



### HERAUSGEBER

Verein der Zeitschrift JSE e. V.  
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer  
Doblerstrasse 15  
D-72070 Tübingen

### Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)  
Sascha Sebastian, M.Mel. (Stellv. Vorsitzender)  
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)  
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)  
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

### BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchmann  
StA Dr. Ralf Dietrich  
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 Kirhdörfer  
Prof. Dr. Alexander Proelß  
Prof. Dr. Joachim Renzikowski  
Prof. Dr. Gottfried Schiemann  
Prof. Dr. Dominik Skauradszun  
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner  
RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
Prof. Dr. Christian Traulsen  
RA Dr. Werner Walk  
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)  
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)  
MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

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

## AUS DEM INHALT

---

### BEITRAG

*Jonas Rohde*  
Zwangshaft gegenüber Amtsträgern

### KLAUSUREN

*Michael Hippeli*  
Zivilrecht: „Tücken des (grenzüberschreitenden) eBay-Kaufs“

*Michael Hippeli*  
Strafrecht: „Strafbarkeit eines AGG-Hoppers?“

### RECHTSPRECHUNG

*OLG Celle*  
Diesel-Abgasskandal und Rechte des Käufers  
gegen den Hersteller

*BGH*  
Erfordernis eines pathologischen, somatisch objektivierbaren  
Zustandes bei Verletzungen der psychischen Gesundheit

*OLG Stuttgart*  
Verbotenes Kraftfahrzeugrennen durch Polizeiflucht

*EGMR*  
Diskriminierung nach Art.14 EMRK -  
Anwendung der Scharia in Griechenland

*BVerfG*  
(Teil-)Verfassungswidrigkeit möglicher Sanktionen von  
Pflichtverletzungen im Rahmen des Bezugs von Leistungen  
zur Sicherung des Lebensunterhalts (§§ 31 ff. SGB II)

---

## INHALTSVERZEICHNIS

---

<b>Beitrag</b>	<b>Jonas Rohde</b> Zwangshaft gegenüber Amtsträgern	Seite ▶ 120
<b>Klausuren</b>	<b>Michael Hippeli</b> Fortgeschrittenenklausur Zivilrecht: „Tücken des (grenzüberschreitenden) eBay-Kaufs“	Seite ▶ 131
	<b>Michael Hippeli</b> Fortgeschrittenenklausur Strafrecht: „Strafbarkeit eines AGG-Hoppers?“	Seite ▶ 142
<b>Rechtsprechung Zivilrecht</b>	<b>OLG Celle</b> Diesel-Abgasskandal und Rechte des Käufers gegen den Hersteller Beschluss vom 01.07.2019 ( <i>Christian F. Majer</i> )	Seite ▶ 148
<b>Rechtsprechung Strafrecht</b>	<b>BGH</b> Erfordernis eines pathologischen, somatisch objektivierbaren Zustandes bei Verletzungen der psychischen Gesundheit Beschluss vom 12.03.2019 ( <i>Caprice Doerbeck</i> )	Seite ▶ 151
	<b>OLG Stuttgart</b> Verbotenes Kraftfahrzeugrennen durch Polizeiflucht Urteil vom 11.04.2018 ( <i>Guido Philipp Ernst</i> )	Seite ▶ 154
<b>Rechtsprechung Öffentliches Recht</b>	<b>EGMR</b> Diskriminierung nach Art.14 EMRK - Anwendung der Scharia in Griechenland Urteil vom 19.12.2018 ( <i>Christian F. Majer</i> )	Seite ▶ 158
	<b>BVerfG</b> (Teil-)Verfassungswidrigkeit möglicher Sanktionen von Pflichtverletzungen im Rahmen des Bezugs von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (§§ 31 ff. SGB II) Urteil vom 05.11.2019 ( <i>Torsten Noak</i> )	Seite ▶ 160

---

## EDITORIAL

---

Nach der sogenannten „Ehrenmanntheorie“ können Leistungsbegehren gegen die öffentliche Hand vor den Verwaltungsgerichten auch im Wege der Feststellungsklage geltend gemacht werden. Das ist insofern ungewöhnlich, da die Leistungsklage in solchen Fällen normalerweise den Vorrang genießt, gewährt sie doch einen vollstreckbaren Titel. Bei Klagen gegen den Staat soll ein solcher Titel indes nicht erforderlich sein, da sich dieser ohnehin stets an geltendes Recht hält. Die Feststellung der Verpflichtung soll insofern einem vollstreckbaren Titel gleichstehen. Diejenigen, welche die Idee, dass der Staat und seine Verwaltung ausschließlich aus „Ehrenmännern“ bestehen, nicht teilen, hatten bis vor kurzen noch das Argument, dass ein Titel gegen eine staatliche Stelle wenig Nutzen hat. Schließlich erscheint der Einsatz von Zwangsmitteln des Staates gegen den Staat selbst etwas eigenwillig. In seinem **Beitrag** „Zwangshaft gegenüber Amtsträgern“ zeigt ROHDE, dass dem nicht zwingend so sein muss. Anhand einer aktuellen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zeigt er auf, dass der Zwangsmittel Einsatz als ultima ratio sehr wohl auch gegen „Ehrenmänner“ in Frage kommen kann.

Die erste **Klausur** in der Aktuellen Ausgabe ist vorrangig an fortgeschrittene Studenten des bürgerlichen Rechts gerichtet. Unter dem Titel „Tücken des (grenzüberschreitenden) eBay-Kaufs“ befasst sich HIPPELI mit der Geltendmachung von Gestaltungsrechten im Rahmen eines Kaufvertrags sowie dem AGB Recht und dem internationalen Kaufrecht. Die zweite Klausur, ebenfalls von HIPPELI, dreht sich um die „Strafbarkeit eines AGG-Hoppers“. Ausgehend von einem realen Sachverhalt werden hier Fragen des strafrechtlichen Vermögensschutzes für Anfänger didaktisch aufbereitet.

Die **Rechtsprechung** aus dem **Zivilrecht** steht dieses Mal ganz im Zeichen des „Diesel-Abgasskandals“. Der 7. Zivilsenat des OLG Celle hatte sich mit der Frage zu befassen, ob im Zusammenhang mit dem Einsatz von „Schummelsoftware“ Ansprüche des Käufers wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung in Frage kommen und inwiefern der Erwerbszeitpunkt hierfür eine Rolle spielt (MAJER).

Im **Strafrecht** musste sich der 4 Strafsenat des BGH im Rahmen einer Revision mit der Frage befassen, ob auch psychische Beeinträchtigungen den krankhaften Zustand hervorrufen können, der für eine Gesundheitsbeschädigung im Sinne des § 223 Abs. 1 Alt. 2 StGB erforderlich ist (DOERBECK). Den neuen § 315d StGB hat die Entscheidung des OLG Stuttgart zum Gegenstand. Dort hatte der 4 Senat die Frage zu klären, inwiefern eine Polizeiflucht ein tatbestandliches „Kraftfahrzeugrennen“ sein kann (ERNST).

Aus dem **Öffentlichen Recht** stammt zunächst die Entscheidung des EGMR. Dieser musste über eine Individualbeschwerde einer griechischen Staatsbürgerin entscheiden, welche die Frage zum Gegenstand hatte, inwiefern die Anwendung der Scharia in einer derbrechtlichen Fragestellung gegen das Diskriminierungsverbot und die Eigentumsgarantie verstoßen kann (MAJER). Schließlich war der 1. Senat des BVerfG zur Entscheidung über die Frage berufen, inwiefern die Möglichkeit der Sanktionierung von Pflichtverletzungen im Rahmen des Bezuges von Leistungen nach dem SGB II mit dem Grundgesetz, insbesondere der Garantie eines menschenwürdigen Existenzminimums, vereinbar ist (NOAK).

Prof. Dr. **Christian F. Majer**  
Schriftleiter

**Sascha Sebastian, M.mel.**  
Stellvertretender Schriftleiter

## BEITRAG

Referendar **Jonas Rohde**\*

# Zwangshaft gegenüber Amtsträgern Unionsrechtliches Gebot zur effektiven Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen?

### Gliederung

#### A) Einleitung

- I. Luftreinhaltepläne
- II. Stadthalle Wetzlar

#### B) Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen allein nach deutschem Recht

- I. Auslegung der Regelungen in der VwGO
  1. Vollstreckung nach § 172 VwGO
  2. Adressat des Zwangsmittels
- II. Subsidiäre Anwendung der Zwangsmittel der ZPO
  1. Im Allgemeinen
  2. Zur Zwangshaft im Besonderen

#### C) Unionsrechtliche Vorgaben zur Anwendung der Zwangshaft

- I. Anwendungsbereich des Unionsrechts
  1. Eröffnung des Anwendungsbereich des Unionsrechts
  2. Entscheidungskompetenzen des EuGH
- II. Art. 47 Abs. 1 GrCh
  1. Rechtlicher Hintergrund: Die GrCh
  2. Anwendungsbereich der GrCh
  3. Tatbestand des Art. 47 Abs. 1 GrCh
  4. Eingriff in Art. 6 GrCh
  5. Rechtfertigung, Art. 52 GrCh
- III. Art. 19 EUV
- IV. Art. 4 EUV

#### D) Fazit

### Abstract

In letzter Zeit mehren sich gerade im Zusammenhang mit der Fortschreibung von Luftreinhalteplänen Fälle, in denen Behörden rechtskräftige Entscheidungen der Verwaltungsgerichte ignorieren und diese nicht umsetzen.

#### Hinweis:

Ziel der Luftreinhaltepläne ist, die Schadstoffkonzentration in der Luft (vornehmlich von Städten) zu reduzieren. Die jeweils zuständige Behörde hat gem. § 47 BImSchG einen Luftreinhalteplan zu erlassen, wenn in einem Gebiet die durch Rechtsverordnung festgelegten Grenzwerte für die Schadstoffkonzentration (u.a. von Stickoxiden) überschritten werden. Mit dieser Regelung wird Art. 23 der Richtlinie 2008/50/EG<sup>1</sup> (dort „Luftqualitätspläne“) umgesetzt.

Deswegen werden Stimmen lauter, die eine Reform der Regelungen über die Vollstreckung im verwaltungsgerichtlichen Prozess in den §§ 167 ff. VwGO anmahnen, um rechtskräftige Entscheidungen der Verwaltungsgerichte effektiver durchsetzen zu können. Dieser Beitrag soll durch einen Vergleich zweier Fälle aufzeigen, dass im Anwendungsbereich des Unionsrechts auch ohne Gesetzesänderung das Zwangsmittel der Zwangshaft gegenüber Amtsträgern zur Durchsetzung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen zur Verfügung steht.

#### A) Einleitung

Den Regelungen über das verwaltungsprozessuale Vollstreckungsverfahren liegt die Annahme zugrunde, dass die öffentliche Hand verwaltungsgerichtliche Entscheidungen in der Regel von allein befolgt.<sup>2</sup> Die Verwaltungsgerichtsbarkeit sieht sich jedoch gerade in der politisch brisanten Diskussion um Dieselfahrverbote und die Fortschreibung der Luftreinhaltepläne in mehreren deutschen Städten großem Widerstand und wiederholten Angriffen aus der Politik ausgesetzt.<sup>3</sup> Im Fall um die Vermietung der Stadthalle Wetzlar weigerte sich die Stadt Wetzlar sogar trotz Anordnung des BVerfG, die Stadthalle an die NPD-Ortsgruppe zum Zwecke einer Wahlkampfveranstaltung zu vermieten. Es zeigt sich wiederholt, dass empfindlichere Zwangsmittel als das Zwangsgeld notwendig sein können, um gerichtliche Entscheidungen durchzusetzen.

\* Der Autor ist Referendar im Bezirk des OLG Celle, zurzeit in der Wahlstation bei Gütt Olk Feldhaus Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, München – Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

<sup>1</sup> Im Folgenden RL 2008/50/EG.

<sup>2</sup> Pietzner/Möller, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 37. EL, (Juli 2019), Vorb § 167 Rn. 8.

<sup>3</sup> Siehe zB. <https://www.tagesschau.de/inland/diesel-fahrverbot-essen-reaktionen-101.html>, zuletzt abgerufen am 02.09.2019.

## I. Luftreinhaltepläne

Im Oktober 2012 verurteilte das VG München<sup>4</sup> den Freistaat Bayern auf die Klage der Deutsche Umwelthilfe e.V. (DUH) hin dazu, den bisher unzureichenden Luftreinhalteplan für die Stadt München fortzuschreiben. Zuständig für die Aufstellung des Luftreinhalteplans für die Stadt München war die Bezirksregierung Oberbayern gem. § 47 Abs. 1 BImSchG iVm. Art. 8 BayImSchG. Das Bayerische Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz (Bayerisches Umweltministerium) war die gem. Art. 97, 91 Abs. 2 der Bayerischen Bezirksordnung (BezO) für die Bezirksregierung Oberbayern zuständige Fachaufsichtsbehörde. Die DUH verlangte vom Freistaat Bayern, durch das Bayerische Umweltministerium der Bezirksregierung Oberbayern gem. Art. 98 Abs. 1 S. 2 BezO die Weisung zu erteilen, den Luftreinhalteplan so fortzuschreiben, dass die anwendbaren Immissionsgrenzwerte eingehalten werden.

Die Berufung gegen die Entscheidung des VG München nahm der Freistaat Bayern im April 2014 nach einem entsprechenden Hinweis des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (BayVGH) zurück, sodass das Urteil des VG München rechtskräftig wurde.<sup>5</sup> In der Folge drohte das VG München mehrfach Zwangsgelder an und setzte diese fest. Diese bezahlte der Freistaat auch, zeigte sich jedoch nicht willens, das rechtskräftige Urteil umzusetzen, da es vorsah, auch Dieselfahrverbote zu ermöglichen. Vielmehr gab der bayerische Ministerpräsident wiederholt öffentlich zu verstehen, dass die Staatsregierung sich nicht an das Urteil gebunden fühle und keinerlei Absicht habe, die Entscheidung des VG München zu befolgen.<sup>6</sup> Daraufhin beantragte die DUH die Anordnung von Zwangshaft gegenüber Mitgliedern der bayerischen Staatsregierung.

Im Beschwerdeverfahren legte der BayVGH mit Beschluss vom 09.11.2018 dem EuGH<sup>7</sup> die Frage, ob sich aus dem Unionsrecht, u.a. aus Art. 47 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GrCh), aus Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV und aus dem Effektivitätsgrundsatz nach Art. 4 Abs. 2 UAbs. 3 EUV die Möglichkeit oder sogar die Pflicht ergibt, Zwangshaft gegenüber dem verantwortlichen Amtsträger anzuordnen, falls die gegenüber dem beklagten Rechtsträger verhängten Zwangsgelder erfolglos waren und auch in Zukunft keinen Erfolg versprechen, zur Vorabentscheidung<sup>8</sup> vor.<sup>9</sup>

Am 03.09.2019 fand vor der Großen Kammer des EuGH die mündliche Verhandlung statt. Am 14.11.2019 stellte der Generalanwalt (GA) seine Schlussanträge. Das Urteil wurde am 19.12.2019 gefällt.

### Hinweis

Das Verfahren vor dem EuGH beginnt mit dem schriftlichen Verfahren, in dem die Parteien zu dem Rechtsstreit Stellung nehmen können, Art. 57 f. VerFO-EuGH.

Nach Abschluss des schriftlichen Verfahrens legt der zum Berichterstatter ernannte Richter der Generalversammlung seinen Vorbericht vor, Art. 59 VerFO-EuGH. Danach wird die Rechtssache einem bestimmten Spruchkörper zugewiesen. In der Regel ist das der Spruchkörper, dem der Berichterstatter angehört.<sup>10</sup>

Gem. Art. 60 Abs. 1 VerFO-EuGH wird eine Rechtssache an die Große Kammer verwiesen, falls die Schwierigkeit oder die Bedeutung der Rechtssache dies erfordern oder ein am Verfahren beteiligter Mitgliedsstaat oder ein Unionsorgan dies beantragen. In allen anderen Fällen werden die Rechtssachen von den Kammern, die mit drei bis fünf Richtern besetzt sind, behandelt.<sup>11</sup>

Gem. Art. 76 Abs. 1 VerFO-EuGH findet nach der Verweisung an einen Spruchkörper grundsätzlich eine mündliche Verhandlung statt. Gem. Art. 76 Abs. 2 VerFO-EuGH kann der Gerichtshof jedoch auf Vorschlag des Berichterstatters und nach Anhörung des GAs von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung absehen, wenn er der Ansicht ist, bereits auf Grundlage der im schriftlichen Verfahren eingereichten Schriftsätze und Erklärungen eine Entscheidung zu fällen.

Die Frage, die Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens ist, ist nicht nur für das Verfahren um die Fortschreibung des Luftreinhalteplans der Stadt München von Relevanz. Auch in Baden-Württemberg weigert sich die dortige grün-schwarze Landesregierung, den Luftreinhalteplan für die Stadt Stuttgart fortzuschreiben, obwohl sie dazu vom BVerwG rechtskräftig verurteilt wurde.<sup>12</sup> Zunächst setzte der VGH Mannheim im Vollstreckungsverfahren gegen das Land Baden-Württemberg ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000 EUR fest und drohte ein weiteres an.<sup>13</sup> Nachdem dies nicht erfolgreich war, beantragte die DUH die Anordnung von Zwangshaft gegenüber Mitgliedern der baden-württembergischen Landesregierung.<sup>14</sup>

## II. Stadthalle Wetzlar

Im Fall um die Vermietung der Stadthalle Wetzlar weigerte sich die Stadt, ihre Stadthalle an die NPD-Ortsgruppe für eine Wahlkampfveranstaltung für die hessischen Landtagswahlen 2018 zu vermieten. Das VG Gießen verpflichtete die Stadt im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO mit Beschluss vom 20.12.2017,<sup>15</sup> die Stadthalle am 24.03.2018 an die NPD-Ortsgruppe für die Wahlkampfveranstaltung zu vermieten. Der Anspruch stützt sich auf § 20 Abs. 1,3 der Hessischen

<sup>4</sup> VG München ZUR 2012, 699.

<sup>5</sup> VGH München, Beschl. v. 9.11.2018, Az.: 22 C 18.1718, Rn. 7.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Das Verfahren wird dort unter dem Az. C-752/18 geführt.

<sup>8</sup> Zum Vorabentscheidungsverfahren s. ▶Rohde, JSE 2019, 64 (64 f.).

<sup>9</sup> Vollständige Vorlagefrage siehe VGH München, Beschl. v. 09.11.2018, Az.: 22 C 18.1718.

<sup>10</sup> Ausführlicher ▶Rohde, JSE 2019, 64 (65).

<sup>11</sup> Für weitere Hinweise zur Geschäftsverteilungspraxis am EuGH mit vertiefenden Literaturnachweisen s. ▶Rohde, JSE 2019, 64 (65).

<sup>12</sup> BVerwGE 161, 202 = NVwZ 2018, 883.

<sup>13</sup> VGH Mannheim NVwZ-RR 2019, 405.

<sup>14</sup> ▶<https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2019-08/dieselfahrverbote-beugehaft-landesregierung-baden-wuerttemberg>, zuletzt aufgerufen am 27.8.2019.

<sup>15</sup> VG Gießen, Beschl. v. 20.12.2017, Az.: 8 L 9187.17GI.

Gemeindeordnung (HGO) iVm. dem Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 21 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG iVm. § 5 Abs. 1 PartG.<sup>16</sup> Der VGH Kassel wies die Beschwerde der Stadt gegen diesen Beschluss zurück.<sup>17</sup> Obwohl das VG Gießen mehrfach Zwangsgelder androhte und festsetzte, weigerte sich die Stadt, den Mietvertrag mit der NPD abzuschließen.<sup>18</sup> Auf den Antrag der NPD hin verpflichtete das BVerfG die Stadt im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG, der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung vom 20.12.2017 Folge zu leisten und der NPD die Stadthalle am 24.03.2018 zur Durchführung der Wahlkampfveranstaltung zu überlassen.<sup>19</sup> Auch dieser Anordnung kam die Stadt nicht nach.

## B) Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen allein nach deutschem Recht

Zunächst ist zu überprüfen, ob sich bereits aus dem deutschen Recht die Möglichkeit ergibt, im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Vollstreckungsverfahrens gegenüber einem Amtsträger Zwangshaft anzuordnen.

### I. Auslegung der Regelungen in der VwGO

Das verwaltungsgerichtliche Vollstreckungsverfahren ist im 17. Abschnitt der VwGO geregelt (§§ 167 ff. VwGO). Sofern die §§ 167 bis 172 VwGO keine besondere Regelungen für die Vollstreckung von Urteilen und anderen Titeln enthalten, verweist § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO auf das 8. Buch der ZPO (§§ 704 ff. ZPO), das für entsprechend anwendbar erklärt wird.

#### 1. Vollstreckung nach § 172 VwGO

Dieser Beitrag beschränkt sich auf die Untersuchung des § 172 VwGO, da die Vollstreckung zur Vornahme von Handlungen zu Lasten staatlicher Institutionen Gegenstand der Untersuchung sein soll. Die öffentliche Hand wird hier gegenüber dem privaten Schuldner privilegiert, indem es ihr aus Rücksicht auf den Grundsatz der Gewaltenteilung vorbehalten bleibt, die geschuldete Amtshandlung selbst vorzunehmen.<sup>20</sup>

Nach § 172 VwGO kann das Gericht des ersten Rechtszugs auf Antrag unter Fristsetzung gegen eine Behörde – auch wiederholt – ein Zwangsgeld bis zu 10.000 EUR durch Beschluss androhen, nach fruchtlosem Fristablauf festsetzen und von Amts wegen vollstrecken, wenn die Behörde in den Fällen des § 113 Abs. 1 S. 2, Abs. 5 VwGO und des § 123 VwGO einer ihr mit Urteil oder einstweiliger Anordnung auferlegten Verpflichtung nicht nachkommt.

Nach dieser abschließenden Regelung stehen andere Zwangsmittel grundsätzlich nicht zur Verfügung.<sup>21</sup> In den nicht explizit erwähnten Fällen seien die weiteren Zwangsmittel der ZPO je-

doch anwendbar.<sup>22</sup> Dies folge bereits aus dem Gesetzeswortlaut.<sup>23</sup> Ziel des Gesetzgebers sei gewesen, verwaltungsgerichtliche Entscheidungen effektiv durchsetzen zu können.<sup>24</sup>

Besonders einleuchtend ist jedoch nicht, weshalb es gerade Ausdruck effektiven Rechtsschutzes sein soll, dass das Vollstreckungsverfahren geteilt wird und die Durchsetzung von Verpflichtungsurteilen (gerichtet auf Erlass von Verwaltungsakten) sich nach den weniger empfindlichen Vorschriften der VwGO richten soll, Leistungsurteile (gerichtet auf die Vornahme einer sonstigen Handlung) jedoch nach den strengeren Regeln der ZPO vollstreckt werden können. Hinzukommt, dass § 172 VwGO nach seinem Wortlaut auf einen Leistungsbefehl gegenüber der Behörde, wie die Anordnung der Fortschreibung eines Luftreinhaltplans, nur dann anzuwenden wäre, wenn die Entscheidung durch einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO ergeht.

Richtigerweise ist § 172 VwGO somit auf Verpflichtungsurteile und Leistungsurteile gleichermaßen anzuwenden. Es wäre nämlich widersprüchlich, auf die Vollstreckung derselben Verpflichtung in Abhängigkeit davon, ob das Verwaltungsgericht über die Verpflichtung im normalen Erkenntnisverfahren oder im Verfahren über den einstweiligen Rechtsschutz entschieden hat, unterschiedliche Regelungen anzuwenden.<sup>25</sup>

#### 2. Adressat des Zwangsmittels

Vollstreckungsschuldner ist zwar der Beklagte des Erkenntnisverfahrens,<sup>26</sup> also in der Regel der Rechtsträger der Behörde, die gehandelt hat bzw. handeln soll. Daraus folgt, dass auch ein Zwangsmittel gegen den Rechtsträger festgesetzt wird.<sup>27</sup> Mit „der Behörde“ soll in § 172 VwGO nur die jeweilige Stelle bezeichnet werden, die für die Vornahme der streitgegenständlichen Handlung zuständig ist.<sup>28</sup>

Teilweise wird auch vertreten, dass man aus den Formulierungen „die Behörde“ in §§ 113 Abs. 5 S. 1, 172 VwGO schließen könne, dass ein Zwangsgeld gegenüber der handlungsverpflichteten Behörde festzusetzen sei, weil eben gerade ihr Wille bzw. der des Behördenleiters gebeugt werden muss.<sup>29</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass die Behörde kein von ihrem Rechtsträger selbstständiges Rechtssubjekt ist.<sup>30</sup> Auch gegen den Behördenleiter kann weder Zwangsgeld noch Zwangshaft verhängt werden, weil dieser lediglich Funktionsträger ist und die Verpflichtung aus der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung nur das Amt nicht aber die Person betrifft.<sup>31</sup> Sofern Zwangshaft angeordnet werden soll, ist diese folglich gegen das vertretungsberechtigte Organ des Rechtsträgers, der im Gegensatz zur Behörde eine juristische Person ist, zu richten.<sup>32</sup>

## II. Subsidiäre Anwendung der Zwangsmittel der ZPO

Aufgrund des Gebots des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG sind über den Verweis des § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO die

<sup>16</sup> Ibid., Rn. 24ff.

<sup>17</sup> VGH Kassel, Beschl. v. 23.2.2018, Az.: 8 B 23/18.

<sup>18</sup> BVerfG NVwZ 2018, 819 – zur Sachverhaltsdarstellung.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Pietzner/Möller, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 37. EL, (Juli 2019), § 172 Rn. 11.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Kring, NVwZ 2019, 23 (25) mwN unter dort Fn 30.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> VGH München, Beschl. v. 09.11.2018, Az.: 22 C 18.1718, Rn. 56.

<sup>26</sup> Pietzner/Möller, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 37. EL, (Juli 2019), § 172 Rn. 8.

<sup>27</sup> Heckmann, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. (2018), § 172 Rn. 17.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Kring, NVwZ 2019, 23 (27); Schmidt-Kötters, in: BeckOK VwGO, 50 Ed. (1.7.2017), § 172 Rn. 4.

<sup>30</sup> Heckmann, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. (2018), § 172 Rn. 17.

<sup>31</sup> Ibid., Rn. 18.

<sup>32</sup> Bartels, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. (2017), § 888, Rn. 40, mwN.

weiteren Zwangsmittel der ZPO anzuwenden, falls die Androhung und Festsetzung des Zwangsgeldes zum Schutz der Rechte des Vollstreckungsgläubigers ungeeignet sind.<sup>33</sup>

### 1. Im Allgemeinen

Daraus folgt, dass das Vollstreckungsgericht zur Anwendung der Zwangsmittel nach der ZPO übergehen kann, wenn aufgrund vorheriger Erfahrungen, eindeutiger Bekundungen, oder aufgrund mehrfacher erfolgloser Zwangsgeldandrohung klar erkennbar ist, dass die Behörde nicht einlenkt.<sup>34</sup>

Nach anderer Ansicht soll diese Vorgehensweise nicht mehr möglich sein, seitdem der Höchstbetrag eines gegenüber Behörden festzusetzenden Zwangsgeldes von 2000 DM auf 10.000 EUR erhöht wurde. Dadurch sei ein wesentlich empfindlicheres (und deswegen wirkungsvolles) Beugemittel geschaffen worden.<sup>35</sup> Diese Argumentation verfängt jedoch jedenfalls in solchen Fällen nicht, in denen das Land als Rechtsträger der renitenten Behörde das Zwangsgeld an die Landeskasse zahlt. Dann führt die Zahlung des Zwangsgeldes per Saldo nicht zu einer Einbuße, das Geld wird lediglich zu einem anderen Haushaltsposten umgebucht.

### 2. Zur Zwangshaft im Besonderen

#### a) Vollstreckung unvertretbarer Handlungen

Gem. § 888 Abs. 1 S. 1 ZPO kann die Zwangsvollstreckung von unvertretbaren Handlungen dadurch betrieben werden, dass gegenüber dem Vollstreckungsschuldner Zwangsgeld oder Zwangshaft verhängt werden, um ihn zur Vornahme der Handlung zu bewegen. Unvertretbar ist eine Handlung, wenn ein Dritter sie rechtlich oder tatsächlich nicht anstelle des Vollstreckungsschuldners vornehmen kann.<sup>36</sup> Dazu gehören auch solche Handlungen, die nur die Behörde als der Vollstreckungsschuldner vornehmen kann, weil ihr die Zuständigkeit gesetzlich zugewiesen wurde oder ihr grundsätzlich ein Ermessensspielraum bei der Entscheidungsfindung eingeräumt wurde.<sup>37</sup>

Sowohl die Fortschreibung des Luftreinhalteplans als auch die Vergabe der Stadthalle sind unvertretbare Handlungen. Im ersten Fall war das Bayerische Umweltministerium die allein zuständige Fachaufsichtsbehörde. Im letzteren Fall war die Stadt Wetzlar dafür zuständig, der NPD Zugang zu der in ihrem Hoheitsgebiet liegenden Stadthalle zu verschaffen, da die Stadthalle eine öffentliche Einrichtung der Stadt Wetzlar war.

Daraus folgt, dass die gerichtlichen Entscheidungen, die Gegenstand dieses Beitrags sind, nicht mittels Ersatzvornahme vollstreckt werden können. Gem. § 887 Abs. 1 ZPO darf das Zwangsmittel der Ersatzvornahme nämlich nur bei vertretbaren Handlungen angewendet werden.

#### b) Ausschluss der Zwangshaft

Obwohl die Zwangsmittel der ZPO grundsätzlich auch für die Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen bereitstehen, ist die Anordnung von Zwangshaft gem. § 167 Abs. 1

VwGO iVm. § 888 ZPO ausgeschlossen. Nach Art. 2 Abs. 2, 104 Abs. 1 GG darf nämlich nur der Gesetzgeber entscheiden, in welchen Fällen eine Freiheitsentziehung zulässig sein soll.<sup>38</sup> Nach der Rspr. des BVerfG muss deswegen der Gesetzgeber in dem Zeitpunkt, in dem die Vorschrift erlassen wurde, die als Rechtsgrundlage für eine Freiheitsentziehung herangezogen wird, auch jene Zielsetzung vor Augen gehabt haben, die mit dem Einsatz der Vorschrift nun erreicht werden soll.<sup>39</sup>

Als § 888 ZPO geschaffen wurde, hatte der Gesetzgeber nun aber gerade nicht das Ziel, damit eine Rechtsgrundlage für die Anordnung von Zwangshaft gegenüber Amtsträgern des Staates zu schaffen.<sup>40</sup> Bis zum Erlass der VwGO herrschte nämlich die Idee vor, dass Zwangsvollstreckung gegenüber dem Staat als Hoheitsträger außerhalb der Geldvollstreckung unzulässig, jedenfalls jedoch überflüssig sei, da es nicht vorstellbar sei, dass der Staat sich einer rechtskräftigen Entscheidung widersetze (sog. „Ehrenmanntheorie“).<sup>41</sup>

### C) Unionsrechtliche Vorgaben zur Anwendung der Zwangshaft

Im Anwendungsbereich des Unionsrechts könnte das Vollstreckungsgericht jedoch verpflichtet sein, die zuvor skizzierten verfassungsrechtlichen Hinderungsgründe bei der Anordnung der Zwangshaft gegenüber Amtsträgern nicht zu beachten. Ein solcher Anspruch der DUH könnte sich unter anderem aus Art. 47 Abs. 1 GrCh herleiten (dazu unter C.II.).

### I. Anwendungsbereich des Unionsrechts

#### 1. Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts

Zunächst ist der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet, sobald ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt.<sup>42</sup> Gleiches soll, neben den Fällen der Durchführung von Verordnungen, der Umsetzung von vollharmonisierenden Richtlinien auch gelten, wenn Mitgliedsstaaten einen Spielraum bei der Umsetzung von Richtlinien haben.<sup>43</sup> Darüber hinaus soll es auch ausreichen, wenn allgemein-sachbezogene Handlungspflichten aus dem primären und sekundären Unionsrecht bestehen, da das nationale Recht zumindest objektiv zur Erfüllung dieser Pflichten beiträgt.<sup>44</sup> Jedenfalls muss sich der nationale Rechtsakt mehr als nur mittelbar auf den Unionsrechtsakt auswirken oder umgekehrt.<sup>45</sup>

Der Fall der Stadthalle Wetzlar liegt außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts. Bei dem Anspruch aus § 20 Abs. 1, 3 HGO und dem Gleichbehandlungsgrundsatz für politische Parteien aus Art. 21 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG iVm. § 5 Abs. 1 PartG handelt es sich um rein nationales Recht, das keiner Auswirkung aus dem Unionsrecht ausgesetzt ist.

Bei der Verpflichtung zur Fortschreibung der Luftreinhaltepläne handelt es sich hingegen um einen Rechtsakt zur Durchführung

<sup>33</sup> BVerfG NVwZ 1999, 1330 (1331).

<sup>34</sup> Ibid.; Pietzner/Möller, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 37. EL, (Juli 2019), § 172 Rn. 13.

<sup>35</sup> Heckmann, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. (2018), § 172 Rn. 11.

<sup>36</sup> Gruber, in: MüKoZPO, 5. Aufl. (2016), § 888 Rn. 2.

<sup>37</sup> Kring, NVwZ 2019, 23 (27).

<sup>38</sup> BVerfGE 29, 183 (196).

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> VGH München, Beschl. v. 9.11.2018, Az.: 22 C 18.1718, Rn. 146.

<sup>41</sup> Ule, DVBl 1959, 537 (540).

<sup>42</sup> Thym, NVwZ 2013, 889 (893).

<sup>43</sup> EuGH, Urt. v. 12.12.2002, Az.: C 442/00 = Slg. 2002, I-11915.

<sup>44</sup> Harratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 11. Aufl. (2018), S. 319.

<sup>45</sup> EuGH, Urt. v. 10.07.2014, Az.: C-198/13, Rn. 34.

des Unionsrechts. Die Luftreinhaltepläne für die Städte München und Stuttgart genügen nicht den Anforderungen des § 47 Abs. 1 BImSchG, in welchem die Vorgaben aus Art. 13, 23 RL 2008/50/EG umgesetzt sind.

Der EuGH hatte zur Auslegung der Art. 13, 23 RL 2008/50/EG entschieden, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte verpflichtet sind, gegenüber den nationalen Behörden „jede erforderliche Maßnahme zu erlassen“<sup>46</sup>, um den Regelungen der Richtlinie zur Durchsetzung zu verhelfen. Die Vorlagefrage des BayVGH betrifft zwar nur den Anwendungsbereich dieser Vorschriften. Die wesentlichen Argumente lassen sich jedoch auch auf sämtliche anderen Fallgestaltungen innerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts übertragen.

## 2. Entscheidungskompetenz des EuGH

Teilweise wird angezweifelt, ob der EuGH überhaupt eine Entscheidung über die Zulässigkeit der Anordnung von Zwangshaft gegenüber Amtsträgern treffen könne. Der EuGH kann nämlich nur über die Auslegung von Unionsrecht, nicht aber von nationalem Recht urteilen.<sup>47</sup> Die Frage, ob das Vollstreckungsgericht Zwangshaft gegenüber einem Amtsträger, im konkreten Verfahren Mitgliedern der bayerischen Staatsregierung, anordnen könne, sei nach Ansicht von Gärditz allein nach der VwGO zu beurteilen und damit eine rein nationale Frage.<sup>48</sup> Das Effektivitätsgebot schreibe nämlich nur vor, dass das nationale Recht irgendeine Art von wirksamen Vollstreckungsinstrumenten zur Durchsetzung des Unionsrechts bereithalten müsse.<sup>49</sup> Dies sei in Deutschland der Fall, da Regelungen zur Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen gegen Amtsträger bestehen; die Möglichkeit der Zwangshaft müsse nicht unbedingt eröffnet sein.<sup>50</sup>

Dass diese Argumentation am Kern des Problems vorbeigeht, zeigen gerade die Fälle um die Fortschreibung der Luftreinhaltepläne in München und Stuttgart. Zwar weist Gärditz selbst darauf hin, dass der EuGH bereits geurteilt habe, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte jede Maßnahme zu ergreifen haben, die zur Durchsetzung der Ziele der Art. 13, 23 RL 2008/50/EG erforderlich ist. Entscheidend dürfte dabei aber sein, dass diese Ziele im konkreten Fall durchgesetzt werden und nicht nur das abstrakte Instrumentarium zur Durchsetzung geschaffen wird. Näheres dazu unter C.II.2.b).

Vor allem aber hindere das Äquivalenzgebot den EuGH an einer definitiven Aussage über die Zulässigkeit der Anordnung von Zwangshaft gegenüber Amtsträgern.<sup>51</sup> Nach dem Äquivalenzgebot muss eine auf das Unionsrecht gestützte Klage vom innerstaatlichen Prozessrecht **mindestens genauso günstig** behandelt werden wie eine vergleichbare, auf innerstaatliches Recht gestützte Klage.<sup>52</sup> Um jedoch feststellen zu können, ob die Klage

vergleichbar wären, müsse festgestellt werden, ob nach innerstaatlichem Recht die Anordnung von Zwangshaft gegenüber Amtsträgern zulässig ist.<sup>53</sup> Dies aber ist eine rein nationale Rechtsfrage, über die der EuGH nicht urteilen kann (s.o.). Deshalb könne der EuGH die ihm vorgelegte Frage nicht beantworten.<sup>54</sup>

Mit dem Äquivalenzgebot soll jedoch nicht absolute Gleichwertigkeit zwischen rein nationalen Klagen und solchen, die auf das Unionsrecht gestützt werden, hergestellt werden, sondern nur ein Mindeststandard zugunsten der unionsrechtlichen Klagen festgelegt werden. Das Äquivalenzgebot zwingt nämlich nicht zu einer gleichen Behandlung, sondern gibt nur vor, dass unionsrechtliche Klagen nicht schlechter als rein nationale Klagen behandelt werden dürfen (s.o.). Das Äquivalenzgebot kann also nicht, wie Gärditz nahelegt, als limitierender Faktor verstanden werden.

Außerdem ist die Vorlagefrage des BayVGH nicht, wie damit umzugehen ist, dass eine unionsrechtliche Klage gegenüber einer vergleichbaren nationalen Klage benachteiligt wird. Folglich spielt das Äquivalenzgebot in diesem Fall keine Rolle.<sup>55</sup> Die Vorlagefrage zielt vielmehr darauf ab, ob sich aus dem Unionsrecht ein Gesichtspunkt ergibt, aufgrund dessen die verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber der Anordnung von Zwangshaft gegenüber Amtsträgern bei einem unionsrechtlichen Sachverhalt wie dem um die Fortschreibung des Luftreinhalteplans zurückzutreten haben. Dies ist möglich, da das Unionsrecht gegenüber jeglichem innerstaatlichem Recht, also auch Verfassungsrecht, sog. Anwendungsvorrang genießt. Dieser besagt, dass innerstaatliches Recht gegenüber dem Unionsrecht nicht vorgehen kann, da das Unionsrecht auf den EU-Verträgen beruht, durch die eine eigenständige Rechtsordnung geschaffen wurde.<sup>56</sup>

## II. Art. 47 Abs. 1 GrCh

Gemäß Art. 47 Abs. 1 GrCh hat jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, das Recht, bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen. Möglichweise lässt sich daraus ein Anspruch der DUH auf Verhängung von Zwangshaft gegenüber einem Mitglied der bayerischen Staatsregierung trotz der verfassungsrechtlichen Bedenken (s.o.) herleiten.

### 1. Rechtlicher Hintergrund: Die GrCh

Die GrCh ist gem. Art. 6 Abs. 1 EUV Bestandteil der Verträge der Europäischen Union. Sie wurde im Dezember 2007 in Nizza von den Präsidenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission unterzeichnet und ausgerufen. Durch Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 01.12.2009 wurde die GrCh rechtsverbindlich. Ziel der GrCh ist, allen Unionsbürgern gegen-

<sup>46</sup> EuGH, Urt. v. 19.11.2014, Az.: C-404/13, Rn. 31, 58 – *ClientEarth*.

<sup>47</sup> *Harratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 11. Aufl. (2018), 3. Kapitel, Rn. 589.

<sup>48</sup> Prof. Dr. Gärditz im Interview mit Legal Tribune Online:

► <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eugh-c-752-18-beugehaft-zwangsvollstreckung-duh-bayern-regierung/> zuletzt aufgerufen am 03.11.2019.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Streinz*, JuS 2010, 835.

<sup>53</sup> Prof. Dr. Gärditz im Interview mit Legal Tribune Online:

► <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eugh-c-752-18-beugehaft-zwangsvollstreckung-duh-bayern-regierung/> zuletzt aufgerufen am 03.11.2019.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Saugmandsgaard Øe* v. 14.11.2019, Az.: C-752/18, Rn. 53.

<sup>56</sup> EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Az.: C-6/64 = NJW 1964, 2371 – *Costa/E.N.E.L.*; näheres zum Anwendungsvorrang: *Ludwigs/Sikora*, JuS 2017, 385 (387f.).

über den Organen der Union gewisse Grundrechte zu garantieren, die nicht mit den nationalen Grundrechten konkurrieren und von diesen unabhängig sind.<sup>57</sup>

## 2. Anwendungsbereich der GrCh

Dafür muss zunächst der Anwendungsbereich der der GrCh eröffnet sein. Dieser erstreckt sich gem. Art. 51 Abs. 1 GrCh auf alle Handlungen im Rahmen der „Durchführung des Rechts der Union“. Diesen Begriff legt der EuGH zunehmend weit aus. Die GrCh soll in „*allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen*“<sup>58</sup> anzuwenden sein. Der Anwendungsbereich der GrCh reicht also stets genauso weit wie die Anwendbarkeit des Unionsrechts selbst.<sup>59</sup> Da das Unionsrecht im Fall des Luftreinhalteplans anwendbar ist, ist der Anwendungsbereich der GrCh also eröffnet.

Adressaten der GrCh sind gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh neben der Union und ihren Einrichtungen die Mitgliedsstaaten. Dabei werden sämtliche Einrichtungen der öffentlichen Gewalt, also auch die Judikative, erfasst.<sup>60</sup> Der BayVGh unterfällt also auch dem Adressatenkreis.

## 3. Tatbestand des Art. 47 Abs. 1 GrCh

### a) Rechtsverletzung

Bei dem als verletzt zu rügendem Recht muss es sich um ein subjektives Recht handeln, das das Unionsrecht einräumt.<sup>61</sup> Der BayVGh verweist auf das Recht der DUH, die eine qualifizierte Nichtregierungsorganisation iSd. Art. 9 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 Aarhus-Konvention ist, auf angemessenen und effektiven Rechtsschutz aus Art. 9 Abs. 4 S. 1 Aarhus Konvention.<sup>62</sup> Diese Konvention ist Bestandteil des Unionsrechts, da die EU Vertragspartei ist.<sup>63</sup>

#### Hinweis:

Die Aarhus-Konvention ist ein völkerrechtlicher Vertrag zwischen mehreren europäischen Staaten, der 1998 abgeschlossen wurde. Die Bundesrepublik Deutschland ist Vertragspartei der Aarhus-Konvention. Ziel der Aarhus-Konvention ist, den Bürgern der Vertragsstaaten in Umweltangelegenheiten Beteiligungsmöglichkeiten am Entscheidungsverfahren und Rechtsschutz gegen die Entscheidungen einzuräumen. Unter anderem können Nichtregierungsorganisationen die Einhaltung von Umweltschutzvorschriften gerichtlich geltend machen, sofern staatliche Akteure dagegen verstoßen.

<sup>57</sup> Ausführlich dazu: <http://www.europarl.europa.eu/germany/de/europa-und-europawahlen/grundrechtecharta>, zuletzt ausgerufen am 03.11.2019.

<sup>58</sup> EuGH, Urt. v. 26.02.2013, Az.: C-617/10, Rn. 19 – Åkerberg Fransson.

<sup>59</sup> Ibid., Rn. 21.

<sup>60</sup> Streinz/Michl, in: Streinz, GrCh, 3. Aufl. (2018), Art. 51 Rn. 5.

<sup>61</sup> Alber, in Stern/Sachs, GrCh, (2016), Art. 47 Rn. 18.

<sup>62</sup> VGh München, Beschl. v. 9.11.2018, Az.: 22 C 18.1718, Rn. 81.

<sup>63</sup> EuGH, Urt. v. 08.03.2011, Az.: C-240/09, Rn. 30; es ist auf Grundlage dieses EuGH-Urteils anerkannt, dass § 42 Abs. 2 VwGO dahingehend unionsrechtskonform auszulegen ist, dass die DUH als Nichtregierungsorganisation iSd. Art. 9 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 Aarhus-Konvention in Bezug auf Rechtsstreitigkeiten um die Fortschreibung von Luftreinhalteplänen gem. Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention klagebefugt ist. In Bezug auf eine Klage der DUH gegen das Kraftfahrtbundesamt gerichtet auf Aufhebung eines sog. Freigabebescheides für Abschaltvorrichtungen in Dieselmotoren hat das VG Schleswig dem EuGH die Frage vorgelegt, ob sich für Umweltverbände wie der

### b) Wirksamer Rechtsbehelf

Wirksam iSd. Art. 47 Abs. 1 GrCh ist ein Rechtsbehelf, wenn er so ausgestaltet ist, dass er, sofern er zulässig und begründet ist, dem Klagebegehren zur Durchsetzung verhilft.<sup>64</sup> Ob sich aus dieser grundsätzlichen Regelung jedoch ableiten lässt, dass im konkreten Fall Zwangshaft gegen einen Amtsträger angeordnet werden kann, wird bisher nur unzureichend diskutiert. In der Regel bleiben die Überlegungen an der Stelle stehen, dass festgestellt wird, dass der Gläubiger Anspruch auf Vollstreckung des Urteils hat.<sup>65</sup> Außerdem müsse das Vollstreckungsverfahren so ausgestaltet sein, dass der Gläubiger zu seinem Recht kommt, wobei ein Vollstreckungsverfahren gegen den Staat nicht nötig sei, da der Staat das Urteil ohnehin befolgen müsse.<sup>66</sup>

Es wird nicht ernsthaft in Betracht gezogen, dass der Staat sich weigern könnte, ein Urteil zu befolgen und so das bestehende Vollstreckungsverfahren vor Probleme stellt. Dass der Staat aber nicht immer gewillt ist, gerichtliche Entscheidungen zu befolgen, zeigen die dargestellten Fälle. Entfallen bereits getroffene Vollstreckungsmaßnahmen wie die Androhung und Festsetzung von Zwangsgeldern keine Wirkung, so sollte es nötig sein, dem Klagebegehren mit empfindlicheren Maßnahmen wie der Anordnung von Zwangshaft zur Durchsetzung zu verhelfen.

Fraglich ist, ob Art. 47 Abs. 1 GrCh dafür als Rechtsgrundlage dienen kann.

Dafür spricht einerseits, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte „jede erforderliche Maßnahme“<sup>67</sup> gegenüber der Behörde zu ergreifen haben. Dabei müssen sich die mitgliedstaatlichen Gerichte jedoch grundsätzlich auf diejenigen Maßnahmen, die das nationale Recht vorsieht, beschränken.<sup>68</sup> Nach dem Grundsatz des Anwendungsvorrangs (s.o.) haben die mitgliedstaatlichen Gerichte das innerstaatliche Recht so weit wie möglich im Sinne des Unionsrechts auszulegen, um diesem zur vollen Wirksamkeit zu verhelfen; eine Auslegung *contra legem* kann jedoch nicht gefordert werden.<sup>69</sup> Für den vorliegenden Fall bedeutet das, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte überprüfen müssen, ob es eine gangbare Auslegungsvariante gibt, die es ihnen ermöglicht, tatsächlich wirksame Zwangsmaßnahmen zu verhängen.<sup>70</sup> Deshalb müssen die mitgliedstaatlichen Gerichte auch eine gefestigte Rechtsprechung abändern, falls diese Auslegung das nationale Recht in einer Art und Weise interpretiert, die den Zielen einer Richtlinie widerspricht.<sup>71</sup> Ebenso müssen die mit-

DUH auch diesbezüglich aus Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention die Klagebefugnis ergibt, VG Schleswig, Beschl. v. 20.11.2019, Az.: 3 A 113/18.

<sup>64</sup> Alber, in: Stern/Sachs, GrCh, (2016), Art. 47 Rn. 62.

<sup>65</sup> EGMR, Urt. v. 19.03.1997, Az.: 18357/91, Rn. 40; Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Rauner, EMRK, 4. Aufl. (2017), Art. 6 Rn. 50.

<sup>66</sup> Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Rauner, EMRK, 4. Aufl. (2017), Art. 6, Rn. 50.

<sup>67</sup> EuGH, Urt. v. 19.11.2014, Az.: C-404/13, Rn. 31, 58 – ClientEarth.

<sup>68</sup> EuGH, Urt. v. 26.06.2019, Az.: C-723/17 = NJW 2019, 2833, Rn. 56 – Craeynest.

<sup>69</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe v. 14.11.2019, Az.: C-752/18, Rn. 56f.

<sup>70</sup> EuGH, Urt. v. 19.12.2019, Az.: C-752/18, Rn. 40.

<sup>71</sup> EuGH, Urt. v. 24.06.2019, Az.: C-573/17 = BeckRS 2019, 12042, Rn. 78 – Poplawski; Schlussanträge des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe v. 14.11.2019, Az.: C-752/18, Rn. 58.

gliedsstaatlichen Gerichte „jede von einem höheren Gericht vorgenommene Auslegung, die für sie nach nationalem Recht verbindlich wäre, aus eigene Entscheidungsbefugnis unangewandt [...] lassen“<sup>72</sup>, falls diese Auslegung gegen die betreffende Richtlinie verstößt.<sup>73</sup> Auch in der Rs. *Torubarov* hat der EuGH festgestellt, dass sich aus Art. 47 Abs. 1 GrCh die Pflicht ergibt, nationale Entscheidungen nicht anzuwenden, sofern dies erforderlich ist, um einer Partei einen wirksamen Rechtsbehelf zur Verfügung zu stellen.<sup>74</sup>

Das Ziel, dem Unionsrecht zur vollen Wirksamkeit zu verhelfen, gilt andererseits jedoch nicht absolut. Vielmehr hat das mitgliedstaatliche Gericht, das im konkreten Fall das Unionsrecht anwendet, ggf. widerstreitende Unionsgrundrechte gegeneinander abzuwägen.<sup>75</sup> (Dazu unter C.II.5.c)) Dies ergibt sich aus Art. 2 EUV, wonach die Rechtsstaatlichkeit einer der Grundwerte Union ist; diese Grundwerte sind bei der Anwendung des Unionsrechts stets zu beachten.<sup>76</sup>

#### 4. Eingriff in Art. 6 GrCh

Die Inhaftierung des Amtsträgers stellt einen Eingriff in sein Recht aus Art. 6 GrCh dar. Art. 6 GrCh gewährleistet ebenso wie Art. 5 EMRK die „körperliche Bewegungsfreiheit, also die Freiheit, einen bestimmten Ort zu verlassen.“<sup>77</sup>

#### 5. Rechtfertigung, Art. 52 GrCh

Zur Rechtfertigung dieses Eingriffes bedarf es gem. Art. 52 Abs. 1 S. 1 GrCh einer gesetzlichen Grundlage. Dies kann jede abstrakt-generelle Rechtsnorm sein.<sup>78</sup> Als gesetzliche Grundlage dient hier § 888 ZPO.

##### a) Anforderungen an § 888 ZPO

Die Vorschrift, auf die eine Inhaftierung gestützt wird, muss nach der Rspr. des EuGH hinreichend zugänglich, präzise und in ihrer Anwendung vorhersehbar sein.<sup>79</sup> Problematisch könnte hier das Erfordernis der Vorhersehbarkeit sein.

Die Einwände des GAs gegen die Vorhersehbarkeit der Anwendung des § 888 ZPO gehen bereits aus formellen Gründen ins Leere. Es steht dem EuGH nämlich nicht zu, über die Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts zu urteilen.<sup>80</sup> Wie der EuGH klarstellt, ist allein das mitgliedstaatliche Gericht befugt, „zu beurteilen, ob die einschlägigen nationalen Bestimmungen [...] hinreichend zugänglich, präzise und in ihrer Anwendung vorhersehbar sind und es damit ermöglichen, jede Gefahr von Willkür zu vermeiden.“<sup>81</sup> Nichtsdestotrotz sollen die Argumente des GAs auch inhaltlich überprüft werden.

<sup>72</sup> EuGH, Urt. v. 24.06.2019, Az.: C-573/17 = BeckRS 2019, 12042, Rn. 78 – *Poplawski*.

<sup>73</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Saugmandsgaard Øe* v. 14.11.2019, Az.: C-752/18, Rn. 58.

<sup>74</sup> EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Az.: C-556/17 = BeckRS 2019, 15901, Rn. 74 – *Torubarov*.

<sup>75</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Saugmandsgaard Øe* v. 14.11.2019, Az.: C-752/18, Rn. 68.

<sup>76</sup> EuGH, Urt. v. 17.01.2019, Az.: C-310/16, Rn. 34.

<sup>77</sup> *Ogorek*, in: *Stern/Sachs*, GrCh, (2016), Art. 6 Rn. 2 mwN.

<sup>78</sup> *Krämer*, in: *Stern/Sachs*, GrCh, (2016) Art. 52 Rn. 32.

<sup>79</sup> EuGH, Urt. v. 15.03.2017, Az.: C-528/15, Rn. 38; EGMR, Urt. v. 21.10.2013, Az.: 42750/09, Rn. 125.

<sup>80</sup> *Harratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 11. Aufl. (2018), 3. Kapitel, Rn. 589.

##### aa) Umstrittene Auslegung

Aus Sicht des GAs spricht gegen eine vorhersehbare Anwendung des § 888 ZPO, dass die Frage, ob nach deutschem Recht gegen einen Amtsträger Zwangshaft angeordnet werden kann, umstritten sei.<sup>82</sup> Überzeugend ist dieser Einwand jedoch nicht.

Zwar gibt es in der deutschen Literatur durchaus Autoren, die vertreten, man könne schon allein aufgrund des deutschen Rechts gegenüber einem Amtsträger Zwangshaft anordnen.<sup>83</sup> Innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht jedoch Einigkeit, dass in der Praxis Zwangshaft nicht gegenüber Amtsträgern angeordnet werden kann. So haben deutsche Gerichte<sup>84</sup> unter Anwendung der unter B.II.2.b) dargestellten Rspr. des BVerfG die Anordnung von Zwangshaft gegenüber Amtsträgern mehrfach abgelehnt.<sup>85</sup> Auch die Fachgruppe Verwaltungsrecht der Neuen Richtervereinigung stellt klar, dass sie keine Möglichkeit sieht, mit Zwangsmitteln über das Zwangsgeld hinaus, verwaltungsgerichtliche Entscheidungen effektiv durchzusetzen, falls die Exekutive die Entscheidung nicht von sich heraus befolgt.<sup>86</sup> Zum selben Ergebnis kommt auch der Präsident des BVerwG *Rennert*. Er meint, die Judikative führe im Verwaltungsrecht, anders als im Strafrecht und Zivilrecht, kein scharfes Schwert, sondern gegenüber der Exekutive bloß das Argument.<sup>87</sup>

Vor diesem Hintergrund ist § 888 ZPO in seiner Anwendung hinreichend vorhersehbar. Unter den zur Anwendung berufenen Gerichten ist die Auslegung des § 888 ZPO nicht umstritten. Solange die in der Literatur vorgetragene Gegenansicht keinen Eingang in die Rspr. findet, bestehen mE. keine Unklarheiten für etwaig betroffene Amtsträger.

##### bb) Vorherige Androhung der Zwangshaft oder vorherige Anhörung des Amtsträgers

Der BayVGH hat vorgeschlagen, dass etwaige Zweifel an der Auslegung des § 888 ZPO und damit das vom GA vorgetragene Problem bzgl. der Vorhersehbarkeit der Anwendung dadurch ausgeräumt werden könnten, dass das Vollstreckungsgericht abweichend von § 888 Abs. 2 ZPO, in entsprechender Anwendung von § 172 VwGO und § 890 Abs. 2 ZPO, die Anordnung der Zwangshaft gegenüber dem zu inhaftierenden Amtsträger verbunden mit einer Frist zur Umsetzung der zu vollstreckenden Entscheidung zunächst androht.<sup>88</sup> Der GA weist jedoch in der Sache zu Recht darauf hin, dass ein solches Vorgehen die Zweifel an der Vorhersehbarkeit der Anwendung des § 888 ZPO nicht ausräumen kann, da § 888 Abs. 2 ZPO eine Androhung der Zwangshaft für nicht vertretbare Handlungen ausdrücklich ausschließt.<sup>89</sup> Eine entsprechende Anwendung des § 890 Abs. 2

<sup>81</sup> EuGH, Urt. v. 19.12.2019, Az.: C-752/18, Rn. 48.

<sup>82</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Saugmandsgaard Øe* v. 14.11.2019, Az.: C-752/18, Rn. 75.

<sup>83</sup> So z.B. *Kring*, NVwZ 2019, 23 (28); *Klinger*, NVwZ 2019, 1332 (1335).

<sup>84</sup> Nachweise unter VGH München, Beschl. v. 9.11.2018, Az.: 22 C 18.1718, Rn. 147.

<sup>85</sup> *Ibid.*, Rn. 152.

<sup>86</sup> Pressemitteilung vom 16.07.2019; einsehbar unter <https://www.neuerichter.de/details/artikel/artikel/ratloser-rechtsstaat-648.html>, zuletzt abgerufen am 17.11.2019.

<sup>87</sup> *Rennert*, Kann die Justiz den Staat zwingen?, FAZ v. 18.07.2019, S. 6.

<sup>88</sup> VGH München, Beschl. v. 9.11.2018, Az.: 22 C 18.1718, Rn. 152.

<sup>89</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Saugmandsgaard Øe* v. 14.11.2019, Az.: C-752/18, Rn. 76.

ZPO dürfte hier daran scheitern, dass wegen der expliziten Anordnung in § 888 Abs. 2 ZPO keine Regelungslücke vorliegt.

Jedoch muss das Vollstreckungsgericht gem. § 891 S. 2 ZPO den Schuldner vor der Entscheidung über den Erlass einer Zwangsmaßnahme in jedem Fall anhören, um dem Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG Rechnung zu tragen.<sup>90</sup> Wenn das Vollstreckungsgericht dem Amtsträger in dieser Anhörung nun eröffnet, dass es beabsichtigt, ihm gegenüber Zwangshaft zu erlassen, und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gibt, dann ist die Anwendung von § 888 ZPO für den Amtsträger transparent.

Durch die vorherige Anhörung des Amtsträgers wird auch der Kritikpunkt des GAs, dass ungewiss sei, welcher Amtsträger konkret zu inhaftieren sei,<sup>91</sup> entschärft. Angehört werden kann nämlich jeweils derjenige Amtsträger, gegen den die Zwangshaft angeordnet werden soll.

Sofern der Amtsträger vor der Anordnung der Zwangshaft den Regeln des § 891 S. 2 ZPO entsprechend angehört wird, kann § 888 ZPO also entgegen der Ansicht des GAs in vorhersehbarer Weise angewendet werden.

### b) Haftgrund aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. b) EMRK<sup>92</sup>

Darüber hinaus muss für die Inhaftierung ein Haftgrund nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK, der gem. Art. 52 Abs. 3 S. 1 GrCh hier ebenfalls anzuwenden ist,<sup>93</sup> vorliegen. Dieser ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. b) Alt. 1 EMRK. Demnach kann einer Person die Freiheit nur wegen der Nichtbefolgung einer rechtmäßigen gerichtlichen Anordnung entzogen werden. Dass die Entscheidungen zur Fortschreibung der Luftreinhaltepläne hier rechtsfehlerhaft ergangen sein könnten, ist hier nicht ersichtlich.

#### Hinweis

Die EMRK ist ein völkerrechtlicher Vertrag zwischen mehreren europäischen Staaten, zu dessen Gründungsmitgliedern auch die Bundesrepublik Deutschland gehört. Die EMRK garantiert gewisse Grundrechte, die jeder Bürger der Mitgliedsstaaten individuell gegen seinen Staat vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) einklagen kann.<sup>94</sup>

### c) Verhältnismäßigkeit

Außerdem muss die Inhaftierung des Amtsträgers gem. Art. 52 Abs. 1 S. 2 GrCh verhältnismäßig<sup>95</sup> sein. Insbesondere muss der Freiheitsentzug das letzte Mittel zur Durchsetzung der gerichtlichen Entscheidung sein.<sup>96</sup>

### aa) Erforderlichkeit

Nach dem soeben genannten Maßstab darf es neben der Zwangshaft kein milderes, ebenso effektives Mittel zur Durchsetzung der gerichtlichen Entscheidung geben. Das mitgliedersstaatliche „Zwangsvollstreckungsrecht [muss] insofern im Einklang mit dem Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz ausgelegt werden,“<sup>97</sup> dass das mitgliedersstaatliche Gericht nicht gezwungen ist, Zwangshaft zur Durchsetzung der Entscheidung zu verhängen. Somit ist zu untersuchen, ob der § 172 VwGO in einer Art und Weise ausgelegt werden kann, die es erlaubt, mittels Zwangsgeld eine größere Zwangswirkung gegenüber dem Staat zu erreichen.

#### (1) Begünstigter des Zwangsgeldes

Klinger merkt völlig zu Recht an, dass § 172 VwGO nicht festlegt, wer der Begünstigte des gezahlten bzw. zu zahlenden Zwangsgeld sein soll.<sup>98</sup> Bisher wird das Zwangsgeld stets an die Landeskasse gezahlt. Darum wird das Geld bloß innerhalb des Landeshaushalts von einer zur anderen Kasse umgebucht, wenn das Land als Vollstreckungsschuldner das Zwangsgeld zahlt (s.o., B.II.1.).

Größere Zwangswirkung könne das Zwangsgeld deshalb entfalten, indem das Vollstreckungsgericht den Vollstreckungsgläubiger als Begünstigten des Zwangsgeldes festlegt.<sup>99</sup> Diese Methode wird in der deutschen Praxis noch nicht bedacht. Es steht fest, dass das Zwangsgeld keinen Strafcharakter hat, sondern nur ein Beugemittel ist.<sup>100</sup> Deshalb soll es nur zugunsten der Staatskasse gezahlt werden.<sup>101</sup> In Stein gemeißelt ist diese Praxis wegen des offenen Wortlauts des § 172 VwGO jedoch nicht. Gegen die Zahlung des Zwangsgeldes an den Vollstreckungsgläubiger spricht aber, dass ein solches Modell den Anreiz setzt, Urteile zu erstreiten, nur um am Zwangsgeld zu verdienen.

#### (2) Wiederholte Festsetzung

Nach der gängigen Praxis, die auch der BayVGh angewendet hat, kann das Vollstreckungsgericht – nach jeweiligem Antrag des Vollstreckungsgläubigers – immer nur ein Zwangsgeld festsetzen. Die wiederholte Festsetzung soll nur durch jeweils neuen Beschluss nach Ablauf der Vollstreckungsfrist des ersten Zwangsgeldes möglich sein, wobei der Vollstreckungsgläubiger immerhin seinen Antrag auf Festsetzung des Zwangsgeldes mit einem Antrag auf Androhung eines weiteren Zwangsgeldes verbinden kann.<sup>102</sup> Die Androhung des Zwangsgeldes für jeden Fall der Zuwiderhandlung ist nur bei Dauerunterlassungstiteln möglich.<sup>103</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es unsicher, ob die Verwaltungsgerichte sich für den Vorschlag *Klingers*, das Voll-

<sup>90</sup> Stürner, in: BeckOK ZPO, 34. Ed. (01.09.2019), § 891 Rn. 1.

<sup>91</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe v. 14.11.2019, Az.: C-752/18, Rn. 77ff.

<sup>92</sup> Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

<sup>93</sup> Ogorek, in: Stern/Sachs, GrCh, (2016), Art. 6 Rn. 15.

<sup>94</sup> Sebastian, GRUR Int. 2013, 524 (524f.) mit ausführlichen Erläuterungen zum rechtlichen Hintergrund der EMRK und deren Rechtsschutzsystem.

<sup>95</sup> Dazu nur knapp: Schlussanträge des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe v. 14.11.2019, Az.: C-752/18, Rn. 86-90; Der GA musste sich nicht mehr ausführlich zur Verhältnismäßigkeit äußern, da er bereits die Vorhersehbarkeit der Anwendung des § 888 ZPO verneint hatte. Somit fehlt es seiner Ansicht nach bereits an einer tauglichen Rechtsgrundlage zur Anordnung der Zwangshaft.

<sup>96</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe v. 14.11.2019, Az.: C-752/18, Rn. 86.

<sup>97</sup> EuGH, Urt. v. 19.12.2019, Az.: C-752/18, Rn. 51.

<sup>98</sup> Klinger, NVwZ 2019, 1332 (1334 f.).

<sup>99</sup> Klinger, NVwZ 2019, 1332 (1335).

<sup>100</sup> Pietzner/Möller, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 37. EL, (Juli 2019), § 172 Rn. 2.

<sup>101</sup> Gruber, in: MüKo-ZPO, 5. Aufl. (2016), § 890 Rn. 38.

<sup>102</sup> Pietzner/Möller, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 37. EL, (Juli 2019), § 172 Rn. 45, 49; Schmidt-Kötters, in: BeckOK VwGO, 50 Ed. (1.7.2017), § 172 Rn. 29.

<sup>103</sup> Pietzner/Möller, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 37. EL, (Juli 2019), § 172 Rn. 42.

streckungsgericht könne ein Zwangsgeld von 10.000 EUR für jeden Tag an dem die gerichtliche Entscheidung nicht umgesetzt wurde, verhängen,<sup>104</sup> offen zeigen.

So kann sich der Vollstreckungsschuldner immer wieder Zeit „erkaufen“. Das deutsche System ist an dieser Stelle im internationalen Vergleich besonders behäbig. Wird hingegen ein Urteil des EuGH nicht befolgt, so ist es üblich, dass der EuGH ein Zwangsgeld für jeden im Einzelfall zu bestimmenden Zeitabschnitt, in dem das Urteil nicht umgesetzt wird, verhängt,<sup>105</sup> auch wenn Art. 260 Abs. 2 AEUV die Option der wiederholten Festsetzung nicht erwähnt.<sup>106</sup>

Selbst wenn dann aber innerhalb eines Jahres EUR 3,65 Mio. als Zwangsgeld an die Landeskasse gezahlt werden, so dürfte auch das im vorliegenden Fall ohne Wirkung bleiben. Es bleibt dabei, dass das Geld nur zwischen den einzelnen Haushaltsposten umgebucht wird. Das Zwangsgeld würde erst dann effektiv, wenn es eine solche Höhe erreicht, dass das zahlende Ministerium aufgrund der Belastung schlicht handlungsunfähig würde. Das dürfte jedoch schwerlich denkbar sein. Im Haushalt des Freistaats Bayern für 2018 waren Ausgaben in Höhe von EUR 60 Mrd geplant, wovon EUR 900 Mio. auf das Bayerische Umweltministerium entfielen.<sup>107</sup>

### (3) Zwischenfazit

Nach dem bisherigen Meinungsstand ist eine Verschärfung der Modalitäten, unter denen das Zwangsgeld verhängt wird, jedoch nicht vorgesehen. Mildere Mittel, die ebenso effektiv wie die Zwangshaft sind, stehen nicht zur Verfügung. Die Anordnung der Zwangshaft ist im vorliegenden Fall erforderlich.

Es wäre wünschenswert, dass die deutschen Verwaltungsgerichte den Auftrag des EuGH annehmen und prüfen, ob sie die Anregungen *Klingers* umsetzen können.

### bb) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Hinsichtlich der Umsetzung der Luftreinhaltepläne stehen sich einerseits das Recht des Amtsträgers aus Art. 6 GrCh und andererseits das Recht des Vollstreckungsgläubigers auf einen wirkamen Rechtsbehelf aus Art. 47 Abs. 1 GrCh gegenüber. Bei der Abwägung dieser Rechtsgüter ist insbesondere zu berücksichtigen, dass Art. 47 Abs. 1 GrCh seiner tatsächlichen Wirksamkeit beraubt wird, wenn eine Behörde eine rechtskräftige und vollstreckbare Gerichtsentscheidung nicht umsetzt.<sup>108</sup>

Im Fall um die Fortschreibung des Luftreinhalteplans für die Stadt München ist außerdem die sich aus Art. 3 Abs. 1 GrCh ergebende Pflicht des Staates, seine Bürger vor körperlichen Beeinträchtigungen durch Dritte zu schützen, zu berücksichtigen.<sup>109</sup> Dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf ist hier eine besondere Bedeutung zuzuschreiben, weil die Gesundheit von Menschen gefährdet würde, je länger die nach der RL 2008/50/EG geforderten Maßnahmen zur Luftreinhaltung nicht ergriffen werden.<sup>110</sup> Hinzu kommt die Verpflichtung des Staates

aus Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV, dem Unionsrechts effektive Geltung zu verleihen.

Dafür, dass die Anordnung von Zwangshaft verhältnismäßig ist, spricht weiterhin, dass eine rechtskräftige Entscheidung dem Vollstreckungsgläubiger nichts wert ist, wenn der Vollstreckungsschuldner nicht dazu bewegt werden kann, die Entscheidung zu befolgen. Dies gilt umso mehr, wenn der Bürger dem Staat gegenübertritt. Gerade weil zwischen Bürger und Staat ein strukturelles Ungleichgewicht besteht, ist es umso wichtiger, dass die Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidungen gegenüber dem Staat effektiv vollzogen wird. Dies ist durch die Festsetzung von Zwangsgeldern aber nicht gewährleistet, wenn das Geld lediglich innerhalb der Staatskasse umgebucht wird. In solchen Fällen muss dann das Recht des Amtsträgers auf individuelle Freiheit gegenüber dem Recht des Bürgers auf effektiven Rechtsschutz zurücktreten.

Auch träfe den jeweiligen Amtsträger die Anordnung der Zwangshaft nicht unvorbereitet. Vor der Anordnung ist der jeweilige Amtsträger anzuhören. Ist der Rechtsträger der handelnden Behörde der Beklagte, so stehen ihm in der Regel auch disziplinar- bzw. aufsichtsrechtliche Maßnahmen zur Verfügung, um die handelnde Behörde dazu zu bewegen, die Entscheidung zu befolgen. Weigert sich der Rechtsträger selbst, die Entscheidung umzusetzen, so wie im Fall der Fortschreibung des Luftreinhalteplans für die Stadt München, dann bestehen auch keine schutzwürdigen Interessen, ihn weiterhin vor der besonders einschneidenden Maßnahme der Zwangshaft zu schützen. Das Argument, dass die Exekutive nicht dadurch in ihrer Funktionsfähigkeit gestört werden soll, dass ihre Amtsträger in Zwangshaft genommen werden,<sup>111</sup> trägt an dieser Stelle nicht mehr, da diese Eskalation selbsterbeigeführt ist. Außerdem steht es dem Amtsträger frei, die Entscheidung des Gerichts jederzeit umzusetzen. Dann wird die Zwangshaft umgehend beendet. Im Grunde kann der Amtsträger also selbst entscheiden, wie lange die Zwangshaft andauert.

### III. Art. 19 EUV

Gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV sollen die Mitgliedsstaaten die erforderlichen Rechtsbehelfe schaffen, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist. Sie sind damit vorrangig für die Umsetzung des Justizgrundrechts aus Art. 47 Abs. 1 GrCh zuständig.<sup>112</sup> Weiterreichende Vorgaben leiten sich daraus nicht ab.

### IV. Art. 4 EUV

Auch aus Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV ergibt sich unter anderem die Pflicht der nationalen Gerichte, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, sodass das Unionsrecht vollständig angewendet wird, insbesondere die Rechte des Einzelnen geschützt werden.<sup>113</sup> Insoweit wird er jedoch von der spezielleren Regelung des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV verdrängt.<sup>114</sup>

<sup>104</sup> *Klinger*, NVwZ 2019, 1332 (1335).

<sup>105</sup> So z.B. in EuGH, Urt. v. 31.05.2018, Az.: C-251/17.

<sup>106</sup> *Klinger*, NVwZ 2019, 1332 (1335) mwN.

<sup>107</sup> [https://www.stmfh.bayern.de/haushalt/staatshaushalt\\_2017/haushaltsplan/Haushaltsgesetz.pdf](https://www.stmfh.bayern.de/haushalt/staatshaushalt_2017/haushaltsplan/Haushaltsgesetz.pdf), zuletzt abgerufen am 22.12.2019.

<sup>108</sup> EuGH, Urt. v. 31.05.2018, Az.: C-251/17, Rn. 37.

<sup>109</sup> *Höfling/Kempny*, in: *Stern/Sachs*, GrCh, (2016), Art. 3 Rn. 14.

<sup>110</sup> EuGH, Urt. v. 19.12.2019, Az.: C-752/18, Rn. 38.

<sup>111</sup> *Heckmann*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, 5. Aufl. (2018), § 172 Rn. 4.

<sup>112</sup> *Giegerich/Lauer*, ZEuS 2014, 461 (482).

<sup>113</sup> *W. Kahl*, in: *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. (2016), Art. 4 EUV Rn. 79 mwN.

<sup>114</sup> *Ibid.* Rn. 52 mwN.

## D) Fazit

In den vorliegenden Fällen forderten die Kläger jeweils die Vornahme unvertretbarer Handlungen. Deshalb können die gerichtlichen Entscheidungen nicht mittels Ersatzvornahme durchgesetzt werden. Zulässige Zwangsmittel sind allein das Zwangsgeld oder die Zwangshaft.

In Streitigkeiten wie der um die Stadthalle Wetzlar, in denen das Unionsrecht keine Anwendung findet, kann sich allein aus der Anwendung des Gebots des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG die Möglichkeit zur Anordnung von Zwangshaft gegenüber Amtsträgern nicht ergeben. Dem steht die Rspr. des BVerfG entgegen, nach der eine Vorschrift, aufgrund der gegen eine Person Haft verhängt werden kann, nur auf solche Fälle angewendet werden darf, die der Gesetzgeber bereits bei Erlass der Vorschrift vom Anwendungsbereich der Vorschrift erfassen wollte. Das übersieht *Kring* bei ihrer Argumentation.<sup>115</sup> Es kann somit letztlich offen bleiben, ob sich die Vollstreckung von Leistungsurteilen nach der VwGO oder der ZPO richtet,<sup>116</sup> weil § 888 ZPO zur Anordnung von Zwangshaft gegenüber Amtsträgern bei Sachverhalten außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts nicht angewendet werden kann. Es bleibt zu hoffen, dass sich solche Vorkommnisse, wie der Fall um die Stadthalle Wetzlar, zukünftig nicht mehr ereignen. Sollte es dennoch soweit kommen, könnte mit den Mitteln der Kommunalaufsicht gewährleistet werden, dass die verwaltungsgerichtliche Entscheidung umgesetzt wird.<sup>117</sup>

Im Anwendungsbereich des Unionsrechts hat der Vollstreckungsgläubiger grundsätzlich einen Anspruch aus Art. 47 Abs. 1 GrCh darauf, dass das Vollstreckungsgericht gegenüber demjenigen Amtsträger, der vertretungsberechtigtes Organ des Vollstreckungsschuldners ist, Zwangshaft anordnet. Falls die Anordnung der Zwangshaft erforderlich und verhältnismäßig ist, so **gebietet** das Unionsrecht dem Vollstreckungsgericht, diese Maßnahme auch zu ergreifen.<sup>118</sup> Die verfassungsrechtlichen Hinderungsgründe gegenüber der Anwendung des § 888 ZPO greifen hier aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nicht durch. § 888 ZPO ist in seiner Anwendung hinreichend vorhersehbar. Innerhalb der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, die sich an die Rspr. des BVerfG hält, ist die Auslegung des § 888 ZPO unstrittig. Stimmen aus der Literatur, die sich dieser Auslegung entgegenstellen, lassen nach der hier vertretenen Ansicht keine Zweifel an der Vorhersehbarkeit der Anwendung des § 888 ZPO aufkommen, weil sich diese Kritik nicht in der Rechtsprechungspraxis niedergeschlagen hat.

Die Inhaftierung muss im Einzelfall erforderlich und verhältnismäßig sein. Das bisherige Verfahren, nach dem die deutschen Verwaltungsgerichte Zwangsgelder verhängen, ist schlicht ineffektiv. Es wäre wünschenswert, dass sie den Auftrag des EuGH annehmen und prüfen, ob sie die Anregungen *Klingers* umsetzen können. Bis dahin bleibt die Zwangshaft gegenüber Amtsträgern als Beugemittel erforderlich.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind einerseits das Recht des Amtsträgers auf Fortbewegungsfreiheit aus Art. 6 GrCh gegenüber dem Recht des Vollstreckungsgläubigers auf

eine effektive Vollstreckung aus Art. 47 Abs. 1 GrCh gegeneinander abzuwägen. Im Fall der Fortschreibung des Luftreinhalteplans für die Stadt München tritt angesichts der gesundheitlichen Auswirkungen von Stickoxiden und Feinstaub auch die Verpflichtung des Staates aus Art. 3 Abs. 1 GrCh, seine Bürger in ihrer körperlichen Unversehrtheit zu schützen, hinzu. Dies dürfte auf weitere Fälle, in denen es um die Fortschreibung von Luftreinhalteplänen, zB. Stuttgart, zu übertragen sein.

## ► Inhaltsverzeichnis



<sup>115</sup> *Kring*, NVwZ 2019, 23 (28).

<sup>116</sup> Dazu unter B.I.1.

<sup>117</sup> So auch *Kirchhof*, Redaktion beck-aktuell v. 20.04.2018, becklink 2008680.

<sup>118</sup> EuGH, Urt. v. 19.12.2019, Az.: C-752/18, Rn. 52.



Team By Krüger ECK!

## Ankommen und durchstarten

Eine gute Kanzlei bietet Ihnen alle Möglichkeiten, sich als Anwältin oder Anwalt maximal zu entwickeln. Eine ausgezeichnete Kanzlei macht mehr. Sie fördert Ihre anwaltliche Ausbildung bereits im Referendariat. Bei Menold Bezler profitieren alle Referendare (m/w) von einer praxisnahen, examensrelevanten Ausbildung durch feste Betreuer im Wunsch-Rechtsgebiet, der Teilnahme an Mandanten- und Gerichtsterminen sowie von Schulungen im Rahmen unserer eigenen „MB Akademie“, Aktenvortragstrainings und einem wöchentlichen Englischunterricht. Flache Hierarchien, ein enger Zusammenhalt und eine sehr gute Arbeitsatmosphäre prägen unsere Arbeitsweise. Neugierig? Dann informieren und bewerben Sie sich auf [www.menoldbezler.de/karriere](http://www.menoldbezler.de/karriere).



# MENOLD BEZLER

RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt®

Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart und Heilbronner Straße 190, 70191 Stuttgart  
Telefon +49 711 86040-00, [Stefanie.Mueller@menoldbezler.de](mailto:Stefanie.Mueller@menoldbezler.de), [www.menoldbezler.de](http://www.menoldbezler.de)

---

## KLAUSUR – ZIVILRECHT

---

ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)\*

# Tücken des (grenzüberschreitenden) eBay-Kaufs

## Fortgeschrittenenklausur

### Sachverhalt

#### Grundfall

Albert Adam (A) ist auf der Suche nach einer Brille. Für ihn kommen nur Markengestelle namhafter Designer in Frage, deren Logo man natürlich schon von weitem hin erkennen kann. Allerdings sind ihm die Preise bei einem Markenoptiker zu teuer. Er vertraut daher auf das Internet.

Bei eBay sieht er von einem privaten Anbieter eine Gucci-Brille als Sofort-Kauf für nur 99 Euro samt Gläser in Sehstärke. A nutzt aber lieber die Auktionsfunktion und landet darüber am Auktionsende bei einem Preis von 78 Euro. Via Paypal lässt er das Geld von seinem Girokonto abbuchen. Ferner teilt er dem Verkäufer seine Sehstärke (Dioptrin-Zahlen) mit. Die Verkäuferangaben etc. liest A dabei wie immer nicht durch. Allerdings sind auf der Seite auch keinerlei Informationen zu einem Auslandsbezug auf Verkäuferseite erkennbar. Auch gibt es keinerlei Erkenntnisse, dass der Verkäufer mehrere oder gar eine Vielzahl von eBay-Geschäften tätigt oder getätigt hat. A haben im Zusammenhang mit der Auktion auch lediglich die Bilder zur Brille und die Beschreibungen hierzu interessiert.

Sechs Wochen später. Die Brille hat A immer noch nicht erhalten. Allerdings unerfreuliche Post. Das Hauptzollamt Frankfurt am Main – Dienststelle Flughafen – teilt ihm mit, dass bei Stichproben ein an ihn adressiertes Päckchen beschlagnahmt wurde. Darin eine angebliche Gucci-Brille, die sich aber eindeutig als Plagiat herausstellt. Absender ist eine chinesische natürliche Person aus Shanghai, Volksrepublik China. Auf A als einführende Person werde ein Verfahren nach § 143 MarkenG (Strafbare Kennzeichenverletzung) zukommen, die plagierte Brille werde jedenfalls vernichtet.

A ist sauer und schreibt über eBay den Verkäufer an. Er erklärt – mangels erkennbarer Adresse für ein zu adressierendes Schreiben – online den Widerruf und/oder Rücktritt vom Vertrag, hilfsweise die Anfechtung seiner auf Abschluss des Vertrags gerichteten Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung. Hierdurch möchte er letztendlich erreichen, dass er seine 78 Euro zurückerhält. Er ist jedenfalls der Ansicht: „keine Ware, kein Geld“.

#### Abwandlung 1

A hat die eBay-Auktion nicht mit einer natürlichen Person abgeschlossen, sondern die Auktion stand in Verbindung mit einem eBay-Shop. Solche Shops zeichnen sich dadurch aus, dass in ihnen via eBay eine Vielzahl von Waren – oftmals aus derselben Warengruppe – angeboten wird.

Als Betreiber des einschlägigen ebay-Shops war „1-2-3 Brille“ ausgewiesen. Hinweise auf einen Bezug zu China gab es nicht. Auf der Seite des ebay-Shops war ein gut sichtbarer Link zu den AGB von 1-2-3 Brille angelegt, der für den Fortgang der Transaktion auch bestätigt werden musste („habe die AGB gelesen und verstanden“). In den AGB hieß es unter Ziffer 12: „Widerruf, Rücktritt und Anfechtung sind ausgeschlossen“.

#### Abwandlung 2

Das Impressum des Shops steht ausgeschrieben und in Fettschrift am Ende der Seite, auf der die Brille sichtbar ist. Dort heißt es: Shopinhaber ist die Dragoon plc, Shanghai, PRC.

#### Bitte prüfen Sie in einem Gutachten

**A) im Grundfall, ob A aufgrund der genannten Gestaltungserklärungen Chancen auf Rückzahlung der 78 Euro hat;**

**B) in der Abwandlung 1, ob sich womöglich in dieser Konstellation im Vergleich zum Grundfall etwas ändert, und**

**C) ob sich sodann in der Abwandlung 2 im Vergleich zum Grundfall und zur Abwandlung 1 etwas ändert. Gehen Sie dabei davon aus, dass § 10 Nr. 6 Satz 2 der nachstehend auszugsweise abgedruckten eBay-AGB nicht existiert.**

---

\* Der Autor ist Mitarbeiter der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Frankfurt am Main und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

**Auszug aus den eBay-AGB:****Präambel:**

„Widerrufsbelehrung

Wenn Sie eBay als Verbraucher nutzen, gelten für Sie folgende Bestimmungen:

Widerrufsrecht

Sie haben das Recht, binnen 14 Tagen ... diesen Vertrag zu widerrufen.

Die Widerrufsfrist beträgt 14 Tage ab dem Tag des Vertragsabschlusses ...”.

**§ 6 Angebotsformate und Vertragsschluss**

„2. Stellt ein Verkäufer mittels der eBay-Dienste einen Artikel im Auktions- oder Festpreisformat ein, so gibt er ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrags über diesen Artikel ab. Dabei bestimmt er einen Start- bzw. Festpreis und eine Frist, binnen derer das Angebot angenommen werden kann (Angebotsdauer). Legt der Verkäufer beim Auktionsformat einen Mindestpreis fest, so steht das Angebot unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Mindestpreis erreicht wird.

5. Bei Auktionen nimmt der Käufer das Angebot durch Abgabe eines Gebots an. Die Annahme erfolgt unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Käufer nach Ablauf der Angebotsdauer Höchstbietender ist. Ein Gebot erlischt, wenn ein anderer Käufer während der Angebotsdauer ein höheres Gebot abgibt ...“.

**§ 10 Schlussbestimmungen**

„6. Der Nutzungsvertrag einschließlich dieser eBay-AGB unterliegt deutschem Recht. Die Anwendung des UN-Kaufrechts ist ausgeschlossen ...“.

**Gliederung****A) Grundfall****I. Zustandekommen eines Vertrags**

1. Angebot
2. Annahme
3. Zwischenergebnis

**II. Wegfall des Vertrags**

1. Widerruf
  - a) Widerrufserklärung
  - b) Widerrufsfrist
  - c) Widerrufsmöglichkeit
  - d) Zwischenergebnis
2. Rücktritt
  - a) Rücktrittserklärung
  - b) Rücktrittsrecht
  - c) Ausschluss des Rücktrittsrechts
  - d) Zwischenergebnis
3. Anfechtung
  - a) Anfechtungserklärung
  - b) Anfechtungsgrund
  - c) Anfechtungsfrist
  - d) Ausschluss der Anfechtung
  - e) Rechtsfolge und Zwischenergebnis

**III. Ergebnis****B) Abwandlung 1****I. Ausschluss der Gestaltungsrechte per AGB des Shop-Betreibers**

1. Eröffnung des Anwendungsbereichs der §§ 305 ff. BGB
2. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen
3. Einbeziehungskontrolle
4. Inhaltskontrolle
5. Zwischenergebnis

**II. Geänderte Rechtslage aufgrund der Unternehmereigenschaft des Shop-Betreibers?****III. Ergebnis****C) Abwandlung 2****I. Anwendbarkeit des CISG**

1. Sachlicher Anwendungsbereich
2. Räumlicher/persönlicher Anwendungsbereich
3. Ausschluss der Anwendbarkeit

**II. Ergebnis**

## Gutachten

**Hinweis**

Der Fall weist alltägliche Rechtsprobleme und interessante Wendungen aus dem Bereich der International Contracts auf. Zur Frage des Internetkaufs (eBay u.ä.) verortet allein der Palandt im Stichwortverzeichnis acht Treffer. Jeder Jurist weiß, dass es hier bestimmte Problemkreise gibt. Ihre Kenntnis ist in vollumfänglicher Weise aber eigentlich so gut wie nie vorhanden.

**A) Grundfall**

A könnte seine 78 Euro womöglich dann zurückerhalten, wenn er wirksam einen Widerruf oder Rücktritt vom Vertrag erklärt bzw. seine zum Vertragsschluss führende Willenserklärung wirksam angefochten hat.

**I. Zustandekommen eines Vertrags**

Dann müsste zunächst ein Vertragsverhältnis zustande gekommen sein. Vorliegend ging es um einen Leistungsaustausch Ware gegen Geld, somit dem Grundsatz nach um einen Kaufvertrag iSd. § 433 BGB.

Höchst fraglich wäre aber, ob der Brillenkauf nicht doch eher als Werklieferungsvertrag iSd. § 650 BGB anzusehen wäre, da jedenfalls Brillengläser in individueller Sehkraft dem Brillengestell hinzugefügt wurden. Ein Werklieferungsvertrag hat nach § 650 Satz 1 BGB die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand. Dabei sind alleine vertretbare Sachen von § 650 BGB erfasst, nicht aber unvertretbare, individuelle Sachen, die erst auf Weisung des Kunden, angefertigt werden.<sup>1</sup> Allerdings liegt vorliegend wohl noch eine vertretbare Sache vor, da das bloße Einsetzen von Gläsern in bestimmten Sehkraften alleine noch keine individualisierte Anfertigung für den Kunden bedeutet. Die bei Werklieferungsverträgen zu fordernde Individualisierung beginnt vielmehr erst dann, wenn auch die Gläser individuell – etwa für eine bestimmte Hornhautverkrümmung hergestellt werden – und die Brille dann später nicht anderweitig verwendet werden könnte.<sup>2</sup> Ohnehin kann die finale Entscheidung vorliegend eigentlich dahinstehen, da § 650 BGB seinerseits ohnehin auf die Regelungen des Kaufrechts verweist. Für den weiteren Fortgang der Prüfung wird indes von einem Kaufvertrag iSd. § 433 BGB ausgegangen.

Wie jeder andere Vertrag auch kommt ein Kaufvertrag durch zwei korrespondierende Willenserklärungen, Angebot und Annahme iSd. §§ 145, 147 BGB zustande.

**1. Angebot**

Fraglich ist zunächst, worin das Angebot für den Abschluss eines Kaufvertrags über die Brille lag. Denkbar wäre etwa, dass die Einstellung der Auktion noch kein mit Rechtsbindungswillen versehenes Angebot war, sondern lediglich die bloße Einladung

an potenzielle Käufer, ihrerseits ein Angebot abzugeben (sog. invitatio ad offerendum). Laut den eBay-AGB in der derzeit gültigen Fassung (Stand: 01.05.2018) gilt laut § 6 Nr. 2 allerdings Folgendes: „Stellt ein Verkäufer mittels der eBay-Dienste einen Artikel im Auktions- oder Festpreisformat ein, so gibt er ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrags über diesen Artikel ab. Dabei bestimmt er einen Start- bzw. Festpreis und eine Frist, binnen derer das Angebot angenommen werden kann (Angebotsdauer). Legt der das Angebot abgebende Verkäufer beim Auktionsformat einen Mindestpreis fest, so steht das Angebot unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Mindestpreis erreicht wird.“<sup>3</sup> Das Angebot richtet sich jedenfalls an den Höchstbietenden im Laufe der für das Bieten vorgesehenen Auktionszeit als Annahmefrist iSd. §§ 148 BGB. Der Antrag des Verkäufers ist dann ad incertas personas gerichtet, so dass das Fehlen der Konkretisierung der zweiten Vertragspartei ein bindendes Angebot nicht ausschließt.<sup>4</sup> Alle während der Auktionszeit jeweils führenden Höchstgebote stehen wiederum unter der auflösenden Bedingung iSd. §§ 158 Abs. 2 BGB, dass sie überboten werden. Somit hat im Ergebnis der Verkäufer der Brille den Antrag/das Angebot iSd. § 145 BGB abgeben.

Wer der Verkäufer dabei ist, lässt sich ohne weitere Auskünfte seitens eBay nicht herausfinden. Gut vorstellbar ist es schließlich, dass der Versender der Brille (eine chinesische natürliche Person aus Shanghai, Volksrepublik China) nicht der Verkäufer ist. Da Produktplagiate oftmals in China erst auf Basis einer Beauftragung durch Ausländer hergestellt werden, ist es schließlich ebenso gut möglich, dass der Verkäufer erst zum Zeitpunkt des Auktionsendes in China die Herstellung einer Brille für A beauftragt hat. Die chinesische natürliche Person kann dann diese Brille entweder selbst hergestellt haben oder aber zwischengeschaltet sein, um die Ermittlung des Herstellers zu erschweren. Das Angebot abgeben hat jedenfalls der jeweilige Verkäufer der Brille, ob er nun in Deutschland oder etwa in der Volksrepublik China ansässig ist. Dabei wird eBay seinen Namen deshalb kennen, weil der Verkäufer bei der Anmeldung auf eBay seinen Namen preisgeben und den Grundsätzen von eBay über die Identität der Handelnden entsprechen muss.<sup>5</sup> Wäre nicht einmal eBay der wahre Name des Verkäufers bekannt, würde es jedenfalls an den essentialia negotii für einen Vertragsschluss zwischen Käufer und Verkäufer fehlen.<sup>6</sup>

**2. Annahme**

Ferner gilt es, die Annahme zu klären. Möglich wäre, dass A die Annahme gar nicht erst erklären musste. Denn nach §§ 156 Satz 1 BGB kommt ein Vertrag bei einer Versteigerung durch den Zuschlag, die Annahmeerklärung des Versteigerers, zustande. Allerdings stellt eine Veräußerung über eine bestimmte Online-Plattform keine Versteigerung im Rechtssinne (§ 156 BGB) dar, da es hier zumindest an einem Zuschlag fehlt.<sup>7</sup> Im Kontext von § 156 BGB entstehen Verträge nämlich durch das Gebot eines Teilnehmers und den Zuschlag des Versteigerers.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Mansel, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 650 Rn. 1; Busche, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2018), § 650 Rn. 7.

<sup>2</sup> Vgl. AG Nürnberg NJW-RR 2001, 992.

<sup>3</sup> Vgl. dazu auch BGH NJW 2014, 1292 ff.; Kaiser, JA 2017, 392; Schmidt/Brunschier, JuS 2017, 137 (139). Beide Parteien haben durch ihre Anmeldung mit eBay einen Geschäftsbesorgungsvertrag iSd. § 675 BGB geschlossen, im Rahmen dessen sie die Geltung der eBay-AGBs akzeptiert haben. Folge davon ist, dass die später geschlossenen Verträge zwischen den beiden Parteien

zwar unter den Parteien selbst nicht bindend sind, wohl aber anhand der eBay-AGBs ausgelegt werden können (§§ 133, 157 BGB).

<sup>4</sup> Wagner/Zenger, MMR 2013, 343 (344); Eufinger, JuS 2018, 137 (138).

<sup>5</sup> Vgl. § 2 Nr. 3 der eBay-AGBs (vorliegend nicht abgedruckt).

<sup>6</sup> Muchowski, JA 2015, 928 (929).

<sup>7</sup> BGH NJW 2002, 363 (364); BGH NJW 2005, 53 ff.; BGH NJW 2017, 468 (470).

<sup>8</sup> Grüneberg, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. (2020), § 312g Rn. 13; Föhlisch, Multimedial-Recht, 47. EL (2018), 13.4 Rn. 293.

Streng genommen scheidet § 156 BGB dabei im Lichte der eBay-AGB schon beim Prüfungspunkt Angebot aus und nicht erst beim Zuschlag. Ein Zuschlag liegt jedenfalls nicht darin vor, dass eine Mitteilung an den Höchstbietenden erfolgt, er habe den Artikel erworben.<sup>9</sup> Bei normalen Auktionen ist der auslösende Faktor vielmehr automatisch das höchste Gebot zum Auktionsende, welches nicht wie ein Zuschlag vom Verkäufer gesteuert wird. Anders gewendet: der bloße Zeitablauf bei einer Online-Auktion ist keine Willenserklärung<sup>10</sup>.

#### Hinweis

Dies dürfte der bekannteste Klassiker bei eBay-Fällen sein. Merkposten: Normale Online-Auktionen sind keine Versteigerungen iSd. § 156 Satz 1 BGB!

Sodann kommt es also auf eine tatsächliche Annahme des Angebots durch den Käufer an. Insoweit ist anerkannt, dass bei einer eBay-Auktion auch im Lichte der AGB-Regelungen das Höchstgebot zum Auktionsende die Annahmeerklärung iSd. § 147 BGB darstellt.<sup>11</sup> Das letztendliche Höchstgebot des A iHv. 78 Euro war somit eine taugliche Annahmeerklärung.

### 3. Zwischenergebnis

Damit ist im Ergebnis ein Kaufvertrag zwischen A und dem Verkäufer zustande gekommen.

## II. Wegfall des Vertrags

Fraglich ist aber, ob der A diesen einmal zustande gekommenen Kaufvertrag in irgendeiner Form mit einer der genannten Gestaltungsenerklärungen wieder beseitigen kann.

### 1. Widerruf

Fraglich ist zunächst, ob A mit einem Widerruf weiterkommen und seine gezahlten 78 Euro zurückverlangen kann. A könnte womöglich bei wirksam ausgeübtem Widerrufsrecht innerhalb der einschlägigen Widerrufsfrist und im Falle einer einschlägigen Widerrufsmöglichkeit wegen Fernabsatzes nach §§ 357, 355 Abs. 1, 312g Abs. 1 BGB die gezahlten 78 Euro vom Verkäufer herausverlangen.

Nach § 357 BGB (iVm. § 355 Abs. 3 BGB) gehört zu den Rechtsfolgen des Widerrufs eines Fernabsatzvertrags jedenfalls auch die Rückzahlung der Zahlungen des Verbrauchers. Damit wäre es grundsätzlich möglich, dass A seine 78 Euro zurück erhält.

### a) Widerrufserklärung

Fraglich ist aber schon, ob die online erfolgte Widerrufserklärung des A die entsprechende Form wahrt. § 355 Abs. 1 BGB macht dabei für die Widerrufserklärung allerdings nur sehr rudimentäre Formvorgaben. Der Widerruf muss danach durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer erfolgen. Aus der Erklärung muss der Entschluss des Verbrauchers zum Widerruf des Vertrags eindeutig hervorgehen. Der Widerruf muss sodann keine Begründung enthalten. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass die Widerrufserklärung in jeder Form abgegeben werden kann, sogar mündlich und natürlich auch per Mail oder

sonstiger online-Nachricht.<sup>12</sup> Ein Formproblem gibt es damit vorliegend jedenfalls nicht.

### b) Widerrufsfrist

Jedoch könnte ein Fristenproblem auftauchen. § 355 Abs. 2 BGB statuiert schließlich für alle erfassten Widerrufsrechte eine einheitliche Widerrufsfrist von maximal 14 Tagen. Die Widerrufsfrist beginnt mit dem Vertragsschluss, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist. Für letzteres ist vorliegend nichts ersichtlich, insbesondere kann kein Ausnahmefall nach § 356 Abs. 2 oder Abs. 3 Satz 1 BGB erblickt werden, bei dem die Widerrufsfrist länger laufen könnte. Damit ist ein Widerruf vorliegend zum Zeitpunkt von mehr als sechs Wochen nach Vertragsschluss nicht mehr möglich. Der Widerruf nach §§ 357, 355 Abs. 1, 312g Abs. 1 BGB scheidet schon hiernach als taugliche Option für A aus.

#### Hinweis

In einem Urteil wird es das Gericht regelmäßig damit bewenden lassen, sich dasjenige Argument für die Verneinung des Anspruchs herauszusuchen, welches sich am einfachsten begründen lässt. Dann wäre an dieser Stelle schon Schluss mit der Widerrufsprüfung. In einer Klausur gelten allerdings andere Maßstäbe. Sollte man hier einen bestimmten Anspruch ablehnen, empfiehlt sich die Argumentation mit „Überdies-“ und „Selbst wenn“-Prüfungsaspekten, um damit so viel Wissen wie möglich aufzuzeigen und keine Punkte zu verschenken. Motto für die Klausur also: Probleme schaffen und nicht wegschaffen!

### c) Widerrufsmöglichkeit

Überdies ist fraglich, ob überhaupt eine Widerrufsmöglichkeit iSd. §§ 312g BGB vorliegt. Nach § 312g Abs. 1 BGB steht dem Verbraucher bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen ein Widerrufsrecht iSd. § 355 BGB zu. Ein eBay-Kauf wie vorliegend stellt jedenfalls einen Kaufvertrag dar, der zugleich als Fernabsatzvertrag zu qualifizieren ist.<sup>13</sup>

Problematisch ist allerdings, dass § 312g Abs. 1 BGB, obwohl dies aus dem Wortlaut nicht klar erkennbar ist, nur im Verhältnis eines Verbrauchers zu einem Unternehmer gilt (B2C-Geschäfte)<sup>14</sup>. Somit müssten A als Verbraucher und der Verkäufer der Brille als Unternehmer zu qualifizieren sein. Ein Verbraucher ist nach § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Daran dürfte bei A, der die Brille rein zu privaten Zwecken gekauft hat, nicht zu zweifeln sein.

Kritischer ist bei eBay-Fällen in aller Regel eher die Unternehmereigenschaft des Verkäufers. Nach § 14 Abs. 1 BGB ist Unternehmer jede natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Vorliegend ist wie bereits festge-

<sup>9</sup> BGH NJW 2002, 363 (364); Muchowski, JA 2015, 928.

<sup>10</sup> BGH NJW 2002, 363 (364); BGH NJW 2005, 53 (54).

<sup>11</sup> Vgl. Kaiser, JA 2017, 392; Schmidt/Brunschier, JuS 2017, 137 (139).

<sup>12</sup> Müller-Christmann, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. (2019), § 355 Rn. 25; Fritsche, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), § 355 Rn. 48.

<sup>13</sup> Vgl. BGH NJW 2005, 53 ff.; Nölke, in: Schulze u.a., BGB, 10. Aufl. (2019), § 312c Rn. 2; Muchowski, JA 2015, 928 (932).

<sup>14</sup> Vgl. BGH NJW 2015, 1009 (1011); Mordhorst, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), § 312g Rn. 3; Wendehorst, NJW 2014, 577 (581).

stellt schon nicht klar, ob der Versender – eine chinesische natürliche Person – auch der Verkäufer der Brille ist. Daher kann über die Personeneigenschaft keine Aussage getroffen werden. Wohl aber ist es möglich, anhand des Verkäuferprofils eine Aussage dazu zu treffen, ob dieser vermutlich in Ausübung seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit gehandelt hat oder nicht. Für eine Einordnung als gewerblicher Verkäufer auf Verkaufsplattformen kommen dabei mehrere Indizien in Betracht. Neben der Anzahl der Bewertungen, der Anzahl der Verkäufe pro Monat und dem Angebot einer Vielzahl gleichartiger Artikel lässt auch eine professionell gestaltete Seite, die dem Account zugrunde liegt, den Schluss zu, dass es sich um einen gewerblichen Verkäufer handelt.<sup>15</sup> Diese Indizien gilt es dann in einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigen. Vorliegend ergibt sich, dass der Verkäufer offenbar nur eine einzige Auktion geschaltet hatte. Angaben zur Seitengestaltung und Bewertungsanzahl gibt es nicht. Daher muss davon ausgegangen werden, dass der Verkäufer nicht als Unternehmer angesehen werden kann. Daran scheitert letztlich schon die Widerrufsmöglichkeit iSd. § 312g Abs. 1 BGB.

Selbst wenn § 312g Abs. 1 BGB einschlägig gewesen wäre, so wäre fallbezogen fraglich, ob nicht iSd. § 312g Abs. 2 BGB eine der zahlreichen Konstellationen vorliegt, die von der grundsätzlichen Widerrufsmöglichkeit sowieso ausgenommen ist.

Zum einen besteht nach § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB eine Widerrufsmöglichkeit nicht bei Verträgen, die im Rahmen einer Vermarktungsform geschlossen werden, bei der der Unternehmer Verbrauchern, die persönlich anwesend sind oder denen diese Möglichkeit gewährt wird, Waren oder Dienstleistungen anbietet, und zwar in einem vom Versteigerer durchgeführten, auf konkurrierenden Geboten basierenden transparenten Verfahren, bei dem der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, zum Erwerb der Waren oder Dienstleistungen verpflichtet ist (öffentlich zugängliche Versteigerung). Hier geht es allerdings erneut nur um Versteigerungen im Rechtssinne, d.h. Verträge die entsprechend § 156 BGB durch das Gebot eines Teilnehmers und den Zuschlag des Versteigerers zustande kommen.<sup>16</sup> Wie bereits festgestellt fällt der vorliegende Sachverhalt nicht unter den Versteigerungsbegriff des § 156 S. 1 BGB. Reine Plattform-Veräußerungen sind somit auch nicht von § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB erfasst.<sup>17</sup> Dies ergab sich bereits aus Erwägungsgrund Nummer 24 der Fernabsatz-RL 97/7/EG, auf dem die Vorgängernorm 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB a.F. beruhte, und ergibt sich nun aus Art. 16k der Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU.<sup>18</sup> Im Ergebnis ist also ein Widerrufsrecht bei Versteigerungen auf online-Plattformen wie eBay jedenfalls nicht durch § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB ausgeschlossen.

Zum anderen könnte vorliegend eine Widerrufsmöglichkeit auch nach § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB ausgeschlossen sein. Ausgenommen ist danach ein Widerruf bei Verträgen zur Lieferung von Waren, die nicht vorgefertigt sind und für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist oder die eindeutig auf die persönlichen Be-

dürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind. Kurz: ein Verbraucher soll dann keine Widerrufsmöglichkeit haben, wenn die Ware erst auf seinen Wunsch hin kundenspezifisch angefertigt wurde. Die Ratio dahinter ist, dass die anderweitige Vermarktung der dann zurückgegebenen Ware für den Verkäufer schwierig wird. Demzufolge soll das Risiko in diesen Fällen beim Käufer liegen. Da A eine Brille mit für ihn passenden Gläsern gekauft hat, liegt eine kundenspezifische Anfertigung vor.

#### Hinweis

Der Versatz zur Argumentation, Werklieferungsvertrag iSd. § 650 BGB ja oder nein, muss dabei kein Widerspruch sein, denn der Zuschnitt und Schutzgehalt der beiden Normen ist leicht unterschiedlich.

Somit wäre also eine (hier ohnehin nicht bestehende) Widerrufsmöglichkeit nach § 312g Abs. 1 BGB auch dadurch ausgeschlossen, dass ein Fall des tatbestandlichen Ausschlusses nach § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB vorliegt.

#### d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis scheidet jedenfalls ein Widerruf nach §§ 357, 355 Abs. 1, 312g Abs. 1 BGB aus.

#### 2. Rücktritt

Womöglich kann A sein Ziel der Rückzahlung der gezahlten 78 EUR aber durch den erklärten Rücktritt vom Kaufvertrag erreichen. Dies könnte sich dogmatisch aus den §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 346 Abs. 1 BGB ergeben.

A müsste dann zunächst wirksam den Rücktritt gegenüber dem Verkäufer erklärt haben (§ 349 BGB). Den Kaufpreis iHv. 78 Euro kann er iSd. § 346 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückfordern, wenn ihm ein Rücktrittsrecht zusteht. Das Rücktrittsrecht könnte sich aus §§ 437 Nr. 2, 323 BGB ergeben, wenn die Brille bei Gefahrübergang mangelhaft war und die übrigen Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen, ohne dass das Rücktrittsrecht gleichwohl ausgeschlossen wäre.

#### a) Rücktrittserklärung

Fraglich ist wie in Bezug auf die Widerrufserklärung erneut, ob die rein online erfolgte Rücktrittserklärung des A gegenüber dem Verkäufer formell ordnungsgemäß war. § 349 BGB regelt hierzu lediglich, dass der Rücktritt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil erfolgt. Auch die Rücktrittserklärung unterliegt keinen formellen Anforderungen wie etwa einer Schriftform.<sup>19</sup> Damit war die Erklärung des Rücktritts durch A auch formell ordnungsgemäß.

Zu fragen ist vorliegend allerdings, ob dem Verkäufer der Dreiklang „Widerruf und/oder Rücktritt, hilfsweise Anfechtung“ zuzumuten ist. Schließlich ist daran zu denken, dass dem Empfänger einer gestaltenden Willenserklärung klar sein muss, was sein Gegenüber eigentlich will. Sämtliche Willenserklärungen, die im Rahmen der Plattform eBay abgegeben werden, sind jedenfalls nach §§ 133, 157 BGB vor dem Hintergrund der eBay-AGB

<sup>15</sup> Heese/Rapp, JuS 2014, 719 (721); Föhlich/Löwer, VuR 2018, 11 (12).

<sup>16</sup> Grüneberg, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. (2020), § 312g Rn. 13; Föhlich, Multimedia-Recht, 47. EL (2018), 13.4 Rn. 293.

<sup>17</sup> Stadler, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 312g Rn. 10; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. (2020), § 312g Rn. 13.

<sup>18</sup> Vgl. Martens, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. (2019), § 312g Rn. 44; Mordhorst, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), § 312g Rn. 47.

<sup>19</sup> OLG Köln NJW 1990, 1369; H. Schmidt, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. (2019), § 349 Rn. 3; Hager, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 3. Aufl. (2016), § 349 Rn. 3.

auszulegen.<sup>20</sup> Diese äußern sich einleitend vor den eigentlichen AGB zu einer Widerrufsmöglichkeit für Verbraucher und verweisen ferner in § 10 Nr. 6 auf die Geltung deutschen Rechts. Das heißt, auch die eBay-AGB erkennen mittelbar an, dass beide im Hauptanspruch geltend gemachten Optionen parallel bestehen: Die Widerrufsmöglichkeit und die Rücktrittsmöglichkeit aus dem Kaufrecht als Bestandteil der deutschen Rechtsordnung. Bei Auslegung nach dem Empfängerhorizont muss sich ergeben, dass A das bestmögliche für sich will, sofern beide Möglichkeiten bestehen oder zumindest eine Option greifbar ist, falls die jeweils andere nicht besteht. Im Ergebnis ist die Erklärung des „Widerrufs und/oder Rücktritts“ damit problemlos möglich. Und auch an der hilfsweisen Anfechtung gibt es – jedenfalls im Binnenverhältnis zu Widerruf/Rücktritt – nichts zu bekräfteln. Schließlich kommt an dieser Stelle hinreichend zum Ausdruck, dass A nur anfechten will, wenn die beiden anderen Optionen nicht durchschlagen.

### b) Rücktrittsrecht

Damit das Rücktrittsrecht nach §§ 437 Nr. 2, 323 BGB besteht, müsste allerdings im Rahmen des vorliegend bereits festgestellten Kaufvertragsverhältnisses erkennbar sein, dass die Kaufsache mit einem Sachmangel iSd. § 434 BGB bei Gefahrübergang behaftet ist.

Ein Sachmangel liegt vor, wenn die Ist-Beschaffenheit zum Nachteil des Käufers von der Soll-Beschaffenheit abweicht. § 434 Abs. 1 BGB enthält hierfür unterschiedliche Anknüpfungspunkte für die Soll-Beschaffenheit, und zwar der Reihe der Prüfungsfolge nach entweder die vereinbarte Beschaffenheit, die vorausgesetzte Verwendung oder aber die übliche Beschaffenheit/gewöhnliche Verwendung. A bezieht sich – was die Referenz auf eine arglistige Täuschung anzeigt – auf die Plagiatseigenschaft der Brille. Dabei wurde weder ausdrücklich vereinbart, dass die Gucci-Brille eine echte Markenbrille sein sollte. Noch kann aus der vorausgesetzten Verwendung des besseren Sehens irgendetwas abgeleitet werden. Daher wird es einzig auf die übliche Beschaffenheit/gewöhnliche Verwendung und dort eher auf den Beschaffenheitsbegriff ankommen. Übliche Beschaffenheit meint dabei die normalen Erwartungen des durchschnittlichen Käufers an eine Sache der gleichen Art.<sup>21</sup> Produktplagiate stellen an und für sich immer Sachmängel dar, wobei bei teureren Waren regelmäßig eine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt und bei günstigeren Waren typischerweise die übliche Beschaffenheit/gewöhnliche Verwendung iSd. § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB relevant wird.<sup>22</sup> Der Rspr. nach gilt indes: Bezieht sich das Angebot auf einer Online-Plattform ausdrücklich auf einen Markennamen, kann und darf der Kunde, soweit sich nicht aus dem Angebot eine Einschränkung ergibt, daher im allgemeinen die berechnete Erwartung haben, dass das angebotene Produkt diesen Vorgaben entspricht und kein Plagiat ist.<sup>23</sup> Dies ist letztlich nichts anderes als eine Umschreibung von 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB. Im Ergebnis lag daher ein Sachmangel vor.

### c) Ausschluss des Rücktrittsrechts

Fraglich ist allerdings, ob A trotz des vorhandenen Sachmangels Rechte daraus ableiten kann.

Nach § 442 Abs. 1 BGB sind die Rechte des Käufers wegen eines Mangels schließlich ausgeschlossen, wenn er bei Vertragschluss den Mangel kennt. Ist dem Käufer ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, kann der Käufer Rechte wegen dieses Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. Vorliegend ist zwar nicht feststellbar, dass A positiv wusste, dass die Gucci-Brille ein Plagiat war. Die Frage ist aber, ob bei einer Internet-Auktion, die im Sofort-Kauf anzeigt, dass ein neues Markenprodukt samt Gläsern in Sehstärke nur 99 Euro kosten soll, nicht grob fahrlässige Unkenntnis von einer Plagiatseigenschaft des Produkts besteht.

Aus einem geringen Startpreis heraus lässt sich eine grob fahrlässige Unkenntnis aber jedenfalls nicht folgern<sup>24</sup>, schließlich ist nicht absehbar, wo die Auktion im Ergebnis landet. Schnäppchen müssen möglich sein, ohne grobe Fahrlässigkeit annehmen zu lassen. Vorliegend darf jedoch aufgrund der Option des Sofort-Kaufs angenommen werden, dass sich A bewusst sein musste, dass eine echte neue Gucci-Brille samt Gläsern in Sehstärke nicht für 99 Euro zu haben sein wird. Somit ist also von grob fahrlässiger Unkenntnis auszugehen, welche Rechte aus § 437 BGB, darunter das Rücktrittsrecht iSd. § 323 BGB jedenfalls ausschließt.

Im Übrigen hätte sich im Rahmen von § 323 BGB das Problem gestellt, dass nach § 323 Abs. 1 BGB vor dem Rücktritt grundsätzlich eine Frist gesetzt werden muss. Dabei wäre höchst fraglich, ob zumindest iSd. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB ausnahmsweise von einer Fristsetzung hätte abgesehen werden dürfen, da besondere Umstände existieren, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen.

### d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis kann A die Rückzahlung der 78 Euro auch nicht auf Basis von §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 346 Abs. 1 BGB erreichen.

### 3. Anfechtung

Fraglich ist schließlich, ob A mit der hilfsweise erklärten Anfechtung seiner zum Kaufvertrag führenden Willenserklärung die Rückzahlung der gezahlten 78 Euro erreichen kann.

Dann müsste A eine Anfechtungserklärung iSd. § 143 BGB abgegeben haben, ein Anfechtungsgrund vorliegen, die Anfechtungsfrist müsste gewahrt sein und es dürfte kein Ausschluss der Anfechtung iSd. § 144 BGB im Raum stehen. Ist dies der Fall, dann wäre der sich aus der angefochtenen Willenserklärung ergebene Vertrag iSd. § 142 BGB von Anfang an nichtig und die 78 Euro wären aus Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) heraus zurück zu gewähren.

<sup>20</sup> BGH NJW 2017, 1660 (1661); *Föhlisch*, Multimedia-Recht, 47. EL (2018), 13.4 Rn. 195.

<sup>21</sup> *Grunewald*, in: Erman, BGB, 15. Aufl. (2017), § 434 Rn. 21 f.; *D. Schmidt*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 14. Aufl. (2019), § 434 Rn. 44.

<sup>22</sup> *Blunk/Schwede*, MMR 2006, 63 ff.; vgl. auch *Martinek*, ZVertriebsR 2013, 284 ff.; *Stöber*, JA 2017, 561 ff.

<sup>23</sup> BGH NJW 2012, 2723 (2724); OLG Saarbrücken BeckRS 2013, 17180.

<sup>24</sup> BGH NJW 2012, 2723 ff.; vgl. auch *D. Schmidt*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 14. Aufl. (2019), § 442 Rn. 8.

### a) Anfechtungserklärung

Zunächst müsste A die Anfechtung seiner auf den Kaufvertrag für die Brille gerichteten Willenserklärung wirksam erklärt haben.

§ 123 Abs. 1 BGB statuiert insoweit lediglich, dass die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner erfolgt. Eine solche hat A auch vorgenommen, tauglicher Anfechtungsgegner ist eben der Vertragspartner. Dies war hier der Verkäufer der Brille.

Auch formal ergeben sich keine Bedenken. Auch eine Anfechtungserklärung unterliegt schließlich keinerlei Formzwängen.<sup>25</sup> Damit konnte die Anfechtung auch via eBay-Nachricht online an den Anfechtungsgegner übermittelt werden.

Fraglich ist allerdings, ob eine hilfsweise erklärte Anfechtung zulässig ist. Wegen ihres rechtsgestaltenden Charakters wird die Anfechtungserklärung schließlich als bedingungsfeindlich angesehen.<sup>26</sup> Im Charakter einer hilfsweisen Erklärung könnte dabei eine solche Bedingung liegen, nur dann anfechten zu wollen, wenn andere Gestaltungserklärungen nicht zum begehrten Rechtsschutzziel verhelfen. Allerdings stellt eine hilfsweise erklärte Anfechtung keine Bedingung im Rechtssinne dar, sondern stellt lediglich auf eine objektiv schon bestehende, nur noch nicht abschließend erkannte Rechtslage ab.<sup>27</sup> Im Ergebnis ist also auch der hilfsweise Charakter der Anfechtungserklärung nicht weiter zu beanstanden.

Insgesamt liegt eine wirksame Anfechtungserklärung des A vor.

### b) Anfechtungsgrund

Weiterhin müsste ein tauglicher Anfechtungsgrund einschlägig sein.

Dabei ist zunächst klarzustellen, dass A seinen Anfechtungswillen auf arglistige Täuschung iSd. § 123 Abs. 1 BGB verengt hat, obwohl in Fällen, in denen über die Echtheit einer Sache getäuscht wird, ebenso ein Eigenschaftsirrtum iSd. § 119 Abs. 2 BGB in Betracht kommt<sup>28</sup>.

#### Hinweis

Hier musste man also genau auf den Sachverhalt achten und nicht gleich alle möglichen Anfechtungsgründe abprüfen. Anderenfalls drohen in einer realen Klausur deutliche Punktabzüge.

Dann müsste der Anfechtungsgrund der arglistigen Täuschung iSd. § 123 Abs. 1 BGB aber auch reell vorliegen.

Bei der arglistigen Täuschung besteht die Täuschungshandlung in der Erregung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums durch Vorspiegelung falscher oder durch Unterdrückung wahrer Tat-

sachen.<sup>29</sup> Der Verkäufer hat mit seinem Einstellen auf eBay vorgaukelt, dass er eine echte Gucci-Brille verkauft. Dennoch war die Brille ein Plagiat. Die Täuschungshandlung liegt damit vor.

Fraglich ist ferner, ob der Verkäufer die Täuschung auch arglistig begangen hat. Arglist meint im Zusammenhang mit § 123 Abs. 1 BGB, dass der Täuschende iSv. Vorsatz wissen oder zumindest damit rechnen muss, dass er etwas Unzutreffendes behauptet, hierdurch bei dem Erklärungsempfänger eine falsche Vorstellung entsteht und der Getäuschte aufgrund dessen eine Erklärung abgibt, die er bei richtiger Kenntnis der Dinge nicht oder nicht so abgegeben haben würde.<sup>30</sup> Im Prinzip erwartet bei eBay jeder potenzielle Käufer, dass die angebotene Ware echt ist. Denn im Vertragsrecht wird jedermann davon ausgehen dürfen, dass der andere Teil sich rechtmäßig verhält und etwa keine Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten im Rahmen oder im Umfeld des Vertragsschlusses begeht. So läge der Fall aber, wenn ein Verkäufer falsche Markenware bei eBay-Auktionen einstellt und dort die Marke bewirbt. Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass A durch die falschen Anpreisungen des Verkäufers der Fehlvorstellung erlag, eine echte Gucci-Brille zu erwerben, womit der Verkäufer zumindest rechnen musste. Die Arglist des Verkäufers ist daher zu bejahen.

Somit liegt im Ergebnis der Anfechtungsgrund der arglistigen Täuschung iSd. § 123 Abs. 1 BGB vor.

### c) Anfechtungsfrist

Zudem müsste die maßgebliche Anfechtungsfrist gewahrt sein. Für Fälle des § 123 BGB bestimmt § 124 Abs. 1 BGB, dass nur eine Anfechtung binnen Jahresfrist in Betracht kommt. Nach § 124 Abs. 2 Satz 1 BGB beginnt der Fristlauf im Fall der arglistigen Täuschung mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt.

Diese Erfordernisse sind vorliegend jedenfalls gewahrt. A hat binnen der Jahresfrist ab Entdeckung der Täuschung angefochten. Die Anfechtungsfrist wurde somit eingehalten.

### d) Ausschluss der Anfechtung

Fraglich ist, ob die Anfechtung ausgeschlossen sein könnte. § 144 Abs. 1 BGB statuiert einen solchen Ausschluss aber nur dann, wenn das anfechtbare Rechtsgeschäft vom Anfechtungsberechtigten bestätigt wird.

Anders als bei § 442 BGB führt die beim Anfechtenden vorhandene grobe Fahrlässigkeit im Zusammenhang mit dem Anfechtungsrecht also nicht zu dessen Ausschluss.

#### Hinweis

Das ist ein durchaus interessanter Aspekt! Etwa bei eBay-Käufen kann der Käufer arglistig getäuscht werden, obwohl er sich denken musste, dass bei einem bestimmten Kaufpreis niemals original Markenware vorliegen kann. Nur wenn der Käufer positive Kenntnis vom Plagiat hat,

<sup>25</sup> Buschet, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), § 143 Rn. 4; Wendtland, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. (2019), § 143 Rn. 2.

<sup>26</sup> Ellenberger, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. (2020), § 143 Rn. 2; Wendtland, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. (2019), § 143 Rn. 2.

<sup>27</sup> Dörner, in: Schulze u.a., BGB, 10. Aufl. (2019), § 143 Rn. 7; Kristic, in: Schulze/Grziwotz/Lauda, BGB – Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, 3. Aufl. (2017), § 143 Rn. 9.

<sup>28</sup> Vgl. Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410 (1419 f.); Stöber, JA 2017, 561 (565).

<sup>29</sup> Feuerborn, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, BGB, 3. Aufl. (2016), § 123 Rn. 24; Wendtland, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. (2019), § 123 Rn. 7.

<sup>30</sup> BGH NJW 2007, 3057 (3059); BGH NJW 2011, 123 (1214); OLG Brandenburg NJW-RR 2019, 419 (420); Dörner, in: Schulze u.a., BGB, 10. Aufl. (2019), § 123 Rn. 5.

wird er wohl schon auf der Tatbestandsebene der arglistigen Täuschung als taugliches Täuschungsopfer ausscheiden. Das liegt daran, dass der zivilrechtliche § 123 Abs. 1 BGB dem strafrechtlichen § 263 Abs. 1 StGB entspricht. Auch dort muss durch die Täuschungshandlung ein Irrtum auf Seiten des Täuschungsopfers erregt werden können. Bei positiver Kenntnis auf Seiten des Täuschungsopfers funktioniert die Irrtumserregung aber gar nicht mehr. Wohl aber ist dies möglich, wenn dem Täuschungsopfer aus Gründen eigener grober Fahrlässigkeit etwas hätte auffallen müssen.

Im Ergebnis ist die Anfechtung durch A damit also nicht ausgeschlossen. Denn jedenfalls kann von einer Bestätigung des angefechtbaren Rechtsgeschäfts keine Rede sein.

### e) Rechtsfolge und Zwischenergebnis

A hat seine zum Kaufvertrag führende Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung iSd. § 123 Abs. 1 BGB wirksam angefochten.

Hierdurch ist der Kaufvertrag ex tunc entfallen. Der Verkäufer hat daher die 78 Euro Kaufpreis von A durch Leistung und ohne Rechtsgrund erhalten. Infolgedessen kann A die 78 Euro nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB vom Verkäufer kondizieren.

### III. Ergebnis

Im Grundfall erhält A seine 78 Euro Kaufpreis einzig auf Basis von § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB infolge wirksamer Anfechtung seiner zum Kaufvertrag führenden Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung iSd. § 123 Abs. 1 BGB zurück.

### B) Abwandlung 1

Fraglich ist, ob sich am vorigen Ergebnis unter Berücksichtigung des anderweitigen Sachverhalts von Abwandlung 1 etwas ändert.

Dabei sind zwei Aspekte zentral. Zum einen ist fraglich, ob die Gestaltungsrechte vorliegend wirksam durch AGB des Shop-Betreibers (und nicht von eBay) ausgeschlossen wurden. Dann kann A die 78 Euro sowieso nicht zurückerhalten. Zum anderen – falls kein wirksamer AGB-Ausschluss vorliegt – muss geprüft werden, ob sich dadurch etwas in Bezug auf Widerruf, Rücktritt und Anfechtung ändert, dass der Verkäufer/Shop-Betreiber eine Vielzahl von Auktionen vorgenommen hat und weiterhin vornimmt.

### I. Ausschluss der Gestaltungsrechte per AGB des Shop-Betreibers

Fraglich ist zunächst, ob sämtliche vorliegend maßgeblichen Gestaltungsrechte durch die AGB des Shop-Betreibers 1-2-3 Brille ausgeschlossen werden konnten.

Das wirft zunächst die Frage nach dem Verhältnis der AGB von eBay und von 1-2-3 Brille zueinander auf. Die Lösung dahingehend lautet, dass die zur Auslegung des jeweiligen Kaufverhältnisses heranzuziehenden eBay-AGB dann nicht gelten, wenn eine der Vertragsparteien des Kaufvertrags erkennbar von den dortigen Regelungen abrückt.<sup>31</sup> Das bedeutet für den vorliegenden Fall letztlich, dass es als speziellere Regelung tatsächlich auf

die AGB von 1-2-3 Brille für Fragen der Gestaltungsrechte ankommt.

### 1. Eröffnung des Anwendungsbereichs der §§ 305 ff. BGB

Sodann müsste der Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB eröffnet sein. Dies ist immer dann der Fall, wenn kein besonderer Ausschluss iSd. §§ 476, 444, 639 BGB erkennbar und dann der allgemeine Anwendungsbereich des § 310 BGB einschlägig ist.

Ein besonderer Ausschluss ist nicht ersichtlich, so dass es einzig auf § 310 BGB ankommt. Hierin enthält einzig § 310 Abs. 4 BGB vollständige AGB-Bereichsausnahmen für Verträge auf den Gebieten des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen. Im Übrigen werden die §§ 305 ff. BGB lediglich modifiziert. Der vorliegende Kaufvertrag fällt jedenfalls nicht unter § 310 Abs. 4 BGB, so dass der Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB eröffnet ist.

### 2. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Ferner müssten iSd. § 305 Abs. 1 BGB vorformulierte Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen, die der Verwender bei Abschluss des Vertrags stellt, vorliegen.

Wesen eines eBay-Shops ist es geradezu, dass hierdurch eine Vielzahl an Verträgen abgeschlossen wird. Sofern jedes Mal ein Link zu AGB des Shop-Betreibers angezeigt wird, ist eben auch von vorformulierten Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen, die der Verwender bei Abschluss des Vertrags stellt, auszugehen.

Zumal gelten die AGB dann als (vom Unternehmer) gestellt, wenn es um Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) geht, vgl. § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB. Dann müsste es sich vorliegend um einen solchen Verbrauchervertrag handeln. Demzufolge müssten A als Verbraucher iSd. § 13 BGB und der Shop-Betreiber von 1-2-3 Brille als Unternehmer iSd. § 14 BGB zu qualifizieren sein. Ein Verbraucher ist nach § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Dies trifft vorliegend auf A zu. A ist schließlich eine natürliche Person, die die Gucci-Brille rein zum privaten Gebrauch gekauft hat.

Fraglich ist aber die Unternehmereigenschaft des Shop-Betreibers. Ein Unternehmer ist nach § 14 Abs. 1 BGB eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Das planmäßige und dauerhafte Handeln auf eBay mit einer Vielzahl an Produkten begründet dabei jedenfalls eine Unternehmereigenschaft.<sup>32</sup> Die Rechtsprechung hat in der Ausformung dessen genauere Kennzahlen festgelegt.<sup>33</sup> Dem entspricht es, dass im maßgeblichen eBay-Shop eine Vielzahl von Brillen angeboten wird. Damit ist jedenfalls davon auszugehen, dass der Shop-Betreiber vorliegend Unternehmer iSd. § 14 Abs. 1 BGB ist.

<sup>31</sup> BGH NJW 2017, 1660 (1661); *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. (2020), § 156 Rn. 3.

<sup>32</sup> *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. (2020), § 14 Rn. 2; *Dörner*, in: Schulze u.a., BGB, 10. Aufl. (2019), § 14 Rn. 3.

<sup>33</sup> Vgl. etwa OLG Frankfurt a.M. NJW 2005, 1438 („Power-Seller“ mit über 3.700 Bewertungen); AG Kassel MMR 2018, 703 (704) (in zwei Jahren mehr als 200 Verkäufe oder Käufe).

Somit liegt insgesamt ein Verbrauchervertrag vor, die AGB wurden daher auch gestellt.

### 3. Einbeziehungskontrolle

Fraglich ist aber, ob diese AGB nach § 305 Abs. 2 BGB wirksam in das Vertragsverhältnis zwischen A und dem Verkäufer/Shop-Betreiber einbezogen wurden. § 305 Abs. 2 BGB setzt jedenfalls kumulativ voraus, dass auf die AGB 1.) ausdrücklich oder bei unverhältnismäßigen Schwierigkeiten durch einen deutlich sichtbaren Aushang auf diese hingewiesen wird, und 2.) die andere Vertragspartei die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme hat.

Diesen Vorgaben genügt es einer Ansicht in der Rspr. nach allerdings nicht, wenn in einem Online-Shop lediglich ein Link zu AGB zur Verfügung gestellt wird; schließlich werde der jeweilige Kunde damit bei Vertragsschluss nicht darauf aufmerksam gemacht, dass der Kaufvertrag nur unter Zugrundelegung der AGB des Verkäufers zu Stande kommen soll.<sup>34</sup> Anders sieht dies aber der BGH: Für die Möglichkeit der Kenntnisverschaffung kann es seiner Ansicht nach genügen, wenn bei einer Bestellung über das Internet die AGB des Anbieters über einen auf der Bestellseite gut sichtbaren Link aufgerufen und ausgedruckt werden können, denn wer das Internet für Bestellungen nutzt, dem sei auch bekannt, welche Funktion AGB-Links zukommt.<sup>35</sup> Jedenfalls muss ein solcher Link aber gut platziert und sichtbar sein. Diesen Voraussetzungen ist vorliegend Genüge getan. Der AGB-Link war dem Sachverhalt nach deutlich sichtbar. Es sind auch keine Erkenntnisse dahingehend gegeben, dass der Link etwa nicht funktionierte oder aber die AGB sodann nicht speicher- oder ausdrückbar waren. Diese allgemeine Möglichkeit der Kenntnisnahme ist sodann ausreichend.<sup>36</sup> Unerheblich ist es dagegen, ob A die AGB auch tatsächlich gelesen hat.

Fraglich ist weiter, ob die verwendeten AGB nicht vielleicht als überraschende Klauseln nach § 305c Abs. 1 BGB angesehen werden müssten, so dass sie doch nicht in den Vertrag zwischen A und dem Shop-Betreiber einbezogen wurden. Ob eine Klausel überraschend ist, muss nach verkehrskreisgenuinen Maßstäben bestimmt werden<sup>37</sup>, also der individuell typischen Kundensicht. Danach erscheint es nicht als überraschend, wenn sich Unternehmer so weit als möglich von der Rückabwicklung eines Vertrags freizeichnen wollen. Die konkret verwendete Klausel ist somit nicht als überraschend zu qualifizieren.

Im Ergebnis sind die AGB des Shop-Betreibers von 1-2-3 Brille wirksam in das maßgebliche Vertragsverhältnis einbezogen worden.

### 4. Inhaltskontrolle

Schließlich müssten die auf der maßgeblichen Seite mittelbar verwendeten AGB aber auch den Voraussetzungen der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB genügen.

#### Hinweis

Die Prüfungsreihenfolge hier lautet: erst § 309 BGB, dann § 308 BGB und schließlich § 307 BGB

Vorliegend könnte die verwendete Klausel gegen § 309 Nr. 8 a) BGB verstoßen. Danach ist in AGB eine Bestimmung unwirksam, die bei einer vom Verwender zu vertretenden, nicht in einem Mangel der Kaufsache oder des Werkes bestehenden Pflichtverletzung das Recht des anderen Vertragsteils, sich vom Vertrag zu lösen, ausschließt oder einschränkt. Sämtliche vorliegend relevanten Lösungsrechte vom Vertrag (Widerruf, Rücktritt, Anfechtung) sind dabei von § 309 Nr. 8 a) BGB erfasst.<sup>38</sup> Somit hält die verwendete Klausel einer Inhaltskontrolle nicht stand und ist unwirksam.

### 5. Zwischenergebnis

Im Ergebnis gelten mangels eines wirksamen Ausschlusses ganz regulär die vorliegend maßgeblichen Gestaltungsrechte Widerruf, Rücktritt und Anfechtung.

## II. Geänderte Rechtslage aufgrund der Unternehmereigenschaft des Shop-Betreibers?

Fraglich ist somit, ob sich im Vergleich zum Grundfall dadurch etwas ändert, dass der Shop-Betreiber vorliegend als Unternehmer iSd. § 14 Abs. 1 BGB zu qualifizieren ist.

Bezüglich des Widerrufs kann die Unternehmereigenschaft des Shop-Betreibers zwar dazu führen, dass durch diese B2C-Konstellation nun im Grundsatz eine Widerrufsmöglichkeit iSd. § 312g Abs. 1 BGB vorliegt. Dennoch wird hierdurch weder das Verfristungsproblem im Hinblick auf die Widerrufsfrist iSd. § 355 Abs. 2 BGB noch der Ausschluss der Widerrufsmöglichkeit iSd. § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB in Bezug auf kundenspezifische Anfertigungen überwunden. Von daher hat A auch in der Abwandelungsmöglichkeit keine Möglichkeit, die 78 Euro über einen Widerruf des Kaufvertrags zurückzuerhalten.

Hinsichtlich des Rücktritts ist zwar zu konstatieren, dass die Unternehmereigenschaft des Shop-Betreibers in Abweichung zum Grundfall dazu führt, dass ein Verbrauchsgüterkauf iSd. § 476 Abs. 1 BGB vorliegt. Dennoch modifizieren die dann einschlägigen §§ 476 ff. BGB das kaufvertragliche Rücktrittsrecht nicht weiter. Dementsprechend ändert sich auch an dieser Stelle im Verhältnis zum Grundfall nichts.

Und auch bei der Anfechtung kennen sowohl die §§ 123 ff. BGB als auch rechtsfolgenbezogen die §§ 812 ff. BGB keinerlei Modifikationen, sofern der Verkäufer ein Unternehmer iSd. § 14 Abs. 1 BGB ist. Daher kann A erneut einzig hierüber seine 78 Euro zurückerhalten.

<sup>34</sup> LG Wiesbaden MMR 2012, 372 (373).

<sup>35</sup> BGH NJW 2006, 2976 (2977); dem folgend OLG Hamburg MMR 2015, 608 (609); vgl. auch Becker, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. (2019), § 305 Rn. 59; Schuster, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. (2015), § 305 Rn. 36.

<sup>36</sup> Becker, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. (2019), § 305 Rn. 58; Basedow, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), § 305 Rn. 72.

<sup>37</sup> BGH NJW 1990, 247 (249); BGH NJW-RR 2012, 1261; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau, AGB-Recht, 6. Aufl. (2013), § 305c Rn. 35.

<sup>38</sup> Becker, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. (2019), § 309 Nr. 8 Rn. 10 ff.; Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 3. Aufl. (2016), § 309 Rn. 245 ff.

### III. Ergebnis

Im Vergleich zum Grundfall ändert sich am Ergebnis somit gar nichts. A kann die 78 Euro rein über eine erklärte Anfechtung wegen arglistiger Täuschung iSd. § 123 Abs. 1 BGB kondizieren.

#### C) Abwandlung 2

Fraglich ist, welche Auswirkungen es schließlich hat, dass auf der maßgeblichen eBay-Seite gut sichtbar stand, dass Shopinhaber die Dragoon plc, Shanghai, PRC, ist.

Dies könnte schließlich dazu führen, dass der Fall nicht über das deutsche BGB, sondern über UN-Kaufrecht (CISG) abzuwickeln wäre. Wegen Art. 3 Abs. 2 EGBGB geht das CISG als materielles Einheitsrecht in seinem Anwendungsbereich stets dem Internationalen Privatrecht (IPR) und dem nationalem materiellen Recht in der Prüfung vor.

#### Hinweis

Der vorliegende Fall ist nun an dieser Stelle natürlich etwas konstruiert, da eBay die Anwendung des CISG (mittlerweile) in § 10 Nr. 6 seiner AGB ausdrücklich ausschließt. Eine Betrachtung iSv. „was wäre, wenn nicht“ ist aber trotzdem äußerst relevant, da sich der Fall genauso gut – ohne Auktionsbezug – auf zahlreiche Internet-Shops übertragen lässt, die – wohl aus Unkenntnis – keine entsprechende Regelung in den AGB aufgenommen haben.

### I. Anwendbarkeit des CISG

Fraglich ist, ob das CISG vorliegend Anwendung findet. Gemäß dem Bearbeitervermerk ist schließlich zu unterstellen, dass § 10 Nr. 6 der eBay-AGB nicht existiert.

#### 1. Sachlicher Anwendungsbereich

Dann müsste zunächst der sachliche Anwendungsbereich für die Geltung des CISG eröffnet sein.

Nach Art. 1 Abs. 1 CISG ist das CISG auf Kaufverträge über Waren zwischen Parteien anzuwenden, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, wenn diese Staaten Vertragsstaaten sind oder wenn die Regeln des IPR zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen. Nach Art. 1 Abs. 3 CISG wird dabei weder berücksichtigt, welche Staatsangehörigkeit die Parteien haben, noch ob sie Kaufleute oder Nichtkaufleute sind oder ob der Vertrag handelsrechtlicher oder zivilrechtlicher Art ist.

Zunächst einmal geht es mit dem Kaufvertrag über eine Brille um einen Kaufvertrag über Waren iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG. Dass die Brille wegen der Hinzufügung von Gläsern womöglich erst in China angefertigt werden musste, ist dabei wegen Art. 3 Abs. 1 CISG unbeachtlich. Erfasst und gleichgestellt werden sollen hier Werklieferungsverträge<sup>39</sup>, wobei hier Begriffsmodifikationen zum deutschen Verständnis auftreten können. Nach Art. 3 Abs. 1 CISG stehen jedenfalls Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware den Kaufverträgen gleich, es sei denn, dass der Besteller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat. Letzteres ist aber nicht der Fall. Somit ist

<sup>39</sup> Vgl. *Mistelis/Raymond*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, CISG, 2. Aufl. (2018), Art. 3 Rn. 5; *Mankowski*, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. (2018), Art. 3 CISG Rn. 1.

der sachliche Anwendungsbereich mit Blick auf einen Kaufvertrag über Waren jedenfalls eröffnet.

#### 2. Räumlicher/persönlicher Anwendungsbereich

Weiterhin müsste der räumliche/persönliche Anwendungsbereich für die Geltung des CISG eröffnet sein.

A lebt in Deutschland, der Betreiber des maßgeblichen eBay-Shops sitzt in der Volksrepublik China, was durch die im Markt gebräuchliche Bezeichnung PRC (= People's Republic of China) angezeigt wird. Zwar könnte man in diesem Zusammenhang davon ausgehen, dass hier nur eine Partei gewerblich handelt und somit eine „Niederlassung“ betreiben kann. A hingegen ist eine natürliche Person und verfügt begriffslogisch über keine Niederlassung. Art. 10 Abs. 2 CISG stellt allerdings klar, dass falls eine Partei keine Niederlassung hat, ihr gewöhnlicher Aufenthalt maßgeblich ist. Dies ist bei A eben Deutschland.

Dieser grenzüberschreitende Faktor müsste ferner für beide Parteien auch erkennbar gewesen sein, vgl. Art. 1 Abs. 2 CISG. Positive Kenntnis ist dabei aber nicht unbedingt erforderlich, es reicht die objektive Erkennbarkeit rein der Internationalität des Vertrags, nicht der Geltung des CISG selbst.<sup>40</sup> Dies ist vorliegend der Fall. A konnte über die Verkäuferangaben wahrnehmen, dass er mit einem Verkäufer aus der Volksrepublik China kontrahiert. Ebenso musste der Shop-Betreiber, der wissentlich die deutsche eBay-Plattform nutzt, davon ausgehen, dass er regelmäßig mit deutschen Kunden Verträge abschließen wird.

#### Hinweis

Die Ähnlichkeit von Art. 1 Abs. 2 CISG im direkten Vergleich mit § 305 Abs. 2 BGB für die Einbeziehung von AGB ist dabei frappant. Ohne dass die Parteien Kenntnis davon erlangen, dass womöglich das CISG (oder etwas anderes zur Regelung eines grenzüberschreitenden Sachverhalts) gelten könnte, kommt das CISG also niemals zur Anwendung.

Sodann müssten die beiden Niederlassungsstaaten auch Vertragsstaaten des CISG sein, Art. 1 Abs. 1 lit. a) CISG, oder das IPR muss das Recht eines Vertragsstaats für anwendbar erklären, Art. 1 Abs. 1 lit. b) CISG.

#### Hinweis

In der Rechtspraxis kommt es nahezu immer nur auf die erste Alternative an. Es wird dann rein darauf geschaut, ob die beiden relevanten Staaten Vertragsstaaten des CISG sind.

Vorliegend wäre das CISG schon dann anwendbar, wenn Deutschland und die Volksrepublik China Vertragsstaaten des CISG sind. Dies ist – wie zwar nicht im Vertragstext selbst, wohl aber z.B. im Internet ersichtlich – der Fall.

#### 3. Ausschluss der Anwendbarkeit

Weiterhin dürfte kein Ausschlussgrund iSd. Art. 2 CISG vorliegen. Vom Anwendungsbereich des CISG ausgeschlossen sind danach insbesondere Verbraucherverträge, vgl. Art. 2 lit. a)

<sup>40</sup> *Saenger*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. (2019), Art. 1 CISG Rn. 23; *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, CISG, 7. Aufl. (2019), Art. 1 Rn. 51.

CISG. Danach gilt das CISG jedenfalls nicht im Hinblick auf Ware für den persönlichen Gebrauch oder den Gebrauch in der Familie bzw. im Haushalt, es sei denn, dass der Verkäufer vor oder bei Vertragsabschluss weder wusste noch wissen musste, dass die Ware für einen solchen Gebrauch gekauft wurde. Bei Vertragsschluss im Hinblick auf eine Brille in Sehstärke ist aber jedenfalls davon auszugehen, dass diese für den persönlichen Gebrauch bestimmt ist. Somit scheitert die Anwendbarkeit des CISG letztlich an dieser Stelle.

## II. Ergebnis

Durch die Sachverhaltsangaben aus der Abwandlung 2 ergeben sich letzten Endes keinerlei Änderungen im Verhältnis zum Grundfall und zur Abwandlung 1.

► [Inhaltsverzeichnis](#)



## KLAUSUR – STRAFRECHT

ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)\*

### „Strafbarkeit eines AGG-Hoppers?“ Anfängerklausur

#### Sachverhalt

2006 trat in Deutschland das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Kraft, ein Bundesgesetz, das laut § 1 AGG Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verhindern und beseitigen soll. Als Bestandteil des sachlichen Anwendungsbereichs verbietet § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG dabei Benachteiligungen aus einem in § 1 AGG genannten Grund in Bezug auf die Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, sowie für den beruflichen Aufstieg. Nach den §§ 11, 7 Abs. 1 iVm. 1 AGG darf schon die Ausschreibung nicht entsprechend benachteiligend abgefasst sein. Liegt nicht ausnahmsweise eine iSd. §§ 5, 8 – 10 AGG ausdrücklich gerechtfertigte Ungleichbehandlung und damit folglich ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vor, gesteht § 15 Abs. 1 AGG dem Bewerber einen Entschädigungsanspruch zu („den hierdurch entstandenen Schaden“). Weigert sich der Anspruchsgegner, diesem Anspruch nachzukommen, kann die Entschädigung auch iSd. § 15 Abs. 2 AGG eingeklagt werden.

Der 1973 geborene Albert Ambrosius (A) ist seit 2001 Rechtsanwalt. Er bewarb sich zwischen 2009 und 2015 zahlreich bei den verschiedensten Kanzleien und Unternehmen auf juristische Stellen. Dies machte er insbesondere dann, wenn die in den Medien veröffentlichte Stellenausschreibung unter AGG-Gesichtspunkten unvorsichtig abgefasst war. Bspw. wenn eine Kanzlei/ein Unternehmen „Young Professionals“, „Nachwuchs in einem jungen Team“ oder „Hochschulabsolventen“ suchte. Wurde seine Bewerbung dann abgelehnt, versuchte er zunächst außergerichtlich, iSd. § 15 Abs. 1 AGG eine Entschädigung zu erhalten. Wurde dem nicht nachgekommen, klagte er auf Entschädigung

iSd. § 15 Abs. 2 AGG. A klagte allerdings nicht nur wegen Altersdiskriminierung<sup>1</sup>, sondern auch dann, wenn die Stellenausschreibung einen allzu regionalen Charakter aufwies („vorzugsweise Bewerber/innen aus dem Umland“ o.ä., wenn das Unternehmen woanders als in Bayern bzw. Franken angesiedelt war). Dann führte A eine Diskriminierung dahingehend an, dass er – gebürtig aus und aufgewachsen in Nürnberg – als Bayer insgesamt oder auch auf der Ebene darunter als Franke wegen seiner ethnischen Herkunft<sup>2</sup> als Bewerber abgelehnt worden sei. In einem Fall klagte A auch wegen Geschlechterdiskriminierung, als er im Nachgang von einer Ausschreibungsrunde erfuhr, bei der letztlich nur Bewerberinnen eingestellt wurden.

Die zuständige Staatsanwaltschaft erwägt nun eine Anklage, da A ihrer Ansicht nach niemals vorhatte, bei den jeweiligen Kanzleien/Unternehmen tatsächlich zu arbeiten. Vielmehr sei es ihm in rechtsmissbräuchlicher Weise ausschließlich um den Erhalt von Entschädigungszahlungen gegangen. Die Ermittlungen ergeben, dass A auf seine Entschädigungsforderungen und späteren Klagen hin in 25 Fällen insgesamt 88.000 Euro gezahlt wurden.<sup>3</sup> Ferner soll A in 91 weiteren Fällen Forderungen von insgesamt 1,7 Millionen Euro erhoben haben, wobei deren Zahlung aber jeweils von Anfang an hartnäckig verweigert wurde. A erklärt jedenfalls, dass es ihm stets um die Aufnahme einer angestellten Tätigkeit gegangen sei, denn „er hätte auch ganz gerne mal Geld verdient“ und nicht nur als Einzelanwalt ohne festes Einkommen gearbeitet. Gleichwohl verfolge er in dieser Sache auch ein rechtspolitisches Interesse.

**Bitte prüfen Sie in einem Gutachten die Strafbarkeit von A nach dem StGB!**

\* Der Autor ist Mitarbeiter der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Frankfurt am Main und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

<sup>1</sup> Im Originalfall war er zuletzt mit dem Vorwurf der Altersdiskriminierung insbesondere gegen eine namhafte deutsche Versicherung durchaus erfolgreich, vgl. [www.community.beck.de/2018/12/27/agg-urteil-in-sachen-nils-kratzer/rv-versicherung-rechtskraeftig](http://www.community.beck.de/2018/12/27/agg-urteil-in-sachen-nils-kratzer/rv-versicherung-rechtskraeftig) (zuletzt abgerufen am 12.04.2019) bezugnehmend auf LAG Hessen NZA-RR 2018, 584 ff. Ähnliches gelang ihm zuvor schon in Bezug auf eine bekannte Klinik, vgl. BAG NZA 2013, 498 ff.

<sup>2</sup> Darauf gingen die einzelnen Arbeitsgerichte im Originalfall nicht näher ein oder stellten die ungewöhnlichen Fragen, ob der Kläger Tracht trage oder bayerische Volkstänze aufführe, die ihn als Franke/Bayer erkennbar und damit zur Zielscheibe von Diskriminierung machten, vgl. ArbG Hamburg BeckRS 2012, 212455. Diese vom dortigen Kläger und nunmehrigen Angeklagten angeführte Sichtweise dürfte extrem abwegig sein. So hat sich mittlerweile in Rechtsprechung und Literatur herauskristallisiert, dass innerdeutsche landsmannschaftliche Zugehörigkeiten (Ausnahme: die hierzulande anerkannten Minderheiten von Dänen, Sorben, Friesen sowie Sinti

und Roma) oder entsprechende Oberbegriffe eher keine Ethnie repräsentieren, weil es an einer Abgrenzbarkeit nach Herkunft, Gebräuchen, äußerem Erscheinungsbild, gemeinsamer Sprache und/oder Religion, eigener kultureller Tradition, gemeinsamer Geschichte und gemeinsamem Siedlungsgebiet gegenüber anderen Deutschen fehlt. Vgl. zu Bayern, Schwaben oder Rheinländern im Überblick Linck, in: Schaub, ArbR-Handbuch, 17. Aufl. (2017), § 36 Rn. 8; ▶Majer, JSE 2018, 124 (125) sowie zum Oberbegriff „Ossi“ als teilweise abwertende Kurzform für den Oberbegriff Ostdeutsche ArbG Stuttgart NZA-RR 2010, 344 ff.; LAG Hessen BeckRS 2012, 71279.

<sup>3</sup> Klarzustellen bleibt, dass im Originalfall auch der Bruder des A (ein studierter Betriebswirt) mit auf der Anklagebank sitzt, weil auch er sich in ähnlicher Weise verhielt, wobei dann sein Rechtsanwalts-Bruder die Forderungen geltend machte. Aus Vereinfachungsgründen wird eine Mittäterschaft/Beteiligung des BWL-Bruders nicht in die Klausur eingeführt. Es sollen hier vielmehr Probleme des Strafrecht BT im Vordergrund stehen und nicht mit Fragen von Täterschaft und Teilnahme iSd. §§ 25 ff. StGB solche des Strafrecht AT.

## Gliederung

### A) Strafbarkeit von A aus § 263 Abs. 1 StGB

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

- a) Täuschung über Tatsachen
- b) Irrtumserregung
- c) Vermögensverfügung
- d) Vermögensschaden

##### 2. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz
- b) Absicht rechtswidriger Bereicherung

##### 3. Zwischenergebnis

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Ergebnis

### B) Strafbarkeit von A aus §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

### C) Gesamtergebnis

## Gutachten

### Hinweis

Der Sachverhalt ist dem Fall des mittlerweile legendären Münchener Rechtsanwalts Nils-Johannes Kratzer nachgebildet, der seinem Wikipedia-Profil nach pikanterweise Fachanwalt für Arbeitsrecht ist und vor allem als Strafverteidiger arbeitet. Nach jahrelangem sog. AGG-Hopping sitzt er derzeit beim LG München I auf der Anklagebank.<sup>4</sup> Dem ging ein doch tatsächlich siebenjähriges Tauziehen zwischen LG, OLG und Staatsanwaltschaft um die Zulassung der Anklage voraus. Dies deutet bereits an, dass dieser Strafrechtsfall ziemlich brisant ist.

Der Fall hält brisante rechtliche Fragen bereit, die im bislang kaum ausgeleuchteten Querschnittsbereich von Straf- und Arbeitsrecht angesiedelt sind. So stellt sich das Problem, ob man Bewerbungen wirklich ernsthaft iS. eines tatsächlichen Interesses am Bewerbungserfolg betreiben muss, obwohl sich natürlich jeder erst einmal auf ausgeschriebene Stellen bewerben kann. Und wie können einerseits Arbeitsgerichte (also Zivilgerichte) Entschädigungen zusprechen, Straferichte andererseits dann aber für denselben Umstand womöglich eine Verurteilung aussprechen?

### A) Strafbarkeit von A aus § 263 Abs. 1 StGB

A könnte sich dadurch, dass er zwischen 2009 und 2015 durch außergerichtliches Abfordern und/oder gerichtlichem Einklagen in 25 Fällen erwirkt hat, dass ihm von Kanzleien/Unternehmen insgesamt 88.000 Euro an Entschädigungsleistungen iSd. § 15 Abs. 1 oder Abs. 2 AGG gezahlt wurden, wegen Betrugs iSd. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Dies setzt voraus, dass er iSd. Norm tatbestandlich, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat.

#### I. Tatbestand

Zunächst müsste A tatbestandsbestandsmäßig gehandelt haben. Hierfür ist Voraussetzung, dass er den objektiven und den subjektiven Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB erfüllt hat.

##### 1. Objektiver Tatbestand

Fraglich ist zunächst, ob A den objektiven Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB verwirklicht hat. Dann müsste A über Tatsachen getäuscht und hierdurch einen Irrtum erregt haben, woraufhin jemand anderes eine Vermögensverfügung getroffen hat, die zu einem Vermögensschaden geführt hat.

##### a) Täuschung über Tatsachen

A müsste also zunächst über Tatsachen getäuscht haben. In Betracht kommt, dass A insbesondere potenzielle Arbeitgeber insoweit getäuscht hat, als dass er bei den jeweiligen Kanzleien/Unternehmen niemals wirklich arbeiten wollte, sondern vielmehr die Bewerbungen nur zum Schein zwecks späterer Geltendmachung von Entschädigungszahlungen nach § 15 Abs. 1 oder Abs. 2 AGG vornahm.

<sup>4</sup> Vgl. im Gesamtüberblick den Artikel auf Legal Tribune Online vom 09.04.2019 unter [www.lto.de/recht/hintergruende/h/strafverfahren-agg-anwalt-muenchen-arbeitsrecht](http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/strafverfahren-agg-anwalt-muenchen-arbeitsrecht) (zuletzt abgerufen am 12.04.2019)

Tatsachen, über die iSd. § 263 Abs. 1 StGB getäuscht werden kann, sind jedenfalls alle gegenwärtigen oder vergangenen Ereignisse oder Zustände, welche nachprüfbar sind.<sup>5</sup> Tatsachen können sowohl Umstände des Außen- wie auch des Innenlebens sein. Zu denen des Innenlebens zählen auch bestehende Absichten<sup>6</sup> sowie die Ernsthaftigkeit von Erklärungen<sup>7</sup>. Dabei gilt rundweg, dass jede täuschungsbetroffene Tatsache prinzipiell beweiskräftig sein muss<sup>8</sup>, auch bei Umständen des Innenlebens müssen also entsprechende Aussagen festgestellt oder zumindest aus Indizien heraus angenommen werden können.

Vorliegend liegt an dieser Stelle schon das erste Problem des Falls. Es ist höchst fraglich, ob der Umstand dem Beweis zugänglich ist, wonach A entweder einen ernstlichen Willen zur Arbeitsaufnahme im Anschluss an die 25 Bewerbungen hatte oder nicht. Das BAG folgert die vorhandene oder fehlende sog. subjektive Ernsthaftigkeit zur Arbeitsaufnahme jedenfalls mittlerweile<sup>9</sup> v.a. aus dem Indiz der Ablehnung einer Einladung zum Bewerbungsgespräch durch den Bewerber. Vorliegend ist dies alleine jedoch bestimmt noch kein tragfähiges Kriterium, denn A wurde mit Sicherheit nicht in allen 25 Fällen oder auch nur in der Mehrheit zu Vorstellungsgesprächen eingeladen. Daher kann es nur auf eine Gesamtschau der Indizien ankommen. Zu diesen weiteren Indizien zählt etwa (alleine jedoch jeweils nicht ausreichend) eine Vielzahl paralleler Bewerbungen oder die Verwendung standardisierter Anschreiben durch den Bewerber.<sup>10</sup> Insgesamt ist es stark unwahrscheinlich, dass A über die Jahre hinweg insgesamt 116 Bewerbungen (25 + 91) mit ernstlichem Charakter geschrieben hat und dort jeweils in benachteiligender Weise abgelehnt wurde. Für diese Annahme spricht schlicht der gesunde Menschenverstand: wer 116 mal – zumindest bekanntgeworden und ausermittelt, allerdings ohne Dunkelziffern – Bewerbungen schreibt und hiernach jedes Mal eine Entschädigung fordert, der kann nicht wirklich behaupten, dieses System betreibe er nicht gewerbsmäßig und sei doch nur an einem Job interessiert. Im Ergebnis ist mit Bezug auf die subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbungen von einer Tatsache auszugehen, über die getäuscht werden konnte.

#### Hinweis

Im Originalfall wird es also vor allem darauf ankommen, ob das Gericht den Gesamtumständen nach noch von einer subjektiven Ernsthaftigkeit der Bewerbungen ausgeht oder nicht. Dies ist Teil der tatrichterlichen Überzeugung für eine etwaige Verurteilung.

Hierüber müsste A eben auch getäuscht haben. Täuschung ist ein zur Irreführung bestimmtes und damit der Einwirkung auf die Vorstellung eines anderen dienendes Gesamtverhalten.<sup>11</sup> Getäuscht werden kann auch konkludent. So enthalten Anbah-

nung und Eingehung jeder vertraglichen Verpflichtung die konkludente Begleiterklärung, dass der jeweils eine Erklärung hierzu Abgebende zur (späteren) Vertragserfüllung willens und nach seinem Urteil bei Fälligkeit auch in der Lage ist.<sup>12</sup> Schon die jeweilige Einreichung der Bewerbung mit dem Vorbehalt, gar nicht genommen werden zu wollen, um sodann zum Entschädigungsverlangen iSd. § 15 Abs. 1 AGG übergehen zu können, ist daher eine taugliche Täuschungshandlung iSd. § 263 Abs. 1 StGB.

Noch schwieriger ist die Frage der Täuschungshandlung aber dann zu beantworten, wenn es um die erst im Klagewege geltend gemachten Entschädigungsforderungen iSd. § 15 Abs. 2 AGG geht. Insoweit ist fraglich, ob eine erneute konkludente Täuschung über die Ernsthaftigkeit der Bewerbung als eine Voraussetzung für das Bestehen eines Entschädigungsanspruchs in der Erhebung der Entschädigungsklage selbst liegt, weil hier dann ein anderer Täuschungsadressat gegeben ist (Richter anstelle der Kanzlei/des Unternehmens) und damit anstelle eines bipolaren Betrugs ein Prozessbetrug als Dreiecksbetrug einschlägig sein könnte.<sup>13</sup> Jedenfalls nach hier vertretener Ansicht setzt sich die ursprüngliche Täuschungshandlung über die subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung nahtlos im Übergang zur gerichtlichen Geltendmachung der Entschädigungsforderung fort.

#### Hinweis

Gut vertretbar wäre es auch, die zunächst außergerichtliche Geltendmachung wegen der Zahlungsverweigerung der Kanzleien/Unternehmen dann als im Versuch steckengeblieben und erst die erfolgreiche Klage als Taterfolg zu begreifen. Der versuchte und der vollendete Betrug stünden dann aufgrund der Klarstellungsfunktion von § 52 StGB im Verhältnis der Tateinheit zueinander. Bei der Masse der vorliegenden Fälle wird eine exaktere Differenzierung für das etwaige Strafmaß im Hinblick auf die fakultative Strafmilderung beim Versuch iSd. §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB aber ohnehin bedeutungslos sein.

Im Ergebnis hat A über Tatsachen getäuscht.

#### b) Irrtumserregung

Weiterhin müsste es dann auch bei Dritten aufgrund der Täuschungshandlung spiegelbildlich zu einem Irrtum gekommen sein. Ein Irrtum ist insoweit eine Fehlvorstellung beim Adressat der Täuschung.<sup>14</sup>

Kanzleien/Unternehmen bzw. deren Organe sowie Arbeitsrichter sind insoweit von der subjektiven Ernsthaftigkeit der Bewerbungen des A ausgegangen. Damit wurde auch ein Irrtum erregt.

<sup>5</sup> Duttge, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 263 StGB Rn. 6; Beukelmann, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 263 Rn. 3.

<sup>6</sup> BGH NJW 1961, 182; BGH StV 2002, 132 (133); Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 263 Rn. 4; Kindhäuser, JuS 2006, 193 (194).

<sup>7</sup> Beukelmann, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 263 Rn. 4; Kindhäuser, JuS 2006, 193 (194).

<sup>8</sup> Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 263 Rn. 74; Hillenkamp, JuS 2003, 157 (158).

<sup>9</sup> Noch verneint in BAG NZA 2014, 82 (84); bejaht nun in BAG ArbR 2017, 336.

<sup>10</sup> Vgl. Krieger, EuZW 2016, 696 (698) m.w.N.

<sup>11</sup> BGH NJW 2001, 2187 (2188); Kühl, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), StGB § 263 Rn. 6.

<sup>12</sup> BGH NSTZ-RR 2014, 341; Kühl, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), StGB § 263 Rn. 6; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 263 Rn. 16.

<sup>13</sup> Vgl. vertieft Brand/Rahimi-Azar, NJW 2015, 2993 (2995) jedoch unter Außerachtlassung der primären Täuschungshandlung.

<sup>14</sup> Hefendehl, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 263 Rn. 249; Lück, JuS (2018), 1148 (1150).

### c) Vermögensverfügung

Ferner müsste es aufgrund der Irrtumserregung zu Vermögensverfügungen gekommen sein. Eine Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das wirtschaftlich eine Vermögensminderung (Schaden) zurechenbar herbeiführt.<sup>15</sup>

Gleich ob die Kanzleien/Unternehmen sofort gezahlt oder ob diese als primäre Täuschungsoffer erst nach einem Urteil der jeweiligen Arbeitsrichter als sekundäre Täuschungsoffer gezahlt haben, so liegen durch die Zahlungen an A jedenfalls kausale Vermögensverfügungen iSd. § 263 Abs. 1 StGB vor.

### d) Vermögensschaden

Schließlich müsste bei den jeweiligen Kanzleien/Unternehmen ein aus den Vermögensverfügungen heraus kausaler Vermögensschaden eingetreten sein. Dies ist dann der Fall, wenn der wirtschaftliche Gesamtwert ihres Vermögens gemindert und nicht durch einen Gegenwert kompensiert wurde, was sich aus einem Vergleich der Vermögenslage vor und nach den Vermögensverfügungen ergibt.<sup>16</sup>

Vorliegend ergibt sich, dass die maßgeblichen 88.000 Euro Entschädigung, die insgesamt an A gezahlt wurden, aus dem Vermögen der Kanzleien/Unternehmen stammen, bei denen sich A vergebens beworben hat. Die Zahlung dieses Geldes rührt auch kausal aus den jeweiligen Vermögensverfügungen her. Damit ist der Vermögensschaden zu bejahen.

Der objektive Tatbestand ist damit insgesamt erfüllt.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Fraglich ist weiter, ob A auch den subjektiven Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB erfüllt hat. Dann müsste er vorsätzlich sowie mit der Absicht rechtswidriger Bereicherung gehandelt haben.

### a) Vorsatz

A müsste zunächst vorsätzlich gehandelt haben. Mit Vorsatz handelt der Täter des § 263 Abs. 1 StGB dann, wenn dieser sich auf sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale bezieht, wobei grundsätzlich schon *dolus eventualis* ausreichend ist.<sup>17</sup> Bei Täuschung über Umstände des Innenlebens reicht bedingter Vorsatz (über die äußeren Umstände) aber ausnahmsweise nicht ohne weiteres aus, denn Voraussetzung ist dann auch ein normatives Verständnis des Täters.<sup>18</sup> Zudem muss im Rahmen einer konkludenten Täuschung Kenntnis des Täters dahingehend bestehen, dass sein Verhalten einen Erklärungswert aufweist.<sup>19</sup>

Vorliegend kann insbesondere anhand der Vielzahl des professionellen Vorgehens des A und im Übrigen auch seiner umfangreichen Rechtskenntnis davon ausgegangen werden, dass er ge-

nau erfasst hat und wusste, wie seine Bewerbungen überkommen und wozu diese in Bezug auf Entschädigungszahlungen im Ergebnis führen werden.

Damit hat A jedenfalls auch vorsätzlich gehandelt.

### b) Absicht rechtswidriger Bereicherung

Fraglich ist ferner die Absicht der rechtswidrigen (und stoffgleichen) Bereicherung iS. eines Vermögensvorteils für sich oder einen Dritten.

Ein Vermögensvorteil ist dabei jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage.<sup>20</sup> Der Zufluss der insgesamt 88.000 Euro an A stellt auch einen solchen Vermögensvorteil dar.

Ferner müsste eine Bereicherungsabsicht in Bezug auf den Vermögensvorteil ausgemacht werden können. Hierfür muss es dem Täter iS. *dolus directus* 1. Grades gerade darauf ankommen, für sich oder Dritte einen Vermögensvorteil zu erlangen. Wer 25 bzw. insgesamt sogar 116mal eine Entschädigung verlangt, dem wird es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auf das Geld ankommen. Auch die Bereicherungsabsicht ist daher zu bejahen.

Schließlich muss der angestrebte Vermögensvorteil auch stoffgleich zum Vermögensschaden sein. Dies ist bei den an A geflossenen 88.000 Euro der Fall.

Die Absicht der rechtswidrigen Bereicherung liegt damit insgesamt vor.

Auch der subjektive Tatbestand des Betrugs iSd. § 263 Abs. 1 StGB ist damit insgesamt erfüllt.

## 3. Zwischenergebnis

A hat jedenfalls tatbestandsmäßig in 25 Fällen einen Betrug iSd. § 263 Abs. 1 StGB begangen.

## II. Rechtswidrigkeit

Weiterhin ist fraglich, ob das tatbestandsmäßige Handeln des A auch rechtswidrig ist.

Hier liegt das zweite und an sich größte Problem des Falls. Wie kann es überhaupt sein, dass A's Bewerbungsserenade zivilrechtlich in Ordnung ist, während er gleichzeitig strafrechtlich dafür zur Verantwortung gezogen wird?<sup>21</sup>

Ausgangspunkt muss in der Folge die Betrachtung sein, wonach die gesamte Rechtsordnung nur einen einheitlichen Begriff der Rechtswidrigkeit kennt.<sup>22</sup> Anders gewendet: wenn etwas zivilrechtlich rechtmäßig ist, dann kann es bei den gleichen geschützten Rechtsgütern im Grundsatz strafrechtlich nicht rechtswidrig sein.<sup>23</sup> Dieses Verständnis von Rechtswidrigkeit er-

<sup>15</sup> *Beukelmann*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 263 Rn. 30; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 263 Rn. 55.

<sup>16</sup> *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 263 Rn. 197; *Lück*, JuS (2018), 1148 (1151).

<sup>17</sup> *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 263 Rn. 180; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 263 Rn. 165.

<sup>18</sup> BGH NStZ 2003, 663 (664); *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 263 Rn. 165.

<sup>19</sup> BayObLG NJW 1999, 1648 (1649); *Beukelmann*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2018), § 263 Rn. 74.

<sup>20</sup> *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. (2018), § 263 Rn. 11; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 263 Rn. 190; *Wittig*, JA 2013, 401 (402).

<sup>21</sup> Im Originalfall erscheint dies unmittelbar noch kruder, da die letzten zivilrechtlichen Entscheidungen pro Entschädigung fast zeitgleich mit der strafrechtlichen Prozesseröffnung einhergingen. Diese Groteske muss man sich dabei einmal auf der Zunge zergehen lassen: Zivilgerichte sprechen dem Rechtsanwalt erst etwas zu, was ihm wenige Monate später im Fall der strafrechtlichen Verurteilung über die Regeln der Einziehung iSd. § 73 Abs. 2 StGB womöglich sogleich wieder weggenommen wird.

<sup>22</sup> Vgl. vertieft *Hotz*, JuS 2019, 8 (10) m.w.N.

<sup>23</sup> Vgl. *Haft/Eisele*, Meurer-GS, 2002, 245 (257); *Kretschmer*, NStZ 2012, 177 (182); *Requejo*, JA 2013, 114 (119).

laubt es dabei auch, dass Strafbarkeiten auch dann nicht in Betracht kommen, wenn zivilrechtliche Rechtfertigungsnormen eingreifen.

Vorliegend muss allerdings auch gesehen werden, dass kein ausdrücklich anerkannter Rechtfertigungsgrund etwa des BGB greift. Dennoch muss vorliegend davon ausgegangen werden, dass ein seltener Fall vorliegt, wo ein ungeschriebener Rechtfertigungsgrund iSd. Einheit der Rechtsordnung greift. Ohne Frage ist das Verhalten von A nicht einwandfrei. Dennoch sind Bewerbungen und das Abfordern von Entschädigungszahlungen eben auch nicht verboten. Vielmehr müsste anderenfalls wegen Art. 103 Abs. 2 GG in der Ausprägung als Rechtsprinzip des „nulla poena sine lege certa“ gefordert werden, dass das AGG selbst rechtsmissbräuchliche Bewerbungen untersagt und dann entweder selbst eine Strafnorm des Nebenstrafrechts bereithält oder aber der festgeschriebene Rechtsmissbrauch dann zugleich einen Verweis auf das StGB beinhaltet.

Im Ergebnis ist das Handeln von A somit gerechtfertigt.

### III. Ergebnis

A hat sich somit nicht wegen Betrugs iSd. § 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

### B) Strafbarkeit von A aus §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

A kann sich folglich auch nicht wegen versuchten Betrugs iSd. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB in 91 weiteren Fällen in Bezug auf Forderungen von weiteren insgesamt 1,7 Millionen EUR strafbar gemacht haben. Denn sein Handeln ist gerechtfertigt, da es zivilrechtlich betrachtet von der Rechtsordnung gebilligt ist<sup>24</sup>.

### C) Gesamtergebnis

A hat sich insgesamt nicht strafbar gemacht.

#### Abschließende Hinweise für Studierende

Insgesamt gleichwohl „nur“ eine Anfängerklausur, da der Fall es zwar in sich hat, letztlich aber eine saubere Prüfung alleine der Betrugsstrafbarkeit iSd. § 263 Abs. 1 StGB automatisch zu den neuralgischen Stellen führt. Wie der Originalfall ausgeht, bleibt spannend. So oder so wurde damit jetzt schon Rechtsgeschichte geschrieben.

#### ► Inhaltsverzeichnis



<sup>24</sup> Genauer gesagt ist es das spätestens seit EuGH EuZW 2016, 699 ff. mittlerweile nicht mehr, da der EuGH Scheinbewerber nun nicht mehr in den Schutzbereich der vier Antidiskriminierungsrichtlinien, auf denen das AGG beruht, einbezogen wissen will. Allerdings kann diese Sichtweise wegen des Rückwirkungsverbots des Strafrechts schwerlich in Bezug auf die Altfälle des A gelten. Zu jener Zeit war er auch als Scheinbewerber anerkannter Bewerber,

ber, welcher Entschädigungsforderungen geltend machen konnte. Zumindest unklar dürfte sein, wie sich die schon zuvor eingenommene Position des BAG auswirkt, wonach AGG-Hopping zumindest ausnahmsweise die Einrede des Rechtsmissbrauchs iSd. § 242 BGB gegenüber Entschädigungsforderungen eröffnete, vgl. BAG NJW 2013, 2055 (2060).

# Andere sitzen noch im Büro, Sie stehen schon vor der Bühne.\*



Hohe Spezialisierung, direkte Mandatsarbeit, persönlicher Partnerkontakt und ein kollegiales Arbeitsumfeld gehören für uns ebenso zu Ihrem neuen Job in unserer Wirtschaftskanzlei wie die richtige Balance zwischen Arbeit und Privatleben. Wir suchen für unsere Teams in Stuttgart und Frankfurt am Main

Rechtsanwälte (m/w/d)

Referendare (m/w/d)

Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d)

Bewerben Sie sich jetzt. Sie haben vorab Fragen?

Wir stehen Ihnen gerne persönlich zur Verfügung:

Sibylle Günther | +49 711 16445-307 | [karriere@brp.de](mailto:karriere@brp.de) | [www.brp.de/karriere](http://www.brp.de/karriere)



BRP Renaud und Partner mbB · Rechtsanwälte Patentanwälte Steuerberater · Stuttgart Frankfurt · [www.brp.de](http://www.brp.de)

\*Mit unserem BRP-Kultur-Abo erhalten Sie freien Eintritt zu ausgewählten Kultur- und Konzertveranstaltungen.

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Oberlandesgericht Celle

### Diesel-Abgasskandal und Rechte des Käufers gegen den Hersteller

Beschluss vom 01. Juli 2019, Az.: 7 U 33/19

1. Der Käufer eines PKW mit Dieselmotor, der auf Grund einer darin verbauten Motorsteuerungssoftware für die unzulässige Regulierung der Stickoxidwerte (sog. Abschaltvorrichtung) mangelbehaftet ist, hat gegen den Hersteller des Fahrzeuges dann keinen Schadensersatzanspruch wegen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB), wenn er das Fahrzeug erst zu einem Zeitpunkt erworben hat, nachdem der Hersteller die Öffentlichkeit über das Vorhandensein der gesetzeswidrigen Abschaltvorrichtung unterrichtet und zugleich darüber informiert hat, welche Maßnahmen er in Abstimmung mit dem Kraftfahrtbundesamt zur Behebung des Mangels vornehmen wird.

2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des verwerflichen Verhaltens als sittenwidrig ist der Eintritt des Schadens beim Käufer durch Abschluss des Kaufvertrages. Jedenfalls in Bezug auf Gebrauchtwagenkäufer ab Herbst 2015 ist dieser Schaden nicht mehr durch ein verwerfliches Verhalten der Beklagten in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise herbeigeführt worden, indem dieser der (zuvor getäuschten) Allgemeinheit bekannt gegeben hat, dass die betreffenden Dieselfahrzeuge nachgebessert werden müssen, weil sie nicht uneingeschränkt den Zulassungsbestimmungen entsprechen. Damit hat der Hersteller es jedem einzelnen potenziellen Gebrauchtwagenkäufer überlassen, selbst darüber zu entscheiden, ob er ungeachtet des „Abgasskandals“ Vertrauen in dessen Dieselfahrzeuge hat oder ob er wegen möglicherweise offen gebliebener Fragen Abstand von dem Kauf ihrer Fahrzeuge nimmt.

(Amtliche Leitsätze)

#### A) Sachverhalt

Der Kläger erwarb mit Kaufvertrag im Februar 2016 – zu einem Zeitpunkt, in dem die Abgasmanipulationen bekannt waren – von einem BMW-Vertragshändler einen gebrauchten VW Golf Plus 2,0 TDI zu einem Kaufpreis in Höhe von 18.600,00 EUR. Ausweislich des schriftlichen Kaufvertrages hatte das erstmals am 28. März 2013 zugelassene Fahrzeug einen Vorbesitzer. In dem Fahrzeug ist ein Dieselmotor vom Typ EA 189 verbaut, der unter den sog. Diesel-Abgasskandal fällt. Das von dem Kraftfahrt-Bundesamt am 20. Juni 2016 für Fahrzeuge vom Typ VW Plus 2,0 l TDI freigegebene Software-Update wurde an dem Fahrzeug des Klägers vorgenommen. Der Kläger verlangt nun vom Hersteller (der VW-AG) Schadensersatz

#### B) Die Entscheidung des Senates

Da keine vertraglichen Beziehungen zwischen dem Kläger und VW bestehen, kommen nur deliktische Ansprüche in Betracht

#### I. Anspruch aus § 826 BGB

##### 1. Schädigung

Zunächst muss der Kläger einen Schaden erlitten haben. Ein Sachmangel im Sinne des § 434 BGB liegt jedenfalls vor, das OLG führt dazu aus:

*„Nach allgemeiner Ansicht haben Käufer von Fahrzeugen mit Dieselmotoren vom Typ EA 189 Euro 5, die aufgrund der bei ihnen verbauten Abschaltvorrichtung von dem sog. ...-Abgasskandal betroffen sind, eine mit einem Sachmangel behaftete Kaufsache erworben. Denn diese Fahrzeuge sind mit einer Motorsteuerungssoftware ausgestattet worden, mit deren Hilfe die Stickoxidwerte (NOx) im Prüfstand manipuliert worden sind, d.h. bessere Werte im Unterschied zum normalen Fahrbetrieb vorgetäuscht worden sind, um so die nach der Euro-5-Abgasnorm vorgegebenen NOx-Grenzwerte einzuhalten. Die in diesen Fahrzeugen eingesetzte Abgas-Software hat die Prüfsituation erkannt und im Prüfstand in den NOx optimierenden Modus 1 geschaltet, während sie sich im normalen Fahrbetrieb im Modus 0 mit eingeschränkter Abgasrückführung befunden hat, wodurch die NOx-Emissionen erheblich höher ausgefallen sind. Bei dieser von der Beklagten eingesetzten sog. „Umschaltlogik“ handelt es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne des Artikel Abs. Art. 5 I und IIK der VO (EG) 715/2007, was zur Folge hat, dass die betroffenen Fahrzeuge sachmangelbehaftet im Sinne des § 434 I 2 Nr.2 BGB sind. Denn Fahrzeugen mit einem Dieselmotor vom Typ EA 189, die von dem Hersteller mit einer unzulässigen Umschaltvorrichtung versehen sind, die günstigere Emissionswerte im Prüfstandbetrieb vorspiegelt, fehlt die Eignung für ihre gewöhnliche Verwendung, weil der (ungestörte) Betrieb der Fahrzeuge im öffentlichen Straßenverkehr wegen der Gefahr des Einschreitens der zuständigen Behörden nicht gewährleistet ist. Aufgrund der unzulässigen Abschaltvorrichtung sind die Fahrzeuge „nicht vorschriftsmäßig“ im Sinne des § 5 Abs. 1 FZV mit der Folge, dass ihnen die Gefahr einer Betriebsuntersagung oder -beschränkung durch die Zulassungsbehörde anhaftet.“*

Ein Schaden liegt also vor.

##### 2. Sittenwidrigkeit

Umstritten ist in der Rechtsprechung, ob das Verhalten der Beklagten grundsätzlich als sittenwidrig angesehen werden kann.

Von einer Mindermeinung wird das verneint, eine Offenlegungspflicht bestehe nicht; die überwiegende Mehrheit der Rechtsprechung hält das Verhalten der Beklagten aber grundsätzlich für sittenwidrig, da es sich um eine Täuschung handele, die angesichts der Umstände auch verwerflich sei.

Das OLG lässt die Streitfrage aber offen und hält fest:

„Ein Verhalten ist objektiv sittenwidrig, wenn es nach Inhalt oder Gesamtcharakter, der durch zusammenfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, d.h. mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht vereinbar ist (Palandt/Sprau, BGB, 78. Auflage, zu § 826 Rdnr. 4 m.w.N.). Dass das Verhalten gegen vertragliche Pflichten oder gegen das Gesetz verstößt, ist hierfür nicht ausreichend; hinzutreten muss eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens, die sich aus dem mit der Handlung verfolgten Zweck, dem zur Durchsetzung verwendeten Mittel, der dabei gezeigten Gesinnung oder den entstandenen Folgen ergeben kann (Palandt/Sprau, aaO, m.w.N.).“

Ein solches Verhalten sei hier zu verneinen, denn:

„Indem die Beklagte sonach ihr vorangegangenes gesetzwidriges Tun nach Aufdecken des Abgasskandals um die Dieselmotoren vom Typ EA 189 nicht vertuscht, sondern sich mit der Aufarbeitung der Problematik befasst hat, worüber sie die Öffentlichkeit informiert hat, kann ihr jedenfalls in Bezug auf potenzielle Gebrauchtwagenkäufer ab Herbst 2015 kein verwerfliches Verhalten angelastet werden. Die Beklagte hatte im Herbst 2015 letztlich den Fehler bei der Abgasrückführung ihrer Dieselmotoren EA 189 eingeräumt und seine Beseitigung in Abstimmung mit dem Kraftfahrtbundesamt angekündigt. Mit dieser Vorgehensweise hat die Beklagte den schädigenden Zustand, die Vertuschung der Abgasmanipulation in der Öffentlichkeit, nicht mehr aufrechterhalten. Die Gründe, die ihr Verhalten bis Herbst 2015 als sittenwidrig erscheinen ließen (Täuschung potenzieller Kunden durch Vorspiegelung einer nicht gefährdeten Nutzbarkeit ihrer Fahrzeuge im Straßenverkehr unter Ausnutzung des Vertrauens der Käufer in das Kraftfahrtbundesamt mit dem Ziel der Kostensenkung und Gewinnmaximierung) sind damit weggefallen.“

Die Sittenwidrigkeit der Schädigung und der Anspruch aus § 826 BGB sind daher zu verneinen.

## II. Anspruch aus § 823 Abs. 2 iVm. § 263 StGB

In Betracht kommt ferner ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 iVm. § 263 StGB

Das setzt aber nach dem Tatbestand des § 263 StGB eine Täuschung voraus. Auch das verneint das OLG:

„Eine Täuschungshandlung im Sinne des § 263 StGB erfordert, weil sie einen subjektiven Einschlag hat, eine bewusst unwahre Erklärung (Lüge). Wer eine objektiv unrichtige Erklärung im guten Glauben abgibt, begeht schon objektiv keine Täuschungshandlung (vgl. BGHSt 18, BGHSt Jahr 18 Seite 235 Rdnr. BGHSt Jahr 18 Seite 235 Randnummer 6; Lackner/Kühl, StGB, 29. Auflage 2018, zu § 263 Rdnr.6). Vorliegend lässt sich mangels entsprechender Anhaltspunkte nicht feststellen, dass die Beklagte, als sie sich etwa in ihrer Pressemitteilung vom 16. Dezember 2015 dahingehend erklärte, dass nach Umsetzung der mit dem Kraftfahrtbundesamt abgestimmten Maßnahmen mit den Dieselfahrzeugen Typ EA 189 in Bezug auf die Einhaltung der Abgasnorm, des Verbrauchs und der Motorleistung alles in Ordnung sei, also die Gefahr einer Stilllegung nicht drohe, das Bewusstsein hatte, eine (hier unterstellt) unrichtige Erklärung abzugeben. Dem stehen der in der Erklärung enthaltene Verweis auf die Einschätzung

des Kraftfahrtbundesamtes und die anschließend ergangenen Freigabebestätigungen des Kraftfahrtbundesamtes entgegen.“

**III. Ansprüche aufgrund der verletzten EU Verordnung**  
Auch Ansprüche wegen der verletzten Normen der EG-VO (iVm. § 823 Abs. 2 BGB) bestehen nach dem OLG Celle nicht, da diese keinen drittschützenden Charakter haben.

## IV. Ergebnis

Im vorliegenden Fall hat der Kläger also keinen Anspruch gegen die VW-AG auf Schadensersatz

### Abschließende Hinweise für Studierende

1. Die Entscheidung ist hochgradig examensrelevant, behandelt sie doch eine aktuell in der Öffentlichkeit vieldiskutierte Materie anhand klassischer Ansprüche des BGB.
2. Das OLG neigt im Übrigen grundsätzlich der Auffassung zu, ein Anspruch aus § 826 BGB bestehe, entscheidend ist hier aber der Zeitpunkt der Kaufs: er erfolgte erst nach der umfassenden Aufklärung und breiten Diskussion in der Öffentlichkeit, sodass hier eine Sittenwidrigkeit zu verneinen war.

### Prof. Dr. Christian F. Majer

Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht  
Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen  
Ludwigsburg

► [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](mailto:robert.krywalski@cms-hs.com)

---

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

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Erfordernis eines pathologischen, somatisch objektivierbaren Zustandes bei Verletzungen der psychischen Gesundheit

Beschluss vom 12. März 2019, Az.: 4 StR 63/19

**Auch psychische Beeinträchtigungen können den krankhaften Zustand hervorrufen, der für eine Gesundheitsbeschädigung im Sinne des § 223 Abs. 1 Alt. 2 StGB erforderlich ist. Jedoch müssen die psychischen Folgen den Körper in einen pathologischen, somatisch objektivierbaren Zustand versetzen.**

(Leitsatz der Bearbeiterin)

#### A) Sachverhalt

T. ging auf K. zu. „In einem Abstand von weniger als einem Meter holte er im Rahmen einer einzigen schwungvollen Bewegung aus seiner rechten Jackentasche einen beiderseitig geschliffenen, insgesamt 23 cm langen Dolch mit einer Klingenslänge von 13 cm heraus und führte ihn in einer stoßenden Bewegung mit der Klinge voraus gegen den Oberkörper der Zeugin, wobei er deren Tod zumindest billigend in Kauf nahm. Die Zeugin konnte dem Stich nur durch das Einziehen des Oberkörpers sowie eine schnelle Schrittbewegung nach hinten ausweichen. [...] Als Tatfolge stellt das Landgericht fest, dass die Zeugin [...] K. immer wieder Flashbacks in Bezug auf das Tatgeschehen erlebt.“

#### B) Die Entscheidung des Senates<sup>1</sup>

##### I. Strafbarkeit gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB

Indem T. mit dem Dolch eine stoßende Bewegung in Richtung der K. führte, könnte er sich wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht haben.

##### 1. Objektiver Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB

Dazu müsste T. die K. gem. § 223 Abs. 1 StGB körperlich misshandeln oder an der Gesundheit geschädigt haben.

Eine körperliche Misshandlung gem. § 223 Abs. 1 Alt. 1 StGB ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt.<sup>2</sup> Aus dieser Definition folgt, dass die Behandlung zu körperlichen Auswirkungen führen muss.<sup>3</sup> Psychische Beeinträchtigungen fallen nur dann unter § 223 Abs. 1

Alt. 1 StGB, wenn sie sich körperlich auswirken.<sup>4</sup> Das Hervorrufen von Flashbacks genügt dafür nicht. Eine körperliche Misshandlung der K. ist daher nicht gegeben.

Eine Gesundheitsschädigung gemäß § 223 Abs. 1 Alt. 2 StGB ist das Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen des Opfers nachteilig abweichenden pathologischen Zustandes.<sup>5</sup> Nach der überwiegenden Rechtsprechung<sup>6</sup> und der herrschenden Meinung in der Literatur<sup>7</sup> handelt es sich bei einer rein psychischen Beeinträchtigung nicht um eine Gesundheitsschädigung im Sinne des § 223 Abs. 1 Alt. 2 StGB.

Für „eine Gesundheitsbeschädigung im Sinne des § 223 StGB [genügt] eine Einwirkung, die lediglich das seelische Wohlbefinden berührt, nicht [...]. Freilich kann auch eine psychische Beeinträchtigung den krankhaften Zustand hervorrufen, der für eine Gesundheitsbeschädigung im Sinne der Körperverletzungstatbestände erforderlich ist. Jedoch müssen die psychischen Folgen jedenfalls den Körper im weitesten Sinne in einen pathologischen, somatisch objektivierbaren Zustand versetzen. Dass die Flashbacks der Zeugin K. von dieser Art waren, ist auch nicht im Ansatz dargetan.“

#### Hinweis

Gegen diese Auffassung sprechen gewichtige Argumente.<sup>8</sup> Im vorliegenden Fall vertrat auch der Generalbundesanwalts in seiner Antragschrift die Ansicht, dass „das Landgericht übersehen habe, dass die Tat vollendet sei: Die festgestellten Flashbacks der Zeugin K. belegten eine ‚krankheitswertige Traumatisierung iSd. § 223 Abs. 1 StGB‘.“ Zunehmend wird auch die Erregung oder Steigerung einer psychischen Störung unter den Tatbestand des § 223 Abs. 1 Alt. 2 StGB gefasst, wenn sie Krankheitswert besitzt.<sup>9</sup>

Zuzugeben ist jedoch, dass im vorliegenden Fall nichts dafür spricht, „dass das Hervorrufen von Flashbacks vom Vorsatz des Angeklagten umfasst war (vgl. BGH, Beschluss vom 5. November 1996 aaO).“

<sup>1</sup> Die Darstellung beschränkt sich auf die Delikte des 17. Abschnitts des StGB.

<sup>2</sup> BGHSt 25, 277 (278); BGH NStZ-RR 2012, 340; Eschelbach, in: BeckOK StGB, 43. Edit. (2019), § 223 Rn. 17.

<sup>3</sup> OLG Celle NJW 2008, 2202 (2203); Fehr, Mobbing am Arbeitsplatz (2007), S. 79.

<sup>4</sup> BGH NStZ-RR 2012, 340 (341); NStZ 2015, 269; OLG Celle NJW 2008, 2202 (2203); Knauer, Der Schutz der Psyche im Strafrecht (2013), S. 52.

<sup>5</sup> BGHSt 36, 1 (6); 43, 346 (354); Eschelbach, in: BeckOK StGB, 43. Edit. (2019), § 223 Rn. 24.

<sup>6</sup> So etwa BGH NStZ 1997, 123; 2003, 149 (150); 2015, 269.

<sup>7</sup> So etwa Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 223 Rn. 12; Grünwald, in: LK, 12. Aufl. (2019), § 223 Rn. 12; Jahn, JuS 2007, 384 (385); Ruppert, JR 2016, 686 (689).

<sup>8</sup> Ausführlich dazu Doerbeck, JR 2020 (im Erscheinen).

<sup>9</sup> Doerbeck, Cybermobbing (2019), S. 328 ff.; Fehr, Mobbing am Arbeitsplatz (2007), S. 81 f.; Hardtung, JuS 2008, 864 (867); Joecks (Hardtung), in: MK-StGB, 3. Aufl. (2017), § 223 Rn. 31; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT 1, 16. Aufl. (2015), Rn. 193; Mühe, Mobbing am Arbeitsplatz (2006), S. 105 ff.; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 223 Rn. 1, 6; Welzel, Das Deutsche Strafrecht (1969), S. 288; Wolfsblast, Psychotherapie in den Grenzen des Rechts (1985), S. 19 ff.

Eine Gesundheitsschädigung der K. ist nicht gegeben.

## 2. Ergebnis

Eine Strafbarkeit nach §§ 223, 224 StGB kommt daher nicht in Betracht.

## II. Strafbarkeit gem. §§ 223 Abs. 1, 2, 224 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB

Indem T mit dem Dolch eine stoßende Bewegung in Richtung der K. führte, könnte er sich wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht haben. Die Tat ist unvollendet, der Versuch gem. §§ 223 Abs. 1, 2, 224 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar.

### 1. Tatentschluss

T. müsste Tatentschluss bezüglich einer körperlichen Misshandlung bzw. einer Gesundheitsschädigung der K. gehabt haben.

#### Hinweis

Es ist hier gerade auf einen anderen Körperverletzungserfolg – nämlich Stich- oder Schnittverletzungen – abzustellen, da „das Hervorrufen von Flashbacks vom Vorsatz des Angeklagten [nicht] umfasst war“.

Durch die stoßende Bewegung in Richtung des Oberkörpers der K. wollte T. deren körperliches Wohlbefinden sowie ihre körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigen. Zudem bezog sich sein Tatentschluss auf das Hervorrufen eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen des Opfers nachteilig abweichenden pathologischen Zustandes. Er handelte daher mit Tatentschluss bezüglich § 223 Abs. 1 StGB.

T.'s Tatentschluss könnte sich auf die qualifizierenden Umstände des § 224 Abs. 1 Nr. 2, 5 StGB bezogen haben.

Eine Waffe im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist jeder Gegenstand, der nach seiner Art dazu bestimmt ist, erhebliche Verletzungen eines Menschen zu verursachen.<sup>10</sup> Bei einem Dolch handelt es sich um eine Waffe.<sup>11</sup> T war sich der Verwendung einer Waffe gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB bewusst.

T. könnte auch Tatentschluss hinsichtlich einer das Leben gefährdenden Behandlung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB gehabt haben. Nach einer Ansicht muss der Täter nur die Umstände erkennen, aus denen sich die Lebensgefährlichkeit ergibt.<sup>12</sup> Nach anderer Ansicht muss der Täter die Lebensgefährlichkeit für möglich halten und billigend in Kauf nehmen.<sup>13</sup> T. hatte selbst nach der engeren Auffassung Tatentschluss, da er den Tod der K. billigend in Kauf nahm.

### 2. Unmittelbares Ansetzen, Rechtswidrigkeit und Schuld

T. hat mit dem Führen des Stoßes auch unmittelbar zur Tat angesetzt. Er handelte rechtswidrig und schuldhaft.

### 3. Rücktritt

Jedoch könnte T. strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten sein.

#### a) Kein Fehlschlag

Für einen Rücktritt vom Versuch ist zunächst erforderlich, dass dieser nicht fehlgeschlagen ist. Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn die Tat nach dem Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält.<sup>14</sup> Mit einem nochmaligen Dolchstoß hätte T. den Erfolg herbeiführen können.

#### b) Rücktritt vom unbeendeten Versuch

Nach § 24 I StGB werden an den Rücktritt unterschiedliche Anforderungen gestellt. Dies richtet sich danach, ob der Versuch beendet oder unbeendet ist. Unbeendet ist der Versuch, wenn der Täter glaubt, noch nicht alles Erforderliche für die Erfolgsherbeiführung getan zu haben.<sup>15</sup> T. wusste, dass es für die Vollendung noch eines weiteren Handelns bedurft hätte. Der Versuch ist somit unbeendet. Ein Rücktritt ist bei Aufgabe der weiteren Tatausführung möglich.<sup>16</sup> T. hat die weitere Ausführung aufgegeben.

#### c) Freiwilligkeit

T. müsste auch freiwillig zurückgetreten sein. Dies bestimmt sich nach der hM. (empirisch-psychologisierend Auslegung) danach, ob der Täter aus autonomen Motiven von der Tat zurückgetreten ist.<sup>17</sup> Ein Entschluss ist autonom, wenn er Ausdruck freier Selbstbestimmung ist.<sup>18</sup> Davon ist vorliegend auszugehen.

### 4. Ergebnis

T. ist vom Versuch der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 2, 224 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbefreiend zurückgetreten.

## III. Ergebnis

T. hat sich nicht wegen Delikten des 17. Abschnitts des StGB strafbar gemacht.

#### Abschließende Hinweise für Studierende

Freilich wäre grundsätzlich auch eine Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags zu prüfen gewesen. Der „vom Landgericht rechtsfehlerfrei angenommene - strafbefreiende Rücktritt vom versuchten Totschlag [erfasst] auch den Versuch der gefährlichen Körperverletzung. Das Landgericht hat sich mit dieser Frage nicht auseinandergesetzt und es sind keine Gesichtspunkte erkennbar, die eine differenzierende Behandlung rechtfertigen könnten.“ Da das Problem des Falles vorliegend bei dem Erfordernis eines pathologischen, somatisch objektivierbaren Zustandes bei Verletzungen der psychischen Gesundheit lag und die Versuchsstrafbarkeit ebenso gut im Rahmen der gefährlichen Körperverletzung geprüft werden konnte, wurde jene Prüfung im Bearbeiterhinweis ausgeschlossen.

<sup>10</sup> Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 224 Rn. 19.

<sup>11</sup> Eschelbach, in: BeckOK StGB, 43. Edit. (2019), § 224 Rn. 26.

<sup>12</sup> BGH NJW 1990, 3156 m.w.N.

<sup>13</sup> Böse, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 224 Rn. 35.

<sup>14</sup> BGH NStZ-RR 2017, 335.

<sup>15</sup> Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 24 Rn. 14.

<sup>16</sup> Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 24 Rn. 26.

<sup>17</sup> Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 24 Rn. 19; a.A. Cornelius, in: BeckOK StGB, 43. Edit. (2019), § 24 Rn. 40 (normative Bestimmung).

<sup>18</sup> Cornelius, in: BeckOK StGB, 43. Edit. (2019), § 24 Rn. 37.

**Weiterführende Literatur:** Zur Vertiefung des Problems findet sich eine Darstellung des Streitstandes hinsichtlich des Erfordernisses eines pathologischen, somatisch objektivierbaren Zustandes bei Verletzungen der psychischen Gesundheit bei *Doerbeck*, Cybermobbing (2019), S. 227 ff. sowie die Ablehnung der Ansicht der derzeit herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur auf den S. 328 ff. sowie *dies.*, JR 2020 (im Erscheinen). Eine empfehlenswerte Darstellung der gegen teiligen Auffassung findet sich bei *Ruppert*, JR 2016, 686 (691 ff.).

**Dr. Caprice Doerbeck**

Referendarin

Oberlandesgericht Stuttgart

Tübingen

► **Inhaltsverzeichnis**

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Oberlandesgericht Stuttgart

### Verbotenes Kraftfahrzeugrennen durch Polizeiflucht

Beschluss vom 04. Juli 2019, Az.: 4 Rv 28 Ss 103/19

Das in § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB vorausgesetzte Handeln, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, setzt lediglich voraus, dass es dem Täter darauf ankommt, in der konkreten Verkehrssituation die durch sein Fahrzeug bedingte oder nach seinen Fähigkeiten oder nach den Wetter-, Verkehrs-, Sicht- oder Straßenverhältnissen maximale mögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Welche weiteren Ziele der Täter verfolgt, ist unerheblich. Auch der Wille des Täters, vor einem ihn verfolgenden Polizeifahrzeug zu fliehen, schließt die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erzielen, nicht aus.

(Amtlicher Leitsätze)

#### A) Sachverhalt und Verfahrensgeschichte

Das Amtsgericht hat zur Sache festgestellt: „Der Angeklagte flüchtete am 1. Mai 2018 gegen vier Uhr in L. mit seinem PKW vor einer Streifenwagenbesatzung der Polizei, welche ihn einer Verkehrskontrolle unterziehen wollte und ihm deshalb Haltesignal anzeigte. Nach Erkennen des Streifenwagens und des Haltesignals beschleunigte er sein Fahrzeug, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen und dadurch die ihn nun mit Blaulicht, Martinshorn und dem Haltesignal „Stopp Polizei“ verfolgenden Polizeibeamten abzuhängen. Die zulässige Höchstgeschwindigkeit erheblich überschreitend und unter Missachtung der Sicherheitsinteressen anderer Verkehrsteilnehmer fuhr er mit weit überhöhter Geschwindigkeit durch den Ort E. Die Gegenfahrbahn nutzend fuhr er über eine „Rot“ anzeigende Ampel und setzte seine Fahrt durch E. bei erlaubten 50 km/h mit mindestens 145 km/h fort, wobei er von einer Geschwindigkeitsmessanlage „geblitzt“ wurde. Nach dem Ortsausgang fuhr er auf der teils kurvenreichen und unübersichtlichen Bundesstraße 313 – bei partieller Geschwindigkeitsbeschränkung auf 70 km/h – mit einer Geschwindigkeit von mindestens 160 bis 180 km/h. Hierbei schnitt er an unübersichtlichen Stellen die Kurven; ihm waren allein um des schnelleren Fortkommens willen die Belange anderer Verkehrsteilnehmer gleichgültig. Die ihn verfolgenden Polizeibeamten konnten die Distanz zum Fahrzeug des Angeklagten nicht verringern, weil dies ohne erhebliches Risiko für sie und andere Verkehrsteilnehmer nicht möglich war. Aus diesem Grund mussten sie nach ca. 13 km Verfolgungsfahrt den Kontakt zum Angeklagten abreißen lassen und die Verfolgung abbrechen, weil dieser auf enger, kurvenreicher und unübersichtlicher Strecke mit oft schlechtem, holprigem Fahrbahnbelag weiter mit angesichts der örtlichen Verhältnisse überhöhter Geschwindigkeit fuhr.“

Das Amtsgericht verurteilte den Angeklagten wegen verbotenen Kraftfahrzeugrennens, wogegen sich der Angeklagte mit der zulässigen (Sprung-)Revision wendet; er rügt die Verletzung materiellen Rechts.

#### B) Die Entscheidung des Senates

Vor dem Senat blieb der Revision der Erfolg versagt:

„a) Die Feststellungen im angefochtenen Urteil tragen den Schuldspruch wegen verbotenen Kraftfahrzeugrennens gemäß § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB zur äußeren und inneren Tatseite.“

#### Hinweis

Zu Verortung der Problematik ein Blick auf das Aufbauschema zu § 315d Abs. 1 StGB<sup>1</sup>

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

Tathandlung im (öffentlichen) Straßenverkehr

[a] ein nicht erlaubtes Kraftfahrzeugrennen ausrichten oder durchführen (Nr. 1),

b) als Kraftfahrzeugführer an einem nicht erlaubten Kraftfahrzeugrennen teilnehmen (Nr. 2) oder

c) sich als Kraftfahrzeugführer mit nicht angepasster Geschwindigkeit und grob verkehrswidrig fortbewegen (Nr. 3)

##### 2. Subjektiver Tatbestand

a) Mindestens bedingter Vorsatz bzgl. [I.1. a–] c

b) I Nr. 3: rücksichtslose Tatbegehung

c) I Nr. 3: Tatbegehung in der Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Schuld

Zentral war die Frage, ob der Angeklagte in der Absicht handelte, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, was das Amtsgericht „fehlerfrei festgestellt“ hat.

„aa) Dies verlangt nicht die Absicht, das Fahrzeug mit objektiv höchstmöglicher Geschwindigkeit zu führen oder es bis an die technischen bzw. physikalischen Grenzen auszufahren (so aber das LG Stade, Beschluss vom 4. Juli 2018 – 132 Qs 88/18 –, juris). Die Gesetzesformulierung soll vielmehr möglichst viele relevante

<sup>1</sup> Hecker, JuS 2019, 596.

Komponenten wie fahrzeugspezifische Höchstgeschwindigkeit und Beschleunigung, subjektives Geschwindigkeitsempfinden, Verkehrslage und Witterungsbedingungen auf einen Nenner bringen (vgl. BT-Drucks. 18/12964 S. 5 und 6). Gefordert ist demnach das Abzielen auf eine relative Höchstgeschwindigkeit (Pegel in: Münchner Kommentar, StGB, 3. Aufl., § 315d Rn. 26; Fischer, StGB, 66. Aufl., § 315d Rn. 17; Kulhanek in BeckOK, StGB, v. Heintschel-Heinegg, 42. Ed. Stand 1. Mai 2019, § 315d Rn. 41 f.; Heger in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl., § 315d Rn. 5; KG Berlin, Beschluss vom 15. April 2019 - 3 Ss 25/19, juris), die sich an den genannten Kriterien orientiert.“

Nach dem Senat hat das Amtsgericht auf diese Absicht aus der Gesamtschau der Umstände rechtsfehlerfrei geschlossen. Es hat dabei „auf die objektiven Feststellungen zur konkreten Fahrweise des Angeklagten abgestellt“ und „darauf, dass es den Polizeibeamten - trotz besonderer Fahrschulung und eigener hoher Geschwindigkeit - über mehrere Kilometer hinweg nicht möglich war, zum Fahrzeug des Angeklagten aufzuschließen.“ Auch hat es „die dem Geschehen zugrunde liegende - eingeräumte - Fluchtmotivation des Angeklagten miteinbezogen. Diese umfassende Überzeugungsbildung begegnet keinen rechtlichen Bedenken.“

bb) Weiter stellt der Senat klar, dass die „Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, [...] auch nicht Haupt- oder Alleinbeweggrund für die Fahrt sein [muss] (so aber Hecker in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. § 315d Rn. 3 und 9).“ Die Ansicht, bei der Polizeiflucht könne die Verfolgungsjagd „nicht als Wettbewerb oder Leistungsprüfung eingestuft werden und unterliege deshalb nicht der Strafbarkeit nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB, findet“ für den Senat „weder einen Anhalt im Wortlaut der Norm noch in der Gesetzesbegründung. Vielmehr sprechen diese wie auch der Sinn und Zweck der Vorschrift auch in Fällen der Polizeiflucht für eine Strafbarkeit nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB, soweit die weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen im Einzelfall - wie hier - festgestellt werden können.“

Seine Auffassung begründet der Senat ausführlich wie folgt:

„Der Wortlaut der Vorschrift - „um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen“ - gibt keinen Anlass zu einer einschränkenden Auslegung, die dem Gesetzgeber mit anderer Formulierung - beispielsweise bei Voranstellen des Wortes „allein“ - ohne weiteres möglich gewesen wäre.

Vielmehr macht die Gesetzesbegründung deutlich, dass damit insbesondere dem Erfordernis des Renncharakters Rechnung getragen und dieses von bloßen - auch erheblichen - Geschwindigkeitsüberschreitungen abgegrenzt werden soll. Renn Teilnehmer würden zusätzlich durch den Wettbewerb bestärkt, Fahr- und Verkehrssicherheit außer Acht zu lassen und für einen Zuwachs an Geschwindigkeit den Verlust der Kontrolle über ihr Fahrzeug in Kauf zu nehmen. Zudem sei ihre Aufmerksamkeit - anders als bei „normalen“ Geschwindigkeitsüberschreitungen - nicht allein auf den Straßenverkehr gerichtet, sondern notwendigerweise - zumindest in den Fällen des § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB - auch durch den Mitbewerber gebunden (BT-Drucks. 18/12964 S. 6).

Sowohl der Gesetzeswortlaut als auch die Begründung sprechen deshalb dafür, auch die Polizeiflucht als tatbestandsmäßig anzusehen. Schließlich ist sie von einem spezifischen Renncharakter geprägt, in dem sich gerade die in der Begründung genannten besonderen Risiken wiederfinden, auch wenn das Ziel des Wettbewerbs hier nicht im bloßen Sieg, sondern in der gelungenen Flucht liegt. Die risikobezogene Vergleichbarkeit mit den sportlichen Wettbewerben liegt auf der Hand.

Es wäre vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der Vorschrift und der intendierten Abgrenzung zwischen Fahrten mit Renncharakter - und damit abstrakt höherem Gefährdungspotential - und bloßen Geschwindigkeitsüberschreitungen auch sinnwidrig und kaum vertretbar, für eine Strafbarkeit - bei identischer Fahrweise und gleicher abstrakter Gefährdungslage - allein danach zu differenzieren, welche Motive die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, letztlich ausgelöst haben oder begleiten.

Auch deshalb ist die von der Revision ins Feld geführte Unterscheidung zwischen extrinsischer und intrinsischer Motivation verfehlt. Eine Aufklärung der konkreten Motivation im Einzelfall sowie deren Einordnung als extrinsisch oder intrinsisch dürfte - nicht zuletzt bei Vorliegen von Motivbündeln - zudem kaum möglich sein. Als Differenzierungskriterium ist sie deshalb untauglich, aber auch gar nicht gewollt. Dies zeigt bereits ein Vergleich mit der Variante des § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB; schließlich wird auch das hierunter fallende „klassische“ Rennen zumindest bei einem Teil der Teilnehmer extrinsisch - beispielsweise durch Ansprache oder Provokation - motiviert sein. Letztlich spricht auch ein Vergleich mit anderen Normen, die eine Absicht des Täters fordern, für eine Strafbarkeit. So spielen für die in § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchstabe a StGB normierte Absicht, einen Unglücksfall herbeizuführen, weitere Ziele des Täters keine Rolle (Fischer, aaO, § 315 Rn. 22; [...] BGH, Beschluss vom 22. Februar 2001 - 4 StR 25/01, NStZ-RR 2001, 298, juris). Ähnliches gilt für die Regelung der von der Generalstaatsanwaltschaft ins Feld geführten Besitzerhaltungsabsicht in § 252 StGB und für die Bereicherungsabsicht beim Betrug.

Letztlich muss die vorliegende Konstellation der Polizeiflucht aufgrund ihres klassischerweise vorhandenen Renncharakters mit der vom Gesetzgeber unter Strafe gestellten Erhöhung der abstrakten Gefährdung für andere Verkehrsteilnehmer konsequenterweise der Strafbarkeit des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB unterfallen.“

b) Schlussendlich hält „auch der Rechtsfolgenausspruch [...] der auf die Sachrüge veranlassten materiell-rechtlichen Nachprüfung stand. [...]“

c) Nach alledem ist aus Sicht des Senats die Verurteilung wegen verbotenen Kraftfahrzeugrennens gemäß § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht zu beanstanden.

#### Abschließende Hinweise:

1. Dieser Beschluss stellt die - soweit ersichtlich - erste obergerichtliche Entscheidung dar, die einen Fall klassischer Polizeiflucht als verbotenes Kraftfahrzeugrennen<sup>2</sup>

<sup>2</sup> § 315d StGB wurde bekanntermaßen durch Art. 1 Nr. 3 des Sechsendfünftzigsten Strafrechtsänderungsgesetz - Strafbarkeit nicht genehmigter Kraft-

fahrzeugrennen im Straßenverkehr (BGBl. 2017 I 3532) m.W.v. 13.10.2017 eingefügt, dazu Schneider, RÜ 2017, 650 (651). Vertiefend Gerhold/Meglalu, ZJS 2018, 321 ff.

qualifiziert.<sup>3</sup> Allein dies führt zu Prüfungsrelevanz in beiden Examina und rechtfertigt besondere Hervorhebung.

2. Zudem verdient das Zusammenspiel des so verstandenen § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB mit weiteren „verwandten“ Vorschriften spezielle Beachtung:

Kommt es bei einer mit dem Senat als verbotenes Kraftfahrzeugrennen zu würdigenden Polizeiflucht dazu, dass „Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet“ werden (§ 315d Abs. 2 StGB<sup>4</sup>), ist zugleich an Straßenverkehrsfährdung nach § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB zu denken, die in Tateinheit<sup>5</sup> zum verbotenen Kraftfahrzeugrennen steht. Demgegenüber ist ein gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr gemäß § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB in der Teilnahme am Straßenverkehr nur ausnahmsweise dann zu sehen, wenn der Angeklagte das Fahrzeug mit verkehrsförderlicher Einstellung zweckwidrig einsetzt und mit zumindest bedingtem Schädigungsvorsatz handelt.<sup>6</sup> Wenn er es hingegen ohne konkrete Nötigungsabsicht als reines Mittel zur Flucht vor der Polizei benutzt, ist ein gefährlicher Eingriff zu verneinen.<sup>7</sup> Dieser bei Prüfern und Klausurerstellern beliebten Thematik ist (jedenfalls) nunmehr ein weiterer Aspekt hinzugefügt.

### Dr. Guido Philipp Ernst

Richter am Landgericht und  
Arbeitsgemeinschaftsleiter für Rechtsreferendare,  
Landgericht Stuttgart

Lehrbeauftragter,  
Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen  
Ludwigsburg

Repetitor  
Alpmann/Schmidt (Assessorkurs)  
Stuttgart

#### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>3</sup> Ebenso bereits AG Waldbröl, Urt. v. 14.01.2019 - 40 Ds 536/18, BeckRS 2019, 4035 Rn. 7 ff. = JuS 2019, 596 m. krit. Anm. Hecker (597 f.); LG Berlin, Beschl. v. 28.02.2019 - 528 Qs 24/19, BeckRS 2019, 5484 Rn. 1. Dem Senat zust. Zopfs, NJW 2019, 2788 (2789); Steinert, SVR 2019, 351; abl. Malsy, FD-StrafR 2019, 419528.

<sup>4</sup> Zu dieser Qualifikation (konkretes Gefährdungsdelikt) und dem Gleichlauf mit § 315c Abs. 1 StGB ausf. Gerhold/Meglalu, ZJS 2018, 321 (322).

<sup>5</sup> Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 315d Rn. 26; AG Waldbröl, Urt. v. 14.01.2019 - 40 Ds 536/18, BeckRS 2019, 4035 Rn. 11

<sup>6</sup> BGHSt 48, 233; auch OLG Hamm, Beschl. v. 20.02.2014 - III-1 RVs 15/14, JSE 3/2014, 342 (343) (Ernst).

<sup>7</sup> Vgl. Kudlich, in: BeckOK/StGB, Stand: 01.11.2019, Edition: 44, § 315b Rn. 17. Auch wird allein die Teilnahme an einem Kraftfahrzeugrennen für einen verkehrsförderlichen Inneneingriff iSd. § 315b StGB nicht genügen, weil das Fahrzeug insoweit – wenn auch dem Verbot von Kraftfahrzeugrennen zuwiderlaufend – als Verkehrsmittel und nicht etwa als Waffe, Nötigungsmittel oder in einer sonstigen zweckfremden Form verwendet wird, Kulhanek, in: BeckOK/StGB, Stand: 01.11.2019, Edition: 44, § 315d Rn. 84.



# KÖPFE

# GESUCHT

Referendare (m/w) und Praktikanten (m/w)  
[www.tsp-law.com/karriere](http://www.tsp-law.com/karriere)

Thümmel, Schütze & Partner  
RECHTSANWÄLTE  
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur

# RECHTSPRECHUNG

## ÖFFENTLICHES RECHT

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

### Diskriminierung nach Art.14 EMRK - Anwendung der Scharia in Griechenland -

Urteil vom 19. Dezember 2018, Az.: 20452/14 (Molla Sali v. Griechenland)

1. Art. 14 EMRK erfasst wegen des Gegenstands und der Natur der Rechte, die er schützen will, auch eine Ungleichbehandlung wegen des Status einer anderen Person als des Betroffenen, hier des Erblassers.

2. Das in Art. 9 EMRK garantierte Recht auf Religionsfreiheit verpflichtet die Konventionsstaaten nicht, besondere Vorschriften zu erlassen, um Religionsgemeinschaften einen besonderen Status mit bestimmten Vorrechten zu verleihen. Wenn sie es aber getan haben, müssen sie sicherstellen, dass die Kriterien dafür ohne Diskriminierung angewendet werden.

3. Den Mitgliedern einer religiösen Minderheit das Recht zu verweigern, aus freien Stücken das bürgerliche Recht zu wählen und davon zu profitieren, ist nicht nur eine Diskriminierung, sondern auch eine Verletzung des grundlegenden Rechts zum Schutz von Minderheiten, nämlich des Rechts auf freie Selbstbestimmung, also des Rechts, darüber zu entscheiden, ob man als Mitglied der Minderheit behandelt werden möchte oder nicht.

4. Für die unterschiedliche Behandlung der Beschwerdeführerin als Begünstigte eines von einem Erblasser muslimischen Glaubens nach dem griechischen BGB errichteten Testaments im Vergleich zu einem Berechtigten eines ebenso von einem Nichtmuslim errichteten Testaments gibt es keine sachliche und vernünftige Rechtfertigung.

(Leitsätze des Bearbeiters)

#### A) Sachverhalt<sup>1</sup>

Die Beschwerdeführerin erbt durch Testament das gesamte Vermögen ihres Ehemannes aufgrund griechischen Rechts. Nach Anfechtung der Schwestern des Ehemannes entschied der griech. Kassationsgerichtshof, der Streit hätte vor einem Mufti nach den Regeln der Scharia entschieden werden müssen, da der Erblasser Angehöriger der muslimischen Minderheit in Griechenland sei, für welche Sonderregeln gelten. Dadurch verlor die Beschwerdeführerin 3/4 ihrer Erbschaft.

Sie rügt nun vor dem EGMR eine Diskriminierung nach Art.14 iVm. Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK

#### B) Die Entscheidung der Großen Kammer

Der EGMR prüft eine Diskriminierung nach Art.14 EMRK. Dazu muss aber zunächst ein Recht iSd. EMRK betroffen sein.

##### 1. Recht im Sinne des EMRK: Eigentum

Als solches Recht kommt hier das Eigentum im Sinne des Art.1 des ersten Zusatzprotokolls in Betracht. Der EGMR führt dazu aus:

*„Der Begriff „Eigentum“ in Art. 1 I 1. Zusatzprotokoll zur EMRK hat autonome Bedeutung, ist nicht auf das Eigentum an Sachen beschränkt und unabhängig von der formalen Einordnung im staatlichen Recht. Andere vermögenswerte Rechte und Interessen können deshalb Vermögensrechte und damit Eigentum im Sinn dieser Vorschrift sein (s. EGMR, Slg. 2015 Nr. 211 = NJW 2016, 3705 – Parrillo/Italien mwN).“*

Das gilt auch für den Erbenspruch, denn:

*„In Fällen, in denen der Bf. nach Art. 14 EMRK iVm. Art. 1 I 1. Zusatzprotokoll zur EMRK geltend macht, dass ihm ein Vermögenswert ganz oder teilweise aus einem diskriminierenden Grund verweigert worden ist, der unter Art. 14 EMRK fällt, ist der entscheidende Gesichtspunkt, ob er ohne die gerügte Diskriminierung einen nach staatlichem Recht durchsetzbaren Anspruch auf einen Vermögenswert gehabt hätte (s. EGMR, Slg. 2013 Nr. 52 = NJW-RR 2014, 645) – Fabris/Frankreich; mutatis mutandis EGMR, Slg. 2005-X Nr. 55 – Stec ua/Vereinigtes Königreich).“*

##### 2. Diskriminierung im Sinne des Art.14 EMRK

Sodann muss eine nach Art.14 unzulässige Diskriminierung vorliegen. Hierzu skizziert der EGMR zunächst den Prüfungsmaßstab:

*„Beim Genuss der in der Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten schützt Art. 14 EMRK vor ungleicher Behandlung von Personen in ähnlicher Lage, wenn es dafür keine sachliche und vernünftige Rechtfertigung gibt. Eine unterschiedliche Behandlung ist also diskriminierend iSv Art. 14 EMRK, wenn sie kein berechtigtes Ziel verfolgt oder wenn kein angemessenes Verhältnis zwischen den angewendeten Mitteln und dem verfolgten Ziel besteht (s. EGMR, Slg. 2013 Nr. 56 = NJW-RR 2014, 645– Fabris/Frankreich).“*

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist als amtliche Fassung lediglich in englischer und französischer Sprache in der Datenbank des Gerichtshofes verfügbar (hudoc.echr.coe.int). Wörtliche Zitate beruhen auf der in NJW 2019, 3699 veröffentlichten inoffiziellen deutschen Fassung.

Grundlage der unterschiedlichen Behandlung ist allein die Religion des Erblassers, womit ein berechtigtes Ziel nicht gegeben sein dürfte. Allerdings bringt die Republik Griechenland vor, mit der Geltung des islamischen Rechts und der Einrichtung einer islamischen Gerichtsbarkeit seine völkerrechtlichen Verpflichtungen erfüllen zu wollen.

Diesen Einwand weist der EGMR zurück, aus mehreren Gründen. Erstens gebe es schon keine völkerrechtliche Verpflichtung:

*„Griechenland hat sich bei Zeichnung und Ratifizierung der Verträge von Sèvres und Lausanne zweifellos verpflichtet, die Gebräuche der muslimischen Minderheit zu achten. Die Verträge verpflichten nach ihrem Wortlaut Griechenland aber nicht, die Scharia anzuwenden. Das ist unstrittig. Insbesondere erwähnt der Vertrag von Lausanne die Gerichtsbarkeit der Mufti nicht ausdrücklich, sondern garantiert die religiösen Besonderheiten der griechischen Muslim-Gemeinde, die von dem in diesem Vertrag vorgesehenen Bevölkerungsaustausch ausgenommen wurde und von der angenommen wurde, dass sie in Griechenland bleibt, einem Land mit weit überwiegender christlicher Bevölkerung. Der Vertrag überträgt auch keine Gerichtsbarkeit irgendwelcher Art über religiöse Gebräuche auf besondere Organe. Im Übrigen hat die Regierung in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, die Vorschriften des Vertrags von Athen über den Schutz der Rechte von Minderheiten und die des Vertrags von Sèvres seien nicht mehr in Kraft, wie sie schon in der Sache Serif/Griechenland (s. EGMR, Slg. 1999- IX Nr. 40) eingeräumt hat.“*

Zweitens wäre selbst dann eine Diskriminierung von Nichtmuslimen oder Frauen unvereinbar mit den Menschenrechten:

*„Mehrere internationale Gremien haben ihre Bedenken zum Ausdruck gebracht über die Anwendung der Scharia auf Muslime in Westthrakien und die damit verbundene Diskriminierung insbesondere von Frauen und Kindern nicht nur innerhalb der Minorität im Vergleich zu Männern, sondern auch im Verhältnis zu nichtmuslimischen Griechen. (Der Gerichtshof verweist auf den Bericht des Menschenrechtskommissars des Europarats über die Rechte von Minoritäten in Griechenland, der die Anwendung der Scharia als unvereinbar bezeichnet mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen Griechenlands und empfiehlt, den Vertrag von Lausanne und andere völkerrechtliche Übereinkommen im Einklang mit den Verpflichtungen auszulegen, die sich aus internationalen und europäischen Menschenrechtsübereinkommen ergeben, sowie auf Äußerungen anderer internationaler Organe wie des Ausschusses der Vereinten Nationen für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau, des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen und des Ausschusses der Parlamentarischen Versammlung des Europarats für Recht und Menschenrechte.)“*

Und schließlich ist es unzulässig, solche Normen gegen den Willen der Betroffenen anzuwenden:

*„Den Mitgliedern einer religiösen Minderheit das Recht zu verweigern, aus freien Stücken das bürgerliche Recht zu wählen und davon zu profitieren, ist nicht nur eine Diskriminierung, sondern auch eine Verletzung des grundlegenden Rechts beim Schutz von Minderheiten, nämlich des Rechts auf freie Selbstbestimmung. Der negative Aspekt dieses Rechts, nämlich das Recht, darüber zu*

*entscheiden, ob man als Mitglied der Minderheit behandelt werden möchte oder nicht, ist nicht so begrenzt wie der positive. Diese Entscheidung ist völlig frei, vorausgesetzt, dass sie informiert ist, und sie muss sowohl von den Mitgliedern der Minderheit geachtet werden als auch vom Staat. Das wird durch Art. 3 I Europäisches Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten v. 1.2.1995 bestätigt, in dem es heißt:*

*„Aus dieser Entscheidung oder der Ausübung der mit dieser Entscheidung verbundenen Rechte dürfen ihr keine Nachteile erwachsen.“*

*Das Recht auf freie Selbstbestimmung ist nicht auf das Rahmenübereinkommen beschränkt, sondern ein Schlussstein des Völkerrechts über den Minderheitenschutz im Allgemeinen. Das gilt besonders für den negativen Aspekt des Rechts: Kein bilaterales oder multilaterales Übereinkommen oder anderes Instrument verpflichtet eine Person, sich gegen ihren Willen besonderen Regeln zum Schutz von Minderheiten zu unterwerfen.“*

Daher liegt eine Verletzung von Art.14 EMRK vor.

#### Abschließende Hinweise für Studierende

1. Die Problematik betrifft grundlegende Fragen der in der Öffentlichkeit immer wieder diskutierten Fälle der Anwendung der Scharia und ist deswegen weit über den Anwendungsbereich des Art.14 EMRK von Interesse. Die Erwägungen des EMRK sind auch auf nationales Recht übertragbar.
2. Künftig sollten sich solche Fälle für die muslimische Minderheit in Griechenland nicht mehr stellen: Am 15.1.2018 ist das griechische Gesetz Nr. 4511/2018 in Kraft getreten, das die speziellen Vorschriften aufgehoben hat, welche die Anwendung der Scharia auf familienrechtliche Fälle innerhalb der muslimischen Minderheit vorgegeben haben. In Sachen betreffend Ehe, Scheidung und Erbschaft können Muftis nur angerufen werden, wenn alle Betroffenen zustimmen.

#### Prof. Dr. *Christian F. Majer*

Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht  
Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen  
Ludwigsburg

#### ► Inhaltsverzeichnis

# RECHTSPRECHUNG

## ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

### (Teil-)Verfassungswidrigkeit möglicher Sanktionen von Pflichtverletzungen im Rahmen des Bezugs von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (§§ 31 ff. SGB II)

Urteil vom 5. November 2019, Az.: 1 BvL 7/16

1. Die zentralen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung staatlicher Grundsicherungsleistungen ergeben sich aus der grundrechtlichen Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG). Gesichert werden muss einheitlich die physische und soziokulturelle Existenz. Die den Anspruch fundierende Menschenwürde steht allen zu und geht selbst durch vermeintlich „unwürdiges“ Verhalten nicht verloren. Das Grundgesetz verwehrt es dem Gesetzgeber aber nicht, die Inanspruchnahme existenzsichernder Leistungen an den Nachranggrundsatz zu binden, also nur dann zur Verfügung zu stellen, wenn Menschen ihre Existenz nicht vorrangig selbst sichern können, sondern wirkliche Bedürftigkeit vorliegt.

2. Der Gesetzgeber kann erwerbsfähigen Menschen, die nicht in der Lage sind, ihre Existenz selbst zu sichern und die deshalb staatliche Leistungen in Anspruch nehmen, abverlangen, selbst zumutbar an der Vermeidung oder Überwindung der eigenen Bedürftigkeit aktiv mitzuwirken. Er darf sich auch dafür entscheiden, insoweit verhältnismäßige Pflichten mit wiederum verhältnismäßigen Sanktionen durchzusetzen.

3. Wird eine Mitwirkungspflicht zur Überwindung der eigenen Bedürftigkeit ohne wichtigen Grund nicht erfüllt und sanktioniert der Gesetzgeber das durch den vorübergehenden Entzug existenzsichernder Leistungen, schafft er eine außerordentliche Belastung. Dies unterliegt strengen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit; der sonst weite Einschätzungsspielraum zur Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit von Regelungen zur Ausgestaltung des Sozialstaates ist hier beschränkt. Prognosen zu den Wirkungen solcher Regelungen müssen hinreichend verlässlich sein; je länger die Regelungen in Kraft sind und der Gesetzgeber damit in der Lage ist, fundierte Einschätzungen zu erlangen, umso weniger genügt es, sich auf plausible Annahmen zu stützen. Zudem muss es den Betroffenen tatsächlich möglich sein, die Minderung existenzsichernder Leistungen durch eigenes Verhalten abzuwenden; es muss also in ihrer eigenen Verantwortung liegen, in zumutbarer Weise die Voraussetzungen dafür zu schaffen, die Leistung auch nach einer Minderung wieder zu erhalten.

(Amtliche Leitsätze)

#### A) Sachverhalt (gekürzt)

Das Urteil beruht auf einer konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG), die seitens des SG Gotha durch Beschluss vom 2. August 2016 initiiert wurde. Im dortigen Ausgangsverfahren ging es um die Anfechtungsklage eines über 25-jährigen Betroffenen, dem für bestimmte Zeiträume im Jahre 2014 Arbeitslosengeld II (ALG II) in Höhe von monatlich 609,27 Euro zunächst bewilligt, dann aber zweimal um im Ergebnis insgesamt 60 % gekürzt wurde. Folgende zwei Begebenheiten lagen dem zugrunde:

Zum einen übersandte das Jobcenter dem Kläger den Vorschlag für einen bestimmten Arbeitsplatz als Lagerarbeiter und teilte ihm einen Vorstellungstermin mit, verbunden mit einer Belehrung über die Rechtsfolgen eines Pflichtenverstößes. Bei einer vom Arbeitgeber durchgeführten Informationsveranstaltung äußerte der Kläger, kein Interesse an dieser Tätigkeit zu haben, sondern sich für den Verkaufsbereich bewerben zu wollen. Dies meldete der Arbeitgeber an das Jobcenter. Daraufhin wurde der Kläger zum möglichen Eintritt einer Sanktion angehört und auf die Möglichkeit hingewiesen, dass bei einer Minderung des Auszahlungsanspruches um mehr als 30 % ergänzende Leistungen gewährt werden könnten. Er teilte mit, dass er sich nicht bewerben habe, weil er sich für den Verkauf bewerbe. Sodann hob das Jobcenter die Bewilligung des ALG II teilweise auf und minderte es um 30 % des maßgebenden Regelbedarfes, also 117,30 Euro monatlich: Es sei, so die Begründung, dem Kläger ein zumutbares Beschäftigungsverhältnis als Lager- und Transportarbeiter angeboten worden, dieser habe aber das Zustandekommen trotz schriftlicher Belehrung über die Rechtsfolgen verhindert. Er sei über die Folgen einer Pflichtverletzung belehrt worden.

Zum anderen verfügte das Jobcenter, dass der Kläger bei einem Arbeitgeber innerhalb eines Monats einen Aktivierungs- und Vermittlungsgutschein einzulösen habe, um eine praktische Erprobung zu ermöglichen. Der Gutschein bezog sich auf eine praktische Erprobung bei einem Arbeitgeber mit dem Ziel, Berufserfahrung im Verkauf zu erwerben. Dem kam der Kläger trotz Belehrung über seine Mitwirkungspflichten und die Rechtsfolgen ihrer Verletzung nicht nach. Folge dessen war die Minderung des ALG II um monatlich 60 % des Regelbedarfs, also um 234,60 Euro: Der Kläger sei seiner Mitwirkungspflicht trotz Belehrung über die Pflicht und die Rechtsfolgen wiederholt nicht nachgekommen. Die Voraussetzungen des § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 31a Abs. 1 Satz 2 und § 31b SGB II lä-

gen vor. Der Kläger habe sich ohne Grund geweigert, die im Verwaltungsakt festgelegten Mitwirkungspflichten zu erfüllen. Da er Arbeit im Verkauf anstrebe, aber dort keine nennenswerte berufliche Erfahrung habe, sei die praktische Erprobung im Rahmen des Gutscheins sinnvoll und angesichts der bisher fehlgeschlagenen Vermittlungsbemühungen zweckmäßig und notwendig. Der Kläger habe den Gutschein fristgemäß einlösen können, dies aber nicht getan und somit innerhalb eines Jahres wiederholt Pflichten verletzt. Daher mindere sich das ALG II um 60 % des maßgeblichen Regelbedarfs.

## B) Verfahrensgang<sup>1</sup>

Die Anfechtungsklage gegen die beiden Kürzungen ging nach erfolglosen Widerspruchsverfahren am 13. November 2014 beim SG Gotha ein. Begründet wurde sie damit, die Anstellung als Mitarbeiter im Bereich Lager/Logistik sei nicht aufgrund des Verhaltens des Klägers gescheitert. Zudem sei die erste Leistungsminderung ebenso rechtswidrig wie die Kürzung der Regelleistung um 60 %, weil § 31a SGB II verfassungswidrig sei.

Mit Beschluss vom 26. Mai 2015 legte das Sozialgericht Gotha die §§ 31 bis 31b SGB II dem BVerfG mit der Frage vor, ob diese mit Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG sowie mit Art. 12 Abs. 1 und mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zu vereinbaren seien. Die 3. Kammer des Ersten Senats stellte mit Beschluss vom 6. Mai 2016 (1 BvL 7/15) die Unzulässigkeit der Vorlage fest: Es fehle, so das BVerfG, an hinreichenden Darlegungen zur Entscheidungserheblichkeit, da die Rechtmäßigkeit der Sanktion mit Blick auf die Rechtsfolgenbelehrung nicht geklärt sei.

Das SG Gotha beschloss am 2. August 2016 aufgrund mündlicher Verhandlung erneut, das Verfahren auszusetzen und dem BVerfG die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 31a in Verbindung mit §§ 31, 31b SGB II zur Entscheidung vorzulegen.

## C) Leitlinien des Urteils des BVerfG

Im Folgenden wird der Versuch unternommen, dieses wichtige und den Sozialstaat stärkende Urteil auf seine Grunderkenntnisse<sup>2</sup> herunterzubrechen. Manch einen mag der Ausgang des Verfahrens überrascht haben, ließen sich doch im Vorhinein nicht wenige Stimmen vernehmen, die – ausgehend von dem Umstand, dass dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum bezogen auf die Konkretisierung des Grundrechts auf Sicherung des soziokulturellen Existenzminimum zur Verfügung steht – die bislang geltende und praktizierte Rechtslage gutgeheißen haben und beibehalten wollten.<sup>3</sup> Relevant ist § 31 Abs. 1 SGB II mit den Tatbeständen der Verletzung der Mitwirkungsanforderungen, § 31a SGB II, der die Leistungsmindernden Rechtsfolgen enthält, und § 31b SGB II, der Beginn und Dauer der Sanktionen normiert. Nicht befasst hat das BVerfG sich mit den Sanktionen für Personen, die das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (§ 31 Abs. 2 SGB II), und den Meldeversäumnissen (§ 32 SGB II).

## I. Darstellung der Rechtslage der §§ 31 ff. SGB II

Zunächst erläutert das BVerfG ausführlich den Inhalt der §§ 31 ff. SGB II, wobei es darauf eingeht, dass die zu überprüfenden Regelungen dem Nachranggrundsatz folgen,<sup>4</sup> bestimmte Verhaltenspflichten statuieren<sup>5</sup> und deren Verletzung mit gestuften Leistungsminderungen sanktionieren,<sup>6</sup> Dabei bezeichnet das Gericht als Sinn und Zweck der Normen unter Hinweis auf die Materialien das Einfordern der von § 31 SGB II vorausgesetzten Mitwirkung des Betroffenen.<sup>7</sup> Näheres ergibt sich aus den Passagen des Urteils, im Übrigen möge man die einschlägigen Normen des SGB II studieren.

## II. Forschungslage zur Wirkung der Sanktionen

Das BVerfG weist sodann auf § 55 SGB II hin, der vorschreibt, dass „die Wirkungen der Leistungen zur Eingliederung und der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts [...] regelmäßig und zeitnah zu untersuchen und in die Arbeitsmarkt- und Berufsforschung nach § 282 des Dritten Buches einzubeziehen [sind]“. Das Gericht dann wörtlich:

„[...] , doch liegt eine solche umfassende Untersuchung für sanktionierte Mitwirkungspflichten nach §§ 31, 31a, 31b SGB II nicht vor. Aus den sonstigen Studien und den Stellungnahmen in diesem Verfahren ergibt sich ein heterogenes, vielfach aber insbesondere zu den Wirkungen der Mitwirkungspflichten und der Sanktionen nicht durch tragfähige Daten gefülltes Bild.“<sup>8</sup>

## III. Zulässigkeit der Normenkontrollvorlage des SG Gotha und Erweiterung der Vorlagefrage

Das BVerfG hält den zweiten Versuch der Normenkontrollvorlage des SG Gotha nun für zulässig, weil das SG insbesondere die Entscheidungserheblichkeit der § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 in Verbindung mit § 31a Abs. 1 Sätze 1, 2, 4 und 5 SGB II und auch des § 31b SGB II hinreichend dargelegt habe: Das SG habe vertretbar aufgezeigt, dass die Leistungsabsenkungen formell wie materiell rechtmäßig seien, wenn die Verfassungskonformität dieser Regelungen unterstellt werde. Des Weiteren habe das SG seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der vorgelegten entscheidungserheblichen Vorschriften ausreichend begründet.<sup>9</sup> Weiterhin bedürfe die Vorlagefrage, so das BVerfG weiter, der Erweiterung, denn es bestehe Anlass, die Sanktionen in den Fällen des § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II in die Prüfung einzubeziehen, da es sich um eine gleichgelagerte Mitwirkungspflicht handele, um die zulässig vorgelegten Normen einheitlich beurteilen zu können. Ebenso sei die Sanktionsregelung in § 31a Abs. 1 Satz 3 SGB II gelagert wie die unmittelbar entscheidungserheblichen Sanktionsnormen der § 31a Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB II, weshalb sie in die Prüfung einzubeziehen sei.

## IV. Begründetheit

Die Begründetheit der konkreten Normenkontrolle verneint das Gericht ebenfalls nicht. Wörtlich:

<sup>1</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 78 ff.

<sup>2</sup> Dazu nicht gehörend, aber unbedingt lesenswert sind die Ausführungen des BVerfG zur Historie der Sanktionen von der „Reichsverordnung über die Fürsorgepflicht“ vom 13. Februar 1924 bis hin zum „Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch vom 24. März 2011“; siehe dazu BVerfG, Urt. v. 5.11.2019, 1 BvL 7/16, Rn. 4 ff.

<sup>3</sup> Siehe nur *Kreßel*, NZS 2019, 731 ff.

<sup>4</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 17.

<sup>5</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 18 ff.

<sup>6</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 27 ff.

<sup>7</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 28.

<sup>8</sup> BVerfG (ibid.), Rn. 57.

<sup>9</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 105 ff.

„Im Ausgangspunkt steht die Entscheidung des Gesetzgebers in § 31a Abs. 1 SGB II, existenzsichernde Geldleistungen nach Maßgabe des § 31b SGB II zu mindern oder ganz zu entziehen, um Mitwirkungspflichten nach § 31 Abs. 1 SGB II durchzusetzen, mit den Anforderungen des Grundgesetzes in Einklang. Die Regelungen genügen aber in der konkreten Ausgestaltung nicht den hier geltenden strengen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit.“<sup>10</sup>

### 1. Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG)

Das Gericht dazu:

„Der verfassungsrechtlich garantierte Leistungsanspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums erstreckt sich auf die unbedingt erforderlichen Mittel als einheitliche Gewährleistung zur Sicherung sowohl der physischen Existenz als auch zur Sicherung eines Mindestmaßes an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben. Die Verankerung des Gewährleistungsrechts im Grundrecht des Art. 1 Abs. 1 GG bedeutet, dass Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung (Art. 1 Abs. 3 GG) den Menschen nicht auf das schiere physische Überleben reduzieren dürfen, sondern mit der Würde mehr als die bloße Existenz und damit auch die soziale Teilhabe als Mitglied der Gesellschaft gewährleistet wird. Es widerspräche dem nicht relativierbaren Gebot der Unantastbarkeit, wenn nur ein Minimum unterhalb dessen gesichert würde, was der Gesetzgeber bereits als Minimum normiert hat; insbesondere lässt sich die Gewährleistung aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG nicht in einen „Kernbereich“ der physischen und einen „Randbereich“ der sozialen Existenz aufspalten. Der Gesetzgeber kann auch weder für einen internen Ausgleich noch zur Rechtfertigung einer Leistungsminderung auf die Summen verweisen, die in der pauschalen Berechnung der Grundsicherungsleistungen für die soziokulturellen Bedarfe veranschlagt werden, denn die physische und soziokulturelle Existenz werden durch Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG einheitlich geschützt.“<sup>11</sup>

Das Gericht ergänzt:

„Die den entsprechenden Anspruch fundierende Menschenwürde steht allen zu, ist dem Grunde nach unverfügbar und geht selbst durch vermeintlich ‚unwürdiges‘ Verhalten nicht verloren; sie kann selbst denjenigen nicht abgesprochen werden, denen schwerste Verfehlungen vorzuwerfen sind. Das Sozialstaatsprinzip verlangt staatliche Vor- und Fürsorge auch für jene, die aufgrund persönlicher Schwäche oder Schuld, Unfähigkeit oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind. Diese Verpflichtung zur Sicherung des Existenzminimums ist auch zur Erreichung anderweitiger Ziele nicht zu relativieren.“<sup>12</sup>

### 2. Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, insb.: der Nachranggrundsatz

Das BVerfG räumt dem Gesetzgeber dann allerdings einen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Art und Höhe Art und Höhe der Leistungen ein.<sup>13</sup> Insbesondere verwehre das Grundgesetz

dem Gesetzgeber nicht, die Inanspruchnahme sozialer Leistungen zur Sicherung der menschenwürdigen Existenz an den Nachranggrundsatz zu binden, also nur dann zur Verfügung zu stellen, wenn Menschen ihre Existenz nicht vorrangig selbst sichern könnten.<sup>14</sup> Der Gesetzgeber könne den Nachranggrundsatz nicht nur durch eine Pflicht zum vorrangigen Einsatz aktuell verfügbarer Mittel aus Einkommen, Vermögen oder Zuwendungen Dritter zur Geltung bringen. Das Grundgesetz stehe auch einer Entscheidung des Gesetzgebers nicht entgegen, von denjenigen, die staatliche Leistungen der sozialen Sicherung in Anspruch nehmen, zu verlangen, an der Überwindung ihrer Hilfebedürftigkeit selbst aktiv mitzuwirken oder die Bedürftigkeit gar nicht erst eintreten zu lassen.

Was allerdings kein legitimes Ziel solcher Mitwirkungspflichten darstellt, macht das BVerfG auch unmissverständlich deutlich:

„Demgegenüber kann ein legitimes Ziel solcher Mitwirkungspflichten nicht darin gesehen werden, die Entfaltung der eigenen Persönlichkeit zu fördern. Dem Grundgesetz ist ein solcher Paternalismus fremd. Es gibt keine ‚Vernunftthoheit‘ staatlicher Organe über die Grundrechtsberechtigten; vielmehr fordert das Grundgesetz Respekt vor der autonomen Selbstbestimmung der Einzelnen, ohne den hilflosen Menschen aber einfach sich selbst zu überlassen. Art. 1 Abs. 1 GG schützt die Würde des Menschen, wie er sich in seiner Individualität selbst begreift und seiner selbst bewusst ist. Das schließt Mitwirkungspflichten aus, die auf eine staatliche Bevormundung oder Versuche der ‚Besserung‘ gerichtet sind.“<sup>15</sup>

### 3. Verhältnismäßigkeitserwägungen

#### a) Verhältnismäßigkeit der Mitwirkungspflichten gemäß § 31 SGB II als Grundlage der Sanktionierung

Die in § 31 SGB II geregelten Mitwirkungspflichten hält das BVerfG für verfassungsgemäß, insbesondere verhältnismäßig.<sup>16</sup> Der Gesetzgeber verfolge legitime Ziele, denn er binde Leistungen zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz im Grundsicherungsrecht gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II an die Hilfebedürftigkeit nach § 9 Abs. 1 SGB II. Eine solche wirkliche Bedürftigkeit dürfe der Staat voraussetzen, bevor er selbst Leistungen zur Verfügung stelle, um die Existenz zu sichern. Die in § 31 Abs. 1 SGB II normierten Mitwirkungspflichten entsprächen dem gesetzlich normierten Grundsatz des Forderns aus § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB II, wonach erwerbsfähige Hilfebedürftige alle Möglichkeiten ausschöpfen müssten, um ihre Hilfebedürftigkeit zu beenden oder zu verringern.

Gegen die konkrete Ausgestaltung der Mitwirkungspflichten in § 31 Abs. 1 SGB II bestünden auch keine Bedenken: Die Mitwirkungspflichten zielten auf die Überwindung der Hilfebedürftigkeit insbesondere durch Erwerbsarbeit, nach § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB II durch Eingliederung in Arbeit, nach § 2 Abs. 1 Satz 3 SGB II durch eine zumutbare Arbeitsgelegenheit, wenn Erwerbsarbeit in absehbarer Zeit nicht möglich ist, und nach § 2 Abs. 2 SGB II durch den sonstigen Einsatz eigener Arbeitskraft.<sup>17</sup> Sie seien im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, das legitime Ziel

<sup>10</sup> BVerfG (ibid.), Rn. 116.

<sup>11</sup> BVerfG (ibid.), Rn. 119.

<sup>12</sup> BVerfG (ibid.), Rn. 120.

<sup>13</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 121.

<sup>14</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 123.

<sup>15</sup> BVerfG (ibid.), Rn. 128.

<sup>16</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 139 ff.

<sup>17</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 141.

der Rückkehr in Erwerbsarbeit zu erreichen;<sup>18</sup> ebenso wenig habe der Gesetzgeber mit § 31 Abs. 1 SGB II seinen Einschätzungsspielraum zur Erforderlichkeit überschritten.<sup>19</sup> Schließlich sei den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne Rechnung getragen, denn die Mitwirkungspflichten seien wegen § 10 SGB II an deren Zumutbarkeit gebunden. Entgegen der Auffassung des vorlegenden SG sei nicht erkennbar, dass die Mitwirkungspflichten gegen das in Art. 12 Abs. 2 GG verankerte Verbot der Zwangsarbeit verstießen. Zudem dürfe gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 SGB II keine unnötig beschwerliche oder gar schikanöse Tätigkeit verlangt werden. Und schließlich habe der Gesetzgeber den grundrechtlichen Schutz der Familie (Art. 6 GG) berücksichtigt. Denn § 10 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 SGB II gebe vor, dass die Erziehung von Kindern je nach dem Lebensalter und der Betreuungssituation und die Pflege von Angehörigen durch Mitwirkungsanforderungen im Sozialrecht nicht gefährdet werden dürften.<sup>20</sup>

## b) Verhältnismäßigkeit der Sanktionen in §§ 31a, 31b SGB II

Herzstück der Entscheidung ist nun der Part über die Verhältnismäßigkeit der für die „Nichtmitwirkung“ angedrohten Sanktionen. Hierbei hält das Gericht die Sanktionierung an sich für zulässig, ihre konkrete Ausgestaltung aber jedenfalls in Teilen für nicht verfassungsgemäß.

### aa) Grundsätzliche Zulässigkeit der Sanktionierung

Das BVerfG attestiert dem Gesetzgeber zunächst, mit der Durchsetzung von Mitwirkungspflichten ein legitimes Ziel zu verfolgen: Er habe sich in §§ 31a, 31b SGB II entschieden, die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zur Beseitigung von Hilfebedürftigkeit nicht nur über Anreize zu fördern, sondern Mitwirkung an der Beseitigung der eigenen Hilfebedürftigkeit auch sanktionsbewehrt zu fordern. Die Regelungen folgten damit der für das derzeitige System der Grundsicherung grundlegenden, mit Blick auf die Finanzierbarkeit gerechtfertigten Weichenstellung des „Förderns und Forderns“. Wie die Mitwirkungspflichten selbst, verfolgten damit auch die zu ihrer Durchsetzung verhängten Sanktionen ein legitimes Ziel.<sup>21</sup>

### bb) (Teil-)Unverhältnismäßigkeit der konkreten Ausgestaltung

#### (1) Nur grundsätzliche Zulässigkeit der Kürzung um 30 %

Die mögliche Minderung der existenzsichernden Leistungen um 30 % hält das Gericht für zulässig, dies allerdings nur unter bestimmten Umständen:

Es handele sich zwar um eine „harte Belastung der Betroffenen“, weil Leistungen entfielen, die Kleidung und Schuhe, Haushalt, Freizeit, Bildung oder auch Kommunikation und Verkehr abdecken sollten. Zudem würden auch Dritte belastet, weil sich die Minderung bei nur einem Mitglied der Bedarfsgemeinschaft auf die Gemeinschaft belastend auswirke.<sup>22</sup> Dem stehe aber unter anderem gegenüber, dass die Mehrbedarfe nach § 21 SGB II und Kosten der Unterkunft und Heizung weiter geleistet würden.

Zudem könnten für einmalige Bedarfsspitzen vom Regelbedarf umfasste Bedarfe nach § 24 Abs. 1 SGB II als Darlehen gewährt werden, dessen Rückzahlung das Jobcenter nach § 44 SGB II erlassen könne.<sup>23</sup>

Zudem sei eine Minderung in Höhe von 30 % des maßgebenden Regelbedarfs in § 31a Abs. 1 Satz 1 SGB II im Fall einer Pflichtverletzung nach § 31 Abs. 1 SGB II „im verfassungsrechtlichen Sinne vom Ausgangspunkt her nicht ungeeignet“<sup>24</sup>, den gewünschten Erfolg der Mitwirkung an der Beseitigung der eigenen Hilfebedürftigkeit und der Integration in den Arbeitsmarkt im Recht der Grundsicherung zu fördern: Der Gesetzgeber verfüge in der Beurteilung der Eignung einer Regelung über eine Einschätzungsprärogative. Er könne sich auf Studien stützen, nach denen die Beschäftigungswahrscheinlichkeit bei Personen, denen gegenüber eine erste Leistungsminderung in dieser begrenzten Höhe ausgesprochen wurde, jedenfalls grundsätzlich erhöht sei. Zudem sei zu beachten, dass keine Pflichtverletzung vorliege, wenn sich die Hilfebedürftigen für ihr Verhalten auf einen wichtigen Grund im Sinne des § 31 Abs. 1 Satz 2 SGB II berufen könnten, womit verhindert werde, dass Betroffene zur Vermeidung von Sanktionen Mitwirkungshandlungen erbringen müssten, durch die das Ziel, ihre Bedürftigkeit zu überwinden, angesichts der besonderen Umstände ihres Falles von vornherein nicht erreicht werden könnte.<sup>25</sup>

Hingegen müssten Minderungen unterbleiben, die nach Einschätzung der Behörde im Einzelfall von vornherein offensichtlich ungeeignet sind, ihr Ziel zu erreichen. Insbesondere bei Menschen mit mehrfachen Vermittlungshemmnissen und oft erheblichen psychischen Problemen, die zwar zur Mitwirkung in der Lage seien, aber nach geltendem Recht mit Leistungsminderungen belastet werden müssten, könne im Einzelfall erkennbar sein, dass die Minderungen die gewünschten Durchsetzungs- und Integrationseffekte nicht, nicht zu diesem Zeitpunkt oder nicht mehr erreichen könnten. Auch könne der starre Minderungszeitraum in § 31b Abs. 1 Satz 3 SGB II der Sanktion sogar den Anreiz nehmen, eine Mitwirkung nachzuholen, weil die Minderung ohnehin weiterlaufe. Starre Sanktionen hätten das Risiko, dass Menschen jeden Kontakt mit dem Jobcenter abbrächen und konterkarierten dann ihren Zweck. Die Fortsetzung der Leistungsminderung könne dann im Einzelfall bereits ungeeignet sein, um legitime Ziele zu erreichen, was der generellen Eignung aber nicht entgegenstehe.

Hinsichtlich der Erforderlichkeit erklärt das BVerfG Ähnliches: Zwar erscheine im Hinblick auf Einzelfälle fraglich, ob es sich um das mildeste unter gleich geeigneten Mitteln handele, um die angestrebten Ziele zu erreichen, das stehe jedoch der generellen Erforderlichkeit im verfassungsrechtlichen Sinn nicht entgegen: Hinsichtlich der Sanktion als solcher wie auch im Hinblick auf diese Höhe ist die gesetzgeberische Annahme hinreichend tragfähig, dass mildere, aber gleich wirksame Mittel nicht zur Verfügung stünden. Hinsichtlich einer Minderung in dieser Höhe erscheine es jedenfalls plausibel, dass eine spürbar belastende Reaktion die Betroffenen dazu motivieren könne, ihren

<sup>18</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 142.

<sup>19</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 145.

<sup>20</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 152.

<sup>21</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 154 ff.

<sup>22</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 160 f.

<sup>23</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 162 f.

<sup>24</sup> BVerfG (ibid.), Rn. 164.

<sup>25</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 166 ff.

Pflichten nachzukommen, und eine geringere Sanktion oder positive Anreize keine generell gleichermaßen wirksame Alternative darstellten.<sup>26</sup>

Mit Blick auf die strengen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne hält das BVerfG die Sanktion als ausnahmslos zwingende und von der Mitwirkung unabhängig andauernde Vorgabe indes für nicht mehr für zulässig. Wörtlich:

*„Die Vorgabe in § 31a Abs. 1 Satz 1 SGB II, den Regelbedarf bei einer Pflichtverletzung ohne weitere Prüfung zwingend zu mindern, ist jedoch unzumutbar. Die Regelung stellt derzeit nicht sicher, dass Minderungen ausnahmsweise unterbleiben können, wenn sie außergewöhnliche Härten bewirken, insbesondere weil sie in der Gesamtbetrachtung untragbar erscheinen. [...] Der Gesetzgeber hat mehrere Möglichkeiten, die Zumutbarkeit einer Sanktion im konkreten Einzelfall zu sichern. So kann er die Sanktion in das Ermessen der zuständigen Behörde stellen, die dann von ihr absehen kann, wenn die Sanktion erkennbar ungeeignet ist [...] Er kann die Zumutbarkeit der Sanktion im Einzelfall aber auch durch eine Härtefallregelung sicherstellen, die es der Behörde ermöglicht, von einer unzumutbaren Sanktion abzusehen.“<sup>27</sup>*

Darüber hinaus sei nicht hinzunehmen, dass die Sanktion in Verbindung mit § 31b Abs. 1 Satz 3 SGB II unabhängig von der Mitwirkung des Betroffenen immer erst starr nach drei Monaten ende. Das Gericht:

*„Da der Gesetzgeber an die Eigenverantwortung der Betroffenen anknüpfen muss, wenn er existenzsichernde Leistungen suspendiert, weil zumutbare Mitwirkung ohne wichtigen Grund verweigert wird, ist eine Leistungsminderung in der Gesamtbetrachtung nur zumutbar, wenn sie grundsätzlich endet, sobald die Mitwirkung erfolgt. Die zur Deckung des gesamten existenznotwendigen Bedarfs erforderlichen Leistungen müssen für die Bedürftigen grundsätzlich bereitstehen und es muss an ihnen sein, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, die für sie erlangbare Leistung auch tatsächlich wieder zu erhalten. [...] Die in § 31a Abs. 1 Satz 1 SGB II vorgegebene Sanktion ist daher nach Maßgabe der hier geltenden strengen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlich nur zumutbar, wenn ihre Dauer auf die Mitwirkung der Betroffenen und damit auf deren eigenverantwortliches Handeln bezogen ist. Dem Gesetzgeber sind Vorgaben, die Sanktionen zumindest abzumildern, wenn deren Ziel erreicht ist, auch nicht fremd. Er hat bei unter 25-Jährigen die Möglichkeit geschaffen, alle Minderungen im Härtefall auf sechs Wochen zu verkürzen; nach dem Wortlaut des § 31b Abs. 1 Satz 4 SGB II steht dort im Ermessen des Trägers, den Sanktionszeitraum zu halbieren. Desgleichen sieht beispielsweise § 67 SGB I vor, dass Leistungen wieder erbracht werden, wenn die Mitwirkung nachgeholt wird (vgl. auch § 31a Abs. 1 Satz 6 SGB II).“<sup>28</sup>*

## (2) Verfassungswidrigkeit der 60-prozentigen und der vollständigen Kürzung der existenzsichernden Leistungen

### (a) Kürzung um 60 Prozent

Die in § 31a Abs. 1 Satz 2 SGB II im Fall der ersten wiederholten Verletzung der Mitwirkungspflicht vorgegebene Minderung in Höhe von 60 % hält das BVerfG für verfassungswidrig: Sie bewirke gravierende Belastungen für die Betroffenen: Es entfielen mehr als die im Gesamtbudget für den Regelbedarf vorgesehenen Pauschalbeträge für Kleidung und Schuhe, Wohnen, Haushalt, Verkehr, Kommunikation, Freizeit und Gaststätten; die Minderung berührt so auch die für Nahrung und Getränke als bedarfsdeckend angesehenen Summen, was weit in das grundrechtlich gewährleistete Existenzminimum hineinreiche. Bemerkenswert sind die Ausführungen zur Eignung:

*„Die Entscheidung des Gesetzgebers in § 31a Abs. 1 Satz 2 SGB II für eine Sanktion der Minderung um 60 % des Regelbedarfs kann sich hinsichtlich ihrer Höhe nicht auf tragfähige Erkenntnisse dazu stützen, dass die erwünschten Wirkungen tatsächlich erzielt und negative Effekte vermieden werden. Die Wirksamkeit dieser Leistungsminderung ist bisher weder mit Blick auf das unmittelbare Ziel, die Mitwirkung zu erreichen, noch mit Blick auf spezial- oder generalpräventive Wirkungen hinreichend erforscht. Es ist zwar nicht auszuschließen, dass eine Leistungsminderung in dieser Höhe in Einzelfällen geeignet ist, die betroffene Person zur Mitwirkung an der Überwindung der Hilfebedürftigkeit durch Erwerbsarbeit zu veranlassen. Wenn sich dies tragfähig belegen lässt, mag der Gesetzgeber zur Durchsetzung wiederholter Pflichtverletzungen im Ausnahmefall auch eine besonders harte Sanktion vorsehen. Hingegen genügt die allgemeine Annahme, diese Leistungsminderung erreiche ihre Zwecke, angesichts der gravierenden Belastung der Betroffenen nicht, um die Eignung dieser regelhaften Härte der Wiederholungssanktion zur Erreichung legitimer Ziele zu begründen.“*

*Die derzeit vorliegenden Erkenntnisse zeigen zudem, dass mit der Sanktion nach § 31a Abs. 1 Satz 2 SGB II in vielen Fällen auch negative Wirkungen verbunden sind, welche die Ziele des Gesetzgebers konterkarieren. Dabei wird auf Wohnungslosigkeit, die Gefahr der Dequalifizierung, verstärkte Verschuldung, eingeschränkte Ernährung, unzureichende Gesundheitsversorgung, sozialen Rückzug sowie seelische Probleme bei erwerbsfähigen Leistungsberechtigten hingewiesen.“<sup>29</sup>*

Des Weiteren sei es angesichts der außerordentlichen Belastung der Betroffenen jedenfalls sehr zweifelhaft, dass einer wiederholten Pflichtverletzung nicht durch mildere Mittel entgegen gewirkt werden könne. Es fehle der Annahme, die nach § 31a Abs. 1 Satz 2 SGB II vorgegebene Höhe von 60 % sei generell erforderlich, um Mitwirkungspflichten durchzusetzen, die hinreichende tatsächliche Grundlage.<sup>30</sup>

Schließlich sei die Wirksamkeit einer Leistungsminderung in Höhe von 60 % des maßgebenden Regelbedarfs nicht in einer Weise durch tragfähige Erkenntnisse belegt, dass man eine der-

<sup>26</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 178 ff.

<sup>27</sup> BVerfG (ibid.), Rn. 184, 185.

<sup>28</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 186, 187 ff.

<sup>29</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 193, 194.

<sup>30</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 199.

art einschneidende Maßnahme auch bei wiederholten Pflichtverletzungen als zumutbar ansehen könne. Die Möglichkeit, nach § 31a Abs. 3 SGB II ergänzend Leistungen zu erhalten, sei in der derzeitigen Ausgestaltung nicht geeignet, die Zumutbarkeit einer derart gravierenden Suspendierung von existenzsichernden Leistungen zu sichern, und es fehle auch hier eine Regelung, die es ermögliche.<sup>31</sup>

### (b) Vollständige Kürzung der Leistungen

Der vollständige Wegfall des ALG II nach § 31a Abs. 1 Satz 3 SGB II ist nach der Auffassung des BVerfG – dies nur konsequent – mit den verfassungsrechtlichen Maßgaben erst recht nicht vereinbar. Zu den Auswirkungen und zur Eignung:

*„Die Regelung in § 31a Abs. 1 Satz 3 SGB II bewirkt, dass bei der dritten Pflichtverletzung im Sinne des § 31 SGB II das gesamte Arbeitslosengeld II entfällt. Das bedeutet nicht nur den Wegfall der Geldzahlungen für den maßgebenden Regelbedarf. Es entfallen nach der Definition in § 19 Abs. 1 Satz 3 SGB II auch die Leistungen für Mehrbedarfe (§ 21 SGB II) und für Unterkunft und Heizung (§ 22 SGB II). Zwar gibt es die Möglichkeit, ergänzende Sachleistungen oder geldwerte Leistungen nach § 31a Abs. 3 SGB II zu beantragen, doch steht dies bei Alleinstehenden im Ermessen und ist in der Praxis derzeit limitiert [...]*

*Entfällt das Arbeitslosengeld II, entfallen zugleich die Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung. Auch sie werden erst wieder übernommen, wenn ergänzende Sachleistungen nach § 31a Abs. 3 SGB II gewährt werden. Zwar ist das gesundheitliche Existenzminimum gedeckt, weil nach § 16 Abs. 3a Satz 4 SGB V weiterhin ein Behandlungsanspruch besteht. Eine Verletzung von Art. 2 Abs. 2 GG, die das vorlegende Gericht annimmt, ist insoweit nicht erkennbar. Doch entstehen Beitragsrückstände bei der Krankenkasse, die auch das Risiko einer Schuldenfalle mit sich bringen, auch weil § 26 SGB II hier keine Anwendung findet [...]*

*Es liegen keine tragfähigen Erkenntnisse vor, aus denen sich ergibt, dass ein völliger Wegfall von existenzsichernden Leistungen geeignet wäre, das Ziel der Mitwirkung an der Überwindung der eigenen Hilfebedürftigkeit und letztlich der Aufnahme von Erwerbsarbeit zu fördern. Durchgreifende Bedenken gegen die Eignung der Sanktion in dieser Höhe ergeben sich insbesondere daraus, dass der Verlust der Wohnung droht.*

*[...] in diesem Verfahren wurde nachdrücklich darauf hingewiesen, dass häufig kontraproduktive Effekte eintreten. Das liegt insbesondere nahe, wenn die Gefahr besteht, die Wohnung zu verlieren, oder langfristig in eine Schuldenfalle zu geraten. Tatsächlich ginge mit dem Verlust der Wohnung gerade der Ausgangspunkt dafür verloren, durch Erwerbsarbeit wieder selbst für sich sorgen zu können. Gleiches gilt für Schulden, die bei einem Wegfall der Leistungen entstehen, wie Stromschulden oder Beitragsschulden gegenüber der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung. Dann nimmt die Sanktion den Betroffenen sogar ihre Chance, wieder auf eigenen Füßen zu stehen. Sie entzieht ihnen die Grundlage dafür, wieder in Erwerbsarbeit zurückzukehren und ihre Existenz selbst zu sichern [...] Zudem besteht die Gefahr, dass leistungsbedürftige Hilfebedürftige im Fall von Sanktionen nicht etwa dazu*

*motiviert werden, ihre Mitwirkungspflichten zu erfüllen, sondern den Kontakt zum Jobcenter ganz abbrechen. Insbesondere bei dem in § 31a Abs. 1 Satz 3 SGB II vorgegebenen Entzug des gesamten ALG II erscheint es zumindest wahrscheinlich, dass Menschen ihre Bedarfe durch illegale Erwerbsarbeit und Kriminalität zu decken suchen [...].“<sup>32</sup>*

### D) Ergebnis des BVerfG

Das Gericht hält § 31a Abs. 1 Sätze 2 und 3 SGB II für verfassungswidrig, soweit die Minderung wegen einer ersten wiederholten und einer weiteren wiederholten Pflichtverletzung innerhalb eines Jahres die Höhe von 30 % des maßgebenden Regelbedarfs übersteigt. § 31a Abs. 1 Sätze 1, 2 und 3 SGB II sind verfassungswidrig und mit dem Grundgesetz unvereinbar, soweit danach der Regelbedarf bei einer Pflichtverletzung auch im Fall außergewöhnlicher Härten zwingend zu mindern ist oder das ALG II auch dann vollständig entfallen muss. § 31b Abs. 1 Satz 3 SGB II ist verfassungswidrig und mit dem Grundgesetz unvereinbar, soweit er für alle hier überprüften Leistungsminderungen eine starre Dauer von drei Monaten vorgibt.

#### Abschließender Hinweis für Studierende:

Es handelt sich um ein Verfassungsgerichtsurteil mit Klassikerpotenzial, dessen Lektüre jedem, der einen Moment der Muße übrig hat, Pflicht sein sollte. Das Gericht stärkt den Sozialstaat und fährt dem Gesetzgeber – nach den Urteilen zum SGB II vom 9. Februar 2010<sup>33</sup> und zum AsylbLG vom 18. Juli 2012<sup>34</sup> – zum dritten Mal in die existenzsicherungsrechtliche Parade. Beseitigt das Urteil doch die drastischste Drohkulisse des „Hartz-IV“-Konzepts: Wegfall staatlicher Unterstützung bei ungebührlichem Verhalten. Was die Examensrelevanz der Entscheidung anbelangt, dürfte sie sich trotz ihrer Prominenz als Klausurstoff kaum eignen, weil sie dezidiert sozialrechtliche und damit im Jurastudium wenig beachtete Fragestellungen enthält. Mündlichen Prüfungen im Öffentlichen Recht, die Art 1 Abs. 1 GG zum Inhalt haben, dürfte sie aber in Zukunft nicht selten als Aufhänger dienen.

Prof. Dr. **Torsten Noak**, LL.M.

Professur für Öffentliches Recht, Schwerpunkt Sozialrecht  
Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen  
Ludwigsburg

► **Inhaltsverzeichnis**

<sup>31</sup> Siehe BVerfG (ibid.), Rn. 200.

<sup>32</sup> BVerfG (ibid.), Rn. 201 ff.

<sup>33</sup> BVerfG, Urt. v. 09.02.2010, 1 BvR 1/09.

<sup>34</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.2012, 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11.

# Impressum

## Redaktion

Benjamin Baisch  
 Dr. Alexander Bechtel  
 Prof. Dr. Sarah Bunk  
 Dr. Caprice Doerbeck  
 Dr. Pius O. Dolzer  
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst  
 RA Steffen Follner  
 RAin Dr. Karin Hummel, M. A.  
 Sebastian Karl  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
 Maik Kniebel  
 Dipl.-Pol. Philipp Louis  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
*(Schriftleiter)*  
 Prof. Dr. Torsten Noak  
 Quetzal Rojano-Adam  
 Sascha Sebastian, M.mel.  
*(Stellvertretender Schriftleiter)*  
 Philipp Trautmann  
 Carolin Werz  
 Julia Zaiser

## Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e.V.  
 c/o Prof. Dr. Christian F. Majer  
 Doblerstrasse 15  
 D-72070 Tübingen

### Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer  
*(Vorsitzender)*  
 Sascha Sebastian, M.mel.  
*(Stellv. Vorsitzender)*  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
*(Schatzmeister)*  
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst  
*(Ressortleiter Strafrecht)*  
 Prof. Dr. Arne Pautsch  
*(Ressortleiter Öffentliches Recht)*

9. Jahrgang (2019)

ISSN 2195-044X

## Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann  
 RiLG Dr. Ralf Dietrich  
 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. Dominik Skauradszun  
 RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner  
 RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
 Prof. 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: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>

E-Mail: ▶ [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto: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 | ▶ Menold Bezler | ▶ Thümmel, Schütze & Partner

## Beiträge in früheren Ausgaben

3/2019   Hans-Dieter Pfannenstiel/ Gordon von Miller	Wölfe in Deutschland
2/2019   Christian Knoth	Fluggastrechte in der Europäischen Union
1/2019   Arne Pautsch	Geschlechterparität im Bundestag?
4/2018   Michael Hippeli	Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren
3/2018   Christian F. Majer	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung
2/2018   Torsten Noak	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger
2/2018   Arne Pautsch	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg
1/2018   Antonia Braun	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz
4/2017   Arne Pautsch	Die Wahlpflicht
4/2017   Momme Buchholz/Helge Hölken/ Elisa Kuhne	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung
3/2017   Sascha Sebastian	Die Inhaftierung "islamistischer Gefährder" als menschenrechtliches Problem
3/2017   Benjamin Bungarten	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers
2/2017   Susanne Bertow	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?
2/2017   Markus Meißner/Philipp Fitzek	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)
1/2017   Tim P. Holler/Christoph J. Bender	Der Ehebegriff als Methodenproblem
1/2017   Torsten Noak	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt
4/2016   Philipp Tolga Mavituna	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordpa- ragraphen
4/2016   Markus Meißner	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen
3/2016   Sarah Bunk	Ist Ämterpatronage strafbar?
2/2016   Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Not- wehr?
1/2016   Torsten Noak	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völker- rechtlicher Vorgaben
4/2015   Sascha Brüggemann	Anonymität im Internet
3/2015   Patrick Christian Otto	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts
3/2015   Christian F. Majer	Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen

2/2015   <i>Simon Pschorr</i>	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle
2/2015   <i>Arne Pautsch</i>	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand
1/2015   <i>Christian Picker</i>	Das neue Mindestlohngesetz
4/2014   <i>Caprice Nina Doerbeck</i>	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?
4/2014   <i>Sascha Brüggemann</i>	Datenkrake NSA
3/2014   <i>Alexander Bechtel</i>	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
2/2014   <i>Christian F. Majer</i>	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung
2/2014   <i>Philipp K. Kauffmann</i>	In dubio pro – Selbstanzeige?
1/2014   <i>Andreas Lohbeck</i>	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?
4/2013   <i>Philipp Kauffmann</i>	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat
4/2013   <i>Stanyo Dinov</i>	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan
3/2013   <i>Sebastian Brüggemann</i>	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit
2/2013   <i>Joachim Renzikowski</i>	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.
1/2013   <i>Andreas Lohbeck</i>	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht
1/2013   <i>Hartmut Kilger/Christian F. Majer</i>	Die Ethik und die Rechtsanwältinnen
4/2012   <i>Tobias Rist</i>	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
3/2012   <i>Christian F. Majer</i>	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten
2/2012   <i>Paul Popescu</i>	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
1/2012   <i>Julius Forschner</i>	Die Haftung von Ratingagenturen
1/2012   <i>Nicolas Sonder</i>	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
1/2011   <i>Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer</i>	Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
1/2011   <i>Werner Walk/Nils Wiese</i>	Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –

Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter

► [www.zeitschrift-jse.de](http://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](mailto: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

ISSN 2195-044X



9 772195 044008