

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 Proellß
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

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

AUS DEM INHALT

BEITRÄGE

Christian F. Majer

Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche
Bewertung

Philipp K. Kauffmann

In dubio pro – Selbstanzeige?

KLAUSUREN

Christian F. Majer

Zivilrecht: „Ärger beim Junggesellenabschied“

Isabelle Grüner-Blatt

Strafrecht: „A treibt sein Unwesen“

RECHTSPRECHUNG

BVerfG

Die Drei-Prozent-Sperrklausel bei der Europawahl

BGH

Rücknahme eines Angebots im Rahmen einer
Internetauktion

LG Stuttgart

Zustellung der Übersetzung eines Strafbefehls
als Wirksamkeitsvoraussetzung

Inhaltsverzeichnis

Beiträge

- Christian F. Majer*
Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung Seite ▶ 128
- Philipp K. Kauffmann*
In dubio pro – Selbstanzeige? Seite ▶ 136

Klausuren

- Christian F. Majer*
Examensklausur Zivilrecht:
„Ärger beim Junggesellenabschied“ Seite ▶ 158
- Isabelle Grüner-Blatt*
Übungsklausur Strafrecht für Fortgeschrittene:
„A treibt sein Unwesen“ Seite ▶ 165

Rechtsprechung Zivilrecht

- BGH*
Rücknahme eines Angebots im Rahmen einer Internetauktion
Urteil vom 08.01.2014 (*Julius Forschner*) Seite ▶ 184
- BGH*
„Allzweckwaffe“ § 906 II 2 BGB nun auch zwischen
Wohnungseigentümern anwendbar
Urteil vom 25.10.2013 (*Dominik Skauradszun*) Seite ▶ 188

BGH

Zur Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht durch
Gesellschafter eines geschlossenen Immobilienfonds

Urteil vom 19.11.2013 (*Steffen Follner*)

Seite ▶ 193

LAG Baden-Württemberg

Anschlussverbot gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG – Auslegung von
Gesetzen – Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung – Grenzen
verfassungskonformer Auslegung

Urteil vom 21.02.2014 (*Nikolaus Polzer*)

Seite ▶ 208

Rechtsprechung Strafrecht

BGH

Führt die Wegnahme von Tatmitteln zur Qualifikation des
§ 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB?

Urteil vom 17.10.2013 (*Guido Philipp Ernst*)

Seite ▶ 220

OLG Nürnberg

Beschuldigtenbelehrung, Beweiserhebungs- und
Beweisverwertungsverbot

Beschluss vom 04.07.2013 (*Guido Philipp Ernst*)

Seite ▶ 224

LG Stuttgart

Zustellung der Übersetzung eines Strafbefehls als
Wirksamkeitsvoraussetzung

Beschluss vom 12.05.2014 (*Patrick Hinderer*)

Seite ▶ 230

Rechtsprechung Öffentliches Recht

BVerfG

Die Drei-Prozent-Sperrklausel bei der Europawahl

Urteil vom 26.02.2014 (*Moritz Stilz / Jonas Ludwig*)

Seite ▶ 239

VGH Baden-Württemberg

Zur Abgrenzung der Normerlassklage vom Normenkontrollverfahren

Urteil vom 31.10.2013 (*Jan Knöbl*)

Seite ▶ 249

VGH Baden-Württemberg

Zur Klagebefugnis einer Gemeinde

Urteil vom 17.02.2014 (*Jochen Heinz*)

Seite ▶ 253

Editorial

Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus – eigentlich selbstverständlich auch die dritte Staatsgewalt, die Rechtsprechung. Doch immer wieder umgehen selbsternannte „Friedensrichter“ das staatliche Gewaltmonopol, die vor allem in islamisch geprägten Milieus deutscher Großstädte Konflikte schlichten, oft unter Berufung auf das islamische Recht, die Scharia. Spätestens wenn solche „Scharia-Gerichte“ sich dabei strafrichterliche Kompetenzen anmaßen, die Durchsetzung staatlicher Strafansprüche vereiteln, gar eigenmächtig „Haftbefehle“ erlassen oder „Strafen“ vollstrecken lassen, ist die Rechtswidrigkeit ihres Treibens offenkundig. Doch es gibt eine breite Grauzone im Bereich des Zivilrechts, wo private Streitbelegungen im Rahmen einer Schiedsvereinbarung grundsätzlich zulässig sind – gleichwohl nicht grenzenlos. Trotz der öffentlichen Berichterstattung über diese „Paralleljustiz“ ist die Materie bislang soziologisch wenig erforscht und juristisch fast gar nicht bewertet worden. MAJER unternimmt mit seinem Aufsatz einen Vorstoß und unterzieht das Phänomen einer ausführlichen Betrachtung aus rechtswissenschaftlicher Perspektive.

Deutsches Steuerstrafrecht dürfte hingegen äußerst selten Gegenstand der Verhandlungen vor Scharia-Gerichten sein. Und so werden wir wohl nie erfahren, wie ein Friedensrichter im Fall des Uli Hoeneß entschieden hätte. Die Richter der 5. Wirtschaftsstrafkammer des LG München II jedenfalls verurteilten den damaligen Präsidenten des FC Bayern München im März 2014 wegen der Hinterziehung von Steuern in Höhe von 28,5 Millionen Euro zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten. Spannender als das Strafmaß, weil von grundsätzlicher Bedeutung, war jedoch die Frage der strafbefreienden Wirksamkeit von Hoeneß' unvollständiger Selbstanzeige – welche die Kammer schließlich verneinte. Der Fall Hoeneß drängte das seit langem politisch umstrittene Institut der Selbstanzeige im Steuerstrafrecht in den Fokus der öffentlichen Debatte. Wir haben den Steuerstrafrechtler KAUFFMANN für einen fachkundigen Beitrag zu diesem höchst aktuellen Thema gewinnen können.

Neben diesen beiden Beiträgen sowie zwei anspruchsvollen Klausuren von MAJER bzw. GRÜNER-BLATT enthält die vorliegende Ausgabe der JSE wie gewohnt wieder einige interessante und sorgfältig aufbereitete Entscheidungen aus den unterschiedlichsten Bereichen der Rechtsprechung.

Prof. Dr. Christian F. Majer
Schriftleiter

Philipp Louis
Stellvertretender Schriftleiter

Zeitschrift Jura Studium & Examen

BEITRAG

Prof. Dr. Christian F. Majer*

Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung

I. Einführung

Seit einiger Zeit diskutiert die Öffentlichkeit das Phänomen der sogenannten Scharia-Gerichte.¹ Bei diesen handelt es sich um private Vereinbarungen und Entscheidungen, die meist Streitigkeiten von Migranten aus islamischen Ländern zum Gegenstand haben, oft auch unter der Begehung von Straftaten. Die Parteien versuchen unter Einschaltung eines Streitschlichters, der auch als „Friedensrichter“ bezeichnet wird, den Streit unter Umgehung der staatlichen Justiz selbst zu lösen. Das Phänomen der Scharia-Gerichte war auch Gegenstand der Justizministerkonferenz 2012. Die Justizminister beschlossen damals, eine solche Paralleljustiz nicht länger hinzunehmen.² Auch jüngst wurden wieder Stimmen in der Politik laut, endlich gegen die selbsternannten Friedensrichter vorzugehen.³

* Der Autor ist Inhaber einer W2-Professur an der Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

¹ Siehe aus der Literatur dazu *Rohe*, TOA-Magazin 2/2013, 34 ff. und die eingehende Untersuchung von *Wagner, Wagner*, Richter ohne Gesetz, Berlin 2011.

² Becklink 1020832.

Dem stehen allerdings auch vereinzelte befürwortende Stellungnahmen zu den Scharia-Gerichten gegenüber.⁴

II. Scharia-Gerichte in Deutschland – spezifischer Bezug zum islamischen Recht?

Die in Deutschland bekanntgewordenen Fälle stammen vor allem aus islamisch geprägten Milieus.⁵

Ob in diesen Fällen tatsächlich nach den Grundsätzen der Scharia entschieden wurde, ist fraglich. Es ist allerdings rechtlich nur dann von Interesse, wenn eine religiöse Verankerung dieser Grundsätze eine andere rechtliche Beurteilung erfordert. Im Folgenden soll daher untersucht werden, inwieweit die Grundsätze der Scharia religiös verankert sind und welche Normen die Scharia enthält.

1. Überblick über die Scharia

Als Scharia bezeichnet man üblicherweise die Gesamtheit aller religiösen und rechtlichen islamischen Normen; dazu zählen Vorschriften über das Gebet und das Fasten

³ ▶ <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/scharia-gerichte-in-deutschland-cdu-fordert-null-toleranz-bei-paralleljustiz-12899334.html>, Abruf am 07.05.2014.

⁴ ▶ <http://www.tagesspiegel.de/politik/islamische-schiedsgerichte-justizminister-sorgt-mit-scharia-vorschlag-fuer-aufregung/6149110.html>, Abruf am 25.04.2014, und
▶ <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/gerade-recht-scharia-11687149.html>, Abruf am 25.04.2014.

⁵ Siehe etwa die Fallbeispiele bei *Wagner* (o. Fn. 1), S. 106 ff.

ebenso wie Normen des Familien-, Erb-, Vertrags- und Strafrechtes.⁶

Bekannt und in der Bevölkerung meist mit der Scharia konnotiert sind die Rechtsfolgen der Straftat, die überwiegend vom Prinzip der Talion bestimmt sind.⁷ Danach soll genau die Handlung am Täter vollstreckt werden, die er dem Opfer zugefügt hat. Beispiele davon sind immer wieder in den Medien zu lesen, wie etwa die Verurteilung zum Verlust des Augenlichts oder zur Querschnittslähmung.⁸ Solche Regelungen sind offensichtlich menschenrechtswidrig. Ihre Anwendung wird in Deutschland glücklicherweise in der Politik nicht gefordert. Das gilt auch für andere Aspekte des islamischen Strafrechts wie das Delikt der Apostasie (Abfall vom Glauben), welches etwa im Iran mit Todesstrafe geahndet wird.

Anderes gilt für die zivilrechtlichen Bestimmungen der Scharia. Sie sind in der islamischen Welt deutlich weiter verbreitet und werden nach Maßgabe der Normen des in-

ternationalen Privatrechts auch von deutschen Gerichten für Ausländer angewandt, sofern deren Heimatrecht die Normen enthält. Hierbei ist aber stets die Grenze des *ordre public* zu beachten.

Wenn die Zulassung der Scharia in Deutschland von wem auch immer gefordert wird, sind meistens die Normen des Erb-, Familien- und Vertragsrechts gemeint. Fraglich ist aber dabei, ob die einzelnen Normen in der Diskussion bekannt sind. So kennt z. B. das Familienrecht der klassischen Scharia das Ehehindernis der Religionsverschiedenheit, sofern es sich bei der Braut um eine Muslima handelt: eine Muslima darf einen Nichtmuslim nicht heiraten, ein Muslim darf aber eine Christin oder Jüdin heiraten.⁹ Ein Mann darf bis zu vier Ehefrauen haben, eine Frau allerdings nicht mehrere Ehemänner.¹⁰ Die Gründe für eine Scheidung („*talaq*“) sind asymmetrisch: während der Ehemann sich grundlos scheiden lassen kann, bedarf die Ehefrau eines besonderen Grundes wie etwa Nichtgewährung von Unterhalt oder Alkohol- oder Drogensucht des Gatten.¹¹ Auch im Erbrecht finden sich die Elemente der Differenzierung zwischen Mann und Frau sowie zwischen Angehörigen verschiedener Religionen: Söh-

⁶ Eingehend zum Begriff *Rohe*, Islamisches Recht, 3. Aufl., 2011, S. 9 ff.

⁷ Dieses ist kein Spezifikum der Scharia, es war in den antiken Rechtsordnungen weithin anerkannt, auch das römische Recht kannte in früherer Zeit die Talion bei schwerer Körperverletzung genauso wie die auch heute im Scharia-Recht bekannte Möglichkeit, sich zu vergleichen (Siehe XII Tab., „Si membrum rupsit ni cum eo pacit, talio esto“).

⁸ ▶ <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/iran-saeureopfer-verzichtet-auf-racheakt-a-777543.html>, Abruf am 25.04.2014, oder ▶ <http://www.sueddeutsche.de/panorama/scharia-in-saudi-arabien-gericht-verurteilt-taeter-zu-querschnittslaehmung-1.1639257>, Abruf am 25.04.2014.

⁹ *Rohe*, (o. Fn. 6), S. 82 f.

¹⁰ *Rohe*, S. 82. Allerdings sind diese Normen in der islamischen Welt heute teilweise nicht, teilweise nur mit Einschränkungen in Geltung, siehe *Rohe* (o. Fn. 6), S. 218 f.

¹¹ *Rohe*, S. 91. Siehe zum Grad der Verwirklichung dieser Normen in der heutigen islamischen Welt *Rohe*, o. Fn. 6, S. 216 ff; *Bock*, NJW 2012, 122 (125).

ne erben das Doppelte der Töchter, Nichtmuslime können Muslime nicht beerben.¹²

Die genannten Normen verstoßen sämtlich gegen die Gleichheitssätze nach Art. 3 II, III GG; ihre Geltung für Muslime in Deutschland wäre evident verfassungswidrig. Allerdings kommen sie teilweise dennoch über den Weg des internationalen Privatrechts zur Anwendung: Maßgeblich ist etwa bei der Eheschließung das Heimatrecht der Verlobten (Art. 13 EGBGB). Das liegt darin begründet, dass es für einen Verstoß gegen den *ordre public* nicht auf die Norm als solche, sondern das Ergebnis ihrer Rechtsanwendung ankommt. So ist beispielsweise eine im Ausland erfolgte Scheidung mittels Verstoßung nicht *ordre-public-widrig*, wenn auch nach deutschem Recht eine Scheidung durchzuführen wäre.¹³

Sie werden jedoch nur angewandt, sofern und soweit das ausländische Recht, das über die Normen des deutschen und europäischen internationalen Privatrechts zur Anwendung berufen ist, diese ebenfalls kennt. Maßgeblich ist also nicht die Scharia als solche, sondern das ausländische Recht, mag es auch von der Scharia geprägt sein.

¹² *Rohe* (o. Fn. 6), S. 101 ff. Siehe zur Frage der Anerkennung dieser Normen vor deutschen Gerichten eingehend auch *Pattar*, *Islamisch inspiriertes Erbrecht und deutscher ordre public*, 2007.

¹³ Siehe etwa *OLG Koblenz*, NJW-RR 1993, 70. Übersicht über die Rechtsprechung bei *Bock*, JZ 2012, 60 ff.

Keinen Bedenken menschenrechtlicher Art begegnen viele Elemente des islamischen Vertragsrechts wie etwa das Zinsverbot: Selbstverständlich steht es Vertragsparteien frei, Zinsen nicht zu vereinbaren, ob sie sich dabei auf die Scharia berufen oder nicht, ist rechtlich irrelevant.¹⁴

a) Einfluss der Religionsfreiheit

Möglicherweise ist die Schlichtung von Rechtsstreitigkeiten nach den Normen der Scharia über die Religionsfreiheit nach Art. 4 II GG geschützt. Allerdings ist schon zweifelhaft, ob der Schutzbereich des Art. 4 II GG überhaupt eröffnet ist.

Die Ausübung der Religion ist nach Art. 4 II GG geschützt. Welche Tätigkeiten im Einzelnen unter den Schutzbereich fallen, ist aber nicht unumstritten. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die Eröffnung des Schutzbereichs auch bei äußerlich neutralen Handlungen wie karitativer Tätigkeit denkbar,¹⁵ sodass die Frage aufgeworfen ist, inwieweit die Parteien eines Scharia-Gerichts sich auf die Religionsfreiheit berufen können.

Jedoch kann nicht allgemein bei äußerlich neutralen Handlungen stets der Schutzbereich der Religionsfreiheit bejaht werden, sofern nur der Grundrechtsträger behauptet, sein Handeln sei religionsgeleitet. In Verbindung mit der Tatsache, dass Art. 4 GG nicht

¹⁴ Siehe zum „*islamic banking*“ etwa *Becker*, RhNotZ 2014, 22 ff.

¹⁵ *BVerfGE* 24, 236 (247 ff.).

nur anerkannte und weit verbreitete, sondern sämtliche Religionen bzw. Glaubens- und Weltanschauungsgrundsätze schützt, würde sich Art. 4 II zum Art. 2 I GG verdrängenden allumfassenden Supergrundrecht entwickeln.¹⁶ Ein solches Ergebnis wäre offensichtlich sinnwidrig. Zwar ist das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft jeweils zu berücksichtigen, die Letztentscheidung über die Eröffnung des Schutzbereichs muss allerdings dem Staat vorbehalten bleiben.¹⁷

Es ist also daran festzuhalten, dass nicht jede Tätigkeit, die von Betroffenen als religiös geboten angesehen wird, auch den Schutz der Religionsfreiheit genießt. Ob eine Tätigkeit in den Schutzbereich der Religionsfreiheit fällt, entscheidet die Rechtsordnung und nicht der Grundrechtsträger. Danach sind kultische Handlungen im weiteren Sinn von der Religionsausübungsfreiheit nach Art. 4 II GG geschützt, dazu zählen Gebete, Gottesdienste, Prozessionen und vergleichbare Tätigkeiten.¹⁸ Sonstige, eindeutig nichtkultische Handlungen sind nicht von Art. 4 II GG geschützt. Auch für das Schächten verneinte das BVerfG die Einschlägigkeit des Art. 4 II GG, weil es als solches keine Religionsausübung darstelle. Es nahm allerdings eine Verstärkung des Art. 2 I GG durch Art. 4 I, II GG

an.¹⁹ Natürlich schützt die Religionsfreiheit andererseits auch das Recht, sein individuelles Verhalten nach zwingend empfundenen Glaubensregeln auszurichten. Dazu gehört jedoch nicht die Geltung von bestimmten Normen, auch wenn sie als religiös zwingend empfunden werden. Die Frage der Geltung von Normen lässt den Schutzbereich des Art. 4 GG unberührt.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass Art. 4 GG nicht eine Religion als solche schützt, sondern die religiöse Überzeugung des Einzelnen und die einer bestimmten Religionsgemeinschaft. Die Normen der Scharia genießen daher nur den Schutz der Religionsfreiheit, soweit sie kultische Handlungen und als zwingend empfundene Verhaltensregeln betreffen. Nicht geschützt sind Normen, die nach hiesigem Verständnis als Rechtsnormen zu werten sind, das betrifft sämtliche Normen familien-, erb- und vertragsrechtlichen Charakters. Aber auch die erstgenannten Normen sind nicht absolut geschützt. Sie unterfallen jedoch dem Schutzbereich der Religionsfreiheit, sodass jeder Eingriff in sie der Rechtfertigung bedarf.

b) Zwischenergebnis

Der Schutzbereich der Religionsfreiheit ist nicht eröffnet, wenn wie in den hier maßgeblichen Fällen rechtliche Streitigkeiten ent-

¹⁶ Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 69. Ergänzungslieferung, 2013, Art. 4 GG Rn. 105; Spranger, NJW 2002, 2074 (2075).

¹⁷ Germann, in: BeckOK-GG, Art. 4 Rn. 18.

¹⁸ Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 69. Ergänzungslieferung, 2013, Art. 4 GG Rn. 101; Mager, von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl., 2012, Art. 4 GG Rn. 40.

¹⁹ BVerfGE 104, 337; Mager, von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl., 2012, Art. 4 GG „Tierschutz“.

schiedenen werden. Es ist also ohne rechtliche Relevanz, ob es sich bei dem vom „Friedensrichter“ zugrundegelegten Recht um Normen der Scharia handelt oder nicht.

III. Zulässige Fälle der alternativen Streitbeilegung

Ob private Regelungen unter Berufung auf die Scharia mit der deutschen Rechtsordnung vereinbar sind, muss differenziert betrachtet werden. Privatrechtliche Vereinbarungen erfordern eine andere Bewertung als strafrechtliche.

1. Schiedsvereinbarung

Die Beteiligten können in zivilrechtlichen Streitigkeiten zunächst eine Schiedsvereinbarung abschließen. Die Besonderheit einer Schiedsvereinbarung liegt darin, dass eine Klage in derselben Angelegenheit vor einem Gericht als unzulässig abgewiesen werden muss, wenn sich der Beklagte darauf beruft (§ 1032 ZPO).

Allerdings muss die Vereinbarung, sofern ein Verbraucher beteiligt ist, in einer besonderen Urkunde aufgenommen werden (§ 1031 V ZPO). Sie ist auch nur zulässig, sofern die Angelegenheit schiedsfähig ist (§ 1030 ZPO). Das ist bei nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten nur der Fall, sofern der Gegenstand einer Vereinbarung zugänglich ist.

Eine wirksame Schiedsvereinbarung schließt den gerichtlichen Rechtsschutz aus. Gegen

den Schiedsspruch kann nur unter besonderen Voraussetzungen nach § 1059 II ZPO Aufhebungsantrag gestellt werden. Insbesondere bei einem Verstoß gegen den *ordre public* ist nach § 1059 II Nr. 2 ZPO eine Aufhebung des Schiedsspruchs möglich.

Denkbar ist daher durchaus auch die Einrichtung eines Scharia-Schiedsgerichts, allerdings nur unter den soeben skizzierten Voraussetzungen. Diskutiert wird dabei die Frage, ob es sich bei der Scharia um „Recht“ im Sinne des § 1051 ZPO handelt.²⁰ Wie gezeigt versteht man unter „Scharia“ die Gesamtheit aller religiösen und rechtlichen Normen. Nach hiesigem Verständnis sind religiöse Verhaltensvorschriften keine taugliche Grundlage für ein Schiedsgericht, sie sind aber auch schon gar nicht tauglich für eine schiedsrichterliche Entscheidung. Anderes gilt jedoch möglicherweise für die Rechtsnormen der Scharia wie das Familien-, Erb- und Vertragsrecht.

Nach ADOLPHSEN/SCHMALLEMBERG²¹ soll den Normen der klassischen Scharia kein Rechtscharakter zukommen, da sie in der Staatspraxis nicht als Recht akzeptiert würden und in den arabischen Rechtsordnungen nur als Inspiration, nicht aber als eigenständige Rechtsquelle Bedeutung hätten, sondern diese das islamische Recht selbst nach ihren Maßstäben auslegten. In der Tat müssen, um die Grenzen zwischen Vertrag und Rechtsnorm nicht zu verwischen, nichtstaatliche Normen nur in

²⁰ Eingehend Adolphsen/Schmallenberg, *SchiedsVZ* 2007, 57, 62 ff.

²¹ a. a. O. S. 63.

Ausnahmefällen Beachtung finden.²² Die Normen der Scharia zivilrechtlichen Inhalts können jedoch ohne weiteres als Vertragsinhalt vereinbart werden, sodass sie von einem Schiedsgericht als vertragliche Regelungen zugrunde zu legen sind.

2. Außergerichtliche Streitbeilegung

Daneben steht es den Beteiligten einer vermögensrechtlichen Auseinandersetzung natürlich jederzeit frei, sich außergerichtlich zu einigen. Haben sich Schädiger und Geschädigter etwa auf die Zahlung eines Schmerzensgeldes geeinigt, erlöschen die ursprünglichen Verbindlichkeiten aus unerlaubter Handlung gemäß § 779 BGB. Die Parteien können sich dabei jederzeit auch der Hilfe eines Mediators, mag er auch ein Friedensrichter oder ein Clanoberhaupt sein, bedienen.

3. Strafrecht

Ganz anders stellt sich die Lage im Strafrecht, welches in den meisten bekanntgewordenen Fällen betroffen ist, dar.²³ Die Strafbarkeit und die Strafverfolgung sind grundsätzlich unabhängig von einer Einigung zwischen Täter und Opfer.

Davon ist für den Fall des sogenannten Täter-Opfer-Ausgleichs allerdings eine Ausnahme zu machen.²⁴ In diesem Fall kann das Gericht nach § 46a StGB die Strafe mildern oder

²² Siehe etwa für die *lex sportiva* und *lex mercatoria*: Adolphsen/Schmallenberg, *SchiedsVZ* 2007, 57, 62 ff.

²³ Siehe ausführlich Wagner (o. Fn. 1).

unter bestimmten Voraussetzungen von der Strafe absehen. Das Gericht und die Staatsanwaltschaft sollen in jeder Lage des Verfahrens auf einen Täter-Opfer-Ausgleich hinwirken, allerdings nicht gegen den Willen des Opfers (§ 155a StPO). Aber auch hier gilt, dass eine Vereinbarung zwischen Täter und Opfer keinesfalls Einfluss auf die Strafe haben muss, steht die Strafmilderung beziehungsweise das Absehen von Strafe doch im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts.²⁵ Zudem setzt ein erfolgreicher Täter-Opfer-Ausgleich einen kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer voraus.²⁶ Eine Vereinbarung zwischen den Familien der Betroffenen allein genügt diesen Anforderungen nicht.

Raum für eine strafverfolgungsausschließende Vereinbarung bleibt allerdings in zwei Fällen: zum einen dann, wenn die Staatsanwaltschaft im Falle eines Privatklagedelikts nach § 374 StPO das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung verneint (§ 376 StPO). In diesem Fall bleibt es dem Verletzten überlassen, eine Privatklage zu erheben. Auf dieses Recht kann er auch verzichten.²⁷ Möglich ist dies im Fall einer Körperverletzung aber nur, wenn es sich um eine einfache Körperverlet-

²⁴ Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung*, 55. Aufl., 2012, § 155a StPO Rn. 1.

²⁵ Siehe Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, § 46a Rn. 7.

²⁶ BGH, NJW 2002, 3265 (3266); Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, § 46a Rn. 2 m. w. N.

²⁷ OLG Köln, NJW 1960, 2207; Valerius, in: Beck-O-K-StPO, 17. Ed., 2013, § 380 Rn. 8.1.

zung handelt, denn schon die gefährliche Körperverletzung (welche etwa bei einer gemeinschaftlichen Begehung vorliegt) muss von Amts wegen verfolgt werden.

Zum anderen betrifft dies Delikte, bei welchen ein Strafantrag vorausgesetzt wird, wie etwa den Diebstahl geringwertiger Sachen (§§ 242, 248a StGB), sofern die Staatsanwaltschaft das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung verneint. Auf den Strafantrag kann durch Erklärung gegenüber der zuständigen Stelle verzichtet werden,²⁸ was auch Gegenstand einer außergerichtlichen Vereinbarung sein kann. Eine solche Vereinbarung muss jedoch zwischen Täter und Antrags- bzw. Privatklageberechtigtem selbst getroffen werden und frei von Willensmängeln sein, was in dem hier diskutierten Problembereich oft nicht der Fall ist, da häufig eine Nötigung zum Abschluss der Vereinbarung mit im Spiel ist:²⁹ Den Betroffenen werden teilweise erhebliche Konsequenzen bis hin zu Straftaten für den Fall in Aussicht gestellt, dass sie nicht mitwirken.

Und selbstverständlich müssen auch die Geschädigten selbst Partei der Vereinbarung sein.

Bei der Mehrzahl der bekanntgewordenen Fälle einer Paralleljustiz waren jedoch Straftaten der Gegenstand, welche wegen ihrer

Schwere Vereinbarungen nicht zugänglich sind.³⁰

IV. Straftaten im Zusammenhang mit außergerichtlicher Streitschlichtung

Da eine außergerichtliche Streitbeilegung bei der Mehrzahl der Straftaten ohne Wirkung ist, wird in den hier diskutierten Fällen meist versucht, das Strafverfahren zu sabotieren, oft mit Erfolg.³¹ Sofern ein Zeuge mittels eines Streitschlichters dazu gebracht wird, sich vor Gericht an den Vorfall nicht mehr zu erinnern, handelt es sich dabei um Anstiftung zu Falschaussage (§§ 154, 26 StGB). Häufig ist zugleich in diesen Fällen der Tatbestand der Strafvereitelung (§ 258 StGB) mitwirklich.

Jedoch beschränken sich die Straftaten der „Friedensrichter“ nicht auf die Sabotage eines Strafverfahrens; auch bei Erlass eines „Urteils“ werden Straftaten begangen. So handelt es sich regelmäßig, wenn der Eindruck erweckt wird, dass das „Urteil“ mit Gewalt durchsetzbar sei, um versuchte Nötigung (§§ 240 I, III, 22, 23 StGB). Sofern gar „Haftbefehle“ erlassen und vollstreckt werden,³² handelt es sich um Anstiftung zur Freiheitsberaubung durch den „Friedensrichter“ (§§ 239, 26 StGB).

²⁸ BGH, NJW 1957, 1368; Griesbaum, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl., 2013, § 158 Rn. 55.

²⁹ Rohe (o. Fn. 1), 34.

³⁰ Siehe die Berichte bei Wagner (o. Fn. 1).

³¹ Wagner, S. 179 ff.

³² Siehe Wagner, S. 47 ff.

V. Ergebnis

Scharia-Gerichte sind nicht per se mit der deutschen Rechtsordnung unvereinbar. In ihrer jetzigen Form verstoßen sie allerdings in den meisten Fällen gegen das deutsche Recht, durch ihre Tätigkeit werden häufig zugleich Straftaten verwirklicht. Zudem erfüllen die Vereinbarungen meist nicht die Wirksamkeitsanforderungen an Vereinbarungen, da sie oft durch Nötigung zustandekommen und nicht zwischen den Parteien, sondern zwischen den Oberhäuptern der jeweiligen Familien geschlossen werden. Außerdem bedürfen sie stets der Kontrolle, inwieweit sie inhaltlich mit dem deutschen Recht vereinbar sind.

Unter Aufsicht deutscher Behörden und in engen Grenzen können die Scharia-Gerichte ein funktionierendes Element der Rechtsordnung und eine Ergänzung der staatlichen Gerichte sein. Sofern die selbsternannten Friedensrichter bereit sind, sich dieser Aufsicht und diesen Grenzen zu unterwerfen, spricht auch nichts gegen eine Zusammenarbeit. Es ist aber zu befürchten, dass das regelmäßig nicht der Fall sein wird. Die Staatsanwaltschaften sollten nicht zögern, bei Verwirklichung von zahlreichen Straftatbeständen durch das Scharia-Gericht gegen die selbsternannten Friedensrichter selbst vorzugehen. Sie sollten endlich diese Tätigkeit als kriminell anerkennen und sich nicht auf die Anlasstaten beschränken.³³ Die Untätigkeit

liefert die betroffenen Menschen mit Migrationshintergrund, die oft des Schutzes gegen den stärkeren Clan, aber auch gegenüber ihrer eigenen Familie bedürfen, einem in weiten Teilen verfassungswidrigen System aus – ein mit dem Grundgesetz und den Menschenrechten der Betroffenen unvereinbarer und unhaltbarer Zustand.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

³³ Ebenso schon *Wagner*, S. 204 f.

BEITRAG

Dr. Philipp K. Kauffmann, LL. M.*

In dubio pro – Selbstanzeige?

Einleitung

Bedingt durch die Weißgeldstrategie Schweizer Banken, angekaufter Steuerdaten-CDs¹ und zahlreicher prominenter Fälle wie Uli Hoeneß oder Alice Schwarzer² ist es zu einem starken Anstieg von Selbstanzeigen gekommen. Bereits in den ersten drei Monaten des Jahres 2014 gab es so viele Selbstanzeigen wie noch nie, mit gut 13.000 fast halb so viele wie im gesamten Zeitraum 2013.

Besonders stark stieg die Zahl der eingereichten Selbstanzeigen in NRW mit 2.656 Fällen (dies entspricht etwa dem fünffachen des ersten Quartals 2013), in Bayern mit einem vierfachen Volumen von 2.030 Fällen und in Baden-Württemberg mit 2.669 Fällen an.³ Der durchschnittlich pro Steuerpflichtigem zu erzielende Kapitalertrag lag dabei bei

* Der Autor ist Rechtsanwalt im Fachbereich Wirtschafts- und Steuerstrafrecht bei Kullen Müller Zinser in Sindelfingen.

¹ Vgl. im Hinblick auf die Verwertbarkeit und Strafbarkeit der angekauften Daten *Kauffmann*, JA 2010, 597 ff. und *Jandl*, Forum Steuerrecht 2013, 93 ff.

² Beispielhaft zu diesem medial präsenten Themenkomplex etwa der Beitrag der Süddeutschen Zeitung vom 15.03.2014, online unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/fall-hoeness-und-die-steuerhinterziehung-die-angst-vor-der-selbstanzeige-1.1913201>.

rund 86.000 Euro und damit bei einer Steuernachforderung in Höhe von etwa 24.000 Euro.⁴

Der – bereits seit einigen Jahren – zu verzeichnende Anstieg von Selbstanzeigen hat zu einer Vielzahl rechtlicher Änderungen auf dem Gebiet der Bekämpfung von Steuersündern und gleichsam zu einer deutlichen Verschärfung geführt. Nicht zuletzt haben die Finanzminister der Bundesländer auf der Bund-Länder-Konferenz in Berlin am 27.03.2014 sowie – zur Klärung letzter offener Punkte – im Rahmen einer Telefonkonferenz vom 30.04.2014 beschlossen, die Grundzüge der Steuerhinterziehung zwar beibehalten zu wollen, gleichfalls jedoch dem Ruf nach härteren Sanktionen – wenngleich stark politisch und medial-visuell motiviert – gerecht zu werden.

Unter anderem soll daher ab dem 01.01.2015 der sog. Strafzuschlag gemäß § 398 a Nr. 2 Abgabenordnung (AO) von bisher 5 Prozent auf bis zu 20 Prozent in drei Stufen, bezogen auf die einzelne Tat ab 25.000 Euro (10 Prozent), 100.000 Euro (15 Prozent) und einer Million Euro (20 Prozent), erhöht werden. Gleichfalls soll die Strafverfolgungsverjährung von bislang fünf Jahren (Regelfall) an die steuerliche Festsetzungsverjährung von

³ Vgl. FAZ vom 16.04.2014, online unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/dreimal-so-viele-selbstanzeigen-wie-letztes-jahr-12898191.html>.

⁴ Vgl. etwa die Nachzahlungsauflistung wegen Selbstanzeigen in Schleswig-Holstein, abgedruckt im aktuellen Teil der *wistra* 4/2014, VI.

zehn Jahren, unabhängig von der zu erwartenden Höhe der Steuernachzahlung, angepasst werden.

Dass das Thema Steuerhinterziehung nicht nur in Deutschland heftig umstritten ist, zeigt sich auch auf europäischer und internationaler (Rechts-)Ebene. Während die Mitgliedsstaaten der EU daran interessiert sind, einen einheitlichen automatischen Informationsaustausch (u. a. für Gebietsfremde, z. B. in Luxemburg ab 01.01.2015 für bestimmte Einkunftsarten⁵) voranzutreiben, welcher – zumindest – für die Schweiz ab 2016⁶ zu einer völligen Auflösung des Bankgeheimnisses führen dürfte, haben beispielsweise die USA bereits am 14.02.2013 mit der Schweiz das sog. FATCA-Abkommen unterschrieben. Dieses in ähnlicher Weise auch am 31.05.2013 mit der BRD geschlossene Abkommen dient der Förderung der Steuerehrlichkeit bei internationalen, d. h. grenzüberschreitenden Sachverhalten und soll zu einer Transparenz wesentlicher Kundeninformationen beitragen.

Die angekündigten (gesetzlichen) Verschärfungen der Strafen für Steuersünder sowie die zahlreichen Diskussionen führen aber letztlich zu der Frage, ob die Regelung einer

strafbefreienden Selbstanzeige grundsätzlich erhalten bleiben oder das Instrument der Selbstanzeige generell abgeschafft werden sollte. Um dies beantworten zu können, bedarf es jedoch zunächst eines Überblicks über das Normgeflecht des § 371 AO und die hierzu in den letzten Jahren ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung. Eingegangen werden soll auch auf die Frage der Vereinbarkeit des § 371 AO mit den bestehenden strafrechtlichen „Rücktrittsmöglichkeiten“.

I. Voraussetzungen der strafbefreienden Selbstanzeige

Der – nicht nur durch die Medien – einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemachte Gerichtsprozess im Fall Hoeneß hat Einblicke darüber gegeben, welchen „Mindestinhalt“ eine Selbstanzeige, die nicht notwendigerweise als eine solche überschrieben sein muss, aufweisen muss. Notwendig ist insbesondere, den Sachverhalt dem notwendigen Adressaten, in der Regel dem zuständigen Veranlagungs-Finanzamt des jeweiligen Steuerpflichtigen, zu offenbaren und die Zahlen, d. h. z. B. Kapitalerträge ausländischer Bankverbindungen, zu benennen.

Das Selbstanzeigerecht wurde dabei im Jahr 2011, angestoßen durch die Aufgabe seiner gefestigten Rechtsprechung im Hinblick auf

⁵ Vgl. § 7 EU-AmtshilfeG oder OECD-Musterabkommen.

⁶ Umsetzung des OECD Common Reporting Standards „CRS“ vom 13.02.2014: Banken und kollektive Anlagevehikel müssen dadurch gewisse Kundendaten, insbesondere Kontosaldi, Zinsen, Dividenden, Kapitaleinkünfte etc., unaufgefordert an die Steuerbehörden weiterleiten.

die Teilselbstanzeige durch den BGH,⁷ mit Einführung des Schwarzgeldbekämpfungsgesetzes⁸ neu geregelt und – entsprechend den obigen Ausführungen – verschärft. Um die durchaus komplexe Struktur der §§ 370, 371 AO besser verstehen zu können, sollen einzelne relevante Tatbestandsmerkmale kurz erläutert und mit Fallbeispielen verdeutlicht werden.

1. Systematik des § 371 AO

Fall 1: A ist deutscher Staatsbürger mit Wohnsitz in München. Er unterhält seit dem Jahr 2007 eine Geschäftsbeziehung zu der Credit Suisse (CS) in Zürich, Schweiz. Die in den Jahren 2007 bis 2012 erzielten Kapitalerträge bei der CS (z. B. Zinsen oder Dividenden) in Höhe von 10.000 Euro per annum hat A in seinen Steuererklärungen nicht angegeben. Die Steuererklärungen reichte er jeweils am 31.05. des nächsten Jahres ein. Die unrichtigen Einkommenssteuerbescheide wurden A jeweils am darauffolgenden 31.07. bekanntgegeben.

Var. 1: A reicht am 28.04.2014 eine Nacherklärung für die Jahre 2007 bis 2010 ein, vergisst jedoch die Jahre 2011 und 2012.

Var. 2: A reicht am 29.04.2014 eine Nacherklärung ein, die sämtliche Besteuerungszeiträume umfasst. Da A sämtliche Bankunterlagen zerstört hat, schätzt er die Kapitalerträge auf 5.000 Euro pro Jahr.

Var. 3: Wie Var. 2, nur stimmen die Schätzwerte. Da die Bankunterlagen und die Aufarbeitung jedoch erst nach fünf Monaten bei A eingehen, werden die konkreten Zahlen erst am 26.09.2014 bei dem Finanzamt nachgereicht. Das Finanzamt zweifelt die Wirksamkeit der Selbstanzeige an.

Var. 4: Auf die Selbstanzeige des A wird nach Erlass der neuen Steuerbescheide am 30.10.2014 eine Zahlungsfrist bis zum 21.11.2014 gewährt. Das Konto bei der CS wurde Dezember 2013 aufgelöst und das abgehobene Geld verbraucht.

a) Mindestinhalt nach § 371 Abs. 1 AO

Aus § 371 AO lässt sich die Forderung des Gesetzgebers an den Steuerhinterzieher entnehmen, unvollständige, unrichtige oder unvollständige Angaben zu berichtigen oder zu ergänzen oder unterlassene Angaben nachzuholen (sog. Materiallieferung). Um die „Brücke zur Straffreiheit“ wirksam betreten zu können, muss der Steuerpflichtige ein-

⁷ BGHSt 55, 180: Danach lasse der Wortlaut des Gesetzes („insoweit“), der bis dato zur Zulässigkeit der Selbstanzeige herangezogen wurde, nicht die Teilselbstanzeige zu, sondern umfasse lediglich die Straffreiheit der angezeigten Steuerstraftat; sehr umstritten vgl. *Quedenfeld/Füllsack*, Verteidigung in Steuerstrafsachen, 4. Aufl. 2012, S. 153 m. w. N.

⁸ BT-Drs. 17/4182 und Stellungnahme des Bundesrats, BR-Drs. 851/10.

deutig und verständlich zum Ausdruck bringen, dass seine vorigen Angaben unrichtig oder unvollständig waren und an deren Stelle nunmehr die „richtigen Zahlen“ treten. Der pauschale Verweis auf einen unrichtigen Sachverhalt reicht dabei nicht aus. Vielmehr muss ein konkreter Rückbezug auf sämtliche falschen Angaben erfolgen und die nicht zwingend in schriftlicher Form zu erlassende Mitteilung des tatsächlichen vollumfänglichen Sachverhalts ergehen (sog. Vollständigkeitsgebot⁹).

Die oben bereits erwähnte Rechtsprechung hat dazu geführt, dass sich das Vollständigkeitsgebot nicht mehr auf die materielle Tat (Steuerart und Besteuerungszeitraum), sondern auf alle Besteuerungszeiträume hinsichtlich der Steuerart erstreckt, auf die in der Selbstanzeige Bezug genommen wird. Reicht daher A in der Var. 1 eine Nacherklärung nur für die Jahre 2007 bis 2010 ein, läge eine unwirksame Teilselbstanzeige vor. Dies hat zwingend zur Folge, dass die eingereichte Selbstanzeige insgesamt unwirksam ist und eine Straffreiheit nicht mehr erreicht werden kann.

Das Finanzamt muss durch die eingereichte Nacherklärung in die Lage versetzt werden, die Steuer ohne geringfügig überschreitende eigene Aufklärung des Sachverhalts festzusetzen, „als wäre die Steuerklärung von An-

⁹ Vgl. zum vertikalen (zeitlichen) und horizontalen (sachlichen) Vollständigkeitsgebot Beckemper/Schmitz/Wegner/Wulf, wistra 2011, 281 ff.

fang an ordnungsgemäß abgegeben worden“.¹⁰ Der Steuerhinterzieher muss deshalb den Sachverhalt, d. h. die unterhaltenen ausländischen Geschäftsbeziehungen, insoweit offenlegen, als es für die Besteuerung von Relevanz ist. Im Ausgangsfall hätte es daher nicht ausgereicht, wenn in der Nacherklärung lediglich Bezug auf die „Geschäftsbeziehung zu einem ausländischen Bankinstitut“ genommen worden wäre.

Wie aus der frühen Rechtsprechung des BGH entnommen werden kann, sind geringfügige Abweichungen, auch bei dem tatsächlichen Verkürzungsbetrag, nach der zumindest bislang noch geltenden Rechtsprechung unschädlich. Mit oben genanntem Beschluss vom 25.07.2011 hat der BGH entschieden, dass eine Abweichung um 5 Prozent¹¹ (nach unten) des Verkürzungsbetrags i. S. d. § 370 Abs. 4 AO nicht mehr als geringfügig anzusehen ist. Dies ist insbesondere deshalb von großer Bedeutung, weil – nach geltender gesetzlicher Lage – eine sog. „gestufte“ Selbstanzeige in zwei Schritten möglich ist.

Für die Var. 2 hat dies die Unwirksamkeit der Selbstanzeige zur Folge, da die geschätzten Zahlen eine Abweichung von mehr als 5 Prozent beinhalten, die damit nicht mehr geringfügig ist (sog. verunglückte Selbstanzei-

¹⁰ Vgl. Quedenfeld/Füllsack, a. a. O., S. 163 mit Verweis auf BGHSt 3, 373; 12, 101.

¹¹ Umstritten ist jedoch, ob sich die Toleranz nur auf die jeweilige Einzeltat oder auf die gesamte Selbstanzeige bezieht; für ersteres Jäger, in: Klein, AO, 11. Aufl. (2012), § 371 Rn. 28a; für letzteres die h. Lit., z. B. Schwartz, PStR 2011, 122 ff.

ge). A müsste daher bei Unkenntnis über den tatsächlichen Kontostand durch eine deutlich nach oben zu korrigierende Schätzung sicherstellen, oberhalb der tatsächlich erzielten Kapitalerträge zu liegen. Dabei darf jedoch keine sog. „Mondschtzung“ erfolgen, d. h. völlig unrealistische, außerhalb der Lebenswirklichkeit liegende Erträge angesetzt werden (z. B. wenn A im Ausgangsfall eine Schätzung von 100.000 Euro per annum angibt).

Der Steuersünder darf deshalb mangels Kenntnis von dem tatsächlichen Kontostand und der über die relevanten Jahre erzielten Kapitalerträge die „Zahlen“ in einem ersten Schritt (beachte aber die 5-Prozent-Hürde!) schätzen; anschließend müssen innerhalb eines bestimmten Zeitraums die „konkreten“ Zahlen nachgeliefert werden (zweiter Schritt). Welcher Zeitraum als angemessen angesehen wird, ist dabei äußerst umstritten. Während insbesondere nach dem Hoenß-Prozess eine Verschärfung der Finanzbehörden wahrgenommen wird, die so weit geht, Schätzwerte nicht mehr anzuerkennen, gestattet der BGH unter Bezugnahme auf das Urteil vom 20.05.2010¹² ausdrücklich, „alle erforderlichen Angaben notfalls auf Basis einer Schätzung zu berichtigen. [Diese] Angaben müssen in jedem Fall so geartet sein, dass die Finanzbehörde auf ihrer Grundlage in der Lage ist, ohne langwierige Nachforschungen den Sachverhalt vollends aufzuklären und die Steuer richtig festzusetzen.“

¹² BGH, Urteil vom 20.05.2010, 1 StR 577/09.

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Steuerhinterzieher teilweise über Jahrzehnte keine Unterlagen aufbewahrt haben und infolgedessen auch bei sofortiger Vorlage erst die jeweiligen Bankunterlagen anfordern müssten, zudem der Begriff „langwierige Nachforschungen“ ungeklärt ist, dürfte in der Var. 3 – noch – von einer Wirksamkeit der Selbstanzeige auszugehen sein.

Neben der positiven Voraussetzung des Abs. 1 muss zur Wirksamkeit der Selbstanzeige auch die Voraussetzung des Abs. 3 erfüllt sein. Dies hat zur Folge, dass nur die Selbstanzeigeerklärung in Kombination mit der Entrichtung der Steuerschuld den Anspruch auf Straffreiheit begründet.¹³ Bis zu dem Zeitpunkt der Nachzahlung besteht daher lediglich eine auflösend bedingte „Anwartschaft auf Straffreiheit“.¹⁴ Die in § 371 Abs. 3 gewählte Formulierung „die hinterzogenen Steuern“ bezieht sich dabei nur auf den Betrag, den der Steuerhinterzieher unmittelbar aus der Steuerhinterziehung erlangt hat. Steuerliche Nebenleistungen wie Säumniszuschläge oder der auferlegte Hinterziehungszins von 6 Prozent pro Jahr werden von der Nachzahlungspflicht nicht umfasst.

Kann der Steuerpflichtige daher entsprechend Var. 4 die (in Frist gesetzte¹⁵) Steuerforderung nicht entrichten, wird die zu-

¹³ Vgl. *Quedenfeld/Füllsack*, a. a. O., S. 206 f.

¹⁴ So *Franzen/Gast/Joelcks*, *Steuerstrafrecht*, 7. Aufl. 2009, § 371 Rn. 196.

¹⁵ Einhellig wird dabei vom strafrechtlichen Charakter der Nachzahlungsfrist ausgegangen, vgl. BFHE 135, 148, wistra 1982, 193.

nächst wirksam eingereichte Selbstanzeige letztendlich unwirksam.

b) Die „erweiterten“ Sperrgründe einer Selbstanzeige gemäß § 371 Abs. 2 AO

Fall 2: Der Steuerpflichtige A unterhält ein Konto bei der CS, das bislang in seinen Steuererklärungen nicht berücksichtigt wurde. Durch den Ankauf einer Steuerdaten-CD im Jahr 2010 erlangt die Finanzbehörde Kenntnis darüber, dass A ein Konto entweder bei der CS, bei der Clariden Leu oder bei der Neuen Aargauer Bank mit einem Depotstand von 100.000 Euro zum 31.12.2010 unterhält. Durch ein Schreiben der Finanzbehörde wird A gebeten, Stellung zu beziehen.

Var. 1: Anlässlich einer Grenzkontrolle wird im Auto des A ein Kontoauszug der CS gefunden. Der Zoll gibt diese Informationen an die Finanzbehörde weiter.

Praktisch bedeutsam, so auch im Fall Hoenes, sind jedoch die negativen Tatbestandsvoraussetzungen des § 371 Abs. 2 AO (sog. Ausschlussgründe). Um den vorliegenden Umfang zu wahren, soll hier nur auf § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO näher eingegangen werden.

Nach § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO tritt Straffreiheit nicht ein, wenn die Steuerstraftat „entdeckt“ war und der Steuerhinterzieher dies „wusste“ oder damit „rechnen“ musste. Das Merkmal der Tatentdeckung erfordert dabei aber mehr

als die bloße Kenntnis von Anhaltspunkten, die zur Einleitung eines Strafverfahrens führen könnten.¹⁶ Nach ständiger Rechtsprechung ist die Tat erst in dem Zeitpunkt entdeckt, in dem bei vorläufiger Tatbewertung die Wahrscheinlichkeit eines verurteilenden Erkenntnisses gegeben ist.¹⁷ Es müssen daher bereits konkrete Anhaltspunkte vorliegen und Überprüfungen vorgenommen worden sein.¹⁸

Nicht ausreichend für eine Tatentdeckung ist daher beispielsweise

- die bloße Sicherstellung von Unterlagen oder Datenträgern ohne konkrete Auswertung,¹⁹
- wenn der Steuerpflichtige angemahnt wird oder Zwangsmaßnahmen angedroht werden²⁰ oder
- wenn die Finanzbehörde die Steuer Nummer eines verdächtigen Steuerpflichtigen bei einer anderen Finanzbehörde erfragt.²¹

Im Umkehrschluss lässt sich daher sagen, dass von einer Tatentdeckung erst dann auszugehen ist, wenn die Finanzbeamten aufgrund tatsächlicher Feststellung von einer er-

¹⁶ Jäger, in: Klein, AO, 11. Aufl. (2012), § 371 Rn. 60.

¹⁷ BGH, NStZ 1983, 415 = wistra 1983, 197; BGHSt 55, 180 = NJW 2010, 2146 Rn. 22 ff. (24); BGH NStZ 2000, 427 = wistra 2000, 219.

¹⁸ BGHSt 55, 180 = NJW 2010, 2146 Rn. 25 ff.

¹⁹ Vgl. Mückenberger, NJW 2012, 3481 ff.

²⁰ Vgl. Nachweise bei Leise, DStR 1971, 58.

²¹ OLG Frankfurt, NJW 1962, 976.

höhten Steuer(nach)zahlung ausgehen.²² Daneben verkennt die Ermittlungsbehörde teilweise die additiv zwingend vorliegende subjektive Tatkomponente („wusste“/„rechnen“).

Während der Nachweis der positiven Kenntnis („wusste“) einer Entdeckung in der Praxis regelmäßig schwer zu führen sein wird, bedarf es bei der zweiten Variante eines „Rechnenmüssen[s] aufgrund verständiger Würdigung der Sachlage“. Die Formulierung „bei verständiger Würdigung“ ist dabei nicht unumstritten.²³ Allerdings hat der BGH in seiner Entscheidung vom 20.05.2010²⁴ betont, dass die Negativvoraussetzung „maßgeblich durch die objektive Voraussetzung der Tatentdeckung [...] und weniger durch die subjektive Komponente bestimmt“ wird.

In Bezug auf Fall 2 machen die vorangegangenen Ausführungen daher deutlich, dass weder die Berichterstattung über mögliche Ankäufe von Steuer-CDs (nicht auszuschließen sind auch sog. „Lockschreiben“ der Finanzbehörden) noch die Nennung des betroffenen Kreditinstituts samt Tochtergesellschaften und des Adressaten selbst der Einreichung einer Selbstanzeige entgegenstehen. Es fehlt mangels – konkreter – Auswertung der Datensätze und Überprüfung des jeweiligen einzelfallorientierten Sachverhalts

an einer Tatentdeckung.²⁵ Das durch den Ankauf bedingte graduell erhöhte Entdeckungsrisiko führt daher nicht zu einer Unwirksamkeit der Selbstanzeige, auch wenn – zumindest teilweise – in Schreiben der Finanzbehörden unter Bezugnahme auf §§ 208, 93 AO – eine solche ausgeschlossen wird.

Eine Tatentdeckung liegt daher auch bei Var. 1 nicht vor. Werden anlässlich einer Grenzkontrolle ausländische Bankunterlagen aufgefunden (oder größere Geldbeträge über 10.000 Euro pro Person²⁶), muss sich die Finanzbehörde zunächst Klarheit über nicht der Besteuerung unterworfen Einkünfte verschaffen. Soweit ein individueller Abgleich nicht stattgefunden hat, besteht für den Betroffenen die Möglichkeit – wenngleich zeitlich aufgrund der Kontrollmitteilung gemäß Art. 27 DBA-Schweiz sehr eingeschränkt –, noch entsprechend zu handeln.

2. Das System der Strafverfolgungsverjährung

Nicht zuletzt aufgrund der geplanten Neuregelungen zum 01.01.2015 und der Erweiterung der strafrechtlichen Verjährung auf zehn Jahre ist auf das System der Verjährung im Steuerstrafrecht näher einzugehen.

²² Vgl. Buse, DStR 2008, 2100 m. w. N.

²³ Vgl. die Nachweise bei MK-Kohler, StGB, München 2003 ff., § 371 Rn. 230.

²⁴ BGHSt 55, 180; Salditt, PStR 2010, 173 f.

²⁵ Ausführlich dazu Mückenberger/Iannone, NJW 2012, 3481 ff.

²⁶ Vgl. § 12a Abs. 2 S. 1 ZollVG; bei gemeinsam reisenden Ehegatten soll nach OLG Karlsruhe, Beschluss vom 24.09.2002 – 1 Ss 59/02, wistra 2003, 36 ff. der im Gewahrsam eines Ehegatten befindliche Betrag nicht beiden Ehegatten hälftig zugerechnet werden (sog. „Handtaschen-Urteil“).

Fall 3: A ist deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in München. Am 01.08.2014 kommt A zu Rechtsanwalt R in dessen Kanzlei und teilt ihm mit, Erträge aus einer Geschäftsbeziehung zu der CS in Zürich nicht in seinen Steuererklärungen an sein zuständiges Finanzamt angegeben zu haben. Die Steuererklärung für das Jahr 2008 reichte er am 31.05.2009 ein. Der unrichtige Einkommenssteuerbescheid für 2008 wurde A am 31.07.2009 bekanntgegeben. Das Konto wurde 2001 eröffnet und besteht bis heute. Die erzielten Erträge beliefen sich auf 10.000 Euro pro Jahr.

Var. 1: Wie im Ausgangsfall, nur beliefen sich die Erträge auf 60.000 Euro pro Jahr.

Während sich die steuerliche Festsetzungsverjährung im Rahmen einer Steuerhinterziehung gemäß §§ 169 Abs. 2 S. 2, 370 AO von vier auf zehn Jahre verlängert und nach § 170 Abs. 1 AO mit Ablauf des Kalenderjahres beginnt, in dem die Steuer entstanden ist, kannte das Steuerstrafrecht – zumindest bis zur Einfügung des § 376 Abs. 1 AO im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2009 vom 01.01.2009²⁷ – keine eigenen Verjährungsvorschriften. Diesbezüglich gelten – zumindest bis zum 01.01.2015 – im Hinblick auf die einfache Steuerhinterziehung noch über § 369 Abs. 2 AO die allgemeinen Vorschriften des StGB.

²⁷ Die Neuregelung der Strafverfolgungsverjährung gemäß § 376 AO gilt für alle Taten, die am 25.08.2008 noch nicht verjährt waren.

Danach beträgt die Strafverfolgungsverjährung gemäß § 78 StGB in Fällen der einfachen Steuerhinterziehung fünf Jahre, in besonders schweren Fällen der Steuerhinterziehung zehn Jahre, vgl. §§ 370 Abs. 1, 3, 376 AO i. V. m. § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB. Die strafrechtliche Verjährung ist dabei für jede Tat gesondert zu prüfen. Die Verjährung beginnt, sobald die Tat beendet ist. „Tat“ bedeutet dabei in der Regel die Abgabe einer falschen Steuererklärung. Da die Steuerhinterziehung ein Erfolgsdelikt ist, beginnt die strafrechtliche Verjährung mit dem Eintritt des Erfolgs der zu niedrigen Festsetzung der Steuer (bei Veranlagungssteuern wie der Einkommenssteuer mit Bekanntgabe des Steuerbescheids²⁸).

Im Fall 3 wurde A am 31.07.2009 der Einkommenssteuerbescheid für 2008 bekannt gegeben. Die Verjährung begann somit zum 31.07.2009 und endete mit Ablauf nach fünf Jahren zum 31.07.2014. Für die Jahre 2001 bis 2008 wäre daher strafrechtlich Verjährung eingetreten. A müsste lediglich für den Besteuerungszeitraum 2009 bis 2013 eine Selbstanzeige einreichen. Etwas anderes gilt jedoch für die Festsetzungsverjährung, die vorliegend zehn Jahre umfasst (s. o.). Sie beginnt mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem A seine Steuererklärung abgeben hat. Für das Jahr 2003 hat A beispielsweise seine Erklärung am 31.05.2004 abgegeben. Die Frist beginnt daher mit Ablauf des 31.12.2004 und

²⁸ Anders dagegen bei Fälligkeitssteuern: Verjährungsbeginn ist regelmäßig der gesetzliche Fälligkeitstermin, vgl. BGHSt 38, 165, 170, BGH wistra 1993, 223.

endet mit Ablauf des 31.12.2014. Steuerlich verjährt wären daher nur die Jahre 2001 und 2002.

Anders – und in Zukunft wohl ausschließlich – gestaltet es sich bei Vorliegen eines besonders schweren Falles der Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 3 AO. Ein besonders schwerer Fall liegt regelmäßig dann vor, wenn die Tatbestandsmerkmale des § 370 Abs. 3 Nr. 1 bis 5 AO alternativ erfüllt sind. Dann ist die verlängerte Strafverfolgungsverjährung von zehn Jahren zu prüfen. Ausführungen sollen jedoch nur zu dem Regelbeispiel des Nr. 1 erfolgen.

Insbesondere mit seinem Grundsatzurteil vom 02.12.2008²⁹ hat der BGH zu der Frage der Hinterziehung in „großem Ausmaß“ Stellung bezogen. Danach ist ein besonders schwerer Fall erfüllt, wenn der Steuerschaden der Einzeltat mehr als 50.000 Euro beträgt. Nach dem BGH trifft dies auf Fälle zu, dass der Täter ungerechtfertigte Zahlungen vom Finanzamt erlangt hat, wie z. B. Umsatzsteuerkarusselle, Kettengeschäfte (also letztlich bei einem sog. „Griff in die Kasse“). Ebenfalls liegt eine Hinterziehung im großen Ausmaß vor, wenn der Steuerschaden bei einer Einzeltat 100.000 Euro beträgt, sich das Verhalten des Täters aber darauf beschränkt, die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis zu

lassen, mithin „nur“ eine Gefährdung des Steueranspruchs vorliegt.³⁰

Bezogen auf Var. 1 muss bei Einreichung einer Selbstanzeige die Betragsgrenze von 50.000 Euro im Blick behalten werden. Da A auf die Einzeltat bezogen mehr als 50.000 Euro Erträge erzielt hat, beträgt die strafrechtliche Verjährung zehn Jahre. Verjährt wäre daher im Gegensatz zur Festsetzungsverjährung auch das Jahr 2003 mit Ablauf des 31.07.2014.

II. (Rechtliche) Einordnung der Selbstanzeige in das Normengefüge des StGB

Nach § 370 AO wird ein Steuerhinterzieher auch nach Beendigung der Tat gemäß § 371 AO straffrei, wenn er unrichtige, unvollständige oder unterlassene Angaben bei der Finanzbehörde berichtet und die hinterzogenen Steuern nachzahlt. Fraglich ist daher, ob die Strafbefreiungsmöglichkeit der Selbstanzeige im Einklang mit dem System des deutschen Strafgesetzbuchs steht oder außerhalb des StGB stehend eine Sonderstellung eingeräumt werden muss.

1. Strafbefreiende Selbstanzeige im Vergleich zum Versuch/Rücktritt

Da es sich bei dem Grunddelikt der Steuerhinterziehung nach § 370 AO um einen „Vergehenstatbestand“ handelt, ist grundsätzlich

²⁹ BGH, Urteil vom 02.12.2008, 1 StR 416/08, BB 2009, 312 ff.

³⁰ Problematisch ist, ob diese Grenze der Einzeltat auch für ein Verschweigen von Zinseinkünften oder Schwarzgelder gelten soll.

auch eine Versuchsstrafbarkeit gemäß § 23 Abs. 1 StGB möglich. Die Schwierigkeit einer Abgrenzung des strafbaren Versuchs von der straflosen Vorbereitungshandlung muss vorliegend nicht entschieden werden, da §§ 30, 31 StGB mangels „Verbrechenstatbestand“ auf eine Steuerhinterziehung keine Anwendung finden. Mit anderen Worten bleiben alle Handlungen vor Abgabe der Steuererklärungen, wie das bloße Ausfüllen einer unrichtigen Steuererklärung, auch weiterhin straflos.³¹

Das Versuchsstadium ist daher mit Abgabe der unrichtigen Steuererklärung, im Falle der Nichtabgabe von Steuererklärungen in dem Zeitpunkt, zu dem der Steuerpflichtige bei pflichtgemäßen Verhalten die Steuererklärung spätestens hätte abgeben müssen, erfolgt und endet mit der Bekanntgabe des Steuerbescheids an den Täter. Bis zu diesem Zeitpunkt ist ein Rücktritt gemäß § 24 StGB denkbar, der auch im Steuerstrafrecht Anwendung findet und durch § 371 AO nicht ausgeschlossen wird.³²

Praktisch bedeutsam ist jedoch die Differenzierung zwischen einem unbeendeten und beendeten Versuch.³³ Dabei kommt es nach Ansicht des BGH entscheidend darauf an, „ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung

den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges für möglich hält oder sich [...] keine Vorstellungen über die Folgen seines Handelns“ gemacht hat.³⁴ Glaubt der Täter daher alles Erforderliche zur tatbestandlichen Verwirklichung getan zu haben, liegt ein beendeter Versuch vor. Ist der Täter dagegen der Ansicht, weitere (Zwischen-)Handlungen vornehmen zu müssen, ist von einem unbeendeten Versuch auszugehen.

Der oben aufgeworfene Streit wird jedoch dahingehend relativiert, als es sich bei einer Steuerhinterziehung durch aktives Tun oder Unterlassen generell um einen beendeten Versuch handelt. Zwar ist ein Rücktritt generell möglich, zur Straffreiheit kann jedoch nur eine Berichtigung nach § 371 AO verhelten. Auf das Freiwilligkeitskriterium kann es dann aber nicht mehr ankommen.

2. Strafbefreiende Selbstanzeige im Vergleich zur Tätigen Reue

Fraglich ist jedoch bereits, ob die strafbefreiende Selbstanzeige überhaupt mit dem System der Tätigen Reue verglichen werden kann und eine Eingliederung ins StGB möglich ist. Denn sieht man sich das Rechtsinstitut der Tätigen Reue genau an, ist auffällig, dass die Auswahl der der Tätigen Reue unterliegenden Tatbestände nach dem „Prinzip des Zufalls“³⁵ erfolgt sein muss. Beispielhaft finden sich im Wirtschaftsstrafrecht Tatbe-

³¹ Vgl. BGHSt 33, 387.

³² BGHSt 37, 340, 345.

³³ Zu beachten ist gleichfalls die Abgrenzung zwischen strafbarem untauglichen Versuch und straflosem Wahndelikt im Bereich des Steuerstrafrechts, dazu *Quedenfeld/Füllsack*, a. a. O., S. 99 ff.

³⁴ BGH, Urteil vom 22.09.2005, III StR 256/05, NStZ-RR 2006, 6.

³⁵ *Schönke/Schröder-Eser*, StGB, § 24 Rn. 116.

stände, die Regelungen zur Tätigen Reue enthalten, wie § 264 Abs. 5 StGB (Subventionsbetrug), § 264a Abs. 3 StGB (Kapitalanlagebetrug), § 261 Abs. 9 StGB (Geldwäsche) oder § 266a Abs. 5 StGB (Vorenthalten von Arbeitsentgelt). Doch auch außerhalb des Wirtschaftsstrafrechts finden sich etliche „wirr zusammengewürfelte“ Reuevorschriften. Dazu gehören etwa

- landesverräterische Agententätigkeit (§ 98 Abs. 2 S. 2 StGB),
- Bildung terroristischer Vereinigungen (§ 129a Abs. 7 StGB),
- Vorbereitung der Fälschung von Geld und Wertzeichen (§ 149 Abs. 2 Nr. 2 StGB)
- sowie § 26 Abs. 6 Gendiagnostikgesetz und § 20 Abs. 2 VereinsG.³⁶

Zu unterschieden sind jedoch verschiedene Stufen der Tatbestandsverwirklichung. So existieren deliktsspezifische Reuevorschriften im Bereich der Vorfeldstrafbarkeit, des Zeitpunkts der formellen Vollendung oder zeitlich nachgelagert der materiellen Beendigung. Interessant ist dagegen die neueste Entwicklung, selbst bei der Normierung umstrittener Vorbereitungshandlungen spezielle Regelungen zur Tätigen Reue zu berücksichtigen. In Abweichung von den allgemeinen Strafbefreiungsvoraussetzungen steht die

³⁶ Vgl. zur Frage des Systemvergleichs unter Einbeziehung des PartG Wegner, HRRS 2014, 52 ff.

Privilegierung, wie etwa bei § 89a StGB, allerdings im Ermessen des Gerichts.

Dagegen erfolgt eine Unterscheidung zwischen formeller Vollendung und materieller Beendigung anhand des Zeitpunkts des Eintritts der Gefährdung des Rechtsguts. Bei der Gruppe mit frühem formalisierten Vollendungszeitpunkt soll „trotz eingetretener Tatvollendung das Umkehrverhalten des Täters als Tätige Reue“ honoriert werden.³⁷ Dem Täter wird eine „Rücktrittsmöglichkeit“ vor Eintritt des tatsächlichen Schadens (materielle Beendigung), was gleichfalls zu einer „Vorverlagerung der Vollendungsstrafbarkeit vor den Zeitpunkt der eigentlichen Verletzung des geschützten Rechtsguts“ führt, eingeräumt.³⁸ Als klassische Gefährdungsdelikte kommen hier die „Vorfelddelikte“ des Betrugs in Betracht, mit anderen Worten §§ 264, 264a, 265b StGB, oder auch § 306 Abs. 1 Alt. 1 StGB und mit gewissen Abweichungen §§ 142 Abs. 4 (unerlaubtes Entfernen vom Unfallort) sowie § 158 StGB (Berichtigung einer falschen Aussage).

Gemeinsam ist sämtlichen Delikten, dass der Täter – ähnlich § 24 StGB – „freiwillig“ die von ihm ausgelöste Gefahr bis zum endgültigen Schadenseintritt (Gewährung der Subvention, der Leistung, des Kredits oder Vernichtung des Gebäudes) verhindert oder – zumindest – um Verhinderung „bemüht“ ist. Bei speziellen Delikten wie § 142 Abs. 4 StGB

³⁷ Krack, NStZ 2001, 505.

³⁸ Krack, a. a. O.

wird dagegen verstärkt auf das Kriterium der „Freiwilligkeit“ sowie ein „Zeitmoment“ abgestellt. Der Täter muss binnen 24 Stunden nach einem Unfall im fließenden Verkehr nachträgliche Feststellungen ermöglichen. Da die Tat mit Verlassen des Unfallorts vollendet ist, trägt der Täter auch – ähnlich § 371 AO – das Risiko seiner Entdeckung.

Da aufgrund der Komplexität der Steuerarten in Verbindung mit den verschiedenen Konstellationen einer Selbstanzeige lediglich auf die Veranlagungssteuern (ESt, KSt, GewSt) eingegangen wird, kann auf eine differenzierte Betrachtung der Verwirklichungsstufen verzichtet werden. Denn nach h. M. fallen bei Veranlagungssteuern Vollendung und Beendigung einer Steuerhinterziehung – zumindest – durch aktives Tun mit Bekanntgabe des unrichtigen Steuerbescheids an den Steuerpflichtigen zusammen.³⁹ Anders ist dies – ohne nähere Ausführungen zu machen – beispielsweise bei vorläufiger Festsetzung oder Umsatzsteuerhinterziehung.⁴⁰

Paradebeispiel für eine Strafbefreiungsvorschrift bei materieller Beendigung ist § 266a Abs. 6 StGB. Hier wird trotz Verletzung des Rechtsguts die Privilegierung der Strafbefreiung nicht ausgeschlossen. Voraussetzung ist jedoch, dass der Täter spätestens im Zeitpunkt der Fälligkeit oder unverzüglich danach die Zahlung nachholt. Auch hier zeigt

sich – ähnlich § 142 StGB – der zeitliche Bezug, an die die Strafbefreiung geknüpft ist.

§ 266a StGB nimmt diesbezüglich auch im StGB eine Sonderstellung ein. Denn die hierdurch bedingte „Verringerung der Vorwerfbarkeit einer wirtschaftlichen Notlage“⁴¹ ist gleichfalls einzigartig im deutschen StGB. Ähnlich § 370 AO wird bei § 266a StGB sowohl auf das Freiwilligkeitskriterium im Gegensatz zu anderen strafrechtlichen Delikten als auch auf autonome Ziele völlig verzichtet.⁴² Anders als § 370 AO muss der Tat jedoch ein verringertes Schuldunrecht beiwohnen, wie etwa das Ausbleiben der Zahlung trotz „ernsthafter Bemühungen“. In diesem Sinne kann auch der Steuerpflichtige/Täter, der berechtigterweise die Entdeckung seiner bereits seit Jahren beendeten Taten fürchtet, in den Genuss einer Straffreiheit gelangen.

Es zeigt sich mithin, dass diese „Möglichkeit“ der Strafbefreiung eine außerhalb des StGB stehende Bevorzugung von Steuerhinterziehern darstellt. Diese „Privilegierung“ ist daher zu Recht als einzigartiges und mit den Strafbefreiungsvorschriften des StGB nicht vergleichbares Rechtsinstitut einzustufen.

³⁹ Rolletschke, *Steuerstrafrecht*, 2009, Rn. 485.

⁴⁰ Vgl. dazu BGH, Urteil vom 07.11.2001, V StR 395/01, NJW 2002, 762 ff.

⁴¹ Krack, NStZ 2001, 505 ff.

⁴² Vgl. Krack, a. a. O.

III. Strafzumessungsgesichtspunkte bei der Steuerhinterziehung anhand aktueller Rechtsprechung des BGH

1. Strafrahmenbestimmung

Der Strafrahmen bei einer Steuerhinterziehung beträgt für den einfachen Fall Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. In besonders schweren Fällen liegt die Freiheitsstrafe zwischen sechs Monaten und zehn Jahren.

Die (konkrete) Bestimmung des Strafrahmens erfolgt dabei auf vier Stufen.⁴³ Den Grundstein zur Charakterisierung hat dabei der BGH mit dem bereits erwähnten Urteil vom 02.12.2008 gelegt. Anhand objektiver Kriterien ist der Strafrahmen für jede einzelne Tat im materiellen Sinne gesondert zu bestimmen. Relativierende, vergleichende, strafschärfende oder strafmildernde Umstände haben auf dieser Stufe außer Ansatz zu bleiben.⁴⁴

Von Relevanz sind einzig die durch den BGH (pauschal) festgelegten Grenzen eines Betrages in Höhe von 50.000 Euro (Griff in die Kasse) und 100.000 Euro (Steuergefährdung). Unerheblich ist dagegen, wenn lediglich ein Versuch der Steuerhinterziehung gegeben ist.⁴⁵ Im Rahmen der objektiven Strafrahmenbestimmung nicht

berücksichtigungsfähig ist ferner die Tatsache, dass die vorgenannten „Schwellenwerte“ bei Großkonzernen schneller erreicht werden, als dies bei Kleingewerbetreibenden beispielsweise der Fall ist.⁴⁶

Erst auf einer zweiten Stufe erfolgt sodann eine individuelle Strafrahmenbestimmung. Festzulegen ist, ob von dem Strafrahmen des Grunddelikts oder des Regelbeispiels (§ 370 Abs. 3 AO) auszugehen ist. Nach dem Grundsatzurteil des BGH⁴⁷ kommt der Erfüllung eines Regelbeispiels auch Indizwirkung zu, kann jedoch anhand einer wertenden Betrachtung, d. h. nach den Grundsätzen des § 46 Abs. 2 StGB, widerlegt werden. Im Unterschied zur „ersten Stufe“ findet dagegen nunmehr eine Strafrahmenverschiebung gemäß §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB statt, wenn der Schuldgehalt einer versuchten Steuerhinterziehung bei einem besonders schweren Fall geringer ist.⁴⁸

Ist der Strafrahmen nunmehr bestimmt, so erfolgt auf einer dritten Stufe die individuelle Strafzumessung für die Einzeltat, wobei der BGH vorgibt, dass bei einem Schaden über 100.000 Euro die Verhängung einer Geldstrafe nur bei Vorliegen „gewichtiger Milderungsgründe“ in Betracht komme.⁴⁹ Gleich-

⁴³ Vgl. ausführlich hierzu auch *Talaska*, PStR 2013, 184 ff.

⁴⁴ *Brauns*, FS für Samson, 2010, 523 ff.

⁴⁵ BGH, Urteil vom 28.07.2010, 1 StR 332/10, wistra 2010, 449.

⁴⁶ BGH, Urteil vom 02.12.2008, a. a. O.

⁴⁷ BGH, Urteil vom 02.12.2008, a. a. O.

⁴⁸ BGH, Beschluss vom 28.07.2010, 1 StR 332/1, NStZ 2011, 167.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 02.12.2008, a. a. O.; BGH, Urteil vom 05.05.2011, 1 StR 116/11, wistra 2011, 347; BGH, Urteil vom 15.12.2011, 1 StR 579/11, wistra 12, 191; BGH, Urteil vom 07.02.2012, 1 StR 525/11, NJW 2012, 1458.

falls sei bei einem Schaden – wie auch im Fall Hoeneß – über einer Million Euro eine aussetzungsfähige Freiheitsstrafe zur Bewährung ebenfalls nur bei „gewichtigen Milderungsgründen“ anzuerkennen.

Aus dem Umstand, dass es sich beim Schmuggel um einen Qualifikationstatbestand der Steuerhinterziehung handelt, folgt zudem, dass die Rechtsprechung zur Strafzumessung bei Hinterziehung in Millionenhöhe nach dem BGH mit Urteil vom 22.05.2012⁵⁰ auch auf Schmuggeltaten Anwendung findet. Demnach kommt eine (aussetzungsfähige) Freiheitsstrafe von nicht mehr als zwei Jahren auch bei Schmuggel gemäß § 373 AO nur bei Vorliegen besonders gewichtiger Milderungsgründe noch in Betracht. Dabei ist es für den Unrechtsgehalt ohne Bedeutung, ob die Millionengrenze durch eine einzelne oder mehrere Taten erreicht worden und gesamtstrafenfähig ist.⁵¹

Auf der dritten Stufe ist zudem zu überlegen, ob die Taten „Seriencharakter“ aufweisen. Liegen sog. „Tatserien“ vor, so ist bereits bei der Zumessung der Einzelstrafen nicht allein der jeweils durch die Einzeltat verursachte Schaden entscheidend, sondern auch die Gesamtserie und der Gesamtschaden zu berücksichtigen.⁵² Dies rechtfertigt in Einzel-

fällen mit geringem Schadensumfang die Verhängung kurzfristiger Freiheitsstrafen nach § 47 StGB.⁵³

Abschließend erfolgt sodann die Gesamtstrafenbildung unter erneuter Berücksichtigung sämtlicher Gesichtspunkte. Auffällig ist jedoch, dass die (pauschale) Grenzziehung der Schwellenwerte, insbesondere im Hinblick auf die Frage der Aussetzungsfähigkeit einer Freiheitsstrafe über einem Betrag von einer Million Euro, problematisch ist und nicht nur in der Praxis zu erheblichen Missständen führt. Dies nicht zuletzt deshalb, weil der BGH in einer jüngeren Entscheidung ausdrücklich betont hat, je nach Einzelfall auch bei einem Hinterziehungsbetrag unterhalb der Schwelle der einen Million Euro eine Bewährungsstrafe nicht mehr zulassen zu wollen.⁵⁴ Die Findung einer schuldangemessenen Strafe dürfte daher – nicht zuletzt auch durch das Urteil im Fall Hoeneß – weiter erschwert und der Handlungsspielraum für Verteidiger und Berater deutlich eingeschränkt worden sein.

2. Strafzumessungsgesichtspunkte gemäß § 46 StGB

Fall 4: A, ein Rentner im Alter von 80 Jahren, besitzt jeweils ein Konto bei der CS in Zürich, Schweiz, und bei der LLB in Liechtenstein. Beide Konten wurden nicht in

⁵⁰ BGH, Urteil vom 22.05.2012, 1 StR 103/12, NJW 2012, 2599.

⁵¹ BGH, Urteil vom 07.02.2012, 1 StR 525/11, wistra 2012, 236; BGH, Urteil vom 22.05.2012, 1 StR 103/12, NJW 2012, 2599.

⁵² BGH, Beschluss vom 29.11.2011, 1 StR 459/11, wistra 2012, 151.

⁵³ Vgl. Talaska, PStR 2013, 187.

⁵⁴ BGH, Urteil vom 26.09.2012, 1 StR 423/12, wistra 2013, 31.

den jeweiligen Einkommenssteuererklärungen berücksichtigt. Im August 2013 reicht A eine Nacherklärung für das Konto bei der CS für die Jahre 2007 bis 2012 ein, vergisst jedoch das Konto bei der LLB in Liechtenstein. Die geänderten Steuererklärungen ergehen im Oktober 2013 (Nachzahlung insgesamt 30.000 Euro; dies wäre auch für die LLB angefallen). Die Nacherklärung wird seitens der Straf- und Bußgeldsachenstelle für wirksam erachtet. Nun wendet sich A im August 2014 an Rechtsanwalt R um Rat.

Ausgangspunkt unserer Überlegung, welche Kriterien als strafmildernd oder strafscharfend im Steuerstrafrecht herangezogen werden können, soll das Urteil des BGH vom 07.02.2012⁵⁵ sein. Danach müssen bei Hinterziehungsbeträgen über 100.000 bzw. einer Million Euro „schuld mindernde Umstände von besonderem Gewicht“ vorliegen. Es gilt daher zu fragen, welche Umstände derart „gewichtig“ sein können.

Unproblematisch handelt es sich bei Ablegen eines Geständnisses, die starke psychische Belastung des Betroffenen, die lange Verfahrensdauer sowie die vollständige Nachzahlung der geschuldeten und hinterzogenen Steuer einschließlich Zinsen etc. (Schadenswiedergutmachung) um „klassische“ Strafmilderungsgründe. Allerdings stellen diese nach oben genannter Rechtsprechung keine

von „besonderem Gewicht“ dar. Während die „weiße Weste“ des Täters sowie ein abgelegtes vollumfängliches Geständnis augenscheinlich nicht einmal einer genauen Beurteilung bedürfen, verliert die Schadenswiedergutmachung dann an „Gewicht“, wenn „der Angeklagte diese angesichts seiner komfortablen Vermögensverhältnisse ohne erkennbare Einbuße seiner Lebensführung erbringen konnte“ und „offensichtlich keinen besonderen persönlichen Verzicht darstellte“.

Auch kann bei einer Verfahrensdauer von drei bis vier Jahren nicht von einem besonderen Grund gesprochen werden, da die Gesamtverfahrensdauer „im Rahmen von Wirtschaftsstrafsachen“ üblich ist. Schließlich überschreitet auch eine festgestellte „erheblich psychische Belastung angesichts einer drohenden Haftstrafe“ nicht die vorgenannte Schwelle, da kein Unterschied zu anderen Beschuldigten vorliege, die sich in einer ähnlichen, einer Haftstrafe drohenden Situation befänden.

Auch die bereits erwähnte Annahme einer kurzen Freiheitsstrafe bei serienmäßiger Tatbegehung findet ihre Grenze darin, wenn nach Ansicht der aktuellen Rechtsprechung ein besonders hoher Gesamtschaden vorliegt. Dagegen als besonders „gewichtiger“ Strafmilderungsgrund anerkannt ist eine Milderung nach § 71 AO. Nach § 71 AO haftet der Steuerhinterzieher oder der Gehilfe für die verkürzten Steuern und die zu Unrecht gewährten Steuervorteile. Zwar ist § 71 AO

⁵⁵ BGH, Urteil vom 07.02.2012, a. a. O.

keine zusätzliche Strafsanktion, d. h. eine Strafmilderung scheidet grundsätzlich aus, wenn der Täter trotz geringen Beuteanteils für die gesamte hinterzogene Steuer haftet.⁵⁶ Allerdings kommt eine strafmildernde Berücksichtigung dann in Betracht, wenn der Angeklagte nach den maßgeblichen Umständen des Einzelfalls tatsächlich mit seiner Heranziehung „rechnen muss“ und dies eine „besondere Härte“ darstellen würde.⁵⁷

Besondere Aufmerksamkeit – ebenfalls unter Bezugnahme auf den Fall Hoeneß – bedarf die im Fall 4 aufgeworfene Frage, wie eine „verunglückte“ Selbstanzeige bei der Strafzumessung zu berücksichtigen ist. Grundsätzlich wirkt sich ein solcher Vorfall strafmildernd aus, da der Täter mitunter „reinen Tisch“ machen will, jedoch aufgrund von fehlerhaften Zahlen oder „Vergessen“ eines Jahres die Nacherklärung für unwirksam erklärt wird. In gleicher Weise muss auch berücksichtigt werden, dass zahlreiche Nacherklärungen aufgrund von „Beratungsfehlern“ in der Praxis unwirksam sind. Auch dies wird richterlich natürlich entsprechend angerechnet werden.

Für den vorliegenden Fall 4 kommt hinzu, dass sich der Täter im fortschreitenden Alter befindet. A hatte für das Schweizer Konto insgesamt 30.000 Euro nachgezahlt. Für das

Konto in Liechtenstein ist ebenfalls der gleiche Betrag zu erwarten. Da eine Teilselbstanzeige nicht mehr möglich ist, führt jedoch eine „zweite“ eingereichte Nacherklärung zur Unwirksamkeit der bereits für wirksam erachteten Nacherklärung. Insgesamt hat A daher 60.000 Euro hinterzogen. Das hohe Alter, die teilweise Schadenswiedergutmachung und die rechtlich noch nicht höchstrichterlich geklärte Situation wird jedoch strafmildernd berücksichtigt und im Idealfall zu einer Einstellung nach § 153a StPO oder einem „kleinen“ Strafbefehl mit Geldstrafe führen.

Wesentliche Kriterien für die Strafschärfung im Steuerstrafverfahren sind zunächst die Höhe der hinterzogenen Steuern und auch die Dauer der Hinterziehung. Entscheidend ist hierbei, ob die Steuern auf Dauer oder nur auf Zeit verkürzt sind. Die besonders bei Umsatzsteuerhinterziehungen (Voranmeldung/Jahreserklärung) relevanten Fälle sollen jedoch vorliegend außer Betrachtung bleiben.⁵⁸ Abzuraten – auch im Hinblick auf die Gesprächsbereitschaft mit den Finanzbehörden – ist von (nachträglichen) Täuschungen der Finanzbehörden durch falschen Tatsachenvortrag oder das Verwenden unrichtiger (rückdatierter) Schriftstücke zu Verschleierungszwecken (gefälschte Kontoauszüge, Rechnungen von Subunternehmerleistungen etc.).

⁵⁶ BGH, Beschluss vom 25.09.2012, 1 StR 407/12, DStR 2013, 268.

⁵⁷ BGH, Urteil vom 24.10.2002, 5 StR 600/01, wistra 2003, 100; BGH, Urteil vom 14.03.2007, 5 StR 461/06, wistra 2007, 262.

⁵⁸ Vgl. hierzu umfassend *Kohlmann*, StraFo 2000, 406; restriktiv BGHSt 53, 221; *BGH*, NJW 2011, 2526.

3. Würdigung

Die Ausführungen des 1. Strafsenats werfen erhebliche Frage auf. Unklar bleibt weiterhin, wann und unter welchen Voraussetzungen Strafmilderungsgründe als „gewichtig“ anzusehen sind. Unter Bezugnahme auf § 56 Abs. 2 StGB, der anstatt von „Milderungsgründen“ von „besonderen Umständen“ spricht, ist die Fixierung auf „gewichtige Gründe“ nicht nachvollziehbar. Sofern jemand aufgrund einer Nacherklärung erhebliche Nachzahlungen leistet, deren (Straf-)Zinsen zusätzlich zu einer mitunter empfindlichen Summe führen können, so sollte dies – trotz aller moralischen Bedenken und der tatsächlichen Vermögensverhältnisse – als erkennbare Einbuße der Lebensverhältnisse angesehen werden. Auch nach dem bereits zitierten § 56 Abs. 2 S. 2 StGB stellt das Kriterium der „Schadenswiedergutmachung“ einen besonderen Umstand dar, der – entgegen der Auffassung des BGH – eine Bewährungsstrafe rechtfertigen mag.

Auch kann ein (einfaches) Steuerstrafverfahren im Rahmen einer missglückten Selbstanzeige nicht mit einem komplexen, weitaus umfangreicheren Wirtschaftsstrafverfahren gleichgesetzt werden, dessen Sachverhalt – mangels entsprechender Offenkundigkeit wie in den Selbstanzeige-Fällen – über einen längeren Zeitraum erst aufgeklärt werden muss.

In gleicher Weise wurden die Grenzen für die Verhängung einer Freiheitsstrafe allgemeingültig und unabhängig von der Frage gezogen, ob ein besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung die Anwendung des Strafrahmens des § 370 AO rechtfertigt (fehlende Rechtssicherheit?). Ebenfalls sollte gesehen werden, dass eine rechtsprechungsgestützte Mindeststrafe bei § 263 StGB nicht existiert. Dies verwundert aber angesichts des höchstrichterlich gewünschten, nahen Verhältnisses von § 370 AO zu § 263 StGB.

Ungeklärt ist ferner, ob die Ausführungen des BGH, eine Gesamtstrafe sei unabhängig vom Schadenseintritt durch eine oder mehrere Taten zu bilden, einen Verstoß gegen § 53 Abs. 1 StGB darstellen, zumal die Gesamtstrafe gemäß § 54 Abs. 2 S. 1 StGB nicht höher sein darf als die Summe der Einzelstrafen.

Die vorgenannten Ausführungen legen die Vermutung nahe, dass der in § 46a StGB normierte Gedanke des „Täter-Opfer-Ausgleichs“ durch die aktuelle Rechtsprechung ausgehöhlt wird. Die weitere Entwicklung darf daher – auch unter europäischen Gesichtspunkten – mit Spannung erwartet werden!

IV. In dubio pro Selbstanzeige – reichen Verschärfungen nicht aus?

Die vorgenannten Ausführungen haben gezeigt, dass das Rechtsinstitut der strafbefreienden Selbstanzeige eine schillernde, außer-

halb jeglicher strafrechtlicher Regularien stehende Rechtsfigur darstellt und sowohl durch die jüngste höchstrichterliche Rechtsprechung als auch durch die derzeitige Konjunktur eingereicherter Selbstanzeigen stark in die Kritik geraten ist. Nicht zuletzt angeführt durch die Fraktionen der Parteien Die Linke und Die Grünen ist ein Streit über die Reformpläne der Bundesregierung zur strafbefreienden Selbstanzeige für Steuerhinterziehung entbrannt. In der Kleinen Anfrage einiger Abgeordneter der Grünen heißt es unter anderem:

„Durch die öffentlich gewordenen Fälle von Steuerhinterziehung einzelnen öffentlicher Personen und die Nutzung des Instruments der strafbefreienden Selbstanzeige in Steuerangelegenheiten durch diese Personen ist eine breite öffentliche Debatte über die Sinnhaftigkeit und die Ausgestaltung dieses Instruments in Gang gesetzt worden [...]“⁵⁹

Trotz der zum 01.01.2015 in Kraft tretenden Neuverschärfungen ist daher der Ruf nach einer ersatzlosen Streichung des § 371 AO ungeboren. Es stellt sich nunmehr abschließend – auch unter Bezugnahme auf die obigen Ausführungen – die Frage, ob die Abschaffung des Rechtsinstruments der Selbstanzeige „notwendig“ oder eine Beibehaltung „sinnvoll“ ist. Diesen Überlegungen folgend ist zunächst festzustellen, dass die Normierung der Selbstanzeige auf zwei Überlegungen beruht: „fiskalisch als Mittel der Steuer-

politik und strafrechtlich als Ausdruck eines Tatausgleichs durch Restitution“.⁶⁰

Diese Überlegungen sind teils historischer Natur und finden sich auch in anderen europäischen Rechtsinstrumenten wieder. So finden sich Regelungen zur Selbstanzeige beispielsweise in Art. 53a, 56, 57b und 59 des schweizerischen Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden. In der Republik Österreich ist eine Selbstanzeige nach § 29 des Finanzstrafgesetzes möglich und greift die wesentliche – bereits in § 374 RAO von 1919 enthaltene – Begründung zur Legitimation auf: Schadenswiedergutmachung, Entdeckung neuer Steuerquellen, Vermeidung des Zwangs zur Selbstbeschuldigung (*nemo tenetur*) – auch unter Berücksichtigung von Art. 6 EMRK.⁶¹

Die Überlegungen und Argumente, die für (*pro*) oder gegen (*contra*) eine ersatzlose Streichung des § 371 AO sprechen, sollen zwecks besserer Übersichtlichkeit nachfolgend direkt gegenübergestellt werden:

Pro: Wie unter TZ. II.2. ausgeführt, handelt sich bei der Selbstanzeige um eine Ausnahmerechtscheinung im deutschen StGB mit Verzicht auf jegliches „Freiwilligkeitskriterium“ oder ein „Zeitmoment“.

⁶⁰ Rüping, DStR 2010, 1768.

⁶¹ Vgl. die Antwort des Bundestages auf die Kleine Anfrage einiger Abgeordneter der Fraktion Die Grünen, BT-Drs. 18/826 vom 17.03.2014.

⁵⁹ BT-Drs. 18/551 vom 14.02.2014.

Contra: Die Selbstanzeige soll als „reparatio damni“ dienen und den Begriff der Schadenswiedergutmachung – wie auch bereits § 167 des österreichischen StGB von 1803 zum Ausdruck bringt – aufgreifen.

Pro: Die Selbstanzeige führt zu einer Zweiklassenjustiz: Während der kleine Ladendieb verurteilt wird, kann sich der „Reiche“ freikaufen. Eine solche Möglichkeit, aufgrund Rückgabe des Diebesguts straffrei zu werden, hat der Dieb aber nicht.

Contra: Die Neuverschärfungen reichen aus, um auch „Steuersünder“ entsprechend hart zu bestrafen. Durch die Anhebung des Strafzinses und des Strafzuschlages wie auch die Angleichung der Verjährungsregelungen auf 10 Jahre muss der Täter – vgl. TZ. I.1.a. – erhebliche finanzielle Einbußen erleiden.⁶²

Pro: Das historisch begründete Argument, die Selbstanzeige erschließe dem Staat verheimlichte Steuerquellen, rührt aus dem 19. Jahrhundert und vermag strafrechtliche Grundsätze nicht zu durchbrechen.

Contra: Andererseits ist aber auch der Ankauf von Steuerdaten-CDs strafrechtlich problematisch und ebenfalls Grundlage zahlreicher Diskussionen. Hinzu kommt der Reiz, die Ankäufe weiter auszudehnen und rechts-

staatliche Grenzen zu umgehen. Gleichzeitig würden mangels selbst beigebrachter Beweismittel Verwertungsverbote wieder eine größere Rolle spielen.⁶³

Pro: Im Laufe der Zeit hat sich das Kalkül der Steuerhinterzieher geändert. Der Täter reicht eine Selbstanzeige aufgrund der Angst vor dem Entdecktwerden und nicht wegen moralischer Bedenken ein (ca. 1 Prozent). Insofern besteht aber keine „Steuerflucht sehenden Auges“ mehr.

Contra: Das Rechtsinstrument der Selbstanzeige füllt auch weiterhin die Staatskasse mit mehreren Milliarden Euro. Die wachsende Angst vor einer möglichen Entdeckung sowie Verschärfungen (vgl. Einleitung) auch auf europäischer Ebene tragen dazu bei, Steuer-oasen aufzudecken und zu verhindern.

Pro: § 371 AO führt zu einer unzulässigen Privilegierung und Begünstigung von Steuerhinterziehern.

Contra: Dieser Ansatz führt zu einem unzulässigen „Reichenhass“ und einer Neiddebatte. Es muss gleichfalls beachtet werden, dass i. d. R. sämtliche Gelder der Besteuerung unterlegen haben, lediglich die hiervon anfallenden Zinsen wurden nicht der Besteuerung zugrunde gelegt. Dieses deliktische Vorgehen

⁶² Vgl. hierzu auch die gestellten Fragen in der BT-Drs. 18/458 und die Antworten im Plenarprotokoll 18/13.

⁶³ Dieser Gesichtspunkt spielt unter Verfassungsgesichtspunkten eine tragende Rolle, die nicht nur unser Finanzminister *Schäuble* erkannt hat, vgl. die Ausführungen im aktuellen Teil der *wistra* 4/2014.

kann aber nicht mit Delikten wie Mord etc., bei denen keine Strafbefreiungsmöglichkeiten bestehen, gleichgesetzt werden.

Pro: Die Selbstanzeige führt zu einer Rechtsunsicherheit, die mit der Kronzeugenregelung nicht verglichen werden kann. Denn dies würde zu einer „Pervertierung jeder Kronzeugenregelung“ führen.

Contra: Lediglich die Steuerdebatten und die gesellschaftliche Steuermoral haben zu einer höchst strittigen und in der Praxis schwer in den Griff zu bekommenden Rechtsprechung geführt. Hinzukommen unbestimmte Rechtsbegriffe und unklare Grenzziehungen, wie unter TZ. III.3 näher ausgeführt.

Pro: Durch Einstellung einer Vielzahl an Finanzbeamten könnte die Selbstanzeige ersatzlos gestrichen werden. Denn ein Fahnder kostet den Staat etwa 80.000 Euro pro Jahr, treibt aber im Jahr durchschnittlich 1,5 Millionen Euro ein.

Contra: Trotz Mangel an Steuerfahndern hat die Staatskasse Zuflüsse in Höhe von mehreren Milliarden Euro verzeichnen können. Zudem stellt die Selbstanzeigeregulierung eine deutliche Erleichterung für die Beamten dar, da – wie unter TZ. I.1. – der Steuerhinterzieher den gesamten Sachverhalt „freiwillig“ offenlegen muss.

Pro: Die Selbstanzeige führt dazu, dass Schwarzgeldkonten erst ermöglicht werden.

Contra: Die aktuelle, unter TZ. III.2. geschilderte Rechtsprechung wie auch angehende Verschärfungen steigern die Angst vor einer Entdeckung und zeigen daher Abschreckungswirkung. Im Übrigen hat auch der Staatssekretär Meister erklärt,⁶⁴ dass die strafbefreiende Selbstanzeige nicht zu dem Entschluss führe, das Risiko einer Strafanzeige überhaupt einzugehen.

Zusammenfassend lässt sich daher sagen, dass eine ersatzlose Streichung des § 371 AO – auch unter Berücksichtigung der angehenden Verschärfungen – kein geeignetes Mittel darstellt. Eine Streichung des § 371 AO würde dazu führen, beispielsweise die – zwar gesellschaftsrechtlich gedudelte – „Schwarzarbeit“ mit – gesellschaftsrechtlich nicht tolerierten – „Schwarzgeldkassen“ unzulässig gleichzustellen. Die – medial durchgeführten – Umfragen als Meinungsmacher dürfen nicht als zusätzliche Triebfeder dienen, die seit über 100 Jahren bestehende Regelung ersatzlos zu streichen und den – unbegründeten – „Reichenhass“ (obwohl der Durchschnitt einer Steuernachforderung bei 24.000 Euro liegt!) weiter zu schüren. Infolgedessen hinkt auch der Vergleich eines Schwarzfahrers mit einem Steuersünder.

Die aktuelle Stimmungslage zeigt eine unkalculierbare und bedrohliche Tendenz: Den

⁶⁴ Vgl. BT-Drs. 18/458 und Plenarprotokoll 18/13.

„reichen Steuersünder“ aufgrund gesellschaftlichen Antriebs als „Feind“ zu stigmatisieren. Ein solches „Feindstrafrecht“ wäre jedoch verfassungsrechtlich bedenklich. Um es abschließend mit den Worten von Herrn Schäuble zu sagen: „Aber wenn wir Steuergerechtigkeit verwirklichen wollen, müssen wir einen Anreiz geben für die Menschen, die Steuern hinterzogen haben und deren Tat nicht entdeckt ist und mit einer hohen Wahrscheinlichkeit unentdeckt verjähren würde. Wenn es unentdeckt verjährt, würden sie nie zahlen; das wäre auch nicht Steuergerechtigkeit. Deswegen müssen wir ihnen ein Angebot machen, unter Zahlung einer Strafe nicht strafverfolgt zu werden.“

In dubio pro – Selbstanzeige!

▶ [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

KLAUSUR ZIVILRECHT

Prof. Dr. Christian F. Majer*

„Ärger beim Junggesellenabschied“

Examensklausur

Sachverhalt:

Die Freunde A, B, C feiern den Junggesellenabschied von A. Dazu gehen sie zuerst in die Pizzeria des Gastwirts G „Da Giuseppe“, die einzige im Dorf, in dem die Freunde leben; auf dem Gebäude steht allerdings noch der Name des Vorgängers „Bella Italia“; G benutzt aber eine eigene Speisekarte und bei Bestellungen beim Lieferanten seinen eigenen Briefkopf. Er ist nicht im Handelsregister eingetragen und betreibt die Gaststätte zusammen mit seiner Frau ohne Personal. A ist Inhaber eines Gutscheinbuchs, das vom örtlichen Verkehrsverein herausgegeben wird. Darin befinden sich Gutscheine, die von verschiedenen Restaurants, darunter auch dem „Bella Italia“, ausgegeben werden. Sie haben den Inhalt, dass bei der Bestellung von zwei Gerichten das zweite kostenlos ist, wenn es wertgleich oder günstiger ist. A bestellt „Pizza Napoli“ zum Preis von 7,50 Euro, B „Tagliatelle al Forno“ zum Preis von 8,50 Euro und C „Pizza Sardellen“ zum Preis von 8,00

Euro. Als A, B und C die Mahlzeit beendet haben und mittels des Gutscheinbuchs die Mahlzeit des A bezahlen wollen, teilt G ihnen mit, dass sie bei ihm keine Gültigkeit hätten. A, B und C sind empört, zahlen aber den vollen Preis, um weiteren Streit zu vermeiden. Beim Gehen teilt C dem G mit, seine „Pizza Sardellen“ habe miserabel geschmeckt, da sie zu salzig gewesen sei. Sie sei höchstens 2 Euro wert. Daraufhin beschimpft G ihn als „Banausen“ und erteilt ihm Hausverbot für die Zukunft in seiner Pizzeria.

Die Freunde lassen sich durch diesen unerfreulichen Vorfall aber nicht entmutigen. Sie fahren wie geplant zum Bordell „Temple of Love“ in die Stadt S, das mit dem Slogan „Wir erfüllen Ihre geheimsten Wünsche“ wirbt. Betrieben wird das Bordell von Unternehmer U; die dort tätigen Prostituierten sind bei ihm angestellt.

Am Eingang teilt ihnen zunächst der Türsteher mit, dass Ausländer keinen Zutritt hätten, und verweigert B, dessen Mutter aus Kolumbien stammt, den Zutritt. Das Angebot des B, ihm seinen deutschen Pass zu zeigen, ignoriert er. B fordert seine Freunde auf, sich davon nicht abhalten zu lassen, also betreten A und C das Bordell.

Dort zahlen sie, wie üblich, an der Rezeption jeweils 150 Euro als Vorkasse an die Angestellte X, die das Geld in Empfang nimmt.

* Der Autor ist Inhaber einer W2-Professur an der Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

Nachdem sie diverse alkoholische Getränke konsumiert haben, gehen sie jeweils mit Prostituierten auf das Zimmer. A vollzieht mit der Prostituierten P den Geschlechtsverkehr. Er fordert sie dabei auf, ihn bis zur Bewusstlosigkeit zu würgen, da er dann besonders intensive Lustgefühle habe. P weigert sich. Sie teilt mit, das mache sie nicht, das sei ihr zu gefährlich. Nach Beendigung des Geschlechtsverkehrs beschwert sich A bei X deswegen und verlangt sein Geld teilweise zurück. X lässt ihn durch die Türsteher unsanft hinauswerfen.

Am nächsten Tag berichten A, B und C ihrem Freund R, der soeben das juristische Staatsexamen bestanden hat, und bitten ihn um Auskunft über die Rechtslage. Sie wollen wissen, ob sie verpflichtet waren, den vollen Preis für die Mahlzeiten jeweils zu bezahlen. C fragt nach der Rechtmäßigkeit des Hausverbotes. B möchte wissen, ob es rechtmäßig war, ihm den Zutritt zum Bordell zu verweigern. A möchte wissen, ob er sein Geld teilweise zurückverlangen kann, immerhin mache das Bordell damit Werbung, geheime Wünsche zu erfüllen.

Die erbetene Auskunft ist zu erteilen.

Hinweis: Sardellen sind Fische aus der Familie der Heringsartigen und werden in der italienischen Küche oft eingesalzen als Zutat für Pizzen verwendet.

Lösung:

A. In der Gaststätte

I. Anspruch des G gegen B aus Restaurantvertrag auf Bezahlung der Tagliatelle al Forno von 8,50 Euro

G könnte gegen B einen Anspruch aus dem Restaurantvertrag haben. Der Restaurantvertrag ist ein gemischter Vertrag. Er enthält Elemente des Kaufvertrags (bezüglich der Speisen), des Dienstvertrags (bezüglich der Bedienung) sowie des Mietvertrags (bezüglich der Benutzung der Räume und des Mobiliars/Gedecks). Die genaue Behandlung solcher Verträge ist umstritten,¹ hier jedoch irrelevant, da es nur um den Zahlungsanspruch geht.

Ein Vertrag ist zwischen G und B wirksam geschlossen worden, auch bezüglich des Preises besteht insoweit Einigkeit.

Der Anspruch des G gegen B auf Zahlung von 8,50 Euro besteht daher.

II. Anspruch des G gegen A aus Restaurantvertrag auf Bezahlung der Pizza Napoli von 7,50 Euro

Fraglich ist, ob G auch gegen A einen Anspruch auf Bezahlung von 7,50 Euro hat. Ein Vertrag über die „Pizza Napoli“ wurde geschlossen. Der Anspruch besteht jedoch

¹ Siehe eingehend *Löwisch*, in: Staudinger, BGB, 2005, § 311 Rn. 27 ff.

nicht, wenn A seinerseits einen Anspruch aus § 793 BGB gegen G hat; er ist in diesem Fall an Erfüllung statt erloschen.

Bei dem Gutschein handelt es sich um ein sog. kleines Inhaberpapier bzw. Inhaberzeichen nach § 807 BGB.² Es wird rechtlich behandelt wie eine Inhaberschuldverschreibung nach § 793 BGB, mit dem Unterschied, dass eine Unterschrift nicht erforderlich ist.

1. Hier allerdings hat G den Gutschein nicht selbst ausgegeben. Fraglich ist, ob er verpflichtet ist, die von seinem Vorgänger ausgegebenen Gutscheine gegen sich gelten zu lassen.

a) Eine solche Fortgeltung könnte sich aus § 25 HGB ergeben. Dazu müsste G zunächst Kaufmann i. S. d. § 1 HGB sein. Kaufmann ist, wer ein Gewerbe betreibt, es sei denn, dass „das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert“. Dies bestimmt sich nach verschiedenen Kriterien wie räumliche Ausdehnung, Vielfalt der Tätigkeit, Zahl der Mitarbeiter oder Umsatz.³ Nach diesen Kriterien ist eine Kaufmannseigenschaft zu verneinen: G betreibt nur eine einzelne Gaststätte, hat außer seiner Frau kein Personal und auch keinen diversifizierten Geschäftsbetrieb.

² AG Syke, NJW 2003, 1054; Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 807 Rn. 12.

³ Siehe dazu im Einzelnen Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl. 2012, § 25 Rn. 23 ff.

Er ist also kein Kaufmann i. S. d. § 1 HGB. Da er nicht in das Handelsregister eingetragen ist, ist er auch nicht Kaufmann i. S. d. § 2 HGB.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob er die Firma seines Vorgängers fortgeführt hat. Auch das ist nicht der Fall. Zwar hat er vom Gebäude den Namen des früheren Inhabers nicht entfernen lassen, verwendet jedoch einen eigenen Briefkopf und eigene Speisekarten.

Eine Haftung nach § 25 HGB scheidet daher aus.

2. A ist verpflichtet, 7,50 Euro an G für die Pizza „Napoli“ zu bezahlen.

III. Anspruch des G gegen C auf Bezahlung der 8 Euro für die Pizza Sardellen?

a) Ein Vertrag zwischen G und C liegt vor; ursprünglich bestand der Preis auch in Höhe der 8 Euro.

b) Möglicherweise ist der Anspruch jedoch nach § 441 III BGB gemindert worden.

aa) Das setzt zunächst die Anwendung der Regeln des Kaufrechts voraus.

Die Behandlung gemischttypischer Verträge ist umstritten: Teilweise wird ein Schwerpunkt gebildet, teilweise werden die einzel-

nen Elemente den einzelnen Normen zugeordnet.⁴

Nach beiden Ansichten sind hier die Bestimmungen des Kaufrechts anzuwenden: Den Schwerpunkt bei einem Restaurantvertrag bildet die Lieferung der Speisen, betroffen ist hier ebenfalls das Element der Lieferung der Speisen.

Auf die Frage der Mangelhaftigkeit der Pizza sind daher die Bestimmungen des Kaufrechts anzuwenden.

bb) Fraglich ist, ob die Pizza mangelhaft war. Die subjektive Wahrnehmung begründet noch keinen Mangel, die Rüge, das Essen hätte miserabel geschmeckt, ist unerheblich. Es muss konkret benannt werden können, warum das Essen so schlecht geschmeckt hat.

Hier hat C zwar konkret angemerkt, die Pizza sei salzig gewesen. Allerdings war sie mit Sardellen belegt, welche als Pizza-Zutat regelmäßig in Salz eingelegt serviert werden. Dass eine „Pizza Sardellen“ salzig schmeckt, liegt in der Natur der Sache und begründet keinen Mangel.

Eine Minderung ist nicht eingetreten. C ist verpflichtet, den gesamten Preis zu bezahlen.

⁴ Vgl. insoweit nur *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, 16. Auflage, § 128 Rn. 1078 ff.

IV. Anspruch des C auf Widerruf des Hausverbotes?

Der Anspruch auf Widerruf des Hausverbotes ist letztendlich ein Anspruch auf Abschluss eines Vertrages, da eine Gaststätte nur betreten werden darf, um dort einen Vertrag abzuschließen.

1. Anspruch aus §§ 19, 21 AGG

Ein Anspruch aus §§ 19, 21 AGG ist hier nicht gegeben, da C nicht wegen der dort genannten Merkmale diskriminiert wurde.

2. Anspruch aus § 826 BGB

Ein Anspruch des C könnte aber aus § 826 BGB folgen. Die Vorschrift des § 826 BGB begründet in bestimmten Ausnahmefällen einen Kontrahierungszwang, im Einzelnen sind die Voraussetzungen streitig.⁵ Weitgehend anerkannt ist, dass ein Kontrahierungszwang besteht, wenn der Anspruchsgegner eine Monopolstellung hat und der Anspruchsinhaber auf die Leistung angewiesen ist, wie das bei Leistungen der Daseinsvorsorge der Fall ist.⁶

Beide Voraussetzungen liegen nicht vor: eine Monopolstellung ist nicht ersichtlich, zudem

⁵ Siehe dazu etwa *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 826 Rn. 134 ff.

⁶ Allerdings ist dieser in derartigen Fällen meist spezialgesetzlich normiert, siehe dazu eingehend *Busch*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 405 ff.

ist C nicht auf den Zugang zur Gaststätte angewiesen.

Die Rechtsprechung nimmt darüber hinaus aber auch einen Kontrahierungszwang an, wenn Leistungen „für den allgemeinen Publikumsverkehr eröffnet sind“.⁷

Ob das hier der Fall ist, ist zweifelhaft. Zwar weist eine Gaststätte nicht dieselbe Anonymität auf wie ein Supermarkt, dennoch ist das Betreten zum Zwecke des Vertragsschlusses grundsätzlich nach dem Willen des Gastwirts jedem gestattet. Der BGH würde wohl eine Öffnung für den allgemeinen Publikumsverkehr annehmen.

Das Kriterium des BGH ist übrigens sehr fragwürdig (im Fall eines Wellness-Hotels wurde das verneint), wie auch der Kontrahierungszwang selbst in diesem Fall sehr fragwürdig ist.

Im Fall eines grundsätzlichen Kontrahierungszwangs ist der Gastwirt aber nicht zu einem Vertragsschluss unter allen Umständen gezwungen, nur die willkürliche Verweigerung ist unzulässig.⁸ Berechtigt ist das „Hausverbot“ auf jeden Fall etwa gegenüber Gästen, welche Straftaten begehen oder Dritte konkret belästigen.⁹

Hier liegt eine Straftat nicht vor, auch werden Dritte nicht belästigt. Die abqualifizierende

⁷ Siehe etwa *BGH*, NJW 2012, 1725 (im konkreten Fall verneint).

⁸ Vgl. LG Frankfurt vom 22.06.2010, 12 O 17/10.

⁹ Vgl. LG Frankfurt vom 22.06.2010, 12 O 17/10.

(und unqualifizierte) Äußerung des C über das Essen ist jedoch geeignet, den Gastwirt in seiner Ehre zu kränken, auch wenn es durch die Meinungsfreiheit gerechtfertigt sein mag. Jedenfalls liegt ein sachlicher Grund für den Ausschluss des C vor (a. A. vertretbar).

C hat also keinen Anspruch gegen G auf Widerruf des Hausverbotes (a. A. vertretbar).

B. Im Bordell

I. Anspruch des B auf Entschädigung nach § 19, 21 AGG

1. Massegeschäft oder vergleichbare Fälle (§ 19 I Nr. 1 AGG)

Fraglich ist, ob ein Bordellbesuch und die in diesem Zusammenhang abgeschlossenen Verträge die Kriterien des § 19 I Nr. 1 AGG erfüllen. Betroffen sind nach dem Wortlaut des Gesetzes nur solche Schuldverhältnisse, die „typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massegeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen“.

Die Leistungen eines Bordells (Konsum von Alkohol und Vollzug von Geschlechtsverkehr) stehen in der Regel jedem Interessierten offen. Die Person des Interessenten selbst

ist irrelevant, grundsätzlich will ein Bordellbetreiber mit jedem einen Vertrag schließen, der Interesse daran hat. Anderes gilt bei Verträgen mit Prostituierten. Hier jedoch wird der Vertrag mit dem Bordellbetreiber geschlossen, welcher dann wieder die Prostituierten bezahlt. Zudem steht hier nur der Zutritt zum Bordell und nicht die konkrete sexuelle Dienstleistung im Streit.

Ein Geschäft i. S. d. § 19 I Nr. 1 AGG liegt also vor.

2. Unzulässige Diskriminierung

Es müsste weiter eine „Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität“ vorliegen.

Nicht unzulässig ist die Benachteiligung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Allerdings ist fraglich, ob hier die Staatsangehörigkeit tatsächlich Kriterium sein soll oder nicht doch die ethnische Herkunft. Für letzteres spricht zum einen, dass die Türsteher das Angebot, den Pass vorzuzeigen, ignoriert haben, zum anderen, dass häufig der Begriff „Ausländer“ nicht im Hinblick auf die Staatsangehörigkeit verwendet wird, sondern auf die Herkunft.

Eine unzulässige Benachteiligung liegt also vor.

3. C kann Entschädigung verlangen.

II. Anspruch des B auf künftigen Zutritt

C kann ebenfalls künftig Zutritt zum Bordell verlangen (§ 21 I AGG),¹⁰ der Anspruch folgt auch aus § 826 BGB, welcher nach § 21 III AGG unberührt bleibt.

III. Anspruch des A auf teilweise Rückzahlung des Geldes aus §§ 611, 280 I BGB

1. Fraglich ist zunächst die Einordnung des Prostitutionsvertrages. Diese ist in § 1 ProstG geregelt. Allerdings wird nach dieser Bestimmung nur das Rechtsverhältnis zwischen Prostituiertes und Kunden sowie zwischen Bordellbetreiber und Prostituiertes geregelt; auf das Rechtsverhältnis zwischen Bordellbetreiber und Kunden ist das ProstG nicht anwendbar.¹¹

Es handelt sich um einen Dienstvertrag nach § 611 BGB.¹²

2. Möglicherweise ist der Vertrag jedoch nach § 138 I BGB nichtig.

a) Teilweise wird vertreten, nach Erlass des Prostitutionsgesetzes sei die Prostitution generell nicht mehr als sittenwidrig anzusehen, sodass ein solcher Vertrag als wirksam anzusehen ist.¹³

¹⁰ Nach h. M. enthält § 21 I AGG einen Kontrahierungszwang.

¹¹ Allg. M., siehe etwa *Fischinger*, in: Staudinger, BGB, § 1 ProstG Rn. 63 m. w. N.

¹² *Fischinger* a. a. O.

¹³ *Fischinger* a. a. O.

b) Nach der Gegenansicht¹⁴ ist der Vertrag nur insoweit als nicht mehr nichtig anzusehen, als er der Prostituierten Nachteile bringt; nur insoweit enthält das ProstG Sonderregeln. Ansonsten würde das Ziel des Gesetzgebers, eine Besserstellung der Zuhälter zu vermeiden, konterkariert. Die Sittenwidrigkeit selbst bestimmt sich nach den Wertungen des Grundgesetzes, danach ist eine Verrechtlichung von höchstpersönlichen Leistungen unzulässig.

(Wenn man Ansicht a folgt, prüft man weiter, ansonsten hilfsgutachtlich.)

3. Fraglich ist, ob eine Pflichtverletzung des Dienstvertrages vorliegt. Geschuldet ist, neben der Bereitstellung von Räumen und der Lieferung von Alkohol, die Erbringung von sexuellen Dienstleistungen. Diese wurden hier auch erbracht; ein besonderes Gewährleistungsrecht existiert beim Dienstvertrag anders als beim Werk- oder Kaufvertrag nicht. Fraglich ist aber, ob zusätzlich die Erfüllung der Sonderwünsche des Kunden geschuldet ist. Dafür spricht der Werbeslogan „Wir erfüllen ihre geheimsten Wünsche“. Allerdings fragt es sich, ob damit jede sexuelle Praktik gemeint ist. Dagegen spricht, dass das Würgen bis zur Bewusstlosigkeit die Gefahr des Todes mit sich bringt; die Prostituierte würde sich also der Gefahr der Strafverfolgung aussetzen, da auch die Einwilligung insoweit keine rechtfertigende Wirkung

hat.¹⁵ Die besseren Gründe sprechen also dafür, den Werbeslogan nur auf solche Praktiken zu beziehen, welche keine derartigen Gefahren mit sich bringen.

Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor (a. A. vertretbar).

4. A hat keinen Anspruch auf teilweise Rückzahlung des Geldes (a. A. vertretbar).

► [Inhaltsverzeichnis](#)

¹⁴ Eingehend Majer, JSE 3/2012, 5 ff.

¹⁵ Vgl. § 216 StGB, § 228 StGB.

KLAUSUR STRAFRECHT

Ass. iur. Isabelle Grüner-Blatt*

„A treibt sein Unwesen“

Klausur für Fortgeschrittene**

Die Schwerpunkte der Klausur bewegen sich im Bereich der Brandstiftung, der Beleidigung, der Einwilligung in eine Körperverletzung sowie der Zueignungsabsicht beim Diebstahl. Hierbei wurden aktuelle Rechtsprechung und altbekannte Probleme miteinander kombiniert.

I. Sachverhalt

A hat ständig Ärger mit einigen Jugendlichen und möchte diesem nun Luft machen. Daher beschließt er den Treffpunkt der Jugendlichen, eine ihnen gehörende Holzhütte am Waldrand, abzufackeln. Er begibt sich in einer Nacht zu der Holzhütte, öffnet die unverschlossene Tür und betritt die Hütte. Er weiß, dass die Jugendlichen regelmäßig in der Hütte übernachten. Um sicher zu gehen, dass kein Mensch zu Schaden kommt, durch-

streift A zügig die drei kleinen Räume der Hütte und vergewissert sich flüchtig, dass sich dort niemand mehr aufhält. Bei gründlicherem Vorgehen hätte er den in einer Ecke schlafenden O entdeckt. A verschüttet in der gesamten Hütte Benzin und wirft ein Streichholz in die Hütte. Diese brennt sofort lichterloh. In den Flammen verstirbt O. Die Hütte brennt nieder. Aufgrund des bisher sehr trockenen Sommers greift das Feuer von der Hütte auf den Wald über, was A erkennt und in Kauf nimmt. Es brennen mehrere Hektar Waldfläche ab, die im Eigentum des Fürsten von H stehen.

Als großer Fußballfan steht A fast jedes Wochenende im Stadion und feuert seinen Lieblingsclub in der ersten Bundesliga an. Bei einem Auswärtsspiel hält A ein im gesamten Stadion gut sichtbares, großflächiges Banner mit der Aufschrift „A. C. A. B.“ (Abkürzung für die englische Parole „All cops are bastards“) in die Höhe. Der außerhalb des Stadions diensthabende Polizeibeamte P verfolgt zufällig das Spiel an einem Fernsehgerät und fühlt sich durch den Banner in seiner Ehre verletzt. Leider verliert die Mannschaft des A. Er ist frustriert, weiß aber, wie er seinen Frust abbauen kann. Er hat sich im Internet darüber informiert, wo sich die Anhänger der beiden Fußballclubs im Anschluss an das Spiel zu einem „Kräftemessen“ treffen. Dieses „Kräftemessen“ soll aufgrund einer faktischen Übereinstimmung der Fans allein mit Faustschlägen und Fußtritten ausgetragen werden, wobei erhebliche Verlet-

* Die Autorin ist wissenschaftliche Angestellte am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Hans-Ludwig Günther an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen.

** Diese Fortgeschrittenenklausur mit gesteigertem Schwierigkeitsgrad wurde im WS 2013/14 in der Fortgeschrittenenübung im Strafrecht gestellt und für die Veröffentlichung leicht abgeändert. Die Klausur wurde von 169 Teilnehmern bearbeitet. Der Notendurchschnitt lag bei 5,34 Punkten, die Durchfallquote bei 27,1 Prozent.

zungen von allen als möglich erkannt und gebilligt werden. Als A am Treffpunkt ankommt, ist das „Kräftemessen“ bereits in vollem Gange und er stürzt sich ins Geschehen. Er schlägt dem gegnerischen Fan B so heftig mit der Faust ins Gesicht, dass dieser zu Boden geht. Anschließend tritt A ihm mehrmals sehr kräftig mit seinen Füßen, an denen er Turnschuhe trägt, ins Gesicht und gegen den Hinterkopf, wodurch B Prellungen im Gesicht erleidet sowie im Unterkiefer drei Zähne verliert, welche später durch täuschend echt aussehende Implantate ersetzt werden. A hat nun genug, verlässt den Tumult und macht sich auf den Heimweg. Kurze Zeit später wird ein Fan beim „Kräftemessen“ so schwer verletzt, dass er im Krankenhaus an den Verletzungsfolgen verstirbt.

Einige Wochen später klettert A nachts über den 2,50 Meter hohen Zaun zum Pfandlagerhof des Einkaufszentrums E, einer GmbH, und entwendet dort in zwei großen blauen Müllsäcken individualisierte Pfandflaschen, welche noch im Eigentum des Herstellers stehen. Am nächsten Morgen gibt er die Pfandflaschen, wie von vorneherein geplant, am Leergutautomaten des Einkaufszentrums E wieder ab.

Wie hat sich A nach den Vorschriften des StGB strafbar gemacht? §§ 125, 130, 263 ff. und 289 StGB sind nicht zu prüfen.

Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt.

II. Gliederung

Erster Tatkomplex: Die Holzhütte

- I. § 306 I Nr. 1 Var. 1, Nr. 5 Var. 1 StGB
- II. § 306a I Nr. 3 StGB: Problem der teleologischen Reduktion bei kleinen Räumlichkeiten
- III. § 306c StGB
- IV. § 123 Abs. 1 StGB
- V. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

Zweiter Tatkomplex: Im Stadion

- I. § 185 Var. 1 StGB: Problem der Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung
- II. Ergebnis

Dritter Tatkomplex: Nach dem Spiel

- I. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, Nr. 5 StGB: Problem Turnschuh als gefährliches Werkzeug
- II. § 226 I Nr. 3 Var. 1 StGB
- III. § 231 I StGB: Problem Eintritt der schweren Folge nach Verlassen der Schlägerei
- IV. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

Vierter Tatkomplex: Pfandflaschen

- I. § 242 I StGB: Problem der Zueignungsabsicht
- II. § 123 StGB
- III. Gesamtergebnis

Gesamtergebnis

III. Lösung

Erster Tatkomplex: Die Holzhütte

I. Brandstiftung, § 306 I Nr. 1 Var. 1, Nr. 5 Var. 1 StGB

A könnte sich der Brandstiftung gemäß § 306 I StGB schuldig gemacht haben, indem er die Holzhütte anzündete.

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt

Die Holzhütte¹ ist durch Wände und ein Dach begrenzt, gestattet den Zutritt von Menschen, ist jedenfalls durch seine eigene Schwere mit dem Erdboden verbunden und damit ein Gebäude.² Die Hütte steht nicht im (Mit-)Eigentum des A und ist damit ein für A fremdes Gebäude.

Wald nach § 306 I Nr. 5 Var. 1 StGB umfasst das auf einer Bodenfläche wachsende Holz und den Waldboden mit den diesen bedeckenden sonstigen Walderzeugnissen wie Gras, Moos, Laub und Strauchwerk.³ Der angrenzende Wald erfüllt diese Anforderungen

¹ Unter einer Hütte i. S. d. § 306 I Nr. 1 Var. 2 StGB sind kleine Gebäude zu verstehen, wie Marktständen oder Containern. Die Holzhütte umfasst drei Räume und ist damit als Gebäude anzusehen, auch wenn die Formulierung etwas anderes vermuten lässt. Allerdings wirkt sich die Annahme einer Hütte nicht auf die weitere Prüfung aus.

² *Kindhäuser*, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl., § 306 Rdnr. 1.

³ BGHSt 31, 83 (84). Hier genügte der Versuch einer eigenen Definition seitens der Studenten.

und war für A fremd, da er im Eigentum des Fürsten von H stand.

b) Tathandlung

Eine Sache ist in Brand gesetzt, wenn sie vom Feuer derart erfasst ist, dass ein Fortbrennen wesentlicher Bestandteile aus eigener Kraft, sprich auch nach Wegnahme des Zündstoffes, gegeben ist.⁴ Dies war sowohl bei der Hütte als auch beim Wald gegeben.

Weiter könnte eine Brandlegung gegeben sein. Eine solche liegt vor, wenn die zerstörende oder gefährdende Wirkung des Brandmittels eintritt und eine vollständige oder teilweise Zerstörung des Schutzgegenstandes gegeben ist. Eine Zerstörung liegt vor, wenn ein Objekt des § 306 StGB vernichtet ist oder seine bestimmungsmäßige Brauchbarkeit vollständig verloren hat.⁵ Die Hütte und der Wald brannten ab und wurden vernichtet.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich. Auch hinsichtlich des entstandenen Waldbrandes handelte er mit Vorsatz.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungsgründe sind nicht gegeben. A handelte rechtswidrig. Ebenfalls ist die Schuld gegeben.

⁴ BGHSt 7, 37 (38); 36, 221 (222).

⁵ *Rengier*, BT 2, 14. Aufl., § 40 Rdnrn. 12 ff.; *Wessels/Hettinger*, BT 1, 37. Aufl., Rdnr. 958.

4. Ergebnis

A hat sich nach § 306 I Nr. 1 Var. 1, Nr. 5 Var. 1 StGB wegen Brandstiftung strafbar gemacht.

II. Schwere Brandstiftung, § 306a I Nr. 3 StGB

Möglicherweise hat sich A durch das Anzünden der Holzhütte der schweren Brandstiftung nach § 306a I Nr. 3 StGB schuldig gemacht.

1. Objektiver Tatbestand

Die Hütte dient nicht der Wohnung von Menschen, da die Hütte für keinen der Jugendlichen den räumlichen Mittelpunkt der Lebensführung bildet.⁶ Zwar verbringen die Jugendlichen ihre Freizeit in der Hütte und übernachten dort auch regelmäßig, jedoch ist dadurch noch kein Mittelpunkt der Lebensführung gegeben und es kann von keinem „Wohnen“ gesprochen werden. Damit scheidet § 306a Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB aus.

A könnte durch das Anzünden der Holzhütte aber ein Gebäude in Brand gesetzt haben, welches dem Aufenthalt von Menschen dient. Dies ist gegeben, da die Hütte den Jugendlichen eine Aufenthaltsmöglichkeit bietet und von diesen auch tatsächlich als solche genutzt wird.⁷ Weiter muss die Tat zu einem

Zeitpunkt begangen werden, zu dem sich nach der konkreten Nutzung der Räumlichkeit typischerweise Menschen dort aufhalten. Dazu bedarf es einer bestimmten Regelmäßigkeit der Nutzung. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass sich tatsächlich jemand zum Tatzeitpunkt in der Räumlichkeit aufgehalten hat. Die Jugendlichen nutzten die Hütte als Treffpunkt und übernachteten dort regelmäßig.⁸ Da A die Hütte zur Nachtzeit anzündete, wurde die Brandstiftung zu einem Zeitpunkt begangen, zu dem sich die Jugendlichen regelmäßig dort aufzuhalten pflegten und übernachteten. Die Hütte wurde in Brand gesetzt und durch Brandlegung zerstört (s. o.).

Allerdings könnte eine teleologische Reduktion des Tatbestandes eingreifen. A hat sich vor dem Anzünden der Hütte vergewissert, dass sich dort niemand befindet. In solchen Fällen wird vertreten, dass es aufgrund der hohen Strafdrohung des abstrakten Gefährdungsdelikts des § 306a StGB einer Korrektur bedarf. Dafür wird verlangt, dass die abstrakte Gefährdung vollständig ausgeschlossen wird, was nur bei kleinen, insbesondere nur aus einem Raum bestehenden, Hütten oder Häuschen möglich sein soll. Der Täter muss mit einem Blick erkennen können, ob das Gebäude zum Tatzeitpunkt dem Aufenthalt von Menschen dient oder nicht.⁹ Andere verlangen lückenlose Maßnahmen, durch wel-

⁶ Vgl. BGH, NStZ-RR 2012, 46 (47); Wolters, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, 2. Aufl., § 306a Rdnr. 7; Müller/Hönig, JA 2001, 517 (519).

⁷ Vgl. Radtke, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., § 306a Rdnr. 24 ff.

⁸ Dazu vgl. Wolters, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, 2. Aufl., § 306a Rdnrn. 11 f.; Radtke, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 306a Rdnr. 27.

⁹ BGHSt 10, 208 (213); 16, 394; 26, 121 (124).

che der Täter Sicherheit erlangt, dass niemand gefährdet wird.¹⁰ Dagegen bringt eine strenge Ansicht vor, dass auch die sichere Gewissheit nicht dazu führen kann, dass der Tatbestand reduziert wird.¹¹ Vorliegend besteht die Holzhütte aus drei kleinen Räumen und kann daher nicht mit einem einzigen Blick erfasst werden. Auch waren die Vorichtsmaßnahmen des A nicht lückenlos, da er sich nur flüchtig vergewisserte. Somit kommen alle Ansichten zum Ergebnis, dass eine teleologische Reduktion im vorliegenden Fall ausscheidet. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich. Er wusste, dass die Holzhütte den Jugendlichen regelmäßig als Treffpunkt und Übernachtungsmöglichkeit dient. Es hat sich zudem die typische Gefährlichkeit des Inbrandsetzens eines Gebäudes realisiert, was von A auch bewusst in Kauf genommen wurde.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe sind gegeben.

4. Ergebnis

A hat sich nach § 306a I Nr. 3 StGB durch Anzünden der Holzhütte schuldig gemacht.¹²

¹⁰ Wessels/Hettinger, BT 1, 37. Aufl., Rdnr. 968.

¹¹ Rengier, BT 2, 14. Aufl., § 40 Rdnr. 32 m. w. N.

III. Brandstiftung mit Todesfolge, § 306c StGB

Möglicherweise hat sich A wegen § 306c StGB strafbar gemacht, indem er die Hütte anzündete und O dabei ums Leben kam.

1. Tatbestand

A hat den Tatbestand des § 306a I Nr. 3 StGB erfüllt. Weiter war die Brandstiftung Ursache für den Tod des O. Zu prüfen ist weiter, ob A wenigstens leichtfertig hinsichtlich des Todeserfolges gehandelt hat. Leichtfertigkeit ist ein gesteigertes Maß von Fahrlässigkeit und vergleichbar mit grober Fahrlässigkeit im BGB.¹³ Leichtfertig handelt demnach, wer die sich ihm aufdrängende Möglichkeit eines tödlichen Verlaufs aus besonderem Leichtsinne oder besonderer Gleichgültigkeit außer Acht lässt. Dabei sind die besonderen Umstände des Falles, sowie die Kenntnisse und die Erkenntnismöglichkeiten des Täters zu berücksichtigen.¹⁴ A hat die Holzhütte durchstreift, um sicherzustellen, dass sich niemand in der Hütte aufhält. Allerdings geht er dabei nur flüchtig vor und übersieht so O. Damit handelt er besonders leichtsinnig, denn ihm war bekannt, dass die Jugend-

¹² § 306a Abs. 2 StGB scheidet mangels Vorsatz hinsichtlich der Gefahr einer Gesundheitsschädigung. § 306c Abs. 2 Nr. 1 StGB scheidet ebenfalls am mangelnden Vorsatz der Herbeiführung einer konkreten Todesgefahr.

¹³ Müller/Hönig, JA 2001, 517 (524); Wolff, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl., § 306c Rdnr. 9.

¹⁴ BGHSt 33, 66 (67); BGH, NStZ 1988, 276 (277); Wolff, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl., § 306c Rdnr. 9 m. w. N.

lichen die Hütte regelmäßig als Übernachtungsmöglichkeit nutzen und somit die Möglichkeit bestand, dass sie dies auch in der Tatnacht tun würden. Trotzdem setzte er die Hütte in Brand und handelte folglich leichtfertig.¹⁵ Auch besteht der gefahr-spezifische Zusammenhang zwischen der schweren Brandstiftung und dem Tod des O. Denn es ist ausreichend, dass der Tod durch den Brandlegungsakt eintritt, sofern dieser letztendlich zu einem tatbestandsmäßigen Brand geführt hat.¹⁶ Die Hütte ist vollständig abgebrannt. Damit ist ein tatbestandsmäßiger Brand entstanden. Gerade durch diesen kam O in den Flammen um. Daher ist der gefahr-spezifische Zusammenhang gegeben. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft. Insbesondere war sein Verhalten subjektiv sorg-

faltspflichtwidrig und subjektiv vorhersehbar.

3. Ergebnis

A hat sich wegen § 306c StGB strafbar gemacht. Die fahrlässige Tötung wegen § 222 StGB¹⁷ und die besonders schwere Brandstiftung wegen § 306b StGB treten dahinter zurück.¹⁸

IV. Hausfriedensbruch, § 123 I StGB

A könnte in einen abgeschlossenen Raum eingedrungen sein, denn dies ist bei Räumen gegeben, die nicht nur „umschlossen“ sind, sondern zumindest eine teilweise Überdachung aufweisen.¹⁹ Diese Voraussetzungen sind bei der Hütte erfüllt. Weiter hat A die Hütte ohne den Willen der Jugendlichen als Hausrechtsinhaber²⁰ betreten. Dabei handelte er vorsätzlich. Weiter handelte A rechtswidrig und schuldhaft.

Daher hat sich A wegen § 123 I StGB strafbar gemacht.

Zudem wurde der nach § 123 II StGB erforderliche Strafantrag gestellt.

¹⁵ Einzelne Autoren lassen auch weniger strenge Anforderungen ausreichen und nehmen das verwirklichte Grunddelikt mit in die Betrachtung auf. Bei § 306a StGB sei Leichtfertigkeit bereits dann gegeben, wenn der Tod durch die Tatbegehung in zurechenbarer Weise eingetreten ist. Denn für § 306a StGB sei gerade charakteristisch, dass Räumlichkeiten in Brand gesetzt werden, bei denen ein konkreter Bezug zu Menschen besteht, sei es aufgrund des Wohn- oder des Aufenthaltscharakters der Räumlichkeit für Menschen. Die Tatausführung sei daher typischerweise stets gesteigert sorgfaltspflichtwidrig. Vgl. *Radtke*, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 306c Rdnr. 25; *Heine*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., § 306c Rdnr. 4.

¹⁶ *Müller/Hönig*, JA 2001, 517 (524); *Herzog/Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 4. Aufl., § 306c Rdnr. 2.

¹⁷ § 222 StGB kann auch eigenständig geprüft werden. Jedoch sollten sich die Bearbeiter hier kurz halten. Mangels Vorsatz sollten Ausführungen zu § 212 I StGB unterbleiben oder nur knapp angesprochen werden.

¹⁸ *Wolters*, in: Systematischer Kommentar, 8. Aufl., § 306c Rdnr. 9.

¹⁹ *Fahl*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, § 123 Rdnr. 5.

²⁰ *Fischer*, Kommentar zum StGB, 60. Aufl., § 123 Rdnr. 4.

V. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A hat sich wegen § 306c StGB in Tateinheit mit § 123 StGB strafbar gemacht.²¹ § 306 StGB ist lex specialis zu den §§ 303, 305 StGB und verdrängt diese. § 306 StGB wird aber selbst von § 306a I StGB im Wege der Gesetzesinheit (Spezialität) verdrängt.²² Als Grundtatbestand tritt § 306a I StGB wiederum hinter § 306c StGB zurück.

Zweiter Tatkomplex: Im Stadion

I. Beleidigung, § 185 Var. 1 StGB

Durch das in die Höhe Halten des Banners könnte sich A der Beleidigung nach § 185 Var. 1 StGB zu Lasten des P²³ schuldig gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

A müsste seine Missachtung oder Nichtachtung in Form eines Werturteils gegenüber dem hiervon betroffenen Ehrträger oder gegenüber einem Dritten im Hinblick auf den Ehrträger kundgegeben haben.²⁴ Problematisch ist hierbei, wer von der Meinungskundgabe „A. C. A. B.“ objektiv betroffen ist. Übersetzt bedeutet die Abkürzung „Alle Polizisten sind Bastarde“.

²¹ Fahl, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, § 123 Rdnr. 14.

²² Radtke, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 306 Rdnrn. 68 f.

²³ Es war ausdrücklich nicht auf die Beamten im Stadion einzugehen.

²⁴ Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., § 185 Rdnrn. 1 f.

a) Polizei als beleidigungsfähige Personengesamtheit

Dadurch könnte die Polizei als Personengesamtheit passiv in ihrer „Kollektivehre“²⁵ verletzt worden sein. Dass auch Personengemeinschaften vom Schutzbereich des § 185 StGB umfasst sind, ergibt sich aus § 194 III 2, IV StGB. Voraussetzung für eine passive Beleidigungsfähigkeit sind zwei Punkte: Zum einen muss die Gemeinschaft eine „rechtlich anerkannte gesellschaftliche Aufgabe“ wahrnehmen²⁶ und zum anderen einen einheitlichen Willen bilden können, also Individualitätscharakter aufweisen.²⁷ Dies ist bei der Polizei als Personengesamtheit nicht gegeben, da es ihr aufgrund der vielfältigen Aufteilungen in Bund und Ländern an einer einheitlichen Willensbildung mangelt. Es gibt keine übergreifende, alle Einrichtungen umfassende Organisationsstruktur mit einheitlichem Verantwortungsträger.²⁸ Daher scheidet die Polizei als passiv beleidigungsfähige Personengesamtheit aus.

b) Beleidigung des P unter einer Kollektivbezeichnung

In Betracht kommt weiter eine Beleidigung der einzelnen Angehörigen der Personengesamtheit Polizei unter der Kollektivbezeichnung Polizei. Es wird in solchen Fällen nicht

²⁵ Geppert, Jura 2005, 244.

²⁶ BGHSt 6, 186 (189); Geppert, Jura 2005, 244.

²⁷ BGHSt 6, 186 (189); Rengier, BT 2, 14. Aufl., § 28 Rdnr. 10.

²⁸ BayObLG, NJW 1990, 1742; OLG Düsseldorf, NJW 1981, 1552.

die „Kollektivehre“ der Personengesamtheit verletzt, sondern der einzelne Angehörige dieser Gemeinschaft in seiner individuellen Ehre. Die Beleidigung wird vorliegend gegen alle Mitglieder der Personenmehrheit ohne nähere Individualisierung ausgesprochen (sog. summarische Ehrverletzung²⁹). Allerdings sind spezielle Anforderungen zu stellen, die eine Individualisierung des Beleidigten ermöglichen. Erforderlich ist eine Bestimmbarkeit des Personenkreises. Diese Bestimmbarkeit ist dann gegeben, wenn die Personenmehrheit so deutlich aus der Allgemeinheit hervortritt, dass der Kreis der beteiligten Personen scharf umgrenzt ist.³⁰ Zum einen kann sich dies aus einer zahlenmäßigen Begrenzung ergeben, zum anderen daraus, dass sich aus den Umständen eine ausreichende Individualisierung ableiten lässt.³¹ Damit ist fraglich, ob durch den „A. C. A. B.“-Banner einzelne Polizeibeamte derart individualisiert sind, dass sie sich von der Personengesamtheit Polizei abgrenzen. Abzustellen ist dabei auf die verständige Sicht eines unbefangenen Dritten, der die maßgeblichen tatprägenden Umstände kennt.³² Gegen eine ausreichende Individualisierung spricht, dass mit den Worten „all cops“ alle Polizisten angesprochen werden und nicht nur eine abgrenzbare Menge. Es ist zudem nicht klar, ob alle Polizisten weltweit oder vorliegend nur die deutschen Polizisten adressiert werden. Weiter wird angeführt, dass Kollektivurteile

grundsätzlich übertreiben und stereotypisieren und eine pauschale Herabsetzung in der Regel ein Durchschnittsurteil darstellt, welches gleichzeitig Ausnahmen miterklärt.³³ Bei der Äußerung „A. C. A. B.“ handelt es sich gerade um ein solches Durchschnittsurteil. Jedem verständigen Betrachter ist einleuchtend, dass in einer solch pauschalen Formulierung auch Ausnahmen enthalten sind und die Äußerung aufgrund der Vielzahl von Polizeibeamten nicht jeden einzelnen treffen kann. Daher ist keine ausreichende Individualisierung gegeben.³⁴ Weiter spricht gegen eine ausreichende Individualisierung, dass je größer das Kollektiv, desto geringer ist die Beeinträchtigung des Einzelnen durch eine Kollektivbeleidigung.³⁵

In Betracht kommt eine Individualisierung aber dann, wenn auf den konkreten Polizeieinsatz und die daran beteiligten Polizeibeamten abgestellt wird.³⁶ Zu bedenken ist jedoch, dass es sehr große Veranstaltungen gibt, bei denen mehrere Hundert Polizeibeamte im Einsatz sind. Diese als ausreichend individualisiert zu bezeichnen, scheint sehr weit zu gehen. Allerdings kann diese Frage offen bleiben, da sich P das Spiel nur zufällig ansieht und nicht am Polizeieinsatz im Stadion beteiligt ist. Eine Individualisierung könnte darüber hinaus dadurch erfolgen,

²⁹ Küpper, Strafrecht BT, 5. Aufl., 76.

³⁰ BGHSt 2, 38 (39); 11, 207 (208); 36, 83 (85).

³¹ Klas/Blatt, HRRS 2012, 388 (390).

³² OLG Karlsruhe, BeckRS 2012, 22944.

³³ Hilgendorf, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl., Vor § 185 Rdnr. 30.

³⁴ So auch BGHSt 36, 83 (88) bei der Äußerung „Alle Ärzte sind Kurpfuscher“.

³⁵ BVerfGE 93, 266 (301).

³⁶ So aktuell entschieden vom OLG München, BeckRS 2014, 00952.

dass das Banner im Stadion hoch gehalten wurde und sich damit nur auf die im Stadion anwesenden Polizeibeamten bezieht. Dafür spricht die räumliche Abgeschlossenheit des Stadions.³⁷ Dagegen spricht jedoch, dass das Fußballspiel im Fernsehen übertragen wird und so auch außerhalb des Stadions an eine Vielzahl von Personen gelangt.³⁸ Selbst wenn eine solche Individualisierung bejaht würde, wäre P außerhalb des Stadions nicht davon umfasst. Auch bezieht sich der Wortlaut nicht auf den Beruf des Polizisten oder eine konkrete polizeiliche Tätigkeit, hier beispielsweise das polizeiliche Vorgehen bei Fußballspielen, und weist keinen sachlichen Bezug zum Polizeiberuf auf.³⁹ Damit ist keine ausreichende Individualisierung gegeben. P ist durch das Hochhalten des Banners nicht in seiner individuellen Ehre verletzt. Der objektive Tatbestand ist damit nicht gegeben.

II. Ergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht gegeben. A hat sich nicht nach § 185 I Var. 1 StGB schuldig gemacht.

³⁷ Das Hochhalten des Banners könnte als eine Art Fingerzeig auf die anwesenden Polizeibeamten gewertet werden. Vgl. *Oymann*, RÜ 2012, 782 (784) der auf *OLG Stuttgart*, NStZ-RR 2009, 50 verweist.

³⁸ *Klas/Blatt*, HRRS 2012, 388 (390); a. A. in der Tendenz *OLG Karlsruhe*, BeckRS 2012, 22944, die nun durch den aktuellen Beschluss des OLG Karlsruhe vom 20.05.2014, becklink 1032910, bestätigt wurde.

³⁹ So *OLG Karlsruhe*, BeckRS 2012, 22944; ebenfalls verneint wurde dies bei Autoaufklebern, *BayObLG*, NJW 1990, 1742.

Anmerkung:

Neben der oben besprochenen Fallvariante, bei der alle Mitglieder der Personenmehrheit angesprochen sind, gibt es noch zwei weitere Fallvarianten. Bei einer davon ist die Beleidigung so formuliert, dass offenbleibt, wer aus der Personenmehrheit angesprochen ist, aber erkennbar ist, dass nicht alle von der Beleidigung erfasst sein sollen, sondern nur einer oder bestimmte mehrere. Dafür wird verlangt, dass die Personenmehrheit einen verhältnismäßig kleinen, in Bezug auf die Individualität seiner Mitglieder ohne weiteres deutlich überschaubaren Personenkreis umfasst.⁴⁰ Der Einzelne darf in der Personenmehrheit nicht untergehen.⁴¹ Bei der offen gehaltenen Formulierung „all cops“ ist nicht erkennbar, dass nur ein bestimmter Polizeibeamter erfasst sein soll. Darüber hinaus ist der Personenkreis der Personenmehrheit Polizei nicht leicht überschaubar. Damit scheidet diese Variante aus.

Bei der anderen Variante ergibt es sich aus dem Zusammenhang, dass nur ein ganz bestimmtes Mitglied der Personenmehrheit von der Beleidigung erfasst sein soll, selbst wenn eine Kollektivbezeichnung verwendet wird.⁴² Auch diese Variante scheidet aus, da sich aus dem Zusammenhang keinerlei Anhaltspunkte ergeben, die zu P führen.

⁴⁰ BGHSt 19, 235 (238); *Geppert*, Jura 2005, 244 (246).

⁴¹ *Geppert*, Jura 2005, 244 (246).

⁴² *Geppert*, Jura 2005, 244 (246).

Dritter Tatkomplex: Nach dem Spiel

I. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, Nr. 5 StGB⁴³

Durch den Faustschlag und die Fußtritte könnte sich A zu Lasten des B der gefährlichen Körperverletzung nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, Nr. 5 StGB schuldig gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der Grundtatbestand des § 223 I StGB ist erfüllt. Durch den Faustschlag und das kräftige Treten gegen den Kopf wurde das körperliche Wohlbefinden des B mehr als nur unerheblich beeinträchtigt⁴⁴ und dieser körperlich misshandelt. Zudem wurde bei B ein vom Normalzustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichender krankhafter Zustand hervorgerufen,⁴⁵ indem die Tritte zu Prellungen und dem Verlust von drei Zähnen führten. Eine Gesundheitsschädigung ist gegeben.

a) gefährliches Werkzeug

Möglicherweise erfüllt der Turnschuh, mit dem A den B tritt, das Merkmal des gefährlichen Werkzeugs nach § 224 I Nr. 2 Var. 2 StGB. Ein gefährliches Werkzeug ist jeder

Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der konkreten Art seiner Benutzung im konkreten Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.⁴⁶ Dabei sind die konkreten Tatumstände zu berücksichtigen, mithin die Art des Schuhs, die Verwendungsart und die betroffenen Körperteile.⁴⁷ A trägt Turnschuhe, welche bei sehr kräftigen Tritten in empfindliche Körperbereiche geeignet sind, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.⁴⁸ Da A sehr kräftig in das Gesicht des B und damit in einen empfindlichen Körperbereich⁴⁹ tritt, ist mit dem Turnschuh ein gefährliches Werkzeug gegeben.

b) mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung

Weiter könnte die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung im Sinne des § 224 I Nr. 5 StGB herbeigeführt worden sein, indem A den B gegen den Kopf tritt. Umstritten ist dabei, ob es einer konkreten oder einer abstrakten Lebensgefahr bedarf. Nach Ansicht der Rechtsprechung und großer Teile der Literatur genügt es, wenn die Körperverletzung objektiv generell geeignet ist, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen.⁵⁰ Wuchtige Fußtritte gegen den Kopf sind ge-

⁴³ § 224 I Nr. 4 StGB scheidet am bewussten Zusammenwirken der einzelnen Fans. A wollte niemanden bei dessen Tat unterstützen und eine heimliche Beihilfe seitens eines Dritten scheidet aus.

⁴⁴ Dazu Wessels/Hettinger, BT 1, 36. Aufl., Rdnr. 255.

⁴⁵ Dazu Wessels/Hettinger, BT 1, 36. Aufl., Rdnr. 257.

⁴⁶ Rengier, BT 2, 14. Aufl., § 14 Rdnrn. 27 ff. m. w. N.

⁴⁷ BGH, NStZ 1999, 616 (617); BGH, NJW 1982, 1164 (1165); in diese Richtung gehend auch BGH, NStZ 1984, 328 (329).

⁴⁸ Vgl. BGH, NStZ 1999, 616 (617); BGH, NStZ 2003, 662 (663).

⁴⁹ So BGH, NStZ 2010, 151; BGHSt 30, 375 (377); BGH, NStZ 1999, 616 (617).

nerell dazu geeignet, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen.⁵¹ Damit liegt nach dieser Ansicht eine das Leben gefährdende Behandlung vor. Nach Ansicht eines kleinen Teils der Literatur muss demgegenüber eine konkrete Lebensgefahr eingetreten sein.⁵² Über ernsthafte Verletzungen des B, die zu einer konkreten Lebensgefahr geführt haben, ist nichts bekannt. Eine lebensgefährdende Behandlung ist daher nicht gegeben.

Die letztgenannte Ansicht überzeugt jedoch nicht. Zum einen stellt der Wortlaut des Gesetzes auf die Handlung und nicht den Erfolg ab. Zum anderen rückt die lebensgefährdende Behandlung anderenfalls zu nahe an die §§ 212, 22 StGB heran und entfernt sich zu weit von den anderen Varianten des § 224 I StGB.⁵³ Deshalb ist der erstgenannten Meinung zu folgen und auf die abstrakte Eignung der Körperverletzung abzustellen. Eine das Leben gefährdende Behandlung ist gegeben. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelt hinsichtlich der Verwirklichung des Grundtatbestandes und des gefährlichen Werkzeugs mit Wissen und Willen, also vorsätzlich. Die Rechtsprechung lässt es für den

Vorsatz bei § 224 I Nr. 5 StGB genügen, dass der Täter die „Umstände“ kennt, aus denen sich die Lebensgefährdung ergibt, ohne dass insoweit eine „Bewertung“ als lebensgefährlich erforderlich ist.⁵⁴ A waren die Umstände, die Tritte gegen den Kopf und in das Gesicht des B, bekannt. Die Literatur verlangt dagegen ein substantielles Gefährdungsbewusstsein, das über die Kenntnis der tatsächlichen Umstände hinausgeht, genauer eine „Parallelwertung in der Laiensphäre“. Der Täter muss sich weiter der Bedeutung seines Verhaltens bewusst gewesen sein, also die Gefährlichkeit seines Handelns für das Leben des Opfers wenigstens für möglich gehalten und in Kauf genommen haben.⁵⁵ A wollte den B verletzen und wusste auch, was er tat. Zudem waren ihm die Umstände bekannt, die sein Verhalten als lebensgefährdende Behandlung kennzeichnen, sowie die generelle Eignung seiner Handlung zu solchen Verletzungen.⁵⁶ Er wusste, dass wuchtige Tritte gegen den Kopf eines anderen Menschen geeignet sind, diesen lebensgefährdend zu verletzen. Denn dies ist allgemein bekannt.⁵⁷ Anhaltspunkte dafür, dass A dies nicht bekannt wäre, sind nicht gegeben. Folglich handelte A auch nach dieser Ansicht vorsätzlich. Eine Streitentscheidung kann dahinstehen.

⁵⁰ Rengier, BT II, 10. Aufl., § 14 Rdnr. 21; Kindhäuser, in: Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl., § 224 Rdnr. 18.

⁵¹ BGH, NJW 1990, 3156; BGH, NStZ 2005, 156 (157).

⁵² Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 3. Aufl., § 224 Rdnr. 27 m. w. N.

⁵³ Küper, BT, 5. Aufl., S. 59 ff.; Rengier, BT II, 14. Aufl., § 14 Rdnr. 50; Beulke, Klausurenkurs III, 2. Aufl., Rdnr. 6.

⁵⁴ BGHSt 19, 352 (353); BGH, NJW 1990, 3156.

⁵⁵ Lackner/Kühl, 27. Aufl., § 224 Rdnr. 9; Wessels/Hettinger, BT 1, 36. Aufl., Rdnr. 284.

⁵⁶ Vgl. Hardtung, in Münchener Kommentar, 2. Aufl., § 224 Rdnr. 45; Lackner/Kühl, 27. Aufl., § 224 Rdnr. 9.

⁵⁷ Vgl. Heinke, NStZ 2010, 119 (122 f.), welcher dies anhand einer Befragung von über 800 Personen darlegt.

3. Rechtswidrigkeit

Zu prüfen ist, ob B möglicherweise konkludent in die gefährliche Körperverletzung eingewilligt hat und dadurch die Rechtswidrigkeit entfällt. Eine solche Einwilligung könnte darin gesehen werden, dass alle Beteiligten im Vorfeld damit einverstanden waren, dass der Schlagabtausch allein mit Fußtritten und Faustschlägen geführt werden soll.

Die Voraussetzungen der Einwilligung sind gesetzlich nicht geregelt. Allerdings haben sich bestimmte Voraussetzungen herausgebildet, die gegeben sein müssen.

a) disponibles Rechtsgut

Das Individualrechtsgut körperliche Unversehrtheit des B ist als höchstpersönliches Rechtsgut disponibel.⁵⁸

b) Verfügungsbefugnis

B ist als Inhaber des Rechtsguts verfügungsbefugt.

c) Einwilligungsfähigkeit

Im Sachverhalt gibt es keinerlei Anhaltspunkte, die an der Einwilligungsfähigkeit⁵⁹ des B Zweifel begründen. Da Faustschläge und Fußtritte Gegenstand der Übereinkunft waren, schließt die Zustimmung zu solchen Handlungen auch die daraus typischerweise

⁵⁸ Vgl. Rengier, AT, 5. Aufl., § 23 Rdnr. 9.

⁵⁹ Paeffgen, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 4. Aufl., § 228 Rdnr. 14.

resultierenden Verletzungen mit ein. B hatte folglich eine zutreffende Vorstellung vom voraussichtlichen Verlauf und den möglichen Folgen des zu erwartenden Angriffs.⁶⁰

d) Einwilligungserklärung

Die Einwilligung kann ausdrücklich, aber auch konkludent erklärt werden. Sie muss vor der Tat vorliegen und darf bis zur Tat nicht widerrufen worden sein.⁶¹ Vorliegend ist eine faktische Übereinstimmung unter den Fans hinsichtlich des Ablaufs des „Kräftemessens“ gegeben. Darin ist eine konkludente Einwilligungserklärung zu sehen.

e) Verstoß gegen die guten Sitten, § 228 StGB

Problematisch könnte vorliegend § 228 StGB sein. Dieser besagt, dass eine Einwilligung dann nicht zur Rechtfertigung der Tat führt, wenn die Tat gegen die guten Sitten verstößt. Da der Begriff der guten Sitten äußerst ungenau ist, haben sich bestimmte Kriterien für die Prüfung der Sittenwidrigkeit herausgebildet. Bei dieser Prüfung ist in zeitlicher Hinsicht eine ex-ante-Beurteilung des weiteren Geschehensverlaufs zum Zeitpunkt der Körperverletzungshandlung ausschlaggebend.⁶² Weiter ist auf die Art und das Gewicht des

⁶⁰ Vgl. BGH, NStZ 2000, 87 (88) und BGH, NStZ 2013, 342.

⁶¹ Eschelbach, in: Beck Online-Kommentar, Stand: 08.03.2013, § 228 Rdnr. 17; Rengier, AT, 5. Aufl., § 23 Rdnrn. 20 ff.

⁶² BGH, NStZ 2013, 342 (343); Hardtung, in: Münchener Kommentar, 2. Aufl., § 228 Rdnr. 27.

eingetretenen Körperverletzungserfolges und das daraus resultierende Risiko für Leib und Leben abzustellen.⁶³ Unbeachtlich ist hingegen der Zweck der Körperverletzung.⁶⁴ Die höchstrichterliche Rechtsprechung bejaht die Sittenwidrigkeit regelmäßig dann, wenn bei objektiver Betrachtung die einwilligende Person durch die Körperverletzungshandlung in Todesgefahr gebracht wird. Dies wird damit begründet, dass der staatliche Eingriff in die Dispositionsfreiheit des Rechtsguthabers nur bei gravierenden Verletzungen wie der Todesgefahr legitim ist.⁶⁵ Allerdings ist dieser Maßstab nicht abschließend. So können neben der konkreten Todesgefahr auch andere Umstände zu einer Sittenwidrigkeit der Einwilligung führen. Dies können beispielsweise die Auswirkungen von gruppendynamischen Prozessen und die damit oftmals verbundene Unkontrollierbarkeit der Gesamtsituation sein, die durch die gegenseitige Beeinflussung innerhalb der Gruppe und unter einzelnen Gruppen hervorgerufen wird. Für eine solche Einbeziehung spricht auch der Schutzzweck des § 231 StGB, der gerade der Unkontrollierbarkeit von gruppendynamischen Prozessen der Schlägerei eine spezifische Gefährlichkeit zuspricht.⁶⁶ Weiter ist der Grad der Gefährlichkeit der Kör-

perverletzungen zu berücksichtigen, welcher sich nach den die Tatausführung begleitenden Umständen bestimmt. Solche begleitenden Umstände können auch Wettkampfgregeln darstellen. Bei diesen ist allgemein anerkannt, dass eine Einwilligung nicht gegen die guten Sitten verstößt, solange der Wettkampf regelkonform durchgeführt wird, selbst wenn die Gefahr erheblicher körperlicher Beeinträchtigungen droht. Denn Wettkampfgregeln dienen gerade dazu, dass das mit der Austragung des Wettkampfes verbundene Gesundheitsrisiko eingeschränkt und überwacht wird.⁶⁷ Fehlt es an solchen Regeln, so ist erfahrungsgemäß davon auszugehen, dass der Gefährlichkeitsgrad des Körperverletzungsgeschehens über das von der Einwilligung Gedeckte hinausgeht.⁶⁸

Somit ist vorliegend auf die Gesamtumstände des „Kräftemessens“ abzustellen. Festzustellen ist, dass bereits die verabredeten Körperverletzungen, die Fußtritte und Faustschläge, ein nicht unerhebliches Gefährlichkeitspotential aufweisen. Gerade Fußtritte und Faustschläge gegen empfindliche Körperbereiche sind für das Leben des Getretenen generell gefährlich. Ebenfalls ins Ge-

⁶³ BGH, NStZ 2013, 342 (343); BGHSt 49, 34 (42); BGH, NStZ 2010, 389 f.

⁶⁴ BGHSt 49, 166 ff.; Hirsch, in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl., § 228 Rdnr. 9. A. A.: Horn, in: Systematischer Kommentar, 7. Aufl., § 228 Rdnr. 9; Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 4. Aufl., § 228 Rdnr. 43.

⁶⁵ BGHSt 49, 34 (44); BGH, NStZ 2013, 342 (343) m. w. N.

⁶⁶ BGH, NStZ 2013, 342 (343 f.); Bisher gab es zu der sog. „dritten Halbzeit“ keine höchstrichterliche Entscheidung. In den unteren Instanzen wurde eine Sittenwidrigkeit verneint. Vgl. LG Stuttgart, Urteil vom 02.11.2010 – 42 Ns 2 Js 73015/05 und AG Emmendingen, Beschluss vom 08.07.2010 – 5 Cs 460 Js 8818 – AK 128/09. A. A. Bosch, JK 8/2013, § 228/6.

⁶⁷ BGHSt 4, 88 (92); Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 4. Aufl., § 228 Rdnr. 109.

⁶⁸ BGH, NStZ 2013, 342 (344).

wicht fällt, dass jegliche Absprachen und Vorkehrungen fehlen, um eine Eskalation und damit erhebliche Gesundheitsschädigungen zu verhindern. Zwar besteht eine faktische Übereinkunft auf das Verwenden von Faustschlägen und Fußtritten. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass die Gruppen vor Beginn abgesprochen hätten, dass unter bestimmten Umständen Beteiligte nicht mehr getreten und geschlagen werden, beispielsweise falls sie kampfunfähig werden. Die tatsächliche Entwicklung der Auseinandersetzung zeigt vielmehr, dass es sich nicht lediglich um abstrakt-generell bedeutsame Umstände der Beurteilung der Rechtsgutsgefährdung handelt, sondern sich die generellen Risikofaktoren auch in der konkreten Kampfsituation risikosteigernd ausgewirkt haben. Damit verstößt die Handlung des A gegen die guten Sitten. Er ist nicht durch die von B konkludent erteilte Einwilligung gerechtfertigt.⁶⁹

4. Schuld

A handelte schuldhaft.

⁶⁹ Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Argumentation vertretbar. Angeführt werden kann beispielsweise, dass bei einer Schlägerei ex ante nicht zwischen abstrakt und konkret gefährlichen Tätlichkeiten differenziert werden kann. Bei Schlägereien müsste dann die grundsätzlich bestehende Eskalationsgefahr generell zur Sittenwidrigkeit führen, was nicht gewollt sein kann. So vertreten von Bosch, JK 8/2013, § 228/6. Folgt man dem, dann entfällt eine Strafbarkeit des A aufgrund der rechtfertigenden Einwilligung.

5. Ergebnis

A hat sich nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2 und Nr. 5 StGB durch das Treten gegen den Kopf des B schuldig gemacht.

II. Schwere Körperverletzung, § 226 I Nr. 3 Var. 1 StGB

A könnte sich wegen § 226 I Nr. 3 Var. 1 StGB durch die wuchtigen Tritten gegen den Kopf des B strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Eine Körperverletzung ist gegeben (s. o.). Indem B drei Zähne verlor, könnte er in erheblicher Weise dauernd entstellt sein. Eine dauerhafte Entstellung ist gegeben, wenn die äußere Gesamterscheinung des Verletzten in ihrer ästhetischen Wirkung derart verändert wird, dass er auf unabsehbare Zeit psychische Nachteile im Verkehr mit seiner Umwelt zu erleiden hat.⁷⁰ Von einer dauerhaften Entstellung kann aber nicht mehr gesprochen werden, wenn die Verunstaltung durch einen zumutbaren medizinischen Eingriff behoben werden kann.⁷¹ Bei B konnten die verlorenen Zähne durch Implantate ersetzt werden. Dadurch wurde die Verunstaltung behoben. So-

⁷⁰ Kindhäuser, in: Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl., § 266 Rdnr. 6.

⁷¹ Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., § 226, Rdnrn. 4 f.; Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 4. Aufl., § 226 Rdnr. 20; Horn/Wolters, in: Systematischer Kommentar, 7. Aufl., § 226, Rdnr. 14.

mit ist sie nicht dauerhaft. Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

A hat sich mangels dauerhafter Entstellung des B nicht wegen § 226 I Nr. 3 Variante 1 StGB strafbar gemacht.

III. Beteiligung an einer Schlägerei, § 231 I StGB

A könnte sich wegen § 231 I StGB strafbar gemacht haben, indem er B zu Boden schlug und auf ihn eintrat.

1. Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste eine Schlägerei oder ein von mehreren verübter Angriff vorliegen. Eine Schlägerei ist gegeben, wenn mindestens drei Personen aktiv körperlich an einer mit gegenseitigen Körperverletzungen verbundenen Tätlichkeit mitwirken.⁷² Ein von mehreren verübter Angriff liegt vor, wenn mindestens zwei Personen eine auf eine Körperverletzung eines anderen gerichtete Handlung unternehmen. Verlangt wird zudem, dass bei den Angreifenden eine Einheitlichkeit des Angriffs, des Angriffsgegenstandes und des Angriffswillens besteht.⁷³ Vorliegend trafen die Anhänger beider Fußball-Clubs aufeinander. Dies hatten die Teilnehmer im Vorfeld so vereinbart. Allerdings ist die Einheitlichkeit

des Angriffs zu verneinen, da jeder Teilnehmer für sich „kämpft“. Folglich ist ein Angriff von mehreren zu verneinen. Weiter ist nicht klar, wie viele Personen sich an dem „Kräfte-messen“ beteiligen. Da das Geschehen bereits in vollem Gange ist, als A hinzutritt, ist anzunehmen, dass mehr als drei Personen anwesend sind. Damit ist eine Schlägerei gegeben. Weiter müsste sich A auch an der Schlägerei beteiligt haben. Dafür genügt es, wenn eine örtlich-zeitliche Mitwirkung in irgendeiner Form gegeben ist. Täterschaft oder Teilnahme sind nicht erforderlich.⁷⁴ A führt selbst Schläge und Tritte aus, ist somit Täter und an der Schlägerei beteiligt. Damit ist der objektive Tatbestand erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

A wusste, dass er sich in eine Schlägerei begibt und dass dadurch andere Personen verletzt werden können. Zudem wollte er dies auch.

3. Objektive Bedingung der Strafbarkeit

Mit dem Tod des Fans ist eine schwere Folge und damit die objektive Bedingung der Strafbarkeit eingetreten. Auch wurde der Tod des Fans in kausaler Weise durch die Schlägerei verursacht, welche nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass der Tod des Fans entfiel. Es ist unerheblich, dass A den Fan nicht selbst tödlich verletzt hat, denn auf die Einzelhandlung kommt es nicht an. Allein

⁷² BGHSt 31, 124 (125); BGHSt 15, 369 (370).

⁷³ BGHSt 31, 124 (126 f.); *Horn/Wolters*, in: Systematischer Kommentar, 7. Aufl., § 231 Rdnr. 4.

⁷⁴ *Hohmann*, in: Münchener Kommentar, 2. Aufl., § 231 Rdnrn. 14 f.

das Gesamtgeschehen ist ausschlaggebend.⁷⁵ Fraglich ist aber, wie es sich auswirkt, dass A das „Kräftemessen“ vorher verlassen hat. Eine Ansicht vertritt, dass dies die Zurechnung unterbricht, da eine Bestrafung nur erfolgen kann, wenn der Täter im Zeitpunkt des Eintritts der schweren Folge an der Schlägerei beteiligt ist. Denn das Gesetz stellt auf das Risiko ab, das sich im Erfolg manifestiert hat, und deshalb muss der Täter dieses Risiko auch geschaffen haben.⁷⁶ Die überwiegende Meinung vertritt hingegen, dass es nicht entscheidend darauf ankommt, dass sich die schwere Folge während der Beteiligung des Täters ereignet, sondern darauf, dass sich der Täter überhaupt an der Schlägerei beteiligt hat. § 231 StGB ist ein reines Gefährdungsdelikt, bei dem die Gefährlichkeit auch nach Verlassen der Schlägerei noch fortwirkt. Erfahrungsgemäß steigert eine Mitwirkung die Streitfreudigkeit der Beteiligten und entfällt nicht einfach mit dem Verlassen eines Beteiligten, sondern wirkt fort.⁷⁷ Weiter ist zu bedenken, dass die erste Meinung mit Beweisproblemen zu kämpfen hat. Es wäre immer zu ermitteln, ob der an der Schlägerei Beteiligte auch noch zum Zeitpunkt des Eintritts der schweren Folge anwesend war. Gerade dies soll aber durch § 231 StGB verhindert werden.⁷⁸ Folglich ist der zweiten Ansicht zu folgen. Es wirkt sich für A nicht strafbefrei-

⁷⁵ Eschelbach, in: Heintschel-Heinegg, § 231 Rdnr. 19; Hohmann, in: Münchener Kommentar, 2. Aufl., § 231 Rdnr. 24.

⁷⁶ Krey/Hellmann/Heinrich, BT 1, 15. Aufl., § 3 Rdnrn. 322 f.

⁷⁷ BGHSt 14, 132 (134); Eschelbach, in: Heintschel-Heinegg, § 231 Rdnr. 19.

end aus, dass er die Schlägerei vor Eintritt der schweren Folge verlassen hat. Sein Beitrag wirkt in der Schlägerei fort und damit auch die Gefahr des Eintritts einer schweren Folge. Somit ist der Zurechnungszusammenhang nicht unterbrochen.

4. Strafbarkeitsausschluss nach § 231 II StGB

A begab sich bewusst zum „Kräftemessen“. Seine Beteiligung an der Schlägerei ist ihm daher vorzuwerfen. § 231 II StGB greift nicht ein.

5. Ergebnis

A hat sich wegen § 231 I StGB strafbar gemacht.

IV. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A hat sich wegen §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2 und Nr. 5 StGB in Tateinheit mit § 231 StGB strafbar gemacht.⁷⁹

Vierter Tatkomplex: Pfandflaschen

I. Diebstahl, § 242 I StGB

Möglicherweise hat sich A durch das Entwenden der Pfandflaschen nach § 242 I StGB des Diebstahls schuldig gemacht.

⁷⁸ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., § 231 Rdnr. 1; Hohmann, in: Münchener Kommentar, 2. Aufl., § 231 Rdnrn. 25 f.

⁷⁹ Vgl. Fischer, 61. Aufl., § 231 Rdnr. 11.

1. Objektiver Tatbestand

Die Pfandflaschen stehen im Eigentum des Herstellers und sind für A fremde bewegliche Sachen. Indem er die Flaschen aus dem umzäunten Gelände schafft, bricht er den Gewahrsam der E GmbH⁸⁰ und begründet neuen, tätereigenen Gewahrsam. Folglich ist der objektive Tatbestand gegeben.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich hinsichtlich der Fremdheit der Flaschen. Fraglich ist jedoch, ob er mit Zueignungsabsicht handelte. Zueignungsabsicht ist gegeben, wenn der Täter die Sache vorübergehend seinem Vermögen einverleiben will (Absicht im technischen Sinne) und er eine dauerhafte Enteignung des Eigentümers zumindest für möglich hält (*dolus eventualis*).⁸¹ Zu fragen ist, was genau sich A zueignen müsste. Hierzu werden mehrere Ansichten vertreten. Ursprünglich wurde auf die Substanz der Sache abgestellt (Substanztheorie). Der Täter musste sich die Sache ihrer Substanz nach zu eigen und sie unter Ausschluss des Berechtigten den eigenen Zwecken dienstbar machen.⁸² Da der Hersteller aber die ganze Zeit über Eigentümer bleibt und A bei der Rückgabe des Leer-

gutes gerade nicht das Eigentumsrecht des Herstellers leugnet und die Pfandflaschen unversehrt zurück gibt, scheidet eine Zueignung der Sachsubstanz aus.⁸³ Später wurde auf den Sachwert abgestellt (Sachwerttheorie). Verlangt wurde, dass die Sache ihrem wirtschaftlichen Wert nach dem eigenen Vermögen zugeführt wird.⁸⁴ Nach dem engen Sachwertbegriff ist auf den spezifischen Funktionswert der Flaschen (*lucrum ex re*) abzustellen. Die Pfandflaschen haben die Funktion als Verpackung für Getränke zu dienen. Dieser Funktionswert wird ihnen jedoch nicht dadurch entzogen, dass bei Rückgabe das „Pfand“ erstattet wird. Denn sie können erneut bestimmungsgemäß verwendet werden. Das „Pfand“ soll lediglich eine Art Anreiz sein, um eine Rückgabe der Flaschen zu gewährleisten.⁸⁵ Neben dem engen Sachwertbegriff wird noch vereinzelt ein weiterer Sachwertbegriff vertreten. Dieser verlangt nur, dass sich der Täter irgendeinen wirtschaftlichen Vorteil (*lucrum ex negotium cum re*) einverleibt. Dieser wirtschaftliche Vorteil könnte vorliegend im Täuschungswert der Pfandflaschen liegen.⁸⁶ Allerdings ist dieser Auffassung vorzuwerfen, dass sie die Grenze zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten verwischt. Deshalb ist ihr nicht zu folgen und allein auf den spezifischen Funktionswert abzustellen.⁸⁷ Mittlerweile wird die sog. Vereinigungstheorie vertreten,

⁸⁰ Eser, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. (2010), § 242 Rdnrn. 25 und 30.

⁸¹ Lackner/Kühl, 27. Aufl., § 242 Rdnr. 21; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 4. Aufl., § 242 Rdnr. 69.

⁸² RGSt 10, 369 (371); Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 4. Aufl., § 242 Rdnr. 75 m. w. N.

⁸³ Vgl. AG Flensburg, NStZ 2006, 101 (102) mit Besprechung von Kudlich, JA 2006, 571 (572).

⁸⁴ RGSt 40, 10 (11 f.).

⁸⁵ Vgl. AG Flensburg, NStZ 2006, 101 (102) mit Besprechung von Kudlich, JA 2006, 571 (572).

wonach entweder die Sache selbst oder der in ihr verkörperte Sachwert Gegenstand der Zueignung sein muss.⁸⁸ Jedoch ist beides, wie bereits erörtert, nicht gegeben. Folglich liegt keine Zueignungsabsicht vor. Der subjektive Tatbestand des Diebstahls ist damit nicht gegeben.

3. Ergebnis

A ist nicht wegen § 242 I StGB strafbar, indem er die Pfandflaschen entwendete.

II. Hausfriedensbruch, § 123 StGB

A könnte sich wegen § 123 I Var. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er über den Zaun kletterte.

1. Tatbestand

Das umzäunte Gelände der E GmbH ist durch den 2,50 Meter hohen Zaun gegen das beliebige Betreten durch andere gesichert und folglich ein befriedetes Besitztum.⁸⁹ Indem A über den Zaun kletterte, ist er körper-

lich eingedrungen. Dies geschah gegen den Willen der E GmbH. Insbesondere kommt eine generelle Zutrittserlaubnis seitens der E GmbH nicht in Betracht, da anderenfalls kein hoher Zaun um das Grundstück gezogen worden wäre. A war aufgrund der Umzäunung auch bewusst, dass er gegen den Willen der E GmbH auf das Gelände gelangte und handelte folglich vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe sind gegeben.

III. Gesamtergebnis

A hat sich wegen § 123 I Var. 1 StGB strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

A ist strafbar wegen §§ 306c; 123; 52 I – 53 I – 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2 und Nr. 5; 231; 52 I – 53 I – 123 I Var. 1 StGB.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

⁸⁶ Vgl. BGHSt 19, 387 (388): Hier wurde überlegt, ob der wirtschaftliche Wert darin liegen kann, dass ein fremdes Kleidungsstück nach Ende der Bundeswehrzeit bei der Abmusterung als Ersatz für das eigene, verlorengegangene Kleidungsstück abgegeben wird. Dies wurde verneint, da dieser Täuschungswert kein tauglicher Zueignungsgegenstand ist und folglich keine Zueignungsabsicht gegeben ist. So bereits von *Westermann* gesehen in der Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt, NJW 1962, 2216; AG Flensburg, NStZ 2006, 101.

⁸⁷ Eser, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., § 242 Rdnr. 49; Hellmann, JuS 2001, 353 (355).

⁸⁸ RGSt 61, 228 (232 f.); BGHSt 35, 152 (156 f.).

⁸⁹ Vgl. Rengier, BT 2, § 30 Rdnr. 4.

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 ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Rücknahme eines Angebots im Rahmen einer Internet- auktion

Urteil vom 08.01.2014 – VIII ZR 63/13

Der Erklärungsinhalt eines im Rahmen einer Internetauktion abgegebenen Verkaufsangebots ist unter Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmens zu bestimmen, das auf seiner Internetplattform das Forum für die Auktion bietet. Kommt nach diesen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Falle der Rücknahme des Angebots ein Kaufvertrag mit dem zu dieser Zeit Höchstbietenden nicht zustande, sofern der Anbietende gesetzlich dazu berechtigt war, sein Angebot zurückzuziehen, ist dies aus der Sicht der an der Internetauktion teilnehmenden Bieter dahin zu verstehen, dass das Angebot des Verkäufers unter dem Vorbehalt einer berechtigten Angebotsrücknahme steht (Bestätigung von BGH, Urteil vom 8. Juni 2011, VIII ZR 305/10). (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt):

V bot bei der Internet-Auktionsplattform E einen gebrauchten Kfz-Motor mit dem Startpreis 1 Euro an. Fünf Tage nach Auktionsbeginn beendete V sein Angebot und strich alle bis dahin vorliegenden Gebote. Zu diesem Zeitpunkt war K Höchstbietender mit einem Preis von 1.509 Euro.

V gibt zutreffend an, der Motor habe seine Zulassung im Straßenverkehr verloren. Dies habe er, was ebenfalls zutrifft, bei der Freischaltung des Angebots bei E noch nicht gewusst, sondern erst kurz vor Beendigung des Angebots erfahren.

In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von E heißt es unter anderem:

§ 10 Ziffer 1 Satz 5: Bei Ablauf der Auktion oder bei vorzeitiger Beendigung des Angebots kommt zwischen Anbieter und Höchstbietendem ein Vertrag über den Erwerb des Artikels zustande, es sei denn der Anbieter war gesetzlich dazu berechtigt, das Angebot zurückzunehmen und die vorliegenden Gebote zu streichen.

§ 10 Ziffer 7: Bieter dürfen ein Gebot nur dann zurücknehmen, wenn sie dazu gesetzlich berechtigt sind.

Es folgt eine Schaltfläche für „weitere Informationen“.

In den „weiteren Informationen“ zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die für den Verkäufer und Käufer einsehbar sind, heißt es:

Nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) können Sie sich von einer verbindlichen Willenserklärung [...] lösen, wenn ein so genannter Anfechtungsgrund vorliegt. Ein Anfechtungsgrund liegt vor, wenn Sie sich bei der Abgabe einer Willenserklärung in einem relevanten Irrtum befanden [...].

Sofern ein Anfechtungsgrund vorliegt, der Sie dazu berechtigt, sich von Ihrem Angebot zu lösen, können Sie dies durch das vorzeitige Beenden des Angebots und Streichung bereits vorhandener Gebote technisch umsetzen. Sie sollten auf jeden Fall den Grund für die vorzeitige Beendigung des Angebots dem Höchstbietenden gegenüber zusätzlich gesondert in Form einer Anfechtungserklärung geltend machen. Die Anfechtung muss dabei unverzüglich gegenüber dem Höchstbietenden erklärt werden. Geben Sie hierbei den Grund für die vorzeitige Beendigung an.

K macht gegen V Schadensersatzansprüche geltend und trägt – zutreffend – vor, dass der Motor einen Zeitwert von 5.009 Euro hat.

Kann K von V Zahlung der Differenz in Höhe von 3.500 Euro verlangen?

Falllösung:

I. Anspruch des K gegen V auf Zahlung von 3.500 Euro gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB

Voraussetzung für einen Anspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB ist, dass zwischen K und V ein Kaufvertrag zustande gekommen ist und entweder eine Fristsetzung gemäß § 281 I BGB vorliegt oder die Fristsetzung gemäß § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich ist.

1. Kaufvertrag zwischen K und V

Fraglich ist jedoch bereits, ob zwischen K und V überhaupt ein Kaufvertrag zustande gekommen ist. Wie der Vertragsschluss bei Internetauktionen rechtstechnisch bezüglich Angebot und Annahme einzuordnen ist, ist umstritten. Einigkeit besteht jedenfalls dahingehend, dass § 156 BGB keine Anwendung findet, da es an einem „Zuschlag“ wie bei der klassischen Versteigerungssituation fehlt. Der Streit kann jedoch offen bleiben, wenn es bereits an einem wirksamen Angebot durch V fehlt. Dazu der BGH:

„Nach § 10 Ziffer 1 Satz 5 der im Streitfall geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen von [E] kommt ein Kaufvertrag bei Ablauf der Auktion oder bei vorzeitiger Beendigung des Angebots – insoweit übereinstimmend mit den §§ 145 ff. BGB – durch Annahme des Verkaufsangebots durch den Höchstbietenden zustande, es sei denn, der Anbieter war gesetzlich dazu berechtigt, das Angebot zurückzunehmen und die vorliegenden Gebote zu streichen. Unter welchen Umständen der Anbietende sein Angebot zurückziehen kann, wird in § 10 Ziffer 7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und den daran anknüpfenden ‚Weiteren Informationen‘ näher erläutert.“

„Der Senat hat im Urteil vom 8. Juni 2011 (VIII ZR 305/11, aaO), bei dem inhaltlich gleichlautende Bestimmungen zu beurteilen waren, ausgeführt, dass auf der Grundlage

dieser Regelungen kein Kaufvertrag zustande kommt, sofern der Anbietende gesetzlich dazu berechtigt war, sein Angebot zurückzuziehen. Denn aufgrund der genannten Bestimmungen ist das Angebot des Verkäufers aus der Sicht der an der Auktion teilnehmenden Bieter (§§ 133, 157 BGB) dahin zu verstehen, dass es unter dem Vorbehalt einer berechtigten Angebotsrücknahme steht. Ein solcher Vorbehalt, der die Bindungswirkung des Verkaufsangebots einschränkt, verstößt nicht gegen Grundsätze über die Bindungswirkung von Angeboten (§§ 145, 148 BGB), sondern ist zulässig. Denn gemäß § 145 BGB kann der Antragende die Bindungswirkung seines Angebots ausschließen; ebenso kann er sie einschränken, in dem er sich den Widerruf vorbehält (Senatsurteil vom 8. Juni 2011 – VIII ZR 305/10, aaO Rn. 17).“

Das Angebot ist also anhand der AGB der E dahingehend auszulegen, dass es unter dem Vorbehalt der (rechtmäßigen) Rücknahme steht. Das Angebot konnte damit – ohne Bindungswirkung zu entfalten – zurückgenommen werden. V hat sich über die straßenverkehrsrechtliche Zulassung, eine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB, geirrt. Ein Anfechtungsgrund lag damit vor, so dass auch nach den AGB des E das Angebot wirksam zurückgenommen werden konnte.

Zwischen V und K kam kein Kaufvertrag zustande.

2. Zwischenergebnis

K hat gegen V keinen Anspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB.

II. Anspruch des K gegen V auf Zahlung von 3.500 Euro gemäß § 122 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch gemäß § 122 Abs. 1 BGB scheidet hier ersichtlich aus, da gerade keine Anfechtung einer Willenserklärung vorliegt, sondern die Willenserklärung schon von Anfang an keine Bindungswirkung entfaltet hat.

III. Anspruch des K gegen V auf Zahlung von 3.500 Euro gemäß § 122 Abs. 1 BGB analog

Voraussetzung für eine Analogie ist eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage. Es ist schon zweifelhaft, ob hier überhaupt eine Regelungslücke vorliegt. § 145 BGB sieht ausdrücklich vor, dass man die Bindung an einen Antrag ausschließen kann.

Jedenfalls fehlt es auch an einer vergleichbaren Interessenlage. Sinn und Zweck des § 122 Abs. 1 BGB ist es, dem anderen Teil den Vertrauensschaden zu ersetzen, den er erleidet, weil er auf eine Willenserklärung, die bereits Bindungswirkung entfaltet, vertraut hat. Es gibt aber kein schutzwürdiges Vertrauen auf eine Willenserklärung, die noch nicht (bindend) angenommen wurde, also ohnehin von vorn herein offen ist, ob ein Vertragsschluss zustande kommt.

IV. Ergebnis

K hat keine Ansprüche gegen V.

Hinweise:

Der zunächst recht schmal wirkende Fall hat es dogmatisch durchaus in sich und bietet einige Stolperfallen. Der Vertragsschluss über Internetauktionenhäuser ist inzwischen schon zu einem Klassiker in Examensklausuren geworden.

Zunächst war hier zu erkennen, dass das Mängelgewährleistungsrecht der §§ 434 ff. BGB keine Anwendung findet, da es ersichtlich an einem Gefahrübergang (und im Übrigen auch an einem Sachmangel) fehlt. Die vollständige Nichterfüllung ist allein nach Allgemeinem Schuldrecht zu lösen. Erst nach Gefahrübergang und in Fällen eines vorliegenden Sachmangels sperren die §§ 434 ff. BGB das Allgemeine Schuldrecht und die Vorschriften über die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums.

Bekannt sein sollte auch die dogmatische Konstruktion, wie die AGB des Auktionshäuses Einfluss auf den Vertragsschluss zwischen V und K nehmen. In der Klausur sollte man dem Korrektor als Ausgangspunkt deutlich machen, dass die AGB des E grundsätzlich nur im Vertragsverhältnis mit E gelten, also zwischen E und V sowie E und K, jedoch nicht unmittelbar zwischen V und K. Einfallstor in das Vertragsverhältnis zwischen V und K ist dann die Auslegung der Willens-

erklärungen aus Sicht eines objektiven Empfängers. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass ein objektiver Empfänger die Willenserklärung nur so verstehen kann, wie es das „Rahmenverhältnis“ vorgibt. Wer über die Plattform der E eine Willenserklärung abgibt, der will – im Zweifelsfall – die dort geltenden Spielregeln einhalten und seine Willenserklärung so verstanden wissen.

Für die Praxis wird dies nicht bedeuten, dass nunmehr zahlreiche Angebote nach Beginn der Auktion zurückgezogen werden können. Denn genau wie für den Anfechtungsgrund trägt der Verkäufer die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sein Angebot rechtmäßig zurückgenommen wurde. Der Beweis wird nicht so einfach gelingen. Im vorliegenden Fall hat der BGH die Sache zur erneuten Verhandlung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, um feststellen zu lassen, ob der (im Sachverhalt als wahr unterstellte) Irrtum wirklich vorlag.

Als weitere Anspruchsgrundlage kommt noch ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 1 BGB in Betracht. Geht man allerdings von einer rechtmäßigen Rücknahme aus, so fehlt es schon an einer Nebenpflichtverletzung bei den Vertragsverhandlungen.

(Dr. Julius Forschner)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

**„Allzweckwaffe“ § 906 II 2
BGB nun auch zwischen
Wohnungseigentümern
anwendbar**

Urteil vom 25.10.2013 – V ZR 230/12

Wird die Nutzung des Sondereigentums durch rechtswidrige Einwirkungen beeinträchtigt, die von im Sondereigentum eines anderen Wohnungseigentümers stehenden Räumen ausgehen, kann dem betroffenen Wohnungseigentümer ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch in entsprechender Anwendung von § 906 II 2 BGB zustehen; das gilt auch im Verhältnis von Mietern solcher Räume.
(amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (verkürzt und vereinfacht):

Das verfahrensgegenständliche Grundstück ist nach dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG) geteilt. Neben dem gemeinschaftlichen Eigentum am Grundstück und bestimmten Teilen i. S. v. § 1 V WEG wurde an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen Teileigentum i. S. v. § 1 III WEG eingeräumt. Die Beklagte betrieb im dritten Obergeschoss eines Gebäudes ein ambulantes Operationszentrum. In dem darunter liegenden

Stockwerk befand sich die Arztpraxis des Klägers. Sowohl der Beklagten als auch dem Kläger waren die von ihnen genutzten Räume jeweils mietweise von dem jeweiligen Teil- bzw. Wohnungseigentümer überlassen worden. In der Nacht vom 07. auf den 08.06.2007 löste sich im Sterilisationsraum der Beklagten eine Schlauchverbindung, wodurch es zu einem Wasseraustritt und zu Schäden in Höhe von 165.000 Euro in den Praxisräumen des Klägers kam. Der Kläger verlangt von der Beklagten Begleichung seines Schadens.

A. Vertragliche oder deliktische Ansprüche

Wie so oft in derartigen Fällen sind auch vorliegend vertragliche oder deliktische Schadensersatzansprüche nicht gegeben. Eine individuelle Vertragsbeziehung zwischen dem Operationszentrum und der Arztpraxis gibt es nicht. Damit endet die Prüfung der Ansprüche aus §§ 280 ff. BGB schon auf der ersten Ebene („Schuldverhältnis“). Im Übrigen hätte sich eine etwaige Pflichtverletzung nicht beweisen lassen. Ähnliches gilt für die deliktischen Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB: die Beklagte hat das Eigentum des Klägers weder vorsätzlich noch fahrlässig verletzt (§ 276 I BGB). Da sich der Kläger jedoch offensichtlich für eine Einwirkung „aufopfern“ musste, die von seinem Nachbarn herrührt, liegt die Versuchung nahe, zumindest einen angemessenen Ausgleich herzustellen. In diesen Fällen wird versucht, den nachbar-

rechtlichen Ausgleichsanspruch aus § 906 II 2 BGB nutzbar zu machen.

B. Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch

„Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch nach § 906 II 2 BGB gegeben, wenn von einem Grundstück im Rahmen seiner privatwirtschaftlichen Benutzung Einwirkungen auf ein anderes Grundstück ausgehen, die das zumutbare Maß einer entschädigungslos hinzunehmenden Beeinträchtigung überschreiten, sofern der davon betroffene Eigentümer aus besonderen Gründen gehindert war, diese Einwirkungen nach § 1004 I BGB rechtzeitig zu unterbinden (...). (...) [D]ieser Anspruch [ist] über den Wortlaut des § 906 II 2 BGB hinaus nicht auf die Folgen der Zuführung unwägbarer Stoffe beschränkt, sondern erfasst auch – worum es hier geht – die Störung durch sogenannte Grobimmissionen wie etwa Wasser (...).“

I. Abgeleitete Rechtsposition

Vorliegend will jedoch nicht ein Wohnungseigentümer gegen den anderen den Ausgleichsanspruch aus § 906 II 2 BGB geltend machen, sondern ein Mieter gegen einen anderen. Da § 906 BGB ausweislich seines Wortlauts („der Eigentümer“) und seiner systematischen Stellung im 3. Abschnitt betreffend das Eigentum im Grundsatz nicht für den Besitzer anwendbar ist, wäre weitere Voraussetzung, dass der Mieter seine Rechts-

position von dem Eigentümer zumindest ableiten kann. Das ist möglich:

„(...) [D]er Anspruch [kann] in entsprechender Anwendung von § 906 II 2 BGB auch dem berechtigten Besitzer zustehen (...), dessen Abwehranspruch aus § 862 I BGB aus tatsächlichen Gründen nicht geltend gemacht werden konnte (...). Das ist deshalb gerechtfertigt, weil der berechtigte Besitzer seine Rechtsstellung unmittelbar oder wie etwa in Fällen gestatteter Zwischenvermietung mittelbar von dem Eigentümer ableitet und dadurch bei der gebotenen wertenden Betrachtung in das zwischen den Grundstückseigentümern bestehende nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis einrückt, welches insbesondere mit § 906 BGB als der Generalnorm des zivilrechtlichen Nachbarschutzes (...) die widerstreitenden gleichrangigen Eigentümerinteressen zum Ausgleich bringen soll (...).“

II. Voraussetzung einer analogen Anwendung des § 906 II 2 BGB

Ob der Mieter von seinem Vermieter eine Rechtsposition ableiten kann, hängt davon ab, ob § 906 II 2 BGB auch im Verhältnis von Sondereigentümern im Wohnungseigentumsrecht untereinander anwendbar ist. In den letzten Jahren hat sich als herrschende Meinung herausgebildet, dass der Ausgleichsanspruch auch hier analog anwendbar sein soll. Mit Spannung wurde nun die Positionierung des BGH erwartet, da vor allem der V. Senat in jüngerer Zeit die analoge An-

wendung des § 906 II 2 BGB für die jeweiligen Fallgruppen teils verneint, teils bejaht hat:

„Verneint hat der Senat eine analoge Anwendung des § 906 II 2 BGB für das Verhältnis von Mietern bei Beeinträchtigungen, die von einer Mietwohnung innerhalb desselben (ungeteilten) Grundstückseigentums auf eine andere Mietwohnung einwirken (Urteil vom 12. Dezember 2003, V ZR 180/03 [...]), für das Verhältnis von sondernutzungsberechtigten Bruchteilseigentümern (Versäumnisurteil vom 10. Februar 2012, V ZR 137/11 [...]) sowie für das Verhältnis von Wohnungseigentümern, wenn die Nutzung des Sondereigentums durch einen Mangel am Gemeinschaftseigentum beeinträchtigt wird (Urteil vom 21. Mai 2010, V ZR 10/10 [...]). Bejaht hat er jedoch die entsprechende Anwendbarkeit nachbarrechtlicher Vorschriften für Streitigkeiten über die Bepflanzung benachbarter Gartenteile, an denen Sondernutzungsrechte verschiedener Wohnungseigentümer bestanden (...). Ausdrücklich offen gelassen hat er, ob ein Ausgleichsanspruch unter Wohnungseigentümern besteht, wenn Sondereigentum beeinträchtigt wird durch Einwirkungen, die von einem anderen Sondereigentum ausgehen (...).“

Der BGH schließt sich nun der herrschenden Meinung an und stützt das auf folgende – aus didaktischen Gründen in der Reihenfolge veränderte – Argumentation:

1. Planwidrige Regelungslücke

Das Wohnungseigentumsgesetz enthalte eine planwidrige Regelungslücke, da es den Fall der Beeinträchtigung im Verhältnis der Sondereigentümer untereinander nicht abschließend regelt.

Der vertragliche Schadensersatzanspruch sei trotz der Beweislastumkehr in § 280 I 2 BGB nicht von einem solchen Gewicht, dass damit die Regelungslücke hinreichend geschlossen werde. Einer Regelungslücke stehe im Übrigen nicht entgegen, dass im Grundsatz auch eine Verschuldenshaftung nach § 823 BGB in Betracht kommt.

2. Vergleichbare Interessenlage

Der BGH geht aufgrund folgender Überlegung von einer vergleichbaren Interessenlage aus:

„§ 906 II 2 BGB setzt in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich voraus, dass die Störung von einem anderen Grundstück herrührt (...), es sich also um einen grenzüberschreitenden ‚Eingriff von außen‘ handelt (...). Vor diesem Hintergrund ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Norm nur bei struktureller Vergleichbarkeit und nicht anders zu befriedigender Schutzbedürftigkeit analogiefähig ist (...). (...) [Z]utreffend [ist] nur auf das Verhältnis der Sondereigentümer und nicht auf das der Mieter ab[zustellen], weil es bei der Frage, ob ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch zu bejahen ist, um den Ausgleich

gleichrangiger Eigentümerbefugnisse geht, an denen berechtigte Besitzer lediglich partizipieren (...).

Anders als bei Beeinträchtigungen des Sondereigentums, die von dem Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentümer ausgehen, geht es bei von Sondereigentum herrührenden Beeinträchtigungen um eine Beeinträchtigung ‚von außen‘; insoweit stehen sich strukturell keine gleichgerichteten Interessen gegenüber. Mit Blick auf das Sondereigentum verwirklicht sich in herausgehobenem Maße, dass es sich bei dem grundstücksgleichen Recht des Wohnungseigentums um ‚echtes Eigentum‘ im Sinne von § 903 S. 1 BGB (...) handelt. Insoweit besteht kein Bruchteilseigentum mit ideellen Anteilen sämtlicher Wohnungseigentümer, sondern ‚Alleineigentum‘ an bestimmten dinglich-gegenständlich abgegrenzten Gebäudeteilen (...), mit denen der Wohnungseigentümer grundsätzlich nach Belieben verfahren und jeden anderen von Einwirkungen hierauf ausschließen kann (§ 13 I WEG). Dies erhellt, dass das Sondereigentum auch in der Wahrnehmung des Rechtsverkehrs als eine Art Ersatzgrundstück fungiert (...). Anders als bei Beeinträchtigungen, die von dem Gemeinschaftseigentum ausgehen, besteht daher weder formal noch teleologisch Identität zwischen dem Grundstückseigentum, von dem die Störung ausgeht, und dem beeinträchtigten Grundstückseigentum mit der Folge, dass sich dieselben Miteigentümer gleichzeitig sowohl auf Störerseite als auch auf Seiten des beeinträchtigten

Eigentums befinden. Vielmehr stehen sich die Sondereigentümer ebenso mit gegensätzlichen Interessen gegenüber wie Grundstückseigentümer in den idealtypischen – unmittelbar von § 906 II 2 BGB erfassten – Fällen“.

III. Ergebnis

Damit kann der Kläger von der Beklagten analog § 906 II 2 BGB einen Ausgleich für den erlittenen Schaden verlangen.

Hinweise:

1. Macht man sich bewusst, dass der Bundesgerichtshof gleich drei Analogien hintereinander schalten muss (1. § 906 BGB gilt über den Wortlaut hinaus auch für Grobimmissionen; 2. § 906 BGB ist über den Wortlaut hinaus auch auf den Besitzer anwendbar, der seine Rechtsposition vom Eigentümer auch ohne eine Abtretung ableitet, und 3. § 906 BGB findet über seinen Wortlaut hinaus auch auf Sondereigentümer untereinander auf ein und dem selben Grundstück Anwendung), um zu dem gewünschten Ergebnis zu kommen (= Ausgleich geschuldet), darf man durchaus von juristischer Akrobatik sprechen. Dennoch: Die Entscheidung liegt ganz auf der Linie der herrschenden Meinung.

2. Obwohl auch die vorliegende Fallgruppe damit höchstrichterlich geklärt ist, bleiben Gegenstimmen – gerade auch in der Klausur – mit dem Argument vertretbar, dass bei Gefährdungshaftungstatbeständen das Enumerationsprinzip gilt und verschuldensunab-

hängige Anspruchsgrundlagen vom Gesetzgeber, aber nicht von der Rechtsprechung entwickelt werden sollen. Das vom Gesetzgeber eigentlich vorgesehene Verschuldensfordernis wird letztlich unterlaufen (vgl. DÖTSCH, ZWE 2014, 86, 87). Sehr weise formulierte der BGH vor über 40 Jahren deshalb noch so:

„Die Gefährdungshaftung, wie sie in unserer Rechtsordnung geregelt ist, hat sich als Ausnahme von der Verschuldenshaftung entwickelt und tritt (...) nur bei im Gesetz besonders geregelten und im Einzelnen abgegrenzten Tatbeständen ein. Im Blick auf dieses Enumerationsprinzip, das der Gefährdungshaftung heute noch zugrunde liegt, kann daher von einer vom Richter zu schließenden Lücke nicht gesprochen werden, wenn für Tatbestände der hier interessierenden Art eine Gefährdungshaftung – noch – nicht eingeführt ist, sie vielmehr noch dem das Schadenersatzrecht grundsätzlich beherrschenden Verschuldensprinzip unterworfen bleiben.“ (Urteil vom 25.01.1971 – III ZR 208/68)

3. Erkennt man zwischen den Wohnungseigentümern aufgrund der abgeschlossenen Teilungserklärung bzw. Gemeinschaftsordnung ein Schuldverhältnis an, welches auch Treuepflichten untereinander begründet (ARMBRÜSTER, ZWE 2002, 333; BÄRMANN/KLEIN, WEG, 12. Aufl. 2013, § 10 Rn. 33 „schuldrechtliche Sonderrechtsbeziehung“; BeckOGK BGB/SKAURADSZUN, 1. Ed. 2014, § 18 WEG Rn. 6), dürfte ein (dreifach analoger) Rück-

griff auf § 906 II 2 BGB nicht möglich sein, da dann mit §§ 280 I, 242 BGB i. V. m. der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung eine Anspruchsgrundlage existiert (so offenbar auch der Senat in Rn. 18, wenn er auf die Beweislastumkehr in § 280 I 2 BGB abstellt). Sollte sich eine Pflichtverletzung nicht nachweisen lassen oder kann der in Anspruch genommene Wohnungseigentümer das vermutete Vertretenmüssen widerlegen (§ 280 I 2 BGB), ist das zu akzeptieren, da das bürgerliche Recht kein allgemeines Billigkeitsrecht ist. Abhilfe können hier die Wohnungseigentümer unschwer durch eine entsprechende Regelung in ihrer Gemeinschaftsordnung schaffen (vgl. DÖTSCH, ZWE 2014, 86, 87).

(Dr. Dominik Skauradszun, Richter beim Landgericht Tübingen; Lehrbeauftragter an der Dualen Hochschule Stuttgart)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Zur Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht durch Gesellschafter eines geschlossenen Immobilienfonds

Urteil vom 19.11.2013 – II ZR 150/12, NZG 2014, 385

Dem von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts erhobenen Zahlungsbegehren kann der in Anspruch genommene Schuldner ausnahmsweise einen ihm gegen die Gesellschafter zustehenden Schadensersatzanspruch entgegenhalten, wenn die Berufung der Gesellschaft auf ihre Eigenständigkeit gegen Treu und Glauben verstößt. (amtlicher Leitsatz)

I. Sachverhalt (vereinfacht und abgewandelt; vereinzelt übernommen aus OLG München, Urteil vom 17.04.2012 – 5 U 3526/11, BeckRS 2012, 09548):

B ist Gesellschafter der Immobilien-Fonds A GbR (künftig: Alt-GbR), einem geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die Gesellschaft wurde im Jahr 1990 zu dem

Zweck gegründet, das Grundstück Z in B zu erwerben, auf ihm ein Wohnhaus mit Tiefgarage zu errichten und dieses zu vermieten. Das Gesellschaftskapital ist rechnerisch in 164 Anteile aufgeteilt; B zeichnete zwei Anteile, was einer Beteiligungsquote von 1,2195 Prozent entspricht.

Der Gesellschaftsvertrag der Alt-GbR enthielt eine Regelung, wonach die Gesellschafter gegenüber Gläubigern der Alt-GbR mit dem Gesellschaftsvermögen als Gesamtschuldner und mit ihrem sonstigen Vermögen nur teilschuldnerisch entsprechend ihrer Beteiligung haften. In § 2 Abs. 7 des Gesellschaftsvertrags der Alt-GbR war geregelt, dass die Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft die Pflicht haben, deren Interessen wahrzunehmen und gesellschaftsschädigende Handlungen zu unterlassen. Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 des Gesellschaftsvertrags der Alt-GbR waren die Gesellschafter der Alt-GbR, die sich als Anleger an der Alt-GbR beteiligten, von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen.

Zur Objektfinanzierung gewährte die Hypothekbank H AG der Alt-GbR im Jahr 1990 ein grundpfandrechtlich gesichertes Darlehen in Höhe von 2.666.700 DM (umgerechnet 1.363.462,06 Euro). B übernahm ausweislich der notariellen Urkunde vom 11.11.1992 entsprechend seiner Beteiligungsquote die persönliche Haftung für den aus der Grundschuld geschuldeten Betrag. Der auf ihn entfallende Haftungsbetrag ist mit 32.520,74 DM

(umgerechnet 16.627,59 Euro) zuzüglich 15 Prozent Zinsen p. a. angegeben.

Ab dem Jahre 1998 konnte das Darlehen von der Alt-GbR nicht mehr ordnungsgemäß bedient werden. Sanierungsverhandlungen mündeten im Jahr 2006 in einem Angebot der Bank, die Alt-GbR gegen Zahlung von 1.250.000 Euro aus dem Darlehen zu entlassen. Die Umsetzung des Angebots scheiterte daran, dass die Alt-GbR lediglich einen Betrag von 800.000 Euro aufbringen konnte, weil nicht alle Gesellschafter die erforderlichen, auf sie entfallenden Nachschussbeträge leisteten. B hatte den seiner Beteiligungsquote entsprechenden Sanierungsanteil auf das angegebene Treuhandkonto gezahlt. Nach Scheitern der Sanierung erhielt er ihn zurück. Mit Schreiben vom 08.11.2006 kündigte die Bank das Darlehen und stellte die Darlehensforderung zur sofortigen Zahlung fällig.

Auf Initiative des Gesellschafters der Alt-GbR O, der – anders als B – den auf ihn entfallenden Nachschuss zur angestrebten Sanierung der Alt-GbR nicht geleistet hatte, gründeten einige Gesellschafter der Alt-GbR ohne Wissen ihrer Mitgesellschafter am 22.09.2006 die N GbR (im Folgenden: Neu-GbR). Zweck der Neu-GbR, deren Geschäftsführung dem Gesellschafter O übertragen wurde, ist nach § 2 ihres Gesellschaftsvertrags der Ankauf und die Beitreibung der Darlehensforderung der Bank gegen die Alt-GbR nebst allen Rechten und Pflichten sowie der An- und Verkauf so-

wie die gemeinschaftliche Nutzung und Bewirtschaftung der gesellschaftseigenen Immobilien der Alt-GbR. Der Neu-GbR gelang es durch weitere Verhandlungen mit der Bank, eine Herabsetzung des Ablösebetrags zu erreichen. Mit Forderungskaufvertrag vom 21.08./27.09.2007 kaufte die Neu-GbR die Darlehensforderung der Bank gegen die Alt-GbR nebst rückständiger Zinsen, Verzugszinsen und Kosten einschließlich sämtlicher Nebenrechte, insbesondere der Rechte aus der akzessorischen Haftung der Gesellschafter, der erstrangigen Grundschuld auf dem Gesellschaftsgrundstück und der persönlichen Schuldübernahme der Gesellschafter zum Preis von 1.015.000 Euro. In derselben Urkunde trat die Bank die Darlehensforderung einschließlich der mitverkauften Rechte an die Neu-GbR ab.

Die Geschäftsführerin der Alt-GbR T war über den geplanten Forderungskauf informiert worden.

Die Neu-GbR hat von der Alt-GbR Zahlung der Darlehensforderung in voller Höhe verlangt und gegen sie vor dem Landgericht Berlin einen Zahlungstitel über 2.063.678,82 Euro nebst Zinsen erwirkt. Das Urteil des Landgerichts Berlin ist seit dem 23.01.2012 infolge der Rücknahme der für die Alt-GbR eingelegten Berufung rechtskräftig.

In verschiedenen weiteren Verfahren hat die Neu-GbR außerdem Gesellschafter der Alt-GbR, die nicht auch ihr angehören, ana-

log § 128 HGB auf Zahlung des jeweiligen quotaal auf diese entfallenden Teilbetrags der von der Bank erworbenen Darlehensforderung nebst Zinsen und Kosten in Höhe von 2.063.678,82 Euro in Anspruch genommen. In einem dieser Verfahren verlangt sie von B entsprechend seiner Beteiligungsquote von 1,2195 Prozent Zahlung von 25.166,93 Euro zuzüglich Verzugszinsen.

Zu Recht?

II. Anspruch der Neu-GbR gegen B auf Zahlung von 25.166,93 Euro aus abgetretenem Recht gemäß §§ 488 Abs. 1 Satz 2, 398 BGB i. V. m. § 128 HGB analog

Der Neu-GbR steht gegen B ein Anspruch auf Zahlung von 25.166,93 Euro zu, wenn die Neu-GbR die Darlehensforderung der Bank gegen die Alt-GbR erworben hat und B für diese Forderung als Gesellschafter der Alt-GbR persönlich haftet.

1. Anspruch der Neu-GbR gegen die Alt-GbR aus dem Darlehen der Bank

Die Bank hat der Neu-GbR mit Forderungskaufvertrag vom 21.08./27.09.2007 die Darlehensforderung der Bank gegen die Alt-GbR in Höhe von 1.363.462,06 Euro nebst rückständiger Zinsen, Verzugszinsen und Kosten einschließlich sämtlicher Nebenrechte, insbesondere der Rechte aus der akzessorischen Haftung der Gesellschafter, der erstrangigen Grundschuld auf dem Gesellschaftsgrundstück und der persönlichen Schuldübernah-

me der Gesellschafter zum Preis von 1.015.000 Euro verkauft und die Darlehensforderung einschließlich der mitverkauften Rechte an die Neu-GbR abgetreten.

Die Neu-GbR ist somit gemäß § 398 BGB Inhaberin der Darlehensforderung der Bank gegen die Alt-GbR in Höhe von 1.363.462,06 Euro geworden. Aus diesem Darlehen hat die Neu-GbR einen Zahlungstitel gegen die Alt-GbR mit Urteil des Landgerichts Berlin in Höhe von 2.063.678,82 Euro erwirkt.

2. Anspruch der Neu-GbR gegen B gemäß § 128 HGB analog

Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung haften die Gesellschafter einer GbR gemäß § 128 HGB analog für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich und in vollem Umfang (vgl. BGHZ 142, 315; 146, 341; 154, 88; 154, 370).

Danach würde B allerdings nicht nur auf den seiner Beteiligungsquote entsprechenden Anteil an der Gesamtforderung von 2.063.678,82 Euro gegen die Alt-GbR, also auf 25.166,93 Euro haften, sondern sogar auf die Gesamtforderung.

Der Gesellschaftsvertrag der Alt-GbR enthielt jedoch eine Bestimmung, nach der die Gesellschafter der GbR gegenüber Gläubigern der Gesellschaft mit ihrem sonstigen Vermögen nur teilschuldnerisch entsprechend ihrer Beteiligung haften.

Fraglich ist, ob eine solche Regelung ausreichend ist, um die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Alt-GbR gemäß § 128 HGB analog wirksam gegenüber Gesellschaftsgläubigern zu beschränken.

Nach der Rechtsprechung des BGH kann ein Ausschluss oder eine Beschränkung der persönlichen Haftung der Gesellschafter einer GbR für Gesellschaftsverbindlichkeiten grundsätzlich nur durch eine Individualabrede mit dem einzelnen Vertragspartner der GbR vereinbart werden; eine einseitige gesellschaftsvertragliche Bestimmung genügt nicht (vgl. BGH, NJW 2002, 1642).

Von diesem Grundsatz ist nach der Rechtsprechung des BGH bei geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR allerdings eine Ausnahme zu machen, wenn diese Fonds bereits vor der Leitentscheidung des BGH vom 27.09.1999 (II ZR 371/98, NJW 1999, 3483) existierten (vgl. BGH, NJW 2002, 1642). In dieser Entscheidung hat der BGH der Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung der Gesellschafter einer GbR durch einseitige Erklärung gegenüber dem Vertragspartner erstmals ausdrücklich widersprochen (vgl. BGH, NJW 1999, 3483, 3484). Bei bereits bestehenden Fonds überwiegt nach Ansicht des BGH jedoch der Schutz des Vertrauens der Anleger in den Ausschluss oder die Beschränkung ihrer persönlichen Haftung bei entsprechender gesellschaftsvertraglicher Regelung das Interesse der Vertragspartner

des Immobilienfonds an einer persönlichen Haftung (vgl. BGH, NJW 2002, 1642, 1643).

Da der Gesellschaftsvertrag der Alt-GbR eine Regelung enthielt, wonach die Gesellschafter nur in Höhe ihrer Beteiligungsquote mit ihrem sonstigen Vermögen gegenüber Gesellschaftsgläubigern haften, und die Alt-GbR bereits 1990 gegründet wurde, kann die Neu-GbR den B somit allenfalls auf Zahlung eines Betrags in Höhe von 25.166,93 Euro in Anspruch nehmen.

3. Einwendungen des B gemäß § 129 Abs. 1 HGB analog

B könnten gegen den Anspruch der Neu-GbR jedoch Einwendungen zustehen.

Hierbei kommen zunächst etwaige Einwendungen in Betracht, die der Alt-GbR aus dem Darlehensverhältnis mit der Neu-GbR und ihrer Rechtsvorgängerin zustehen.

Gemäß § 129 HGB analog kann sich der Gesellschafter einer GbR, der persönlich für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen wird, gegenüber einem Gesellschaftsgläubiger auch auf die Einwendungen berufen, die der Gesellschaft gegen den Gläubiger zustehen.

Da das Landgericht Berlin die Alt-GbR aus der Darlehensverbindlichkeit allerdings bereits rechtskräftig zur Zahlung von 2.063.678,82 Euro an die Neu-GbR verurteilt hat, sind aufgrund der Rechtskraft des Ur-

teils auch den Gesellschaftern der Alt-GbR etwaige Einwendungen der Gesellschaft aus diesem Rechtsverhältnis gemäß § 129 HGB analog abgeschnitten (vgl. BGH, ZIP 2006, 994).

B kann sich somit nicht auf etwaige Einwendungen der Alt-GbR gegen die Darlehensforderung der Neu-GbR berufen.

4. Persönliche Einwendungen des B

Fraglich ist, ob B gegen den Anspruch der Neu-GbR persönliche Einwendungen zustehen.

Da B selbst nicht Vertragspartei des Darlehensverhältnisses zwischen der Alt-GbR und der Bank war, ist für etwaige Einwendungen des B hieraus nichts ersichtlich.

Ein Rechtsverhältnis besteht hier ausschließlich zwischen B und den einzelnen Gesellschaftern der Neu-GbR in Form einer gesellschaftsrechtlichen Beziehung in der Alt-GbR.

Insoweit kommt ein Verstoß der Gesellschafter der Neu-GbR gegen ihre gesellschaftsrechtliche Treuepflicht gegenüber B aus ihrer gesellschafterlichen Verbundenheit in der Alt-GbR in Betracht.

Aus der Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht könnte sich ein Schadensersatzanspruch ergeben, den B dem Zahlungsbegehren der Neu-GbR entgegenhalten könnte.

a) Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Treuepflicht

Der BGH stellt zur Beantwortung dieser Frage zunächst die Grundsätze der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht dar:

„[16] Die Gesellschafter übernehmen mit der Gründung oder dem Beitritt zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts die gemeinsame Verpflichtung, ihr Handeln an dem von der Gesellschaft verfolgten Zweck auszurichten und seine Verwirklichung zu fördern (vgl. MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 6. Aufl., § 705 Rn. 142). Mit der Begründung des Gesellschaftsverhältnisses unterliegen sie außerdem der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht schließt gegenüber der Gesellschaft die Pflicht ein, deren Interessen wahrzunehmen und gesellschaftsschädigende Handlungen zu unterlassen (vgl. Soergel/Hadding/Kießling, BGB, 13. Aufl., § 705 Rn. 60 mwN). Diese Pflicht ist in § 2 Abs. 7 des Gesellschaftsvertrags der Alt-GbR ausdrücklich geregelt. Gegenüber den einzelnen Mitgesellschaftern gebietet sie, in dem durch den Gesellschaftszweck vorgegebenen mitgliedschaftlichen Bereich bei der Verfolgung der eigenen Interessen an der Beteiligung auf die Belange der Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen (vgl. BGH, Urteil vom 3. Februar 1966 – II ZR 230/63, WM 1966, 511, 512 für einen Poolvertrag; OLG Nürnberg, WM 1962, 731 für eine OHG; MünchKomm

BGB/Ulmer/Schäfer, 6. Aufl., § 705 Rn. 229; Soergel/Hadding/Kießling, BGB, 13. Aufl., § 705 Rn. 60).“

Insoweit kommt in Betracht, dass die Gesellschafter der Neu-GbR durch Gründung der Neu-GbR ohne Wissen sämtlicher Gesellschafter der Alt-GbR gegen ihre Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber ihren Mitgesellschaftern in der Alt-GbR verstoßen haben. Denn der Gesellschaftszweck der Neu-GbR richtet sich zum einen auf denselben Gesellschaftszweck wie der der Alt-GbR. Darüber hinaus versucht sich die Neu-GbR durch Erwerb der Darlehensforderung gegen die Alt-GbR finanzielle Vorteile zulasten der Alt-GbR und derjenigen Gesellschafter zu verschaffen, die nicht an der Neu-GbR beteiligt sind.

Der BGH führt insoweit aus:

„[17] Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Gesellschafter der Neu-GbR mit dem von ihnen unter Ausschluss der übrigen Gesellschafter der Alt-GbR verfolgten und umgesetzten Sanierungsplan die gesellschaftlerliche Treupflicht nicht nur gegenüber der Alt-GbR, sondern auch gegenüber ihren Mitgesellschaftern verletzt haben. Das Berufungsgericht ist in rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung zu der Überzeugung gekommen, dass die Gründer der [Neu-GbR] es unterließen, die übrigen Gesellschafter der Alt-GbR von der beabsichtigten Gründung

der [Neu-GbR] zu informieren und ihnen Gelegenheit zu geben, sich an einer Sanierung unter anteiliger Aufbringung des mit der Bank vereinbarten Ablösebetrags zu beteiligen, um auf diese Weise auf Kosten der ausgeschlossenen Mitgesellschafter ihrer Gesellschaftshaftung zu entgehen oder jedenfalls den auf sie entfallenden Haftungsbetrag zu ermäßigen sowie im Falle der Zahlungsunfähigkeit einzelner Gesellschafter der Alt-GbR durch eine zwangsweise Verwertung der Fondsimmoblie den einzigen Vermögenswert der Alt-GbR auf die [Neu-GbR] ‚überzuleiten‘ und die Alt-GbR aus ihrer Geschäftstätigkeit zu drängen. Die Gründung einer neuen Gesellschaft durch die Gesellschafter einer bestehenden Gesellschaft, die denselben Zweck wie die Altgesellschaft verfolgt, ist regelmäßig als treuwidrig zu beurteilen, wenn sie nicht mit Billigung aller Altgesellschafter geschieht.“

Dieser Argumentation lässt sich entgegenhalten, dass die Sanierungsbemühungen der Alt-GbR im Jahr 2006 scheiterten, weil damals nicht alle Gesellschafter der Alt-GbR bereit waren, ihren finanziellen Anteil beizutragen, damit die Bank das Darlehen erlässt. Dies könnte das Vorgehen der Gesellschafter der Neu-GbR als gerechtfertigt erscheinen lassen.

Diesen Einwand lässt der BGH jedoch nicht gelten:

„[18] Unter welchen Voraussetzungen ein solches Vorgehen auch ohne Zustimmung aller Altgesellschafter im Einzelfall gerechtfertigt sein kann, weil sich einige Altgesellschafter einer notwendigen Sanierung der Altgesellschaft verweigern, bedarf keiner Entscheidung. Jedenfalls bei der vorliegenden Fallgestaltung stellt sich das Vorgehen der Gesellschafter der [Neu-GbR], deren Zweck nicht nur darauf gerichtet ist, die Darlehensforderung der Bank gegen die Altgesellschaft anzukaufen und beizutreiben, sondern auch die gesellschaftseigenen Immobilien des Immobilienfonds der Altgesellschaft zu erwerben sowie gemeinschaftlich zu nutzen und zu bewirtschaften, deshalb als Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht dar, weil nicht allen Gesellschaftern der Alt-GbR Gelegenheit gegeben wurde, sich an der Aufbringung des mit der Bank ausgehandelten Ablösebetrags gegen Haftungsfreistellung entsprechend ihrem Anteil an der Gesellschaft zu beteiligen und auf diese Weise entsprechend dem von den Gesellschaftern der [Neu-GbR] verfolgten ‚Sanierungsplan‘, der darauf abzielte, dass sich die Gesellschafter der [Neu-GbR] auf Kosten aller – auch der sanierungswilligen – anderen Gesellschafter der Alt-GbR finanzielle Vorteile verschafften, eine mögliche Sanierung unter Beteiligung aller sanierungswilligen Mitgesellschafter der Altgesellschaft von vornherein verhindert wurde.

[19] Anders als die Revision meint, steht der Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die Gesellschafter der [Neu-GbR] gegenüber [B]

ihre gesellschaftliche Treuepflicht verletzt haben, nicht entgegen, dass es zur Gründung der [Neu-GbR] nur deshalb kam, weil die langjährigen Bemühungen um eine Sanierung der Alt-GbR gescheitert waren und nach Kündigung des Darlehens durch die Bank einzelnen Gesellschaftern der Alt-GbR die Zwangsvollstreckung durch die Bank drohte. Auch dieser Umstand lässt das Vorgehen der Gesellschafter der [Neu-GbR], unter Ausschluss ihrer Mitgesellschafter die [Neu-GbR] zu gründen und mit den erforderlichen Mitteln auszustatten, um die Forderung günstig zu erwerben und gegen die Mitgesellschafter Zahlung des auf sie entfallenden Haftungsbetrags für die gesamte noch offene Forderung durchzusetzen, nicht in einem milderem Licht erscheinen. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass der Initiator und nunmehrige Gesellschaftergeschäftsführer der [Neu-GbR] selbst den zur Sanierung der Alt-GbR erforderlichen, auf ihn entfallenden Beitrag in erheblicher Höhe nicht geleistet hatte. Die betroffenen Gesellschafter der Alt-GbR hätten die drohende Zwangsvollstreckung durch die Bank – ohne Missachtung der berechtigten Interessen ihrer Mitgesellschafter – auch dadurch abwenden können, dass sie die auf sie entfallenden Haftungsbeträge zur Sanierung der Alt-GbR dieser selbst oder unmittelbar der Bank zur Verfügung gestellt hätten.“

Dem lässt sich wiederum entgegenhalten, dass zwar nicht sämtliche Gesellschafter der Alt-GbR über die Gründung und die geplanten Aktivitäten der Neu-GbR informiert wor-

den waren, sehr wohl aber die Geschäftsführerin T. Diese hätte die Gesellschafter der Alt-GbR informieren und in die Lage versetzen können, sich aktiv an der Neu-GbR zu beteiligen.

Hierzu der BGH:

„[20] Ohne Erfolg beanstandet die Revision, das Berufungsgericht habe sich bei seiner Beurteilung, die Gesellschafter der [Neu-GbR] hätten treupflichtwidrig gehandelt, über das Vorbringen der [Neu-GbR] hinweggesetzt, dass die Geschäftsführerin der Alt-GbR T über den geplanten Forderungskauf informiert worden sei, so dass es auf die vom Berufungsgericht vermisste Information der einzelnen Gesellschafter nicht mehr ankomme. Entscheidend ist, dass den übrigen Gesellschaftern der Alt-GbR nicht die Möglichkeit gegeben wurde, sich an dem Forderungskauf zu beteiligen. [...]“

Für einen entsprechenden Pflichtenverstoß spricht außerdem, dass der von den Gesellschaftern der Neu-GbR ausgehandelte Forderungskaufpreis auch durch die Gesellschafter der Alt-GbR aufgebracht hätte werden können. Für einen Zusammenschluss einiger Gesellschafter der Alt-GbR in der Neu-GbR zur Vornahme dieses Geschäfts bestand somit kein berechtigtes Interesse.

Dem Gegenargument, dass die Annahme, der Forderungskaufpreis hätte auch durch die Gesellschafter der Alt-GbR aufgebracht wer-

den können, rein spekulativ sei, hält der BGH Folgendes entgegen:

„[21] Zu Unrecht meint die Revision, die Annahme eines Schadensersatzanspruchs wegen Verletzung der gesellschaftlicher Treupflicht scheitere daran, dass die Auffassung des Berufungsgerichts, die Alt-GbR hätte den von den Gesellschaftern der [Neu-GbR] ausgehandelten Ablösebetrag von 1.015.000 € aufbringen können, ‚rein spekulativ‘ sei. Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts ist vertretbar und rechtlich möglich. Sie ist einer weitergehenden Überprüfung durch das Revisionsgericht entzogen. Ungeachtet dessen kommt es nicht entscheidungserheblich darauf an, ob die Sanierung der Alt-GbR im Falle der Beteiligung aller Gesellschafter gelungen wäre. Auch wenn davon auszugehen wäre, dass der reduzierte Abfindungsbetrag nicht aufgebracht worden wäre, kommt ein Schadensersatzanspruch des [B] in Betracht. Die Revision verkennt, dass der Treupflichtverstoß (auch) darin liegt, dass nicht allen sanierungswilligen Gesellschaftern der Alt-GbR Gelegenheit gegeben wurde, sich an der Erhaltung des Gesellschaftsgrundstücks, bei dem es sich um den einzigen Vermögensgegenstand der Alt-GbR handelte, zu beteiligen. Auch wenn diese vorrangig durch Sanierung der Alt-GbR zu geschehen hatte, konnte die Rettung des Fondsgrundstücks bei deren Scheitern auch dadurch erfolgen, dass allen sanierungswilligen Gesellschaftern Gelegenheit gegeben wurde, sich an der Neu-GbR, zumindest aber an der Aufbringung des Ablöse-

betrags gegen Haftungsfreistellung zu beteiligen. Dass [B], der den unter Berücksichtigung eines höheren Ablösebetrags auf ihn entfallenden Sanierungsbeitrag geleistet hatte, sich einer solchen Sanierung verweigert hätte, macht die Revision nicht geltend. Hierfür ist auch nichts ersichtlich.“

Gegen einen Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht könnte ferner argumentiert werden, dass die Gesellschafter der Neu-GbR mit dem Erwerb der Darlehensforderung durch die Neu-GbR lediglich eine Geschäftschance der Alt-GbR vereitelt haben. Eine Pflicht, Geschäftschancen einer Gesellschaft zu wahren und nicht selbst als Gesellschafter auszunutzen, besteht aber grundsätzlich nur für geschäftsführende Gesellschafter. Die Gesellschafter der Alt-GbR waren von der Geschäftsführung und Vertretung jedoch ausgeschlossen.

Nach Ansicht des BGH ist das Verhalten der Gesellschafter der Neu-GbR jedoch nicht als die Wahrnehmung einer Geschäftschance der Alt-GbR zu werten:

„[14] Ebenfalls ohne Erfolg rügt die Revision die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Gesellschafter der [Neu-GbR] gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verstoßen haben, als fehlerhaft, weil nach der Rechtsprechung des Senats die Pflicht, Geschäftschancen der Gesellschaft nicht für sich selbst, sondern für die Gesellschaft zu nutzen, regelmäßig nur den geschäftsführenden Ge-

sellschafter treffe, die Gesellschafter der [Neu-GbR] als Gesellschafter der Alt-GbR aber nach § 5 Abs. 1 Satz 3 des Gesellschaftsvertrags der Alt-GbR von der Geschäftsführung und Vertretung der Alt-GbR ausgeschlossen sind. Entgegen der Darstellung der Revision hat das Berufungsgericht bei seiner Beurteilung jedoch nicht maßgeblich darauf abgestellt, dass die Gesellschafter der [Neu-GbR] eine der Alt-GbR zugeordnete Geschäftschance an sich gezogen haben (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 4. Dezember 2012 – II ZR 159/10, ZIP 2013, 361 Rn. 20; Urteil vom 23. September 1985 – II ZR 257/84, ZIP 1985, 1482, 1483 zur OHG; vgl. auch MünchKommBGB/Schäfer, 6. Aufl., § 708 Rn. 18). Der den Gesellschaftern der [Neu-GbR] vom Berufungsgericht gemachte Vorwurf ist anders gelagert. Bei dem Erwerb der Darlehensforderung gegen die in Schieflage geratene Alt-GbR durch die [Neu-GbR] zu einem unter dem hälftigen Forderungsbetrag liegenden Kaufpreis ging es nicht um eine bloße Geschäftschance der Alt-GbR, sondern um ihr weiteres Bestehen. Das Berufungsgericht hat den Gesellschaftern der [Neu-GbR] als treupflichtwidriges Handeln angelastet, dass sie nach dem von ihnen verfolgten Sanierungsplan beabsichtigten, den Geschäftsgegenstand der Alt-GbR auf die Neu-GbR zu verlagern, ohne allen Mitgesellschaftern der Alt-GbR Gelegenheit zu geben, sich auf der Grundlage des von ihnen ausgehandelten, weiter reduzierten Ablösebetrags an der Sanierung der Alt-GbR und der Aufbringung des Sanierungsbeitrags zu beteiligen, um sich auf

diese Weise auf Kosten der ausgeschlossenen Mitgesellschafter und der Alt-GbR wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen.“

Somit haben die Gesellschafter der Neu-GbR mit der Gründung der Neu-GbR und dem Erwerb der Darlehensforderung gegen die Alt-GbR gegen ihre gesellschaftsrechtliche Treuepflicht gegenüber ihren Mitgesellschaftern in der Alt-GbR und somit auch gegenüber B verstoßen.

b) Zurechnung des Verhaltens der Gesellschafter der Neu-GbR

Da die Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht allerdings von den Gesellschaftern der Neu-GbR und nicht von der Neu-GbR selbst als Anspruchstellerin gegenüber B begangen wurde, kann B deren Pflichtverletzung an sich nicht der Neu-GbR entgegenhalten.

Wie auch der BGH ausführt, ist zwischen einer Gesellschaft und ihren Gesellschaftern als eigenständigen Zuordnungssubjekten grundsätzlich zu trennen (sog. Trennungsprinzip):

„[24] Die [Neu-GbR] ist als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwar keine juristische Person. Als Gesamthand ist sie aber ein eigenes Zuordnungssubjekt, das rechtsfähig ist und grundsätzlich am Rechtsverkehr teilnehmen kann (BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 343 ff.). Die Vermögensrechte der Gesellschafter beschränken

sich auf ihre gesamthänderische Beteiligung an der Gesellschaft (MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 6. Aufl., Vor § 705 Rn. 11; Soergel/Hadding/Kießling, BGB, 13. Aufl., Vor § 705 Rn. 21). Handelt es sich bei der [Neu-GbR] um ein eigenständiges Zuordnungssubjekt, ist zwischen ihr und ihren Gesellschaftern zu trennen. Dies hat zur Folge, dass eine Treuepflichtverletzung der Gesellschafter der [Neu-GbR], die sie sich als Gesellschafter der Alt-GbR gegenüber [B] als Mitgesellschafter haben zuschulden kommen lassen, der [Neu-GbR] grundsätzlich nicht anzulasten ist.“

In der vorliegenden Fallkonstellation hält der BGH jedoch eine Ausnahme vom Trennungsprinzip für geboten:

„[25] [...] Es ist für die GmbH allgemein anerkannt, dass in besonders gelagerten Ausnahmefällen ausnahmsweise eine Durchbrechung des zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern geltenden Trennungsprinzips in Betracht kommen kann. Eine Abweichung vom Trennungsprinzip wird unter anderem dann zugelassen, wenn die Berufung auf die Verschiedenheit von Gesellschaft und Gesellschafter gegen Treu und Glauben verstoßen würde (vgl. BGH, Urteil vom 29. November 1956 – II ZR 156/55, BGHZ 22, 226, 230; Urteil vom 4. Mai 1977 – VIII ZR 298/75, BGHZ 68, 312, 314 f. jeweils zur Einpersonen-GmbH; BSG, ZIP 1996, 1134, 1135 zur GmbH; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 13 Rn. 10). Für die Gesellschaft bürgerlichen

Rechts, die anders als die GmbH kein gegenüber ihren Gesellschaftern völlig verselbständigtes Rechtssubjekt ist, kann nichts anderes gelten. Soweit für die hier gegebene Fallgestaltung von Bedeutung, kann die Durchbrechung des Trennungsprinzips dadurch geschehen, dass rechtserhebliche Umstände auf Seiten der Gesellschafter der Gesellschaft zugerechnet werden. Sie ist – anders als bei einer GmbH (vgl. BGH, Beschluss vom 3. Mai 1999 – II ZR 368/97, DStR 1999, 1822 mit Anm. von Goette; MünchKommGmbHG/Merkt, § 13 Rn. 361 mwN) – bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, für deren Verbindlichkeiten ihre Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern analog § 128 HGB persönlich haften, auch in der Weise denkbar, dass bei Vorliegen besonderer Umstände ein Dritter dem gegen ihn erhobenen Anspruch der Gesellschaft seinen – gegen alle Gesellschafter gerichteten – Schadensersatzanspruch im Wege der Einwendung entgegenhalten kann.

[26] Das Berufungsgericht ist in rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung der hier gegebenen Umstände des Falles zu dem Ergebnis gekommen, dass die Berufung der [Neu-GbR] auf ihre Eigenständigkeit gegen Treu und Glauben verstößt und [B] deshalb seinen Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschafter der [Neu-GbR] auch ihrem Zahlungsbegehren entgegensetzen kann. Die hiergegen erhobenen Rügen der Revision greifen nicht durch. Die Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen die Beurteilung,

dass es grob unbillig wäre, [B] ungeachtet des treuwidrigen Verhaltens aller Gesellschafter der [Neu-GbR] zu verpflichten, an diese den gesamten, seiner quotalen Beteiligung an der Alt-GbR entsprechenden Teilbetrag der Darlehensschuld zu zahlen und ihn darauf zu verweisen, seinen Schadensersatzanspruch im Wege des Regresses gegen seine Mitgesellschafter durchzusetzen. Die Annahme, dass ein solches Ergebnis gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt und untragbar ist, ist hier deshalb gerechtfertigt, weil die Gründung der [Neu-GbR] selbst auf einem grob treupflichtwidrigen Verhalten ihrer Gesellschafter beruht, die Forderung der [Neu-GbR] und der Schadensersatzanspruch gegen ihre Gesellschafter in einem untrennbarem Zusammenhang stehen und die [Neu-GbR] ausschließlich aus Gesellschaftern besteht, denen ein solcher Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treupflicht gegenüber [B] anzulasten ist. [...]"

Nach den Ausführungen des BGH kann B das pflichtwidrige Verhalten der Gesellschafter der Neu-GbR somit auch der Neu-GbR selbst entgegenhalten.

c) Umfang des Schadensersatzanspruchs gemäß § 249 Abs. 1 BGB

Die Rechtsfolgen des Schadensersatzanspruchs aus der Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht richten sich nach § 249 Abs. 1 BGB.

Danach ist B im Wege der Naturalrestitution so zu stellen, wie er stehen würde, wenn das schadensbegründende Ereignis nicht eingetreten wäre.

Der Neu-GbR ist anzulasten, dass ihre Gesellschafter es den anderen Gesellschaftern der Alt-GbR nicht ermöglichten, sich an der Neu-GbR zu beteiligen. Hätten sich die Gesellschafter der Alt-GbR an der Neu-GbR beteiligt, hätten diese sich ebenfalls an dem Erwerb der Darlehensforderung gegen die Alt-GbR von der Bank beteiligen können. Hierdurch wäre B ein finanzieller Aufwand in Höhe seiner Beteiligungsquote von $\frac{2}{164}$ an dem Kaufpreis der Darlehensforderung in Höhe von 1.015.000 Euro entstanden. B hätte sich hiernach mit einem Anteil in Höhe von rund 12.378,05 Euro am Erwerb der Darlehensforderung von der Bank beteiligen müssen.

Die Höhe des Schadens des B ergibt sich aus der Differenz zwischen dem von B geforderten Anteil an der Gesamtforderung der Neu-GbR von 25.166,93 Euro und dem hypothetischen Anteil des B am Kaufpreis der Darlehensforderung von 12.378,05 Euro. Der Schaden von B beträgt somit 12.788,88 Euro.

Diesen Schadensersatzanspruch kann B dem Zahlungsbegehren der Neu-GbR gemäß § 242 BGB entgegenhalten. Gemäß § 242 BGB verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn ein Gläubiger einen Anspruch gegen seinen Schuldner geltend macht, diesem aber

umgekehrt zur sofortigen Rückerstattung verpflichtet wäre (dolo-agit-Einrede).

Hiernach ist das Zahlungsbegehren der Neu-GbR gegen B nur in Höhe von 12.378,05 Euro begründet.

d) Rechtmäßiges Alternativverhalten

Eine Zurechnung des Schadens des B könnte ausscheiden, wenn auch bei pflichtgemäßem Verhalten der Gesellschafter der Neu-GbR dem B ein entsprechender Schaden entstanden wäre (sog. rechtmäßiges Alternativverhalten). Hierbei kommt in Betracht, dass die Gesellschafter der Neu-GbR, anstatt die Darlehensforderung der Bank über die Neu-GbR zu erwerben, auch einen Beschluss in der Alt-GbR hätten herbeiführen können, mit dem sich die Gesellschafter der Alt-GbR an dem Kauf der Darlehensforderung hätten beteiligen können oder aus der Alt-GbR ausgeschlossen werden („Sanieren oder Ausscheiden“ – vgl. BGHZ 183, 1). Mit dem Ausscheiden der sanierungsunwilligen Gesellschafter aus der Alt-GbR hätten diese den Gesellschaftern der Alt-GbR gemäß § 739 BGB entsprechend ihrer Beteiligungsquote haften müssen, soweit das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und Einlagen nicht ausreicht (sog. Liquidationsfehlbetrag). Hierdurch wäre den ausgeschlossenen Gesellschaftern der Alt-GbR eine Verbindlichkeit in Höhe der Schulden der Alt-GbR abzüglich des Werts des Fonds-Grundstücks dividiert durch ihre Beteili-

gungsquote entstanden. Da die Gesellschafter der Neu-GbR einen solchen Sanierungsbeschluss nicht herbeigeführt haben, könnte ihnen nur insoweit ein Vorwurf zu machen sein, als sie dies unterlassen haben. Daraus ließe sich ableiten, dass die Gesellschafter der Neu-GbR den Gesellschaftern der Alt-GbR nur auf ihren Anteil an dem Liquidationsfehlbetrag gegenüber der Alt-GbR haften und die Gesellschafter der Alt-GbR einen Schadensersatzanspruch nur in dieser Höhe der Neu-GbR entgegenhalten können.

Dieser Einwand entbehrt nach Ansicht des BGH der Grundlage:

„[27] [...] Der Einwand der Revision, das Berufungsgericht habe verkannt, dass die Gesellschafter der [Neu-GbR] nach der Rechtsprechung des Senats (BGH, Urteil vom 19. Oktober 2009 – II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 – Sanieren oder Ausscheiden) mit dem Beschluss, die Alt-GbR zu sanieren, einen Ausschluss der nicht sanierungswilligen Gesellschafter aus der Gesellschaft hätten herbeiführen können, mit der Folge, dass ein Schadensersatzanspruch des [B] nicht nach dem Kaufpreis, sondern nach Maßgabe des hypothetischen Liquidationsfehlbetrags zu berechnen sei, greift nicht durch. Die Gesellschafter der Alt-GbR haben einen – dem vom Senat in der genannten Entscheidung gebilligten Sanierungskonzept entsprechenden – Beschluss zur Änderung des Gesellschaftsvertrags der Alt-GbR, durch den nachträglich eine Ausschlussregelung für diejenigen Gesellschafter eingefügt

wurde, die ihren Sanierungsbeitrag in Form der Kapitalerhöhung nicht geleistet hatten, nicht gefasst. Nur sie und nicht die Gesellschafter der [Neu-GbR] allein hätten ein solches Sanierungskonzept beschließen können. Dafür, dass ein solcher Beschluss wirksam zustande gekommen wäre, bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte. Erst recht ist nichts dafür ersichtlich, dass der (sanierungswillige) [B] im Rahmen eines solchen Sanierungskonzepts seinen Sanierungsbeitrag nicht geleistet hätte. Ungeachtet dessen ist den Gesellschaftern der [Neu-GbR] der von der Revision erhobene Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens schon deshalb verwehrt, weil sie, anders als durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht geboten und bei der Sanierung, die in der genannten Entscheidung zur Überprüfung des Senats stand, geschehen, ihren Mitgesellschaftern der Alt-GbR keine Gelegenheit gegeben haben, an dem von ihnen verfolgten Sanierungskonzept teilzunehmen, nachdem sie eine weitere Ermäßigung des Kaufpreises für die Darlehensforderung erreicht hatten.“

5. Ausschluss der Einwendung des B gemäß § 129 HGB analog

Schließlich kommt in Betracht, dass aufgrund des rechtskräftigen Urteils des Landgerichts Berlin auch die Einwendung des B aus der Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gemäß § 129 HGB analog ausgeschlossen ist.

Hierzu der BGH:

„[13] [...] [B] ist durch das gegen die Alt-GbR ergangene Urteil nicht analog § 129 HGB gehindert, sich gegenüber dem Zahlungsverlangen der [Neu-GbR] auf eine ihm als Mitgesellschafter gegenüber begangene Verletzung der Treuepflicht und einen hierauf gestützten, ihm zustehenden Schadensersatzanspruch zu berufen. Im Zahlungsprozess gegen die Alt-GbR konnte nur über die der Gesellschaft zustehenden Einwendungen analog § 129 Abs. 1 HGB mit Wirkung für ihre Gesellschafter entschieden werden (vgl. BGH, Urteil vom 22. März 2011 – II ZR 249/09, ZIP 2011, 1143 Rn. 9). Darum geht es hier aber nicht. Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch des [B] nicht aus einer Verletzung der Treuepflicht gegenüber der Alt-GbR, sondern gegenüber dem [B] hergeleitet, weil er ebenso wie andere Gesellschafter der Alt-GbR von einer Sanierung und einer Beteiligung am Erwerb der Darlehensforderung gegen die Alt-GbR ausgeschlossen wurde. Eigene Schadensersatzansprüche der Gesellschafter werden durch das rechtskräftige Urteil gegen die Gesellschaft nicht berührt (vgl. Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 129 Rn. 9 mwN; Roth in Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl., § 129 Rn. 6).“

6. Ergebnis

B kann dem Zahlungsbegehren der Neu-GbR in Höhe von 25.166,93 Euro folglich gemäß § 242 BGB seinen Schadensersatzanspruch in

Höhe von 12.788,88 Euro gegen die Neu-GbR entgegenhalten.

Die Neu-GbR hat gegen B aus der Darlehensforderung somit lediglich einen Anspruch in Höhe von 12.378,05 Euro.

Hinweise:

Der vorliegende Fall ist ein sehr gutes Beispiel für die Herleitung einer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht. Gerade in der Praxis sind bei der Begründung einer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht häufig Einzelfallerwägungen entscheidend, da die Konturen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht sehr unscharf sind.

Für die Klausur lassen sich aus dem Fall aufgrund seiner zahlreichen Facetten ein guter Argumentationsaufbau und die Abwägungsmöglichkeiten der einzelnen Argumente zueinander gewinnen.

Rechtsfragen um die Beteiligung an geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR haben in der Vergangenheit die Gerichte immer wieder beschäftigt. Aufgrund des Inkrafttretens des Kapitalanlagegesetzbuchs (KAGB) vom 04.07.2013 sind geschlossene Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR künftig nicht mehr zulässig. Die rechtliche Aufarbeitung der bestehenden Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR wird jedoch die Gerichte noch geraume Zeit in Anspruch nehmen, so dass sie für die Ausbildung unter dem Stichwort „Publikumsperso-

nengesellschaften“ auch weiterhin noch von
Relevanz sein werden.

(RA Steffen Follner)

▶ [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

**Anschlussverbot gemäß
§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG –
Auslegung von Gesetzen –
Grenzen richterlicher
Rechtsfortbildung –
Grenzen verfassungs-
konformer Auslegung**

Urteil vom 21.02.2014 – 7 Sa 64/13, BeckRS
2014, 67567

Entgegen der Ansicht des Bundesarbeitsgerichts besteht das Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG zeitlich uneingeschränkt. Das ergibt seine Auslegung im Lichte der vom Bundesverfassungsgericht für die Auslegung von Gesetzen aufgestellten Grundsätze. (Leitsatz des Gerichts)

Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):

K trat aufgrund eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages vom 24.08.2011 für die Zeit vom 01.09.2011 bis zum 31.08.2013 als Verwaltungsangestellter bei der Universität S in die Dienste des Landes BW. Bereits in der Zeit vom 17.09.2001 bis zum 30.06.2005 war K

auf Grundlage eines mit dem Land BW bestehenden Arbeitsvertrags als Angestellter im Ministerium für W, F und K im Rahmen von projektbezogenen Befristungen tätig.

Am 22.05.2013 erhob K gemäß § 17 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) Klage beim Arbeitsgericht und beantragte, festzustellen, dass das zwischen ihm und dem Land BW bestehende Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristungsvereinbarung im Arbeitsvertrag vom 24.08.2011 nicht zum 31.08.2013 enden wird.

Ist die zwischen K und dem Land BW in dem Arbeitsvertrag vom 24.08.2011 vereinbarte sachgrundlose Befristung wirksam?

Wirksamkeit der sachgrundlosen Befristung

Die zwischen K und dem Land BW vereinbarte sachgrundlose Befristung wäre wirksam, wenn K nicht rechtzeitig eine Befristungskontrollklage gemäß § 17 TzBfG erhoben hätte oder aber die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG vorlägen.

I. Rechtzeitige Erhebung einer Befristungskontrollklage

Gemäß § 17 Satz 2 TzBfG in Verbindung mit § 7 Halbs. 1 KSchG müsste K eine etwaige Unwirksamkeit der vereinbarten Befristung rechtzeitig durch Erhebung einer Befristungskontrollklage geltend machen, andernfalls gälte die Befristung unabhängig vom

Vorliegen der Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG als wirksam. Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg führt hierzu wie folgt aus:

„Die Befristung gilt nicht bereits nach § 17 Satz 2 TzBfG in Verbindung mit § 7 Halbs. 1 KSchG als wirksam, denn der Kläger hat die Rechtsunwirksamkeit der vereinbarten Befristung rechtzeitig geltend gemacht. Die Klagefrist (...) wurde auch durch die bereits vor dem Befristungsende am 22.05.2013 beim Arbeitsgericht eingegangene und dem beklagten Land (...) zugestellte Befristungskontrollklage gewahrt. § 17 TzBfG sieht nämlich einen frühesten Termin zur Erhebung einer Befristungskontrollklage nicht vor.“

Die zwischen K und dem Land BW vereinbarte sachgrundlose Befristung gilt somit nicht bereits nach § 17 Satz 2 TzBfG in Verbindung mit § 7 Halbs. 1 KSchG als wirksam.

II. Vorliegen der Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 TzBfG

Die zwischen K und dem Land BW vereinbarte sachgrundlose Befristung wäre jedoch auch dann wirksam, wenn die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG vorlägen. Nach dieser Vorschrift ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Eine solche Befristung ist jedoch nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder

unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat (sog. Anschluss- oder Vorbeschäftigungsverbot).

Da K bereits in der Zeit vom 17.09.2001 bis zum 30.06.2005 auf Grundlage eines mit dem Land BW bestehenden Arbeitsvertrags als Angestellter im Ministerium für W, F und K tätig war, könnte der Wirksamkeit der zwischen K und dem Land BW am 24.08.2011 vereinbarten sachgrundlosen Befristung insbesondere das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG entgegenstehen. Da zwischen den beiden Arbeitsverhältnissen allerdings ein Zeitraum von mehr als sechs Jahren liegt, könnte diese Konstellation nicht mehr von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG erfasst sein.

1. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

So hat dann auch das Bundesarbeitsgericht in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2011 (Urteil vom 06.04.2011 – 7 AZR 716/09 und Urteil vom 21.09.2011 – 7 AZR 375/10) entgegen seiner ursprünglichen Rechtsprechung (Urteil vom 06.11.2003 – 2 AZR 690/02) entschieden, dass ein früheres Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers mit demselben Arbeitgeber der Möglichkeit, ein Arbeitsverhältnis nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ohne Sachgrund bis zu zwei Jahre zu befristen, nicht nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG entgegensteht, wenn das Ende des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses mehr als drei Jahre zurückliegt.

Das Bundesarbeitsgericht begründet dies damit, dass gegen ein Verständnis des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im Sinne eines zeitlich völlig unbeschränkten Verbots der Zweck der Regelung spreche. Dieser bestehe darin, zu verhindern, dass die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG vorgesehene Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung zu „Befristungsketten“ missbraucht werde. Zur Verwirklichung dieses Zwecks bedürfe es keines lebenslangen Anschlussverbots. Entscheidend gegen ein Verständnis des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im Sinne eines zeitlich völlig uneingeschränkten Verbots der Vorbeschäftigung sprächen auch verfassungsrechtliche Erwägungen. Eine die Wertordnung des Grundgesetzes berücksichtigende „verfassungsorientierte Auslegung“ gebiete ein zeitlich eingeschränktes Verständnis des Verbots der Vorbeschäftigung. Ein uneingeschränktes Anschlussverbot beinhalte strukturell die Gefahr, als arbeitsrechtliches Einstellungshindernis die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers unverhältnismäßig zu begrenzen. Der Arbeitnehmer sei auch bei einer lang zurückliegenden Vorbeschäftigung gehindert, mit einem einstellungsbereiten Arbeitgeber einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag zu schließen. Dies werde der in Art. 12 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden objektiven Wertentscheidung nicht hinreichend gerecht.

Die hiernach gebotene Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG in einem zeiteinschränkenden Sinn erfordere eine im Wege der

Rechtsfortbildung vorzunehmende Konkretisierung. Für die genaue Festlegung des zeitlichen Abstands zwischen dem Ende des vorangegangenen und dem Beginn des sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses sei in erster Linie der Zweck des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG, „Befristungsketten“ und den Missbrauch aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge zu verhindern, maßgeblich. Ein Zeitraum von drei Jahren erscheine geeignet, erforderlich und angemessen, der Missbrauchsverhinderung Rechnung zu tragen. Eine schutzzwecküberschießende, die Berufsfreiheit unverhältnismäßig beschränkende Folge werde damit vermieden. Die Zeitspanne entspreche außerdem der gesetzgeberischen Wertung, die in der Dauer der regelmäßigen zivilrechtlichen Verjährungsfrist nach § 195 BGB zum Ausdruck komme. Diese diene dem Interesse der Rechtssicherheit und dem Vertrauen eines – etwaigen – Schuldners darauf, aus einem länger zurückliegenden Lebenssachverhalt nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Hierzu weise die erforderliche zeitliche Beschränkung des Verbots der Vorbeschäftigung in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG wertungsmäßig Parallelen auf. Auch hier sei es sachgerecht, die Beteiligten nicht mehr mit Schwierigkeiten zu belasten, die mit der Aufklärung eines lange Zeit zurückliegenden, abgeschlossenen Lebenssachverhalts verbunden seien.

2. Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg

Dieser Rechtsprechung folgt das Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg nicht. Das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG sei vielmehr als zeitlich uneingeschränktes, mithin absolutes Anschlussverbot zu interpretieren. Für diesen Befund sprächen Wortsinne, Entstehungsgeschichte, Regelungssystematik und Normzweck des Gesetzes.

a) Wortsinn

„Der Wortsinn der Adverbialkonstruktion ‚bereits zuvor‘ ist als Teil der Gesetzesfassung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG fach- und umgangssprachlich bei unbefangener Bewertung eindeutig. ‚Bereits zuvor‘ bedeutet, dass jedes frühere Arbeitsverhältnis der Befristung entgegensteht, gleich ob es erst wenige Tage oder viele Jahre zuvor beendet worden war. Das Adverb ‚zuvor‘ bedeutet zeitlich vorhergehend. Wortbedeutung und Kontext im Textgefüge des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG (Arbeitsverhältnis, das mit demselben Arbeitgeber bereits bestanden hat) beinhalten weder eine zeitliche noch eine inhaltliche Begrenzung der Wortbedeutung. Die Wortlautakrobatik, semantische Bemühungen und verzweifelte semantische Bemühungen des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung vom 06. April 2011 wirken gekünstelt und sind wohl dem gewünschten Ergebnis der Entscheidung geschuldet. Für die Eindeutigkeit der Wortbedeutung und gegen die vom Bundesarbeitsge-

richt in seiner Entscheidung vom 06. April 2011 (7 AZR 716/09) angenommene Mehrdeutigkeit spricht auch die gesetzessystematische Textvergleichen. Sofern der Gesetzgeber auf einen unmittelbar vor Abschluss des befristeten Vertrages bestehenden Zeitraum abstellen wollte, hat er dies auch ausdrücklich so formuliert, etwa in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG ‚Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder an ein Studium‘ oder in § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG ‚unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses mindestens vier Monate beschäftigungslos‘. Soweit das Bundesarbeitsgericht in der vorgenannten Entscheidung im Rahmen der Erkenntnis des Wortsinns auf die Kontextabhängigkeit abstellt, ist unverständlich, weshalb es dafür nicht die Gesetzesgenese berücksichtigt.“

b) Gesetzgebungsgeschichte

Die Gesetzgebungsgeschichte, so das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, bestätigt diesen Wortsinnbefund. Dies belegen die Gesetzgebungsmaterialien, die zur Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers heranzuziehen seien.

„Eine sachgrundlose Befristung ist nach dem Willen des Gesetzgebers nur bei einer ‚Neueinstellung‘ zulässig (BT-Drucks. 14/4374, S. 14). Die vom Gesetzgeber in den Materialien selbst vorgenommene Definition des Begriffs der ‚Neueinstellung‘ bezweckt in Bestätigung des Wortsinns ein zeitlich uneingeschränktes Anschlussverbot. Unter Neuein-

stellung versteht der Gesetzgeber die ‚erstmalige Beschäftigung eines Arbeitnehmers durch einen Arbeitgeber‘ (BT-Drucks. 14/4374, S. 14). Dem entspricht die Gesetzesformulierung ‚bereits zuvor‘ und ist also nicht etwa ein Versehen. Ersichtlich wurde die Formulierung ‚bereits zuvor‘ bewusst gewählt, um das Regelungsanliegen des Gesetzgebers zutreffend zum Ausdruck zu bringen. Dass die sachgrundlose Befristung nur bei einer Neueinstellung zulässig ist, erfuhr im Gesetzgebungsverfahren Kritik. Beispielsweise hat Preis vor dem Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung des Bundestages darauf hingewiesen, dass das Ziel, Kettenbefristungen zu vermeiden, auch mit Hilfe einer zweijährigen Sperrzeit erreicht werden könne (BT-Drucks. 14/4625, S. 18). Ebenso lehnten die Mitglieder der Unionsfraktion die Beschränkung der sachgrundlosen Befristungsmöglichkeit auf ‚Neueinstellungen‘ ab (BT-Drucks. 14/4625, S. 19). Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber trotz dieser Kritik für eine nur ‚einmalige Möglichkeit der Befristung ohne Sachgrund‘ entschieden (BT-Drucks. 14/4374, S. 14). Soweit das Bundesarbeitsgericht in seinen Entscheidungen vom 06. April 2011 davon spricht, die Gesetzesgeschichte deute eher auf ein zeitlich unbeschränktes Verbot der Zuvorbeschäftigung, ist diese Aussage nicht haltbar. Diplomatisch formuliert Höpfner (NZA 2011, 893, 897), das sei eine bewusste Untertreibung. (...) Dass der Gesetzgeber ein zeitlich unbeschränktes Anschlussverbot geregelt hat, belegen auch die parlamentarischen Initiativen zur Änderung von § 14 Abs. 2 Satz 2

TzBfG nach Inkrafttreten des TzBfG im Jahr 2001. Eine Vielzahl von der Bundesregierung, aus der Mitte des Bundestages bzw. von Länderseite eingebrachter Gesetzesentwürfe sah eine zeitliche Begrenzung des Vorbeschäftigungsverbot vor (zB Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des SGB III, Bundesregierung, BR-Drucks. 320/05, Karenzzeit zur vorherigen Beschäftigung: zwei Jahre; Entwurf eines Gesetzes zur Lockerung des Verbotes wiederholter Befristung, FDP, BT-Drucks. 15/5270, Karenzzeit: drei Monate; Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes, Thüringen, BR-Drucks. 469/04, Karenzzeit: drei Monate; Entwurf eines Gesetzes zur Flexibilisierung des Arbeitsrechts, Bayern, BR-Drucks. 863/02, Karenzzeit: drei Monate; Entwurf eines Gesetzes für mehr Wachstum und Beschäftigung durch nachhaltige Reformen am Arbeitsmarkt, BR-Drucks. 456/03, Karenzzeit: drei Monate). Diese Gesetzesentwürfe sind mangels parlamentarischer Mehrheit oder aus Gründen der Diskontinuität nicht beschlossen worden.“

c) Regelungssystematik

Auch die Regelungssystematik des in § 14 TzBfG untergebrachten allgemeinen Befristungsrechts spreche für ein zeitlich uneingeschränktes Anschlussverbot.

„Absatz 1 des § 14 TzBfG stellt im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses den Grundsatz auf, dass eine Befristung eines Arbeitsvertrages nur dann zulässig ist, wenn sie

durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ist keiner der im Gesetz genannten Gründe und auch kein gleichwertiger Sachgrund gegeben, ist die Befristung unzulässig. Abweichend von diesem Grundsatz gestattet der Gesetzgeber enumerativ in § 14 Abs. 2 bis 3 TzBfG in bestimmten Konstellationen privilegierte Ausnahmen. Neben den tatbestandlich eng begrenzten Privilegierungen von Existenzgründern und der Arbeitsverträge mit älteren, zuvor arbeitslosen Arbeitnehmern ist der konzeptionelle Ausnahmetatbestand der sachgrundlosen Befristung nur zulässig, wenn zwischen den Parteien des befristeten Arbeitsvertrages nicht ‚bereits zuvor‘ ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Ein zeitlich unbeschränktes Anschlussverbot entspricht der Regelungssystematik des Rechts der Befristung als Begrenzung der Ausnahme der sachgrundlosen Befristung.“

d) Normzweck

Schließlich gebietet nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg auch der Normzweck des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG die Interpretation als zeitlich unbeschränktes Anschlussverbot.

„Die Einschränkung der erleichterten Befristung von Arbeitsverträgen in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG bezweckt den Ausschluss der ‚theoretisch unbegrenzt möglichen Aufeinanderfolge befristeter Arbeitsverträge‘ (Kettenverträge; BT-Drucks. 14/4374, S. 14). Zur Erreichung des Regelungszwecks, Kettenbefris-

tungen auszuschließen, hat der Gesetzgeber auch das Mittel bestimmt, um dieses Ziel im Anwendungsbereich der sachgrundlosen Befristung zu erreichen. Der Gesetzgeber hat ausweislich der Gesetzesmaterialien (BT-Drucks. 14/4374, S. 14, 19), für die Gerichte verbindlich, die erleichterte Befristung eines Arbeitsvertrages nur bei einer Neueinstellung zugelassen, das heißt bei der erstmaligen Beschäftigung eines Arbeitnehmers durch einen Arbeitgeber.“

e) Keine verfassungskonforme Auslegung geboten

Zudem ist auch eine verfassungskonforme Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nach der Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg nicht geboten. Die Bestimmung sei verfassungsgemäß. Im Übrigen lägen auch die Voraussetzungen für eine verfassungskonforme Auslegung nicht vor.

„Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 06. April 2011 § 14 Abs. 2 TzBfG im Wege einer sog. verfassungsorientierten Auslegung dahin interpretiert, dass die Vorschrift kein zeitlich uneingeschränktes Anschlussverbot enthalte und im Wege der Rechtsfortbildung die Verjährungsfrist des § 195 BGB von drei Jahren als dem Normzweck angemessenen Abstand zwischen einer Vor- und einer Nachbeschäftigung angesehen. Ein zeitlich uneingeschränktes Anschlussverbot erscheine weder als geeignet

noch erforderlich, um ‚Befristungsketten‘ zu vermeiden und arbeitsvertraglichen Bestandschutz zu gewähren. Jedenfalls sei die aus dem Verbot der Vorbeschäftigung für Arbeitsplatzbewerber sich ergebende faktische Benachteiligung bei der Arbeitsplatzsuche bei lange Zeit zurückliegenden Vorbeschäftigungen unter Berücksichtigung des vom Gesetzgeber mit § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verfolgten legitimen Zwecks nicht mehr angemessen. In seinem Urteil vom 21. September 2011 hat das Bundesarbeitsgericht seine Entscheidung vom 06. April 2011 im Ergebnis bestätigt, jedoch seine auf verfassungsrechtlichen Erwägungen gestützte Begründung ausgetauscht. Nunmehr stellt der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf die Verfassungswidrigkeit des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG in der Lesart eines zeitlich unbeschränkten Anschlussverbotes ab und gelangt im Wege einer verfassungskonformen Auslegung zum Ergebnis seiner Entscheidung vom 06. April 2011.

Zunächst ist es erfreulich festzustellen, dass der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts seinen methodischen Fehlgriff, tragend auf eine sog. verfassungsorientierte Auslegung abzustellen, ersichtlich aufgrund der Kritik im Schrifttum aufgegeben hat. Wenngleich jedenfalls die Bezeichnung des methodischen Instrumentes – nunmehr verfassungskonforme anstatt verfassungsorientierte Auslegung – umgestellt wurde, stimmen nach wie vor Obersätze und Subsumtion überein. Methodisch gebührt jedenfalls der verfassungskonformen Auslegung in der Deduktion des

Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts der Vorzug. Der im Verfassungsrecht anerkannte Auslegungstopos der verfassungsorientierten Auslegung betrifft gegenständlich die sog. Ausstrahlungswirkung der Grundrechte und erfasst in seinem Anwendungsbereich die Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensspielräumen und Generalklauseln. Die Art und Weise der vom Siebten Senat des Bundesarbeitsgerichts in seinem Urteil vom 06. April 2011 verwendeten sog. verfassungsorientierten Auslegung bewirkt im Ergebnis eine Gesetzeszensur dahingehend, rechtmäßige Gesetze als unzumutbar abzuqualifizieren. Letzteres steht jedoch nur dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber zu, der Grundsatz der Gewaltenteilung verbietet es der Rechtsprechung, sich zum Ersetzungsgesetzgeber zu berufen.

§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG als zeitlich uneingeschränktes Anschlussverbot ist nicht verfassungswidrig. Entgegen der in seiner Entscheidung vom 21. September 2011 vertretenen Ansicht des Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts, ‚ein zeitlich völlig unbeschränktes Vorbeschäftigungsverbot wäre mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar‘, erlaubt sich die Berufungskammer insoweit auf den unveröffentlichten Beschluss des BVerfG vom 11. November 2004 (1 BvR 930/04) hinzuweisen, in dem es heißt: ‚Anhaltspunkte dafür, dass die angegriffene Entscheidung gegen die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) des Beschwerdeführers verstößt, sind nicht ersichtlich.‘ Gegen die Entscheidungen des Zweiten Senates des Bundesar-

beitsgerichts vom 06. November 2003 (2 AZR 690/02) und vom 13. Mai 2004 (2 AZR 426/03), die im Wege der Auslegung § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG als zeitlich uneingeschränktes Anschlussverbot interpretiert haben, wurden hiergegen eingelegte Verfassungsbeschwerden jeweils durch Beschluss vom 11. November 2004 (1 BvR 930/04 und 1 BvR 2150/04) mangels Erfolgsaussicht nicht zur Entscheidung angenommen. Wenngleich es sich um einen Nichtannahmebeschluss handelt, schließt sich die Berufungskammer der im Beschluss des BVerfG vom 11. September 2004 (1 BvR 930/04) geäußerten Rechtsansicht an. Das in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG geregelte zeitlich uneingeschränkte Anschlussverbot verstößt nicht gegen die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG. Ziel, Zweck und Mittel der § 14 TzBfG zugrunde liegenden Regelungskonzeption des Gesetzgebers rechtfertigen eingedenk der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers und seines weiten Ausgestaltungsspielraumes nicht die Annahme einer Grundgesetzwidrigkeit. Die Interessenlagen der Beteiligten vor und nach Vertragschluss (Konkurrenzverhältnis zwischen den Bewerbern untereinander, zB Erprobungsbeurteilung zuvor beschäftigt gewesener Bewerber und Fragerecht bei der Einstellung) geben genügend Freiraum, der Berufs- und Vertragsfreiheit Rechnung zu tragen. Empirische Befunde über die Wirkung des zeitlich uneingeschränkten Anschlussverbotes als faktische Einstellungssperre liegen nicht vor. Einstellungsbereite Arbeitgeber stellen der Lebenserfahrung entsprechend nur bei betriebswirt-

schaftlicher Notwendigkeit zusätzliches Personal ein. Wenngleich Sachgründe notwendig sind, werden betriebswirtschaftlich motivierte Einstellungen Sachgründe zu rechtfertigen in der Lage sein. (...)

Im Übrigen lägen auch die Voraussetzungen einer verfassungskonformen Auslegung nicht vor. Das hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung vom 21. September 2011 (7 AZR 375/10) verkannt. Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG verlangt das Gebot verfassungskonformer Gesetzesauslegung, von mehreren möglichen Normdeutungen, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führen, diejenige vorzuziehen, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht. Eine Norm ist daher nur dann für verfassungswidrig zu erklären, wenn keine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige und mit der Verfassung zu vereinbarende Auslegung möglich ist. Der Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt gebietet es dabei, in den Grenzen der Verfassung das Maximum dessen aufrechtzuerhalten, was der Gesetzgeber gewollt hat. Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenzen dort, wo sie zum Wortlaut der Norm und zum klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde. Danach liegen die Voraussetzungen für eine verfassungskonforme Auslegung nicht vor. Angesichts des Auslegungsergebnisses, insbesondere zum Wortsinne der Norm und zur Gesetzesgenese, verbietet sich – eine Verfassungswidrigkeit un-

terstellt – von Rechts wegen eine verfassungskonforme Auslegung. Der eindeutige Wortsinne des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG in Verbindung mit dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hätte den Siebten Senat des Bundesarbeitsgerichts veranlassen müssen, die verfassungsmäßige Prüfung nach Art. 100 GG in die Hände des BVerfG zu geben.

Eine Rechtsfortbildung im Wege einer teleologischen Reduktion des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist ausgeschlossen. Ihre Voraussetzungen liegen nicht vor. Zur Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion (Restriktion) bedarf es einer besonderen Legitimation. Die teleologische Reduktion einer Norm setzt voraus, dass der Wortsinn des Gesetzes mehr Fallgestaltungen erfasst, als vom Zweck des Gesetzes her berechtigt wäre, so dass die nach dem Zweck des Gesetzes nicht erfassten Fälle entgegen dem Wortsinn von der Norm auszunehmen sind. Eine solche Ausnahmelücke muss vom Gesetzgeber unbeabsichtigt nicht erkannt worden sein. Ihre Planwidrigkeit muss aufgrund konkreter Umstände positiv festgestellt werden können. Richterliche Rechtsfortbildung darf jedoch nicht dazu führen, dass ein Gericht seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt. Nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG wird die Staatsgewalt vom Volk in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Die Aufgabe der Rechtsprechung beschränkt sich darauf, den vom Ge-

setzgeber festgelegten Sinn und Zweck eines Gesetzes auch unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen oder eine planwidrige Regelungslücke mit den anerkannten Auslegungsmethoden zu füllen. Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den Wortlaut des Gesetzes hintanstellt und sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein.

Nach diesen Rechtssätzen verbietet sich eine teleologische Reduktion des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im Sinne eines zeitlich begrenzten Anschlussverbotes. Insbesondere ist die vom Siebten Senat des Bundesarbeitsgerichts in seinen Entscheidungen vom 06. April 2011 (7 AZR 716/09) und 21. September 2011 (7 AZR 375/10), auf welchem methodischen Weg auch immer vorgenommene Reduktion des gesetzlich bestimmten zeitlich unbegrenzten Anschlussverbotes methodisch nicht haltbar. Die Voraussetzungen einer Ausnahmelücke liegen nicht vor. Nach den vorstehenden Ausführungen steht fest, dass der Gesetzgeber offensichtlich in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ein zeitlich unbeschränktes Anschlussverbot geregelt hat. Insofern ist es einem Gericht verwehrt, seine eigenen materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers zu setzen. Überschreitet ein Gericht die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung, liegt darin ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3

GG), den die unterliegende Partei als Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 rügen kann.“

f) Keine Berufung auf Vertrauensschutz

Das Land BW kann sich nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg in Bezug auf die am 24.08.2011 vereinbarte Befristungsabrede auch nicht auf Vertrauensschutz berufen, da nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (26.06.1991 – 1 BvR 779/85) kein schutzwürdiges Vertrauen bestehe, wenn die fachgerichtliche Rechtsprechung, von der abgewichen werden soll, „auf so erhebliche Kritik gestoßen ist, dass der unveränderte Fortbestand dieser Rechtsprechung nicht gesichert erscheinen könnte“.

Bis zur Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 06.04.2011 (7 AZR 716/09) habe es der in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Meinung entsprochen, dass § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ein zeitlich unbeschränktes Anschlussverbot beinhalte. Die Änderung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei überraschend erfolgt und habe für einen Paukenschlag gesorgt (HÖPFNER, NZA 2011, 893). Angesichts der überwiegend deutlichen Kritik im Schrifttum, insbesondere an der Methodik der Urteilsfindung der Entscheidung des Siebten Senats und der vielfach auch als verfassungsrechtlich bedenklich eingeschätzten Vorgehensweise, habe das Land BW im Zeitpunkt des Abschlusses

der Befristung am 24.08.2011 nicht von einem unveränderten Fortbestand dieser Rechtsprechung ausgehen können.

g) Zwischenergebnis

Folgt man der Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg, so steht der Wirksamkeit der zwischen K und dem Land BW am 24.08.2011 vereinbarten sachgrundlosen Befristung das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG entgegen, da K bereits in der Zeit vom 17.09.2001 bis zum 30.06.2005 auf Grundlage eines mit dem Land BW bestehenden Arbeitsvertrags als Angestellter im Ministerium für W, F und K tätig war. Dies hätte zur Folge, dass das zwischen K und dem Land BW bestehende Arbeitsverhältnis nach § 16 Satz 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen gälte.

III. Gesamtergebnis

Das Gesamtergebnis hängt davon ab, ob man argumentativ der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus dessen Urteilen vom 06.04.2011 (7 AZR 716/09) und vom 21.09.2011 (7 AZR 375/10) oder aber derjenigen des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg folgt.

Folgt man der Argumentation des Bundesarbeitsgerichts, so steht das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einer wirksamen sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG nicht entgegen, da die Vorbeschäftigung des K bei dem Land BW bereits länger als drei Jahre zurückliegt. Rechtsfolge

wäre, dass die zwischen K und dem Land BW in dem Arbeitsvertrag vom 24.08.2011 vereinbarte sachgrundlose Befristung wirksam wäre und das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 31.08.2013 sein Ende finden würde.

Folgt man dagegen der Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg, so scheidet die Wirksamkeit der zwischen K und dem Land BW getroffenen Befristungsabrede angesichts der Vorbeschäftigung des K bei dem Land BW an dem Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG. Dies hätte zur Folge, dass das zwischen K und dem Land BW bestehende Arbeitsverhältnis nach § 16 Satz 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen gälte.

Hinweise:

1. Das Urteil der Siebten Kammer des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 21.02.2014 schließt an eine Entscheidung der Sechsten Kammer des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 26.09.2013 (6 Sa 28/13) an, mit der das Landesarbeitsgericht dem Bundesarbeitsgericht im Hinblick auf die Auslegung des Vorbeschäftigungsverbots des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG erstmals die Gefolgschaft verweigerte. Es bleibt insoweit abzuwarten, wie das Bundesarbeitsgericht über die gegen die Urteile des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg eingelegten und beim Bundesarbeitsgericht unter den Aktenzeichen 7 AZR 196/14 und

7 AZR 896/13 anhängigen Revisionen entscheiden wird.

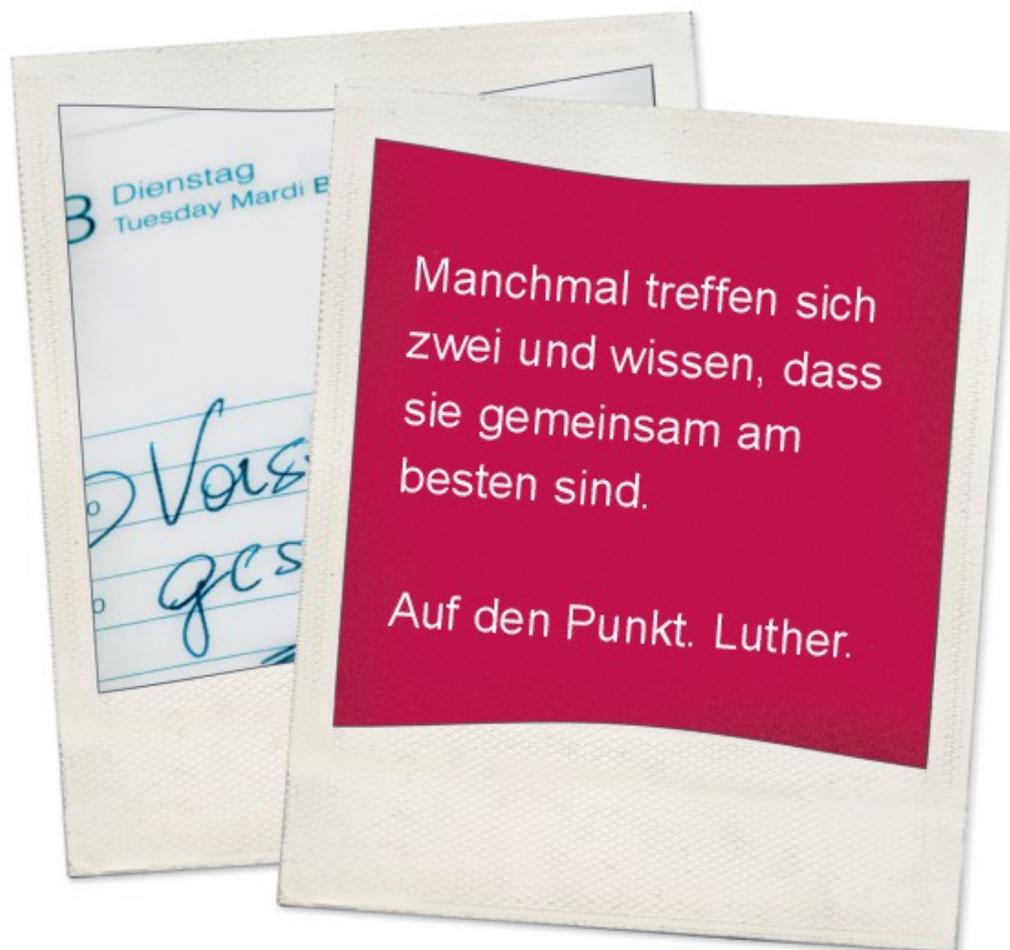
2. Im Rahmen einer Klausur oder einer mündlichen Prüfung dürfte derzeit sowohl die Rechtsansicht des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg als auch diejenige des Bundesarbeitsgerichts gleichermaßen vertretbar sein. Entscheidend ist, sich argumentativ und unter Heranziehung der anerkannten juristischen Auslegungsmethoden mit der Bedeutung des Begriffs „zuvor“ in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG auseinanderzusetzen.

3. Eine eingehende Darstellung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Auslegung des Vorbeschäftigungsverbots nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG findet sich bei SPRENGER, BB 2012, S. 447 ff.; RUDOLF, BB 2011, S. 2808 ff.; HÖPFNER, NZA 2011, S. 893 ff.; KOSSENS, jurisPR-ArbR 37/2011 Anm. 1 und HEIDL, RdA 2009, S. 297 ff.

(RA Dr. Nikolaus Polzer)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Luther.



Manchmal treffen sich
zwei und wissen, dass
sie gemeinsam am
besten sind.

Auf den Punkt. 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 STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Führt die Wegnahme von Tatmitteln zur Qualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB?

Urteil vom 17.10.2013 – 3 StR 263/13 =
BeckRS 2013, 20189

Für die Erfüllung des Tatbestands des § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB ist es nicht erforderlich, dass sich der Täter mit einem der dort bezeichneten Gegenstände zum Tatort begibt. Vielmehr genügt es, dass er einen solchen zu irgendeinem Zeitpunkt während der Tatausführung bei sich führt. Ausreichend ist daher auch, dass sich der Täter erst während der Tat und aus der Tatbeute mit einem solchen Werkzeug versieht. (juris-Orientierungssatz)

Das Landgericht hat diesen **Sachverhalt** festgestellt:

„Der Angeklagte S. und der Mitangeklagte begaben sich am Tattag gemeinsam zur Wohnung des Nebenklägers, um diesem – über einen Geldbetrag hinaus, den er dem Angeklagten schuldete – unter Anwendung von Gewalt weitere Wertgegenstände abzunehmen. Wie zuvor zwischen den Angeklagten eben-

falls verabredet, drängte der Angeklagte S. den Nebenkläger in die Wohnung, schlug ihn mehrfach ins Gesicht und würgte ihn, sodass dessen Zungenbein brach. Entsprechend dem gemeinsamen Tatplan bewachte sodann der Mitangeklagte den Nebenkläger, während der Angeklagte die Wohnung nach Wertgegenständen durchsuchte. Danach nahm der Angeklagte S. Bargeld und Gegenstände des Nebenklägers – unter anderem einen Messerblock mit fünf Messern – an sich, um diese zu behalten oder zu verwerten. Nachdem die Angeklagten die Wohnung mit der Beute verlassen hatten, rief der erheblich verletzte Nebenkläger die Polizei.“

Prozessgeschichte:

Hinsichtlich des Angeklagten S. würdigte das Landgericht diesen Sachverhalt als Raub in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 249 Abs. 1, 223, 224 Abs. 1 Nr. 4, 52 StGB.

Die Entscheidung:

Den Schuldspruch wegen gefährlicher Körperverletzung beanstandete der Senat nicht, wohingegen er die rechtliche Einordnung der Tat als (einfachen) Raub als rechtsfehlerhaft betrachtete:

„Nach den bisherigen Feststellungen hat sich der Angeklagte vielmehr insoweit – tateinheitlich zur gefährlichen Körperverletzung – des schweren Raubes gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB schuldig gemacht, indem er den mit

fünf Messern bestückten Messerblock des Nebenklägers an sich nahm und somit diese Messer, die ersichtlich objektiv gefährliche Werkzeuge im Sinne der Vorschrift waren, mit sich führte. Für die Erfüllung dieses Tatbestandes ist es nicht erforderlich, dass sich der Täter mit einem der dort bezeichneten Gegenstände zum Tatort begibt. Vielmehr genügt es, dass er einen solchen zu irgendeinem Zeitpunkt während der Tatausführung bei sich führt. Ausreichend ist daher auch, dass sich der Täter – wie hier – erst während der Tat und aus der Tatbeute mit einem solchen Werkzeug versieht.“

Hinweise:

Die recht kompakten Ausführungen des Senats konzentrieren sich im Wesentlichen auf die Frage, ob die Wegnahme von Tatmitteln zur Qualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB führen kann. Doch zunächst in der gebotenen Kürze von vorne:

Bei der Frage nach der (A.) Strafbarkeit des S. gemäß §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1a Var. 2 StGB ist i. R. des (I.) Tatbestandes zunächst die ((1.) objektive) Verwirklichung des Grundtatbestandes des § 249 Abs. 1 StGB nach den getroffenen Feststellungen unproblematisch zu bejahen. Im objektiven Tatbestand des § 249 Abs. 1 StGB knüpft an die Wegnahme bekanntermaßen die Abgrenzung von Raub („räuberische Wegnahme“) und (räuberischer) Erpressung („erpresserisch abgenötigte ‚Vermögensverfügung‘ des

Opfers“) an. Einerlei, ob man mit der sog. Exklusivitätslösung auf die innere Willensrichtung des Opfers abstellen möchte (vgl. etwa EISELE, StrR BT 2, 2. Aufl. (2012), Rn. 764 m. w. N.) oder wie die sog. Konkurrenzlösung das äußere Erscheinungsbild für entscheidend erachtet (so GÜNTHER, in: SK/StGB, 43. Lief., 5. Aufl., § 249 Rn. 24 und die st. Rspr., etwa BGH, Beschluss vom 19.01.1999 – 4 StR 663/98 = NStZ 1999, 350 (351) je m. w. N.) – jeweils wird man bei diesem Sachverhalt zur Bejahung einer Wegnahme gelangen (vertiefend zu diesem Problemkreis ERNST, JURA 2014, 536 (540 f.)).

§ 249 Abs. 1 StGB ist auch im Hinblick auf den Geldbetrag, den der Nebenkläger dem S. schuldet, verwirklicht. Denn S. hatte keinen Anspruch auf gerade die betreffenden Geldscheine; die Wegnahme des Geldes war rechtswidrig (dazu BGH, Urteil vom 12.01.1962 – 4 StR 346/61 – juris, Rn. 23).

Anmerkung:

Sollte der Täter (vorliegend fehlen freilich solche Feststellungen) geglaubt haben, „sich kraft eines Selbsthilferechts durch gewaltsame Wegnahme irgendwelcher Geldscheine wegen einer bestehenden Geldforderung selbst befriedigen zu dürfen, kann [er] sich hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Zueignung in einem Tatbestandsirrtum“ befunden haben (BGH, Urteil vom 12.01.1962 – 4 StR 346/61 – juris, LS und Rn. 25). Nach anderer Ansicht sei bei Geldforderungen aufgrund eines fälligen einreddefreien Anspruchs die Rechtswidrigkeit auszuschließen. Es bestehe kein schutzwürdiges Auswahlrecht des Schuldners, handele es sich

doch nur um die Forderung auf eine Wertsumme (dazu m. w. N. KUDLICH, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 242 Rn. 51).

Es stellt sich die Frage der Verwirklichung des (2.) objektiven Tatbestands der Qualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1a Var. 2 StGB.

(a.) Küchenmesser sind jedenfalls keine Waffen i. S. der Variante 1, da sie ihrer Herstellung nach gerade nicht dazu bestimmt sind, (erhebliche) Verletzungen beizubringen (KUDLICH, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 244 Rn. 7).

(b.) S. kann mit dem mit fünf Messern bestückten Messerblock ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich geführt haben.

Dass diese Messer als Werkzeug i. S. der Norm zu qualifizieren sind, bejaht der Senat mit kurzen Worten: Sie seien „*ersichtlich objektiv gefährliche Werkzeuge im Sinne der Vorschrift*“. Das wird bei (jedenfalls) größeren Küchenmessern oftmals übereinstimmendes Ergebnis sein (KUDLICH, JA 2014, 228 (229)). Allerdings ist der Begriff des gefährlichen Werkzeugs streitig. Dazu werden in einer Prüfungsarbeit meist einige Ausführungen veranlasst sein. Hier in gedrängter Kürze und unter Verweis auf das andernorts bereits Ausgeführte (ERNST, JURA 2014, 536 (537 f.); zudem KUDLICH, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 250 Rn. 5, § 244 Rn. 10 ff.)

zur Repetition: Bekanntermaßen kann i. R. des § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB (bloßes Beisichführen genügt) das zu § 224 I Nr. 2 Var. 2 StGB Entwickelte (entgegen der gesetzgeberischen Intention) nicht herangezogen werden. Häufig vorausgesetzt wird ein Gegenstand, „der nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet ist, einem Opfer erhebliche Körperverletzungen zuzufügen“ (LACKNER/KÜHL, StGB, 27. Aufl. (2011), § 244 Rn. 3; BGH, Beschluss vom 21.07.2012 – 5 StR 286/12 = NStZ 2012, 571 (571 f.)). Wie diese noch weitgehend anerkannte Umschreibung zu präzisieren bzw. ob eine subjektive Restriktion nötig ist, wird uneinheitlich beantwortet. Ein Teil des Meinungsspektrums bevorzugt eine objektive Bestimmung („abstrakt-konkrete Betrachtung“ [SCHMITZ, in: MünchKomm/StGB, Bd. 4, 2. Aufl. (2012), § 244 Rn. 15] oder „Lehre von der Waffenersatzfunktion“ [FISCHER, StGB, 61. Aufl. (2014), § 244 Rn. 23]), andere plädieren für eine subjektive Restriktion („Lehre vom Verwendungsvorbehalt“ [vgl. DUTTGE, in: HK-GS, 2. Aufl. (2011), § 244 Rn. 12]).

(c.) Ferner muss der Täter das gefährliche Werkzeug bei sich geführt haben. Das erfordert eine räumliche und eine zeitliche Komponente und führt hier zu der Frage, ob der Diebstahl von Tatmitteln zur Qualifikation des § 250 StGB führen kann:

(aa.) Verbreitet wird dies (mit Verweis auf eine vergleichbare Gefährlichkeit) bejaht. So wird (wie vorliegend auch vom Senat) als

ausreichend erachtet, wenn der Täter das Tatmittel zu irgendeinem Zeitpunkt während der Tatausführung bei sich führt (KUDLICH, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 244 Rn. 17). Es genüge, wenn er sich „erst während der Tat und aus der Tatbeute mit einem solchen Werkzeug versieht“ (so der Senat vorliegend, vgl. zudem FISCHER, StGB, 61. Aufl. (2014), § 244 Rn. 29; WITTIG, in: von Heintschel-Heinegg, BeckOK/StGB (Stand: 22.07.2013, Edition: 23), § 244 Rn. 10).

(bb.) Dagegen wird vorgebracht, dass Tatobjekt und Tatmittel nicht identisch sein dürfen, das Tatmittel doch „bei“ einem Raub, der die Wegnahme einer fremden Sache mit Nötigungsmitteln voraussetzt, mitgeführt werden müsse (vgl. Kindhäuser, LPK, 4. Aufl. (2010), § 244 Rn. 17). Dazu komme, dass die Fülle an (potentiellen/denkbaren) Gegenständen, die im Einzelfall als gefährliche Werkzeuge qualifiziert werden können, eine restriktive Handhabung erforderlich mache. Daher führe die Wegnahme von Tatmitteln nicht zu § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB.

Ob man sich (argumentativ (cc.)) für die eine oder die andere Ansicht entscheidet, in der Klausur nicht vergessen werden sollten noch Ausführungen zum (3.) subjektiven Tatbestand (von Grundtatbestand und ggf. Qualifikation) sowie (hier völlig genügend) ein knapper Satz zum Vorliegen von (II.) Rechtswidrigkeit und Schuld. Die sich bei diesem Sachverhalt in der Klausur anschließende

Prüfung einer (zu bejahenden) (B.) Strafbarkeit nach §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB sollte keine Probleme bereiten.

(Richter Guido Philipp Ernst)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG STRAFRECHT

Oberlandesgericht Nürnberg

Beschuldigtenbelehrung, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot

Beschluss vom 04.07.2013 – 2 OLG Ss 113/13
= StRR 2014, 105

Wird der einer Unfallflucht verdächtige Fahrzeughalter bei einer Befragung nicht als Beschuldigter belehrt, sind seine Angaben gegenüber einem Polizeibeamten unverwertbar. (StRR-Leitsatz)

Zur Tat hat das Amtsgericht u. a. die folgenden **Feststellungen** getroffen:

A., der spätere Angeklagte, fuhr mit einem Pkw, dessen Halter er ist, auf der rechten Fahrspur der W.-Straße in N. „Beim Spurwechsel auf die linke Fahrspur kam es zum Zusammenstoß zwischen dem linken hinteren Fahrzeugeck des Pkws des Angeklagten und dem rechten vorderen Fahrzeugeck des Pkws [...] der Geschädigten H. [...], die] zu diesem Zeitpunkt auf der linken Fahrspur fuhr.“

Prozessgeschichte:

Das Amtsgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort zu einer Geldstrafe verurteilt sowie ein Fahrverbot für die Dauer von zwei Monaten verhängt.

Gegen das Urteil wendet sich der Angeklagte mit der Sprungrevision. Er rügt „die Verletzung des sich aus der Verletzung des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO ergebenden Beweisverwertungsverbots“.

Zur Feststellung der Fahrereigenschaft des sich in der Hauptverhandlung zur Tat nicht einlassenden Angeklagten hat das Amtsgericht ausgeführt:

Dass der Angeklagte zur Tatzeit der Fahrer des betreffenden Pkw war, ergibt sich aus der Aussage des Zeugen R. Der Polizeibeamte R. gab an, er habe auf Bitten seiner Dienststelle, „die den Angeklagten als Halter des von der Zeugin H. beschriebenen Fahrzeugs festgestellt hatte, dessen Anschrift angefahren [...]. Er habe dann dem Angeklagten geschildert worum es gehe, nämlich um einen angeblichen Unfall seines Fahrzeugs, und habe gefragt, wer soeben mit dem Fahrzeug unterwegs gewesen sei. Der Angeklagte habe daraufhin die Fahrereigenschaft eingeräumt. [...] Die Angaben des Zeugen R. durften auch verwertet werden. Es lag vorliegend kein Verstoß gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO vor, welcher zu einem Verwertungsverbot führen würde. Der Angeklagte war zu dem Zeitpunkt, als PHM R. bei ihm erschien und ihm den Sachverhalt schilderte, noch nicht als Beschuldigter zu belehren. Zu diesem Zeitpunkt stand lediglich die Haltereigenschaft des Beschuldigten [A.] an dem unfallbeteiligten Fahrzeug fest. Dies begründet jedoch noch keinen Anfangsverdacht, dass der Beschuldigte [A.] auch der

Fahrer war. Erst nachdem der Beschuldigte [A.] bereits die Fahrereigenschaft eingeräumt hatte, war eine Belehrung als Beschuldigter erforderlich.“

Die Entscheidung:

Der Senat entschied, dass die zulässige Revision mit der Verfahrensrüge der Verletzung des Beweisverwertungsverbots, das sich aus §§ 136 Abs. 1 S. 2, 163 a Abs. 4 S. 2 StPO ergibt, Erfolg hat.

Im Einzelnen wird ausgeführt:

I. „Die Revision ist zulässig (§§ 333, 341 Abs. 1, 344, 345 StPO).“

II. Die Revision ist auch begründet. Sie „hat mit der Verfahrensrüge der Verletzung des sich aus §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163 a Abs. 4 Satz 2 StPO ergebenden Beweisverwertungsverbots Erfolg“.

1. „Die Verfahrensrüge ist ordnungsgemäß erhoben (§ 344 Abs. 2 StPO). Sämtliche Tatsachen, aus denen sich der Rechtsverstoß ergibt, werden vorgetragen.“ Es „ergibt sich aus dem Revisionsvorbringen, das insoweit durch das Hauptverhandlungsprotokoll bestätigt wird, dass der Verteidiger des Angeklagten der Verwertung der Aussage des Polizeibeamten widersprochen hat“.

2. In der Verwertung der Angaben des vernommenen Polizeibeamten erblickt der Senat einen Verstoß des Amtsgerichts gegen

das aus §§ 163 a Abs. 4 S. 2, 136 Abs. 1 StPO resultierende Beweisverwertungsverbot. § 136 Abs. 1 StPO findet nicht direkt, sondern über § 163 a Abs. 4 StPO Anwendung, weil der Zeuge über die erste polizeiliche Vernehmung des Angeklagten berichtete.

a. Der Senat wendet sich zunächst der Beschuldigteneigenschaft des A. zu.

Anmerkung:

Umstritten ist, wann die *Beschuldigteneigenschaft* beginnt (Vertiefungsfall dazu bei BECKEMPER, in: Hellmann, Fallsammlung Strafprozessrecht, 3. Aufl. (2008), Rn. 45 ff.):

Nach der sog. objektiven Beschuldigtentheorie macht ein objektiv gegen die betreffende Person bestehender Tatverdacht sie zum Beschuldigten (vgl. die Nachw. bei JAHN, JuS 2007, 962 (963)). Dem entgegeng gehalten wird, dass selbst das Gesetz in §§ 55, 60 Nr. 2 StPO davon ausgeht, dass es tatverdächtige Zeugen gibt. Daher könne der bloße Tatverdacht sie nicht zum Beschuldigten machen (BEULKE, Strafprozessrecht, 10. Aufl. (2008), Rn. 111).

Für die Vertreter der sog. subjektiven Beschuldigtentheorie ist auf einen entsprechenden Willensakt der zuständigen Strafverfolgungsbehörde abzustellen, der darin gesehen wird, dass das Strafverfahren gezielt gegen die dadurch beschuldigte Person geführt wird (vgl. die Nachw. bei JAHN, JuS 2007, 962 (963)). Daran kritisiert wird, dass das ausschließliche Abstellen auf einen Willensakt der zuständigen Behörde notwendig zu einer gewissen Rechtsunsicherheit führe. Zudem würde dieses Abstellen auf die subjektive Sicht des Ermittlungs-

beamten die Gefahr einer Umgehung der Beschuldigtenrechte in sich bergen (ROGALL, in: SK/StPO, 4. Aufl. (2010), Vor § 133 Rn. 27).

Die wohl h. M. verfolgt eine sog. gemischt subjektiv-objektive Beschuldigtentheorie, wonach zum Tatverdacht ein Willensakt (Inkulpationsakt) der Strafverfolgungsbehörde hinzutreten muss, welcher deutlich macht, dass sie das Strafverfahren gegen die betreffende Person als Beschuldigten führen will (vgl. ROXIN, JR 2008, 16 (16 f.); JAHN, JuS 2007, 962 (963); siehe auch BGH, Urteil vom 03.07.2007 – 1 StR 3/07 = NJW 2007, 2706 (2707): „Der § 136 StPO zu Grunde liegende Beschuldigtenbegriff vereinigt subjektive und objektive Elemente. Die Beschuldigteneigenschaft setzt – subjektiv – den Verfolgungswillen der Strafverfolgungsbehörde voraus, der sich – objektiv – in einem Willensakt manifestiert ([Nachw.] vgl. auch § 397 I AO). Wird gegen eine Person ein förmliches Ermittlungsverfahren eingeleitet, liegt darin ein solcher Willensakt. Anderenfalls beurteilt sich dessen Vorliegen danach, wie sich das Verhalten des ermittelnden Beamten nach außen, insbesondere in der Wahrnehmung des davon Betroffenen darstellt.“

Vorliegend führt der Senat aus: „Bereits vor der Befragung des Angeklagten durch den Zeugen war der Angeklagte ‚Beschuldigter‘ und somit gemäß § 136 Abs. 1 Sätze 1, 2 StPO vor der Vernehmung [...] zu belehren.“ Der Inhalt der Belehrung ergibt sich aus § 136 Abs. 1 Sätze 1, 2 StPO, insbesondere war der Angeklagte darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen.

„Beschuldigter in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren ist der Tatverdächtige, gegen den das Verfahren als Beschuldigter betrieben wird. Grundsätzlich ist es dabei der pflichtgemäßen Beurteilung der Strafverfolgungsbehörde überlassen, ob sie gegen jemanden einen solchen Grad des Verdachts auf eine strafbare Handlung für gegeben hält, dass sie ihn als Beschuldigten verfolgt. Wenn aber ausreichende Gründe dafür vorliegen, einen einer Straftat Verdächtigen als Beschuldigten zu verfolgen, darf dieser nicht aus sachfremden Erwägungen in die Rolle eines Zeugen gedrängt werden [Nachw.]. Dabei vernimmt etwa der Polizeibeamte, der am Tatort oder in seiner Umgebung Personen fragt, ob sie ein bestimmtes Geschehen beobachtet haben, keine Beschuldigten, mag er auch hoffen, bei seiner Tätigkeit neben geeigneten Zeugen den Täter zu finden. Bedeutsam ist die Stärke des Tatverdachts, den der Polizeibeamte gegenüber dem Befragten hegt. Hierbei hat der Beamte einen Beurteilungsspielraum, den er freilich nicht mit dem Ziel missbrauchen darf, den Zeitpunkt der Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO möglichst weit hinauszuschieben [Nachw.].“

Vorliegend war es seitens des [...] Polizeibeamten ermessensfehlerhaft, den Angeklagten vor der Befragung nicht als Beschuldigten zu behandeln und entsprechend zu belehren. Der mögliche Täter war nicht mehr nur in einer nicht näher bestimmten Personengruppe zu suchen, sondern der Tatverdacht hatte sich nach der Ermittlung des Angeklagten als

Fahrzeughalter bereits auf ihn verdichtet, auch wenn grundsätzlich auch andere Personen als Nutzer des Fahrzeugs des Angeklagten in Betracht kommen [Nachw.]. Bei der Ausübung des Ermessens ist auch der gesetzliche Schutzzweck des § 136 Abs. 1 StPO zu berücksichtigen, dass durch die Belehrung gegenüber dem Beschuldigten eindeutig klargestellt werden soll, dass es ihm freisteht, keine Angaben zu machen. Dieses Belehrungsgebot will sicherstellen, dass der Beschuldigte vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht bewahrt wird, zu der er möglicherweise durch die Konfrontation mit dem amtlichen Auskunftsverlangen veranlasst werden könnte [Nachw.]. Dieser Schutzzweck wird im vorliegenden Fall nur dann gewahrt, wenn der Halter des Kraftfahrzeugs vor seiner Befragung entsprechend belehrt wird.“

b. Eine Ausnahme von der Pflicht zur vorherigen Belehrung liegt hier nach dem Senat auch nicht vor:

„Angesichts der Befragung des Angeklagten durch den Polizeibeamten liegt keine Spontanäußerung vor, bei der eine vorherige Belehrung nicht erforderlich wäre.“

Anmerkung:

Voraussetzung für § 136 Abs. 1 StPO ist eine Vernehmung des Beschuldigten. Keine Vernehmungen sind Spontanäußerungen und informatorische Befragungen, weswegen keine Belehrungspflicht besteht, gegen die verstoßen werden könnte. Der Begriff Vernehmung wird definiert als eine Befragung,

die von einem Staatsorgan in amtlicher Funktion mit dem Ziel, eine Aussage zu gewinnen, durchgeführt wird. Der Vernehmende muss also dem Beschuldigten in amtlicher Funktion gegenüber treten und von ihm in dieser Funktion Auskunft verlangen (HINDERER, JA 2012, 115 (115, 116) m. w. N.). Äußert sich die Person unaufgefordert, handelt es sich um eine sog. Spontanäußerung, die nicht als Äußerung in einer Vernehmung gilt (KINDHÄUSER, Strafprozessrecht, 2. Aufl. (2010), § 6 Rn. 28). Solche Äußerungen können durch Vernehmung der „zuhörenden“ Person nach §§ 48 ff. StPO uneingeschränkt in das Verfahren eingeführt und verwertet werden, war doch bei einer solchen Äußerung eine Beschuldigtenbelehrung faktisch unmöglich (HINDERER, JA 2012, 115 (116) m. w. N.). Nicht zum Vernehmungsbegriff rechnen ferner sog. informatorische Befragungen oder sog. Orientierungsfragen der Amtsperson: Die Fragen (etwa der Polizei) haben lediglich Sondierungscharakter und der Beamte darf so lange fragen, bis sich der Verdacht in eine konkrete Richtung konkretisiert (KINDHÄUSER, Strafprozessrecht, 2. Aufl. (2010), § 6 Rn. 29). Folge: Auch wenn eine Beschuldigtenbelehrung unterblieb, dürfen Spontanäußerungen und Antworten auf informatorische Befragungen verwertet werden.

Und schlussendlich „hat der Verteidiger des Angeklagten der Verwertung der Angaben des Polizeibeamten in der Hauptverhandlung ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls auch ausdrücklich widersprochen“ (zur sog. Widerspruchslösung vertiefend die Hinweise zu BGH, JSE 4/2012, 111 (114 f.) (ERNST) m. N.).

c. Unter Verweis auf Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes stellt der Senat fest,

dass sich aus der Verletzung der Belehrungspflicht ein Beweisverwertungsverbot ergibt.

Anmerkung:

Es stand demnach der Beweisgewinnung ein *Beweiserhebungsverbot* entgegen. Aus einem solchen kann ein (unselbständiges) *Beweisverwertungsverbot* resultieren. Dies ist bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur Beschuldigtenbelehrung (wie der Senat es deutlich macht) in der Rechtsprechung anerkannt. Abgesehen davon ist i. d. R. in einer Einzelfallprüfung zu erörtern, ob der Verstoß zu einem Verwertungsverbot des betreffenden Beweises führt. Es ist umstritten, welche Kriterien hierfür maßgeblich sein sollen (vertiefend BEULKE, JURA 2008, 653 (654 ff.); EFFER-UHLE, JURA 2008, 335 (335 ff.)). Bekanntlich wird nach der wohl herrschenden Abwägungslehre (MOSBACHER, JuS 2009, 124 (126); HINDERER, JA 2012, 115 (117 f.); krit. etwa KLEMKE, StraFo 2004, 14 (15)) das Interesse an der Strafverfolgung („Interesse an der Aufklärung des Sachverhalts und der Durchführung des Verfahrens“, BGH, Urteil vom 22.11.2001 – 1 StR 220/01 – juris, Rn. 14) gegen das individuelle Interesse des Beschuldigten an der Wahrung seiner Rechte gegeneinander abgewogen. Es ist also nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls, speziell nach dem Gewicht des Verstoßes und der Art des Verbotes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden, ob ein Verwertungsverbot anzunehmen ist (ERNST, JURA 2011, 94 (96) m. w. N.).

Zur Klarstellung: Unterliegt die Aussage des Beschuldigten vor der Polizei (wie hier) einem Beweisverwertungsverbot, ist es unzulässig, den/die Polizeibeamten darüber als Zeugen zu vernehmen, was der Beschuldigte bei dieser Vernehmung ausgesagt hat (v. HEINTSCHEL-HEINEGG, JA 2011, 312 (313)).

Auch seien Umstände, aus denen sich ergibt, der Angeklagte habe sein *Recht zu Schweigen* auch ohne Belehrung *gekant*, nicht festgestellt (vertiefend hierzu erneut die Hinweise zu BGH, JSE 4/2012, 111 (115) (ERNST)).

3. *„Das Urteil des Amtsgerichts beruht auf der nicht verwertbaren Aussage des vernommenen Polizeibeamten, da sich nach den Urteilsgründen hieraus die Fahrereigenschaft des Angeklagten ergibt.“*

III. *„Wegen der aufgezeigten Rechtsfehler (§ 337 StPO) ist das angefochtene Urteil mit den Feststellungen aufzuheben (§ 353 StPO). Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Abteilung des Amtsgerichts [...] zurückverwiesen, die auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben wird (§ 354 Abs. 2 StPO).“*

Hinweise:

1. Anschaulich verdeutlicht diese Entscheidung sowohl für Rechtsreferendare als auch für Studierende klassische Problemfelder. So ist etwa die zentrale Frage des Beschlusses, ob ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO (hier i. V. m. § 163 a Abs. 4 StPO) gegeben ist und welche Folgen ein solcher zeitigt (siehe dazu auch die Anmerkungen oben), sehr examensrelevant. Das gilt für das erste und noch mehr für das zweite Examen.

2. Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass Spontanäußerungen nicht unbe-

grenzt aus dem Vernehmungsbegriff ausgeklammert werden können: Dass sie grundsätzlich verwertbar sind (s. o.), darf nicht gezielt ausgenutzt werden, um Belehrungspflichten zu umgehen. Nimmt ein Polizeibeamter „lediglich passiv“ spontane Äußerungen einer Person entgegen, mit denen sich diese selbst belastet, sind diese Äußerungen trotz fehlender Belehrung über die Beschuldigtenrechte i. d. R. verwertbar, es sei denn, „dass Belehrungspflichten nach §§ 136 Abs. 1 S. 3, 163a Abs. 2 S. 2 StPO gezielt umgangen wurden, um den Betroffenen zu einer Selbstbelastung zu verleiten“ (BGH, Beschluss vom 09.06.2009 – 4 StR 170/09 = NJW 2009, 3589 (3589)). Letzteres liegt nahe, wenn sich die Polizeibeamten „über eine beträchtliche Zeitspanne Einzelheiten der Tat berichten ließen, ohne den von ihnen ersichtlich als Beschuldigten behandelten Täter auf sein Aussageverweigerungsrecht hinzuweisen“ (BGH, Beschluss vom 09.06.2009 – 4 StR 170/09 = NJW 2009, 3589 (3589)).

3. Es bleibt (mit dem LG Saarbrücken, Beschluss vom 27.05.2013 – 6 Os 61/13 – juris, Rn. 12 = StRR 2014, 109 (109) – ein interessanter, zu hiesigem Themenkomplex passender Beschluss) zu resümieren: „Im Einzelfall ist die Frage der ‚Belehrungsschwelle‘, also der Situation, in der eine Belehrung spätestens erforderlich wird, nicht immer einfach zu beantworten.“ – Und genau das macht diese Frage für Prüfer interessant.

(Richter Guido Philipp Ernst)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG STRAFRECHT

Landgericht Stuttgart

Zustellung der Übersetzung eines Strafbefehls als Wirksamkeits- voraussetzung

Beschluss vom 12.05.2014 – 7 Qs 18/14

§ 37 Abs. 3 StPO ist im Strafbefehlsverfahren analog anzuwenden. Daher ist dem Angeklagten der Strafbefehl zusammen mit der Übersetzung zuzustellen, wenn ihm nach § 187 Abs. 1 und 2 GVG eine Übersetzung des Strafbefehls zur Verfügung zu stellen ist. In diesem Falle beginnt nach § 37 Abs. 3 StPO die Einspruchsfrist nicht vor Zustellung der schriftlichen Übersetzung zu laufen; eine Zustellung ohne schriftliche Übersetzung ist unwirksam. Der Mangel der unwirksamen Zustellung wird durch nachträgliche Zustellung der schriftlichen Übersetzung behoben mit der Folge des Beginns des Fristenlaufs. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (verkürzt und vereinfacht):

A, der der deutschen Sprache nicht mächtig ist, wird im Mai 2013 einer grenzpolizeilichen

Einreisekontrolle unterzogen und sodann von der Bundespolizei als Beschuldigter vernommen. Dabei unterschreibt er ein Dokument, in dem unter der Überschrift „Benennung einer/eines Zustellungsbevollmächtigten“ ein Justizoberinspektor als Zustellungsbevollmächtigter benannt wird. In dem Dokument heißt es u. a., dass A verlangt, dass einem gerichtlichen Strafbefehl eine Übersetzung in seiner Hauptsprache beigelegt wird. Danach wird A entlassen.

Vier Monate später erlässt das Amtsgericht in dieser Sache einen Strafbefehl, der dem benannten Zustellungsbevollmächtigten (nur in deutscher Sprache) zugestellt wird.

Im Dezember 2013 – also drei Monate später – geht beim Amtsgericht ein Schreiben mit dem Titel „Einspruch/Berufung“ ein und es wird ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gestellt. Durch Beschluss des Amtsgerichts wird der Einspruch als unzulässig und der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand als unbegründet verworfen.

Gegen diesen Beschluss legt A fristgerecht sofortige Beschwerde ein.

Aussicht auf Erfolg?

A. Die sofortige Beschwerde müsste zulässig sein.

Statthaftes Rechtsmittel gegen einen Beschluss, der den Einspruch gegen den Straf-

befehl als unzulässig verwirft, ist gemäß § 411 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 StPO die sog. sofortige Beschwerde i. S. von § 311 StPO.

Zur Systematik: Die (einfache) Beschwerde gemäß § 304 StPO ist das statthafte Rechtsmittel gegen alle von den Gerichten im ersten Rechtszug oder im Berufungsverfahren erlassenen Beschlüsse und gegen die Verfügungen des Vorsitzenden, des Richters im Vorverfahren und eines beauftragten oder ersuchten Richters. Bestimmte Entscheidungen – so wie der Verwerfungsbeschluss gemäß § 411 StPO – sind aus Gründen der Rechtssicherheit nur mit der fristgebundenen sofortigen Beschwerde nach § 311 StPO anfechtbar. Zu wahren war also die Wochenfrist gemäß §§ 311 Abs. 2, 35 Abs. 2 S. 1, 37 Abs. 1 StPO i. V. m. §§ 166 ff. ZPO, § 43 Abs. 1 StPO.

Die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen – „Beschwerdeberechtigung“ und „kein Ausschluss der Beschwerde“ – liegen vor.

B. Die sofortige Beschwerde müsste auch begründet sein.

Die Beschwerde ist begründet, wenn die Entscheidung des Erstgerichts in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht rechtsfehlerhaft ist. Das Beschwerdegericht prüft grundsätzlich die angefochtene Entscheidung vollumfänglich und nicht etwa nur im Hinblick auf das konkrete Beschwerdebegehren.

Die sofortige Beschwerde wäre vorliegend begründet, wenn keine Verwerfungsent-

cheidung nach § 411 StPO hätte ergehen dürfen. Eine Verwerfungsentcheidung hätte nicht ergehen dürfen, wenn der Einspruch nicht unzulässig war.

1. Zulässigkeit des Einspruchs?

Das Landgericht führt aus:

„Gegen den Strafbefehl kann der Angeklagte innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung Einspruch einlegen (§ 410 Abs. 1 S. 1 StPO). Der Strafbefehl ist an den Angeklagten, für ihn an den Verteidiger oder an den Zustellungsbevollmächtigten gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 StPO förmlich zuzustellen (...).“

Die Einspruchsfrist dürfte nicht abgelaufen sein. Ihr Lauf wird erst durch eine wirksame Zustellung in Gang gesetzt. Fraglich ist, ob eine wirksame Zustellung des Strafbefehls stattgefunden hat. Nach der *Nennung* des Tatbestandsmerkmals „Zustellung“ folgt die *Definition*:

„Zustellung ist der in gesetzlicher Form (§§ 37-41 StPO) zu bewirkende Akt, durch den dem Adressaten Gelegenheit zur Kenntnisnahme eines Schriftstücks verschafft wird (...).“

Problematisch ist, ob die Zustellung vorliegend „in gesetzlicher Form“ bewirkt wurde. Das Verfahren der Zustellung ist in § 37 StPO geregelt. Zu beachten hatte das Landgericht den m. W. v. 06.07.2013 durch Gesetz vom

02.07.2013 (BGBl. I S. 1938) neu angefügten Absatz 3:

„Gemäß § 37 Abs. 3 StPO ist einem Prozessbeteiligten das Urteil zusammen mit der Übersetzung zuzustellen, wenn ihm nach § 187 Abs. 1 und 2 GVG eine Übersetzung des Urteils zur Verfügung zu stellen ist. In diesem Falle beginnt nach § 37 Abs. 3 StPO die Rechtsmittelfrist nicht vor Zustellung der schriftlichen Übersetzung zu laufen; eine Zustellung ohne schriftliche Übersetzung ist unwirksam (...).“

§ 37 Abs. 3 StPO enthält eine Verweisung auf das GVG. Daher war weiter diejenige Norm zu prüfen, auf die verwiesen wird:

„Nach § 187 Abs. 2 S. 1 GVG ist zur Ausübung der strafprozessualen Rechte des Beschuldigten, der der deutschen Sprache nicht mächtig ist, in der Regel die schriftliche Übersetzung von freiheitsentziehenden Anordnungen sowie von Anklageschriften, Strafbefehlen und nicht rechtskräftigen Urteilen erforderlich.“

a.) Fristbeginn nur bei Urteilen gehemmt?

Zunächst „deckt“ das Landgericht die Regelungslücke des § 37 Abs. 3 auf:

„Stellt § 187 Abs. 2 S. 1 GVG noch explizit auf Strafbefehle ab, bezieht sich der Wortlaut des (zwar auf § 187 Abs. 1 und 2 GVG verweisenden) § 37 Abs. 3 StPO einzig auf die Überset-

zung des Urteils. Infolge dessen könnte § 37 Abs. 3 StPO auf Urteile beschränkt sein (...).“

b.) Kein Fristbeginn wegen analoger Anwendung von § 37 Abs. 3 StPO

Das Landgericht wendet § 37 Abs. 3 StPO analog auf Strafbefehle an. Die Kammer leitet die Erforderlichkeit eines Analogieschlusses ab aus (1.) den Grundrechten, (2.) der umzusetzenden EU-Richtlinie, (3.) dem Sinn und Zweck der Norm, (4.) der summarischen Rechtsnatur des Strafbefehlsverfahrens sowie (5.) der Systematik der StPO hinsichtlich der Zustellungsvorschriften.

Im Einzelnen:

(1.) Grundrechte

Die Kammer führt aus:

„Es ist zunächst davon auszugehen, dass mangelhafte Kenntnisse der deutschen Sprache nicht zu einer Verkürzung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantien führen dürfen [...]. Dies gebietet bereits der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG und das Verbot der Benachteiligung von Personen aufgrund ihrer Sprache gemäß Art. 3 Abs. 3 GG (...).“

(2.) Umsetzung EU-Richtlinie

Dazu heißt es im Beschluss:

„§ 37 Abs. 3 StPO dient der Umsetzung des Art. 3 RL 2010/64/EU (...). Und er soll die

Neuregelung zur Urteilsübersetzung in § 187 Abs. 1 und 2 GVG in die Systematik von Urteilszustellung und Rechtsmittellauf einpassen (...). Auch § 187 Abs. 2 GVG dient der Umsetzung von Art. 3 RL 2010/64/EU (...). Nach Art 3 Abs. 1 RL 2010/64/EU haben die Mitgliedstaaten sicher zu stellen, „dass verdächtige oder beschuldigte Personen, die die Sprache des Strafverfahrens nicht verstehen, innerhalb einer angemessenen Frist eine schriftliche Übersetzung aller Unterlagen erhalten, die wesentlich sind, um zu gewährleisten, dass sie imstande sind, ihre Verteidigungsrechte wahrzunehmen, und um ein faires Verfahren zu gewährleisten.“ Gemäß Art. 3 Abs. 2 RL 2010/64/EU gehören zu den „wesentlichen Unterlagen (...) jegliche Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßnahme, jegliche Anklageschrift und jegliches Urteil.“

(3.) Teleologische Erwägungen

Die Entscheidung lautet hierzu:

„Sinn und Zweck der Neuregelung des § 37 Abs. 3 StPO ist, im Falle eines nicht (hinreichend) der deutschen Sprache mächtigen Angeklagten zur Sicherung eines fairen Verfahrens die Rechtsmittelfrist erst mit Zustellung der schriftlichen Übersetzung in Gang zu setzen, weshalb eine Zustellung ohne Übersetzung unwirksam ist (...). Auch ein Strafbefehl ist anerkanntermaßen bei einem der deutschen Sprache nicht mächtigen Angeklagten mit einer (schriftlichen) Übersetzung des Strafbefehls und der Rechtsbehelfsbelehrung

zuzustellen (...). Die Neuregelung des § 187 Abs. 2 S. 1 GVG, auf den § 37 Abs. 3 StPO verweist, soll das Recht auf ein faires Verfahren wahren (...) und gewährleisten, dass der Angeklagte die wesentlichen Verfahrensvorgänge nachvollziehen und sich im Verfahren verständlich machen kann (...). Auch nach ihr ist zur Ausübung der strafprozessualen Rechte des Beschuldigten, der der deutschen Sprache nicht mächtig ist, in der Regel die schriftliche Übersetzung von u. a. Strafbefehlen und nicht rechtskräftigen Urteilen erforderlich.

Sowohl gegen einen Strafbefehl als auch gegen ein nicht rechtskräftiges Urteil existieren für den Angeklagten Verteidigungsrechte.“

(4.) Rechtsnatur des Strafbefehlsverfahrens

Das Landgericht verhält sich dazu:

„Speziell unter Beachtung der Eigenschaft des Strafbefehlsverfahrens als summarisches Verfahren (...) ist die Bedeutung gerade des § 411 StPO als ‚Garantie für die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze auch im Strafbefehlsverfahren‘ zu bedenken, ‚verbürgt‘ diese Vorschrift doch das rechtsstaatliche Gehör des Angeklagten durch Zulassung des Einspruchs mit anschließender Hauptverhandlung (...).

Ein Strafbefehl, gegen den nicht (rechtzeitig) Einspruch erhoben worden ist, steht einem rechtskräftigen Urteil gleich (§ 410 Abs. 3 StPO). Ein unangefochtener Strafbefehl bewirkt ebenso wie ein unangefochtenes Urteil

formelle und materielle Rechtskraft (...). Der (nicht mehr anfechtbare) Strafbefehl trifft eine endgültige Entscheidung (...), er ist unabänderbar, vollstreckbar und verbraucht die Strafklage (...). Eine Verurteilung im Strafbefehlsverfahren steht grundsätzlich der Verurteilung im ordentlichen Verfahren gleich (...).“

(5.) Systematik der StPO

Die Kammer begründet schließlich:

„Existiert sowohl gegen einen Strafbefehl als auch gegen ein Urteil für den Angeklagten die Möglichkeit, Rechtsmittel einzulegen, und steht ein unangefochtener Strafbefehl einem unangefochtenen Urteil gleich, ist auch unter dem Blickwinkel des § 37 Abs. 3 StPO eine Gleichstellung geboten. – Zumal Strafbefehl und Urteil je förmlich zuzustellen sind und sich § 37 Abs. 3 StPO im vierten Abschnitt der StPO innerhalb der die Zustellung (§§ 37-41 StPO) regelnden Vorschriften befindet. Nicht zuletzt die Eigenschaft des Strafbefehlsverfahrens als summarisches Verfahren sowie der Grundsatz des fairen Verfahrens (...) rechtfertigen eine Erstreckung des § 37 Abs. 3 StPO auf Strafbefehle.“

Es folgt sodann die Subsumtion des vorliegenden Falls unter die analog angewendete Rechtsnorm:

„Vorliegend ist der Angeklagte der deutschen Sprache nicht mächtig. Zur Ausübung seiner strafprozessualen Rechte ist daher eine schriftliche Übersetzung des Strafbefehls er-

forderlich (§ 187 Abs. 2 S. 1 GVG). Der Angeklagte hat auf dieses Recht auch nicht verzichtet (§ 187 Abs. 3 GVG). Vielmehr hat er nach Belehrung durch die Bundespolizei ausdrücklich eine Übersetzung verlangt.“

2. Keine „verfrühte“ Einlegung

Sodann weist die Kammer noch darauf hin, dass der Einspruch auch nicht „zu früh“ eingelegt ist. Denn nach der Entscheidung des Landgerichts hat keine wirksame Zustellung des Strafbefehls stattgefunden, weswegen dieser gegenüber A auch noch keine Wirksamkeit entfalten konnte. Dass die Zustellung des Strafbefehls aber keine Zulässigkeitsvoraussetzung für den Einspruch ist, stellt die Kammer klar:

„Ein Einspruch kann schon vor der Zustellung des Strafbefehls eingelegt werden (...).“

3. Zwischenergebnis: Zulässigkeit des Einspruchs

Es fehlt an einer Übersetzung des Strafbefehls und damit bei analoger Anwendung des § 37 Abs. 3 StPO an einer wirksamen Zustellung. Die zweiwöchige Einspruchsfrist begann daher für A nicht zu laufen. Der Einspruch ist deswegen nicht verspätet eingelegt worden. Der Einspruch war daher zulässig, der Verwerfungsbeschluss somit rechtsfehlerhaft.

C. Ergebnis

Das Ergebnis der Entscheidung des Landgerichts lautet daher:

„Die sofortige Beschwerde ist mithin begründet und der angefochtene Beschluss war aufzuheben.“

D. Konsequenz für A?

Gegen den Strafbefehl wurde Einspruch eingelegt. Es ist daher durch das Amtsgericht ein Termin zur Hauptverhandlung anzuberaumen (§ 411 Abs. 1 S. 2 StPO). Die wirksame Zustellung des Strafbefehls ist noch zu bewirken. Es muss also nachträglich die Zustellung der schriftlichen Übersetzung bewirkt werden.

E. Zum angedeuteten landgerichtlichen „obiter dictum“

Schließlich nennt das Gericht einen weiteren möglichen Anknüpfungspunkt, der gegen die wirksame Zustellung und damit gegen den Fristlaufbeginn, gegen die Verfristung und deswegen gegen die Unzulässigkeit des Einspruchs und im Ergebnis gegen die Rechtmäßigkeit des Verwerfungsbeschlusses spricht.

Die Wirksamkeit der Zustellung könnte auch daran scheitern, dass der Justizoberinspektor kein tauglicher Zustellungsbevollmächtigter des A gewesen sein könnte.

Einer Entscheidung hierzu enthält sich das Gericht aber und lässt dies dahinstehen, weil auch im Fall der wirksamen Zustellungsbevollmächtigung des Justizoberinspektors an diesen keine Übersetzung zugestellt worden ist.

Die Kammer führt aus:

„Nach alledem kann dahin stehen, ob die ‚Benennung einer/eines Zustellungsbevollmächtigten‘ rechtswirksam war (nach § 37 Abs. 1 StPO i. V. m. § 171 ZPO), oder ob ein Verstoß gegen § 132 Abs. 2 StPO (...) gegeben ist. Zudem bedarf keiner Entscheidung, ob Zustellungsbevollmächtigter nur eine außerhalb der Sphäre der (Ermittlungs-)Behörden stehende Person sein kann (...). Auch bei Vorliegen einer (wirksamen) Zustellungsbevollmächtigung ist der Strafbefehl zusammen mit der Übersetzung zuzustellen. Denn der Bevollmächtigte tritt in Bezug auf Zustellungen an die Stelle des Beschuldigten (...). Und dem Angeklagten war nach dem Ausgeführten entsprechend § 37 Abs. 3 StPO der Strafbefehl zusammen mit der Übersetzung zuzustellen.“

Hinweise:

Die Entscheidung des Landgerichts eignet sich für eine strafprozessuale Zusatzfrage in der Ersten juristischen Staatsprüfung, auch wenn die „Rechtsmittel“ als solche nicht mehr im Rahmen der Pflichtfächer gemäß § 7 Nr. 8 JAPrO genannt werden. Da vorliegend aber auch die von § 7 Nr. 8 JAPrO genannten „Verfahrensgrundsätze“ – wie z. B.

der Anspruch auf rechtliches Gehör oder auch die Rechtswegsgarantie – und auch die dort genannte „Rechtskraft“ berührt sind, ist es durchaus denkbar, eine Prüfungsfrage insofern abzuwandeln, dass etwa gefragt wird: „Ist der Strafbefehl in Rechtskraft erwachsen?“

Jedenfalls für die Zweite juristische Staatsprüfung bietet die Entscheidung eine ganze Reihe möglicher Prüfungsfragen, bei der die von den Prüfungsämtern beliebte Abfrage von weithin unbekannter Materie im Zusammenspiel mit der Prüfung von systematischem Verständnis erfolgen könnte. Dies dürfte sowohl für den schriftlichen Teil als auch für die mündliche Prüfung gelten.

Nur als weitere Stichworte seien genannt:

- allgemeine Systematik der Rechtsmittel: Beschwerde, sofortige Beschwerde, Berufung, Revision;
- Devolutiv- und Suspensiveffekte;
- förmliche Rechtsbehelfe (z. B. Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand);
- Wirksamkeitsvoraussetzungen von Entscheidungen; formelle/materielle Rechtskraft;
- Analogiefähigkeit der StPO zu Gunsten des Beschuldigten;

- Verfahrensgrundsätze: Anspruch auf rechtliches Gehör;
- Informationsfunktion des Strafbefehls/der Anklageschrift;
- Art. 6 Abs. 3 e EMRK.

Zur Entscheidung:

1. Die Entscheidung ist begrüßenswert. Die analoge Anwendung des im Jahr 2013 neu eingefügten § 37 Abs. 3 StPO auf Strafbefehle ist nicht nur konsequent, sie ist zur Wahrung der Verteidigungsrechte auch erforderlich.

2. Das vom Landgericht gefundene Ergebnis bestätigt sich auch im Wege eines „Erst-Recht“-Schlusses. Müssen dem Beschuldigten, bzw. dem Verurteilten, welcher der deutschen Sprache nicht mächtig ist, nicht rechtskräftige Urteile mitsamt einer ihm verständlichen übersetzten Fassung zugestellt werden, um in Rechtskraft erwachsen zu können, muss dies erst Recht für Strafbefehle gelten. Fällt nämlich die mündliche Verhandlung im Strafverfahren grundsätzlich weg – so der Zweck des auf Schriftlichkeit ausgelegten Strafbefehlsverfahrens –, muss die Informationsfunktion auch schriftlich gewährleistet werden.

3. Auch in Ansehung der Strafwirkung ist die Entscheidung richtig. Die spezialpräventive Wirkung der Strafe würde nicht erfüllt werden, hätte der Verurteilte den strafrechtlichen Vorwurf nie zur Kenntnis genommen.

Ebenfalls dem sozialen Missbilligungscharakter durch den Strafausspruch, der in der Natur der Strafe liegen soll, würde gegenüber dem Straftäter selbst nicht Genüge getan.

4. Dass der Strafbefehl an die Stelle der Anklageschrift, die dem Eröffnungsbeschluss zugrunde liegt, treten kann, stützt ebenfalls das vom Landgericht ermittelte Ergebnis.

5. Konsequenter ist es, nicht den Weg über die Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gegangen zu sein (diesen Weg beschritt noch das BVerfG in seinen Entscheidungen aus den 70er Jahren). Voraussetzung für die Wiedereinsetzung ist jedoch, dass eine Frist verstrichen ist. Dass das Landgericht nicht hier ansetzt und somit nicht ein etwaiges Verschulden des Angeklagten bzw. dessen Exkulpation über den Eintritt der formellen Rechtskraft entscheiden lässt, ist jedenfalls aus Strafverteidigersicht erfreulich.

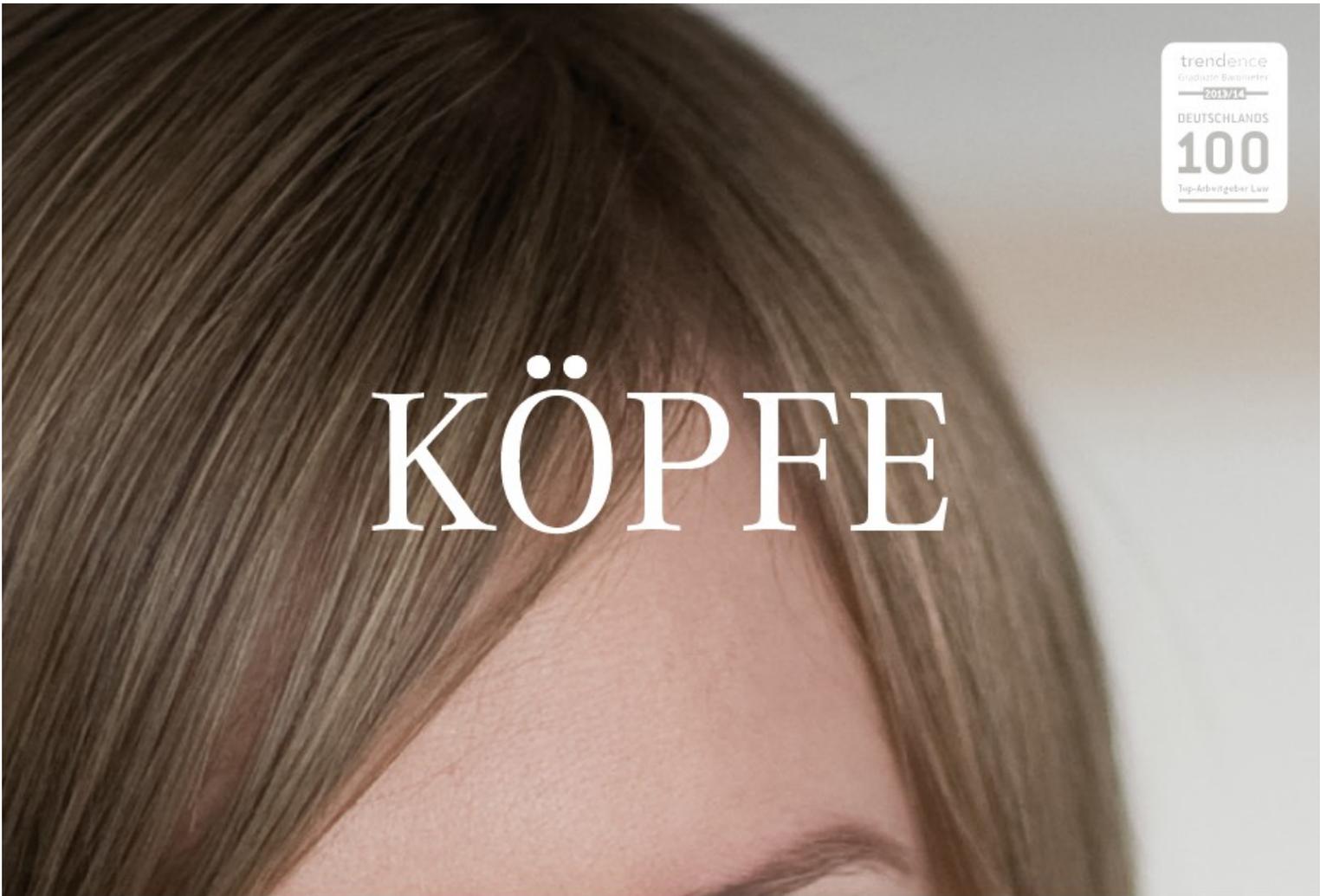
6. Bloß ergänzend sei angemerkt: Bei der Argumentation für eine analoge Anwendung des § 37 Abs. 3 StPO könnte man ferner die Wertung des Art. 6 Abs. 3 e EMRK anführen.

7. Abzustecken werden für die Zukunft auch die Grenzen des § 37 Abs. 3 StPO sein. Bis zu welchem Grad muss die deutsche Sprache beherrscht werden? Wie wird entschieden, ob eine schriftliche Übersetzung mit zugestellt wird? Wer trägt die Kosten für eine unnötige Übersetzung? Gibt es Alternativen zur schriftlichen Übersetzung? Zu erwarten sind

verschiedene Fallgestaltungen mit vielen weiteren Facetten und Nuancen.

(RA Dr. Patrick Hinderer)

► [Inhaltsverzeichnis](#)



KÖPFE

GESUCHT

Referendare und Praktikanten
www.tsp-law.com

Thümmel, Schütze & Partner
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

Die Drei-Prozent-Sperrklausel bei der Europawahl

Urteil vom 26.02.2014 – 2 BvE 2/13 u. a.

Nachdem das BVerfG im Jahre 2011¹ die Fünf-Prozent-Sperrklausel für die Europawahl für verfassungswidrig erklärt hatte, wurde durch das Fünfte Gesetz zur Änderung des Europawahlgesetzes vom 07.10.2013 eine Drei-Prozent-Sperrklausel eingeführt. Im Rahmen von Organstreitverfahren und Verfassungsbeschwerden hatte das BVerfG nun die Zulässigkeit einer Drei-Prozent-Sperrklausel zu beurteilen.

Zum besseren Verständnis sind die folgenden gesetzlichen Bestimmungen im Wortlaut abgedruckt:

§ 2 Abs. 7 Europawahlgesetz (EuWG):

Bei der Verteilung der Sitze auf die Wahlvorschläge werden nur Wahlvorschläge berücksichtigt, die mindestens 3 Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Stimmen erhalten haben.

Art. 1 Abs. 1 Direktwahlakt (DWA):

In jedem Mitgliedstaat werden die Mitglieder des Europäischen Parlaments nach dem Verhältniswahlssystem auf der Grundlage von Listen oder von übertragbaren Einzelstimmen gewählt.

Art. 3 DWA:

Für die Sitzvergabe können die Mitgliedstaaten eine Mindestschwelle festlegen. Diese Schwelle darf jedoch landesweit nicht mehr als 5 % der abgegebenen Stimmen betragen.

Art. 8 DWA:

Vorbehaltlich der Vorschriften dieses Akts bestimmt sich das Wahlverfahren in jedem Mitgliedstaat nach den innerstaatlichen Vorschriften. Diese innerstaatlichen Vorschriften, die gegebenenfalls den Besonderheiten in den Mitgliedstaaten Rechnung tragen können, dürfen das Verhältniswahlssystem insgesamt nicht in Frage stellen.

Zulässigkeit

Klausurhinweis:

Mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Drei-Prozent-Sperrklausel hatte sich das BVerfG in der gegenständlichen Entscheidung sowohl im Wege der Verfassungsbeschwerde als auch im Wege des Organstreitverfahrens auseinanderzusetzen. Das BVerfG verband daher die Verfahren zur gemeinsamen Entscheidung.

Während Beschwerdeführer einzelne Bürger waren, traten als Antragssteller verschiedene kleinere Parteien auf.

¹ BVerfGE 129, 300.

Das BVerfG erachtete sowohl die Verfassungsbeschwerden als auch die Organstreitverfahren für zulässig, letztere aber nur, soweit sie sich gegen den Bundestag als Gesetzgeber richten. Die ebenfalls angestregten Organstreitverfahren gegen den Bundesrat und den Bundespräsidenten scheiterten an der fehlenden Antragsbefugnis, da eine mögliche Verletzung eigener Rechte durch deren Beteiligung im Gesetzgebungsverfahren nicht hinreichend dargelegt wurde.

Der Einfachheit halber soll hier nur die Zulässigkeit der Organstreitverfahren dargestellt werden.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Diese ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i. V. m. § 13 Nr. 3, §§ 63 ff. BVerfGG.

II. Beteiligtenfähigkeit

1. Antragsteller

Die antragstellenden Parteien müssten taugliche Antragssteller i. S. d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG sein. Parteien selbst sind keine obersten Bundesorgane. Sie könnten jedoch „andere Beteiligte“ i. S. d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG sein, was voraussetzt, dass sie durch dieses Grundgesetz mit eigenen Rechten ausgestattet sind.

Problematisch erscheint dabei, dass Parteien zunächst nur privatrechtliche Vereinigungen von Bürgern darstellen und ihrem Wesen nach daher eher dem gesellschaftlichen denn dem staatsorganisatorischen Bereich zuzurechnen sind.

Das Organstreitverfahren dient aber gerade der Lösung von Kompetenzstreitigkeiten zwischen solchen mit der Staatsorganisation beauftragten Organen.

Dies könnte dagegensprechen, die Parteien als „andere Beteiligte“ i. S. d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG anzusehen.

Gleichwohl sind die Parteien aber verfassungsrechtlich notwendiger Bestandteil der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, indem sie bei der politischen Willensbildung des Volkes mitwirken, wie Art. 21 GG bestimmt.

Parteien werden daher nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG² als „andere Beteiligte“ i. S. d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG angesehen, soweit die Parteien ihren verfassungsrechtlichen Status aus Art. 21 Abs. 1 GG gerade gegenüber einem anderen Verfassungsorgan geltend machen wollen.

Klausurhinweis:

Macht die Partei hingegen ihre verfassungsrechtlich geschützten Rechte gegenüber einem Nicht-Verfassungsorgan geltend, so kann die Partei, nachdem sie den Verwaltungsrechtsweg bestritten hat, Verfassungsbeschwerde, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, erheben.

Die Partei hat damit ein „doppeltes Wesen“, was im – etwas befremdlich erscheinenden – Ergebnis dazu führt, dass oftmals allein die Natur des „Gegners“ darüber entscheidet, ob sich die Partei auf

² Seit BVerfGE 1, 208, 223 ff.

ein Organstreitverfahren oder eine Verfassungsbeschwerde stützen kann. Gleichwohl ist dies ständige Rechtsprechung des BVerfG, welcher auch in der Klausur gefolgt werden sollte.

2. Antragsgegner

Der Bundestag ist gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i. V. m. § 63 BVerfGG tauglicher Antragsgegner.

III. Streitgegenstand

Tauglicher Streitgegenstand ist jede rechtserhebliche Handlung des Antragsgegners. Als solche kommt hier der Beschluss des Bundestages zum Erlass des Fünften Gesetzes zur Änderung des Europawahlgesetzes vom 07.10.2013 in seiner am 10.10.2013 in Kraft getretenen Fassung (BGBl. I S. 3749), durch das in § 2 Abs. 7 EuWG die Drei-Prozent-Sperrklausel eingeführt wurde, in Betracht.

IV. Antragsbefugnis

„Die Antragsbefugnis im Organstreit gemäß § 64 Satz 1 BVerfGG ist gegeben, wenn die Antragsteller schlüssig behaupten, dass sie und der Antragsgegner an einem verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis unmittelbar beteiligt sind und dass der Antragsgegner hieraus erwachsende eigene verfassungsmäßige Rechte und Zuständigkeiten der Antragsteller durch die beanstandete Maßnahme oder das Unterlassen verletzt oder unmittelbar gefährdet hat.“

Durch die Einführung der Drei-Prozent-Sperrklausel besteht die Gefahr, dass solche Wählerstimmen, die auf kleine Parteien unterhalb der Sperrklausel entfallen, gegenüber denjenigen Wählerstimmen, die für größere Parteien abgegeben werden, nicht mehr den gleichen „Wert“ haben. Vor diesem Hintergrund wurde schlüssig vorgetragen, dass hierdurch die antragsstellenden Parteien möglicherweise in ihrem Recht aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG (sog. „Chancengleichheit der Parteien“) verletzt sind.

Eine Antragsbefugnis ist mithin gegeben.

V. Form und Frist

Die sich aus §§ 32 Abs. 1, 64 Abs. 2 BVerfGG ergebende Form und die Frist des § 64 Abs. 3 BVerfGG wurden eingehalten.

Überdies ist zu beachten, dass die *„Einleitung eines Verfassungsrechtsstreits einer politischen Partei grundsätzlich zu der dem Vorstand einer Partei obliegenden Geschäftsführung“* gehört. Der Antrag muss daher von allen vertretungsberechtigten Vorständen eingereicht werden.

Begründetheit

I. Prüfungsmaßstab

Zu Beginn der Begründetheit konturiert das BVerfG zunächst den hier maßgeblichen Prüfungsmaßstab:

Dieser wird nicht durch verbindliche unionsrechtliche Vorgaben eingeschränkt (a.). Auch liegt kein Verstoß gegen das Verbot der Normwiederholung vor (b.).

a) Zunächst stellt das BVerfG fest, dass das Europawahlgesetz als deutsches Bundesrecht am Grundgesetz zu messen ist.

Die deshalb vorzunehmende umfassende verfassungsrechtliche Prüfung der Sperrklausel wird auch nicht etwa durch verbindliche europarechtliche Vorgaben eingeschränkt.

Eine „unionsrechtliche Sperrklausel auf der Grundlage des Art. 223 Abs. 1 AEUV besteht weiterhin nicht“. Vielmehr bestimmt sich „gemäß Art. 8 Abs. 1 des DWA [...] das Wahlverfahren – vorbehaltlich unionsrechtlicher Vorgaben und der Vorschriften des DWA – in jedem Mitgliedstaat nach innerstaatlichen Vorschriften“.

Maßgeblich ist daher die Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit dem Grundgesetz.

Dies gilt ungeachtet dessen, dass Art. 3 DWA den Mitgliedsstaaten das Recht einräumt, eine Sperrklausel von bis zu fünf Prozent einzuführen. Denn daraus folgt „nicht zugleich deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit nach dem jeweiligen mitgliedstaatlichen Recht“.

Der DWA bestimmt nur einen Gestaltungsrahmen für die nationalen Wahlrechtsvorschriften. Diese nationalen Vorschriften un-

terliegen aber den verfassungsrechtlichen Bindungen des jeweiligen Mitgliedsstaates.

Ein solches Normverständnis legt bereits die Entstehungsgeschichte der Neufassung des DWA nahe: Bereits 1988 hatte das Europäische Parlament einen eigenen Entwurf für ein Wahlverfahren auf Grundlage gemeinsamer Grundsätze erarbeitet. Dieser sah vor, dass für die Sitzvergabe eine Mindestschwelle festgelegt werden konnte, die jedoch landesweit nicht mehr als fünf Prozent der abgegebenen Stimmen betragen durfte.

In den Erwägungsgründen zu diesem Entwurf findet sich der Hinweis, dass diese Mindestschwelle auf fakultativer Basis erfolgen muss und auf jeden Fall landesweit nicht bei über fünf Prozent der abgegebenen Stimmen liegen darf. Dieser Entwurf hat nahezu unverändert Eingang in Art. 3 der Neufassung des DWA im Jahre 2002 gefunden.

Sinn und Zweck des Art. 3 DWA ist daher allein eine Begrenzung des mitgliedstaatlichen Spielraums bei der Frage der maximal zulässigen Höhe einer Sperrklausel. Die Mitgliedsstaaten sollen damit aber nicht von den Vorgaben des nationalen Verfassungsrechts entbunden werden.

Mangels Auslegungszweifel verneint das BVerfG sodann eine Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV.

b) Bereits mit Urteil des BVerfG vom 09.11.2011³ wurde die Fünf-Prozent-Sperrklausel im Europawahlgesetz für verfassungswidrig erklärt. Dieses Urteil bindet gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG die Verfassungsorgane und damit auch den Bundestag. Allerdings führt diese Bindungswirkung allenfalls zu einem Verbot inhaltsgleicher Normwiederholungen. An einer solchen fehlt es jedoch nach Ansicht des BVerfG, da sich „[e]ine Drei-Prozent-Sperrklausel [...] anders als eine Fünf-Prozent-Sperrklausel auswirken [kann] und deshalb gesonderter Würdigung [bedarf]“.

Mithin war der Gesetzgeber nicht schon wegen § 31 Abs. 1 BVerfGG gehindert, an die Stelle der für nichtig erklärten Fünf-Prozent-Sperrklausel die hier angegriffene Drei-Prozent-Sperrklausel zu setzen.

Auch der Grundsatz der Organtreue begrenzt nicht die legislative Gestaltungsfreiheit. Denn „der Gesetzgeber hat [...] die Entscheidung zur Fünf-Prozent-Sperrklausel nicht bewusst missachtet, sondern gerade in Auseinandersetzung mit dem Urteil gehandelt und damit nicht gegen seine verfassungsrechtliche Rücksichtnahmepflicht verstoßen“.

II. Umfang der Rechte aus Art. 21 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG

Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl gemäß Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Gebot formaler Wahlrechtsgleichheit er-

³ BVerfGE 129, 300.

fordert, dass „die Stimme eines jeden Wahlberechtigten grundsätzlich den gleichen Zählwert und die gleiche rechtliche Erfolgchance haben muss. Alle Wähler sollen mit der Stimme, die sie abgeben, den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben.“⁴ Jede Stimme muss i. R. d. von § 2 Abs. 1 EuWG angeordneten Verhältniswahl also den gleichen Zählwert und den gleichen Erfolgswert aufweisen.⁵

Auch bei der Chancengleichheit der Parteien handelt es sich um eine Gleichheit im formalen Sinn. „Der aus Art. 21 Abs. 1 GG abzuleitende Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien und die unter dem Gesichtspunkt demokratisch gleicher Wettbewerbschancen auch für sonstige politische Vereinigungen i. S. d. § 8 Abs. 1 EuWG gebotene Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) verlangen, dass jeder Partei, jeder Wählergruppe und ihren Wahlbewerbern grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im gesamten Wahlverfahren und damit gleiche Chancen bei der Verteilung der Sitze eingeräumt werden.“

Klausurhinweis:

Das BVerfG betont, dass „zwischen Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien ein enger Zusammenhang [besteht]“. Auch die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Beeinträchtigungen folgt daher „den gleichen Maßstäben“.

⁴ So auch schon BVerfGE 129, 317 f.

⁵ So auch schon BVerfGE 120, 103 und 129, 318.

Daher werden im Folgenden Wahlrechts- und Chancengleichheit der Parteien zusammen geprüft.

III. Beeinträchtigung

Hierzu führt das BVerfG aus: *„Die Drei-Prozent-Sperrklausel in § 2 Abs. 7 EuWG bewirkt eine Ungleichgewichtung der Wählerstimmen; zugleich wird durch die Sperrklausel der Anspruch der politischen Parteien auf Chancengleichheit beeinträchtigt. Die Sperrklausel bedarf daher – im Grundsatz nicht anders als eine Fünf-Prozent-Sperrklausel – der Rechtfertigung.“*

IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

1. Maßstab für Rechtfertigung

Trotz der Bedeutung der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der Parteien für die Demokratie als solche unterliegen beide keinem absoluten Differenzierungsgebot.

Allerdings bedürfen *„Differenzierungen [...] zu ihrer Rechtfertigung stets eines besonderen, sachlich legitimierten, in der Vergangenheit als ‚zwingend‘ bezeichneten Grundes“*, wobei nicht erforderlich ist, dass sich die Differenzierung als *„von Verfassungs wegen notwendig darstellen muss“*. Es genügt, wenn Gründe vorliegen, die *„von einem Gewicht sind, das der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten kann“*.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass Regelungen betreffend das Wahlrecht die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren und somit die parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird. Hieraus erwächst in besonderem Maße *„die Gefahr [...], dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt“*.

Vor diesem Hintergrund bleibt dem Gesetzgeber *„bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen“*, der überdies einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt.⁶

Zu orientieren hat sich der Gesetzgeber stets an der politischen Wirklichkeit. Dies bedeutet zugleich, dass *„die Vereinbarkeit einer Sperrklausel mit dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien nicht ein für allemal abstrakt beurteilt werden kann. [...] Maßgeblich für die Frage der weiteren Beibehaltung, Abschaffung oder (Wieder-)Einführung einer Sperrklausel sind allein die aktuellen Verhältnisse.“*

2. Rechtfertigung

a) Der Wegfall der Drei-Prozent-Sperrklausel führt dazu, dass auch kleinere Parteien der Zugang zum Europäischen Parlament möglich ist. Grundsätzlich ist denkbar, dass *„eine große Zahl kleiner Parteien und Wählerverei-*

⁶ Dazu schon BVerfGE 120, 105; 129, 322 f.; 130, 229.

nigungen in einer Volksvertretung [...] zu ernsthaften Beeinträchtigungen ihrer Handlungsfähigkeit führen [kann]. Eine Wahl hat aber nicht nur das Ziel, überhaupt eine Volksvertretung zu schaffen, sondern sie soll auch ein funktionierendes Vertretungsorgan hervorbringen.“

Die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments kommt daher als rechtfertigender Grund für eine Drei-Prozent-Sperrklausel in Betracht.

b) Was zur Sicherung der Funktionsfähigkeit erforderlich ist, *„bemisst sich nach den konkreten Funktionen des zu wählenden Organs. Zudem kommt es auf die konkreten Bedingungen an, unter denen die jeweilige Volksvertretung arbeitet und von denen die Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Funktionsstörungen abhängt.“*

Allerdings kann *„die allgemeine und abstrakte Behauptung, durch den Wegfall der Drei-Prozent-Sperrklausel werde der Einzug kleinerer Parteien und Wählergemeinschaften in die Vertretungsorgane erleichtert und dadurch die Willensbildung in diesen Organen erschwert, einen Eingriff in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit nicht rechtfertigen. Deshalb genügt die bloße ‚Erleichterung‘ oder ‚Vereinfachung‘ der Beschlussfassung nicht. Nur die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Vertretungsorgane aufgrund bestehender oder*

bereits gegenwärtig verlässlich zu prognostizierender künftiger Umstände kann die Drei-Prozent-Sperrklausel rechtfertigen.“

c) Vor diesem Hintergrund stellt das BVerfG fest, dass die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments ohne eine Sperrklausel nicht mit einiger Wahrscheinlichkeit beeinträchtigt wird:

aa) Bisher hat die Zusammenarbeit der beiden großen Fraktionen die parlamentarische Praxis geprägt. Sie vereinen regelmäßig eine absolute Mehrheit der Mandate auf sich.

Allerdings ist nicht auszuschließen, „dass die Zusammenarbeit der beiden großen Fraktionen im Europäischen Parlament, welche die parlamentarische Praxis bislang geprägt hat, aufgrund der Benennung von (konkurrierenden) Spitzenkandidaten der Parteien, in Zukunft nicht mehr oder in signifikant geringem Umfang stattfindet“.

Gleichwohl ist nicht ersichtlich, dass die bisher praktizierte flexible Mehrheitsbildung im Parlament durch die Zuwahl neuer Abgeordneter kleinerer Parteien nennenswert beeinträchtigt wird:

„So kann es Gründe für die Annahme geben, dass die beiden großen Fraktionen, die regelmäßig eine absolute Mehrheit der Mandate auf sich vereinen, auch weiterhin in einer Vielzahl von Fällen an einer Zusammenarbeit interessiert, wenn nicht sogar auf eine solche angewiesen sind. Dementsprechend liegt etwa

die Möglichkeit nicht fern, dass ein Kandidat für das Amt des Kommissionspräsidenten aus dem Kreis der im Europäischen Parlament vertretenen Parteien zur Bildung einer ihn tragenden Parlamentsmehrheit die Unterstützung der beiden großen Fraktionen benötigt und es aufgrund von hierüber geführten Verhandlungen zu einer Verfestigung der Kooperation der beiden großen Fraktionen kommt. Auf die Zahl nicht fraktionsgebundener Abgeordneter käme es bei einer derartigen Entwicklung nicht entscheidend an. [...] Zudem ist offen, ob eine infolge stärkerer parteipolitischer Profilierung veränderte Wahrnehmung des Europäischen Parlaments nicht Wähler mehr als bislang zu strategischem Wahlverhalten veranlassen und dies einer Zunahme der im Europäischen Parlament vertretenen Parteien entgegenwirken würde.“

bb) Auch die zu erwartenden Schwierigkeiten, eine qualifizierte Mehrheit zu erreichen, führen zu keinem anderen Ergebnis:

„Die Anordnung qualifizierter Mehrheiten in den Verträgen [zielt] gerade auf eine breite Zustimmung im Europäischen Parlament [...] und [nimmt] nicht zuletzt mit Blick auf das institutionelle Gleichgewicht mit den anderen Organen (Art. 13 EUV) in Kauf, dass das Europäische Parlament bei unüberwindbaren Meinungsverschiedenheiten keine durchsetzbare Position erlangt.“

cc) Auch ist nicht ersichtlich, dass die neu gewählten Abgeordneten kleinerer Parteien

von vornherein keine Aufnahme in eine der etablierten oder neu gegründeten Fraktionen finden können. Zwar darf die Integrationskraft der Fraktionen im Europäischen Parlament nicht überbewertet werden. Jedoch sind die „Anreize für die Anbindung von Abgeordneten an eine Fraktion [...] beträchtlich, so dass nicht ohne Weiteres von einer unverträglich hohen Anzahl fraktionsloser Abgeordneter ausgegangen werden kann. Es wird allerdings zu beobachten sein, wie sich eine denkbare Wahl von Abgeordneten weiterer, in der deutschen Parteienlandschaft im Wettbewerb stehender Parteien auswirken wird. Gesicherte Einschätzungen sind derzeit auch diesbezüglich nicht möglich.“

Im Übrigen weist das BVerfG noch ausdrücklich darauf hin, dass der Umstand, dass die Drei-Prozent-Sperrklausel in die Wahlrechtsgleichheit und in die Chancengleichheit der Parteien weniger intensiv als vormals die Fünf-Prozent-Sperrklausel eingreift, nicht zur Rechtfertigung der angegriffenen Regelung genügt.

V. Ergebnis

Somit ist im Ergebnis festzuhalten:

1. Der mit der Drei-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht verbundene schwerwiegende Eingriff in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien ist unter den gegebenen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen nicht zu rechtfertigen.

2. Eine abweichende verfassungsrechtliche Beurteilung kann sich ergeben, wenn sich die Verhältnisse wesentlich ändern. Der Gesetzgeber ist nicht daran gehindert, auch konkret absehbare künftige Entwicklungen bereits im Rahmen der ihm aufgegebenen Beobachtung und Bewertung der aktuellen Verhältnisse zu berücksichtigen; maßgebliches Gewicht kann diesen jedoch nur dann zukommen, wenn die weitere Entwicklung auf Grund hinreichend belastbarer tatsächlicher Anhaltspunkte schon gegenwärtig verlässlich zu prognostizieren ist.

Zur Vertiefung:

Das BVerfG entschied mit 5 zu 3 Stimmen. Es soll daher noch kurz das Sondervotum des Bundesverfassungsrichters Müller, der die Entscheidung nicht mittrug, dargestellt werden:

BVR Müller geht davon aus, dass sich der Gesetzgeber „mit der Festlegung einer Sperrklausel in Höhe von 3 % [...] innerhalb des ihm grundsätzlich zustehenden Gestaltungsspielraums [bewegt]“:

Dem Gesetzgeber komme bei der Ausgestaltung des Wahlrechts ein Gestaltungsspielraum zu. Diesen habe das BVerfG zu achten. Es habe nur zu prüfen, ob dessen Grenzen überschritten sind. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl dürfe es nur feststellen, wenn eine differenzierende Regelung an einem Ziel orientiert ist, „das der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlrechts nicht verfolgen darf oder wenn die Regelung zur Erreichung dieses Ziels nicht geeignet ist oder das Maß des zur Erreichung des Ziels Erforderlichen überschreitet“.

„Ob es zur Sicherung der Funktionsfähigkeit einer zu wählenden Volksvertretung einer Sperrklausel bedarf, [sei] auf Basis einer Prognose über die Wahrscheinlichkeit des Einzugs von Splitterparteien, dadurch künftig zu erwartender Funktionsstörungen und deren Gewicht für die Aufgabenerfüllung der Volksvertretung zu entscheiden.“

Diese Prognoseentscheidung habe der Gesetzgeber zu treffen. Das BVerfG dürfe diese nur kontrollieren. Es dürfe aber nicht „seine eigene Prognose an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers [...] setzen“.

Die vom BVerfG in seiner Entscheidung hinsichtlich der Feststellung einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments zugrunde gelegte Kontrolldichte gewährleiste „die gebotene Beachtung des gesetzgeberischen Gestaltungsauftrages nicht hinreichend“.

Weiter wendet er sich gegen die Begründung der strikten Kontrolle dadurch, dass der Gesetzgeber hier in „eigener Sache“ tätig werde. Bei der Gesetzgebung zum Wahlsystem für das Europäische Parlament seien die Mandatsträger in ihrem Abgeordnetenstatus allenfalls mittelbar betroffen in Bezug auf die Interessen ihrer Partei. Dies rechtfertige aber nicht ohne Weiteres die Annahme, „dass bei der Entscheidung über das Verfahren zur Wahl des Europäischen Parlaments ein auf Interessengleichheit beruhendes, strukturelles Kontrolldefizit besteh[e], das der Kompensation durch eine intensivierte verfassungsrechtliche Kontrolle [bedürfe]“.

Dies allein könne „weder zu einer Suspendierung des gesetzgeberischen Gestaltungsauftrags, noch zu einer verfassungsgerichtlichen Kontrolltätigkeit führen, die diesem Gestaltungsauftrag nicht hinreichend Rechnung trägt“.

Es sei „Sache des Gesetzgebers, im Rahmen seiner Prognoseentscheidung die vorgenannten Umstände und ihre Wirkung hinsichtlich der bei einem Verzicht auf Sperrklauseln und äquivalente Regelungen eintretenden Zersplitterung des Parlaments zu bewerten. Berücksichtigt er diese Umstände nicht, weil nicht konkret absehbar ist, in welchem Umfang sie der Zersplitterung des Parlaments entgegenwirken würden, ist verfassungsrechtlich hiergegen nichts einzuwenden.“

Gegenwärtig sei nach Ansicht des Gesetzgebers nicht absehbar, inwieweit die Integrationskraft der bestehenden Fraktionen einer weiteren Zersplitterung des Parlaments entgegenwirken könne. Auch sei der Fortbestand der absoluten Mehrheit, die die großen Fraktionen auf sich vereinen, nicht gewährleistet.

Auf Grundlage dieser nicht zu beanstandenden Prognose des Gesetzgebers sei „die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments [...] hinreichend gewichtig, um einen Eingriff in die Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien zu rechtfertigen“.

Die Drei-Prozent-Sperrklausel begegne daher „keinen verfassungsrechtlichen Bedenken“.

(Moritz Stilz / Jonas Ludwig)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Verwaltungsgerichtshof
Baden-Württemberg

Zur Abgrenzung der Normerlassklage vom Normenkontrollverfahren

Urteil vom 31.10.2013 – 8 S 3026/11

Ein Antrag auf Normerlass ist im Normenkontrollverfahren nicht statthaft. Gegen ein reines Unterlassen des Normgebers, aufgrund dessen nicht die Unwirksamkeit einer Norm geltend gemacht wird, kann Rechtsschutz allein mit der Feststellungsklage gesucht werden (im Anschluss an BVerwG, NVwZ-RR 2010, 578 Rdnr. 17 ff.). (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt:

Der Antragsteller, ein Gemeindeverwaltungsverband, wendet sich gegen die Wirksamkeit des Regionalplans für die Region Stuttgart, soweit er darin nicht zum Unterzentrum bestimmt worden ist. Der Regionalplan wurde von der Regionalversammlung am 22.07.2009 als Satzung beschlossen und besitzt daher den Rang einer untergesetzlichen Rechtsnorm. Im Rahmen der Beteiligung an der Fortschreibung des Regionalplans hatte der Antragsteller beantragt, als Unterzentrum im Regionalplan festgelegt zu werden.

Da der Regionalverband diesem Begehren nicht entsprochen hatte, leitete der Antragsteller das Normenkontrollverfahren gemäß § 47 VwGO ein mit dem Ziel des Ausspruchs der Unwirksamkeit des einschlägigen Planatzes des Regionalplans, soweit dieser ihn oder seine Mitgliedsgemeinden nicht zum Unterzentrum bestimmt. Der Verwaltungsgerichtshof wies den Normenkontrollantrag ab, weil er unzulässig sei. Er lies jedoch die Revision zu, über die bisher noch nicht entschieden ist.

Wesentliche Entscheidungsgründe:

Aus Sicht des Verwaltungsgerichtshofs sei der Normenkontrollantrag unstatthaft. Der Antrag sei sowohl nach seinem Wortlaut als auch unter Würdigung der schriftlichen sowie mündlichen Antragsbegründung, auf die es gemäß § 88 VwGO ankomme, so zu verstehen, dass der Antragsteller eine Unwirksamkeitserklärung nur insoweit erstrebe, als eine Regelung im Regionalplan nicht getroffen worden sei, nämlich die Bestimmung des Antragstellers zum Unterzentrum. Für ein solches Begehren sei das Normenkontrollverfahren gemäß § 47 VwGO nicht statthaft, weil der Antragsteller ein reines Unterlassen rüge. So führt das Gericht aus:

„Das Begehren des Antragstellers ist auch nicht dahin zu verstehen, dass er dem Normgeber nur ein relatives Unterlassen dergestalt vorwirft, dass er mit einer Norm den regelungsbedürftigen Lebensbereich zwar geregelt

habe, dabei aber, insbesondere unter Verstoß gegen den Gleichheitssatz, einen wesentlichen Punkt pflichtwidrig ungeregelt gelassen und somit also eine unvollständige Norm erlassen habe und er die Feststellung der Unanwendbarkeit der unvollständigen Norm im Rahmen des Normenkontrollverfahrens begehrte. Dieses Ziel der Kassation einer Norm wegen einer unterlassenen Regelung könnte mit einem Normenkontrollantrag verfolgt werden (...). Jedoch macht der Antragsteller nicht geltend, dass er an die Stelle einer als Unterzentrum festgelegten Gemeinde rücken möchte. Ebenso wenig kritisiert er, dass er aufgrund einer Ungleichbehandlung zu einer anderen Gemeinde, die als Unterzentrum festgelegt worden sei, Nachteile erleide und deshalb zunächst die Unwirksamkeitserklärung des Plansatzes (...) oder gar der gesamten Bestimmungen zu den Zentralen Orten begehre.“

Gegen ein solches Unterlassen – das Gericht spricht von einem „reinen“ Unterlassen, weil der Antragsteller lediglich begehre, selbst Unterzentrum zu werden und nicht die Unwirksamkeit der Norm geltend mache – könne Rechtsschutz allein mit der Feststellungsklage gesucht werden.

Bewertung:

Der Verwaltungsgerichtshof grenzt das Normenkontrollverfahren gemäß § 47 VwGO von der sogenannten Normerlassklage ab, die nach zutreffender herrschender Meinung

dem Anwendungsbereich des § 43 VwGO unterfällt (vgl. BVERWG, NVwZ-RR 2010, 578, (578) m. N.). Ein Antrag auf Normerlass, der sich auf ein Unterlassen des Antragsgegners bezieht, kann nur im Wege einer Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO vor dem Verwaltungsgericht geltend gemacht werden (vgl. BVERWG, NVwZ-RR 2010, 578; BVERWG, NVwZ 2002, 1505; GIESBERTS, in: BeckOK VwGO, Ed. 28, § 47 Rdnr. 9; DUKEN, NVwZ 1993, 546, (547)). Dabei berücksichtigt der Verwaltungsgerichtshof in seinen Entscheidungsgründen aber durchaus, dass es unterschiedliche, auf Normerlass gerichtete, Antrags- bzw. Klagebegehren geben kann und dass § 47 VwGO in bestimmten Fallkonstellationen sogar einschlägig sein kann.

Das Gericht grenzt den vorliegenden Fall also von den Fällen ab, in denen der Antragsteller zumindest auch die vollständige oder teilweise Kassation einer bereits erlassenen Rechtsnorm begehrt. In den im obigen Zitat skizzierten Fällen geht es dem Antragsteller immer auch darum, eine existente Norm für ganz oder teilweise unwirksam erklären zu lassen. Nur in diesen Fällen kann der Antrag gemäß § 47 VwGO statthaft sein, denn § 47 VwGO setzt nach seinem klaren Wortlaut voraus, dass die streitgegenständliche Norm „erlassen“ ist (§ 47 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 2 VwGO). Ein rein auf Normerlass gerichteter Antrag muss demnach im Normenkontrollverfahren gemäß § 47 VwGO bereits deswegen unzulässig sein, da es insoweit am Angriff einer „erlassenen“ Rechtsvorschrift fehlt

(vgl. VGH Kassel, Beschluss vom 15.04.1991, 1 N 3368/90; UNRUH, in: FEHLING/KASTNER/STÖRMER, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 47 Rdnr. 29). Wird nämlich der Erlass oder die Ergänzung einer Norm begehrt, so richtet sich das Begehren auf etwas, das noch nicht existent ist. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Erlass einer völlig neuen Norm oder die Ergänzung einer existenten Norm begehrt wird. Dies folgt daraus, dass selbst im letztgenannten Fall die Ergänzung einen bisher nicht existenten Teil der Norm betrifft. In diesen Fällen kann auch der Sinn und Zweck des § 47 VwGO nicht erfüllt werden, der auf die Kassation einer Norm gerichtet ist (BVERWG, NVwZ 2004, 620).

Eine Anwendung des § 47 VwGO könnte daher in den Fällen der reinen Normerlass- oder -ergänzungsklage nur analog erfolgen (so VGH MÜNCHEN, BayVBl. 2003, 433). Für eine analoge Anwendung des § 47 VwGO ist in den Fällen, in denen ein Normerlass oder eine Normergänzung beantragt wird, jedoch kein Raum, da § 43 VwGO eine statthafte Klageart normiert. Es ist anerkannt, dass Normerlass- oder Normergänzungsklagen unter § 43 VwGO fallen (vgl. BVERWG, NJW 1989, 924; OVG MÜNSTER, NVwZ-RR 1995, 105). Insbesondere ist in den auf Normerlass oder Normergänzung gerichteten Klagen regelmäßig auch ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis gegeben. Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis ist Zulässigkeitsvoraussetzung des Klageverfahrens gemäß § 43

VwGO. Der Anspruch auf Normerlass ist dabei unproblematisch ein solches Rechtsverhältnis (vgl. MÖSTL, in: BeckOK VwGO, Ed. 28, § 43 Rdnr. 33). Gerade in Fällen wie dem vorliegenden, in denen es dem Antragsteller bzw. Kläger um eine statusbegründende Regelung geht, liegt ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis unproblematisch vor (vgl. OVG MÜNSTER, NVwZ 1995, 105). Es besteht daher kein Bedürfnis für eine analoge Anwendung des § 47 VwGO (HUFEN, JuS 2003, 505). Insbesondere bedarf es auch keiner allgemeinverbindlichen Nichtigerklärung i. S. d. § 47 Abs. 5 VwGO, denn bei der Normerlassklage geht es um einen persönlichen Anspruch des Antragstellers bzw. Klägers auf Normerlass (vgl. DUKEN, NVwZ 1993, 546, (547)).

Hinweise:

Die – sehr kurz gehaltene – Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes betrifft eine prüfungsrelevante Fallkonstellation, mag sie auch mit der Einbettung in einen regional-planerischen Fall einen eher weniger prüfungsrelevanten Aufhänger haben. Im Kern beschäftigt sich das Urteil jedoch mit einer rein prozessualen Fragestellung, nämlich der Abgrenzung des Normenkontrollverfahrens gemäß § 47 VwGO von der Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO im Falle auf Normerlass oder Normergänzung gerichteter Anträge. Im Ausgangspunkt geht es darum, das Klage- bzw. Antragsbegehren gemäß § 88 VwGO exakt auszulegen, um so die Weichen

für die prozessuale Prüfung zu stellen. Der Fall wäre hinsichtlich der statthaften Klageart nämlich möglicherweise anders zu entscheiden gewesen, wenn der Antragsteller geltend gemacht hätte, er wolle an die Stelle einer anderen Gemeinde als Unterzentrum festgelegt werden. In diesem Falle wäre es ihm auch um Kassation gegangen.

Nach der Auslegung des Begehrens gilt es zu erkennen, dass der Anwendungsbereich des § 47 VwGO nach herrschender Meinung nur dann eröffnet ist, wenn der Antragsteller tatsächlich auch erreichen möchte, dass eine Norm ganz oder teilweise für unwirksam erklärt wird. Denn nur dieses Ziel der Kassation einer Norm wegen einer unterlassenen Regelung kann – wie der Verwaltungsgerichtshof ausführt – mit einem Normenkontrollantrag gemäß § 47 VwGO verfolgt werden. Allerdings soll nicht vergessen werden, dass diese Rechtsauffassung keinesfalls unbestritten ist. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat mit Urteil vom 14.12.1983 (VGH MÜNCHEN, NVwZ 1985, 502) entschieden, dass auch gegen ein reines Unterlassen des Normgebers, aufgrund dessen nicht die Unwirksamkeit einer gesetzten Norm geltend gemacht werde, Rechtsschutz mit dem Normenkontrollverfahren gesucht werden könne. Das war letztlich auch der Grund, weshalb der Verwaltungsgerichtshof die Revision zugelassen hat.

(RA Dr. Jan Knöbl)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Verwaltungsgerichtshof
Baden-Württemberg

Zur Klagebefugnis einer Gemeinde

Urteil vom 17.02.2014 – 5 S 1667/12

Die Klagebefugnis ist nur gegeben, wenn die geltend gemachte Rechtsverletzung gerade durch die mit dem Verwaltungsakt getroffene Regelung möglich erscheint. Allein in der Begründung enthaltene Feststellungen können für sich genommen ebenso wenig die Klagebefugnis begründen wie lediglich tatsächliche oder mittelbare Wirkungen. (amtlicher Leitsatz)

Sachverhalt (zu Ausbildungszwecken vereinfacht):

Die Klägerin – eine Gemeinde ohne eigene Baurechtszuständigkeit – wendet sich gegen eine gegenüber einem ihrer Bürger erlassene Abbruchsanordnung für ein Gartenhaus. Ende des Jahres 2003 hatte die Beklagte – das Land Baden-Württemberg – festgestellt, dass auf einem Grundstück außerhalb des im maßgeblichen Bebauungsplan der Klägerin festgesetzten Baufensters ohne Genehmigung ein Gartenhaus errichtet worden war.

Mit baurechtlicher Entscheidung aus dem Jahr 2004 hatte die Beklagte die nachträgliche Erteilung einer Baugenehmigung abgelehnt, da nach dem Bebauungsplan auf den nicht überbaubaren Grundstücksflächen Nebenanlagen nicht zulässig seien und insoweit keine Befreiung in Betracht komme. Widerspruch und nachfolgende Klage des Grundstückseigentümers blieben erfolglos.

Nachdem das klagabweisende Urteil des Verwaltungsgerichts Rechtskraft erlangt hatte, gab die Beklagte dem Eigentümer des Grundstücks mit baurechtlicher Entscheidung aus dem Jahr 2007 auf, das Gartenhaus abzubrechen oder es in seiner Lage so zu verändern, dass es den Festsetzungen des Bebauungsplans entspreche.

Hiergegen erhoben sowohl der Eigentümer des Grundstücks als auch die Klägerin Widerspruch. Zur Begründung ihres Widerspruchs verwies die Klägerin auf den Widerspruch des Grundstückseigentümers. Dieser hatte ausgeführt, dass die Abbruchsanordnung ermessensfehlerhaft, insbesondere unverhältnismäßig sei. Insbesondere sei unberücksichtigt geblieben, dass die Klägerin seinem Bauvorhaben zugestimmt habe. Ob öffentliche Interessen entgegenstünden, habe allein die Gemeinde zu beurteilen, die freilich im vorausgegangenen verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht beigeladen worden sei.

Mit getrennten Widerspruchsbescheiden wies die zuständige Widerspruchsbehörde den Widerspruch des Grundstückseigentümers als unbegründet und den der Klägerin als unzulässig zurück.

Hiergegen erhob allein noch die Klägerin Klage zum Verwaltungsgericht, mit der sie ihr Aufhebungsbegehren weiterverfolgte. Das Verwaltungsgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen, da der Klägerin die Klagebefugnis fehle.

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin kostenpflichtig zurückgewiesen. Die Revision wurde nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe:

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg bestätigt die Auffassung des erstinstanzlichen verwaltungsgerichtlichen Urteils, dass die Klage der Klägerin mangels Klagebefugnis (§ 42 Absatz 2 VwGO) unzulässig ist. Zunächst legt das Gericht nochmals grundsätzlich die Anforderungen an die Klagebefugnis dar. Diese ist gegeben, wenn eine Verletzung der Rechte der Klägerin durch den angefochtenen Verwaltungsakt oder durch die Ablehnung oder Unterlassung des begehrtten Verwaltungsakts jedenfalls nicht offensichtlich und eindeutig nach jeder Betrachtungsweise unmöglich erscheint (vgl. BVerwG, Urteil vom 22.02.1994, 1 C 24.92, BVerwGE 95, 133). Die behauptete Rechtsverletzung muss dabei „durch den Verwaltungs-

akt“, das heißt gerade durch die mit ihm getroffene Regelung möglich erscheinen. Allein in der Begründung enthaltene Feststellungen können für sich genommen ebenso wenig die Klagebefugnis begründen wie lediglich tatsächliche oder mittelbare Wirkungen. Dies gilt auch dann, wenn die Klagebefugnis einer Gemeinde in Rede steht, die mit einer Beeinträchtigung der kommunalen Planungs- und Finanzhoheit (Artikel 28 Absatz 2 GG i. V. m. Artikel 71 LV) begründet wird. Eine Klagebefugnis kann sich aus der kommunalen Planungs- oder Finanzhoheit zwar auch in Fällen ergeben, in denen die Gemeinde nicht selbst Adressat des Verwaltungsaktes ist. Dies setzt jedoch voraus, dass von diesem Verwaltungsakt gegenüber der Gemeinde unmittelbare Rechtswirkungen ausgehen können (vgl. BVerwG, Beschluss vom 30.07.2004 – 5 B 68.04 – ; Beschluss vom 22.01.2001 – 8 B 258.00 – ; Buchholz 310 § 42 Abs. 2 VwGO Nr. 11; Urteil vom 06.03.1986 – 5 C 36.82 –, BVerwGE 74, 84).

In der Subsumption gelangt der Verwaltungsgerichtshof dann zu dem Ergebnis, dass solche unmittelbaren Rechtswirkungen von der gegenüber dem Eigentümer eines auf ihrer Gemarkung liegenden Grundstücks ergangenen Abbruchsanordnung für ein Gartenhaus unter keinem denkbaren Gesichtspunkt ausgingen. Auch zeige die Klägerin solche Wirkungen auf ihre Planungs- oder Finanzhoheit nicht auf. Der Verwaltungsgerichtshof setzt sich hierbei zunächst im Einzelnen mit den von der Klägerin im Beru-

fungsverfahren vorgebrachten Argumenten auseinander.

1. Erteilung des Einvernehmens für eine Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans (§§ 31 Absatz 2, 36 BauGB)

„Ihre Betroffenheit leitet die Klägerin daraus her, dass die Abbruchsanordnung damit begründet worden war, dass das unter Verstoß gegen den von ihr erlassenen Bebauungsplan errichtete Gartenhaus auch nicht nachträglich – unter Erteilung einer Befreiung, hinsichtlich der sie ihr Einvernehmen erteilt hatte – habe genehmigt werden können. Inwiefern ihr diese Begründung und der hinzutretende Umstand, dass sie in dem auf die Erteilung der Baugenehmigung gerichteten verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht beigegeben worden war, die Klagebefugnis gegen die in der Folge erlassene Abbruchsanordnung vermitteln sollte, ist jedoch auch nicht ansatzweise zu erkennen. Dass die Klägerin für den Fall, dass sie die materielle Baurechtmäßigkeit des Gartenhauses doch noch herbeiführen wollte, dies nur mehr mit einer Änderung ihres Bebauungsplans erreichen könnte, stellt lediglich eine mittelbare Auswirkung der – nicht streitgegenständlichen – rechtskräftigen Versagung der Baugenehmigung dar.“

2. Kosten durch Änderung des Bebauungsplans

„Nichts anderes gilt, soweit sich die Klägerin mit dem Hinweis auf ihre Finanzhoheit dar-

auf beruft, dass die Durchführung eines auf die Änderung des Bebauungsplans gerichteten Verfahrens mit Kosten verbunden wäre. Als Mindestvoraussetzung für die Möglichkeit einer die Klagebefugnis vermittelnden Beeinträchtigung der kommunalen Finanzhoheit müssten zudem ein qualifizierter Ursachenzusammenhang im Sinne einer notwendigen Folge zwischen der anzugreifenden, Dritte betreffenden Maßnahme und den finanziellen Interessen des Selbstverwaltungsträgers bestehen und die möglichen finanziellen Auswirkungen ein nicht mehr zu bewältigendes Maß erreichen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 30.07.2004, juris; hierzu auch BVerfG, Beschl. v. 27.11.1986 – 2 BvR 1241/82 –, NVwZ 1987, 123). Dass letzteres hier der Fall sein könnte, behauptet auch die Klägerin nicht.“

3. Bindungswirkung durch erteiltes gemeindliches Einvernehmen

„Die von der Klägerin sinngemäß aufgeworfene und vom Verwaltungsgericht verneinte Frage, ob einem im Baugenehmigungsverfahren erteilten Einvernehmen der Gemeinde – zumindest in bestimmten Fällen – eine positive Bindungswirkung mit der Folge zukommen könnte, dass sie sich dann möglicherweise auch gegen eine die Baugenehmigung versagende Entscheidung der Baurechtsbehörde zur Wehr setzen könnte, stellt sich danach im vorliegenden Verfahren nicht. Denn selbst dann, wenn sich die Baurechtsbehörden zu Unrecht über ihr erteiltes Einvernehmen hinweggesetzt hätten, berechnete dies die Kläge-

rin nicht, sich gegen eine nachfolgende Abbruchsanordnung zur Wehr zu setzen. Die unterbliebene Beiladung hinderte zwar eine Rechtskrafterstreckung und ggf. auch den Eintritt materieller Rechtskraft (vgl. hierzu Kopp/Schenke, a. a. O., § 65 Rn. 43), vermag aber ebenso wenig die Klagebefugnis gegen eine Abbruchsanordnung zu begründen, deren Erlass nicht eines Einvernehmens der Gemeinde bedarf. Denn über die Zulässigkeit des Vorhabens wird in diesem Verfahren nicht entschieden (vgl. § 36 Abs. 1 Satz 2 BauGB).“

4. Keine Rechtmäßigkeitsgewährleistung baurechtlicher Entscheidungen durch Gemeinden

„Dass eine Klagebefugnis auch nicht mit einer vermeintlich den Gemeinden zukommenden Aufgabe begründet werden kann, die Rechtmäßigkeit baurechtlicher Entscheidungen zu gewährleisten, liegt auf der Hand. Gemeinden sind unter keinem denkbaren Gesichtspunkt berechtigt, sich über die Anrufung der Verwaltungsgerichte zum ‚Kontrollleur‘ der zur Wahrung öffentlicher Belange jeweils berufenen staatlichen Behörden aufzuschwingen; sie können auch nicht die grundrechtlich geschützten Interessen ihrer Einwohner bei sich bündeln, indem sie diese als Sachwalterin der örtlichen Gemeinschaft geltend machen (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 – 4 A 1001.04 –, Buchholz II Art. 28 GG Nr. 145; Beschl. v. 21.01.1993 – 4 B 206.92 –, NVwZ 1993, 884 <886>; BVerwG, Urt. v. 21.03.1996 – 4 C 26.94 –, BVerwGE 100, 388

<391>; BVerwG, Beschl. v. 15.04.1999 – 4 VR 18.98 – Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 151).“

Sodann sah sich der Verwaltungsgerichtshof mit Blick auf in der Literatur teilweise vertretene Ansichten obiter dictum veranlasst, klarstellende Ausführungen zur Frage zu tätigen, dass die Gemeinde durch die Versagung der nachträglichen Baugenehmigung auch nicht möglicherweise in ihrer Planungshoheit verletzt wurde. Dazu das Gericht:

„Wenn es danach auch auf etwaige Rechte der Klägerin im rechtskräftig abgeschlossenen Baugenehmigungsverfahren – entgegen ihrer und der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts – nicht ankam, erscheinen doch zur Klarstellung Ausführungen dazu angezeigt, dass die Klägerin auch durch die – nicht streitgegenständliche – Versagung der nachträglichen Baugenehmigung nicht unmittelbar in ihren Rechten, insbesondere ihrer gemeindlichen Planungshoheit berührt wurde. Die gemeindliche Planungshoheit besteht im Wesentlichen im Recht der Gemeinde, Bauleitpläne aufzustellen, zu ergänzen oder aufzuheben. Dem Schutz dieses Rechts dient das Einvernehmensefordernis des § 36 Absatz 1 Satz 1 BauGB, wonach über die ‚Zulässigkeit‘ von Vorhaben nach den §§ 31, 33 bis 35 BauGB im bauaufsichtlichen Verfahren von der Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden wird. Damit soll die Gemeinde rechtzeitig vor Ausführung ei-

nes Vorhabens in die Lage versetzt werden, durch politische Entscheidung die planungsrechtlichen Beurteilungsgrundlagen für ein Vorhaben noch ändern und eine ggf. beabsichtigte Planung durch die Instrumente des § 14 BauGB (Veränderungssperre) und § 15 BauGB (Zurückstellung von Baugesuchen) sichern zu können. Danach kommt eine Beeinträchtigung der Planungshoheit aber von vornherein nicht in Betracht, wenn – wie hier – eine (nachträglich) beantragte Baugenehmigung versagt wird. Denn dadurch ist sie nicht gehindert, von diesen planungsrechtlichen Möglichkeiten Gebrauch zu machen. Insofern hätte ein Einvernehmen schon nicht eingeholt werden müssen. Denn dies ist nur erforderlich, wenn die Baugenehmigungsbehörde eine positive Bescheidung des Bauantrags beabsichtigt. An das hier gleichwohl eingeholte und auch erteilte Einvernehmen war die Baugenehmigungsbehörde jedenfalls nicht gebunden. Abgesehen davon, dass die Planungsabsichten der Gemeinde nur einen Teilaspekt des Prüfprogramms darstellen, erfordert ein Einvernehmen schon nach seinem Wesen eine gleichermaßen positive Entschliessung der Baugenehmigungsbehörde. Zu einer solchen ist diese aber nicht schon deshalb verpflichtet, weil die Gemeinde die Zulassung des Vorhabens befürwortet. Insofern verhält es sich nicht anders als im umgekehrten Fall, in dem die Gemeinde ihr Einvernehmen versagt und sich ihre negative Auffassung – freilich vorbehaltlich einer Ersetzung des Einvernehmens (vgl. § 36 Absatz 2 Satz 3 BauGB, § 54 Absatz 4 Satz 1 LBO) – gegenüber der

positiven Auffassung der Baugenehmigungsbehörde im Verwaltungsverfahren durchsetzt. Inwiefern sich aus der durch Artikel 28 Absatz 2 GG garantierten gemeindlichen Planungshoheit ergeben sollte, dass sich die Auffassung der Gemeinde in bauplanungsrechtlicher Hinsicht jedenfalls gegenüber der zur Entscheidung über die Erteilung einer Baugenehmigung berufenen Baurechtsbehörde (vgl. §§ 36 Absatz 1 Satz 1 BauGB, 58 Satz 1 LBO) durchsetzen müsste, ist nicht ersichtlich. Insbesondere stellt ein erteiltes Einvernehmen keine das Vorhaben beeinflussende ‚Planungsentscheidung‘ dar.

Soweit die Klägerin der Sachbeurteilungskompetenz der Baugenehmigungsbehörde sinngemäß entgegenhält, dass (jedenfalls) die Auslegung eines von ihr selbst erlassenen Bebauungsplans ihre Sache und insofern für die Baugenehmigungsbehörde verbindlich sein müsse, bleibt sie eine Begründung für diese Behauptung schuldig. Einen Grundsatz des Inhalts, dass die Auslegung durch den Plan- bzw. Normgeber für den Normanwender verbindlich wäre, gibt es nicht. Dem entsprechend wird auch über die Zulässigkeit von Vorhaben nach § 30 Absatz 1 und 2 BauGB nicht im Einvernehmen der Gemeinde entschieden (vgl. § 36 Absatz 1 Satz 1 und 3 BauGB), obwohl sich die Zulässigkeit des Vorhabens allein nach dem Bebauungsplan beurteilt.

Dass die Baurechtsbehörden den Bebauungsplan im Hinblick auf die einer Befreiung nach

§ 31 Absatz 2 BauGB entgegenstehenden ‚Grundzüge der Planung‘ anders als die Klägerin beurteilt hatten, war danach von vornherein nicht geeignet, auf eine Beeinträchtigung ihrer Planungshoheit mit der Folge zu führen, dass auch sie die getroffene Ablehnungsentscheidung zur gerichtlichen Überprüfung hätte stellen können. Mit dem Erlass des Bebauungsplans hatte sie ihre Planungshoheit bereits ausgeübt. An diesen Bebauungsplan ist die Klägerin solange gebunden, als sie ihn nicht in dem dafür vorgesehenen förmlichen Verfahren geändert hat (vgl. § 1 Absatz 8 BauGB). Ein solches Verfahren war auch nicht deshalb entbehrlich geworden, weil sie ihr Einvernehmen erteilt hatte. Ein einfacher Beschluss des Gemeinderats, ein bestimmtes Vorhaben zu befürworten, stellt eben – anders, als die Klägerin meint – noch keine ‚Planungsentscheidung‘ dar.

Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil über die Erteilung einer Befreiung nach § 31 Absatz 2 BauGB nach Ermessen zu entscheiden gewesen wäre, sollten die ‚Grundzüge der Planung‘ tatsächlich nicht berührt gewesen sein. Zwar hätte der Klägerin dann ebenso wie in dem Fall, in dem bereits über die Zulässigkeit des Vorhabens selbst nach Ermessen zu entscheiden ist, ein Ermessensspielraum zugestanden. Jedoch konnte ein erteiltes Einvernehmen nach dem oben Gesagten auch dann zu keiner Begrenzung der Sachbeurteilungskompetenz der Baugenehmigungsbehörde führen bzw. eine positive Bindungswirkung begründen. Insbe-

sondere erforderte das Einvernehmen nach dem sog. ‚Zwei-Schlüssel-Prinzip‘ auch in diesem Fall eine entsprechende – positive – Ermessensausübung der Baugenehmigungsbehörde. Eine planerische Funktion kommt der Erteilung des Einvernehmens auch in einem solchen Fall nicht zu. Der der Gemeinde zustehende Ermessensspielraum ist lediglich insofern von Bedeutung, als ein nach pflichtgemäßem Ermessen versagtes Einvernehmen der Gemeinde dann nicht nach § 36 Absatz 2 Satz 3 BauGB ersetzt werden könnte.“

(Regierungsdirektor Jochen Heinz)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
Dominique Beck
Pius Dolzer
Richter Guido Philipp Ernst
RA Steffen Follner
RAin Karin Hummel, M. A.
Lina Kammerer
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL. M.
RA Dr. Andreas Lohbeck
Philipp Louis
(*Stellvertretender Schriftleiter*)
Prof. Dr. Christian F. Majer
(*Schriftleiter*)
RA Dr. Paul Popescu
Gabriel Schmidt
(*Stellvertr. Schriftleiter*)
Amela Schön
Philipp Trautmann
Anna Vögelein
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*)
Philipp Louis
(*Stellvertretender 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](#)

Beiträge in früheren Ausgaben

1/2014 | *Andreas Lohbeck:*

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

4/2013 | *Philipp Kauffmann:*

Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat

4/2013 | *Stanyo Dinov:*

Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan

3/2013 | *Sebastian Brüggemann:*

Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit

2/2013 | *Joachim Renzikowski:*

Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.

1/2013 | *Andreas Lohbeck:*

Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht

1/2013 | *Hartmut Kilger / Christian F. Majer:*

Die Ethik und die Rechtsanwälte

4/2012 | *Tobias Rist:*

Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern

3/2012 | *Christian F. Majer:*

Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten

2/2012 | *Paul Popescu:*

Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe

1/2012 | *Julius Forschner:*

Die Haftung von Ratingagenturen

1/2012 | *Nicolas Sonder:*

Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?

1/2011 | *Dominik Skauradszun / Felix Hornfischer:*

Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten

1/2011 | *Werner Walk / Nils Wiese:*

Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichsten Rechtsgebieten.

Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter ▶ www.zeitschrift-jse.de .

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