

# Studium Rechtswissenschaft

Prof. Dr. Katharina Gräfin von Schlieffen  
RA Christian Stiefel  
Prof. Dr. Ulrich Wackerbarth

## Modul 55100

Propädeutikum

Zusatzmaterial Teil 1:  
Illustrative Einführung in das Recht

**Rechts-  
wissenschaftliche  
Fakultät**

---

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung und des Nachdrucks, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung der FernUniversität reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden. Wir weisen darauf hin, dass die vorgenannten Verwertungsalternativen je nach Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen bereits durch Einstellen in Cloud-Systeme verwirklicht sein können. Die FernUniversität bedient sich im Falle der Kenntnis von Urheberrechtsverletzungen sowohl zivil- als auch strafrechtlicher Instrumente, um ihre Rechte geltend zu machen.

Der Inhalt dieses Studienbriefs wird gedruckt auf Recyclingpapier (80 g/m<sup>2</sup>, weiß), hergestellt aus 100 % Altpapier.

Liebe Studierende,

Zu Beginn Ihres Studiums werden Sie möglicherweise feststellen, dass Rechtsfragen im Alltag meist anschaulich und spannend sind, sich in Lehrbüchern – losgelöst von Lebenszusammenhängen – jedoch zunächst einmal wie ein Gebäude auftürmen können, in dem sich der Anfänger erst mit der Zeit heimisch fühlt.

Aus diesem Grund möchten wir Ihnen den Start in Ihr rechtswissenschaftliches Studium mit einer praxisnahen Einführung erleichtern. Sie besteht aus Geschichten, die Sie aus der alltäglichen Lebenspraxis kennen: Zum Einstieg finden Sie sich im Geschäfts- und Privatleben einer jungen Bürogemeinschaft wieder, die sich zu einer GmbH mit guten und schlechten Zeiten entwickelt. So können Sie zu Beginn Ihres Studiums einen Blick auf Ihr Ziel – die Beschäftigung mit lebensechten Rechtsfragen – werfen, um mit den folgenden Arbeitsschritten auf immer höhere Abstraktionsstufen zu gelangen.

Dieser Einführungskurs soll Ihnen einen ersten Einblick in die Welt des Rechts geben. Den Rechtsproblemen, die in diesem Kurs angesprochen werden, müssen Sie in dieser Phase Ihres Studiums noch nicht im Einzelnen nachgehen. Das Lernziel ist vielmehr, durch einen Streifzug durch alle Rechtsgebiete einen Sinn dafür zu entwickeln, wie stark unser Alltag von rechtlichen Regelungen durchdrungen ist, in welchen Fällen welche Rechtsgebiete einschlägig sind und wie die verschiedenen Rechtsmaterien, die im Studium getrennt voneinander vermittelt werden, in der Lebenswelt aufeinandertreffen.

Wir wünschen Ihnen nun viel Freude bei der Lektüre und viel Erfolg für den Start in Ihr rechtswissenschaftliches Studium.

Für alle Mitwirkenden des ersten Moduls

Katharina Schlieffen

# Inhalt

Zentralakte .....	5
Jungunternehmerisches Leben.....	6
Jungunternehmerisches Leben – Rechtliche Erläuterung .....	7
Die IHK .....	9
Die IHK – Rechtliche Erläuterung .....	9
Das geliehene Fahrrad.....	13
Das geliehene Fahrrad – Rechtliche Erläuterung .....	15
Der Büromöbelkauf .....	17
Der Büromöbelkauf – Rechtliche Erläuterung.....	18
Der Firmenwagen.....	22
Der Firmenwagen – Rechtliche Erläuterung .....	24
Die Baustelle .....	27
Die Baustelle – Rechtliche Erläuterung .....	28
Papier und Toner .....	33
Papier und Toner – Rechtliche Erläuterung.....	35
Der Radiorecorder.....	38
Der Radiorecorder – Rechtliche Erläuterung .....	39
Die BAföG-Rückzahlung .....	50
Die BAföG-Rückzahlung – Rechtliche Erläuterung .....	51
Die Wohnung im Lager .....	57
Die Wohnung im Lager – Rechtliche Erläuterung.....	58
Der Jungunternehmerstammtisch.....	62
Der Jungunternehmerstammtisch – Rechtliche Erläuterung .....	63
Das Schild aus dem Nichts .....	66
Das Schild aus dem Nichts – Rechtliche Erläuterung .....	67
Die neue Mitarbeiterin .....	72
Die neue Mitarbeiterin – Rechtliche Erläuterung .....	74

## Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abse.	Absätze
a. F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
ArbG	Arbeitsgericht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BAföG	Bundesausbildungsförderungsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauGB	Baugesetzbuch
BauNVO	Baunutzungsverordnung
BauO NRW	Landesbauordnung des Landes Nordrhein-Westfalen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
DB	Der Betrieb
d. h.	das heißt
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt
EisenbahnverkehrsO	Eisenbahn-Verkehrsordnung
EnergiewirtschaftsG	Energiewirtschaftsgesetz
ff.	folgende Seiten

GenG	Gesetz betreffend der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend der Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GO NRW	Gemeindeordnung des Landes Nordrhein- Westfalen
grds.	grundsätzlich
HGB	Handelsgesetzbuch
Hs.	Halbsatz
IHK-G	Gesetz über die Industrie- und Handelskammer
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JugendarbeitsschutzG	Jugendarbeitsschutzgesetz
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MuSchG	Mutterschutzgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OBG NRW	Ordnungsbehördengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PersonenbeförderungsgG	Personenbeförderungsgesetz
PolG NRW	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
RG	Reichsgericht
Rn.	Randnummer
S.	Satz
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
sog.	so genannt
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
u. a.	unter anderem

UZwG	Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes
vgl.	vergleiche
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVfG NRW	Verwaltungsverfahrensgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
VwVG NRW	Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
z. B.	zum Beispiel
z. Zt.	zur Zeit

## Zentralakte

Beteiligte:

**Christoph**, 29 Jahre alt, Grafiker, hat eine Lehre in einer Werbeagentur gemacht und danach mehrere Jahre in diesem Berufsfeld gearbeitet. Um sich mehr dem gemeinsamen Arbeiten mit Karina und Stefan zu widmen, hat er seine Festanstellung in der Agentur gekündigt und arbeitet dort nur noch als freier Mitarbeiter mit einem Rahmenvertrag über 20 Stunden pro Woche. Christoph mimt gern den Bedächtigen, Überlegten und mahnt im Allgemeinen zur Vorsicht. Er ist verheiratet mit Alexandra und hat eine Tochter Julia, 5 Jahre.

**Stefan**, 26 Jahre alt, Grafiker und Web-Designer, programmiert z. B. Internetauftritte. In der Gruppe und im Außenverhältnis bleibt er lieber im Hintergrund. In Entscheidungssituationen handelt er eher unüberlegt und ist – geschäftlich und privat – meist auf der Suche nach Schnäppchen, Gelegenheiten oder „tollen Geschäften“. Vorher hat er relativ lange studiert. Stefan ist Single und lebt allein in einer geerbten Eigentumswohnung.

**Karina**, 26 Jahre alt, hat an der FH Kommunikationsdesign studiert. Zu ihren Aufgaben gehört es, die Entwürfe von Christoph, Stefan und ihr den Kunden vorzuführen, weswegen sie viel mit dem Auto unterwegs sein muss. Seit mehreren Jahren arbeitet sie selbständig. Karina ist im Karateverein und macht viel Sport (Fitnessclub, Jogging).

Alle drei sind in der Werbung tätig und wollen zusammenarbeiten. Ihr Ziel ist es, für kleine und mittelständische Firmen Werbemaßnahmen zu realisieren, was sowohl die Gestaltung und Produktion von Werbeträgern oder Briefpapier (Karina und Christoph) als auch den Entwurf und die Programmierung von Websites (Stefan) einschließt.

Christoph, Stefan und Karina haben früher schon in wechselnden Konstellationen zusammengearbeitet, mit der Zeit wurden jedoch immer mehr Aufträge in Form einer nicht gesondert geregelten BGB-Gesellschaft erledigt. Auf Anraten ihres Steuerberaters wollen sie ihre künftige Zusammenarbeit auf solidere Füße stellen und haben deswegen die StartUp GmbH gegründet. Alle drei sind gleichberechtigte geschäftsführende Gesellschafter.

Die StartUp GmbH muss Büromöbel, Büroartikel und Computer kaufen. Mit ihren Kunden schließt sie meist Werkverträge über die Erstellung von Websites, Geschäftspapier oder Broschüren. Dabei werden Arbeiten zum Teil selbst erledigt (beispielsweise Gestaltung von Grafiken, Programmierung von Internetauftritten), zum Teil aber auch an Dritte weitergegeben (Erstellung von Druckvorlagen, Druckarbeiten). Steuerberater und Rechtsanwalt **Lorenz** steht den dreien in steuerlicher und rechtlicher Sicht zur Seite.



## Jungunternehmerisches Leben

In beschwingter Stimmung gab Christoph seiner Frau einen Abschiedskuss und verließ die Wohnung. Heute war es endlich soweit: Nach monatelangen Vorarbeiten sollte die StartUp GmbH gegründet werden. Nachdem er schon einige Zeit mit Stefan und Karina in wechselnden Konstellationen zusammengearbeitet hatte, wollten sich die drei heute beim Notar treffen und den Gesellschaftervertrag unterzeichnen. Mit der Gründung einer GmbH wollen sie künftig gemeinsam Werbemaßnahmen für kleine und mittelständische Firmen realisieren: Prospekte erstellen, Werbematerial gestalten und – Stefans Aufgabe – Internetauftritte programmieren.

Als Christoph an einem kleinen Supermarkt vorbeikam, fiel ihm ein, dass es eine nette Idee sein könnte, wenn er mit seinen Kollegen später zur Feier des Tages ein Glas Sekt trinken würde. Schnell betrat er den Laden, suchte eine dem Anlass angemessene Flasche aus und machte sich auf den Weg zur Kasse.

Nach zehn Minuten Fußweg kam Christoph beim Büro des Notars an, wo Karina und Stefan schon auf ihn warteten. Zu dritt betraten sie das Gebäude. Im Notariat wurden sie zunächst von der Sekretärin darüber aufgeklärt, dass sie noch eine Viertelstunde warten müssten. Und so saßen sie im Warteraum des Notars, blätterten in den ausgelegten Zeitungen und harreten der Dinge, die da kommen mochten. Stefan entdeckte bald die bereitgestellten Kugelschreiber und Schreibblöcke mit dem aufgedruckten Namen des Notars und begann munter seinen Rucksack damit zu füllen.

Karina war alles andere als amüsiert: „Sag mal Stefan, hast du denn gar kein Benehmen? Leg die Stifte und das Papier wieder auf den Tisch, Gott ist das peinlich!“

Stefan sah sich im Recht: „Wieso? Der legt den Kram hier als Werbegeschenk aus, wir müssen für die Veranstaltung bei ihm eine Menge Geld bezahlen – da werd' ich mir doch wohl ein bisschen was mitnehmen dürfen...!“

Das Erscheinen des Notars beendete die Diskussion: „Meine Dame, meine Herren, wenn ich dann bitten dürfte...“

Peinlich berührt vom Verhalten seiner Kollegen nickte Christoph dem Notar zu und trieb Stefan und Karina in das Besprechungszimmer.

Nach – wie es den dreien erschien – endlosen Erklärungen des Notars war es zwei Stunden später soweit: Der Gesellschaftsvertrag war geschlossen und alle drei waren als gleichberechtigte geschäftsführende Gesellschafter vermerkt. Die StartUp GmbH i.G. konnte mit der Arbeit beginnen.

Wieder auf der Straße beschlossen die drei, gleich ins Büro zu fahren, in dem sie bereits seit einigen Monaten zusammen arbeiteten.

„Woll'n doch mal sehen, ob es sich als Geschäftsführer anders arbeitet.“, grinste Stefan.

Doch Christoph wollte den Tag der Gesellschaftsgründung gleich für Praktisches nutzen.

„Ich schlage vor, dass wir jetzt erstmal zur Bank gehen, ein Konto anlegen und das Stamm-

kapital einzahlen, damit der Notar diese Mitteilung ans Handelsregister abschicken kann und wir eingetragen werden können. Und dann sollten wir gleich einen Dauerauftrag einrichten, damit in Zukunft die StartUp die Büromiete zahlt. Zu irgendetwas muss sie ja schon mal gut sein.“

Nachdem die Kontoeröffnung und die Einzahlung des mühsam zusammengesparten Stammkapitals geschafft waren, fuhren die drei mit Stefans Auto zum Büro, um dort zunächst mit der Flasche Sekt auf die Gründung anzustoßen.

In den letzten Monaten hatten sie immer wieder gemeinsam gearbeitet. Meist waren es Karina oder Christoph gewesen, die einen Auftrag an Land zogen, während Stefan fast alle Programmierarbeiten und die weiteren computerrelevanten Dinge erledigte. Da jeder auf den anderen angewiesen war, hatten sie sich bald angewöhnt, unabhängig von der tatsächlichen Akquise, den Auftrag gemeinsam zu erledigen und die Einnahmen nach Abzug der aufgetretenen Kosten einfach durch drei zu teilen. Mit der Zeit hatten sie sich so immer mehr als Team begriffen.

Um eine gemeinsame Anlaufstelle zu haben, hatten die drei dann nach einigen Monaten ein kleines Büro ausgesucht und einen Telefonanschluss eingerichtet. So waren sie mithilfe von Anrufbeantworter und Fax für potentielle Auftraggeber besser erreichbar und konnten schon etwas professioneller auftreten. Den Mietvertrag für das Büro hatte Karina unterzeichnet, genauso wie sie den Telefonanschluss beantragt hatte. Christoph und Stefan hatten ihr dann anteilig Miete und Telefonkosten erstattet, doch mit diesem Chaos sollte jetzt Schluss sein – jetzt gab es die StartUp GmbH.

## Jungunternehmerisches Leben – Rechtliche Erläuterung

### Gründungsphasen

Die GmbH entsteht in mehreren Abschnitten. In der Regel beginnt der eigentliche Entstehungsvorgang mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages. Dies ist jedoch meist nicht die erste Stufe der Entwicklung. Fast immer treffen diejenigen Personen, die eine GmbH gründen wollen, schon vor dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages verbindliche Abreden im Hinblick auf die Errichtung der Gesellschaft.

Sobald die Verhandlungen über die Gründung einer GmbH ihren unverbindlichen Charakter verloren und zu rechtsverbindlichen Vereinbarungen zwischen den Personen geführt haben, die eine GmbH errichten wollen, beginnt die erste Phase der Gründung. Diese Phase ist in der Regel erreicht, wenn die Gründer vertragliche Vereinbarungen über den Zweck und die Ausgestaltung der zu gründenden GmbH sowie über die Höhe des Stammkapitals getroffen

haben. Diese Phase endet mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages für die GmbH. Bis zu diesem Zeitpunkt hat in der Regel eine Vorgründungsgesellschaft bestanden.

Die zweite Phase, die mit dem Abschluss des GmbH-Gesellschaftsvertrages beginnt, dauert bis zur Eintragung der GmbH in das Handelsregister. In dieser Phase besteht eine Vorgesellschaft, die auch *Vor-GmbH* genannt wird.

Die GmbH, und damit die juristische Person, entsteht erst mit der Eintragung in das Handelsregister.

## Die Vor-GmbH

Mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages haben die Gründer eine *Vorgesellschaft*, die sog. Vor-GmbH, entstehen lassen. Hinsichtlich der unter den Gesellschaftern und zwischen ihnen und der Gesellschaft bestehenden Verhältnisse unterliegt die Vor-GmbH schon denjenigen Rechtsregeln, die für die fertige GmbH gelten.

Schon vor der Eintragung der GmbH in das Handelsregister werden von den Gründern eine Reihe von Rechtsgeschäften mit Dritten getätigt, die nicht nur der Entstehung der GmbH dienen, sondern mit dem Zweck zusammenhängen, zu dem die GmbH gegründet wird. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Gesellschafter der Vor-GmbH persönlich, d. h. mit ihrem Privatvermögen für daraus entstehende Verbindlichkeiten haften wird näher im Modul zum Handels- und Gesellschaftsrecht behandelt.

## Mindestkapital, Stammkapital, Stammeinlage

Die Gründung einer GmbH ist, was das zur Gründung notwendige Kapital anbetrifft, relativ einfach. Das Mindestkapital beträgt gem. § 5 Abs. 1 GmbHG lediglich 25.000 Euro. Alle Stammeinlagen müssen von den Gründern selbst übernommen werden. Auch Sacheinlagen sind zulässig. Wenn solche geleistet werden sollen, so müssen im Gesellschaftsvertrag der Gegenstand der Sacheinlage und der Betrag der Stammeinlage, auf die sich die Sacheinlage bezieht, festgesetzt sein (§ 5 Abs. 4 GmbHG). Die Gesellschafter müssen in einem solchen Fall einen Sachgründungsbericht erstellen, in dem sie u. a. die für die Angemessenheit der Leistungen für Sacheinlagen wesentlichen Umstände darzulegen haben (§ 5 Abs. 4 S. 2 GmbHG). Gem. § 7 Abs. 2 GmbHG muss vor der Eintragung mindestens die Hälfte des Mindeststammkapitals, d. h. 12.500 Euro eingezahlt sein.

## Die IHK

Einige Tage später gab es offiziell wirkende Post von der Industrie- und Handelskammer.

„Schaut mal“, rief Stefan, „die IHK schreibt und begrüßt uns!“

„Na, das ist doch nett!“

„Na ja, hier steht, dass wir jetzt dazu gehören und Ihnen unsere Steuernummer mitteilen und einen Erhebungsbogen ausfüllen sollen. Über die Höhe des Beitrags werden wir gesondert informiert.“

„Was soll das heißen, dass wir jetzt dazu gehören? Zu was denn?“

„Hier steht: ‚Der Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts sichert unserer Kammer Unabhängigkeit und Objektivität zu‘. Und zwei Zeilen später erfährt man, dass die zugehörigen Unternehmen diese Unabhängigkeit mit ihren Beiträgen finanzieren.“

„Dazugehörige Unternehmen, das dürften dann ja wohl wir sein, oder?“

„Und was bekommen wir dafür?“, fragte Christoph.

„Nun“, grinste Karina, „die vertreten unsere Interessen und schicken uns regelmäßig ein buntes Infoheft zu.“

„Wahrscheinlich so eins wie diese Krankenkassenmagazine: Eine Auflage von 1,5 Mio. und dabei leider nur 23 Leser und die Familie des Chefredakteurs. Und woher wollen die unsere Interessen kennen? Ich hab mit noch keinem von denen gesprochen.“

„Ich seh’ das gar nicht erst ein! Ich will da nicht Mitglied werden und zahlen werden wir schon gar nicht. Als ob wir zu viel Kohle hätten. Die müssen uns doch wohl erst mal einen Aufnahmeantrag schicken, oder?! Wenn wir nichts von denen wollen, können die auch nix von uns wollen.“

## Die IHK – Rechtliche Erläuterung

Hier irren sich Stefan, Karina und Christoph. Ihr Unternehmen ist per Gesetz Mitglied der Industrie- und Handelskammer und als Mitglieder müssen sie den Mitgliedsbeitrag zahlen. So wie ihnen geht es vielen Gewerbetreibenden.

### Zwangsmitgliedschaft

#### Die Regelung der Mitgliedschaft in § 2 Abs. 1 IHK-G

Die primäre Aufgabe der Industrie- und Handelskammern ist gemäß § 1 Abs. 1 IHK-G, das Gesamtinteresse der zugehörigen Gewerbetreibenden ihres Bezirkes wahrzunehmen, für die Förderung der gewerblichen Wirtschaft zu wirken und dabei die wirtschaftlichen Interes-

sen einzelner Gewerbezweige oder Betriebe abwägend und ausgleichend zu berücksichtigen. Trotz der privaten Interessenvertretung gehören die Industrie- und Handelskammern wegen ihrer Organisation als öffentlich-rechtliche Körperschaften gemäß § 3 Abs. 1 IHK-G zur mittelbaren Staatsverwaltung.

Das Einzige, was an der IHK nicht dem Willen der Mitglieder entspricht, ist die Mitgliedschaft selbst. Die Kammern beruhen auf dem in § 2 Abs. 1 IHK-G niedergelegten Prinzip der Zwangsmitgliedschaft. Demnach sind per Gesetz u. a. auch juristische Personen des privaten und öffentlichen Rechts Kammerzugehörige, sofern sie im Bezirk der Kammer eine Betriebsstätte unterhalten und zur Gewerbesteuer veranlagt sind.

Bei einer *juristischen Person* handelt es sich um eine Vereinigung von Personen, dem gesetzlich rechtliche Selbständigkeit zuerkannt ist. Eine juristische Person besitzt eigene Rechtsfähigkeit und kann damit Träger von Rechten und Pflichten sein. Damit kann sie – abgesehen von einigen höchstpersönlichen Rechtsgeschäften wie z. B. der Eheschließung – im Rechtsleben grundsätzlich genauso auftreten als wäre sie eine natürliche Person, d. h. ein Mensch. Damit kann eine juristische Person auch Adressat von gesetzlichen Pflichten sein.

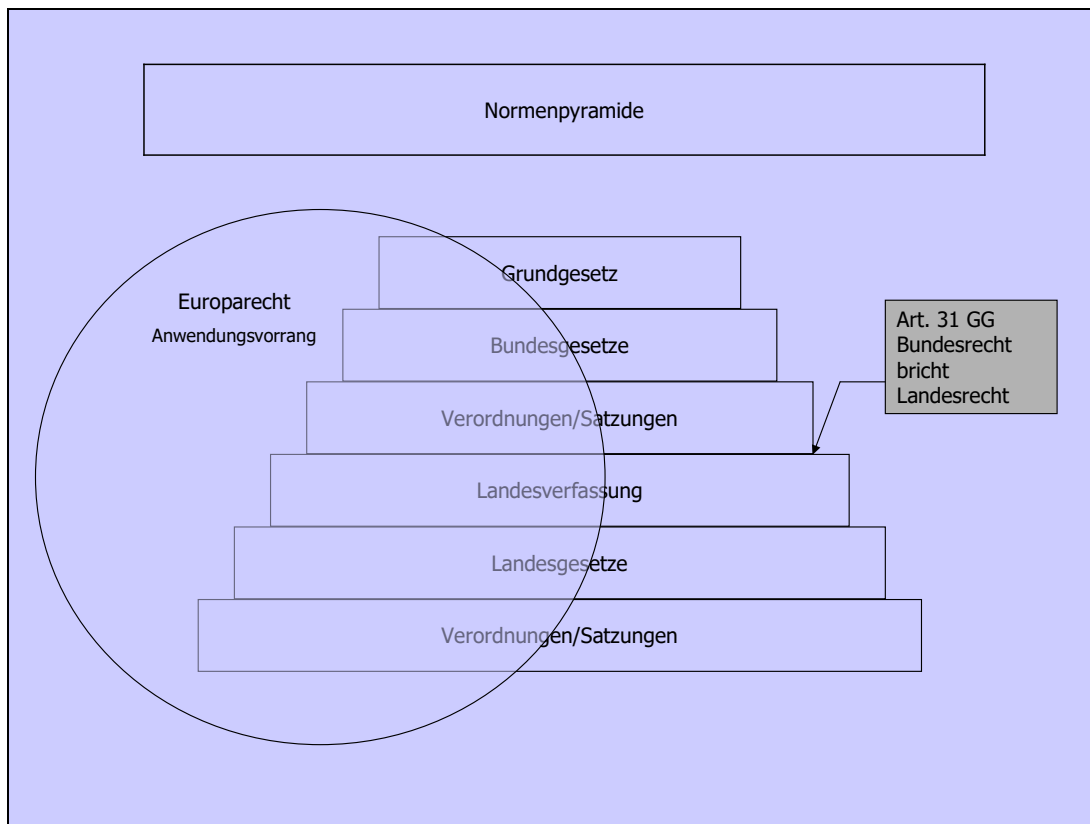
Die GmbH von Stefan, Karina und Christoph ist aufgrund § 13 Abs. 1 GmbHG eine juristische Person. Weil sie gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 und Abs. 1 S. 1 GewStG zur Gewerbesteuer veranlagt ist, ist sie damit gemäß § 2 Abs. 1 IHK-G zwangsweise Mitglied der regionalen Industrie- und Handelskammer – unabhängig von Stefans, Karinas und Christophs Willen.

## Verfassungsrechtlicher Maßstab

Eine solche Zwangsmitgliedschaft ist rechtlich nicht unproblematisch. Aus Art. 20 Abs. 3 GG ergibt sich der sog. *Gesetzesvorbehalt*. Dieser besagt, dass Eingriffe der Verwaltung – wozu auch die Zwangsmitgliedschaft in einer Körperschaft öffentlichen Rechts gehört – einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Eine solche findet sich zwar in § 2 Abs. 1 IHK-G, doch könnte diese verfassungswidrig und damit unwirksam sein. Dies hätte zur Folge, dass die Zwangsmitgliedschaft und die Beitragspflicht nicht bestünden.

Das Grundgesetz genießt als Verfassung unseres Staates oberste Priorität in der Normenhierarchie. Zum einen müssen alle Gesetze zu ihrer Wirksamkeit formell verfassungsgemäß sein, d. h. nach den Regeln des Grundgesetzes entstanden sein. Dies ist gegeben, wenn der Gesetzgeber – in diesem Fall der Bund – sowohl die Kompetenz zum Erlass des Gesetzes hatte – die so genannte Gesetzgebungskompetenz – als auch das

Gesetz im korrekten Gesetzgebungsverfahren nach Art. 76 ff. GG zustande gekommen ist. An der formellen Verfassungsmäßigkeit des IHK-G bestehen hier allerdings keine Zweifel.



## Vereinigungsfreiheit

Die Zwangsmitgliedschaft muss außerdem auch materiell verfassungsmäßig sein, d. h. den inhaltlichen Vorschriften des Grundgesetzes entsprechen. Hier könnte das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit in Art. 9 Abs. 1 GG der Zwangsmitgliedschaft der GmbH in der IHK entgegenstehen.

Das Grundgesetz räumt nämlich durch seine Grundrechte nicht nur natürlichen Personen Freiheiten ein, sondern gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch inländischen juristischen Personen. Demnach ist auch die GmbH von Stefan, Karina und Christoph grundrechtsfähig.

Die *Vereinigungsfreiheit* gewährt gemäß Art. 9 Abs. 1 GG allen Deutschen das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. Der Staat darf die Bildung von Vereinigungen also nicht behindern. Im konkreten Fall geht es Stefan, Karina und Christoph im Gegenteil aber darum, dass ihre GmbH gerade nicht der Kammer angehört, also einer Vereinigung fernbleibt. Insofern ist zwischen der *positiven* und der *negativen Vereinigungsfreiheit* zu unterscheiden. Die positive Vereinigungsfreiheit ist vom Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 GG unmittelbar erfasst

und schützt die Freiheit zur Bildung von Vereinigungen. Die negative Vereinigungsfreiheit hingegen lässt sich nur durch Auslegung ermitteln und schützt die Freiheit, Vereinigungen fern zu bleiben.

Demzufolge müsste die Zwangsmitgliedschaft der IHK eigentlich gegen die negative Vereinigungsfreiheit verstoßen. Jedoch hat das *Bundesverfassungsgericht*, dessen Entscheidungen u. a. alle Gerichte und Behörden binden, die Frage der Zwangsmitgliedschaft in Körperschaften des öffentlichen Rechts (BVerfGE 10, 89 (102), 10, 354 (361 f.)) und speziell die Frage der IHK-Zwangsmitgliedschaft (BVerfGE 15, 235 (239)) gegenteilig entschieden: Art. 9 Abs. 1 GG gewähre positiv nur die Freiheit, privatrechtliche Vereinigungen zu gründen und ihnen beizutreten. Spiegelbildlich garantiere die negative Vereinigungsfreiheit nur das Recht, einer privatrechtlichen Vereinigung fernzubleiben, nicht einer öffentlich-rechtlichen. Die Zwangsmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Körperschaften berühre also schon gar nicht den Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit.

Dieser Argumentation ist zuzugestehen, dass öffentlich-rechtliche Vereinigungen – Körperschaften, Anstalten und Stiftungen öffentlichen Rechts – zur mittelbaren Staatsverwaltung gehören und daher selbstverständlich nur vom Staat gegründet werden können. Die Konsequenz ist allerdings, dass der Staat allein durch die Wahl der Rechtsform die negative Vereinigungsfreiheit umgehen kann, weshalb die Entscheidung des BVerfG in der rechtswissenschaftlichen Literatur zum Teil erheblich kritisiert wird.

## Allgemeine Handlungsfreiheit

Folgt man der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, so heißt dies aber nicht, dass die Zwangsmitgliedschaft in jedem Fall verfassungsgemäß ist. Als Auffanggrundrecht garantiert Art. 2 Abs. 1 GG die sog. *allgemeine Handlungsfreiheit*. Dieses Grundrecht gewährt jedermann das Recht, zu tun und zu lassen, was er will, sofern er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstößt.

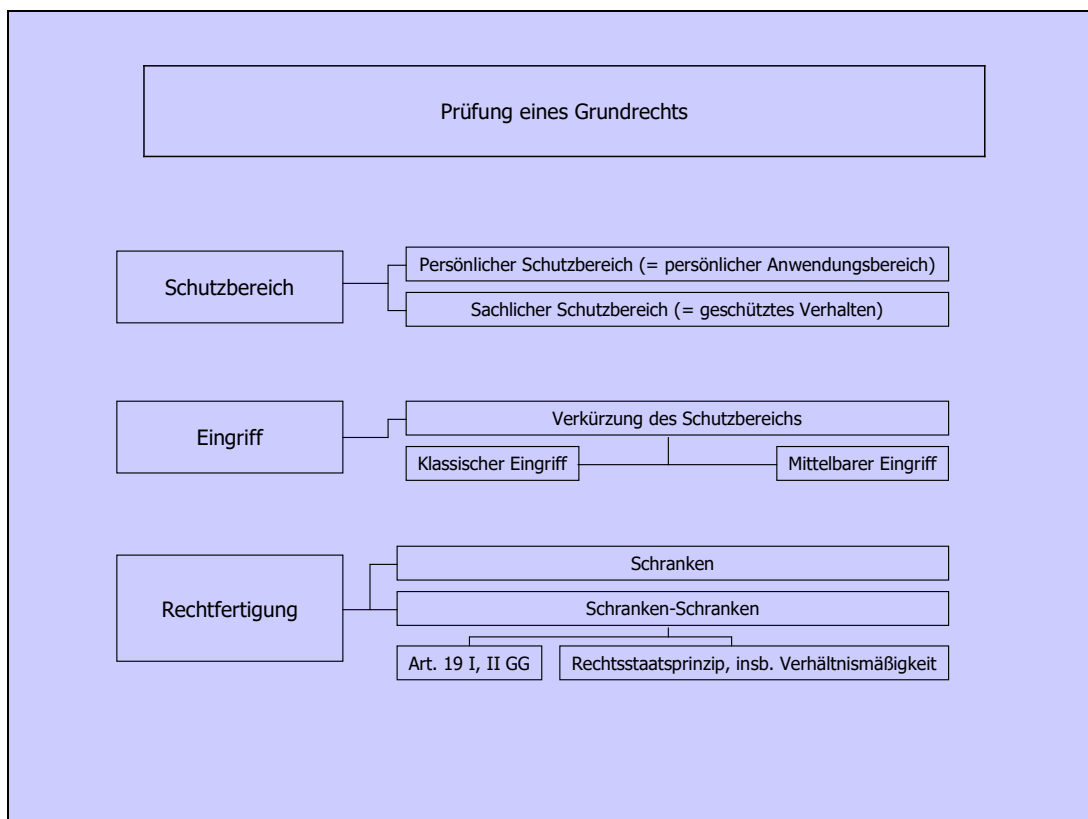
Die Zwangsmitgliedschaft der GmbH von Stefan, Karina und Christoph ist gegen deren Willen und damit ein Eingriff in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit. Ein solcher Grundrechtseingriff ist aber nicht gleichbedeutend mit der Verletzung des Grundrechts. Denn das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit ist nicht schrankenlos gewährleistet, weil sonst jeder tun und lassen könnte, was er wollte. Die sog. *Schrankentrias* des Art. 2 Abs. 1, 2. Hs. GG enthält als praktisch wichtigste Grundrechtsschranke die der *verfassungsmäßigen Ordnung*. Zu dieser gehören alle Gesetze, die die allgemeine Handlungsfreiheit in verhältnismäßiger Weise einschränken. Ist die Anordnung der Zwangsmitgliedschaft in § 2 Abs. 1 IHK-G also verhältnismäßig, dann ist der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit verfassungsrechtlich gerechtfertigt und damit wirksam. Dann wäre die GmbH rechtmäßig Mitglied in der regionalen IHK und müsste den Mitgliedsbeitrag zahlen.

## Verhältnismäßigkeitsprinzip

Das *Verhältnismäßigkeitsprinzip* ist das zentrale Mittel, um zwischen verschiedenen Werten, Rechten und Gütern abzuwägen. Es ist Ausdruck der Grundrechte, wenn es verlangt, dass diese so weit wie möglich zur Geltung kommen und Eingriffe nur zuzulassen sind, soweit diese zugunsten der Allgemeinheit oder auch Einzelner unbedingt nötig sind.

Die Verhältnismäßigkeit setzt voraus, dass der Eingriff ein legitimes Ziel verfolgt, geeignet ist, dieses zu erreichen, dass es kein milderes, aber ebenso wirksames Mittel gibt, und dass der Eingriff nicht unangemessen schwer wiegt gegenüber dem Zweck des Eingriffs.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verhältnismäßigkeit der Zwangsmitgliedschaft festgestellt: Die Vertretung der Wirtschaft gegenüber dem Staat und die den Industrie- und Handelskammern übertragenen Verwaltungsaufgaben auf wirtschaftlichem Gebiet seien legitime öffentliche Zwecke. Zur sachgemäßen Erfüllung dieser Aufgaben sei die Zwangsmitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern sinnvoll, ja notwendig. Die sich daraus ergebende Freiheitsbeschränkung der Mitglieder sei gegenüber dieser im öffentlichen Interesse liegenden sachlichen Notwendigkeit des Organisationszwanges unbedeutend und bestünde ohnehin fast nur in der Zahlung der Beiträge, die auch nicht unangemessen hoch seien (BVerfGE 15, 235 (243 ff.)). Der in § 2 Abs. 1 IHK-G liegende Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG ist somit durch die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung gedeckt. Eine Grundrechtsverletzung liegt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht vor. Die GmbH kann sich nicht dagegen zur Wehr setzen. Sie muss zahlen.





## Das geliehene Fahrrad

Als Stefan, Christoph und Karina – noch vor Gründung der StartUp GmbH – in die neuen Büroräume gezogen waren, hatte sich besonders Stefan gefreut. Viele seiner Freunde wohnten in der Nähe, so dass immer mal wieder ein Bekannter auf einen Kaffee vorbeikam. Mit der Zeit bemerkte er jedoch den einen oder anderen Nachteil – wer immer etwas brauchte oder sich etwas leihen wollte, besuchte ihn jetzt im Büro. Schließlich kamen schon Freunde von Freunden vorbei. Heute stand Martin, ein als humorlos berüchtigter Mitbewohner der Wohngemeinschaft seiner Schwester, plötzlich im Büro und erklärte, dass er ganz dringend zur Uni müsse, um eine Hausarbeit noch fristgerecht abzugeben. In Ermangelung eines eigenen Fahrrads bat er um Stefans Rad.

„O.k., aber nur für zwei Stunden, ich brauche das Rad nachher noch!“, willigte Stefan nicht eben begeistert ein. Er hegte und pflegte nämlich sein Gefährt mit all der Sorgfalt, die er an seinem Arbeitsplatz manchmal vermissen ließ, und hatte gerade ein Wochenende darauf verwandt, dem Rad einen neuen, neongrünen Anstrich zu verpassen.

Martin bedankte sich und radelte in Richtung der Innenstadt davon.

Dort stattete Christoph gerade der Hausbank der StartUp GmbH einen Besuch ab, um – leider erfolglos – über günstigere Kontoführungsgebühren zu verhandeln. Ziemlich schlecht gelaunt verließ er gerade das Bankgebäude und staunte nicht schlecht, als er den ihm unbekannten Martin auf Stefans unverkennbarem grellgrünem Fahrrad vorbeiradeln sah.

Empört wollte er für Recht und Ordnung sorgen.

„Hey, stehen bleiben!“, brüllte er über die Straße, wovon sich der vermeintliche Fahrraddieb ziemlich unberührt zeigte und ohne erkennliche Reaktion weiterfuhr.

Mit einem kurzen Sprint hatte Christoph Martin eingeholt und diesen vom Fahrrad gerissen. Nach einer kurzen Rangelei hielt er ihn im Schwitzkasten und klärte ihn triumphierend darüber auf, dass das Fahrrad seinem Freund Stefan gehörte und dass er ihn jetzt zur Polizei bringen würde.

Die Zufriedenheit ob seines entschiedenen Handelns verflüchtigte sich rasch, als Martin erwiderte, dass das Fahrrad selbstverständlich Stefan gehörte, dass er es sich von ihm geliehen hatte und dass er fest entschlossen sei, seinerseits Christoph anzuzeigen. Und zwar wegen Nötigung, Körperverletzung und – nach einem Blick auf das Loch am Knie seiner Jeans – wegen Sachbeschädigung.

Widerstrebend ließ Christoph ihn los und versuchte die Situation zu retten.

„Ich konnte ja nicht wissen, dass er dir das Rad geliehen hat, du hättest ja was sagen können, immerhin habe ich dich aufgefordert, stehen zu bleiben.“

„Bloß weil irgendwer in der Gegend rumbrüllt, werde ich grad vom Fahrrad springen!“, entgegnete Martin und zeigte sich nicht eben versöhnungswillig. „Und selbst wenn ich das Fahrrad gestohlen hätte, wär’ das noch lang kein Grund hier den Privat-Sheriff zu spielen. Schließlich ist es nicht dein Fahrrad. Ich gehe jetzt zur Polizei und von meinem Vater wirst

du in den nächsten Tagen auch Post bekommen, der ist Anwalt, das wird ein teurer Spaß für dich.“

Abends schilderte Christoph seiner Frau sein Leid.

„Tja, mein Lieber,“ meinte sie grinsend, „vielleicht solltest du dich etwas mehr um deine eigenen Sachen kümmern...“

## Das geliehene Fahrrad – Rechtliche Erläuterung

Christoph hatte sich geirrt und aufgrund dieses Irrtums Martin vom Fahrrad gerissen. Christoph hatte angenommen, Martin stehle das Fahrrad.

### Nothilfe

Wäre Christoph denn berechtigt gewesen, so zu handeln, wenn seine Vorstellungen richtig gewesen wären? Wenn Martin tatsächlich dabei gewesen wäre, einen Diebstahl zu begehen, wäre Christoph nach § 32 StGB wegen *Notwehr* – genauer *Nothilfe* – gerechtfertigt. Die Notwehr ist ein *Rechtfertigungsgrund*. Sie gibt zwar kein Recht, „Privat-Sheriff“ zu spielen. Doch bietet sie das Recht, sich gegen *gegenwärtige rechtswidrige Angriffe* zu verteidigen. Gedeckt werden von der Notwehr alle Verteidigungshandlungen, die zur Abwehr eines solchen Angriffs erforderlich sind. Die Notwehr bietet damit ein starkes Recht zur Abwehr, denn es wird nicht zwischen dem angegriffenen Rechtsgut und demjenigen, das von dem Notwehr Übenden angegriffen wird, abgewogen. Das von § 32 StGB geschützte Rechtsgut muss das durch die Notwehrhandlung beeinträchtigte also nicht überwiegen. Eine solche Abwägung wäre etwa bei einer Rechtfertigung wegen Notstandes nach § 34 StGB vorzunehmen.

Die Notwehr nach § 32 StGB berechtigt nicht nur dazu, Angriffe von sich selbst abzuwenden. Es darf auch Nothilfe geübt werden, denn in § 32 StGB heißt es „um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden“.

Wenn Martin das Fahrrad tatsächlich gestohlen oder auch nach § 248b StGB bloß unberechtigten Gebrauch von dem Fahrrad gemacht hätte, hätte er einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf Stefans Eigentum verübt. In diesem Fall hätte Christoph eine Verteidigungshandlung gewählt, die zur Abwehr des Angriffs erforderlich war. Mit dem Merkmal der Erforderlichkeit soll der Notwehrübende nicht auf einen weniger erfolgreichen Erfolg verwiesen werden. Vielmehr ist er nur verpflichtet, aus mehreren gleich wirksamen Mitteln dasjenige zu wählen, das für den Angreifer am wenigsten gefährlich ist. Er ist also nicht zur Auswahl des mildesten, sondern nur des relativ mildesten Mittels ver-

pflichtet. Christoph hatte bereits vergeblich versucht, Martin durch einen Ruf vom Weiterfahren abzuhalten. Nunmehr blieb ihm in jedem Fall kein milderer gleich wirksames Mittel mehr. Christoph hätte auch subjektiv zur Abwehr des Angriffs gehandelt (vgl. § 32 Abs. 2 StGB: „um .... abzuwenden“).

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Notwehr nur die jeweilige Abwehrhandlung deckt. Nicht von der Rechtfertigung wegen Notwehr umfasst werden diejenigen Handlungen, die nicht mehr der Abwehr des Angriffs dienen. Wenn Christoph also Martin noch Verletzungen zugefügt hat, als er ihn bereits vom Fahrrad herunter gerissen hatte, sind diese nicht mehr nach § 32 StGB gerechtfertigt. Ein Rechtfertigungsgrund kommt dafür nur noch aufgrund des *Festnahmerechts* nach § 127 StPO in Betracht. Alle anderen Rechtsgutsverletzungen – eine Körperverletzung, Nötigung und auch eine Sachbeschädigung –, die im Rahmen der Abwehr des Angriffs erfolgten, wären jedoch nach § 32 StGB wegen Nothilfe gerechtfertigt.

## Erlaubnistatbestandsirrtum

Die genannte Lösung trifft jedoch auf diesen Fall nicht zu. Christoph hat sich eine Rechtfertigungslage ja nur vorgestellt. In Wirklichkeit fehlte es aber an einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff. Martin hatte sich das Fahrrad mit Zustimmung des Eigentümers Stefan geliehen. Er verhielt sich also rechtmäßig. Das Strafgesetzbuch kennt keine Regelung für einen solchen Irrtum, der als *Erlaubnistatbestandsirrtum* bezeichnet wird. In § 16 StGB ist nur der Irrtum geregelt, dass der Täter einen Umstand des gesetzlichen Tatbestandes bei der Tatbegehung nicht kennt. Dieser Irrtum – *Tatbestandsirrtum* – führt zum Vorsatzabschluss. In § 17 StGB findet sich eine Regelung für den Irrtum, der eine fehlende Unrechtseinsicht zur Folge hat. Danach ist die Schuld ausgeschlossen, es sei denn der Irrtum – *Verbotsirrtum* – ist vermeidbar. In Rechtsprechung und Literatur ist die Lösung solcher Irrtumsfälle, in denen sich der Täter tatsächliche Umstände vorstellt, die im Falle ihres Vorliegens zur Bejahung eines Rechtfertigungsgrundes führten, umstritten. Die weit überwiegende Auffassung geht dahin, dass dieser Irrtum die Rechtsfolgen des § 16 StGB auslöst und deshalb die Strafbarkeit wegen einer Vorsatztat ausgeschlossen ist. Aufgrund seines Irrtums erwartet Christoph also keine Bestrafung wegen einer Vorsatztat. Dies gilt sowohl für den Irrtum über die Voraussetzungen der Notwehr als auch bezüglich des Irrtums über das Bestehen eines Festnahmerechts, dem er ebenfalls unterlegen ist, sofern er dem Martin nach Abwehr des Angriffs durch das Festhalten noch weitere Verletzungen zugefügt hat.

Übrig bleibt damit nur die Möglichkeit einer Strafbarkeit wegen *fahrlässiger Körperverletzung*, § 229 StGB. Die übrigen hier in Frage stehenden Delikte – *Nötigung* und *Sachbeschädigung* kennen keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, vgl. § 15 StGB.

## Der Büromöbelkauf

Nach nur wenigen Wochen wurde immer deutlicher, dass ein geregeltes Arbeiten auf zwei Jugendschreibtischen und einem provisorischen Tisch – bestehend aus einer Tischplatte auf zwei Tischlerböcken – nicht möglich war. Immerhin war ein Großteil des Gründungskapitals noch vorhanden und so sollten Büromöbel gekauft werden.

Zunächst wurde der Katalog eines nordeuropäischen Möbelhauses gewälzt. Schnell fand man die Büromöbelserie Produkta, suchte sich Tische, Stühle und passende Regale aus und fuhr – bewaffnet mit Katalog und genau notierten Bestellnummern – los.

Im Möbelhaus angekommen, erfolgte recht schnell die große Ernüchterung: „Die Serie Produkta ist eingestellt, wir haben nur noch Restposten! Dafür gibt es jetzt bald die Serie Hoppa, in sechs bis acht Wochen haben wir die ersten Möbel auf Lager.“

Unverrichteter Dinge zogen die drei wieder ab.

Zurück im Büro, machte Karina den Vorschlag, dass man vielleicht doch zum Fachhandel gehen solle und so entschieden sich die drei für ein Büromöbelgeschäft im nahe gelegenen Gewerbegebiet.

Karina, Christoph und Stefan wurden umfangreich beraten, auf die Vorteile von hochwertigen Büromöbeln hingewiesen und mit allen Details von Ausbauprogrammen vertraut gemacht. Alle waren begeistert, entdeckten viele nützliche Dinge, probierten bequeme Drehstühle aus und waren sich schnell einig, dass Echtholz furnier viel besser aussah als Kunststoffverblendungen. Schließlich entdeckten sie auch noch, dass das Arbeiten unter der bisherigen Beleuchtung mit Sicherheit innerhalb kürzester Zeit zu Augenschäden führen würde. Offensichtlich konnten hier nur italienische Deckenfluter und optimal konstruierte Tischlampen weiterhelfen.

Stefan rief alle drei Minuten aus: „Ist gebongt, das nehmen wir!“

Auf dem Parkplatz angekommen waren sich alle einig, dass es doch besser gewesen sei, in den Fachhandel zu gehen. Schließlich hatten sie erst dort festgestellt, auf was man alles achten muss, und welche nützlichen Erweiterungen es für jeden Schreibtisch gibt.

Am nächsten Morgen sorgte Christoph dann doch für schlechte Laune. „Habt Ihr eigentlich mal zusammengerechnet, was uns alles kosten würde, was wir da ausgesucht haben?“

„Klar, die Schreibtische waren teurer als die Tische, die wir zuerst kaufen wollten, dafür sehen sie aber auch viel besser aus!“ argumentierte Stefan.

Auch Karina sah nur Positives: „Außerdem ist das eine viel bessere Qualität! Die halten viel länger und wir wollen bestimmt nicht nächsten Sommer schon wieder neue Möbel kaufen, oder?! Zudem haben wir bei einem richtigen Büromöbelhändler auch die Garantie, dass wir immer wieder passende Möbel nachkaufen können. Schließlich wollen wir uns doch bestimmt mal vergrößern und Mitarbeiter einstellen.“

„Denk doch mal an die ganzen Zusatzteile, mit denen man den Monitor erst auf die richtige Höhe bringen kann und die praktischen Kabelschächte!“, warf Stefan ein.

„Haben wir denn 7.378 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer übrig?“

Christophs Frage löste betretenes Schweigen aus.

„Wofür brauchen wir das Geld denn...?“, versuchte Stefan die Stimmung zu retten.

„Ich hab mal zusammengerechnet, was uns allein die Tische, Regale und Zusatzteile kosten würden. Die Lampen sind da noch nicht mal dabei, ich kenn die Preise gar nicht.“

„Tja“, erklärte Karina, „da werden wir vielleicht noch mal umplanen müssen. Vielleicht haben die ja auch noch preiswertere Möbelserien im Angebot. Bei dieser Gelegenheit möchte ich auch noch mal betonen, dass unser technisches Equipment nicht unbedingt auf dem neuesten Stand ist. Und je mehr ich hier im Büro arbeite, desto weniger kann ich mal zwischendurch in irgendeiner Agentur schnell was einscannen. Und mein alter Scanner schafft die notwendigen Auflösungen nicht mehr.“

Beim Stichwort „technisches Equipment“ wurde auch Stefan endgültig wach: „Stimmt, da fällt mir auch so einiges ein, was wir noch benötigen. Allein die Anbindung der Rechner ans Telefonnetz ist ‘ne Katastrophe und in die ganzen anderen Kabel muss auch mal Struktur gebracht werden.“

„Also Jungs und Mädels, es hilft alles nichts“, ergänzte Christoph, „da werden wir wohl unser Traumprogramm kräftig abspecken und noch mal umplanen müssen.“

Mit deutlich weniger elanvoller Stimmung griff sich jeder einen „billigeren“ Katalog und begann die Suche nach preiswerteren Möbelserien.

Zwei Stunden später ratterte etwas durchs Fax, das mit „Auftragsbestätigung“ übertitelt war und mit einer Gesamtsumme von 7.378 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer endete. Die „Auftragsbestätigung“ über Leuchtkörper sollte im Laufe des nächsten Tages folgen.

Im Büro herrschte Empörung.

„Wieso Auftragsbestätigung? Wir haben denen doch gar keinen Auftrag erteilt!“

„Genau. Niemand hat irgendeinen Vertrag unterschrieben und ohne Unterschrift gibt’s ja wohl auch keinen Vertrag. Oder?“

## Der Büromöbelkauf – Rechtliche Erläuterung

Dieser sog. „Auftragsbestätigung“ sollte unverzüglich widersprochen werden, weil ansonsten einige Tage später ein Kaufvertrag nach § 433 BGB zustande kommen würde.

## Zustandekommen eines Vertrages

Wenn eine Person von einer anderen eine bestimmte Leistung erwirken möchte, auch als Gegenleistung für ihre eigene, müssen sich beide einigen. Eine solche Einigung nennt man Vertrag, der die Beteiligten an ihre Zusagen bindet.

Ein *Vertrag* kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande. Die zeitlich vorangehende nennt man *Angebot*. Diese enthält alle für den Vertrag relevanten Pflichten, so dass die andere Person nur noch „Ja“ sagen muss, wenn sie einverstanden ist, damit der Vertrag zustande kommen kann. Dies ist dann die zweite Willenserklärung, nämlich die *Annahme*. Übereinstimmend sind die Willenserklärungen dann, wenn sie sich inhaltlich auf den gleichen Sachverhalt beziehen.

## Willenserklärung

*Willenserklärungen* bestimmen den Inhalt eines Vertrages. Sie sind sozusagen die „Basissteine“ des Vertrages. Erst wenn sie vorliegen, kann man von einem Vertrag reden. Umgekehrt bedeutet das, dass wenn eine Person rechtsgeschäftlich tätig werden möchte, z. B. wenn sie einen Vertrag abschließen möchte, sie eine Willenserklärung abgeben muss. Eine Willenserklärung setzt sich aus drei Bestandteilen zusammen: Handlungswille, Erklärungsbewusstsein und Rechtsfolgewille.

## Handlungswille

Der *Handlungswille* ist der Wille, irgendeine Handlung, nicht unbedingt eine rechtsgeschäftliche, vorzunehmen. Negativ abgegrenzt fehlt dieser, wenn sich ein Mensch im Schlaf befindet oder eine Reflexbewegung vornimmt. Dabei handelt es sich um nicht vom Bewusstsein getragene Bewegungen, d. h. der Mensch hat dann keinen Willen, sie zu vollführen. Es fehlt am Willen zu handeln, dem Handlungswillen.

## Erklärungsbewusstsein

*Erklärungsbewusstsein* liegt vor, wenn sich die Person bewusst ist, irgendeine rechtsgeschäftlich relevante Handlung vorzunehmen. Wenn jemand bspw. unter ein Angebot seine Unterschrift setzt im Glauben, es sei eine Glückwunschkarte, weiß er nicht, dass er rechtsgeschäftlich tätig geworden ist. Weiß diese Person hingegen, dass es sich um ein

Angebot handelt, nur nicht um welches, dann liegt aber zumindest das Erklärungsbewusstsein vor.

## Rechtsfolgewille

Der *Rechtsfolgewille* hingegen bezeichnet den Willen, eine ganz bestimmte rechtsgeschäftliche Handlung vornehmen zu wollen. Definitionsbedingt liegen natürlich beim Rechtsfolgewillen auch ein Erklärungsbewusstsein sowie der Handlungswille vor.

## Das Kaufmännische Bestätigungsschreiben

Das schlichte Schweigen besitzt im Rechtsverkehr grundsätzlich keinen Erklärungswert und ist deshalb auch grundsätzlich keine Willenserklärung. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist das sog. *Kaufmännische Bestätigungsschreiben*. Rechtsfolge dieses gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsinstituts ist das Zustandekommen eines Vertrages mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens. Der Vertrag kommt dabei durch Schweigen auf das Bestätigungsschreiben zustande.

## Anwendungsbereich

Die Grundsätze des Kaufmännischen Bestätigungsschreibens gelten für Absender und Empfänger, die zumutbar einen Beitrag zur Rechtssicherheit erbringen können. Das bedeutet, dass sich nur solche Personen dieses Rechtsinstituts bedienen dürfen, die seine Bedeutung kennen oder im Falle des Empfängers kennen müssten. Insbesondere bei *Kaufleuten* im Sinne des HGB ist von ausreichender rechtlicher Kompetenz auszugehen.

Hier sollten die Büromöbel für die StartUp GmbH angeschafft werden. Die drei handelten folglich in ihrer Funktion als geschäftsführende Gesellschafter für ihre GmbH, welche gemäß der §§ 13 GmbHG, 1 HGB die *Kaufmannseigenschaft* besitzt. Bei einem großen Möbelgeschäft, welches seine Niederlassung in einem Gewerbegebiet hat, kann spätestens aufgrund seiner Größe die Kaufmannseigenschaft aus § 1 Abs. 2 HGB bejaht werden. Folglich ist das Rechtsinstitut des Kaufmännischen Bestätigungsschreibens auf diesen Fall anwendbar.

## Abgrenzung zur Auftragsbestätigung

Das echte Kaufmännische Bestätigungsschreiben ist streng von einer Auftragsbestätigung abzugrenzen (BGHZ 18, 212; BGHZ 61, 282, 285). Dabei ist die äußere Bezeichnung nicht relevant. Es kommt vielmehr auf den Inhalt des Schreibens an. Ein echtes Kaufmännisches Bestätigungsschreiben ist gegeben, wenn es auf einen vorher, auch vermeintlich, geschlossenen Vertrag Bezug nimmt. Die Auftragsbestätigung hingegen liegt vor, wenn sie nur auf ein Angebot Bezug nimmt.

Das am nächsten Tag angekommene Fax bestätigte lediglich noch einmal, was tags zuvor u. a. Stefan mit seinem „Ist gebongt!“ ausgesucht hat. Es nimmt somit Bezug auf die durchgeführten Vertragsverhandlungen. Folglich handelt es sich um ein echtes Kaufmännisches Bestätigungsschreiben, auch wenn es lediglich mit „Auftragsbestätigung“ überschrieben ist.

## Voraussetzungen des Kaufmännischen Bestätigungsschreibens

Zwischen den Parteien müssen zunächst *Vertragsverhandlungen* stattgefunden haben. Auf einen Vertragsschluss bei diesen Verhandlungen kommt es dabei nicht an. Der Sinn des Kaufmännischen Bestätigungsschreibens ist, für den Geschäftsverkehr möglichst schnell klare Rechtsverhältnisse zwischen den Vertragsparteien herzustellen. Bei Vorliegen der Voraussetzungen wird ein möglicherweise vorher geschlossener Vertrag durch den Inhalt des Kaufmännischen Bestätigungsschreibens faktisch ersetzt.

Nach Art der Vertragsverhandlungen muss ferner ein *Klarstellungsbedürfnis* bestehen. Das ist grds. bei mündlichen, telefonischen oder telegraphischen Vertragsverhandlungen der Fall. Auch hier spielt es keine Rolle, dass möglicherweise ein Vertrag bereits zustande gekommen ist und es einer Klarstellung somit nicht mehr bedarf.

Stefan, Karina und Christoph haben sich nach bestimmten Büromöbeln, u. a. nach Drehstühlen und Lampen, erkundigt. Sie werden auch mit Verkäufern über Vor- und Nachteile bestimmter Möbel gesprochen und Preise nachgefragt haben. Mündliche Vertragsverhandlungen mit dem Ziel eines möglichen Vertragsabschlusses liegen somit vor.

Durch das Bestätigungsschreiben muss außerdem der *wesentliche Inhalt der Vertragsverhandlungen*, d. h. die tatsächlich verhandelten Punkte, wiedergegeben werden. Das bedeutet aber auch, dass Erweiterungen und Veränderungen grds. zulässig sind. Das schließt sogar Preisänderungen mit ein.



Hier gibt allerdings das Fax den exakten Preis von 7.378 Euro sowie eine Aufstellung der betreffenden Büromöbel wieder. Eine Abweichung zu den geführten Vertragsverhandlungen ist nicht ersichtlich.

Das Kaufmännische Bestätigungsschreiben muss der betreffenden Partei *kurze Zeit nach den Vertragsverhandlungen zugehen*. Dabei sind Zeitspannen von einigen Tagen noch zulässig. Hier ging das Bestätigungsschreiben am folgenden Tag und somit rechtzeitig ein.

Es darf außerdem *kein Widerspruch innerhalb der Widerspruchsfrist* seitens des Empfängers erfolgen. Diese Frist ist von den Gesamtumständen abhängig und beträgt ca. zwei bis fünf Tage. Christoph, oder einer der anderen, sollte am besten noch heute dem Fax widersprechen, wenn die drei sich noch nicht sicher sind oder diese Büromöbel nicht angeschafft werden sollen, da der Vertrag andernfalls mit dem Inhalt des Faxes zustande kommt.

## Der Firmenwagen

Auch wenn anfangs das ein oder andere organisatorische Problem zu bewältigen war, so stellte sich doch bald heraus, dass die gemeinsame Arbeit nach der StartUp Gründung sogar noch besser lief als vorher. Während sich bei früheren Projekten meist derjenige verantwortlich fühlte, der der eigentliche Auftragnehmer war, entwickelte sich in den Wochen nach der GmbH-Gründung schnell so etwas wie eine Corporate Identity. Alle achteten darauf, dass Termine eingehalten und Arbeiten ordentlich erledigt wurden. Stefan trug vereinbarte Abgabefristen in den elektronischen Kalender ein und Christoph ließ keine Arbeit seiner Kollegen das Haus verlassen, welche er nicht gründlich überprüft hatte.

Auch die Auftragslage entwickelte sich mehr als erfreulich. Die drei arbeiteten schnell und zuverlässig und zu moderaten Preisen. Hatten sie schon als Einzelkämpfer einen guten Namen, so erledigten sie als Team ihre Arbeit so gut, dass sie schon bald die ersten Aufträge durch Mundpropaganda erhielten.

Doch nicht alles lief reibungslos. Je mehr Kundentermine Karina wahrnahm, desto mehr zeigte sich, dass ihr altersschwacher Kleinwagen keine wirklich verlässliche Terminplanung zuließ. Immer wieder kam es vor, dass sie mit dem Wagen auf halber Strecke liegen blieb oder das Auto erst gar nicht starten konnte. In den bisherigen Fällen konnte sie immer kurzfristig ein Taxi bestellen, doch heute war sie mitten auf der Landstraße mit einem totalen Motorschaden stehen geblieben. Bis der sofort benachrichtigte Pannendienst den Wagen in die nächste Werkstatt geschleppt hatte und Karina ein Ersatzfahrzeug beschafft hatte, war der Präsentationstermin beim Kunden längst vorbei. Nach einigen hektischen Telefonaten

konnte zwar ein Ersatztermin vereinbart werden, aber Karina vermutete zu Recht, dass der Kunde alles andere als begeistert war.

Im Büro schilderte sie Stefan und Christoph die Geschehnisse des Nachmittags und man suchte gemeinsam nach Lösungen.

„Mein Fahrrad hilft da wohl nicht weiter, aber du könntest dir doch Christophs Auto ausleihen“, schlug Stefan vor.

Christoph war nicht begeistert. „Und dann holt sie erst meine Tochter vom Kindergarten ab, bevor sie danach die Einkäufe meiner Frau erledigt, um dann schließlich mit den Materialien für eine Präsentation zum Kunden zu fahren? Gute Idee, Stefan..! Wie wär's denn, wenn Karina den Wagen mal richtig überholen lässt? Die Kosten könnte ja die GmbH tragen, schließlich bist du andauernd für uns unterwegs.“

„Erstens habe ich deswegen schon den Lorenz gefragt und der meinte, dass ich das dann als Einkommen versteuern müsste, wozu ich wirklich keine Lust habe. Außerdem war ich mit dem Wagen grad neulich in der Werkstatt und der Mechaniker – wie im Übrigen auch der Typ heute vom Abschleppdienst – hat mir gesagt, dass es eh ein Wunder sei, dass der Wagen überhaupt noch fährt. Und eine Reparatur sei ungefähr so sinnvoll, wie Stefan davon zu überzeugen, nicht mehr im Auto zu rauchen.“ Womit auch geklärt war, warum für Karina die Nutzung von Stefans Auto nicht in Frage kam.

Nach allgemeiner Ratlosigkeit kam der rettende Vorschlag schließlich von Stefan. „Wie wär's, wenn die GmbH einen Wagen anschafft. Muss ja nichts Großes sein, aber es kann ja wohl nicht sein, dass wir irgendwelche Jobs nicht kriegen, weil Karina unterwegs auf der Straße mit ihrer Schrottkarre liegen bleibt.“

Auch wenn Christoph zunächst befürchtete, dass es zu früh sei, um schon ein Auto anzuschaffen, so sah er doch bald ein, dass der augenblickliche Zustand unhaltbar war. Nach einigem Hin und Her stand fest, dass die StartUp GmbH einen Geschäftswagen brauchte. Um Präsentationsmaterialien in ausreichender Menge transportieren zu können, einigte man sich schnell auf einen SUV.

Als es um die Größe des anzuschaffenden Wagens ging und Stefan einen repräsentativen Mercedes vorschlug, schaffte es Christoph jedoch, wieder auf die notwendigen finanziellen Mittel hinzuweisen. „Wir haben jetzt zwar einiges Geld verdient und können bald ernsthaft daran denken, uns Gehälter auszuzahlen, aber trotzdem sollten wir erst genau überprüfen, wie viel Geld wir eigentlich wirklich für die Anschaffung zur Verfügung haben.“

Stefan übernahm es, die finanzielle Situation mit Steuerberater Lorenz abzuklären. Glücklicherweise war bereits genug Gewinn erwirtschaftet worden, so dass die Buchhaltung für die Anschaffung grünes Licht geben sollte. Verunsicherung erzeugte jedoch die Frage des Steuerberaters, in welcher Form der Wagen angeschafft werden sollte: „Wollen Sie finanzieren oder leasen?“

„Was meinen Sie denn mit finanzieren?“

„Ob Sie den Wagen mittels eines Kredits kaufen wollen?“

„Aber wir haben doch genug Geld, da müssen wir doch keinen Kredit aufnehmen. Und was heißt überhaupt Leasing?“

„Leasing bedeutet Mietkauf.“

„Wir wollen kein Auto mieten, wir wollen es kaufen.“

„Leasing ist rechtlich zwar ein Mietverhältnis, aber in der Abwicklung stellt es für Sie vor allem eine steuerlich günstige Möglichkeit dar, den Wagen abzuschreiben.“

„Wir sollen den Wagen abschreiben? Wir wollen ihn doch erst anschaffen...!“

„Abschreiben bedeutet, dass die Anschaffungskosten eines abnutzbaren Gegenstandes in steuerlicher Hinsicht auf seine voraussichtliche Nutzungsdauer verteilt werden.“

„Ich verstehe kein Wort.“

„Wenn Sie beispielsweise einen Computer für sagen wir 3.000 Euro anschaffen, so müssen Sie diesen über drei Jahre hinweg abschreiben, das heißt Sie können pro Jahr 1.000 Euro vom zu versteuernden Einkommen abziehen.“

„Das heißt, wir geben 3.000 Euro aus und müssen trotzdem erst mal für 2.000 Euro Steuern zahlen?“

„So ist es.“

„Und was ist beim Leasing dann anders?“

„Beim Leasing bezahlen Sie lediglich für die Abnutzung eines Gegenstandes und haben meist am Ende der Vertragslaufzeit ein Ankaufsrecht. Die Leasingraten können sie jedoch direkt absetzen.“

„So, dann werden wir wohl mal nach entsprechenden Leasingangeboten Ausschau halten.“ Stefan hatte zwar kaum ein Wort verstanden, aber der Steuerberater sollte wohl kompetent genug in solchen Fragen sein. Nach den üblichen Ermahnungen, dass die Buchhaltung der StartUp GmbH nicht mehr allzu lange in einem Karton stattfinden sollte und dass möglichst bald damit begonnen werden sollte, Belege zu Kontoauszügen zu sortieren, verließ Stefan die Kanzlei.

Wieder auf der Straße angekommen, überlegte er sich, dass er jetzt zwar noch immer nicht wusste, in welcher Form der Geschäftswagen angeschafft werden würde, er sich aber zumindest schon mal beim nächsten Händler als potentieller Käufer präsentieren konnte.

## Der Firmenwagen – Rechtliche Erläuterung

Bei der Entscheidung, wie der Firmenwagen angeschafft werden soll, müssen Stefan, Karina und Christoph viele Gesichtspunkte unterschiedlicher Art berücksichtigen. Neben wirtschaftlichen Überlegungen sind auch rechtliche Erwägungen bzgl. der Anschaffung anzustellen.

## Vertragsfreiheit

Grundlage für die Möglichkeit, verschiedene Verträge schließen zu können, ist die *Vertragsfreiheit*, die ein beherrschender Grundsatz im Vertragsrecht des BGB ist und auch *Vertragsautonomie* genannt wird. Sie überlässt den am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilnehmenden Parteien grds. sowohl die Freiheit, ob und mit wem sie einen Vertrag abschließen möchten, die sog. *Abschlussfreiheit*, als auch mit welchem Inhalt ein Vertrag zustande kommen soll, die sog. *Gestaltungsfreiheit*.

Der allgemein anerkannte Grundsatz der Vertragsfreiheit wird nur zugunsten von höherrangigen Interessen eingeschränkt. Zum Teil existieren daher *Abschlusszwänge*, z. B. hinsichtlich öffentlicher Versorgungsbetriebe in § 3 EisenbahnverkehrsO, § 6 EnergiewirtschaftsG und § 22 PersonenbeförderungsgG, um die Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen. In anderen Fällen bestehen *Abschlussverbote*, die eine oder beide Vertragsparteien schützen, z. B. §§ 22 ff. JugendarbeitsschutzG oder § 134 BGB für Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Eine inhaltliche Einschränkung von Rechtsgeschäften kann sich auch aus § 138 BGB ergeben, wenn der Vertrag gegen die guten Sitten verstößt.

## Vertragstypen

Das BGB hat bestimmte Vertragstypen besonders ausgestaltet, so z. B. den *Kaufvertrag* in den §§ 433 ff. BGB, den *Mietvertrag* in den §§ 535 ff. BGB, den *Pachtvertrag* in den §§ 581 ff. BGB, den *Leihvertrag* in den §§ 598 ff. BGB, den *(Geld-)Darlehensvertrag* in den §§ 488 ff. BGB, den *Sachdarlehensvertrag* in den §§ 607 ff. BGB, den *Dienstvertrag* in den §§ 611 ff. BGB oder den *Werkvertrag* in den §§ 631 ff. BGB. Das steht der Vertragsautonomie aber nicht entgegen. Vielmehr wurden die im Wirtschaftsleben häufig auftretenden Verträge der Rechtssicherheit wegen besonders geregelt. Damit wollte der Gesetzgeber eine interessengerechte Durchführung garantieren.

Entspricht ein Rechtsgeschäft nicht den im BGB typisierten Vertragsarten, so begründen sich die Leistungspflichten der Vertragsparteien nach den §§ 311 Abs. 1, 241 BGB, d. h. den im Vertrag festgelegten Leistungspflichten.

## Miete

Der *Mietvertrag*, §§ 535 ff. BGB, hat die entgeltliche Gebrauchsüberlassung zum Inhalt. Der Vermieter verpflichtet sich, eine Sache auf Zeit dem Mieter zu überlassen. Umgekehrt muss der Mieter den vereinbarten Mietzins erbringen. Ist keine Gegenleistung vereinbart, so

handelt es sich um einen Leihvertrag, §§ 598 ff. BGB. Der Mieter wird dabei nicht Eigentümer, sondern lediglich Besitzer der Mietsache. Endet der Mietvertrag z. B. durch Ablauf der Mietzeit, ist der Mieter verpflichtet, das Mietobjekt zurückzugeben, § 546 Abs. 1 BGB.

## Kauf

Im Gegensatz zum Mietvertrag ist der *Kaufvertrag* auf Eigentumsübertragung gerichtet. Das bedeutet, dass regelmäßig sowohl Eigentum als auch Besitz übergehen sollen. Gegenstand eines Kaufvertrages können nicht nur Sachen sein, § 433 Abs. 1 BGB, sondern auch Rechte und sonstige Gegenstände, § 453 Abs. 1 BGB. Mit sonstigen Gegenständen im Sinne des § 453 Abs. 1 BGB sind verkehrsfähige Güter gemeint, die weder Sachen noch Rechte sind, so z. B. Elektrizität und Wärme.

## Leasing

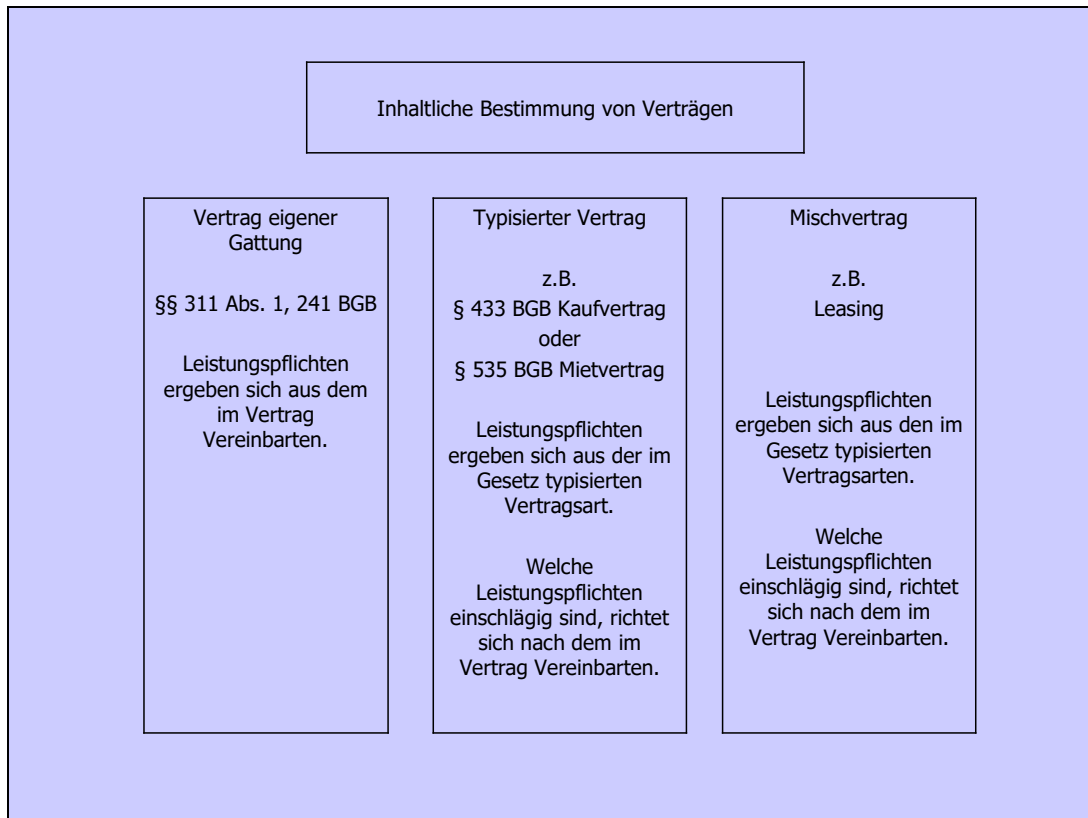
Die Vertragsfreiheit erlaubt es auch, einen sog. Mischvertrag zu nutzen. Dabei werden zwei oder mehr typisierte Vertragsarten gemischt. Der *Leasingvertrag* ist keine im BGB geregelte Vertragsart, sondern ein solcher Mischvertrag. Kern dieses Vertragstyps ist der Mietvertrag. Dabei wird trotz zahlreicher verschiedener Leasingvertragstypen in der Praxis zwischen dem sog. Operating Leasing und dem Financial Leasing unterschieden.

Beim *Operating Leasing* wird die Leasingsache dem Leasingnehmer entgeltlich zur Verfügung gestellt, wie beim Mietvertrag auch, so dass auf diese Art des Leasings die mietrechtlichen Vorschriften der §§ 535 ff. BGB anzuwenden sind. Nach Ablauf der Leasingzeit kann sich der Leasingnehmer das Recht vertraglich sichern lassen, den Leasinggegenstand unter Anrechnung der bisher geleisteten Leasingraten käuflich zu erwerben. Nutzt der Leasingnehmer die Möglichkeit zum Erwerb der Sache, richten sich alle Rechte und Pflichten ab diesem Zeitpunkt nach den kaufrechtlichen Vorschriften der §§ 433 ff. BGB.

Beim *Financial Leasing* sind drei Personen beteiligt. Der Leasinggeber erwirbt dabei einen, in der Praxis meist teuren, Gegenstand von einem Produzenten oder Händler und überlässt ihn entgeltlich dem Leasingnehmer. Unter diesen drei Vertragsparteien ergeben sich verschiedene Rechte und Pflichten, die sowohl auf kaufrechtlichen als auch mietrechtlichen Vorschriften basieren.

Bei einer Entscheidung, ob eine Sache gekauft oder geleast werden sollte, müssen also auch rechtliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden. So wird man bei einem Kaufvertrag grds. bei Erfüllung sofort Eigentümer und ist somit für die Kaufsache verantwortlich, auch

wenn man den Kaufpreis noch nicht oder nicht vollständig erbracht hat. Weiterhin muss sich der Käufer bereits beim Kaufvertrag für die Kaufsache entscheiden. Im Gegensatz dazu kann man beim Operating Leasing bis zum Ablauf des Leasingvertrages die Entscheidung, ob die Sache angeschafft werden soll, aufschieben. Das kann gerade bei einem StartUp-Unternehmen, wie dem von Stefan, Karina und Christoph, für die Existenz entscheidend sein. Gerade bei einem Firmenfahrzeug kann sich nach drei Jahren der Zweck der Anschaffung ändern.



## Die Baustelle

Am Montag kam Christoph sichtlich besorgt ins Büro. Ächzend ließ er sich in seinen Drehstuhl fallen und erklärte: „Ich glaube, ich habe ein Problem.“

Besorgt sahen sich Karina und Stefan an.

„Was ist los?“, ergriff Stefan schließlich das Wort, worauf Christoph zu erzählen begann.

Er hatte am Freitag seine Tochter Julia aus dem Kindergarten abgeholt, um mit ihr noch etwas Zeit auf dem Spielplatz zu verbringen und anschließend noch einiges einkaufen zu gehen. Gegen Nachmittag waren sie schließlich auf dem Heimweg, als Christoph noch eine Bekannte traf. Im Lärm einer Großbaustelle unterhielten sie sich eine Weile, bis Christophs Tochter plötzlich durch ein Loch im Bauzaun schlüpfte und auf der Baustelle verschwand.

Christoph lief sofort zum nahe gelegenen Eingang und begann seine Tochter auf der Baustelle zu suchen. Schon nach wenigen Augenblicken entdeckte er das Mädchen, wie es gerade über eine schlammige Behelfsstrasse stolperte und dabei mit in den Nacken gelegtem Kopf fasziniert den sich drehenden Kran anschaute.

Christoph rief nach ihr, aber der Krach der Maschinen übertönte seine Stimme, so laut er auch brüllte. Also lief er quer über die schlammige Baustelle, um das Kind zu holen. Kaum hatte er sich in Bewegung gesetzt, sah er wie ein schwerer Lastwagen um die Ecke des halbfertigen Gebäudes kam und direkt auf seine Tochter zuhielt. Im letzten Moment bemerkte der Fahrer das Kind, riss das Steuer herum und rammte einen am Rand der Straße stehenden Betonmischer, der scheppernd in sich zusammenbrach.

So schnell er konnte, lief Christoph zu seiner Tochter und vergewisserte sich, dass dem Kind nichts passiert war. Julia war mit dem Schrecken davon gekommen, der Lastwagenfahrer war jedoch alles andere als gut gelaunt. Es kam zu einer ziemlich lautstarken Auseinandersetzung in deren Verlauf der Fahrer Christoph als Vollidioten und Rabenvater beschimpfte, weil er seine Tochter offensichtlich ohne Aufsicht auf einer Großbaustelle hatte spielen lassen.

Christoph hinterließ seine Adresse und verließ die Baustelle mit einem mulmigen Gefühl, aber doch glücklich, dass seiner Tochter nichts passiert war.

Am Montagmorgen bereits hatte der Anwalt des Bauunternehmens bei Christoph angerufen und ihn mit immensen Forderungen konfrontiert.

„An dem LKW ist ein Schaden für mehrere tausend Euro entstanden und der Betonmischer ist total hinüber.“ seufzte Christoph.

„Aber das ist doch alles gar nicht Deine Schuld!“, warf Karina ein.

„Na ja“, antwortete Christoph, „das dachte ich auch, aber der Rechtsanwalt meinte, dass Eltern für ihre Kinder haften würden, wie es ja auch überall auf den Schildern am Zaun steht. Außerdem hat er irgendwas von Aufsichtspflichtverletzung gesagt und dass die mich auch direkt belangen könnten. Ich weiß gar nicht, wie ich das alles bezahlen soll, schließlich habe ich nicht einmal eine Haftpflichtversicherung. Am Ende hat er noch was von Hausfriedensbruch und Strafverfahren erzählt, aber da hab ich dann gar nicht mehr zugehört. Als ob Julia jetzt in den Knast käme. Der wollte mich eh’ nur einschüchtern.“

## Die Baustelle – Rechtliche Erläuterung

Christoph hat hier noch einmal Glück im Unglück gehabt. Obwohl durch seine Unachtsamkeit Julia auf die Baustelle gelangt ist, muss er für den dadurch entstandenen Schaden nicht bzw. nur teilweise aufkommen. Auch das angebrachte Schild „Eltern haften für ihre Kinder“ hat in diesem Zusammenhang keine große Bedeutung.

Die rechtliche Abwicklung von Schäden ist in den §§ 823 bis 853 BGB geregelt, dem sog. *Deliktsrecht* oder dem Recht der unerlaubten Handlungen. Diese Vorschriften sollen den Einzelnen gegen widerrechtliche Eingriffe, vorsätzliche oder fahrlässige, in seine Rechte schützen. Es handelt sich hierbei um allgemeine, zwischen allen Personen bestehende Rechtsbeziehungen, die jeder beachten muss (KG MDR 98, 897). So ist z. B. das Recht am Eigentum von allen zu achten. Niemandem ist es ohne weiteres erlaubt, dieses Rechtsgut zu verletzen. Im Gegensatz dazu werden im Vertragsrecht nur bestimmte, zwischen den Vertragsparteien bestehende, Rechtspositionen geschützt.

Obwohl es letztendlich Christoph ist, der sich wegen einer Aufsichtspflichtverletzung nach § 832 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig gemacht haben mag (die Tochter ist nicht deliktsfähig, § 828 Abs. 1 BGB), muss zunächst festgestellt werden, inwieweit seine Tochter Julia den objektiven Tatbestand des § 823 BGB erfüllt hat oder nicht: Dies ist Voraussetzung für einen Anspruch aus § 832 Abs. 1 BGB. Der Vollständigkeit halber soll hier aber der gesamte Tatbestand des § 823 BGB für Julia geprüft werden.

## Die Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 1 BGB

In § 823 Abs. 1 BGB ist die *allgemeine Schadensersatzpflicht* normiert. Daneben existieren noch weitere spezielle Schadensersatznormen, so z. B. in § 831 BGB für den Geschäftsherrn, in § 832 Abs. 1 BGB für den Aufsichtspflichtigen, in § 833 S. 1 BGB für den Tierhalter, in § 834 S. 1 BGB für den Tieraufseher oder in § 837 BGB für den Gebäudebesitzer usw. Aber auch außerhalb des BGB existieren Vorschriften, die eine Schadensersatzpflicht begründen können. Die wichtigste ist der § 7 Abs. 1 StVG bei Schäden im Straßenverkehr.

Der § 823 Abs. 1 BGB unterteilt sich, wie fast alle deliktsrechtlichen Normen, in den *haftungsbegründenden* und den *haftungsausfüllenden* Tatbestand. Der haftungsbegründende Tatbestand besteht aus dem objektiven Tatbestand – Rechtsgutsverletzung, Verletzungshandlung und Kausalität –, der Rechtswidrigkeit und dem Verschulden. Mit dem haftungsausfüllenden Tatbestand wird geprüft, ob ein Schaden eingetreten ist, der auf der Rechtsgutverletzung beruht.

## Voraussetzungen

Um eine Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 1 BGB begründen zu können, müssen die Haftungsvoraussetzungen vorliegen. Es muss eine *Verletzung eines Rechtsguts* aus dem § 823 Abs. 1 BGB vorliegen. Diese Rechtsgüter sind: das Leben, der Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht.



Hier sind gleich mehrere Schäden entstanden. Zum einen wurde der LKW beschädigt und zum anderen der Betonmischer zerstört. In Betracht kommt hier eine Verletzung des Eigentums. Darunter versteht man die Zerstörung, Beschädigung, Verunstaltung oder Entziehung einer Sache.

Sowohl die Beschädigung des LKWs als auch die Zerstörung des Betonmischers stellen somit eine Eigentumsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB dar.

Ferner muss eine *Verletzungshandlung* des in Anspruch Genommenen vorliegen, d. h. eine nachteilige Beeinträchtigung eines der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter. Diese kann sowohl in einem aktiven Tun oder einem Unterlassen bestehen.

Hier ergeben sich mehrere Anknüpfungspunkte für eine Verletzungshandlung von Julia. Auf der einen Seite stellt das Betreten des Baustellengeländes eine Verletzungshandlung dar, auf der anderen kann aber das „sich nicht Entfernen“ eine Verletzungshandlung darstellen. Hier braucht nicht entschieden zu werden, welches Verhalten zu Grunde zu legen ist, da sich beide „Handlungen“ verletzend ausgewirkt haben.

Zudem muss die Verletzungshandlung *kausal*, d. h. ursächlich, für die Rechtsgutsverletzung des § 823 Abs. 1 BGB gewesen sein.

Die Kausalität kann hier sehr einfach bestimmt werden. Hätte Julia nicht die Baustelle betreten oder, wenn man von einem Unterlassen ausgeht, hätte sie sich rechtzeitig entfernt, hätte der LKW-Fahrer nicht ausweichen müssen und sowohl der LKW als auch der Betonmischer wären nicht beschädigt bzw. zerstört worden.

Ein Verhalten, das zwar kausal zu einer Rechtsgutverletzung geführt hat, d. h. den objektiven Tatbestand erfüllt, löst aber nur dann eine Schadensersatzpflicht aus, wenn es auch *rechtswidrig* war. Im Deliktsrecht, d. h. in den §§ 823 ff. BGB, kann jedoch davon ausgegangen werden, dass allein aufgrund des verwirklichten objektiven Tatbestandes die Rechtswidrigkeit vorliegt. Diese kann nur durch Rechtfertigungsgründe widerlegt werden. Rechtfertigungsgründe bilden z. B. die Notwehr aus § 227 BGB, der Verteidigungsnotstand aus § 228 BGB, das Selbsthilferecht aus § 229 BGB, der Angriffsnotstand in § 904 BGB, der rechtfertigende Notstand aus § 34 StGB, die sog. berechnete Geschäftsführung ohne Auftrag aus den §§ 677 ff. BGB und die Einwilligung des Verletzten.

Hier ist für Julia leider kein Rechtfertigungsgrund ersichtlich, so dass ihr Verhalten rechtswidrig war.

Im Deliktsrecht hängt die Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz davon ab, dass ein Verschuldensfähiger *schuldhaft* gehandelt hat und keine Entschuldigungsgründe eingreifen.

Julia besucht jedoch noch den Kindergarten. Sie hat somit das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet. Gemäß § 828 Abs. 1 BGB ist sie daher für den Schaden nicht verantwortlich; mithin ist sie aufgrund ihres Alters verschuldensunfähig. Für den entstandenen Schaden muss Julia folglich nicht aufkommen.

Trotz der Minderjährigkeit und somit der meist wirtschaftlichen Unfähigkeit, den angerichteten Schaden zu ersetzen, muss geprüft werden, ob Julia sich ersatzpflichtig gemacht haben könnte. Bei Vollendung des siebenten Lebensjahres besteht bei Verantwortlichkeitsreife die Möglichkeit, den Minderjährigen schadensersatzrechtlich zur Verantwortung zu ziehen.

## Die Schadensersatzpflicht nach § 832 Abs. 1 BGB

Der § 832 BGB schließt die Lücke, die durch die §§ 827, 828 BGB entstanden ist. Wenn Verschuldensunfähige, d. h. Minderjährige oder Menschen mit krankhafter Störung ihrer Geistestätigkeit, Schäden verursachen, so gebietet das Postulat der Gerechtigkeit, diese zu ersetzen. Herangezogen werden können dann die sog. Aufsichtspflichtigen. Im Falle von Julia ist das Christoph als Sorgeberechtigter gemäß § 1626 BGB.

## Voraussetzungen

Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch gegen Christoph aus § 832 BGB ist zunächst, dass eine *Aufsichtspflicht* gegenüber dem Aufsichtsbedürftigen besteht. Das ist bei Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern gemäß der §§ 1626, 1631 Abs. 1 BGB der Fall. Diese Aufsichtspflicht muss verletzt worden sein. Der Inhalt dieser Pflicht bemisst sich bei Kindern nach ihrem Alter, ihrer Eigenart und ihrem Charakter.

Julia besucht gerade den Kindergarten. Sie ist in einem Alter, wo Kinder lernen, die Welt zu entdecken. Sie sind neugierig und häufig aufgrund dessen unvorsichtig, denn sie haben mit dem Besuch des Kindergartens gelernt, sich auch ohne ihre Eltern selbstständig fortzubewegen. Gerade in diesem Alter sind Kinder besonders zu beaufsichtigen, da ihr Sinn für Gefahren sich erst noch entwickeln muss. Folglich war die Aufsichtspflicht von Christoph sehr hoch. Er musste immer damit rechnen, dass Julia sich von ihm entfernt. Dementsprechend hätte er sie nicht aus den Augen lassen dürfen. Das jedoch hat er getan, als er sich mit seiner Bekannten unterhielt.

Auch den in § 832 BGB ermöglichten *Entlastungsbeweis* kann Christoph nicht erbringen. Er hat seiner Aufsichtspflicht hier nicht genügt, obwohl eine vollständige Aufsicht grds. von keinem Menschen verlangt werden kann. Zwar braucht die jederzeitige Eingriffsmöglichkeit gegenüber einem vierjährigen Kind nicht gewährleistet zu sein (Celle VersR 69, 333). Hier ist jedoch die nahe gelegene Baustelle zu berücksichtigen. Diese weckt die Neugier von Kleinkindern besonders schnell. Außerdem sind sie durch den Lärm nicht in der Lage, Anweisungen ihrer Eltern zu vernehmen, so dass in diesen Fällen ein Aufsichtspflichtiger in der Lage sein muss, sofort eingreifen zu können.

Ferner muss der *Aufsichtsbedürftige* zumindest den objektiven *Tatbestand einer unerlaubten Handlung*, also einer der §§ 823 ff. BGB, *rechtswidrig* erfüllt haben. Das ist, wie bereits oben festgestellt, hier bei Julia der Fall.

Auf der Seite des haftungsausfüllenden Tatbestands müsste ein *Schaden* entstanden sein, *der auf der Rechtsgutverletzung beruht*. Die Rechtsfolge ist dann der Ersatz des Schadens, welcher sich nach den §§ 249 ff. BGB richtet. Es soll der Zustand hergestellt werden, der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht passiert wäre, sog. Naturalrestitution aus § 249 Abs. 1 BGB. Der Geschädigte kann jedoch auch Geldersatz wählen, § 249 Abs. 2 BGB.

Hier muss sehr wahrscheinlich der LKW repariert werden, so dass die Reparaturkosten die erste Schadensposition bilden. Weiterhin muss ein neuer Betonmischer angeschafft werden. Seine Anschaffungskosten stellen einen weiteren Schadensposten dar.

Jedoch kann Christoph dem Bauunternehmer entgegenhalten, dass ein Loch im Bauzaun erst diesen Vorfall ermöglicht hat, diesen also ein sog. *Mitverschulden* nach § 254 Abs. 1 BGB trifft.

Der § 254 BGB soll die Schadensersatzpflicht des Schädigers beschränken, wenn der Geschädigte bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, d. h. selbst einen Beitrag zum Schaden geleistet hat. Liegt ein Mitverschulden vor, so wird – den Verschuldensanteilen entsprechend – der Anspruch des Geschädigten gekürzt. Liegt z. B. hälftiges Mitverschulden vor, muss der Schädiger nur die Hälfte zahlen. Die Abwägung beider Verschuldensanteile kann im Extremfall auch zu dem Ergebnis führen, dass den Geschädigten ein so überwiegendes (Mit-)Verschulden trifft, dass dieser insgesamt für den Schaden aufkommen muss.

Hier kann man durchaus die Meinung vertreten, dass ein Loch im Bauzaun wesentlich verschuldensträchtiger ist als die wohl eher geringfügige Verletzung der Aufsichtspflicht von Christoph. Ein Bauzaun soll gerade alle Unbefugten von der Baustelle fernhalten. Insbesondere Kindern soll der Weg versperrt werden, da sie wegen ihres Alters Warn-

schilder nicht lesen können oder ihnen nicht die geforderte Aufmerksamkeit schenken, so wie das Erwachsene tun.

Da Abwägungen Wertungsfragen sind, kann in diesem Fall durchaus auch eine Quotelung von z. B. 80 % zu 20% vertreten werden.

Keine Verpflichtung zum Ersatz eines Schadens ergibt sich wegen des Schildes „Eltern haften für ihre Kinder“. Vielmehr als eine deklaratorische Wirkung kann man dem nicht zusprechen. Gesetzliche Schadensersatzansprüche, die einzigen, die hier in Betracht kamen, haben ihre Voraussetzungen im Gesetz verankert, nicht auf einem Schild. Wie man hier auch sehr gut sehen kann, haftet trotz eines Schadens Christoph wenn überhaupt, dann lediglich zu einem geringen Teil.

## Papier und Toner

Obwohl die Zusammenarbeit zwischen Christoph, Karina und Stefan immer besser funktionierte, stellte sich doch mit steigender Auftragslage heraus, dass es an einer geordneten Büroorganisation mangelte. Immer wieder wurden Anfragen von Kunden nicht beantwortet, weil nicht so recht klar war, wer für was zuständig war. Verlorene Aufträge und empörte Anrufe waren die Folge.

Richtig schlimm wurde es jedoch, wenn sich kurz vor Fertigstellung einer Arbeit herausstellte, dass gerade kein passendes Papier vorrätig oder der Toner ausgegangen war. Viel zu oft musste sich einer der drei kurzfristig durch den Berufsverkehr in die Stadt quälen, um noch vor Geschäftsschluss Aktenordner, Druckerpatronen oder besonders gefärbtes Papier zu kaufen.

Schließlich schlug Stefan vor, Büromaterial künftig beim Versandhandel zu bestellen. „Die haben ein noch größeres Angebot als die Büromärkte in der Stadt, liefern binnen 24 Stunden ins Haus und sind meist noch billiger.“

Stefans Vorschlag fand allgemeine Zustimmung und er wurde beauftragt, für Materialnachschub über ein Versandhaus zu sorgen.

Schon eine Woche nach der Idee bestellte er zum ersten Mal telefonisch. Mit einem Katalog und einer ellenlangen Liste mit komplizierten Bestellnummern ausgerüstet, diktierte er Artikel, Preis und gewünschte Menge und freute sich, dass von nun an die Papierschlepperei durch die Fußgängerzone und andere Unannehmlichkeiten entfallen sollten.

Schon am nächsten Tag stand der Paketdienst mit zwei riesigen Kartons vor der Tür und lieferte das Bestellte gegen Rechnung. Leider entsprach die Lieferung nicht vollständig dem Gewünschten.

„Für welchen Drucker sollen denn diese Tonerkartuschen sein?“, fragte Karina mit kritischem Blick.

Stefan befürchtete Ärger: „Was stimmt denn nicht?“

„Die sind für das aktuelle Modell. Wir haben den Vorgänger und brauchen die alten Kartuschen!“

„Mensch, das hab‘ ich denen doch erklärt. Ich habe sogar den Druckertyp genannt“, rechtfertigte sich Stefan. „Ich werde das mal überprüfen.“

Nach langem Suchen in seiner Bestellliste fand er schließlich den Abschnitt mit dem zu bestellenden Toner – vermerkt war lediglich ein Fragezeichen.

„Klar konnte ich keine Bestellnummer notieren. Ich hab‘ auf dieser ewig langen Liste unseren Drucker ja gar nicht gefunden. Ich habe der Dame von der Bestellannahme dann die Typenbezeichnung von unserem Drucker genannt und ihr gesagt, dass wir vier Tonerkartuschen benötigen. Sie hat dann ein bisschen vor sich hin gemurmelt und nach zwei bis drei Minuten gesagt, dass sie jetzt wüsste, was wir benötigen. Und das hat sie dann wohl als Bestellung aufgenommen. Ich rufe da gleich mal an und kläre das mit denen.“

„Warte mal, ich glaub wir haben hier noch mehr Probleme“, mischte sich Christoph ein. „Hier sind drei Pakete mit 160 Gramm Papier. Das ist schon Kartonstärke. Was sollen wir denn damit? Stefan wirkte verwirrt: „Also das dicke Papier habe ich bestellt. Du hast doch gesagt, wir benötigen buntes Papier für Karinas Präsentation in der nächsten Woche. Und dann hast du noch gesagt, es sollte dicker sein.“

„Aber doch nicht gleich 160 Gramm pro Quadratmeter, das kriegen wir doch nie in den Drucker oder sollen wir es vielleicht von Hand beschriften?“, entgegnete Christoph.

„Oh Mann, da hab ich dann wohl was falsch verstanden“, räumte Stefan ein. Wie dem auch sei, ich rufe da noch mal an und kläre das mit denen.“

Das Telefonat schien nicht zufrieden stellend zu verlaufen. Immer wieder hörten Christoph und Karina, wie Stefan die Dame von der Bestellannahme davon zu überzeugen versuchte, dass er keine Verantwortung für die Fehllieferung trug. Völlig entnervt legte er nach zehn Minuten auf und verkündete das Ergebnis:

„Die war irgendwie nicht besonders entgegenkommend. Sie will weder das Papier noch den Toner zurücknehmen, auch wenn sie eingeräumt hat, dass bezüglich des Toners wohl ein Missverständnis vorliegen könne. Karina war empört. „Das Papier können wir zur Not noch für etwas anderes verwenden, aber was sollen wir denn mit dem Toner? Schließlich haben die Stefan doch falsch beraten oder die haben einfach an einander vorbeigeredet. Auf jeden Fall sehe ich nicht ein, dass wir ein paar hundert Euro für etwas bezahlen, dass wir nicht gebrauchen können.“

## Papier und Toner – Rechtliche Erläuterung

Hier ergeben sich, obwohl augenscheinlich ähnliche Situationen, zwei verschiedene rechtliche Beurteilungen für die beiden gelieferten Sachen. Während das irrtümlich bestellte Papier tatsächlich, wie Karina schon vermutet hatte, nicht umgetauscht werden kann, muss der Versandhandel den Toner doch wieder zurücknehmen.

### Papier

Das Papier kann, wie bereits oben erwähnt, nicht zurückgegeben werden. Einzige rechtliche Möglichkeit wäre eine *Anfechtung wegen Irrtums* (zur Anfechtung siehe auch den Fall „Die neue Mitarbeiterin“). Problematisch ist hier jedoch der Anfechtungsgrund. Keiner der in den § 119 ff. BGB aufgezählten Irrtumsgründe, die zur Anfechtung berechtigen, ist hier einschlägig. Für eine *widerrechtliche Drohung* oder *arglistige Täuschung* gemäß § 123 Abs. 1 BGB liegen keine Anhaltspunkte vor.

### Inhaltsirrtum

Ein *Inhaltsirrtum* gemäß § 119 Abs. 1 1. Fall BGB ist hier nicht gegeben. Dieser setzt voraus, dass der äußere Tatbestand der Erklärung zwar dem Willen des Erklärenden entspricht, die Willenserklärung aber inhaltlich eine andere Bedeutung hat, als der Erklärende ihr beimessen wollte.

Als Beispiel für einen Inhaltsirrtum ist hier der Fall zu nennen, in dem der aus Berlin stammende A in einer Kölner Gaststätte nach der ihm vorgelegten Karte einen "halven Hahn" bestellt. A weiß nicht, dass in Köln unter einem "halven Hahn" eine mit Käse belegte Brötchenhälfte verstanden wird. A hatte ein halbes Hähnchen erwartet. Da er mit dem Inhalt, den seine Erklärung objektiv hat – wobei der "Kölner Empfängerhorizont" zu Grunde zu legen ist –, eine andere Vorstellung verbindet, kann A wegen Inhaltsirrtums gemäß § 119 Abs. 1 BGB anfechten.

Stefan war aber nicht im Irrtum über seine Erklärung, denn 160g-Papier bedeutet auch dasselbe.

## Erklärungsirrtum

Auch ein *Erklärungsirrtum* gemäß § 119 Abs. 1 2. Fall BGB ist hier nicht einschlägig. Dabei will der Erklärende eine Willenserklärung abgeben – er gibt sie aber in einer Art und Weise ab, in der er sie nicht abgeben wollte. Der äußere Tatbestand der Willenserklärung weicht von dem ab, was der Erklärende von sich geben wollte. Ein Erklärungsirrtum liegt in der Regel vor, wenn sich jemand verspricht oder verschreibt, z. B. in unserem Fall, wenn Stefan zwar 160g-Papier gesagt, aber 80g-Papier gemeint hätte. Das ist jedoch hier nicht der Fall.

## Eigenschaftsirrtum

Ein *Eigenschaftsirrtum* gemäß § 119 Abs. 2 BGB liegt ebenfalls nicht vor. Durch ihn wird demjenigen ein Anfechtungsrecht eingeräumt, der sich bei der Abgabe seiner Willenserklärung über die bei dem Rechtsgeschäft wesentliche Eigenschaft seines Vertragspartners oder der Sache, die Leistungsgegenstand ist, geirrt hat. Als Eigenschaften kommen nur tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse in Betracht, die in dem Rechtsgeschäft als wesentlich zum Ausdruck gebracht worden sind. Darunter sind alle diejenigen Merkmale und Verhältnisse einer Person oder Sache zu verstehen, die infolge ihrer Beschaffenheit und Dauer auf die Brauchbarkeit und den Wert von Einfluss sind (vgl. BGHZ 34, 32, 41).

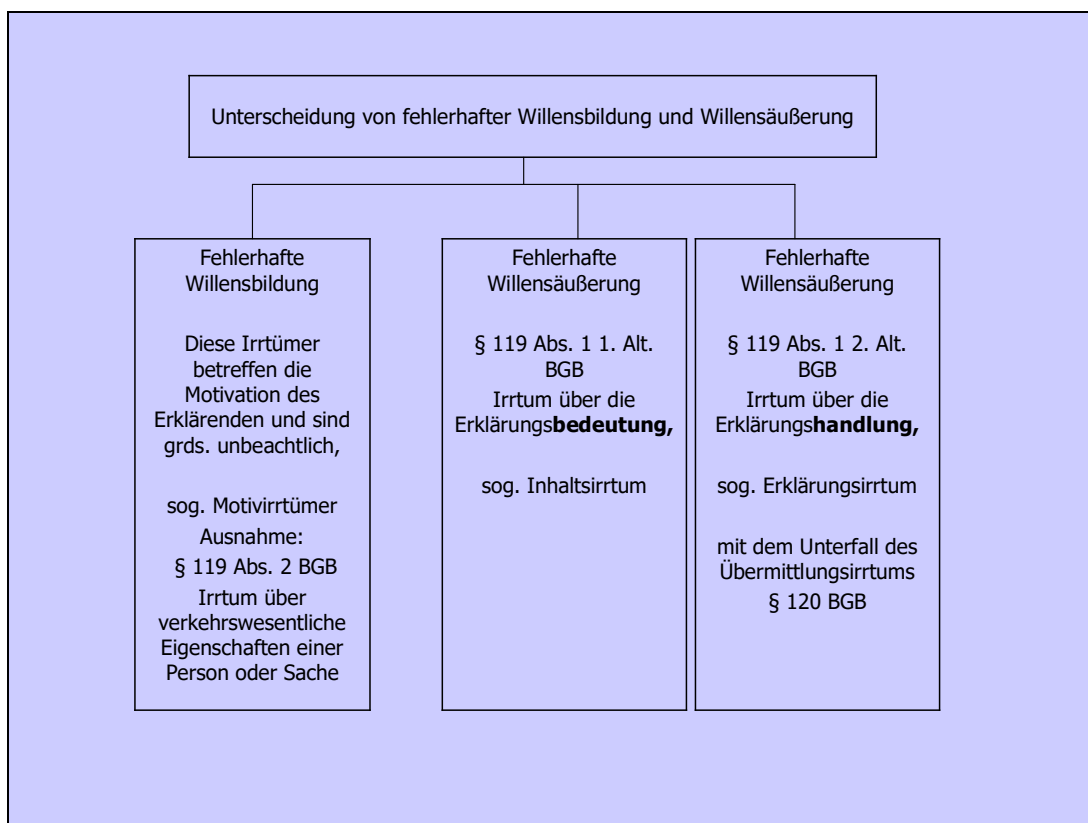
Stefan irrte sich hier jedoch nicht über irgendeine Eigenschaft des Papiers, denn das 160g - Papier hat genau die Eigenschaften, die Stefan daran geknüpft hatte. Vielmehr irrte sich Stefan darüber, welches Papier bestellt werden sollte.

## Übermittlungsirrtum

Auch ein *Übermittlungsirrtum*, § 120 BGB, scheidet hier aus, denn Stefan hat ja selbst gehandelt bzw. eine Willenserklärung abgegeben. Der Irrtum bei der Übermittlung ist ein Unterfall des Erklärungsirrtums. Auch hier wird etwas anderes erklärt als erklärt werden soll. Allerdings erklärt nicht der Erklärende selbst irrtümlich etwas Falsches, sondern die Person, z. B. ein Bote, derer sich der Erklärende zur Übermittlung bedient. Falls eine Erklärung falsch wiedergegeben wird, besteht wie beim Erklärungsirrtum eine Nichtübereinstimmung zwischen dem Willen des Erklärenden und dem Erklärungstatbestand, der dem Empfänger bekannt geworden ist.

## Motivirrtum

Hier liegt vielmehr ein sog. *Motivirrtum* vor, d. h. ein Irrtum im Beweggrund. Motivirrtümer sind grundsätzlich unbeachtlich; sie berechtigen nicht zur Anfechtung. Würden diese Irrtümer eine Anfechtung ermöglichen, so wären alle Rechtsgeschäfte anfechtbar, weil die Basis jedes rechtsgeschäftlichen Handelns der menschliche Wille ist und das somit seine Beweggründe sind.



## Toner

Die Toner hingegen muss der Versandhandel zurücknehmen. Basis der Leistungspflicht ist nämlich der Vertrag, d. h. es kommt auf das in diesem Vertrag Vereinbarte an. Hier hat Stefan nicht genau gewusst, welche Bestellnummer die von ihm gewünschten Toner haben. Deswegen hat er der Frau am Telefon die Typenbezeichnung des Druckers genannt und ihr gesagt, dass er vier Tonerkartuschen benötigt, woraufhin diese erwiderte, dass sie wüsste, welche Toner Stefan bräuchte. Die Vereinbarung ging also dahin, dass Stefan vier Toner für den Drucker mit der durchgegebenen Typenbezeichnung kaufen wollte, mithin für den Drucker, der in der StartUp GmbH benutzt wird. Genau diese Toner sind aber nicht geliefert



worden, sondern andere. Folglich hat der Versandhandel seine Verpflichtung aus dem Vertrag noch nicht erfüllt und schuldet weiterhin die vereinbarten Toner, § 433 Abs. 1 BGB.

Auf die Frage, ob die *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* gemäß § 305 Abs. 2 BGB wirksam in den Vertrag einbezogen wurden, indem diese hinten im Katalog abgedruckt und der Rechnung beigelegt waren, kommt es hier also nicht an. Aus demselben Grund muss auch nicht weiter geprüft werden, ob die Klausel – so sie denn wirksam einbezogen wurden – zweifelsfrei dahin ausgelegt werden kann, dass kaufvertragliche Gewährleistungsrechte ausgeschlossen sein sollen.

## Der Radiorecorder

Im Laufe der Zeit konnte mit dem verdienten Geld des jungen Unternehmens die Büroausstattung immer weiter vom Eindruck des Provisorischen befreit werden. Neue Lampen ließen ordentliches Arbeiten endlich auch nach Sonnenuntergang zu und als der lautstark vor sich hingurgelnde Kühlschrank schließlich gegen ein neues Modell ausgetauscht worden war, waren sich die drei einig, dass das Büro langsam richtig professionell aussah.

Nur eins fehlte nach Stefans Meinung noch: Musik.

„Wenigstens ein Radio!“, bettelte er bei Christoph und Karina, die von Musik im Büro alles andere als begeistert waren. Immer wieder brachte er das Gespräch auf die fehlende Hintergrundberieselung, aber er blieb mit seinem Wunsch allein.

Als Stefan eines Samstags allein im Büro arbeitete, bekam er Besuch von Lars, einem 13jährigen Jungen aus der Nachbarschaft, der immer mal wieder im Büro vorbeischaute und Stefan für seine Computerkenntnisse bewunderte. Auch bei diesem Besuch fachsimpelten die beiden eine ganze Weile über die Feinheiten der HTML-Programmierung, als Lars plötzlich fragte: „Wieso habt ihr eigentlich keine Musik hier?“

Stefan klagte ihm sein Leid und erzählte, dass er mit seinem Wunsch nach Musik leider allein im Büro war.

Lars fand, dass sich sein großes Vorbild diese kleine Freude nicht von seinen Arbeitskollegen verderben lassen sollte.

„Hast Recht“, bemerkte Stefan, „vielleicht kaufe ich demnächst einfach ein kleines Radio und stelle es auf meinen Schreibtisch. Christoph und Karina werden es wohl kaum einfach weg-schmeißen.“

„Warum so lange warten?“, warf Lars ein. „Ich hab ein echt gutes Radio bei mir zu Haus, das ich eh nie benutze. Für einen Zwanziger gehört es dir.“

Stefan gefiel die Idee, einfach Fakten zu schaffen, und er willigte ein.

Lars verließ das Büro und kam zehn Minuten später mit dem versprochenen Radio zurück. Stefan gab ihm die versprochenen zwanzig Euro, die Lars gleich in seiner Hosentasche verschwinden ließ.

„War mir eine Freude, mit dir Geschäfte zu machen“, sagte er zum Abschied.

Am Montag waren Christoph und Karina über Stefans Anschaffung natürlich alles andere als erfreut. Nachdem Stefan die Lautstärke des Radios auf ein erträgliches Maß reduziert hatte, willigten beide schließlich seufzend in die Musikberieselung ein. Stefan freute sich diebisch und gratulierte sich heimlich zum Radiokauf. Der Handel mit Lars war eine gute Idee gewesen.

Diese Einschätzung änderte sich jedoch, als am Nachmittag Lars mit seiner Mutter in der Tür stand.

Frau Hellinger klärte Stefan darüber auf, dass das Radio eigentlich ihrem Mann gehörte, der es Lars nur geliehen hatte und dass Lars keine Erlaubnis hatte, es zu verkaufen.

„Wo kommen wir denn hin, wenn unser Sohnmann jetzt plötzlich anfängt, unseren Hausrat an irgendwelche Leute zu verscherbeln. Und Sie sollten sich was schämen, meinen Sohn zu so etwas zu verleiten. Schließlich ist er gerade mal dreizehn und wohl kaum ein geeigneter Geschäftspartner für Sie“, sagte sie und blickte dabei ziemlich empört zwischen Stefan und Lars hin und her.

Stefan sah sein neu gewonnenes Glück zerrinnen, verspürte aber auch keine große Lust auf eine längere Diskussion mit Frau Hellinger.

„Ist schon o.k.“, räumte er ein. „Wenn ihm das Ding nicht gehört, kann er’s mir auch kaum verkaufen. Ich nehme mein Geld dann zinslos zurück und Sie können ihrem Mann gern Ihr Radio zurückbringen.“

Lars’ Mutter schien erleichtert. „Schön, dass Sie so vernünftig sind. Los Lars, gib ihm das Geld zurück und pack das Radio ein.“

Kleinlaut räumte Lars ein, dass er das Geld bereits im Kino und bei McDonalds ausgegeben hatte.

Jetzt wurde es Stefan zu bunt. „Wenn ich mein Geld nicht wiederbekomme, gibt’s das Radio auch nicht zurück.“

## Der Radiorecorder – Rechtliche Erläuterung

Fraglich ist, ob Lars und Stefan aufgrund der Minderjährigkeit des Lars einen wirksamen Kaufvertrag über den Radiorecorder geschlossen haben, welche Auswirkungen die Minderjährigkeit auf die Übertragung des Eigentums an dem Radiorecorder hat und ob Stefan sein Geld zurückverlangen kann.

## Minderjährigenrecht

Dem Zustandekommen eines Kaufvertrages könnte hier die Minderjährigkeit des Lars entgegenstehen. Wirksame Willenserklärungen können nur Personen abgeben, die *geschäftsfähig* sind.

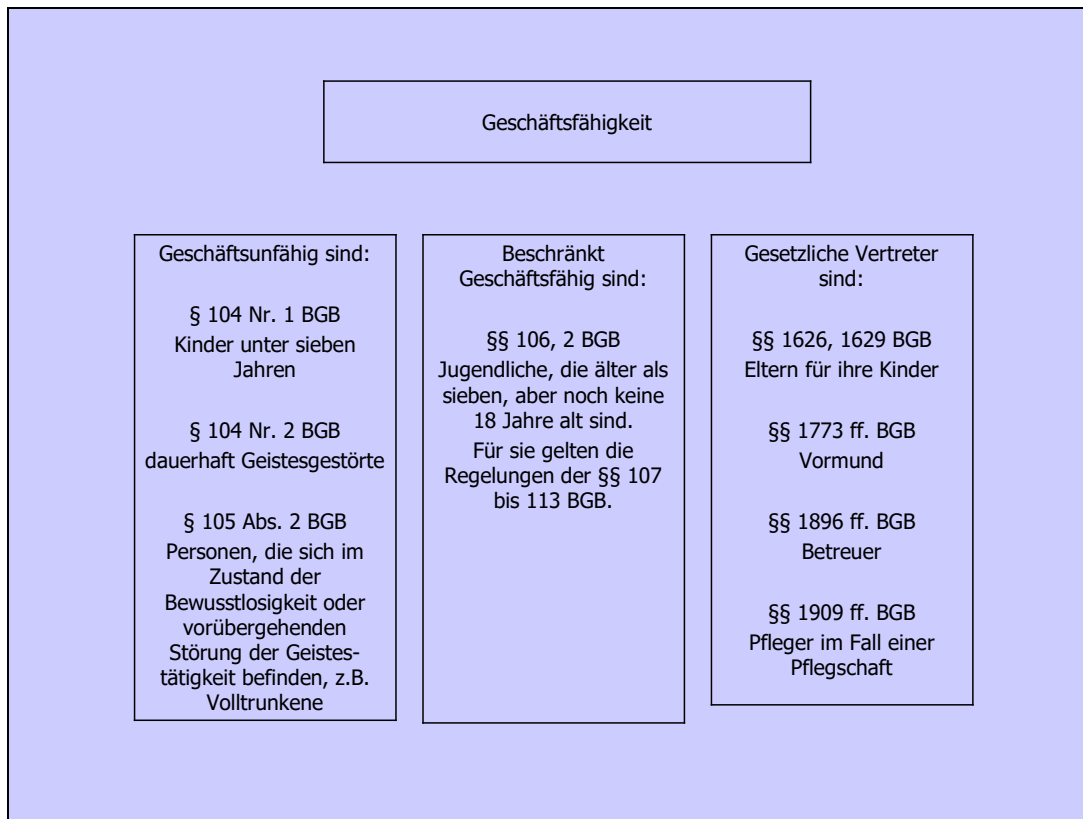
## Rechtsfähigkeit und Deliktsfähigkeit

Der Begriff der Geschäftsfähigkeit ist abzugrenzen von dem der Rechtsfähigkeit und der Deliktsfähigkeit.

*Rechtsfähigkeit* meint dabei die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten sein zu können. Als Träger von Rechten und Pflichten kennt das Privatrecht natürliche Personen, damit sind Menschen gemeint, und juristische Personen. In § 1 BGB ist die Rechtsfähigkeit von natürlichen Personen geregelt. Danach ist jeder Mensch von Geburt an rechtsfähig. Juristische Personen sind Organisationen, denen die Rechtsordnung eine eigene Rechtsfähigkeit zuerkennt. Juristische Personen sind also selbst rechtsfähig. Ihre Rechte und Pflichten sind ihre eigenen und nicht diejenigen der ihr angehörenden natürlichen Personen. Die Rechtsfähigkeit von juristischen Personen richtet sich nach jeweiligen Spezialgesetzen, wie dem HGB, GmbHG, AktG oder GenG.

Mit *Deliktsfähigkeit*, auch Verschuldensfähigkeit, ist die Fähigkeit einer Person, für eigenes schuldhaftes Handeln verantwortlich zu sein, gemeint. Die Deliktsfähigkeit ist im Hinblick auf Schadensersatzansprüche, die aus unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff. BGB) entstehen können, von wesentlicher Bedeutung. Geregelt ist die Deliktsfähigkeit in den §§ 827, 828 BGB (siehe hierzu auch den Fall „Die Baustelle“).

Für die Beurteilung von Rechtsgeschäften Minderjähriger kommt es maßgeblich auf die *Geschäftsfähigkeit* an, die in §§ 104 ff. BGB geregelt ist. Dabei ist zwischen Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen zu unterscheiden.



## Geschäftsunfähigkeit

*Geschäftsunfähig* sind gemäß § 104 BGB Kinder, die das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Weiterhin fallen unter diese Kategorie Menschen, die aufgrund krankhafter Störung ihrer Geistestätigkeit dauerhaft an einer freien Willensbestimmung gehindert sind. Das Gesetz möchte diese Personen rechtlich schützen, weil es ihnen an der erforderlichen Einsichtsfähigkeit in die Bedeutung des Rechtsgeschäfts fehlt. Deswegen sind Willenserklärungen von Geschäftsunfähigen gemäß § 105 Abs. 1 BGB nichtig.

Geschäftsunfähige können demnach keine Willenserklärungen im Sinne des BGB abgeben und somit niemals Verträge abschließen.

Dasselbe gilt für Menschen, die eine Willenserklärung im Zustand der Bewusstlosigkeit oder einer vorübergehenden Störung ihrer Geistestätigkeit abgegeben haben, § 105 Abs. 2 BGB. Hauptanwendungsfall des § 105 Abs. 2 BGB sind Volltrunkene in der Zeit ihres alkoholisierten Zustandes.

Die einzige Möglichkeit für Geschäftsunfähige, rechtsgeschäftlich tätig zu werden, ist durch ihren gesetzlichen Vertreter, z. B. Eltern für ihre Kinder (§§ 1626, 1629 BGB) zu handeln.

Lars ist jedoch bereits 13 Jahre alt. Auch ist weder eine dauerhafte noch eine vorübergehende Störung seiner Geistestätigkeit zu erkennen, so dass er nicht gemäß der §§ 104, 105 BGB geschäftsunfähig ist.

## Beschränkt Geschäftsfähige

Neben der Regelung über die Geschäftsunfähigen in den §§ 104, 105 BGB kennt das Gesetz auch die *beschränkte Geschäftsfähigkeit* nach den §§ 106 ff. BGB. Beschränkt geschäftsfähig ist gemäß § 106 BGB jeder Minderjährige, der das siebente Lebensjahr vollendet hat. Nach § 2 BGB tritt mit der Vollendung des achtzehnten Lebensjahres die Volljährigkeit ein. Somit sind beschränkt Geschäftsfähige mindestens sieben, aber noch keine achtzehn Jahre alt.

Mit einem Alter von 13 Jahren ist Lars als beschränkt Geschäftsfähiger anzusehen. Fraglich ist, wie seine Willenserklärungen rechtlich zu bewerten sind.

Im Gegensatz zu Willenserklärungen von Geschäftsunfähigen können Willenserklärungen von beschränkt Geschäftsfähigen wirksam werden. Das ist dann der Fall, wenn die *Zustimmung* (Erlaubnis) eines gesetzlichen Vertreters vorliegt oder das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen *lediglich rechtlich vorteilhaft* ist. Hinsichtlich der Zustimmung unterscheidet das Gesetz zwischen der Einwilligung und der Genehmigung.

Die *Einwilligung* ist in § 183 S. 1 BGB legaldefiniert und ist eine *vorherige Zustimmung*, d. h. der Minderjährige fragt vorher um Erlaubnis. Solche Willenserklärungen sind dann gemäß § 107 BGB wirksam.

Hier hat Lars jedoch vorher seine Eltern als gesetzlichen Vertreter, gemäß §§ 1626, 1629 BGB, nicht gefragt, so dass eine Einwilligung im Sinne des § 107 BGB nicht vorliegt.

Wenn jedoch ein Minderjähriger eine Willenserklärung ohne die erforderliche Einwilligung abgibt, kann das Rechtsgeschäft nachträglich von seinem gesetzlichen Vertreter genehmigt werden, § 108 Abs. 1 BGB. Die *Genehmigung* ist in § 184 Abs. 1 BGB geregelt. Bis zur Genehmigung, also der *nachträglichen Zustimmung*, oder Verweigerung dieser, ist der Vertrag schwebend unwirksam. Das bedeutet, von ihm gehen in dieser Zeit keine Rechtswirkungen aus; er ist rechtlich gesehen nicht existent. Durch die Genehmigung wird der Schwebezustand beendet und das Rechtsgeschäft rückwirkend wirksam, § 184 Abs. 1 BGB. Die Verweigerung der Genehmigung führt zur endgültigen Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts.

Die Eltern von Lars haben das Rechtsgeschäft jedoch nicht nachträglich genehmigt.

Die Willenserklärung eines Minderjährigen kann auch ohne die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters wirksam werden, wenn sie sog. *lediglich rechtlich vorteilhaft* für den Minderjährigen ist, § 107 BGB. Für den beschränkt Geschäftsfähigen darf das Rechtsgeschäft also nicht rechtlich nachteilhaft sein, was bereits dann der Fall ist, wenn er sich nur irgendwie verpflichtet, eine Leistung zu erbringen. Auf die wirtschaftliche Betrachtung kommt es hierbei nicht an.

Als Extrembeispiel ist der Fall zu nennen, bei dem ein Minderjähriger einen Kaufvertrag über einen neuen PKW im Wert von 30.000 Euro abschließt, der Kaufpreis aber nur 1 Euro beträgt. Trotz des enormen wirtschaftlichen Vorteils ist das Rechtsgeschäft rechtlich nachteilhaft im Sinne des § 107 BGB, weil der Minderjährige sich zur Zahlung von 1 Euro verpflichtet. Jedoch würden die meisten Eltern aufgrund des hohen Wertes des PKWs den Kaufvertrag natürlich nachträglich gemäß § 108 Abs. 1 BGB genehmigen.

Lars könnte hier einen Kaufvertrag gemäß § 433 BGB abgeschlossen haben. Dadurch erhält er zwar den Kaufpreiszahlungsanspruch aus § 433 Abs. 2 BGB, er verpflichtet sich aber im Gegenzug, den Radiorecorder Stefan zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB. Lars ist somit eine rechtliche Verpflichtung eingegangen, so dass das Geschäft für ihn nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

Da es allein auf rechtliche und nicht auf wirtschaftliche Gesichtspunkte ankommt, spielt es auch keine Rolle, dass der Radiorecorder nicht Lars gehört. Folglich ist der Kaufvertrag für Lars rechtlich nachteilhaft im Sinne des § 107 BGB. Somit ist zwischen Stefan und Lars kein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen.

## Eigentum an dem Radiorecorder

Ob ein wirksamer Vertrag zwischen Stefan und Lars zustande gekommen ist, ist von der Frage zu unterscheiden, ob Stefan *Eigentümer* des Radiorecorders geworden ist. Der Grund für die getrennte Betrachtung ist das dem deutschen Privatrecht immanente Trennungs- und Abstraktionsprinzip. Das bedeutet, dass zwischen dem Grundgeschäft, dem sog. *Verpflichtungsgeschäft*, und dem *Verfügungsgeschäft* unterschieden wird.

## Verpflichtungsgeschäft

Mit dem *Verpflichtungsgeschäft* verpflichtet man sich, z. B. durch Vertrag, lediglich zur Leistung. So verpflichtet sich der Verkäufer einer Sache gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB dem

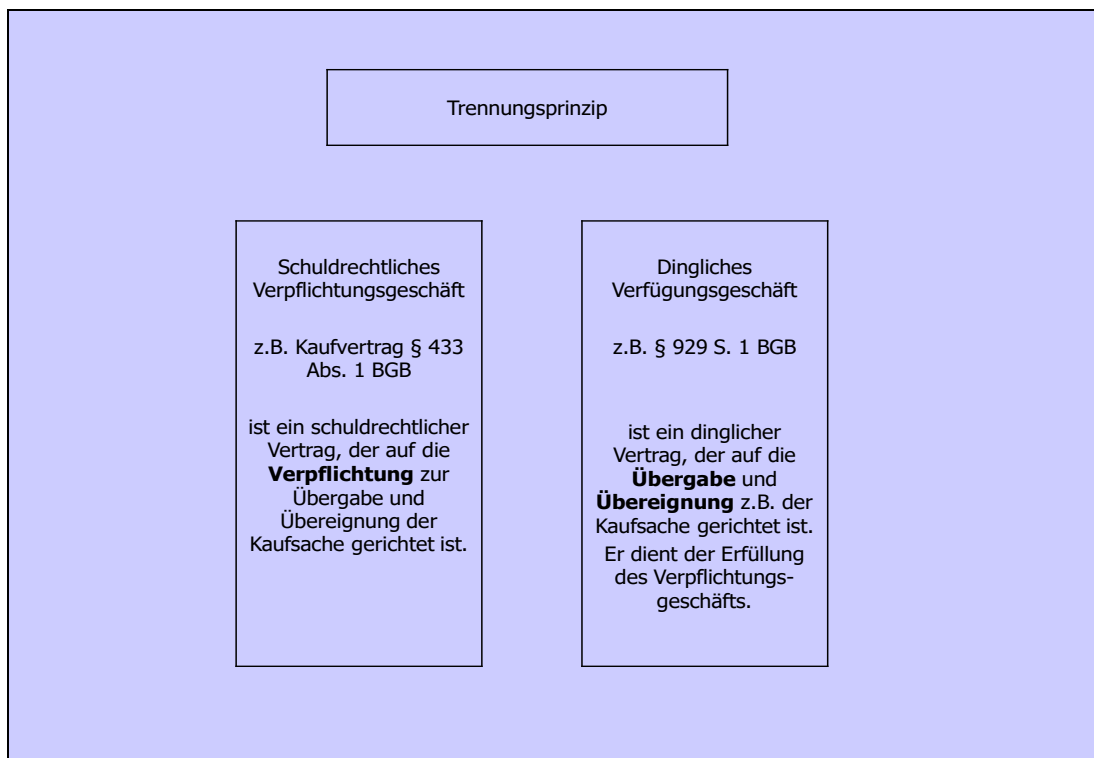
Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Das Gleiche gilt auch für die Gegenleistung aus § 433 Abs. 2 BGB. Auch dort verpflichtet sich der Käufer lediglich den Kaufpreis zu zahlen und die Kaufsache abzunehmen. Durch das Verpflichtungsgeschäft entsteht beim Kaufvertrag also lediglich ein Anspruch auf Übereignung.

## Verfügungsgeschäft

Für die Erfüllung eines *Verpflichtungsgeschäftes* ist ein weiteres Geschäft, nämlich die Verfügung notwendig. Unter einer Verfügung versteht man die Rechtsänderung durch Übertragen, Belasten, Ändern oder Aufheben. Das Verfügungsgeschäft ist demnach bspw. die Übertragung des Eigentums an einer Sache.

## Trennungs-/Abstraktionsprinzip

Das *Trennungsprinzip* besagt lediglich, dass das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft rechtlich voneinander zu trennen sind. Das *Abstraktionsprinzip* ergänzt das Trennungsprinzip und besagt, dass die Wirksamkeit des einen Geschäfts die Wirksamkeit des anderen nicht berührt. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft sind somit rechtlich einzeln auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen.



## Eigentumsübertragung

Zur Übertragung des Eigentums bedarf es also eines *Verfügungsgeschäftes*. Bei beweglichen Sachen richtet sich die Übertragung des Eigentums nach den §§ 929 ff. BGB. Nach § 929 S. 1 BGB geht das Eigentum über, wenn „der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll.“ D. h. es muss:

- eine Einigung im Sinne des § 929 BGB vorliegen und
- eine Übergabe der Sache stattgefunden haben,
- beide Vertragsparteien müssen sich im Zeitpunkt der Übergabe immer noch einig gewesen sein
- und die Berechtigung zur Übertragung muss vorhanden sein.

Die *Einigung* im Sinne des § 929 S. 1 BGB ist ein dinglicher Vertrag, der auf die Eigentumsübertragung gerichtet ist. Er kommt, wie jeder Vertrag, durch die übereinstimmenden Willenserklärungen der Beteiligten zustande. Derjenige, der das Eigentum von sich auf den anderen übertragen möchte (Veräußerer), und der, der das Eigentum erwerben möchte (Erwerber), geben ihr Einverständnis mit dem Eigentumsübergang durch zwei Einigungserklärungen (Willenserklärungen) ab.

Hier haben Lars und Stefan weder mündlich noch schriftlich erklärt, dass das Eigentum am Radiorecorder übergehen soll. Willenserklärungen können jedoch (sofern das Gesetz keine bestimmte Form – wie z. B. Schriftform oder notarielle Beurkundung – vorschreibt) auch durch schlüssiges Verhalten, d. h. *konkludent*, abgegeben werden.

Das bedeutet in diesem Fall, dass Lars durch die wortlose Hingabe des Radiorecorders konkludent eine Willenserklärung mit dem Inhalt der Eigentumsübertragung abgegeben hat. Insbesondere der vorher vermeintlich geschlossene Kaufvertrag über gerade diesen Radiorecorder lässt nur den Schluss zu, dass Lars seiner ebenfalls vermeintlichen Pflicht aus diesem Vertrag nachkommen wollte, nämlich der Übergabe der Sache und Verschaffung des Eigentums, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB.

Ebenso verhält es sich bei Stefan. Auch er hat weder mündlich noch schriftlich erklärt, das Eigentum an der Sache annehmen zu wollen. Jedoch hat er durch Entgegennahme des Radiorecorders konkludent zu erkennen gegeben, dass er mit der Eigentumsübertragung einverstanden ist.

Folglich haben beide übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben.



Fraglich ist aber, wie sich die beschränkte Geschäftsfähigkeit von Lars auf den dinglichen Vertrag auswirkt. Die Einigung im Sinne des § 929 S. 1 BGB ist, wie bereits oben erwähnt, ein Vertrag, so dass die diesem Vertrag zugrunde liegenden Willenserklärungen, wie bei einem rechtsgeschäftlichen Vertrag auch, u. a. auf Folgen, die sich aus der beschränkten Geschäftsfähigkeit ergeben, untersucht werden müssen.

Es wurde bereits festgestellt, dass Lars bei Abschluss des Kaufvertrages gemäß der §§ 106, 2 BGB beschränkt geschäftsfähig war. Trotzdem ist eine erneute Prüfung nicht überflüssig, da sich ein Mangel im Verpflichtungsgeschäft nicht automatisch auf das Verfügungsgeschäft durchschlägt.

Lars war aber auch zum Zeitpunkt der Einigung im Sinne des § 929 S. 1 BGB beschränkt geschäftsfähig.

Es liegt weder eine Einwilligung, § 107 BGB, noch eine Genehmigung, § 108 Abs. 1 BGB, bzgl. der Übergabe seitens Lars Eltern vor.

Somit hängt die Wirksamkeit der Einigung davon ab, ob sie für Lars lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB war, also nicht rechtlich nachteilig. Hier hatte die Einigung die Eigentumsübertragung des Radiorecorders zum Inhalt. Dieser gehörte aber nicht Lars, sondern seinen Eltern. Durch eine mögliche Eigentumsübertragung würde Lars kein Nachteil erleiden, da, wenn überhaupt, nur seine Eltern das Eigentum am Radiorecorder verlieren könnten. Folglich gestaltet sich die Einigung für Lars rechtlich neutral, also lediglich rechtlich vorteilhaft.

Die *Übergabe* der Sache ist kein rechtsgeschäftlicher, sondern ein faktischer Akt. Dabei wird der unmittelbare Besitz an der Sache durch den Eigentümer auf den Erwerber übertragen.

Der Besitz ist die tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache. Dabei sind Eigentum und Besitz auseinander zu halten. Der Eigentümer einer Sache ist zwar häufig zugleich der Besitzer, Eigentum und Besitz können jedoch auch auseinander fallen. Das ist z. B. bei einem Miet- oder Leihvertrag regelmäßig der Fall. Der Vermieter eines PKWs bleibt natürlich weiter Eigentümer. Die tatsächliche Sachherrschaft hat jedoch der Mieter. Er ist also Besitzer, aber kein Eigentümer.

Hier wurde der Radiorecorder von Lars an Stefan übergeben. Stefan ist seitdem Besitzer.

Das *Einigsein* im Zeitpunkt der Übergabe soll lediglich feststellen, dass bis zur vollständigen Eigentumsübertragung nicht eine der Parteien ihre Willenserklärung für die Einigung zurückgenommen hat, denn das ist im Sachenrecht möglich.

Bis zur Übergabe wollte Lars nach wie vor Stefan den Radiorecorder übereignen, d. h. ihm das Eigentum verschaffen. Er hat somit seine Willenserklärung für die Übereignung nicht zurückgenommen.

Die Wirksamkeit eines Verfügungsgeschäftes setzt grundsätzlich auch voraus, dass der Verfügende dazu *berechtigt* ist, er also Verfügungsmacht hat. Diese ergibt sich immer aus der Eigentümerstellung. Entweder der Eigentümer selbst verfügt über seine Sachen oder er gibt einem Dritten eine Verfügungsbefugnis, die sich rechtlich aus § 185 BGB ergibt.

Fraglich ist hier, ob Lars die Berechtigung hatte, den Radiorecorder zu veräußern. Dieser stand im Eigentum seiner Eltern, somit war er nicht Eigentümer. Lars hatte auch keine Berechtigung von seinen Eltern erhalten.

Im Ergebnis hatte Lars keine Berechtigung für die Übereignung des Radiorecorders.

## Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten

Liegt die Berechtigung aus § 929 S. 1 BGB nicht vor, so kann das Eigentum dennoch übertragen werden, wenn der Erwerber *in gutem Glauben* war, § 932 Abs. 1 BGB. Gemäß § 932 Abs. 2 BGB ist das nicht der Fall, wenn ihm bekannt war oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Man geht aber zu Gunsten des Erwerbers davon aus, dass der Veräußerer der Eigentümer ist, wenn er die Sache im Besitz hat, § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB.

Lars hat, wie wir bereits festgestellt haben, den Radiorecorder persönlich vorbeigebracht und übergeben. Er hatte zu diesem Zeitpunkt die tatsächliche Sachherrschaft und war somit Besitzer.

Ein gutgläubiger Erwerb scheidet jedoch aus, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen oder *abhandengekommen* ist, § 935 Abs. 1 S. 1 BGB, d. h. wenn er den Besitz *nicht freiwillig* abgegeben hat.

Fraglich ist hier, ob der Radiorecorder den Eltern von Lars gestohlen wurde oder abhandengekommen ist. Da der Vater Lars den Radiorecorder geliehen hat und Lars daher nicht ohne oder gegen den Willen seines Vaters im Besitz des Radiorecorders war, scheidet ein Abhandenkommen aus.

## Restriktive Auslegung von Gutglaubensvorschriften

Jedoch sind die Gutglaubensvorschriften in den Fällen, in denen ein Minderjähriger als Nichtberechtigter verfügt, restriktiv auszulegen. Das bedeutet, man wendet in diesen Fällen die Vorschrift des § 932 BGB nicht an.

Der gute Glaube bezieht sich auf die Eigentümerstellung des Minderjährigen. Wenn das aber zutreffen würde, könnte der Minderjährige sein Eigentum nicht ohne Zustimmung übertragen, da es für ihn rechtlich nachteilhaft im Sinne des § 107 BGB wäre. Er würde einen rechtlichen Nachteil, den Verlust seines Eigentums, erleiden. In solchen Fällen kann man das Eigentum nicht gutgläubig, d. h. nach den §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB, erwerben. Man hätte nämlich bei Richtigkeit seiner eigenen Vorstellung ohne die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, wegen § 107 BGB ohnehin kein Eigentum erwerben können.

So verhält es sich auch hier. Stefan ist davon ausgegangen, Lars gehöre der Radiorecorder. In diesem Fall hätte er die Eltern von Lars bereits fragen müssen, ob er mit Lars überhaupt einen Kaufvertrag nach § 433 BGB mit dem Inhalt der Eigentumsverschaffung an diesem Recorder abschließen darf.

Folglich ist Stefan nicht Eigentümer des Radiorecorders geworden.

## Herausgabe des Radiorecorders

Ob und unter welchen Voraussetzungen Stefan den Radiorecorder aber herausgeben muss, ist eine andere Frage. Ein Anspruch auf Herausgabe ergibt sich aus §§ 985, 986 BGB und setzt ein sog. *Eigentümer-Besitzer-Verhältnis*, auch *Vindikationslage* genannt, voraus. Gemäß § 985 BGB kann der Eigentümer vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, wenn der Besitzer kein Recht zum Besitz hat.

Wie zuvor festgestellt, ist der Vater von Lars *Eigentümer* des Radiorecorders geblieben und somit anspruchsberechtigt. Da Stefan im *Besitz* des Radiorecorders ist, ist er der Anspruchsgegner.

Ein *Recht zum Besitz* ist immer dann gegeben, wenn der Besitzer die Sache nutzen darf. Das ist z. B. immer bei Miete, Pacht oder Leihe der Fall. Dort fällt nämlich Besitz und Eigentum planmäßig auseinander, weil sich der Besitzer sein Besitzrecht hat vertraglich sichern lassen. Für Stefan ist aber hier ein solches Besitzrecht nicht ersichtlich.

Folglich haben die Eltern einen Anspruch aus den §§ 985, 986 BGB auf Herausgabe des Radiorecorders.

## Rückzahlung der 20 Euro

Zuletzt stellt sich noch die Frage, ob Stefan von Lars im Gegenzug die bereits gezahlten 20 Euro zurückverlangen kann.

Auch hier ist entscheidend, wer Eigentümer des Geldes (geworden) ist. Stefan hat keinen Anspruch aus den §§ 985, 986 BGB, denn das Eigentum an den 20 Euro ist gemäß § 929 S. 1 BGB auf Lars übergegangen. Problematisch ist hier nur die Einigung, denn auch hier muss die Willenserklärung von Lars auf ihre Wirksamkeit nach den §§ 104 ff. BGB hin überprüft werden. Da eine Zustimmung seiner Eltern nicht vorliegt, hängt die Wirksamkeit der Einigung davon ab, ob sie für Lars lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB ist. Durch die Einigung soll das Eigentum an den zwanzig Euro auf Lars übergehen. Das ist für ihn rechtlich vorteilhaft, so dass seine Willenserklärung auch ohne die Zustimmung seiner Eltern gemäß § 107 BGB wirksam ist. Im Ergebnis liegt eine wirksame Eigentumsübertragung gemäß § 929 S. 1 BGB an den zwanzig Euro zugunsten von Lars vor. Eine Vindikationslage besteht somit nicht.

Durch das Abstraktionsprinzip können – wie im Fall von Stefan und Lars – Situationen entstehen, in denen das Verpflichtungsgeschäft nichtig ist, so z. B. durch Anfechtung oder Minderjährigkeit eines Vertragspartners, das Verfügungsgeschäft jedoch wirksam bleibt. Dies kann zu unbilligen Ergebnissen führen. Denn eine der Parteien hat dann geleistet und z. B. das Eigentum an einer Sache übertragen und somit verloren, während die andere Partei nichts eingebüßt hat.

Für diese Fälle kann sich aber ein Anspruch aus dem *Bereicherungsrecht* (§§ 812 bis 822 BGB), auch *Recht der ungerechtfertigten Bereicherung* genannt, ergeben. Bei Verträgen, die von Anfang an nichtig sind, können die Parteien ihre bisherigen Leistungen zurückfordern, sofern diese sich zur Rückgabe eignen. Das Bereicherungsrecht zielt auf die Abschöpfung der Bereicherung.

Unter den folgenden Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 1 1. Fall BGB kann man das Geleistete zurückfordern:

- der Anspruchsgegner muss *etwas* erlangt haben,
- durch die *Leistung* des Anspruchstellers
- und das *ohne Rechtsgrund*.

Hier hat Lars etwas (Besitz und Eigentum an den 20 Euro) durch die Leistung von Stefan (Übereignung der 20 Euro) erlangt. Die Leistung ist auch ohne Rechtsgrund bewirkt worden, da für Stefan aufgrund des unwirksamen Kaufvertrages keine Verpflichtung zur Zahlung der 20 Euro bestand.

Dem Grunde nach hat Stefan daher einen Anspruch auf Rückübereignung der 20 Euro aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Fall BGB, denn die Rechtsfolge des Bereicherungsanspruchs ist die Rückgabe der Bereicherung. Der Umfang dieses Anspruchs hingegen ist in § 818 BGB geregelt.

Die Verpflichtung zur Herausgabe ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn der Empfänger nicht mehr bereichert, also entreichert ist, § 818 Abs. 3 BGB. Das ist dann der Fall, wenn z. B. der Empfänger die erlangte Sache einem Dritten schenkt, er also weder die Sache noch einen wirtschaftlichen Ersatz hat.

Wie Lars kleinlaut zugegeben hat, sind die 20 Euro von ihm für Kino und McDonalds ausgegeben worden. Er ist somit entreichert. Stefan kann folglich die Rückübereignung der zwanzig Euro nicht verlangen.

Im Ergebnis können zwar die Eltern von Lars die Rückgabe des Radiorecorders von Stefan verlangen, er selbst bekommt die 20 Euro jedoch weder von Lars noch von seinen Eltern erstattet.

## Die BAföG-Rückzahlung

Christoph, pflichtbewusster Familienvater der er war, appellierte auch bei seinen beiden Geschäftspartnern immer wieder an ihr Verantwortungsbewusstsein. Gerade in Geldangelegenheiten ermahnte er Stefan und Karina ständig und scheute auch nicht davor, ihnen zu erklären, wie sie ihr Geld privat am besten anlegen sollten.

Irgendwann platzte Karina der Kragen. „Erstens bin ich schon in der Lage, mein Geld allein zu verwalten und zweitens bin ich vollends damit beschäftigt, mein BAföG zurückzuzahlen. Im Gegensatz zu Stefan haben bei mir nicht Papa und Mama das Studium bezahlt, sondern ich musste selbst sehen, wie ich mein Geld zusammenbekomme. Deswegen habe ich BAföG beantragt. Und da das nicht reichte, habe ich nebenbei noch gearbeitet. Und jetzt stehe ich mit knapp 28.000 Euro Schulden da.“

„Nun werde mal nicht persönlich!“, mischte sich Stefan ein. „Ich kann ja wohl nichts dafür, dass meine Eltern mehr Geld hatten als deine. Außerdem scheinst du dir ja mächtig Zeit beim Studieren gelassen zu haben. Soweit ich weiß, muss man das BAföG doch nur zur

Hälfte zurückzahlen. Bei knapp 500 Euro Unterstützung im Monat hast du also fünf Jahre studiert. Ich dachte immer, an der Fachhochschule geht alles so schnell.“

„Ja ja, schön wär's gewesen! Die Erhöhung der Rückzahlungsquote kam auch noch hinzu“, antwortete sie. „Kaum waren die ersten zwei Semester rum, gab es plötzlich etwas mehr Geld und dafür die Information, dass ich am Ende jetzt alles würde zurückzahlen müssen.“

„Wie bitte?“, fragte Christoph, dessen Sinn für Gerechtigkeit erwacht war. „Die lassen dich anfangen zu studieren und sagen dann mittendrin ‚Ätsch, jetzt kostet es das Doppelte?‘ Der Lorenz hat doch bei unserer letzten Steuererklärung irgendwas von Vertrauensschutz erzählt, der im Verwaltungsrecht gilt. Dann können die dir doch nicht einfach das Doppelte abknöpfen, nachdem sie dir am Anfang gesagt haben, du müsstest nur die Hälfte zurückzahlen. Frage doch mal den Lorenz, ob man da nicht noch was gegen machen kann.“

„Glaube ich nicht“, zweifelte Karina. „Ich habe irgendwann den Rückzahlungsbescheid bekommen. Da stand drin, dass ich innerhalb eines Monats Widerspruch einlegen müsste, wenn ich damit nicht einverstanden wäre und die Frist ist längst abgelaufen. Außerdem hab ich eigentlich auch keine Lust, mir da jetzt noch irgendwelchen Stress einzuhandeln.“

Christoph sah das Ganze etwas anders: „Also ich finde das unerhört. Wenn du da nichts dagegen machen willst, werde ich mal mit Lorenz darüber reden. Vielleicht kann ich ja noch diesen Widerspruch einlegen.“

## Die BAföG-Rückzahlung – Rechtliche Erläuterung

Die Auskunft des Rechtsanwalts Lorenz hinsichtlich des Widerspruchs wird leider negativ ausfallen. Weder Karina selbst noch Christoph können gegen den Bescheid Widerspruch einlegen.

### Der Verwaltungsakt

Ein *Verwaltungsakt* hat die Funktion, gesetzliche Regelungen im Einzelfall für den Bürger verbindlich zu machen. Mit dem Verwaltungsakt können Behörden u. a. den Bürger zu einem *Tun, Dulden oder Unterlassen* verpflichten. Gemäß § 35 S. 1 VwVfG ist unter einem Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme zu verstehen, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Danach ist der Rückzahlungsbescheid, den Karina erhalten hat, ein solcher Verwaltungsakt: Da der Bescheid auf Grundlage des öffentlich-rechtlichen Bundesausbildungsförderungsgesetzes (BAföG) ergangen ist, handelt es sich um eine hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Der Bescheid ist eine Entscheidung einer Behörde, nämlich

des Bundesverwaltungsamtes (vgl. § 18 Abs. 5a BAföG). Er stellt nicht jegliche nach dem BAföG bestehende Rückzahlungspflichten verbindlich fest, sondern nur die von Karina und hat deswegen Regelungswirkung hinsichtlich eines Einzelfalls. Und da Karina als Bürgerin betroffen ist, wirkt der Bescheid nicht nur innerhalb der Verwaltung und hat deswegen Außenwirkung. Es handelt sich also um einen Verwaltungsakt.

Der Verwaltungsakt wird gemäß § 43 Abs. 1 VwVfG NRW wirksam, wenn er gegenüber dem Bürger *bekannt gegeben* wird. Dies gilt auch für den Fall der Rechtswidrigkeit – abgesehen von den seltenen Fällen der *Nichtigkeit* des Verwaltungsakts i. S. v. § 44 VwVfG NRW. Auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt wird also zunächst gemäß § 43 Abs. 1 VwVfG NRW wirksam.

Statthafter Rechtsbehelf gegen einen Verwaltungsakt ist gemäß § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO der *Widerspruch*. Die VwGO geht von der grundsätzlichen Durchführung des Widerspruchsverfahrens aus, lässt aber auch Ausnahmen zu. Einige Bundesländer, wie z. B. Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen, haben – mit dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung und Kostenersparnis – von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, das Vorverfahren gemäß § 68 Abs. 1 S. 2, 1. HS VwGO durch ein förmliches Gesetz auszuschließen.

## Bestandskraft

Endgültig sind die Folgen des Verwaltungsakts erst, wenn der Verwaltungsakt *bestandskräftig* ist. Die Bestandskraft tritt ein,

- wenn nicht gemäß § 70 Abs. 1 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Widerspruch gegen den Verwaltungsakt eingelegt wurde oder
- wenn gegen den Widerspruchsbescheid nicht gemäß § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO innerhalb eines Monats Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht erhoben wurde oder
- wenn das verwaltungsgerichtliche Urteil nicht mehr durch Berufung gemäß § 124 Abs. 1 VwGO oder Revision gemäß § 132 Abs. 1 VwGO angreifbar ist.

Danach ist der Verwaltungsakt unabhängig von seiner Rechtmäßigkeit unanfechtbar und der Bürger muss dessen Regelung grundsätzlich gegen sich gelten lassen.

So liegt auch hier der Fall: Der Bescheid enthielt einen Hinweis auf den innerhalb eines Monats einzulegenden Widerspruch. Wegen dieser ordnungsgemäßen Rechtsbehelfs-

belehrung hat die Monatsfrist angefangen zu laufen, § 58 Abs. 1 VwGO. Karina hätte Gelegenheit gehabt, gegen den Bescheid Widerspruch schriftlich oder zur Niederschrift beim Bundesverwaltungsamt einzulegen, § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO. Indem sie die Widerspruchsfrist aber hat verstreichen lassen, ist der Rückzahlungsbescheid bestandskräftig geworden. Ein verfristeter Widerspruch ist unzulässig. Einzige – hier nicht einschlägige Ausnahme – ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 32 VwVfG NRW.

## Behördliches Vorverfahren

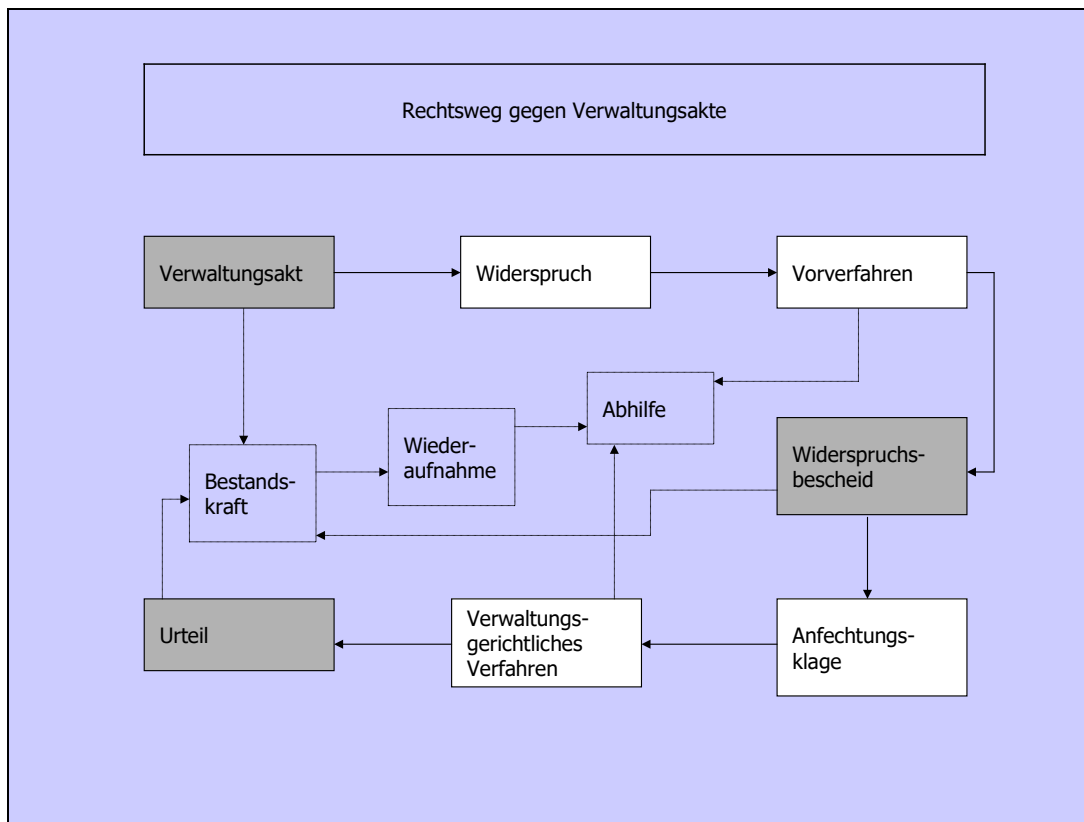
Hätte sie aber fristgerecht Widerspruch eingelegt, dann hätte dies zunächst einmal gemäß § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO *aufschiebende Wirkung* gehabt, d. h. die nach § 43 VwVfG NRW an sich wirksame Regelung wäre vorläufig aufgehoben. Zugleich hätte gemäß § 69 VwGO das Vorverfahren begonnen. Das Bundesverwaltungsamt hätte den Bescheid auf seine Recht- und Zweckmäßigkeit überprüft und bei Rechtswidrigkeit oder Unzweckmäßigkeit abgeholfen, §§ 68 Abs. 1 S. 1, 72 VwGO, d. h. den Bescheid aufgehoben und durch einen rechtmäßigen oder zweckmäßigeren ersetzt. Hilft die Ausgangsbehörde nicht ab, müsste nach der Grundregel des § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO die nächsthöhere Behörde den Bescheid nochmals in demselben Umfang überprüfen und dann hätte entweder abgeholfen oder Karinas Widerspruch durch einen *Widerspruchsbescheid* abgelehnt. Da die nächsthöhere Behörde hier jedoch das Bundesministerium des Inneren und damit eine oberste Bundesbehörde ist, würde der Widerspruchsbescheid ausnahmsweise auch vom Bundesverwaltungsamt selbst erlassen werden, § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO. Der Widerspruchsbescheid hätte das Vorverfahren abgeschlossen.

## Rechtsweg gegen Verwaltungsakte

Wenn Karina mit dieser behördlichen Prüfung des Verwaltungsakts im Vorverfahren nicht einverstanden gewesen wäre, hätte sie dann die Möglichkeit gehabt, den Rechtsweg zu beschreiten. Für solche öffentlich-rechtliche Streitigkeiten ist gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO der *Verwaltungsrechtsweg* eröffnet. Erstinstanzlich zuständig wäre gemäß §§ 45, 52 Nr. 5 VwGO das örtliche Verwaltungsgericht gewesen. Vor diesem hätte Karina, da sie Aufhebung des Rückzahlungsbescheides begehrte, Anfechtungsklage erheben müssen, § 42 Abs. 1, 1. Alt. VwGO. Gegenstand dieser Klage wäre der Widerspruchsbescheid gewesen, § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Im Falle der Rechtswidrigkeit hätte das Verwaltungsgericht den Bescheid durch Urteil aufgehoben, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO, andernfalls die Klage abgewiesen. Danach wäre Karina gemäß § 124 Abs. 1 VwGO auf *Berufung* vor dem Oberverwaltungsgericht angewiesen gewesen und dann, wenn diese ohne Erfolg geblieben wäre, auf *Revision* vor dem Bundesverwaltungsgericht, § 132 Abs. 1 VwGO, sofern diese Rechtsmittel überhaupt



zugelassen worden wären. Spätestens durch die Revision hätte Karina den Rechtsweg erschöpft. Der Rechtsstreit wäre insofern endgültig entschieden.



## Widerspruchs- und Klagebefugnis

Aber Karina hat keinen fristgerechten Widerspruch eingelegt und den Rückzahlungsbescheid bestandskräftig bzw. unanfechtbar werden lassen. Christoph hat die Überlegung geäußert, er selbst könne ja vielleicht den Widerspruch für Karina einlegen. Jedoch regelt § 42 Abs. 2 VwGO, dass nur derjenige Anfechtungsklage erheben kann, der geltend macht, durch den Verwaltungsakt in seinen eigenen Rechten verletzt zu sein, sog. *Widerspruchsbefugnis* bzw. *Klagebefugnis*. Da es hier nicht auf eine bloße Behauptung ankommen kann, ist nur derjenige zur Klage befugt, nach dessen substantiierten Ausführungen (§ 82 Abs. 1 VwGO) die Möglichkeit besteht, dass die Verletzung eigener Rechte nicht unter allen rechtlichen Gesichtspunkten ausgeschlossen ist (sog. *Negativformel*). Für das Vorverfahren gilt selbstverständlich dasselbe; auch den Widerspruch kann nur derjenige einlegen, dessen Rechte verletzt sein können. Im konkreten Fall ist eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) von Karina nicht von vornherein auszuschließen, weil sie Adressatin des belastenden Bescheids ist (sog. *Adressatentheorie*). Hingegen hat Christoph mit der Rückzahlung der Ausbildungsförderung nichts zu tun und ist deswegen mangels Möglichkeit der

Rechtsverletzung auch nicht widerspruchsbefugt. Karina und Christoph können also gegen den Rückzahlungsbescheid ohne weiteres nichts unternehmen.

## Verfassungsrechtliche Anforderungen an Gesetzesänderungen

Allerdings bliebe Karina der seltene Ausnahmefall des *Wiederaufgreifens des Verfahrens* gemäß §§ 51 Abs. 5, 48 Abs. 1 VwVfG NRW, wenn der Verwaltungsakt schwerwiegend rechtswidrig wäre. Ist aber der Rückzahlungsbescheid schwerwiegend rechtswidrig? Die Ausbildungsförderung wurde ursprünglich vollständig als Zuschuss gezahlt. Im Jahre 1983 wurde sie durch ein Änderungsgesetz zum Bundesausbildungsförderungsgesetz auf ein Volldarlehen umgestellt. Dementsprechend wurde die Ausbildungsförderung für die kommenden Semester auch nur als Volldarlehen bewilligt. Ebenso lauten selbstverständlich die Rückzahlungsbescheide. Im Jahre 1990 wurde die Ausbildungsförderung dann auf einen hälftigen Zuschuss umgestellt. Auch der Rückzahlungsbescheid von Karina entspricht der von 1983 bis 1990 geltenden Gesetzeslage.

Damit kann der Rückzahlungsbescheid wegen Übereinstimmung mit dem Bundesausbildungsförderungsgesetz a. F. nur dann rechtswidrig sein, wenn die Gesetzesänderung selbst rechtswidrig, d. h. verfassungswidrig war.

## Rechtsstaatsprinzip und Vertrauensschutz

Die Gesetzesänderung könnte gegen Art. 20 Abs. 3 GG – das *Rechtsstaatsprinzip* – verstoßen. Aus diesem folgt u. a. der Grundsatz des Vertrauensschutzes, der allgemein das Vertrauen des Bürgers in den Fortbestand staatlicher Maßnahmen schützt.

Der *Vertrauensschutz* bezieht sich zum einen auf Verwaltungsakte und wird durch §§ 48 ff. VwVfG (NRW) konkretisiert. Die Verwaltung darf rechtmäßige Verwaltungsakte nur ausnahmsweise nach Maßgabe des § 49 VwVfG (NRW) zurücknehmen. Selbst rechtswidrige Verwaltungsakte genießen gemäß § 48 VwVfG (NRW) einen gewissen Bestandsschutz.

Zum anderen – und darum geht es hier – schützt Art. 20 Abs. 3 GG auch das Vertrauen auf Gesetze. In dieser Ausprägung wird vom sog. Rückwirkungsverbot gesprochen. Unterschieden wird zwischen echter und unechter Rückwirkung bzw. zwischen Rückbewirkung von Rechtsfolgen und tatbestandlicher Rückanknüpfung.

## Echte vs. unechte Rückwirkung von Gesetzen

*Echte Rückwirkung* bzw. Rückbewirkung von Rechtsfolgen liegt vor, „wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in vergangene Tatbestände eingreift“ (BVerfGE 57, 361 (391); 68, 287 (306)), und ist grundsätzlich verfassungswidrig; es gibt aber auch Ausnahmen (BVerfGE 13, 261 (270 ff.)). Karina befand sich aber zur Zeit des Änderungsgesetzes noch im Studium. Auch die Rückzahlungsmodalitäten der ersten beiden Semester wurden nicht geändert. In vergangene Tatbestände wurde also nicht eingegriffen. Eine echte Rückwirkung liegt hier somit nicht vor.

In Frage kommt indes *unechte Rückwirkung* bzw. tatbestandliche Rückanknüpfung. Diese ist gegeben, „wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte für die Zukunft einwirkt“ (BVerfGE 51, 356 (362); 69, 272 (309)) bzw. „künftige Rechtsfolgen von Gegebenheiten aus der Zeit vor ihrer Verkündung abhängig macht“ (BVerfGE 79, 29 (45 f.)). Die unechte Rückwirkung ist, gemessen am Rechtsstaatsprinzip, im Grundsatz zulässig, aber differenziert zu beurteilen

Doch fragt sich zunächst, ob hier überhaupt eine Rückwirkungsproblematik vorliegt. Betrachtete man das Studium als noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt, auf den durch das Änderungsgesetz eingewirkt worden ist, so wäre unechte Rückwirkung gegeben, die an Art. 20 Abs. 3 GG zu messen wäre. Aus der Sicht von Karina ist eine solche Betrachtungsweise legitim. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Ausbildungsförderung gemäß § 1 BAföG nur nach Maßgabe des Bundesausbildungsförderungsgesetzes gewährt wird. Außerdem regelt § 50 Abs. 3 BAföG, dass die Ausbildungsförderung jeweils nur für einen konkreten Bewilligungszeitraum – in der Regel ein Jahr – bewilligt wird. Dementsprechend sind die Bewilligungszeiträume als die jeweils maßgeblichen Sachverhalte anzusehen. Nur wenn in einen laufenden Bewilligungszeitraum eingegriffen worden wäre, läge unechte Rückwirkung vor. So hat der Gesetzgeber die Rückwirkungsproblematik vermieden. Damit ist Art. 20 Abs. 3 GG hier nicht relevant.

Das Änderungsgesetz war somit rechtmäßig. Auch Karinas Rückzahlungsbescheid, der auf dem geänderten Bundesausbildungsförderungsgesetz beruht, ist somit rechtmäßig. Damit kommt auch ein Wiederaufgreifen des Verfahrens nicht in Betracht. Karina muss sich mit ihrem Rückzahlungsbescheid abfinden.

## Die Wohnung im Lager

Während Karina und Stefan ihr steigendes Einkommen aus der StartUp GmbH zur Anhebung ihres Lebensstils nutzten, hatte sich Familienvater Christoph einen lang gehegten Traum erfüllt.

Er bewohnte seit einigen Jahren am Stadtrand die ehemalige Müllerwohnung einer alten Wassermühle. Als er mit seiner Frau in die loftartigen Räume einzog, war den beiden alles riesig vorgekommen. Mit der Geburt ihrer Tochter Julia hingegen wuchs der Wunsch nach mehr Platz, oder besser gesagt, nach mehr Zimmern, vor allem einem separaten Kinderzimmer.

Da traf es sich gut, dass im eigentlichen Mühlgebäude noch zwei ineinander übergehende Räume vorhanden waren, die früher als Lager genutzt wurden. Das ehemalige Lager lag in direkter Nähe zur Wohnung und eignete sich ideal zur Erweiterung. Nachdem die Mühle bereits mehrere Jahrzehnte außer Betrieb war, hatten die übrigen Bewohner die Räume für ihre eigenen Zwecke entdeckt. So hatte sich im Laufe der Zeit in den Räumen einiges Gerümpel angesammelt. Das einzige Fenster hatte irgendwann unter dem Gewicht von angelehnten Gartenmöbeln nachgegeben und im Laufe zweier Jahre war Wasser in den Raum gelaufen, was den Holzbohlen arg zugesetzt hatte.

Eines Tages hatte sich Christoph die Schäden angesehen und entschieden, dass alles zu reparieren sei und die beiden Räume ein gutes Schlafzimmer und ein Arbeitszimmer für seine Frau abgegeben würden. Mit der Vermieterin war er schnell handelseinig. Sie schlug jedoch vor, dass er neben das bereits vorhandene Bad auch noch eine kleine Küche hinzauberte. So könnte sie nach seinem Auszug die Wohnung getrennt vermieten. Die Materialkosten wollte sie übernehmen und dafür, dass er die beiden Räume renovierte, sollte er sie zum Vorzugspreis von 200 Euro zu seiner Wohnung hinzumieten dürfen.

Nach zwei Monaten abendlicher Schufferei und durchgearbeiteter Wochenenden war es geschafft: Das Gerümpel war vom Sperrmüll abgeholt, der Holzboden abgeschliffen und versiegelt und die Wände gestrichen. Das einzige Problem war das fehlende Tageslicht. Das Fenster hatte er zwar ersetzt, aber sechzig Quadratmeter Wohnfläche mit nur einem kleinen Fenster sorgten selbst bei hellem Sonnenschein nicht gerade für lichtdurchflutetes Wohngefühl.

„Immerhin haben wir jetzt Platz“, tröstete er seine Frau.

Doch die Freude währte nicht lange. Zwei Monate nach dem Bezug der neuen Räume kam Christoph mehr als schlecht gelaunt ins Büro.

„Die Stadt will mir mein Schlafzimmer wegnehmen“, erklärte er wutschnaubend. „Ich habe gestern Post erhalten. Da stand drin, dass ich ohne Genehmigung bauliche Maßnahmen durchgeführt hätte, die ich jetzt wieder rückgängig zu machen hätte.“

„Ruf da doch mal an und erkläre denen die Lage“, schlug Karina vor. „Schließlich wird doch überall Wohnraum gebraucht, da kann es doch nicht sein, dass die dir verbieten, deine Wohnung zu erweitern.“

„Das habe ich heute Morgen schon versucht“, antwortete Christoph. „Aber der Beamte hat sich stur gestellt. Erstens, so sagte er, hätte ich eine Baugenehmigung gebraucht.“

„Wieso denn das?“, fragte Stefan. „Du hast doch bloß den Boden abgeschliffen und die Wände gestrichen. Und für die Reparatur eines Fensters braucht man doch wohl keine Baugenehmigung.“

„Das habe ich dem auch erklärt“, entgegnete Christoph. „Aber er meinte, dass die Räume lediglich für eine gewerbliche Nutzung vorgesehen seien, also braucht man eine Nutzungsänderungsgenehmigung oder so was. Und wenn gewerbliche Räume in Wohnraum umgewandelt werden sollen, dann gelten da die Bestimmungen für einen Neubau.“

„Und was bedeutet das?“, fragte Karina.

„Wir brauchen ein feuersicheres Treppenhaus, es müssen Maßnahmen zum Schall- und Wärmeschutz ergriffen werden und und und.“, antwortete Christoph. „Ich habe gleich danach einen befreundeten Architekten angerufen. Der hat sich erst mal amüsiert und mir gesagt, dass er mir das gleich hätte sagen können, wenn ich ihn gefragt hätte. Von wegen Nutzungsänderung und so. Und dann hat er grob überschlagen, was das alles kosten würde und erklärt, dass ich es unter 150.000 Euro gar nicht erst versuchen bräuchte.“

„Ich fass es nicht“, erklärte Stefan ungläubig. „Könnte man den Typen vom Bauamt nicht mit einer guten Flasche Rotwein etwas gnädiger stimmen?“

Christoph ignorierte Stefans Vorschlag und fuhr fort: „Jetzt habe ich acht Wochen Zeit, den gesetzlichen Zustand, wie die es nennen, wieder herzustellen. Ob ich mal den Lorenz anrufen soll? Vielleicht kann der mir helfen?!

## Die Wohnung im Lager – Rechtliche Erläuterung

Es fragt sich, ob die amtliche Verfügung, die anordnet, in acht Wochen den gesetzlichen Zustand wiederherzustellen, rechtmäßig ist.

### Baurecht, Bauplanungsrecht und Bauordnungsrecht

Bei dieser Verfügung handelt es sich um eine sog. Bauordnungsverfügung. Diese beruht auf dem Baurecht. Das Baurecht besteht aus zwei Regelungsbereichen, dem *Bauplanungsrecht* und dem *Bauordnungsrecht*.

Das Bauplanungsrecht, auch Stadtplanungsrecht oder Städtebaurecht genannt, ist flächenbezogen und regelt die Zulässigkeit der baulichen Nutzung von Grundstücken. Dabei wird die in der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG enthaltene Baufreiheit einge-

schränkt. Für das Bauplanungsrecht hat der Bund gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG die Gesetzgebungskompetenz, auf deren Grundlage das Baugesetzbuch (BauGB) erlassen worden ist.

Auf der anderen Seite steht das Bauordnungsrecht. Das formelle Bauordnungsrecht regelt die Organisation und die Zuständigkeit der Behörden und deren Verfahren, während das materielle Bauordnungsrecht objektbezogen die Anforderungen an die Ausführung des einzelnen Bauwerks regelt. Dabei geht es um die Abwehr von Gefahren, die mit der baulichen Nutzung von Grundstücken einhergehen, vgl. § 3 Abs. 1 S.°1 BauO NRW. Damit handelt es sich beim Bauordnungsrecht um Sonderordnungsrecht, wofür die Länder aufgrund Art. 70 Abs. 1 GG die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz haben. Aufgrund dessen haben die Länder verschiedene Bauordnungen erlassen, in Nordrhein-Westfalen ist dies die BauO NRW.

## Ermächtigungsgrundlage

Die Bauordnungsverfügung greift belastend in Christophs Rechte ein, zumindest ist seine allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG betroffen. Aus dem Wesen der Grundrechte als Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe und aus der Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG ergibt sich der sog. *Gesetzesvorbehalt*, wonach belastende staatliche Eingriffe einer gesetzlichen Grundlage – der sog. *Ermächtigungsgrundlage* – bedürfen. Als solche kommt, da es sich um eine Bauordnungsverfügung der Bauaufsichtsbehörde handelt, mangels spezieller Ermächtigungen in Nordrhein-Westfalen allein die bauordnungsrechtliche Generalklausel in Betracht: Gemäß § 58 Abs. 2 S.°1 BauO NRW haben die Bauaufsichtsbehörden bei Errichtung, Änderung, Abbruch, Nutzung, Nutzungsänderung und Instandhaltung baulicher Anlagen darüber zu wachen, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften und die aufgrund dieser Vorschriften erlassenen Anordnungen eingehalten werden. In Wahrnehmung dieser Aufgabe haben sie gemäß § 58 Abs. 2 S.°2 BauO NRW in pflichtgemäßem Ermessen die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

## Rechtmäßigkeit

Als Verwaltungsakt ist die Bauordnungsverfügung nur rechtmäßig, wenn

- formell ihre Entstehung – d. h. das Verwaltungungsverfahren – den formellen Anforderungen des VwVfG NRW entspricht und
- materiell ihre Regelung die Anforderungen der Ermächtigungsgrundlage und des sonstigen anwendbaren Rechts erfüllt.

## Formelle Rechtmäßigkeit

Die Bauordnungsverfügung müsste also formell rechtmäßig sein. Dafür müsste zunächst der ‚Typ vom Bauamt‘ zuständig gewesen sein. Gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 3 BauO NRW ist für den Vollzug der Bauordnung die untere Bauaufsichtsbehörde zuständig. Dies ist hier die Stadt, § 57 Abs. 1 Nr. 3 a BauO NRW. Für diese handelt der Bürgermeister, § 62 Abs. 2 S. 2 GO NRW, d. h. die gesamte Stadtverwaltung, u. a. auch das Bauamt. Da das Handeln des Amtswalters der Behörde zuzurechnen ist, stammt die Verfügung vom Bürgermeister und damit von der zuständigen unteren Bauaufsichtsbehörde.

Ferner ist bei belastenden Verwaltungsakten gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG NRW eine vorherige Anhörung des Betroffenen erforderlich. Eine solche Anhörung hat hier allerdings nicht stattgefunden, so dass die Verfügung bislang formell rechtswidrig ist. Die Anhörung kann aber nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG NRW bis zum Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden. Sollte auch dies nicht geschehen, so kann die fehlende Anhörung wegen § 46 VwVfG NRW dennoch unbeachtlich sein, wenn die Behörde ohnehin so entschieden hätte, wie sie entschieden hat.

Letztlich müsste die Bauordnungsverfügung auch formgemäß erlassen worden sein. Die von §§ 12 Abs. 2, 20 Abs. 1 S. 1 OGB NRW bei Ordnungsverfügungen geforderte Schriftform ist gewahrt.

## Materielle Rechtmäßigkeit

### Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Die Bauordnungsverfügung müsste auch materiell rechtmäßig sein. Dafür müssten zunächst die tatbestandlichen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage gegeben sein. § 58 Abs. 2 S. 1 u. 2 BauO NRW gibt den Bauaufsichtsbehörden die Befugnis, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die öffentlich-rechtlichen Vorschriften bei Errichtung, Änderung, Abbruch, Nutzung, Nutzungsänderung und Instandsetzung baulicher Anlagen eingehalten werden.

### Nutzungsänderung einer baulichen Anlage

Gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 BauO NRW ist unter einer baulichen Anlage eine mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten (§ 2 Abs. 9 BauO NRW) hergestellte Anlage zu verstehen. Damit handelt es sich bei der Mühle um eine bauliche Anlage. Indem das ehemalige Lager nunmehr als Wohnung genutzt wird, liegt eine Nutzungsänderung i.S.d. § 58 Abs. 2 S. 1 BauO NRW vor. Damit war die Bauaufsichtsbehörde verpflichtet, die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu überwachen.

## Formelle Illegalität

Hierzu gehört einerseits § 60 BauO NRW, der anordnet, dass auch die Nutzungsänderung baulicher Anlagen grundsätzlich der Baugenehmigung bedürfen (Ausnahmen in §§ 61-63, 78, 79 BauO NRW). Fehlt die erforderliche Baugenehmigung, so ist das Vorhaben formell illegal. So liegt auch hier der Fall: Die Nutzungsänderung der Räume in der Mühle war genehmigungspflichtig, § 60 BauO NRW. Somit steht das Vorhaben wegen formeller Illegalität im Widerspruch zur öffentlich-rechtlichen Vorschrift des § 60 BauO NRW.

## Materielle Illegalität

Aber wäre denn die Nutzungsänderung genehmigungsfähig gewesen?

Eine Baugenehmigung wird von der unteren Bauaufsichtsbehörde auf Antrag (sog. Bauantrag, § 70 BauO NRW) erteilt, wenn dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen, § 74 Abs. 1 S. 1 BauO NRW. An dieser Stelle wird die Verzahnung von Bauordnungsrecht und Bauplanungsrecht sichtbar. Denn zu den öffentlich-rechtlichen Vorschriften zählt neben dem materiellen Bauordnungsrecht maßgeblich auch das Bauplanungsrecht, das sich aus dem Baugesetzbuch (BauGB) i. V. m. der Baunutzungsverordnung (BauNVO) und dem für das jeweilige Grundstück geltenden Bebauungsplan ergibt. Das Bauplanungsrecht regelt, ob ein Grundstück überhaupt bebaut werden darf (§§ 29 ff. BauGB), welche Art baulicher Nutzung (Wohngebiete, Gewerbegebiete, Industriegebiete usw., vgl. §§ 2 ff. BauNVO) und welches Maß baulicher Nutzung (Geschoßzahl, Höhe usw., vgl. §§ 16-21a BauNVO) zulässig sind, welche Bauweise (Einzelhäuser, Doppelhäuser, Häusergruppen, vgl. § 22 BauNVO) vorgeschrieben ist und wie viel der Grundstücksfläche überbaut werden darf (§ 23 BauNVO). Ein Vorhaben ist nur genehmigungsfähig, wenn es neben den Anforderungen des materiellen Bauordnungsrechts auch dem Bauplanungsrecht entspricht. Durch das Instrument der Baugenehmigung werden also das Bauplanungsrecht und das Bauordnungsrecht miteinander verzahnt. Wenn ein Vorhaben dem Bauplanungsrecht oder den Anforderungen der Bauordnung an die konkrete Bauausführung widerspricht, dann ist es materiell illegal.

Und was bedeutet dies für Christophs Vorhaben? Die Nutzungsänderung der ehemaligen Lagerräume der Mühle wäre nur möglich, wenn Christoph umfangreiche Umbaumaßnahmen (z. B. ein feuersicheres Treppenhaus, § 37 Abs. 6 BauO NRW) im Wert von 150.000 Euro vornehmen würde. Im jetzigen Zustand entspricht das Vorhaben also jedenfalls nicht den Anforderungen des materiellen Bauordnungsrechtes. Christophs Vorhaben ist damit nicht genehmigungsfähig. Ein Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften ist also gegeben. Die Erfordernisse der bauordnungsrechtlichen Generalklausel sind erfüllt.



## Ermessen

Demnach konnte die Behörde gemäß § 58 Abs. 2 S. 2 BauO NRW nach *plichtgemäßem Ermessen* die erforderlichen Maßnahmen treffen. Zu diesen Maßnahmen gehören vor allem Bauordnungsverfügungen, also auch Nutzungsuntersagungen. Eine formell und materiell illegale Nutzung zu untersagen, ist jedenfalls verhältnismäßig. Da Christoph den bauordnungswidrigen Zustand geschaffen hat und daher für diesen gemäß § 17 OBG NRW verantwortlich ist, konnte die Verfügung auch ihm gegenüber ergehen. Damit ist die Verfügung grundsätzlich materiell rechtmäßig.

## Der Jungunternehmerstammtisch

Auch wenn die Geschäfte gut liefen, so gab es doch immer wieder Momente, in denen den drei Jungunternehmern klar wurde, dass sie noch viel lernen mussten. Immer wieder standen sie vor organisatorischen, rechtlichen oder steuerlichen Problemen, mit denen sie sich erstmals beschäftigen mussten. Da sicherlich auch andere junge Selbständige diese Probleme hatten, überlegten die drei, wie man einen Erfahrungsaustausch organisieren könnte. Hierzu wollten sie einen Stammtisch einrichten, an dem junge StartUps und Selbständige ihre Erfahrungen austauschen konnten.

Der Jungunternehmerstammtisch schien ein voller Erfolg zu werden. Immerhin hatten sich etwa 25 Selbständige zusammengefunden. Außerdem waren drei Mitglieder des Gemeinderates sowie ein Vertreter der IHK erschienen. Schließlich hatte sich sogar ein Vertreter des Wirtschaftsministeriums eingefunden, um das Engagement der Anwesenden zu loben.

Um halb drei aber gab auch der letzte Jungunternehmer auf, nachdem der Wirt auch keine rechte Lust mehr gezeigt hatte, die Sperrstunde noch weiter zu überziehen.

Trotz des einen oder anderen Glases Sekt, das sie auf den gelungenen Abend getrunken hatte, setzte sich Karina noch ins Auto, um nach Hause zu fahren. Diese Entscheidung bereute sie schon nach zehn Minuten, als sie von einer blinkenden Kelle aufgefordert wurde, zu verlangsamen und rechts ran zu fahren.

„Allgemeine Verkehrskontrolle!“, begrüßte sie der Beamte. „Darf ich mal bitte ihre Papiere sehen?“

Karina durchsuchte ihren Rucksack nach den geforderten Unterlagen und übergab sie dem Beamten. Als sie die Frage nach vorangegangenen Alkoholenuss nicht eindeutig verneinen konnte, wurde sie freundlich gebeten, einen Atemalkoholtest zu absolvieren.

Nachdem Sie kräftig in das Gerät geblasen hatte, warf der Polizeibeamte einen Blick auf die Digitalanzeige und meinte schlicht: „Ja, das war’s dann wohl: 1,55 Promille. Ich fahre Ihren Wagen mal um die Ecke, den Führerschein behalten wir gleich ein.“

Lächelnd kam er zurück und übergab Karina die Wagenschlüssel mit den Worten: „Morgen früh ab neun ist da Parkverbot, da muss der Wagen weg sein, sonst gibt's eine kostenpflichtige Verwarnung. Der Kollege fährt Sie jetzt ins Krankenhaus zur Blutprobe.“

Am nächsten Tag saß Karina beim Anwalt der Firma und bat um Hilfe.

„Wenn ich meinen Führerschein nicht wieder bekomme, kriegen wir größte Schwierigkeiten. Ich bin doch für die Kundenakquise zuständig, fahre ständig im Land herum. Mit der Bahn kann ich nicht fahren, ich hab doch immer das ganze Präsentationsmaterial dabei, das kann ich allein gar nicht tragen. Und wenn ich das alles mit dem Taxi machen soll, dann sind wir ruck zuck pleite.“

Außerdem bin ich doch zum ersten Mal erwischt worden; ich trinke sonst fast nie Alkohol. Da muss es doch möglich sein, dass die noch mal ein Auge zudrücken. Es wäre schließlich vollkommen unverhältnismäßig, wenn ich jetzt meinen Beruf nicht mehr ausüben kann, bloß wegen einmal Fahren mit Alkohol.“

## Der Jungunternehmerstammtisch – Rechtliche Erläuterung

Alkoholisiertes Autofahren, die sog. Trunkenheitsfahrt, ist, je nach dem Grad der Alkoholisierung, entweder als Ordnungswidrigkeit oder auch strafrechtlich relevant.

§ 316 StGB ordnet eine *Strafbarkeit* für denjenigen an, der im Verkehr ein Fahrzeug führt, obwohl er infolge des Genusses alkoholischer Getränke oder anderer berauschender Mittel nicht in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen. Fahren im Zustande der Fahruntüchtigkeit ist danach strafbar. Die Rechtsprechung nimmt bei Fahrern von Kraftfahrzeugen eine *absolute Fahruntüchtigkeit* bei einem Alkoholgehalt ab 1,1 Promille an. Radfahrer gelten bei 1,6 Promille als fahruntüchtig. Bei Erreichen dieser Werte wird die Fahrunsicherheit unwiderleglich vermutet, absolute Fahruntüchtigkeit. Bei einer Alkoholisierung unterhalb dieser Werte kann dennoch Fahrunsicherheit angenommen werden. Zur Feststellung dieser *relativen Fahruntüchtigkeit* sind jedoch zusätzlich zum Alkoholgehalt Ausfallerscheinungen erforderlich, die nachweisen, dass der Fahrer nicht mehr in der Lage war, das Fahrzeug im Verkehr sicher zu führen.

Zu einer Verletzung fremder Rechtsgüter durch das alkoholisierte Fahren braucht es nicht gekommen zu sein. Es genügt bereits die durch die Fahruntüchtigkeit entstehende abstrakte Gefährdung. § 316 StGB ist ein so genanntes *abstraktes Gefährdungsdelikt*. Wenn es zu einer konkreten Gefährdung von Leib und Leben anderer Menschen oder von Sachen von bedeutendem Wert gekommen ist, so geht eine Strafbarkeit nach § 315c Abs. 1 Nr. 1a)

StGB vor, vgl. § 316 Abs. 1 am Ende StGB. § 315c StGB ist ein *konkretes Gefährungsdelikt*.

§ 24a Abs. 1 StVG bestimmt, dass, unabhängig davon, ob der Fahrzeugführer fahruntüchtig ist, eine *Ordnungswidrigkeit* dann vorliegt, wenn jemand mit 0,5 Promille oder mehr Alkohol im Blut im Straßenverkehr ein Fahrzeug führt.

Da Karina mit einem Alkoholgehalt von 1,55 Promille ihr Auto gefahren hat, hat sie sich nach § 316 StGB wegen *Trunkenheit im Verkehr* strafbar gemacht.

Die Polizei wird ihr den Führerschein deshalb abnehmen. Juristisch gesagt: Sie *beschlagnahmt* den Führerschein nach §§ 94 Abs. 1, 3, 98 Abs. 1 S. 1 StPO, 69 Abs. 3 S. 2 StGB. Die Polizei darf zwar den Führerschein als Gegenstand beschlagnahmen, aber nicht die Fahrerlaubnis *vorläufig entziehen*. Dazu ist nach § 111a Abs. 1 S. 1 StPO nur der Richter berechtigt. Ob die Fahrerlaubnis nicht nur vorläufig, sondern endgültig – was die spätere Erteilung einer neuen Fahrerlaubnis nicht ausschließt – entzogen wird, entscheidet sich erst im Strafprozess und dem darauf ergehenden Urteil. Es ist also zwischen der Entziehung der Fahrerlaubnis, der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis und der Beschlagnahme des Führerscheins zu unterscheiden. Daneben besteht nach § 44 StGB noch die Möglichkeit, als Nebenstrafe ein Fahrverbot zu verhängen. Dies soll im Folgenden aber außer Betracht bleiben, da hier die Entziehung der Fahrerlaubnis wegen einer Tat nach § 316 StGB näher liegt und nach § 44 Abs. 1 S. 2 StGB ein Fahrverbot in der Regel gerade dann anzuordnen ist, wenn in den Fällen des § 316 StGB die Fahrerlaubnis nicht entzogen wird.

## Entziehung der Fahrerlaubnis

Die *Entziehung der Fahrerlaubnis* als die Berechtigung, ein Kraftfahrzeug der bestimmten Art zu führen, ist in § 69 StGB als Maßregel der Besserung und Sicherung, nicht als Strafe, geregelt. Eine Maßregel der Besserung und Sicherung kann im Gegensatz zur Strafe auch ohne Schuldvorwurf gegenüber dem Täter verhängt werden, vgl. § 69 Abs. 1 S. 1 StGB. Mit den Maßregeln der Besserung und Sicherung wird damit eher präventiv gegen den Täter vorgegangen.

## Vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis

Sind dringende Gründe für die Annahme vorhanden, dass im Urteil die Fahrerlaubnis nach § 69 StGB entzogen werden wird, so kann der Richter dem Beschuldigten durch Beschluss nach § 111a StPO die Fahrerlaubnis vorläufig, also vor einem strafgerichtlichen Verfahren, entziehen. Diese *vorläufige Entziehung* ist deshalb dann aufzuheben, wenn sich die

Annahme letztlich nicht bestätigt, dem Täter die Fahrerlaubnis also nicht nach § 69 StGB entzogen wird, § 111a Abs. 2 StPO.

## Beschlagnahme des Führerscheins

Der Führerschein als Sache kann *beschlagnahmt* werden. Die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 111a StPO bedeutet zugleich eine Anordnung oder Bestätigung der Beschlagnahme, § 111a Abs. 3 StPO. Andererseits haben nach §§ 94 Abs. 1, 3, 98 Abs. 2 StPO bei Gefahr im Verzug – also dann, wenn die richterliche Anordnung nicht eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme gefährdet wird – auch Polizei und Staatsanwaltschaft die Befugnis zur Beschlagnahme des Führerscheins. Voraussetzung dafür ist, dass der Führerschein der Einziehung unterliegt. Dies richtet sich nach § 69 StGB. Es müssen also – wie bei der richterlichen Anordnung der Beschlagnahme nach § 111a Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 StPO – dringende Gründe für die Annahme bejaht werden, dass die Fahrerlaubnis nach § 69 StGB entzogen werden wird.

Daher sind in jedem Fall – für die Entziehung der Fahrerlaubnis ohnehin, aber auch im Rahmen der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis sowie bei der Beschlagnahme des Führerscheins – die Voraussetzungen des § 69 StGB zu prüfen.

## Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen

Die *Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen* muss nach § 69 Abs. 1 S. 1 StGB anhand der konkreten Tat in der Regel positiv festgestellt werden. Nach § 69 Abs. 2 StGB wird die Ungeeignetheit vermutet, wenn ein dort genanntes Vergehen verübt worden ist. Für diese Fälle ist also die Prognose bezüglich der Feststellung der Ungeeignetheit im Gesetz vorweggenommen. Die Vermutung ist allerdings widerlegbar. In Ausnahmefällen kann also trotz Vorliegens eines in § 69 Abs. 2 StGB genannten Vergehens die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen verneint werden. Dass die Tat einen ersten Verstoß des Täters gegen die jeweilige Strafnorm darstellt, beinhaltet für sich alleine noch kein hinreichendes Indiz zur Widerlegung der Vermutung des § 69 Abs. 2 StGB. Es müssten noch besondere Umstände hinzukommen, die die Annahme rechtfertigen, dass es sich um einen einmaligen Verkehrsverstoß handelte. In jedem Fall – dies gilt sowohl für § 69 Abs. 1 und Abs. 2 StGB – erfolgt keine besondere Prüfung der Verhältnismäßigkeit, § 69 Abs. 1 S. 2 StGB.

Karina, die vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft gegen § 316 Abs. 1 StGB verstoßen hat, muss damit rechnen, dass die Polizei nach §§ 94 Abs. 3, 98 Abs. 1 S. 1 StPO ihren Führerschein beschlagnahmen wird. Es ist nämlich von ihrer fehlenden Eignung zum Führen von

Kraftfahrzeugen nach § 69 Abs. 2 Nr. 2 StGB auszugehen. Anhaltspunkte zur Widerlegung der Vermutung des § 69 Abs. 2 StGB ergeben sich nicht. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt nicht. Karina wird deshalb mit ihrem Argument, eine Beschlagnahme des Führerscheins treffe sie aus beruflichen Gründen unverhältnismäßig, nicht durchdringen. Diese beruflichen Gründe finden im Rahmen von § 69 Abs. 2 StGB keine Berücksichtigung. Es kommt allein auf Umstände an, die trotz des Vergehens ausnahmsweise für die Geeignetheit des Täters zum Führen von Kraftfahrzeugen sprechen. Derartige Umstände sind bei Karina nicht ersichtlich. Sie ist nicht etwa aufgrund eines Notfalls, z. B. um jemanden zum Arzt zu bringen, betrunken Auto gefahren. Dass sie Ersttäterin ist, genügt nach dem Gesagten nicht. Die Gefahr, den Führerschein und auch die Fahrerlaubnis zu verlieren, muss man bedenken, bevor man erheblich alkoholisiert das Auto startet. Wenn man die Gefährdung bedenkt, die man mit der Trunkenheitsfahrt schafft, leuchtet dies ein.

## Das Schild aus dem Nichts

Während Christoph nach den immer länger werdenden Tagen im Büro abends schnell nach Hause wollte, zogen es Karina und Stefan meist vor, in der Stadt zu essen und dann zu sehen, was der Abend noch so brachte. So fuhren sie auch an diesem Donnerstag in ihr Stammrestaurant, um die Arbeitswoche ausklingen zu lassen. Wie üblich trafen sie den einen oder anderen Bekannten und zogen bald mit Freunden von Lokal zu Lokal. Mit einem letzten Cocktail in einer Bar beendeten sie den feuchtföhlichen Abend in den frühen Morgenstunden. Stefan hatte zwar nicht immer einen realistischen Blick für seine Umwelt, aber dass er seine Fahrtüchtigkeit bereits vor Stunden verloren hatte, stand selbst für ihn außer Frage.

Grinsend hielt er Karina einen mittellangen Vortrag über die Gefahren einer Alkoholfahrt und bestellte ein Taxi. Sein Auto stand zur Abwechslung mal auf einem legalen Parkplatz, so dass er es gefahrlos im Laufe des Wochenendes abholen konnte. Dass es dazu nicht kam, fiel ihm erst am Montagmorgen auf, als er zur Arbeit wollte. Achselzuckend schwang er sich auf sein Fahrrad und nutzte den Weg zum Büro für die erste körperliche Ertüchtigung der neuen Arbeitswoche.

Auch in den nächsten Tagen nutzte er entweder sein Fahrrad oder lieh sich Christophs Auto. Als sich das Wochenende näherte und Christoph immer weniger Lust zeigte, als Autovermieter zu fungieren, beschloss Stefan, dass es Zeit sei, sein Auto aus der Stadt zu holen. Nicht gerade begeistert willigte Christoph ein, ihn durch den dichten Berufsverkehr zu fahren.

In der Nebenstraße angekommen, in der Stefan sein Auto abgestellt hatte, machten die beiden jedoch eine unangenehme Entdeckung: Wo Stefans Auto stehen sollte, war die

Straße auf einer Länge von 10 Metern aufgerissen und die Kanalisation war freigelegt. Von seinem Auto fehlte jede Spur.

„Hast du deinen Wagen eingebuddelt?“, witzelte Christoph.

Während Christoph sich noch über seinen Scherz amüsierte, verließ Stefan den Wagen und blickte reichlich verwirrt in die Baugrube.

„Wo ist denn mein Auto hin?“, fragte er verständnislos. „Ich hab’s genau hier abgestellt. Das muss irgendwer gestohlen haben.“

„Als ob dein alter Karren noch geklaut werden würde. Die Polizei wird’s abgeschleppt haben“, entgegnete Christoph, der mittlerweile aus dem Auto ausgestiegen war. „Da vorne steht doch ein Schild, dass hier ab Mittwoch die Straße aufgerissen wird.“

„Das stand aber Freitag noch nicht hier!“, beschwerte sich Stefan. „Was mach ich denn jetzt?“

„Na, bei der Polizei anrufen und fragen, ob die wissen, wo dein Auto ist“, schlug Christoph vor und reichte Stefan sein Handy.

„Dann werde ich das mal tun“, beschloss Stefan.

Das Telefonat verlief nur teilweise zu Stefans Zufriedenheit. Nachdem er Kennzeichen und Wagentyp genannt hatte, erfuhr er zu seiner Erleichterung, dass der Wagen nicht gestohlen, sondern nur abgeschleppt worden war. Die weiteren Neuigkeiten erfreuten ihn jedoch weniger. Stefans Auto stand auf dem Betriebshof eines Abschleppunternehmens und konnte dort abgeholt werden, allerdings nur gegen Zahlung der nicht unbeträchtlichen Abschleppkosten.

„Das seh’ ich ja gar nicht erst ein“, fluchte Stefan, nachdem er das Gespräch beendet hatte.

„Die können doch nicht, während ich drauf stehe, einen legalen Parkplatz in eine Kanalbau-stelle verwandeln und mich dann fürs Abschleppen bezahlen lassen!“

„Die haben das bestimmt nicht aus Jux und Dollerei getan“, versuchte Christoph Stefan zu beruhigen. „Wahrscheinlich ist da irgendein Rohr geplatzt und die mussten schnell handeln.“

„Ja, ja, so was hat der von der Polizei auch gesagt. Aber wieso soll ich dann die Abschleppkosten zahlen? Das Ganze ist ja wohl kaum mein Fehler, ich habe schließlich nichts falsch gemacht. Keinen Cent werde ich zahlen, ich lass mich doch nicht einfach ausnehmen.“

„Wenn du dein Auto wiederhaben möchtest, wirst du kaum ums Bezahlen herumkommen.“

Stefan gab auf. „Wahrscheinlich hast du Recht. Ich werde erst mal zahlen, damit ich den Wagen zurückbekomme – auch wenn das nichts anderes als Erpressung ist. Aber gleich am Montag rufe ich unseren Anwalt an. Der Lorenz wird mir das Geld zurückholen, und wenn ich bis vor das Bundesverfassungsgericht ziehen muss.“

## Das Schild aus dem Nichts – Rechtliche Erläuterung

Stefan kann sich darauf einstellen, per *Verwaltungsakt* – dem sog. *Kostenbescheid* – zur Zahlung der Abschleppkosten herangezogen zu werden. Ob Herr Rechtsanwalt Lorenz dagegen Erfolg haben wird? Dazu sind drei Dinge zu unterscheiden:

- Stefan muss nur dann zahlen, wenn der Kostenbescheid rechtmäßig ist, was voraussetzt, dass die Stadt tatsächlich einen Anspruch auf Zahlung der Kosten hat.
- Die Stadt kann nur dann die Zahlung der Abschleppkosten verlangen, wenn das Abschleppen rechtmäßig erfolgt ist.
- Und das Abschleppen ist nur rechtmäßig, wenn Stefan sein Auto von dort hätte entfernen müssen.

## Entfernungsgebot

Zuerst ist zu fragen, ob Stefan sein Auto überhaupt vom Parkplatz entfernen musste. Stefan hat auf einem Parkplatz geparkt. Das Parken auf dem Parkstreifen ist grundsätzlich erlaubt gemäß § 12 Abs. 4 S. 1 StVO, sofern es nicht verboten bzw. sonst wie geregelt ist gemäß §§ 12, 13 StVO.

## Halteverbotsschild

Das Schild, das das Parken an der Stelle, wo Stefans Auto stand, ab Mittwoch untersagt, ist ein Halteverbotschild gemäß § 41 Abs. 2 Nr. 8 Zeichen 283 StVO. Dieses Schild „verbietet jedes Halten auf der Fahrbahn.“ Damit war hier ab Mittwoch gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 6 a StVO das Halten und erst recht das Parken verboten. Das Halteverbot beinhaltet zugleich das Gebot, bei Zuwiderhandeln den ordnungswidrigen Zustand alsbald zu beenden, das Fahrzeug also zu entfernen (BVerwGE NVwZ 1988, 623 (624)). Damit war Stefan grundsätzlich verpflichtet, sein Auto ab Mittwoch wegzufahren.

## Bekanntgabe trotz nachträglichen Aufstellens

Allerdings erscheint es problematisch, dass Stefan von diesem Verbot nichts wusste, weil das Halteverbotsschild erst aufgestellt worden ist, nachdem er sein Auto auf dem Parkstreifen geparkt hatte. Verkehrszeichen sind nach dem Willen des Gesetzgebers sog. benutzungsregelnde *Allgemeinverfügungen* gemäß § 35 S. 2, 3. Alt. VwVfG (NRW), also Verwaltungsakte. Dies erklärt sich auch daraus, dass Verkehrszeichen im Prinzip nur die verkehrsregelnden Anweisungen von Polizisten vertreten.

Ein Verwaltungsakt ist allerdings dem Adressaten gemäß § 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG (NRW) bekannt zu geben. Erst dann wird er für den Adressaten wirksam, § 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG (NRW). Eine individuelle Bekanntgabe des Halteverbots an Stefan hat hier nicht stattgefunden.

den. Zwar gibt es bei Verwaltungsakten gemäß § 41 Abs. 3 S. 1 VwVfG (NRW) auch eine öffentliche Bekanntmachung. Dann müssen die jeweiligen Adressaten des Verwaltungsakts keine Kenntnis von diesem erlangt haben. Doch scheitert eine öffentliche Bekanntmachung des Verkehrszeichens durch dessen Aufstellung an den nach § 41 Abs. 4 VwVfG (NRW) erforderlichen Formalien. Demgemäß wäre das Halteverbot und damit das Entfernungsgebot für Stefan noch nicht wirksam geworden, da er nicht davon wusste. Daher hätte er keine Pflicht zur Entfernung seines Wagens gehabt.

Doch – so die herrschende Rechtsprechung – sei zu bedenken, dass das Aufstellen von Verkehrsschildern wegen des Rechtsstaatsprinzips selbstverständlich so erfolgen müsse, dass ein sorgfältiger Verkehrsteilnehmer i. S. v. § 1 Abs. 2 StVO das Schild ohne weitere Überlegung eindeutig erfassen könne. Zudem nehme jemand, der sein Auto geparkt habe, weiterhin am ruhenden Verkehr teil und bleibe damit Verkehrsteilnehmer, für den die Straßenverkehrsordnung gelte. Und die Straßenverkehrsordnung setze zur Wirksamkeit von Verkehrszeichen nur deren Aufstellung voraus. Auch sei zu bedenken, dass man von einem sorgfältigen Teilnehmer am ruhenden Verkehr verlangen könne, in regelmäßigen und angemessenen Abständen von mehreren Tagen, nach seinem Fahrzeug und der Verkehrsregelung zu sehen. Aus diesem Grund sei es gerechtfertigt, von den allgemeinen Bekanntgaberegeln des § 41 VwVfG (NRW) abzuweichen und einen speziellen Bekanntgabebegriff der Straßenverkehrsordnung anzunehmen (OVG Münster NJW 1990, 2835 (2835 f.)). Diese Auffassung rückt Verkehrsschilder in ihrer Wirkung bedenklich nahe an Rechtsnormen heran, entspricht aber der höchststrichterlichen Rechtsprechung (BVerwG NJW 1997, 1021 (1022)). Folgt man dieser, dann werden Verkehrszeichen allein mit dem Aufstellen den Verkehrsteilnehmern – also auch Stefan – bekannt gegeben, ob diese davon wissen oder nicht. Demnach musste Stefan ab Mittwoch sein Auto vom Parkplatz entfernen.

## Verwaltungszwang

Aber heißt dies auch, dass das Auto einfach abgeschleppt werden durfte? Dann müsste es möglich sein, die aus einem Verwaltungsakt folgende Pflicht, etwas zu tun, ersatzweise anstatt des Adressaten ohne oder sogar gegen dessen Willen vorzunehmen.

## Begriff

Solche und ähnliche Fälle sind Gegenstand des *Verwaltungszwangs*. Beim Verwaltungszwang geht es darum, die öffentliche Ordnung – wenn nötig – mit Zwang durchzusetzen. Der Betroffene eines gebietenden oder verbotenden Verwaltungsakts soll seine Pflicht erfüllen, allein schon um der Verwaltungsvollstreckung und den damit verbundenen Kosten zu entgehen. Erfüllt er seine Pflicht nicht, dann wird diese zwangsweise vollstreckt.



Der Verwaltungszwang ist in Nordrhein-Westfalen allgemein in den §§ 55-75 VwVG NRW – für Polizei speziell in §§ 50-66 PolG NRW – geregelt. Auf Bundesebene finden sich in §§ 6-16 VwVG des Bundes und im UZwG entsprechende Regelungen. Hier ist das Landesgesetz anzuwenden, weil das Entfernungsgebot von der örtlichen Ordnungsbehörde und damit von einer Landesbehörde erlassen worden ist.

## Zulässigkeit

Wie oben festgestellt, war Stefan durch das Halteverbot verpflichtet, das Auto ab Mittwoch zu entfernen. Das Halteverbot ist ein Verwaltungsakt, der zur Vornahme einer Handlung verpflichtet. Ein solches Gebot kann gemäß § 55 Abs. 1 VwVG NRW dann zwangsweise durchgesetzt werden, wenn es unanfechtbar ist oder wenn ein Rechtsmittel keine *aufschiebende Wirkung* – auch *Suspensiveffekt* genannt – hat. Der in dem Halteverbotsschild liegende Verwaltungsakt ist zum einen noch nicht unanfechtbar, weil das Schild erst kürzlich aufgestellt worden ist und daher ein Widerspruch innerhalb der Monatsfrist des § 70 Abs. 1 VwGO noch möglich ist. Zum anderen vertreten Verkehrsschilder die verkehrsregelnden Anweisungen von Polizisten, weswegen ein Widerspruch gegen Verkehrszeichen entsprechend § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO keine aufschiebende Wirkung entfaltet. Somit ist der Verwaltungszwang hier gemäß § 55 Abs. 1 VwVG NRW zulässig.

## Ordnungsgemäße Art und Weise des Verwaltungszwangs

Allerdings müsste die Vollstreckung des Entfernungsgebots auch ordnungsgemäß abgelaufen sein.

## Richtiges Zwangsmittel

Es müsste zunächst ein zulässiges Zwangsmittel angewandt worden sein. Es gibt gemäß § 57 VwVG NRW drei verschiedene Zwangsmittel: Ersatzvornahme, Zwangsgeld und unmittelbarer Zwang. Das Entfernen des Wagens ist eine Handlung, die nicht nur Stefan, sondern jedermann ausführen kann, also eine vertretbare Handlung. Durch das Abschleppen des Autos ist diese Handlungspflicht ausgeführt worden. Damit ist nicht unmittelbarer Zwang, sondern die Ersatzvornahme (vgl. § 59 VwVG NRW), also die Entfernung des Autos durch die Vollzugsbehörde oder durch einen beauftragten Dritten – den Abschleppunternehmer – das grundsätzlich richtige Zwangsmittel.

## Androhung und Festsetzung

Der Verwaltungszwang ist normalerweise nicht ohne Vorwarnung zulässig. Schließlich geht es primär darum, dass der Adressat des Verwaltungsakts seine Pflicht selbst erfüllt, wozu ihm die Möglichkeit belassen werden soll. Deswegen ist das Zwangsmittel grundsätzlich gemäß § 63 Abs. 1 S. 1 u. 2 VwVG NRW vorher *schriftlich anzudrohen*; nach Fristablauf wird es gemäß § 64 VwVG NRW *festgesetzt*, dann erst kann es angewendet werden. Hier sind gegenüber Stefan weder Androhung noch Festsetzung erfolgt.

Bei gegenwärtiger Gefahr kann jedoch von diesen Formalien abgesehen werden. Man spricht dann vom sog. *sofortigen Vollzug* i. S. v. § 55 Abs. 2 VwVG NRW. Für eine solche Gefahr im ordnungsrechtlichen Sinne genügt es, dass ein Verstoß gegen die Rechtsordnung droht. Da Stefans Wagen im Halteverbot parkte, lag damit ein Verstoß gegen § 12 Abs. 1 Nr. 6a StVO vor. Diese Gefahr war auch gegenwärtig, weil der Verstoß nicht nur drohte, sondern bereits verwirklicht war. Die Ersatzvornahme des Entfernungsgebots war also notwendig, um diesen Verstoß gegen die Straßenverkehrsordnung zu beenden. Androhung und Festsetzung waren deswegen hier entbehrlich.

## Verhältnismäßigkeit

Letztlich müsste die Ersatzvornahme des Entfernungsgebotes *verhältnismäßig* erfolgt sein. Denn alle staatlichen Maßnahmen müssen wegen des Rechtsstaatsprinzips des Art. 20 Abs. 3 GG den Bürger so wenig wie möglich belasten. Im Bereich des Verwaltungszwangs ist dies in § 58 VwVG NRW ausdrücklich geregelt. Eine Maßnahme ist verhältnismäßig, wenn sie zur Verwirklichung ihres Ziels geeignet, erforderlich und angemessen ist.

Das Abschleppen zielte darauf ab, das Entfernungsgebot zu vollstrecken und war dazu auch geeignet.

Es müsste aber auch erforderlich sein. Das wäre es nicht, wenn das Ziel der Maßnahme auch durch ein anderes, gleich wirksames Mittel hätte erreicht werden können, das nicht oder weniger fühlbar eingreift. Das Androhen von Zwangsgeld als gegenüber der Ersatzvornahme milderes Mittel wäre zwar möglich gewesen, aber nicht ebenso effektiv, weil die Verletzung der Straßenverkehrsordnung nicht sofort beendet worden wäre.

## Kostenbescheid

Gemäß § 77 VwVG NRW werden für Amtshandlungen nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz Kosten erhoben. Dies verfolgt den Zweck, denjenigen, der seine

primäre Pflicht aus dem Verwaltungsakt nicht erfüllt hat, wenigstens sekundär zu den Kosten der Gefahrenbeseitigung heranziehen zu können. Ansonsten wäre die Nichterfüllung von Pflichten aus Verwaltungsakten weitgehend sanktionslos. Letztlich soll dem Staat die Möglichkeit zur effektiven und bedarfsdeckenden Einnahmeerzielung gegeben werden (OVG Lüneburg NVwZ 1990, 786 (787)). Stefan muss die Kosten also tragen. Herr Rechtsanwalt Lorenz wird ihm raten, von Widerspruch und Anfechtungsklage gegen den zu erwartenden Kostenbescheid abzusehen und zügig zu zahlen.

## Die neue Mitarbeiterin

Je mehr Projekte gleichzeitig in Bearbeitung waren, desto häufiger klingelte das Telefon. Waren Christoph und Karina gleichzeitig unterwegs, so kam Stefan kaum noch zum Arbeiten, weil er ständig zwischen den drei Telefonen hin und her pendelte, Anrufe entgegennahm und Notizen machte. Kam der nächste Anruf zu schnell, gelang ihm manchmal kaum eine ordentliche Telefonnotiz. Fehlende Informationen und verpasste Rückrufe waren die Folge solcher Tage.

Als zum Jahresende viele Aufträge gleichzeitig beendet werden sollten, war es mal wieder soweit: Eine vierte Kraft war dringend notwendig.

„O.K., ich mach mal wieder einen Aushang an der Uni.“, erklärte sich Stefan bereit. Christoph war anderer Meinung: „Das reicht nicht mehr. Wir haben viel zu viel zu tun und können nicht mehr mit irgendwelchen Aushilfen arbeiten. Wir werden es dementsprechend diesmal etwas professioneller angehen und eine Anzeige in die Zeitung setzen.“

„Gute Idee!“, mischte sich jetzt Karina ein. „Und was schreiben wir da rein?“

„Wir brauchen eine Bürokraft, die sich ein bisschen mit Computern auskennt und vor allem regelmäßig kommt.“, antwortete Christoph. „Wir brauchen jemanden, den wir gründlich einarbeiten und der uns dann langfristig vor allem das Telefon und den ganzen Kleinkram vom Hals hält.“

Die einige Tage später in der Lokalpresse geschaltete Anzeige brachte weniger Erfolg als die drei erhofft hatten. Immerhin fanden sich im Laufe der folgenden Woche zehn Bewerbungsmappen im Briefkasten, von denen acht Erfolg versprechend wirkten. Nach ersten Telefonaten wurden fünf Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen.

Am besten gefiel den drei Jungunternehmern Frau Kurz. Frau Kurz war 33 Jahre alt und hatte eine Ausbildung zur Bürokauffrau absolviert. Nach der Ausbildung hatte sie zwei Jahre gearbeitet und war dann nach der Geburt ihres Sohnes in den Erziehungsurlaub gegangen. Nun ging ihr Kind zur Schule und sie wollte wieder halbtags arbeiten.

Christoph erklärte ihr ausführlich, dass die StartUp GmbH dringend auf kontinuierliche Mitarbeit angewiesen war.

„Wir haben jetzt eine ganze Zeit lang mit Aushilfen gearbeitet, aber das geht jetzt einfach nicht mehr. Wir werden wahrscheinlich einige Zeit brauchen, bis wir Sie mit allen Abläufen vertraut gemacht haben. Für uns werden Sie dementsprechend erst in einigen Wochen oder Monaten wirklich wertvoll sein, wenn wir Sie im Büro allein lassen können. Und wenn Sie dann beispielsweise wieder aussteigen, weil sie noch ein Kind bekommen, macht Ihre bis dahin geleistete Mitarbeit für uns wenig Sinn.“

Frau Kurz äußerte Verständnis für diese Anforderungen und verwies in diesem Zusammenhang auf ihre Mutter, die sich in Notfällen um ihren Sohn kümmern würde. Auch sei sie weder schwanger noch sei eine weitere Schwangerschaft geplant.

„Ich möchte jetzt erstmal wieder ins Berufsleben zurückfinden und arbeiten. Kinder möchte ich ganz bestimmt keine mehr.“, erklärte sie.

Frau Kurz trat ihre neue Arbeitsstelle wie vereinbart zwei Wochen später an. Schnell stellte sich heraus, dass ihre EDV-Kenntnisse spärlich und zumeist veraltet waren. Viele Arbeitsvorgänge überforderten sie und sie reagierte immer häufiger mit Verweigerung. Die drei mussten schon bald deutliche Abstriche von ihren Erwartungen machen. Immerhin übernahm Frau Kurz selbständig das Telefon und notierte eingehende Anrufe, so dass Christoph, Karina und Stefan ihre Arbeit nicht mehr so häufig unterbrechen mussten.

Leider stellten die drei bald fest, dass Frau Kurz' Neigung zum Telefon weit über die beruflichen Erfordernisse hinausging. Nach und nach bemerkten sie, dass die neue Mitarbeiterin oft und lange private Dinge am Telefon besprach – offensichtlich nicht mit Kunden.

Stefan platzte schließlich der Kragen. „Haben Sie schon registriert, dass Sie hier zum Arbeiten sind und nicht zum Telefonieren? Sie können in dringenden Fällen gern mal ein kurzes Telefonat führen, aber ansonsten sind Privattelefonate ab sofort tabu.“

Richtig wütend wurde er jedoch, als er 14 Tage später routinemäßig den Einzelverbindungs-nachweis der Telefonrechnung überprüfte und zu seiner Überraschung viele ihm unbekannte Telefonnummern aus ganz Deutschland entdeckte. Außerdem fanden sich mehrere längere Gespräche nach Übersee. Da die StartUp GmbH noch keine Kunden in Amerika hatte, vermutete er nicht zu Unrecht, dass es sich bei den Angerufenen um Verwandte von Frau Kurz handelte.

Als Christoph davon erfuhr, stellte er Frau Kurz zur Rede.

Frau Kurz zeigte sich nicht sonderlich beeindruckt. „Dass Sie sich wegen der paar Telefonate so aufregen versteh ich echt nicht. Sie verdienen doch genug Geld. Ist aber auch egal, denn ich weiß eh nicht, wie lang ich überhaupt noch kommen kann, mein Arzt meint nämlich, dass ich wegen meines Zustands sowieso nicht so viel Stress vertrage.“

Und so erfuhr Christoph, dass Frau Kurz schwanger war und dies auch schon zur Zeit der Einstellung gewesen war. Nicht ohne Triumph erklärte sie, dass sie auch nicht wüsste, ob sie noch lang kommen würde oder ob sie sich verstärkt ins Bett würde legen müssen. Dabei vergaß sie nicht zu erwähnen, dass sie davon ausging, weiterhin ihr Gehalt zu bekommen.

Nachdem Frau Kurz um ein Uhr das Büro verlassen hatte, trafen sich die drei zur Krisensitzung.

„Jetzt reicht's einfach, wir schmeißen sie raus!“, empörte sich Christoph.

„Wieso kündigen?“, entgegnete Stefan verärgert, "Schließlich hat sie uns doch angelogen. Sie war schwanger und hat uns gesagt, sie sei es nicht!“

Karina meldete Skepsis an: „Ob das so einfach geht? Schließlich ist sie schwanger. Hat sie dann nicht so was wie Mutterschutz?“

Christoph und Stefan starrten sie entgeistert an.

„Bist du jetzt auf ihrer oder auf unserer Seite?“, fragte Stefan sie schließlich empört.

Karina verdrehte entnervt die Augen. „Klar bin ich auf unserer Seite, aber im Laufe der letzten Monate haben wir ja wohl gemerkt, dass es einige Sachen gibt, die wir nicht so einfach nach unserem Geschmack verändern können und ich schätze mal, der Mutterschutz gehört dazu.“

Christoph stöhnte auf. „Wer hätte gedacht, dass das alles so kompliziert wird? Wenn ich überlege, wie einfach alles war, als wir unsere Jobs noch als Freiberufler abgewickelt haben, jeden Monat ein bisschen was für das Büro bezahlt haben und ansonsten unsere Ruhe hatten...“

Stefan rettete grinsend die Stimmung: „Jetzt stellt euch mal nicht so an, die Sache mit der Kurz wird sich schon irgendwie regeln – Mutterschutz hin oder her – und ansonsten läuft doch alles ganz gut, oder? Und bevor ihr mir jetzt beide depressiv werdet, mach ich mal den rettenden Vorschlag: Wer will noch 'nen Kaffee mit extra stark aufgeschäumter Milch...?“

## Die neue Mitarbeiterin – Rechtliche Erläuterung

Wie Karina zutreffend bemerkt hatte, stellt sich die Angelegenheit in der Tat nicht ganz so einfach dar. Die Schwangerschaft von Frau Kurz belastet die StartUp GmbH enorm; und obwohl Frau Kurz bei der Einstellung diesbezüglich die Unwahrheit gesagt hatte, ist sie deswegen nicht kündbar. Auch ihr Fehlverhalten am Arbeitsplatz berechtigt nicht zu einer *Kündigung*.

## Anfechtung

Eine Möglichkeit, ein wirksam zustande gekommenes Rechtsgeschäft nachträglich einseitig zu vernichten, gewährt die *Anfechtung*, §§ 119 ff. BGB. Unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen kann derjenige, der eine Willenserklärung abgegeben hat, diese Erklärung mit der Folge anfechten, dass das gesamte Rechtsgeschäft rückwirkend, lateinisch *ex tunc*, vernichtet wird, § 142 Abs. 1 BGB. Wegen der Besonderheit im Arbeitsverhältnis geht die herrschende Meinung davon aus, dass das Arbeitsverhältnis durch die Anfechtung nicht rückwirkend, sondern erst vom Zeitpunkt der Anfechtungserklärung an, beendet wird, da der Arbeitnehmer die geleistete Arbeit nicht „zurückgeben“ kann. Ferner wären die Folgen einer

rückwirkenden Anfechtung für den Arbeitnehmer noch insoweit unzumutbar, da er die ausgezahlte Vergütung regelmäßig zum Lebensunterhalt verwendet.

Voraussetzungen einer wirksamen Anfechtung sind:

- eine Anfechtungserklärung,
- ein Anfechtungsgrund,
- und die Einhaltung der Anfechtungsfrist.

## Anfechtungserklärung

Damit die *Anfechtung* den gewünschten Erfolg erzielen kann, ist Voraussetzung, dass die Anfechtungserklärung gemäß § 143 BGB dem richtigen Anfechtungsgegner zugeht, § 130 BGB. Zum Inhalt hat eine Anfechtungserklärung, die selbst eine Willenserklärung ist, den Willen des Anfechtungsberechtigten, die rückwirkende Vernichtung seiner anfechtbaren Erklärung herbeizuführen.

Hier müssten Karina, Stefan oder Christoph im Namen der GmbH Frau Kurz gegenüber erklären, dass der Arbeitsvertrag angefochten wird.

## Anfechtungsgrund

Das Gesetz kennt viele Anfechtungsgründe in den §§ 119 ff. BGB, so z. B. den *Inhaltsirrtum*, § 119 Abs. 1 1. Fall BGB, *Erklärungsirrtum*, § 119 Abs. 1 2. Fall BGB, *Eigenschaftsirrtum*, § 119 Abs. 2 BGB, als auch die Anfechtbarkeit wegen *arglistiger Täuschung* oder *widerrechtlicher Drohung*, § 123 Abs. 1 BGB.

Frau Kurz hat beim Einstellungsgespräch über ihren Zustand als werdende Mutter arglistig getäuscht. Als Täuschung ist nämlich jedes Verhalten anzusehen, das bei einem anderen einen Irrtum herbeiführt, unterhält oder erregt. Dieser Irrtum muss sich auf objektiv nachprüfbare Umstände beziehen. Arglistig ist eine Täuschung, wenn sie bewusst vorgenommen wurde, mithin der Handelnde die Unrichtigkeit seiner Angaben kannte.

Obwohl im Wortlaut des § 123 Abs. 1 BGB als Voraussetzung nicht genannt, muss auch die arglistige Täuschung, wie auch die Drohung, *widerrechtlich* sein. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn die bewusst unrichtige Antwort auf eine zulässige Frage folgte. Damit wäre das Verschweigen der Schwangerschaft unerheblich, wenn die Frage danach im Falle von Frau Kurz unzulässig war. Ob jedoch die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft unzulässig ist, wurde in der Vergangenheit in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt. Hierbei ist die Unterscheidung widerrechtlich und rechtmäßig von entscheidender Bedeutung, da sich der Arbeitgeber grds. über den einzustellenden Mitarbeiter informieren bzw.

diesen bei dem Einstellungsgespräch befragen darf. Es dürfen nur Fragen gestellt werden, die für das einzelne einzugehende Arbeitsverhältnis von Bedeutung sind. Wenn jedoch einzelne Fragen den Rechtskreis des Arbeitnehmers zu stark beeinträchtigen, brauchen diese nicht wahrheitsgemäß beantwortet zu werden. Erwidert der möglicherweise zukünftige Arbeitnehmer eine solche Frage wahrheitswidrig und täuscht damit den Arbeitgeber arglistig, fehlt es an der Widerrechtlichkeit der Täuschung im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB. Wann das der Fall ist, muss von Einzelfall zu Einzelfall entschieden werden.

So hatte das BAG im Jahre 1962 dem Arbeitgeber noch ein umfassendes Fragerecht zugebilligt (BAG NJW 1962, 74). Bereits im Jahre 1987 hat das BAG unter Einbeziehung des im Jahre 1980 ins BGB eingefügten § 611a BGB eine Differenzierung vorgenommen. Danach war die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft bei ausschließlich weiblichen Bewerbern nach wie vor zulässig. Hintergrund dieser Entscheidung war die Annahme, dass eine Diskriminierung und somit die Verletzung des Art. 3 GG durch Ungleichbehandlung unter weiblichen Bewerbern nicht gegeben ist (BAG JZ 1987, 311). Nunmehr wird grds. die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft als unzulässig angesehen (BAG, DB 1993, 435), weil sie gegen das allg. Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG verstößt. Die Folge ist, dass auch eine wahrheitswidrig beantwortete Frage nicht widerrechtlich im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB ist. Dieser Diskriminierungsschutz wird auch auf andere Bereiche des allg. Persönlichkeitsrechts angewandt, so z. B. auf Fragen nach Erkrankungen (HIV-Virus). Nur in Ausnahmefällen wird von diesem Diskriminierungsschutz abgesehen, so z. B. im Hinblick auf eine Schwangerschaft dann, wenn es um eine Einstellung als Tänzerin, Model oder Mannequin geht, d. h. wenn die Frage nach der Schwangerschaft objektiv dem gesundheitlichen Schutz der werdenden Mutter und dem ungeborenen Kind dient.

Hier sollte Frau Kurz jedoch als Sekretärin eingestellt werden. Ein Ausnahmefall kann daher nicht angenommen werden, mit der Folge, dass die arglistige Täuschung nicht widerrechtlich war. Eine Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB ist somit nicht möglich.

Denkbar ist ferner aber auch eine Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft gemäß § 119 Abs. 2 BGB. Eine bestehende Schwangerschaft stellt jedoch keine Eigenschaft dar, weil eine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person nur dann vorliegt, wenn sie von längerer Dauer ist. Eine Schwangerschaft hingegen ist vorübergehend und somit keine Eigenschaft, die einer Person anhaftet.

Nur in Ausnahmefällen kann aufgrund einer bestehenden Schwangerschaft nach § 119 Abs. 2 BGB angefochten werden. Das ist dann der Fall, wenn die vertraglich vorgesehene Tätigkeit vollkommen oder zum größten Teil gerade wegen der Schwangerschaft nicht verrichtet werden kann, z. B. bei schwerer körperlicher Arbeit. Die für Frau Kurz

vorgesehene Bürotätigkeit fällt nicht unter diese Ausnahmeregelung, weil es einer werdenden Mutter grds. möglich ist, diese Tätigkeit im Rahmen der Vorschriften des MuSchGs durchzuführen.

Eine Anfechtung wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft gemäß § 119 Abs. 2 BGB scheidet somit ebenfalls aus.

## Kündigung

Eine (fristlose) *Kündigung* aus wichtigem Grund gemäß § 626 Abs. 1 BGB im Hinblick auf das bewusste Verschweigen der Schwangerschaft seitens Frau Kurz scheidet ebenfalls aus den obigen Erwägungen aus. Frau Kurz durfte eine unzulässige Frage durchaus unwahr beantworten.

Eine Kündigung wäre hier aber grds. möglich, wenn Frau Kurz aufgrund der langen Telefonate ins Ausland während der Arbeitszeit arbeitsvertragliche Pflichten verletzt hat.

Der Arbeitsvertrag als Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist ein Sonderfall des Dienstvertrages, §§ 611 ff. BGB. Für ihn gelten somit die Kündigungsvorschriften der §§ 611 bis 630 BGB. Dabei kann ein Arbeitsvertrag ordentlich, §§ 620 ff. BGB, und außerordentlich gekündigt werden, § 626 BGB.

Voraussetzung für eine Kündigung nach § 626 BGB ist, dass:

- eine Kündigungserklärung und
- ein außerordentlicher Kündigungsgrund vorliegt sowie
- kein besonderer Kündigungsschutz eingreift

## Kündigungserklärung

Die Kündigungserklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, so dass für sie die allg. Regeln über Geschäftsfähigkeit, §§ 104 ff. BGB, Stellvertretung, §§ 164 ff. BGB und Zugang von Willenserklärungen, §§ 130 ff. BGB anzuwenden sind. Besonders wichtig ist jedoch, dass aufgrund der Bedeutung der Kündigungserklärung diese ausdrücklich als solche bezeichnet werden oder zumindest der Kündigungswille unzweideutig erkennbar sein muss, z. B. durch eine beiliegende Begründung. Eine Kündigung bedarf gemäß § 623 BGB der Schriftform.



Hier müsste die StartUp GmbH noch durch Stefan, Karina oder Christoph eine Kündigungs-erklärung verfassen und Frau Kurz zukommen lassen.

## Kündigungsgrund

Ferner muss ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vorliegen. Dieser muss in zwei Schritten festgestellt werden. Der der Kündigung zugrunde gelegte Sachverhalt muss abstrakt geeignet sein, einen Kündigungsgrund darzustellen. Weiterhin sind alle Interessen des konkreten Einzelfalls mit zu berücksichtigen.

Fraglich ist, ob im Fall der privaten Telefonate von Frau Kurz – trotz vorheriger Abmahnung – von einer gravierenden Beeinträchtigung der arbeitsvertraglichen Pflichten ausgegangen werden kann.

Zunächst ist festzustellen, dass die privaten Telefonate in keiner Weise der Einarbeitung in ihre berufliche Tätigkeit dienen. Zum anderen hat Frau Kurz, nicht zuletzt durch ihre Auslandsgespräche, auch beträchtliche Kosten verursacht. Zu den arbeitsvertraglichen Pflichten jedes Arbeitnehmers gehört auch die Pflicht, Schaden vom Unternehmen fernzuhalten, also auch das Unternehmen nicht unnötig finanziell zu belasten. Eine Abmahnung ist, wie bereits oben festgestellt, erfolgt.

Eine Abwägung der einzelnen Interessen ergibt, dass gerade aufgrund der geringen Größe der StartUp GmbH und der damit verbundenen finanziellen und personellen Mittel eine Trennung von Frau Kurz notwendig ist, zumal diese sich höchst uneinsichtig gezeigt hat, so dass weitere Arbeitsausfälle verbunden mit hohen Kosten auf die GmbH zukommen könnten.

Folglich besteht ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB.

## Kündigungsschutz

Eine Kündigung ist hier allerdings wegen § 9 MuSchG nicht möglich. Diese Norm stellt im Arbeitsrecht zum Schutz der Schwangeren ein sog. *absolutes Kündungsverbot* dar, d. h. sowohl eine fristgerechte, als auch fristlose, Kündigung ist unzulässig. Das bedeutet, dass Frau Kurz nicht entlassen werden kann, obwohl sie nur mäßige Leistungen erbringt und sich bereits mehrmals hat etwas zu Schulden kommen lassen (privates Telefonieren auf Kosten der StartUp GmbH während der Arbeitszeit). Erst vier Monate nach der Entbindung entfällt der Kündigungsschutz des § 9 MuSchG.

## Aufhebungsvertrag

Letztlich kann ein Arbeitsverhältnis auf verschiedene Art und Weise aufgelöst werden, so z. B. auch durch einen *Aufhebungsvertrag*. Dieser hat die Aufhebung des Arbeitsvertrages, welcher regelmäßig ein Dienstvertrag gemäß der §§ 611 ff. BGB ist, zum Inhalt. Wie jeder Vertrag setzt auch der Aufhebungsvertrag zwei Willenserklärungen voraus, d. h. aber, dass sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wünschen oder zumindest damit einverstanden sind.

Hier hat Frau Kurz durch ihr eindeutiges Verhalten zu erkennen gegeben, dass sie weiter beschäftigt werden will, denn sie möchte ihren Lohn während ihrer Schwangerschaft weiter beziehen können. Ein Aufhebungsvertrag scheidet somit in diesem Fall am fehlenden Mitwirken seitens Frau Kurz aus.

Damit besteht das Arbeitsverhältnis mit Frau Kurz zum Leidwesen von Karina, Stefan und Christoph weiterhin.



000000000  
(04/25)

**55100-04-S#1**



Alle Rechte vorbehalten  
© 2025 FernUniversität in Hagen  
Rechtswissenschaftliche Fakultät