitt*, StraFo 2012, 386, 389; *Meyer-Goßner*, NStZ 2007, 425, 430; *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327, 330.
31 So wohl *Hettinger*, JZ 2011, 292, 300.
32 *Hettinger*, JZ 2011, 292, 299; so auch *Murmann*, ZIS 2009, 526, 534 f.; *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327, 330; **a.A.**: *Beulke/Swoboda*, JZ 2005, 67, 72.
33 Dabei handelt es sich um ein grundrechtsgleiches Recht, dessen Verletzung mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG.
34 BVerfG, NJW 2012, 3228.
35 Einen Verstoß bejahend: *Eschelbach*, in: BeckOK StPO, Edition 15, Stand: 1.10.2012, § 257c Rn. 57.1; eine Aufzählung einzelner Konstellationen, in denen die Besorgnis der Befangenheit begründet sein kann, findet sich bei *Cirener*, in: BeckOK StPO, Edition 15, Stand: 1.10.2012, § 24 Rn. 18a. f.
36 *Knauer/Lickleder*, NStZ 2012, 366, 371; *Cirener*, in: BeckOK StPO, Edition 15, Stand: 1.10.2012, § 24 Rn. 18.
37 *Knauer/Lickleder*, NStZ 2012, 366, 371.
38 Braun, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 28 ff.
39 *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 394a; *Nestler-Tremel*, DRiZ 1988, 288, 294.
40 *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 78; *Schünemann*, 58. DJT 1990 B, S. 120; *Schünemann*, ZRP 2009, 104, 107; so in anderem Zusammenhang auch: *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 17 Rn. 29.
41 *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990, S. 249.
42 *Hettinger*, JZ 2011, 292, 300; *Meyer-Goßner*, NStZ 2007, 425, 428; DAV, Stellungnahme Nr. 58/2012, S. 13; *Schünemann*, ZStW 119 (2007), 945, 952.
43 *Hettinger*, JZ 2011, 292, 300 f.
44 *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 79; so auch: *Meyer-Goßner*, NStZ 2007, 425, 428.
45 BVerfGE 82, 106, 114.
46 *Klesczewski*, Strafprozessrecht, 2007, Rn. 54; *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 59.
47 *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990, S. 177; *Wen*, Urteilsabsprachen im deutschen und taiwanesischen Strafprozess, 2007, S. 171; einen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung bejaht auch *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 62.
48 einen Verstoß bejahen auch: *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990, S. 177 f.; *Nestler-Tremel*, DRiZ 1988, 288, 294.

gen, da die Verkürzung des Hauptverfahrens nicht zwangsläufig auch eine voreilige Feststellung der Schuld des Angeklagten bedeutet.

Andere hingegen sehen nur in der vom Richter initiierten Absprache einen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung, da ein solches Verhalten zeige, dass der Richter gerade nicht von der Unschuld des Angeklagten, sondern vielmehr von dessen Schuld ausgehe.[49] *Hassemer* spricht insoweit gar vom Bestehen einer „Schuldvermutung".[50] Diese Argumentation ist jedoch nicht zwingend. Ein Vergleich mit der Einstellung nach § 153a StPO zeigt, dass auch dort die Sanktionierung des Beschuldigten allein auf Grund eines entsprechenden (hinreichenden Tat-)Verdachts gegen ihn erfolgt. Die Unschuldsvermutung und der *in dubio* Grundsatz werden hier de facto durchbrochen, da zur Sanktionierung das Vorliegen eines Verdachtes ausreicht, ohne dass der Schuldbeweis zu erbringen ist. Auch im Rahmen des Strafbefehlsverfahrens genügt zur Sanktionierung des Beschuldigten ein hinreichender Tatverdacht (§ 408 Abs. 2 StPO) – wobei dem Erlass des Strafbefehls jedoch keine Bedenken entgegenstehen dürfen, § 408 Abs. 3 S. 1 StPO –, sodass auch hier „die beschleunigte Verfahrenserledigung durch die Herabsetzung der Prüfungsvoraussetzungen erkauft" wird.[51]

Allein aus dem Grund, dass auch andere Normen bestimmte Grundsätze einschränken, kann man einen Verstoß jedoch nicht verneinen. Sie sind vielmehr lediglich als Hinweis auf eine Entwicklung[52] und gesetzgeberische Wertungen aufzufassen. Damit bleibt festzuhalten, dass zwar im Einzelfall ein Eingriff in die Unschuldsvermutung vorliegen kann, ein solcher aber nicht im Wesen der Verständigung liegt.

### IV. Vereinbarkeit mit der Selbstbelastungsfreiheit (nemo tenetur)

Die Selbstbelastungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG, zählt zu den zentralen Rechten im Ermittlungs- und Strafverfahren. Danach ist niemand verpflichtet an seiner eigenen Überführung oder Verurteilung mitzuwirken – nemo tenetur se ipsum accusare. Die herrschende Meinung versteht darunter den Schutz vor staatlichem Zwang zur (selbstbelastenden) Aussage oder aktiven Mitwirkung am Strafverfahren.[53] Der Beschuldigte bzw. Angeklagte darf danach nicht zum bloßen Objekt des Verfahrens werden, sondern muss vielmehr seine Stellung als Prozesssubjekt behalten.[54] Niederschlag gefunden hat die Selbstbelastungsfreiheit neben Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR in § 136a Abs. 1 StPO, der die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung schützt,[55] indem er bestimmte Vernehmungsmethoden verbietet.

Festzustellen ist zunächst, dass den Angeklagten zumindest formal kein Zwang zur Absprache trifft, denn er kann die Zustimmung zu der Absprache verweigern und damit ein herkömmliches Hauptverfahren erwirken,[56] § 257c Abs. 3 S. 4 StPO. Fraglich ist jedoch, ob diese Einschätzung mit den tatsächlichen Gegebenheiten übereinstimmt oder ob de facto für den Angeklagten nicht doch ein Zwang zur Absprache besteht. Maßgeblich ist insoweit, ob die Absprachepraxis mit § 136a StPO in Einklang zu bringen ist.[57]

49 *Schünemann*, 58. DJT 1990 B, S. 96.
50 *Hassemer*, JuS 1989, 890, 892.
51 *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 61 f.
52 *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 62.
53 BGHSt 42, 139, 151 f.; aus menschenrechtlicher Perspektive: *Esser*, in: LR/EMRK, 26. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 879 ff.
54 BGHSt 5, 332 ff.
55 *Diemer*, in: Karlsruher Kommentar StPO, § 136 a Rn. 1.
56 *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 68.
57 *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 68.

#### 1. Drohung mit einer unzulässigen Massnahme, § 136a Abs. 1 S. 3 Var. 1 StPO

Eine Drohung ist anzunehmen, wenn dem Beschuldigten Nachteile in Aussicht gestellt werden, auf deren Anordnung und Eintritt der Vernehmende Einfluss zu haben vorgibt.[58] Demnach ist ein entsprechender Verstoß anzunehmen, wenn das Gericht unter Aufgabe sachbezogener Überlegungen dem Angeklagten eine härtere Strafe oder sonstige Nachteile androht, sofern er sich nicht kooperativ zeigt. Darunter fällt insbesondere die Ankündigung einer nicht mehr schuldangemessenen Strafe. [59] Damit ist die Drohung mit der sog. Sanktionsschere, sie beschreibt die vom Gericht in Aussicht gestellte Differenz zwischen der zu erwartenden Strafe mit und ohne Absprache[60], bei zu großem Auseinanderklaffen geeignet, einen Eingriff in § 136a Abs. 1 S. 3 Var. 1 StPO zu begründen.[61]

Relevant wird die Variante der Drohung auch im Hinblick darauf, dass in der Gewährung einer Vergünstigung (v.a. Strafmilderung) im Falle der Kooperation mittelbar auch die Drohung liegt, anderenfalls härter bestraft zu werden.[62]

#### 2. Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils, § 136a Abs. 1 S. 3 Var. 2 StPO

Ob die typische Konstellation der Absprache in Form von „Geständnis gegen Strafmilderung" unter dem Gesichtspunkt des Versprechens eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils zulässig ist, ist streitig. Sofern eine Strafmilderung ihre Berechtigung allein in einem von Reue und Sühne getragenen Geständnis findet,[63] müsste bereits in der Gewährung einer Strafmilderung für ein nur aus taktischen Gründen abgelegtes Geständnis ein „gesetzlich nicht vorgesehener Vorteil" gesehen werden. Für andere kann die Strafmilderung hingegen grundsätzlich mit einem Geständnis gerechtfertigt werden, unabhängig davon, aus welchen Motiven es abgelegt wurde.[64] In der Praxis wird es in aller Regel jedoch nur schwer feststellbar sein, inwieweit es sich bei einem Geständnis um ein reines Zweckgeständnis handelt oder es tatsächlich die Einsicht des Angeklagten widerspiegelt.[65]

Teilweise wird ein Eingriff auch unter Hinweis darauf bejaht, dass die Höhe des Strafrabattes von dem Ausmaß der angebotenen Verfahrensabkürzung abhängig gemacht wird. Im Umkehrschluss bedeute dies eine Strafschärfung für die Wahrnehmung der Verfahrensrechte, was mit den Grundsätzen der Strafzumessung nicht zu vereinbaren sei. Die Strafrabatte, die dem Angeklagten für die Ablegung eines Geständnisses gewährt werden, können durch die schuldmindernde Wirkung des Geständnisses nicht mehr erklärt werden, sodass im Ergebnis ein Verstoß gegen § 136a StPO vorliege.[66]

58 *Müller*, Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprache im Strafverfahren, 2008, S. 147; *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990, S. 190.
59 *Müller*, Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren, 2008, S. 147.
60 *Miebach*, in: MüKo StGB, 2. Aufl. 2012, § 46 Rn. 227.
61 *Diemer*, in: KK StPO, 6. Aufl. 2008, § 136a Rn. 30; *Müller*, Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren, 2008, S. 148 f.; *Miebach*, in: MüKo StGB, 2. Aufl. 2012, § 46 Rn. 227.
62 *Müller*, Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren, 2008, S. 147
63 *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 72; *Weigend*, NStZ 1999, 57, 60; *Streng*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 3. Aufl. 2010, § 46 Rn. 85; *Miebach*, in: MüKo StGB, 2. Aufl. 2012, § 46 Rn. 130: "strafmildernde Gewicht eines Geständnisses kann dann geringer sein, wenn prozesstaktische Überlegungen bestimmend waren…"; **a.A.**: *Schmidt-Hieber*, NJW 1990, 1884, 1885: „unselige(n) Auffassung praxisferner Dogmatiker".
64 BGHSt 42, 191, 195; *Schmidt-Hieber*, NJW 1990, 1884, 1885.
65 *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 72; *Schmidt-Hieber*, NJW 1990, 1884, 1885.
66 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 17 Rn. 21.

### 3. Zwischenergebnis

Festzuhalten bleibt, dass sich der Angeklagte in der Hauptverhandlung in einer besonderen (Druck-)Situation befindet. Insbesondere das Aufzeigen der Sanktionsschere kann diesen Druck noch zusätzlich erhöhen und den Angeklagten zur Ablegung eines ggf. nicht der Wahrheit entsprechenden Geständnisses verleiten, allein um einen für ihn absehbaren Ausgang des Verfahrens herbeizuführen. Auch die Gewährung eines Strafrabattes für ein aus taktischen Gründen abgelegtes Geständnis erweist sich als problematisch. Damit ist zumindest ein Eingriff in § 136a Abs. 1 S. 3 StPO anzunehmen, wenn der Angeklagte unter Aufzeigen der weit geöffneten Sanktionsschere zum Geständnis gedrängt wird oder ein nicht erklärbarer Strafrabatt für ein offensichtlich rein taktisches Geständnis gewährt wird.

## V. Verstoss gegen das Recht auf ein faires Verfahren

Das Recht auf ein faires Verfahren leitet sich aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 3 GG ab. Danach besteht ein grundrechtlicher Anspruch auf ein faires, also insbesondere rechtsstaatlichen Mindestanforderungen genügendes, Verfahren.[67] Eine einfachgesetzliche Ausprägung hat es in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 IPBPR[68] gefunden. „Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst dann vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht – auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Gerichte – ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde."[69] Teilweise wird betont, dass der Angeklagte einen Ausgleich für seine Kooperation erhält. Insbesondere der Strafrabatt, der ihm im Rahmen einer Verständigung für das Geständnis gewährt wird, sei ein maßgeblicher Vorteil des Angeklagten. Sofern die Verständigung abredegemäß vollzogen werde, stelle sie sich daher „geradezu als Ausgestaltung des fair trial Gebots" dar.[70]

*Roxin/Schünemann* sprechen hingegen von den „vier Grundgebrechen" der Absprachepraxis, die in ihrer Gesamtheit eine Verletzung des fair trial-Grundsatzes ergeben.[71] (1) Zunächst bestehe die Legitimationsidee hinter der Absprache nicht im Konsensprinzip, sondern vielmehr in der „Unterwerfung" des Beschuldigten unter die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens. Dies sei zwar nicht per se unfair, jedoch mit dem Recht auf ein faires Verfahren nur vereinbar, sofern der Verteidiger bereits im Ermittlungsverfahren eine starke Position einnimmt, in der er unrichtige Ergebnisse vermeiden kann – anders hingegen die StPO, sodass „die erzwungene Unterwerfung … nicht legitimiert werden" könne.[72] (2) Zudem sei der Angeklagte „Opfer einer bloß vermeintlichen Strafmilderung", da der Richter nach seinem Ermessen innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens eine Obergrenze setzt.[73] (3) Besonders bedenklich sei, dass das Gericht selbst Partner der Abspracheverhandlung ist und diese willkürlich einleiten oder scheitern lassen könne, sodass der Richter seine neutrale Stellung verliere. Im Falle des Scheiterns der Absprache sei er daher „strukturell voreingenommen".[74] (4) Zuletzt sei festzuhalten, dass der nicht verteidigte Angeklagte seine Chancen im Rahmen einer Absprache weder richtig wahrnehmen noch bewerten könne.[75]

Auch wenn im Einzelfall ein Eingriff in das Recht auf ein faires Verfahren bestehen mag, kann nicht außer Acht gelassen werden, dass der Angeklagte ein erhebliches Eigeninteresse an der Verständigung (Strafmilderung, Verfahrensdauer) hat. Zudem ist ihm die Durchführung des herkömmlichen Verfahrens keinesfalls verwehrt, sodass er nicht gezwungen ist, sich auf eine Verständigung einzulassen.

## VI. Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zählt zu den grundlegenden Verfassungsprinzipien.[76] Danach soll Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden behandelt werden. Daraus folgt, dass eine Ungleichbehandlung nur gerechtfertigt sein kann, wenn sie nicht willkürlich – also angesichts eines sachlichen Grundes – erfolgt ist.[77]

In Hinblick auf die Absprachepraxis erscheint eine Ungleichbehandlung in mehrfacher Hinsicht denkbar.[78] Zunächst darf im Rahmen einer Verständigung keine wesentlich andere Strafzumessung erfolgen als im herkömmlichen Verfahren, sofern die Sachverhalte wesentlich gleich sind.[79] Dies schildert aber *Schmidt-Hieber*: „Wer kein Interesse an einer Beschönigung der Wirklichkeit hat, kann nicht bestreiten, daß die kooperative Verfahrenserledigung zu wohlwollenderen, freundlicheren Strafaussprüchen führt."[80] Und auch *Schmitt* befürchtet, dass ein prozesstaktisches Geständnis u.U. eine deutlich höhere Strafmilderung einbringen könnte als ein von echter Reue getragenes Geständnis unabhängig von einer Absprache.[81]

Zum anderen wird bemängelt, dass nur bestimmte Deliktstypen „absprachegeeignet" sind,[82] insbesondere Wirtschaft-, Betäubungsmittel- und Steuerstrafverfahren.[83] Insofern drohe die Entstehung einer Klassenjustiz, in der die Absprachen vor allem den „Mächtigen und Reichen"[84], den Wohlstandskriminellen, zugutekämen.[85] Dagegen könnte jedoch eingewendet werden, dass in diesen Bereichen häufig schwierige und langwierige Verfahren drohen, sodass ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Handhabe vorliegen könnte.[86] Dies vorausgesetzt, würde jedoch zur Konsequenz haben, dass das Gericht bei jedem Wirtschaftsstrafprozess eine Absprache vereinbaren müsste. Sofern keine entsprechende Handhabe vorliegt, müsse ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG festgestellt werden.[87] Bemängelt wird in diesem Zusammenhang auch, dass das Gericht sich in geeigneten Fällen verständigen „kann", § 257c Abs. 1 S. 1 StPO, es jedoch keine entsprechende Pflicht trifft,[88] sodass eine Gleichbehandlung aller An-

67 BVerfGE 57, 250, 274 f.
68 Hierzu ausführlich: *Esser*, in: LR/EMRK, 26. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 167 ff.
69 BVerfG, NJW 2010, 925.
70 *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 75.
71 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 17 Rn. 26; im Ergebnis ebenfalls einen Verstoß bejahend: *Eschelbach*, in: BeckOK StPO, Edition 15, Stand: 1.10.2012, § 257c Rn. 57.1.
72 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 17 Rn. 27.
73 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 17 Rn. 28.
74 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 17 Rn. 29.
75 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 17 Rn. 30; so auch in anderem Zusammenhang *Murmann*, ZIS 2009, 526, 535.
76 *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 75.
77 BVerfGE 42, 64, 72 f.; *Kischel*, in: BeckOK GG, Edition 16, Stand: 1.10.2012, Art. 3 Rn. 14.
78 Einen Verstoß bejahen: *Kremer*, Absprachen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten im Strafprozeß, 1994, S. 155, 172; *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990, S. 206 f.; *Altenhain/Hagemeier/Haimerl*, NStZ 2007, 71, 72; *Eschelbach*, in: BeckOK StPO, Edition 15, Stand: 1.10.2012, § 257c Rn. 57.1 bejaht eine Ungleichbehandlung in Hinblick auf die willkürliche Auswahl „geeigneter Fälle" und dem beliebigen Wechsel zwischen konventionellem Verfahren und Verständigungsverfahren.
79 *Küpper/Bode*, JURA 1999, 351, 357.
80 *Schmidt-Hieber*, NJW 1990, 1884, 1885.
81 *Schmitt*, StraFo 2012, 386, 389; in diese Richtung auch: *Murmann*, ZIS 2009, 526, 533; DAV, Stellungnahme Nr. 58/2012, S. 26, der eine Benachteiligung derjenigen Beschuldigten befürchtet, „die im Frühstadium des Ermittlungsverfahrens geständig waren und für die Gespräche in der Hauptverhandlung „nichts mehr zum Anbieten" haben.".
82 *Hettinger*, JZ 2011, 292, 298 f.; § 257c Abs. 1 S. 1 StPO spricht nur von „geeigneten Fällen" ohne diese näher zu bestimmen.
83 *Nester-Tremel*, DRiZ 1988, 288, 289; *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 76; *Wen*, Urteilsabsprachen im deutschen und taiwanesischen Strafprozess, 2007, S. 159.
84 *Wen*, Urteilsabsprachen im deutschen und taiwanesischen Strafprozess, 2007, S. 160.
85 *Schmidt-Hieber*, NJW 1990, 1884, 1886; auch *Hettinger*, JZ 2011, 292, 301 spricht von einer Zwei-Klassen-Justiz.
86 *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 77; **a.A.**: *Kremer*, Absprachen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten im Strafprozeß, 1994, S. 152 f.
87 *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 77; **a.A.**: *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327, 330, die in der Handhabe von „Kooperation angesichts einer eindeutigen Beweislage wertlos" einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG annehmen.
88 *Hettinger*, JZ 2011, 292, 299; *Murmann*, ZIS 2009, 526, 535.

C/M/S/ Hasche Sigle

Rechtsanwälte Steuerberater

# Mit den Besten. Für die Besten.

**Rechtsanwälte (m/w)** **Referendare (m/w)** **Praktikanten (m/w)**

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

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

azur 1. Platz Top Arbeitgeber 2012

trendence DEUTSCHLANDS 100

**Mareile Paske,** T +49 30 20360 2963, E mareile.paske@cms-hs.com

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

**www.cms-hs.com/career**

geklagter zumindest hinsichtlich des Verständigungsangebots nicht besteht.[89]

Zudem verstoße die Absprache gegen den Gleichheitssatz im Falle mehrerer Angeklagter, denn diejenigen, die zu einer Absprache bereit sind, stünden im Rahmen der Strafzumessung besser da.[90] Einen wesentlichen Unterschied macht zudem, ob der Angeklagte anwaltlich vertreten wird.[91]

Soweit das Ausmaß der strafmildernden Wirkung des Geständnisses davon abhängt, ob es im Rahmen einer Verständigung oder des herkömmlichen Verfahrens abgelegt wurde, ist jedenfalls ein Eingriff in den Gleichheitssatz anzunehmen.

### VII. ZWISCHENERGEBNIS

Festzuhalten bleibt somit, dass eine Vielzahl verfassungsrechtlich gewährleisteter Rechte des Angeklagten zumindest tangiert werden. Ein Eingriff kann im Rahmen einer Verständigung hinsichtlich der Selbstbelastungsfreiheit, der Neutralität des Gerichts, dem Gleichheitssatz und dem Schuldprinzip vorliegen. *Hettinger* resümiert, bei der derzeitigen Praxis handele es sich um einen „Handel mit der Gerechtigkeit“[92], der vom BVerfG bereits 1987 als unzulässig verworfen wurde.[93]

## D. RECHTFERTIGUNG

Die festgestellten Eingriffe führen nur zur Verfassungswidrigkeit der Verständigung, wenn keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung vorliegt. Für eine Rechtfertigung der Eingriffe kommen die Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, das Beschleunigungsgebot und die Tendenz zu konsensualen Elementen in der StPO in Betracht.

### I. AUFRECHTERHALTUNG EINER FUNKTIONSTÜCHTIGEN STRAFRECHTSPFLEGE

Eine der Hauptursachen für die Entwicklung der Absprachepraxis im Strafverfahren wird in der als untragbar empfundenen Belastung der Justiz gesehen.[94] Der Große Senat des BGH für Strafsachen führte aus, dass die Organe der Justiz den Anforderungen an ein rechtsstaatliches Strafverfahren „ohne Zulassung von Urteilsabsprachen durch richterliche Rechtsfortbildung nicht mehr gerecht werden. Vor allem mit Blick auf die knappen Ressourcen der Justiz könnte die Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz nicht gewährleistet werden, …“[95] Fraglich ist jedoch, ob die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege die bestehenden Verstöße verfassungsrechtlich legitimieren kann. Festzuhalten ist, dass die funktionsfähige, wirksame Rechtspflege als Element des Rechtsstaates – als solche kommt ihr Verfassungsrang zu – Eingriffe in Rechtspositionen zumindest grundsätzlich rechtfertigen kann.[96] Von diesem Grundsatz ist jedoch eine Einschränkung vorzunehmen: Eine Rechtfertigung kommt nur in Betracht, wenn die Strafrechtspflege tatsächlich zusammenzubrechen droht.[97] Allerdings ist durchaus umstritten, ob davon derzeit auszugehen ist.[98] Insbesondere von Seiten der Justizangehörigen wird ein zwingendes praktisches Bedürfnis für die Abkürzung der Strafverfahren durch die Absprache gesehen.[99] Nur so könne das anderenfalls nicht ansatzweise erfüllbare Pensum geleistet werden. Angesichts der personellen Ausstattung der Gerichte und dem Erledigungsdruck stelle die Verständigung den Versuch dar, die anhängigen Verfahren überhaupt erledigen zu können. Im Hinblick auf die Haushaltslage sei eine personelle Aufstockung, die das Problem (ebenfalls) lösen könnte, schlicht unrealistisch.[100] *Schmitt* resümiert: „Die Strafjustiz bleibt auf verfahrensbeendende Verständigungen angewiesen.“[101] Dagegen wendet der DAV allerdings ein, dass es Aufgabe des Staates sei, die Voraussetzungen für eine funktionsfähige Strafrechtspflege zu schaffen. „Dieser Pflicht darf er sich selbstverständlich nicht entziehen, indem er verfassungsrechtlich verbürgte Rechte des Angeklagten einschränkt, um knappe staatliche Ressourcen zu schonen.“[102]

*Rönnau* gibt zudem zu bedenken, dass die durch die Verfahrensgrundsätze geschützten Rechte des Beschuldigten durch die Absprachepraxis in bedenklicher Weise eingeschränkt werden. Diese zählen jedoch – ebenso wie die Funktionsfähigkeit – zu den Bestandteilen einer rechtsstaatlichen Strafrechtspflege.[103] Deshalb habe eine Abwägung der Interessen des Beschuldigten und dem öffentlichen Interesse an der Funktionsfähigkeit des Strafprozesses stattzufinden.[104] Anderenfalls könnte mit dem Argument der funktionstüchtigen Strafrechtspflege das Rechtsstaatsprinzip ausgehöhlt werden.[105] Auf Grund der besonderen Bedeutung der Beschuldigtenrechte im Strafverfahren können die Eingriffe in die Rechte des Angeklagten im Rahmen einer Verständigung letztlich nicht mit dem Argument der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege gerechtfertigt werden.[106]

### II. BESCHLEUNIGUNGSGEBOT

Das Beschleunigungsgebot im Rahmen gerichtlicher Entscheidungen ergibt sich aus einer Verbindung des Freiheitsrechts, Art. 2 Abs. 1 GG, und dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG.[107] Eine ausdrückliche Normierung hat es in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 3 lit. c IPBPR gefunden. Auch das Beschleunigungsgebot ist grundsätzlich dazu geeignet, Eingriffe in verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte des Angeklagten zu rechtfertigen. In der Hauptverhandlung selbst ist der Beschleunigungsgrundsatz in seiner Ausprägung als Konzentrationsmaxime zu beachten. Diese besagt, dass die Hauptverhandlung möglichst ununterbrochen durchzuführen ist.[108]

Unter dem Aspekt der Verfahrensbeschleunigung wird immer wieder das Argument „schnelles Recht ist gutes Recht“[109] genannt, denn eine Überlänge des Verfahrens bringe zahlreiche Nachteile mit sich, insbesondere für den Angeklagten bedeute sie eine enorme psychi-

89 DAV, Stellungnahme Nr. 58/2012, S. 37; *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327, 330; *Murmann*, ZIS 2009, 526, 535, er scheint darin jedoch keine verfassungswidrige Regelung zu sehen, da dem Gericht nicht verwehrt werden könne, das herkömmliche (dem Schuldprinzip und der Aufklärungspflicht besser dienende) Verfahren zu wählen, selbst wenn eine Verständigung dem Angeklagten Vorteile gebracht hätte, S. 535 f.
90 *Wen*, Urteilsabsprachen im deutschen und taiwanesischen Strafprozess, 2007, S. 158.
91 *Murmann*, ZIS 2009, 526, 535 „grundsätzliche[n] Ungleichbehandlung“.
92 *Hettinger*, JZ 2011, 292, 301.
93 BVerfG, NJW 1987, 2662, 2663.
94 *Wohlers*, NJW 2010, 2470, 2473; *Fezer*, NStZ 2010, 177, 178; *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 28, 185; *Schmidt-Hieber*, NJW 1990, 1884, 1886.
95 BGHSt 50, 40, 53 f.; zustimmend: *Schmitt*, StraFo 2012, 386, 394.
96 BVerfGE 34, 238, 248 f.; BVerfGE 38, 105, 118; *Nestler-Tremel*, DRiZ 1988, 288, 290.
97 *Wohlers*, NJW 2010, 2470, 2472.
98 *Wohlers*, NJW 2010, 2470, 2472; *Fezer*, NStZ 2010, 177, 182 „…lässt sich nicht belegen.“; bejahend: *Schmitt*, StraFo 2012, 386, 394.
99 *Schmitt*, StraFo 2012, 386, 394.
100 *Schmitt*, StraFo 2012, 386, 395.
101 *Schmitt*, StraFo 2012, 386, 395.
102 DAV, Stellungnahme Nr. 58/2012, S. 35 f.
103 *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990, S. 215 f.
104 BVerfGE 38, 105, 118.
105 *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990, S. 214 f.; *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 193.
106 *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990, S. 216; *Heller*, Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren – No big deal?, 2012, S. 75.
107 BVerfG, NJW 2001, 2707.
108 *Pfeiffer/Hannich*, in: Karlsruher Kommentar StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 10.
109 *Cramer*, FS für Rebmann, 1989, S. 148.

sche Belastung.[110] Der Praxis ist mit der Absprache ein Mittel an die Hand gegeben worden, um überlange Verfahren möglichst zu verhindern. Gerade in Großverfahren, insbesondere im Bereich der Wirtschaftkriminalität, müssen komplexe Sachverhalte aufgeklärt werden.[111] In derartigen Verfahren dient die Absprache der Verhinderung einer drohenden langwierigen, aufwendigen und vor allem kostspieligen Ermittlung und Beweisaufnahme.[112] Teilweise wird daher in der Absprachepraxis eine „idealtypische" Unterstützung des Beschleunigungsgebotes gesehen.[113] Der Beschleunigungsgrundsatz dient aber vor allem auch den Interessen des Angeklagten, der nicht länger als erforderlich dem Strafverfahren ausgesetzt sein soll. Der DAV bemängelt, dass es widersinnig sei, aus diesem Recht des Angeklagten die Rechtfertigung für die Einschränkung anderer Gewährleistungen zu ziehen.[114] Auch *Rönnau* sieht in dem Beschleunigungsgebot keine hinreichende Rechtfertigung der Eingriffe in Beschuldigtenrechte, die im Hinblick auf die Prozessbeschleunigung nicht zur Disposition stünden.[115] Damit vermag auch das Beschleunigungsgebot die Grundrechtseingriffe im Rahmen der Verständigung nicht zu rechtfertigen.

### III. KONSENSUALE ELEMENTE IN DER STPO[116]

Eine Rechtfertigung der Eingriffe könnte jedoch möglicherweise mit der festzustellenden Tendenz zu konsensualen Elementen in der StPO gelingen. Zu denken ist in diesem Zusammenhang an die Einstellung gem. §§ 153 ff. StPO, das Strafbefehlsverfahren, den Täter-Opfer-Ausgleich und die Kronzeugenregelung.

Zunächst ist festzuhalten, dass „das deutsche Strafverfahrensrecht grundsätzlich vergleichsfeindlich ausgestaltet" ist. Allerdings sei angesichts des § 153a StPO „eine Verständigung (…) über das Ergebnis und die Erledigung eines Strafverfahrens dem deutschen Strafprozeß nicht völlig fremd".[117] Zwar enthält § 153a StPO ein konsensuales Element, da die Zustimmung des Beschuldigten Voraussetzung für die Einstellung ist, doch ist der Vorschrift nicht zu entnehmen, dass die Art oder Höhe der Auflage/Weisung zwischen den Beteiligten ausgehandelt wird, vielmehr wird diese von der Staatsanwaltschaft schlicht erteilt. Beachtung verdient darüber hinaus die Tatsache, dass bei der Absprachepraxis entscheidende Grundsätze des Strafverfahrensrechts zumindest berührt werden, sodass zur Legitimation mehr als die Vergleichbarkeit mit § 153a StPO notwendig sei.[118] Der Vergleich mit §§ 153 ff. StPO kann daher nicht überzeugen.

Auch der Vergleich mit dem Strafbefehlsverfahren, dem Täter-Opfer-Ausgleich und der Kronzeugenregelung des § 46b StGB kann nicht als Rechtfertigung der Eingriffe herangezogen werden. Zwar kann der Verteidiger die Staatsanwaltschaft kontaktieren um die Möglichkeit der Verfahrensbeendigung mittels Strafbefehl zu klären (vereinbarter Strafbefehl),[119] die Entscheidung über die entsprechende Antragstellung obliegt aber allein der Staatsanwaltschaft. Im Rahmen des Täter-Opfer-Ausgleichs, §§ 155a f. StPO, § 46a StGB, hat der Angeklagte die Möglichkeit, die zu erwartende Strafe zu mildern. Dabei hat er aber keinerlei Einfluss auf die tatsächliche Höhe der Strafmilderung. Die Kronzeugenregelung gewährt dem Täter die Möglichkeit, eine Strafmilderung für die Offenbarung seines Wissens zu erhalten, § 46b Abs. 1 StGB.

Auch in der Gesamtheit der konsensualen Elemente in der StPO oder in einer entsprechenden Entwicklung in den letzten Jahren kann kein Argument für die Zulässigkeit der Verständigung gesehen werden. Hierin kommt lediglich eine Gesetzgebungstendenz zum Ausdruck, die die Bedenken gegen die Absprachepraxis nicht beseitigen kann.

Zu berücksichtigen ist aber vor allem, dass es sich bei den angesprochenen Normen lediglich um einfachgesetzliche Regelungen handelt, die grundsätzlich nicht dazu geeignet sind, Eingriffe in vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte zu rechtfertigen.

### IV. ERGEBNIS

Die Absprachepraxis bzw. die Regelung des § 257c StPO in seiner jetzigen Fassung greifen an verschiedenen Stellen in verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte des Angeklagten im Strafprozess ein, ohne dass eine Rechtfertigung durch gleich- oder höherwertige Verfassungsgüter ersichtlich ist.[120] Die Regelung der Verständigung im Strafverfahren verstößt daher gegen die Verfassung.[121]

## E. AUSBLICK

Sollte das BVerfG ebenfalls zu der Verfassungswidrigkeit gelangen, wird es die Norm gem. § 95 Abs. 3 BVerfGG für nichtig erklären. Der Gesetzgeber wäre dann angehalten unter Berücksichtigung der Vorgaben des Urteils eine Neuregelung zu treffen. Dies hätte, sofern das BVerfG keine konkrete Frist formuliert, unverzüglich zu erfolgen.[122] Das Gesetz würde nur insoweit für nichtig erklärt werden, als es die Grundrechte der Beschwerdeführer verletzt und die Maßnahme auf der Verfassungsverletzung beruht oder beruhen kann.[123]

Einige Stimmen in der Literatur sprechen sich für eine „Rückkehr zu dem im Gesetz nicht einmal aufgegebenen und in einer Parallelprozessordnung fortbestehenden bisherigen System" aus.[124] *Murmann* findet darauf jedoch ein ernüchterndes Resümee: „Der Gesetzgeber hat den Instanzgerichten des Angebot zur Aushöhlung der Prozessmaximen bei deren gleichzeitiger verbaler Aufrechterhaltung gemacht. … Mit dem Verlassen des eingeschlagenen Holzwegs ist wohl allenfalls dann zu rechnen, wenn der politische Preis für die Prinzipienlosigkeit zu hoch wird, weil das Vertrauen der Bevölkerung in die Strafrechtspflege schwindet."[125]

Es bleibt abzuwarten, wie das BVerfG entscheiden wird. Mit einem Urteil ist Anfang 2013 zu rechnen.

110 *Schroth*, NJW 1990, 29, 30.
111 *Landau/Eschelbach*, NJW 1999, 321.
112 *Schmidt-Hieber*, NJW 1990, 1884, 1885.
113 *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998, S. 55.
114 DAV, Stellungnahme Nr. 58/2012, S. 34.
115 *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990, S. 179; *Heller*, Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren – No big deal?, 2012, S. 74 f.
116 In der Verhandlungsgliederung des BVerfG explizit als Aspekt der Rechtfertigung erwähnt: „Tendenz zur Statuierung „konsensualer" Elemente in einem vom Offizialprinzip beherrschten Strafverfahren (§§ 153 ff. StPO, Strafbefehlsverfahren, Täter-Opfer-Ausgleich, Kronzeugenregelung) und Ausstrahlung auf die verfassungsrechtliche Bewertung der Verfahrensabsprache?".
117 BGHSt 43, 195, 203.
118 *Weigend*, NStZ 1999, 57, 58.
119 *Nobis*, in: Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2006, § 10 Rn. 133.
120 DAV, Stellungnahme Nr. 58/2012, S. 33.
121 Vgl. bspw. nur: *Eschelbach*, in: BeckOK StPO, Edition 15, Stand: 1.10.2012, § 257c Rn. 57; DAV, Stellungnahme Nr. 58/2012, S. 33 f. sieht keine Rechtfertigung der Eingriffe.
122 *Hömig*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 38. Ergänzungslieferung 2012, § 95 Rn. 49; gem. § 35 BVerfGG kann das BVerfG ausnahmsweise selbst bestimmen, was übergangsweise bis zur Neuregelung gelten soll.
123 *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 225.
124 *Eschelbach*, in: BeckOK StPO, Edition 15, Stand: 1.10.2012, § 257c Rn. 57; vgl. auch *Murmann*, ZIS 2009, 526, 538; **a.A.**: *Fischer*, ZRP 2010, 249, wonach der 68. DJT eine Rückkehr zum alten Rechtszustand im Ergebnis ablehnt; vgl. auch *Schmitt*, StraFo 2012, 386, 394 f., der hinsichtlich der Abspracheregelung insgesamt ein positives Fazit zieht.
125 *Murmann*, ZIS 2009, 526, 538.

# Der Flugrechtsfall - reloaded

*von Jens Prütting[1] (Köln)*

## A. Einführung

Das Problem sei zunächst an Hand des vieldiskutierten Flugreisefalls[2] bezüglich des Hinflugs verdeutlicht. Nach der heute überwiegenden Ansicht ist der Fall so zu lösen, dass der blinde Passagier letztlich nach den §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB haftet.[3] Die Herleitung der Haftungsbegründung soll an dieser Stelle nicht interessieren. Ihr ist hinreichend Aufmerksamkeit geschenkt worden.[4]

Die erkannte Rechtsfolge der Ersatzpflicht des blinden Passagiers soll im Folgenden sowohl unter dogmatischen als auch unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten kritisch hinterfragt werden. Als Hypothese, die es zu untermauern gilt, sei vorangestellt, dass eine Ausgleichspflicht mittels der Anwendung des Bereicherungsrechts präzise betrachtet eine Sanktionsfunktion erfüllt, die dem bürgerlichen Recht jedenfalls insofern nicht zukommt. Diese Funktion ist vielmehr dem Strafrecht vorbehalten, das der Frage mit § 265a StGB bereits gerecht geworden ist. Das gleiche Problem tritt im Fall des Erschleichens einer Achterbahnfahrt auf dem Rummelplatz sowie bei ähnlichen Gegebenheiten auf.

## B. Verschärfte Haftung nach den §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 818 Abs. 4 BGB haftet der Bereicherte ab Rechtshängigkeit oder, sofern er bösgläubig ist, gemäß § 819 Abs. 1 BGB ab Bösgläubigkeit nach den „allgemeinen Vorschriften". Hierunter fallen nach ganz überwiegender Ansicht die §§ 275 ff. BGB.[5] Diese Haftung bezieht sich also auf die Herausgabe eines erlangten Commodums, auf verschärfte Einstandsregeln des Verzugs, auf erhöhte Zinsen, auf Nutzungs- und Schadensersatz. Anderes kann aus den §§ 275 – 292 BGB nicht hergeleitet werden. Auch die Verweisung des § 292 BGB auf die Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses der §§ 987 ff. BGB führen zu keiner weitergehenden Haftung.

## C. Anwendung auf das gewählte Beispiel des Flugreisefalls

Was also soll der blinde Passagier schulden? Schadensersatz schuldet er bereits aus den §§ 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit 265 a StGB. Aber dies hilft der Fluggesellschaft nicht, da ein Schaden allenfalls im minimal erhöhten Kerosinverbrauch, in der Abnutzung des Sitzes und in etwaig konsumierten Speisen und Getränken festzumachen wäre. Besondere Zinsen oder verschärfte Einstandsregeln sind auch nicht von Interesse. Schließlich ist auch ein Anspruch der Fluggesellschaft auf Nutzungsersatz nach den §§ 292, 987 BGB nicht erfolgversprechend, da der blinde Passagier nicht die Gebrauchsvorteile aus dem Gegenstand „Flugzeug" im Sinne des § 100 BGB zieht. Der blinde Passagier besitzt den Gegenstand selbst nicht einmal, sondern wird nur darin transportiert. Wenn man dies mit Hinweis auf die Besetzung eines Platzes anders sehen will, so führt dieses Verhalten nicht zur Nutzungsziehung hinsichtlich des Transports. Das ergibt sich bereits aus einem Vergleich mit der Parallelsituation, in der der blinde Passagier sich im Gepäckraum oder anderweitig versteckt. Sollen diese Fälle nunmehr zu einem anderen Ergebnis hinsichtlich der Verpflichtung zur Zahlung des Reiseentgelts führen?

Wendet man das Gesetz in § 818 Abs. 4 BGB dem Wortlaut nach so an, dass es sich ausschließlich um eine Verweisung auf die §§ 275 – 292 BGB handelt, so hat die Fluggesellschaft in keiner Variante einen Anspruch, da keine Anspruchsgrundlage existiert, welche ihr das gewünschte Interesse zubilligen würde.

## D. Teleologische Auslegung des § 818 Abs. 4 BGB

Ohne dies präzise zu erläutern, scheint jedoch in der Rechtsanwendung und Literatur ein Hang dahingehend zu bestehen, dass § 818 Abs. 4 BGB noch eine weitere Wirkung hat.[6] Der Entreicherte soll sich trotz Vorliegens der Voraussetzungen nicht auf die Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB berufen können. Dies würde bedeuten, dass die durch § 818 Abs. 3 BGB entfallene Wertersatzpflicht nach § 818 Abs. 2 BGB wieder auflebt.[7] § 818 Abs. 2 BGB wäre demnach als „allgemeines Gesetz" im Sinne des § 818 Abs. 4 zu verstehen. Der Begründungsansatz kann zunächst nur eine Form von Praktikabilität sein. Wer bereichert wurde und diese Bereicherung wieder verliert, der soll offenbar den Wert ersetzen müssen, auch wenn er ein passendes Gegenstück nicht mehr in seinem Vermögen vorweisen kann. Eben das ist das Ergebnis des Flugreisefalls, sofern der Lösung der überwiegenden Ansicht gefolgt wird.[8] Wertungsmäßig erscheint den Vertretern dieser Lösung das erkannte Ergebnis zwingend, da der bösgläubige oder verklagte Bereicherungsschuldner es nicht verdiene, sich auf Entreicherung berufen zu können. Für die Vertreter dieser Sichtweise spricht auf den ersten Blick sicherlich auch, dass der Verweis auf die §§ 285 ff. BGB mit § 292 BGB nur eine Bezugsvorschrift kennt, die sich mit der Ersatzpflicht für körperliche Gegenstände befasst. Das Problem des Ersatzes ersparter Aufwendungen ist im Recht der Bereicherungsfolge scheinbar vergessen worden.

## E. Diskussion der verschiedenen Ansätze

Vergleicht man die verschiedenen Ansätze miteinander, so ist festzustellen, dass bei einem teleologischen Verständnis, wie es oben dargelegt wurde, die Haftung nach § 818 Abs. 4 BGB schärfer ist, als jedes sonstige Haftungsrecht in Form der Schadensersatzpflicht. Das System des bürgerlichrechtlichen Schadensersatzanspruchs arbeitet nach dem Prinzip der Rechtskreisbewahrung.[9] Der Geschädigte hat einen Anspruch darauf, dass ihm all jenes, was er durch das schädigende Verhalten verlor, seitens des Schädigers erstattet wird. Weitergehende Zahlungen sind nur im Rahmen des Ersatzes immaterieller Schäden möglich, wo es teilweise anerkannt ist, dass durch Sanktions- und Präventionsgedanken die Zahlungsverpflichtungen des Schädigers zu erhöhen sind.[10] Es bleibt jedoch eine strikte Ausnahme, dass der Geschädigte mehr erhält, als er verloren hat. Das Haftungsrecht in Form des Schadensersatzes steht somit unter dem Ver-

1 Der Autor hat an der Universität zu Köln Rechtswissenschaften studiert und promoviert derzeit im Medizinrecht. Er ist Rechtsreferendar im Landgerichtsbezirk Köln und arbeitet nebenberuflich als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Medizinrecht der Universität Köln und als Tutor im Zivilrecht. Er war bereits Autor in Iurratio 2011, 166 und in Iurratio 2011, 210.

2 BGHZ 55, 128 ff. = NJW 1971, 609. Zur Erinnerung in vereinfachter Form: Ein Minderjähriger begab sich unter Überwindung von Einlasskontrollen an Bord eines Flugzeugs und wurde nach New York gebracht. Als die Sache dort auffiel, setzte man den Minderjährigen in die erste Maschine zurück nach Deutschland. Die Fluggesellschaft verlangt das Entgelt für beide Flüge, wobei der Rückflug nicht Gegenstand der hiesigen Untersuchung ist.

3 So im Ergebnis auch der BGH, jedoch mit äußerst umstrittener Begründung, vgl. Anm. *Lieb* NJW 1971, 1289.

4 Vgl. etwa *Medicus/Petersen*, BR, Rn. 176; *Lieb* NJW 1971, 1289 = JZ 1971, 556 m. Anm. *Canaris*; *Teichmann*, die Flugreiseentscheidung, JuS 1972, 247.

5 Eine detaillierte Übersicht zu den einzelnen Parzellen und den Fragen der Anwendbarkeit findet sich bei MüKo/*Schwab*, BGB, § 818 Rn. 282 ff.

6 Vgl. *Looschelders*, Schuldrecht, § 55 S. 351 f. Rn. 1123 der die Ausführungen des BGH entsprechend versteht; gleichermaßen Bamberger/Roth/*Wendehorst,* BGB, § 818 Rn. 116.

7 So auch das Verständnis der höchstrichterlichen Ausführungen seitens MüKo/*Schwab,* BGB, § 818 Rn. 288.

8 BGH a.a.O.; MüKo/*Schwab,* a.a.O.

9 PWW/*Medicus*, BGB, § 249 Rn. 1 – 4a.

10 Seit BGHZ 26, 349 (Herrenreiter) = NJW 1958, 827 unter Rückbezug auf BGHZ 13, 334 (Leserbrief) = NJW 1954, 1404 st. Rspr. bei erheblichen Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Der BGH erkennt eine Form von Strafschadensersatz unter Berufung auf die Verletzung des besonderen Menschenwürdegehalts an.

bot der Bereicherung.[11] Mithin kann das gesamte Haftungsrecht in Form des Schadensersatzes beim Flugreisefall nicht helfen. Auf nichts anderes verweist aber § 818 Abs. 4 BGB nach der Teleologie der Norm. Sinn der Vorschrift ist es nämlich, den bösgläubigen oder verklagten Bereicherungsschuldner trotz nicht mehr vorhandener Bereicherung – also ohne Abschöpfungsmöglichkeit – für Fehlbestände im Vermögen des Bereicherungsgläubigers in die Pflicht zu nehmen. Dies gilt für den Verlust körperlicher Gegenstände ebenso wie für Immaterialgüter, so dass auch der Hinweis auf das Fehlen einer vergleichbaren Vorschrift zu § 292 BGB am gefundenen Ergebnis nichts ändert.

Wird der von der herrschenden Ansicht zusätzlich ins Feld geführte teleologische Gedanke herangezogen, so erhält der Bereicherungsgläubiger mehr, als er in Gestalt des Geschädigten nach Schadensersatzrecht verlangen könnte. Dies überspannt den Sinn und Zweck des § 818 Abs. 4 BGB und bereichert der Geschädigten.

Diese Schlussfolgerung zeigt, dass es einer gesonderten Begründung bedürfte, weshalb im Rahmen des Bereicherungsrechts mehr zu gewähren sein sollte. Das Bereicherungsrecht folgt gegenüber dem Haftungsrecht in Form des Schadensersatzes einer grundlegend anderen Logik. Beachtung wird hier nur dem Bereicherten geschenkt. Dieser muss all jenes abgeben, was er rechtsgrundlos erhalten hat und für all Jenes Wertersatz zahlen, was er nicht mehr herausgeben kann, wofür er jedoch ein Surrogat erhielt.[12] § 818 Abs. 3 BGB markiert somit die obere Grenze der Wertersatzpflicht und muss demnach in Bezug auf abschöpfungsfähige Bereicherungsgegenstände und deren Verbleiben im Schuldnervermögen faktisch verstanden werden. Ob dem Bereicherungsgläubiger letztlich etwas in seinem Vermögen fehlt, ist hier irrelevant. Dieser Grundsatz darf nicht angetastet werden, da sonst das System in sich nicht funktionieren kann.[13] Das Bereicherungsrecht würde ohne strenge Beachtung dieses Grundsatzes nämlich zu einer Art allgemeiner Gefährdungshaftung für den Verlust der Bereicherung stilisiert werden. Die §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB durchbrechen dieses System nicht. Es ändert sich nur für den Fall des verklagten oder bösgläubigen Bereicherungsschuldners die haftungsrechtliche Grundsatzeinordnung. Das Gesetz gewährt dem Gläubiger des Bereicherungsanspruchs, der aufgrund von § 818 Abs. 3 BGB nichts abschöpfen kann, nunmehr insbesondere mit der Anwendbarkeit von Schadensersatzansprüchen einen Ausgleich für unfreiwillige Vermögensopfer unter strenger Beachtung des oben erläuterten Prinzips der Rechtskreisbewahrung. Das Gesetz gewährt hier also ganz gezielt den haftungsrechtlichen Ausgleich in Form des Schadensersatzes und keine den Rechtskreis des Bereicherungsgläubigers erweiternden Ersatzansprüche. Letztere würden gerade jene Grundsatzdurchbrechung darstellen, die das Bereicherungsrecht nicht liefern kann und darf. Wenn der Bereicherungsschuldner nichts zum Herausgeben hat, so muss er bei verschärfter Haftung nur das ersetzen, was dem Bereicherungsgläubiger als nunmehr Geschädigtem fehlt. Dies führt konsequent zu dem Ergebnis, dass im Flugreisefall vom Hinflug nichts übrig bleiben konnte, was der Minderjährige herauszugeben im Stande wäre.[14] Gleichermaßen fehlt aber auch nichts im Vermögen der Fluggesellschaft, was den entscheidenden Aspekt darstellt, der bei gegenteiligem Ergebnis verkannt wird. Die Fluggesellschaft kann hinsichtlich des Transports des blinden Passagiers keine unfreiwilligen Vermögensopfer vorweisen, da die bloße Streckenüberbrückung nach der Differenzhypothese in ihrem Vermögen keine Lücke hinterlässt. Vor der schädigenden Handlung hätte der Passagier auch kein Ticket erworben. Wenn man dies zuspitzen möchte, so kann sogar der Fall herangezogen werden, dass der blinde Passagier wirtschaftlich auch nicht in der Lage wäre, ein Ticket zu erwerben.

Dieses Ergebnis hält zudem Gerechtigkeitserwägungen stand. Es mag auf den ersten Blick seltsam anmuten, dass jemand, der einen Flug erschleicht, hierfür nicht soll zahlen müssen. Auf den zweiten Blick leuchtet aber ein, dass die Ungerechtigkeit, die einem jeden dabei auffällt, nicht darin begründet ist, dass das Ergebnis ungerecht für die Fluggesellschaft ist, solange diese alle Passagiere befördern konnte, die sie befördern wollte und im Übrigen keinen liquidationsfähigen Schaden hat. Die Ungerechtigkeit liegt in der rechtswidrigen Tat des blinden Passagiers. Dass es einer Sanktion des Missetäters bedarf, leuchtet auch ein, ist sodann aber richtigerweise Aufgabe des Strafrechts, welches durch § 265a StGB – wie eingangs bereits angedeutet - diesem Ansatz gerecht wird. Ebenso wenig wie bei anderen Straftaten gebührt aber auch in diesem Fall die etwa zu zahlende Strafe dem Geschädigten. Vielmehr ist die Strafzahlung an den Staat zu leisten, der das Monopol der Strafjustiz innehat.

Schließlich führt selbst eine ökonomische Analyse des Rechts zum gefundenen Ergebnis. Zwar könnte argumentiert werden, dass die Anerkennung eines Sanktionsgedankens im Bereicherungsrecht „Freerider“ zu privilegieren geeignet sein könnte, da schließlich der Transport abgeschlossen und der damit verbundene Wert ohne Ersatzpflicht im Vermögen des „Freeriders“ verliebe. Dem ist jedoch abermals mit dem Verweis auf das geltende Strafrecht zu begegnen. Bei sinnvoller Anwendung der Strafgesetze ist es der Justiz möglich, eine jedenfalls so hohe Strafzahlung für das begangene Vergehen nach § 265a StGB anzusetzen, dass sich derartiges Verhalten nicht lohnt. Zugleich wohnt dem Strafrecht auch der Gedanke der Prävention inne, so dass zudem ein Aufschlag zur Abschreckung des Einzeltäters und potentieller sonstiger Täter in Betracht kommt. Das treffende Ergebnis ist also hinsichtlich der rechtstechnischen und wirtschaftlichen Lösung eine Frage der korrekten Problemallokation.

## F. FAZIT

Die Flugreisekonstellation und parallel gelagerte Fälle sind abweichend von der überwiegenden Ansicht dahingehend zu lösen, dass der ungewollte „Freerider“ nicht zu zahlen hat. Eine Ersatzpflicht nach den §§ 812 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 1, 2 BGB scheitert an gegebener Entreicherung gemäß § 818 Abs. 3 BGB. Die Tatsache, dass die überwiegende Ansicht den ungewollten „Freerider“ nach den §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 verschärft haften lässt, ist dem Grunde nach rechtstechnisch korrekt, führt aber in der Rechtsfolge nicht zu einer Zahlungsverpflichtung, da sich keine Anspruchsgrundlage für das Begehren des zivilrechtlich Betroffenen findet. Ein Rückgriff auf die §§ 812 ff., 818 Abs. 2 BGB ist unstatthaft, weil somit der Entreicherte verschuldensunabhängig etwas zu ersetzen hätte, was in seinem Vermögen nicht mehr existiert und im Vermögen des Gläubigers nicht fehlt. Zu einem Sanktionsausgleich ist das bürgerliche Recht nicht berufen, sofern dies nicht, wie im Fall der erheblichen und nicht anders zumutbar auszugleichenden Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, als von der Rechtsprechung zwingend erforderlich erkannt wurde. Ein solcher Ansatz dürfte aber im Bereich des Ersatzes materieller Schäden oder Bereicherungsauspflichten nicht haltbar sein.

11 Zur Reichweite des zu ersetzenden Schadens vgl. PWW/*Medicus*, BGB, § 249 Rn. 5, 6.
12 MüKo/*Schwab*, BGB, § 812 Rn. 1 – 5.
13 Anders aber bezüglich des bösgläubigen Bereicherungsschuldners offenbar *Medicus* JuS 1993, 705, 708.
14 Dies setzt natürlich voraus, dass man den Minderjährigen tatsächlich für entreichert hält. Teilweise wird dies mit Hinweis auf den Genuss des Fluges selbst, teilweise mit Hinweis auf den tatsächlich erfolgten Ortswechsel verneint, vgl. Staudinger/*Lorenz*, BGB, § 818 Rn. ?. Diesen Ansichten ist allerdings entgegenzuhalten, dass der Minderjährige mit einem Ortswechsel, der sofort rückgängig gemacht wird, wohl nichts anfangen kann und dass der bloße Reisegenuss im vom BGH zu entscheidenden Fall nicht als erlangtes etwas dargelegt war. Sähe man Letzteres anders, so wurde der Minderjährige nie entreichert und haftet zu Recht nach § 818 Abs. 2 BGB, da er etwas herauszugeben hätte, was noch aktiv in seinem Vermögen vorhanden wäre. Eingedenk des anerkannten Prinzips der Luxusaufwendung in § 818 Abs. 3 erscheint es auch für diesen Fall vorzugswürdig, dass eine reine Streckenüberwindung ohne jegliche Tätigkeitsmöglichkeit am Zielort mit sofortigem Rücktransport als Entreicherung zu werten ist. Die gegenteilige Ansicht steht in der Erklärungsnot des Wertes einer reinen Streckenüberbrückung ohne Reisegenuss bei absoluter Unmöglichkeit einer Zielorttätigkeit. Als Vergleichsfall möge die erschlichene Karusselfahrt dienen, bei der wohl niemand mehr das mehrmalige technische unterstützte Drehen im Kreis als werthaltige Streckenüberwindung bezeichnen wollen wird.

# Richter: „Die Wahrheit interessiert mich nicht“

Auch das noch junge Jahr hat schon interessante und teils kuriose Entscheidungen bzw. deren Veröffentlichung zu Tage gebracht, wie nachfolgender Auszug belegt:

## Sex zwischen einem Vollzugsbeamten und einer Insassin verletzt Gebot der Zurückhaltung

Verletzt ein Justizvollzugsbeamter das Gebot der Zurückhaltung gegenüber Strafgefangenen in der Gestalt, dass er eine intime Beziehung zu einer Strafgefangenen aufnimmt, so ist die vorläufige Dienstenthebung sowie die Einbehaltung von 20 % der monatlichen Bezüge in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren rechtmäßig, da eine Dienstentfernung im Disziplinarverfahren aufgrund des gravierenden Verstoßes gegen Dienstpflichten überwiegend wahrscheinlich ist. Im vorliegenden Fall war im Herbst 2012 bekannt geworden, dass ein Beamter mit einer Gefangenen in deren Zelle bei offenstehender Zellentür einvernehmlichen Geschlechtsverkehr hatte. Dies war wiederum von einer Mitgefangenen beobachtet und der Anstaltsleitung gemeldet worden, nachdem der sexuelle Kontakt zum Gesprächsthema in der Anstalt geworden war. VG Trier, Beschluss v. 02.01.2013, 3 L 1564/12.

## Augenverletzung eines Lehrers durch Schneeballschlacht in Pause ist Dienstunfall

Wenn sich ein Klassenlehrer beim Verlassen der Unterrichtsräume von seinen Schülern in eine spaßig gemeinte Schneeballschlacht verwickeln lässt und dabei eine Augenverletzung erleidet, stellt dies einen Dienstunfall dar, für den ihm Unfallfürsorge zu gewähren ist. Das gilt selbst dann, wenn das Werfen von Schneebällen in der Schulordnung untersagt wird. Vorliegend war der Lehrer direkt am Auge von einem Schneeball getroffen worden und nach einer Operation an dem betroffenen Auge einen Monat lang dienstunfähig krankgeschrieben. Die Schulbehörde lehnte die Anerkennung als Dienstunfall ab und monierte zudem, der Lehrer habe durch die Missachtung des Schneeballschlachtverbots seine erzieherische Vorbildfunktion verletzt und dadurch den Interessen des Dienstherrn zuwider gehandelt. Das Verwaltungsgericht Freiburg gab der Klage des Lehrers statt und führte aus, dass der Unfall sich noch „in Ausübung des Dienstes“, nämlich am Dienstort und auch während der Dienstzeit ereignet habe, nämlich als der Lehrer beim Verlassen des Raums auf dem Weg zum Hauptgebäude von ca. 15 Schülern seiner Klasse mit Schneeballwürfen empfangen worden sei. Er sei zunächst mit schützend vor das Gesicht gehaltener Mappe auf die Schüler zugerannt, habe versucht, den nahestehenden Werfern die Schneebälle aus der Hand zu schlagen und ihnen zugerufen, sie sollten aufhören, weil es unfair sei, wenn alle auf ihn werfen. Daraufhin sei eine allgemeine Schneeballschlacht entbrannt, bei der jeder auf jeden geworden hätte, woran er sich dann mit eigenen Würfen beteiligt habe. Er habe plausibel dargelegt, dass er wegen seines guten Verhältnisses zu den Schülern ihren Schneeballangriff nicht als böswillig, sondern als Ausdruck der Lebensfreude und für sich als Herausforderung begriffen habe und dass er sich mit einer bloßen Aufforderung aufzuhören und einem teilnahmslosen Verlassen des Handlungsortes auch als Pädagoge lächerlich gemacht hätte. Ob er gegen ein wirksames Verbot seines Dienstherrn verstoßen habe könne laut Verwaltungsgericht dahin stehen und sei zudem unerheblich, weil er dadurch nicht seine dienstunfallrechtliche Fürsorge verliere. VG Freiburg, Urteil v. 04.12.2012, 5 K 1220/11.

## Richter: „Die Wahrheit interessiert mich nicht“

Der Klägervertreter hat im Zivilprozess beantragt, einen in der Schweiz ansässigen Zeugen zu hören. Auf die Ablehnung des Richters hin erinnerte ihn der Anwalt daran, dass es seine Aufgabe ist, die Wahrheit zu finden. Der Richter antwortete auf diesen Hinweis „die Wahrheit interessiert mich nicht“, weshalb der Anwalt einen Befangenheitsantrag gegen ihn stellte, welcher aber vom LG Chemnitz abgelehnt wurde. Es sah den Vorfall als nicht so gravierend an und folgte der Einlassung des Richters, wonach er wohl etwas überreagiert habe. Ebenfalls als unbegründet lehnte das OLG Dresden den Antrag ab. Dem trat das Bundesverfassungsgericht nun entschieden und mit deutlichen Worten entgegen. Nach Auffassung des Gerichts lasse die Äußerung „die Wahrheit interessiert mich nicht“ „an der Unvoreingenommenheit des Richters zweifeln“. Allein der böse Schein, also die objektive Möglichkeit der Befangenheit genüge, um einem Befangenheitsantrag statt zugeben. Ein gesetzlicher Richter sei der Wahrheit verpflichtet. Neben der grob unsachlichen Äußerung des Richters, die den Eindruck der Voreingenommenheit hervorrufe, sei auch die Auffassung des OLG Dresden „nicht ansatzweise nachvollziehbar“. Das LG Chemnitz muss nun erneut entscheiden. BVerfG, Beschluss v. 12.12.2012, 2 BvR 1750/12.

# Änderungen in 2013 – schon gewusst?

Das Jahr 2013 kommt mit einigen Neuerungen auf den verschiedensten Gebieten daher. Hier gibt es einen kleinen Überblick über die 13 wichtigsten und interessantesten Änderungen des noch jungen Jahres.

## MINIJOBBER DÜRFEN MEHR VERDIENEN

Monatlich dürfen nun 450 Euro statt bisher 400 Euro verdient werden. Die bisher abgabenfreie geringfügige Beschäftigung wird nun grundsätzlich rentenversicherungspflichtig sein, was unter anderem auch Ansprüche auf Erwerbsminderungsrente und Riester-Förderung bedeutet. Dafür sollen Minijobber den Rentenversicherungsbeitrag des Arbeitgebers von pauschal 15 Prozent aus eigenen Mitteln aufstocken. Aufgrund des in diesem Jahr sinkenden Beitrags zur Rentenversicherung zahlt der Minijobber nur 3,9 Prozent selbst dazu und erhält vollwertige Pflichtbeitragszeiten. Wer 450 Euro verdient müsste also maximal 17,55 Euro aufwenden. Bislang gab es den vollen Versicherungsschutz mit allen Leistungen der Rentenversicherung für Minijobber nur durch freiwillige Aufstockung mit Zusatzbeiträgen. Das neue Modell gilt allerdings nur für neu abgeschlossene Minijob-Verträge.

## MEHR PORTO FÜR DEN STANDARDBRIEF

Der Standardbrief bis 20 Gramm kostet künftig 0,58 Euro (bisher 0,55 Euro). Beim Maxibrief zieht das Porto von 2,20 Euro auf 2,40 Euro an. Büchersendungen gehen nur noch „Groß“ oder „Maxi“ mit Preisen von 1 bzw. 1,65 Euro. Bereits seit November hält die Deutsche Post Ergänzungsmarken zu einem Wert von 3 Cent bereit, so dass kein Umtausch der alten Briefmarkenbestände erforderliche ist.

## UNISEXTARIFE BEI VERSICHERUNGEN

Bereits seit dem 21. Dezember zahlen Männer und Frauen gleiche Tarife in den Versicherungen. Teurer wird es für Männer bei der Alters- und Berufsunfähigkeitsvorsorge, für Frauen bei Risikoversicherungen.

## FERNBUSSE ALS KONKURRENZ FÜR BAHNUNTERNEHMEN

Auf allen Strecken, die länger sind als 50 km, dürfen Busgesellschaften parallel zu Zugverbindungen einen regelmäßigen Linienverkehr anbieten. Der Preis liegt stets unter dem der Bahn. Zudem sollen Autofahrer aufgrund der hohen Benzinpreise neue Zielgruppe sein.

## NEUE BANKNOTEN MIT NEUEM WASSERZEICHEN

Die Europäische Zentralbank und die nationalen Zentralbanken bringen im Laufe des neuen Jahres eine neue Serie von Euro-Banknoten in Umlauf. Neue Sicherheitsmerkmale sollen die Scheine noch sicherer machen. Verbraucher müssen sich vor allem auf eine veränderte Optik einstellen. So wird im Wasserzeichen, das im Gegenlicht geprüft werden kann, nun die Göttin Europa abgebildet sein. Bei den bisherigen Scheinen ist an dieser Stelle ein Bauwerk zu sehen.

## FRUCHTSAFT OHNE ZUCKERZUSATZ

Die neue Fruchtsaftrichtlinie der EU (2012/12/EU zur Änderung der Richtlinie 2001/112/EG) muss von allen Mitgliedstaaten bis zum 28. Oktober 2013 umgesetzt werden. Fruchtsaft darf dann grundsätzlich kein Zucker zugesetzt werden. Dies ist in den allermeisten Fällen bereits heute schon die Regel, prinzipiell aber noch erlaubt. Die Kennzeichnung „ohne Zuckerzusatz“ ist nach dem Beschluss nur noch für eine Übergangsfrist bis zum 28.Oktober 2016 zulässig. Deutschland ist Weltmeister im Fruchtsafttrinken, aktuell mit einem Pro-Kopf-Konsum von etwa 37 Litern im Jahr und die meisten Hersteller halten sich bereits seit längerem an die Richtlinie.

## STUDIENKREDITE AUCH FÜR'S ZWEITSTUDIUM UND FÜR ÜBER 40-JÄHRIGE

Ab 01. April können Studenten Studienkredite der KfW-Bank auch für ein Zweit- oder Aufbaustudium erhalten. Zudem steigt die Altersgrenze für Kreditnehmer von bisher 34 auf 44 Jahre. Je älter der Antragsteller, desto kürze ist die Förderungshöchstdauer.

## NEUE REGELUNGEN FÜR HOTLINE-WARTESCHLEIFEN

Schluss mitteuren Warteschleifen bei z.B. Servicehotlines. Bereits seit dem 01. September 2012 müssen beim Anruf von Sonderrufnummern (z.B. 0900 oder 0180), die pro Minute abgerechnet werden, mindestens die ersten zwei Minuten einer Warteschleife zu Gesprächsbeginn kostenfrei sein. Dies gilt unabhängig davon, ob vom Festnetz- oder Mobilfunkanschluss angerufen wird. Ab dem 01. Juni diesen Jahres muss die gesamte Dauer der Wartezeit beim Anruf von Sonderrufnummern komplett kostenfrei sein; gleiches gilt für die Weiterleitung des Telefonats, unabhängig davon, ob vom Mobil- oder Festnetzanschluss. Von dieser Regelung gibt es aber auch Ausnahmen, z.B. sind davon Rufnummern ausgenommen, für die ein Festpreis pro Anruf gilt.

## KEIN FÜHRERSCHEIN AUF LEBENSZEIT

Keine Angst – die Fahrerlaubnis kann einem auch im neuen Jahr nicht grundlos entzogen werden; dafür muss man sich weiterhin etwas anstrengen. Allerdings hat der Führerschein seit 19. Januar nur noch eine Lebensdauer von 15 Jahren. Dann wird keine Nachprüfung oder eine ärztliche Untersuchung fällig, er muss nur quasi umgetauscht werden, wie der Personalausweis. Alte Fahrschein-Dokumente bleiben bis 2033 grundsätzlich von der Tauschpflicht befreit, doch selbst wer schon lange fährt, fällt automatisch unter die 15-Jahre-Regelung, wenn er neue Papiere beantragt und diese ab dem 19. Januar erhält. Mit der neuen Regelung soll dafür gesorgt werden, dass das Dokument und auch das Lichtbild immer relativ aktuell sind.

## KOFFEIN-HÖCHSTGRENZEN FÜR ENERGYDRINKS

In Zukunft gelten für Energydrinks verbindliche Höchstmengen für Koffein (320 mg/l), Taurin (4.000 mg/l), Inosit (200 mg/l) und Glucuronolacton (2.400 mg/l). Gekennzeichnet werden muss der erhöhte Koffeingehalt mit der Angabe „erhöhter Koffeingehalt“ samt Mengenangabe. Zukünftig gilt dies nicht nur für verpackte Energydrinks, sondern auch für „lose“ abgegebene koffeinhaltige Erfrischungsgetränke – also solche, die im Glas in Gaststätten oder Diskotheken serviert werden. Die Verordnung ist bereits seit dem 01. Juni 2012 in Kraft, die Übergangsfrist endet nunmehr am 01. Juni 2013.

## BENZINPREISE WERDEN MELDEPFLICHTIG

Beim Kartellamt wurde eine Meldestelle für Benzin- und Dieselpreise eingerichtet. Die Tankstellen sollen der Markttransparenzstelle ihre Tagespreise melden, damit die Kunden auf einem Vergleichsportal sehen können, wo sie in der Nähe am günstigsten tanken können. Dadurch soll auch der Wettbewerb unter den Tankstellen verbessert werden. Allerdings soll der Zugriff frühestens im Sommer möglich sein, da die entsprechende Technik derzeit noch fehlt.

# Examenskandidaten im Zivilrecht: „Holzelemente“

*von Dr. Robert Horn (Gießen)*

Dr. Robert Horn, Jahrgang 1958, hat seine juristischen Staatsprüfungen in den Jahren 1984 und 1988 abgelegt. Die Promotion, „Die Rechtsprechung des BVerfG zur Parteienfinanzierung“ schloss sich 1991 an. Anschließend wurde er Richter in Hessen. Im Jahr 2000 wurde er Prüfer für die staatliche Pflichtfachprüfung. 2002 wurde er aufsichtführender Richter am SG. Zum Kommissionsvorsitzenden in der staatlichen Pflichtfachprüfung wurde er 2009 bestellt.

## SACHVERHALT

Nach dem Tode des unverheirateten Holzhändlers H übernimmt dessen Bruder B als einziger Verwandter den Betrieb. B hält sich für den Alleinerben des H. Kurz darauf verkauft B 3 Paletten Holzelemente ihrem Wert entsprechend für 6.000,00 € an X. X verarbeitet zwei Paletten der Holzelemente mit einem Kostenaufwand von 5.000,00 € zu Türen. Aus einer Palette stellt er Badezimmerschränke her. Die Kosten hierfür betragen 2.000,00 €. Die Türen verkauft X für 10.000,00 € an ein Möbelgeschäft. Für die Badezimmerschränke lässt sich lediglich ein Preis von 3.000,00 € erzielen.

Geraume Zeit später legt H's Lebenspartnerin L ein formgültiges Testament vor, wonach L Alleinerbin des H ist. B hat alles Geld verbraucht. Das Möbelgeschäft ist inzwischen insolvent geworden.

L fragt, welche Ansprüche sie gegen X hat und ob X für den Fall, dass gegen ihn Ansprüche bestehen, die Kosten für den Erwerb und die Verarbeitung der Holzelemente in Abzug bringen kann.

## LÖSUNG

### TEIL 1: ANSPRÜCHE WEGEN DER FÜR 10.000,00 € VERKAUFTEN TÜREN

#### A. SCHADENSERSATZANSPRÜCHE

L könnte einen Schadensersatzanspruch gegen X aus §§ 989, 990 Abs. 1[1] haben.

#### I. EIGENTÜMER-BESITZER-VERHÄLTNIS IM ZEITPUNKT DER VERLETZUNGSHANDLUNG[2]

Dann müsste zwischen L und X ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Zeitpunkt des schadensbegründenden Ereignisses bestanden haben.

#### 1. EIGENTUM DER L

L müsste vor der Verarbeitung Eigentümerin der Holzelemente gewesen sein. Ursprünglich war H Eigentümer der Holzelemente. Das Eigentum hieran ging nach seinem Tode gem. § 1922 Abs. 1 auf seinen Erben über. In dem formgültigen Testament setzte H seine Lebenspartnerin L als Erbin ein. Gem. § 1937 kann die vom Gesetz als Regelfall behandelte gesetzliche Erbfolge durch den erklärten abweichenden Willen des Erblassers abgeändert werden. L hat den H beerbt und ist somit im Wege der Universalsukzession nach § 1922, 1937 BGB in dessen Rechtsstellung eingerückt.[3]

L könnte jedoch ihr Eigentum an den Holzelementen durch Veräußerung des B an X verloren haben, wenn B als Nichtberechtigter dem X gem. §§ 929, 932 das Eigentum übertragen hat.

B und X haben sich über den Eigentumswechsel geeinigt. Auch die Übergabe ist erfolgt, § 929 Satz 1.
B war jedoch weder verfügungsberechtigter Eigentümer noch Nichteigentümer, dem kraft Gesetzes das Verfügungsrecht zustand oder der mit Einwilligung der Berechtigten L handelte (§ 185).

Das fehlende Eigentum des B könnte gem. § 932 überwunden worden sein. B war im Zeitpunkt der Übergabe an X gutgläubig. Ein Eigentumserwerbs tritt dennoch nicht ein, wenn der L die Holzelemente gem. § 935 abhanden gekommen sind. Nach § 857 geht der Besitz auf den Erben ohne Weiteres über. Hieraus folgt, dass ein Nichterbe, der den Besitz ergreift, verbotene Eigenmacht gegen den Erben übt; die Sache ist dem tatsächlichen Erben abhanden gekommen.[4]

Als B aufgrund seines vermeintlichen Erbrechts den Besitz an den Holzelementen ergriff, kam somit der L der unmittelbare Besitz abhanden, weil B nicht als vorläufiger Erbe, sondern lediglich als Scheinerbe die Holzelemente an X übergab. X konnte somit das Eigentum an ihnen nicht gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 gutgläubig erwerben.

#### 2. UNRECHTMÄSSIGER BESITZ DES X

X müsste im Zeitpunkt der Verarbeitung der Holzelemente unrechtmäßiger Besitzer gewesen sein. Unrechtmäßiger Besitzer ist, wer bei Herausgabeverlangen des Eigentümers die Sache herausgeben muss, ohne sich auf ein Recht zum Besitz gem. § 986 BGB berufen zu können.[5]

X war mangels eines der L gegenüber wirkenden Erwerbstatbestandes ihr gegenüber unrechtmäßiger Eigenbesitzer (§ 872). Er übte die tatsächliche Gewalt über die Holzelemente mit dem Willen aus, sie wie ein Eigentümer zu beherrschen.[6]

#### II. BÖSER GLAUBE DES X

X müsste bösgläubig (§ 990) oder verklagt (§ 989) gewesen sein. Bösgläubig ist, wer den Mangel seines Besitzrechtes bei Besitzerwerb kennt oder grob fahrlässig nicht kennt oder später positive Kenntnis davon erhält.[7]

1 Paragraphen ohne Angabe des Gesetzes sind solche des BGB.
2 Vgl. zu den Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs gem. §§ 989, 990 Abs. 1 BGB im Einzelnen Horn, JA 2012, 575, 576 f.
3 Vgl. Horn, JA 2012, 575, 576.
4 *Bassenge*, in: Palandt, BGB, 71. Aufl.,2012, § 857 Rn. 6.
5 Vgl. Horn, JA 2012, 575, 577 m.w.N.
6 *Berger*, in: Jauernig, BGB, 14. Aufl.,2011, § 872 Rn. 1.
7 Horn, JA 2012, 575, 579.

Zum Zeitpunkt des Besitzerwerbs wusste X nicht, dass L als Erbin des B Eigentümerin der Holzelemente war. Er ging vielmehr davon aus, mangels testamentarischer Verfügung sei die gesetzliche Erbfolge eingetreten und B Eigentümer der Holzelemente geworden. Weiterhin erfuhr X vor der Verarbeitung auch nicht nachträglich von seinem fehlenden Besitzrecht. Damit liegen die Voraussetzungen des § 990 Abs. 1 S. 1 nicht vor.

### III. ERGEBNIS

X war nicht bösgläubig. L kann deshalb keinen Schadensersatz in Höhe von 10.000,00 € von X nach §§ 990 Abs. 1 S. 1, 989 verlangen.

## B. ANSPRUCH AUF HERAUSGABE DES VON EINEM DRITTEN ERLANGTEN

In Betracht kommt ein Anspruch der L gegen X auf den Verkaufserlös aus § 816 Abs. 1 S. 1.

### I. ENTGELTLICHE VERFÜGUNG EINES NICHTBERECHTIGTEN

X müsste über das Holz der L als Nichtberechtigter verfügt haben. Dies ist der Fall, wenn X weder unbeschränkter Inhaber des betreffenden Rechts – hier Eigentum – noch kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts mit dem Inhaber zur Verfügung über das Recht befugt war.[8] Rechtsgeschäftlich hat X an den Holzelementen kein Eigentum erworben. Der Eigentumserwerb des X kann hier aber durch Gesetz aufgrund der Verarbeitung nach § 950 erfolgt sein.

Bei der Verarbeitung zu Türen müsste es sich um die Herstellung einer neuen beweglichen Sache handeln. Die Frage, ob eine neue Sache vorliegt, ist dabei nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen.[9] Auf eine neue Sache lässt die Bezeichnung mit einem anderen Namen, das Erreichen einer neuen Verarbeitungsstufe oder eine eigenständige, gegenüber den einzelnen verarbeiteten Sachen weitergehende Funktion schließen.[10] Vorliegend sind sowohl die Kriterien eines anderen Namens wie auch einer neuen Verarbeitungsstufe erfüllt. Ebenso ist den Türen hinsichtlich der weiteren Verarbeitungsmöglichkeiten eine eigenständige, gegenüber den Holzelementen weitergehende Funktion zuzumessen.

Voraussetzung ist weiter, dass der Wert der Verarbeitung nicht wesentlich geringer ist als der Wert des Stoffes. Wert der Verarbeitung ist dabei die Differenz zwischen dem Verkehrswert der neuen Sache und dem Verkehrswert der verarbeiteten Stoffe.[11] Werden mehrere Stoffe zu einer einheitlichen Sache verarbeitet, so geht § 950 BGB den §§ 947, 948 BGB vor[12], Verarbeitungswert ist dann die Differenz zwischen dem Wert des Fertigproduktes und dem Wert des Ausgangsmaterials.[13] Der Verkaufspreis, der dem Verkehrswert der Türen entspricht, betrug 10.000,00 €. Die Holzelemente waren 4.000,00 € wert. Der Wertzuwachs belief sich hier also bei Verarbeitungskosten von 5.000,00 € auf 6.000,00 €. Somit ist der Wert der Verarbeitung nicht erheblich geringer als der Stoffwert.

8 *Wendehorst*, in: Beckscher Online-Kommentar zum BGB, 24. Edition, Stand: 01.03.2011, § 816 Rn. 9.
9 BGH NJW 1995, 2633.
10 BGH NJW 1995, 2633.
11 BGHZ 18, 226, 228.
12 Vgl. RGZ 161, 109, 113.
13 Vgl. *Wiegand*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 950 Rn. 11.

Damit hat X durch die Verarbeitung nach § 950 Eigentum an den Türen erlangt. Für diesen Eigentumserwerb durch Gesetz ist es ohne Bedeutung, dass die Sache der L abhanden gekommen ist.

### II. ERGEBNIS

Als Eigentümer verfügte X somit als Berechtigter. L hat gegen X keinen Anspruch nach § 816 Abs. 1 S. 1.

## C. ANSPRUCH AUF WERTERSATZ

L könnte gegen X einen Anspruch aus §§ 951 Abs. 1 Satz 1, 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 auf Zahlung von Wertersatz haben.

### I. ANWENDBARKEIT

Zu klären ist zunächst, ob ein derartiger Anspruch gem. § 993 Abs. 1 a.E. durch die Sonderregelung der §§ 987 bis 993 ausgeschlossen wird. Bei § 951 Abs. 1 S. 1 handelt es sich aber um keinen Schadensersatz- oder Nutzungsersatzanspruch, sondern um einen Bereicherungsanspruch als Ausgleich für die Nichtherausgabe der Sache. Ein solcher Anspruch wird durch die §§ 987 bis 993 nicht ausgeschlossen. Der gutgläubige Besitzer wird durch diese Regelungen zwar von als unbillig angesehenen Schadensersatzansprüchen des Eigentümers freigestellt. Er soll aber den ihm objektiv nicht zustehenden Wert der Sache nicht behalten dürfen.[14] Dies folgt im Übrigen auch aus § 993 Abs. 1 a.E. Danach wird die Zuweisung des Substanzwertes an den Eigentümer durch die §§ 987 bis 993 nicht aufgehoben. Die Wertung, den objektiv Nichtberechtigten ohne Rücksicht auf Verschulden zur Herausgabe des erlangten Vermögenswertes zu verpflichten, findet sich auch in der Regelung des § 816 Abs. 1 S. 1. Es handelt sich somit nicht um eine ungerechtfertigte Umgehung der Privilegierung, die dem gutgläubigen Besitzer aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis gewährt wird.

Somit ist ein Bereicherungsanspruch aus §§ 951, 812 ff. nicht ausgeschlossen.

### II. VERGÜTUNG IN GELD NACH DEN §§ 812 FF.

Die Voraussetzungen des § 951 Abs. 1 Satz 1 sind damit dem Grunde nach erfüllt, L kann von X deshalb Vergütung in Geld nach den Vor-

14 BGHZ 55, 176, 179.

mainzer medieninstitut

Das **Mainzer Medieninstitut e.V.** veranstaltet in Kooperation mit der **Johannes Gutenberg-Universität** zum WS 2013/14 den akkreditierten

**Weiterbildungsstudiengang Medienrecht (LL.M.)**

**Fachanwaltskurs Urheber- und Medienrecht**

Rechtsreferendare, Absolventen der wirtschaftswissenschaftlichen Fakultäten oder gleichwertiger Studienfächer sowie Berufstätige können in zwei bis vier Semestern (berufsbegleitend) einen **LL.M.** als Zusatzqualifikation und/oder in einem Semester die theoretischen Kenntnisse für den **Fachanwalt** erwerben.

Näheres zu Inhalten, Dozenten, Stundenplänen, Zulassungsvoraussetzungen, Gebühren sowie Bewerbungsformular unter **www.mainzer-medieninstitut.de**. Anfragen an **studiengang@mainzer-medieninstitut.de** bzw. Telefon: **06131/1449250**.

Bewerbungen werden bis zum 30. Juni 2013 angenommen.

schriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen.

### 1. § 951 Abs. 1 als Rechtsgrundverweisung?

Fraglich ist, nach welchen Voraussetzungen sich bei einem Anspruch gem. §§ 951, 812 die Vergütung in Geld für den Verlust des Eigentums richtet. Die Verweisung in § 951 könnte nach dem Wortlaut der Vorschrift entweder nur für den Umfang eines Geldanspruchs – Rechtsfolgenverweisung – oder auch für den Grund des Anspruchs – Rechtsgrundverweisung – auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verweisen. Nach nahezu einhelliger Meinung ist § 951 Abs. 1 Satz 1 eine Rechtsgrundverweisung.[15] Dem ist zuzustimmen. Nach dem Wortlaut des § 951 bestünde ein Bereicherungsanspruch in jedem Fall, wenn sich mit dem Einbau kraft Gesetzes der Eigentumswechsel vollzieht. Dieser Bereicherungsanspruch muss aber ausgeschlossen sein, wenn die Vermögensverschiebung sich aufgrund eines Vertrages mit Rechtsgrund vollzieht. Aus § 951 kann somit nicht die Rechtsfolge abgeleitet werden, dass jeder Eigentümerwechsel gem. §§ 946 ff. gegen den Erwerber des Eigentums einen Bereicherungsanspruch auslöst. Der Bereicherungsanspruch besteht vielmehr nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 812 erfüllt sind. § 951 stellt klar, dass nur eine Vergütung in Geld und nicht Herausgabe des Erlangten (§ 951 Abs. 1 Satz 2) verlangt werden kann und keinen Rechtsgrund für den Erwerb darstellen. Dahinstehen kann an dieser Stelle, inwiefern § 951 Abs. 1 Satz 1 nur auf die Nichtleistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Alt. 2[16] oder auf beide Alternativen des § 812 Abs. 1 Satz 1 verweist[17], weil es sich bei der vorliegenden Verarbeitung jedenfalls um keine Leistung des X, sondern allenfalls um eine Bereicherung in sonstiger Weise handelt. Somit sind die Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 zu prüfen.

### 2. Anspruchsvoraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2

Durch die Verarbeitung hat X gem. § 950 Eigentum an den Türen erlangt. Der Eigentumsverlust der L an den Holzelementen hat sich durch den gleichen Vorgang vollzogen.

Die Bereicherung erfolgte auch nicht durch Leistung. Weder liegt eine Leistung des B vor, der dem X aufgrund von § 935 Abs. 1 lediglich den Besitz an den Holzelementen der L verschaffen konnte, noch eine Leistung des X, der durch die Herstellung der Türen – sofern man hierin aufgrund des originären Eigentumserwerbs nach § 950 überhaupt eine mögliche Leistung sehen will – keine diesbezügliche vertragliche Verpflichtung erfüllen wollte. Bei der Verarbeitung der Holzelemente zu Türen gem. § 950 Abs.1 S.1 handelt es sich somit um eine Bereicherung in sonstiger Weise.
Dem steht nicht entgegen, dass für die Eingriffskondiktion nur Raum ist, wenn der Empfänger den Bereicherungsgegenstand nicht durch Leistung eines anderen erhalten hat. Die Anwendung dieses Subsidiaritätsgrundsatzes und damit die Ablehnung des Bereicherungsanspruchs von L mit der Erwägung, X habe die Holzelemente auf Grund des Kaufvertrages mit B und damit auf Grund einer Leistung aus diesem Vertrag erhalten, steht im Einklang mit der sachenrechtlichen Lösung des Interessenkonfliktes, der bei Veräußerung einer fremden Sache durch einen Nichtberechtigten entsteht. Der Dritte erwirbt gem. §§ 932 ff. lediglich dann Eigentum ohne dem früheren Eigentümer ausgleichspflichtig zu sein, wenn die Sache dem Eigentümer nicht abhanden gekommen und der Dritte auch nicht bösgläubig ist. Nur in diesem Fall ist der Vertrag mit dem Nichtberechtigten Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung zugunsten des Dritten.[18] Hat der Käufer die abhanden gekommenen Sachen noch in seinem Besitz, kann sie der Eigentümer nach § 985 herausverlangen, ohne dass sich der Käufer auf den Kaufvertrag mit dem Dritten berufen kann. Der Bereicherungsanspruch tritt im Ergebnis nur an die Stelle des Herausgabeanspruchs. Somit ist kein Grund erkennbar, weshalb bei einer Verarbeitung einem Bereicherungsanspruch der Kaufvertrag als rechtlicher Grund entgegenstehen soll.

Der Eigentumserwerb erfolgte auch auf Kosten der L, deren Eigentum an den ihr zuzuordnenden Holzelementen infolge der Verarbeitung nach § 950 unterging. Der Vorteil des X beruhte damit unmittelbar auf der Verwertung einer fremden Rechtsposition.

Der Eigentumserwerb des X müsste schließlich ohne rechtlichen Grund erfolgt sein. § 951 Abs. 1 S. 1 gewährt dem verlierenden Teil einen Bereicherungsanspruch für einen aufgrund der Vorschriften §§ 946 bis 950 erlittenen Rechtsverlust. Wie bereits ausgeführt stellen die §§ 946 bis 950 keinen Rechtsgrund dar. Auch war L dem X gegenüber sonst in keiner Weise zur Preisgabe der Holzelemente oder zur Verschaffung des Eigentums daran verpflichtet.

Die Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 sind damit erfüllt.

Der Anspruchsinhalt ist ausschließlich auf eine Vergütung in Geld – Wertersatz gem. § 818 Abs. 2 – gerichtet, § 951 Abs. 1 S. 1. Der Bereicherungsanspruch aus § 951 Abs. 1 S. 1 gleicht den durch die Rechtsänderung erlangten Vorteil des Anspruchsgegners aus. Das Erlangte im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 ist somit die Rechtsänderung selbst, bei der hier erfolgten Verarbeitung nach § 950 BGB somit das von X an den ihm nicht gehörenden Holzelementen erlangte Eigentum. Damit hat X gem. §§ 951 Abs. 1 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 den Wert der Holzelemente zu ersetzen, den diese vor der Verarbeitung hatten.

## III. Umfang des Bereicherungsanspruchs

Gem. § 818 Abs. 2 hat X den Wert des durch die Bereicherung erlangten zu ersetzen. Zu ersetzen ist der objektive Wert[19], hier also der Verkehrswert der verarbeiteten Holzelemente.

Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist gem. § 818 Abs. 3 ausgeschlossen, soweit X nicht mehr bereichert ist. Nach Sinn und Zweck von § 818 Abs. 3 soll der Empfänger nur insoweit zur Herausgabe verpflichtet sein, als er bereichert ist. Zur Feststellung dieser Bereicherung müssen alle mit dem Bereicherungsvorgang in Zusammenhang stehenden Vor- und Nachteile miteinander verrechnet werden. Der Bereicherungsschuldner soll nach der Rückabwicklung des Bereicherungsvorgangs nicht besser und nicht schlechter stehen, als er ohne den ungerechtfertigten Erwerb stehen würde. Bei dem Bereicherungsschuldner soll weder ein Vorteil noch ein Schaden verbleiben.[20] Der Bereicherungsanspruch könnte hier gem. § 818 Abs. 3 wegen des von X an B gezahlten Kaufpreises von 4.000,00 € für die 2 Paletten der zu Türen verarbeiteten

15 *Füller*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 951 Rn. 3; BGHZ 17, 236, 238 f.; *Bassenge*, in: Palandt, § 951 Rn. 1; *Kindl*, in: BeckOK BGB/, § 951 Rn. 2; a. A. Imlau NJW 1964, 1999, 2000.
16 So *Bassenge*, in: Palandt, § 951 Rn. 1 m.w.N.
17 So BGHZ 40, 272, 276.
18 BGHZ 55, 177, 178.
19 *Martinek*, in: JurisPK-BGB, 6. Aufl., 2012, § 818 Rn. 45 m.w.N.
20 BGHZ 55, 128, 134.

clavisto

DEIN
SCHLÜSSEL
ZUM JOB.

# CLAVISTO ENTDECKT TALENTE. AUCH DICH!

## CLAVISTO IST DAS TALENTPROGRAMM FÜR EXZELLENTE JURISTEN (M/W).

Ob Student, Referendar oder Berufseinsteiger – wir fördern herausragende Talente. Gehörst Du zu den Besten Deines Fachs? Dann bist Du bei clavisto genau richtig! Dein Weg ins Programm: www.clavisto.de

Unsere Partnerkanzleien freuen sich auf Dich:

ALLEN & OVERY · BAKER & MCKENZIE · BEITEN BURKHARDT · LATHAM & WATKINS LLP · McDermott Will & Emery · Weil

UNSERE MEDIENPARTNER · BESTGRADUATES LAW · C.F. Müller · JURRATIO · JURAcon · Legal Tribune ONLINE

Holzelementen entfallen. Aufwendungen, die für den Erwerb des Bereicherungsgegenstandes gemacht werden mussten, sind dem Grunde nach abzugsfähig.[21] Diesbezüglich ist jedoch zu beachten, dass der Bereicherungsanspruch aus §§ 951 Abs. 1 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 gewissermaßen als Rechtsfortwirkungsanspruch an die Stelle des Herausgabeanspruch aus § 985 BGB getreten ist.[22] Der Hersteller hätte also vor der Verarbeitung die Gegenstände an den Eigentümer herauszugeben, ohne einen Gegenanspruch auf Leistung des an den Dritten gezahlten Kaufpreises zu haben, m.a.W. hätte der Hersteller keinen Einwand gegenüber dem Herausgabeanspruch aus § 985 aus dem an den Dritten gezahlten Kaufpreis geltend machen können. Da der Übergang auf den Bereicherungsanspruch den Besitzer nicht besser stellen soll, kann er dies demzufolge auch nicht gegenüber dem Bereicherungsanspruch[23] einwenden. Darüber hinaus ist der Kaufpreis hier nicht das Entgelt für den Eigentumserwerb, der wegen § 935 Abs. 1 nicht durch die Übereignung des B, sondern unabhängig davon erst danach nach § 950 Abs. 1 S. 1 erfolgte.

Die Herstellungskosten kann X ebenfalls nicht abziehen. L hat nur einen Anspruch auf Wertersatz für die Holzelemente, nicht aber auf den Erlös der Türen. Diese Kosten sind in dem erzielten Kaufpreis enthalten.

### IV. ERGEBNIS

L hat einen Anspruch auf Wertersatz in Höhe von 4.000,00 € gem. §§ 951, 812 wegen der aus den zwei Paletten Holzelementen gefertigten Türen.

## TEIL 2: ANSPRÜCHE WEGEN DER FÜR 3.000,00 € VERKAUFTEN BADEZIMMERSCHRÄNKE

### A. ANSPRUCH AUF HERAUSGABE DES VON EINEM DRITTEN ERLANGTEN

L könnte wegen der für 3.000,00 € verkauften Badezimmerschränke einen Anspruch auf den Verkaufserlös gegen X aus § 816 Abs. 1 Satz 1 haben.

### I. ANWENDBARKEIT

Zu prüfen ist zunächst, ob der Anwendung des § 816 Abs. 1 Satz 1 aufgrund der zwischen L und X zum Zeitpunkt der Verarbeitung gegebenen Vindikationslage die Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 a.E. entgegensteht. Die §§ 987 ff. sind jedoch nur hinsichtlich Schadensersatz- und Nutzungsherausgabeansprüchen abschließend. Sie regeln nicht die Zuweisung des Substanzwertes der Sache bei Veräußerung.[24] § 816 Abs. 1 S. 1 ist im vorliegenden Fall damit anwendbar.

### II. NICHTBERECHTIGUNG DES X

Zunächst müsste X als Nichtberechtigter über die Schränke verfügt haben. Ursprünglich hatte L Eigentum an den Holzelementen, aus denen die Schränke hergestellt wurden. Durch die Verarbeitung zu Schränken könnte das Eigentum auf X gem. § 950 übergegangen sein, weil auch hier im Wege der Verarbeitung neue bewegliche Sachen hergestellt wurden. Voraussetzung ist weiter, dass der Wert der Verarbeitung nicht wesentlich geringer ist als der Wert des Stoffes. Der Wert der Verarbeitung ist die Differenz zwischen dem Verkehrswert der neuen Sache und dem Verkehrswert der verarbeiteten Stoffe[25]. Vorliegend waren die Herstellungskosten in Höhe von 2.000,00 € nicht niedriger als der Wert der Holzelemente von ebenfalls 2.000,00 €. Allerdings betrug der Verkehrswert, der dem tatsächlich von dem Möbelgeschäft gezahlten Kaufpreis entspricht, im Zeitpunkt der Fertigstellung nur 3.000,00 €. Dementsprechend ist der Wertzuwachs nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise wesentlich niedriger als der Stoffwert des Ausgangsstoffes. Bereits nach dem Wortlaut des Gesetzes ist auf diesen Wertzuwachs, also den Wert der Verarbeitung und nicht auf die dem Hersteller X entstandenen Kosten abzustellen.[26]

X wurde demzufolge nicht Eigentümer der Schränke. Er hat somit auch als Nichtberechtigter verfügt.

### III. WIRKSAME VERFÜGUNG

Die Verfügung müsste L gegenüber wirksam sein. Dies ist jedoch wegen § 935 Abs. 1 S. 1 nicht der Fall.

Die Verfügung könnte hier allerdings infolge einer Genehmigung der L nach § 185 Abs. 2 S. 1 rückwirkend gem. § 184 Abs. 1 wirksam werden.[27] X hätte dabei gleichwohl als Nichtberechtigter verfügt,[28] die Genehmigung bezieht sich nur auf die Rechtsfolgen.

Die Rechtsprechung sieht eine solche Genehmigung konkludent in der Geltendmachung des Anspruchs auf Herausgabe aus § 816 Abs. 1 S. 1.[29] Nach a. A. soll, um den Eigentümer nicht zur voreiligen Aufgabe seines Vindikationsanspruchs zu zwingen, ein Anspruch auf Herausgabe des Veräußerungserlöses gegen Genehmigung im Sinne eines Anspruch Zug um Zug bestehen[30] oder die Genehmigung auflösend bedingt sein[31]. Der Rechtsprechung dürfte zu folgen sein. Es wäre widersprüchlich, wenn der Berechtigte einerseits den Veräußerungserlös fordern würde, was gerade die Wirksamkeit der Verfügung voraussetzt und sich gleichzeitig vorbehalten würde, unter Geltendmachung der Unwirksamkeit der Verfügung zu vindizieren. Vorliegend ist die Genehmigung schon deshalb rechtlich vorteilhafter für L, weil das Möbelgeschäft insolvent ist und die Badezimmerschränke an vermutlich nicht feststellbare Personen weiterverkauft wurden. Genehmigt somit L die Verfügung des X, sind die Voraussetzungen des § 816 Abs. 1 S. 1 gegeben.

### IV. ANSPRUCHSUMFANG

Der Anspruch aus § 816 Abs. 1 ist dem Grunde nach gegeben und geht auf das Erlangte. Zu klären ist, was X durch die Verfügung erlangt hat. Nach überwiegender Ansicht ist dies der Gegenwert, der dem Nichtberechtigten aufgrund des seiner Verfügung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts zugeflossen ist,[32] also der Verkaufserlös in Höhe von 3.000,00 €.
Nach a. A. ist der Nichtberechtigte demgegenüber verpflichtet, Wertersatz für den Gegenstand der Verfügung zu leisten.[33] Bei strenger Interpretation des Gesetzes erlange der Veräußerer durch die Verfü-

21 Vgl. *Martinek*, in: jurisPK-BGB § 818 Rn. 67 m.w.N.
22 BGHZ 55, 176, 179.
23 *Gursky*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2009, § 951 Rn. 36 m.w.N.
24 *Lorenz*, in: Staudinger, BGB, § 816 Rn. 3.
25 BGHZ 18, 226, 228.
26 BGHZ 18, 226, 228.
27 BGHZ 56, 131, 133; BGH NJW 1972, 1197; *Lorenz*, in: Staudinger, BGB, § 816 Rn. 9.
28 *Schwab*, in MüKo BGB, § 816 Rn. 24.
29 BGHZ 106, 381, 390; in Bezug auf Abs. 2 auch BGH NJW 1972, 1197, 1199; NJW 1989, 1349, 1350 f.
30 *Sprau*, in Palandt, § 816 Rn. 9; *Lorenz*, in: Staudinger, BGB, § 816 Rn. 9.
31 Wilckens, AcP 157, 399, 402.
32 St. Rspr. BGH NJW 1997, 190; *Sprau*, in: Palandt, § 816 Rn. 20.
33 Schünemann/Bethge, JuS 2009, 331, 334 f.

gung die Befreiung von der zur Verfügung verpflichtenden Verbindlichkeit nach § 433 Abs. 1. Die Befreiung von der gegen den Nichtberechtigten gerichteten Forderung aus dem Kausalgeschäft könne nicht herausgegeben werden, so dass Wertersatz nach § 818 Abs. 2 zu leisten sei.
Ob das durch die Verfügung Erlangte einen Betrag von 3.000,00 € oder 2.000,00 € oder die Befreiung von dem Eigentumsverschaffungsanspruch aus § 433 Abs. 1 ausmacht, hängt von verschiedenen Erwägungen ab.

Aus § 818 Abs. 2 kann zwar auf den ersten Blick der Schluss gezogen werden, dass die Bereicherungshaftung auf den objektiven Wert des verlorenen Gegenstandes beschränkt ist. Außerdem ist nicht zu verkennen, dass sich ein Wertungswiderspruch ergibt, wenn der verschuldensunabhängige Anspruch nach § 816 soweit reicht, wie der nur unter strengeren Voraussetzungen gegebene Anspruch bei einem bewussten Eingriff in fremde Rechtsangelegenheiten (§ 687 Abs. 2).
Gleichwohl dürfte der überwiegenden Ansicht zu folgen sein: Eine Beschränkung des § 816 Abs. 1 auf den nach § 818 Abs. 2 zu ersetzenden objektiven Wert lässt sich der Bestimmung nicht entnehmen, was dafür spricht, dem Gläubiger im Rahmen des § 816 Abs. 1 auch den Verkaufserlös zuzusprechen. Außerdem stellt der besondere Gewinn einen Ersatz für die verloren gegangene Vindikation dar. Es gibt keinen sachlichen Grund, den allein auf die Geschicklichkeit des Nichtberechtigten zurückzuführenden besonderen Gewinn dem Eigentümer vorzuenthalten. Dies würde eine Privilegierung des geschäftstüchtigen Nichtberechtigten darstellen.[34] Schließlich ist zu beachten, dass bei § 816 der Gewinn durch eine Verfügung über ein fremdes Recht erzielt wird. Demgegenüber wird in der Situation der §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 über eine eigene lediglich rechtsgrundlos erlangte Sache verfügt. Bei der besonderen Eingriffskondiktion nach § 816 Abs. 1 S. 1 spielt der Aspekt der Surrogation eine maßgebende Rolle. Anknüpfungspunkt ist eine wirksame Verfügung des Nichtberechtigten. Der Berechtigte verliert endgültig sein Eigentum. Somit ist die Situation mit der des § 285 vergleichbar. § 285 zielt auf Gewinnherausgabe. Für § 816 Abs. 1 S. 1 sollte demzufolge nichts anderes gelten.[35]

X hat hier einen Kaufpreis in Höhe von 3.000,00 € erlangt, insoweit kann L auch Herausgabe verlangen.

### B. ANSPRUCH GEM. §§ 985, 285

Ein Anspruch auf den Erlös aus §§ 985, 285 besteht nicht, weil § 285 auf dingliche Ansprüche nur anwendbar ist, soweit sich deren Struktur nicht von der obligatorischer Ansprüche unterscheidet. Auf den Herausgabeanspruch aus § 985 ist § 285 nicht anwendbar.[36] Dem ist zu folgen, weil der Verfügende andernfalls den Erlös herauszugeben hätte, ohne dass der Eigentümer die Verfügung genehmigen muss. Damit wäre der Verfügende weiterhin den Rückgriffsansprüchen des Erwerbers der Sache ausgesetzt.

### C. ERGEBNIS

L kann von X gem. § 816 Abs. 1 Zahlung von 3.000,00 € verlangen.

34 *Sprau*, in: Palandt, § 816 Rn. 20.
35 BGHZ 29, 157, 159 f.; Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 1988, 122 f.
36 BGH NJW 1980, 178.


DJP
DEUTSCHE JURISTEN POLICE

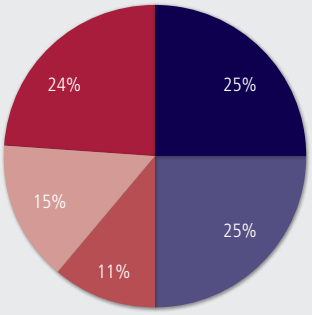
# IHRE ARBEITSKRAFT IST IHR GRÖßTES KAPITAL

## SICHERN SIE ES AB, SOLANGE SIE NOCH KÖNNEN

### AUCH ANWÄLTE SIND BETROFFEN

Jeder fünfte Arbeitnehmer wird im Laufe des Berufslebens arbeitsunfähig.
Auch Anwälte sind hiervor nicht gefeit, denn die häufigsten Ursachen sind Erkrankungen der Psyche und Nerven, des Skelett- und Bewegungsapparates sowie Krebs und andere bösartige Geschwülste.

Viele warten zu lange mit dem Abschluss einer Berufsunfähigkeitsversicherung und riskieren Ausschlüsse für Vorerkrankungen oder gar eine komplette Ablehnung.

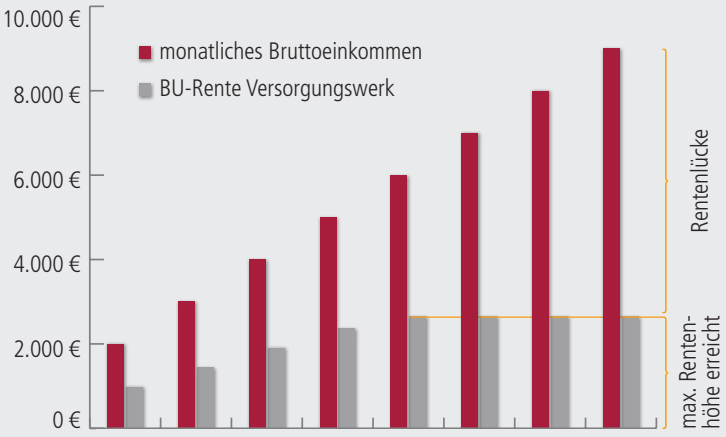



■ Erkrankungen des Skelett- und Bewegungsapparates
■ Psyche und Nervenkrankheiten
■ Krebs und andere bösartige Geschwülste
■ Unfälle
■ Sonstige

Quelle: Eigene Darstellung mit Werten der Vergleichssoftware Morgen & Morgen

### HÖHE DER ABSICHERUNG MEIST NICHT AUSREICHEND

Die Beitragsbemessungsgrenze Rentenversicherung West (BBG) deckelt die maximale BU-Rentenhöhe des Versorgungswerks. Darum raten selbst die Versorgungswerke regelmäßig zu einer zusätzlichen, privaten Absicherung.




Quelle: Eigene Darstellung mit Werten des VW HH

### IM LEISTUNGSFALL LIEGEN DIE UNTERSCHIEDE IM KLEINGEDRUCKTEN

Die Anforderungen an den Tatbestand der Berufsunfähigkeit seitens des Versorgungswerks sind hoch. Die Absicherung über einen guten, privaten BU-Vertrag ist daher unerlässlich, um existenzvernichtende Risiken adäquat abzusichern.

| VERSORGUNGSWERK | DJP ANGEBOT |
|---|---|
| Leistung nur bei 100%iger BU | Leistung schon bei 50%iger BU |
| Abstrakte Verweisung auf anderen Beruf möglich | Verzicht auf abstrakte Verweisung |
| Abgabe der Zulassung - Rückkehr ausgeschlossen | Rückkehr in den anwaltlichen Beruf möglich |

Quelle: Eigene Darstellung

Weitere Informationen zur DJP erhalten Sie unter:
WWW.JURISTENPOLICE.DE
DJP Deutsche Juristenpolice · Schopenstehl 20 · 20095 Hamburg
Telefon 040 / 20 90 765 - 54· DJP@juristenpolice.de

# Assessorexamensklausur im Öffentlichen Recht: „Auf den Hund gekommen“[1]

*von Pierre Becker und Sebastian Rockstroh (Köln)*

Pierre Becker (links), Jahrgang 1982, studierte an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn Rechtswissenschaften. Sebastian Rockstroh (rechts), Jahrgang 1979, absolvierte sein Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Trier. Nach dem 2. Staatsexamen begannen beide 2010 ihre Tätigkeit als Richter beim Verwaltungsgericht Köln und leiten Referendararbeitsgemeinschaften.

**AKTENAUSZUG**

Hunderettung Belarus e.V.
Am Tiergarten 5
52078 Aachen

An das
Verwaltungsgericht Minden
Postfach 3240
32389 Minden

27. Dezember 2012

Sehr geehrte Damen und Herren,

gegen den Kostenbescheid des Landrates des Kreises Paderborn vom 26. November 2012 über 135,00 Euro erheben wir Klage.

Wir sind ein eingetragener gemeinnütziger Verein, der sich zum Ziel gesetzt hat, Hunde aus Weißrussland vor dem sicheren Tod zu retten und ihnen ein besseres Leben zu ermöglichen. Viele unserer Mitglieder verfügen über familiäre und freundschaftliche Kontakte nach Weißrussland. Bei ihren Besuchen dort sind ihnen schon oft die erbärmlichen Zustände in manchen Tierheimen aufgefallen. Die Hunde werden dort nur unzureichend versorgt, in winzigen Zwingern eingesperrt und bekommen keinen Auslauf. Die meisten Hunde, die dort untergebracht sind, werden nach wenigen Wochen einfach eingeschläfert, um Platz für neue Hunde zu schaffen. Nach zähen Verhandlungen ist es uns gelungen, einigen Tieren dieses grausame Schicksal zu ersparen. Wir bringen in regelmäßigen Abständen Hunde aus diesen Tierheimen nach Deutschland, wo sie für kurze Zeit in hiesigen Tierheimen unterkommen, bevor sie an ihre neuen Besitzer übergeben werden. Diesen Besitzern sind die Tiere zuvor durch uns vermittelt worden. Die Kosten der Transporte, Verpflegung, tierärztlichen Untersuchungen und andere Aufwendungen werden ausschließlich aus Vereinsmitteln oder Spenden getragen. Vom Staat erhalten wir überhaupt keine Unterstützung.

Dass der Landrat stattdessen für unsere Wohltaten auch noch Geld von uns verlangt, ist in unseren Augen eine Frechheit. In dem Bescheid ist der Vorfall am 1. September 2012 zwar soweit zutreffend wiedergegeben, die Gründe dafür werden aber mit keinem Wort erwähnt.

Richtig ist, dass wir für den 31. August bis 1. September 2012 einen Transport mit 30 Hunden aus der Nähe von Brest in Weißrussland an der polnischen Grenze nach Aachen in Deutschland geplant hatten. Eines unserer Mitglieder, Herr Gerd Mühe, hat sich dankenswerter Weise als Fahrer angeboten. Herr Mühe hat unterwegs mehrfach längere Pausen eingelegt und den Hunden Futter und Wasser gegeben. Am späten Abend des 1. September 2012 sollte Herr Mühe mit den Tieren in Aachen ankommen. Gegen 17 Uhr wollte Herr Mühe wohl eine weitere Pause auf dem Autohof bei Paderborn Mönkeloh machen. Nur wenige Schritte vom Transporter entfernt ist Herr Mühe zusammengebrochen. Der herbeigerufene Notarzt hat sofort die Einlieferung per Rettungshubschrauber in das Universitätsklinikum Münster veranlasst. Wie wir inzwischen wissen, hat Herr Mühe einen schweren Schlaganfall erlitten. Nachdem sich sein Zustand zunächst leicht verbesserte, ist Herr Mühe später ins Koma gefallen. Die Ärzte konnten uns nicht sagen, ob er jemals wieder aufwachen wird. Kurz nachdem wir davon erfahren haben, kommt am 27. November 2012 der besagte Bescheid des Landrates ins Haus geflattert. Einen besseren Zeitpunkt hätte man sich wohl nicht aussuchen können.
Wir sind der Meinung, dass wir die Kosten der Verpflegung der Hunde nicht zu tragen haben. Zunächst sollte der Landrat einmal überlegen, ob sich unser Verein nicht schon genug für die Rettung der Hunde aufgeopfert hat. Der tragische Vorfall mit Herrn Mühe zeigt doch, wie sehr sich unsere Mitglieder für die gute Sache engagieren. Außerdem sollte auch der Staat seinen Anteil zur Rettung der Tiere beitragen. Immerhin ist der Schutz der Tiere inzwischen sogar im Grundgesetz verankert. Es kann nicht sein, dass wir dem Staat obliegende Pflichten erfüllen und dann auch noch zusätzlich an den Staat dafür zahlen sollen.

Die Verpflegung der Hunde wäre auch gar nicht erforderlich gewesen, wenn Herr Mühe seine Fahrt hätte fortsetzen können. Die Tiere sind ja während der Fahrt regelmäßig versorgt worden. Das schreckliche Ereignis war für niemanden vorhersehbar, so dass uns hier auch kein Vorwurf gemacht werden kann.

Mit freundlichen Grüßen
(Rainer Knirps)
Vorsitzender

1 Hinweis: Die Aufgabenstellung und die Lösung sind auf das Landesrecht von Nordrhein-Westfalen zugeschnitten.

**Hinweis:** Der Klageschriftsatz ist als einfacher Brief am 27. Dezember 2012 zur Post gegeben worden und am 31. Dezember 2012 bei Gericht eingegangen. Das Schreiben war ordnungsgemäß unterzeichnet.

Kreis Paderborn
Der Landrat
Aldegreverstr. 10 - 14
33102 Paderborn

*Per Einschreiben*
Verein Hunderettung Belarus e.V.
z.H. des Vorsitzenden Herrn Rainer Knirps
Am Tiergarten 5
52078 Aachen

26. November 2012

Kosten der Ersatzvornahme: Vorfall am 1. September 2012

Sehr geehrter Herr Knirps,

als Vorsitzender des Vereins Hunderettung Belarus e.V. ergeht Ihnen gegenüber folgender

**Kostenbescheid**

Ich setze gegen den Verein Hunderettung Belarus e.V. die Kosten für die Verpflegung der 30 Hunde auf insgesamt **135,00 Euro** fest.

Ich fordere Sie auf, den Betrag bis spätestens 6 Wochen nach Zustellung dieses Bescheids unter Angabe des o.a. Aktenzeichens sowie des Verwendungszwecks „Hundeverpflegung 1. September 2012“ auf das Konto des Kreises (Kontonummer: 3459867) bei der Sparkasse Paderborn-Detmold (BLZ: 47250101) zu überweisen.

**Begründung:**
Am 1. September 2012 wurden Mitarbeiter des Kreises gegen 17:30 Uhr an den Autohof an der Abfahrt Paderborn Mönkeloh (BAB 33) gerufen. Auf dem Parkplatz des Restaurants „Miss PeppeR“ (Borchener Str. 336, 33106 Paderborn) wurde ein verschlossener Transporter aufgefunden, aus dem deutlich vernehmbar Hundebellen zu hören war. Nach Auskunft des anwesenden Restaurantleiters wurde der Fahrer des Transporters gegen 17:00 Uhr aufgrund eines Zusammenbruchs mit einem Rettungshubschrauber in ein Krankenhaus gebracht. Durch die Beifahrerseite des Transporters konnten meine Mitarbeiter die Transportpapiere sehen, die den Verein Hunderettung Belarus e.V. als Verantwortlichen des Transports auswiesen.
Zwar konnte durch Recherchen kurzfristig Ihre Telefonnummer als Vereinsvorsitzender ausfindig gemacht werden; jedoch waren Sie unter der angegebenen Nummer nicht erreichbar.

Da sich von außen der Zustand der im Transporter befindlichen Hunde nicht einschätzen ließ und nicht sichergestellt war, wann sich ein Verantwortlicher des Vereins um die Tiere kümmern werde, veranlassten die Mitarbeiter die Öffnung der Laderampe. Nach Eintritt in den Laderaum konnte festgestellt werden, dass sich dort insgesamt 30 Hunde in Einzelzwingern befanden. Da auch zu diesem Zeitpunkt noch nicht abzuschätzen war, wie lange die Hunde schon transportiert worden sind und wann der Transport fortgesetzt werden kann, veranlasste die herbeigerufene Amtstierärztin die Erstversorgung der Hunde mit Wasser und Futter. Sowohl die Futter- als auch die Wassernäpfe waren nahezu leer. Aus dem Zustand der Hunde konnte auch nicht geschlossen werden, wann zuletzt eine Verpflegung stattgefunden hat. Da davon ausgegangen werden musste, dass die Fahrt frühestens am Folgetag fortgesetzt werden konnte, wurden die Hunde anschließend in das nahegelegene Tierheim „Tierglück“ in Paderborn verbracht. Die Kosten für die Unterbringung der Tiere bleiben einer gesonderten Festsetzung vorbehalten. Die für die Erstversorgung auf dem Autohof entstandenen Kosten für die Verpflegung der Hunde (insgesamt 135,00 Euro) sind von Ihrem Verein zu ersetzen. Eine entsprechende Kopie der Rechnung füge ich diesem Bescheid bei.

Mit Schreiben vom 17. Oktober 2012 habe ich Ihnen mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, Kosten in Höhe von 135,00 Euro gegenüber dem Verein geltend zu machen. Sie erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme binnen zwei Wochen, von der Sie jedoch keinen Gebrauch machten.

Der Verein Hunderettung Belarus e.V. ist nach dem VwVG NRW verpflichtet, die Kosten, die bei Amtshandlungen nach dem VwVG NRW entstanden sind, zu erstatten. Nach dem Tierschutzgesetz hätte der Verein die Verpflegung der Hunde während des Transports sicherstellen müssen. Da vor Ort kein Verantwortlicher angetroffen werden konnte, mussten die Mitarbeiter selbst handeln. Der Verein ist auch der richtige Kostenschuldner. Zwar wäre es grundsätzlich auch möglich gewesen, gegenüber dem Fahrer des Transporters, Herrn Gerd Mühe, einen Kostenbescheid zu erlassen. Der Verein Hunderettung Belarus e.V. ist jedoch der Verursacher der Fahrt und hat Herrn Mühe nur mit der Ausführung beauftragt.

Rechtsgrundlagen: zu Prüfungszwecken weggelassen.

Im Auftrag
(Siegbert)

**Hinweis:** Der Bescheid war mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehen und wurde am gleichen Tage als Einschreiben zur Post aufgegeben. Auf den Abdruck der Rechnungskopie wird verzichtet. Sie hat den vorgetragenen Inhalt.

2 K 3670/12 VG Minden

V.

1.) Schreiben an Kläger
In pp.
wird daraufhin gewiesen, dass die Klage am 31. Dezember 2012 beim Verwaltungsgericht Minden eingegangen ist. Da das Einschreiben vom 26. November 2012 bereits am Folgetag dem Kläger zugegangen ist, dürfte die einmonatige Klagefrist bereits am 27. Dezember 2012 abgelaufen sein.
Daher wird angefragt, ob aus Kostengründen die Klage zurückgenommen wird.
Es wird um Stellungnahme binnen 3 Wochen gebeten.
2.) Durchschrift von Ziffer 1.) an Beklagten z.K.
3.) Wiedervorlage: 4 Wochen

7. Januar 2013
Richter Dr. Felix

Kreis Paderborn
Der Landrat
Aldegreverstr. 10 - 14
33102 Paderborn

Verwaltungsgericht Minden
Postfach 3240
32389 Minden

16. Januar 2013

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren
Verein Hunderettung Belarus e.V. ./. Kreis Paderborn
wird beantragt,
die Klage abzuweisen.

**Begründung:**
Zur Begründung wird sich der Hinweisverfügung des erkennenden Gerichts uneingeschränkt angeschlossen.

Im Auftrag
(Brinckmann)

Hunderettung Belarus e.V.
Am Tiergarten 5
52078 Aachen

An das
Verwaltungsgericht Minden
Postfach 3240
32389 Minden

24. Januar 2013
Aktenzeichen: 2 K 3670/12

Sehr geehrter Herr Richter Dr. Felix,

mit großem Bedauern haben wir Ihr Schreiben vom 7. Januar 2013 gelesen. Da unsere Klage, wie Sie schreiben, erst nach Ablauf der Klagefrist eingegangen sein soll, nehmen wir sie hiermit aus Kostengründen zurück. Wir wollen für einen von vorneherein aussichtslosen Rechtsstreit nicht mehr Kosten verursachen als unbedingt nötig.
Erlauben Sie uns aber bitte die Anmerkung, dass wir sehr enttäuscht darüber sind, dass sich das Gericht mit seinem Hinweis auf eine Formalie wie die der Klagefrist vor einer Entscheidung in der Sache drückt. Wir dachten immer, dass die Gerichte dem Bürger effektiven Rechtsschutz gewähren müssen. Es sollte doch eigentlich verständlich sein, dass wir angesichts der tragischen Ereignisse um unser überaus geschätztes Mitglied Gerd Mühe andere Sorgen hatten, als die Klagefrist so genau im Auge zu behalten. Zumal die Berechnung für uns als Laien auch nicht so einfach ist. Nur der Vollständigkeit halber teilen wir Ihnen mit, dass Gerd Mühe vor zwei Tagen an den Folgen des schweren Schlaganfalls verstorben ist. Als langjähriger Kassenwart des Vereins hätte er nicht gewollt, dass wir noch mehr Vereinsgelder in eine Klage investieren, die zu spät erhoben wurde.

Mit freundlichen Grüßen
(Rainer Knirps)
Vorsitzender

**Hinweis:** Das ordnungsgemäß unterzeichnete Schreiben ging am 26. Januar 2013 bei Gericht ein.

Rechtsanwälte Krupps & Coll.
Nordstraße 27
52078 Aachen

EILT!!!

An das
Verwaltungsgericht Minden
Postfach 3240
32389 Minden

*PER FAX: 0571 8886-329*

28. Januar 2013

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren 2 K 3670/12
Verein Hunderettung Belarus e.V. ./. Kreis Paderborn
bestelle ich mich unter Vorlage der beigefügten Vollmacht (Anlage 1) für den Kläger und erkläre hiermit den Widerruf der mit Schreiben des Klägers vom 24. Januar 2013 erklärten Klagerücknahme.
Der richterliche Hinweis vom 7. Januar 2013 wird diesseits für unzutreffend gehalten. Die am 31. Dezember 2012 bei Gericht eingegangene Klage ist meines Erachtens rechtzeitig erhoben worden. Der Kläger hat die Klage aufgrund des richterlichen Hinweises zurückgezogen, um nicht weiter unnötige Kosten zu produzieren. Der Vereinsvorsitzende konnte die Unrichtigkeit des Hinweises als Laie auch nicht selbst erkennen. Erst nachdem mir Herr Knirps im Anschluss an die heutige Beerdigung unseres gemeinsamen Freundes Gerd Mühe seine Enttäuschung über die Justiz klagte, konnte ich nach einer Sichtung der Unterlagen den Kläger auf die Fehleinschätzung des Gerichts hinweisen. Schon aus Gründen prozessualer Fairness darf dem Kläger kein Nachteil daraus erwachsen, dass er auf die Richtigkeit eines Hinweises des Gerichts vertraut.
Selbst wenn das Gericht an seiner Einschätzung aus dem Hinweis vom 7. Januar 2013 festhalten sollte, wäre dem Kläger jedenfalls Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, was ich hiermit hilfsweise beantrage. Das inzwischen etwas in die Jahre gekommene Faxgerät im Vereinsheim des Klägers war nämlich am 27. Dezember 2012 funktionsuntüchtig. Trotz mehrmaliger Versuche konnte die Klageschrift nicht auf diesem Wege versandt werden. Da ein Techniker „zwischen den Jahren“ auf die Schnelle nicht aufzutreiben war, musste die Klage per Post auf den Weg gebracht werden. Zur Glaubhaftmachung verweise ich auf die eidesstattliche Versicherung des Vorsitzenden des Klägers, die ich als Anlage 2 beifüge.
Die Klage muss auch in der Sache Erfolg haben. Der Bescheid vom 26. November 2012 erweist sich - neben den bereits in der Klageschrift genannten Gründen - auch deshalb als rechtswidrig, weil der Kläger zu keinem Zeitpunkt Eigentümer der Hunde war und deshalb auch nicht für deren Verpflegung in Anspruch genommen werden kann. Mag sich der Beklagte an das weißrussische Tierheim, von dem die Tiere übernommen wurden, oder die heutigen Eigentümer der Hunde halten. Die jeweiligen Kontaktdaten werde ich auf Anfrage gerne mitteilen.

Mit freundlichen Grüßen
(Dr. Krupps, LL.M.)
Rechtsanwalt

SO LERNT MAN SICH KENNEN

# STUDENT
## MEETS PRACTICE

DIE NEUEN PRAKTIKUMSPLÄTZE SIND DA

Vom 19. August bis 27. September 2013 veranstalten wir an unseren deutschen Standorten das sechswöchige Praktikantenprogramm „Student meets Practice“. Sie werden aktiv in unsere tägliche Mandatsarbeit einbezogen, gestalten zusammen einen Moot Court und nehmen an unserem Aus- und Weiterbildungsprogramm „Project Brain“ teil.

Wenn wir Ihr Interesse geweckt haben, bewerben Sie sich bitte bis zum 31. Mai 2013.
Mehr Informationen finden Sie unter: www.studentmeetspractice.de

Shearman & Sterling LLP Lizete da Costa Breite Straße 69 40213 Düsseldorf Tel 0211.17888.345 lizete.dacosta@shearman.com

WIR SUCHEN. DIE BESTEN.

SHEARMAN & STERLING LLP

SINCE 1873

www.shearman.com

**Hinweis:** Auf den Abdruck der Anlagen 1 und 2 wird verzichtet. Sie haben den vorgetragenen Inhalt.

Kreis Paderborn
Der Landrat
Aldegreverstr. 10 - 14
33102 Paderborn

Verwaltungsgericht Minden
Postfach 3240
32389 Minden

6. Februar 2013

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren 2 K 3670/12
Verein Hunderettung Belarus e.V. ./. Kreis Paderborn

wird ausgeführt:
Das Verfahren ist aufgrund der Klagerücknahme des Klägers einzustellen. Prozesserklärungen - und hierzu zählt auch eine Klagerücknahmeerklärung - sind bedingungsfeindlich und unwiderruflich. Von daher erstaunt es schon, dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers, der es aufgrund seiner Ausbildung eigentlich besser wissen müsste, ohne Weiteres einen Widerruf der Rücknahme erklärt. Die hilfsweise beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann ebenfalls nicht gewährt werden, da es doch allein Aufgabe des Klägers ist, seine technischen Geräte zu warten und dafür Sorge zu tragen, dass diese funktionieren. Er hätte ja auch einfach die Klageschrift bereits vor Weihnachten auf den Weg bringen können.

Nur zur äußersten Vorsicht wird in der Sache - unter Verweis auf die Ausführungen im Bescheid - auf folgendes hingewiesen:
Ob der Kläger Eigentümer der Tiere ist oder nicht, spielt aufgrund der Gefahrenabwehrsituation keine Rolle. Zivilrechtliche Fragestellungen, die im Zweifel nicht ohne spezielle tatsächliche und rechtliche Kenntnisse gelöst werden können, sind bei der Heranziehung als Störer im Gefahrenabwehrrecht unbeachtlich. Gleiches muss nachgelagert auch für die Frage der Kostenerstattung gelten. Unabhängig davon ist der Kläger der Veranlasser dieser Transporte und die ursprünglichen Eigentümer in Weißrussland sind im Zweifel für den Beklagten nicht zu ermitteln. Zumal nicht auszuschließen ist, dass es sich bei den Tieren um Straßenhunde handelt. Der Beklagte muss sich nicht auf die jetzigen Eigentümer der Hunde verweisen lassen. Ihm ist es nicht zuzumuten, sich mit einer Vielzahl von Kostenpflichtigen auseinanderzusetzen, wenn doch der Kläger sachnäher ist.
Abschließend möchte der Beklagte noch sein Bedauern über den Tod des Herrn Mühe zum Ausdruck bringen, von dem er erst aus dem Schreiben des Klägers erfahren hat. Dennoch kann hierin kein Grund gesehen werden, um ausnahmsweise von der Kostenerstattung abzusehen.

Im Auftrag
(Brinckmann)

Minden, 20. März 2013

Öffentliche Sitzung
des Verwaltungsgerichts Minden
2. Kammer
2 K 3670/12

Anwesend:
Richter am Verwaltungsgericht Giebel als Einzelrichter
VG Beschäftigte Hannemann
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Beginn: 09:30 Uhr Ende: 10:15 Uhr

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren
des Vereins Hunderettung Belarus e.V., vertreten durch den Vorsitzenden Herrn Rainer Knirps, Am Tiergarten 5, 52078 Aachen,
Klägers,
Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Krupps & Coll., Nordstraße 27, 52078 Aachen,

gegen

den Kreis Paderborn, vertreten durch den Landrat, Aldegreverstr. 10 - 14, 33102 Paderborn,
Beklagten,

wegen Kosten der Ersatzvornahme (Verpflegung von Hunden)
erscheinen in dem Termin zur mündlichen Verhandlung nach Aufruf der Sache:
für den Kläger: Herr Knirps und RA Dr. Krupps, LL.M.
für den Beklagten: niemand
Es wird festgestellt, dass der Beklagte ordnungsgemäß zum heutigen Termin geladen worden ist. Auch nach erneutem Aufruf der Sache um 09:45 Uhr erscheint für den Beklagten niemand.

Die mündliche Verhandlung wird eröffnet und der wesentliche Inhalt der Akten wird vorgetragen. Die Sach- und Rechtslage wird mit den Erschienenen erörtert.

Der Prozessbevollmächtigte des Klägers beantragt,

**Hinweis:** Von der Wiedergabe des Antrags wird aus Prüfungszwecken abgesehen.

Die Erschienenen erhalten Gelegenheit, den Antrag zu begründen.

Sodann ergeht der folgende
**Beschluss:**
Eine Entscheidung wird am Ende der Sitzung verkündet.

Die mündliche Verhandlung wird geschlossen.
(Giebel) (Hannemann)

**Bearbeitervermerk:** Die Entscheidung des Gerichts ist zu entwerfen.

**LÖSUNG**

**Verwaltungsgericht Minden**[2]
**IM NAMEN DES VOLKES**
**Urteil**

**2 K 3670/12**
In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

2 Die Autoren beschränken sich auf Zitate aus denjenigen Kommentaren, die den Referendaren im Staatsexamen zumindest in NRW zur Verfügung stehen, um aufzuzeigen, welche Erkenntnisse aus diesen gewonnen werden können und damit in jedem Fall vom Korrektor erwartet werden.

des Vereins Hunderettung Belarus e.V., vertreten durch den Vorsitzenden Herrn Rainer Knirps, Am Tiergarten 5, 52078 Aachen,

Klägers,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Krupps & Coll., Nordstraße 27, 52078 Aachen,

gegen

den Kreis Paderborn, vertreten durch den Landrat, Aldegreverstr. 10 - 14, 33102 Paderborn,

Beklagten,

wegen Kostenbescheids nach Ersatzvornahme (Verpflegung von Hunden)

hat die 2. Kammer
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. März 2013
durch
den Richter am Verwaltungsgericht Giebel
als Einzelrichter,

für Recht erkannt:

**Bearbeiterhinweis zum Rubrum:**
Bei juristischen Personen oder Körperschaften ist darauf zu achten, dass die vertretungsberechtigte natürliche Person in das Rubrum aufgenommen wird.
Der „Wegen-Betreff" ersetzt den aus dem Zivilrecht bekannten Einleitungssatz im Tatbestand und sollte daher entsprechend aussagekräftig sein.
Es kommt auf den Richter an, der an der mündlichen Verhandlung (Sitzungsprotokoll) teilgenommen hat. Aus dem Sitzungsprotokoll war auch zu entnehmen, dass dieser als Einzelrichter über das Verfahren entscheidet.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Kläger.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags geleistet hat.

**Tatbestand**

Der Kläger ist ein eingetragener gemeinnütziger Verein, der in regelmäßigen Abständen Hundetransporte von Weißrussland nach Deutschland durchführt. Die Hunde werden aus Tierheimen in Weißrussland übernommen, nach Deutschland transportiert und dort zunächst in Tierheimen untergebracht, bevor sie an ihre neuen Besitzer übergeben werden, denen die Tiere zuvor durch den Kläger vermittelt worden sind.
Vom 31. August 2012 bis 1. September 2012 führte der Kläger einen Transport von 30 Hunden aus Weißrussland nach Deutschland durch. Die Hunde waren während des Transportes in Einzelzwingern untergebracht. Die Ankunft am Ziel in Aachen war für den späten Abend des 1. September geplant. Der Hundetransporter wurde von einem Mitglied des Klägers, dem am 22. Januar 2013 verstorbenen Gerd Mühe, gefahren. Gegen 17:00 Uhr hielt der Transporter auf dem Parkplatz des Restaurants „Miss PeppeR" (Borchener Str. 336, 33106 Paderborn) auf dem Autohof an der Abfahrt Paderborn Mönkeloh (BAB 33). Wenige Meter vom Transporter entfernt erlitt Herr Mühe einen schweren Schlaganfall, brach dort zusammen und wurde per Rettungshubschrauber in das Universitätsklinikum Münster eingeliefert. Gegen 17:30 Uhr entdeckten Mitarbeiter des Beklagten auf dem Parkplatz den Hundetransporter, aus dem deutlich vernehmbar Hundebellen zu hören war. Der anwesende Restaurantleiter informierte sie über die Verbringung des Fahrers des Transporters ins Krankenhaus. Durch die Beifahrerseite des Transporters konnten die Mitarbeiter des Beklagten die Transportpapiere sehen, die den Kläger als Verantwortlichen des Transports auswiesen. Unter der kurzfristig ermittelten Telefonnummer des Vorsitzenden des Klägers konnte niemand erreicht werden. Daraufhin ließen die Mitarbeiter des Beklagten die Laderampe des Transporters öffnen. Nach Rücksprache mit der Amtstierärztin wurden die Hunde mit Wasser und Futter erstversorgt und im Anschluss in das nahegelegene Tierheim „Tierglück" in Paderborn verbracht. Für die Erstversorgung der Hunde auf dem Parkplatz mit Futter und Wasser entstanden Kosten in Höhe von 135,00 Euro.
Mit Schreiben vom 17. Oktober 2012 hörte der Beklagte den Kläger zu der Absicht an, die Kosten der Verpflegung gegenüber dem Kläger geltend zu machen. Eine Stellungnahme seitens des Klägers erfolgte nicht.

Mit Kostenbescheid vom 26. November 2012 setzte der Beklagte die Kosten für die Verpflegung der 30 Hunde auf 135,00 Euro fest und forderte den Kläger zur Zahlung dieses Betrages auf. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, dass nach dem Öffnen des Laderaumes nicht abzuschätzen gewesen sei, wie lange die Hunde schon transportiert worden seien oder wann der Transport fortgesetzt werden könne. Da die Näpfe nahezu leer gewesen seien, sei auch nicht zu ermitteln gewesen, wann die Hunde zuletzt verpflegt worden seien. Der Kläger sei nach dem VwVG NRW verpflichtet, die Kosten, die bei Amtshandlungen nach dem VwVG NRW entstanden seien, zu erstatten. Es habe ihm nach dem Tierschutzgesetz oblegen, die Verpflegung der Hunde während des Transports sicherzustellen. Da vor Ort kein Verantwortlicher habe angetroffen werden können, hätten die Mitarbeiter des Beklagten selbst handeln müssen. Als Verursacher der Fahrt sei der Kläger auch der richtige Kostenschuldner. Er habe Herrn Mühe, der grundsätzlich auch als Adressat eines Kostenbescheides in Betracht gekommen sei, nur mit der Ausführung des Transports beauftragt.
Der als Einschreiben am 26. November 2012 zur Post aufgegebene Kostenbescheid ging am 27. November 2012 beim Kläger ein und war mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehen.

Der Kläger hat am 31. Dezember 2012 Klage erhoben.

**Bearbeiterhinweis:** Maßgeblich ist allein das Datum des Eingangs bei Gericht.

Nachdem der damalige Berichterstatter mit Schreiben vom 7. Januar 2013 den Kläger unter Hinweis darauf, dass die Klagefrist bereits am 27. Dezember 2012 abgelaufen sein dürfte, angefragt hatte, ob aus Kostengründen die Klage zurückgenommen werde, hat der Kläger am 26. Januar 2013 die Klage aus Kostengründen zurückgenommen. Er wolle für einen von vorneherein aussichtslosen Rechtsstreit nicht mehr Kosten verursachen als unbedingt nötig. Mit Schriftsatz vom 28. Januar 2013 hat sich der Prozessbevollmächtigte des Klägers bestellt und die Klagerücknahme widerrufen. Zur Begründung führt er aus, dass der gerichtliche Hinweis unzutreffend gewesen sei. Die Klage sei rechtzeitig erhoben worden. Der Kläger habe die Unrich-

tigkeit des Hinweises nicht selbst erkennen können, sondern sei erst nach der Klagerücknahme durch den Prozessbevollmächtigten darauf hingewiesen worden. Aus dem Vertrauen auf die Richtigkeit des Hinweises des Gerichts dürfe dem Kläger kein Nachteil erwachsen. Hilfsweise sei dem Kläger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Am 27. Dezember 2012 sei das „etwas in die Jahre gekommene" Faxgerät des Klägers funktionsuntüchtig gewesen. Da ein Techniker nicht aufzutreiben gewesen sei, habe die Klage per Post auf den Weg gebracht werden müssen. Im Übrigen wird auf die eidesstattliche Versicherung des Klägers verwiesen.

**Bearbeiterhinweis:** Sowohl die Klagerücknahme und deren Widerruf als auch der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sollte als „kleine" Prozessgeschichte vor den Anträgen dargestellt werden. Im Übrigen empfiehlt es sich zwischen Zulässigkeits- und Begründetheitsaspekten zu differenzieren, da dies dem jeweiligen Beteiligtenvortrag Struktur gibt.

Zudem führt er aus, die Klage sei auch begründet. Der Kläger habe sich schon genug für die Rettung der Hunde aufgeopfert, wie insbesondere der Vorfall mit Herrn Mühe verdeutliche. Außerdem solle der Staat einen Anteil zur Rettung der Tiere beitragen. Immerhin sei der Schutz der Tiere im Grundgesetz verankert. Überdies wäre die Verpflegung der Hunde nicht erforderlich gewesen, wenn Herr Mühe seine Fahrt hätte fortsetzen können. Dessen krankheitsbedingter Ausfall sei für niemanden vorhersehbar gewesen, so dass dem Kläger insoweit auch kein Vorwurf gemacht werden könne. Einer Inanspruchnahme des Klägers für die Kosten der Verpflegung stehe auch entgegen, dass er zu keinem Zeitpunkt Eigentümer der Hunde gewesen sei. Der Beklagte möge sich an das weißrussische Tierheim oder die heutigen Eigentümer der Hunde halten. Die jeweiligen Kontaktdaten könnten auf Anfrage mitgeteilt werden.

Der Kläger beantragt,

den Kostenbescheid des Beklagten vom 26. November 2012 aufzuheben.

**Bearbeiterhinweis:** An dieser Stelle war weder der Widerruf der Klagerücknahme noch der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aufzunehmen. Allein der Sachantrag ist wiederzugeben.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er ist der Ansicht, dass das Verfahren aufgrund der Klagerücknahme schon einzustellen sei. Als Prozesserklärung sei die Klagerücknahme bedingungsfeindlich und an sich schon unwiderruflich. Auch die hilfsweise begehrte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei nicht zu gewähren, da es allein Aufgabe des Klägers sei, seine technischen Geräte zu warten und für deren Funktionstüchtigkeit Sorge zu tragen. Er habe die Klageschrift auch bereits vor Weihnachten auf den Weg bringen können.

In der Sache nimmt der Beklagte Bezug auf den angefochtenen Bescheid und trägt ergänzend vor, dass es aufgrund der Gefahrenabwehrsituation nicht darauf ankomme, ob der Kläger Eigentümer der Tiere sei oder nicht. Derartige Fragestellungen, die im Zweifel nicht ohne spezielle tatsächliche und rechtliche Kenntnisse gelöst werden könnten, seien bei der Heranziehung als Störer im Gefahrenabwehrrecht unbeachtlich. Gleiches gelte auch für die Frage der Kostenerstattung. Unabhängig davon sei der Kläger Veranlasser der Transporte. Die ursprünglichen Eigentümer der Hunde in Weißrussland seien im Zweifel nicht zu ermitteln, zumal nicht auszuschließen sei, dass es sich bei den Tieren um Straßenhunde handele. Der Beklagte müsse sich nicht auf die jetzigen Eigentümer der Hunde verweisen lassen. Ihm sei es nicht zuzumuten, sich mit einer Vielzahl von Kostenpflichtigen auseinanderzusetzen, wenn doch der Kläger sachnäher sei.

Der Beklagte ist zur mündlichen Verhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschienen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge ergänzend Bezug genommen.

**Entscheidungsgründe**

Über das Verfahren war im Wege des Urteils zu entscheiden.

**Bearbeiterhinweis:** Vor den Fragen der Zulässigkeit ist zunächst zu erörtern, ob und in welcher Form das Gericht zur Entscheidung befugt ist (hier war darzustellen, warum das Gericht trotz der erklärten Klagerücknahme und des Nichterscheinens des Beklagten in der mündlichen Verhandlung durch Urteil zu entscheiden hatte).

Insbesondere ist das Verfahren nicht nach § 92 Abs. 3 S. 1 VwGO infolge der Klagerücknahme des Klägers einzustellen. Zwar ist die Klagerücknahme als Prozesserklärung grundsätzlich bedingungsfeindlich und unwiderruflich, dies gilt jedoch nicht, wenn sie durch einen unzutreffenden Hinweis des Gerichts veranlasst wird.[3] Jedenfalls in diesen Fällen kann die Klagerücknahme widerrufen werden. Diese Voraussetzungen bestehen im vorliegenden Fall. Nur aufgrund des richterlichen Hinweises hat der Kläger die Klagerücknahmeerklärung abgegeben. So hat der Kläger mit Schreiben vom 24. Januar 2013 auf die richterliche Verfügung vom 7. Januar 2013 unmittelbar reagiert, indem er auf diese Bezug nimmt. Außerdem besteht ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Klagerücknahme und dem Hinweis des Gerichts. In der richterlichen Verfügung wird die Unzulässigkeit der Klage wegen Verfristung angesprochen und eine Klagerücknahme aus Kostengründen angeregt. Ausweislich seiner Begründung folgt der Kläger dieser Anregung nur, weil die Klage nach dem gerichtlichen Hinweis verspätet erhoben worden sei.
Dieser Hinweis ist jedoch unzutreffend. Die Klage ist nicht verfristet. Die Klagefrist richtet sich nach § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO und beträgt einen Monat ab Bekanntgabe des Verwaltungsaktes, wenn kein Vorverfahren stattgefunden hat.

**Bearbeiterhinweis:** Die Wiedergabe des Norminhaltes stellt einen zwingenden Bestandteil des Urteilsstils dar. Nur durch diesen wird dem Leser erläutert, welche tatbestandlichen Voraussetzungen in der Folge erörtert werden.

Eines Widerspruchsverfahrens bedurfte es vorliegend nach § 68 Abs. 1 S. 2 Var. 1 VwGO i.V.m. § 110 Abs. 1 S. 1 JustizG NRW nicht, da der Bescheid zwischen dem 1. November 2007 und dem 31. Dezember 2013 erlassen wurde. Hinsichtlich des Datums der Bekanntgabe ist jedoch nicht auf den tatsächlichen Zugang am 27. November 2012 abzustellen, sondern auf eine Zustellung am 29. November 2012. Bedient sich die Behörde zur Bekanntgabe eines Verwaltungs-

3 Kopp/Schenke, VwGO, 18. Auflage, 2012, vor § 40 Rn. 15, § 92 Rn. 11.

aktes einer förmlichen Zustellungsform, so richtet sich diese gemäß § 41 Abs. 5 VwVfG NRW nach dem LZG NRW. Liegt wie hier kein Rückschein im Sinne des § 4 Abs. 2 S. 1 LZG NRW vor, gilt nach § 4 Abs. 2 S. 2 LZG NRW das Dokument am dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als zugestellt, es sei denn, es ist später oder gar nicht zugestellt worden. Diese gesetzliche 3-Tages-Fiktion bedeutet, dass der Bescheid als am 29. November 2012 zugestellt gilt, da er am 26. November 2012 zur Post aufgegeben wurde. Auf die tatsächliche, frühere Zustellung (27. November 2012) kommt es nicht an, da das Gesetz die 3-Tages-Fiktion als Regelfall festschreibt und gleichzeitig zwei Ausnahmen (verspätete oder Nicht-Zustellung) vorschreibt.[4] Eine Ausnahme hinsichtlich einer früheren Zustellung begründet das Gesetz gerade nicht. Danach endet die Frist gemäß §§ 57 Abs. 2 VwGO, 222 Abs. 1, 2 ZPO, 187 ff. BGB am 31. Dezember 2012, da das eigentliche Fristende mit dem 29. Dezember 2012 auf einen Samstag fällt und nach § 222 Abs. 2 ZPO demnach auf den nächsten Werktag, Montag den 31. Dezember 2012, abzustellen ist. Diese Frist hat der Kläger mit seinem an diesem Tage bei Gericht eingegangenen Klageschriftsatz gewahrt.

**Bearbeiterhinweis:** Insofern kommt es auf den gestellten Wiedereinsetzungsantrag nicht an. Im Urteil bedarf dieser daher keiner Erwähnung. Vorliegend ist der Antrag bereits unzulässig, da die 2-Wochen-Frist des § 60 Abs. 2 VwGO, die spätestens mit Zugang des richterlichen Hinweises begann, nicht gewahrt wurde. Zudem ist er auch unbegründet, da ein defektes Faxgerät des Klägers kein unverschuldetes Versäumnis der Klagefrist darstellt. Das Hindernis liegt in der Sphäre des Klägers und dieses muss er sich auch uneingeschränkt zurechnen lassen.

Über den Rechtsstreit konnte aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. März 2013 entschieden werden, obwohl der Beklagte nicht zum Termin erschienen ist, denn in der Ladung zur mündlichen Verhandlung wurde darauf hingewiesen, dass auch im Falle des Nichterscheinens der Beteiligten verhandelt und entschieden werden könne (§ 102 Abs. 2 VwGO). Dem Sitzungsprotokoll ist zu entnehmen, dass der Beklagte form- und fristgerecht geladen worden ist.

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

**Bearbeiterhinweis:** Im Rahmen der Zulässigkeit sollten keine Selbstverständlichkeiten ausgeführt werden. In der Regel sind Ausführungen zur Zuständigkeit des Gerichts oder zur Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs entbehrlich. Prägnante Ausführungen zur Statthaftigkeit und der Klagebefugnis dürften regelmäßig angemessen sein.

Die Anfechtungsklage ist gemäß § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO statthaft, da sich das Begehren des Klägers auf Aufhebung eines Verwaltungsaktes richtet. Er ist als Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes auch gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt. Die Beteiligtenfähigkeit des Klägers als eingetragener Verein ergibt sich aus § 61 Nr. 1 VwGO.

**Bearbeiterhinweis:** Ausführungen zur Klagefrist erübrigen sich an dieser Stelle, da diese bereits zuvor ausführlich problematisiert wurde.

Die Klage ist jedoch unbegründet. Der Bescheid des Beklagten vom 26. November 2012 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.
Der Kostenbescheid findet seine Ermächtigungsgrundlage in § 77 Abs. 1 S. 1 VwVG NRW i.V.m. § 20 Abs. 2 S. 2 Nr. 7 VO VwVG NRW.

**Bearbeiterhinweis:** Die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit eines Kostenbescheides ist geprägt durch eine Stufenprüfung, die strikt einzuhalten ist (Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids, inzident Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung, hierin inzident Prüfung der Grundverfügung).

Der Kostenbescheid ist formell rechtmäßig.
Der Beklagte ist für den Erlass des Kostenbescheids zuständig. Nach § 77 Abs. 1 S. 2 VwVG NRW ist der Kostengläubiger der Rechtsträger, dessen Behörde die Amtshandlung vorgenommen hat bzw. der Auslagen entstanden sind. Nach § 20 Abs. 2 S. 1 VO VwVG NRW sind der Vollzugsbehörde vom Pflichtigen die Auslagen zu ersetzen. Gemäß § 56 Abs. 1 VwVG NRW ist Vollzugsbehörde diejenige Behörde, die den zu vollstreckenden Verwaltungsakt erlassen hat. Der Beklagte ist für den Erlass des zu vollstreckenden Verwaltungsaktes zuständig, da er als Kreisordnungsbehörde gemäß § 1 Nr. 1 TierSchZVO NRW[5] die zuständige Behörde für Anordnungen nach § 16a S. 2 Nr. 1 TierSchG i.V.m. § 2 Nr. 1 TierSchG ist.
Die nach § 28 Abs. 1 VwVfG NRW notwendige Anhörung hat am 17. Oktober 2012 stattgefunden.

**Bearbeiterhinweis:** Die Anhörung in Bezug auf den Erlass des Kostenbescheids war vor allem nicht wegen § 28 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG NRW entbehrlich, da es sich insoweit um keine Maßnahme in der Vollstreckung handelt, sondern um eine Maßnahme nach der Vollstreckung.

Der Kostenbescheid ist ebenfalls materiell rechtmäßig.
Nach § 77 Abs. 1 S. 1 VwVG NRW werden für Amtshandlungen von dem Pflichtigen nach den Bestimmungen der VO VwVG NRW Kosten erhoben. Gemäß § 20 Abs. 2 S. 2 Nr. 7 VO VwVG NRW gehören zu den Auslagen insbesondere diejenigen Kosten, die der Vollzugsbehörde bei der Ersatzvornahme entstanden sind.
Diese Voraussetzungen liegen vor. Dem Beklagten sind im Rahmen einer Amtshandlung Kosten entstanden. Bei der Verpflegung der Hunde mit Futter und Wasser handelt es sich um eine Ersatzvornahme im Wege des Sofortvollzugs. Deren Ermächtigungsgrundlage ergibt sich aus §§ 55 Abs. 2, 57 Abs. 1 Nr. 1, 59 VwVG NRW.
Die Ersatzvornahme im Sofortvollzug war formell rechtmäßig.
Der Beklagte war als Vollzugsbehörde für die Maßnahme zuständig.[6]
Die Anhörung war nach § 28 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG NRW entbehrlich, da es sich bei der Ersatzvornahme um eine Maßnahme in der Vollstreckung handelt.[7]
Die Ersatzvornahme ist auch materiell rechtmäßig.
Nach §§ 55 Abs. 2, 57 Abs. 1 Nr. 1, 59 VwVG NRW kann Verwaltungszwang auch ohne vorausgegangenen Verwaltungsakt angewendet werden, wenn das zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist und die Vollzugsbehörde innerhalb ihrer Befugnisse handelt. Da der Beklagte vor Ort keinen Verantwortlichen angetroffen hat und auch niemanden erreichen konnte, konnte er auch keine entsprechende Handlungsanweisung im Wege eines Verwaltungsaktes gegenüber einem Verantwortlichen erlassen.
Er hat auch innerhalb seiner Befugnisse gehandelt. Ein fiktiver Grundverwaltungsakt gegenüber dem Kläger wäre rechtmäßig.

4 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Auflage, 2012, § 41 Rn. 42 für die insoweit identische Regelung des § 41 Abs. 2 VwVfG bei einer einfachen Übermittlung per Post.

5 Im Regelfall dürfte die besondere Zuständigkeitsregelung in der Klausur abgedruckt bzw. durch den Bearbeitervermerk vorgegeben sein.

6 Vgl. bereits die Ausführungen im Rahmen der Zuständigkeit für den Erlass des Kostenbescheids.

7 Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Auflage, 2012, § 28 Rn. 71.

**Bearbeiterhinweis:** Die Verwendung des Konjunktivs soll auch sprachlich verdeutlichen, dass ein fiktiver Verwaltungsakt geprüft wird.

Ein solcher Grundverwaltungsakt mit der Anordnung, die Hunde im Transporter zu verpflegen, könnte auf § 16a S. 2 Nr. 1 TierSchG i.V.m. § 2 Nr. 1 TierSchG[8] gestützt werden.
Ein solcher fiktiver Verwaltungsakt wäre auch formell rechtmäßig, da der Beklagte nach § 1 Nr. 1 TierSchZVO NRW als Kreisordnungsbehörde für den Erlass zuständig wäre.

**Bearbeiterhinweis:** Weitere Voraussetzungen der formellen Rechtmäßigkeit erübrigen sich, da es sich um einen fiktiven Grundverwaltungsakt handelt.

Der Beklagte hat innerhalb seiner Befugnisse gehandelt, da der fiktive Grundverwaltungsakt auch materiell rechtmäßig wäre. Nach § 16a S. 2 Nr. 1 TierSchG kann die Behörde im Einzelfall die zur Erfüllung der Anforderungen des § 2 TierSchG erforderlichen Maßnahmen anordnen. Nach § 2 Nr. 1 TierSchG muss derjenige, der ein Tier hält, betreut oder zu betreuen hat, das Tier seiner Art und seinen Bedürfnissen entsprechend angemessen ernähren. Diese Voraussetzungen liegen vor. Der Verein als derjenige, der Hunde aus Weißrussland nach Deutschland transportiert und vermittelt, betreut diese Tiere jedenfalls während des Transports und hat eine angemessene Verpflegung sicherzustellen. Da aus Sicht des Beklagten am Abend des 1. September 2012 die Hunde nicht ausreichend verpflegt waren, hätte dieser den Kläger auffordern können, die Hunde zu ernähren. Dies gilt gerade deshalb, weil alle Näpfe nahezu leer waren und auch sonst nicht zu erkennen war, wann zuletzt eine Verpflegung der Hunde stattgefunden hat. Eine solche Aufforderung hätte auch ermessensfehlerfrei ergehen können. Insbesondere wäre der Kläger als Verantwortlicher für die Hunde auch der richtige Adressat dieser Verfügung gewesen. Weitere Störer, an die sich der Beklagte hätte wenden können, waren ihm zum Zeitpunkt des 1. September 2012 unbekannt. Die Frage der Eigentümerstellung der Hunde war unter Berücksichtigung der Aspekte der Effektivität der Gefahrenabwehr vor Ort nicht zu ermitteln. Auch der Fahrer des Transporters stand für den Beklagten nicht zur Verfügung, da dieser mit einem Rettungshubschrauber in ein Krankenhaus verbracht wurde. Mangels Kenntnis des Namens des Fahrers war dieser für den Beklagten zum damaligen Zeitpunkt auch nicht ermittelbar. Die Anordnung, die Hunde zu verpflegen, wäre auch verhältnismäßig gewesen.

**Bearbeiterhinweis:** Weitere Ausführungen zum legitimen Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit erübrigen sich, da hierfür keine verwertbaren Anhaltspunkte im Sachverhalt angelegt waren.

Im Übrigen kommt es im Rahmen der Gefahrenabwehr nicht darauf an, ob dem Kläger ein Verschuldensvorwurf in Bezug auf die zu beseitigende Gefahr zu machen ist.
Es bestand auch eine gegenwärtige Gefahr. Eine gegenwärtige Gefahr liegt vor, wenn aus ex ante Sicht mit einem Schadenseintritt jederzeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist. Da für den Beklagten nicht zu erkennen war, wann sich ein Verantwortlicher des Klägers wieder um die Hunde kümmern würde, musste dieser sicherstellen, dass die Hunde erstversorgt werden. Die Ersatzvornahme war auch das richtige Vollstreckungsmittel, da es sich bei der Verpflegung der Hunde um eine vertretbare Handlung handelt, die grundsätzlich von jedermann durchgeführt werden kann. Indem der Beklagte die Hunde anstelle des Klägers mit Futter und Wasser erstversorgt hat, bestehen hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Ersatzvornahme keine Bedenken.
Der Beklagte hat ermessensfehlerfrei gehandelt, indem er den Kläger als sachnächsten Störer ansieht und diesen als Kostenschuldner herangezogen hat. Zwar spielen die Aspekte der Gefahrenabwehr - entgegen der Ansicht des Beklagten - auf der Kostenebene (ex post Sicht) keine Rolle mehr. Dennoch ist es nicht ermessensfehlerhaft, dass sich der Beklagte weder an die früheren oder jetzigen Eigentümer der Hunde noch an den Fahrer des Transporters gehalten hat. Denn ein allgemeiner Grundsatz, wonach ein Eigentümer als Zustandsstörer vorrangig zur Kostentragung heranzuziehen wäre, existiert nicht. Ebenso gibt es keinen allgemeinen Grundsatz, dass der Verhaltensstörer vor einem Zustandsstörer heranzuziehen ist. Gemessen daran liegt auf Sekundärebene kein Auswahlermessensfehler vor, wenn der Beklagte das Merkmal der Sachnähe für seine Entscheidung zu Grunde legt. Der Kläger ist der Organisator der Tiertransporte. Er plant den gesamten Ablauf und die Vermittlung der Hunde. Der verstorbene Herr Mühe handelte insoweit auch nicht in eigener Verantwortung, sondern im Auftrag des Klägers. Anhaltspunkte, die eine größere Sachnähe des Herrn Mühe oder der früheren bzw. jetzigen Eigentümer der Hunde begründen könnten, sind nicht ersichtlich.
Die Art und die Höhe der Kosten sind nicht zu beanstanden. Als Kosten, die dem Beklagten bei der Verpflegung der Hunde angefallen sind, sind die 135,00 Euro erstattungsfähig nach § 20 Abs. 2 S. 2 Nr. 7 VO VwVG NRW. Bei der Kostenerhebung steht dem Beklagten auch kein Ermessen zu. Insoweit kann er auch nicht aus Aspekten des Tierschutzes von der Kostenerhebung absehen, auch wenn dieser in Art. 20a GG als Staatsschutzziel bestimmt ist. Auch eine abweichende Kostenberechnung nach § 24 VO VwVG NRW kommt vorliegend nicht in Betracht. Weder die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 noch des Abs. 2 liegen vor. Nach § 24 Abs. 1 VO VwVG NRW werden Kosten, die durch unrichtige Behandlung der Sache entstanden sind, nicht erhoben. Nach Abs. 2 kann die Vollstreckungs- oder Vollzugsbehörde auch in anderen Fällen von der Berechnung und Beitreibung der Gebühren und Auslagen ganz oder teilweise absehen, wenn es sich um geringfügige Beträge handelt oder nach Begleichung der Hauptschuld die Beitreibung der Kosten für den Schuldner eine unbillige Härte bedeuten oder neue, nicht vertretbare Kosten verursachen würde. Weder hat der Beklagte die Verpflegung der Hunde unsachgemäß durchgeführt noch handelt es sich um geringfügige Beträge. Schließlich liegt für den Kläger auch keine unbillige Härte vor. Auch wenn der Tod des Herrn Mühe für den Verein ein schmerzlicher Verlust ist, kann hierin keine unbillige Härte im Rahmen einer Kostenerhebungsentscheidung gesehen werden. Eine unbillige Härte nach § 24 Abs. 2 VO VwVG NRW muss durch die Kostenerhebung entstehen und deren Begleichung muss für den Kostenschuldner eine existentielle Notlage darstellen. Eine emotionale Härte fällt nach dem Sinn und Zweck der Regelung nicht hierunter.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 Abs. 2, Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Rechtsmittelbelehrung: Antrag auf Zulassung der Berufung, §§ 124 Abs. 1, 124a Abs. 4, 5 VwGO

Unterschrift des Berufsrichters

8 Das Auffinden der Ermächtigungsgrundlage der fiktiven Grundverfügung ist als Teil der Prüfungsleistung anzusehen, wobei das Tierschutzgesetz im Aktenauszug erwähnt wird.

# Ready for Take-Off – Faszination Luftverkehr
# Referendarstationen im Luftrecht

*von Rechtsanwalt Dr. Nils Kaienburg, LL.M. (Wellington) und Assessorin Anna Bergmann[1] (Frankfurt a. M.)*

Rechtsanwalt Dr. Nils Kaienburg, LL.M. (Wellington) ist derzeit bei der DFS Deutsche Flugsicherung GmbH als Referent Recht tätig. Seine Wahlstation absolvierte er in der Rechtabteilung der Fraport AG am Frankfurter Flughafen. Zuvor promovierte er am Lehrstuhl von Prof. Dr. Ulrich Haltern an der Universität Hannover zum Subventionsstreit zwischen Airbus und Boeing vor der Welthandelsorganisation. Er ist erreichbar unter NilsKaienburg@web.de.
Assessorin Anna Bergmann, Frankfurt am Main, war während ihres Referendariats in den Rechtsabteilungen der DFS Deutsche Flugsicherung GmbH und der Deutschen Lufthansa AG tätig. Das Jurastudium absolvierte sie an den Universitäten Passau und Köln. Bei Prof. Dr. Hobe in Köln (Institut für Luft- und Weltraumrecht / Lehrstuhl für Völkerrecht, Europarecht, europäisches und internationales Wirtschaftsrecht) verfasste sie eine Seminararbeit aus dem Bereich des Investitionsschutzrechts. Sie ist erreichbar unter anna.bergmann@gmx.de.

## A. Einleitung

Wer im Bereich des Luftrechts tätig ist, das gemeinhin als Spezialmaterie gilt, wird häufig gefragt: Was beinhaltet dieses Rechtsgebiet eigentlich genau? Oft schließt sich daran die Frage an, welche Tätigkeitsmöglichkeiten sich in diesem Rechtsgebiet bieten. Während die erste Frage noch relativ leicht zu beantworten ist, ist die Frage, wo man in der Praxis im Luftrecht tätig sein kann, nicht ganz so einfach zu beantworten. Vor allem ist es gerade während der juristischen Ausbildung nicht unbedingt leicht einen Überblick darüber zu bekommen, welche Ausbildungsmöglichkeiten es in diesem Bereich überhaupt gibt.[2]
Wir wollen diese zwei Fragen beantworten und insbesondere einen Überblick darüber geben, wo es im Rahmen des Referendariats möglich ist, schwerpunktmäßig im Luftrecht tätig zu sein. Hierfür haben wir verschiedene Ausbildungsstellen kontaktiert und im Folgenden die erhaltenen Informationen zusammengestellt. So können Referendare[3] neben einem allgemeinen Überblick über mögliche Ausbildungsplätze auch weitergehende Informationen erhalten, die eine Bewerbung vereinfachen. Wir möchten zeigen, dass es im Bereich des Luftrechts sehr viele verschiedene Möglichkeiten und Ausbildungsstellen gibt, an die man zunächst gar nicht gedacht hätte. Vor allem soll hier unsere Faszination und Leidenschaft für dieses aufstrebende Rechtsgebiet mit einfließen. Schließlich geht einem die Arbeit bekanntlich ungleich leichter von der Hand, wenn man sich für sein Tätigkeitsgebiet begeistern kann.

## B. Faszination Luftrecht

Begonnen werden soll daher auch mit der Frage, was dieses Rechtsgebiet[4] so spannend und interessant macht. Faszinierend ist für viele zunächst die Luftfahrt an sich. Insbesondere der Blick von einer Besucherterrasse auf die startenden und landenden Maschinen und das Treiben auf dem Vorfeld eines größeren Flughafens fasziniert nahezu jeden. Umso überraschender mag die Erkenntnis sein, dass gerade auch in der Luftfahrt sehr vieles ausführlich juristisch geregelt ist oder zukünftig geregelt werden soll.

Das Luftrecht ist ein noch relativ junges und neues Rechtsgebiet[5]. Nachdem die Gebrüder Montgolfier im November 1783 in Paris den ersten freien Heißluftballon aufsteigen ließen[6], erfuhr die Luftfahrt und damit auch das Luftrecht eine rasante Entwicklung. Der plötzlich ehemals „freie" Luftraum wurde zu einem rechtlichen Raum mit eben solchen Begrenzungen. So ist der Luftraum heute in verschiedene „Luftraumklassen" eingeteilt, je nachdem welcher Nutzungsart er unterliegt.[7] Auch gibt es die sogenannten „Freiheiten der Luft", die unter anderem den Überflug von Staaten oder Zwischenlandungen in einem Staat regeln.[8]

Trotz dieser Bestimmungen zählt das Luftrecht heute immer noch zu einem Rechtsgebiet, in dem es noch viele „unausgetretene Pfade" gibt. In einigen Bereichen gibt es fast keine oder nur sehr wenige einschlägige Gerichtsentscheidungen. Auch der Blick in einen Kommentar hilft häufig nicht weiter, sondern kann allenfalls eine erste grobe Einschätzung vermitteln. Oftmals handelt es sich auch um Sachverhalte, bei denen als erstes die technischen Gegebenheiten durchdrungen werden müssen, bevor überhaupt eine rechtliche Beurteilung erfolgen kann. Schließlich ist dieses Rechtsgebiet durch eine Vielzahl von politischen und wirtschaftlichen Einflüssen und Fragestellungen geprägt, wodurch das Luftrecht ein größtmögliches Maß an interdisziplinärer Arbeit zu bieten hat. Nicht zuletzt handelt es sich aufgrund der Aktualität und Internationalität um ein sehr lebendiges Rechtsgebiet, das laufend Veränderungen unterworfen ist. Daher tauchen in vielen Bereichen neue rechtliche Fragen auf, die einer praxistauglichen Lösung zugeführt werden müssen.[9]

## C. Grundlagen des Luftrechts[10]

Heißt es nun „Luftrecht", „Luftverkehrsrecht" oder „Luftfahrtrecht"?[11] Am gebräuchlichsten ist mittlerweile wohl der Ausdruck Luftrecht.[12] In der Wissenschaft und in der Praxis werden die Bezeichnungen

1 Die Autoren bedanken sich insbesondere herzlich bei Frau Dr. Susanne Brinkhoff, Leiterin Luftrecht, DLH und Herrn Thomas Uhl, Leiter Recht, DFS, für Ihre wertvolle Hilfe und Unterstützung sowie bei den Ausbildungsstellen, die sich an diesem Projekt beteiligt haben.
2 Siehe z.B. den Beitrag im Iurratio RefGuide, Leitfaden für Rechtsreferendare 2012, S. 108 f. sowie in der JuS 11/2011, XXVIII.
3 Zur Vereinfachung wird im Folgenden nur von Referendaren gesprochen, selbstverständlich sind damit aber auch Referendarinnen gemeint.
4 Schladebach attestiert dem Luftrecht die Qualität eines Rechtsgebietes, da es eine Vielzahl von Regelungen enthält, denen eine bereichsspezifische Zielsetzung, gemeinsame Prinzipien und eine Systematik zugrunde liegen und die eine Kodifizierung erfahren haben, siehe: *Schladebach*, Luftrecht 2007, Rn. 29.
5 Siehe zur Entwicklung des Luftrechts die tabellarische Übersicht bei *Brinkhoff/Windhorn,* in: Hobe/v. Rukteschell, Kölner Kompendium Luftrecht, Band 1, 2008, Einführung, Rn. 14 sowie die Ausführungen bei *Schwenk/Giemulla*, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 3. Auflage, 2005, S. 4 ff.
6 *Schladebach*, Luftrecht, 2007, Rn. 34.
7 *Lübben,* in: Hobe/von Rukteschell, Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2, 2009, Teil I, E, Rn. 60 ff.
8 *Brinkhoff/Windhorn,* in: Hobe/von Rukteschell, Kölner Kompendium Luftrecht, Band 1, 2008, Einführung, Rn. 25 ff.
9 Siehe zu den Sozialisierungsmöglichkeiten und potentiellen Arbeitgebern im Luftrecht den Beitrag in der JuS-aktuell 02/2013, S. 36 f.
10 Die Fußnoten und weiterführende Literatur sind bewusst kurz gehalten. Sie sollen in erster Linie einen Einstieg in die unterschiedlichen Themengebiete ermöglichen und vor allem dazu dienen, sich schnell einen Grobüberblick über das jeweilige Thema zu verschaffen.
11 *Brinkhoff/Windhorn,* in: Hobe/v. Rukteschell, Kölner Kompendium Luftrecht, Band 1, 2008, Einführung, Rn. 2.
12 *Brinkhoff/Windhorn,* in: Hobe/v. Rukteschell, Kölner Kompendium Luftrecht, Band 1, 2008, Einführung, Rn. 2; *Schwenk/Giemulla*, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 3. Auflage, 2005, S.1.

„Luftverkehrsrecht“ und „Luftrecht“ synonym gebraucht. Für den eher weiten Begriff des Luftrechts spricht, dass das Luftrecht zahlreiche Berührungspunkte zu anderen Rechtsgebieten aufweist, die für Luftfahrzeuge relevant sind und verschiedenste Rechtsmaterien ineinander greifen. Insofern ist nicht nur der Luftverkehr an sich, sondern es sind darüber hinaus viele weitere Aspekte betroffen. Im Folgenden wird daher der Begriff Luftrecht verwendet.

### I. DEFINITIONSANSÄTZE

Was verbirgt sich nun hinter dem Begriff des Luftrechts? Aufgrund der Internationalität und der Vielzahl der Regelungsgegenstände des Luftverkehrs fällt es schwer, hierauf eine kurze Antwort zu geben. Nach einer ganz allgemeinen Definition umfasst das Luftrecht sämtliche Rechtsvorschriften, welche sich auf die Luftfahrt beziehen.[13] Es geht also um die Nutzung von Luftfahrzeugen.[14] Was nicht unter den Begriff des Luftrechts fällt, ist der Gebrauch der Luft als Stoff, also die Materie Luft als solche. Im Vordergrund steht vielmehr das Luftfahrzeug, welches der Luft bedarf, um sich fortbewegen zu können.[15] Abzugrenzen vom Luftrecht ist auch das Weltraumrecht. Dieses wird bezeichnet als die Rechtsordnung, die für den Teil des Raumes gilt, der nicht zum Luftraum gehört.[16] Verschiedene Ansichten haben sich zur Abgrenzung von Luft- und Weltraum herausgebildet. Ein Ansatz des Wissenschaftlers *Kármán* besagt zum Beispiel, dass die Grenze bei einer Höhe von 83 km verläuft, da darüber aus physikalischen (aerodynamischen) Gründen kein Flugverkehr mehr möglich sei.[17]

### II. RECHTSQUELLEN

Um das Luftrecht ein wenig mit Leben zu füllen und zu zeigen, womit Referendare im Rahmen ihrer Verwaltungs- , Anwalts - oder Wahlstation in Berührung kommen können, sollen im Folgenden kurz die Rechtsquellen des Luftrechts aufgezeigt werden. Grundsätzlich wird hierbei eine Trennung nach Geltungsbereichen vorgenommen, d.h. dem internationalen, europäischen und nationalen Luftrecht.[18] Das Luftrecht kann aber auch nach Regelungsgegenständen aufgeteilt werden, d.h. in das Öffentliche Luftrecht (hierzu gehören u.a. die Zulassung und der Betrieb von Luftfahrzeugen sowie die Genehmigung von Flugplätzen) und dem Luftprivatrecht (hierunter fallen u.a. das Lufttransportrecht sowie Schadensersatzleistungen bei Leistungsstörungen). Vorliegend soll die Einteilung in die Rechtsgebiete Öffentliches Recht, Zivilrecht und Strafrecht erfolgen, da davon auszugehen ist, dass Referendare bei Ihrer Suche nach einer Ausbildungsstelle sich zunächst an diesen grundlegenden Rechtsgebieten orientieren werden. Da das Luftrecht aber auch durch viele internationale Einflüsse geprägt ist, werden die Gebiete des Völkerrechts und des Europarechts vorangestellt.

#### 1. VÖLKERRECHTLICHE ASPEKTE

In völkerrechtlicher Hinsicht kommt dem Abkommen über die internationale Zivilluftfahrt vom 07.12.1944 (Chicagoer- oder ICAO-Abkommen[19]) eine überragende Bedeutung zu. Dieses enthält die wichtigsten allgemeinen Grundsätze für den internationalen Luftverkehr.[20] Darüber hinaus gibt es weitere multilaterale und bilaterale Abkommen. Zum Bereich des internationalen Luftprivatrechts gehört vor allem das sogenannte Warschauer Abkommen[21], das die wesentlichen Haftungsvorschriften bei Passagier- und Güterschäden enthält. Das Warschauer Abkommen wurde durch das Montrealer Übereinkommen vom 28.05.1999 modernisiert und ist nun in einem einheitlichen Regelwerk zusammengefasst.

#### 2. EUROPÄISCHE ASPEKTE

Wie in nahezu allen anderen Rechtsgebieten macht das Europarecht auch vor dem Luftrecht nicht halt und hat einen erheblichen Einfluss auf dieses Rechtsgebiet. Aufgrund der hohen Wettbewerbs- und vor allem Sicherheitsrelevanz des Luftverkehrs sollen Abweichungen zwischen den Mitgliedstaaten möglichst ausgeschlossen werden. Daher ist ein zunehmendes Bestreben der EU-Kommission erkennbar, das „Europäische Luftrecht“ durch Verordnungen zu vereinheitlichen und nicht „nur“ über das Mittel der Richtlinie Grundzüge vorzugeben.[22]
Zu den bekannteren EU-Verordnungen zählen vor allem Verordnungen, die nach den Ereignissen des 11. Septembers 2001 auf die Verbesserung der Luftsicherheit abzielten.[23] Ebenfalls eine Verordnung, welcher in der Praxis eine hohe Relevanz zukommt, ist die sogenannte Slotverordnung Nr. 95/93, welche die Zuweisung von Slots (Zeitnischen) durch den Flughafenkoordinator regelt.[24] Ferner die sogenannte „Schwarze Liste“ der EU[25], welche die Luftfahrtunternehmen auflistet, deren Betrieb in der EU untersagt ist. Eine intensive Debatte findet gerade über die Richtlinie 2008/101 EG[26] statt, die den Emissionshandel betrifft. Hiernach sollen auch Fluggesellschaften in den Emissionshandel mit einbezogen werden. Auch eine von der EU-Kommission beabsichtigte Verordnung, die den Markt für Bodenverkehrsdienstleister neu regeln soll, ist in Vorbereitung.[27] Schließlich sind in diesem Zusammenhang auch der „Einheitliche Europäische Luftraum (Single European Sky)“ und insbesondere das damit eng verknüpfte Projekt „FABEC“[28] zu nennen, dessen Ziel es in erster Linie ist, die Fragmentierung des Luftraumes zu reduzieren und ungeachtet bestehender Grenzen die Organisation des Flugverkehrsmanagements zu optimieren.

#### 3. ÖFFENTLICHES RECHT

Im Bereich des öffentlichen Rechts kommt dem Luftverkehrsgesetz (LuftVG) eine tragende Rolle zu. Es bildet sozusagen die Grundnorm

13 *Brinkhoff/Windhorn*, in: Hobe/v. Rukteschell, Kölner Kompendium Luftrecht, Band 1, 2008, Einführung, Rn. 3.
14 *Schladebach*, JuS 2010, 499 (499); Schladebach definiert demzufolge Luftrecht als die „Gesamtheit der Rechtsnormen, die für die Nutzung von Luftfahrzeugen relevant sind“, siehe: *Schladebach*, Luftrecht, 2007, Rn. 15. Siehe für weitere Definitionen *Alex Meyer*, Luftrecht in fünf Jahrzehnten, 1961, S. 61.
15 *Schwenk/Giemulla*, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 3. Auflage, 2005, S. 2.
16 *Schwenk/Giemulla*, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 3. Auflage, 2005, S. 40. Siehe zur Definition des Luftraumes die Abbildung bei *Brinkhoff/Windhorn*, in: Hobe/v. Rukteschell, Kölner Kompendium Luftrecht, Band 1, 2008, Einführung, Rn. 10.
17 *Schladebach*, Luftrecht, 2007, Rn. 137.
18 Siehe *Schladebach*, JuS 2010, 499 (500 ff.) und Schwenk *Schwenk/Giemulla*, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 3. Auflage, 2005, S. 9 ff.
19 International Civil Aviation Organisation.
20 Siehe hierzu *Weber*, in: Hobe/v. Rukteschell, Kölner Kompendium Luftrecht, Band 1, 2008, Teil I, A, Rn. 1 ff. Von großer Bedeutung sind vor allem die sogenannten 18 Annexe, die aus den sogenannten Richtlinien (Standards) und Empfehlungen (Recommended Practices) bestehen.
21 Warschauer Abkommen vom 12.10.1929.
22 Im Dezember 2012 trat z.B. die Verordnung Nr. 923/2012 in Kraft, die einheitliche europäische Luftverkehrsregeln festgelegt (sog. SERA-Verordnung, Standardised European Rules of the Air). Die Verordnung sieht jedoch in Artikel 11 Absatz 2 die Möglichkeit vor, die Anwendung für zwei Jahre auszusetzen. Die Bundesrepublik Deutschland hat hiervon Gebrauch gemacht.
23 Hierzu gehören insbesondere die Verordnung EG Nr. 1546/2006 sowie die Verordnung EG Nr. 300/2008 zur sogenannten „sicheren Lieferkette“, welche dazu dient, Luftfrachtsendungen in besonderer Weise gegen unbefugte Zugriffe Dritter zu schützen.
24 Verordnung (EWG) Nr. 95/93 des Rates vom 18. Januar 1993 über gemeinsame Regeln für die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen in der Gemeinschaft. Siehe hierzu z.B. *Naumann*, Neuste Bemühungen in der EU zur Verbesserung der Slotverteilung, ZLW 2011, S. 449 ff.
25 VO (EG) 2111/2005 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.12.2005.
26 Richtlinie 2008/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Einbeziehung des Luftverkehrs in das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft.
27 Siehe hierzu z.B. *Erling*, Der EU Emissionshandel im Luftverkehr, ZLW 2009, S. 338 ff. Im November 2012 beschloss die EU, den Emissionshandel (ETS) für internationale Flüge von und nach Europa bis Herbst 2013 auszusetzen.
28 Functional Airspace Blocks Europe Central.

für das Luftrecht.[29] Das LuftVG regelt insbesondere die Erlaubnispflicht für das Luftfahrtpersonal, den Betrieb von Luftfahrzeugen, die Genehmigung von Flugplätzen, die Luftaufsicht, die Haftpflicht und ordnet Verwaltungszuständigkeiten sowie Straf- und Bußgeldvorschriften an. In der Praxis hat darüber hinaus vor allem die Luftverkehrs-Ordnung (LuftVO) eine hohe Bedeutung. Sie enthält die Verkehrsregeln für den Betrieb von Luftfahrzeugen und stellt sozusagen die Straßenverkehrsordnung des Luftverkehrs dar. Neben den beiden Flugarten Instrumentenflug (IFR) und Sichtflug (VFR), beschreibt die LuftVO vor allem die allgemeinen Grundpflichten der Teilnehmer im Luftverkehr. Die Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung (LuftVZO) enthält im Wesentlichen Einzelheiten über die Zulassung von Luftfahrtgerät, von Luftfahrtpersonal und Flugplätzen. Weitere in der Praxis relevante Gesetze sind u.a. das wahrscheinlich recht bekannte Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG), das Flugunfalluntersuchungsgesetz (FIUUG) sowie das Gesetz zum Schutz gegen Fluglärm (FluLärmG).

### 4. ZIVILRECHT

Zentral ist im zivilrechtlichen Luftrecht im Bereich des Leistungsstörungsrechts derzeit die EU-Verordnung 261/2004, die sogenannte Fluggastrechteverordnung. In dieser werden im Wesentlichen die Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste bei Nichtbeförderung, Annullierung oder Verspätung eines Fluges geregelt. Gerade für Fluggesellschaften ist diese Verordnung elementar und stellt eine wichtige rechtliche Grundlage bei der Bearbeitung luftrechtlicher Fälle dar. Hier sind stets die aktuelle Rechtsprechung des EuGH und des BGH zu dieser Verordnung zu berücksichtigen. Gerade der Aspekt der Verspätung von Flügen ist in der Praxis oftmals strittig.[30] In der Praxis ist ein luftrechtlicher Streit im Zivilrecht oftmals in einen Luftbeförderungsvertrag eingebettet. Dieser stellt die Rechtsgrundlage für die Luftbeförderung eines Fluggastes dar, welcher nach deutschem Zivilrecht als ein Werkvertrag nach § 631 BGB einzuordnen ist.[31] Abzugrenzen davon ist der Reisevertrag nach den §§ 651 a ff. BGB, in welchem sich ein Reiseveranstalter gegenüber einem Reisenden verpflichtet, eine Reise zu erbringen (vgl. § 651 a Abs. 1 S. 1 BGB). Im Gegensatz zum Werkvertrag werden hier in der Regel verschiedene einzelne Leistungen wie Flugreise, Hotelunterkunft oder Verpflegung vor Antritt der Reise ausgewählt und zu einer Einheit verbunden und schließlich zu einem Gesamtpreis angeboten.[32] Leistungsstörungen richten sich nach den §§ 280 ff. BGB (sofern nicht Mängel Gegenstand der Auseinandersetzung sind)[33] oder nach § 651 f. BGB. Dabei geht es oftmals um sogenannte „entgangene Urlaubsfreuden" bei nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit (vgl. § 651 f Abs. 2 BGB).

### 5. STRAFRECHT

Auch wenn es kein materielles Luftstrafrecht als solches gibt, so besteht dennoch der Versuch durch internationale Abkommen widerrechtliche Eingriffe in den Luftverkehr zu unterbinden und unter Strafe zu stellen.[34] Immer wieder in der Diskussion sind die sogenannten „Laserpointerattacken"[35] auf Piloten, das Verhalten von sogenannten „unruly passengers"[36] sowie die Frage der Bordgewalt des Luftfahrzeugführers.[37] Streng genommen handelt es sich hierbei nicht um ein strafrechtliches Problem. Vielmehr ist dieses Problem dem öffentlich-rechtlichen Bereich zuzuordnen, da es in erster Linie um die Ausübung von Hoheitsgewalt und erst in letzter Konsequenz um mögliche Straftaten geht. Im StGB finden sich strafrechtliche Bestimmungen in den §§ 315, 315a, 316c StGB im LuftVG in den §§ 59, 60.

### D. AUSBILDUNGSMÖGLICHKEITEN IM LUFTRECHT

Die im Anhang folgende Tabelle gibt einen Überblick über die Stellen, bei denen eine Referendarausbildung im Bereich Luftrecht grundsätzlich möglich ist. In diesem Zusammenhang möchten wir ausdrücklich darauf hinweisen, dass es sich bei dieser Tabelle nur um eine beispielhafte Aufzählung handelt. Auch Stellen, die hier nicht aufgeführt wurden, können als Ausbildungsstelle in Betracht kommen.

### E. FAZIT

Man muss kein Kerosin im Blut haben, aber eine gewisse Affinität zur Luftfahrt sollte vorhanden sein. Zudem ist ein grundsätzliches Interesse für technische Zusammenhänge und Abläufe im Luftverkehr von Vorteil. Auch wenn der Einstieg über das Luftrecht oder über eine EU-Verordnung erfolgt, gelangt man oft wieder ins gewohnte juristische Fahrwasser.

Die Welt des Luftrechts ist definitiv sehr spannend und fordert immer wieder heraus. Wir hoffen, eine gewisse Begeisterung für das Luftrecht geweckt zu haben, wünschen jede Menge Spaß bei der Erkundung dieses Rechtsgebiets in der Praxis sowei viel Erfolg bei der Suche nach einem spannenden und interessanten Referendariatsplatz. In diesem Sinne wünschen wir allen: „Many happy landings!".

29 Siehe hierzu *Schwenk*, S. 20 ff.
30 Siehe hierzu z.B. *Hausmann*, Europäische Fluggastrechte im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung und großer Verspätung von Flügen, 2012; *Schmid*, Die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 – noch immer eine terra incognita, ReiseRecht aktuell 2012, S. 2 ff.; *Schmid/Schürmann*, Ausgewählte Rechtsprechung zur Fluggastrechte-Verordnung VO (EG) Nr. 261/2004 in den Jahren 2008 - 2012, ZLW 2012, S. 229 ff.
31 *Schladebach*, JuS 2010, 499 (505).
32 *Palandt/Sprau*, BGB, 71. Aufl. 2012, Einf. § 651 a Rn. 1 f.
33 *Palandt/Sprau*, BGB, 71. Aufl. 2012, § 651 a, Rn. 7.
34 Tokioter Abkommen über strafbare und bestimmte andere an Bord von Luftfahrzeugen begangene Handlungen vom 14.09.1963.
35 *Ellbogen/Schneider*, Blendattacken mit Laserpointern, NZV 2011, 63.
36 *Giesecke*, Unruly Passengers and Respective Passenger Rights, ZLW 2002, 547.
37 *Giemulla*, Zwangsmaßnahmen an Bord von Luftfahrzeugen, ZLW 2002, 528.

*Eine umfangreiche Tabelle mit Ausbildungsstellen zum Thema Luftrecht finden Sie auf* ***www.iurratio.de*** *in der Rubrik „Events & Karriere".*

# Und schon wieder eine neue Verfassung – Als Praktikant am German-Southeast Asian Center of Excellence for Public Policy and Good Governance (CPG), Thailand

*von Fabian Stitz (Konstanz)*

Thailand - ein Land, welches von vielen als Urlaubsort im Winter oder als das Partyparadies Südostasiens wahrgenommen wird, beherbergt auch für Juristen spannende Aufgabenfelder: Aufgrund der zahlreichen Putsche und Verfassungsänderungen in jüngster Zeit, befindet sich gerade das Öffentliche Recht und insbesondere das Verfassungsrecht in einem ständigen Wandel.

## Das German-Southeast Asian Center of Excellence for Public Policy and Good Governance (CPG)

Das CPG ist ein durch das Auswärtige Amt der Bundesrepublik Deutschlands gefördertes und durch den Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD) verwaltetes Exzellenzzentrum, welches sich mit den Schwerpunkten Menschenrechte, Sicherheit und Verfassungsgebung sowie den dazugehörigen Regierungsangelegenheiten befasst. Das Institut selber befindet sich zwar auf dem Campus der Thammasat Universität Bangkok, wird aber zusätzlich mit Know-How durch die deutschen Partneruniversitäten Passau, die Goethe-Universität Frankfurt und die Westfälische-Wilhelms-Universität Münster unterstützt.
Zu beachten ist, dass es dem Center dabei gerade nicht darum geht, neue Vorschläge für Regierungen in Asien zu entwickeln, sondern vielmehr Unterschiede und Besonderheiten der einzelnen Staaten aufzuzeigen beziehungsweise durch Workshops, Konferenzen und Vorträge zu analysieren.

## Aufgaben im German-Southeast Asian Center of Excellence for Public Policy and Good Governance (CPG)

Ein Schwerpunkt meiner sechswöchigen Praktikumszeit lag in der Mithilfe bei der Vorbereitung und Durchführung von zwei Workshops zum Thema Human Rights sowie Arabischer Frühling sowie der großen internationalen Jahreskonferenz des CPG. Vor allem durch die Jahreskonferenz des CPG , die 2012 unter dem Thema „Conflict and Consent in the Basic Constitutional Order“ stand, erhielt ich Einblicke in neue Regierungssysteme, ihre Probleme aber auch Gemeinsamkeiten – sicherlich ein Highlight meines Praktikums. Gerade auch die internationalen Referenten und die Teilnehmerliste mit Professoren und Wissenschaftlern aus Thailand, Belgien, Italien, Deutschland, Ungarn, Pakistan, Korea, Taiwan, der Türkei sowie aus Malaysia machten diese drei Tage sehr spannend. Während meiner Zeit am CPG befasste ich mich jedoch nicht nur mit organisatorischen Aufgaben, sondern ich hatte auch die Möglichkeit, anhand von Recherchetätigkeiten einen Einblick in verschiedene Regierungssysteme zu erhalten.

## Leben in Bangkok

In Bangkok lebt ein großer Prozentsatz der thailändischen Bevölkerung, zudem ist es mittlerweile auch das Zuhause beziehungsweise der Arbeitsplatz vieler Europäer. Dieser westliche Einfluss ist in Bangkok so groß wie nirgendwo sonst in Thailand. Dies hat den Vorteil, dass sowohl das Wohnen als auch das Essen für unsere Kultur und Anspüche oftmals angepasst sind – was aber natürlich auf der anderen Seite einen gewissen Kulturverlust nach sich zieht. Bezüglich des Essens ist noch anzumerken, dass es auf der Welt wohl keinen anderen Ort gibt, welcher ein so reichhaltiges Speisenangebot hat. So ist es auch in der Mittagspause kein Problem, zwischen hunderten von Speisen zu wählen, solange man einen Dolmetscher hat, welcher der thailändischen Schrift mächtig ist.
Das Leben in Bangkok ist vergleichsweise günstig, so sind Wohnungen schon ab ca. 200 Euro pro Monat zu erhalten, wobei immer beachtet werden sollte, dass Wasser und Strom in der Regel extra berechnet werden. Da sich der Pra Chan-Campus der Thammasat Universität, an welcher sich das CPG befindet, direkt am Chao Phraya befindet, kann es Sinn machen, sich eine Unterkunft auf der anderen Flussseite zu nehmen und den Weg zur Arbeit mit der Fähre zurückzulegen (Kosten: 3 THB = ca. 10 Cent). Auch Taxis sind günstig, so kann man fast eine Stunde für 2 Euro durch die Stadt kutschiert werden, was zu Zeiten der Rush Hour nicht ungewöhnlich ist. Für die Mutigen stehen zudem Motorradtaxis zur Verfügung, bei welchen man als Sozius mitgenommen wird.
Bezüglich der Freizeitaktivitäten ist darauf hinzuweisen, dass Bangkok selbst der Ausgangspunkt für Ausflüge ins Hinterland sowie in die Nachbarstaaten ist. Jedoch kann es passieren, dass man seine ganze Zeit damit verbringt, Bangkok selbst zu entdecken und zu verstehen, insbesondere wenn man sich abseits der üblichen Touristenpfade bewegt und das Gesehene kritisch hinterfragt.

## Fazit

Dass Bangkok selbst eine aufregende und faszinierende Weltmetropole ist, muss meiner Ansicht nach nicht erwähnt werden. Ich halte ein Prakikum am CPG für äußerst hilfreich, inbesondere wenn man sich für verschiedene Kulturen interessiert und gerne verschiedene Rechtssysteme vergleicht. Während meines Praktikums konnte ich viele neue Erkenntisse gewinnen und mich mit einem ganz neuen Rechtssystem auseinandersetzen. Oftmals ist es auch für das Verständnis des eigenen Rechtssystems hilfreich, wenn man Einblicke in andere Systeme erhält. Zu beachten ist jedoch, dass es nicht ausreicht, sich lediglich auf die politischen oder juristischen Fragen zu stürzen. Ohne Kenntnis der kulturellen Hintergründe in Asien ist vieles für Europäer nur schwer zu verstehen und oftmals nicht nachvollziehbar. Es ist daher empfehlenswert, sich schon vorab mit dem Land und der Kultur zu beschäftigen. Zudem muss beachtet werden, dass gerade diese Kulturunterschiede ein gewisses Maß an Anpassung erfordern. Ist man jedoch bereit, Unterschiede zu akzeptieren und Neues zu versuchen, so ist ein Praktikum am CPG eine gute Möglichkeit, ein neues juristisches Arbeitsfeld kennenzulernen.

*Weiterführende Informationen zu einem Praktikums- oder Referendarsaufenthalt am CPG können unter www.cpg-online.de oder beim derzeitigen deutschen Projektverantwortlichen, Herrn Professor Dr. Robert Esser, Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht, Forschungsstelle Menschenrechte im Strafverfahren, Human Rights in Criminal Proceedings (HRCP), Innstraße 40, 94032 Passau, robert.esser@uni-passau.de, erfragt werden.*

# Iurratio Online-Innovation-Award 2013

Es ist wieder soweit – Iurratio vergibt erneut den Online-Innovation-Award.
Unser Ziel ist es Ihnen, liebe Leser, aufzuzeigen, über welche Kanzleien Sie sich derzeit besonders gut im Web informieren können. Unser besonderes Augenmerk liegt dabei neben der Beurteilung der Google-Auffindbarkeit einer etwaigen Karriereseite (Webseitenrubrik) der Kanzleien und dem Umgang mit dem Thema Online-Recruiting über diese Seite, auf der Präsenz der Kanzleien im Social-Media Bereich.

1. Noerr
2. Oppenhoff & Partner
3. Linklaters
3. Menold Bezler
5. Allen & Overy
6. GSK Stockmann + Kollegen
7. DLA Piper
7. Gleiss Lutz
9. Ashurst
10. Sonntag & Partner
10. CMS Hasche Sigle

**Untersuchungsgegenstand**

In diesem Jahr haben wir neben den 50 umsatzstärksten Kanzleien (Juve-Umsatzranking[1],) 19 weitere relevante Kanzleien hinsichtlich Ihrer Präsenz als potentielle Arbeitgeber im Web überprüft.
Dabei tragen wir dem immer größer werdenden Wunsch vieler Nachwuchsjuristen Rechnung, sich im Web kurzfristig oder über einen längeren Zeitraum ein Bild von potentiellen Arbeitgebern machen zu können und zudem die Möglichkeit zu haben, sich bei Interesse direkt online auf Stellen zu bewerben.
Erfreulicherweise können Sie dies als interessierte Nachwuchsjuristen bei einigen Kanzleien heute über „fanpages" bei facebook oder „Unternehmensprofile" bei XING ganz unverbindlich tun.
Dies lässt sich oftmals auch viel einfacher in den täglichen/wöchentlichen Zeitplan unterbringen, als eine umfangreiche Recherche zum Beispiel für Bewerbungen.
Es ist daher im Interesse potentieller Arbeitgeber, sich im Web breit, authentisch und aktuell aufzustellen um auf diesem Wege herauszustellen wieso gerade *sie* der geeignete Arbeitgeber sind.

**Die Kriterien**

Das Ranking erfolgt in 24 objektiven Teilkategorien aus den Bereichen „Web 1.0", „Karriereseite" und „Social-Media (Web 2.0)".
Spezielles Augenmerk legten wir in diesem Jahr auf die Gestaltung und den Aufbau der Karriereseite und die Nutzung des Web 2.0, da sog. Soziale Netzwerke, nicht nur in Deutschland, sondern gerade auch global immer mehr an Bedeutung gewinnen. Der Umstand, dass im angelsächsischern Raum Nachwuchsgewinnung über Online-Netzwerke längst zur Tagesordnung gehört, lässt die wachsende Relevanz für das Thema auch in Deutschland erahnen.
Im ersten Bereich „Web 1.0", welcher aus vier Teilkategorien besteht, haben wir über Google die Auffindbarkeit der (Karriere-)Website des Arbeitgebers untersucht.
Die „Karriereseite" bildet die Oberkategorie für den zweiten Bereich, welcher aus neun Teilkategorien besteht. Im Online-Recruitment geht es insbesondere darum, ob Stellen online gestellt sind und wie schnell diese gefunden werden können. Des Weiteren haben wir geprüft, wie sich die Vernetzung mit den Social-Networks gestaltet, das heißt gibt es überhaupt eine Vernetzung und wenn ja, wie ist ihre konkrete Ausgestaltung.
Der dritte Bereich „Social-Media" umfasst elf Teilkategorien, in denen wir uns damit auseinandergesetzt haben, inwieweit Kanzleien am Web 2.0 partizipieren und wie deren Umgang damit ist. Dabei wurde im Speziellen auf übertragene Corporate Identity und auf die Pflege der Seiten (facebook, XING und LinkedIn) geachtet. Zudem wurde auch eine Mitgliedschaft in den auf die juristische Zielgruppe ausgelegten Karrierenetzwerken (efellows, IurTalents oder clavisto) sowie die Verwendung von zeitgemäßen Medien wie Videos und Karriereapps berücksichtigt.
Die Untersuchung zeigte, dass genau in diesen Bereichen große Unterschiede zwischen den Kanzleien deutlich werden. Teilweise wird stark auf die neuen Medien eingegangen, wobei an anderer Stelle diese völlig außer Acht gelassen werden.

**Das diesjährige Ergebnis**

Den ersten Platz aus dem letzten Ranking konnte die Kanzlei Noerr erfolgreich verteidigen, auch wenn die Kanzlei Oppenhoff & Partner als Neuling in unserem Ranking fast gleichauf liegt.
Wie viele Verbesserungen innerhalb eines Jahres in diesem Bereich möglich sind, zeigt das Beispiel der Kanzlei Linklaters, die noch im letzten Ranking abgeschlagen auf Platz 43 (von 50) lag und in diesem Jahr zusammen mit der Kanzlei Menold Bezler den dritten Rang belegt.
Über die Kanzleien auf den Plätzen 1-3 kann man sich jederzeit in den sozialen Netzwerken facebook und XING informieren (siehe hierzu auch unsere Übersicht auf den nächsten beiden Seiten).
Besonders hervorzuheben ist auch die Kanzlei Allen & Overy, die als einzige Kanzlei neben der Verwendung von Imagevideos, eine facebookfanpage und ein Unternehmensprofil bei XINGXING pflegen und darüber hinaus mit clavisto in einem relevanten juristischen Portale vertreten ist.

Übersicht Social-Media-Aktivitäten der Kanzleien[2]

Nachfolgend finden Sie in diesem Jahr erstmals auch eine Übersicht, welche der Kanzleien in den untersuchten Social-Media-Bereichen aktiv sind.

1 Von den im Juve-Umsatzranking aufgeführten Top50 „Kanzleien" (2011/2012) ist grundsätzlich PricewaterhouseCoopers (PWC legal) am besten aufgestellt. Allerdings bietet PWC als Kerngeschäft eben nicht nur den Bereich „legal" und hat insbesondere für diesen Geschäftsbereich keine eigene Bewerberansprache. Daher ist aus unserer Sicht eine Vergleichbarkeit mit den Ge gebenheiten von klassischen Kanzleien nicht zielführend, so dass wir PWC legal in unserem Ranking nicht berücksichtigt haben.

2 Stand 31.01.2013

| Position | Kanzlei | facebook | XING LinkedIn | clavisto e-fellows IurTalents | Videos Apps |
|---|---|---|---|---|---|
| 1 | Noerr | ✓ | ✓ | ✗ | ✓ |
| 2 | Oppenhoff & Partner | ✓ | ✓ | ✓ | ✗ |
| 3 | Linklaters | ✓ | ✓ | ✗ | ✓ |
| 3 | Menold Bezler | ✓ | ✓ | ✗ | ✓ |
| 5 | Allen & Overy | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| 6 | GSK Stockmann + Kollegen | ✓ | ✓ | ✓ | ✗ |
| 7 | DLA Piper | ✓ | ✓ | ✗ | ✓ |
| 7 | Gleiss Lutz | ✗ | ✓ | ✗ | ✓ |
| 9 | Ashurst | ✗ | ✓ | ✗ | ✓ |
| 10 | Sonntag & Partner | ✓ | ✓ | ✗ | ✓ |
| 10 | CMS Hasche Sigle | ✗ | ✓ | ✓ | ✗ |
| 12 | Görg | ✓ | ✗ | ✗ | ✗ |
| 13 | Heuking Kühn Lüer Wojtek | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 14 | Clifford Chance | ✗ | ✓ | ✓ | ✓ |
| 15 | Heisse Kursawe Eversheds | ✓ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 15 | Norton Rose | ✗ | ✓ | ✗ | ✓ |
| 17 | Freshfields Bruckhaus Deringer | ✗ | ✓ | ✓ | ✗ |
| 17 | Luther | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 17 | Latham & Watkins | ✓ | ✓ | ✓ | ✗ |
| 20 | Baker & McKenzie | ✗ | ✓ | ✓ | ✓ |
| 20 | Wilmer Hale | ✗ | ✓ | ✗ | ✓ |
| 20 | SKW Schwarz | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 23 | Kapellmann und Partner | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 23 | KPMG Law | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 25 | White & Case | ✗ | ✓ | ✓ | ✓ |
| 25 | Shearman & Sterling | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 25 | Taylor Wessing | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 25 | Friedrich Graf von Westphalen & Partner | ✓ | ✗ | ✗ | ✓ |
| 25 | Hengeler Mueller | ✗ | ✗ | ✓ | ✗ |
| 25 | Simmons & Simmons | ✓ | ✓ | ✗ | ✓ |
| 25 | Weil Gotshal & Manges | ✗ | ✓ | ✓ | ✗ |
| 32 | Hogan Lovells | ✗ | ✓ | ✗ | ✓ |
| 32 | Bach Langheid & Dallmayr | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 32 | Esche Schümann Commichau | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |

| Position | Kanzlei | facebook | XING LinkedIn | clavisto e-fellows IurTalents | Videos Apps |
|---|---|---|---|---|---|
| 32 | Graf von Westphalen | ✓ | ✗ | ✗ | ✓ |
| 32 | Beiten Burkhardt | ✗ | ✓ | ✓ | ✗ |
| 37 | Flick Gocke Schaumburg | ✗ | ✗ | ✗ | ✗ |
| 37 | Heussen | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 39 | Glade Michel Wirtz | ✗ | ✓ | ✓ | ✗ |
| 39 | Rölfs RP | ✓ | ✗ | ✗ | ✓ |
| 41 | Becker Büttner Held | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 41 | Bird & Bird | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 41 | Jones Day | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 41 | Pluta | ✗ | ✗ | ✗ | ✗ |
| 45 | Ahlers & Vogel | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 45 | Cleary Gottlieb Steen & Hamilton | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 45 | FPS Fritze Wicke Seelig | ✗ | ✗ | ✗ | ✗ |
| 45 | RWP Rechtsanwälte | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 49 | Salans | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 50 | Mayer Brown | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 50 | Osborne Clarke | ✗ | ✗ | ✗ | ✗ |
| 50 | SZA Schilling Zutt & Anschütz | ✗ | ✗ | ✗ | ✗ |
| 53 | Rödl & Partner | ✗ | ✓ | ✗ | ✓ |
| 53 | Watson Farr & Gallagher | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 55 | Buse Heberer Fromm | ✗ | ✗ | ✗ | ✗ |
| 55 | SJ Berwin | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 57 | Kliemt & Vollstädt | ✗ | ✗ | ✗ | ✗ |
| 58 | Milbank | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 58 | Orrick Hölters & Elsing | ✗ | ✗ | ✗ | ✗ |
| 58 | P+P Pöllath + Partners | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 58 | Schultze & Braun | ✗ | ✗ | ✗ | ✗ |
| 62 | Göhmann | ✗ | ✗ | ✗ | ✗ |
| 62 | Kümmerlein | ✗ | ✗ | ✗ | ✗ |
| 64 | HFK Rechtsanwälte | ✓ | ✗ | ✗ | ✗ |
| 64 | Raupach & Wollert-Elmendorff | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 64 | Redeker Sellner Dahs | ✗ | ✓ | ✗ | ✗ |
| 67 | Ritterhaus | ✗ | ✗ | ✗ | ✗ |
| 68 | Streitbörger Speckmann | ✗ | ✗ | ✗ | ✗ |

# Hintergrund zum Online-Innovation-Award 2013

Viele Nachwuchsjuristen stehen während des Studiums oder Referendariat vor der Frage, bei welcher Kanzleien sie eine mögliche Anwalts- oder Wahlstation absolvieren sollten, bzw. wer als Arbeitgeber in Betracht kommen könnte. Dabei sind einige Kanzleien aufgrund von Marketingmaßnahmen in den gängigen Zeitschriften wie azur, Iurratio, JuS, Karriereführer
Recht oder Staufenbiel zumindest namentlich ein Begriff. Will man mehr wissen, ist es naheliegend, sich über das Internet einen besseren Eindruck vom potentiellen Arbeitgeber zu verschaffen. Diesen Selbsttest machten wir Anfang des Jahres 2010.
Aufgrund der damaligen Ergebnisse und der Rückmeldungen vieler Nachwuchsjuristen beschlossen wir die Online-Präsenz der Kanzleien genauer zu untersuchen und die Ergebnisse in einem Ranking zu präsentieren. Um fachlich fundiert zu arbeiten, entwickelten wir einen Kriterienkatalog mit der auf Social Media spezialisierten Agentur „famefact" aus Berlin. Iurratio steuerte hierzu umfangreiche Kenntnis über die Bedürfnisse der Nachwuchsjuristen und des juristischen Bereichs insgesamt bei. Über die Jahre haben wir den Kriterienkatalog permanent aktualisiert und an Veränderungen des Zielmarktes sowie den technischen Fortschritt angepasst. Im jüngsten Ranking haben insbesondere die Bereiche „Social Media" sowie interaktive Elemente wie Videos und Apps eine stärkere Gewichtung im Vergleich zu den Rankings der Vorjahre bekommen.

*links: Urkundenübergabe 2011 an Herrn Troll von der Kanzlei Noerr; rechts: Herr Dr. Post referiert über Talent-Relationship-Management*

## GELUNGENE UMSETZUNGEN

**Barrierefreiheit bei der Onlinebewerbung:** Online-Bewerbungsformular vorhanden und praktikabel
**Microsite-Strategien:** externe Event- und Karriereseiten waren als Microsite angelegt
**Erfahrungsberichte:** Referendare/Praktikante berichteten über Ihre Arbeit in der Kanzlei, und die Artikel waren so gut platziert, dass Besucher sie auch finden konnten.
**Mitgliedschaft bei clavisto, e-fellows oder IurTalents:** Hier können sich Kanzleien und Nachwuchsjuristen in spezialisierten Netzwerken miteinander austauschen und einander kennenlernen sowie Arbeitsverhältnisse begründen.
**Verwendung von Videos:** Imagefilme oder Videosammlungen eignen sich für den Arbeitgebermarkenaufbau hervorragend.
**Verwendung von Karriereapps:** Nutzung breiter Austauschmöglichkeiten.
**Aktionen:** Einige Kanzleien führen Aktionen in bestimmten Unis vor Ort durch. Hierdurch wird ausgedrückt dass die Kanzlei sich um den Nachwuchs bemüht und ihn im wahrsten Wortsinn „abholt".
**Veranstaltungen:** Spezielle Events, wie beispielsweise die BUSE Awards ( http://www.buse-awards.de) hinterlassen eine hervorragendes Kanzlei-Image, da sie nicht nur der Markenbildung dienen, sondern auch mit einem Sinn hinterlegt sind, im Fall der BUSE Awards mit der Auseinandersetzung mit dem Kapitalmarktrecht.

## ÜBERRASCHENDE MÄNGEL

**Suchmaschinen-Optimierung:** Bei einigen Kanzleien fehlte es an der Anzeige der Kategorien der Webseite als direkte Unterpunkte in der Google-Suche. Teilweise erschien die deutsche Webseite auf Google.de erst auf Platz zwei hinter der englischen Version. Zudem schaltete man Adwords-Kampagnen auf den eigenen Namen, obwohl die Kanzleiwebsite dort ohnehin an Platz 1 der Suchtreffer erschien.
**Internationalisierungsfehler:** Es gab keine automatische Erkennung aus welchem Land der Webseitenbesucher kommt, Schaltung auf Englisch, z.T. trotz manuell erfolgter vorheriger Umschaltung.
**Versteckte Einbindung der Karriererubrik:** Leider waren in einigen Fällen die Menüpunkte „Bewerbung" oder „Karriere" nur schwer zu finden, da diese Unterpunkte des Menüpunktes „Über uns" waren.
**Stellensuche zu komplex oder defekt:** War keine Filtersetzung wie z.B. „Land" und „Art des Jobs" auswählbar, führte dies zu Abzug. Punktabzug gab es auch, wenn gar keine Online-Bewerbung möglich war oder die Stellensuche eine Fehlermeldung statt eines Ergebnisses lieferte.
**Tote Links und veraltete Inhalte:** Ebenfalls negativ fiel eine tote Verlinkung des XING-Unternehmensprofils auf der Kanzlei-Homepage auf. XING- und LinkedIn-Profile waren zudem teilweise nicht gepflegt, enthielten alte Posts oder gar keine.

## Ausbildungsrelevante Entscheidungen

| GERICHT | ART DER ENTSCHEIDUNG | DATUM | AKTENZEICHEN | THEMENSTICHWORTE | RECHTSGEBIET |
|---|---|---|---|---|---|
| Bayrischer VGH | Beschluss | 02.10.2012 | 2 ZB 12.1898 | Lärm durch Raucher vor Gaststätte dieser zuzurechnen, Prognoseentscheidung vor Baugenehmigung über Einhaltung der Immissionsgrenzen muss „auf der sicheren Seite“ liegen – keine Unsicherheiten zulasten der zu schützenden betroffenen | Öffentliches Recht |
| BVerwG | Urteil | 29.11.2012 | 2 C 6.11. | Nicht jeder Fehler im Bewerbungsverfahren begründet Schadensersatzanspruch | Öffentliches Recht |
| OVG Berlin-Brandenburg | Urteil | 14.03.2012 | OVG 6 B 19/11 | Die staatliche Subventionierung der Jugendorganisationen der politischen Parteien bedarf einer Regelung durch förmliches Gesetz | Öffentliches Recht |
| BVerwG | Urteil | 07.11.2012 | 8 C 28.11 | Schornsteinfeger nicht “zuverlässig” i.S.d. § 11 Abs. 2 Nr. 1 Schornsteinfegergesetz (SchfG), der sich aktiv für die NPD engagiert und der sich bei antisemitischen Hetzkampagnen beteiligt | Öffentliches Recht |
| OLG Zweibrüggen | Beschluss | 23.02.2012 | 1 Ss90/11 | Beibringen eines gesundheitsschädlichen Stoffes bei Verklebung der Haare des Tatopfers mit einem Teergemisch | Strafrecht |
| OLG Dresden | Beschluss | 21.08.2012 | 3 Ss 336/12 | Verteidiger kann die Vertretungsvollmacht selbst unterschreiben, wenn diese zuvor mündlich erteilt wurde | Strafrecht |
| OLG Karlsruhe | Urteil | 19.07.2012 | 1 (8) Ss 64/12- AK 40/12 | Verwirklichung des Beleidigungstatbestandes nach § 185 StGB, wenn Benutzung eines Transparentes bei einem Fussballspiel mit der Aufschrift A.C.A.B. (All Copy Are Bastards) | Strafrecht |
| BGH | Urteil | 20.08.2012 | 4 StR 84/12 | Die latente Angst des Opfers hebt dessen Arglosikgeit erst dann auf, wenn es zur konkreten Tatzeit mit einem Angriff rechet | Strafrecht |
| BGH | Beschluss | 29.10.2012 | 4 StR 363/12 | Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (keine Tateinheit bei bloßem gleichzeitigen Besitz von Betäubungsmitteln); Teileinstellung | Strafrecht |
| OLG Nürnberg | Beschluss | 07.11.2012 | 1 St OLG Ss 258/12 | Verwirklichung eines Raubes nach § 249 I StGB bei gewaltsamer Wegnahme einer "Fan-Jacke" von Anhänger eines revalisierenden Fussballvereins, wenn Jacke als Trophäe dienen soll | Strafrecht |
| BGH | Beschluss | 19.04.2012 | I ZB 80/11 | Auskunftsanspruch gegen Dienstleister nach § 101 II 1 Nr. 3 UrhG auf Herausgabe der Daten über den Kunden, setzt keine Verletzung des Urheberrechts in gewerblichen Ausmaß voraus | Zivilrecht |
| OLG Bremen | Urteil | 05.10.2012 | 2 U 49/12 | Die Angabe der Lieferzeit mit “Voraussichtliche Versanddauer: 1-3 Werktage” verstößt gegen § 308 Nr. 1 BGB und ist daher wettbewerbswidrig (i.Ü. Anforderungen an die Widerrufsbelehrung auf einer Internetseite) | Zivilrecht |
| OLG Saarbrücken | Urteil | 10.10.2012 | 1 U 475/11-141 | Abnomale Geruchsbelästigungen können einen Sachmangel eines Gebrauchtfahrzeugs darstellen. Bei einem "jungen" Gebrauchtwagen des gehobenen Preissegments kann ein durchschnittlicher Käufer erwarten, dass in diesem keine anomalen - gummiähnlichen - Gerüche wahrnehmbar sind | Zivilrecht |
| OLG Köln | Urteil | 21.11.2012 | 16 U 80/12 | Kein Anspruch auf Kostenerstattung für erfolglose Heilbehandlung durch einen "Schamanen" | Zivilrecht |
| BGH | Urteil | 18.12.2012 | X ZR 2/12 | Kündigung eines Reisevertrags wegen einer Aschewolke | Zivilrecht |

# Offenheit.

## Schlagen Sie ein neues Kapitel auf.

## ReferendarAcademy

Besondere Talente verdienen besondere Förderung. Für diesen Anspruch steht unsere ReferendarAcademy. Mit Ihrem Referendariat machen Sie die ersten Schritte im praktischen Berufsalltag. Für den Erfolg im Assessorexamen und später als Anwalt genügt reine Praxiserfahrung jedoch nicht. Hinzukommen müssen u.a. vertieftes juristisches Fachwissen sowie Fähigkeiten und Kenntnisse, die für eine spätere Beraterpersönlichkeit entscheidend sind. Dafür legt die ReferendarAcademy den Grundstein. In Zusammenarbeit mit der BUCERIUS LAW SCHOOL und dem Repetitorium KAISERSEMINARE bieten wir unseren Referendaren eine Reihe von Vorbereitungskursen für das schriftliche Examen. Ergänzend hinzu tritt ein Kurs zum „Aktenvortrag", der auf die mündliche Prüfung mit Hilfe von Videoanalysen vorbereitet und unter kompetenter Anleitung rhetorische Fähigkeiten verbessert. Darüber hinaus bieten wir Seminare zu „Business Skills" wie Rechtsenglisch, Präsentationstechniken und Verhandlungsführung an. Einführungskurse in verschiedene Rechtsbereiche vermitteln zudem einen Überblick über die Palette unserer Beratungsleistungen und damit über die Vielfalt Ihrer Spezialisierungsmöglichkeiten. Unser Anspruch: Wir bieten unseren Referendaren eine qualitativ hochwertige praktische Ausbildung und machen sie fit für das Examen – auch in der Theorie. Möchten Sie davon profitieren? Richten Sie bitte Ihre Bewerbung an: Dr. Ulrich Reese (Düsseldorf), 0211 4355-5268, ulrich.reese@cliffordchance.com / Christine Koziczinski (Frankfurt am Main), 069 7199-4280, christine.koziczinski@cliffordchance.com / Dr. Stefanie Tetz (München), 089 21632-8454, stefanie.tetz@cliffordchance.com.

### Career starts with C

Informationen zu uns und der ReferendarAcademy finden Sie unter: www.cliffordchance.com/karriere – oder den QR-Code scannen.

C L I F F O R D

C H A N C E

# HR & Social Media?

## Eine perfekte Kombination.

**Mit uns finden Sie Ihre High Potentials.**

Rufen Sie uns unter 030 . 88 718 545 an!

FAME FACT
FIRST IN SOCIALTAINMENT

**famefact**, Schönhauser Allee 48, 10437 Berlin, Telefon: 030 88 718 545
E-Mail: info@famefact.com, www.famefact.com