

HERAUSGEBER

Verein der Zeitschrift JSE e. V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Konrad-Adenauer-Str. 9
D-72072 Tübingen

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)
Gabriel Schmidt (Schatzmeister)
Richter Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)

BEIRAT

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

ISSN 2195-044X
www.zeitschrift-jse.de
redaktion@zeitschrift-jse.de

AUS DEM INHALT

BEITRAG

Andreas Lohbeck

Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?

KLAUSUREN

Nicole Baldauf

Zivilrecht: „Der neue Fliesenfall – Ein Klassiker des nationalen Rechts trifft auf Europarecht“

Guido Philipp Ernst / Alexander Bechtel

Strafrecht: „Lästige Zeugen“

RECHTSPRECHUNG

BVerfG

Abgeordnetenbeobachtung durch den Verfassungsschutz

BAG

Berufsfußball – vorzeitige Beendigung eines befristeten Vertragsverhältnisses

BGH

Zu den subjektiven Voraussetzungen der §§ 32, 33 StGB (Notwehr und Notwehrexzess)

Inhaltsverzeichnis

Beitrag

Andreas Lohbeck

Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers
und das Unternehmen ist strafbar ?

Seite ▶ 5

Klausuren

Nicole Baldauf

Examensklausur Zivilrecht:

„Der neue Fliesenfall – Ein Klassiker des nationalen Rechts trifft auf
Europarecht“

Seite ▶ 22

Guido Philipp Ernst / Alexander Bechtel

Übungsklausur Strafrecht für Fortgeschrittene:

„Lästige Zeugen“

Seite ▶ 41

Rechtsprechung Zivilrecht

BGH

Haftung der Gesellschafter einer GbR bei Unterlassungspflichten

Urteil vom 20.06.2013 (*Christian F. Majer*)

Seite ▶ 61

OLG Hamm

Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter – Tierarztuntersuchung

Urteil vom 29.05.2013 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 64

OLG München

Besitzmittlungsverhältnis in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Urteil vom 04.07.2013 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 69

BAG

Berufsfußball – vorzeitige Beendigung eines befristeten Vertragsverhältnisses – Zahlung einer vereinbarten Ablöse durch den Spieler

Urteil vom 25.04.2013 (*Nikolaus Polzer*)

Seite ▶ 74

Rechtsprechung Strafrecht

BGH

Zu den subjektiven Voraussetzungen der §§ 32, 33 StGB

Urteil vom 25.04.2013 (*Guido Philipp Ernst*)

Seite ▶ 87

OLG Celle

Folge des Fehlens des subjektiven Rechtfertigungselements

Beschluss vom 25.01.2013 (*Guido Philipp Ernst*)

Seite ▶ 96

Rechtsprechung Öffentliches Recht

BVerfG

Abgeordnetenbeobachtung durch den Verfassungsschutz

Beschluss vom 17.09.2013 (*Jonas Ludwig / Moritz Stilz*)

Seite ▶ 101

BVerwG

Frist für Stellung eines Normenkontrollantrags bei Geltendmachung der nachträglichen Rechtswidrigkeit einer Norm

Beschluss vom 22.07.2013 (*Jochen Heinz*)

Seite ▶ 112

VGH Baden-Württemberg

Einstweilige Anordnung im Normenkontrollverfahren

Beschluss vom 03.07.2013 (*Jochen Heinz*)

Seite ▶ 116

Editorial

Mitte Dezember 2013 kletterten die Downloadzahlen der (damals schon nicht mehr aktuellen) Ausgabe 3/2013 der Zeitschrift Jura Studium & Examen beinahe über Nacht auf ein Rekordniveau. Was war geschehen? Grund für den Ansturm war offenbar die großangelegte Abmahnwelle, mit der Regensburger Rechtsanwälte im Auftrag einer Schweizer Produktionsfirma zehntausende Nutzer einer nicht jugendfreien Streaming-Plattform überzogen hatten. Die Frage nach der urheberrechtlichen Bewertung des Streamings geriet plötzlich wieder in den Fokus des öffentlichen Interesses – und damit auch der Aufsatz von BRÜGGEMANN in der JSE 3/2013, der genau dieses Thema behandelt. Zahlreiche Menschen haben sich den Beitrag seither zu Gemüte geführt, auch außerhalb der juristischen Welt. Hätten auch die Regensburger Rechtsanwälte dies rechtzeitig getan, so hätten sie sich möglicherweise eine ihnen nun drohende Niederlage vor Gericht erspart. Denn obgleich eine abschließende Rechtsprechung im konkreten Fall bis dato noch aussteht, könnte die einstweilige Verfügung des LG Hamburg gegen die Abmahnerin ein erster Hinweis darauf sein, wohin die Reise wohl gehen wird: in Richtung der auch von Brüggemann vertretenen Ansicht, die die Strafbarkeit privater Nutzer von Streaming-Plattformen verneint.

Der Aufsatz in der vorliegenden Ausgabe 1/2014 der JSE ist in seiner Thematik unaufgeregter, aber keineswegs weniger bedeutend: LOHBECK betrachtet und kritisiert die seit Jahrzehnten diskutierte und nun vom Bundesrat konkret geplante Einführung eines Unternehmensstrafrechts. Das Vorhaben hat aus Sicht der Strafrechtsdogmatik revolutionären Charakter, rüttelt es doch an dem bisher unerschütterlichen Grundsatz, dass nur natürliche Personen strafbar sein können und *societas delinquere non potest* – so auch der Titel des Beitrags.

Zwei anspruchsvolle Klausuren aus dem Zivil- und Strafrecht mit ausführlich erläuterten Lösungen haben diesmal BALDAUF bzw. ERNST & BECHTEL beigetragen. Im Rechtsprechungsteil werden wie gewohnt Gerichtsentscheidungen zu einem breiten Spektrum von Themen aus verschiedenen Rechtsgebieten besprochen, von der Gesellschafterhaftung in der GbR über Ablösezahlungen im Profifußball bis hin zur Abgeordnetenbeobachtung durch den Verfassungsschutz.

Prof. Dr. Christian F. Majer
Schriftleiter

Philipp Louis
Stellvertretender Schriftleiter

Zeitschrift Jura Studium & Examen

BEITRAG

Andreas Lohbeck*

Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?

I. Einleitung

Die Katze ist aus dem Sack: Die Justizminister der Bundesländer wollen ein „echtes“ Strafrecht für Unternehmen auf den Weg bringen.¹ Der Entwurf brächte keinen neuen Regelungsbereich. Das geltende Recht hält Bußgelder nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht als Sanktionen für Unternehmen bereit, wenn Führungskräfte Straftaten begehen oder wenn Unternehmen ihre Mitarbeiter nicht ausreichend beaufsichtigen und es deshalb zu Rechtsverstößen im Unternehmen kommt. Der folgende Beitrag zeigt die Hintergründe der geplanten Bundesratsinitiative und beleuchtet kritisch, ob der vorgelegte Entwurf einer Überprüfung standhält.

* Der Autor ist Rechtsanwalt im Fachbereich Gesellschaftsrecht/M&A im Stuttgarter Büro der Kanzlei CMS Hasche Sigle.

¹ Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden (18.09.2013), abrufbar unter <http://www.dico-ev.de/index.php?id=79>, abgerufen am 09.02.2014. Nachfolgend zitiert als „Entwurf“. Die Justizministerkonferenz hat am 14.11.2013 beschlossen, auf dieser Basis eine Initiative im Bundesrat zu starten.

II. Befund und politische Lage

Strafe, Bußgeld, Aufsichtsrecht? Vorerst bildet der Vorstoß der Bundesländer nicht mehr als einen Beitrag zu einer seit Jahrzehnten geführten Debatte.² Die Chancen für eine Gesetzesinitiative dürften nie so günstig gewesen sein wie zurzeit. Die Zeitungen sind voll von Berichten über Wirtschaftskriminalität. Im Bewusstsein der Bevölkerung sind die Schrecken der seit 2008 schwelenden Finanz- und Wirtschaftskrise untrennbar mit dem Profit einiger weniger und der Sozialisierung von Verlusten verbunden. In vielen Fällen von unsauberem Wirtschaftsgebaren nimmt die Öffentlichkeit eine Diskrepanz zwischen dem Versagen einer Organisation und ihrer juristischen Verantwortlichkeit wahr. Es herrscht die Vorstellung, dass Einzelpersonen verfolgt würden und Nutznießer unbehelligt blieben. Die Öffentlichkeit scheint sensibler geworden zu sein für den Zusammenhang von Handlung, Nutzen, Lasten und Haftung.³ Wenn Einzelne sich strafbar machen und verurteilt werden, ist einem Laien kaum zu erklären, warum nicht auch gleich der Vorstand und noch dazu das Unternehmen als solches mit auf der Anklagebank sitzen.

Diese Stimmung greift auch der Gesetzentwurf auf. Wer ihn unvoreingenommen liest, dem wird der tendenziöse Tonfall nicht ver-

² Literaturnachweise bei *Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, München 2011, § 14 Rn. 1a.

³ Siehe z. B. jüngst DIE ZEIT, 18/2013 (25.04.2013), S. 13 ff., Dossier: „Macht Geld unmoralisch?“

borgen bleiben. So heißt es dort etwa, der Einzelne könne als „Bauernopfer“ strafrechtlich belangt werden, während die Organisation sich durch Mechanismen der „Freizeichnung“ ihrer Verantwortung entziehe.⁴ Es sei zudem unbefriedigend, wenn komplexe organisatorische Unternehmensstrukturen dazu führten, dass eine Tat weder einer Einzelperson noch dem schuldhaften Versagen von Aufsichtsstrukturen anzulasten seien und dadurch „organisierte Unverantwortlichkeit“ im Ergebnis überhaupt nicht sanktioniert werde.⁵ Aus diesen Gründen müsse „das Unternehmen selbst in das Zentrum der Strafverfolgung rücken“.⁶

Dennoch sollte sich ein unvoreingenommener Leser nicht den rechtstatsächlichen Befunden verschließen, die der Entwurf erkennen lässt. Während weniger als zwei Prozent der Delikte in der Kriminalstatistik der Wirtschaftskriminalität zuzurechnen seien, so wird in dem Entwurf berichtet, entfalle über die Hälfte des in polizeilichen Statistiken ausgewiesenen Gesamtschadens auf Wirtschaftsstraftaten.⁷ Empirische Untersuchungen belegten zudem eine große Dunkelziffer nicht ermittelter Wirtschaftsstraftaten.⁸ Beispielsweise habe eine Befragung von 45 Schwerpunktstaatsanwaltschaften aus dem Jahr 2011 ergeben: Nur in fünf bis acht Pro-

zent der Fälle seien die Bußgeldvorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) angewendet worden und in nicht einmal jedem fünften Fall sei auch eine Geldbuße verhängt worden.⁹

Ein öffentlichkeitswirksames Thema, eine politisch günstige Lage und ein erkennbares Vollzugsdefizit der bestehenden Regelungen – besser könnte es ein Gesetzentwurf nicht erwischen.

Widerstand formiert sich aber bereits auf Länderebene. Baden-Württembergs Wirtschafts- und Finanzminister Nils Schmid lehnt den Entwurf ab.¹⁰ Auch der Koalitionsvertrag auf Bundesebene vom 16.12.2013 deutet in eine andere Richtung:¹¹ „Mit Blick auf strafbares Verhalten im Unternehmensbereich bauen wir das Ordnungswidrigkeitenrecht aus. Wir brauchen konkrete und nachvollziehbare Zumessungsregeln für Unternehmensbußen. Wir prüfen ein Unternehmensstrafrecht für multinationale Konzerne ...“

⁴ Entwurf, S. 1 f.

⁵ Entwurf, S. 2.

⁶ Entwurf, S. 2.

⁷ Entwurf, S. 21, unter Verweis auf *Bundeskriminalamt* (Hrsg.), *Wirtschaftskriminalität, Bundeslagebild 2011*, Wiesbaden 2011, S. 7.

⁸ Entwurf, S. 21.

⁹ Entwurf, S. 23, unter Verweis auf *Geismar*, *Der Tatbestand der Aufsichtspflichtverletzung bei der Ahndung von Wirtschaftsdelikten*, Baden-Baden 2012, S. 147.

¹⁰ Handelsblatt, 27/2014 (07.02.2014), S. 11: „SPD streitet über Todesstrafe für Firmen“.

¹¹ „Deutschlands Zukunft gestalten“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, 16.12.2013, Ziff. 5.1 „Freiheit und Sicherheit“, S. 101, abrufbar unter <http://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>, abgerufen am 09.02.2014.

Das „Ob“ scheint entschieden: Länder und Bund ziehen bei der Verfolgung von Unternehmen an einem Strang. Das gewünschte Mittel, das „Wie“, ist indes verschieden. Die Situation sieht folglich eher nach einem politischen Tauziehen als nach einem „Hau Ruck“ mit vereinten Kräften aus.

III. Status quo der Verfolgung von Unternehmen: §§ 30, 130 OWiG

Das geltende Recht begegnet der im Entwurf gebrandmarkten „organisierten Unverantwortlichkeit“ mit Mitteln des Ordnungswidrigkeitenrechts.

1. Abgrenzung von Ordnungswidrigkeitenrecht und Strafrecht

Ordnungswidrigkeitenrecht und Strafrecht sind gleichermaßen Grundlage für Reaktionen des Staates auf Rechtsverstöße seiner Bürger.¹² Verfassungsrechtlich sind die beiden Bereiche allerdings zu unterscheiden. Das Bundesverfassungsgericht sieht in der Kriminalstrafe ein sozialetisches Unwerturteil, das ehrenrührig ist.¹³ Demgegenüber weisen Ordnungswidrigkeiten geringeren Unrechtsgehalt auf und berühren den Bereich der sittlichen Persönlichkeit und die

Sphäre des Ethischen nicht.¹⁴ Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet deshalb Kernbereiche von Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht, zwischen denen ein qualitativer Unterschied besteht, und einen Grenzbereich, in dem nur ein quantitativer Unterschied besteht.¹⁵ Verfassungsrechtlich ist der Kernbereich des Strafrechts der richterlichen Entscheidung vorbehalten. Im Grenzbereich kann der Gesetzgeber entscheiden, ob er einen Tatbestand mit Mitteln des Strafrechts oder des Ordnungswidrigkeitenrechts regeln will.¹⁶

Das einfache Recht löst die Abgrenzung rein formal: § 1 I OWiG bestimmt, dass Gesetze eine Ordnungswidrigkeit regeln, wenn sie als Rechtsfolge des Verstoßes eine Geldbuße vorsehen. Strafnormen sehen demgegenüber als Rechtsfolge eine Strafe vor, also eine Geld- oder Freiheitsstrafe. Strafen darf außerdem nur der Richter, Geldbußen festsetzen darf auch die Verwaltung.¹⁷

2. Bußgeldtatbestände gegen Verbände de lege lata

Das geltende Recht sieht die Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG und die Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG vor.

¹² Beide Institute unterliegen deshalb dem Gesetzesvorbehalt des Art. 103 II GG, vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz-Kommentar, 69. Ergänzungslieferung, München 2013, Art. 103 Rn. 194 f.; ferner die einfachgesetzlichen Ausprägungen in § 1 StGB und § 3 OWiG.

¹³ BVerfGE 27, 18, 29, 33; 22, 49, 80.

¹⁴ BVerfGE 8, 197, 207; 9, 167, 171; 27, 18, 28; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006, § 2 Rn. 131.

¹⁵ BVerfGE 9, 167, 171; 51, 60, 74.

¹⁶ BVerfGE 45, 272, 289.

¹⁷ *Musil*, NStZ 2000, 68.

a) Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG

§ 30 OWiG regelt Fälle, in denen eine Leitungsperson eines Verbands eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat, die sogenannte Anknüpfungs-Zuwerdung¹⁸ oder Bezugstat.¹⁹ Die Vorschrift bildet keinen selbstständigen Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit, sondern rechnet die Bezugstat dem Verband zu.²⁰

aa) Leitungsperson

Die Bezugstat muss von einer der in § 30 I Nr. 1 bis 5 OWiG aufgeführten Personen begangen worden sein.²¹ Die in § 30 I Nr. 1 bis 4 OWiG genannten besonderen Funktionsträger, z. B. Organmitglieder und vertretungsberechtigte Gesellschafter, sind nur Ausfüllungsbeispiele, die bei der Bestimmung der Leitungsperson im Sinne des § 30 I Nr. 5 OWiG helfen.²² Während Nr. 1 bis 4 an die rechtliche Stellung anknüpfen, erfasst Nr. 5 auch faktische leitende oder überwachende Funktionsträger des Verbands.²³

¹⁸ Achenbach, NZWiSt 2012, 321.

¹⁹ Bohnert, Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 3. Auflage, München 2010, § 30 Rn. 7.

²⁰ BGHSt 46, 207, 211; Trüg, ZWH 2011, 6, 7; Theile/Petermann, JuS 2011, 496, 500; Bohnert, OWiG, 3. Auflage, München 2010, § 30 Rn. 5. Zu Gefahren des Begriffs „Zurechnung“ siehe Rogall, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Auflage, München 2006, § 30 Rn. 2–8.

²¹ Grützner/Leisch, DB 2012, 787, 787 f.

²² Achenbach, NZWiSt 2012, 321, 322.

²³ Heerspink, AOSTB 2012, 283, 284.

bb) Bezugstat

Die Bezugstat muss tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft begangen worden sein.²⁴ Weitere Voraussetzung für eine Geldbuße gegen den Verband ist nach § 30 I OWiG entweder, dass durch die Bezugstat Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind, oder dass der Verband bereichert worden ist oder werden sollte.

Die erste Variante betrifft die Verletzung betriebsbezogener Pflichten. Das sind Pflichten, die den Verband als solchen treffen und ihm in dieser Eigenschaft Pflichten auferlegen, als Normadressat, also etwa als Eigentümer einer Anlage, Erzeuger oder Verteiler von Waren, Arbeitgeber, Veranstalter oder Inhaber einer Verkaufsstelle.²⁵ Hauptanwendungsfall der Verletzung betriebsbezogener Pflichten ist der sogleich näher darzustellende § 130 OWiG.²⁶

Die zweite Variante erfasst die tatsächliche oder beabsichtigte Bereicherung des Ver-

²⁴ Dörr, in: Kempf/Lüderssen/Volk, Unternehmensstrafrecht, Berlin 2012, 23, 27; Rogall, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Auflage, München 2006, § 30 Rn. 71; Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, München 2011, § 30 OWiG Rn. 36.

²⁵ Trüg, ZWH 2011, 6, 8; Heerspink, AOSTB 2012, 283, 285; Theile/Petermann, JuS 2011, 496, 500; Rogall, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Auflage, München 2006, § 30 Rn. 74.

²⁶ Dörr, in: Kempf/Lüderssen/Volk, Unternehmensstrafrecht, Berlin 2012, 23, 28; Rogall, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Auflage, München 2006, § 30 Rn. 75; Trüg, ZWH 2011, 6, 8; Heerspink, AOSTB 2012, 283, 285; Theile/Petermann, JuS 2011, 496, 500; Achenbach, NZWiSt 2012, 321, 323.

bands, ohne dass es auf die Verletzung betriebsbezogener Pflichten ankäme.²⁷ Hierbei steht die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Gewinne im Vordergrund.²⁸ Zu denken ist an den Gewinn aus einem Betrug oder an die bevorzugte Behandlung aufgrund einer Bestechung.²⁹

cc) Rechtsfolgen

Das Gesetz sieht als Rechtsfolgen Geldbußen gegen den Verband vor. Es unterscheidet zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten als Bezugstaten. Der Bußgeldrahmen für Straftaten als Bezugstaten wurde erst kürzlich ganz erheblich erweitert:³⁰ § 30 II 1 OWiG setzt fest, dass die zu verhängende Geldbuße im Falle einer vorsätzlichen Straftat bis zu zehn Millionen Euro, im Falle einer fahrlässigen Straftat bis zu fünf Millionen Euro beträgt. § 30 II 2 OWiG orientiert den Bußgeldrahmen für Ordnungswidrigkeiten als Bezugstaten an dem für die Bezugstat geltenden Bußgeldrahmen.

Das sind allerdings nur Rahmenwerte für den sogenannten Ahndungsteil, also den als Sanktion zu verstehenden Teil einer Geldbu-

ße.³¹ Der Ahndungsteil bemisst sich nach der Bedeutung der Bezugstat, dem Gewicht und Ausmaß der Pflichtverletzung sowie der Schwere des Schadens und weiterer Folgen des Verstoßes.³² § 30 IV OWiG eröffnet über § 17 IV OWiG jedoch eine Erhöhung um einen sogenannten Abschöpfungsteil. Die Geldbuße soll danach den wirtschaftlichen Vorteil des Verbands übersteigen und darf daher höher als der Bußgeldrahmen ausfallen.³³ Zum Beispiel betrug die Geldbuße im Verfahren gegen Siemens wegen schwarzer Kassen 201 Millionen Euro – allein der Abschöpfungsanteil lag bei 200 Millionen Euro.³⁴ Auch andere Fälle sind bekannt, in denen Banken Bußgelder im hohen zweistelligen Millionenbereich zu zahlen hatten.³⁵

b) Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG

§ 130 OWiG ordnet Geldbußen gegen Unternehmensinhaber an, wenn in einem Unternehmen eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen wird und dies darauf zurückzuführen ist, dass der Inhaber seine Aufsichtspflichten verletzt.

²⁷ Theile/Petermann, JuS 2011, 496, 500.

²⁸ Theile/Petermann, JuS 2011, 496, 500.

²⁹ Dörr, in: Kempf/Lüderssen/Volk, Unternehmensstrafrecht, Berlin 2012, 23, 28.

³⁰ Erhöhung des Bußgeldrahmens im Zuge der 8. GWB-Novelle (Achstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.06.2013, BGBl. I, 1738 ff., in Kraft seit 30.06.2013). Zuvor waren Geldbußen bis zu einer Million Euro bei Vorsatz und 500.000 Euro bei Fahrlässigkeit möglich.

³¹ Achenbach, NZWiSt 2012, 321, 322 f.; Dörr, in: Kempf/Lüderssen/Volk, Unternehmensstrafrecht, Berlin 2012, 23, 29; Rogall, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Auflage, München 2006, § 30 Rn. 117.

³² Dörr, in: Kempf/Lüderssen/Volk, Unternehmensstrafrecht, Berlin 2012, 23, 29; Rogall, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Auflage, München 2006, § 30 Rn. 115.

³³ Achenbach, NZWiSt 2012, 321, 323.

³⁴ Theile/Petermann, JuS 2011, 496.

³⁵ Dörr, in: Kempf/Lüderssen/Volk, Unternehmensstrafrecht, Berlin 2012, 23, 30.

aa) Hintergrund und Adressat der Norm

Die Vorschrift schließt eine Lücke, die § 30 OWiG in der Ahndung von Unrecht in Unternehmen lässt. § 30 OWiG ist nämlich nur anwendbar, wenn eine Leitungsperson handelt. In der Rechtswirklichkeit ist aber gerade das häufig nicht der Fall oder nicht zu beweisen.³⁶ Deshalb schafft § 130 OWiG einen eigenen Bußgeldtatbestand in Form eines echten Unterlassungsdelikts.³⁷

Adressat der Norm ist der Inhaber eines Betriebs oder Unternehmens. Im Unterschied zu § 30 OWiG, bei dem eine Bezugstat dem Verband zugerechnet wird, ist bei § 130 OWiG der Vorwurf gegen den Inhaber selbst gerichtet.³⁸ Inhaber im Sinne des § 130 OWiG ist, wer für die Erfüllung der betrieblichen Pflichten zu sorgen hat.³⁹ Natürliche Personen sind insoweit selbst Inhaber. Juristischen Personen wäre aber ein entsprechender Schuldvorwurf – nach der bislang herrschenden Lehre – nicht zu machen. Deshalb sind über § 9 OWiG die Vertreter des Inhabers dem Inhaber gleichgestellt.⁴⁰

³⁶ Achenbach, NZWiSt 2012, 321, 323.

³⁷ Bohnert, Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 3. Auflage, München 2010, § 130 Rn. 2.

³⁸ Heerspink, AOSTB 2012, 27, 27 f.

³⁹ Rogall, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Auflage, München 2006, § 130 Rn. 23; Heerspink, AOSTB 2012, 27, 28.

⁴⁰ Heerspink, AOSTB 2011, 186, 187 f.; ders., AOSTB 2012, 27, 29; Achenbach, NZWiSt 2012, 321, 323.

bb) Bezugstat

§ 130 OWiG setzt eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit im Unternehmen des Inhabers voraus. Diese Bezugstat ist eine objektive Bedingung der Ahndbarkeit, auf die sich Vorsatz oder Fahrlässigkeit der aufsichtspflichtigen Person nicht zu erstrecken braucht.⁴¹ Ist der Inhaber oder sein Vertreter selbst Täter der Bezugstat, ist er nicht Täter des § 130 OWiG, sondern die Tat wird nach den hierfür geltenden Vorschriften direkt gegen ihn oder seinen Vertreter verfolgt.⁴²

Die Bezugstat muss tatbestandsmäßig und rechtswidrig, nicht aber notwendig schuldhaft begangen worden sein.⁴³ Ferner muss die Bezugstat die Verletzung betriebsbezogener Pflichten beinhalten.⁴⁴ Dieses Merkmal ist vergleichbar mit der identischen Formulierung in § 30 OWiG.⁴⁵

cc) Tathandlung und Vorwerfbarkeit

Die Tathandlung des § 130 I 1 OWiG ist das vorsätzliche oder fahrlässige Unterlassen von Aufsichtsmaßnahmen, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen –

⁴¹ BGHSt 32, 389, 391; Rogall, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Auflage, München 2006, § 130 Rn. 18; Achenbach, NZWiSt 2012, 321, 324; Grützner/Leisch, DB 2012, 787, 788.

⁴² Bohnert, Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 3. Auflage, München 2010, § 130 Rn. 8.

⁴³ Bohnert, Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 3. Auflage, München 2010, § 130 Rn. 26 f.

⁴⁴ Achenbach, NZWiSt 2012, 321, 324.

⁴⁵ Heerspink, AOSTB 2012, 27, 28. Vgl. insoweit die Ausführungen oben zu § 30 OWiG.

prägnant gesagt – Bezugstaten zu verhindern. § 130 I 2 OWiG zählt zu diesen Maßnahmen auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen. Der Inhaber ist also für Organisation und Aufsicht verantwortlich. Wie dies zu erfüllen ist, hängt vom Einzelfall ab.⁴⁶ Die Maßnahmen können etwa abzuleiten sein aus Spezialnormen, aus Gerichtsentscheidungen zur Konkretisierung von Sorgfaltspflichten oder aus dem allgemeinen Grundsatz, dass bestimmte Lebensverhältnisse die Verantwortung für das Verhalten anderer Personen begründen.⁴⁷

dd) Kausalität

Der letzte Halbsatz von § 130 I 1 OWiG formuliert als Bedingung für ordnungswidriges Handeln, dass die Bezugstat durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Einer nachweisbaren Kausalität, dass die Bezugstat unterblieben wäre, bedarf es wegen der Formulierung der zweiten Variante („wesentlich erschwert“) nicht.⁴⁸ Vielmehr rezipiert das Gesetz hiermit die Risikoerhöhungslehre oder – im Falle des Unterlassungsdelikts – Risikoverringe-

rungslehre.⁴⁹ Der Zusammenhang zwischen Aufsichtspflichtverletzung und Bezugstat lässt sich also erleichtert begründen. Eine hypothetische wesentliche Erschwerung reicht aus.⁵⁰

ee) Rechtsfolgen

Wenn die Bezugstat eine Straftat ist, kann nach § 130 III 1 OWiG eine Geldbuße in Höhe von einer Million Euro verhängt werden. Eine Verzehnfachung bei der Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG ermöglicht jedoch die in § 130 III 2 OWiG jüngst eingefügte Verweisung auf § 30 II 3 OWiG.⁵¹ Danach kann, wenn eine Straftat als Bezugstat des § 130 OWiG vorliegt und eine Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG deswegen (d. h. als Bezugstat des § 30 OWiG) verhängt wird,⁵² das nach § 30 II 2 OWiG zu verhängende Bußgeld zehnmal so hoch sein, also bis zu zehn Millionen Euro. „Eigentlich“, nach § 30 II 2 OWiG, wäre die Verbandsgeldbuße nur im Höchstmaß des § 130 III 1 OWiG möglich.

⁴⁶ Heerspink, AOStB 2012, 27, 29; Grützner/Leisch, DB 2012, 787, 788; Achenbach, NZWiSt 2012, 321, 324.

⁴⁷ Bohnert, Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 3. Auflage, München 2010, § 130 Rn. 17. Zu Einzelheiten vgl. die Nachweise bei Bohnert a. a. O. Rn. 16 ff.; Rogall, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Auflage, München 2006, § 130 Rn. 37 ff.; Grützner/Leisch, DB 2012, 787, 788; Achenbach, NZWiSt 2012, 321, 324.

⁴⁸ Heerspink, AOStB 2012, 27, 29.

⁴⁹ Achenbach, NZWiSt 2012, 321, 324; Rogall, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Auflage, München 2006, § 130 Rn. 97 f. Vgl. zu den hiermit verbundenen Problemen Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Auflage, München 2010, § 13 Rn. 61–63.

⁵⁰ Achenbach, NZWiSt 2012, 321, 324.

⁵¹ Eingefügt im Zuge der 8. GWB-Novelle, vgl. hierzu Fn. 30.

⁵² Siehe Fn. 26. Zur vom Gesetzgeber intendierten Auslegung der §§ 30 II 2, 130 III 2 OWiG vgl. die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie im Gesetzgebungsverfahren zur 8. GWB-Novelle (vgl. hierzu Fn. 30), BT-Drucks. 17/11053, S. 20 f.

Ist hingegen die Bezugstat des § 130 OWiG eine Ordnungswidrigkeit, richtet sich das Bußgeld nach § 130 III 3 OWiG nach dem für die betreffende Ordnungswidrigkeit vorgesehenen Bußgeldrahmen.

c) **Zwischenfazit**

Die geltenden Regelungen der §§ 30, 130 OWiG schaffen ein System, in dem ein weites Feld an Bezugstaten dazu führt, dass Fehlverhalten in Unternehmen geahndet werden kann. Für seine Leitungsebene haftet der Unternehmensträger nach § 30 OWiG. Für Personen unterhalb der Leitungsebene haftet der Unternehmensträger nach § 130 OWiG. Dabei wirkt § 130 OWiG als „Transmissionsriemen“⁵³ der Haftung. § 130 OWiG kann als Sonderdelikt nur vom Unternehmensinhaber begangen werden, ggf. unter Zurechnung von Vertreterhandeln nach § 9 OWiG. Nach § 30 OWiG wiederum kann eine Geldbuße gegen den Unternehmensträger verhängt werden, wenn eine Bezugstat nach § 130 OWiG vorliegt. Außerdem ist nicht zu vergessen, dass die Abschöpfung wirtschaftlicher Vorteile nach § 17 IV OWiG den Bußgeldrahmen jeweils drastisch – theoretisch auch ohne Höchstgrenze – erhöhen kann.

⁵³ Grützner/Leisch, DB 2012, 787, 788, unter Bezug auf Többers, NStZ 1999, 1, 8; Helmrich, wistra 2010, 331, 332.

IV. Vorschlag zur Einführung eines Verbandsstrafgesetzbuchs

Der nun vorgelegte Vorschlag zur Einführung eines Verbandsstrafgesetzbuchs (VerbStrG-E) gliedert sich in zwei Teile: §§ 1–12 VerbStrG-E sind materiell strafrechtliche Vorschriften, §§ 13–22 VerbStrG-E sind strafprozessuale Regelungen.

Nach §§ 3 I, 13 I VerbStrG-E sollen der allgemeine Teil des StGB sowie die allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren „sinngemäß“ gelten, soweit sie nicht ausschließlich auf natürliche Personen anwendbar sind und das VerbStrG-E nichts anderes bestimmt.

1. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich

§ 1 I VerbStrG-E sieht als Verbände im Sinne dieses Gesetzes juristische Personen, nicht rechtsfähige Vereine und rechtsfähige Personengesellschaften des privaten und öffentlichen Rechts vor. Die Definition der Entscheidungsträger in § 1 III VerbStrG-E ist weitgehend deckungsgleich mit der Definition in § 30 OWiG.⁵⁴

Zentraler Begriff des VerbStrG-E ist die verbandsbezogene Zuwiderhandlung. Sie liegt nach § 1 II VerbStrG-E vor bei Zuwiderhandlungen gegen ein Strafgesetz, wenn durch sie Pflichten verletzt worden sind, die den Verband treffen, oder wenn durch sie der Ver-

⁵⁴ Siehe oben unter III. 2. a) aa).

band bereichert worden ist oder bereichert werden sollte.

2. Verbandsstraftaten

In § 2 VerbStrG-E finden sich die (einzigen) beiden Tatbestände von Verbandsstraftaten. § 2 I und II VerbStrG-E lauten:⁵⁵

(1) Ist durch einen Entscheidungsträger in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes vorsätzlich oder fahrlässig eine verbandsbezogene Zuwiderhandlung begangen worden, so wird gegen den Verband eine Verbandssanktion verhängt.

(2) Ist in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes eine verbandsbezogene Zuwiderhandlung begangen worden, so wird gegen den Verband eine Verbandssanktion verhängt, wenn durch einen Entscheidungsträger dieses Verbandes vorsätzlich oder fahrlässig zumutbare Aufsichtsmaßnahmen, insbesondere technischer, organisatorischer oder personeller Art, unterlassen worden sind, durch die die Zuwiderhandlung verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre.

3. Verbandssanktionen

Als Verbandssanktionen sieht § 4 VerbStrG-E Verbandsstrafen und Verbandsmaßregeln vor. In den in § 5 VerbStrG-E vorgesehen Fällen kann das Gericht von Sanktionen absehen.

⁵⁵ Die Regelungen zu Auslandstaten und Rechtsnachfolge in § 2 III und IV VerbStrG-E sind hier nicht näher behandelt. Vgl. zur Haftung für Auslandstaten im bestehenden Recht nach dem OWiG Grützner/Leisch, DB 2012, 787, 789.

a) Verbandsstrafen

Verbandsstrafen sind die Verbandsgeldstrafe nach § 6 VerbStrG-E, die Verbandsverwarnung mit Strafvorbehalt nach § 7 VerbStrG-E und die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung nach § 9 VerbStrG-E.⁵⁶

Die Verbandsgeldstrafe nach § 6 VerbStrG-E kann zwischen fünf und 360 Tagessätzen betragen, bemessen am Jahresertrag des Verbandes, jedoch begrenzt in Höhe von zehn Prozent des durchschnittlichen Jahresumsatzes des Verbandes oder der Unternehmensgruppe.

Wird die Verbandsverwarnung mit Strafvorbehalt ausgesprochen, wird eine Bewährungszeit festgelegt. Das Gericht kann dem Verband die Einrichtung eines Compliance Management Systems⁵⁷ nebst einer Berichtspflicht hierüber an das Gericht oder einen Sachverständigen aufgeben.

b) Verbandsmaßregeln

Verbandsmaßregeln sind nach §§ 10, 11, 12 VerbStrG-E der Ausschluss von Subventionen, der Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge und die Verbandsauflösung.

⁵⁶ Die Bekanntgabe der Verurteilung ist hier nicht näher behandelt.

⁵⁷ „Compliance“ bezeichnet das Bestreben, dass rechtliche Regeln und andere Vorgaben an das Verhalten von Führungskräften und Mitarbeitern in Unternehmen eingehalten werden. Compliance-Organisationen wurden in jüngerer Zeit als formalisierte Abteilungen hierfür vor allem in Großunternehmen eingerichtet.

c) Absehen von Sanktionen

Das Gericht kann nach § 5 VerbStrG-E von Sanktionen absehen, wenn ein Compliance Management System eingerichtet ist oder der Verband freiwillig zur Aufklärung des Falls beigetragen hat.

4. Verfahrensrechtliche Neuerungen

Im Verfahrensrecht ist die grundlegende Neuerung, dass der Entwurf in § 14 VerbStrG-E die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft normiert und den Legalitätsgrundsatz statuiert, wonach bei zureichenden Anhaltspunkten für eine Verbandsstrafat eine Verfolgungspflicht gilt. Im OWiG gilt hingegen das Opportunitätsprinzip, wonach es im Ermessen der Behörde liegt, ein Verfahren einzuleiten.⁵⁸

V. Kritische Würdigung des Vorschlags zur Einführung eines Verbandsstrafgesetzbuchs

Societas delinquere non potest – eine Gesellschaft ist zu einem Vergehen nicht fähig. Dieser Satz wurde lange als unverrückbarer Grundsatz des Kriminalstrafrechts und seiner Dogmatik verstanden.⁵⁹ Dogmatik ist nichts anderes als die Lehre des geltenden

Rechts in seiner Gesamtheit⁶⁰ – sie überbrückt die „Kluft zwischen Gesetz und Gesetzesanwendung durch komplexe, aber handhabbare und durchsichtige Konkretisierungen der Gesetze einerseits sowie Verallgemeinerungen der Fälle andererseits“. ⁶¹ Wenn der Gesetzgeber nun ein bislang geltendes und in das geltende übrige Recht eingefügtes Konzept aufgibt und ein neues Konzept einführt, gilt von Kirchmanns alter Satz: „...drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.“⁶² Jedoch: Dogmatik speist sich aus geltendem Recht. Wer es zur freien Disposition des Gesetzgebers stellt,⁶³ dem wird leicht eine erzipositivistische Sicht nachgesagt.⁶⁴ Es wäre falsch, den Federstrich des Gesetzgebers so schwungvoll anzuerkennen wie zu von Kirchmanns Zeiten. Daran orientieren sich auch die folgenden Überlegungen zum Vorschlag zur Einführung eines Verbandsstrafgesetzbuchs.

⁵⁸ Bohnert, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Auflage, München 2006, Einleitung Rn. 144.

⁵⁹ Vgl. nur Vogel, StV 2012, 427, 427 ff.; Joecks, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, München 2011, Vorbemerkung zu § 25, Rn. 16 f.; Hamm, NJW 1998, 662, 663.

⁶⁰ Im Sinne einer Systematisierung und begrifflichen Durchdringung.

⁶¹ Vgl. z. B. Hassemer/Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Auflage, Baden-Baden 2013, Einleitung Rn. 103.

⁶² von Kirchmann, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin 1848, S. 23.

⁶³ Vogel, in: Kempf/Lüderssen/Volk, Unternehmensstrafrecht, Berlin 2012, 205, 207.

⁶⁴ Schünemann, ZIS 2014, 1, 4.

1. Dogmatische Einwände gegen den Entwurf

a) Handlungs- und Schuldfähigkeit von Verbänden

Die Handlungs- und Schuldfähigkeit von Verbänden ist eine Frage, die – der Titel dieses Beitrags lässt es vermuten – fast so alt ist wie unser Strafrecht.⁶⁵ Das herkömmliche Verständnis schließt sowohl die Handlungs- als auch die Schuldfähigkeit von Verbänden aus.

Die Strafrechtsnorm ist eine Verhaltensnorm. Die Handlungsfähigkeit setzt deshalb die Fähigkeit zu willensgesteuertem Verhalten voraus. Ein Verband kann aber nur durch andere und nicht selbst handeln.⁶⁶ Darauf aufbauend ist auch die Schuldfähigkeit Folge der Steuerungsfähigkeit von natürlichen Personen, sich gegen den Normverstoß entscheiden zu können. Deshalb wird herrschend die Handlungs- und Schuldfähigkeit von Verbänden verneint.⁶⁷

Dem stellt sich die Begründung des Entwurfs auch nicht entgegen, sondern verweist auf

die Willensbildung und Äußerung durch die hierzu im Verband befugten Personen.⁶⁸ Jedoch rekuriert der Entwurf, um die mangelnde Schuldfähigkeit zu überwinden, auf die Konstituierung einer „originären Verbandsschuld“.⁶⁹ Der Verband hafte im „Rahmen seiner durch ihn selbst gewählten und ausgestalteten Organisation für Fehlentwicklungen, die Folge dieser fehlerhaften Organisation“ seien.⁷⁰

Dieses Modell verschleiert, dass die Schuld einer unzureichenden Unternehmensorganisation nicht das Gleiche ist wie der individuelle Normverstoß.⁷¹ Der Entwurf nimmt die „verbandsbezogene Zuwiderhandlung“ zum Anlass, auf eine „originäre Verbandsschuld“ zu schließen. Das heißt im Klartext, dass die Schuld des Verbands auf einer individuellen Schuld aufbaut. Über den Rechtsverstoß entscheidet die natürliche Person. Folglich ist die Verbandsschuld nicht so originär, wie der Entwurf glauben machen will. Der Entwurf erweist sich als Modell der Zurechnung von Schuld.⁷² Jedoch wird nicht bestraft wegen der Verletzung des Strafgesetzes, sondern wegen der Verletzung einer Norm zur Unternehmensorganisation.⁷³ Zu Recht weist deshalb Trüg darauf hin, dass die Unternehmensstrafe an der Kategorie des Unrechts an-

⁶⁵ Nachweise zu klassischen Beiträgen bei *Vogel*, StV 2012, 427, 427 f. (Fn. 2–5). Umfassende Nachweise bei *Heine*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 28. Auflage, München 2010, Vorbemerkungen zu den §§ 25 ff. Rn. 118.

⁶⁶ BVerfGE 20, 323, 336.

⁶⁷ Bereits so von *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 312. Weitere Nachweise z. B. bei *Rengier*, in: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 3. Auflage, München 2006, Vorbemerkungen Rn. 4.

⁶⁸ Entwurf, S. 29 f.

⁶⁹ Entwurf, S. 43. Im Schrifttum etwa vertreten von *Tiedemann*, NJW 1988, 1169, 1171 ff.; *Dannecker*, GA 2001, 101, 108 ff.

⁷⁰ Entwurf ebd.

⁷¹ *Schünemann*, ZIS 2014, 1, 4; *Hoven*, ZIS 2014, 19, 21.

⁷² Ähnlich *Hoven*, ZIS 2014, 19, 22.

⁷³ *Schünemann*, ZIS 2014, 1, 4 f.

knüpft, nicht aber an der Schuld des Verbands.⁷⁴

b) Keine Strafe ohne Schuld

§ 2 I VerbStrG-E setzt im Tatbestand nur eine „verbandsbezogene Zuwiderhandlung“ voraus. Das vom Entwurf zum Grund der Sanktion genannte Verschulden bei Auswahl des Entscheidungsträgers ist hingegen nicht erwähnt. Dass der Regelungsansatz verfassungsrechtlich Bestand haben könnte, ist zweifelhaft. Denn auch ein Verband könnte verfassungsrechtlich nicht ohne Schuld bestraft werden.⁷⁵ Wollte man die Norm so interpretieren, dass sie verfassungsgemäß ist, würde ihre Anwendung den Beweis des Auswahlverschuldens voraussetzen.⁷⁶ Das sieht der Entwurf jedoch nicht vor, sondern sagt, dass sich schon in der Begehung der Zuwiderhandlung die mangelhafte Auswahl ausdrücke.⁷⁷ Mit ausländischen Regelungsmodellen zu argumentieren, ist an dieser Stelle wenig aussichtsreich. Im angelsächsischen Rechtskreis ist beispielsweise die Kriminalstrafe nicht in erster Linie auf die sozialet-

ische Vorwerfbarkeit gestützt.⁷⁸ Für Deutschland bleibt es dabei, dass ohne Schuld keine Strafe verhängt werden darf. Die mangelnde Auswahl müsste zum Tatbestand gehören.

2. Rechtspolitische Einwände gegen den Entwurf

a) Verbandsgeldstrafe

Die vorgesehene Verbandsgeldstrafe wird erheblich über die Geldbußen hinausgehen, die nach geltendem Recht möglich sind. Die Geldstrafe kann einen ganzen Jahresertrag ausmachen und ist dabei nur auf zehn Prozent des Jahresumsatzes begrenzt. Zum Beispiel:⁷⁹ Wenn ein Konzern einen Gewinn von 720 Millionen Euro erwirtschaftet, beträgt die Mindeststrafe – fünf Tagessätze – zehn Millionen Euro. Das ist *de lege lata* die höchstmögliche Geldbuße! Wer jetzt anmerkt, dass wegen § 17 OWiG auch *de lege lata* höhere Geldbußen möglich sind, sollte sich den pauschalen Verweis⁸⁰ in § 3 I VerbStrG-E vor Augen führen: Dadurch kann der Verfall nach § 73 ff. StGB angeordnet werden. Im Verfall gilt das Bruttoprinzip, wonach nicht nur Gewinn-, sondern Vermögensabschöpfung möglich ist.⁸¹ Die Abschöpfung tritt neben die Geldstrafe. Der

⁷⁴ *Trüg*, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, Nr. 54/2013, S. 17 f., abrufbar unter <http://www.anwaltverein.de/interessenvertretung/stellungnahmen>, abgerufen am 09.02.2014.

⁷⁵ Nachweise zur Rechtsprechung des BVerfG zum Schuldprinzip bei *Radtke*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 2. Auflage 2012, Vorbemerkung zu den §§ 38 ff., Rn. 14.

⁷⁶ Für eine Beweispflicht offenbar *Römermann*, GmbHR 2014, 1, 6 f. Der Entwurf scheint dies nur im Rahmen der Strafzumessung zu thematisieren, vgl. Entwurf, S. 58.

⁷⁷ Entwurf, S. 43.

⁷⁸ *Scholz*, ZRP 2000, 435, 435.

⁷⁹ Ähnlich, allerdings unter Annahme, dass eine Mindeststrafe von einem Tagessatz möglich sei, *Schünemann*, ZIS 2014, 1, 15.

⁸⁰ Durch den pauschalen Verweis auf das StGB und das Strafprozessrecht ist Raum für unzählige Missverständnisse und Unsicherheiten eröffnet.

⁸¹ *Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, München 2011, § 73 Rn. 4 f.

Entwurf liefert kein nachvollziehbares Argument, weshalb eine solch harte Ahndung von Unrecht in Unternehmen erforderlich sein sollte.

Tief blicken lässt der Entwurf hingegen, wenn er zu den erhöhten Kosten der Strafverfolgung Stellung nimmt. So heißt es, dass bei der Belastung der öffentlichen Haushalte „nicht quantifizierbare Mehreinnahmen“ durch Geldstrafen etc. zu berücksichtigen seien, die „geeignet sind, den Mehraufwand abzudecken“.⁸²

Der Entwurf sieht den dogmatischen Legitimationsgrund der Geldstrafe offenbar in einem Gleichlauf zur Geldstrafe bei natürlichen Personen.⁸³ Das ist freilich recht kurz gedacht. Straftatbestände sehen herkömmlich Freiheitsstrafen und Geldstrafen vor. Die Geldstrafe ist dabei das mildere Mittel für Täter, die einer intensiveren Einwirkung zur Verhinderung weiterer Straftaten nicht bedürfen.⁸⁴ Indes ist eine Freiheitsstrafe gegen einen Verband nicht möglich – dem Verband ergeht es also „besser“ als dem Individualtäter. Im Unterschied zum Individualtäter wirkt der Tagessatz auch nicht ähnlich wie eine Freiheitsstrafe. Dem Individualtäter soll – stark vereinfacht ausgedrückt – durch die Tagessätze vermögensmäßig die Freiheit genommen werden, seinen Lebensstandard zu

finanzieren.⁸⁵ Beim Verband hingegen ist die Geldstrafe ein Rechnungsposten in der Gewinn- und Verlustrechnung. Idealerweise setzt sie den Gewinn des Verbands für den betreffenden Zeitraum auf null. Dementsprechend wird nicht die wirtschaftliche Freiheit des Verbands, sondern seine Profitabilität von der Sanktion betroffen. Der angebliche Gleichlauf von Verbands- und Individualgeldstrafe erweist sich als ein nur scheinbarer Gleichlauf. Soweit der Entwurf damit argumentiert, ist die Prämisse falsch.

b) Pflicht zur Einführung einer Compliance-Organisation

Der Entwurf würde faktisch zu einer Pflicht führen, eine Compliance-Organisation einzurichten. Das geltende Recht statuiert keine solche Pflicht. Nach dem Entwurf kann das Gericht aber von Strafe absehen, wenn der Verband ausreichende organisatorische oder personelle Maßnahmen getroffen hat, um vergleichbare Verbandsstraftaten in Zukunft zu vermeiden. Faktisch wird es so sein, dass die Strafausschließungsgründe nur greifen, wenn der Verband eine entsprechende Organisation nachweist und darlegt, dass die verbandsbezogene Zuwiderhandlung ein Ausrutscher war.⁸⁶ Die grundsätzliche Annahme normgemäßen Verhaltens wird zum Generalverdacht verkehrt.⁸⁷ Ob ein Unternehmen sich für formalisierte Mechanismen zur

⁸² Entwurf, S. 37 f.

⁸³ Entwurf, S. 57.

⁸⁴ „Denkzettel-funktion“, vgl. Radtke, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 2. Auflage, München 2012, § 40 Rn. 12 m. w. N.

⁸⁵ Albrecht, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Auflage, Baden-Baden 2013, § 40 Rn. 7.

⁸⁶ Schünemann, ZIS 2014, 1, 17.

Überwachung der Rechtstreue einsetzt, sollte aber eine freie Entscheidung bleiben.⁸⁸ Wirtschaftsethisch sollte die Sanktion wegen eines Normverstoßes den Anreiz zur Befolgung der Norm in sich selbst tragen. Über das im Entwurf vorgesehene Modell eines Absehens von Strafe bei Nachweis einer Compliance-Organisation wird demgegenüber am anderen Ende angesetzt. Der Normverstoß wird dann nicht sanktioniert, wenn der Normadressat sein Bemühen um Rechtstreue jenseits des eigentlich sanktionierten Verhaltens unter Beweis stellt. Mit der „originären Verbandsschuld“ hat das aber nichts zu tun.

Dies zeigt sich auch am Vergleich mit dem geltenden Strafrecht. Das Absehen von Strafe nach § 60 StGB ist eine Regelung zur Strafzumessung, wenn der Täter durch die Folgen der Tat bereits „genug gestraft“ ist.⁸⁹ Jedoch verbleibt der Schuldanspruch. Hätte aber der Verband ausreichende Maßnahmen ergriffen – also eine wirksame Compliance-Organisation implementiert –, würde doch nach der Argumentation des Entwurfs schon die originäre Verbandsschuld entfallen.

Auch daran zeigt sich, dass die Regel (Schuldnachweis durch die Strafjustiz) durch den Entwurf zu einer Ausnahme (Absehen

von Strafe bei Nachweis einer Compliance-Organisation) gemacht wird. Das ist systematisch abzulehnen.

c) Erreichen des Regelungsziels mit falschen Mitteln

Dass rechtstreuere Verhalten am besten mit Mitteln des Strafrechts gefördert werden kann,⁹⁰ bleibt eine nicht belegte Behauptung. Im Gegenteil scheint der repressive Ansatz der Strafe gerade dagegen zu sprechen. Denn im Entwurf sind die Präventionsinstrumente wie gezeigt im Sanktionsbereich verortet. Das Strafverfahren ist gerade durch seine rechtsstaatlichen Garantien langwierig und aufwändig. Bis ein Verband nach den Regelungen des Entwurfs zur Rechenschaft gezogen werden würde, dürfte einige Zeit ins Land gegangen sein. Präventiv wirkende und eingreifende Maßnahmen des Staates sind aber schon nach geltendem Recht möglich. Das Wirtschaftsverwaltungsrecht hat nicht nur differenziertere Regelungen, sondern auch ein breiteres Instrumentarium als das nach dem Entwurf vorgesehene Unternehmensstrafrecht. Zu denken ist etwa an das Gewerberecht, das Immissionsschutzrecht, das Kapitalmarktrecht, das Umweltrecht oder das Außenwirtschaftsrecht. Die Verwaltung kann hier gezielt und schnell reagieren, etwa indem aktuelle Entwicklungen durch ggf. zeitlich begrenzte Maßnahmen eingedämmt werden.⁹¹ Die danach möglichen Maßnahmen sind in anderen Rechtsordnungen

⁸⁷ Schönemann, ZIS 2014, 1, 17; Trüg, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, Nr. 54/2013, S. 27, abrufbar unter

▶ <http://www.anwaltverein.de/interessenvertretung/stellungnahmen>, abgerufen am 09.02.2014.

⁸⁸ So auch Schönemann, ZIS 2014, 1, 17.

⁸⁹ Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, München 2011, § 60 Rn. 1.

⁹⁰ Entwurf, S. 4 f., 23 f.

gen teils als Sanktionen des Unternehmensstrafrechts ausgestaltet.⁹² Der Entwurf verliert hierüber freilich kein Wort. Im Gegenteil wird als einzige Regelungsalternative das Ordnungswidrigkeitenrecht genannt – dies aber unter dem Hinweis, dass ein Ausbau des OWiG dessen Rahmen dogmatisch wie systematisch sprengt.⁹³ Dass der Ausbau des Wirtschaftsverwaltungsrechts das Präventionsdefizit beseitigen könnte, hätte hier nahe gelegen.

d) Präventionsdefizit als Vollzugsdefizit

Neben den genannten wirtschaftlichen Erwägungen stellt der Entwurf auch die Einführung des Legalitätsprinzips als besonderen Vorteil des Entwurfs gegenüber dem geltenden Recht heraus.⁹⁴ Eine wesentliche Ursache des Präventionsdefizits, das als Hauptgrund für die Einführung eines Unternehmensstrafrechts genannt ist,⁹⁵ sei das Implementierungsdefizit mit hohen Einstellungsraten und überdurchschnittlich hoher Tendenz zu verfahrensbeendenden Absprachen.⁹⁶ Hier scheint der Entwurf einiges durcheinander zu bringen: Das Legalitätsprinzip ist von Rechts wegen nicht als Heilmittel für mangelnden oder uneinheitlichen

Normenvollzug gedacht,⁹⁷ wie der Entwurf vermuten lässt. Grundlage einer einheitlichen Normanwendung ist vielmehr Art. 3 I GG. Das Implementierungsdefizit mag aus einer laschen Handhabung des Opportunitätsprinzips folgen. Das aber könnte die Exekutive selbst beseitigen, indem sie durch Anweisung der ihr nachgeordneten Behörden die Verfolgungspraxis steuert. Im Übrigen ist die Exekutive nach Art. 3 I GG bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten gleichermaßen auf Rechtsanwendungsgleichheit verpflichtet.⁹⁸ Der Entwurf bezieht sich hingegen beim Präventionsdefizit freimütig auf die guten Erfahrungen in anderen Rechtsordnungen.⁹⁹ Er erwähnt dabei aber nicht, dass im Paradebeispiel des amerikanischen Strafverfahrens das Opportunitätsprinzip gilt.¹⁰⁰ Nicht zuletzt dieser Befund stützt die These, dass das vermeintliche Präventionsdefizit in Wahrheit ein Vollzugsdefizit ist.¹⁰¹

VI. Fazit

Der Entwurf mag das hehre Ziel verfolgen, die Rechtmäßigkeit unternehmerischen Handelns in Deutschland zu fördern. Indes

⁹¹ Trüg, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, Nr. 54/2013, S. 12 f., abrufbar unter <http://www.anwaltverein.de/interessenvertretung/stellungnahmen>, abgerufen am 09.02.2014.

⁹² Trüg, ZWH 2011, 6, 10.

⁹³ Entwurf, S. 5.

⁹⁴ Entwurf, S. 23.

⁹⁵ Entwurf, S. 20 f.

⁹⁶ Entwurf, S. 23.

⁹⁷ Schönemann, ZIS 2014, 1, 15 f.

⁹⁸ Dürig/Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 69. Ergänzungslieferung, München 2013, Art. 3 Rn. 398, die sich freilich a. a. O. Rn. 412a ff. kritisch gegen ein Zurückdrängen des Legalitätsprinzips wenden.

⁹⁹ Entwurf, S. 26.

¹⁰⁰ Schönemann, ZIS 2014, 1, 15.

¹⁰¹ So auch Trüg, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, Nr. 54/2013, S. 12, abrufbar unter <http://www.anwaltverein.de/interessenvertretung/stellungnahmen>, abgerufen am 09.02.2014.

wird der Entwurf diesem Ziel wie gezeigt weder im Regelungsansatz noch in Formulierung der Normen gerecht. Der Entwurf widerspricht dem verfassungsrechtlich garantierten Schuldprinzip. Außerdem spiegelt der Entwurf vor, ein Vollzugsdefizit sei das Gleiche wie ein Präventionsdefizit.

Die tendenziöse Sprache, in der der Entwurf abgefasst ist, lässt deshalb tiefer blicken als gedacht: Der Entwurf ist bei genauerem Hinsehen eine Überreaktion, die polemisiert und polarisiert. Zwar hätte dieser Federstrich weitreichende Folgen. Ob es Änderungen zum Guten wären, wäre nach den obigen Erkenntnissen aber mehr als fraglich.

Wenn der Gesetzgeber Handlungsbedarf bei der Prävention gegen Unrecht in Unternehmen sieht, ist ihm zu wünschen, dass er die notwendigen Maßnahmen nach Zweck und Tauglichkeit und nicht nach ihrem öffentlichkeitswirksamen Namen wählt. Das Strafrecht wäre die öffentlichkeitswirksame Variante. Eine weitere Verfeinerung des Ordnungswidrigkeitenrechts und des Wirtschaftsverwaltungsrechts täte hingegen der Sache gut.

► [Inhaltsverzeichnis](#)



KÖPFE

GESUCHT

Referendare und Praktikanten
www.tsp-law.com

Thümmel, Schütze & Partner
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

KLAUSUR ZIVILRECHT

Dr. Nicole Baldauf*

„Der neue Fliesenfall – Ein Klassiker des nationalen Rechts trifft auf Europarecht“

Examensklausur

Die Verflechtungen zwischen Europarecht und nationalem Recht werden immer stärker; sie werden in den kommenden Jahren auch an Examensrelevanz gewinnen. Diese Klausur ist daher für das erste wie für das zweite Staatsexamen von Bedeutung, denn sie zeigt die Einwirkungen von Richtlinien auf das nationale Privatrecht und den Umgang mit der sog. richtlinienkonformen Auslegung und Rechtsfortbildung. Der Beitrag bemüht sich um klausurtaugliches, methodisch sachgerechtes Vorgehen.

Sachverhalt:

K will in seinem Bad neue Fliesen legen lassen. Er kauft daher in dem Baumarkt V, der auch Fliesen vertreibt, hochwertige weiße

Fliesen des Herstellers H. Dem im Baumarkt angestellten A erzählt K von seinen Plänen, das Badezimmer hochwertig auszustatten.

K nimmt die noch verpackten Kacheln mit nach Hause und lässt diese am nächsten Tag von dem von ihm beauftragten Fliesenleger F verlegen. Nachdem F die Fliesen weiß verfugt und gesäubert hat, bemerkt K, dass die Fliesen nicht einheitlich weiß sind, sondern kleine Helligkeitsabweichungen aufweisen, die dazu führen, dass es aussieht, als hätten die Fliesen kleine Schmutzflecken. Es handelt sich um Mikroschleifspuren, die nicht beseitigt werden können.

K ist empört und verlangt von V die Lieferung neuer, einheitlich weißer Fliesen. V soll außerdem die neuen Fliesen bei ihm verlegen. Außerdem will K, dass V die jetzt eingebauten Fliesen entfernt und entsorgt.

Aufgaben:

1. Kann K von V die Lieferung neuer, mangelfreier Fliesen *zu sich nach Hause* verlangen?
2. Kann K von V den Ausbau der mangelhaften Fliesen verlangen?
3. Kann K von V den Einbau neuer (mangelfreier) Fliesen verlangen?
4. *Abwandlung 1:* Gehen Sie davon aus, dass ein Anspruch des K gegen den V in Aufgabe 2 und 3 dem Grunde nach

* Die Autorin hat die Klausur während ihrer Zeit als akademische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung, Europäisches Privatrecht, Zivilprozessrecht von Prof. Dr. Martin Gebauer erstellt. Sie wurde im Rahmen des Examinatoriums der Universität Tübingen besprochen.

besteht und sich die Kosten für den Ausbau auf 2.000 Euro und für die Neulieferung plus Einbau auf 3.800 Euro (800 Euro Fliesen plus 3.000 Euro Einbau) belaufen. Die Fliesen hatten im Baumarkt 1.000 Euro (objektiver Wert 800 Euro) gekostet. Der V verweigert den Ein- und Ausbau der neuen Fliesen. Er habe die Schleifspuren nicht erkennen können und hatte auch keinen Grund, die Fliesen dahingehend zu überprüfen. Bestehen die Ansprüche des K gegen V unter Zugrundelegung dieser Kosten weiterhin? Wenn ja, in welcher Höhe?

5. *Abwandlung 2:* V weigert sich, die Fliesen auszubauen und neu zu verlegen. Welche Ansprüche hat K gegen V, wenn K den Fliesenleger F erneut beauftragt?

Der Bearbeitung ist folgender Auszug aus Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zugrunde zu legen:

(1) Der Verkäufer haftet dem Verbraucher für jede Vertragswidrigkeit, die zum Zeitpunkt der Lieferung des Verbrauchsgutes besteht.

(2) Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3 oder auf angemessene Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung in Bezug auf das betreffende Verbrauchsgut nach Maßgabe der Absätze 5 und 6.

(3) ¹Zunächst kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Ver-

brauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist.

²Eine Abhilfe gilt als unverhältnismäßig, wenn sie dem Verkäufer Kosten verursachen würde, die

– angesichts des Werts, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte,

– unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit und

– nach Erwägung der Frage, ob auf die alternative Abhilfemöglichkeit ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zurückgegriffen werden könnte, verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären.

³Die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung muss innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind.

(4) Der Begriff „unentgeltlich“ in den Absätzen 2 und 3 umfasst die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten.

(5) – (6) ...

Lösung

Gliederung

Frage 1: Anspruch auf Lieferung mangelfreier Fliesen gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB

I. Anspruch entstanden

II. Leistungsort der Nacherfüllung

Frage 2: Anspruch auf Ausbau der mangelhaften Fliesen gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB

- I. Auslegung des nationalen Rechts (zunächst ohne Berücksichtigung der Richtlinie)
- II. Widerspruch zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie?
- III. Auflösung des Widerspruchs durch richtlinienkonforme Auslegung

Frage 3: Anspruch auf Verlegung der nachgelieferten Fliesen gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB

- I. Auslegung des nationalen Rechts
- II. Widerspruch zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie?
- III. Auflösung des Widerspruchs durch richtlinienkonforme Auslegung

Frage 4: Ausschluss wegen Unverhältnismäßigkeit

- I. Auslegung des nationalen Rechts
- II. Widerspruch zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie?
- III. Umsetzung in nationales Recht

Frage 5: Ansprüche des K gegen V auf Erstattung der Kosten für den 2. Einbau

- I. Anspruch des K gegen V auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB
- II. Anspruch auf Ersatz der Handwerkerkosten gem. § 439 II BGB

Frage 1: Anspruch auf Lieferung mangelfreier Fliesen gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB

I. Anspruch entstanden

Ein Anspruch auf Lieferung mangelfreier Fliesen könnte sich aus §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB ergeben. Ein Kaufvertrag, d. h. zwei übereinstimmende Willenserklärungen von K und V, V wirksam vertreten durch A, liegen vor. Fraglich ist, ob ein Sachmangel vorliegt. Ein Sachmangel ist das Abweichen der Ist- von der Sollbeschaffenheit zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs. Wann ein Mangel i. S. d. Kaufrechts vorliegt, regelt § 434 BGB.

Es könnte zunächst ein Sachmangel gem. § 434 I 1 BGB vorliegen. Die Schattierung und die Mikroschleifspuren auf den Fliesen sind Eigenschaften, die diesen physisch anhaften, und somit Teil ihrer Beschaffenheit. Allerdings wurde keine konkrete Vereinbarung über die Beschaffenheit getroffen.

Allerdings könnte auch ein Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB vorliegen, wenn sich die Fliesen nicht für die im Vertrag vorausgesetz-

te Verwendung eignen. Erforderlich ist hierfür, dass sich die Parteien des Kaufvertrags über den Verwendungszweck einigen; eine einseitige Vorstellung genügt hierfür nicht.¹ Der K hatte dem Angestellten A erzählt, dass er sein Bad hochwertig ausstatten wollte. Der A ist Angestellter des V und damit Vertreter, § 56 HGB. Der V muss sich das Wissen seines Vertreters zurechnen lassen, § 166 I BGB. Diese von K vom Vertrag vorausgesetzte Verwendung wurde von V, vertreten durch A, stillschweigend akzeptiert. Damit lag eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung i. S. d. § 434 I 2 Nr. 1 BGB vor.

Selbst wenn man eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung mangels Einigung der Vertragsparteien ablehnen würde, eignen sich die Fliesen nicht für die gewöhnliche Verwendung gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB, wenn die Fliesen nach dem Verlegen aussehen, als hätten sie Schmutzflecken.

Zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs bei Übergabe der Kaufsache wich damit die Ist- von der Sollbeschaffenheit ab, so dass ein Sachmangel vorliegt.

II. Leistungsort der Nacherfüllung

K verlangt allerdings die Lieferung der Fliesen zu sich nach Hause. Fraglich ist, ob der K die Fliesen nicht vielmehr bei V abholen muss, denn auch ursprünglich hatte er die Fliesen im Baumarkt bei V gekauft. Damit stellt sich die Frage, an welchem Ort die

Nacherfüllung des V zu erfolgen hat. Umstritten ist, ob § 439 BGB selbst eine Regelung über den Ort der Nacherfüllung trifft oder ob stattdessen auf allgemeines Schuldrecht oder (im Wege ergänzender Vertragsauslegung) auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen ist. Vorrangig wäre § 439 BGB als Regelung des besonderen Schuldrechts anzuwenden, wenn die Norm den Ort der Nacherfüllung regelte. Erst wenn die Norm keine Regelung trifft, kann auf allgemeines Schuldrecht zurückgegriffen werden. Erforderlich ist daher eine *Auslegung* von § 439 BGB.

1. Wortlaut

Gem. § 439 I BGB kann der Käufer die „Lieferung“ der mangelfreien Sache verlangen. Dies lässt sich zwar so verstehen, dass es sich um eine allgemeine Regelung einer Bringschuld für den Nacherfüllungsanspruch handelt, aber auch lediglich als Beschreibung des Anspruchs des Käufers auf eine mangelfreie Sache. Für letztere Auslegung sprechen auch die Gesetzesmaterialien.² Auch § 439 II BGB lässt (nach Ansicht des BGH) keinen Rückschluss auf einen bestimmten Erfüllungsort der Nacherfüllung zu. Vielmehr handelt es sich bei der Norm um eine reine Kostentragungsregel.³

Dem Wortlaut von § 439 BGB lässt sich folglich keine eindeutige Regelung über den Ort,

² In diesem Sinne auch *BGH*, NJW 2011, 2278 ff., Rn. 22.

³ *BGH*, NJW 2011, 2278 ff., Rn. 23.

¹ *Prütting/Wegen-Schmidt*, § 434, Rn. 29.

an dem die Nacherfüllung zu erfolgen hat, entnehmen.

2. Systematik

Nach § 439 II BGB sollen die Lasten der Nacherfüllung dem Verkäufer zur Last fallen. Der Käufer soll weder Aufwendungen für den Rücktransport haben noch das Beschädigungsrisiko tragen.

Zudem ließe sich auf einen Vergleich zum Rücktritt rekurrieren. Beim Rücktritt ist der Erfüllungsort anerkanntermaßen am Belegenheitsort der Kaufsache, was aus einem Umkehrschluss zu § 357 II BGB hergeleitet wird (bei Widerruf ist der Käufer in Abweichung zu §§ 346 ff. BGB zur Rücksendung verpflichtet). Der Erfüllungsort des Nacherfüllungsanspruchs müsse dann erst recht der Belegenheitsort der Kaufsache sein. Daher geht eine Ansicht davon aus, dass der Erfüllungsort der Nacherfüllung *der momentane Belegenheitsort der Kaufsache* ist.⁴ Regelmäßig ist dies der Wohnsitz des Käufers, § 7 BGB.

Dagegen wird eingewendet, dass der Nacherfüllungsanspruch nur ein fortgesetzter Erfüllungsanspruch sei, für den derselbe Leistungsort gelten müsse wie für den Erfüllungsanspruch. Außerdem seien Kostenlast und Transportlast zu trennen: „Die Regelungen über die Kostentragungspflicht sagen ... nichts darüber aus, an welchem Ort der Er-

füllungsort für Nacherfüllungsansprüche anzusiedeln ist. Die Kostentragungspflicht des Verkäufers wird durch die Lage des Erfüllungsorts nicht berührt. In den Fällen, in denen sich die Nacherfüllung als Bringschuld des Verkäufers darstellt, entstehen die Kosten direkt beim Verkäufer, der diese nach der Kostenverteilungsregel des § 439 II BGB nicht auf den Käufer abwälzen darf. Erfordert die Nacherfüllung, dass der Käufer die Kaufsache zum Verkäufer bringt oder versendet, fallen die Transport- oder Versandkosten zwar beim Käufer an. Er kann jedoch gestützt auf § 439 II BGB vom Verkäufer deren Erstattung verlangen.“⁵ Die Regelung über die Kostentragung besagt demnach nicht auch etwas über die Transportlast, so dass die Gegenansicht davon ausgeht, dass der Erfüllungsort für die Nacherfüllung der *ursprüngliche Leistungsort* ist.⁶

3. Sinn und Zweck

Teilweise wird als Sinn und Zweck von richtlinienumsetzenden Normen die *ordnungsgemäße*, d. h. richtlinienkonforme Umsetzung der Richtlinie verstanden.⁷ Folgt man dem,

⁵ BGH, NJW 2011, 2278 ff., Rn. 37.

⁶ OLG München [20. Zivilsenat], NJW 2007, 3214 ff.; Lorenz, NJW 2009, 1633, 1635.

⁷ Vor allem Grundmann, JuS 2002, 768 (771). Diese Ansicht ist nicht unproblematisch, da es sich bei dem Willen, die Richtlinie ordnungsgemäß umzusetzen, lediglich um das Motiv des Gesetzgebers zum Tätigwerden handelt, nicht aber um den eigentlichen Regelungszweck der Norm. Dazu Baldauf, Richtlinienverstoß und Verschiebung der Contra-legendem-Grenze im Privatrechtsverhältnis, S. 110 ff. m. w. N., 213 ff.

⁴ OLG München [15. Zivilsenat], NJW 2006, 449, 450; AG Menden, NJW 2004, 2171 f.

kann man den Wortlaut und Zweck von Art. 3 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie heranziehen, nach der die Nachlieferung „unentgeltlich“ zu erfolgen hat. Die Richtlinie will jede finanzielle Forderung des Verkäufers gegen den Käufer im Rahmen der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts ausschließen. Wenn aber der Verbraucher mit den Transportkosten in Vorlage treten muss, könnte ihn dies an der Geltendmachung seiner Rechte hindern, was dem Zweck der Richtlinie widerspricht.⁸ Dies könnte dafür sprechen, dass der Verkäufer die Nacherfüllung am Belegenheitsort vornehmen muss. Andererseits fordert die Richtlinie nicht, den Verbraucher vor sämtlichen Unannehmlichkeiten zu schützen, was sich aus dem Zusatz „erheblich“ ergibt. Ein gewisses Maß an Unannehmlichkeiten ist dem Verbraucher also zumutbar. § 439 II BGB kann daher nicht so ausgelegt werden, dass sämtliche Kosten auf den Verkäufer abgewälzt werden, sondern die Norm regelt nur die Kostenlast (nicht aber die Transportlast).

4. Anwendung von § 269 BGB als Norm des allgemeinen Schuldrechts

§ 439 BGB enthält keine konkrete Regelung über den Ort der Nacherfüllung. Ein Vorrang der Norm muss daher ausscheiden. Vielmehr kann stattdessen auf allgemeines Schuld-

recht, insbesondere § 269 BGB, zurückgegriffen werden.⁹

Gem. § 269 I BGB ist daher zunächst zu prüfen, ob sich aus der Natur des Schuldverhältnisses eine Bestimmung des Nacherfüllungsortes ergibt. Erforderlich ist daher eine Abwägung der für das Schuldverhältnis maßgebenden Umstände. Hierzu müssen Indizien, die die Interessenlage und die Verkehrsanschauung abbilden, herangezogen werden. Kriterien können sein: die Art der Sache, deren Transportfähigkeit und Transportüblichkeit, aber auch die Höhe der Transportkosten oder der Umfang der Instandsetzungsmaßnahmen.¹⁰

Im konkreten Fall ist zu berücksichtigen, dass K die Fliesen schon einmal vom Baumarkt des V abgeholt hat, so dass zumindest der ursprüngliche Erfüllungsort beim Verkäufer lag. Andererseits handelt es sich um kein alltäglich gekauftes Gut, bei dem mit der Verbringung an den ursprünglichen Erfüllungsort gerechnet werden kann, zumal aufgrund des erheblichen Gewichts der Fliesen der Transport nicht einfach zu bewerkstelligen ist. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Transport unproblematisch mit dem eigenen Pkw erfolgen kann, sondern dass ggf. ein Transportfahrzeug gemietet werden muss.

⁸ BGH, NJW 2011, 2278 ff., Rn. 37.

⁹ BGH, NJW 2011, 2278, 2279, Rn. 20 und ff.; Unberath/Cziupka, JZ 2008, 867 ff., 874.

¹⁰ Pils, JuS 2008, 767, 769 f.

Ein Abstellen auf den wertungsoffenen § 269 BGB ist auch sachgerecht. Bei Geschäften des täglichen Lebens müssen die Kunden nach der Verkehrsauffassung ihre Reklamationen regelmäßig unter Vorlage der mangelhaften Waren am Sitz des Verkäufers vorbringen. Dagegen erweist sich eine Gleichsetzung des Erfüllungsorts der Nacherfüllung mit dem Sitz des Verkäufers insbesondere in den Fällen als unangemessen, in denen es um die Nachbesserung von Gegenständen geht, die der Käufer an ihrem Bestimmungsort auf- oder eingebaut hat. Das Gleiche gilt für Gegenstände, in denen ein Rücktransport aus anderen Gründen nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen zu bewerkstelligen wäre.

Die o. g. Ansichten, die sich letztlich auf eine Auslegung von § 439 BGB stützen, sind abzulehnen, da die Norm nicht so ausgelegt werden kann, dass ein bestimmter Erfüllungsort der Nacherfüllung bezeichnet wird. Aus dem Erfüllungsort beim Rücktritt bzw. aus § 357 II BGB lässt sich für den Erfüllungsort der Nacherfüllung nichts herleiten. Rücktrittsrecht und Nacherfüllungsanspruch sind in ihrem Ausgangspunkt und ihren Rechtsfolgen so verschieden, dass es an einer Vergleichbarkeit der beiden Rechte fehlt. Während die Nacherfüllung der Herbeiführung eines Leistungserfolgs im Rahmen eines fortbestehenden Vertrages dient, geht es beim Rücktritt um die Rückabwicklung des Vertrages. Auch bei dem Widerruf nach § 357 II BGB handelt es sich um ein spezielles Rück-

trittsrecht, das nicht mit dem Nacherfüllungsanspruch zu vergleichen ist.¹¹ Auch die Rechtsnatur des Nacherfüllungsanspruchs als modifizierter Erfüllungsanspruch bedeutet nicht automatisch, dass der Nacherfüllungsanspruch denselben Erfüllungsort hat. Der Nacherfüllungsanspruch weist gerade gewisse Modifikationen auf, beispielsweise eine andere Verjährung; zudem geht es nicht um die erstmalige Lieferung, sondern um die Herstellung der Mangelfreiheit.¹² Stattdessen ermöglicht § 269 BGB eine an den konkreten Umständen ausgerichtete Festlegung des Erfüllungsortes der jeweils geschuldeten Leistung und führt damit auch im Rahmen der Nacherfüllung zu sachgerechten Ergebnissen.¹³

Ergebnis zu Frage 1: V muss daher dem K die Fliesen liefern (a. A. gut vertretbar).

Frage 2: Anspruch auf Ausbau der mangelhaften Fliesen gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB

Dem K könnte gegen V ein Anspruch auf Ausbau der eingebauten, mangelhaften Fliesen zustehen. Erforderlich hierfür ist das Bestehen einer Anspruchsgrundlage zugunsten des K. § 439 IV BGB verweist zwar auf das Rücktrittsfolgenrecht der §§ 346–348 BGB, wonach der Verkäufer einen Rückgewähranspruch hat. Eine Abholungspflicht wird ihm aber nicht ausdrücklich auferlegt. Fraglich ist

¹¹ BGH, NJW 2011, 2278 ff., Rn. 28.

¹² BGH, NJW 2011, 2278 ff., Rn. 50.

¹³ BGH, NJW 2011, 2278 ff., Rn. 52.

daher, ob der Verkäufer zur Rücknahme und zum Ausbau der Fliesen verpflichtet ist. Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 439 I BGB ergeben. Die Norm ist auszulegen.

I. Auslegung des nationalen Rechts (zunächst ohne Berücksichtigung der Richtlinie)

1. Wortlaut

§ 439 I BGB spricht von der „Lieferung einer mangelfreien Sache“. Dies spricht zunächst gegen eine Ausbaupflicht des Verkäufers, denn die Norm bezieht sich allein auf die Übergabe der mangelfreien Sache und der Verschaffung des Eigentums hieran.

2. Systematik

Sieht man den Nacherfüllungsanspruch als fortgesetzten Erfüllungsanspruch, ist zu berücksichtigen, dass der Ausbau nie zum ursprünglichen Vertragsprogramm gehörte und daher auch bei der Nacherfüllung nicht geschuldet sein kann. Der Verkäufer habe sich nicht wie ein Werkunternehmer zum Einbau der Fliesen verpflichtet, sondern nur zur mangelfreien Übergabe und Übereignung gem. § 433 I BGB. Der Umfang der Primärleistungspflicht sei folglich auf die Leistung der Sache beschränkt; dementsprechend bestehe auch bei dem Nacherfüllungsanspruch keine Pflicht zum Ausbau. Vielmehr müsse der Käufer dem Verkäufer die Sache am Belegenheitsort anbieten. Hierzu sei es notwendig, dass er sie ihm körperlich anbiete, d. h.

die bloße Gewährung freien Zugangs zum Zwecke des Ausbaus reiche nicht aus.¹⁴

Auch § 439 II BGB steht nicht entgegen. Zwar hat der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen – die Aufwendungen zur Nacherfüllung sind aber die nach Abs. 1 erforderlichen Aufwendungen, also die Aufwendungen zur Neulieferung einer mangelfreien Sache.

3. Sinn und Zweck

Würde man den Verkäufer zum Ausbau verpflichten, würde man ihn letztlich zum Werkunternehmer machen. Eine solche Ausbaupflichtung, zu der sich der Verkäufer selbst Erfüllungsgehilfen bedienen müsste, würde ihn außerhalb des ursprünglichen Vertragsprogramms erheblich belasten.

4. Zwischenergebnis

Nach nationalem Recht steht dem Käufer kein Anspruch auf Ausbau der Fliesen zu.

II. Widerspruch zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie?

Legt man die Richtlinie aus, geht zunächst aus dem Wortlaut hervor, dass gem. Art. 3 II der Richtlinie eine „unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes“ geschuldet wird. Wäre der Verbraucher/ Käufer verpflichtet, die Kosten für den Ausbau der Fliesen zu übernehmen, dann würde der Ver-

¹⁴ Dazu auch *Thürmann*, NJW 2006, 3457, 3461.

braucher, um seine Rechte nach der Richtlinie auszuüben, zusätzliche Kosten tragen, die ihm sonst nicht entstanden wären. Die Ersatzlieferung des Verbrauchsguts wäre damit nicht vollständig unentgeltlich für den Verbraucher.¹⁵ Gem. Art. 3 IV der Richtlinie kann auch der Ausbau der Fliesen von dem Terminus „unentgeltlich“ erfasst sein, dies ergibt sich aus dem Wort „insbesondere“ in Art. 3 IV, so dass nicht nur Versand-, Arbeits- und Materialkosten von der Unentgeltlichkeit umfasst sein müssen. Auch die Ausbaukosten sind jedenfalls notwendige Kosten zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes.¹⁶

Zudem muss nach Art. 3 III 3 die Ersatzlieferung „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen“. Der Begriff der „Ersatzlieferung“ spricht dafür, dass der Verkäufer mehr schuldet als nur die „Lieferung“. Denn wer eine Sache „ersetzt“, muss nicht nur die neue Sache übergeben, sondern auch die alte wegnehmen, weil er sonst „hinzu setzt“ und nicht „ersetzt“.¹⁷

Nach Art. 3 II, III ergibt sich als Sinn und Zweck der Richtlinie, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten. Insbesondere soll der Verbraucher vor finanziellen Belastungen geschützt werden, die er bei ordnungsgemäßer Erfüllung nicht gehabt hätte

und die den Verbraucher von der Geltendmachung seiner Ansprüche abhalten könnten.

Von einem Verschulden des Verkäufers ist nach der Richtlinie der Anspruch nicht abhängig.

Die Richtlinie steht folglich zu dem zum rein nationalen Recht gefundenen Ergebnis in Widerspruch.

III. Auflösung des Widerspruchs durch richtlinienkonforme Auslegung

1. Keine unmittelbare Wirkung der Richtlinie

Die Richtlinie kann nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs¹⁸ im Verhältnis Bürger-Staat (Vertikalverhältnis) unmittelbar wirken, im Verhältnis zweier Bürger untereinander (Horizontalverhältnis) wird eine solche unmittelbare Wirkung, d. h. die Anwendung der Richtlinie selbst, abgelehnt. Teilweise wird in der Literatur die unmittelbare Wirkung der Richtlinie auch im Horizontalverhältnis befürwortet,¹⁹ hiergegen spricht aber, dass dann der Unterschied zwischen der unmittelbar anwendbaren Verordnung und der grundsätzlich nicht unmittelbar wirkenden Richtlinie verwischt würde.

¹⁸ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Rs. 148/78, „Ratti“, Slg. 1979, 1629, Rn. 20, 21.

¹⁹ Jedenfalls für eine unmittelbar negative Wirkung der Richtlinie, wonach diese (nur) zur Unanwendbarkeit des nationalen Rechts führt, nicht aber selbst positiv angewendet wird: *Bach*, JZ 1990, 1108, 1110; *Langenfeld*, DÖV 1992, 955, 955 f. m. w. N. in Fn. 5; *Wölker*, EuR 2007, 32, 43 m. w. N. in Fn. 66.

¹⁵ *EuGH*, NJW 2011, 2269 ff.

¹⁶ *EuGH*, NJW 2011, 2269 ff.

¹⁷ *EuGH*, NJW 2011, 2269 ff., Rn. 54; *OLG Frankfurt*, ZGS 2008, 315, 319.

Außerdem wird eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie im Horizontalverhältnis auch vom Unionsrecht nicht gefordert, vgl. Art. 288 III AEUV (und die hierzu ergangene Rechtsprechung des EuGH).²⁰

Sowohl der Baumarkt V als auch der K sind keine Träger öffentlicher Belange und damit im reinen Privatrechtsverhältnis, d. h. im Horizontalverhältnis, tätig. Eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie kommt nicht in Betracht.

2. Richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung?

Allerdings verpflichtet der EuGH im Falle der fehlenden unmittelbaren Wirkung von Richtlinien die Gerichte auf eine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung des nationalen Rechts. Diese Verpflichtung ergibt sich aus Art. 288 III AEUV, nach dem auch die innerstaatlichen Organe zur Umsetzung von Richtlinien verpflichtet sind, soweit dies nach nationalem Recht möglich ist.²¹ Es stellt sich daher die Frage, ob das nationale Recht so ausgelegt oder fortgebildet werden kann, dass es die Vorgaben der Richtlinie erfüllt.

²⁰ Näher dazu *Baldauf*, Richtlinienverstoß und Verschiebung der Contra-*legem*-Grenze im Privatrechtsverhältnis, S. 17 ff.

²¹ Obwohl nach dem Wortlaut des Art. 288 III AEUV die Richtlinie nur für die „Mitgliedstaaten“ verbindlich ist, besteht nach ganz herrschender Meinung die Umsetzungsverpflichtung für alle innerstaatlichen Organe und nicht nur für die Legislative. Diese Verpflichtung ist höchstrichterlich anerkannt, BGH vom 21.12.2011, VIII ZR 70/08, Rn. 24.

Fraglich ist, ob § 439 I Alt. 2 BGB richtlinienkonform dahingehend ausgelegt werden kann, dass die dort genannte Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ auch den Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache – hier der von V gelieferten mangelhaften Bodenfliesen – umfasst.

Betrachtet man zunächst den allgemeinen Sprachgebrauch, versteht man unter „liefern“ regelmäßig „bringen“ oder „übergeben“. Daher wird im rein nationalen Bereich unter Lieferung grundsätzlich nur die Handlung verstanden, die der Verkäufer vorzunehmen hat, um seine Übergabe- und Übereignungspflicht aus § 433 BGB zu erfüllen.²²

Hält man den Begriff der „Lieferung“ nicht für so weit auslegungsfähig, dass auch der Ausbau der neuen Sache geschuldet ist, wird eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung notwendig, die sich an dem Regelungszweck des Gesetzes orientieren muss. Geht man davon aus, dass der Zweck des Gesetzgebers auch die ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie ist,²³ kann sich die Fortbildung letztlich an dem Zweck der Richtlinie und damit der Auslegung der Richtlinie durch den EuGH orientieren. Der Ausbau der Fliesen wäre dann jedenfalls nach richtlinienkonformer Rechtsfortbildung geschuldet. Geht man stattdessen davon aus, dass der Wille zur ordnungsgemäßen Richtlinienum-

²² BGH vom 21.12.2011, VIII ZR 70/08, Rn. 26 m. w. N.

²³ Zu den dogmatischen Schwierigkeiten dieser Ansicht s. Fn. 7.

setzung lediglich das Motiv des Gesetzgebers zur Richtlinienumsetzung und daher nur die geschaffene Norm und ihr Zweck Ausgangspunkt einer teleologischen Auslegung sind,²⁴ fällt eine richtlinienkonforme Rechtsfindung schwerer. Hier ließe sich darauf abstellen, dass der Gesetzgeber den Begriff der „Lieferung“ in den Gesetzesmaterialien mit dem Begriff der „Ersatzlieferung“ in der Richtlinie (unbewusst) gleichgesetzt hat.²⁵ Der Begriff der Ersatzlieferung wiederum lässt eine Deutung im Sinne eines Austauschs der Sache und damit eines Ausbaus der alten Sache zu. Insofern ermöglicht eine die Richtlinie berücksichtigende, aber letztlich nur auf den nationalen Regelungszweck abstellende richtlinienorientierte Auslegung ein sachgerechtes Ergebnis.

Systematisch kann außerdem § 439 IV BGB herangezogen werden. Dieser verweist auf § 346 I Alt. 1 BGB, wonach der Verkäufer seinerseits die Rückgewähr der mangelhaften Sache verlangen kann. Mit der Lieferung einer neuen Sache ist also ein gewisses Austauschelement verbunden.²⁶ Daher ist § 439 I Alt. 2 BGB so richtlinienkonform auszulegen, dass der Begriff „Lieferung einer mangelfreien Sache“ auch den Ausbau der mangelhaften Sache umfasst.²⁷

²⁴ Nachweise s. Fn. 7.

²⁵ BGH vom 21.12.2011, VIII ZR 70/08, Rn. 26 unter Verweis auf BT-Drucks. 14/6040, S. 232.

²⁶ BGH vom 21.12.2011, VIII ZR 70/08, Rn. 26; Lorenz, NJW 2009, 1633, 1634 f.

Eine Auslegung bzw. Rechtsfortbildung *contra legem* liegt nicht vor, da sich der Gesetzgeber nicht bewusst gegen eine Übernahme des Ausbaus bzw. eine verschuldensunabhängige Kostentragungslast entschieden hat,²⁸ so dass das nationale Gesetz fortbildungsfähig scheint.

Ergebnis zu Frage 2: V schuldet im Wege der Nacherfüllung auch den Ausbau der mangelhaften Fliesen.

Frage 3: Anspruch auf Verlegung der nachgelieferten Fliesen gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB

Ein Kaufvertrag zwischen den Parteien lag vor und der V hat mangelhafte Fliesen geliefert, so dass dem K die Rechte aus § 437 Nr. 1, 439 BGB zustehen. Fraglich ist, ob zum Pflichtenprogramm des V im Rahmen von § 439 I BGB auch der Einbau der mangelfreien Sache gehört, wenn der Käufer die mangelhafte Sache zuvor ihrer Bestimmung gemäß eingebaut hatte.

²⁷ Im Ergebnis ebenso: BGH vom 21.12.2011, VIII ZR 70/08, Rn. 24 m. w. N.; OLG Karlsruhe, ZGS 2004, 432 ff. mit Anmerkungen Lorenz S. 408 ff.; Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243; Schneider/Katerndahl, NJW 2007, 2215, 2216.

²⁸ In den Materialien findet sich nur der Hinweis, dass das vorliegende Problem mit der bewussten Abkehr des Gesetzes von der noch im früheren Recht vorgesehenen verschuldensunabhängigen Verpflichtung zum Ersatz der „Vertragskosten“ „nichts zu tun“ hat; vgl. Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243, Fn. 14.

I. Auslegung des nationalen Rechts

Im rein nationalen Kontext wird ein Anspruch des Käufers zum Einbau einer mangelfreien Sache (bzw. die Erstattung der Kosten im Wege des Schadensersatzes) teilweise bejaht.²⁹ Dafür wird angeführt, dass der Verkäufer die Herstellung des Zustandes schulde, in dem sich die Sache befände, wenn sie mangelfrei gewesen wäre. D. h. der Käufer soll durch die Nacherfüllung in die Lage versetzt werden, mit der Kaufsache so zu verfahren, als sei sie mangelfrei gewesen.³⁰

Vorwiegend geht man *im rein nationalen Bereich* gemeinsam mit dem BGH davon aus, dass dem Käufer ein Anspruch auf den Einbau der mangelfreien Sache im Rahmen der Nacherfüllung nicht zusteht.³¹ Als Grund hierfür wird angeführt, dass der Nacherfüllungsanspruch aus § 439 I BGB in der Variante der Nachlieferung sich mit dem Erfüllungsanspruch aus § 433 I BGB deckt. Der geschuldete *Leistungsfolg* und die *Leistungshandlung* bleiben dieselbe, da eine mangelfreie Sache zu liefern ist (anders als bei der Variante der Nachbesserung, bei der die *Leistungshandlung* vom ursprünglichen Erfüllungsanspruch abweichen kann; hier geht es darum, die Sache zu reparieren). Die Nachlieferung erfordere also eine Wiederholung der Leistungen, zu denen der Verkäufer nach

²⁹ OLG Karlsruhe, ZGS 2004, 432 ff.; LG Deggendorf, IBR 2007, 426.

³⁰ Faust, Bamberger/Roth, § 439, Rn. 18.

³¹ BGH, NJW 2008, 2837 ff. (Parkettstäbe); OLG Köln, NJW-RR 2006, 677 f.; Staudinger, § 439 BGB, Rn. 21; Münchener Kommentar, § 439 BGB Rn. 13.

§ 433 I 1 und 2 BGB verpflichtet ist, d. h. Übergabe und Übereignung einer mangelfreien Sache – nicht weniger, aber auch nicht mehr. Nach der gesetzgeberischen Konzeption solle der Käufer nur das erhalten, was er vertraglich beanspruchen könne.

II. Widerspruch zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie?

Zu überprüfen ist nun, ob diese Lösung mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar ist. Wie bereits oben erörtert (s. Frage 2), soll gem. Art. 3 II, III der Richtlinie die Nacherfüllung für den Verbraucher unentgeltlich erfolgen. Der Verbraucher soll so vor finanziellen Belastungen geschützt werden und ihm soll die Ausübung seiner Ansprüche nicht erschwert werden.

Dementsprechend hat auch der EuGH festgestellt, dass Art. 3 II und III der Richtlinie dahingehend auszulegen sind, dass der Verkäufer verpflichtet ist, das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut einzubauen. Diese Verpflichtung des Verkäufers besteht unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen.³²

³² EuGH, NJW 2011, 2269 ff. Kritisiert wird an der Entscheidung des EuGH, dass er die Abgrenzung von Erfüllungsansprüchen und (von der Richtlinie nicht geregelten) Schadensersatzansprüchen des Käufers vermische. Damit führe der EuGH für Ein- und Ausbaurkosten einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ersatz von (näheren) Mangelfolgeschäden ein, Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243.

III. Auflösung des Widerspruchs durch richtlinienkonforme Auslegung

Schließlich ist daher zu überlegen, ob das nationale Recht im Sinne der Richtlinie ausgedehnt werden kann. Eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie kommt im Horizontalverhältnis nicht in Betracht. Die Gerichte sind allerdings zu einer richtlinienkonformen Auslegung oder Rechtsfortbildung „so weit wie möglich“ verpflichtet, Art. 288 III AEUV.³³

Hier stellt sich dasselbe Problem wie bei Frage 2, denn eine richtlinienkonforme Auslegung ist nur denkbar, wenn man unter dem Gesetzeswortlaut „Lieferung einer mangelfreien Sache“ in § 439 I BGB auch den Einbau der neuen, mangelfreien Sache fassen kann.

Geht man davon aus, dass eine Lieferung einer neuen Sache nicht gleichzeitig auch deren Einbau bedeuten muss, bleibt nur der Rückgriff auf eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung. Diese ist möglich, wenn nach dem Zweck der nationalen Regelung auch der Einbau einer mangelfreien Sache durch den Verkäufer geschuldet sein soll, wenn der Käufer die Sache ihrer Bestimmung gemäß eingebaut hat. Um zu einer richtlinienkonformen Lösung zu gelangen, muss dann wie bei Frage 2 argumentiert werden, dass der Gesetzgeber den Begriff der Ersatzlieferung, der sich in der Richtlinie findet, mit dem Begriff der Lieferung in § 439 BGB

unbewusst gleichgesetzt hat und dieser Begriff ein Austauschelement enthält.³⁴

Abstellen ließe sich aber auch auf die Kostentragungsregel in § 439 II BGB,³⁵ unter deren Wortlaut sich zumindest die Kostenübernahme des Verkäufers für die Einbaukosten subsumieren lässt.

Ergebnis zu Frage 3: V schuldet im Wege der Nacherfüllung den Einbau der mangelhaften Fliesen.

Frage 4: Ausschluss wegen Unverhältnismäßigkeit

Nach der Aufgabenstellung in Frage 4 ist davon auszugehen, dass ein Anspruch des K dem Grunde nach besteht. Es stellt sich allein die Folgefrage, ob der Verkäufer die Nacherfüllung verweigern kann, weil diese unverhältnismäßig ist, § 439 III 1 BGB.

Exkurs: Die Arten der Unverhältnismäßigkeit des § 439 III BGB

Im Rahmen des § 439 III BGB ist zwischen *relativer* und *absoluter* Unverhältnismäßigkeit (unbestimmte Rechtsbegriffe!) zu unterscheiden:

Relative Unverhältnismäßigkeit ist durch einen „internen Kostenvergleich“ zwischen der einen und der anderen Art der Nacherfüllung zu bestimmen (Kosten der gewählten Art der Nacherfüllung zu vergleichen mit den Kosten der anderen Art der Nacherfüllung). Nach überwiegender Ansicht ist

³³ Nachweise s. Frage 2.

³⁴ Vgl. oben bei Frage 2., III.

³⁵ Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243.

die relative Unverhältnismäßigkeit bei einer Überschreitung von zehn Prozent der Kosten der anderen Art der Nacherfüllung erreicht.

Achtung: Eine Berechnung der relativen Unverhältnismäßigkeit ist nicht möglich, wenn eine Art der Nacherfüllung technisch überhaupt nicht möglich ist, dann nur:

Absolute Unverhältnismäßigkeit bestimmt sich nach dem Verhältnis des objektiven Wertes der Sache (nicht Kaufpreis!) in mangelfreiem Zustand (vgl. § 439 III 2) und den Kosten der Nacherfüllung. Umstritten ist, bei welcher Prozentgrenze die absolute Unverhältnismäßigkeit erreicht ist:

1. *Ansicht:* Die absolute Unverhältnismäßigkeit ist erreicht, wenn die Nacherfüllungskosten 150 Prozent des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustand erreichen oder 200 Prozent des mangelbedingten Minderwerts (Differenzbetrages zwischen dem Wert der Sache in mangelfreiem und in mangelhaftem Zustand) übersteigen.³⁶

2. *Ansicht (h. M.):* Hat der Verkäufer die Lieferung der mangelhaften Sache nicht zu vertreten, liegt die Grenze der absoluten Unverhältnismäßigkeit bei 100 Prozent des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustand. Dagegen ist die Grenze der absoluten Unverhältnismäßigkeit bei Vertretenmüssen des Verkäufers erst bei 130 Prozent des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustand erreicht.

Argument für die Differenzierung aufgrund des Vertretenmüssens: § 275 II 2 BGB normiert den Gedanken, dass dem Schuldner, der die Leistungsstörung zu vertreten hat, höhere Aufwendungen zuzumuten sind.

Argument für die 130-Prozent-Grenze: von der Rspr. entwickelte Faustformel von 30 Prozent v. a. bei Kfz; Ähnlichkeit des Wortlauts von § 251 II 1 BGB mit § 439 III 1 BGB.

I. Auslegung des nationalen Rechts

§ 439 III 1 BGB besagt, dass der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern kann, wenn diese nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Der Käufer hat hier die Nachlieferung der Fliesen als Nacherfüllungsvariante gewählt. Diese könnte der Verkäufer verweigern, wenn sie relativ unverhältnismäßig (im Vergleich zur Nachbesserung) wäre. Im Fall der Unverhältnismäßigkeit einer Art der Nacherfüllung schuldet der Verkäufer dann grundsätzlich die andere Art der Nacherfüllung (relative Unverhältnismäßigkeit). Allerdings können in diesem Fall die Schleifspuren an den Fliesen nicht beseitigt werden, so dass eine Nachbesserung gem. § 275 I BGB unmöglich ist. Dann besteht auch nicht die Möglichkeit des Käufers, sich auf eine relative Unverhältnismäßigkeit zu berufen.

Nach herrschender Meinung ist § 439 III 1 BGB aber auch dann anwendbar, wenn nur eine Art der Nacherfüllung möglich ist, aber diese unverhältnismäßige Kosten verursachen würde (absolute Unverhältnismäßigkeit). Umstritten ist aber, wann eine solche absolute Unverhältnismäßigkeit anzunehmen ist, wobei unterschiedliche Prozentsätze genannt werden. Nach weitestgehender An-

³⁶ Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114, 2121; BGH, NJW 2009, 1660, 1661.

sicht ist eine absolute Unverhältnismäßigkeit anzunehmen, wenn die Kosten der Nacherfüllung 150 Prozent des Werts der Sache im mangelfreien Zustand oder 200 Prozent des mangelbedingten Minderwerts übersteigen.³⁷ Als Faustformel können diese Prozentgrenzen als Anhaltspunkt wirken und so Rechtsunsicherheit entgegenwirken. Sie ersetzen jedoch nicht eine Bewertung aller Umstände des Einzelfalls.³⁸

Die Fliesen haben einen objektiven Wert von 800 Euro. Dem stehen als Kosten der Nacherfüllung entgegen: Neulieferung der Fliesen für 800 Euro, erneuter Einbau 3.000 Euro und Ausbau der alten Fliesen 2.000 Euro; insgesamt ein Betrag von 5.800 Euro. Dieser Betrag übersteigt um ein Vielfaches die angegebenen Prozentgrenzen:

1. Nacherfüllungskosten 150 Prozent des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustand:

$$\frac{\text{Nacherfüllungskosten: } 5800 \text{ €}}{\text{Sache in mangelfreiem Zustand: } 800 \text{ €}} \times 100 = 725 \%$$

2. Nacherfüllungskosten 200 Prozent des mangelbedingten Minderwerts (Differenzbetrages zwischen dem Wert der Sache in mangelfreiem und in mangelhaftem Zustand):

$$\frac{\text{Nacherfüllungskosten: } 5800 \text{ €}}{\text{Mangelbed. Minderw.: } 800 - 0 = 800 \text{ €}} \times 100 = 725 \%$$

³⁷ BGH, NJW 2009, 1660, 1661.

³⁸ BGH, NJW 2009, 1660, 1661 f.

Unter rein nationaler Betrachtung wäre daher von der absoluten Unverhältnismäßigkeit auszugehen; der Verkäufer könnte die Nacherfüllung verweigern („Totalverweigerungsrecht“).

II. Widerspruch zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie?

Etwas anderes könnte sich jedoch aus Art. 3 III der Richtlinie ergeben. Nach Art. 3 III besteht zwar grundsätzlich ein Leistungsverweigerungsrecht bei Unverhältnismäßigkeit; vorausgesetzt wird jedoch der Vergleich mit einer „alternativen Abhilfemöglichkeit“. Der Begriff der „Unverhältnismäßigkeit“ wird durch die Richtlinie in Art. 3 III Unterabsatz 2 „ausschließlich in Beziehung zur anderen Abhilfemöglichkeit definiert und damit auf Fälle der relativen Unverhältnismäßigkeit eingegrenzt. Im Übrigen geht aus dem Wortlaut und der Systematik von Art. 3 III der Richtlinie eindeutig hervor, dass sich dieser auf die beiden Arten der in erster Linie vorgesehenen Abhilfe bezieht, d. h. die Nachbesserung des vertragswidrigen Verbrauchsguts und die Ersatzlieferung.“³⁹ Nach Ansicht des EuGH kann der Verkäufer folglich die Nacherfüllung nicht wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit ablehnen.

Es ergibt sich in der Folge aber das Problem, dass der Verkäufer erheblichen finanziellen Belastungen ausgesetzt ist. Diese enormen Kosten will der EuGH dem Verkäufer dann

³⁹ EuGH, NJW 2011, 2269 ff., Rn. 68.

doch nicht allein aufbürden und schränkt seine weite Aussage sogleich wieder ein: „Der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts [wird], falls erforderlich, auf einen Betrag beschränkt ..., der dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit angemessen ist.“⁴⁰

III. Umsetzung in nationales Recht

Fraglich ist, ob und wie diese Vorgaben des EuGH in nationales Recht umgesetzt werden können. Mangels unmittelbarer Wirksamkeit der Richtlinie im Horizontalverhältnis müssten sich die Vorgaben des EuGH mittels Auslegung oder Rechtsfortbildung in das nationale Recht einfügen lassen.

1. E. A.: keine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung

§ 439 III 3 Hs. 2 BGB umfasst nach seinem Wortlaut eindeutig die absolute Unverhältnismäßigkeit, die vom Verkäufer ebenfalls verweigert werden kann. Hinzu kommt, dass der historische Gesetzgeber wollte, dass der Verkäufer auch die Nacherfüllung verweigern können soll, wenn nur eine Art der Nacherfüllung möglich, diese aber unverhältnismäßig ist,⁴¹ um wirtschaftlich unsinnige Repara-

turen zu vermeiden. Dies lässt sich auch systematisch verfestigen, wenn man § 440 BGB in den Blick nimmt. Dieser nimmt auf § 439 III BGB Bezug und befreit den Käufer unter anderem vom Erfordernis einer Fristsetzung vor der Geltendmachung von Rücktritt oder Schadensersatz, „wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 III verweigert“.⁴² An diese eindeutigen gesetzgeberischen Vorgaben ist der nationale Richter gebunden, Art. 20 III GG. Demnach wäre eine richtlinienkonforme Auslegung von § 439 III BGB *contra legem*.⁴³ Mangels unmittelbarer Geltung und Wirkung der Richtlinie kann sich der Richter auch nicht auf die Richtlinie selbst berufen. Folgt man dieser Ansicht, wäre erst bei gesetzgeberischem Tätigwerden das vom EuGH gewünschte Ergebnis zu erreichen; bis dahin verbliebe es bei der Anwendung des nationalen Rechts. Der Käufer, dem dann ein Recht aus der Richtlinie nicht gewährt wird, müsste sich im Wege der Staatshaftung an die nicht-umsetzende Bundesrepublik wenden.

2. BGH: richtlinienkonforme teleologische Reduktion

Nach Ansicht des BGH ist eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung auch gegen das hier eindeutige Gesetz vorzunehmen und § 439 III 3 Hs. 2 BGB a. E. nicht anzuwenden.

⁴⁰ EuGH, NJW 2011, 2269 ff., Rn. 74.

⁴¹ Vgl. auch BGH vom 21.12.2011, VIII ZR 70/08, Rn. 29.

⁴² Vgl. auch BGH vom 21.12.2011, VIII ZR 70/08, Rn. 29.

⁴³ Lorenz, NJW 2011, 2241, 2244.

Eine Rechtsfortbildung setzt das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke voraus. Eine Regelungslücke sieht der BGH in der Richtlinienwidrigkeit des nationalen Rechts. Diese Regelungslücke sei auch planwidrig, weil der Gesetzgeber stillschweigend davon ausgegangen war, die Richtlinie korrekt umsetzen zu wollen (obwohl seine konkrete Regelungsentscheidung in der Sache dahin ging, ein Leistungsverweigerungsrecht für absolute Unverhältnismäßigkeit aufzustellen!). „Maßgebend ist, dass das ausdrücklich angestrebte Ziel einer richtlinienkonformen Umsetzung durch die Regelung des § 439 III Satz 3 BGB nicht erreicht worden ist und ausgeschlossen werden kann, dass der Gesetzgeber § 439 III Satz 3 BGB in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass die Vorschrift nicht richtlinienkonform ist.“⁴⁴ Dementsprechend muss § 439 III BGB so ausgelegt werden, dass ein Verweigerungsrecht nicht besteht, wenn nur eine Art der Nacherfüllung zu Recht verweigert wird. Der Verkäufer muss dann die andere Art der Nacherfüllung vornehmen, kann aber einen Teil der Kostenübernahme (ab der Grenze der Unverhältnismäßigkeit) verweigern. Bei der Bemessung dieses Betrags sind der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen. Zugleich ist zu gewährleisten, dass durch die Beschränkung auf eine Kostenbeteiligung des Verkäufers das Recht des Käu-

fers auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten nicht ausgehöhlt wird.⁴⁵

Nach Ansicht des BGH bleibt der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Lieferung neuer Fliesen bestehen; ein Leistungsverweigerungsrecht besteht nur ab der Höhe unverhältnismäßiger Kosten. Der Anspruch des Käufers wird auf den Betrag beschränkt, der dem Wert der Fliesen in mangelfreiem Zustand angemessen ist und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit entspricht.⁴⁶

Der Wert der Fliesen in mangelfreiem Zustand beträgt 800 Euro. Die Vertragswidrigkeit des Verkäufers liegt in der Lieferung mangelhafter Fliesen; ein Verschuldensvorwurf kann ihm laut Sachverhalt nicht gemacht werden, da er den Mangel der Fliesen nicht erkennen konnte.

Nimmt man die vom BGH postulierte 150-Prozent-Grenze als den Wert, den die Nacherfüllungskosten des Verkäufers nicht überschreiten dürfen,⁴⁷ so ergibt sich im vorliegenden Fall folgendes:

⁴⁵ *EuGH*, NJW 2011, 2269 ff., Rn. 76.

⁴⁶ BGH vom 21.12.2011, VIII ZR 70/08, Rn. 14; s. auch *Lorenz*, NJW 2011, 2241, 2244.

⁴⁷ Achtung: BGH vom 21.12.2011, VIII ZR 70/08, Rn. 54 sieht von der Festsetzung von Richt- und Grenzwerten ab, um einer gesetzgeberischen Neuregelung nicht vorzugreifen. Damit den Bearbeitern ein ungefährer Richtwert zur Lösung einer Examensklausur mitgegeben wird, wird hier auf die 150-Prozent-Grenze rekurriert.

⁴⁴ BGH vom 21.12.2011, VIII ZR 70/08, Rn. 34.

Wert der Fliesen: 800 Euro, davon 150 Prozent⁴⁸ = 1.200 Euro

Die Belastung des V dürfte damit einen Betrag von 1.200 Euro nicht überschreiten. V muss also neue Fliesen im Wert von 800 Euro liefern und sich zusätzlich an den Ein- und Ausbaurkosten in Höhe von 400 Euro beteiligen. In der übrigen Höhe kann er die Leistung verweigern.

Ergebnis zu Frage 4: Der V kann die Nacherfüllung nur teilweise verweigern.

Frage 5: Ansprüche des K gegen V auf Erstattung der Kosten für den 2. Einbau

Ein Anspruch des K gegen V könnte sich aus §§ 437 Nr. 3, 280 ff. BGB ergeben. Ein Kaufvertrag zwischen K und V war zunächst geschlossen und der V hat dem K eine mangelhafte Sache geliefert, so dass K die Rechte aus § 437 BGB geltend machen kann.

I. Anspruch des K gegen V auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB

1. Abgrenzung des Schadensersatz statt der Leistung zum Schadensersatz neben der Leistung

Zunächst stellt sich die Frage nach der richtigen Anspruchsgrundlage. Handelt es sich um

einen Schadensersatz neben der Leistung, gelten die Voraussetzungen des § 280 I BGB, bei einem Schadensersatz statt der Leistung sind zusätzlich die Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281 BGB zu beachten, vor allem erfordert der Schadensersatz statt der Leistung den erfolglosen Ablauf einer gesetzten Frist.

Der Schadensersatz statt der Leistung soll mit dem Fristsetzungserfordernis dem Verkäufer das Recht auf zweite Andienung sichern. Demzufolge ist der Schadensersatz statt der Leistung von dem neben der Leistung danach abzugrenzen, ob durch eine ordnungsgemäße hypothetische Nacherfüllung der Schaden entfallen wäre.

Geht man davon aus, dass der Verkäufer zum Ausbau und Einbau der Fliesen im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet ist (s. Frage 2 und 3), wären bei einer ordnungsgemäßen Nacherfüllung von Seiten des V die Handwerkerkosten nicht entstanden, wenn V ordnungsgemäß nacherfüllt hätte. Es handelt sich daher um den Posten eines Schadensersatzes statt der Leistung.

2. Voraussetzungen des §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB

Ein Schuldverhältnis, ein Kaufvertrag, bestand zwischen K und V.

Der K hat eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt, indem er weder ordnungsgemäß geliefert, noch nacherfüllt hat.

⁴⁸ *Alpmann*, RÜ 2011, 477, 482, vertritt, dass die Kosten der erneuten Lieferung zunächst nicht mit einzubeziehen sind und dann von den Ein- und Ausbaurkosten 100 Prozent zu ersetzen sind.

Das Vertretenmüssen des V wird gem. § 280 I 2 BGB vermutet. Zu einer Exkulpation wurde im Sachverhalt nichts vorgetragen. Der Irrtum des V, zur Nacherfüllung (Ausbau und neuer Einbau) nicht verpflichtet zu sein, war vermeidbar, da mit der Entscheidung des EuGH 2011 eine Änderung der Rechtslage ernsthaft in Betracht kam und rechtlicher Rat hätte eingeholt werden können.

Dem K ist ein Schaden in Höhe der Aus- und Einbaukosten entstanden.

Erforderlich ist zudem gem. § 281 BGB, dass eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt wurde. Eine solche Frist wurde hier gerade nicht gesetzt. Allerdings könnte die Fristsetzung gem. § 281 II Alt. 1 BGB entbehrlich gewesen sein, da sich V geweigert hat, die mangelhaften Fliesen auszubauen und die mangelfreien Fliesen zu verlegen. Dies stellt eine endgültige Leistungsverweigerung dar, so dass die Fristsetzung entbehrlich war.

II. Anspruch auf Ersatz der Handwerkerkosten gem. § 439 II BGB

In Betracht kommt außerdem ein Anspruch auf Erstattung der Handwerkerkosten gem. § 439 II BGB. § 439 II BGB wird vom BGH (mittlerweile) als Anspruchsgrundlage anerkannt.⁴⁹

Wären die Kosten des K allerdings gem. § 439 II BGB erstattungsfähig, wäre eine Fristsetzung zur Nacherfüllung gerade nicht

erforderlich. Dies würde allerdings das Recht zur zweiten Andienung des Verkäufers umgehen und dem Käufer ein Recht zur Selbstvornahme geben. Ein Anspruch ist daher abzulehnen.

§ 439 II BGB greift daher nur für die Fälle, bei denen Kosten für Handlungen entstehen, die nicht zum Pflichtenprogramm des Verkäufers bei der Nacherfüllung gehören. Ansonsten würde diese vorrangige Nacherfüllung durch den Verkäufer umgangen.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

⁴⁹ BGH, NJW 2011, 2278, 2281.

KLAUSUR STRAFRECHT

Guido Philipp Ernst / Alexander Bechtel*

„Lästige Zeugen“

Übungsklausur für Fortgeschrittene**

Sachverhalt:

Als T heimkommt, findet er seine Ehefrau F bewusstlos und stark aus einer Kopfwunde blutend auf dem Boden liegend vor. Die Wunde hatte sie sich bei einem Sturz zugezogen. T erkennt zutreffend, dass F sterben wird, wenn er nicht sofort ärztliche Hilfe herbeiholt. Gleichwohl beschließt er nichts zu unternehmen. In diesem Moment klingelt Ts Handy. Es ist sein Freund U. Diesem erzählt T, was F zugestoßen ist und dass er dies als schicksalhafte Fügung betrachte, könne er doch so in den Genuss der Prämie der Le-

* Richter Guido Philipp Ernst ist Mitglied zweier großer Strafkammern am Landgericht Stuttgart. Alexander Bechtel ist Studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht (Prof. Dr. Eisele), Eberhard Karls Universität Tübingen.

** Der Sachverhalt entstammt der Hausarbeit der von Prof. Dr. H.-L. Günther, Inhaber des Lehrstuhls für Straf- und Strafprozessrecht, Eberhard Karls Universität Tübingen, im Sommersemester 2012 geleiteten Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene (274 abgegebene Hausarbeiten, Durchschnitt: 6,17 Punkte, Durchfallquote: 23,73 %). Zu dieser Zeit war Guido Philipp Ernst Assistent an diesem Lehrstuhl, Alexander Bechtel nahm an der Übung teil. Der Sachverhalt wurde für die Veröffentlichung gekürzt und der Lösungsvorschlag mit weiteren Hinweisen versehen. Der Sachverhalt entspricht so einer 3-stündigen Fortgeschrittenenklausur.

bensversicherung Fs gelangen. U wittert die Chance, eine Belohnung von dem bald reichen T zu erlangen, wenn er ihn unterstützt. Daher redet er ihm gut zu und stärkt so Ts Entschluss, F nicht zu helfen. T verlässt die Wohnung und fährt fort. Mehr noch als auf die Prämie kam es T darauf an, sich mit F einer lästigen Zeugin einer von ihm vor kurzem begangenen Straftat, deren Entdeckung er unbedingt verhindern will, zu entledigen. F stirbt an den Verletzungen. Sie wäre gerettet worden, hätte T ärztliche Hilfe herbeigeholt.

Nach kurzer Fahrt wird T von Polizeimeister P im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle angehalten. Um die Kontrolle zu verhindern, möchte T wieder losfahren. P, der dies unterbinden will, versucht durch das geöffnete Fahrerfenster zu greifen und den Zündschlüssel abzuziehen. T setzt sein Vorhaben gleichwohl in die Tat um. Durch den Schwung des anfahrenen Pkw wird P mit dem Oberkörper in den Innenraum gezogen und eine Wegstrecke mitgeschleppt. Um P „loszuwerden“, bremst T abrupt, wodurch P auf die Straße geschleudert wird und sich beim Aufprall auf einen Gartenzaun mehrere Rippen bricht, was die von T als notwendig erkannten Folgen seines Handelns sind. T fährt weiter und verbringt die Nacht in einer Pension.

Am nächsten Tag beschließt T sein Auto loszuwerden. Als er zufällig den achtjährigen Nachbarjungen J trifft, fragt er J, ob dieser ihn gegen eine Bezahlung von 10 Euro bei ei-

nem Spektakel unterstützen wolle. J willigt ein. Beide fahren zu einem verlassenen Grundstück. J hilft T Benzin im Innenraum des Autos zu verteilen. Nur T hat ein Feuerzeug. Damit entzündet er das Benzin. Es kommt zuerst zu einer Verpuffung, in deren Folge ein Fenster des Pkws zerbricht und die Glasscherben in der Luft umherfliegen. Mehrere Scherben verfehlen J nur sehr knapp. Danach steht das Auto in Flammen. Dass J sich verletzen könnte, hatte T als unerwünscht, aber mögliche Folge seines Tuns akzeptiert.

In einem Gutachten ist die Strafbarkeit von T und U nach dem Strafgesetzbuch zu untersuchen. Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt. Nicht zu prüfen sind §§ 123, 142, 221, 315b, 315c StGB sowie Delikte des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs, die nach § 8 II Nr. 7 b JAPrO BW nicht Gegenstand der Staatsprüfung sind.

Lösungsvorschlag:

Tatkomplex 1: „Das Ende einer Ehe“

A. Strafbarkeit Ts gemäß §§ 212 I, 211, 13 I StGB

Indem T ärztliche Hilfe nicht herbeiholte, könnte er sich wegen Mordes¹ durch Unterlassen strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Der Erfolg ist eingetreten. Ein objektives (tatbezogenes) Mordmerkmal² liegt nicht vor, insbesondere scheidet hier Heimtücke (§ 211 II Gruppe 2 Var. 1), was nach h. M. erfordert, dass das Opfers arglos (sich keines Angriffs auf sein Leben versieht, es rechnet nicht mit einem Angriff) und daher wehrlos ist und der Täter dies bewusst in feindseliger Willensrichtung zur Tötung ausnutzt,³ mangels Arglosigkeit der bewusstlosen F aus: Arglos kann das Opfer nur sein, wenn es die Fähigkeit zum Argwohn hat. Bei Besinnungs-

¹ Aktuell zu (neuerlichen) Reformbestrebungen, die Tötungsdelikte betreffen, BT-Drs. 18/425, S. 1 ff.; DAV-Stellungnahme Nr. 1/2014, S. 1 ff. (▶ <http://www.anwaltverein.de/downloads/DAV-SN1-14.pdf>); informative Interviews unter ▶ <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/toetungsdelikte-reform-mord-totschlag-ns-gesetzgebung>; ▶ <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Interview/2014/02/2014-02-10-maas-sz.html> (abgerufen jeweils am 10.03.2014).

² Zur Einordnung der Mordmerkmale der 2. Gruppe als tatbezogen vgl. Vietze, JURA 2003, 394 (394) m. w. N.

³ H. M., vgl. nur BGH, NStZ-RR 2001, 14 (14).

losen fehlt diese, da sie dem Angriff nicht entgegentreten können.⁴ Anders mag dies zwar bei Schlafenden sein, sollen diese sich dem (wehrlos machenden) Schlaf bewusst überliefern, also ihre Arglosigkeit sozusagen mit in den Schlaf nehmen.⁵ Jedoch ist eine Gleichstellung Schlafender mit Bewusstlosen abzulehnen,⁶ da letztere vom unnatürlichen Zustand der Besinnungslosigkeit überrascht werden, somit jedenfalls keine Erwartungen (die Arglosigkeit) „mitnehmen“ können und sich bei ihnen (anders als bei Schlafenden) Argwohn und Verteidigungsbereitschaft (gerade aufgrund ihres Zustandes) nicht wecken lassen.⁷

Die nicht vorgenommene Handlung war (objektiv) geboten und erforderlich. Sog. Quasi-Kausalität⁸ des Unterlassens und der Pflichtwidrigkeitszusammenhang⁹ sind gegeben. T war Garant Fs. Eheleute sind füreinander Beschützergaranten, was aus § 1353 I 2 BGB re-

sultiert.¹⁰ Ts Garantenpflicht ging dahin, Schaden von seiner Ehefrau abzuwenden.¹¹

Anmerkung:

Der Problembereich „unterlassender Garant im System der Täterschaft und Teilnahme“¹² stellt sich hier nicht. Da das „Schicksal“ die Gefahr verursachte, stellt sich (mangels vorsätzlicher rechtswidriger Haupttat) die Frage nach einer Verortung im System der Täterschaft und Teilnahme nicht. Der Garant kann nicht Teilnehmer (an wessen Tat?) sein. Zugestanden werden muss allerdings, dass hier die Anhänger der sog. Gehilfentheorie, die einen unterlassenden Garanten stets als Gehilfen betrachten möchten,¹³ mangels Haupttat einen Ausnahmefall erklären müssen. Dies mag die Schwäche dieser Betrachtungsweise offenbaren.¹⁴

⁴ Eisele, BT 1, 2. Aufl. (2012), Rdnr. 95 m. w. N.

⁵ So Rengier, BT 2, 14. Aufl. (2013), § 4, Rdnr. 29; Wessels/Hettinger, BT 1, 37. Aufl. (2013), Rdnr. 120.

⁶ So aber etwa Hellmann, in: Krey/Hellmann/Heinrich, BT 1, 15. Aufl. (2012), Rdnrn. 45, 44 unter Verweis auf den besondere Unwertgehalt der heimtückischen Tötung, der in beiden Fällen identisch sei.

⁷ H. M., Rengier, BT 2, 14. Aufl. (2013), § 4 Rdnr. 29a; Wessels/Hettinger, BT 1, 37. Aufl. (2013), Rdnr. 120.

⁸ Ein Unterlassen ist kausal, wenn die rechtlich gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden könnte, ohne dass der tatbestandsmäßige Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfielen (h. M., vgl. nur Kühl, AT, 7. Aufl. (2012), § 18 Rdnr. 36 f. m. w. N.).

⁹ Ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen der unterlassenen Handlung und dem eingetretenen Erfolg ist zu bejahen, wenn die Rettungshandlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zur Erhaltung des gefährdeten Rechtsgutes geführt hätte (Wessels/Beulke/Satzger, AT, 43. Aufl. (2013), Rdnr. 713).

¹⁰ Vgl. statt vieler Lackner/Kühl, 27. Aufl. (2011), § 13 Rdnr. 8; BGHSt 2, 150 (153). Nach Weigend, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 13 Rdnr. 28, resultiere dies indes aus der freiwilligen Übernahme der dem Institut der Ehe inhärenten Verantwortung für den jeweils anderen.

¹¹ Anm.: Die Entsprechungsklausel des § 13 I 2. HS StGB gilt nicht für reine Erfolgsdelikte (wie vorliegend), da die Gleichstellung des Unterlassens mit aktivem Tun bereits aus der Garantenstellung folgt, Kühl, AT, 7. Aufl., § 18 Rdnr. 124 m. w. N.

¹² Vertiefend etwa Ernst, ZJS 2012, 654 (658 f.) m. w. N.; eingehend zur Beteiligung durch Unterlassen Haas, ZIS 2011, 392 ff.

¹³ Lackner/Kühl, 27. Aufl. (2011), § 27 Rdnr. 5.

¹⁴ Dazu Schünemann, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 25 Rdnr. 212.

2. Subjektiver Tatbestand

T hatte den Willen zum Untätigbleiben in Kenntnis aller objektiven Tatbestandsmerkmale. Da es ihm darauf ankam, „sich mit F einer lästigen Zeugin einer [...] Straftat, deren Entdeckung er unbedingt verhindern will, zu entledigen“, handelte er hinsichtlich ihrer Tötung mit *dolus directus* 1. Grades. Ihr Tod war notwendiges Zwischenziel zur Erreichung seines Endzieles.¹⁵ Ferner kann T ein täterbezogenes (subjektives) Mordmerkmal¹⁶ verwirklicht haben.

a) Verdeckungsabsicht (§ 211 II Gruppe 3 Var. 2)

Es könnte Verdeckungsabsicht vorliegen. Dafür muss Ts Absicht darauf gerichtet gewesen sein, durch die Tötung die Aufdeckung der Vortat oder seiner Täterschaft zu verbergen.¹⁷ Typisch sind Fälle, in denen der Täter einen etwaigen Zeugen ausschalten will, um die Entdeckung der Tat zu vermeiden.¹⁸ So liegt der Fall hier. T handelte auch mit *dolus directus* 1. Grades in Bezug auf das Verdecken.

Zu klären ist, ob Verdeckungsmord überhaupt durch Unterlassen verwirklicht werden kann. V. a. ältere Rspr.¹⁹ verneinte dies. Verdecken i. S. d. Wortlauts sei mehr als „nicht

aufdecken“ (der eigenen Täterschaft) und erfordere ein Zudecken der Tat, ein Unkenntlichmachen von Tatspuren. Das Verhalten desjenigen, der dem Geschehen nur seinen Lauf lasse, zeitige nicht die für Verdeckungsmorde besondere Verwerflichkeit.²⁰ Diese Rspr. ist aber aufgegeben.²¹ Nach heutiger h. M. kann Verdeckungsmord durch Unterlassen begangen werden.²² Die besondere Verwerflichkeit des Verdeckungsmordes liegt in der Tatsache, dass der Täter das Leben eines anderen Menschen so gering achtet, dass er dessen Tod zumindest billigend in Kauf nimmt, um vorangegangenes Fehlverhalten zu verdecken. Verdeckungsabsicht ist nach alledem gegeben.

Anmerkung:

In der Lit. wird weiterhin vertreten, das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht sei bei einem Unterlassen nicht erfüllt.²³ Mit aktiver Tötung sei eine Verdeckungszwecken dienende Tötung durch Unterlassen nicht gleichwertig i. S. v. § 13 I StGB. Gegen die Annahme von Verdeckungsabsicht spricht nach h. M. die Entsprechungsklausel des § 13 I StGB nicht, weil sie nur für verhaltensgebundene Delikte gilt, zu denen gehört das täterbezogene Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht jedoch nicht.²⁴ Auch der Einwand, dem Täter Rettungsbegehren zu Gunsten des Opfers abzuverlangen,

¹⁵ Vgl. zu dieser Konstellation etwa *Kindhäuser*, AT, 6. Aufl. (2013), § 14 Rdnr. 6.

¹⁶ Zur Einordnung der Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe als täterbezogen vgl. BGHSt 50, 1 (5).

¹⁷ Vgl. *Rengier*, BT 2, 14. Aufl. (2013), § 4 Rdnr. 53.

¹⁸ So *Rengier*, BT 2, 14. Aufl. (2013), § 4 Rdnr. 53.

¹⁹ BGH, NJW 1955, 876.

²⁰ Vgl. dazu *Schneider*, in: MünchKomm/StGB, 2. Aufl. (2012), § 211 Rdnr. 241.

²¹ Vgl. die Nachw. bei *Fischer*, StGB, 60. Aufl. (2013), § 211 Rdnr. 72.

²² *Schneider*, in: MünchKomm/StGB, 2. Aufl. (2012), § 211 Rdnr. 243.

²³ Deziert und mit guten Gründen *Haas*, in: FS Weber (2004), S. 235 (250); ferner *Jescheck*, JZ 1961, 752 (753).

verstoße gegen den nemo-tenetur-Grundsatz, verfangt nach h. M. nicht. Denn es werde nicht verlangt, der Täter solle sich selbst belasten. Verlangt werde nur, dem Opfer Hilfe zukommen zu lassen. Lehnte man hier Verdeckungsabsicht ab, würde der Täter, der sich durch seine Vortat ja selbst in eine Situation gebracht hat, in der Verdeckung ihm sinnvoll erscheint, privilegiert – so die h. M.

b) Habgier (§ 211 II Gruppe 1 Var. 4)

T handelte habgierig. Unter Habgier wird hemmungsloses, noch über die Gewinnsucht hinaus gesteigertes abstoßendes Gewinnstreben um jeden Preis verstanden.²⁵ T kam es auf die Prämie aus Fs Lebensversicherung an. Er wollte Fs Tod (auch) aus finanziellen Gründen, bewertete seine eigenen Vermögensinteressen höher als Fs Lebensrecht. Darin zeigt sich das genannte Gewinnstreben. T war bereit, „über Leichen zu gehen“.

c) Motivbündel

T war von mehreren Beweggründen, Habgier und Verdeckungsabsicht, geleitet. Bei mehreren Motiven muss die Verdeckungsabsicht „dominant“,²⁶ „leitend“,²⁷ der entscheidende Grund („Triebfeder“) der Tötung sein, ohne aber das alleinige Motiv bilden zu müssen.²⁸

Auch Habgier braucht nicht das einzige Motiv sein, muss allerdings gleichfalls tatbeherrschend und „bewusstseinsdominant“ sein²⁹ und im Falle eines Motivbündels „im Vordergrund stehen“.³⁰ Ein bloßes Mitschwingen des Habgiermotivs für die Annahme des Mordmerkmals ausreichen zu lassen, wäre verfehlt.³¹ Erforderlich ist eine Gesamtbeurteilung der Täterpersönlichkeit sowie eine (quantitative) Gewichtung der Erwägungen und Vorstellungen, die ihn beherrschen.³² Das bestimmende, T leitende Motiv im genannten Sinne war die Verdeckungsabsicht, denn T kam es, mehr noch als auf die Prämie, auf die Verdeckung der Straftat an. Das Erlangen der Versicherungsprämie war ein ihn nur nachrangig leitendes Motiv. Insofern ist Habgier auszuschließen. Hierbei handelt es sich nicht um eine merkmalsinterne Auslegungskorrektur, sondern um eine merkmalsübergreifende Gewichtung zeitlich zusammenfallender unterschiedlicher Beweggründe.³³ T hat also das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht verwirklicht.

²⁴ Zu letzterem *Krey*, in: *ders./Heinrich*, BT 1, 14. Aufl. (2008), Rdnr. 78; *Schneider*, in: *MünchKomm/StGB*, 2. Aufl. (2012), § 211 Rdnr. 243 m. w. N.

²⁵ *Momsen*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier*, StGB (2009), § 211 Rdnr. 13; BGH, NJW 2001, 763 (763).

²⁶ *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. (2011), § 211 Rdnr. 12

²⁷ *Fischer*, StGB, 60. Aufl. (2013), § 211 Rdnr. 68a.

²⁸ So *Kindhäuser*, LPK, 5. Aufl. (2013), § 211 Rdnr. 32 m. w. N.

²⁹ Dazu auch *Rengier*, BT 2, 14. Aufl. (2013), § 4 Rdnr. 14.

³⁰ *Fischer*, StGB, 60. Aufl. (2013), § 211 Rdnr. 10; vgl. *BGH*, NSTZ 1989, 19 (19 f.) je m. w. N.

³¹ So *Schneider*, in: *MünchKomm/StGB*, 2. Aufl. (2012), § 211 Rdnr. 67.

³² So *Schneider*, in: *MünchKomm/StGB*, 2. Aufl. (2012), § 211 Rdnr. 67.

³³ So *Schneider*, in: *MünchKomm/StGB*, 2. Aufl. (2012), § 211 Rdnr. 67.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

III. Ergebnis

T hat sich nach §§ 211, 13 I StGB strafbar gemacht. §§ 212 I, 13 I StGB treten demgegenüber zurück (Subsidiarität). Auch subsidiär hierzu ist die vollendete (gefährliche) Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I Nr. 5³⁴ StGB). § 323c StGB tritt hinter unechten Unterlassungsdelikten, die wie hier das Verhindern der aus dem Unglücksfall resultierenden Gefährdungen zum Gegenstand haben, im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück (Subsidiarität).³⁵

B. Strafbarkeit Us gem. §§ 212 I, 211, 13 I, 27 (28 II) StGB

Indem U T zuredete, kann sich U (durch positives Tun) an dem von T begangenen Mord durch Unterlassen an F i. F. d. Beihilfe beteiligt haben.

³⁴ Daher kann die (wohl zu bejahende) Frage offen bleiben, ob § 224 I Nr. 5 StGB durch Unterlassen begangen werden kann, oder ob dem der Wortlaut („Behandlung“) entgegensteht (dazu m. w. N. *Hardtung*, in: MünchKomm/StGB, 2. Aufl. (2012), § 224 Rdnr. 41).

³⁵ *Kindhäuser*, LPK, 5. Aufl. (2013), § 323c Rdnr. 20.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat eines anderen

Die vorsätzliche rechtswidrige Haupttat eines anderen liegt i. F. d. von T begangenen Mordes durch Unterlassen an F vor (s. o.).

b) Beihilfehandlung

Weiterhin ist eine Beihilfehandlung notwendig.

aa) Teilnehmerqualität Us

U kann (durch sein aktives Tun) Teilnehmer der (Unterlassungs-)Tat Ts nur sein, wenn Teilnahme an einem Unterlassungsdelikt durch einen Nichtgaranten überhaupt strafbar ist.³⁶ Z. T. wird eine Teilnahme an einem Unterlassungsdelikt für nicht möglich erachtet (sog. Begehungstheorie³⁷). Es gebe „keine Tathandlung, die faktisch zu unterstützen wäre“; es fehle ein Tatenschluss, der psychisch gestützt werden könnte. Eine „Förderung“ sei nur möglich, wo ein „Kausalvorgang“ ablaufe.³⁸ Möglich sei eine täterschaftliche Begehung. Der h. M. (sog. Teilnahme-theorie³⁹) nach ist Teilnahme an einem Unterlassungsdelikt nach den allgemeinen Re-

³⁶ Vertiefend *Heinrich*, AT, 3. Aufl. (2012), Rdnrn. 878 ff.

³⁷ Ausdruck nach *Heinrich*, AT, 3. Aufl. (2012), Rdnr. 879.

³⁸ So *A. Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2. Aufl. (1988), S. 190 f.

geln möglich.⁴⁰ Mit der Begehungstheorie bereits (geringfügige) psychische Beihilfe als Täterschaft zu werten, würde die gesetzgeberische Wertung in §§ 25–27 StGB auf den Kopf stellen.⁴¹ Auch ist diese Betrachtungsweise nicht vereinbar mit §§ 8, 9 II StGB,⁴² weswegen ihr nicht gefolgt werden kann.

Nach allgemeinen Regeln ist U Teilnehmer der Tat Ts. Der nicht am Tatort anwesende U war nur telefonisch mit T verbunden, erscheint daher als Randfigur des Geschehens. Auch wollte U T unterstützen, die Tat daher nicht als eigene, sondern als fremde.

bb) Hilfe leisten

U muss T zu dessen Tat Hilfe geleistet haben i. S. v. § 27 I StGB.

Psychische und physische Beihilfe ist möglich. Ob eine wie hier bloße Bestärkung des Tatentschlusses psychische Beihilfe⁴³ (i. F. sog. voluntativer Beihilfe⁴⁴) darstellt, ist strittig. Vereinzelt wird dies verneint; so explizit HRUSCHKA.⁴⁵ Als Beihilfe in Betracht komme einzig eine Einwirkung auf die Tat. Bestär-

kung des Tatentschlusses sei aber eine Einwirkung auf den Täter. Einwirkungen auf den Täter würden nur von der Anstiftung erfasst, wofür allerdings das Hervorrufen und nicht das bloße Bestärken des Tatentschlusses notwendig sei. Infolge dessen sei eine bloße Bestärkung des Tatentschlusses nicht strafbar. Indes ist eine derart strikte Trennung zwischen Einwirkung auf den Täter und auf die Tat nicht durchführbar. Weil jede Teilnahme i. d. R. über den Täter auf die Tat einwirkt, muss auch die Bestärkung des Tatentschlusses mittelbar eine Einwirkung auf die Tat nach sich ziehen.⁴⁶ Psychische Beihilfe wirkt über die Psyche des Täters auf die Tat.⁴⁷ Die Haupttat kann nicht einzig durch physische Hilfe, sondern auch durch psychische Akte gefördert werden; es wird weniger die Tat denn der Täter unterstützt, z. B. durch Ratschläge, Anreize oder Bestärkung.⁴⁸ Daher ist mit der h. M.⁴⁹ die grundsätzliche Strafbarkeit solchen Verhaltens als Beihilfe zu bejahen.

Jedoch ist die genannte Auswirkung auf die Tat zu überprüfen. Dabei ist die Frage zu klä-

³⁹ Ausdruck nach *Heinrich*, AT, 3. Aufl. (2012), Rdnr. 880.

⁴⁰ *Kindhäuser*, LPK, 5. Aufl. (2013), Vor §§ 25–31 Rdnr. 50; *Heinrich*, AT, 3. Aufl. (2012), Rdnr. 880 je m. w. N.

⁴¹ *Heinrich*, AT, 3. Aufl. (2012), Rdnr. 879.

⁴² *Kindhäuser*, LPK, 5. Aufl. (2013), Vor §§ 25–31 Rdnr. 50.

⁴³ *Hruschka*, JR 1983, 177 (178), spricht in diesem Zusammenhang von einer dunklen Rechtsfigur.

⁴⁴ Ausdruck nach *Kindhäuser*, LPK, 5. Aufl. (2013), § 27 Rdnr. 10.

⁴⁵ JR 1983, 177 (178).

⁴⁶ So *Schünemann*, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 27 Rdnr. 15.

⁴⁷ *Schünemann*, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), § 27 Rdnr. 11; *Kühl*, AT, 7. Aufl. (2012), § 20 Rdnr. 225.

⁴⁸ *Seher*, JuS 2009, 793 (795). Sachgerecht sei nach ratio und Wortsinn die Erfassung von Verhaltensweisen, die die „Entschlossenheit des Haupttäters stabilisieren“, da auch diese Hilfe dem Haupttäter bei Verwirklichung seines Tatentschlusses zugutekomme und das Risiko zu Lasten des Opfers erhöhe, *Murmann*, GK StrR (2011), § 27 Rdnr. 130.

⁴⁹ *Hoffmann-Holland*, AT, 2. Aufl. (2011), Rdnr. 583; *Krey/Esner*, AT, 5. Aufl. (2012), Rdnr. 1073; *Rengier*, AT, 5. Aufl. (2013), § 45 Rdnr. 88.

ren, welche Anforderungen allgemein an die Hilfeleistungen zu stellen sind.⁵⁰ U stärkte Ts Entschluss, F nicht zu helfen. Gegen das Erfordernis von (hier nicht gegebener) Kausalität der Hilfeleistung i. S. d. Äquivalenztheorie⁵¹ spricht, dass § 27 StGB bereits das Hilfeleisten zur Haupttat bestraft und der vom Haupttäter verursachte Erfolg dem Gehilfen nicht als „sein Werk“ zugerechnet wird, weswegen dessen Strafbarkeit nicht zwingend von der im Bereich der Täterschaft geltenden Kausalitätsbeziehung abhängig ist.⁵² Nach a. A. muss der Gehilfenbeitrag nur i. S. e. Ermöglichung oder Erleichterung für den Erfolg der Haupttat ursächlich geworden sein⁵³ (sog. „Zufluss-, Verstärker- oder Modifikationskausalität“⁵⁴). Stabilisiert die psychische Einwirkung den Tatentschluss, beeinflusst sie ihn (wie hier) in seiner Festigkeit und Intensität, ist danach die Kausalität gegeben und von (ausreichender) psychischer Beihilfe auszugehen.⁵⁵ Nach der Rspr. ist „als Hilfe-

⁵⁰ Denn psychische Beihilfe wird auch insofern kritisch betrachtet, als dass sich mit ihr „die Gefahr einer das Erfordernis wirklicher Risikosteigerung unterlaufenden Verdachtsbestrafung“ verbinde, weshalb nicht eine bloße Billigung der Tat ausreichen dürfe, sondern eine nachweisbare psychische Beeinflussung erforderlich sei (*Stratenwerth/Kuhlen*, AT, 6. Aufl. (2011), § 12 Rdnr. 159.). Nach *Geppert*, JURA 2007, 589 (591), soll bei psychischer Beihilfe der Kausalitätsnachweis besondere Bedeutung erlangen.

⁵¹ So aber *Heine*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 27 Rdnr. 10.

⁵² So *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 43. Aufl., Rdnr. 582 m. w. N.

⁵³ *Gropp*, AT, 3. Aufl., § 10 Rdnr. 146.

⁵⁴ *Geppert*, JURA 1999, 266 (267) m. w. N.

⁵⁵ In diese Richtung deutlich *Roxin*, in: LK/StGB, 11. Aufl. (Stand: 01.05.1992), § 27 Rdnr. 13.

leistung [...] grundsätzlich jede Handlung anzusehen, die die Herbeiführung des Taterfolgs durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert; dass sie für den Eintritt dieses Erfolgs [...] in irgendeiner Weise kausal wird, ist nicht erforderlich“.⁵⁶ Nach beiden letztgenannten Ansichten liegt ein Hilfeleisten vor. U hat T zu dessen Tat Hilfe geleistet.

2. Subjektiver Tatbestand

U hatte Vorsatz auf Vollendung einer bestimmten vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat sowie Vorsatz bezüglich der Gehilfenhandlung.

3. Zwischenergebnis

Nach allgemeinen Akzessorietätsregeln ist U wegen Anstiftung zum Totschlag zu bestrafen.

II. Akzessorietätslockerung/Tatbestandsverschiebung nach § 28 II StGB

Es kann zu einer Tatbestandsverschiebung zur Anstiftung zum Mord kommen.

⁵⁶ *BGH*, NJW 2007, 384 (388); auch *BGH*, NStZ 2004, 499 (500).

1. (Subjektives/täterbezogenes) Mordmerkmal des § 211 II StGB

Hierfür muss U zunächst ein subjektives Mordmerkmal⁵⁷ verwirklicht haben. Wer zur Erlangung einer Belohnung einen anderen Menschen tötet, handelt regelmäßig habgierig.⁵⁸ U handelte damit aus Habgier (§ 211 II Gruppe 1 Var. 4).

2. Tatbestandsverschiebung

Fraglich ist, ob dies nach § 28 II StGB zu einer Tatbestandsverschiebung von der Anstiftung zum Totschlag zu einer Anstiftung zum Mord führt.

a) Täterbezogenes besonderes persönliches Merkmal i. S. v. § 28 StGB

Das Mordmerkmal der Habgier ist als täterbezogenes besonderes persönliches Merkmal i. S. v. § 28 StGB zu qualifizieren.⁵⁹

⁵⁷ Zur Einordnung der Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe als täterbezogen vgl. BGHSt 50, 1 (5).

⁵⁸ Rössner/Wenkel, in: HK-GS, 2. Aufl. (2011), § 211 Rdnr. 25; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. (2011), § 211 Rdnr. 4.

⁵⁹ H. M., vgl. Rengier, BT 2, 14. Aufl. (2013), § 5 Rdnr. 3. Es ist kein spezielles Schuldmerkmal i. S. v. § 29 StGB (so aber Wessels/Beulke/Satzger, AT, 43. Aufl. (2013), Rdnrn. 559 und 422). Denn § 29 StGB erfasst nur die Schuldaußschließungs-, Entschuldigungs- und Schuld minderungsgründe des allgemeinen Teils des Strafrechts (Krey/Hellmann/Heinrich, BT 1, 15. Aufl. (2012), Rdnr. 23 m. w. N.). Ferner begründen alle Mordmerkmale gegenüber dem Totschlag erhöhtes Unrecht und nicht bloß erhöhte Schuld.

b) Anwendbarkeit von § 28 II StGB

Es muss die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen i. S. v. § 28 II StGB. Die Anwendbarkeit des § 28 II StGB hängt davon ab, wie das Verhältnis von Mord und Totschlag zueinander verstanden wird.

aa) St. Rspr. nach sind § 211 StGB und § 212 StGB zwei selbständige Tatbestände, die voneinander unabhängig sind und in einem Exklusivitätsverhältnis stehen.⁶⁰ Mordmerkmale schärfen nicht die Strafe, sondern begründen erst die Strafbarkeit des Täters als Mörder.⁶¹ Anwendbar kann immer nur § 28 I StGB sein. Entscheidend ist, ob der Teilnehmer seinen Tatbeitrag in Kenntnis des vom Haupttäter verwirklichten täterbezogenen Mordmerkmals erbrachte.⁶² Wenn ja, wird er alleine deshalb wegen Teilnahme am Mord bestraft, andernfalls wegen Teilnahme am Totschlag.

⁶⁰ Seit BGHSt 1, 368 (370); 6, 329 (330); 50, 1 (5).

⁶¹ So bereits BGHSt 1, 368 (370); vgl. auch BGHSt 22, 375 (377); 50, 1 (5); BGH, NJW 2006, 1008 (1012).

⁶² BGH, NStZ 1996, 384 (385). – Anm.: Sowohl wenn ein täterbezogenes Mordmerkmal bei Täter und Teilnehmer als auch nur beim Täter vorliegt, muss sich für eine Bestrafung aus § 211 StGB (im letzteren Falle nach § 28 I StGB gemildert) der Vorsatz des Teilnehmers auf das Vorliegen des betreffenden Mordmerkmals beim Täter erstrecken (Fischer, StGB, 60. Aufl. (2013), § 211 Rdnr. 95 m. w. N.). Diese Grundsätze gelten auch, wenn „Täter und Teilnehmer verschiedene, jedoch gleichartige Mordmerkmale verwirklichen“ (sog. gekreuzte Mordmerkmale). Auch hier muss sich der Vorsatz des Teilnehmers auf das beim Täter gegebene Mordmerkmal beziehen, andernfalls kommt nur eine Teilnahme am Totschlag in Frage, Fischer, StGB, 60. Aufl. (2013), § 211 Rdnr. 96 m. w. N.

Anmerkung:

Diese Frage kann natürlich auch im subjektiven Tatbestand erörtert werden. Hier erfolgt eine Behandlung auf dieser Ebene, da die Konsequenzen der verschiedenen Ansichten von Rspr. und Lit. so deutlicher werden.

U kannte das Mordmerkmal Habgier bei T. Dieses war nicht bewusstseinsdominant und wurde ausgeschieden (s. o.). Dass Us Kenntnis zu einer Teilnahme an Mord führt, kann insofern bezweifelt werden, als dass auch andere Motive T hätten dominieren können, die kein anderes Mordmerkmal erfüllen, und T daher keinen Mord verwirklicht hätte. Doch ist dem nicht so. Die Haupttat ist Mord. Der Teilnehmer ist akzessorisch nach dieser zu bestrafen.⁶³ Dass T von einem anderen (§ 211 II StGB unterfallenden) Beweggrund dominiert wurde, kann nicht zu einer Privilegierung Us führen, weil ansonsten seine Kenntnis von der Haupttat Mord ohne Belang wäre. Dem folgend wäre U (unter dem Vorbehalt der Rechtswidrigkeit und Schuld) nach §§ 211, 13, 27 StGB zu bestrafen. Eine Strafraumenverschiebung über § 28 I StGB kommt nicht in Frage. Sie ist ausgeschlossen, wenn der Teilnehmer entweder das Mordmerkmal des Haupttäters verwirklicht (bei Abstellen auf die – ausgeschiedene – Habgier bei T) oder zwar ein verschiedenes, doch aber in der rechtlichen Bewertung gleichartiges (täterbezogenes) Mordmerkmal wie der Haupttäter aufweist (sog. gekreuzte Mord-

⁶³ BGHSt 50, 1 (5).

merkmale). Als derartige gleichartige Mordmerkmale sind in der Rspr. Habgier (als benannter niedriger Beweggrund der 1. Gruppe) und Verdeckungsabsicht, die der BGH als „Sonderfall niedriger Beweggründe“ betrachtet,⁶⁴ anerkannt.⁶⁵

Anmerkung:

Kannte der Teilnehmer das vom Haupttäter verwirklichte Mordmerkmal nicht, liegt hiernach ein Tatbestandsirrtum nach § 16 I 1 StGB vor. Denkbar ist dann „nur“ eine Bestrafung wegen §§ 212 I, 13, 27 StGB. Ob der Teilnehmer ein eigenes Mordmerkmal verwirklichte, ist dabei unerheblich.

bb) Die Lit. sieht dieses Verhältnis als eines von Grundtatbestand (§ 212 StGB) und Qualifikation (§ 211 StGB).⁶⁶ Danach haben Mordmerkmale nicht strafbegründenden, sondern strafschärfenden Charakter, was zur Anwendung von § 28 II StGB führt⁶⁷ und vorliegend zur Konsequenz hat, dass es zu einer Tatbestandsverschiebung im genannten Sinne kommt. Ob der Teilnehmer (U) Vorsatz auf das vom Haupttäter (T) verwirklichte täterbezogene Mordmerkmal hatte, ist irrele-

⁶⁴ BGHSt 23, 39 (40).

⁶⁵ Vgl. dazu *Vietze*, JURA 2003, 394 (396) m. w. N. – Anm.: Letztlich könnten alle Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe in die Generalklausel der niedrigen Beweggründe überführt werden, was zur Folge habe, dass die Rspr. die Strafmilderung des § 28 I StGB dem Teilnehmer versagt, wenn er selbst ein täterbezogenes Mordmerkmal verwirklicht, *Arzt in ders./Weber*, BT, 1. Aufl. (2000), § 2 Rdnr. 35.

⁶⁶ Vgl. nur *Lackner/Kühl*, 27. Aufl. (2011), § 211 Rdnr. 16, Vor § 211 Rdnr. 22 m. w. N.

⁶⁷ Vgl. *Jäger*, JZ 2005, 477 (479 f.).

vant,⁶⁸ da es ausschließlich auf das (Nicht-)Vorliegen eines täterbezogenen Mordmerkmals beim Teilnehmer ankommt und nicht auf dessen Kenntnis von Beweggründen des Haupttäters.⁶⁹

c) Zwischenergebnis

Sei es über die Anwendung allgemeiner Akzessorietätsregeln oder über § 28 II StGB: Rspr. und Lit. kommen zum identischen Ergebnis.⁷⁰

III. Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor.

IV. Ergebnis

U ist strafbar gem. §§ 211, 13 I, 27 (28 II) StGB.

Tatkomplex 2: „Die Kontrolle“

A. Strafbarkeit Ts gem. § 113 I i. V. m. § 113 II 2 Nr. 1 Var. 2, Nr. 2 Var. 2 StGB

Indem T das Auto beschleunigte, könnte er sich wegen Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte strafbar gemacht haben.

⁶⁸ Rengier, BT 1, 14. Aufl. (2013), § 5 Rdnr. 4.

⁶⁹ Wessels/Hettinger, BT 1, 37. Aufl. (2013), Rdnr. 149.

⁷⁰ Für andere Fälle zur Vertiefung Ernst, JSE 1/2012, 35 (45 f.).

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

P, Polizeibeamter und damit Amtsträger i. S. v. § 11 I Nr. 2a Var. 1 StGB, gehört dem geschützten Personenkreis an. Der Widerstand muss bei Vornahme einer Vollstreckungshandlung, einer Handlung, die die Verwirklichung des Staatswillens im Einzelfall bezweckt und notfalls mit Zwang vorgenommen werden kann,⁷¹ stattgefunden haben. P hielt T i. R. e. allgemeinen Verkehrskontrolle an. Solche Kontrollen ohne konkreten Verdacht sollen nicht als tatbestandliche Vollstreckungshandlung ausscheiden.⁷² Dass ein Polizeibeamter, der einen Verkehrsteilnehmer bei einer solchen Kontrolle anhält, eine Vollstreckungshandlung i. S. d. § 113 StGB vornimmt, wird im Hinblick auf die Regelung des § 36 StVG bejaht.⁷³ § 36 V 1 StVG ermächtigt Polizeibeamte, Verkehrsteilnehmer zu Verkehrskontrollen anzuhalten. Der Vollstreckung dieser Ermächtigung dient das in § 36 V 2 StVG geregelte Haltegebot, das gem. Absatz 5 Satz 5, Absatz 1 Satz 1 zu befolgen ist.⁷⁴ T kann mit Gewalt Widerstand geleistet

⁷¹ Maurach/Schroeder/Maiwald, BT, Teilbd. 2, 10. Aufl. (2013), § 71 Rdnr. 7 m. w. N.

⁷² So aber Ehlen/Meurer, NJW 1974, 1776 (1776), wonach Haltezeichen eine Vollstreckungshandlung nur darstellen, wenn es darum geht, „eine zuvor festgelegte Maßnahme gegen eine bestimmte Person zu vollziehen“.

⁷³ OLG Düsseldorf, NZV 1996, 458 (459); vgl. BGHSt 25, 313 (314 f.); Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT, Teilbd. 2, 10. Aufl. (2013), § 71 Rdnr. 7; zw. Lackner/Kühl, 27. Aufl. (2011), § 113 Rdnr. 3.

⁷⁴ Dazu OLG Düsseldorf, NZV 1996, 458 (459).

haben i. S. v. § 113 I Var. 1 StGB. Unter einem Widerstandleisten ist ein aktives Tun zu verstehen, das dazu geeignet und bestimmt ist, die Vollziehung der betreffenden Diensthandlung zu verhindern oder zu erschweren.⁷⁵ Für Gewalt ist eine durch tätiges Handeln bewirkte Kraftäußerung gegen den Vollstreckenden notwendig.⁷⁶ Sie muss sich mittelbar oder unmittelbar gegen die Person des Vollstreckenden richten.⁷⁷ Mit Hilfe der körperlichen Kraft Ps weit überlegener motorischer Kraft seines Autos wollte T die Wirkungen des Handelns Ps ausschalten. Das Beschleunigen war eine unmittelbare körperliche Gewalteinwirkung auf P. T wandte mithin physische Kraft gegen die Person des P, also Gewalt i. S. v. § 113 I Var. 1 StGB, an. Zudem hat T P tätlich angegriffen i. S. v. § 113 I Var. 2 StGB. Als ein tätlicher Angriff wird eine mit feindseligem Willen unmittelbar auf den Körper des Vollstreckenden zielende Einwirkung verstanden.⁷⁸ Der Eintritt eines Körperverletzungserfolges wird nicht gefordert.⁷⁹ Von der (formellen⁸⁰) Rechtmäßigkeit

⁷⁵ Eser, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 113 Rdnr. 40; Kindhäuser, LPK, 5. Aufl. (2013), § 113 Rdnr. 10; OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1997, 91 (91) je m. w. N.

⁷⁶ Eser, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 113 Rdnr. 42; vgl. OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1997, 91 (91).

⁷⁷ Eser, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 113 Rdnr. 42.

⁷⁸ Rosenau, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2009), § 113 Rdnr. 26 m. N.

⁷⁹ Rosenau, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2009), § 113 Rdnr. 26 m. w. N.

⁸⁰ Zur wohl noch herrschenden sog. Lehre vom strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff und etwaigen Folgeproblemen OLG Celle, JSE 2013, 255 (256, 258 f.) (Ernst).

der Diensthandlung (§ 113 III StGB) kann ausgegangen werden.

2. Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

III. § 113 II 2 StGB

Das Regelbeispiel des § 113 II 2 Nr. 1 Var. 2 StGB könnte zu bejahen sein. Das Kfz muss ein gefährliches Werkzeug i. S. d. Norm darstellen. Fraglich ist, welche Anforderungen an diesen Werkzeugbegriff zu stellen sind. In der Begründung zum Gesetzesentwurf wird ausgeführt: „Der (beabsichtigte) Einsatz von gefährlichen Werkzeugen, d. h. von Gegenständen, die nach der Art ihrer Verwendung im konkreten Fall geeignet sind, erhebliche Verletzungen herbeizuführen, ist ähnlich strafwürdig wie das bereits erfasste Verhalten.“⁸¹ Es scheint also so, dass hier der Werkzeugbegriff des § 224 I Nr. 2 Var. 2 StGB herangezogen werden soll. Dagegen spricht, dass sich dort die Gefährlichkeit des Gegenstands aus der Art und Weise seiner Verwendung ergibt. I. R. v. § 113 II 2 Nr. 1 Var. 2 StGB⁸² reicht das bloße Beisichführen aus, zu einer Verwendung muss es gerade nicht kommen. Es wird daher verbreitet die Begriffsbestimmung zu § 244 I Nr. 1a Var. 2

⁸¹ BT-Drs. 17/4143, S. 6.

⁸² Ebenso bei §§ 244 I Nr. 1 a Var. 2, 250 I Nr. 1 a Var. 2 StGB.

StGB übertragen.⁸³ Immerhin gleichen sich diese Begriffe insoweit, als primär auf das Beisichführen⁸⁴ eines gefährlichen Werkzeugs abgestellt wird. Dass i. R. d. § 113 II 2 Nr. 1 Var. 2 StGB zusätzlich (als gewisse Restriktion⁸⁵) eine Verwendungsabsicht verlangt wird, ändert an dieser grundsätzlichen Gleichartigkeit nichts. Wird die Verwendungsabsicht nur als (subjektives) Addendum zum Merkmal des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeugs begriffen, ergibt sich hinsichtlich der Definition des Werkzeugbegriffes im Ausgangspunkt die identische Problematik wie i. R. d. § 244 I Nr. 1 a Var. 2 StGB.⁸⁶ I. R. d. § 113 II 2 Nr. 1 Var. 2 StGB ist zu berücksichtigen, dass die Frage nach dem Erfordernis eines Verwendungsvorbehaltes (konkret subjektive Betrachtungsweise⁸⁷) nicht gestellt werden muss, verlangt der Wortlaut doch explizit eine Verwendungsabsicht. Eine rein abstrakt-objektive Betrachtungsweise, die einzig danach fragt, ob der Gegenstand nach seiner Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen, wirft jedenfalls die Frage auf, ob bereits das sozialübliche Beisichführen bestimmter Gegenstände (etwa Taschenmes-

ser) in besonderem Maße sanktionswürdig ist.⁸⁸

Festzuhalten ist, dass ein Pkw – insbesondere aufgrund der nicht unerheblichen Motorisierung – nach seiner Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.

Um einer „exzesshaften Judikatur“⁸⁹ vorzubeugen wird angemahnt, eine abstrakt-konkrete Betrachtung vorzunehmen, d. h. danach zu fragen, ob ein Werkzeug einerseits (abstrakt) geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen, und andererseits seine Mitnahme in der konkreten Situation (aus der Sicht eines objektiven Beobachters) nicht anders verstanden werden kann, als dass es (auch) als Waffenersatz dienen soll.⁹⁰ Mag dieser Ansatz geeignet sein, das sozialübliche Mitsichführen bestimmter Gegenstände aus dem Anwendungsbereich des § 244 I Nr. 1 a Var. 2 StGB herauszunehmen, stellt sich doch die Frage, ob i. R. d. § 113 II 2 Nr. 1 Var. 2 StGB die gleiche – restriktive – Handhabung angezeigt ist. Dies ist bereits insofern zweifelhaft, als die Intention des Gesetzgebers bei der Reform u. a. des § 113 II 2 Nr. 1 Var. 2 StGB dahin ging, den Schutz für Vollstreckungsbeamte zu verbessern.⁹¹ Ein umfassenderer Schutz ist

⁸³ Vgl. *Dallmeyer*, in: BeckOK/StGB (Stand 22.07.2013), § 113 Rdnr. 25; *Fischer*, StGB, 60. Aufl. (2013), § 113 Rdnr. 38b.

⁸⁴ Beisichführen als die Möglichkeit des Zugriffs zu irgendeinem Zeitpunkt der Tat, vgl. nur *Fahl*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StGB, 2. Aufl. (2014), § 113 Rdnr. 16.

⁸⁵ *Singelstein/Puschke*, NJW 2011, 3473 (3473).

⁸⁶ Zur – kaum noch zu überblickenden – Diskussion bei § 244 I Nr. 1 a Var. 2 StGB vgl. etwa *Eisele*, BT 2, 2. Aufl. (2012), Rdnrn. 192 ff.

⁸⁷ Dazu etwa *Eisele*, BT 2, 2. Aufl. (2012), Rdnr. 201.

⁸⁸ Kritisch gegenüber einer rein abstrakt-objektiven Betrachtungsweise daher *Eisele*, BT 2, 2. Aufl. (2012), Rdnr. 203; *Schmitz*, in: MünchKomm/StGB, 2. Aufl. (2012), § 244 Rdnr. 12.

⁸⁹ *Paeffgen*, in: NK/StGB, 4. Aufl. (2013), § 113 Rdnr. 86a.

⁹⁰ *Schmitz*, in: MünchKomm/StGB, 2. Aufl. (2012), § 244 Rdnr. 15; *Eisele*, BT 2, 2. Aufl. (2012), Rdnr. 198.

⁹¹ Vgl. *Rathgeber*, KritV 2012, 314 (315).

freilich dann gegeben, wenn allein auf die abstrakt-objektive Gefährlichkeit eines Gegenstandes abgestellt wird. Ferner ist zu berücksichtigen, dass das (subjektive) Merkmal der Verwendungsabsicht ein Korrektiv zum (weiten) abstrakt-objektiven Werkzeugbegriff darstellt. Damit unterfällt ein Pkw, der (wie hier) ganz bewusst i. R. d. Widerstandshandlung eingesetzt werden soll bzw. wird,⁹² dem Regelbeispiel des § 113 II 2 Nr. 1 Var. 2 StGB.

Anmerkung:

Wer – unter Heranziehung der abstrakt-konkreten Betrachtungsweise – zu dem Schluss kommt, dass ein Pkw deshalb kein gefährliches Werkzeug sein könne, weil das Beisichführen eines Pkw i. R. e. allgemeinen Verkehrskontrolle nicht auf eine Waffenersatzfunktion schließen lasse, sondern – im Gegenteil – üblich sei, muss die Frage aufwerfen, ob nicht die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles angezeigt ist.

IV. Ergebnis

T ist strafbar gem. § 113 I StGB i. V. m. § 113 II 2 Nr. 1 Var. 2 StGB. § 113 StGB geht als *lex specialis* dem allgemeineren Tatbestand des § 240 StGB vor.⁹³

⁹² Die notwendige Verwendungsabsicht kann auch erst während der Tatausführung gefasst werden, vgl. *Bosch*, in: *MünchKomm/StGB*, 2. Aufl. (2012), § 113 Rdnr. 75.

⁹³ *Rosenau*, in: *LK/StGB*, 12. Aufl. (2009), § 113 Rdnr. 89 m. w. N. Daran hat sich durch das 44. StÄG nichts geändert, *Steinberg/Zetzmann/Dust*, JR 2013, 7 (10).

B. Strafbarkeit Ts gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, Nr. 5 StGB

Indem T das Auto abbremste, könnte er sich wegen gefährlicher Körperverletzung (zu Lasten Ps) strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 223 I StGB ist unproblematisch gegeben. Fraglich ist der des § 224 I StGB.

aa) § 224 I Nr. 2 Var. 2 StGB könnte in Betracht kommen. Ein gefährliches Werkzeug ist jeder Gegenstand, der geeignet ist, nach Art und Weise seiner konkreten Verwendung erhebliche Verletzungen hervorzurufen.⁹⁴ Dem unterfällt ein Gartenzaun nicht, sind doch nur bewegliche Gegenstände erfasst.⁹⁵ Ein fahrendes Kfz kann jedoch ein gefährliches Werkzeug i. S. d. Norm sein. Es ist vorausgesetzt, dass die Körperverletzung „mittels“ eines gefährlichen Werkzeugs begangen wurde. Die Auslegung dieser Präposition ist umstritten. E. A. nach müsse die Körperverletzung (nur) mit Hilfe des Werkzeuges, also

⁹⁴ *Kindhäuser*, LPK, 5. Aufl. (2013), § 224 Rdnr. 7 m. w. N.

⁹⁵ H. M., vgl. *Kretschmer*, JURA 2008, 916 (918); *Krüger*, NZV 2006, 112 (112). Eine a. A. unter Verweis auf den Normzweck widerspricht dem natürlichen Sprachgebrauch, da danach nur bewegliche Gegenstände als Werkzeuge anzusehen sind, dazu *Kindhäuser*, LPK, 5. Aufl. (2013), § 224 Rdnr. 10; *BGHSt* 22, 235 (236).

„durch“ dasselbe geschehen.⁹⁶ § 224 StGB stelle nicht einen erhöhten Körperverletzungserfolg, sondern eine gegenüber § 223 StGB im (Handlungs-)Unrecht gesteigerte Körperverletzungshandlung unter Strafe. Daher sei es unerheblich, ob die Verletzung durch eine Einwirkung des Autos verursacht wurde. Auf einen Kontakt zwischen Opfer und Tatmittel könne verzichtet werden. Nach wohl h. M. erfordert „mittels“, dass die Körperverletzung durch ein von außen auf den Körper des Tatopfers einwirkendes gefährliches Tatmittel verursacht wurde.⁹⁷ Aus systematischer Sicht streitet dafür: Für § 224 I Nr. 1 StGB, der aus § 229 StGB a. F. (Vergiftung) und § 224 I Nr. 2 StGB bzw. der Vorgängerregelung hervorgegangen ist,⁹⁸ ist ein Kontakt zwischen Opfer und Tatmittel zwingend.⁹⁹ Denn „Beibringung“ i. S. d. Nummer 1 setzt einen Kontakt des Tatmittels „Stoffes“ mit dem Körper des Opfers voraus.¹⁰⁰ Daher streitet „die innere Harmonie und Systematik des § 224 StGB“ für ein paralleles Verständnis der Präposition „mittels“ i. S. v. § 224 I Nr. 2 StGB.¹⁰¹ „Mittels“ ist mithin restriktiv auszulegen.¹⁰² Da die Verlet-

zung Ps durch den Aufprall auf dem Gartenzaun (und nicht durch die Einwirkung des Werkzeugs „Auto“) verursacht wurde, ist die Nummer 2 zu verneinen.

bb) § 224 I Nr. 5 StGB liegt auch nicht vor: Der Streit um die an die Behandlung zu stellenden Anforderungen¹⁰³ kann offen bleiben, da selbst die Vertreter der weniger restriktiven Auffassung bei der Präposition „mittels“ eine Einschränkung vornehmen. Die Tat handlung muss lebensbedrohend gewesen sein.¹⁰⁴ Unter Verweis auf seine Rspr. zur Nummer 2 führt der BGH aus, „der Körperverletzungserfolg [... muss] ‚mittels‘ der Art der Behandlung durch den Täter eintreten“ und nicht erst durch ein nachfolgendes Geschehen.¹⁰⁵ Insofern gelten obige Ausführungen.

Der objektive Tatbestand des § 224 I StGB ist zu verneinen.

⁹⁶ *Hardtung*, in: MünchKomm/StGB, 2. Aufl. (2012), § 224 Rdnr. 26; *KG*, NZV 2006, 111 (111) – extensives Verständnis i. S. bloßer Kausalität.

⁹⁷ *BGH*, NStZ 2007, 405 (405); *NJW* 2013, 2133 (2135); *NStZ* 2012, 697 (698); *Fischer*, 60. Aufl. (2013), § 224 Rdnr. 7 f. m. w. N.; *Krüger*, NZV 2007, 482 (482 f.).

⁹⁸ „Gifte und andere gesundheitsschädliche Stoffe“ wurden früher als „gefährliche Werkzeuge“ angesehen.

⁹⁹ *Krüger*, NZV 2007, 482 (483).

¹⁰⁰ *Hardtung*, in: MünchKomm/StGB, 2. Aufl. (2012), § 224 Rdnr. 10 f.

¹⁰¹ *Krüger*, NZV 2007, 482 (483).

¹⁰² *Krüger*, JURA 2011, 887 (888, 889).

¹⁰³ Objektive Eignung der Behandlung zur (abstrakten) Gefährdung des Lebens (im Einzelfall) vs. Eintritt einer konkreten Lebensgefährdung durch die Behandlung.

¹⁰⁴ Vgl. *Jahn*, JuS 2007, 90 (91).

¹⁰⁵ *BGH*, NStZ 2007, 34 (35).

2. Subjektiver Tatbestand

Die Verletzungen Ps waren die von T als notwendig erkannten Folgen seines Handelns. T handelte somit bezüglich der Körperverletzung Ps mit *dolus directus* 2. Grades. Denn die als notwendig erkannten Folgen der Handlung werden von dem Handelnden in den Willen aufgenommen, auch wenn ihm an diesen Folgen nichts liegt.¹⁰⁶

II. Rechtswidrigkeit und Schuld sind zu bejahen.

III. Ergebnis

T ist strafbar gem. § 223 I StGB.

Tatkomplex 3: „Abfracken“

Strafbarkeit Ts gem. § 306a II StGB

Indem T Benzin in seinem Auto entzündete, könnte er sich wegen schwerer Brandstiftung strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Das Auto ist taugliches Tatobjekt i. S. v. § 306a II StGB i. V. m. § 306 I Nr. 4 Var. 1 StGB. Dass es in Ts Eigentum steht, ist unerheblich, da sich die Verweisungsformel des § 306a II StGB („eine in § 306 I Nr. 1 bis 6 bezeichnete Sache“) nur auf die genannten Tat-

¹⁰⁶ RGSt 5, 314 (317).

objekte bezieht; die Eigentumsverhältnisse sind belanglos.¹⁰⁷

T hat das Auto in Brand gesetzt. Unter In-Brand-Setzen wird das Entzünden eines Gegenstandes, so dass er brennt, verstanden.¹⁰⁸ Ein wesentlicher Bestandteil des Objekts muss so vom Feuer ergriffen sein, dass es auch nach Entfernen/Erlöschen des Zündstoffs selbständig weiterbrennen kann.¹⁰⁹ Nach Entzündung des Benzins kam es zunächst zu einer Verpuffung, dann stand das Auto in Flammen, brannte also selbständig.

Ein anderer Mensch muss sich in der konkreten Gefahr einer Gesundheitsschädigung befunden haben. Eine konkrete Gesundheitsgefährdung Js ist gegeben: Mehrere Glasscherben verfehlten J nur sehr knapp. Hätte eine ihn getroffen, hätte sie jedenfalls eine Wunde verursacht.¹¹⁰ Es hing daher (objektiv ex ante betrachtet) nur vom Zufall ab, dass sich die Gefahr nicht realisierte, J keine Gesundheitsschädigung erlitt.

Fraglich ist, ob J ein anderer Mensch i. S. d. Norm ist. J half T für eine versprochene Bezahlung von 10 Euro, Benzin im Innenraum

¹⁰⁷ Nunmehr wohl allg. Ansicht, *Otto*, GK BT, 7. Aufl. (2005), § 79 Rdnr. 12; *Radtke*, ZStW 110 (1998), 848 (874); *Fischer*, StGB, 60. Aufl. (2013), § 306a Rdnr. 10a.

¹⁰⁸ *Fischer*, StGB, 60. Aufl. (2013), § 306 Rdnr. 14.

¹⁰⁹ *Herzog/Kargl*, in: NK/StGB, 4. Aufl. (2013), § 306 Rdnr. 17 m. w. N.

¹¹⁰ Die Gesundheitsschädigung ist aus teleologischen Gründen grundsätzlich parallel zu § 223 I Var. 2 StGB auszulegen, *Herzog/Kargl*, in: NK/StGB, 4. Aufl. (2013), § 306a Rdnr. 19.

des Autos zu verteilen. Er könnte tatbestandlich als Gehilfe angesehen werden. Ob Tatbeteiligte auch Tatobjekt sein können, sie also in den Schutzbereich der Norm fallen, wird uneinheitlich beantwortet.¹¹¹ E. A. nach genüge die Gefährdung von „Komplizen“ nicht.¹¹² Aufgrund der hohen Strafdrohung sei eine restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals „anderer Mensch“ geboten. A. A. nach können Teilnehmer taugliche Opfer sein.¹¹³ Maßgeblich für § 306a II StGB ist die konkrete Individualgefahr und nicht die abstrakte Gemeingefahr.¹¹⁴ Die Haupttat ist für den Teilnehmer eine fremde Tat (vgl. §§ 26, 27 I StGB), in die er nicht tätergleich einbezogen werden darf. J war demnach taugliches Opfer, ob er tatsächlich als Gehilfe strafbar sein kann, kann offen bleiben.

Notwendig ist ein (brand-)spezifischer Gefährdungszusammenhang.¹¹⁵ In der konkreten Gesundheitsgefährdungsgefahr muss sich das i. S. d. §§ 306 f. StGB tatbestandsspezifische Brandrisiko realisiert haben.¹¹⁶ Dies ist der Fall. Das Entzünden des Benzins führte zu einer Verpuffung, in deren Folge ein Fenster

des Pkws zerbrach und Glasscherben in der Luft herumflogen. Die tatbestandliche Gefährdung Js muss T objektiv zurechenbar sein. Dies kann bei Vorliegen einer (eigen-/freiverantwortlichen) Selbstgefährdung¹¹⁷ Js zu verneinen sein. Davon ist die (einverständliche) Fremdgefährdung abzugrenzen,¹¹⁸ wobei entscheidend ist, wer über den Gefährdungsakt Tatherrschaft hat.¹¹⁹ Voraussetzung für eine Selbstgefährdung ist ein maßgebliches (aktives) Mitwirken des Opfers, es muss das Geschehen jedenfalls gleichgewichtig steuernd in den Händen halten. Der Eigenbeitrag muss die Kriterien der Allein- oder Mittäterschaft erfüllen.¹²⁰ Bei der Fremdgefährdung liegt die Tatherrschaft beim Dritten, das Opfer ist allenfalls nach Teilnahmegrundsätzen beteiligt.¹²¹ J half zwar, das Benzin zu verteilen, doch hatte nur T ein Feuerzeug. T entzündete das Benzin, was verdeutlicht, dass einzig T das Geschehen bestimmte, es seinem Willen entsprechend hemmen bzw. fortlaufen lassen konnte. Nur T hatte die Tatherrschaft inne. J war die die Tat fördernde Randfigur. Keine Selbstgefährdung, sondern eine Fremdge-

¹¹¹ Zur parallelen Problematik bei § 315c I StGB (ist eine konkrete Gefährdung tatbeteiligter Mitfahrer möglich?) *Ernst*, DAR 2013, 710 (710 f.); *BGH*, JSE 2013, 537 (539, 540 ff.) (*Ernst*).

¹¹² *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. (2011), § 306a Rdnr. 7

¹¹³ *Heine*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 28. Aufl. (2010), § 306a Rdnr. 21; *Wirsch*, JuS 2006, 400 (402).

¹¹⁴ *Heine*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 28. Aufl. (2010), § 306a Rdnr. 21; vgl. dazu *BGH*, JSE 2013, 380 (387) (*Ernst/Bechtel*).

¹¹⁵ *Radtke*, in: *MünchKomm/StGB*, 2. Aufl. (2006), § 306a Rdnr. 52.

¹¹⁶ *Geppert*, JURA 1998, 597 (602); *Rengier*, BT 2, 14. Aufl. (2013), § 40 Rdnr. 36a, 42.

¹¹⁷ Bei einer Selbstschädigung werden vorsätzlich eigene Rechtsgüter verantwortlich angegriffen, bei einer Selbstgefährdung geschieht dies ohne Vorsatz, *Walter*, in: *LK/StGB*, 12. Aufl. (2007), Vor § 13 Rdnr. 112.

¹¹⁸ Allgemein zu dieser Abgrenzung *Hinderer/Brutscher*, JA 2011, 907 (908 ff.).

¹¹⁹ *Rengier*, AT, 5. Aufl. (2013), § 13 Rdnr. 81; vgl. *Geppert*, JURA 1996, 47 (49).

¹²⁰ *Kindhäuser*, LPK, 5. Aufl. (2013), Vor § 13 Rdnr. 122; *Ernst*, DAR 2013, 710 (711).

¹²¹ *Kindhäuser*, LPK, 5. Aufl. (2013), Vor § 13 Rdnr. 219 m. w. N.

fährdung lag vor. Der objektive Tatbestand ist zu bejahen.

Anmerkung:

Eine Literaturansicht sucht jedoch die Lösung i. R. d. objektiven Zurechenbarkeit unter dem Aspekt des Schutzzwecks der Norm und stellt differenzierend darauf ab, ob die einverständliche Fremdgefährdung unter allen relevanten Aspekten einer freiverantwortlichen Selbstgefährdung gleichsteht.¹²² Eine Gleichstellung sei zu bejahen, wenn „der Schaden die Folge des eingegangenen Risikos und nicht hinzukommender anderer Fehler ist“ und „das Geschehen unter dem Gesichtspunkt der Eigenverantwortlichkeit des Gefährdeten einer Selbstgefährdung gleichsteht“.¹²³ Das erfordert, dass der sich der Gefährdung Aussetzende „zurechnungsfähig“ ist, nicht genötigt wird und das Risiko im gleichen Maße überblickt wie der ihn Gefährdende.¹²⁴ Ist dies der Fall, hat er das Risiko übernommen, der Erfolg kann dem ihn Gefährdenden nicht zugerechnet werden. Dieses Modell stellt i. E. auf das Prinzip der Selbst-/Eigenverantwortung¹²⁵ ab; die Begründungen für die Verneinung des objektiven Tatbestandes variieren. Wollte man dieser Ansicht folgen, stellte sich die Frage, ob J „zurechnungsfähig“ war. Zur Ermittlung dessen ziehen die Anhänger dieser Lehre ganz offensichtlich die sog. Exkulpationsregeln, also auch § 19 StGB, heran.¹²⁶ Danach war J nicht „zurechnungs-

fähig“. Eine Eigenverantwortlichkeit ist nicht gegeben. (Wie sich zeigen wird, stimmt dieses Ergebnis mit dem der anderen Ansichten überein).

2. Subjektiver Tatbestand

T hatte Vorsatz auf die Brandstiftung. Die Gefahr wird nicht als besondere Folge i. S. v. § 18 StGB angesehen,¹²⁷ weswegen bezüglich des Gefährdungsteils Vorsatz erforderlich ist.¹²⁸ T handelte insofern mit *dolus eventualis*: Dass J etwas passieren könnte, war T zwar unerwünscht, doch akzeptierte er es als mögliche Folge seines Tuns. Dieses war ihm also wichtiger, als die Gefahr zu bannen. Damit hat er die Gefahr des Erfolgseintritts erkannt, ernst genommen und sich mit ihr abgefunden,¹²⁹ zur Erreichung des von ihm angestrebten Handlungsziels die (ungewisse) Verwirklichung des Straftatbestandes hingegenommen.¹³⁰ In den Worten der Rspr.: T hat den als möglich vorausgesehenen Erfolgseintritt gebilligt, weil er sich um des erstrebten Zieles willen mit ihm abfand.¹³¹

¹²² Roxin, AT I, 4. Aufl. (2006), § 11 Rdnr. 123 f.

¹²³ Roxin, AT I, 4. Aufl. (2006), § 11 Rdnr. 124; Lasson, ZJS 2009, 359 (366).

¹²⁴ Roxin, AT I, 4. Aufl. (2006), § 11 Rdnr. 124; M. Heinrich, in: HK-GS, 3. Aufl. (2013), Vorbem. § 13 Rdnr. 144.

¹²⁵ So Rönna, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), Vor § 32 Rdnr. 169.

¹²⁶ M. Heinrich, in: HK-GS, 3. Aufl. (2013), Vorbem. § 13 Rdnr. 128.

¹²⁷ Zur Nichtanwendbarkeit von § 18 StGB ausf. Wirsch, JuS 2006, 400 (403).

¹²⁸ Dieser Befund stimmt mit § 306d I StGB, der ausdrücklichen Anordnung der Strafbarkeit einer fahrlässigen Gefährdung, überein, Maurach/Schroeder/Maiwald, BT Teilbd. 2, 10. Aufl. (2012), § 51 Rdnr. 23.

¹²⁹ Zu diesen Anforderungen der wohl h. L. vgl. Wessels/Beulke/Satzger, AT, 43. Aufl. (2013), Rdnr. 225; Kühl, AT, 7. Aufl. (2012), § 5 Rdnr. 85.

¹³⁰ Zu diesen Anforderungen der wohl h. L. vgl. Kühl, AT, 7. Aufl. (2012), § 5 Rdnr. 85; Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), § 29 III 3.

¹³¹ Dazu BGHSt 7, 363 (368 f.); 36, 1 (9).

II. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob die (einverständliche) Fremdgefährdung zu einer rechtfertigenden¹³² Einwilligung Js führt. Das setzt zunächst Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Gefährdeten voraus. Er muss Art und Umfang des Rechtsgutseingriffs überblicken, die dem Rechtsgutseingriff zukommende Bedeutung sowie die Schwere des Eingriffs inklusive Begleit- und Folgerisiken verständlich beurteilen können.¹³³ Als Referenzmaß zur Ermittlung der Einsichtsfähigkeit wird der durchschnittliche Reifegrad von 14-jährigen genannt¹³⁴ bzw. strafrechtlich nicht verantwortlichen Kindern bis 14 Jahren die Einsichtsfähigkeit prinzipiell abgesprochen.¹³⁵ Aufgrund seines Alters ist Js Einsichtsfähigkeit zu verneinen. Eine Einwilligung kommt nicht in Betracht. Die Rechtswidrigkeit ist gegeben.

III. Schuld

T handelte schuldhaft.

IV. Ergebnis

T ist strafbar gem. § 306a II StGB.

Eine mögliche versuchte gefährliche Körperverletzung (§§ 223 I, 2, 224 I Nr. 2 Var. 2, II, 22, 23 I StGB) ist demgegenüber subsidiär.¹³⁶

Endergebnis

U ist strafbar nach §§ 211, 13 I, 27 (28 II) StGB, T nach §§ 211, 13 I – 53 I – 113 I i. V. m. 113 II 2 Nr. 1 Var. 2; 223 I; 52 I – 53 I – 306a II StGB.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

¹³² Die Einwilligung begreift die wohl h. M. als Rechtfertigungsgrund (*Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. (2011), Vor § 32 Rdnr. 10), wohingegen z. T. für einen Ausschluss bereits des objektiven Tatbestandes plädiert wird (*Roxin*, AT I, 4. Aufl. (2006), § 13 Rdnrn. 12 ff. m. w. N.).

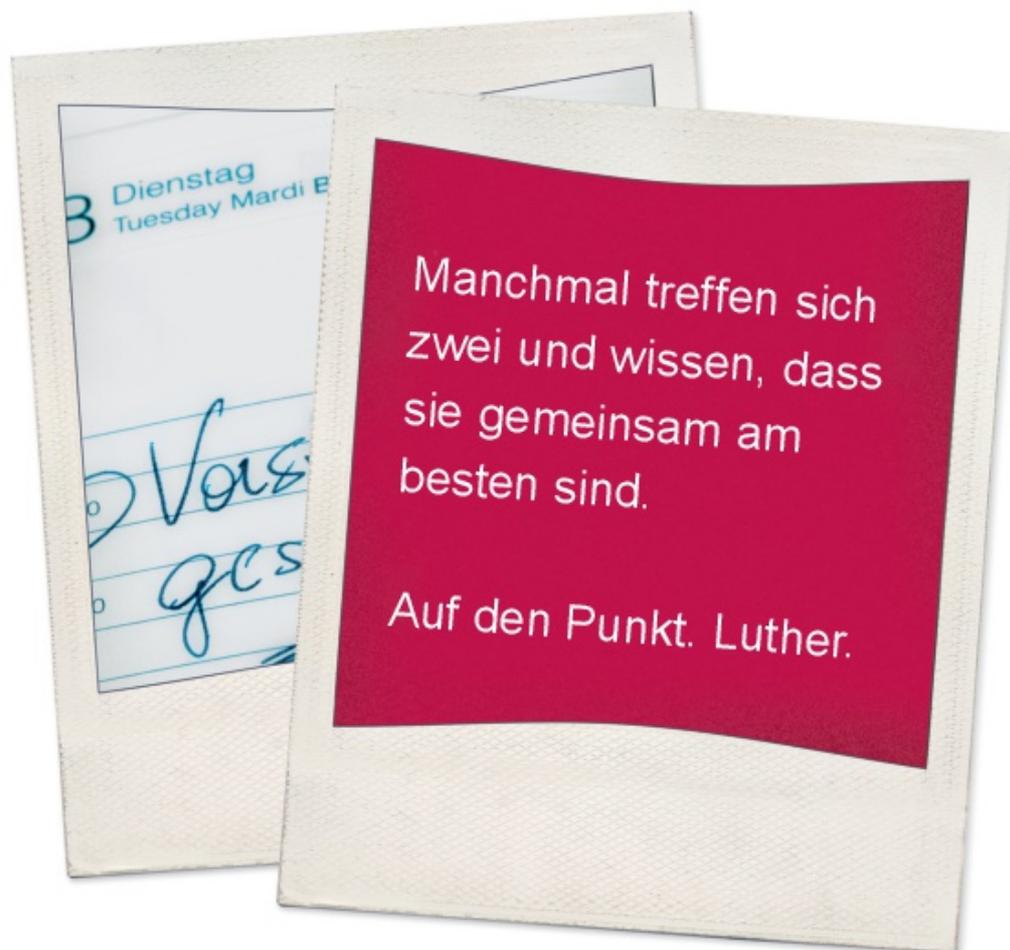
¹³³ *Kindhäuser*, LPK, 5. Aufl. (2013), Vor § 13 Rdnr. 170.

¹³⁴ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl. (2008), Rdnr. 686; *Rönnau*, in: LK/StGB, 12. Aufl. (2007), Vor § 32 Rdnr. 195 je m. w. N.

¹³⁵ *Roxin*, AT I, 4. Aufl. (2006), § 13 Rdnr. 85.

¹³⁶ Vgl. *Radtke*, in: MünchKomm/StGB, 2. Aufl. (2006), § 306a Rdnr. 64, wonach Tateinheit vorliegen könne, wenn ein (vorsätzlich herbeigeführter) Körperverletzungserfolg durch die Brandstiftung eintrat.

Luther.



Wir glauben, dass wir diesen Moment mit Ihnen erleben können. Als Beginn einer dauerhaften Partnerschaft. Sie wollen auf höchstem Niveau arbeiten und wir mit Ihnen wachsen. Sie erwarten, in Ihrer Entwicklung gefördert zu werden und wir, dass Sie Ihre Ausbildung hervorragend abgeschlossen haben. Ihnen ist es wichtig, Arbeit und Privatleben in Einklang zu bringen, und wir setzen auf Ihren Leistungswillen. Wir glauben, das passt zusammen. Überzeugen Sie uns mit Ihrer Bewerbung.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Eva Seeland-Winkmann, Telefon +49 221 9937 25090, karriere@luther-lawfirm.com

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, München, Stuttgart
Brüssel, Budapest, London, Luxemburg, Shanghai, Singapur



Rechtsberatung. Steuerberatung. Luther.



RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Haftung der Gesellschafter einer GbR bei Unterlassungspflichten

Urteil vom 20.06.2013 – I ZR 201/11,
NZG 2013, 1095

1. Besteht eine vertragliche Unterlassungsverpflichtung einer GbR, haften ihre Gesellschafter regelmäßig allein auf das Interesse und nicht persönlich auf Unterlassung, falls die Gesellschaft das Unterlassungsgebot verletzt.
2. Wird eine Unterlassungserklärung für eine GbR abgegeben, nachdem sie vom Gläubiger abgemahnt worden ist, ist es grundsätzlich nicht treuwidrig, wenn sich ihre Gesellschafter darauf berufen, dass für sie keine vertragliche Unterlassungspflicht begründet worden ist.

(amtliche Leitsätze)

Sachverhalt (verkürzt und vereinfacht):

A war Gesellschafter der X-GbR. Diese vertrieb Briefmarkenkataloge und verwendete darin das System der B. Rechtsanwalt R gab im Jahr 1998 namens der X-GbR eine Unterlassungserklärung hinsichtlich der Briefmarkenkataloge mit dem System der B ab. A ist

nun Gesellschafter der Y-GbR, welche ähnliche Briefmarkenkataloge vertrieb. B verklagte nun die Y-GbR auf Unterlassung. Die Klage wurde rechtskräftig abgewiesen. B verklagt nun A auf Unterlassung. Zu Recht?

Hinweis: Es ist davon auszugehen, dass ein gesetzlicher Unterlassungsanspruch nicht besteht.

A. Anspruch des B gegen A auf Unterlassung aufgrund vertraglicher Vereinbarung

I. Vertrag

Eine vertraglich begründete Unterlassungsverpflichtung existiert hier zwar, allerdings wurde sie nicht im Namen des A, sondern im Namen der X-GbR, deren Gesellschafter A damals war, abgegeben.

II. Unterlassungsverpflichtung des A

Fraglich ist daher, ob auch A durch diese Unterlassungserklärung gebunden ist.

Grundsätzlich schuldet nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des BGH ein Gesellschafter in der GbR abhängig von den Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach Akzessorietätsgrundsätzen analog § 128 HGB, da die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mittlerweile als ebenso wie die OHG teilrechtsfähig anerkannt ist.

Fraglich ist jedoch, ob dies auch für Unterlassungserklärungen gilt. Der BGH verneint die Frage:

„Allerdings hat die Unterlassung durch einen Gesellschafter zwangsläufig einen anderen Inhalt als diejenige der Gesellschaft. Eine mit der Gesellschaft deckungsgleiche Verpflichtung der Gesellschafter kann bei Unterlassungspflichten nicht bestehen. Der Gesellschafter persönlich kann daher grundsätzlich nicht unmittelbar für eine strafbewehrte Verpflichtung der Gesellschaft in Anspruch genommen werden, die darauf gerichtet ist, eine Handlung zu unterlassen. Er haftet vielmehr im Regelfall allein auf das Interesse des Gläubigers, falls die Gesellschaft das Unterlassungsgebot verletzt.“

Eine vertragliche Unterlassungsverpflichtung des A aufgrund der Verpflichtung der X-GbR bestand damit nicht.

Auch eine eigene vertragliche Unterlassungsverpflichtung liegt nicht vor.

Möglicherweise ergibt sich jedoch daraus etwas anderes, dass diese Rechtssprechung des BGH zur akzessorischen Haftung erst seit 2001 existiert.

Der BGH verneint aber auch diese Frage:

„Schon bei Unterzeichnung der Erklärung im Jahr 1998 unterschied die Rechtsprechung des BGH zwischen der Verpflichtung der Gesellschaft als Gesamthand und der persönlichen

Haftung ihrer Gesellschafter. Jedenfalls seit Ende 1991 hat der BGH auch angenommen, dass die (Außen-)GbR als Teilnehmer am Rechtsverkehr grundsätzlich jede Rechtsposition einnehmen kann. Um die persönliche Haftung der Gesellschafter zu begründen, war nach damals herrschender Auffassung ein besonderer Verpflichtungsgrund erforderlich. Beim rechtsgeschäftlichen Handeln der Geschäftsführer namens der Gesellschaft wurde dieser häufig in der Mitverpflichtung der Gesellschafter kraft gewillkürter Vertretungsmacht gesehen (so genannte Theorie der Doppelverpflichtung).

Grundsätzlich konnte der Gläubiger danach zwar von allen Gesellschaftern persönlich Erfüllung verlangen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wurde aber insbesondere für Unterlassungsverpflichtungen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts angenommen, die von vornherein nur durch die Gesellschaft erfüllbar sind, weil ihre Erfüllung durch einen Gesellschafter persönlich nicht ohne Änderung des Schuldinhalts möglich ist. Da die personenbezogenen Unterlassungspflichten der Gesellschaft nur von dieser erfüllt werden konnten, hafteten die Gesellschafter auch nach damaliger Auffassung bei Verstößen der Gesellschaft gegen die Unterlassungspflicht nur auf das Gläubigerinteresse. Dementsprechend wurde zwischen dem Tun oder Unterlassen des Gesellschafter und der von der Gesellschaft zu erbringenden Leistung unterschieden, so dass zur persönlichen Verpflichtung

„*... der Gesellschafter ein besonderer Rechtsgrund für erforderlich gehalten wurde.*“

Eine Verpflichtung besteht also auch nicht nach der früheren Rechtsprechung des BGH.

Möglicherweise ist es jedoch treuwidrig (§ 242 BGB), sich auf die nicht bestehende Verpflichtung zu berufen, nachdem die Gesellschaft eine solche Erklärung unterzeichnet hatte.

Auch das ist nach dem BGH jedoch nicht der Fall:

„[15] 3. Auch die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gebieten keine Erstreckung der Unterlassungsverpflichtungserklärung auf den Bekl. persönlich. Ein Rückgriff auf § 242 BGB zur Begründung eigenständiger Hauptleistungspflichten kann von vornherein nur zurückhaltend erwogen werden. Im Streitfall kommt er nicht in Betracht. Dem Kl. waren die Rechtsform der P-GbR und ihre Gesellschafter bekannt. Gleichwohl hat sie nur die GbR abgemahnt und nicht auch ihre Gesellschafter. Dementsprechend ist die Unterlassungserklärung auf die P-GbR beschränkt. Unter diesen Umständen kann es nicht als treuwidrig angesehen werden, wenn sich der Bekl. darauf beruft, dass durch die Unterlassungspflicht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts für ihn persönlich – außerhalb des Handelns für diese Gesellschaft – keine entsprechende vertragliche Unterlassungspflicht begründet worden ist.“

Ein Anspruch des B gegen A auf Unterlassung besteht daher nicht.

Hinweise:

1. Die zugrundeliegende Problematik aus dem gewerblichen Rechtsschutz ist zwar nicht examensrelevant, sehr examensrelevant ist jedoch die Frage des Inhalts der akzessorischen Haftung. In einer Examensklausur könnte diese mit einer Unterlassungsverpflichtung aus dem bürgerlichen Recht kombiniert werden.

2. Im Zusammenhang mit dem Inhalt der akzessorischen Verpflichtung stehen sich in der Wissenschaft zwei Auffassungen gegenüber, nämlich die Erfüllungstheorie (nach der der Gesellschafter ebenso wie die Gesellschaft zur Erfüllung verpflichtet ist) und die Haftungstheorie (nach der der Gesellschafter stets nur auf das Interesse in Anspruch genommen werden kann). Die h. M. geht von der Erfüllungstheorie aus, nach welcher grundsätzlich eine persönliche Verpflichtung besteht, jedoch in manchen Fällen wie etwa der Unterlassung eine Ausnahme zu machen ist. Der BGH schließt sich dieser Auffassung an, ohne auf die Meinungsstreitigkeit näher einzugehen.

(Prof. Dr. Christian F. Majer)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Oberlandesgericht Hamm

Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter – Tierarztuntersuchung

Urteil vom 29.05.2013 – 12 U 17f8/12,
NJW-RR 2013, 1522

Ein zwischen einem Verkäufer und einem Tierarzt vor dem Verkauf geschlossener Vertrag über die Untersuchung eines Pferdes entfaltet keine Schutzwirkung zugunsten des potentiellen Käufers.
(Leitsatz des Bearbeiters)

Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt):

K erwarb von dem gewerbsmäßigen Pferdehändler V am 05.10.2009 den Wallach „T“ zum Preis von EUR 6.300,00. Vor dem Abschluss des Vertrages ließ V den Wallach beim Tierarzt B untersuchen. B stellte keine Anhaltspunkte für erhebliche gesundheitliche Beeinträchtigungen fest. Der zwischen V und B geschlossene Vertrag ist mit den Worten „Vertrag einer Kaufuntersuchung eines Pferdes“ überschrieben und enthält unter anderem folgende Ziffer 11:

„Der Vertrag kommt ausschließlich zwischen den namentlich benannten Parteien zustande. Eine Haftung gegenüber nicht benannten Dritten ist ausgeschlossen.“

K ist der Auffassung, B habe die Untersuchung mangelhaft durchgeführt, da eine spätere Untersuchung ergab, dass der Wallach eine hochgradige Arthrose des Hufgelenks aufweist. Für die Fallbearbeitung ist zu unterstellen, dass tatsächlich eine fehlerhafte Untersuchung durch B vorlag und bei entsprechender Untersuchung der K vom Kauf Abstand genommen hätte.

Hat K gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz?

Falllösung:

A. Anspruch des K gegen B auf Schadensersatz in Höhe von EUR 6.300,00 gem. § 280 I BGB i. V. m. dem Untersuchungsvertrag

Voraussetzung für einen Anspruch gem. § 280 Abs. 1 BGB ist, dass zwischen K und B ein Schuldverhältnis besteht, der B eine Pflicht aus diesem Schuldverhältnis verletzt hat und sich B bezüglich der Pflichtverletzung nicht exkulpieren kann, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

I. Schuldverhältnis zwischen K und B

K und B hatten miteinander keinen Kontakt, ein unmittelbarer Vertragsschluss scheidet

also aus. V hat auch nicht als Vertreter des K gehandelt. Auch wenn aus der Überschrift „Vertrag einer Kaufuntersuchung eines Pferdes“ möglicherweise erkennbar ist, dass ein potentieller Käufer ein Interesse an dem Ergebnis der Untersuchung hat, genügt dies für ein Handeln in fremdem Namen nicht. Allein ein Interesse eines Dritten an dem Ergebnis des Vertragsinhalts begründet noch keine Stellvertretung. Eine Stellvertretung setzt vielmehr voraus, dass der Wille des Vertreters erkennbar wird, nicht im eigenen, sondern im fremden Namen zu handeln. Hier wird nur V namentlich im Vertrag genannt. Dass er im Namen des Käufers handeln wollte, ist nicht ersichtlich. K wurde damit nicht Vertragspartei des Untersuchungsvertrages.

Damit hat K gegen B keinen Anspruch auf Schadensersatz unmittelbar aus dem Untersuchungsvertrag i. V. m. § 280 Abs. 1 BGB.

B. Anspruch des K gegen B auf Schadensersatz in Höhe von EUR 6.300,00 gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 BGB

Es kommt jedoch ein Schuldverhältnis gem. § 311 Abs. 3 BGB in Betracht. Demnach kann ein Schuldverhältnis mit den Pflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB auch mit Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Das gilt insbesondere dann, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertrags-

schluss erheblich beeinflusst, § 311 Abs. 3 S. 2 BGB.

So liegt der Fall hier nicht. § 311 Abs. 3 S. 2 BGB regelt den Fall, dass ein Dritter haften soll, der gerade nicht selbst Vertragspartei wird. Vorliegend soll jedoch die Haftung eines am Vertrag selbst Beteiligten gegenüber einem Dritten begründet werden. Eine Haftung gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 BGB scheidet somit aus.

Ein Anspruch könnte sich dennoch aus § 280 I BGB ergeben, wenn der Untersuchungsvertrag nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte auch Wirkung gegenüber K entfaltet.

C. Anspruch des K gegen B auf Schadensersatz in Höhe von EUR 6.300,00 gem. § 280 I BGB i. V. m. dem Untersuchungsvertrag und den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (§ 328 BGB analog)

Voraussetzung, dass ein Vertrag Schutzwirkung zugunsten Dritter entfaltet, ist, dass der Dritte bestimmungsgemäß mit der geschuldeten Leistung in Berührung kommt und den Gefahren einer Pflichtverletzung ebenso ausgesetzt ist wie der Gläubiger selbst, dass dies für den Schuldner erkennbar ist und der Vertragspartner ein schutzwürdiges Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages hat. Zudem muss der Dritte selbst schutzbedürftig sein.

„Die erstgenannte Voraussetzung ist zwar gegeben. An einer korrekten Ermittlung des Gesundheitszustandes des Pferdes ist in erster Linie der potentielle Käufer interessiert, der sicher gehen will, dass das Tier nicht krank und seinen Preis wert ist. Auch erscheint dem Senat die Erkennbarkeit der Drittbezogenheit seiner Leistung für [B] schon deshalb eindeutig, weil der schriftliche Vertrag mit ‚Vertrag einer Kaufuntersuchung eines Pferdes‘ überschrieben ist und den [V], der von Beruf Pferdehändler ist, als Verkäufer ausweist. Es fehlt jedoch an den beiden letztgenannten Voraussetzungen.

Aus dem Schutzbereich des Vertrages des [V] mit [B] ist die in diesem Vertrag nicht namentlich erwähnte [K] vereinbarungsgemäß ausgeklammert worden. Nach den in den Vertrag einbezogenen AGB des [B] ist dessen Haftung gegenüber im Vertrag namentlich nicht aufgeführten Dritten ausdrücklich ausgeschlossen.“

Hierbei ist zunächst fraglich, ob der zwischen V und B vereinbarte Haftungsausschluss überhaupt Wirkung gegenüber K entfalten kann. Grundsätzlich steht dem das Prinzip der Relativität der Schuldverhältnisse entgegen. Es ist jedoch anerkannt, dass Haftungsfreizeichnungen grundsätzlich auch gegenüber einem in den Schutzbereich einbezogenen Dritten Wirkung entfalten, § 334 BGB analog. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der in den Schutzbereich des Vertrags einbezogene Dritte keinen stärkeren

Schutz genießen soll als der eigentliche Vertragspartner.

Ziffer 11 des Untersuchungsvertrages könnte jedoch gegen § 307 Abs. 1 BGB verstoßen. Voraussetzung hierfür ist, dass sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligt.

„Eine solche Haftungsbegrenzung ist rechtlich unbedenklich. Ob und welche Dritte sie in den Schutzbereich des von ihnen geschlossenen Vertrages einbeziehen, unterliegt im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich der freien Disposition der Vertragsschließenden. AGB-rechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit einer entsprechenden Vereinbarung ergeben sich nicht. Durch die Regelung wird nicht die Kardinalpflicht zur Erstellung eines inhaltlich richtigen Gutachtens als solche aufgehoben oder inhaltlich eingeschränkt, sondern lediglich der Kreis derjenigen Personen begrenzt, denen gegenüber gehaftet werden soll. Daran, dass die Haftung gegenüber Dritten auf die im Vertrag ausdrücklich benannten Personen beschränkt wird, hat der [B] ein schutzwürdiges Interesse. Ohne diese Begrenzung ist er der Gefahr der Inanspruchnahme gegenüber einem nicht überschaubaren Personenkreis ausgesetzt. So ist denkbar, dass das Pferd nach einer Rückabwicklung des ersten Kaufvertrages erneut unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Ankaufsuntersuchung des [B] veräußert wird und deshalb mehrere Erwerber Schadensersatzansprüche gegen den [B] geltend machen. Auch kann sich die

Konstellation ergeben, dass mehrere Dritte den [B] dafür verantwortlich machen, dass sie wegen eines fehlerhaft negativen Untersuchungsbefundes von einem für sie günstigen Kauf Abstand genommen haben.“

Im Übrigen fehlt es auch an einer Schutzwürdigkeit des K. An einer Schutzwürdigkeit fehlt es, wenn der Dritte eigene, gleichwertige, vertragliche Ansprüche hat.

„Zu verneinen ist auch die Schutzbedürftigkeit [des K]. Diese entfällt regelmäßig, wenn dem Dritten eigene vertragliche Ansprüche zustehen, die denselben oder zumindest einen gleichwertigen Inhalt haben, wie diejenigen Ansprüche, die ihm bei einer Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrages zuzubilligen wären. Unter diesem Gesichtspunkt hat das OLG Celle (RdL 2010, 262–263) die Verpflichtung des Dritten angenommen, vorrangig den Verkäufer nach § 437 BGB in Anspruch zu nehmen (im Ergebnis ebenso LG Verden RdL 2008, 153–154). Dem folgt der erkennende Senat.“

Dem K hätten bei rechtzeitiger Geltendmachung gegen V Gewährleistungsansprüche zugestanden. Diese sind ebenso vertraglicher Natur und damit gleichwertig. Dass diese verjährt sind, ändert an der Gleichwertigkeit nichts.

Die Voraussetzungen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter liegen nicht vor. Damit steht dem K auch kein Anspruch gem. § 280 Abs. 1 BGB gegen B zu.

D. Ergebnis

K hat keine Ansprüche gegen B.

Hinweise:

Die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sind absolutes Basiswissen für das Examen und werden auch regelmäßig abgeprüft. Die Voraussetzungen – Leistungsnähe, Gläubignähe, Erkennbarkeit, Schutzbedürftigkeit – sollten im Schlaf beherrscht werden.

Die vorliegende Entscheidung hat die Besonderheit, dass zusätzlich mittels AGB versucht wurde, die Wirkung zugunsten Dritter auszuschließen. Nach Auffassung des OLG Hamm ist ein solcher Ausschluss AGB-rechtlich zulässig. Das überzeugt im Ergebnis, da es für die Unwirksamkeit gemäß § 307 BGB auf die unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners und nicht eines Dritten ankommt. Davon unabhängig stellt sich aber noch die Frage, ob ein solcher Ausschluss überhaupt zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden kann, oder ob dies nicht eine unzulässige Regelung zulasten Dritter darstellt (dazu ausführlich FEVERS, ZJS 2014, 91 ff.). Im Ergebnis wird man eine solche Regelung nicht als unzulässige Regelung zulasten Dritter ansehen können, da dem Dritten keine Rechtsposition genommen wird, sondern lediglich eine zusätzliche Einbeziehung in den Schutzbereich eines Vertrags verwehrt wird. Diese Frage obliegt aber grundsätzlich den Vertragsparteien.

Inzwischen hat der 21. Zivilsenat des OLG Hamm eine (scheinbar) entgegengesetzte Entscheidung getroffen (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 05.09.2013, Az. 21 U 143/12). Der 21. Zivilsenat ist davon ausgegangen, dass der Vertrag über eine Ankaufsuntersuchung zwischen Verkäufer und einem Tierarzt Schutzwirkung für den potentiellen Käufer entfaltet. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Entscheidung des 21. Zivilsenats eine andere AGB-Klausel zum Gegenstand hatte, die zum einen vorsah, dass der Verkäufer ausdrücklich berechtigt ist, dem potentiellen Käufer das Untersuchungsergebnis vorzulegen. Zum anderen war dort die Haftung insgesamt auf „grobes Verschulden“ beschränkt, was zur Nichtigkeit der gesamten Klausel führte.

Das OLG Karlsruhe (Urteil vom 14.08.2013, Az. 7 U 63/13) hat sich der hier besprochenen Entscheidung des 12. Zivilsenats des OLG Hamm zu Recht angeschlossen. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist eine Hilfskonstruktion, die nur in Ausnahmefällen zur Anwendung kommen darf, will man das Prinzip der Relativität der Schuldverhältnisse nicht mit Füßen treten. Der Käufer hat eigene vertragliche Ansprüche gegen den Verkäufer, die eigenen Regeln folgen (kürzere Verjährungsfrist gem. § 438 BGB). Das kaufrechtliche Normsystem würde umgangen, wenn man dem Käufer darüber hinaus Ansprüche gegen den Tierarzt zubilligen würde, mit dem er gerade keinen Vertrag geschlossen hat. Zudem gilt im deutschen Zivilrecht das Prinzip, dass es – außerhalb von § 823

Abs. 2 und § 826 – keine Haftung für primäre Vermögensschäden gegenüber Personen gibt, mit denen man in keiner rechtsgeschäftlichen Beziehung steht. Diese Entscheidung des Gesetzgebers gebietet es, den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter restriktiv zu handhaben. Es ist deshalb überzeugend, mit der hier besprochenen Entscheidung und dem OLG Karlsruhe die Schutzbedürftigkeit zu verneinen und einen Anspruch nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter abzulehnen.

(Dr. Julius Forschner)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Oberlandesgericht München

Besitzmittlungsverhältnis in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Urteil vom 04.07.2013 – 23 U 3950/12,
NJW 2013, 3525

**Die nichteheliche Lebensgemeinschaft
begründet kein gesetzliches Besitzmitt-
lungsverhältnis.** (Leitsatz des Bearbeiters)

**Sachverhalt (vereinfacht und leicht abge-
wandelt):**

K und B leben seit einigen Jahren in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Haus des B. Am 05.07.2006 erwarb B einen Pkw Daimler-Benz 280 SE Coupé. Am 14.07.2006 – dem Geburtstag der K – übergab der B der K einen von zwei Schlüsseln mit den Worten: „Ich schenke dir das Fahrzeug“.

In der Folgezeit wurde der Pkw von K und B gleichermaßen benutzt. Er war dabei dauerhaft in der Garage des B untergestellt. Nach der Trennung von K und B Anfang 2013 zog die K bei B aus. Das Fahrzeug befindet sich immer noch in der Garage des B.

Welche Ansprüche hat K?

Falllösung:

A. Anspruch der K gegen B auf Herausgabe des Fahrzeugs gem. § 985 BGB

Voraussetzung für einen Anspruch gem. § 985 BGB ist, dass K Eigentümerin und B unberechtigter Besitzer des Fahrzeugs ist.

I. Eigentum der K

Zweifelhaft ist zunächst, ob K Eigentümerin des Fahrzeugs ist. Ursprünglich hat B am 05.07.2006 Eigentum erworben. Er könnte das Eigentum jedoch durch Übereignung an K gem. § 929 S. 1 BGB verloren haben.

1. Übereignung B an K gem. § 929 S. 1 BGB

Voraussetzung für eine Übereignung gem. § 929 S. 1 BGB ist, dass sich beide Seiten einig sind, dass das Eigentum übergehen soll und eine Übergabe stattgefunden hat. In den Worten „Ich schenke dir das Fahrzeug“ ist zwar grundsätzlich nur die schuldrechtlich relevante Erklärung zu sehen, dass ein Schenkungsvertrag abgeschlossen wird. Eine Auslegung ergibt hier jedoch, dass in diesem Akt auch eine (konkludente) Einigung zu sehen ist, dass das Eigentum übergehen soll. Juristische Laien unterscheiden in ihren Erklärungen nicht zwischen Kausalgeschäft und Übereignung. Es könnte jedoch an einer Übergabe fehlen.

„Eine Übereignung nach § 929 BGB setzt aber weiter voraus, dass der Veräußerer jeglichen Besitz aufgibt [...].“

Daran fehlt es vorliegend. Der B hat noch einen weiteren Schlüssel behalten und das Fahrzeug gleichermaßen benutzt. Er war also weiterhin Mitbesitzer des Fahrzeugs und hat nicht – wie für § 929 S. 1 BGB erforderlich – jegliche eigene Besitzposition aufgeben.

2. Übereignung B an K gem. §§ 929 S. 1, 930 BGB

Es könnte jedoch eine Übereignung nach §§ 929 S. 1, 930 BGB stattgefunden haben. Das setzt voraus, dass neben der Einigung (s. o.) ein Rechtsverhältnis vereinbart wurde, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt (Besitzkonstitut).

a) Besitzkonstitut zwischen K und B

Fraglich ist jedoch, ob zwischen K und B ein solches Besitzkonstitut vereinbart wurde.

„[...] Eine Übereignung nach § 929, § 930 BGB setzt voraus, dass zwischen den Parteien ein konkretes Besitzmittlungsverhältnis i. S. des § 868 BGB bestand oder begründet wurde, kraft dessen der Veräußerer seinen Mitbesitz künftig für den Erwerber ausübt. Ein derartiges Besitzmittlungsverhältnis kann auch durch schlüssiges Verhalten oder etwa durch eine Sicherungsabrede begründet werden [...]. Besteht bereits ein gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis zwischen Veräußerer und Er-

werber und entspricht es dem Willen der Beteiligten, dieses Verhältnis auf die übereignete Sache zu erstrecken, so bedarf es nicht der Vereinbarung eines besonderen Besitzmittlungsverhältnisses [...]. Dies gilt im Hinblick auf § 1353 BGB für die eheliche Lebensgemeinschaft und im Hinblick auf § 1626 Abs. 1 BGB auch für die sorgeberechtigten Eltern im Verhältnis zu ihrem Kind [...].“

Es ist jedoch zweifelhaft, ob sich das aus der Ehe ergebende gesetzliche Besitzmittlungsverhältnis auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft übertragen lässt.

„Ein gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis lag hier nicht vor. Die Parteien waren nicht verheiratet. Sie lebten [...] in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Eine nichteheliche Lebensgemeinschaft begründet indessen kein gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis i. S. des § 930 BGB. Zwar können sich nach Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft wegen wesentlicher Beiträge eines Partners, mit denen ein Vermögenswert von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung geschaffen wurde, unter Umständen Ausgleichsansprüche nach Gesellschaftsrecht, nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage oder aus Bereicherungsrecht wegen Zweckverfehlung ergeben. Dies kommt allerdings nur in Betracht, soweit es sich nicht um Leistungen handelte, die der Ermöglichung des täglichen Zusammenlebens dienen [...]. Eine der Ehe vergleichbare, umfassende Rechtsgemeinschaft mit detailliert geregelten wechselseiti-

gen Rechten und Pflichten auch bezüglich des Vermögens des anderen ist die nichteheliche Lebensgemeinschaft aber gerade nicht [...]. Insbesondere findet § 1353 Abs. 1 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft keine Anwendung. Aus dem Gebot der ehelichen Lebensgemeinschaft in § 1353 Abs. 1 BGB ergibt sich die Pflicht der Ehegatten, sich gegenseitig die Benutzung der ehelichen Wohnung und des Hausrats zu gestatten, auch wenn ein Ehegatte Alleineigentümer dieser Sachen ist. Aus der Besitzberechtigung folgt, dass der mitbesitzende Nichteigentümer dem Eigentümer den Besitz mittelt [...]. Eine vergleichbare Regelung findet sich für die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht. Auch aus etwaigen Ausgleichsansprüchen, die sich bei Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ergeben können, lässt sich nicht der Schluss ziehen, die nichtehelichen Lebensgefährten seien einander zur Gewährung von Mitbesitz an einer Wohnung oder an Hausratsgegenständen kraft Gesetzes verpflichtet [...]. Mithin genügt eine nichteheliche Lebensgemeinschaft anders als die Ehe nicht als gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis [...].“

Es könnte jedoch ein vertragliches Schuldverhältnis zwischen K und B vorliegen, vermöge dessen der B der K den Besitz mittelt. In Betracht kommt vorliegend ein Leihvertrag im Sinne des § 598 BGB.

„Allein die Übergabe des Schlüssels mit der Erklärung, der [K] den Wagen zu schenken, und die spätere Benutzung des Wagens durch

den [B] im Einverständnis mit der Klägerin genügen für sich genommen nicht als konkludente Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses. Würde man dies genügen lassen, wäre die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses in Form der Leihe letztlich identisch mit der Einigung über den Eigentumsübergang. Damit wäre im Ergebnis die Einigung über den Eigentumsübergang allein für die Übereignung des Wagens ausreichend, obwohl der [B] weiterhin Mitbesitz hat. Dies widerspricht der gesetzlichen Regelung in § 929, § 930 BGB. Zudem lässt sich allein der Übergabe eines Schlüssels nicht hinreichend klar entnehmen, dass der [B] den Willen hatte, seinen Mitbesitz künftig als Fremdbesitzer für die [K] auszuüben und den Wagen unter den Voraussetzungen des § 604 BGB an die [K] herauszugeben.“

b) Zwischenergebnis

Damit liegt kein Besitzmittlungsverhältnis zwischen B und K vor.

II. Ergebnis

Die Voraussetzungen einer Übereignung §§ 929 S. 1, 930 sind nicht erfüllt. B ist weiterhin Eigentümer des Fahrzeugs.

B. Anspruch der K gegen B auf Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs gem. § 516 BGB

Voraussetzung für einen Anspruch auf Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs gem.

§ 516 BGB ist, dass zwischen K und B ein wirksamer Schenkungsvertrag geschlossen wurde. Dieser setzt neben zwei – hier unproblematisch vorliegenden – korrespondierenden Willenserklärung gem. § 518 BGB auch die notarielle Form voraus.

„Ein Anspruch auf Übergabe (und Übereignung) des Fahrzeugs aus einem Schenkungsversprechen nach § 516 BGB besteht nicht. Die nach § 518 BGB notwendige notarielle Form wurde nicht gewahrt, so dass ein etwaiges Schenkungsversprechen unwirksam ist, § 125 BGB. Der Formmangel wurde auch nicht nach § 518 Abs. 2 BGB geheilt, da es, wie ausgeführt, gerade an einer wirksamen Übereignung fehlt.“

Damit besteht kein Anspruch der K gegen B auf Übereignung des Fahrzeugs gem. § 516 BGB.

C. Anspruch der K gegen B auf Herausgabe des Fahrzeugs gem. § 861 Abs. 1 BGB

Voraussetzung eines Anspruchs gem. § 861 Abs. 1 BGB ist, dass der B verbotene Eigenmacht begangen hat und gegenüber K fehlerhaft besitzt. Es fehlt hier jedoch schon an der verbotenen Eigenmacht des B.

„Unstreitig ist die Klägerin ausgezogen und hat dabei das Fahrzeug in der vom Beklagten angemieteten Garage und den Fahrzeugschlüssel in der – ehemals – gemeinsamen Wohnung zurückgelassen. Ein Fall von verbo-

tener Eigenmacht des Beklagten i. S. des § 858 BGB liegt mithin nicht vor.“

Damit besteht auch kein Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugs gem. § 861 Abs. 1 BGB.

D. Ergebnis

Die K hat keine Ansprüche gegen B auf Herausgabe und/oder Übereignung des Fahrzeugs.

Hinweise:

Auseinandersetzungsansprüche bezüglich einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sind beliebter Stoff von Examensklausuren. Das liegt daran, dass sich hier mangels spezialgesetzlicher – und in der Regel auch rechtsgeschäftlicher – Regelungen die allgemeinen gesetzlichen Anspruchsgrundlagen in ihrer Gesamtheit abprüfen lassen. Dazu zählen insbesondere Ansprüche aus einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Geschäftsführung ohne Auftrag, wegen Wegfall der Geschäftsgrundlage oder aus Bereicherungsrecht. Dieser Fall eignet sich auf Grund seiner Kürze sicher nicht allein als Vorlage für eine fünfständige Klausur. Er kann aber sehr wohl verwendet werden, um in eine Klausur eine zusätzliche Hürde einzubauen.

Die Prüfungsreihenfolge der Ansprüche orientiert sich hier an der Entscheidung des OLG München und weicht von der üblich gepredigten Prüfungsreihenfolge „Vertrag –

Vertrauen – Gesetz“ ab. Das scheint vorliegend aber auch für die Klausur sinnvoll. Beginnt man in einer solchen Konstellation mit einem Anspruch gem. § 516 BGB, muss man im Rahmen der Heilung gem. § 518 Abs. 2 BGB inzident die Voraussetzungen der Übereignung prüfen. Ob das in der Hektik einer Examensklausur sauber gelingen kann, ist äußerst fraglich. Die Prüfungsreihenfolge kann so nicht als falsch bewertet werden. Ein logischer Vorrang der Prüfung vertraglicher Ansprüche ergibt sich nur dann, wenn Verträge ernsthaft in Betracht kommen könnten, die dem Besitzer gegenüber dem Eigentümer ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB einräumen.

Als weitere Anspruchsgrundlagen kommen noch §§ 1007 Abs. 1, 1007 Abs. 2 und 823 Abs. 1 BGB in Betracht. Diese lassen in der Examensklausur in aller Kürze abhandeln. Ein Anspruch aus § 1007 Abs. 1 BGB scheidet deshalb, weil B gegenüber K aus seinem Eigentum ein Recht zum Besitz hat. Für einen Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB fehlt es schon am Abhandenkommen der Sache. Für einen Anspruch auf Herausgabe gem. § 823 Abs. 1 BGB fehlt es an einer Rechtsgutsverletzung, da ja B gerade Eigentümer geblieben ist.

Ob die Entscheidung in der Sache richtig ist, darf bezweifelt werden. Bei einer Schenkung unter Laien, die mit den Worten „Ich schenke dir das Fahrzeug“ vorgenommen wird, dürfte davon auszugehen sein, dass der Emp-

fänger dies aus Laiensicht als sofortigen Vollzug der Schenkung bewertet. Dass juristischen Laien die genaue rechtliche Einordnung als Kausal- und Vollzugsgeschäft nicht bewusst ist, spielt ebenso wenig eine Rolle, wie dass ihnen das Bewusstsein fehlt, dass sie für die Übereignung ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbaren müssen.

Die Annahme von einer ausdrücklichen Schenkungsvereinbarung und einer gleichzeitig konkludenten Willenserklärung zum Abschluss eines Leihvertrags zu Gunsten des B mit der Folge eines Besitzmittlungsverhältnisses und einer Übereignung an K dürfte in der Klausur jedenfalls absolut vertretbar sein. In solchen Konstellationen ist wichtig, dass der Klausurbearbeiter dem Korrektor (am besten mehrfach!) deutlich macht, dass ihm die Differenzierung zwischen Kausalgeschäft und Übereignung bewusst ist und dass er verschiedene Willenserklärungen (Schenkungsvertrag, Einigung, Leihvertrag) prüft. Sonst sind einige Korrektoren schnell dabei, dem Bearbeiter einen Verstoß gegen das Abstraktionsprinzip vorzuwerfen, der mit (deutlichem) Punktabzug bestraft wird.

(Dr. Julius Forschner)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Bundesarbeitsgericht

Berufsfußball – vorzeitige Beendigung eines befristeten Vertrags- verhältnisses – Zahlung einer vereinbarten Ablöse durch den Spieler

Urteil vom 25.04.2013 – 8 AZR 453/12,
NZA 2013, 1206

1. Eine in einem Vergleich vereinbarte Entschädigung für die vorzeitige Aufhebung des Vertrages eines Berufsfußballers stellt die Gegenleistung für die vorzeitige Vertragsaufhebung dar, nicht aber ohne Weiteres einen unzulässigen Ausgleich für entstandene Ausbildungskosten. Es handelt sich dabei nicht um den Fall, dass die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit dadurch verletzt wird, dass in abstrakten Verbandsreglements die Zahlung einer Transferentschädigung vorgesehen ist, die ein Spieler auch nach Auslaufen seines Vertrages bei dem ausbildenden Verein zahlen muss, wenn er sich einen neuen Arbeitgeber suchen will.

2. Auch ohne Kündigungsmöglichkeit verstößt eine maximal fünfjährige Ver-

tragsbindung nicht gegen die guten Sitten i. S. v. § 138 BGB.

3. Wird ein Vergleich abgeschlossen, um die bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben zu beseitigen, so lässt dies vermuten, dass die vereinbarte Regelung die gegenseitigen Interessen ausgewogen berücksichtigt hat. Die Parteien tragen in so einem Fall regelmäßig jeweils selbst das Risiko der Angemessenheit der vergleichsweise versprochenen Leistung.

4. Bei Abschluss eines Abfindungsvergleichs nehmen die Parteien typischerweise in Kauf, dass der Wert ihrer jeweils versprochenen Gegenleistung nicht deren tatsächlichem und objektivem Wert entspricht. Die Höhe der Abfindung ist letztlich stets eine gegriffene Größe. Der Grundsatz der Vertragstreue gebietet es in diesen Fällen, dass sich die Parteien trotz eines möglicherweise „schlechten Geschäfts“ an der Vereinbarung festhalten lassen müssen. Ist der Wortlaut bei einem Abfindungsvergleich eindeutig, so kommt grundsätzlich weder eine Nachforderung noch eine spätere Rückforderung der Leistung in Betracht.

(Orientierungssätze des Gerichts)

Sachverhalt:

Der am 23.01.1991 geborene K trat am 01.07.2005 dem Verein H bei, um dort seine Laufbahn als Fußballspieler zu beginnen. Am 12.03.2006 schlossen K und H unter Mitwirkung der Eltern des K einen Vertragsspielervertrag, in dem sich K verpflichtete, für H den Fußballsport als Nichtamateur ohne Lizenz i. S. d. §§ 22 bis 27 der DFB-Spielordnung auszuüben. Der Vertrag wurde befristet für die Zeit vom 01.07.2006 bis zum 30.06.2010 ohne ordentliche Kündigungsmöglichkeit geschlossen. Darüber hinaus wurde H eine Verlängerungsoption bis zum 30.06.2011 eingeräumt. Die monatliche Vergütung des K betrug anfangs EUR 150,00, ab dem 01.07.2008 bis zum 30.06.2010 EUR 250,00. K wohnte in einem Internat in R und wurde dort schulisch unterrichtet. Dafür waren monatliche Schulkosten in Höhe von EUR 170,00 zu zahlen. Neben dem Schulbesuch absolvierte er ein Trainings- und Ausbildungsprogramm und wurde von H in der Juniorenbundesliga eingesetzt. Er wurde zweimal in die deutsche Jugendnationalmannschaft berufen.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 26.06.2008 kündigte K den Vertragsspielervertrag mit sofortiger Wirkung und erklärte gleichzeitig dessen Anfechtung. Zur Begründung der Kündigung gab er an, dem psychischen Druck nicht länger gewachsen zu sein, der sich aus dem Internatsaufenthalt einerseits, der finanziellen Situation seiner Eltern andererseits

sowie aus der Bewertung seiner Leistung in ständiger Gegenüberstellung zu dem Mitspieler A ergebe. H wies mit Schreiben vom 03.07.2008 sowohl die fristlose Kündigung als auch die Anfechtung zurück, eine psychische Drucksituation bestehe nicht. Eine Freigabe werde der Verein nicht oder nur gegen Zahlung einer Transferentschädigung erteilen. Die nachfolgenden Verhandlungen führten unter Einbeziehung der Eltern des K und mit anwaltlicher Beratung beider Seiten am 18.08.2008 zum Abschluss einer formell ordnungsgemäßen Aufhebungsvereinbarung. In dieser heißt es u. a.:

Präambel

Die Parteien verbindet ein Spielervertrag vom 12.03.2006, mit dem sich der Spieler verpflichtete, bis zum 30.06.2010 als Vertragsspieler den Fußballsport für H auszuüben. Der Spieler hat mit Schreiben vom 26.06.2008 die Kündigung aus wichtigem Grund ausgesprochen sowie die Anfechtung des Vertrages erklärt. H vertritt die Auffassung, ein Kündigungs- und/oder Anfechtungsgrund liege nicht vor. Er hält an der Erfüllung des Vertrages fest. Der Spieler wünscht nach wie vor, den Spielervertrag vom 12.03.2006 aufzuheben, um zu einem anderen Verein wechseln zu können.

§ 1 Gegenstand des Vertrages

Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Kündigung des Spielers vom 26.06.2008 keinerlei Wirkung entfaltet und ebenfalls ein Anfechtungsgrund nicht vorliegt. Die Parteien sind folglich darüber einig, dass das Vertragsverhältnis durch den Spieler nicht beendet wurde. Die Parteien sind sich nunmehr jedoch einig, dass das zwischen ihnen bestehende Vertragsverhältnis am 19.08.2008 enden wird.

§ 2 Entschädigung

1. Der Spieler verpflichtet sich, für die vorzeitige Beendigung des Vertragsverhältnisses eine Ent-

schädigung in Höhe von EUR 40.000,00 (vierzigtausend) an H zu zahlen. (...)

2. Der Spieler verpflichtet sich ferner, an H einen weiteren Betrag in Höhe von EUR 20.000,00 zu zahlen, für den Fall, dass der Spieler bis zum 30.06.2011 den Status eines Lizenzspielers/Profis – unabhängig von Verein, Liga oder Verband – erwirbt. (...)

3. Unabhängig von der Entschädigungszahlung des Spielers gemäß der Ziffern 1. und 2. sind vom Drittverein die Ausbildungsentschädigung und der Solidaritätsbeitrag zu zahlen.

§ 3 Mitwirkungshandlungen/Freigabe

H wird nach Zahlungseingang gemäß § 2 Ziff. 1 sämtliche erforderlichen Mitwirkungshandlungen vornehmen, so dass der Spieler auch zu einem anderen Verein wechseln kann.

Nachdem K daraufhin die Entschädigungssumme in Höhe von EUR 40.000,00 an H gezahlt hatte (Gutschrift auf dem Girokonto von H) und zum Verein V gewechselt war, bei dem er ebenfalls als Vertragsspieler eingesetzt wurde, verlangte K von H am 20.05.2010 die Rückzahlung der Entschädigung in Höhe von EUR 40.000,00.

K vertritt die Auffassung, die im Aufhebungsvertrag vom 18.08.2008 eingegangene Entschädigungsverpflichtung sei nach § 138 BGB unwirksam. Einen Vereinswechsel von der Zahlung einer Transferentschädigung abhängig zu machen, stelle einen Eingriff in seine Berufsausübungsfreiheit, Art. 12 GG, dar. Es verstoße auch gegen die guten Sitten, dass sich ein Arbeitnehmer „freikaufen“ müsse. Zudem gebe es nach der DFB-Spielordnung keine Grundlage mehr für eine Ausbil-

dungsentschädigung. Die Aufhebungsvereinbarung sei weiter deshalb nichtig, weil Leistung und Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis zueinander stünden. Zudem besäßen jugendliche Berufsspieler wegen der unsicheren Entwicklung während der Ausbildung keinen wirtschaftlich bestimmbaren „Marktwert“, jedenfalls hätte ein solcher im Falle des K höchstens EUR 10.000,00 betragen. Die vergleichsweise am 18.08.2008 gefundene Regelung zwischen den Parteien hält K ferner auch nach § 779 BGB für unwirksam, da bei Vergleichsabschluss die Parteien unzutreffenderweise den Vertragsspielervertrag für wirksam gehalten hätten. Tatsächlich habe der Vertragsspielervertrag jedoch einer familiengerichtlichen Genehmigung bedurft, außerdem habe er gegen § 5 JArbSchG verstoßen.

H vertritt die Auffassung, die am 18.08.2008 vereinbarte Entschädigung sei nicht sittenwidrig. Sie stelle keine Ausbildungsentschädigung, sondern eine Ablöse dar, wie sie im Fußball üblich sei und die sich nach Leistung, Vertragsdauer und dem Alter des Spielers richte. K habe selbst und aus eigener Initiative entschieden, sich „freikaufen“ zu wollen, um zu einem neuen Verein wechseln zu können. Die Ablösesumme sei auch nicht unangemessen. Im Zeitpunkt der Auflösungsvereinbarung habe K zu den besten Spielern seines Jahrgangs gehört, er sei schon zweimal Jugendnationalspieler gewesen. Sein Marktwert habe damals EUR 50.000,00 bis EUR 100.000,00 betragen. Die Aufhebungs-

vereinbarung, das gehe aus ihr selbst hervor, habe schließlich auch den zwischen K und H bestehenden Streit über die Wirksamkeit des Spielervertrages beenden sollen, was gerade keine unstreitige Grundlage der vergleichsweise gefundenen Regelung gewesen sei.

Hat K gegen H einen Anspruch auf Rückzahlung der Entschädigung in Höhe von EUR 40.000,00?

Rückzahlungsanspruch des K gegen H

K könnte gegen H einen Anspruch auf Rückzahlung der Entschädigung in Höhe von EUR 40.000,00 gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB haben. Hierzu müsste H durch eine Leistung des K etwas ohne rechtlichen Grund erlangt haben.

I. Etwas erlangt

Zunächst müsste H im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB „etwas erlangt“ haben. Dies setzt auf Seiten des H einen Vorteil voraus, der sein wirtschaftliches Vermögen vermehrt hat. Erlangt ist etwas, wenn es sich auf Grundlage des Bereicherungsvorgangs im Vermögen des Bereicherten konkret manifestiert hat und dadurch eine Verbesserung der Vermögenslage des Bereicherten eingetreten ist. H hat eine Gutschrift auf dem Girokonto in Höhe von EUR 40.000,00 und somit „etwas“ im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB erlangt.

II. Durch die Leistung des K

Weiterhin müsste H die Gutschrift auf dem Girokonto durch eine Leistung des K erlangt haben. Unter einer „Leistung“ im Sinne des Bereicherungsrechts ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens zu verstehen. H hat die Gutschrift auf dem Girokonto in Höhe von EUR 40.000,00 durch eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung seines Vermögens durch K erhalten. Leistungszweck war die Erfüllung einer (vermeintlichen) Verbindlichkeit aus der Aufhebungsvereinbarung vom 18.08.2008.

III. Ohne rechtlichen Grund

Schließlich müsste die Leistung des K ohne rechtlichen Grund erfolgt sein. Dies wäre dann der Fall, wenn H die Gutschrift auf dem Girokonto in Höhe von EUR 40.000,00 nach der der Leistung des K zugrunde liegenden Rechtsbeziehung nicht zustehen würde, die Leistung also auf eine in Wahrheit nicht bestehende Schuld erbracht worden wäre. Die Leistung des K wäre dann auf eine nicht bestehende Schuld erbracht worden, wenn die zwischen K und H am 18.08.2008 formell ordnungsgemäß abgeschlossene Aufhebungsvereinbarung unwirksam wäre.

1. Unwirksamkeit gemäß §§ 307 ff. BGB

Die zwischen K und H am 18.08.2008 geschlossene Aufhebungsvereinbarung könnte nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 307 ff. BGB unwirk-

sam sein. Voraussetzung hierfür wäre allerdings, dass überhaupt Allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB „alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt“. Das Bundesarbeitsgericht führt hierzu wie folgt aus:

„Die Auflösungsvereinbarung ist nicht nach dem Recht Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu überprüfen. Weder hat das Landesarbeitsgericht festgestellt noch hat eine der Parteien behauptet, bei dem Aufhebungsvertrag oder Teilen davon handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Es ist auch nicht vorgetragen worden, dass es sich bei der Entschädigungszahlung um eine Vertragsklausel handele, die der Verwender für eine Vielzahl von Verträgen, mindestens dreimal, vorformuliert hat (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Initiative zur Vertragsauflösung ging vom Kläger aus; dass der Prozessbevollmächtigte des Beklagten die Auflösungsvereinbarung entworfen hat, entsprach einem Wunsch des damaligen Bevollmächtigten des Klägers. Es handelt sich um eine Individualabrede. Abgesehen davon stellt bei einem Aufhebungsvertrag eine Abfindung die Hauptleistung dar, weswegen keine Kontrolle nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB stattfände.“

Die Aufhebungsvereinbarung ist somit nicht nach dem Recht der Allgemeinen Geschäfts-

bedingungen gemäß §§ 307 ff. BGB unwirksam.

2. Unwirksamkeit gemäß § 138 Abs. 2 BGB

Die Vereinbarung einer Entschädigung in Höhe von EUR 40.000,00 in § 2 Ziff. 1 der Aufhebungsvereinbarung könnte allerdings unter dem Gesichtspunkt des Wuchers gemäß § 138 Abs. 2 BGB unwirksam sein. Hierfür müssten die Voraussetzungen des Wuchertatbestandes, also ein auffälliges Missverhältnis von in der Aufhebungsvereinbarung vereinbarter Leistung und Gegenleistung, die Schwäche des K und die Ausbeutung dieser Schwäche durch H vorliegen. Hierzu das Bundesarbeitsgericht:

„Im Falle eines Vergleichs i. S. v. § 779 BGB kommt es weniger auf die wahre Ausgangslage im Sinne einer objektiven Bewertung der von beiden Seiten übernommenen Leistungen an als auf die Einschätzung der Sach- und Rechtslage durch die Parteien bei Abschluss der Vereinbarung. Entscheidend ist, inwieweit sie zur Streitbereinigung wechselseitig nachgegeben haben. Wird ein Vergleich abgeschlossen, um die bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben zu beseitigen, so lässt dies zudem vermuten, dass die vereinbarte Regelung die gegenseitigen Interessen ausgewogen berücksichtigt hat. Die Parteien tragen in so einem Fall regelmäßig jeweils selbst das Risiko der

Angemessenheit der vergleichsweise versprochenen Leistung.

Bei einem Vergleich, bei dem sich die Parteien auf eine Vertragsbeendigung gegen Zahlung eines Abfindungsbetrags einigen, sind weitere Besonderheiten zu beachten. So mag es für den Spieler wirtschaftlich durchaus interessant sein, eine ungewöhnlich hohe Ablösesumme selbst zu erbringen, weil er ein besonders lukratives Vertragsangebot bei einem neuen Verein besitzt, bei dessen Annahme die Höhe der Entschädigung in der Gesamtschau letztlich nicht mehr ins Gewicht fällt. Aus Sicht des Vereins mag es eine Rolle spielen, ob für den wechselwilligen Spieler derzeit überhaupt ein Ersatzspieler verpflichtet werden kann, ob dem wechselwilligen Spieler in der Mannschaft eine Schlüsselrolle zukam usw. Dies alles sind Umstände, die eine objektive Bewertung einer Ablösesumme erschweren. Es gilt hier nichts anderes als bei einem Abfindungsvergleich im Kündigungsschutzprozess, bei dem im Nachhinein der Arbeitgeber grundsätzlich nicht geltend machen kann, die gezahlte Abfindung sei überhöht gewesen. Wie sich der Arbeitgeber bei einem Abfindungsvergleich durch die Zahlung der Abfindung Planungs- und Rechtssicherheit erkaufte und hierfür den ‚gerechten Preis‘ selbst bestimmt, gilt dies auch in dem umgekehrten Fall für die Festsetzung der Höhe einer Ablösesumme. Bei Abschluss eines Abfindungsvergleichs nehmen die Parteien typischerweise in Kauf, dass der Wert ihrer jeweils versprochenen Gegenleistung nicht deren tatsächlichem

und objektivem Wert entspricht. Die Höhe der Abfindung ist letztlich stets eine geprüfte Größe. Der Grundsatz der Vertragstreue gebietet es in diesen Fällen, dass sich die Parteien trotz eines möglicherweise ‚schlechten Geschäfts‘ an der Vereinbarung festhalten lassen müssen. Ist der Wortlaut bei einem Abfindungsvergleich eindeutig, so kommt grundsätzlich weder eine Nachforderung noch eine spätere Rückforderung der Leistung in Betracht.

Ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ist im gegenseitigen Nachgeben bei Abschluss des Vergleichs nicht zu lasten des Klägers festzustellen. Auch wenn man zugrunde legt, dass der Kläger einen objektiv feststellbaren Marktwert gehabt hat und die Parteien bei Vertragsabschluss von unterschiedlichen Vorstellungen ausgegangen sind – der Kläger von einem Marktwert von null bis EUR 10.000,00, der Beklagte von EUR 50.000,00 bis EUR 100.000,00 –, führt dies nicht zur Sittenwidrigkeit der Vereinbarung. Wenn sich der Beklagte von einem jungen, unstrittig talentierten Spieler, der bereits in die Jugendnationalmannschaft berufen worden war und deshalb für den Verein in der Zukunft noch von Bedeutung hätte sein können, nur gegen einen Betrag von EUR 40.000,00 trennen wollte, verstößt dies nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Der Beklagte, der dem wechselwilligen Kläger letztlich entgegengekommen ist, schätzte den objektiven Marktwert des Klägers noch viel höher ein.

Eine verwerfliche Gesinnung des Beklagten bei Vertragsabschluss ist nicht festzustellen.

Auch eine Gesamtbetrachtung mit Einbeziehung aller weiteren Umstände führt nicht zu einer Beurteilung der Aufhebungsvereinbarung als sittenwidrig. Der Beklagte hat seine wirtschaftliche oder intellektuelle Überlegenheit oder die schwächere Lage des Klägers nicht ausgenutzt. Zwar war der Kläger bei Vergleichsabschluss am 18. August 2008 noch minderjährig. Dies führt jedoch nicht zwangsläufig zur Bejahung des Merkmals der Unerfahrenheit oder intellektuellen Unterlegenheit. Denn der Kläger war zu diesem Zeitpunkt bereits mehr als zwei Jahre bei dem Beklagten Vertragsspieler, versuchte eine Wechselmöglichkeit zu einem größeren Verein wahrzunehmen, war bei Abschluss des Vergleichs über 17 Jahre alt und schloss die Vereinbarung mit anwaltlicher Beratung und Hinzuziehung der Eltern. Er kündigte den Spielervertrag fristlos und focht ihn an, wobei er die ‚psychische Drucksituation‘ nicht schlüssig mit Tatsachen untersetzt hat. Der Aufenthalt in einem Internat, der im sportlichen Bereich selbstverständliche Vergleich mit dem Mitspieler A oder der Wunsch des Klägers, den Verein zu wechseln, begründen auch in der Zusammenschau ohne nähere Substanziierung keine ‚Zwangslage‘. Zudem könnte zu einer Vertragsaufhebung weder Arbeitnehmer noch Arbeitgeber gezwungen werden.“

Die Voraussetzungen des Wuchers liegen demnach nicht vor. Die Vereinbarung einer Entschädigung in Höhe von EUR 40.000,00 in § 2 Ziff. 1 der Aufhebungsvereinbarung ist somit nicht gemäß § 138 Abs. 2 BGB unwirksam.

3. Unwirksamkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB

Die Verpflichtung zur Zahlung einer Entschädigung könnte jedoch möglicherweise gemäß § 138 Abs. 1 BGB unwirksam sein. Nach dieser Vorschrift ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig.

„Die Rechtsprechung sieht ein Rechtsgeschäft dann als sittenwidrig an, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dabei ist eine Gesamtabwägung aller Umstände wie Inhalt, Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts vorzunehmen. Sittenwidrig kann ein Rechtsgeschäft u. a. dann sein, wenn es gegen die der Rechtsordnung selbst innewohnenden Werte und Prinzipien verstößt. Über den Wertmaßstab der guten Sitten findet damit auch das im Grundgesetz verkörperte Wertesystem Eingang in das Privatrecht (sog. mittelbare Drittwirkung der Grundrechte). Eine Vereinbarung kann demnach nichtig sein, wenn sie mit der in Art. 12 Abs. 1 GG garantierten Berufsausübungsfreiheit des Arbeitnehmers unvereinbar ist.“

Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts verstößt es nicht gegen die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit des

K, dass sich K und H „in der Aufhebungsvereinbarung vom 18. August 2008 auf die Zahlung einer ‚Entschädigung‘, d. h. einer Ablöse in Höhe von EUR 40.000,00 einigten. Diese Leistung hatte den Zweck, eine bestehende Vertragsbindung zu beenden. (...) Trotz bestehender Vertragsbindung wollte der Kläger zu einem neuen Verein wechseln. Daher hatte die vereinbarte Leistung den Zweck, diese bestehende Vertragsbindung zu beenden. Es handelt sich nicht um den Fall, dass die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit dadurch verletzt wird, dass in abstrakten Verbandsreglements die Zahlung einer Transferentschädigung vorgesehen ist, die ein Spieler auch nach Auslaufen seines Vertrages bei dem ausbildenden Verein zahlen muss, wenn er sich einen neuen Arbeitgeber suchen will. Solche Regeln, die geeignet sein können, dem Spieler einen Wechsel seines Vereinsarbeitgebers zu erschweren und die dergestalt in seine Berufsausübungsfreiheit eingreifen, wurden vorliegend nicht vereinbart. Vielmehr haben sich die Parteien in einem Vergleich darauf geeinigt, dass der Beklagte als bisheriger Vereinsarbeitgeber der Aufhebung des Spielervertrages mit dem Kläger zustimmt und der Kläger im Gegenzug eine Ablöse zahlt. Dergestalt hat der Kläger gerade von seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Vertragsfreiheit, die auch die Wahl des Arbeitgebers umfasst, Gebrauch gemacht und die ihn insoweit hindernde selbst eingegangene vertragliche Bindung an den Beklagten im Einvernehmen mit diesem gegenstandslos gemacht.“

Weiter führt das Bundesarbeitsgericht aus:

„Die Vereinbarung steht in Einklang mit den bisher von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen. So verstieß das Regelwerk des Deutschen Eishockey-Bundes, das die Zahlung einer ‚Aus- und Weiterbildungsentschädigung‘ im Falle eines Vereinswechsels auch bei einer schon erfolgten Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem abgehenden Verein vorsah, gegen § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG und war nichtig (vgl. BAG 20. November 1996 – 5 AZR 518/95 – zu II 4 der Gründe, BAGE 84,344 = AP BGB § 611 Berufssport Nr. 12 = EzA BGB § 611 Berufssport Nr. 9). Denn in einer solchen Konstellation wird die Berufsausübungsfreiheit des wechselwilligen Spielers beeinträchtigt, wenn der Vereinswechsel von der Zahlung einer finanziellen Entschädigung abhängig gemacht wird. Bei beendetem Arbeitsverhältnis bleibt der Arbeitnehmer arbeitslos, wenn sich kein Verein findet, der sich zur Zahlung der Aus- und Weiterbildungsentschädigung bereit erklärt. Entsprechendes gilt für die Zahlung einer Ausbildungs- und Förderungsentschädigung im Fußballsport (vgl. BGH 27. September 1999 – II ZR 305/98 – zu II 2 der Gründe, BGHZ 142, 304; entsprechend für die Zahlung einer ‚Ausbildungsentschädigung‘ zwischen den Vereinen: OLG Oldenburg 10. Mai 2005 – 9 U 94/04 – zu II der Gründe, SpuRt 2005, 164; zusammenfassend vgl. Krämer SpuRt 2011, 186 ff.). Nichts anderes ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, der sich wiederholt mit der

Arbeitnehmerfreizügigkeit bei gewünschtem Wechsel zum Verein eines anderen Mitgliedsstaates zu befassen hatte. Auch insoweit handelte es sich stets um Fälle, in denen die Freizügigkeit oder Berufsausübungsfreiheit der betroffenen Spieler noch nach Ablauf des Vertrages behindert werden sollte. So stand Art. 48 EWG-Vertrag a. F. von Sportverbänden aufgestellten Regelungen entgegen, denen zufolge ein Berufsfußballer auch nach Ablauf seines Vertrages nur dann von einem Verein eines anderen Mitgliedsstaates beschäftigt werden konnte, wenn dieser dem bisherigen Verein eine Transfer-, Ausbildungs- oder Förderungsentschädigung zahlte (EuGH 15. Dezember 1995 – C-415/93 – Bosman Rn. 92 ff., Slg. 1995, I-4921 = AP BGB § 611 Berufssport Nr. 10 = EzA BGB § 611 Berufssport Nr. 8). Ebenso hielt der Gerichtshof eine Bestimmung des französischen Fußballverbandes in seiner französischen Berufsfußballcharta im Ergebnis für unverhältnismäßig, nach der ein Nachwuchsspieler nach Abschluss seiner Ausbildung entweder die von dem Verein ausgeübte Vertragsverlängerungsoption zu bedienen oder eine von den tatsächlichen Ausbildungskosten unabhängige Schadensersatzverpflichtung zu leisten hatte (vgl. EuGH 16. März 2010 – C-325/08 – Olympique Lyonnais Rn. 46, Slg. 2010, I-2177).

Der Aufhebungsvertrag und die mit ihm vereinbarte Ablösesumme verstößt auch nicht deswegen gegen die guten Sitten i. S. v. § 138 Abs. 1 BGB, weil er auf einer überlangen Befristungsdauer des Spielervertrages basiert.

Der Kläger ist die vierjährige, maximal fünfjährige Vertragsbindung freiwillig und in Ausübung seiner Vertragsfreiheit eingegangen, er muss sich nunmehr daran festhalten lassen. Im Spielervertrag hatte er sich für die Zeit vom 1. Juli 2006 bis 30. Juni 2010 verpflichtet, also einen befristeten Vertrag über vier Jahre abgeschlossen. Der Beklagte hatte sich die einseitige Verlängerungsoption bis zum 30. Juni 2011 vorbehalten. Die maximale Bindungsdauer betrug fünf Jahre. Dies hält sich im Rahmen von § 15 Abs. 4 TzBfG (oder von § 624 BGB für freie Dienstverhältnisse). Danach kann ein Arbeitsverhältnis auf Lebenszeit oder auf längere Zeit als fünf Jahre eingegangen werden, allerdings sichert der Gesetzgeber dem Arbeitnehmer in solchen Fällen ein Kündigungsrecht zu. Nach einer längeren Bindung als fünf Jahre wird der Arbeitnehmer in seiner persönlichen Freiheit übermäßig beschränkt. Die Norm ist verfassungsgemäß und auch unter dem Gesichtspunkt der freien Berufs- und Arbeitsplatzwahl, Art. 12 Abs. 1 GG, nicht zu beanstanden. Bei typisierender Betrachtungsweise von § 15 Abs. 4 TzBfG hat der Gesetzgeber, dem auf dem Gebiet der Vertragsfreiheit ein weiter Spielraum zusteht, einen angemessenen Ausgleich zwischen den beteiligten Interessen gefunden. Die Alternative des Beklagten wäre es gewesen, den Kläger an der – rechtmäßig vereinbarten – Vertragsdauer bis zu fünf Jahren festzuhalten. Wenn er dann im Verhandlungswege die Zahlung einer Ablösesumme anbietet, kann dies nicht als sittenwidrig angesehen werden. Es entspricht der h. M. in Rechtsprechung und

Schrifttum, dass es nach wie vor zulässig ist, einen Spieler aus einem befristeten Vertrag durch eine Einzelfallvereinbarung ‚herauszukaufen‘.

Die in § 2 Ziff. 1 der Aufhebungsvereinbarung vom 18.08.2008 enthaltene Verpflichtung des K zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von EUR 40.000,00 ist somit nicht gemäß § 138 Abs. 1 BGB unwirksam.

4. Unwirksamkeit der Aufhebungsvereinbarung gemäß § 779 Abs. 1 BGB

Die am 18.08.2008 geschlossene Aufhebungsvereinbarung könnte schließlich gemäß § 779 Abs. 1 BGB unwirksam sein.

a) Vorliegen eines Vergleichs

Hierzu müsste es sich bei der Aufhebungsvereinbarung allerdings zunächst um einen Vergleich handeln. Nach der Legaldefinition des § 779 Abs. 1 BGB ist ein Vergleich ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird.

Zwischen K und H bestand Streit über die Frage, ob der Vertragsspielervertrag durch die Kündigung oder Anfechtungserklärung des K beendet worden ist. *„Diese Rechtsunsicherheit ist durch den Aufhebungsvertrag behoben worden. Bei der Vereinbarung haben beide Parteien wechselseitig nachgegeben.“* H, der ursprünglich an dem Vertrag festhalten

wollte, hat einer Vertragsauflösung zugestimmt. K hat eingewilligt, die geforderten EUR 40.000,00 zu zahlen und hat auf der Wirksamkeit seiner Kündigung oder Anfechtung nicht bestanden. Es liegt somit ein Vergleich zwischen K und H im Sinne des § 779 Abs. 1 BGB vor.

b) Unwirksamkeit des Vergleichs gemäß § 779 Abs. 1 BGB?

„Voraussetzung für die Unwirksamkeit eines Vergleiches nach § 779 Abs. 1 BGB ist, dass der von beiden Parteien nach dem Inhalt des Vertrages als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt nicht der Wirklichkeit entspricht und der Streit oder die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde. Ein Sachverhalt ist dann als feststehend zugrunde gelegt, wenn er den Beteiligten nicht oder nicht mehr ungewiss ist und von ihnen als wesentliche Voraussetzung der Streitbeilegung betrachtet wird. Ein etwaiger Irrtum über einen Umstand, der vor dem Vergleich als streitig und ungewiss angesehen wurde und deshalb Gegenstand der Streitbeilegung war, führt nicht zur Unwirksamkeit der Vereinbarung. Ebenso wenig hat ein reiner Rechtsirrtum der Parteien ohne jeden Irrtum über Tatsachen die Unwirksamkeit des Vergleichs zur Folge.“

K hält die vergleichsweise am 18.08.2008 gefundene Regelung nach § 779 Abs. 1 BGB für unwirksam, da die Parteien bei Vergleichsabschluss rechtswidrig den Vertragsspielerver-

trag für wirksam gehalten hätten. Seiner Ansicht nach habe der Vertragsspielervertrag jedoch einer familiengerichtlichen Genehmigung bedurft, außerdem habe er gegen § 5 JArbSchG verstoßen. Eine Unwirksamkeit des am 18.08.2008 geschlossenen Vergleichs käme danach dann in Betracht, wenn der Vertragsspielervertrag vom 12.03.2006 tatsächlich aus diesen Gründen unwirksam gewesen wäre. Hierzu führt das Bundesarbeitsgericht indes abschließend wie folgt aus:

„Die Eltern brauchten bei ihrer Zustimmung zu diesem Rechtsgeschäft nicht die Genehmigung des Familiengerichts nach § 1643 Abs. 1 BGB. Nur der Vormund bedarf nach § 1822 Nr. 7 BGB der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, wenn der Mündel bei Eingungung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses zu persönlichen Leistungen für längere Zeit als ein Jahr verpflichtet werden soll. Für die Eltern gilt dies nicht.“

Der Vertragsspielervertrag vom 12.03.2006 war nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts auch nicht nach § 134 BGB i. V. m. § 5 JArbSchG unwirksam:

„Der Kläger war zum Zeitpunkt des Vertragschlusses 15 Jahre alt. Er war damit Jugendlicher i. S. v. § 2 Abs. 2 JArbSchG. Dieses Gesetz gilt für sämtliche Arten von Beschäftigungen, unabhängig von einem Arbeitnehmerstatus (§ 1 Abs. 1 JArbSchG). Allerdings finden gemäß § 2 Abs. 3 JArbSchG auf Jugendliche, die der Vollzeitschulpflicht unterliegen, die für

Kinder geltenden Vorschriften Anwendung. Nach § 41 Abs. 2 SchulG MV in der Fassung vom 13. Februar 2006 betrug die Vollzeitschulpflicht in Mecklenburg-Vorpommern im Jahre 2008 neun Schuljahre. Daher endete die Vollzeitschulpflicht des Klägers mit Erreichen der 10. Klasse zum Schuljahr 2006/2007. Es kann dahinstehen, ob der Kläger mit nur leichten und für Kinder geeigneten Arbeiten i. S. v. § 5 Abs. 3 JArbSchG beschäftigt wurde. Denn jedenfalls würde ein Verstoß hiergegen im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses zu keiner Unwirksamkeit des Vertragsspielervertrages führen. Der Kläger hatte bei Vergleichsabschluss die Altersgrenze überschritten. Der Schutzzweck des JArbSchG, Kinder vor einer nicht entwicklungsgerechten Arbeit und vor Ausbeutung zu schützen, greift nicht ein, wenn der Beschäftigte mittlerweile den Status eines Jugendlichen hat, für den andere Beschäftigungsbegrenzungen gelten. Das Beschäftigungsverbot soll den Minderjährigen nur schützen, nicht aber zum Verlust eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses führen, das mittlerweile zulässig ist.“

Mangels Vorliegen der Voraussetzungen des § 779 Abs. 1 BGB ist somit auch die Aufhebungsvereinbarung vom 18.08.2008 nicht nach dieser Vorschrift unwirksam.

5. Zwischenergebnis

Die am 18.08.2008 zwischen K und H abgeschlossene Aufhebungsvereinbarung und die in § 2 Ziff. 1 der Aufhebungsvereinbarung

vorgesehene Pflicht des K zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von EUR 40.000,00 sind wirksam. H hat die die Gutschrift auf dem Girokonto in Höhe von EUR 40.000,00 somit nicht i. S. d. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB „ohne rechtlichen Grund“ erlangt. Vielmehr hat K die Leistung auf eine tatsächlich bestehende Schuld erbracht.

IV. Gesamtergebnis

K hat gegen H keinen Anspruch auf Rückzahlung der Entschädigung in Höhe von EUR 40.000,00 gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB. Weitere Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich. K hat gegen H somit insgesamt keinen Rückzahlungsanspruch.

Hinweise:

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts betrifft im Kern Fragen des allgemeinen Zivilrechts, nämlich das (Nicht-)Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die Tatbestandsmerkmale der beiden Absätze des § 138 BGB sowie die Frage der Unwirksamkeit eines Vergleichs gemäß § 779 Abs. 1 BGB. Im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB bietet sich insbesondere die Möglichkeit, auf Art. 12 Abs. 1 GG und das Institut der „mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten“ einzugehen. Der vom Bundesarbeitsgericht entschiedene Fall kann somit ohne Weiteres Teil einer Klausur oder einer mündlichen Prüfung sein.

Im Rahmen der Prüfung des § 138 Abs. 1 BGB ist danach zu differenzieren, ob eine finanzi-

elle Entschädigung im Falle eines Vereinswechsels nach einer bereits erfolgten Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu zahlen ist, oder aber die Zahlung eines Geldbetrags den Zweck hat, eine bestehende Vertragsbindung vorzeitig zu beenden, um einen vorzeitigen Vereinswechsel zu ermöglichen. Die Rechtsprechung hat bereits mehrfach entschieden, dass Vereinbarungen über Transferentschädigungen, die nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu zahlen sind, gemäß § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG nichtig sind. Dagegen sind Vereinbarung über die Pflicht zur Zahlung eines Geldbetrags als Gegenleistung für die vorzeitige Beendigung einer bestehenden Vertragsbindung nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts grundsätzlich zulässig und verletzen die Berufsausübungsfreiheit eines Berufssportlers grundsätzlich nicht.

Eine einführende Übersicht über die Beendigung von Arbeitsverträgen von Lizenzfußballspielern findet sich bei JUNGHEIM, RdA 2008, S. 222 ff. Mit den kapitalmarktrechtlichen Implikationen des Transfers von Mario Götze zum FC Bayern München befasst sich SEIBOLD, NZG 2013, S. 809 ff.

(RA Dr. Nikolaus Polzer)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Auf der Suche nach
besten Perspektiven?



Wir sind eine unabhängige partnerschaftlich strukturierte Rechtsanwalts- und Notarkanzlei mit 60 Berufsträgern in Stuttgart. Unsere Kernkompetenz ist die wirtschaftsrechtliche Beratung von Unternehmen und Unternehmern sowie der öffentlichen Hand. Wir bilden

Referendare (w/m)

in den Anwaltsstationen und der Wahlstation aus.

Von Ihnen erwarten wir ein hervorragendes juristisches Fachwissen, gute Englischkenntnisse, Verständnis für wirtschaftliche Zusammenhänge sowie Team- und Sportsgeist. Im Rahmen einer Nebentätigkeit bieten wir eine attraktive Vergütung.

Möchten Sie in einem Team mitarbeiten, das Ihnen ausgezeichnete Perspektiven bietet? Dann sind Sie bei uns richtig. Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung an Frau Sandra Vollmann, Menold Bezler Rechtsanwälte, Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart, Telefon +49 711 86040-00, Sandra.Vollmann@menoldbezler.de, www.menoldbezler.de

MENOLD BEZLER
RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt

RECHTSPRECHUNG STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

**Zu den subjektiven
Voraussetzungen der
§§ 32, 33 StGB**

Urteil vom 25.04.2013 – 4 StR 551/12 =
NJW 2013, 2133 = HRRS 2013 Nr. 618

1. Wird von dem Angegriffenen in einer Notwehrlage ein Gegenangriff auf Rechtsgüter des Angreifers geführt (sog. Trutzwehr), kann darin nur dann eine Angriffsabwehr gesehen werden, wenn in diesem Vorgehen auch tatsächlich der Wille zum Ausdruck kommt, der drohenden Rechtsverletzung entgegenzutreten. Dazu reicht allein die Feststellung, dass dem Angegriffenen die Notwehrlage bekannt war, nicht aus. Die subjektiven Voraussetzungen der Notwehr sind erst dann erfüllt, wenn der Gegenangriff zumindest auch zu dem Zweck geführt wurde, den vorangehenden Angriff abzuwehren.

2. Ein Verteidigungswille ist auch dann noch als relevantes Handlungsmotiv anzuerkennen, wenn andere Beweggründe (Vergeltung für frühere Angriffe, Feindschaft etc.) hinzutreten. Erst wenn diese anderen Beweggründe so dominant sind, dass hinter ihnen der Wille, das Recht zu

wahren, ganz in den Hintergrund tritt, kann von einem Abwehrverhalten keine Rede mehr sein.

(juris-Orientierungssätze)

Das Landgericht hat diesen (hier gekürzten) Sachverhalt festgestellt:

N., späterer Angeklagter, ist führendes Mitglied der rechten Szene. Gegenüber einem Gesinnungsgenossen äußert er während eines im Internet geführten Dialogs mit Blick auf Personen aus dem linken Spektrum, dass er nur darauf warte, „*dass einer mal angreift*“ und er diesen dann „*endlich mal die Klinge fressen lassen*“ könne. Weiter: „*Ja! Das Schöne daran, es wäre sogar Notwehr! Man stelle sich das mal bildlich vor! So ne Zecke greift an und du ziehst n Messer. Die Flachzange klappt zusammen und rührt sich nicht mehr. Das muss doch ein Gefühl sein, wie wenn man kurz vor dem Ejakulieren ist!*“

Wenige Tage später sitzt N. auf einem Pendlerparkplatz am Steuer seines Pkw und erwartet Gesinnungsgenossen. „*Davon haben die der linken Szene zuzuordnenden (Nebekläger) K., P. und S. sowie zwei weitere Personen Wind bekommen.*“ Sie begeben sich dorthin, um N. anzugreifen. Sie planen den Einsatz körperlich wirkender Gewalt und nehmen mögliche Verletzungen N.s billigend in Kauf. Sie führen Reizgas sowie präparierte Handschuhe mit sich und sind ver mummt. Die Gruppe nähert sich N. raschen Schrittes, der sie entdeckt und deren Vorhaben er-

kennt. Mit Recht befürchtet er, körperlich attackiert zu werden. Nicht ausschließbar gerät er in Panik und beschließt zu flüchten. Er startet sein Auto und fährt mit Vollgas beschleunigend auf die Gruppe zu. Zu diesem Zeitpunkt befinden sich K., P. und S. auf der Fahrbahn, im direkten Fahrweg des N., der hinsichtlich einer etwaigen Verletzung (nicht Tötung) der drei Nebenkläger mit Eventualvorsatz handelt und auch *„eine ‚leichte Kollision‘ und ein nicht ausschließbares ‚leichtes Anfahren‘ für möglich“* hält und billigt. N. geht davon aus, dass die drei *„die Straße noch rechtzeitig räumen würden, was ihnen sowohl räumlich als auch zeitlich möglich gewesen wäre“*. P. und S. können *„sich vor dem schnell herannahenden Fahrzeug des Angeklagten durch einen Sprung zur Seite retten“*. K. springt *„– obwohl er die Möglichkeit dazu gehabt hätte – aus ungeklärtem Grund nicht zur Seite, sondern auf die Motorhaube des auf ihn zu diesem Zeitpunkt mit einer Geschwindigkeit von 25–30 km/h zukommenden Fahrzeugs.“* Durch den Aufprall mit dem Kopf gegen die Windschutzscheibe und den anschließenden Sturz auf die Fahrbahn wird K. schwer verletzt, was N. erkennt. Gleichviel fährt er weiter, *„weil er zu Recht Vergeltungsmaßnahmen der vermummten Begleiter“* des K. befürchtet. Nach etwa zwei Minuten trifft er auf ein Polizeifahrzeug, hält dieses an und offenbart sich den Beamten.

N. hätte den Pendlerparkplatz auch über eine Ausfahrt verlassen können. Dadurch wäre eine Beeinträchtigung seiner Verteidigungs-

und Selbstschutzzchancen nicht eingetreten. Ein Kontakt mit den Angreifern wäre dann aber nicht zwingend ausgeschlossen gewesen, weil sich ein Teil der Gruppe in der Nähe dieser Ausfahrt befand.

Prozessgeschichte:

Das Landgericht hatte N. freigesprochen. Es nahm an, dass N. die Tatbestände der gefährlichen Körperverletzung zu K.s Nachteil (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB) und der versuchten gefährlichen Körperverletzung zum Nachteil von P. und S. (§ 224 Abs. 1 Nr. 2, § 22 StGB) verwirklicht hat. Zudem erfülle N.s *„Verhalten die Voraussetzungen eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr, wobei er durch die Tat eine schwere Gesundheitsbeschädigung bei einem anderen Menschen verursacht habe (§ 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, § 315 Abs. 3 Nr. 2 StGB)“*.

N.s Handeln sei nicht nach § 32 StGB gerechtfertigt, weil *„sich seine Abwehrmaßnahme nicht im Rahmen des Erforderlichen gehalten“* habe. Jedoch sei er *„nicht ausschließbar nach § 33 StGB entschuldigt“*. *„§ 142 StGB sei nicht erfüllt, weil dem Angeklagten nicht zugemutet werden konnte, am Unfallort zu verbleiben. Er habe sich entschuldigt entfernt und sofort nachträglich die erforderlichen Feststellungen ermöglicht.“*

Zur Orientierung – Prüfungsaufbau der Notwehr, § 32 StGB (dazu schon ERNST, ZJS 2012, 654 (656 f.)):

- 1) Notwehrlage (gegenwärtiger rechtswidriger Angriff auf ein notwehrfähiges Rechtsgut)
- 2) Notwehrhandlung (gegen die Rechtsgüter des Angreifers)
- 3) Grenzen der Notwehr
 - a) Erforderlichkeit der Verteidigung
 - aa) Geeignetheit
 - bb) Wahrung des „Prinzips des relativ mildesten Mittels“
 - b) Gebotenheit der Verteidigung
- 4) Subjektives Rechtfertigungselement
 - a) Kenntnis der rechtfertigenden objektiven Umstände
 - b) Handeln zur Gefahrenabwehr (sog. Verteidigungswille, str.)

Die Entscheidung:

Der Senat hob auf die gegen den Freispruch gerichteten Revisionen das erstinstanzliche Urteil mit den Feststellungen auf und verwies die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurück.

Nach dem Senat haben die Revisionen „*schon deshalb Erfolg, weil die Annahme*“ eines Notwehrexzesses (§ 33 StGB) zu Gunsten des N. „*nicht tragfähig begründet ist.*“

Hierzu führt der Senat aus: „*Eine Entschuldigung wegen einer Überschreitung der Grenzen der Notwehr nach § 33 StGB setzt voraus, dass der Täter in einer objektiv gegebenen Notwehrlage (§ 32 Abs. 2 StGB) bei der Angriffsabwehr die Grenzen des Erforderlichen aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschritten hat [Nachw.]. Von einer Angriffsabwehr kann dabei nur die Rede sein, wenn der Täter nicht nur in Kenntnis der die Notwehrlage begründenden Umstände, sondern auch mit Verteidigungswillen gehandelt hat [Nachw.]*.“

Auf Ebene der Rechtswidrigkeit wendet sich der Senat i. R. d. Frage, ob das Handeln des N. durch § 32 StGB gerechtfertigt ist, zunächst der Notwehrlage zu:

Er teilt die Auffassung des Landgerichts, dass N. „*im Zeitpunkt des Anfahrens des Nebenklägers K. und des Beinahe-Zusammenstoßes mit den Nebenklägern P. und S. einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff ausgesetzt war und sich deshalb objektiv in einer Notwehrlage befand (§ 32 Abs. 2 StGB)*“: Ein Angriff ist eine Bedrohung rechtlich geschützter Güter durch menschliches Verhalten (RÖNNAU/HOHN, in: LK/StGB, Bd. 2, 12. Aufl. (2009), § 32 Rn. 77). Dieser „*ist bereits dann gegenwärtig, wenn sich die durch das Verhal-*

ten der Angreifer begründete Gefahr so verdichtet hat, dass ein Hinausschieben der Abwehrhandlung unter den gegebenen Umständen entweder deren Erfolg gefährden oder den Verteidiger zusätzlichen nicht mehr hinnehmbaren Risiken aussetzen würde [Nachw.].“ Die Gruppe um die Nebenkläger war „im Begriff, den Angeklagten in seinem Fahrzeug körperlich anzugreifen. Dazu bewegten sie sich schnellen Schrittes auf ihn zu und hatten nur noch wenige Meter zu überwinden. Angesichts der zahlenmäßigen Überlegenheit der Angreifer und ihrer Bewaffnung (Reizgas, präparierte Handschuhe) hätte ein Zuwarten den Angeklagten der Gefahr ausgesetzt, nicht mehr rechtzeitig reagieren zu können oder wichtige Handlungsoptionen zu verlieren.“ Da dieser Angriff auf N. „in Widerspruch zur Rechtsordnung stand, war er auch rechtswidrig“. N.s körperliche Unversehrtheit ist ein notwehrfähiges Rechtsgut. Das Vorliegen einer Notwehrlage bejaht also der Senat.

Die Notwehrhandlung, das „Zufahren auf die Nebenkläger“, richtet sich gegen die Angreifer.

Der Senat klammert an dieser Stelle zunächst die Frage nach der Wahrung der Grenzen der Notwehr aus und wendet sich dem subjektiven Rechtfertigungselement zu: Die Annahme des Landgerichts, N. habe sich mit der Notwehrhandlung gegen den Angriff verteidigt, ist „nicht rechtsfehlerfrei begründet“. Aufgrund der „Tatvorgeschichte hätte sich das Landgericht an dieser Stelle mit der Frage

auseinandersetzen müssen, ob das Vorgehen des Angeklagten auch von dem erforderlichen Verteidigungswillen getragen war. [...] Wird von dem Angegriffenen in einer Notwehrlage ein Gegenangriff auf Rechtsgüter der Angreifer geführt (sog. Trutzwehr), kann darin nur dann eine Angriffsabwehr gesehen werden, wenn in diesem Vorgehen auch tatsächlich der Wille zum Ausdruck kommt, der drohenden Rechtsverletzung entgegenzutreten [Nachw.]. Dazu reicht allein die Feststellung, dass dem Angegriffenen die Notwehrlage bekannt war, nicht aus. Die subjektiven Voraussetzungen der Notwehr sind erst dann erfüllt, wenn der Gegenangriff zumindest auch zu dem Zweck geführt wurde, den vorangehenden Angriff abzuwehren. Dabei ist ein Verteidigungswille auch dann noch als relevantes Handlungsmotiv anzuerkennen, wenn andere Beweggründe (Vergeltung für frühere Angriffe, Feindschaft etc.) hinzutreten. Erst wenn diese anderen Beweggründe so dominant sind, dass hinter ihnen der Wille das Recht zu wahren ganz in den Hintergrund tritt, kann von einem Abwehrverhalten keine Rede mehr sein [Nachw.]. Hieran ist trotz in der Literatur geäußelter Kritik [Nachw.] festzuhalten.“

Diese Anforderungen sieht der Senat nicht als ausreichend beachtet an, sondern geht von „fehlenden Ausführungen zum Verteidigungswillen“ aus: „Die Äußerungen des Angeklagten im Vorfeld der Geschehnisse, wonach er nur darauf warte, ‚dass einer mal angreift‘ und er den dann ‚endlich mal die Klinge fressen lassen‘ könne, wie auch das damit verbun-

dene begeisterte Ausmalen eines Szenarios, in dem es zur Tötung eines politischen Gegners (‘Zecke’) in einer Notwehrsituation kommt, lassen es nicht als fernliegend erscheinen, dass er den Angriff der Nebenkläger lediglich zum Anlass genommen hat, gegen sie Gewalt zu üben. [...] Vor diesem Hintergrund konnte das Landgericht nicht ohne nähere Begründung davon ausgehen, dass der Angeklagte bei seinem Vorgehen gegen die Nebenkläger zumindest auch von dem Willen geleitet war, das Recht zu wahren. [...]

Die Sache bedarf [so der Senat insofern abschließend] schon aus diesem Grund neuer Verhandlung und Entscheidung.“

Für die neue Hauptverhandlung gibt der Senat Hinweise:

I. R. dessen macht er zunächst zu § 32 StGB, den Grenzen der Notwehr, Anmerkungen. Für die ggf. erneut zu prüfende Frage, „ob die Grenzen des Erforderlichen überschritten worden sind“, führt der Senat aus: „Eine in einer objektiven Notwehrlage begangene Tat ist nach § 32 Abs. 2 StGB gerechtfertigt, wenn sie zu einer sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs führt und es sich bei ihr um das mildeste Abwehrmittel handelt, das dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung stand (st. Rspr. [Nachw.]). Ob dies der Fall ist, muss aus der Sicht eines objektiven und umfassend über den Sachverhalt unterrichteten Dritten in der Situation des Angegriffenen entschieden werden [Nachw.]. Da-

bei kommt es auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung an [Nachw.]. Da das Notwehrrecht nicht nur dem Schutz der bedrohten Individualrechtsgüter des Angegriffenen, sondern auch der Verteidigung der durch den rechtswidrigen Angriff negierten Rechtsordnung dient [Nachw.], kommen als alternativ in Betracht zu ziehende Abwehrhandlung grundsätzlich nur Maßnahmen in Betracht, die die bedrohte Rechtsposition gegen den Angreifer durchsetzen. Das Gesetz verlangt von einem rechtswidrig Angegriffenen nicht, dass er die Flucht ergreift oder auf andere Weise dem Angriff ausweicht, weil damit ein Hinnehmen des Angriffs verbunden wäre und weder das bedrohte Recht, noch die in ihrem Geltungsanspruch infrage gestellte Rechtsordnung gewahrt blieben [Nachw.]. Etwas anderes kann lediglich dann gelten [angesprochen ist die Grenze der Gebotenheit], wenn besondere Umstände das Notwehrrecht einschränken, etwa weil dem Angriff eine vorwerfbare Provokation des Angegriffenen vorausgegangen ist [Nachw.] oder der Angegriffene sich sehenden Auges in Gefahr begeben hat [Nachw.].“ Bezogen auf vorliegenden Fall der Senat weiter: „Daran gemessen wird sich eine Überschreitung der Grenzen des Erforderlichen nicht mit den vom Erstgericht hierzu angestellten Erwägungen begründen lassen. Der Angeklagte war nicht gehalten, sich dem Geschehen durch ein Wegfahren in Gegenrichtung (Flucht) zu entziehen. Auch für die vom Landgericht angestellte Abwägung zwischen den Gefahren, die dem Angeklagten im Fall einer Flucht gedroht hät-

ten und den mit der gewählten Verteidigung verbundenen Gefahren für die Rechtsgüter der angreifenden Nebenkläger, ist kein Raum. Stattdessen wird der neue Tatrichter auf der Grundlage der von ihm dazu getroffenen Feststellungen zu erörtern haben, ob es dem Angeklagten in dem Zeitpunkt der Zufahrt auf die Nebenkläger möglich war, den gegen ihn geführten Angriff auf seine körperliche Unversehrtheit schonender als geschehen zurückzuweisen. Sollte sich wiederum ergeben, dass der Angeklagte [N.] mit Vollgas auf die in seinem Fahrweg laufenden Nebenkläger zugefahren ist, wird dabei gegebenenfalls die Frage beantwortet werden müssen, ob diese die Nebenkläger erheblich gefährdende Fahrweise tatsächlich erforderlich war, um sie von ihrem Angriffsvorhaben abzubringen. Wurde der Nebenkläger K. auch nach den neu getroffenen Feststellungen nur deshalb gravierend verletzt, weil er aus ungeklärtem Grund nicht zur Seite, sondern auf die Motorhaube des Fahrzeugs des Angeklagten [N.] sprang, wird auch entschieden werden müssen, ob diese Entwicklung aus der an dieser Stelle maßgeblichen Sicht eines objektiven Beobachters vorhersehbar war. Wäre dies zu verneinen, müsste diese Auswirkung als nicht vorhersehbare Folge bei der vergleichenden Betrachtung mit anderen möglichen Verteidigungshandlungen außer Ansatz bleiben.“

Sollte sich ergeben, dass die Grenze der Erforderlichkeit überschritten und mithin eine Rechtfertigung nach § 32 StGB zu verneinen ist, wird sich nach dem Senat auf Ebene der

Schuld „ein Eingehen auf § 33 StGB anschließen müssen. Dabei wird zu beachten sein, dass eine Exkulpierung nach dieser Vorschrift nur zu rechtfertigen ist, wenn sich der Angeklagte aufgrund der Bedrohung durch die Nebenkläger in einem psychischen Ausnahmezustand mit einem Störungsgrad befunden hat, der eine erhebliche Reduzierung seiner Fähigkeit das Geschehen zu verarbeiten zur Folge hatte [Nachw.]. War dies der Fall, kann ein entschuldigender Notwehrexzess auch dann noch anzunehmen sein, wenn die Überschreitung der Notwehrgrenzen durch andere (sthenische) Affekte (Wut, Zorn etc.) mitverursacht worden ist [Nachw.]. Hierzu bedarf es konkreter Feststellungen und einer wertenden Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände [wird weiter ausgeführt].“

Hinweise:

1. In diesem Urteil widmet sich der Senat primär den Voraussetzungen der Notwehr, aber auch des Notwehrexzesses. Seine umfassenden Ausführungen zu § 32 StGB, insbesondere zur Grenze der Erforderlichkeit (aktuell dazu auch OLG Celle, Urteil vom 15.07.2013 – 1 RVs 38/13 = JuS 2014, 80 (JAHN)), wurden hier aus didaktischen Gründen nahezu komplett wiedergegeben. Im Zentrum dieser Entscheidung steht die Forderung nach einem subjektiven Element, das zum einen die Kenntnis der rechtfertigenden objektiven Umstände voraussetzt und zum anderen einen sog. Verteidigungswillen, ein Handeln zur Gefahrenabwehr. Diese Anforderungen

stellt der Senat i. R. des § 32 StGB und überträgt sie auf § 33 StGB.

2. Hintergrund dieser Forderung des Senats ist i. R. des Rechtfertigungsgrundes der Notwehr zunächst die Frage, ob die Notwehr überhaupt ein subjektives Element zur Voraussetzung hat (a.). Wird diese (wie vom Senat unausgesprochen getan) bejaht, ist zu klären, welche Anforderungen dieses Element zu erfüllen hat, aus welchen Bestandteilen es sich zusammensetzt (b.). Auf dieser Basis kann der Grund für die Übertragung der Anforderungen auf den Entschuldigungsgrund (zu dieser Einordnung KÜHL, StR AT, 7. Aufl. (2012), § 12 Rn. 127 f.) des § 33 kurz beleuchtet werden (c.).

a. Zunächst ist mit der ganz h. M. (sog. Lehre zu subjektiven Rechtfertigungselement, etwa GÜNTHER, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 131, Vor § 32 Rn. 87; BGHSt 2, 111 (114); ERNST, ZJS 2011, 382 (384)) von der Notwendigkeit eines subjektiven Rechtfertigungselements auszugehen. Zwar wird vereinzelt bestritten, dass ein solches subjektives Rechtfertigungselement nötig ist. Das objektive Vorliegen der Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes genüge für eine Rechtfertigung (SPENDEL, JR 1991, 250 (250) m. N.). Denn nicht die bloße „böse Gesinnung“ dürfe bestraft werden. Jedoch besteht das Unrecht anerkanntermaßen (s. nur KÜHL, StR AT, 7. Aufl. (2012), § 3 Rn. 3 f.; vertiefend HOHN, JuS 2008, 494 (494 f.)) aus zwei Elementen, dem Erfolgswert (als Verletzung oder Gefährdung eines

Rechtsguts, GÜNTHER, JuS 1978, 8 (13 Fn. 67)) und dem Handlungsunwert (als Art und Weise der Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung (GÜNTHER, JuS 1978, 8 (13, Fn. 68)) bzw. der Entscheidung des Täters für die Rechtsgutsverletzung (KÜHL, StR AT, 7. Aufl. (2012), § 6 Rn. 16)). Ein bloß objektives Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes kann nur den Erfolgswert der Tat, aber nicht den Handlungsunwert beseitigen. Um diesen und damit das Unrecht insgesamt zu tilgen, bedarf es des subjektiven Elements (KÜHL, Jura 1993, 233 (233)). Vereinfachend lässt sich sagen: Der Ebene des Tatbestandes (in objektiver Hinsicht dem Erfolgswert und in subjektiver dem Handlungsunwert) muss zu dessen vollständiger Kompensierung (und damit zum Entfallen des Unwerturteils, der Rechtswidrigkeit) Gleichwertiges auf Ebene der Rechtswidrigkeit (die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes) gegenüber stehen.

Das Erfordernis eines subjektiven Elements mag sich für die Notwehr zudem aus dem Wortlaut des § 32 Abs. 2 StGB („um ... abzuwenden“) ableiten (KINDHÄUSER, in: NK/StGB, 4. Aufl. (2013), § 32 Rn. 146; diesbzgl. krit. KÜHL, Jura 1993, 233 (233)), resultiert für § 32 StGB jedenfalls auch aus dem Rechtsbewahrungsgedanken des Notwehrrechts: Ein Handeln in Notwehr ist gerechtfertigt, weil der Angegriffene seine eigenen Rechtsgüter und die Rechtsordnung an sich verteidigt (ERNST, ZJS 2011, 382 (384)). Es kann nur derjenige etwas verteidigen, der jedenfalls überhaupt

Kenntnis von einer drohenden Verletzung hat (vgl. HEINRICH, Jura 1997, 366 (374)).

b. Umstritten ist, aus welchen Bestandteilen sich dieses Rechtfertigungselement zusammensetzt.

Weitgehend anerkannt ist die Forderung, der in Notwehr Handelnde müsse Kenntnis von der rechtfertigenden Sachlage (also von den objektiven Elementen) haben (GÜNTHER, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 132; ENGLÄNDER, HRRS 2013, 389 (391)).

Uneinheitlich beantwortet wird, ob dazuhin bzw. darüber hinausgehend eine auf die Angriffsabwehr gerichtete subjektive Zwecksetzung (wie der erwähnte Verteidigungswille, vgl. etwa schon BGH, Urteil vom 31.01.2007 – 1 StR 429/06 – juris, Rn. 16; jüngst BGH, Beschluss vom 12.09.2013 – 4 StR 332/13 = HRRS 2013 Nr. 970; ferner FISCHER, StGB, 61. Aufl. (2014), § 32 Rn. 25; zum Meinungsstand vgl. ausf. ROXIN, StR AT I, 4. Aufl. (2006), § 15 Rn. 94 ff.) nötig ist. Dazu nochmals der Senat: Die Notwehrhandlung müsse „*zumindest auch zu dem Zweck geführt [... werden], den vorangehenden Angriff abzuwehren.*“ Selbst „*wenn andere Beweggründe (Vergeltung für frühere Angriffe, Feindschaft etc.) hinzutreten*“, sei ein „*Verteidigungswille*“ noch anzuerkennen. „*Erst wenn diese anderen Beweggründe so dominant sind, dass hinter ihnen der Wille das Recht zu wahren ganz in den Hintergrund tritt, kann von einem Abwehrverhalten keine Rede mehr sein*“. Eine

Begründung seiner Ansicht ersetzt der Senat durch einen Hinweis auf einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung, an der er „*trotz in der Literatur geäußelter Kritik*“ festhalte. Auf eine Auseinandersetzung mit der Kritik verzichtet er.

Die das Erfordernis eines Verteidigungswillens ablehnende Literaturansicht (GÜNTHER, in: SK/StGB, 31. Lfg., § 32 Rn. 135; ERB, in: MünchKomm/StGB, Bd. 1, 2. Aufl. (2011), § 32, Rn. 241) vertritt den Standpunkt, der in Notwehr Handelnde sei ohne Rücksicht auf seine Beweggründe gerechtfertigt, wenn er von der rechtfertigenden Sachlage Kenntnis hat. Denn die Motive allein könnten niemals über die Frage der Rechtmäßigkeit entscheiden, ihre Berücksichtigung überschreite vielmehr die Grenze zur sittlichen Beurteilung (so PERRON, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 28. Aufl. (2010), § 32 Rn. 63). Das in vorliegender Entscheidung vom Senat betonte Erfordernis des Verteidigungswillens habe zur Folge, dass ein Notwehrtäter, der in voller Kenntnis der dafür maßgeblichen sozialen Bedeutung seines Verhaltens das Richtige tut, dafür zu bestrafen sei, dass er aus falscher Gesinnung handelt. Das schaffe ein unzulässiges Gesinnungsstrafrecht (so ERB, NStZ-RR 2013, 371 (371 f.); ähnlich ENGLÄNDER, HRRS 2013, 389 (391)).

Für die Zusammensetzung des subjektiven Rechtfertigungselements aus den beiden Bestandteilen (Kenntnis von der rechtfertigenden Sachlage und Verteidigungswille) lässt

sich vorbringen: Zunächst ist (wie bereits oben unter 2.a. aufgezeigt) davon auszugehen, dass die vollständige Kompensierung des Unrechts (Erfolgsunwert und Handlungsunwert) objektive und subjektive Elemente auf Ebene der Rechtswidrigkeit benötigt. Vor diesem Hintergrund ließe sich argumentieren, die bloße Kenntnis der objektiven Rechtfertigungslage für sich allein genüge für diese vollständige Kompensierung nicht. Der Vorsatz auf Tatbestandsebene, der i. E. den Handlungsunwert verkörpere, erfordert ein kognitives und ein voluntatives Element („Wissen und Wollen“: Das Wissen um die objektive Lage und der Wille, trotzdem zu handeln). Geht man von einer spiegelbildlichen Betrachtung aus, dann lässt sich fordern, dass auf Rechtfertigungsebene neben die Kenntnis der objektiv rechtfertigenden Sachlage ein Wille zur Verteidigung zu treten habe (dazu KINDLER, FD-StrafR 2013, 347271).

Welcher Ansicht man auch folgen mag, in der Klausur sollte der Streit bekannt und die eine oder andere Ausführung für und gegen die jeweiligen Betrachtungsweisen möglich sein.

c. Die i. R. des § 32 StGB gestellten Anforderungen überträgt der Senat auf § 33 StGB. Das liegt (jedenfalls i. E.) auf der Linie von Teilen der Literatur (vgl. dazu KÜHL, StR AT, 7. Aufl. (2012), § 12 Rn. 149a m. w. N.; zudem ENGLÄNDER, HRRS 2013, 389 (392 f.)). Andere treten dem entgegen (etwa BRÜNING, ZJS 2013, 511 (517 f.)), die einen Verteidigungswillen

schon i. R. von § 32 StGB ablehnt; für § 33 StGB könne nichts anderes gelten). Der Senat argumentiert: Der Täter müsse „in einer objektiv gegebenen Notwehrlage“ die Grenzen der Notwehr (nach dem Senat „des Erforderlichen“, weite Teile der Literatur sehen hingegen ein Überschreiten der Grenze der Gebotenheit ebenso als Fall des intensiven Notwehrexzesses an, dazu KÜHL, StR AT, 7. Aufl. (2012), § 12 Rn. 151 f.) „bei der Angriffsabwehr“ überschritten haben. Eine solche Angriffsabwehr könne nur gegeben sein, wenn der Täter „in Kenntnis der die Notwehrlage begründenden Umstände“, und „mit Verteidigungswillen gehandelt hat“.

Weiterführend zu § 33 StGB (u. a. zum extensiven Notwehrexzess) die Hinweise zu BGH, JSE 4/2012, 117 (123) (ERNST/DOERBECK).

3. Zu der sich aufdrängenden Frage nach den Folgen des Fehlens des subjektiven Rechtfertigungselementes sei auf die Entscheidung des OLG Celle, Beschluss vom 25.01.2013 – 2 Ws 17 – 21/13 (ebenfalls in der vorliegenden Ausgabe der JSE besprochen) sowie die dortigen Hinweise verwiesen.

(Richter Guido Philipp Ernst)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG STRAFRECHT

Oberlandesgericht Celle

Folge des Fehlens des subjektiven Rechtfertigungselements

Beschluss vom 25.01.2013 – 2 Ws 17 – 21/13 = BeckRS 2013, 07170

Liegen die objektiven Voraussetzungen der Notwehr vor und fehlt es allein an den subjektiven Voraussetzungen des Notwehrtatbestandes, so entfällt das Erfolgsunrecht der begangenen Tat und bleibt es bei einer Strafbarkeit wegen Versuchs. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht):

Der Angeschuldigte A. – nach kurz zuvor erfolgter Knie-OP auf Krücken gestützt – wird beim Verlassen seines Hauses gegen 21 Uhr von fünf Tätern, darunter S., angegriffen. Einer der Täter stürzt sich auf ihn und nimmt ihn in den „Polizeigriff“. Während zwei der Täter A. festhalten und bewachen, beginnen die anderen Täter, das Haus des A. zu durchsuchen. Letzteren gelingt es, eine Türe zu öffnen, die zu einem Raum mit einem Geldschrank führt. In dem Moment, in dem sie beginnen, diesen Geldschrank zu durchsuchen, erklingt *„plötzlich ein ohrenbetäubendes Geräusch durch das Haus“*. Dieses führt

dazu, dass die Täter von Geldschrank und A. ablassen und *„in Panik“* wie ein *„Hühnerhaufen“* im Erdgeschoss des Hauses durcheinander laufen. Schließlich finden sie einen offenen Ausgang und verlassen das Haus. Alle fünf Täter laufen in den Garten und wollen durch diesen das Grundstück verlassen, zu ihrem Auto gelangen und wegfahren. Plötzlich ertönen zwei, vielleicht vier Schüsse und ein Aufschrei. A. hat *„zwischenzeitlich seine Pistole [...] ergriffen und feuerte mit dieser den Tätern hinterher. Eines der abgefeuerten Geschosse traf [...] S., als dieser die Terrassentür bereits passiert hatte und über die Terrasse in den Garten gelaufen war, in den Rücken, durchtrennte das Rückenmark und verletzte ihn tödlich. Er verstarb wenige Augenblicke, nachdem das Geschoss ihn getroffen hatte.“* S. hatte ein Portemonnaie des A., in dem sich Bargeld in Höhe von ca. 2.000 Euro befand, aus dem Haus entwendet und bei sich. Das wusste A. nicht.

Prozessgeschichte:

Mit der Anklageschrift legt die Staatsanwaltschaft dem A. zu Last, einen Menschen (S.) getötet zu haben, ohne Mörder zu sein. Das Landgericht hat die Eröffnung des Hauptverfahrens gemäß § 204 Abs. 1 StPO aus tatsächlichen Gründen abgelehnt. Gegen diesen Beschluss wenden sich die sofortigen Beschwerden der Nebenkläger.

Die Entscheidung:

Das Oberlandesgericht hat auf die sofortigen Beschwerden den Beschluss der großen Strafkammer des Landgerichts aufgehoben, die Anklage der Staatsanwaltschaft zugelassen und das Hauptverfahren vor der großen Strafkammer des Landgerichts als Schwurgericht eröffnet: *„Die sofortigen Beschwerden sind gemäß § 400 Abs. 2 StPO zulässig und erweisen sich auch als begründet. Entgegen der Auffassung der Kammer liegen die Voraussetzungen für die Eröffnung des Hauptverfahrens vor.“* Weiter der Senat: *„Nach § 203 StPO beschließt das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn der Angeeschuldigte nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint. Hinreichender Tatverdacht besteht, wenn eine Verurteilung des Angeeschuldigten überwiegend wahrscheinlich erscheint oder ein Zweifelsfall mit ungefähr gleicher Wahrscheinlichkeit von Verurteilung und Nichtverurteilung vorliegt, zu dessen Klärung die besonderen Erkenntnisse aus der Hauptverhandlung notwendig sind [Nachw.]“*

Der Senat wirft die Frage auf, *„ob hinreichender Tatverdacht im Hinblick auf einen vollendeten oder möglicherweise nur im Hinblick auf einen versuchten Totschlag anzunehmen ist“*.

Zunächst stimmt er der Kammer zu, die i. R. der Prüfung einer Rechtfertigung des Handelns des A. nach § 32 StGB eine Notwehrla-

ge als mit hinreichender Wahrscheinlichkeit gegeben ansah. Nach diesem Maßstab war A. einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf sein Eigentum (Geldbeutel mitsamt des Geldes) ausgesetzt, denn der Angriff des Getöteten war noch nicht beendet gewesen. Die Notwehrhandlung richtete sich gegen einen Angreifer. Da die Kammer auf Ebene der Grenzen der Notwehr nach dem Senat zutreffend eine Einschränkung des Notwehrrechts im Hinblick auf mögliche sozial-ethische Einschränkungen verneint hat, *„hängt die Frage, ob von einem hinreichenden Tatverdacht bezüglich eines vollendeten oder nur eines versuchten Totschlagsdeliktes auszugehen ist, davon ab, ob die Abgabe des Schusses erforderlich im Sinne des § 32 StGB gewesen ist“*. An dieser Stelle weist der Senat auf das Folgende hin: *„Liegen die objektiven Voraussetzungen der Notwehr vor und fehlt es allein an den subjektiven Voraussetzungen des Notwehrtatbestandes, so entfällt das Erfolgsunrecht der begangenen Tat und bleibt es bei einer Strafbarkeit wegen Versuchs [Nachw.]“* Die *„Frage, ob die Notwehrhandlung auch erforderlich gewesen wäre, [...] ist [...] notwendige Voraussetzung dafür, dass von der Vollendungsstrafbarkeit zur Versuchsstrafbarkeit übergegangen wird, denn nur dann, wenn alle objektiven Notwehrvoraussetzungen gegeben sind, also auch die Erforderlichkeit, entfällt das Erfolgsunrecht, sodass es bei einer Versuchsstrafbarkeit bleibt. Dementsprechend kommt es im vorliegenden Fall darauf an, ob die Abgabe des Schusses im Hinblick auf den gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff des Ge-*

töteten auf das Eigentum des Angeschuldigten eine erforderliche Verteidigungshandlung war, um den Angriff auf das Eigentum sofort und mit Sicherheit zu beenden.“

Sodann wendet sich der Senat der Prüfung der Erforderlichkeit zu. Beim Einsatz einer Schusswaffe ist zu beachten, „dass der Angegriffene in der Regel gehalten ist, den Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen, oder, sofern dies nicht ausreicht, wenn möglich vor dem tödlichen einen weniger gefährlichen Einsatz zu versuchen [Nachw.]. Im Hinblick auf den danach grundsätzlich zunächst abzugebenden Warnschuss ist aber zu berücksichtigen, dass ein solcher Warnschuss in der gegebenen Situation nicht sicher zur Beendigung des Angriffs geführt hätte. Die Täter waren bereits auf der Flucht und hatten das Haus des Angeschuldigten bereits verlassen oder waren gerade dabei. In dieser Situation hätten die Täter bei einem Warnschuss ihre Flucht fortsetzen und daher ‚im Dunkel der Nacht verschwinden können‘ [...]. Ein Warnschuss hätte also hier nicht sicher zur Beendigung des Angriffs geführt und möglicherweise keine weiteren Verteidigungsmittel mehr zugelassen, da die Täter dann hätten außerhalb des Schussfelds sein können, sodass dem Angeschuldigten dann keine weiteren Verteidigungsmittel zur Verfügung gestanden hätten. Anders verhält sich dies jedoch hinsichtlich des grundsätzlich zu verlangenden zunächst weniger gefährlichen Einsatzes der Schusswaffe.“ Ob A. zunächst tatsächlich versucht hat, „auf die Beine des Getöteten zu zielen,

und lediglich versehentlich den Rücken getroffen“ hat, ist „ein Umstand, der den besseren Erkenntnismöglichkeiten der Hauptverhandlung überlassen werden muss“. Diese Frage „ist von zahlreichen Umständen abhängig, insbesondere vom Schusskanal [, ...] von den Schießqualitäten des Schützen“ und dem exakten Ablauf des Geschehens. „Zur Klärung der Frage, ob ein gezielter Beinschuss ausgereicht hätte, den Angriff auf das Eigentum des Angeschuldigten sofort und sicher zu beenden und ob der Angeschuldigte tatsächlich auf die Beine des Getöteten geschossen hat, und dieser Schuss nur verunglückt ist, bedarf es der Klärung durch die Hauptverhandlung, naheliegenderweise auch unter Heranziehung eines Schusssachverständigen.“ Nach gegebenem Ermittlungsstand tendiert der Senat demnach zur Verneinung der Erforderlichkeit. Dann würde § 32 StGB nicht eingreifen, eine Rechtfertigung entfielen.

Zur Frage einer möglichen Entschuldigung des Handelns des A. merkt der Senat an, dass „mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen wäre, dass die Voraussetzungen des § 33 StGB gegeben wären. Auch § 33 StGB setzt nämlich voraus, dass der Verteidiger bei tatsächlich bestehender Notwehrlage im Exzess mit Verteidigungsabsicht handelt [Nachw.]. Die Notwehrüberschreitung muss auf einer Wahrnehmung des Angriffs beruhen [Nachw.]. Diesbezüglich ist gegenwärtig davon auszugehen, dass der Angeschuldigte sich eines Angriffs auf sein Eigentum gerade nicht bewusst war und ein Angriff auf Leib

oder Leben nicht vorlag. Nach Aktenlage ist demnach [...] gegenwärtig von einem hinreichenden Tatverdacht auch eines vollendeten Tötungsdeliktes auszugehen.“

Hinweise:

1. Dieser Beschluss ergänzt (und wiederholt) die ebenfalls in der vorliegenden Ausgabe der JSE besprochene Entscheidung des BGH (Urteil vom 25.04.2013 – 4 StR 551/12). Er behandelt in einem anschaulichen Beispiel Problembereiche, die ab der Anfängerübung gerne abgeprüft werden. Nicht zuletzt die „prozessuale Einkleidung“ macht die Entscheidung auch für Rechtsreferendare interessant.

2. Der Senat macht deutlich, dass selbst bei Wahrung der Grenze der Erforderlichkeit nach gegebenem Ermittlungsstand Freispruch nicht die Folge wäre:

a. Danach war A. der (noch gegenwärtige) Angriff auf sein Eigentum „nicht bewusst“. Es liegt also mit hinreichender Wahrscheinlichkeit das (notwendige, siehe BGH, Urteil vom 25.04.2013 – 4 StR 551/12 sowie die dortigen Hinweise) subjektive Rechtfertigungselement von vornherein nicht vor.

b. Bei der Frage nach den Konsequenzen des Fehlens des subjektiven Rechtfertigungselements lässt der Senat erkennen, dass er mit Recht der sog. Versuchs- und nicht der sog. Vollendungslösung (ebenso GÜNTHER, in: SK/StGB, 31. Lfg., Vor § 32 Rn. 91;

KINDHÄUSER, in: NK/StGB, 4. Aufl. (2013), § 32 Rn. 148; ERNST, ZJS 2011, 382 (384)) anhängt. Danach wäre in vorliegendem Falle (bei unterstellter Wahrung der Grenze der Erforderlichkeit) am Ende der gedachten (künftigen) Hauptverhandlung eine Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags die Folge.

Die Anhänger der Vollendungslösung meinen zwar, nur das Vorliegen der objektiven und subjektiven Rechtfertigungselemente würde zu einem Unrechtsausschluss führen. Die Einstellung des ohne subjektiven Elements Handelnden zur Rechtsordnung sei mit der Situation, in der eine Notwehrlage objektiv nicht vorliegt, vergleichbar. Es könne ihm nicht zu Gute kommen, dass er aus Zufall das (objektiv) Richtige tat. Diese Umstände hätten auf seine Motivation keinen Einfluss gehabt (HEINRICH, Jura 1997, 366 (374)). Diese Betrachtungsweise lässt indes unbeachtet, dass der Unwertgehalt der Tat dieses Täters auf den Handlungsunwert (die „kriminelle Energie“, den „bösen Willen“) beschränkt ist. Der mit der Tatbestandsverwirklichung verknüpfte Erfolgswert wird durch die objektiv gegebene rechtfertigende Lage kompensiert (vgl. SEIER, JuS 1978, 692 (695)). Das entspricht der Situation eines (untauglichen) Versuchs (GÜNTHER, in: SK/StGB, 31. Lfg., Vor § 32 Rn. 91; SEIER, JuS 1978, 692 (695)). Es sind die Versuchsregeln analog anzuwenden (zum Vorstehenden sowie Aufbaufragen in der Klausur ausf. und m. w. N. ERNST, ZJS 2011, 382 (384 f.)).

(Richter Guido Philipp Ernst) ▶ [Inhaltsverzeichnis](#)



MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

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

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

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

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

RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

Abgeordnetenbeobachtung durch den Verfassungsschutz

Beschluss vom 17.09.2013 – 2 BvR 2436/10,
2 BvE 6/08

Das Bundesverfassungsgericht hatte sich in dem hier besprochenen Beschluss mit folgendem Sachverhalt auseinanderzusetzen:

Der Beschwerdeführer „war ab Oktober 1999 Mitglied des Thüringer Landtags, von Oktober 2005 bis September 2009 Mitglied des Deutschen Bundestags und der Fraktion DIE LINKE sowie deren stellvertretender Fraktionsvorsitzender. Seit Herbst 2009 ist er Vorsitzender der Fraktion DIE LINKE im Thüringer Landtag.“

Das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) beobachtete einzelne Mitglieder des Deutschen Bundestages, die allesamt der Fraktion DIE LINKE angehörten, unter anderem auch den Beschwerdeführer, über den sie seit 1986 eine Personenakte anlegte. Die dort gesammelten Informationen betreffen dessen „Tätigkeit in der und für die Partei sowie seine Abgeordnetentätigkeit. Zwar waren sein Abstimmungsverhalten und seine Äußerungen im Parlament nicht Inhalt der Akte, gleich-

wohl wertete das BfV parlamentarische Drucksachen aus und gewann auch über sonstige politische Aktivitäten des Beschwerdeführers Informationen.“

Der Beschwerdeführer rügte im Wege einer Verfassungsbeschwerde eine Verletzung seines Rechts auf ein freies Mandat, Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG, dadurch, dass er – ohne individuell verdächtig zu sein oder Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung zu verfolgen – allein aufgrund seiner Mitgliedschaft und seiner Funktion in der Partei DIE LINKE beobachtet werde.

Die Verfassungsbeschwerde hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist:

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG

Diese ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i. V. m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG.

II. Beschwerdefähigkeit

Beschwerdefähig ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG jedermann, mithin auch der Beschwerdeführer.

III. Beschwerdegegenstand

Tauglicher Gegenstand ist jeder Akt öffentlicher Gewalt, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Hier wendet sich der Beschwerdeführer gegen ein Urteil des BVerwG, das die Überwachung

noch für rechtmäßig erklärt hatte. Dieses letztinstanzliche Urteil ist ein Akt öffentlicher Gewalt i. S. d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und damit tauglicher Beschwerdegegenstand.

Klausurhinweis:

In Verfassungsbeschwerden gegen Urteile bereitet oftmals die Frage, auf welchen Akt – die ursprüngliche Maßnahme, die vorinstanzlichen Urteile oder das letztinstanzliche Urteil – letztlich als Beschwerdegegenstand abzustellen ist, Kopfzerbrechen. Diese Frage spielt für die Zulässigkeit jedoch keine große Rolle:

Mit dem BVerfG ist davon auszugehen, dass jeder dieser Akte zwar grundsätzlich eigenständig Gegenstand einer Urteilsverfassungsbeschwerde sein kann. Dies führt jedoch nicht dazu, dass mehrere Verfassungsbeschwerden vorliegen, selbst wenn der Beschwerdeführer alle Maßnahmen rügt. Vielmehr ist stets von einer einheitlichen Verfassungsbeschwerde auszugehen.¹ Die Unterteilung in einzelne Beschwerdegegenstände wird hingegen erst i. R. d. des Rechtsfolgenausspruchs, Art. 95 II BVerfG, relevant, da hier das Gericht an jeden einzelnen Beschwerdegegenstand verschiedene Rechtsfolgen knüpfen kann.

An dieser Stelle genügt es daher, auf das letztinstanzliche Urteil als tauglichen Beschwerdegegenstand abzustellen. Dies gilt umso mehr, wenn im Sachverhalt davon gesprochen wird, dass sich der Beschwerdeführer gerade gegen das letztinstanzliche Urteil wendet. Dieses ist in jedem Fall tauglicher Beschwerdegegenstand.

IV. Beschwerdebefugnis

Klausurhinweis:

Wie stets besteht hier für den Bearbeiter die Gefahr, durch zu lange Ausführungen die Klausur zu „kopflastig“ auszugestalten. Gleichwohl erscheint dies der richtige Ort für die Diskussion um die Frage, ob es sich bei dem Recht auf ein freies Mandat, Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG, auf das sich der Beschwerdeführer stützt, um ein solches Recht handelt, dessen Nichtbeachtung durch die öffentliche Gewalt im Wege der Verfassungsbeschwerde gerügt werden darf.

Gerade diese Streitfrage, die bei schneller Lektüre des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG leicht zu übersehen ist, macht die Besonderheit des hier vorliegenden Beschlusses aus und sorgt für die besondere Relevanz dieser Entscheidung für die universitäre Ausbildung.

Der Beschwerdeführer müsste nach § 90 Abs. 1 BVerfGG behaupten, möglicherweise durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder der dort genannten, sog. „grundrechtsgleichen“ Rechten verletzt zu sein.

Erforderlich ist, dass es sich bei Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG um ein solches beschwerdefähiges Recht handelt.

Dies ist dann der Fall, wenn Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG in ähnlicher Weise wie die übrigen dort genannten Vorschriften Individualrechte garantiert. Denn die Verfassungsbeschwerde ist ein dem individuellen Grundrechtsschutz vorbehaltenes Instrument. Mit ihr soll

¹ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte/Staatsrecht II, Rn. 1233.

der Bürger seine grundrechtlich gewährleisteten Garantien gegenüber dem Staat durchsetzen.² Diese können in Form von Abwehrrechten bestehen (status negativus), aber auch in Form von Aktivrechten (status activus).

Es stellt sich daher die Frage, ob sich der Abgeordnete, wenn er sich auf Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG beruft, dem Staat in einem status-activus-Verhältnis gegenüber sieht, das ihm die Befugnis zur Durchsetzung seiner Rechte im Wege der Verfassungsbeschwerde verleiht:

Das Recht auf das freie Mandat steht dem Abgeordneten nicht als Bürger oder gar als Mensch zu und dient ihm nicht dazu, aktiv am Staatsleben teilzunehmen.

Vielmehr ist es Ausdruck des ihm vom Staat eingeräumten Status als Abgeordnetem – dieser Status ist aber rein organschaftlicher Natur.³ Die sich hieraus ergebenden Rechte sind daher organschaftliche Rechte und nicht ohne weiteres vergleichbar mit (staatsbürgerlichen) Aktivrechten wie dem Recht „jedes“ Bürgers auf Zugang zu öffentlichen Ämtern, Art. 33 Abs. 2 GG, oder den jedem Bürger zustehenden „Justiz-Grundrechten“, Art. 101, 103, 104 GG, welche von Art. 93 I Nr. 4a GG genannt werden.

Tritt der Abgeordnete dem Staat nun aber als Verfassungsorgan(teil) gegenüber, so hat das die verfahrensrechtliche Konsequenz, dass er seine organschaftlichen Rechte im Wege des Organstreitverfahrens, Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, durchsetzen kann und muss.⁴ Die grundrechtsgestützte Verfassungsbeschwerde erscheint insoweit nicht der richtige Rechtsbehelf zu sein.

Dementsprechend wurde der Verweis des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a und des § 90 I BVerfGG auf Art. 38 GG bisher überwiegend so verstanden, dass lediglich die Rechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG im Wege der Verfassungsbeschwerde durchgesetzt werden können.⁵ Denn Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG garantiert jedem Einzelnen (Wahlberechtigten) ein individuelles Recht auf eine allgemeine, unmittelbare, freie, gleiche und geheime Wahl und ist damit Ausprägung des status activus.

Diesem Verständnis tritt das BVerfG in der hier besprochenen Entscheidung nun entgegen:

Zwar stellt es zunächst fest, dass „[n]ach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts [...] ein Abgeordneter zwar nicht im Wege der Verfassungsbeschwerde um seine Abgeordnetenrechte mit einem Staatsorgan streiten [könne] (vgl. BVerfGE 32, 157 [162]; 43, 142 [148, 150]; 64, 301 [312]; 99, 19 [29]), [denn] die Verfassungsbeschwerde [sei]

² BVerfGE 1, 102; 116, 59.

³ Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 90 Rn. 38.

⁴ Ebd.

⁵ Vgl. etwa BVerfGE 6, 445 oder Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 90 Rn. 38.

kein Mittel zur Austragung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Staatsorganen (BVerfGE 15, 298 [302]; 43, 142 [148]; 64, 301 [312])“.

Gleichwohl sei die Verfassungsbeschwerde auch dann statthaft, soweit ein Abgeordneter die Verletzung eines Rechts, das sich aus seinem Status ergibt, in keinem anderen Verfahren vor dem BVerfG geltend machen kann.⁶

Schließlich spreche „[s]chon der Wortlaut des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG [...] nicht dafür, dass das Grundgesetz die Bedeutung der Rechte des Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG durch Herausnahme dieser Vorschrift dadurch schmälern wollte, dass es die verfassungsrechtliche Kontrolle auf deren Wahrung nicht erstreckt (vgl. BVerfGE 108, 251 [268])“.

Da das angegriffene Urteil im vorliegenden Fall nicht das Verhältnis des Beschwerdeführers zu einem anderen Verfassungsorgan oder zu dessen Teilen berührt, sondern sein Verhältnis zum Bundesamt für Verfassungsschutz als einer Bundesoberbehörde, ist der Weg über das Organstreitverfahren hier nicht möglich.

Mithin stellt Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG im konkreten Fall ein beschwerdefähiges Recht i. S. d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG dar.

⁶ So auch schon BVerfG 108, 251.

Klausurhinweis:

Die Entscheidung des BVerfG, die Verfassungsbeschwerde auch der Durchsetzung organschaftlicher Rechte zu öffnen, erscheint jedenfalls bedenklich. So schwimmt die bisherige Trennung zwischen den mit der Verfassungsbeschwerde durchsetzbaren Grundrechten bzw. grundrechtsgleichen Rechten und den mit dem Organstreitverfahren durchsetzbaren organschaftlichen Rechten.

So sind nach dieser Lesart nunmehr auch organschaftliche Rechte im Wege der Verfassungsbeschwerde durchsetzbar, sofern das Gegenüber kein Verfassungsorgan ist. Damit entscheidet über die Frage nach der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht mehr die Beschwerdebefugnis, sondern der „Beschwerdegegner“ – ein bisher weitgehend Unbekannter i. R. d. Zulässigkeitsprüfung der Verfassungsbeschwerde. Die im Rahmen dieser Entscheidung gestellten Anträge auf ein Organstreitverfahren waren jedenfalls entweder nicht statthaft oder die Antragssteller nicht antragsbefugt.

Die Argumentation des BVerfG bleibt dabei insgesamt wagen: So beruft es sich darauf, dass sich im Einzelfall nicht nur aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG, sondern auch aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG ein mit den übrigen in § 90 Abs. 1 BVerfGG vergleichbares Individualrecht ergeben könne. Worin genau dies besteht, bleibt jedoch unklar. Auch der angestrebte Verweis auf BVerfG 108, 251 – Abgeordnetenbüro schafft diesbezüglich keine Klarheit: hier ergebe sich ein individuelles Recht auf Auskunftsverweigerung – zwar nicht für „jedermann“, wohl aber für „jeden Abgeordneten“ – aus dem Zusammenspiel des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 mit Art. 47 GG.

Daran, dass der Abgeordnete sein Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG nach herkömmlichem Verständnis nur im Wege des Organstreitverfahrens durchsetzen kann, ändert sich auch dann nichts, wenn der Abgeordnete zugleich eine Grundrechtsverletzung rügt, etwa weil er sich zugleich in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt sieht. Greift der Akt der hoheitlichen Gewalt, der auf den Status des Abgeordneten zielt, ausnahmsweise in dessen grundrechtlich geschützte Privatsphäre ein, so steht ihm die Verfassungsbeschwerde offen. Für die spezifische Verletzung des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG bleibt aber auch dann allein der Organstreit der richtige Weg. Ein gegenseitiges „Aufladen“ kommt nicht in Betracht.⁷

Das BVerfG hat zum Verhältnis des hier möglicherweise ebenfalls betroffenen Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zum Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 nicht mehr Stellung bezogen, weil es allein einen Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 Satz 2 im Rahmen der Begründetheit für ausreichend erachtet hat und auf die übrigen möglichen Rechtsverletzungen deshalb nicht mehr eingegangen ist.

Dass der Beschwerdeführer hier selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinem Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG durch die Überwachung, die hier ohne individuell verdächtig zu sein oder Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung zu verfolgen, sondern allein aufgrund seiner Mitgliedschaft und seiner Funktion in der Partei DIE LINKE erfolgte, verletzt ist, erscheint zumindest möglich.

⁷ Vgl. auch BVerfGE 43, 148 f.

Klausurhinweis:

Ob tatsächlich ein Verstoß gegen dieses Recht vorliegt, ist dann – wie üblich – eine Frage der Begründetheit.

V. Rechtswegerschöpfung, § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG

Der Beschwerdeführer müsste zunächst den gegen die von ihm angegriffene Maßnahme eröffneten Rechtsweg vollständig beschritten haben. Hier wendet sich der Beschwerdeführer gegen ein letztinstanzliches Urteil des BVerwG. Gegen dieses Urteil ist kein Rechtsweg mehr gegeben.

VI. Form und Frist

Die Form des § 23 Abs. 1 BVerfGG und die Monatsfrist des § 93 Abs. 1 Satz 1 GG sind gewahrt.

Zwischenergebnis:

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

B. Begründetheit

Klausurhinweis:

Wie stets bei einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil, sollte der Bearbeiter zunächst den vom BVerfG angestrebten Prüfungsmaßstab definieren. Stichworte, die von jedem Korrektor gern gesehen werden, sind: „Das BVerfG ist keine Superrevisionsinstanz“ und „Prüfungsmaßstab ist allein die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts“.

Gleichwohl sollten diese Phrasen noch durch einen oder zwei (Neben-)Sätze mit „Leben“ gefüllt werden.

Fraglich ist, ob die Verfassungsbeschwerde begründet ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das BVerfG im Rahmen einer Beschwerde, die sich gegen ein letztinstanzliches Urteil wendet, nicht die Funktion einer Superrevisionsinstanz übernimmt. Eine Urteilsverfassungsbeschwerde ist daher nicht schon deshalb begründet, weil das angegriffene Urteil gegen materielles Recht verstößt und der Beschwerdeführer bereits dadurch in seinem Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist. Vielmehr prüft das BVerfG i. R. d. Urteilsverfassungsbeschwerde nur die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.

Eine Verletzung liegt dann vor, wenn das erkennende Gericht den Einfluss spezifischen Verfassungsrechts bei seiner Entscheidung grundlegend verkannt hat.

Klausurhinweis:

Der Bearbeiter sollte sodann nicht „blind“ dem üblichen und von ihm verinnerlichten „klassischen“ dreistufigen Aufbau einer Begründetheitsprüfung (Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung) folgen, da es hier – wie oben gezeigt – nicht um eine Verletzung eines Freiheitsgrundrechts geht. Einen eigenständig zu definierenden, „eingriffsfähigen“ Schutzbereich, wie ihn ein dem Staat vorausliegendes Grundrecht innehat, kann ein vom Staat gewährtes Recht wie das aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 nicht haben. Ein solches Recht kann daher allenfalls „verletzt“ werden.

Es bietet sich daher ein zweistufiger Aufbau an, untergliedert in I. Verletzung des Rechts aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 und II. Rechtfertigung. Von einem „Eingriff“ zu sprechen, wäre gleichwohl nicht verkehrt, bemüht doch auch das BVerfG diesen Begriff in seiner hier zur Rede stehenden Entscheidung.

I. Verletzung des Rechts auf das freie Mandat

Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG schützt zunächst die freie Willensbildung des Abgeordneten, die auch bei seiner tatsächlichen Mandatsausübung zu Tage tritt.⁸ Doch dieser Schutz bleibt nicht allein auf den Abgeordneten beschränkt. So steht *„das Gebot freier Willensbildung [...] in engem Zusammenhang mit dem Grundsatz der parlamentarischen Demokratie gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG“*. Gemeinsam bezwecken sie auch den *„Schutz der Kommunikationsbeziehung zwischen den Abgeordneten [als Vertreter des Volkes] und den Wählerinnen und Wählern vor gezielter staatlicher Beeinflussung und staatlicher Abschreckung“*. Gewährleistet wird insbesondere, dass den Abgeordneten *„die von ihm zu vertretenden, in die politische Willensbildung des Deutschen Bundestages einzuspeisenden Meinungen und Interessen unverzerrt und ohne staatliche Beeinflussung erreichen können“*.

Die – wie im vorliegenden Fall erfolgte – systematische Sammlung und Auswertung öffentlich zugänglicher Informationen kann

⁸ Vgl. BVerfG 80, 218; 99, 32; 118, 324.

die von Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG geschützte Kommunikationsbeziehung des Abgeordneten mit den Bürgern nachteilig beeinflussen, führt sie doch zu einer Stigmatisierung des Abgeordneten und zu einem möglicherweise eintretenden „Abschreckungseffekt“ dergestalt, dass der Bürger von einer Kontaktaufnahme bereits aufgrund der bloßen Möglichkeit einer staatlichen Registrierung von Kontakten absieht.

Zugleich gewährleistet Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG *„die Freiheit der Abgeordneten von exekutiver Beobachtung, Beaufsichtigung und Kontrolle und steht insoweit in engem Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG“*.

Während einerseits die Kontrolle der Exekutive zu den Kernaufgaben des Parlaments gehört, gilt dies nicht auch umgekehrt. Denn das Parlament erfährt eine *„demokratische ‚Kontrolle‘ [...] vor allem durch die Wähler, die im Akt der Wahl gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG die Konsequenz aus ihrer Beurteilung der Tätigkeit von regierender Mehrheit und Opposition ziehen“*.

Dies bedeutet zwar nicht, dass die *„einzelnen Abgeordneten [...] von vornherein jeder exekutiven Kontrolle entzogen [sind]. Diese ist jedoch in erster Linie eine eigene Angelegenheit des Deutschen Bundestages, der dabei im Rahmen der Parlamentsautonomie handelt.“*

Die Beobachtung eines Abgeordneten durch Behörden des Verfassungsschutzes kehrt

eben diesen im Grundgesetz vorgesehenen typischen Kontrollzusammenhang zwischen Legislative und Exekutive um und stellt bereits aus diesem Grund einen Eingriff in die Freiheit des Abgeordnetenmandats dar, ohne dass es noch auf eine faktische Beeinflussung der parlamentarischen Willens- und Entscheidungsbildung ankommt.

II. Rechtfertigung

Der in der Beobachtung eines Abgeordneten durch Behörden des Verfassungsschutzes und der damit verbundenen Sammlung und Speicherung von Daten liegende Eingriff in das freie Mandat kann im Einzelfall im Interesse des Schutzes der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerechtfertigt sein (1), bedarf aber einer Rechtsgrundlage, die den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts genügt (2), und unterliegt strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen (3).

1. Möglichkeit der Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG

Auch die Freiheit des Mandats ist nicht schrankenlos gewährleistet, sondern kann durch andere Rechtsgüter von Verfassungsrang begrenzt werden. Solche anerkannten Rechtsgüter sind insbesondere *„die Repräsentationsfunktion und die Funktionsfähigkeit des Parlaments“* sowie *„der Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundord-*

nung“, da das Grundgesetz sich für eine streitbare Demokratie entschieden hat.⁹

2. Taugliche Rechtsgrundlage

Als solche kommt § 8 Abs. 1 Satz 1 und § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG i. V. m. § 4 Abs. 1 Satz 1 lit. c BVerfSchG in Betracht. Zwar nehmen diese nicht ausdrücklich auf die Rechte der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG Bezug, gleichwohl war bei Erlass der Normen im Jahr 1990 allgemein bekannt, dass auch Abgeordnete beobachtet wurden, so dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Beobachtung von Abgeordneten von diesen 1990 geschaffenen Vorschriften im Bundesverfassungsschutzgesetz nicht umfasst sein sollte.

„Der besonderen Schutzwürdigkeit von Abgeordneten hat der Gesetzgeber zudem ausreichend Rechnung getragen, indem § 8 Abs. 5 BVerfSchG die einfachgesetzliche Anordnung enthält, dass die Beobachtung verhältnismäßig sein muss. [...] Die Befugnisnorm in § 8 BVerfSchG ermöglicht und verlangt folglich die Berücksichtigung aller betroffenen Belange und damit auch der Tatsache, dass die Tätigkeit der beobachteten Person dem besonderen Schutz des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG unterliegt.“

⁹ Vgl. dazu auch BVerfGE 5, 137 ff.; 13, 49 f.; 28, 48 f.; 30, 19 ff.: Verfassungsfeinde sollen „nicht unter Berufung auf Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden, beeinträchtigen oder zerstören dürfen“.

3. Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit

Die Beobachtung von Abgeordneten durch Behörden des Verfassungsschutzes stellt wie gezeigt eine Einwirkung der Exekutive auf Teile der Legislative dar, die die repräsentative demokratische Willensbildung berührt. Für deren Rechtfertigung müssen daher zumindest ähnlich strenge Anforderungen gelten wie für besonders schwere Eingriffe in die Rechte der Abgeordneten durch das Parlament selbst.

„Der Eingriff in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG, der in der Beobachtung eines Abgeordneten durch Behörden des Verfassungsschutzes liegt, unterliegt daher strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen.“

So ist die Beobachtung eines Abgeordneten durch Verfassungsschutzbehörden „nur dann zulässig, wenn sie erforderlich ist und die Abwägung im Einzelfall ergibt, dass dem Interesse am Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung Vorrang vor den Rechten des betroffenen Abgeordneten gebührt“. Im Rahmen der Abwägung maßgeblich ist dabei insbesondere das Gewicht des Eingriffs, der Grad der von dem Abgeordneten ausgehenden Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und das Gewicht der durch eine Beobachtung zu erwartenden Informationen für den Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung.

Ein Überwiegen des Interesses am Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung kommt vor allem dann in Betracht, *„wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Abgeordnete sein Mandat zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht oder diese aktiv und aggressiv bekämpft“*.

Vorliegend ist der Beschwerdeführer aber gerade nicht individuell verdächtig, verfassungsfeindliche Bestrebungen zu verfolgen. Vielmehr erfolgte die Beobachtung allein aufgrund seiner Zugehörigkeit zur Partei DIE LINKE.

Zwar kann auch die Parteimitgliedschaft des Abgeordneten *„ein Aspekt der gebotenen Gesamtbeurteilung sein“*. Dabei ist nach der Wertung von Art. 21 GG jedoch *„davon auszugehen, dass ein parteipolitisches Engagement, welches seinerseits auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung steht, diese stärkt“*. Insbesondere die Annahme des BVerwG, die bloße Tätigkeit des Beschwerdeführers für die Partei sei bereits objektiv geeignet, die dortigen verfassungsfeindlichen Bestrebungen zu unterstützen, auch wenn der Beschwerdeführer selbst auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung stünde, ist vor diesem Hintergrund verfassungsrechtlich nicht haltbar.

Selbst wenn im Bezug auf einzelne Untergliederungen der Partei DIE LINKE tatsächliche

Anhaltspunkte für den Verdacht verfassungsfeindlicher Bestrebungen bestehen, so gehört der Beschwerdeführer jedoch weder zu den Angehörigen noch zu den Unterstützern der betreffenden Untergliederungen innerhalb der Partei, weshalb *„Anhaltspunkte dafür, dass das politische Verhalten des Beschwerdeführers als Abgeordneter von den gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichteten Anschauungen betreffenden Gruppierungen beeinflusst worden wäre“*, fehlen.

Das BVerwG habe deshalb verkannt, dass vom Beschwerdeführer selbst folglich auch unter Einbeziehung seines Verhältnisses zu der Partei DIE LINKE und den dort vorhandenen Strömungen kein relevanter Beitrag zu einer Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ausging.

Die bloße Parteimitgliedschaft vermochte daher *„nur eine vorübergehende Beobachtung zu rechtfertigen, die der Klärung der Funktionen des Abgeordneten, seiner Bedeutung und Stellung in der Partei, seines Verhältnisses zu verfassungsfeindlichen Strömungen sowie der Beurteilung von deren Relevanz innerhalb der Partei und für das Wirken des Abgeordneten dient“*.

Bei einer Gesamtabwägung aller Umstände stehen daher die vom BVerwG angenommenen geringfügigen zusätzlichen Erkenntnisse für die Ermittlung eines umfassenden Bildes über die Partei außer Verhältnis zu der

Schwere des Eingriffs in das freie Mandat des Beschwerdeführers.

Eine weitere Begrenzung der Überwachung statuiert Art. 46 Abs. 1 Satz 1 GG, wonach ein Abgeordneter zu keiner Zeit wegen seiner Abstimmung oder wegen einer Äußerung, die er im Bundestag oder in einem seiner Ausschüsse getan hat, gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst außerhalb des Bundestages „zur Verantwortung gezogen“ werden darf.

Diese Vorschrift ist nach *„ihrem Wortlaut und ihrem Sinn und Zweck, die Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments zu sichern und den Abgeordneten zu schützen, weit zu verstehen [, weshalb sich] der Schutz des Art. 46 Abs. 1 GG [...] auch auf Maßnahmen der Verfassungsschutzbehörden“* bezieht.

Zwar hat das BfV den Kernbereich der parlamentarischen Tätigkeit des Beschwerdeführers, namentlich sein Abstimmungsverhalten sowie seine Äußerungen im Parlament und in dessen Ausschüssen, von der Beobachtung ausgenommen; gleichwohl erfolgte aber eine Sammlung und Auswertung parlamentarischer Drucksachen, ohne dass die oben dargestellte Abwägung stattgefunden hat. Auch dies hat das BVerwG bei seiner Urteilsfindung verkannt.

III. Ergebnis

Die langjährige Beobachtung des Beschwerdeführers, die einen Eingriff in Art. 38 Abs. 1

Satz 2 GG darstellt, genügt den strengen Anforderungen, die an die Verhältnismäßigkeit einer solchen Beobachtung zu stellen sind, nicht. Die Beobachtung war daher nicht gerechtfertigt. Dies hat das BVerwG in seinem Urteil verkannt.

Die Verfassungsbeschwerde ist daher begründet, die angegriffene Entscheidung wird aufgehoben.

Klausurhinweis:

Im Bereich der Begründetheit hält die Entscheidung keine Überraschung bereit. Ihre wesentliche Kernaussage ist darin zu sehen, dass das BVerfG noch einmal die hohen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit betont, die an die Verfassungsmäßigkeit einer Überwachung von Abgeordneten zu stellen sind. Dass dem so ist, liegt nicht zuletzt auch am Gewaltenteilungsgrundsatz, denn grundsätzlich soll das Parlament als bestlegitimiertes Organ im Staat die Exekutive kontrollieren und nicht umgekehrt. Soll doch ausnahmsweise eine Kontrolle seitens der Verwaltung erfolgen, so hat sich diese an hohen Anforderungen messen zu lassen. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist für derartige Ausführungen der richtige Ort.

Um die Schwierigkeit des Falles (scheinbar) zu erhöhen, kann der Sachverhalt dergestalt umgewandelt werden, dass es sich anstatt um einen Bundestagsabgeordneten um einen Landtagsabgeordneten handelt. Es ist dann darzulegen, dass die Freiheit des Abgeordneten von exekutiver Beobachtung, Beaufsichtigung und Kontrolle über Art. 28 Abs. 1 GG auch für die Mitglieder der Volksvertretungen in den Ländern gilt. Tatsächlich war der Beschwerdeführer in der hier dargestellten Entscheidung auch Landtagsabgeordneter – aus Platz-

gründen wurde er aber zum bloßen Bundestagsabgeordneten. Die Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG wäre selbst dann zulässig, da der Beschwerdeführer das Urteil eines Bundesgerichts angreift.

(Jonas Ludwig / Moritz Stilz)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverwaltungsgericht

Frist für Stellung eines Normenkontrollantrags bei Geltendmachung der nachträglichen Rechtswidrigkeit einer Norm

Beschluss vom 22.07.2013 – 7 BN 1/13

Jedenfalls für Normenkontrollanträge nach § 47 Absatz 1 Nummer 2 VwGO gilt die Antragsfrist von einem Jahr nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift auch dann, wenn der Antragsteller geltend macht, die Rechtsvorschrift sei erst nach ihrer Bekanntmachung infolge einer Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse rechtswidrig geworden. (Leitsatz des Gerichts)

Sachverhalt:

Die Antragsteller wenden sich im Wege der Normenkontrolle gegen § 4 der Verordnung der Antragsgegnerin über die Entsorgung bestimmter pflanzlicher Gartenabfälle außerhalb von Abfallentsorgungsanlagen durch Verbrennen – Gartenabfallverordnung (GartAbfVO). Die Vorschrift lässt das Verbrennen von pflanzlichen Gartenabfällen in der Zeit vom 1. Oktober bis zum 30. Novem-

ber und vom 1. Februar bis zum 15. März unter bestimmten Bedingungen zu. Das Oberverwaltungsgericht hat den am 04.06.2012 gestellten Normenkontrollantrag als unzulässig abgelehnt, weil er nicht innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der GartAbfVO beim Gericht eingegangen ist. Eine Abweichung von der Ausschlussfrist des § 47 Absatz 2 Satz 1 VwGO sei auch nicht deshalb geboten, weil die GartAbfVO – wie die Antragsteller ergänzend vortrügen – jedenfalls nicht mehr mit dem am 01.06.2012 in Kraft getretenen Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen (KrWG) vereinbar sei. Auch die Vereinbarkeit der GartAbfVO mit dem neuen KrWG könne im Rahmen der den Antragstellern eröffneten indirekten Rechtsschutzmöglichkeiten überprüft werden.

Das Oberverwaltungsgericht hat in seinem Beschluss die Revision nicht zugelassen. Hiergegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde der Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht.

Wesentliche Entscheidungsgründe:

Die Antragsteller wollten vom Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde (vgl. § 133 VwGO) rechtsgrundsätzlich geklärt haben, ob der Ablauf der Antragsfrist des § 47 VwGO auch dann den Normenkontrollantrag unzulässig werden lässt, wenn die Verordnung infolge Än-

derung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse zwar nicht mehr rechtmäßig ist, dem Antragsteller aber andere Rechtsmittel zur Verfügung stehen, um seine Rechte zu wahren. In der Literatur wird verbreitet gefordert, das an die Bekanntmachung der Rechtsvorschrift anknüpfende Fristenfordernis des § 47 Absatz 2 Satz 1 VwGO nicht anzuwenden, wenn mit dem Normenkontrollantrag geltend gemacht wird, eine Rechtsvorschrift sei erst nach ihrer Bekanntmachung rechtswidrig geworden.

Das Bundesverwaltungsgericht sah hierin aber keine erst im Revisionsverfahren zu klärende Frage, denn die aufgeworfene Rechtsfrage lasse sich auf der Grundlage der vorhandenen Rechtsprechung und mit Hilfe der üblichen Regeln sachgerechter Gesetzesinterpretation ohne Weiteres beantworten. Das Gericht bestätigt die vom Oberverwaltungsgericht gefundene Rechtsauffassung. Jedenfalls für Normenkontrollanträge nach § 47 Absatz 1 Nummer 2 VwGO gelte die Antragsfrist von einem Jahr nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift (vgl. § 47 Absatz 2 Satz 1 VwGO) auch dann, wenn der Antragsteller geltend mache, die Rechtsvorschrift sei erst nach ihrer Bekanntmachung infolge einer Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse rechtswidrig geworden.

Das Bundesverwaltungsgericht leitet dieses Ergebnis anhand der klassischen juristischen Auslegungsmethoden her. Hierzu führt das Gericht in seiner Entscheidung aus:

*„[Der in der Literatur vertretenen Auffassung] stehe aber bereits der **Wortlaut** des § 47 Absatz 2 VwGO entgegen. Nach dieser Vorschrift kann der Antrag nur innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift gestellt werden; das gilt unabhängig davon, welche Gründe für die Unwirksamkeit der Rechtsvorschrift der Antragsteller geltend macht.*

*Aus den **Gesetzgebungsmaterialien** ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung des Fristenfordernisses. Ursprünglich waren Normenkontrollanträge unbefristet zulässig. Durch das 6. VwGOÄndG vom 1. November 1996 (BGBl I S. 1626) wurde zunächst eine Frist von zwei Jahren ab Bekanntmachung der Rechtsvorschrift eingeführt; durch das Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte vom 21. Dezember 2006 (BGBl I S. 3316) wurde diese Frist auf ein Jahr verkürzt. Zur Begründung wurde ausgeführt, ohne Fristbindung sei es möglich, dass Normen, die bereits lange praktiziert würden und auf deren Rechtsgültigkeit sowohl die Behörden als auch die Bürger vertraut hätten, als Rechtsgrundlage für nicht bestandskräftige Entscheidungen entfielen; dies könne zu erheblichen Beeinträchtigungen der Rechtssicherheit führen (BT-Drs. 13/3993 S. 10, 16/2496 S. 17 f.). Zur hier in Rede stehenden Fallgruppe verhalten sich die Gesetzgebungsmaterialien nicht. Die Einführung der Antragsfrist und ihre nachfolgende Verkürzung zeigen jedoch, dass eine prinzipale Normen-*

kontrolle nach der Vorstellung des Gesetzgebers nur in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Erlass der Rechtsvorschrift zulässig sein soll. Im Übrigen soll es bei den außerhalb von § 47 VwGO gegebenen Rechtsschutzmöglichkeiten und der in diesen Verfahren gegebenen Befugnis der Verwaltungsgerichte bleiben, die Rechtsvorschrift inzident auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu prüfen (vgl. BT-Drs 13/3993 S. 10).

*Auch **Sinn und Zweck** der Normenkontrolle nach § 47 Absatz 1 Nummer 2 VwGO rechtfertigen es nicht, das Fristenfordernis des § 47 Absatz 2 VwGO auf Anträge, mit denen eine nachträglich eingetretene Rechtswidrigkeit der Rechtsvorschrift geltend gemacht wird, nicht anzuwenden. Das Fristenfordernis führt zwar dazu, dass ein nachträgliches Rechtswidrigwerden einer Rechtsnorm mit einem Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO in aller Regel nicht geltend gemacht werden kann. Insoweit kann die Normenkontrolle ihren Zweck, die Verfahrensökonomie und den Rechtsschutz des Einzelnen zu verbessern (BT-Drs. 3/1094 S. 6), nicht erreichen. Eine Notwendigkeit, die Normenkontrolle in diesen Fällen unbefristet oder innerhalb einer im Wege richterlicher Rechtsfortbildung festzulegenden Frist zuzulassen, ergibt sich hieraus jedoch nicht.*

***Verfassungsrecht** gebietet es nicht, eine prinzipale Normenkontrolle gegen untergesetzliche Rechtsnormen einzuführen. Über die bestehenden Klagemöglichkeiten kann je-*

des subjektive Recht durchgesetzt werden; damit ist den Anforderungen des Gebots effektiven Rechtsschutzes (Artikel 19 Absatz 4 GG) genügt. Dass eine Rechtsvorschrift von Anfang an unwirksam war oder infolge einer Änderung der Sach- oder Rechtslage nachträglich rechtswidrig geworden ist, kann auch im Rahmen dieser Verfahren geltend gemacht werden; die Gerichte müssen die Wirksamkeit der Rechtsvorschrift, soweit entscheidungserheblich, auch nach Ablauf der Jahresfrist des § 47 Absatz 2 VwGO inzident prüfen. Außerhalb des Städtebaurechts überlässt § 47 VwGO den Ländern die Entscheidung, ob die Normenkontrolle gegen im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschriften eröffnet werden soll oder nicht (§ 47 Absatz 1 Nummer 2 VwGO); ein lückenloser Rechtsschutz im Wege der prinzipalen Normenkontrolle wird insoweit nicht gewährleistet. Würden Normenkontrollanträge in Ländern, die die Normenkontrolle eröffnet haben, in der hier in Rede stehenden Konstellation ohne Einhaltung einer Frist zugelassen, würde dies dem Ziel des Bundesgesetzgebers widersprechen, die Zulässigkeit von Normenkontrollen im Interesse der Rechtssicherheit zeitlich zu beschränken.

*Die durch die Nichtanwendung der Antragsfrist des § 47 Absatz 2 VwGO entstehende Lücke könnte auch im Wege der **Rechtsfortbildung** nicht ohne Weiteres geschlossen werden. Insbesondere bei einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse ist unklar, durch welches Ereignis die Frist (erneut) in Lauf ge-*

setzt werden sollte. Aber auch bei einer Rechtsänderung kommen unter Umständen verschiedene Anknüpfungspunkte in Betracht. Im Übrigen müsste nicht nur die Frist, sondern auch der Prüfungsmaßstab modifiziert werden. Denn wenn ein Normenkontrollantrag, mit dem ein nachträgliches Rechtswidrigwerden einer Rechtsvorschrift geltend gemacht wird, zu einer Vollüberprüfung der Rechtsvorschrift einschließlich ihrer ursprünglichen Wirksamkeit führen würde, würde das Fristerfordernis des § 47 Absatz 2 VwGO umgangen. Jedenfalls im Anwendungsbereich des § 47 Absatz 1 Nummer 2 VwGO ist für eine solche Rechtsfortbildung kein Raum. Die praktischen Schwierigkeiten, mit denen sich die Antragsteller bei der gerichtlichen Durchsetzung eines Anspruchs auf behördliches Einschreiten gegen das Verbrennen von Gartenabfällen konfrontiert sehen, würden unabhängig von der hier in Rede stehenden Fristproblematik auch in den Bundesländern bestehen, die die Normenkontrolle nach § 47 Absatz 1 Nummer 2 VwGO nicht zugelassen haben.“

Das Bundesverwaltungsgericht hat daher durch Beschluss die Beschwerde der Antragsteller gegen die Nichtzulassung der Revision kostenpflichtig zurückgewiesen.

Hinweise:

Die in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum umstrittene Frage, welche Bedeutung dem Fristerfordernis im Fall von

Normenkontrollanträgen nach § 47 Absatz 1 Nummer 2 VwGO zukommt, wenn die Feststellung eingetretener Funktionslosigkeit eines Bebauungsplans beantragt wird, brauchte im vorliegenden Verfahren nicht entschieden zu werden, denn die Antragsteller hatten selbst geltend gemacht, dass von der durch § 4 GartAbfVO eröffneten Möglichkeit, Gartenabfälle zu verbrennen, weiterhin umfangreich Gebrauch gemacht werde (offen gelassen auch im Urteil des BVerwG vom 03.12.1998, BVerwGE 108, 71 ff. und im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 15.09.2011, 1 BvR 2232/10, NVwZ 2012, 429 ff.). Funktionslos kann eine Norm nur werden, wenn und soweit die Verhältnisse, auf die sie sich bezieht, in der tatsächlichen Entwicklung einen Zustand erreicht haben, der ihre Verwirklichung auf unabsehbare Zeit ausschließt, und diese Tatsache so offensichtlich ist, dass ein in die Fortgeltung der Norm gesetztes Vertrauen keinen Schutz verdient (BVerwG, Urteil vom 03.12.1998, 4 CN 3.97, BVerwGE 108, 71 ff. und Urteil vom 18.11.2004, 4 CN 11.03, BVerwGE 122, 207 ff., jeweils zu Bebauungsplänen).

(Regierungsdirektor Jochen Heinz)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Verwaltungsgerichtshof
Baden-Württemberg

Einstweilige Anordnung im Normenkontrollverfahren

Beschluss vom 03.07.2013 – 8 S 907/13

Kommanditisten einer Gesellschaft, die als Eigentümerin eines dem Bebauungsplangebiet benachbarten Grundstücks von der Planung betroffen ist, können sich im Rahmen der Antragsbefugnis (§ 47 Absatz 2 Satz 1 VwGO) nicht auf eine möglicherweise Verletzung des Abwägungsgebots (§ 1 Absatz 7 BauGB) als eigene Rechte berufen. Die von der Planung betroffenen Grundstücke werden grundsätzlich durch ihre Eigentümer und nicht daneben auch durch die Gesellschafter, Kommanditisten oder Mitglieder einer juristischen Person „repräsentiert“. (Leitsatz des Bearbeiters)

Das Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Normenkontrollverfahren gegen einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan entfällt, wenn die Festsetzungen des Bebauungsplans durch die Erteilung einer Baugenehmigung bereits vollständig umgesetzt worden sind. Das gilt auch dann, wenn die Baugenehmigung noch

nicht bestandskräftig ist. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (zu Ausbildungszwecken vereinfacht und gekürzt):

Die Antragsteller zu 1 bis 3 begehren mit der am 05.03.2013 bei Gericht eingegangenen einstweiligen Anordnung die Außervollziehung des von der Antragsgegnerin beschlossenen vorhabenbezogenen Bebauungsplans vom 04.12.2012, der die Errichtung eines Parkdecks festsetzt. Die Antragsteller zu 1 und 2 sind Kommanditisten der Antragstellerin zu 3, einer Kommanditgesellschaft. Diese ist Eigentümerin eines unmittelbar an das Plangebiet angrenzenden Grundstücks, auf dem sie ein Hotel mit Restaurant betreibt. Die zuständige untere Baurechtsbehörde beim Landratsamt hat der Beigeladenen am 11.02.2013 entsprechend den Festsetzungen des vorhabenbezogenen Bebauungsplans die Baugenehmigung für die Errichtung eines Parkdecks erteilt. Gegen diese Baugenehmigung haben die Antragsteller zu 1 bis 3 Widerspruch eingelegt, über den noch nicht entschieden ist.

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat den Antrag der Antragsteller zu 1 bis 3 als unzulässig abgelehnt.

Wesentliche Entscheidungsgründe:

In Normenkontrollverfahren kann einstweiliger Rechtsschutz über die Vorschrift des § 47 Absatz 6 VwGO erreicht werden. Es handelt

sich hierbei um eine bereichsspezifische Ergänzung der allgemeinen Vorschriften zum einstweiligen Rechtsschutz in § 80 VwGO und § 123 VwGO. Gemäß § 47 Absatz 6 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist. Die Zulässigkeitsprüfung eines solchen Antrags auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes im Normenkontrollverfahren folgt im Wesentlichen analog derjenigen für einen Normenkontrollantrag. Bei offensichtlicher Unzulässigkeit des Normenkontrollantrags in der Hauptsache ist auch kein Raum für eine einstweilige Anordnung auf Basis des § 47 Absatz 6 VwGO. Die Begründetheitsprüfung setzt zunächst an den Wortlaut des § 47 Absatz 6 VwGO an. Dies ist vergleichbar den Anforderungen des § 32 BVerfGG, so dass die hierzu entwickelten Grundsätze entsprechend herangezogen werden können. Insbesondere ist ein strengerer Maßstab als bei einstweiligen Anordnungen gemäß § 123 VwGO anzusetzen.

Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung des Antrags hat der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg den Antragstellern zu 1 und 2 bereits die *Antragsbefugnis* gemäß § 47 Absatz 2 Satz 1 VwGO analog abgesprochen. Antragsbefugt ist, wer hinreichend substantiiert Tatsachen vorträgt, die es zumindest als möglich erscheinen lassen, dass durch die Festsetzungen des Bebauungsplans oder deren Anwendung eine eigene Rechtsverlet-

zung eintritt oder in absehbarer Zeit droht. Bezüglich Grundstücken, die nicht im Plangebiet liegen, kommt eine Verletzung des bauplanungsrechtlichen Abwägungsgebotes nach § 1 Absatz 7 BauGB in Betracht. Nach dieser Vorschrift sind bei der Aufstellung der Bauleitpläne (vgl. § 1 Absatz 2 BauGB) die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen. Macht ein Antragsteller im Normenkontrollverfahren die Verletzung des Abwägungsgebotes aus § 1 Absatz 7 BauGB geltend, muss er seinen eigenen Belang benennen, den die planende Gemeinde bei ihrer Planung nach Lage der Dinge hätte berücksichtigen müssen. Der Verwaltungsgerichtshof kommt im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, dass die von den Antragstellern zu 1 und 2 geltend gemachte Verletzung des Abwägungsgebotes zu ihrem Nachteil offensichtlich und nach jeder Betrachtungsweise ausscheidet.

Dazu das Gericht:

„Die Antragsteller zu 1 und 2 haben schützenswerte eigene Belange, die fehlerhaft abgewogen worden sein könnten, aber nicht substantiiert aufgezeigt. Sie haben sich nur auf planbedingte Beeinträchtigungen des dem Plangebiet benachbarten Hotel- und Restaurantbetriebs der Antragstellerin zu 3 berufen. Soweit sie außerdem vortragen, sie seien als Kommanditisten der Antragstellerin zu 3 mittelbar Betroffene und daher in ihrer beruflichen Existenz und ihrem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gefähr-

det, kann auch hieraus eine Antragsbefugnis nicht abgeleitet werden. Aus ihrer Stellung als Kommanditisten der Gesellschaft, die als Eigentümerin eines dem Plangebiet benachbarten Grundstücks von der Planung betroffen ist, folgen eigene Rechte der Antragsteller zu 1 und 2 nicht. Die von der Planung betroffenen Grundstücke werden grundsätzlich durch ihre Eigentümer (vgl. BVerwG, Urteil vom 29.10.1982 – 4 C 51.79 – BRS 39 Nr. 176 zum Baunachbarrecht) und nicht daneben auch durch die Gesellschafter, Kommanditisten oder Mitglieder einer juristischen Person ‚repräsentiert‘. Eine Befugnis der Antragsteller zu 1 und 2, als Kommanditisten der Antragstellerin zu 3 deren Rechte in eigenem Namen geltend zu machen, besteht ebenfalls nicht.“

Im Rahmen der weiteren Zulässigkeitsprüfung hat der Verwaltungsgerichtshof sämtlichen Antragstellern das erforderliche *allgemeine Rechtsschutzinteresse* für den Erlass einer einstweiligen Anordnung abgesprochen. Das Rechtsschutzinteresse ist dann nicht mehr gegeben, wenn sich die Inanspruchnahme des Gerichts zur Erreichung des Rechtsschutzziels als nutzlos erweist, weil der Antragsteller mit der begehrten gerichtlichen Entscheidung seine Rechtsstellung nicht mehr verbessern kann. Im hiesigen Fall können nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs die Antragsteller mit der von ihnen begehrten Außervollzugsetzung des angegriffenen Bebauungsplans ihre Rechtsstellung nicht (mehr) verbessern. Grund hierfür ist die der Beigeladenen durch

die untere Baurechtsbehörde erteilte Baugenehmigung für die Errichtung eines Parkdecks, mit der die Festsetzungen des vorhabenbezogenen Bebauungsplans bereits vollständig umgesetzt worden sind.

Dazu führt der Verwaltungsgerichtshof aus:

„Bei einem Eilantrag gegen einen Bebauungsplan ist die vorläufige Außervollzugsetzung des Bebauungsplanes nicht mehr geeignet, zugunsten des Antragstellers etwas zu bewirken, wenn die Festsetzungen des Bebauungsplanes durch die Erteilung einer Baugenehmigung bereits vollständig umgesetzt worden sind (so VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 28.11.2012 – 5 S 1986/12 – nicht veröffentlicht; vgl. auch OVG NW, Beschluss vom 09.12.1996 – 11a B 1710/96.NE – NVwZ 1997, 1006; OVG Lüneburg, Beschluss vom 05.06.2008 – 1 MN 328/07 – NVwZ-RR 2008, 769; OVG Hamburg, Beschluss vom 19.07.2000 – 2 BS 179/00; BayVGH, Beschluss vom 14.8.2008 – 1 NE 08.1074 – juris). Denn die Außervollzugsetzung des Bebauungsplans durch die einstweilige Anordnung nach § 47 Absatz 6 VwGO wirkt nicht für die Vergangenheit. Sie führt lediglich dazu, dass der angefochtene Bebauungsplan ab dem Zeitpunkt der Anordnung vorläufig nicht mehr angewendet werden darf. Mit der einstweiligen Anordnung könnte der Bebauungsplan auch nicht vorläufig für unwirksam erklärt, sondern nur seine künftige Anwendung vorläufig ausgesetzt werden. Wegen dieser eingeschränkten Wirkung, die bereits ergangene

Verwaltungsakte und ihre Ausnutzung unbeeinträchtigt lässt, kann ein Bauvorhaben, für das bereits eine Baugenehmigung erteilt wurde, mit einer einstweiligen Anordnung nach § 47 Absatz 6 VwGO nicht mehr verhindert werden. Dies gilt auch dann, wenn die Baugenehmigung angefochten ist und daher gegenüber dem Antragsteller noch keine Bestandskraft erlangt hat (vgl. o. g. Entscheidungen). Denn bei einem Rechtsbehelf eines Dritten ist für die Beantwortung der Frage, ob die Baugenehmigung ihn in seinen Rechten verletzt, grundsätzlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Erteilung der Baugenehmigung maßgeblich und sind lediglich nachträgliche Änderungen zugunsten des Bauherrn beachtlich (stRspr., vgl. BVerwG, Beschluss vom 23.04.1998 – 4 B 40.98 – BRS 60 Nr. 178). Daran gemessen können die Antragsteller mit den vorliegenden Anträgen ihre Rechtsstellungen nicht mehr verbessern. Ihr Ziel, die Errichtung des Parkdecks in der Nachbarschaft des Hotelbetriebs der Antragstellerin zu 3, deren planungsrechtliche Grundlage der Bebauungsplan bildet, zu verhindern, können sie mit der begehrten einstweiligen Anordnung nach der Erteilung der Festsetzungen des vorhabenbezogenen Bebauungsplans vollständig umsetzenden Baugenehmigung vom 11.02.2013 für den Neubau eines Parkdecks nicht mehr erreichen. Auch für das anhängige Widerspruchsverfahren würden sich die Rechtspositionen der Antragsteller durch die nur für die Zukunft geltende vorläufige Außervollzugsetzung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans nicht verbessern. Insofern

haben die Antragsteller derzeit nur die Möglichkeit, mit Rechtsbehelfen gegen die Baugenehmigung und mit Anträgen auf vorläufigen Rechtsschutz gemäß § 80a Absatz 3, § 80 Absatz 5 VwGO gegen deren sofortige Vollziehung vorzugehen.“

Das Gericht hat daher mit folgendem Tenor entschieden:

Die Anträge werden abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen tragen die Antragsteller zu 1 und 2 als Gesamtschuldner und die Antragstellerin zu 3 jeweils zur Hälfte.

Der Streitwert wird auf 10.000 Euro festgesetzt.

Die vom Gericht getroffenen Nebenentscheidungen begründen sich wie folgt:

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Absatz 1, § 159 Satz 1 und 2 VwGO, § 100 Absatz 1 ZPO. Den Antragstellern waren die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen nach § 162 Absatz 3 VwGO aufzuerlegen, nachdem diese mit ihrem näher begründeten Antrag ein eigenes Kostenrisiko (§ 154 Absatz 3 VwGO) übernommen hat.

Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 53 Absatz 3 Nummer 2, § 52 Absatz 1 GKG i. V. m. § 5 ZPO entsprechend (5.000 Euro

für die Antragsteller zu 1 und 2 sowie 5.000 Euro für die Antragstellerin zu 3).

Der Beschluss ist, wie sich aus einem Umkehrschluss zu § 146 VwGO ergibt, unanfechtbar.

(Regierungsdirektor Jochen Heinz)

▶ [Inhaltsverzeichnis](#)

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
Dominique Beck
Amela Causevic
Pius Dolzer
Richter Guido Philipp Ernst
RA Steffen Follner
RAin Karin Hummel
Lina Kammerer
Dr. Philipp Kauffmann
RA Andreas Lohbeck
Philipp Louis
(*Stellvertr. Schriftleiter*)
Prof. Dr. Christian F. Majer
(*Schriftleiter*)
RA Dr. Paul Popescu
Gabriel Schmidt
(*Stellvertr. Schriftleiter*)
Philipp Trautmann
Anna Vögelein
RAin Stephanie Walz
Julian Weippert
Julia Zaiser

Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e. V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Konrad-Adenauer-Str. 9
D-72072 Tübingen

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer
(*Vorsitzender*)
Gabriel Schmidt
(*Schatzmeister*)
Richter Guido Philipp Ernst
(*Ressortleiter Strafrecht*)

4. Jahrgang (2014)

ISSN 2195-044X

Beirat

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

Webseite: ▶ www.zeitschrift-jse.de

E-Mail: redaktion@zeitschrift-jse.de



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011
und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.
Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:
▶ CMS Hasche Sigle | ▶ Luther | ▶ Menold Bezler | ▶ Thümmel, Schütze & Partner

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die *wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags*, die im Verfahren des „peer review“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an redaktion@zeitschrift-jse.de. Unter ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen